

Revidenten über die Natur der s. g. Innominatkontrakte (*do ut facias*) angeführt wird, paßt nicht hieher, da ein solcher Kontrakt gar nicht vorliegt. — Die Auführung des Beklagten in der Duplik, „daß ernstliche Konventionen nicht vorgelegen seien,“ würde, wenn auch in der Vernehmung schon aufgestellt, doch die Einrede des Scherzes nicht begründen können, weil diese Einrede eine umständliche, thatsächliche Begründung erfordert, indem den Aufforderungen eines Sonderlings, wie den hier in Frage stehenden, die Vermuthung des Scherzes im Allgemeinen nicht zur Seite steht.

o. u.

2.

Ein Testament aus der Münchener Cholerazeit.

Bezüglich eines am 18. Aug. 1854 zu München nach Münchener Stadtrecht errichteten Testaments wurde die *unitas actus*, wegen nicht gleichzeitiger Anwesenheit der beiden Zeugen, bestritten. Ueber diesen Anfechtungsgrund äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Die Anwendung der Bestimmungen des bayer. *MR. Th. III Kap. 4 §. 6 Nr. 3* (wornach für das *testamentum tempore pestis* die *unitas actus* nachgelassen wird) auf das fragliche Testament ist keineswegs ausgeschlossen, weil, abgesehen von der bestrittenen Frage, ob schon am 18. Aug. 1854 im Sinne des Gesetzes vom 28. Dez. 1831 *§. 1 Abs. 2* eine den Ausbruch der Cholera zu München konstatirende Bekanntmachung der Polizei- und Sanitätsbehörden erlassen war, — doch die Testatrix anerkanntermaßen von dieser Krankheit befallen war, und derselben am 19. Aug. 1854 unterlag, und notorisch ist, daß die bezeichnete

zu Gebote, daß sie den Reinigungs = Eid zu schwören im Stande sind.

Erkenntn. des Handels = Appellationsgerichts zu
München vom 26. Sept. 1850. Nr. 92.

6.

Erkenntniß auf Discessionseid. Berufungszulässigkeit.

Komment. ü. d. G.D. Bd. IV Aufl. II S. 18 Note 39. Bl. f.
N.N. XXI S. 376.

In einem Falle war nach §. 52 des Hyp. =
Gesetzes Zinsklage erhoben und auf Ableistung des Dis-
cessionseides erkannt worden ¹⁾. Die dagegen er-
griffene Revision wurde für zulässig erachtet.

DAGE. v. 27. Feb. 1847. Nr. 1456⁴⁵/₄₆.

7.

Wechselrechtlich unwirksames Indossament.

Das wechselrechtlich unwirksame Indossament
eines unter der Herrschaft der allgemeinen deutschen
Wechselordnung gezogenen, wegen Mangels eines
wesentlichen Erfordernisses ungültigen Wechsels ist,
sofern es sich außerwechselrechtlich (civilrechtlich) um
dessen Folgen handelt, nach den Grundsätzen der
Cession zu beurtheilen, vorausgesetzt, daß deren Ele-
mente darin erkennbar sind.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 10. Mai
1855. Entsch. d. O.T. Bd. 30 S. 469.

¹⁾ Ungeeigneterweise. Komment. Bd. II Aufl. II S. 77
Note 9^b.

Anzeige: Die Einsendung, betr. die Einrede der Wahrheit,
wird zum Abdruck gelangen.

Berichtigung. S. 32 B. 8 von unten statt „angeklagt“
lies „eingeklagt“.

Gesetzgebung zu sein, daß sie eines Theils die Rechtsunsicherheit, in welcher ein nicht unbeträchtlicher Theil unseres besitzenden Adels schwebt, andern Theils die Rechtsunsicherheit eines Jeden, der mit einer solchen Familie resp. deren Repräsentanten in rechtliche Beziehungen tritt, aufhebe.

*

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Statuten-Kollision. Kontrahirungsfähigkeit. Vertragswir-
kungen. Lex Anastasiana.

Eine Darlehensurkunde war an einem Orte (Schwarzenberg) ausgestellt worden, welcher nicht zugleich der Wohnort des Schuldners war, indem dieser zu S. unter der Herrschaft des preuß. Landesrechtes domizilirte. Die Cession der Forderung war ferner von Seite des Gläubigers zu Bamberg an den jetzigen Cessionar und Kläger bewirkt worden.

Ueber die in diesem Falle entstehende Kollision der Gesetze spricht sich ein oberstrichterliches Erkenntniß Nr. 1343^{53/54} vom 23. Okt. 1855 in Folgendem aus:

In Frage steht, welche Gesetze bei dem nach der Urkunde vom 19. Juli 1819 zu Schwarzenberg perfekt gewordenen Darlehensvertrage

a) hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zur Vertragseingehung mit Rücksicht auf die behauptete Eigenschaft des ursprünglichen Schuldners als Haussohn und die damit in Verbindung stehende exc. S. C. Macedoniani;

b) hinsichtlich der gegen den Cessionar der Forderung eingewendeten except. leg. Anastas. gelten.

in der Berufung auf das Vorhandensein gleich naher Verwandter von Seite des Beklagten lediglich eine unzulässige Einrede aus dem Rechte eines Dritten vor, weil nur ein Intestaterbrecht dem Beklagten gegenüber und in Folge dessen die Aushändigung des Nachlasses an die Kläger, nicht aber ein ausschließendes Intestaterbrecht anderen Intestaterbrechtsprätendenten gegenüber, Zweck der Klage ist, auch der Beklagte weder das wirkliche Leben der fraglichen Personen, noch weniger aber daß sie einen Anspruch auf den Nachlaß wirklich erhoben, behaupten konnte.

DAAG. v. 7. Juli 1855. Nr. 1629⁵²/₅₃.

o. u.

5.

Berufungsfrist im Exekutionsverfahren. Prüfung der Förmlichkeiten der Vorinstanz.

Das erneuerte Exekutionsgesuch des Klägers wurde vom Untergerichte abgewiesen, wogegen derselbe remonstrirte und erst auf ergangene Inhabituentschließung die Berufung ergriff. Die zweite Instanz verwarf die Beschwerde als ungegründet und hob zugleich die früheren untergerichtlichen Verfügungen, welche im Exekutionsverfahren erlassen wurden, als nichtig auf. Gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß erhob nun Kläger eine Nichtigkeitsbeschwerde zum obersten Gerichtshof, weil das AG. durch die an dasselbe gebrachte Beschwerde nicht veranlaßt gewesen sei, die früheren untergerichtlichen Verfügungen als nichtig aufzuheben. Das DAAG. erkannte am 9. März 1850 (Nr. 598⁴⁹/₅₀), unter Aufhebung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses, daß die Berufung des Klägers zur zweiten Instanz als desert zurückzuweisen sei, aus folgenden Gründen:

Nach §. 108 des Prozeßges. v. 17. Nov. 1837 muß gegen alle richterliche Erkenntnisse und Be-

noch sein Umfang, sondern nur die rechtliche Eigenschaft einer Reichiñ den wahren Streitpunkt bilden.

In gleicher Weise halten sich die Gerichte unbedenklich mit der Frage für befaßt, ob eine Naturalfrohn unter den Ausnahmefall in Art. 2 des Gesetzes zu bringen, ob eine rechtsgültige Fixation eines Grundgefälles nach Art. 8 Abs. 2 bereits zu Stande gekommen sei.

Auß all' diesen Gründen ergab sich, daß die Gerichte wohl zuständig sind, die aufgeworfene Streitfrage zu entscheiden, ob der von der Klägerin zugestandene Kanon zu 1 fl. 12 fr. jährlich von der ihr verliehenen Erbleihe eine ständige Grundabgabe oder derselben in den rechtlichen Beziehungen gleich zu achten und mithin das Obereigenthum des Stiftes daran erloschen sei; wogegen die weitere Ausführung des Ablösungsgeschäftes und die Regulirung des Ablösungskapitals unbedenklich den Verwaltungsstellen vorbehalten bleiben konnte.

DABG. v. 8. Juli 1856 Nr. 1006⁵⁴/₅₅.

3.

Verzicht auf elterliches Erbrecht bei Ausheirathungen.

Andbacher Recht.

In einem notariell errichteten Heirathsvertrage hatten die Eltern des Bräutigams für den Fall kinderlosen Absterbens ihres Sohnes zu Gunsten der überlebenden Frau desselben auf ihr elterliches Erbrecht Verzicht geleistet. Dieser Verzicht wurde, als der vorgesehene Fall eintrat, wegen Mangelß gerichtlicher Protokollirung angefochten. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung dieses Rechtsfalles entnehmen wir, was folgt:

Die beiden Vorinstanzen haben den Vertrag vom 15. März 1839, soweit in demselben eine Verzichtleistung der Eltern des Bräutigams auf das

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1857.

Samstag, den 9. Mai.

Nr. 5.

Von dem in unserem Verlage erscheinenden Werke:

Die Gesetzgebung

des

Königreichs Bayern

seit Maximilian II.

Mit Erläuterungen.

In Verbindung mit Dr. L. Arndts, Dr. H. v. Bayer,
Dr. J. C. Bluntschli, Carl Brater, Dr. J. Bögl
und Anderen

herausgegeben von Dr. C. F. Dollmann,

gelangt das 1. Heft des II. Bandes von Theil III

„das königl. bayerische Strafproceßgesetz

„vom 10. November 1848 in Verbindung mit

„den noch gültigen Bestimmungen des II. Theils

„des Strafgesetzbuchs vom Jahre 1813. Mit

„Erläuterungen von Dr. C. F. Dollmann“

demnächst zur Versendung und sind folgende Gesetze der
neueren Epoche in der Bearbeitung begriffen:

die Wassergesetze

das Erbgütergesetz

das Defraudationsgesetz

das Targesez

die neuen Gesetze über Einkommensteuer

das Gewerbesteuergesetz

das Gerichtsverfassungsgesetz.

Es werden diese sämtlichen Gesetze demnächst in rascher Folge
erscheinen, so wie überhaupt die Fortsetzung dieser unserer „kom-
mentirten Gesetzsammlung“ möglichst rasch gefördert werden wird.
Indem wir nachstehend das Verzeichniß der bis jetzt erschienenen
Gesetzesbearbeitungen bringen, erlauben wir uns die Bitte an die
Herren Abonnenten zu richten, etwaige noch nicht empfangene Hefte
sich gütigst von den betr. Buchhandlungen nachkommen lassen zu
wollen. Jene Herren, welche nur einzelne Hefte oder Gesetze bezo-
gen haben und sich auch die übrigen Hefte sammt Fortsetzung an-
zuschaffen wünschen, belieben ihre desfallsigen Aufträge der nächstge-
legenen Buchhandlung werden zu lassen, welche solche prompt aus-
führen wird.

Erschienen sind bis jetzt:

- I. 1. (enth. die allgemeine deutsche Wechselordnung) 1 fl. 32 fr. rhn. oder 28 Ngr. I. 2. (Grundlastenablösungsgesetz) 1 fl. 12 fr. rhn. oder 22 Ngr. I. 3. (Fixirung der kirchlichen Baulast) 36 fr. rhn. oder 12 Ngr. I. 4. (Ablösung des Lehenverbandes) 24 fr. rhn. oder 8 Ngr. I. 5. (Ablösung des Weiderechts) 40 fr. rhn. oder 12 Ngr. I. 6. (Bürgerliche Rechte israelitischer Glaubensgenossen) 24 fr. rhn. oder 8 Ngr.
- II. 1. (Verantwortlichkeit der Minister, Staatsgerichtshof und Verfahren bei Anklagen gegen die Minister, Gesetz über die Land- und Distriktsräthe) 1 fl. 40 fr. rhn. oder 1 Thlr. 2 Ngr. — II. 2. (Kapitalrenten- und Einkommensteuer, Häusersteuer, Einquartirungs- und Vorspannlasten in Friedenszeiten, Unterstützung und Verpflegung hilfsbedürftiger und erkrankter Personen) 1 fl. 24 fr. rhn. oder 24 Ngr. — II. 3. (Kompetenzkonflikte) 1 fl. rhn. oder 20 Ngr. — II. 4. (Forstgesetz) 2 fl. 48 fr. rhn. oder 1 Thlr. 18 Ngr. II. Th. II. Band 1. Heft (Steuerbeischlag in der Pfalz) 32 fr. od. 8 Ngr.
- III. 1. (Preßgesetz, Telegraphengesetz und Jagdgesetz) 1 fl. 28 fr. rhn. oder 28 Ngr.

Der erste Band des I. Theils dieser Sammlung, aus 6 Heften bestehend, liegt nun vollständig vor, so wie auch der erste Band des II. Theils, welcher Band die oben erwähnten 4 Hefte umfaßt. Jedes Heft ist mit einem ganz speziellen und sorgfältig bearbeiteten alphabetischen Sachregister versehen, wodurch der praktische Gebrauch des Werkes wesentlich erleichtert wird.

Erlangen den 9. Mai 1857.

Palm & Enke.

Im Verlage der Buchner'schen Buchhandlung in Bamberg erschien so eben und ist durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Das Gewerbswesen in Bayern

(dießseits des Rheins)

nach den zur Zeit geltenden Bestimmungen.

Ein Handbuch

für Polizeibehörden, Anwälte, Gewerbs- und Handelsräthe, Gewerbsvereine und alle Gewerbs- und Handeltreibende.

Von G. Chr. C. Wunder, quiesc. Herrschaftsr.

Preis eleg. brosch. fl. 1 36 fr.

Druck von Junge und Sohn in Erlangen.

die nach den Transportbestimmungen dem Adressaten eingeräumte 24 stündige Dispositionszeit nicht von dem Zeitpunkte an zu laufen beginnen, wo die Güterexpedition die Frachtbriefe der Güterbestätterei abgibt, sondern erst von dem Zeitpunkte an, wo die Güterbestätterei dem Adressaten über die Ankunft der Güter durch Vorzeigung der Frachtbriefe Aviso ertheilt.

DAWG. v. 6. Okt. 1856. Nr. 1222⁵⁵/₅₆.

6.

Disciplinarsache. — Verhängung einer Geldstrafe über einen Armenanwalt.

Ein Rechtsanwalt wurde wegen muthwilliger Berufung vom Appellationsgerichte in ein Frivolitätsstrafe von 10 fl. verurtheilt. In dem hiegegen ergriffenen Rekurse hob derselbe hervor, daß er Pflichtanwalt sei und nur auf ungestümmtes Andrängen der Armenparthei appellirt habe.

Der oberste Gerichtshof verwarf die Beschwerde im Wesentlichen aus folgenden Motiven: Wie bereits vorinstanziell angeführt, so kann das Verhältniß der Officialvertretung keinen Grund abgeben, muthwillige Berufungen, wodurch, wenn auch hiedurch eine konkrete Sache nicht verschleppt und ein Prozeßgegner nicht in Nachtheil versetzt wird, doch jedenfalls das Gericht mit überflüssigen Arbeiten behelligt und hiedurch die Erledigung anderer Rechtsachen verzögert wird, ungeahndet zu lassen, zumal gegen ungebührliche Zumuthungen eines Klienten jederzeit richterlicher Schutz zu finden ist.

DAWG. v. 9. Febr. 1856 Nr. 795⁵⁴/₅₅. e.

Hiezu eine Beilage: Nachruf an Johann Adam von Seuffert und Anzeige der neuen Redaktion.

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

Zur Erinnerung

an

Johann Adam v. Seuffert.

In dieser Zeitschrift wurde bereits einigen Mitarbeitern, welche dieselbe mit schätzbaren Beiträgen bereichert hatten, nach ihrem Hingange ein anerkennendes Denkmal gesetzt. Um so mehr erheischt es die Pflicht der Pietät, dem Gründer der Blätter für Rechtsanwendung ein dankbares Andenken zu widmen.

Johann Adam v. Seuffert, geboren zu Würzburg den 15. März 1794, war der zweite Sohn des im Jahre 1829 verstorbenen k. bayer. Staatsraths und Appellationsgerichts-Präsidenten Joh. Michael v. Seuffert. Er begann die Universitätsstudien im J. 1809 in seiner Vaterstadt, und setzte sie daselbst fort bis zum Dezember 1813. Hierauf trat er als Offizier in die freiwillige Jägerschaar des damaligen Großherzogthums Würzburg, und machte den Feldzug von 1814 gegen Frankreich mit. Nach seiner Rückkehr in das Vaterland erhielt er die nachgesuchte Entlassung aus dem Waffendienste, und begab sich, nachdem er am 16. März 1815 die Würde eines Doctors beider Rechte erworben hatte, im April desselben Jahres nach Göttingen. Dort habilitirte er sich, nachdem

ihm auch die philosophische Doctorwürde durch die Fakultät zu Würzburg ertheilt worden war, als Privatdocent für Geschichte und Staatswissenschaft. Im Mai 1816 kehrte er in seine Vaterstadt zurück, wurde an der dortigen Hochschule im November desselben Jahres Privatdocent, hierauf daselbst am 27. Juli 1817, nachdem er den Ruf als Professor der Rechte an der niederländischen Universität Gent ausgeschlagen hatte, außerordentlicher Professor der Pandekten, des bayer. Civilrechts und der Geschichte, und im J. 1819 ordentlicher Professor der Rechtswissenschaft.

Seine ausgezeichneten und vom segensreichsten Erfolge gekrönten Leistungen als akademischer Lehrer haben allgemeine Anerkennung gefunden, und sind in den dankbaren Herzen seiner zahlreichen Zuhörer, von denen noch viele leben und zum Theil eine hohe Stellung im Staatsdienste einnehmen, mit unauslöschlichen Zügen eingeschrieben.

Im J. 1831 wurde er von der Universität Würzburg zum Landtagsabgeordneten gewählt, und bei diesem Landtage, nach dem Vorschlage der Kammer, durch kgl. Ernennung zum II. Präsidenten auf dieselbe Stelle berufen, die in den beiden ersten Ständeversammlungen sein Vater so ehrenvoll bekleidet hatte. Er war ein hervorragendes Mitglied der damaligen Kammer, und zeigte sich des ihm zu Theil gewordenen Ehrenpostens vollkommen würdig. Ausgestattet mit einer vielseitigen Bildung, umfassenden Kenntnissen und einer zu Herzen gehenden Rednergabe, entfaltete er die ihm eigenen Tugenden der Charakterfestigkeit, Wahrhaftigkeit und Rechtlichkeit, gepaart mit edlem Freimuth und Milde, sowie durchdrungen von ächter Vaterlandsliebe, im reichsten Maße. Ohne persönliche Nebenrücksichten, nur die Sache im Auge behaltend, folgte er stets seiner pflichtmäßigen Ueberzeugung und bestrebte sich, seinen schwierigen Beruf in jeder Hinsicht auf das Gewissenhafteste zu erfüllen.

Leider traf ihn hiebei das Loos, verkannt zu werden, das schon so manchem Ehrenmanne, dessen Namen die Geschichte verewigt hat, zu Theil ward, und in Folge dessen mußte er dem Lieblingsberufe, welchem er sein ganzes Leben zu widmen gedachte, entsagen.

Der Seelenschmerz über seine Enthebung von der Professur und über die erlittenen Kränkungen hatte für ihn eine schwere Gemüthskrankheit im Gefolge, die ihn längere Zeit zu allen Geschäften unfähig machte.

Inzwischen war er — im September 1834 — zum Rathe bei dem damaligen Appellationsgerichte des Rezatkreises in Ansbach ernannt worden. Im Februar 1835 begann er seine neue richteramtliche Thätigkeit, und damit trat ein Wendepunkt in seinem Leben ein, worin sein frommes Gemüth alsbald eine wohlthätige Fügung der Vorsehung erkannte, so daß er auch nie mit Bitterkeit in die trübe Periode seiner Prüfung zurückblickte.

Seuffert fand bei dem erwähnten Gerichtshofe, dessen Mitglieder unter der trefflichen Leitung des Präsidenten Freiherrn von Leonrod und zweier würdigen Direktoren die schönste Eintracht verband, die freundlichste Aufnahme, so daß er sich, zumal da auch ein wissenschaftlicher Geist vorherrschend war, sehr bald dort heimisch fühlte, und mit mehreren seiner Kollegen recht innige Freundschaft schloß.

Erfüllt von der Würde und Wichtigkeit seines neuen Berufes, widmete er sich demselben mit vollster Hingebung, und erfaßte ihn von der edelsten Seite, indem er ihn mit den gereiften Früchten der Wissenschaft auszuschnücken wußte, und auch bei strenger Handhabung des Rechts sich stets als Menschenfreund bewährte, so daß es seinem Herzen, dessen Grundzug Menschenliebe war, wohl that, wenn sich Gelegenheit fand, die richterliche Milde vormalten zu lassen.

Jener Wendepunkt hat auch die Entstehung der Blätter für Rechtsanwendung herbeigeführt. Ein fleißiger Kollege, aus dessen gediegenen Arbeiten viele Perlen in die Rechtsblätter aufgenommen wurden *), hatte sich nämlich ein Notizenbuch über die zur Entscheidung gekommenen wichtigeren Rechtsfälle angelegt, welches den Mitgliedern des Gerichtshofes willfährig zu ersprießlicher Benützung dargeboten und mit dem verdienten Namen Schatzkästlein belegt wurde. Diesem Beispiele folgend, fing nun auch Seuffert an, sich Präjudizien zu sammeln, und schon in kurzer Zeit hatte er einige Hefte damit angefüllt. Da kam ihm eines Morgens der glückliche Gedanke, diese Ausbeute der Praxis gemeinnützig zu machen, und damit eine

*) Es ist dieß der jetzige k. App. = Ger. = Direktor Wehner in Neuburg, welcher noch im vorgerückten Lebensalter seinem Berufe mit rüstigem Eifer vorsteht, und als eine Zierde des bayer. Richterstandes verehrt wird.

Zeitschrift zu gründen, deren Aufgabe darin bestehen sollte, in Bezug auf die bisherige Gesetzgebung die Wechselwirkung zwischen Doctrin und Praxis zu vermitteln, den Rechtsprüchen bayer. Obergerichte, insbesondere des obersten Gerichtshofes, eine Art von Oeffentlichkeit zu verschaffen, und für die Gleichförmigkeit der Rechtsanwendung nach Kräften zu wirken.

Er theilte diesen Plan einigen Kollegen mit, welche denselben freudigst begrüßten, und ihre Mitwirkung bereitwilligst zusagten. Schon in den nächsten acht Tagen erschien, am 2. Jänner 1836, die erste Nummer der Blätter für Rechtsanwendung. Die beifällige Ausnahme und die mehrseitige Unterstützung, welche dem Unternehmen sofort durch Beiträge zu Theil wurde, gewährten die freudige Aussicht auf dessen gesicherten Fortbestand.

Seuffert's rastlose Thätigkeit ließ es aber bei dieser Schöpfung nicht allein bewenden. Sein neuer Beruf verschaffte ihm mehr und mehr Gelegenheit, die Gebrechen und Bedürfnisse der Rechtspflege in Bayern kennen zu lernen, und erzeugte in ihm den Wunsch, zur Verbesserung desselben thätig, der Sache der Gerechtigkeit in seinem Vaterlande nützlich zu werden. Von diesem Wunsche befeelt, ergriff er gleichzeitig die Feder zur Ausarbeitung seines Kommentars über die bayer. Gerichtsordnung, wovon der erste Band im April 1836 (in der ersten Ausgabe) erschien.

So hat sich denn auch in Seuffert's Lebensgange der Erfahrungssatz, daß zuweilen Trübsal zur Freude führt und Unglück zum Segen gereicht, auf das Schönste bewährt. Sein unfreiwilliger Uebergang vom akademischen Lehramte zur Praxis hat dazu gedient, daß er, statt vorher nur dem Kreise seiner Zuhörer, nun Allen, die Recht zu sprechen, das Recht zu vertreten und Recht zu suchen haben, nützlich werden, und dadurch in weiten, selbst über das spezielle Vaterland hinaus reichenden Kreisen segensreich wirken konnte.

Die im J. 1838 stattgefundenene Verlegung des mittelfränkischen Appellationsgerichtes von Ansbach nach Eichstädt, nebst der Versetzung mehrerer Mitglieder an andere Gerichtshöfe des Königreichs, war Allen, die hiedurch das Loos der Trennung traf, sehr betrübend. Seuffert befand sich unter denen, die nach Eichstädt übersiedelten. Seine durch fortwährende körperliche Leiden im-

mer mehr geschwächte Gesundheit legte ihm aber die traurige Nothwendigkeit auf, im J. 1839 um seine Versetzung in den Ruhestand nachzusuchen, die ihm auch unter Anerkennung seiner vorzüglichen Dienstesleistungen zu Theil wurde. Er zog hierauf nach München.

Nur durch Beobachtung der strengsten Diät und vielfache Versagungen gelang es ihm, sein Leben fortzustricken. Sein physischer Zustand gestattete ihm nicht, anhaltend zu arbeiten; er konnte gewöhnlich nur einige Morgenstunden des Tages zu wissenschaftlichen Beschäftigungen benützen. Gleichwohl gingen aus dieser beschränkten und durch körperliche Leiden erschwerten Thätigkeit, neben der ununterbrochenen Fortsetzung der Blätter für Rechtsanwendung, neue Bereicherungen für die Rechtswissenschaft und Rechtspflege hervor. Dahin gehören die im J. 1847 erschienene zweite Ausgabe seines zuerst im J. 1825 geschriebenen Pandektenrechts, welcher in den Jahren 1851 und 1852 auch die dritte, noch weiter vermehrte Ausgabe folgte; ferner das im J. 1847 begonnene Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, wovon bis 1856 zehn Bände und im laufenden Jahre die beiden ersten Hefte des eilften Bandes geliefert wurden; dann die zweite Ausgabe des Kommentars über die Gerichtsordnung, wovon 1854 der erste, 1855 der zweite und 1856 der dritte Band nebst der ersten Lieferung des vierten Bandes herauskamen.

Zu diesen ernststen Beschäftigungen gesellte sich als erheiternde Zugabe die Muse der Poesie, welche unserem Freunde insonderheit die häufig schlaflosen Nächte verkürzte, und einen schönen Kranz von Gedichten, namentlich Sinnsprüchen, erzeugte, in welchen nicht nur sein Witz und Scharfsinn, sondern vorzüglich sein tiefes Gemüth den reichsten und reinsten Ausdruck fanden.

Die edle patriotische Gesinnung, welche Seuffert schon früher bethätigte, behauptete er auch bei den politischen Stürmen, die das J. 1848 entlud. Treu seinen Grundsätzen, beseelt vom Wohle des Vaterlandes und angetrieben von den reinsten Beweggründen, ergriff er damals seine gewichtige Feder, um mit Entschiedenheit unheildrohende Bestrebungen zu bekämpfen, besonnenen Fortschritten, welche nach seiner innigsten Ueberzeugung die Zeit und das Gemeinwohl forderten, das Wort zu leihen, und nach allen Seiten hin vor Ueberstürzung wohlmeinend zu warnen. Da er aber seine guten Absichten nicht

nach Erwartung erreicht sah, so zog er sich vom Gebiete der Politik gänzlich zurück, und widmete seine Thätigkeit ausschließlich dem Rechtsfache.

Seit dem Beginne dieses Jahres nahmen jedoch seine Lebenskräfte zusehends ab, und das in einer Erweiterung der Blutgefäße bestandene Uebel, woran er so viele Jahre zu leiden hatte, erreichte am 8. Mai, Abends 9 Uhr, den lange vorher befürchteten Endpunkt. Bei'm Scheidegruße der sinkenden Sonne neigte sich das müde Haupt im sanften Hinüberschlummern zur ewigen Ruhe. —

Durch den Tod dieses Mannes haben nebst seiner von ihm hoch beglückt gewesenen Familie, seinen zahlreichen Freunden und Verehrern, auch zugleich die Wissenschaft und das Vaterland einen großen Verlust erlitten, woran sich von nah und fern die tiefgefühlte Theilnahme bereits in mehrfacher Weise kund gegeben hat.

Seuffert gehörte zu den angesehensten juristischen Schriftstellern und zeichnete sich besonders dadurch aus, daß er mit der Meisterschaft in der Theorie auch den praktischen Sinn für Anwendung des Rechts auf die Erscheinungen und mannichfachen Gestaltungen des Lebens vereinigte.

Das Ziel seines eifrigen Bestrebens war, die Theorie mit den Erfahrungen des praktischen Lebens zu bereichern, zu Forschungen über weitere Rechtsausbildung anzuregen, auf Verbesserung der Rechtspflege hinzuwirken, die Handhabung des Rechts mit dem natürlichen Rechtsgefühl möglichst in Einklang zu bringen und die Rechtsanwendung in solcher Weise zu veredeln, daß in ihr keine Belästigung, sondern eine Wohlthat für die Menschheit erkannt werden könne.

Daß Seuffert bei diesem Bestreben nur dem Zuge seines von Rechtsgefühl und Menschenliebe durchdrungenen Herzens folgte, ist unverkennbar, und hieraus läßt es sich auch erklären, wenn er mitunter einen etwas scharfen Tadel über Entscheidungen ergehen ließ, die nach seiner Ueberzeugung dem Rechte nicht angemessen waren.

Wie sich unser vollendeter Freund durch sein Pandektenrecht und das oben erwähnte Archiv um die Rechtswissenschaft im gesammten deutschen Vaterlande verdient gemacht, so hat er sich durch seinen Kommentar über die Gerichtsordnung und die Gründung der Blätter für Rechtsanwendung noch insonderheit um die Rechtspflege im en-

geren Vaterlande entschiedene Verdienste erworben und dadurch in Bayern eine Autorität erlangt, die dem noch immer gefeierten Namen des einstmaligen Kanzlers von Kreittmayr würdig zur Seite steht. Hiesür spricht schon der Umstand, daß diese Werke fast in jeder Prozeßschrift allegirt zu werden pflegen, und nicht minder in den Richtersprüchen aller Instanzen zu unzähligen Malen schon in Bezug genommen worden sind.

Insbefondere haben die Rechtsblätter wohlthätig dazu beigetragen, daß sich die Ansicht der Praxis über viele ehemals zweifelhafte Rechtsfragen so befestigt hat, daß dieselben aus der Reihe der Kontroversen bei den bayerischen Gerichten verschwunden sind. Nicht minder wurde durch diese Zeitschrift zu gründlichen Erörterungen über Partikularrechte, allgemeinere Gesetze und über Materien aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Anlaß gegeben, auf Verbesserung der Rechtspflege vielseitig und erfolgreich hingewirkt, und mitunter auch auf difforme oberstrichterliche Entscheidungen hingewiesen, wodurch Plenarbeschlüsse herbeigeführt wurden, deren mehrere mit den in den Rechtsblättern mitgetheilten Ansichten übereinstimmend sind.

Seuffert's Verdienste um die Rechtswissenschaft und Rechtspflege in dem ihnen gebührenden vollen Umfang zu schildern, bleibe einer ebenbürtigen Feder überlassen.

Es sei bloß noch von seiner Persönlichkeit erwähnt, daß bei ihm die trefflichsten Eigenschaften des Geistes, Herzens und Gemüthes in der schönsten Harmonie vereinigt waren. Sein liebevolles Herz gab ihn als zärtlichsten Vatten und Vater, wohlwollendsten Bruder und bewährtesten Freund, als treuen Anhänger des Vaterlandes, als allgemeinen Menschenfreund zu erkennen. Mit der Klarheit seines Verstandes, der Tiefe seines Denkens und Schärfe seiner Beurtheilungskraft war eine unwiderstehlich anziehende Gemüthlichkeit, Biederkeit und Freundlichkeit verbunden. Der reiche Schatz seines durch universelle Bildung gewonnenen und stets genährten Wissens war von einer Bescheidenheit und Anspruchslosigkeit umkleidet, die Andere im Umgange mit ihm seine Ueberlegenheit kaum ahnen ließ. Unererschütterlich in seinen Grundsätzen und der strengsten Rechtlichkeit ergeben, wußte er auch, wo es geschehen konnte, Milde und Nachsicht zu üben. Er war nicht nur ein treuer Sohn seiner Kirche, sondern auch ein wahrhaft frommer Christ, der das Gebot der Liebe

gegen alle Mitmenschen ohne Unterschied in reinster Weise erfüllte. Sein Umgang war für jeden, der sich dieses Glückes zu erfreuen hatte, genußreich, belehrend, erhebend und beseligend.

Am Grabe dieses seltenen Mannes wäre man wohl zu den Worten versucht: „gib diesen Todten mir heraus; ich muß ihn wieder haben.“

Ch. C. G.

Der Unterzeichnete bringt hiemit zur Anzeige, daß er im Einverständnisse mit der Verlags-handlung die Redaktionsgeschäfte der Blätter für Rechtsanwendung übernommen habe. Die Herren Oberappellationsgerichtsrath Dr. Glück, Hofrath und Professor Dr. Dollmann und Oberappellationsgerichtsrath Dr. Lauck haben demselben ihre Mitwirkung hiebei gütigst zugesichert.

München, den 5. Juli 1857.

Dr. Ernst August Seuffert,
außerord. Professor.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommissärs. Dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde. — Die Nichteinholung der lehenherrlichen Erinnerung (GD. Kap. 14 §. 4) bildet für die Hauptpartei (den Vasallen) keinen Grund unheilbarer Nichtigkeit. — Herkommen im objektiven Sinn. Substanziung einer darauf gestützten Klage oder Einrede. — Erforderliche Begründung des Herkommens (im subjektiven Sinne), um zu dem angebotenen Beweise desselben zugelassen zu werden. — Administratives Provisorium über eine kirchliche Baulast. Vorbehalt des Civilrechtsweges. Natürliche Grenzen dieser weiteren Verfolgung. — Zur Lehre von der Beweisfrist. Unterlassene Bezugnahme auf die frühere Beweisantretung. — Die von der Kindsmutter vor der Kuratelbehörde bezüglich der Vaterschaft ihres außerehelichen Kindes abgegebene Erklärung ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommissärs. Dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde.

In jüngster Zeit lag dem obersten Gerichtshof die Frage zur Entscheidung vor: „ob ein adeliger Verlassenschaftskommissär gehalten sei, die Akten über seine Verlassenschaftsverhandlungen dem betreffenden k. Kreis- und Stadtgerichte vorzulegen?“ — Der veranlassende Fall war folgender: Freiherr von B., als Verwandter des Erblassers von den Erben zur Auseinandersetzung der Verlassenschaft erwählt, und vom Kreis- und Stadtgerichte K., als der ordentlichen Verlassenschaftsbehörde, in jener Eigenschaft anerkannt, wurde von genanntem Gerichte beauftragt, binnen 2 Monaten demselben seine Verlassenschaftsverhandlungen vorzulegen. Da eine von demselben hiegegen erhobene Remonstration erfolglos blieb, und auf ergriffene Berufung der erstinstanzielle Bescheid zweitrichterlich bestätigt wurde, wandte sich

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt. Beschwerdesumme bei Berufungen gegen Beweisauflagen über Kompensationsposten. — Rechtskraft der Entscheidungsgründe. — Vollmachtsverbesserung, von Amtswegen angeordnet. Hiegegen findet keine Extrajudizialbeschwerde statt. — Justiz- oder Verwaltungssache bei Ansprüchen auf Mitgenuß an Gemeindegründen. — Schließt nach gemeinem Rechte der eheliche Stand des Euprators, welchen die geschwächte Weibsperson kannte, ihren Anspruch auf Entschädigung wegen Desfioration aus? — Anzeige. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Beschwerdesumme bei Berufungen gegen Beweisauflagen über Kompensationsposten.

Der Schiffmeister J. S. klagte gegen den Kaufmann F. L. den Rest einer Frachtlohnssforderung ein, welcher nach seiner Behauptung einschläffig einiger kleinen Auslagen noch in 166 fl. 20 fr. bestund, und bat, den Beklagten zur Zahlung dieser 166 fl. 20 fr. nebst Verzugszinsen und Kosten zu verurtheilen. Der Beklagte vertheidigte sich durch eine theilweise verneinende Einlassung und, nebst mehreren anderen in der obersten Instanz nicht mehr in Betracht kommenden Einreden, durch die Einrede der Kompensation, indem er vorbrachte, der Kläger habe dem Beklagten durch Beschädigung eines Theiles der zur Verschiffung übernommenen Waaren einen Schaden von mehr als 537 fl. 20 fr. zugefügt, daher sich mit dieser Schadensersatzforderung die eingeklagte Summe von 166 fl. 20 fr. kompensire. Es wurde um Entbindung von der Klage gebeten,

wieder zurückzukommen. Nur wenn mit diesem Beweise auch die Probe verbunden werden kann, daß Demjenigen, der den Eid leistete, die Unwahrheit Dessen, was er beschworen, bekannt war, soll — offenbar, da es nicht angeht, daß Jemand aus einem in jeder Beziehung schändlichen Vergehen Vortheil ziehe — Restitution gewährt werden.

Nun stellt aber die *QD.* den Fall, in welchem der Eid *pro praestito* erachtet wird, mit dem wirklichen Eide, Demjenigen, von dem fingirt wird, er habe den Eid geleistet, mit Demjenigen, der ihn wirklich geleistet hat, auf gleiche Stufe.

Dieselbe setzt voraus, und darin liegt denn auch der Grund der fraglichen Bestimmung, daß derjenige, der sich bisher gut betragen, gegen dessen Person überhaupt kein Bedenken obwaltet, der sich überdies gerichtlich zum Eide erbieten, sich niemals in *mora jurandi* befunden und christlich verstorben ist, jedenfalls den Eid mit gutem Gewissen hätte schwören können, und ihn demnach, wenn er am Leben geblieben wäre, geschworen haben würde, weil von Demjenigen, bei welchem diese Voraussetzungen zutreffen, nicht angenommen werden kann, daß er, soferne er den Eid wirklich nicht mit gutem Gewissen zu leisten vermöchte, sich soweit habe vergessen können, sich zu dessen Leistung zu erbieten, oder gar dieses Anerbieten im Momente des Todes nicht zurückziehen.

Darum eben muß denn auch angenommen werden, daß der *pro praestito* erachtete Eid, der vermöge seiner Gleichstellung mit dem wirklich geleisteten, gleich diesem das Ende des Streites für immer herbeiführen soll, im Wege der Restitution nicht in gewöhnlicher Art, sondern nur durch vollständigen Beweis der Unwahrheit des für beschworen Erachteten und durch den Nachweis, daß der Verstorbene diese Unwahrheit gekannt habe, beseiti-

gleichen Dokumenten steht aber wohl eine affirmative, nicht eine negative Beweiskraft zu, indem der Eintrag eines dinglichen Rechtes in solche den Beweis des wirklichen Bestehens derselben liefern kann, der Nichteintrag jedoch höchstens eine Vermuthung, keineswegs eine volle Probe für die Freiheit des Grundeigenthumes von der behaupteten Last zu liefern vermag.“

DAÖG. vom 16. Februar 1857. R. Nr. 135 ⁵⁵/₅₆.
(μ. . .).

Uebereinstimmend ein DAÖG. vom 23. Dezember 1853. R. Nr. 1405 ⁵²/₅₃. Vgl. noch Bl. f. RA. Bd. XXI S. 174–5.

4.

Unzulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof in Jagdfrevelfachen.

Vgl. Bd. XVIII S. 233.

In einer Untersuchungssache wegen Jagdfrevels wurde der Angeschuldigte des fraglichen Reates im Polizeiübertretungsgrade erstinstanziell für schuldig erkannt, und dieser Ausspruch auf eingelegte Berufung vom Obergerichte bestätigt. Siegegen ergriff der Verurtheilte die Nichtigkeitsbeschwerde, welche jedoch oberstrichterlich als formell unstatthast zurückgewiesen wurde, da der Artikel 9 des Ges. vom 25. Juli 1850, die Bestrafung des Jagdfrevels betreff., bestimmt, daß bei den den Civilgerichten I. Instanz zur Aburtheilung zugewiesenen Jagdfreveln im Polizeiübertretungsgrade gegen den Ausspruch des Gerichtes I. Instanz eine Berufung „an das nächst höhere Gericht“ zulässig sei, und hiemit jedes weitere Rechtsmittel, namentlich das der Nullitätsquerel, als ausgeschlossen erscheint.

Wenn — fahren die Motive fort — in den zur Kompetenz der Polizeibehörden gehörenden Polizei Straf-

stellen werde, von der k. Hoftheater-Intendanz verfügt.

Wegen dieses (bei fortwährender Weigerung der M. D. mehrere Monate fortgesetzten) Gageabzuges erhob M. D. bei dem k. Kr.- und StG. München als inappellablen — durch §. 11 des Vertrages von 1841 festgesetzten — Kompromißgerichte Klage mit dem Antrage, den ungerechtfertigten Gageabzug aufzuheben, und die Abzüge der Klägerin wieder auszuhandigen. Die k. Hoftheater-Intendanz wendete die Einrede der Inkompetenz des Kompromißgerichtes in seiner Eigenschaft als Civilgericht ein, indem der verhängte Abzug gemäß §. 51 der Theatersatzungen lediglich als Disziplinarstrafe von der hiezu ausschließend kompetenten Disziplinarbehörde — der k. Hoftheater-Intendanz — verfügt worden sei; hier also im Sinne des §. 11 des Engagementsvertrages eine „rein dienstliche“ Differenz vorliege, in welcher das Civilgericht inkompetent erscheine, zumal die Annahme einer Kompetenz der Civilgerichte eine energische Leitung der Theateranstalt, welche mit Nothwendigkeit begründet sei, zur Unmöglichkeit mache. Diese Inkompetenzeinrede wurde vom Kompromißgerichte verworfen und hierauf in der Hauptsache der Klägerin der Beweis aufgetragen, „daß die ihr übertragene Rolle eine chargirte in der Kunstsprache sei.“ Nach durchgeführtem Beweisverfahren (in welchem nahezu alle lebenden dramatischen Autoritäten Deutschlands — Dichter und Schauspieler — als Sachverständige vernommen wurden) nahm das Kompromißgericht den Beweis der Klägerin als erbracht an, und erkannte auf Rückgabe der Gageabzüge. — Gegen diesen Ausspruch ergriff die k. Hoftheater-Intendanz eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Appellationsgericht von Oberbayern zu Freising, welche sich lediglich

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

**Christian Carl Gild, Carl Friedrich Dollmann und
Johann Jakob Laut**

herausgegeben

Johann Adam Seuffert,

nun fortgesetzt

Ernst August Seuffert.

Neue Folge II. Band.

Der gesammten Folge XXII. Band.

Erlangen, 1857,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

zwei und zwanzigsten Bande der Blätter
für Rechtsanwendung.

Neue Folge II. Band.

	Seite
Abblösungsgesetz, s. Bodenentlastungsgesetz.	
Abblösungskasse: Umfang deren Einspflicht . . .	168
Abklärung von Kanalwasser: Grundstückbeschädigung hierdurch . . .	85
Abhängion: deren Zusammenhang mit der Hauptbeschwerde; Unerheblichkeit einer formell zulässigen Abhängions-Be- schwerde, wenn derselben bereits materiell präjudiziert ist.	216
Abjudikation: deren Vernichtung kann ein Hyp.-Gläu- biger, dem der Tag der Versteigerung im Exekutions- verfahren nicht speziell bekannt gemacht wurde, auch in dem Falle verlangen, wenn die Steigerung den Schätzungsw- erth erreicht hat (Vgl. Bd. V S. 315 f.) . . .	285
Unzulässigkeit der Nichtigkeitklage gegen vollzogene Ab- judikationen von Immobilien . . .	90
Administratives Provisorium: über Kirchenbaulast; dasselbe schließt die Befehlklage nicht aus . . .	267
Vorbehalt des Civilrechtsweges bei einem dergl. Provi- sorium; natürliche Gränzen dieser weiteren Verfolgung.	302
Administrativsachen, s. Verwaltungssachen.	
Administrativ-Verfügung: deren Zusammenstoß mit einem Privatrechtsverhältnisse zwischen Dritten . . .	369
Adressat: in wiefern steht ihm ein Entschädigungsan- spruch wegen Waarenverderbß auf der Eisenbahn zu? . .	172
Advokat: Verfahren, wenn auf dessen definitive Ent- scheidung erkannt wurde . . .	250

Altiengeſellſchaften: deren Vertretung im Civilprozeſſe	47
Altienunternehmen: Bethelligung an einem Anderen Einzeichnung zu demſelben; Verpflchtung des Mandatars	27
Altuar: deſſen Unterſchrift bei Protoſollen in Sachen der freiwilligen Gerichtbarkeit	507
Amortisationsgeſetze: deren Geltung bezüglich neu entſtandener Kldſter (Verſichtigung ſiezu. S. 256.)	431
Landesherrliche Dispensation von den Amortisationsgeſetzen; Vorausſetzung ihrer Wirkſamkeit	440
Anaſtasiſches Geſetz: Statuten-Kollifion	103
Animus injuriandi: bei anderem Hauptzwecke der Handlung	176
Ansbacher Recht: den Verzicht auf elterliches Erbrecht in Heirathverträgen betr.	125
Anzeige: die Fortſ. des Kommentars zur G.D. betr. Deſgl. die Blätter für R.A. betr. Beilage zu Nr. 15. S. 8.	352
Appellation, ſ. Berufung.	
Arbitrium: eines Kontrahenten, Entſchädigungspflicht betr.	35
Armenanwalt: deſſen Diſziplinarbeſtrafung	240
Arreſt: der perſönliche Kredit des Impetraten iſt unerheblich	48
Ausfertigung: von Vertragskunden	507
Ausgebing: über die Reduktion der bei der Gutübergabe für die Eltern bedungenen Ausnahme nach dem Tode des einen deſſelben. (nach gem. u. preuß. Recht.)	225
Auslobung. (Ein Stück von Bauernübermuth.)	11
Auszug: der Eltern; Einfluß des Todes eines deſſelben.	225
Bamberger Recht: elterliche Gutübergabe betr.	42
Baupflicht: der Eingepfarrten, beziehungsweise der Kirchengemeinde	17
Streit über Kirchenbaupflicht der Parochianen; iſt die Pfarrgemeinde oder ſind die Pfarrgenoſſen zur Sache legitimirt?	18
Vergleich über Baupflicht; Vertretung der Pfarrgenoſſen durch die Kirchenverwaltung	21
Anſpruch auf Baukoſtenverſatz gegen die Pfarrgemeinde erhoben	26
Sachlegitimation in Streitigkeiten über kirchliche Baulaſt. Kirchengemeinde und politiſche Gemeinde. Mutter- und Zillalgemeinde	385
Baupflicht des Beſentherren im Verhältniſſe zu den Einkünften der Pfarrpfünde	46
Zuſammenvirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer feſten Regel über das Maß, in welchem eine Baupflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen iſt	331

	Seite
Ein administratives Provisorium über Kirchenbaukauf	267
Schließt die Besitzlage nicht aus	267
Administratives Provisorium über eine kirchliche Baukauf;	
Vorbehalt des Civilrechtsweges; natürliche Grenzen	302
dieser weiteren Verfolgung	302
Schulbaukauf. Umfang derselben bei vermehrtem Bedürfnisse.	308
Bayerisches Recht: die spätere Einführung des bayer.	
Landrechtes in Pfalz-Neuburg und Sulzbach umfaßte von	
selbst auch die bis dahin erschienenen Novellen zu demselben.	367
Pactet die mit ihrem Manne zu offenem Kram- und	
Laden sitzende Ehefrau nach bayer. R. für die Gewerbs-	
schulden solidarisch?	378
Erörterung nach bayer. Rechte über die Hypothekenrang-	
ausweidung von Seite einer Ehefrau	273
Ueber die cura prodigi nach bayer. R., insbesondere ob	
der Kuratel über verweigerter Wiederaufhebung der	
Kuratel Beschwerte führen könne?	153
Verpflichtung des Fiskus zu Verzugszinsen nach bayer.	
Rechte. (Vgl. Bd. XXI S. 401 Nr. 7.)	335
Bedingtheit: Eidesformel, wenn es sich von Bedingt-	
heit oder Unbedingtheit eines Geschäftes handelt	83
(Berichtigung hierzu S. 418.)	
Beischlaf: Einrede der Beischlafkonkurrenz (preuß. R.)	72
(Schiffre-Zusatz S. 256.)	
Berufung: deren Devolutivkraft; reformatio in pejus.	206
Umfang der Suspensivkraft von Berufungen gegen Be-	
weisinterlokute	2
Mündliches Verhör, durch alle Stadien in Einer Tag-	
fahrt zum Endurtheile geführt; nun erst Berufung ge-	
gen das Zwischenerkenntniß auf Eidesleistung	139
Thatsachen, von welchen die Berufungszulässigkeit ab-	
hängt, von Amtswegen konstatiert	139
Berufungszulässigkeit gegen Erkenntnisse auf d. Diffessionseid	64
Zulässigkeit der Berufung gegen die Verfügung auf die	
Klage: Kläger habe vorerst gewisse Legitimationsbe-	
hilfe beizubringen	143
Berufung zur dritten Instanz, s. Revision.	
Berufungsfrist: bei Erneuerung der Insinuation	255
Berufungsfrist, wenn zwar die Post als Insinuations-	
mandatar aufgestellt, gleichwohl aber die Zustellung	
gegen Rezipisse vom Gerichte veranlaßt wurde	358
Berufungsfrist im Executionsverfahren; Prüfung der	
Förmlichkeiten der Vorinstanz	111
Berufungsinstanz: Inzidentrestitutio in derselben	79, 414
Berufungssumme: spätere Minderung des Beschwerde-	
gegenstandes	33
Berufungssumme, wenn das Obergericht auf Zurückweisung	
der Berufung wegen Anerkennung des beschwerenden	
Urtheils erkannt hat	139

	Seite
Beschwerdesumme bei Berufungen gegen Beweisanklagen über Kompensationsposten	337
Beschädigung: an Grundstücken durch Absäuerung von Kanalwasser	85
S. auch Entschädigung.	
Bescholtenheit: der Geschwächten. (preuss. Recht.)	72
Beschwerde: Unerheblichkeit einer formell zulässigen, wenn derselben bereits materiell präjudiziert ist	216
Dritten Bethelligten steht gegen die in Kuratelbestellungen ergangenen Gerichtsverfügungen ein Beschwerde-recht zum Oberrichter nicht zu	254
Ein unter Kuratel gestellter Verschwenker hat kein Be-schwerderecht gegen die Verwelgerung der von ihm be-antragten Wiederaufhebung der Kuratel (bayer. Recht.)	153
Beschklage: ist durch ein administratives Provisorium über Kirchenbaulast nicht ausgeschlossen	267
Betrug: Kompetenz zur strafrechtl. Untersuchung wegen indizierten Betruges hinsichtlich versendeter und als ver-fälscht befundener Viktualien	501
Bom Betruge durch Privaturkundenfälschung	129, 145, 161
Betrug durch Unterdrückung gültiger Urkunden	148
Beweis: des Einwandes der Simulation	78
Beweisanklage über ausländische Gesche	236
Beweisfrist: deren vollständige Suspension durch die Berufung des Gegners gegen das Beweisinterlokt	2
Unterlassene Bezugnahme auf die frühere Beweisantretung in dem durch weitere Beweisanklagen in 2. u. 3. Instanz veranlaßten Beweisantretungsnachtrage	303
Beweiskraft: der Handelsbücher; Umfang bezüglich der verbuchten Geschäfte; Nürnberger Handelsgerichtsbordnung Ueber die Beweiskraft der strafgerichtlichen Voruntersuchung für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft	374
Beweisfah: die Eigenschaft eines Zeugniss betr.	78
Bodenentlastungsgesetz: Kompetenzfragen, dieses Gesetz betr. Bedeutung der Schlußklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist . .	113
Gerichtszuständigkeit, wenn es sich von der Grundlasten-eigenschaft in Bezug auf Verwandslung in Bodenzins handelt	119
Streitigkeiten über die Frage, ob ein Reichtum nach §. 23 des Bodenentlastungsgesetzes zur Ablösung ge-eignet sei, sind Civilprozeßsachen	122
Ueber den Umfang der Binspflicht des Staates bei der Uebernahme unständiger Grundgefälle	168
Zur Lehre von Aufhebung der Frohnen durch das Gesetz v. 4. Juni 1848	316
Brückenbaupflicht: ob der beßfällige Streit Justiz- oder Administrativsache sei?	369

	Seite
Cessionar: dessen Klage auf einen der Cession vorgängigen Zinsenrückstand	91
Civilgerichte: deren Unzuständigkeit in Taxstrettigkeiten Civilprozeßsache, s. Zustizsache.	232
Civilrechtsweg: dessen Vorbehalt bei einem administrativen Provisorium; natürliche Grenzen dieser weiteren Verfolgung	302
Code Napoleon: als Gegenstand einer Beweisaufgabe über ausländische Gesetze	236
Nach Art. 215 des Code Nap. bedarf die Ehefrau auch zur Fortsetzung eines vor ihrer Verheirathung begonnenen Prozeßes der Zustimmung ihres Ehemannes.	286
Cura prodigi: (bayer. Recht.)	153
S. übr. Kuratel.	
Deflorations- Vergütung: gegen Ehemänner eingeklagt	350
Inwieferne die Eintrede der Weischlafkonkurrenz den Entschädigungsanspruch der Geschwächten zerstöre. (preuß. R.)	72
Devolutivkraft der Verurtheilung; Reformatio in pejus	206
Diffessionseid: Verurtheilungszulässigkeit gegen ein Erkenntniß auf diesen Eid	64
Dispensation, landesherrliche: von den Amortisationsgesetzen; Voraussetzung ihrer Wirksamkeit	440
Disziplinarsache: Verhängung einer Geldstrafe über einen Armenanwalt	240
Civilrichterliche Kompetenz im Gegensatz zu jener der Disziplinalgewalt bei Differenzen zwischen Schauspielern und der Theater-Intendanz	487
Domizil des Pächters	105
Dritte: deren Einmischung in Kuratelsachen	254
Wirksamkeit der Verträge für Dritte	320
(Berichtigung hiezu S. 384.)	
Editionspflicht: des Klägers, bezüglich der Wertheilungshelfe des Beklagten	75
Ehefrau: Forderung an eine Ehefrau, welche ein eigenes Gewerbe treibt	95
Haftet die mit ihrem Ehemanne zu offenem Kram- und Laden sitzende Ehefrau nach bayer. Rechte für die Gewerbschulden solidarisch?	378
Bedarf eine in Frankreich verheirathete Frau der Zustimmung des Ehemannes zur Fortsetzung eines vor ihrer Verheirathung in Bayern begonnenen Rechtsstreites?	286
Cheverträge: inwieferne müssen sie wegen des dabel vor kommenden Erbrechtsverzichts der Eltern gerichtlich errichtet werden? (Ansbachisches Recht.)	125
Eid: Eidesleistung durch den Inhaber einer Handlung	62
Eidesformel, wenn es sich von Bedingtheit oder Unbedingtheit eines Geschäftes handelt	93
(Berichtigung hiezu S. 448.)	

	Seite
Restitution gegen einen Eid, der für gefesselt erklärt wurde	353
Eingepfarrte, s. Baupflicht.	
Einkindschaft: ist nach Rothenburger Recht zulässig	48
Einlösungsrecht: vom Regreß an den Schuldner von Seite des Hyp.-Gläubigers, der dasselbe ausübt	154
Vom Regreßrechte des Einlösers trotz Deckung seiner Hyp.-Forderung durch Weiterverkauf des eingelösten Anwesens	157
Einrede: der Beischlafkonkurrenz. (preuß. Recht.)	72
Einrede der Billigung bezüglich einer auf Bestellung gefertigten Maschine	443
Substanzierung einer auf Herkommen gestützten Einrede	298, 299
Einwand, daß die Erbschaftskläger nicht die alleinigen Intestaterben seien	110
Beweis des Einwandes der Simulation	76
Einrede der Wahrheit gegen die Injurienklage; Voraussetzung ihrer Erheblichkeit	203
Waarenverderb im Eisenbahnhofe; Einwand verspäteter Abholung	239
Desgl. Einwand des Zufalles	192
Eisenbahn: Entschädigungsanspruch wegen Waarenverderbs auf derselben, beziehungsweise auf dem Eisenbahnhofe, s. unter Entschädigung.	
Eltern: Güterübergabe derselben an Kinder nach Bamberger Recht	42
Verzicht auf elterliches Erbrecht, bei Ausheirathungen. (Ansbacher Recht.)	125
Entschädigung: die beschäufte Pflicht eines Kontrahenten vertragsmäßig durch eine „Versicherung auf Pflicht und Gewissen“ des Andern bedingt	35
Entschädigungsanspruch wegen Grundstücksbeschädigung durch Absickerung von Kanalwasser	85
Entschädigungsanspruch wegen Waarenverderbs auf der Eisenbahn; wem steht er zu? wiefern auch dem Adressaten?	172
Waarenverderb auf der Eisenbahn: Versicherung nach §. 31 der Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayer. Eisenbahnen	205
Waarenverderb im Eisenbahnhofe. Einwand des Zufalles	192
Desgl. Einwand verspäteter Abholung	239
Einfluß der Einrede der Beischlafkonkurrenz auf den Entschädigungsanspruch der Geschwächten (preuß. R.)	72
Der eheliche Stand des Stuprators schließt den Entschädigungsanspruch wegen Defloration nicht aus	350
Entscheidungsgründe: deren Rechtskraft	340
Erbeinsetzung: auf eine Quantität; Nichthaftung für Legate	57
Erbrecht: Verzicht der Eltern hierauf bei Ausheirathungen. (Ansb. Recht.)	125
Erbschaftsantretung: ist zum Erwerb der statutarischen Portion nicht erforderlich	16

	Seite
Erbchaftskauf: Verpflichtung des Käufers, den gegen den Erben eingeleiteten Prozeß zu übernehmen . . .	158
Erbchaftsklage: auf Grund der Intestaterbfolge; Einwand, daß Kläger nicht die alleinigen Intestaterben seien.	110
Erbtheilungsklage: Generalklage. Feststellung der Regeln für die Auseinandersetzung. Verweisung des Quantum zur summarischen Liquidation . . .	200
Erfüllungseid: vom „eigenen Wissen“ hiebei . . .	272
Ezekutionsverfahren: Zeitbestimmung für Frist- und Nachlassgesuche im Ezekutionsstadium . . .	253
Spezielle Bekanntgabe der Versteigerungslagsfahrt an die Hyp.-Gläubiger (Vgl. Bb. V S. 315 f.) . . .	285
Ueber Kostenvorschuß und Vorschußvergütung im Ezekutionsstadium . . .	283
Berufungsfrist im Ezekutionsverfahren . . .	111
Expropriation: begründet keinen Handlohnfall . . .	14
Bündverbindlichkeit des Enteigners . . .	191
Expropriationsgesetz: ist durch Art. XI desselben die Geltung des §. 28 Nr. 1 und des §. 138 des Hyp.-Gesetzes ausgeschlossen? . . .	359
Expropriationsverfahren: Nebenschadensposten erst in zweiter Instanz aufgestellt. Richter- resp. Obergerichtliches Amt in dergleichen Sachen . . .	207
Extinktivverjährung: realer Gewerbrechte . . .	388
Extrajudizialbeschwerde: richtet gegen von Amts wegen angeordnete Vollmachtsverbesserung nicht statt . . .	342
Familie: kann eine Familie Rechtssubjekt sein? . . .	97
Faustpfand: dessen Verbringung an einen andern Ort . . .	336
Fideikommiß: Kompetenz, wenn Bestandtheile eines Fideikommisses durch Objekte surrogirt werden sollen, die außer dem Bezirke des bisher kompetenten Appellationsgerichts liegen . . .	197
Fiskus: dessen Haftung wegen Grundstücksbeschädigung durch Absickerung von Wasser aus dem Ludwigs-Kanal . . .	86
Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Verzugszinsen nach bayer. Recht. (Vgl. Bb. XXI. S. 401. Nr. 7.) . . .	335
Flusstorrektion: hiedurch veranlaßte Klage. Frage, ob Justiz- oder Verwaltungssache? . . .	150
Form gerichtlicher Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit . . .	507
Formlichkeiten: Prüfung der Formlichkeiten der Vorinstanz . . .	111
Formvorschriften und materielles Recht . . .	1
Unfreie Wahl des Sachwalters, als Grund milder Anwendung von Formvorschriften . . .	9
Fragestellung in Schwurgerichtsfällen. Zu Art. 174 des StPG v. 10. Nov. 1848 . . .	305, 321
Fränkisches Recht: die Lehre vom Retrakt betr. Kaufobligationspflicht des Retrahenten . . .	363
Testamente nach fränkischem Rechte . . .	393

	Seite
Frist- und Nachlaßgesuche: im Exekutionsstadium; Zeitbestimmung zu deren Anbringung	253
Frohnen: zur Lehre von deren Aufhebung durch das Ge- setz v. 4. Juni 1848	316
Gastwirthschaftsrechte: Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft derselben (Vgl. Bd. XXI S. 317)	334
Gemeinde: alte Real-Gemeinde im Gegensatz der neuen politischen Gemeinde bei Ansprüchen auf Theilnahme an Gemeindegründen	105
Kirchengemeinde und politische Gemeinde	385
Gemeindegründe: Kompetenz bei Ansprüchen auf Mit- genuß an denselben	344
Gemeindesachen: zur Lehre hiervon	412
Gemischtgerichtliche Untersuchungen: zu Art. 3 und 5 des Gesetzes v. 1. Juli 1856	504
Geschäfts-Unbedingtheit: Eidesformel hierüber Geschwächte; f. Deflorationsvergütung	93
Gesetz: Bedeutung der Schlussklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist	113
Beweisauflage über ausländische Gesetze. Code Napoléon	238
Gewerbe, f. Realgewerbe.	
Gewerbschulden: desfallige Haftung der Ehefrau, f. Ehefrau.	
Gewerbsstreitigkeiten: mangelnde Sachlegitimation der Innung	223
Realgewerbe, von Konzessionisten bestritten	238
Gnomon 1, 80, 128, 160, 176, 431,	433
Grundlasten: Kompetenz bezüglich deren Umwandlung in Wohnzins	110
Grundsteuerkataster	381
Grundstücksschädigung durch Absickerung von Ka- nalwasser	85
Gütergemeinschaft: deren Ausschließung unter Ehe- leuten. (preuß. Recht.)	32
Gutskauf: Voraussetzung der Klage auf dessen Verlaut- barung. (preuß. Recht.)	175
Gutübergabe: der Eltern an Kinder nach Bamberger Recht	42
Ueber die Reduktion der bei der Gutübergabe für die Eltern bedungenen Ausnahme nach dem Tode des einen derselben. (gem. u. preuß. Recht.)	225
Gutzertrümmern, gewerbsmäßige: ist nicht als Vergehen zu qualifiziren 449, 465,	481
Haftung, solidarische der mit dem Ehemanne zu offe- nem Kram und Laden stehenden Ehefrau für Gewerbs- schulden, nach bayer. Rechte	378
Handelsbücher: verschiedene Arten derselben	197
(Note 5.)	

	Seite
Beweiskraft der Handelsbücher. Umfang bezüglich der verbuchten Geschäfte. Nürnberger Handelsgerichtsordnung	59
Handelsgerichtliche Klage: über das Erforderniß des urkundlichen Beleges derselben	193, 209
(Berichtigung, den Namen des Verfassers betr. S. 256.)	
Handlohnfall: wird durch Expropriation nicht begründet	14
Handlungss-Inhaber: Eideleistung durch denselben	62
Heirathsverträge, s. Eheverträge.	
Herkommen: im objektiven Sinne. Substanziierung einer darauf gestützten Klage oder Einrede (R. Nr. 184 ³⁰ /31.)	298
Erforderliche Begründung des Herkommens (im subjektiven Sinn), um zu dem angebotenen Weiralse desselben zugelassen zu werden	299
Zusammenwirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer festen Regel über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist	331
Hypothekenbuch: Kollision zwischen Einträgen in dasselbe. Grenzen der Wirksamkeit der Öffentlichkeit des Hyp.-Buchs	219
Hypothekengesetz: ist die Geltung des §. 26 Nr. 1 und des §. 136 desselben durch Art. XI des Zwangsenteuerungsgesetzes v. 17. Nov. 1837 ausgeschlossen?	359
Hypothekengläubiger: Vorrecht älterer Hyp.-Gläubiger an später eingetragenen Pertinenzen	186
Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hyp.-Gläubiger. Enthält dieselbe eine Interzession?	257, 273
(Berichtigung hierzu S. 320.)	
Nothwendigkeit spezieller Bekanntgabe der Zwangsversteigerungszugsfahrt an die Hyp.-Gläubiger	285
Jagdreviersachen: Unzulässigkeit von Nichtigkeitsbeschwerden an den obersten Gerichtshof in diesen Sachen	383
Immemorialverjährung: bei Realgewerben	279
Beugen vom Hörensagen zum Beweise der Immemorialverjährung	511
Immobiliarvertrag: Voraussetzung der Klage auf dessen Verlautbarung. (preuß. Recht.)	175
Indossament: wechselseitlich unwirksames	64
Injurie: animus injuriandi bei anderem Hauptzwecke der Handlung	176
Angabe der Zeit bei Injurienklagen	415
Einrede der Wahrheit gegen die Injurienklage. Voraussetzung ihrer Erheblichkeit	203
Verhältnismäßige Kompensation wechselseitiger Injurien	374
Innung: deren mangelnde Sachlegitimation in Gewerbestreitigkeiten	223
Insinuationsmandat: dessen ausdrückliche Aufstellung	400

	Seite
Interzession: enthält die Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothekengläubiger eine Interzession? 257, 273 (Berichtigung hiezu S. 320.)	
Intestat-Erbchaftsklage: Einwand, Kläger seien nicht die alleinigen Intestaterben	110
Injacentstitution: in der Berufungsinstanz	79, 414
Judicium sam. ereisc. s. Erbtheilungsklage.	
Justizsache: Frage, ob Justiz- oder Verwaltungssache vorliege, bezüglich eines durch Flußkorrektur veranlaßten Streitfalles	150
Desgl. bezüglich einer Brückenbaupflicht	300
Desgl. bei Ansprüchen auf Mitgenuss an Gemeinbegründungen	344
Civilprozeß- oder Disziplinarsache? desfallsige Frage bei einer Differenz zwischen einer Schauspielerin und der Theater-Intendant	487
Kauf: oder Werkverdingung? Einrede der Billigung	443
Voraussetzung der Klage auf Verlautbarung eines Gutkaufes. (preuss. Recht.)	175
Käufer: dessen Klagerecht wegen enormer Läsion	308
Kaufmännische Verbuchung	107
(Note 5.)	
Kautio: Verpflichtung des Retrahenten zu deren Leistung nach fränk. Rechte	363
Kindsmutter: deren vor der Kuratelbehörde bezüglich der Vaterschaft zu ihrem außerehelichen Kinde abgegebene Erklärung ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß	303
Kirchenbaupflicht, s. Baupflicht.	
Kirchengemeinde, s. ebendaselbst.	
Kirchenverwaltung, desgleichen.	
Klage: über das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage	193, 209
Substanziierung einer auf Herkommen gestützten Klage oder Einrede	298, 299
Angabe der Zeit bei Injurienklagen	415
Voraussetzung der Klage auf Verlautbarung eines Gutkaufes (preuss. Recht.)	175
Klagegrund: muß bei erneuerter dinglicher Klage speziell angegeben werden	390
Widersprechende Klagegründe	308
Klagenhäufung, subjektive	32
(Berichtigung hiezu S. 64.)	
Klagenverjährung: wird durch Einreichung der Klage bei Gericht unterbrochen	272
Eine bei dem inkompetenten Richter angebrachte Klage unterbricht die Verjährung nicht	208
Klausel: „oder wie viel weniger“	16
Bedeutung der Schlussklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist	113

	Seite
Wechsel-Klausel: „14 Tage vor Verfall acceptabel“	177
Ridster: Geltung der ältern s. g. Amortisationsgesetze auch bei Erwerbungen von Selte neu entstandener Ridster	431
Kollision: zwischen Hypothekeneinträgen	219
Statutenkollision über Kontrahirfähigkeit	103
Kommissionsgeschäft: Befugniß des Verkauf-Kommissionärs, die Sache selbst zu kaufen	208
Kompensation: über den Satz: compensatio fit ipso iure. Kompensation im Konkurse	401
Kompensation wechselseitiger Injurien	374
Kompetenz: deren Officialprüfung in der Revisionsklan- zung	438
Kompetenz bezüglich eines Betruges durch Verfälschung versendeter Virtualien	501
Kompetenzfragen, das Bodenentlastungsgesetz betr.	118
Inbeshondere, wenn es sich von der Grundlasteneigenschaft in Bezug auf Umwandlung in Bodenzins handelt	119
Deßgl. bei Streitigkeiten darüber, ob ein Reichniß nach §. 23 des allg. Gesetzes zur Abfindung geeignet sei	122
Kompetenzfrage bezüglich einer Brückenbaupflicht	369
Kompetenz, wenn Bestandtheile eines Fideikommisses durch Objekte surrogirt werden sollen, die außer dem Bezirk des bisher kompetenten Appellationsgerichts liegen	407
Kompetenzfrage, bezüglich einer durch Flußkorrektion ver- anlaßten Streitsache	150
Kompetenz bei Ansprüchen auf Mitgenuß an Gemeindeg- ründen	344
Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft von Tavernen- u. Gastwirthschaftsbrechen (Vgl. Bd. XXI S. 317)	334
Kompetenz bei Srempelkonventionen der Militärpersonen Unzuständigkeit der Gerichte in Taxstreitigkeiten	499
Kompetenz bei Differenzen der Theater-Intendanz mit Schauspielern	232
Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommissärs; dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde	487
Kompetenz im Betreffe der Zeugenschaftspflichtigkeit	289
Bzuständigkeit zur Beschlußfassung über die Folgen des Ungehorsams der als Zeugen zu milit. Untersu- chungsverhandlungen vorgeladenen Civilpersonen	391
Kompetenzkonflikte: unter Gerichten; oberstrichterliche Entscheidungen hierüber	502
Königliche Familie: Widerklage gegen ein Mitglied derselben	497
Konkurs: Kompensation im Konkurse	251
Kontrahirfähigkeit: Statutenkollision hierüber	401
Konzessionisten: sind nicht befugt, den Inhabern von Realgewerben den Umfang ihres Gewerbes oder dieses selbst im Rechtswege zu bestreiten	103
	238

	Seite
Kosten: deren Kompensation	496
Ueber Kostenvorschuß und Vorschußvergütung im Exekutionstadium	283
Kram- u. Laden-Sitzen: der Ehefrau: hat es deren solidarische Haftung für die Gewerbsschulden zur Folge? (bayer. Recht.)	378
Kuratel: über einen Verschwender; Wiederaufhebung. Der Kurator hat gegen verweigerte Wiederaufhebung der Kuratel kein Beschwerderecht. (bayer. Recht.)	153
Vermögenskuratel. Dritten Betheiligten steht gegen die in Kuratelbestellungen ergangenen Gerichtsverfügungen ein Beschwerderecht nicht zu	254
Laesio enormis: desfaßiges Klagerecht des Käufers	308
Legate: Nichthaftung für dieselben von Seite des nur auf eine bestimmte Quantität eingesetzten Erben	57
Legitimation: zum Prozesse; Vereinigung des Legitimationspunktes ex off.	223, 342
Gegen von Amts wegen angeordnete Vollmachtsverbesserung findet keine Extrajudizialbeschwerde statt	342
Bulässigkeit der Berufung gegen die Verfügung auf die Klage: Kläger habe vorerst gewisse Legitimationsbeihilfe beizubringen	143
Legitimation zur Sache; s. Sachlegitimation.	
Lehenherrliche Erinnerung: deren Nichteinholung bildet für die Hauptpartei (den Vasallen) keinen Grund unheilbarer Nichtigkeit. (Vgl. Bb. XXI. S. 474. Nr. 3.)	294
Locatio operis, s. Werkverdingung.	
Ludwigskanal: Grundstücksbeschädigung durch Wasserabföderung aus demselben; desfaßige Haftung des Fiskus	85
Macedonianum Senatusconsultum: Statutenkollision	103
Mäcker: durch dieselben abgeschlossene Geschäfte. (preuß. Recht.)	80
Mandatar: dessen Verpflichtung bei einem Aktienunternehmen	27
Militärgerichte: Zuständigkeit zur Einschreitung wegen Ungehorsams der vor dieselben geladenen, dem Civilstande angehörigen Zeugen	502
Militärpersonen: Kompetenz bei Stempelskonventionen derselben	499
Mündliches Verhör: welches durch alle Stadien in Einer Tagfahrt zum Endurtheil geführt wurde; nur erst Berufung gegen das Zwischenerkenntnis auf Eidesleistung	139
Mutter- und Filialgemeinde	385
Nachlaß u. Fristgesuche: Frist zu deren Anbringung im Exekutionstadium	253

	Seite
Nebenschadensposten: wegen Expropriation, erst in II. Instanz aufgestellt	207
Nekrolog: Johann Adam Seuffert. Beilage zu Nr. 15.	
Neuburg: Gültigkeit der Novellen zum bayer. Landrechte im vormal. Fürstenth. Pfalz-Neuburg	367
Nichtigkeit: der Abjudikation wegen unterbliebener spezieller Bekanntgabe des Versteigerungstermins an die Hyp.-Gläubiger (Vgl. Ab. V S. 315 f.)	285
Die Nichterholung der lehenherrlichen Erinnerung bildet für die Hauptpartei (den Vasallen) keinen Grund unheilbarer Nichtigkeit	294
Nichtigkeitsbeschwerde: deren Unzulässigkeit gegen vollzogene Abjudikationen von Immobilien	90
Unzulässigkeit von Nichtigkeitsbeschwerden an den obersten Gerichtshof in Jagdreviersachen	383
Novellen zum bayer. Landrechte: deren Gültigkeit in den Fürstenthümern Pfalz-Neuburg und Sulzbach	367
Münchener Handelsgerichtordnung: die Beweiskraft der Handelsbücher betr.	59
Oberrichterliches Amt: dessen Umfang, in anderer Weise abzuändern, als geboten wurde	7
Oberrichterliches Amt in Berücksichtigung der Nebenentschädigungspunkte	207
Oberrichterliches Amt in Bezug auf Aufrechterhaltung eines Testaments	58
Ort der Protesterhebung wegen Mangels Zahlung 417, 144, 188	188
Pächter: dessen Domicil	105
Pactum de quota litis	241
Parochianen, s. Baupflicht.	
Paternität, s. Waterschaft.	
Pertinenzien: Vorrecht des ältern Hyp.-Gläubigers an später eingetragenen Pertinenzien	186
Pfalzneuburg, s. Neuburg.	
Pfarrgemeinde, s. Baupflicht.	
Pfarrgenossen, s. ebendaselbst.	
Piae causae: deren Restitution gegen Urtheile	81
Post: als Instruktionsmandatar. Anforderung eines Rezipisse. Berufungsfrist	358
Preussisches Recht, s. Ausgebung. Weischaft. Konkurrenz. Verscholtenheit. Gütergemeinschaft. Immobiliärvertrag. Mätker. Zinsen.	
Privaturkundenfälschung: zur Lehre hiervon 129, 145, 161	161
I. Für die Beurtheilung dieses Verbrechens ist es in mehrfacher Beziehung von maßgebendem Einflusse, ob es in dem Systeme einer Strafgesetgebung als ein selbständiges, rein formelles Delikt hingestellt, oder unter den Gattungsbegriff des Betruges, als ausgezeichnete Art des letztern, eingeordnet ist	129
Wichtigkeit dieser Verschleбенheit	

	Seite
1) hinsichtlich der Frage, wann die Vollenbung des Verbr. der Fälschung von Privaturkunden anzunehmen sei	130
2) hinsichtlich derselben Frage bei dem Verbr. der gerichtlichen Verläumdung durch Urkundenfälschung	137
3) hinsichtlich der weiteren Frage, ob es für den Thatbestand des Verbrechen wesentlich sei, daß die durch die Fälschung beabsichtigte Täuschung diejenige Rechtsverhältniß betreffe, für dessen Beweis die Urkunde von Erheblichkeit ist, oder ob auch dann der Thatbestand gegeben sei, wenn die beabsichtigte Täuschung ihre Richtung auf die Rechte Dritter hat, für welche die gefälschte Urkunde ohne direkte Beziehung ist	145
4) hinsichtlich der Auffassung des Verbrechen der Unterdrückung gültiger Urkunden zum Nachtheile eines Andern als Betrugs	148
II. Ueber den Begriff von Privaturkunden im Sinne des Verbr. des ausgezeichneten Betrugs durch Privaturkundenfälschung	161
III. In wiefern enthält die Verfälschung des Datums einer Schulurkunde eine Urkundenfälschung?	166
Prodigus, s. Verschwenker.	
Protesterhebung: wegen Mangels Zahlung; Ort, wo sie zu geschehen hat	417, 144, 188
Protokolle, gerichtliche: in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit; deren Form. Unterschrift des Aktuars	507
Provisorium, s. Administratives Provisorium.	
Provokation: ex lege Dissamari; sie setzt nicht Berührung vor Dritten oder Ausstreunungen im Publikum voraus	263
Realgewerbe: Zulässigkeit der Berufung auf unvorbenkliche Zeit	279
Extinktivverjährung realer Gewerbrechte. Unterbrechung durch Eintrag des Realrechts in den Gewerbesteuer auf Antrag des Berechtigten	388
Die KonzeSSIONISTEN sind nicht befugt, den Inhabern von Realgewerben den Umfang ihres Gewerbes oder dieses selbst im Rechtswege zu bestreiten	238
Kompetenz zur Konstatirung der radikalen Eigenschaft von Tasern und Gastwirthschaftsrechten	334
Realklage: Angabe der causa remota bei deren Erneuerung	390
Realkitation	49, 65
(Berichtigung s. S. 448.)	
Rechtskraft der Entscheidungsgründe	340
Rechtssubjekt: kann es eine Familie sein?	97

	Seite
Rechtsweg: dessen Vorbehalt bei einem administrativen Provisorium	302
Reformatio in pejus	208
Regreß: bei Ausübung des Einspruchsrechts	154, 157
Restitution: der causae piae gegen Urtheile. Lauf der Frist vom Tage der Einsicht über die Verletzung, wenn diese erst durch das lehrrichterliche Definitivurtheil erlangt wurde	81
Restitution gegen einen Eid, der für geleistet erklärt wurde	353
Unter Kuratel gestellte Verschwender sind in Absicht auf Restitution im Prozesse den Minderjährigen nicht gleichgestellt	88
Inzidentrestitution in der Berufungsinstanz	79, 414
Retrakt: nach fränk. Rechte. Kautionspflicht des Retrahenten	363
Revision: deren Unzulässigkeit, wenn in zweiter Instanz ausgesprochen wurde, daß die Klage auf Grund der Einrede der entschiedenen Sache nicht (wie in I. Instanz geschehen) abzuweisen sei	237
Offizialprüfung der Zuständigkeit in der Revisionsinstanz	438
Richterliches Amt: den Legitimationspunkt betr.	223
Desgl. bezüglich der Nebenentschädigung in Expropriationsprozessen	207
Rothensburger Recht: Zulässigkeit der Einkaufschaftsverträge	48
Sachlegitimation: in Streitigkeiten über Kirchenbaulast	17, 385
Mangelnde Sachlegitimation einer Innung in Gewerbestreitigkeiten	223
Desgl. der KonzeSSIONisten gegenüber den Inhabern von Realgewerben	238
Schauspieler: deren Differenzen mit der Theaterintendant; ob Civilprozeß oder Disziplinarsache?	487
Schulbaulast: Umfang derselben bei vermehrtem Bedürfnisse	388
Seuffert, Johann Adam: Nekrolog. Beilage zu Nr. 15.	
Siegelmäßigkeit: der Standesherrn. Anwendung des Gesetzes v. 28. Mai 1852	16
Simulation: Beweis desfallsiger Einrede	76
Standesherrn: deren Urkunden-Fertigung	16
Standesherrliche Beamte: über deren Zeugenschaftverbindlichkeit	410
Statuten-Kollision: bezüglich der Kontrahierungsfähigkeit nach dem S. C. Macedon. und der Vertragswirkung nach der Lex Anastasiana	103
Statutar-Erbsportion: zu deren Erwerb bedarf es keiner Erbschaftantretung	16

Stempelkonventionen: der Militärpersonen; Kompetenz	490
Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848: über die Bedeutung des Art. 174 desselben	305, 321
Streitfortsetzung: hiezu bedarf die Ehefrau des ehelichen Konsenses	286
Sulzbach: Gültigkeit der Novellen zum bayer. Landrechte in diesem vormaligen Fürstenthume	367
Tafelrechte: Kompetenz zur Konstatirung deren rabinischen Eigenschaft (Vgl. Bd. XXI S. 317.)	334
Taxstreitigkeiten: Unzuständigkeit der Gerichte	232
Testament: aus der Münchener Cholerazeit	13
Testamente nach fränkischem Rechte, insbesondere testamentum judicii oblatum	393
Testamentsanfechtung wegen ungestümer Subtrahirlichkeit	50
Begründung eines untergelaufenen Betruges bei einem gerichtlichen Testamente	398
Oberrichterliches Amt in Bezug auf Aufrechterhaltung eines schriftlichen Testaments in der Eigenschaft eines mündlichen	58
Theaterstatuten: Differenzen zwischen Schauspielern und der Theaterintendant hierüber; ob Civilprozeß- oder Disziplinarsache	467
Uebertretungen: Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen	449, 465, 481
Ungehorsam: der dem Civilstande angehörigen Zeugen vor Militärgerichten; desfallige Kompetenz	502
Unterbrechung: der Klagenverjährung	208, 272
Unterbrechung der Extinktiverjährung realer Gewerbsrechte durch Eintrag des Realrechtes in den Gewerbskataster	388
Untersuchungen, gemischtgerichtliche	504
Unvorbenklichkeit: deren Beweis d. Zeugen v. Hörensagen	511
Bulässigkeit der Berufung auf unvorbenkliche Zeit bei Realgewerben	279
Urheber: kann man durch Bitten intellektueller Urheber werden?	433
(Berichtigung hiezu S. 496.)	
Urkunden: spezieller Widerspruch der vorgelegten	335
Gerichtliche Ausfertigung von Vertragsurkunden	507
Urkundensfertigung durch Standesherrn	16
Urkundenfälschung, -f. Privaturkundenfälschung.	
Urkunden-Unterdrückung: als Verbrechen des Betruges	148
Waterschaft: die Erklärung der Kindsmutter vor der Kuratelbehörde bezüglich der Waterschaft ihres aufzuziehenden Kindes ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß	303
Verbuchung, kaufmännische	197 Note 5.
Vergehen: Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen. Wider die Vergehenseigenschaft der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung	449, 465, 481

	Seite
Verjährung: Beweis der unvordenklichen durch Zeugen vom Hörensagen	511
Unvordenkliche Verjährung bei Realgewerben	279
Extinktiverjährung realer Gewerbrechte. Unterbrechung durch Eintrag des Realrechtes in den Gewerbesteuerkatalog auf Antrag des Berechtigten	388
S. auch Klagenverjährung.	
Verkaufskommission: Befugniß des Verkaufs-Kommissionärs, die Sache selbst zu kaufen	208
Verlassenschaft: Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommissionärs. Dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde	289
Verläumdung, gerichtliche: durch Urkundenfälschung	138
Verletzung, enorme: desfallsiges Klagerrecht des Käufers	368
Vermögenskuratel: Einmischung Dritter	254
Verschwenker: gerichtlich erklärte und unter Kuratel gestellte sind in Absicht auf Restitution gegen Prozeß-Unterlassungen den Minderjährigen nicht gleichgestellt	88
Wiederaufhebung der Kuratel über einen Verschwenker. Der Kuratel hat gegen deren Verweigerung kein Beschwerderecht. (Bayer. Recht.)	153
Versteigerungstagsfahrt: im Exekutionsverfahren, muß den Hyp.-Gläubigern speziell kund gegeben werden	285
Vertrag: Wirksamkeit der Verträge für Dritte	320
(Berichtigung: hiezu S. 384.)	
Zusammenwirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer festen Regel über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist	331
Vertragsaufhebung wegen eines vor der Vollziehung eingetretenen gesetzlichen Hindernisses	509
Vertragsfähigkeit: Statutenkollision	103
Vertragssurkunden: gerichtliche Ausfertigung	507
Verwaltungsache oder Justizache? s. unter Justizache.	
Verzicht: auf das elterliche Erbrecht bei Ausheirathungen. (Unsch. Recht.)	125
Verzugszinsen, s. Zinsen.	
Viktualien: Versendung verfälschter; Kompetenz zur Untersuchung wegen desfallsigen Betrugs	501
Vollmachtspunkt, s. Legitimation zum Prozeß.	
Voruntersuchung: deren Beweiskraft für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft	374
Waarenverderb auf der Eisenbahn, s. Entschädigung.	
Wasserabflößerung: aus dem Ludwigskanal; Haftung des Flößer wegen dadurch entstandener Grundstücksbeschädigung	85

W e c h s e l: rechtliche Wirkung eines verjährten trockenen	
W e c h s e l s	224
W e c h s e l - K a u f: „14 Tage vor Verfall acceptabel.“	177
Von dem Orte, wo der Protest Mangels Zahlung zu erheben ist	417, 144, 188
W e c h s e l a r r e s t: gegen Frauen	160
W e r k v e r b i n d u n g: oder Kauf? desselbige Frage bezüglich eines Geschäftes. Einrede der Billigung	443
W i d e r k l a g e: ist sie gegen ein Mitglied der königl. Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtsache zulässig?	251
W i d e r s p r u c h: spezieller gegen vorgelegte Urkunden	335
W o h n o r t, s. D o m i z i l.	
W e h e n t: Fassung des Beweissages, wenn die Eigenschaft eines Behenten in Frage. Was ist weltlicher Behent?	78
W e h e n t h e r r: dessen Hauptpflicht im Verhältnisse zu den Einkünften der Pfarrrspründe	46
W e l t a n g a b e: bei Injurienklagen	415
W e u g e n: Kompetenz im Betreffe der Zeugenschaftspflichtigkeit	301
Ueber die Zeugenschaftsverbindlichkeit standesherrlicher Beamten	410
Zuständigkeit zur Beschlussfassung über die Folgen des Ungehorsams der als Zeugen vor Militärgerichte vorgeladenen Civilpersonen	502
Zeugen vom Hörensagen bei dem Beweise unvorwendlicher Verjährung	511
Z i n s e n: deren Vorbehalt bei Quittungen über das Kapital (preuss. Recht.)	48
Z i n s e n r ü c k s t a n d, vom Cessionar eingeklagte Zinsen ultra alterum tantum	91
Ueber den Anfang der Zinspflicht des Staats bei der Uebernahme unständiger Grundstücke	168
Z i n s v e r b i n d l i c h k e i t des Entelgners	191
Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Verzugszinsen. (Vgl. Bd. XXI. S. 461. Nr. 7.)	335
Z u f a l l: Einwand des Zufalls gegen Entschädigungsforderung wegen Waarenverderbs im Eisenbahnhofe	192

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. Domizil des Pächters. 105. — §. 9. Kompetenz bei Surrogation von Fideikommißbestandtheilen durch Objekte außer dem Bezirke des bisher kompetenten App.-Gerichts. 497. — §. 11. Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommisars. Dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde. 289. — §. 13. a) Kompetenzfragen, das Bodenentlastungsgesetz betr. 113. Insbesondere a) wenn es sich von der Grundlasteneigenschaft in Bezug auf Umwandlung in Bodenzins handelt. 119. ß) Dögl. bei Streitigkeiten, ob ein Reichthum zur Ablösung geeignet sei. 122. b) Justiz- oder Verwaltungssache. Zusammenschloß einer administ. Verfügung mit einem Privatrechtsverhältnisse zwischen Dritten. Hier Brückenbaupflicht betr. 368. c) Frage, ob Justiz- oder Verwaltungssache, bezüglich einer durch Flußkorrektur veranlaßten Streitigkeit. 150. d) Kompetenz bei Ansprüchen auf Mitgenuss an emelubegründeten. 344. e) Kompetenz zur Konstatirung der radikirten Eigenschaften von Lasern- und Gastwirthschaftsrechten. 334. f) Kompetenz bei Stempelkonventionen der Militärpersonen. 499. g) Unzuständigkeit der erichte in Taxstreitigkeiten. 232. h) Civilrichterliche Kompetenz im Gegensatz zu jener der Disziplinarergewalt bei Differenzen zwischen Schauspielern und der Theater-Intendanz. 487. i) Ein administratives Provisorium über Kirchenbaulast schließt die Besitzlage nicht aus. 287. k) Adm. Provisorium über Kirchenbaulast; Vorbehalt des Civilrechtswegs; natürliche Gränzen dieser weitem Verfolgung. 302.

Zweites Kapitel. §. 3. Form gerichtlicher Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Unterschrift des Aktuars. 507. — §. 5. a) Ueber das pactum de quota litis. 241. b) Disziplinarstrafe gegen einen Armenanwalt. 240. c) Verfahren bei Entsetzung eines Advokaten. 250.

Drittes Kapitel. §. 6. a) Vertretung der Aktiengesellschaften im Civilprozeße. 47. b) Zur Lehre von Gemeindefachen. 412. c) Ehegerichtlicher Konsens zur Fortsetzung eines Rechtsstreites der Frau. 286. — §. 8. f. Kap. II. §. 5. b. — §. 9. Verpflichtung des Erbschaftskläufers, den gegen den Erben eingeleiteten Prozeß zu übernehmen. 158.

Viertes Kapitel. §. 3. Unterbrechung der Klagenverjährung. 208, 272. — §. 5. Provocatio ex lege diffamari;

Verdäunung. 283. — §. 7. a) Begründung einer auf Verkommen gestützten Klage. 298, 299. b) Voraussetzung der Klage auf Verlautbarung eines Gutdauß nach preuß. Recht. 175. c) Angabe der Zeit bei Injurienklagen. 415. d) Angabe des speziellen Klagegrundes bei erneuerter dinglicher Klage. 390. e) Widersprechende Klagegründe. 398. f) Grundsteuerkataster, als Mittel zur Ersehung des Klagegrundes. 381. g) Sachlegitimation in Streitigkeiten über kirchliche Banlast. 17, 385. h) Mangelnde Sachlegitimation einer Innung in Gewerbsstreitigkeiten. 223. i) Verögl. der Konzessionisten gegenüber den Inhabern von Realgewerben. 238. k) Erbtheilungsklage, als Generalklage. 200. l) Richterliches Amt, die Nebenschäden betr. 207. — §. 9. Zur Lehre von der subjektiven Klagenhäufung. 32. — §. 12. Ueber das Erforderniß des urkundlichen eleges einer handelsgerichtlichen Klage. 193, 209.

Fünftes Kapitel. §. 2. Ueber die Realzitation. 40, 65. — §. 8. Ausdrückliche Aufstellung eines Insinuationsmandatars. 400. Sechstes Kapitel. §. 5. Einwand gegen die Intestat-Erbchaftsklage, daß die Kläger nicht die alleinigen Intestaterben seien, ist exc. de jure tertii. 110. — §. 8. Begründung einer auf Verkommen gestützten Ehrebe. 298, 299.

Siebentes Kapitel. §. 1. Vereinigung des Legitimationspunktes ex officio. 223, 342. — §. 10. Unfreie Wahl des Sachwalters, als Grund milder Anwendung von Formvorschriften. 9.

Achstes Kapitel. §. 1. Widerklage gegen Mitglieder der Egl. Familie. 251. — §. 6. Persönlicher Kredit des Arrestimpetraten unerheblich. 48.

Neuntes Kapitel. §. 1. Beweis des Einwandes der Simulation. 76. — §. 3. Beweisaufgabe über ausländische Gesetze. Code Napoléon. 236. — §. 11. a) Zur Lehre von der Beweisfrist. Unterlassene Bezugnahme auf die frühere Beweisaufsetzung. 303. b) Suspension der Beweisfrist durch Berufung des Gegners. 2. — §. 14. a) Beweisfah, die Eigenschaft eines Zeugen betr. 78. b) Klausel „oder wie viel weniger“ im Beweisinterlokute. 16.

Zehntes Kapitel. §. 8. a) Kompetenz im Betreffe der Zeugenschaftspflichtigkeit. 391. b) Ueber Zeugenschaftsverbindlichkeit standesherrlicher Beamten. 410. — §. 17. Zeugen vom Hörensagen über unvordenkliche Verführung. 511.

Elftes Kapitel. §. 2. a) Beweiskraft der Vorunternehmung für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft. 374. b) Gerichtliche Ausfertigung von Vertragssurkunden. 507. c) Urkundensfertigung durch Standesherrn. 16. — §. 3. a) Beweiskraft der Handelsbücher. 59. b) Unterschiedliche Arten derselben. 197, Note 5. — §. 6. Eibitionspflicht des Klägers, bezüglich der Vertheidigungshelfe des Beklagten. 75. — §. 7. Spezieller Widerspruch vorgelegter Urkunden. 335.

Brölftes Kapitel. §. 1. Die von der Kindsmutter vor der Kuratelbehörde über die Waterschaft ihres außerehelichen Kindes

abgegebene Erklärung ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß. 303.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. Eldestleistung durch den Inhaber einer Handlung. 92. — §. 2. a) Eldestformel, wenn es sich von Bedingtheit oder Unbedingtheit eines Geschäftes handelt. 93. b) Restitution gegen einen für abgeleitet erklärten Eldest. 353. — §. 3. Erfüllungseid. „Eigeneß Wissen.“ 272.

Vierzehntes Kapitel. §. 4. Die Nichteinholung der lehensherrlichen Erinnerung bildet für die Hauptpartei (den Waisallen) keinen Grund unheilbarer Nichtigkeit. 294. — §. 11. Rechtskraft der Entscheidungsgründe. 340.

Fünftehntes Kapitel. §. 2. a) Beschwerden Dritter in Kuratelsachen. 254. b) Wegen verweigerter Kuratelaufhebung hat der Prodigus kein Beschwerderecht. (bayer. Recht.) 153. — §. 3. a) Thatsachen, von welchen die Zulässigkeit der Berufung abhängt, von Umstünden konstatiert. 139. b) Berufungssumme; spätere Minderung des Beschwerdegegenstandes. 33. c) Berufungssumme, wenn das Obergericht auf Zurückweisung der Berufung wegen Unerkennung des beschwerenden Urtheils erkannt hat. 139. d) Beschwerdesumme bei Berufungen gegen Beweisauflagen über Kompensationsposten. 337. — §. 5. a) Gegen Vollmachtsverbesserungs-Anordnung. findet keine Extrajudizialbeschwerde statt. 342. b) Inzidentrestitution in der Berufungsinstanz. 70, 414. — §. 9. a) Berufungsfrist, bei Erneuerung der Insinuation. 255. b) Berufungsfrist. Die Post als Mandatar. Erforderung eines Rezepts. 358. c) Umfang der Suspensivkraft von Berufungen gegen Beweisinterlokute. 2. d) Berufungsfrist im Exekutionsverfahren. 111. — §. 9. a) Berufungs-Devolutivkraft. Reformatio in pejus. 206. b) Adhäsion; deren Zusammenhang mit der Hauptbeschwerde. Unerheblichkeit einer formell zulässigen Beschwerde, wenn derselben bereits materiell präjudiziert ist. 210. c) Umfang des oberrichterlichen Urtheils, in anderer Weise abzuändern, als geboten worden. 7. d) Nebenschadensposten wegen Expropriation erst in II. Instanz aufgestellt. Oberrichterliches Urtheil in dergl. Sachen. 207. e) Oberrichterliches Urtheil in Bezug auf Aufrechthaltung eines schriftlichen Testaments in der Eigenschaft eines mündlichen. 58. — §. 11. Prüfung der Förmlichkeiten der Vorinstanz. 111. — §. 12. Offizialprüfung der Zulässigkeit in der Revisionsinstanz. 438.

Sechzehntes Kapitel. §. 1. a) Unter Kuratel gestellte Verschwenker sind in Absicht auf Restitution gegen Prozeß-Unterlassungen den Minderjährigen nicht gleichgestellt. 88. b) Restitution der causae piae gegen Urtheile. 81. — §. 2. Nichtigkeitssklage gegen vollzogene Absubskation von Immobilien. 90.

Siebenzehntes Kapitel. §. 4. a) Von der Kostenkompensation. 490. b) Ueber Kostenvorschuß und Vorschußvergütung im Exekutionsstadium. 283.

Achtzehntes Kapitel. §. 1. Verweisung des Quantums zur summar. Liquidation bei der Ersthefungssklage. 200. — §. 7. Nichtigkeitsbeschwerde gegen Absubskationsbescheide. 90.

Reunzehntes Kapitel. §. 18. Kompensation im Konkurse. 401.

B. Prozeßnovelle v. 17. Nov. 1837.

§. 19. Spezieller Widerspruch vorgelegter Urkunden. 335. — §. 31. Zeitbestimmung für Frist- und Nachlaßgesuche im Exekutionsverfahren. 253. — §. 39. S. oben Bd. Kap. XVI. §. 1. a. — §. 52. a) Berufungszulässigkeit gegen die Verfügung auf die Klage: Kläger habe vorerst gewisse Legitimationsbehalte beizubringen. 143. b) Berufungszulässigkeit gegen Erkenntnisse auf den Dispositionseid. 64. — §. 53. Revisionszulässigkeit. 237. — §. 70. f. v. §. 31. — §. 90. Folge nicht spezieller Kundgabe des Versteigerungstermins an Hyp.-Gläubiger. 285. — §. 108. Berufungsfrist im Exekutionsverfahren. 111.

C. Wechsel- und Mercantiler Recht und Prozeß.

1) Wechselklausel „14 Tage vor Verfall acceptabel.“ 177. 2) Von dem Orte, wo der Protest Mangels Zahlung zu erheben ist. 417, 144, 188. 3) Wechselrechtlich unwirksames Indossament. 64. 4) Rechtliche Wirkung eines verjährten trockenen Wechsels. 224. 5) Wechselarrest gegen Frauen. 160. 6) Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage. 193, 209. 7) Kaufmännische Verbuchung. 197 Note 5. 8) Beweisraft der Handelsbücher. Umfang bezüglich der verbuchten Geschäfte. Nürnberger Handelsgerichtordnung. 59.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Bedeutung der Schlußklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist. 113. b) Gültigkeit der Novellen zum bayer. Landrechte in den vormal. Fürstenthümern Pfalz-Neuburg und Sulzbach. 367. c) Beweisauflage über ausländische Gesetze. Code Napoléon. 236. d) Geltung der ältern f. g. Amortisationsgesetze auch bei Erwerbungen von Seite neu entstandener Adlser. 431. e) Landesherrliche Dispensation von den Amortisationsgesetzen. Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. 440. f) Statutenkollision bezüglich der Kontrahirfähigkeit nach dem S. C. Macedon. und der Vertragswirkung nach der lex Anastasiana. 103. g) Herkommen im obj. Sinne. Substanziierung einer darauf gestützten Klage oder Einrede. 298. h) Herkommen im subj. Sinne; thattsächliche Begründung behuß der Zulassung zum Beweise. 299. i) Zusammenwirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer festen Regel

über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist. 331. k) Kann eine Familie Rechtssubjekt sein? 97. l) Urkundenfertigung durch Standesherren. 16. m) Zur Lehre von Gemeindefachen. 412. n) Unvordenkliche Verjährung. Zeugen vom Hörensagen. 511.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. 1) Eigenthum. Alte Realgemeinde im Gegensatz der neuen politischen Gemeinde bei Ansprüchen auf Theilnahme an Gemeinbegründung. 105. — 2) Gewerbsrechte. a) Zulässigkeit der Berufung auf unvordenkliche Zeit. 279. b) Mangelnde Sachlegitimation einer Innung in Gewerbsstreitigkeiten. 223. c) KonzeSSIONEN sind nicht befugt, den Inhabern von Realgewerben den Umfang ihres Gewerbes oder dieses selbst im Rechtswege zu bestreiten. 238. d) Extinktivverjährung realer Gewerbsrechte. Unterbrechung durch Eintrag in den Gewerbskataster auf Antrag des Berechtigten. 388. e) Kompetenz zur Konstatirung der rabizirten Eigenschaft von Tatern- und Gastwirthschaftsrechten. 334. — 3) Retrakt. Rautionspflicht des Retrahenten nach fränk. Rechte. 303. — 4) Reallasten. a) Das Grundsteuerkataster als Mittel zur Ersehung des Klagegrundes. 381. b) Welche Bedeutung ist dem Nichteintrage einer Reallast im Grundsteuerkataster beizumessen? 382. c) Die Expropriation begründet keinen Handlohnfall. 14. d) Beweisfuß über die Eigenschaft eines Beheuts. Was ist weltlicher Beheut? 78. e) Ausgegung der Eltern bei Gutübergaben; über dessen Reduktion nach dem Tode des einen derselben. 225. f) Baualast. a) Sachlegitimation in Streitigkeiten über kirchliche Baualast. 17, 385. b) Baupflicht des Beheutherrn im Verhältniß zu den Einkünften der Pfarrpfünde. 46. g) Zusammenwirken von Betrag und Verkommen zur Bestimmung des Maßes der Baupflicht. 331. d) Ein Administratio-Providorium schließt die Befehlslage nicht aus. 267. e) Vorbehalt des Rechtswegs bei dem abm. Providorium. Natürliche Grenzen dieser weiteren Verfolgung. 302. z) Schulbaualast. Umfang derselben bei vermehrtem Bedürfnisse. 388. g) Von Aufhebung der Frohnen durch das Gesetz v. 4. Juni 1848. 316. — 5) Hypothekrecht. a) Ist die Geltung des §. 26 Nr. 1 u. des §. 138 des Hyp.-Gesetzes durch Art. XI des Zwangsversteigerungsgesetzes v. 17. Nov. 1837 ausgeschlossen? 350. b) Kollision zwischen Hyp.-Buch.-Einträgen. Grenzen der Wirksamkeit der Öffentlichkeit des Hyp.-Buchs. 210. o) Vorrecht älterer Hyp.-Gläubiger an später eingebrachten Pertinenzien. 186. d) Folgen unterlassener spezieller Rundgebung des Zwangsversteigerungstermins an den Hyp.-Gläubiger. 285. e) Zur Lehre vom Einlösungsrecht. 154.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. a) Ueber den Satz: compensatio sit ipso jure. 401. b) Vermeidung des Einwandes der Simulation. 76. c) Sinsen-Vorbehalt bei Quittungen über das Kapital. (pr. Recht.) 48. d) Sinsen ultra alterum tantum. 91. e) Sinspflicht der Ablosungsasse. 168. f) Sinsverbindlichkeit des Entleghers. 191. g) Verpflich-

lung, des Pfandes zur Zahlung von Verzugszinsen. (bayer. R.) 336. — 2) Verträge und vertragshähnliche Verhältnisse. A. Allgemeines. a) Wirksamkeit der Verträge für Dritte. 320. b) Statutenkollision; Kontrahierungsfähigkeit; Vertragswirkungen. 103. c) Zusammenwirken von Vertrag und Verkommen zur Gründung einer festen Regel über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist. 331. d) Entschädigungspflicht eines Kontrahenten vertragsmäßig durch eine „Versicherung auf Pflicht und Gewissen“ des andern bedingt. 35. e) Vertragsaufhebung wegen eines vor der Vollziehung eingetretenen geschlichen Hindernisses. 509. f) Gerichtliche Ausfertigung von Vertragsurkunden. 507. — B. Spezialrecht. a) Aktiengeschäft. α) Vertretung der Aktiengesellschaften im Zivilprozeß. 47. β) Betheiligung an einem andern Einzeichnung zu einem Aktienunternehmen. 27. — b) Auslösung. 11. — c) Cession. Hindrücksand, vom Cessionar eingeklagt. 91. — d) Faustpfand; dessen Erbringung an einen andern Ort. 336. — e) Intercession, ist sie in der Inräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothekgläubiger enthalten? 257, 273. — f) Kauf. α) Klagrecht des Käufers wegen enormer Läsion. 368. β) Voraussetzung der Klage auf Verkaufbarung eines Gutskaufes. (pr. Recht.) 175. γ) Kauf oder Wertverbindung? Einwand der Blödigung. 443. — g) Kommission. Befugniß des Verkaufskommissionärs, die Sache selbst zu kaufen. 208. — h) Makler. Durch sie abgeschlossene Geschäfte. (pr. Recht.) 80. — i) Mandat. Verbindlichkeit des Mandatars bei einem Subscriptionsauftrage zu einem Aktienunternehmen. 27. — k) Pactum de quota litis. 241. — l) Wertverbindung oder Kauf? 443. — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. a) Entschädigung. α) Entschädigungsanspruch wegen Waarenverderbs auf der Eisenbahn; wem steht er zu? wiefern auch dem Adressaten? 172. β) Waarenverderb auf der Eisenbahn; Versicherung nach §. 31 der Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayer. Eisenbahnen. 206. γ) Waarenverderb im Eisenbahnhof; Einwand des Zufalls. 192. δ) Dersgl. Einwand verspäteter Abholung. 239. ε) Grundstücksbeschädigung durch Absicherung von Kanalwasser. 85. — b) Injurien. α) Animus injuriandi bei anderem Hauptzweck der Handlung. 176. β) Angabe der Zeit bei Injurienklagen. 415. γ) Einrede der Wahrheit. 203. δ) Kompensation wechselseitiger Injurien. 374. — c) Außereheliche Geschlechtsgemeinschaft. α) Einrede der Beischlafskonkurrenz. (pr. Recht.) 72. β) Deflorationsvergütung gegen Ehemänner eingeklagt. 350. D. Familienrecht. a) Eheherrlicher Konsens zur Fortsetzung eines Rechtsstreits der Ehefrau. 286. b) Forderungen an eine Ehefrau, welche ein eigenes Gewerbe treibt. 95. c) Solidarische Haftung der mit dem Manne zu offenem Kram u. Laden sitzenden Ehefrau für die Gewerbschulden. (bayer. Recht.) 378. d) Ausschließung der Gütergemeinschaft. (pr. Recht.) 32. e) Einlandschaft im Rothenburgischen. 48. f) Die Vaterchaftsangabe.

der Mutter des außerehelichen Kindes vor der Kuratelbehörde ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß. 303. g) Vermögenskuratel. Dritte Betheiligte haben gegen die in Kuratelbestellungen ergangenen Verfügungen kein Beschwerderecht. 254. h) Wiederaufhebung der Kuratel über einen Verschwender. Wegen deren Verwilderung hat der Kuratel kein Beschwerderecht. (bayer. Recht.) 153.

E. Erbrecht. a) Kompetenz des adeligen Verlassenschaftskommissärs. Dessen Stellung gegenüber der Verlassenschaftsbehörde. 289. b) Erwerb der statutarischen Portion. 16. c) Intestaterbschaftsllage. Einwand, Kläger seien nicht die alleinigen Intestaterben. 110. d) Erbschaftskauf. Verpflichtung des Käufers, den gegen den Erben eingeleiteten Prozeß zu übernehmen. 158. e) Erbtheilungsllage. 200. f) Verzicht auf elterliches Erbrecht bei Ausheirathungen. (Nussb. Recht.) 125. g) Güterübergabe der Eltern an die Kinder nach Bamberger Recht. 42. h) Erbeinsetzung auf eine Quantität. Nichthaftung für Legate. 57. i) Testamente nach fränk. Recht, insbesondere testamentum judici oblatum. 303. k) Ein Testament aus der Münchener Cholerazeit. 13. l) Testamentaufsechtung wegen ungesünder Zudringlichkeit. 56. m) Begründung eines untergetausenen Betrugs bei einem gerichtl. Testamente. 398. n) Obergerichtliches Amt in Bezug auf Aufrechthaltung eines schriftlichen Testaments in der Eigenschaft eines mündlichen. 58. o) Surrogation von Fideikommißbestandtheilen. Kompetenzfrage. 497.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Th. I des StGB. Art. 2. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen. 449, 465, 481. — Art. 46. Kann man durch Bitten intellektueller Urheber werden? 433. — Art. 266. Zur Lehre von der Privaturkunden- als ung. 129, 145, 161. — Art. 267. Unterdrückung gültiger Urkunden. 148. — Art. 203. Gerichtliche Verläumdung durch Urkundenfälschung. 138.

B. Strafprozeß. Th. II des StGB. Art. 9. Ueber die Beweisskraft der Voruntersuchung für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft. 374. — Art. 22. Kompetenz zur Untersuchung wegen indizirten Betruges hinsichtlich versendeter und als verfälscht befundener Wiktualien. 501. — Art. 27. a) Zu Art. 3 und 5 des Gesetzes v. 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betr. 504. b) Ungehorsam der Zeugen aus dem Civilstande vor Militärgerichten; Kompetenz zu deren Bestrafung. 502.

C. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848. Art. 174. Die Stellung vom Zusatzfragen betr. 305, 321.

D. Gesetz v. 28. Mai 1852, die gewerbmäßigen Gutszertrümmerungen betr. — Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. 440, 465, 481.

E. Gesetz v. 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdsfrevel betr. Art. 9. Unzulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof in Jagdsfrevelsachen. 383.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Umfang der Suspensivkraft von Berufungen gegen Beweisinterlokute. Obergerichtsbefugniß, in anderer Weise abzuändern, als gebeten worden. Unfreie Wahl des Sachwalters, als Grund milder Anwendung von Formvorschriften. — Auslobung. (Ein Stück von Bauern-Übermuth). — Ein Testament aus der Münchener Cholerazeit. — Die Expropriation begründet keinen Handlungsfall. — Urkunden-Fertigung durch Standesherrn. — Klausel „oder wie viel weniger.“ — Erwerb der statutarischen Portion. —

Umfang der Suspensivkraft von Berufungen gegen Beweisinterlokute. Obergerichtsbefugniß, in anderer Weise abzuändern, als gebeten worden. Unfreie Wahl des Sachwalters, als Grund milder Anwendung von Formvorschriften.

jürwahr ein Kess' res aufgetragen,
im und Rechte todzuschlagen.

Im ersten Decennium der Bl. f. N. A. ergaben sich öftere Anlässe, gegen die Vorliebe der Praxis für Prozeßerlebigung durch Anwendung formeller Vorschriften Opposition zu machen. Die neuere Zeit hat sich in dieser Beziehung als eine bessere gezeigt. Zahlreiche Entscheidungen über zweifelhafte Formfragen bekunden die Anerkennung der vorwiegenden Rücksicht, welche dem materiellen Rechte gebührt. Der Dämon „Nummernerlebigungs-Fanatismus,“ dessen Walten früher häufig zu beklagen war, scheint der Macht eines guten Genius die Oberhand einräumen zu müssen. Um so mehr läßt sich hoffen, daß einige Bedenken,

durch neuere Urtheile über Suspensiv- und Devolutivkraft der Appellation angeregt, willige Beherzigung finden werden.

1) Umfang der Suspensivkraft von Berufungen gegen Beweisinterlokute. (Komment. ü. d. G.D. Auf. II, Bd. IV S. 95 f. Note 27). Wenn der Beweissatz mehrere Glieder enthält, die Berufung gegen das Interlokut aber nur eines oder das andere derselben betrifft, so fragt es sich, ob die Beweisfrist durch die Berufung für den ganzen Inhalt des Interlokutes suspendirt sei, oder ob der Berufung ungeachtet in Ansehung der nicht angegriffenen Theile des Beweissatzes innerhalb der durch das Interlokut vorgestreckten Frist die Beweisantretung bei Vermeidung des Ausschlusses eingereicht oder doch Fristerstreckung gesucht werden müsse? — Der oberste Gerichtshof zu Dresden hat am 9. Januar 1855 entschieden: So lange der Umfang des Beweissthema's noch nicht vollständig feststeht, beginnt die Beweisfrist noch nicht zu laufen, ist vielmehr auch in Betreff derjenigen Punkte für suspendirt zu achten, wegen welcher, daß Beweis zu führen, bereits rechtskräftig erkannt ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob zwischen letzteren und denjenigen tatsächlichen Momenten, rücksichtlich deren die Beweisfrage noch streitig geblieben, ein Zusammenhang stattfindet¹⁾. Eine gegen den Umfang des Beweissthema aufgestellte Appellationsbeschwerde, heißt es in den Motiven einer früher von demselben Gerichtshofe bestätigten Entscheidung²⁾, ist allemal zugleich als ein gegen das Beweisinterlokut im Ganzen gerichtetes und den Eintritt der Wirksamkeit desselben, oder, mit anderen Worten, den Anfang der Beweisfrist suspendirendes Rechtsmittel

¹⁾ Geuffert's Archiv Bd. IX Nr. 341.

²⁾ Gdb. Bd. IV Nr. 165.

anzusehen. . . . Es würde eine doppelte Beweisführung veranlaßt werden, wenn in einem Falle, wo der Umfang des Beweissthema selbst noch unter den Parteien streitig ist, daß gegen das Interlokut eingewendeten Rechtsmittels ungeachtet, eine theilweise Rechtskraft mit dem Erfolge, daß die Beweisfrist theilweise sofort zu laufen beginne, angenommen werden sollte. Hierbei kommt darauf, ob diejenigen Theile der Klage, wegen welcher das auf Beweisführung gerichtete Erkenntniß nicht angefochten wurde, die Hauptsache bilden, etwas nicht an, indem auch in diesem Falle — zur Vermeidung einer doppelten Beweisführung — die Beweisfrist suspendirt bleibt. Ohnehin steht, so lange über die den Umfang des zu führenden Beweises betreffende Appellation noch nicht erkannt worden, dem Beweisführer der freie Gebrauch der Akten nicht offen; derselbe würde in Benützung dessen, was ihm behufs der Beweisführung gestattet bleiben muß, beeinträchtigt werden, wenn ihm, der Appellation ungeachtet, die Beweisfrist sofort laufen sollte. . . .

Zu gleichem Resultate führt die einschlagende Vorschrift unserer bayerischen Gerichtsordnung. In Kap. XV §. 6 Nr. 6 ist verordnet:

„Soll auch die Appellation gegen auferlegten Beweis innerhalb 30 Tagen sub poena desertionis eingereicht, und das nämliche fatale durch alle weiteren Instanzen, sowohl ein- als andererseits dabei beobachtet, und endlich sollen nach erfolgter und in rem judicatam erwachsener confirmatoria die Beweisartikel innerhalb des vorhin präfigirten und pendente appellatione suspendirt gewesenen Termins^{2a)}, wel-

^{2a)} Desertion und Mangel der Summe hindern die Suspendivkraft nicht. Bl. f. R. u. W. XIV. S. 381.

der auch a die publicationis ultimae sententiae confirmatoriae allezeit ohne weiteren Auftrag zu laufen anfängt, sub poena praecclusi bei dem Richter erster Instanz überreicht werden.

Nach dieser Befehlsstelle wird durch „Appellation gegen auferlegten Beweis“ die vorhin präfigirte Beweisfrist für die Zeit des Schwebens der Appellation suspendirt, ohne daß eine Beschränkung dieser Suspension auf die Glieder des Beweisfahes, deren Aenderung oder Beseitigung Appellant verlangt, mit einer Silbe angedeutet wäre. Der Gesetzgeber hat, indem er die Suspension der Beweisfrist überhaupt verfügte, zwischen den Fällen der gänzlichen oder nur theilweisen Anfechtung des Interlokutes nicht unterschieden, also steht auch dem Richter diese Unterscheidung nicht zu; es läge darin eine nach den Regeln der Auslegung unstatthafte Verkürzung der gesetzlichen Suspensivkraft der Appellation. Man hat sich zwar zur Begründung der gegentheiligen Ansicht auf OD. XV §. 9 Nr. 1 und 2 berufen, nach denen die Streitsache nach dem Maße der eingewandten speziellen Beschwerden, sammt allem dem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt; dem unteren hingegen in dem nämlichen Maße die Hand dergestalt gebunden ist, daß er hierin weiter nichts mehr thun kann²⁾. Allein diese Ge-

²⁾ Vgl. die Motive zu dem DMO. v. 6. Aug. 1853 in Nr. 1436^{50/51}. Der in diesem Erf. zur Anwendung gebrachte Satz wurde aus dem oberstrichterlichen s. g. Präjudizienbuche in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. I S. 572 mitgetheilt. Er war schon in den Motiven des Plenarbeschlusses v. 16. April 1848 nebenbei eingeflossen. Aber nur die Dispositivworte der Plenarbeschlüsse haben für spätere DMOEntscheidungen verbindliche Kraft.

seßvorschrift verhält sich zu der anderen (§. 6 Nr. 6) wie das genus zur species; erstere handelt von der Devolutiv- und Suspensivkraft bei Appellationen im Allgemeinen, letztere betrifft die Suspensivkraft der Appellationen gegen Beweisinterlokute, insbesondere deren aufschiebende Wirkung in Ansehung der Beweisfrist. In toto jure generi per speciem derogatur⁴⁾. Daß die Vorschrift des §. 6 Nr. 6 von Sistirung des Lausßes der Beweisfrist überhaupt, nicht bloß hinsichtlich der nach dem Inhalte der Berufung angefochtenen Glieder des Beweissages, zu verstehen sei, läßt sich um so weniger bezweifeln, als ja das Prinzip der Gleichzeitigkeit der Beweisantretung und der synchronistischen Durchführung, bezüglich aller Bestandtheile der Beweisaufgabe und ohne Unterschied von Beweis und Gegenbeweis, schon von der Gerichtsordnung anerkannt war⁵⁾, und in den neueren Gesetzen nur bekräftigt wurde⁶⁾. Demzufolge besteht keine Verbindlichkeit, den Beweis vor der Hand nur über einen Theil des Beweissages anzutreten, während der Antretung in Betreff des anderen ein gesetzliches Hinderniß im Wege steht. Die auf einen Theil beschränkte Antretung würde nur bis auf Weiteres ungenützt in den Akten liegen, und eine Folge ihr nicht gegeben werden können. Da der Aufschub des Beweisverfahrens in Folge der Appellation sich von selbst versteht, so wäre es eine ganz bedeutungslose Formalität, wenn es zur Abwendung der Präklusion, so viel die nicht angefochtenen Glieder des Beweissages

⁴⁾ Fr. 80 de reg. juris.

⁵⁾ Bgl. O.D. Kap. IX §§. 11, 12; Kap. XI §. 5 Nr. 2, 3, 4.

⁶⁾ Nov. v. 1819 §. 12; Nov. v. 1837 §. 41, 44.

betrifft, der Stellung eines Gesuchs um Erstreckung der Beweisfrist bedürfte. Daß Dasein von Formvorschriften, von deren Einhaltung die Prüfung des materiellen Rechts abhängt, läßt sich im Zweifel gewiß nicht annehmen, wenn sich ein Zweck derselben nicht angeben läßt. Formvorschriften sind nöthig, um chikanösen Verschleppungen den Weg zu verlegen und den Fortgang des Prozesses zu regeln; aber für die hier in Frage befindliche Formvorschrift ließe sich kein anderer Zweck ermitteln, als der: dem materiellen Rechte einen Fallstrick zu legen und dem Richter die Führung und Prüfung eines Beweisverfahrens zu ersparen. *Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem* ¹⁾). Wäre eine chikanöse Förmlichkeit solcher Art ausdrücklich und bestimmt vorgeschrieben, so müßte man sie freilich gelten lassen; außerdem geht es nicht an, dem Gesetzgeber die Schuld eines so groben Mißgriffes aufzubürden.

Noch kommt in Betracht, daß die Beweisführung über die einzelnen Glieder des Beweissatzes häufig zusammenhängen und die Modalität der Beweisantretung über das Eine eine verschiedene wird, je nachdem das andere Glied diese oder jene Fassung erhält; so daß es ganz verkehrt wäre, eine Beweisantretung über das Erstere zu verlangen, bevor die Fassung des Letzteren festgestellt ist.

Ob die Vorschrift des §. 6 Nr. 6 auch den Fall umfasse, wenn die verschiedenen Glieder der Beweisaufgabe verschiedene selbstständige Klagposten betreffen, unterliegt allerdings erheb-

¹⁾ Fr. 25 de legibus (1, 3).

licheren Zweifeln. Allein auch in diesem Falle wird die, durch Appellation über den einen Klageposten veranlaßte Einsendung der gemeinschaftlichen Akten an den Obergerichter die Sistirung des Beweisverfahrens hinsichtlich der anderen Klageposten zur faktischen Folge haben.

2) Umfang des obergerichtlichen Amtes, in anderer Weise abzuändern, als geboten worden. (Komment. u. d. O. d. Aufl. II Bd. IV S. 113—4 Note 9^a). Zu dem Nummernerledigungsapparate einer früheren Zeit gehörte unter anderem der Satz: durch Stellung einer auf definitive Entscheidung zu Gunsten des Appellanten gerichteten Berufungsbitte sei faktisch auf vortheilhafte Aenderungen der untergerichtlichen Beweisauflage Verzicht geleistet, und es habe daher der Obergerichter, wenn in diesem Betreffe keine eventuellen Witten gestellt worden und der Antrag auf definitive Entscheidung für unstatthaft zu erachten ist, einfach ein bestätigendes Erkenntniß zu erlassen. Von dieser allerdings die Berufungsprüfung abkürzenden Auffassung ist man in neuerer Zeit zurückgekommen. Es wurde anerkannt, daß dieselbe gegen die Gesetzesvorschriften verstoße, welche die Devolution auf alles von den speziellen Beschwerden Abhängende erstrecken und dem Obergerichter „dem rechtlichen Befund nach“ zu erkennen aufgeben; daß in dem Antrage auf Zuerkennung des größeren Vortheils der eventuelle Antrag auf Gewährung des geringeren überall tacite und virtualiter enthalten sei, und daß die Annahme, in der Bitte um ein „Mehr“ sei der Wille des Verzichtes auf das „Minder“ ausgedrückt, alle Erfahrung und Logik gegen sich habe, indem die Vermuthung vielmehr dafür streite, daß eventuell demjenigen, welchem nicht die sofortige Erreichung des Zieles vergönnt wird, jede zu erlangende Erleichterung und

Abkürzung seines Strebens willkommen sei. Aus einer Reihe in diesem Sinne ergangener Entscheidungen läßt sich entnehmen, daß die hierüber im Kommentar il. d. O. Kap. XV §. 9, I Nr. 2 lit. a aufgestellten Grundsätze nunmehr eine feste Praxis für sich haben⁸⁾. Diese Praxis erscheint um so fester, als man bei einzelnen Fällen in die abgewürdigte Verzichtsfiktion die Rechtfertigung in den besonderen Umständen des einzelnen Falles sucht. Wenn in der Berufung zur zweiten Instanz zunächst um Entbindung von der Klage, eventuell um eine bestimmte Modifikation der Beweisauflage gebeten war, so soll in der Beifügung dieser eventuellen speziellen Bitte der Ausdruck des Verzichts auf jede andere dem Appellanten vortheilhafte Aenderung der Beweisauflage gefunden werden, also z. B. auf eine dem Beklagten günstigere Fassung der ihm gemachten Beweisauflage, wenn derselbe die eventuelle Berufungsbitte nicht darauf, sondern auf Uebertragung der Beweislast an den Gegner gerichtet hat⁹⁾. Aber in der That ist hier die Annahme eines Verzichts nicht im geringsten besser motivirt, als in dem Falle, wenn nur eine Berufungsbitte, auf sofortige definitive Entscheidung zu Gunsten des Appellanten, oder nur auf eine bestimmte Modifikation der Beweisauflage gerichtet war. Hier wie dort erklärt sich die Beschränkung auf eine resp. auf zwei Bitten ganz natürlich aus der Zuersticht des Appellanten, eine Abänderung, wie sie gebeten worden, wirklich zu erlangen, aus der Voraussetzung, daß weitere Kantaten unnöthig.

⁸⁾ Bl. f. N. u. W. Bd. X S. 28, Bd. XII S. 183, Bd. XV S. 127, Bd. XVI S. 29*, Bd. XVII S. 234, Bd. XX S. 30, 269.

⁹⁾ Bgl. D. u. O. v. 26. Mai 1855 Nr. 625³/₅₄.

auss dem Mangel an Einsicht von der Ersprießlichkeit der nichtgestellten Eventualbitte. Zuverlässig ist noch nie bei Appellanten die Erwägung vorgekommen: „außer den erbetenen Abänderungen könnte mir wohl, wenn jene nicht bewilligt werden, noch eine andere Modification der vorinstanzlichen Beweisauflage zum Vortheile gereichen; aber ich will diesen Vortheil verschmähen, und entweder das Erbetene oder nichts erreichen.“ Von Niemand läßt sich vermuthen, daß er auf rechtliche Vortheile zwecklos verzichte. Obgleich daher die eventuelle Berufungsbitte nur auf Aenderung der Beweislast gerichtet war, liegt es doch, im oberrichterlichen Amte, statt dessen auf eine günstige Modification der dem Appellanten gemachten Beweisauflage zu erkennen ¹⁰⁾. Erfolgte etwa in II. Instanz ein bestätigendes Urtheil, so ist der Appellant nicht gehindert, in der Beschwerdeführung an den obersten Gerichtshof subeventuell oder schon in erster oder zweiter Linie diejenige Modification zu beantragen, deren Vornahme, obwohl sie in II. Instanz nicht erbeten war, doch vom Appellationsgerichte hätte beschlossen werden können und sollen. Denn auch darin kann eine Beschwerde liegen, daß von dem oberrichterlichen Amte nicht in dem durch die Devolutivkraft des Rechtsmittels bestimmten Umfange der nach Sachlage erforderliche Gebrauch gemacht wurde.

Oben wurde bemerkt, daß die Nichtstellung angemessener Eventualbitten wohl öfter ihren Grund in mangelhafter Einsicht der Schriftsteller habe. Daran mag sich noch eine allgemeinere Betrachtung knüpfen. Nach unseren Einrichtungen ist die Zahl der Personen, aus welchen die Parteien ihre Rechts-

¹⁰⁾ Vgl. Bl. f. R. u. W. Bd. XVI S. 29*, Bd. XX S. 30.

Beistände wählen können, zumal für die meisten Landleute, eine sehr beschränkte. Will der rechtsuchende Landbewohner nicht eine große Kostenvermehrung übernehmen, so muß er sich an einen der zwei oder drei Advokaten wenden, welche in dem Landgerichtsbezirke seines Wohnortes oder in den benachbarten ihren Sitz haben, und selbst unter diesen hat ihm vielleicht der Gegner den Vertrauensmann vorweggenommen. Zumal bei minder wohlhabenden Parteien geht die Ernennung des Sachwalters nicht aus ihrer freien Wahl, sondern aus der Bestimmung der Staatsregierung hervor. Dem ungeachtet wird nach unseren Prozeßgesetzen alles Vorbringen und Nichtvorbringen des Sachwalters auf die Rechnung der Partei mit einer Strenge gesetzt, welcher andere Gesetzgebungen nicht gleichkommen ¹¹⁾, und das Prädikat „ungerecht“ um so mehr beigegeben werden kann, als auch die Restitution wegen Versehen des Anwaltes mehr erschwert ist, als anderswo ¹²⁾. Im Hinblick auf das Mißverhältniß zwischen der unfreien Wahl des Rechtsfreundes und der strengen Haftung der Partei für die Mißgriffe ihres Advokaten erscheint

¹¹⁾ Von der gemeinrechtlichen Befugniß der Parteien, ein irriges faktisches Vorbringen der Advokaten *intra triduum* zu verbessern — vgl. B a y e r Vorträge §. 98 S. 304 der Aufl. VIII.

¹²⁾ Insbesondere als nach gemeinem Rechte. Vgl. B a y e r a. a. O. In dem *dubium camerale* v. 19. Mai 1786 (Emminghaus Corpus juris germanici S. 586) ist ausdrücklich bemerkt: der Einwand, die Partei habe sich den Nachtheil durch das einem Ungeschickten oder Nachlässigen geschenkte Vertrauen selbst zugezogen, falle weg bei den öffentlich angestellten Anwälten, auf welche die Wahl beschränkt sei, und für deren Fleiß und Fäßigkeit alle rechtliche Vermuthung streite.

es als ein Postulat der Gerechtigkeit, die letzteren unter den von ersterem begangenen Fehlern so wenig als möglich leiden, und in Handhabung der Formvorschriften überall, wo Zweifel bestehen, die mildere Ansicht walten zu lassen. Möge jenes Mißverhältniß, möge überhaupt die Schutzlosigkeit des rechtsunkundigen Klienten in Bezug auf Mißgriffe und Versäumnisse des vom Staate empfohlenen Rechtsfreundes jedesmal zur Beherzigung kommen, wenn dem Richter die Versuchung nahe tritt, durch Adoption der strengeren Ansicht über eine Formfrage, durch sylbenstechende Auffassung gestellter Bitten, oder durch eine Verzichtsfiktion obiger Art sich die Prüfung der Materialien zu ersparen oder zu erleichtern, und ein gutes Recht mit einer Prozeßwaffe todzuschlagen!

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Auslobung. (Ein Stück von Bauern = Uebermuth).

Der noch unverheirathete Besitzer eines großen, nahezu schuldenfreien Bauernhofes im Landgerichte Straubing, forderte in einem Wirthshause die Anwesenden mit den Worten auf: „Er zahle Jedem 1000 fl., der ihn hinhack'le (d. h. den halb eingezogenen Mittelfinger mit eben diesem Finger aufziehe).“

Ein anwesender Wirth aus der Gegend nahm diese Aufforderung an, und zog des Bauern Mittelfinger nach den bei diesem Kraftspiele gewöhnlichen Regeln auf. Der Bauer, mit dieser Niederlage nicht zufrieden, trug dem Wirth nochmal das

„Hackeln“ an, in der Art, daß entweder der Wirth die bereits gewonnenen 1000 fl. wieder verlieren, oder er demselben 2000 fl. zu zahlen habe.

Dem Wirth wurde wiederholt der Sieg zu Theil und er betrat, da der Bauer mit der Zahlung zögerte, den Weg Rechtsens, indem er 2000 fl. forderte.

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Klagbarkeit und Rechtsverbindlichkeit des Rechtsgeschäftes, sowie die Einrede des Scherzes blieben erfolglos und nur die Einrede der Trunkenheit (für deren Nachweis die Aktenlage wenig Aussicht bot) wurde dem Beklagten zum Beweise nachgelassen.

Der oberste Gerichtshof, an welchen dieses Kuriosum gelangte, sprach sich am 28. Dez. 1855 (Nr. 432⁵⁴/₅₅) über das Rechtsverhältniß in Folgendem aus:

Die vom Kläger behauptete Erklärung des Beklagten in einem Wirthshause, vor einer Versammlung von Gästen: er zahle Jedem 1000 fl., der ihn hinhackele, d. h. den halb eingezogenen Mittelfinger mit seinem Mittelfinger aufziehe, enthält eine sogenannte Auslobung, welche von Jedem, welcher es unternimmt, die fragliche Leistung zu vollbringen schon faktisch akzeptirt wird und wenn von ihm der Aufforderung wirklich entsprochen wird, eine wirksame Verbindlichkeit zur Entrichtung der versprochenen Summe für den Auslobenden erzeugt, weil hierin alle Elemente eines pactum, nämlich eines akzeptirten Versprechens liegen und demselben hinsichtlich des Gegenstandes kein Prohibitivgesetz entgegensteht, zumal hier lediglich der Sieg durch Körperstärke und Gewandtheit, welcher unbezweifelt als Gegenstand der Auslobung wie auch der Wette erscheinen kann, in Frage kommt. Was gegen die Auffassung als eines rechtsverbindlichen Pactums vom Beklagten und

14 Die Expropriation begründet keinen Handlohnfall.

epidemische Krankheit (welche wenige Tage nach dem 18. Aug. 1854 nach späteren amtlichen Erhebungen ihren Höhepunkt erreichte) zur Zeit der Testamentifikation im Sinne der Anmerkungen zum bayer. Erb. Th. III Kap. 4 §. 6 Nr. 4 lit. g. „schon so weit in München grassiret und um sich gegriffen hatte, daß man sich davor zu scheuen anfang.“

DAGE. v. 16. Mai 1856. Nr. 603⁵⁵/₅₆.

p. m.

3.

Die Expropriation begründet keinen Handlohnfall.

Diesem in Bezug auf eine im Jahr 1842 bewirkte Enteignung ergangenen Aussprüche waren im oberstrichterlichen Erkenntnisse nachstehende Motive unterstellt.

Das Gesetz vom 17. November 1837 enthält keine Bestimmung, daß der Staat, wenn er ein grundbares Objekt expropriirt, ein Bestehhandlohn zu zahlen habe, falls dasselbe handlohnbar ist. Das Laudemium, sei es Kaufhandlohn oder einer anderen Gattung von Handlöhnen angehörig, ist eine Abgabe, die der neue Grundholde dem Grundherrschaften dafür entrichtet, daß dem neuen Erwerber das handlohnbare Gut zum Nuzueigenthume, oder zur fruktifizirlichen, naturgemäßen landwirthschaftlichen Ausbeute verliehen wird. Das Handlohn setzt somit voraus, daß der bisherige Grundholde im Wege des freien Vertrages das grundbare Objekt an einen Dritten veräußert, oder daß im Wege gerichtlichen Zwangsverfahrens dasselbe an einen neuen Gutsherrn übergeht. Diese Rücksichten bestehen bei einer Expropriation nicht. Das enteignete Gut ist dem Verkehre für immer entzogen, es

findet keine weitere normale Bewirthschaftung desselben mehr statt, sondern nur eine Verwendbung zum Expropriationszwecke, daher sich auch die Expropriation mit einer Veräußerung an die todte Hand, welche die Bewirthschaftung fortsetzt, in keiner Weise identificirt. Der Staat tritt kraft des Gesetzes an die Stelle des bisherigen Grundholden, der, als er erwarb, bereits Handlohn zahlte, und der durch die Abtretung kein fakultatives Recht übte, sondern einer gesetzlichen Zwangspflicht gehorchte. Der Staat hat zwar den Grundherrn, weil kein Handlohnfall je mehr Statt finden kann, für dieses unständige Gefäll zu entschädigen, neben diesem Entschädigungskapitale aber, daß vollständig die Berechtigung des Grundherrn surrogirt, in keinem Falle ein Bestehhandlohn zu zahlen, weil zur Expropriation und Abtretung an den Exproprianten kein Konsens der Grundherrschaft erforderlich ist, den das Enteignungsgesetz ausschließt. Denn selbst bei gerichtlichen Zwangsverkäufen kann die Grundherrschaft gegen die Adjudikation an den Meistbietenden Einspruch erheben, während ihr ein solcher bei der zwangsweisen Enteignung nicht zusteht.

Wird mit dem Momente der Expropriation dem Nuzeigenthümer und dem bisherigen Grundherrn alle und jede Influenz auf die Substanz des bisher im getheilten Eigenthume befindlichen Objekts entzogen, so kann der Grundherr auch zum Bestehhandlohn gegen den expropriirenden Staat nicht berechtigt sein, da dieser nicht Grundhold der bisherigen Gutsherrschaft wird, sondern mit der Enteignung der Laudemialverbande gegen Entschädigung, somit ohne daß ein Fall des Bestehhandlohns eintritt, kraft des Gesetzes sich zu lösen hat. Daraus folgt aber auch, daß im Jahre 1842 ein Handlohn gar nicht angefallen ist, und der entsprechende Betrag desselben bei Feststellung der

Handlohnablösungssumme in die Berechnung nicht eingehen darf, und der gleichwohl darauf gestützte Kalkül der Klägerin unrichtig ist.

DAGE. v. 16. Juli 1856 in S. Tschel'sche Stiftung zu Nürnberg w. k. Fiskus.

4.

Urkunden = Fertigung durch Standesherrn.

Bei Ausstellung von Urkunden, welche die im §. 2 der Beilage VIII zur Bl. den Urkunden Siegelmäßiger beigelegte Kraft haben sollen, sind auch die Standesherrn an die Vorschriften des Gesetzes vom 28. Mai 1852, die Siegelmäßigkeit betr., gebunden.

DAGE. v. 14. Febr. und 5. Mai 1856. Nr. 506 und 463⁵⁵/₅₆.

5.

Klausel „oder wie viel weniger.“

Vgl. Comment. n. d. O.D. (Ausfl. II) Ab. III zu Kap. IX §. 1 Note 11.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Selbstverständlich steht dem Kläger auch frei, einen geringeren Werth als den in der Klage angegebenen zu beweisen, wonach der Beisatz „oder wie viel weniger“ als unnöthig erscheint.

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

6.

Erwerb der statutarischen Portion.

Dazu bedarf es keiner Erbschaftsantretung, da die statutarische Portion dem überlebenden Gatten kraft des Gesetzes zufällt.

Erf. des DA. zu Cassel (1834). Heuser Annalen IV S. 17.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Baupflicht der Eingepfarrten, beziehungsweise der Kirchengemeinde. — Streit über Kirchenbaupflicht der Parochianen. Ist die Pfarrgemeinde oder sind die Pfarrgenossen zur Sache legitimirt? — Baupflicht. Vergleich darüber. Vertretung der Pfarrgenossen durch die Kirchenverwaltung. — Anspruch auf Baukostenersatz, gegen die Pfarrgemeinde erhoben. — Theiligung an eines Andern Einzeichnung zu einem Aktien-Unternehmen, Verpflichtungen des andalard. — Ausschließung der Gütergemeinschaft. — Zur Lehre von der subjektiven Klagenhäufung. — Verichtigung. —

Baupflicht der Eingepfarrten, beziehungsweise der Kirchengemeinde.

Nach dem Beschlusse der Kirchenversammlung von Trient (sess. XXI cap. 7) sollen, wenn die nöthigen Baukosten weder zunächst von der Kirchenfabrik, noch von denen, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, aufzubringen sind, parochiani (die Eingepfarrten) mit allen dienlichen Mitteln dazu angehalten werden.

Die bayerische geistliche Raths-Verordnung vom 6. Aug. 1779 Ziff. 28 Nr. 6 bestimmt: Konkurrenten zum Kirchenbau oder Zugehör sind der Patronus, Decimatores, der Pfarrer salva congrua, und in subsidium die Pfarrgemeinde und Filialisten mit Geld und Scharwerk praevia causae cognitione. Unter der Pfarrgemeinde, äußert Kreittmayr (Anmerk. zum LR. Th. I Kap. 7 §. 42 Nr. 7) in Bezug auf Kirchenbaulast, ist hierinfaß Alles verstanden, was der Kirche quaestionis eingepfarrt ist, Neue Folge II. Band.

und ansehnlich wirklich aßbort mit Taufen, Kopuliren und sonst spiritualiter verpflegt wird.

Das preussische RR. Th. II Tit. XI §. 731 verordnet in Bezug auf Bau und Besserung der Kirchengebäude: Der Geldbeitrag wird bei Landkirchen, zwischen dem Patrone und der Kirchengemeinde bergestalt vertheilt, daß der Patron zwei Drittel, die Eingepfarrten aber ein Drittel entrichten.

Bei dieser Baupflicht fragt es sich, ob die Ausdrücke „Kirchengemeinde, Pfarrgemeinde“ hier nur die Gesamtheit der einzelnen Eingepfarrten oder eine besondere von der politischen Gemeinde verschiedene juristische Person bezeichnen, ob diese juristische Person das Subjekt der fraglichen Verbindlichkeit, oder ob es die einzelnen Eingepfarrten in Gemeinschaft (*communio incidens*) seien? — Eine weitere Zweifelsfrage besteht darüber, durch welches Organ in diesem Verhältnisse von der „Kirchengemeinde“ gehandelt werde, ob insbesondere die durch das revidirte Gemeindeedikt von 1834 geschaffenen „Kirchenverwaltungen“ zu dieser Vertretung geeignet seien? Ueber diese Fragen sind in neuester Zeit mehrere Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes ergangen, welche keineswegs miteinander übereinstimmen. Indem wir davon drei mittheilen, begleiten wir das zweite mit Resolutionsnoten.

1.

Streit über Kirchenbaupflicht der Parochianen. Ist die Pfarrgemeinde oder sind die Pfarrgenossen zur Sache legitimirt?

Vgl. unten S. 21.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir, was folgt:

Den öffentlich aufgenommenen Kirchengesellschaften d. h. den drei christlichen Konfessionstheilen¹⁾ sind allerdings die Rechte öffentlicher Korporationen eingeräumt, und sie erscheinen daher in ihren privatrechtlichen Verhältnissen zweifellos als juristische Personen. Dasselbe gilt von den individuellen Kirchengemeinden dieser Religionstheile, indem auch bei den einzelnen Pfarrgütern die Gesamtheit der Parochianen als Inhaber des Kirchenvermögens betrachtet wird.

Beil. II zur Verf.-Urk §. 28 f.; Gemeindegesetz vom 1. Juli 1834.

Handelt es sich daher um das Rektore, so wird jedesmal die Kirchengemeinde d. i. die Gesamtheit der zu einer bestimmten Kirche hingewiesenen Glaubensgenossen als juristische Person theilhaftig erscheinen. Allein die vorliegende Klage hat mit dem Vermögen der Pfarrei A. nichts zu schaffen, sondern hier ist lediglich die Verbindlichkeit der Parochianen zur theilweisen Uebernahme der für die Kultusgebäude nothwendigen Bau- und Unterhaltungskosten in Frage gestellt. Die Kläger wollen diese Last dem Staate als dem Patrone ausschließend überbürdet wissen, und selbst zur Leistung der Spannfrohn nur gegen deren Bezahlung verpflichtet sein, und die Klage ist dahin gerichtet, daß der k. Fiskus die Freiheit der Kirchengemeinde A. von jeder Baulast bezüglich der Kultusgebäude und von unentgeltlicher Leistung der Spanndienste anerkenne. Allein

¹⁾ Ob das Gesetz vom 1. Juli 1834 der griechischen Kirche die Korporationsrechte einer öffentlichen Religionsgesellschaft, oder nur ihren Angehörigen die bürgerlichen und politischen Rechte der Befenner der in der Verfassungsurkunde erwähnten drei christlichen Kirchengesellschaften einräumt, ist streitig. Vgl. Pözl Verfassungsrecht Ausg. 2 §. 89 Note 6.

die Verbindlichkeit, im Falle der Unzureichtheit des Kirchenvermögens zur Bestreitung der Kirchenbaulast beizutragen und Hand- und Spanndienste unentgeltlich zu leisten, ruht nicht auf der Kirchengemeinde als Korporation, sondern ist eine jedem einzelnen Eingepfarrten obliegende Last,

Preuß. LR. Th. II Tit. XI §§. 720 f. ²⁾) und es bleibt Sache jedes Einzelnen, der dazu contribuiren soll, ob er seine Verpflichtung erfüllen oder bestreiten will.

Preuß. LR. a. a. O. §. 760.

Glauben daher die in der Vollmacht vom 7. Nov. 1855 unterzeichneten Parochianen der Pfarre U. die behauptete Freiheit von der Kirchenbaulast mit Grund ansprechen zu können, so stand es ihnen wohl zu, wegen der gemeinschaftlichen Rechtsache und der Einheit des Klagegrundes in eine Streitgenossenschaft zu treten und ihre Rechte in einer gemeinschaftlichen Klage zu verfolgen; aber eben deshalb ohne alles Präjudiz für diejenigen, welche dem Litisconsortium nicht beigetreten sind. Von einer Namens der Kirchengemeinde U. als juristischer Person gestellten Klage läßt sich daher nicht sprechen, und wenn Advokat G. dennoch erklärte, daß er nur Namens der Kirchengemeinde als solcher die Klage erhoben habe, so kann darin nur eine irrige Auffassung des obwaltenden Rechtsverhältnisses erkannt werden. Fehlt es aber dem zu beginnenden Rechtsstreite an einem die Parochianen der Pfarre U. in ihrer Gesamtheit berührenden Rechtsverhältnisse, und handelt es sich vielmehr um

²⁾ Ueber das gemeine Recht: „parochianos ad praedicta cogant“ vgl. Concil. Tridentinum sess. XXI cap. 7 de reformatione. Vgl. OAG-Plenarbeschuß vom 12. Nov. 1855 (Regbl. Nr. 58); Seufferth's Archiv Bd. X Nr. 196.

daß individuelle Interesse der einzelnen Parochianen, so stellt sich die Anforderung der Vorlage eines Gemeindecchlusses und Streitconsenses der Kuratelbehörde als ungerechtfertigt dar.

DAWE. v. 20. Sept. 1856^{55/56}.

2.

Baupflicht. Vergleich darüber. Vertretung der Pfarrgenossen durch die Kirchenverwaltung.

Vgl. oben S. 18.

Aus Veranlassung des Umbaues der Kantorscheune im (vormals baireuthischen) Markte Zell wurde dem kgl. Alerar auf Grund des angeblich dem Staate zustehenden Patronates über die protestantische Kirche zu Zell die Baupflicht angesonnen. Das k. Fiskalat von Oberfranken, machte nun „der Kirchengemeinde“ daselbst unter dem 13. Januar 1840 einen Abkommensvorschlag ¹⁾. Am 13. Sept. 1842 kam es zur unbedingten Akzeption des gemachten Vorschlages, welche bei dem k. Landgerichte Münchberg von Seite der Gemeinde Zell durch den Gemeindevorsteher Leupold und dem Gemeindebevollmächtigten Riffner, von Seiten der Kirchenverwaltung durch Pfarrvikar Böhlmann und zwei Mitglieder der Kirchenverwaltung zu Protokoll erklärt wurde, auch die Genehmigung der Kuratel- und Oberkuratelbehörde erhielt. Im J. 1853 wurde diese Uebereinkunft von der Kirchengemeinde Zell klagend angefochten, weil die Erklärung vom

¹⁾ Gerichtet auf Anerkennung des Patronates S. Maj. des Königs, so wie der eventuellen Bauverbindlichkeit des Staates nach den Bestimmungen des preussischen Landrechtes, zu 2 Drittel des Geldbetrages für Kirche, Thurm, Pfarrhaus und Nebengebäude, dann zu 1 Drittel für Kantors- und Kirchnerwohnung.

13. Sept. 1842 (gemäß welcher ein resp. 2 Drittel der Baukosten zu Lasten der Eingepfarrten blieben) ohne Vorwissen, Ermächtigung und nachfolgende Erklärung der Kirchengemeinde abgegeben worden, und die aufgetretenen Personen hierzu nicht berechtigt gewesen.

Der oberste Gerichtshof erkannte: der königliche Fiskus sei von der Klage der Kirchengemeinde Zell zu entbinden. In den Entscheidungsgründen kommt unter anderen vor:

Daß revidirte Gemeindeedikt vom 1. Juli 1834 bestimmte als Organ der Kirchengemeinde zur Wahrnehmung und Ordnung der Interessen der Kirche in Absicht auf deren Vermögen die Kirchenverwaltung aus Gemeindevorständen der betreffenden Con-
fession ²⁾).

2) Es sei zu bemerken vergönnt: im revidirten Gemeindeedikte von 1834 ist von einer „Kirchengemeinde“ überhaupt nicht die Rede, daher auch nicht von Bestellung eines „Organes der Kirchengemeinde.“ Es wird nur in den §§ 59 und 94 von der Regel, nach welcher die Verwaltung des gesamten Kommunal- und des lokalen Stiftungsvermögens zum Wirkungskreise des Magistrates bezw. des Gemeindeausschusses gehört, eine Ausnahme für das Kirchenvermögen jeder Con-
fession und Parochie gemacht, indem dieses besonderen Kirchenverwaltungen anvertraut werden soll. In der Vollzugsverordnung vom 31. Okt. 1837 §§. 136 ff. (Staatsbürger Bd. II S. 149 f.) wird allerdings von Kirchengemeinden (den politischen Gemeinden gegenüber) in einem Zusammenhang gesprochen, daß sich annehmen läßt, das zu verwalteude Kirchengut sei dabei (wie in Tit. IV §. 9 Abs. 4 der W.-Urkunde und in §. 44, 46 der II. Beilage zu derselben) als ein Art Vermögen der Kirchengemeinde gedacht worden. Als Aufgabe der „Kirchenverwaltungen“ erscheint auch hier

Zu diesem Kirchenvermögen gehören die zu kirchlichen Zwecken dienenden Gebäude, und der Ob-
sorge der Kirchenverwaltung kommt zweifelsohne
die Erhaltung und Wiederherstellung dieser Kultusge-
bäude zu, so daß es ein Theil ihres Wirkungskreises
sein muß, die Ansprüche auf bauliche Unterhaltung
oder Wiederherstellung der Kultusgebäude gegen die-
jenigen Personen zu verfolgen, welchen bei Unvermö-
genheit des Kirchenvermögens hiezu gemäß Vertrag,
rechtskräftigen Erkenntnissen, ununterbrochener Ge-
wohnhcit, Provinzial- und allgemeiner Gesetze die
Baupflicht obliegt. Ergeben sich über die Anwend-
barkeit eines oder des anderen dieser Gründe für
die Kirchenbaulast zwischen den Betheiligten Strungen,
so ist es folgeweise nicht nur Pflicht der Kirchenverwal-
tung, deßhalb die richterliche Entscheidung zu ver-
anlassen, sondern auch Recht derselben, sich deßhalb
zu vergleichen.

Die Kirchenverwaltung Zell bedurfte daher zur
Vertretung der Kirchengemeinde Zell bei den über
die Baupflicht bei den dortigen Kultusgebäuden zwi-
schen dieser und dem k. Alerar entstandenen Differenz
keiner besonderen Ermächtigung der Ersteren, sondern
handelte in Folge ihrer Befugnisse aus dem Gesetze,
und das Protokoll des k. LG. München vom
13. Sept. 1842 läßt genügend entnehmen, daß die
Kirchenverwaltung Zell in der erforderlichen Zahl
ihrer Mitglieder sich für die Annahme der fiskalischen
Vergleichsangebote erklärte, indem Pfarrvikar Böhl-
mann, zwei Mitglieder der Kirchenverwaltung

lediglich die Verwaltung des Kirchenvermögens (nicht
einbegriffen das an kirchliche Aemter geknüpfte
Pfründe-Vermögen); von einer Befugniß der Kir-
chenverwaltungen, die Mitglieder der Kirchengemeinde
bezüglich der ihnen angesprochenen Baukosten- Kon-
kurrenz zu vertreten, kommt nichts vor. — C.

Zell, zudem auch noch Gemeindevorsteher Leupold und Gemeindepfleger Küffner diese Erklärung gaben

Dieser kompetenzmäßigen Erklärung der Kirchenverwaltung ³⁾ wurde die erforderliche Geneh-

- ³⁾ Es waren drei verschiedene Interessenten, welche sich bei Eingehung des fraglichen Abkommens gegenüberstanden; erstens die das Rechtssubjekt des Kirchengutes vorstellende Kirchengemeinde als Baukosten-Gläubiger, vertreten durch die Kirchenverwaltung; zweitens der K. Bischof, als Baukosten-Schuldner in Anspruch genommen; drittens die Eingepfarrten (parochiani), nicht als eines sondern als *membra ecclesiae* (vgl. Wernaneder die kirchliche Baulast II. Ausg. S. 24 Note 2) gleichfalls als theilweise konkurrenzpflichtig in Frage. Da nun die Kirchenverwaltung kompetenzmäßig in Vertretung des Baukosten-Gläubigers handelte, so darf man wohl einen bescheidenen Zweifel darüber äußern, ob es in ihrer kompetenzmäßigen Aufgabe liegen konnte, zugleich für einen Theil der Gegenbetheiligten, für die als Baukosten-Mitschuldner in Frage befindlichen Eingepfarrten zu handeln, und eine Baupflicht, als denselben obliegend anzuerkennen? — Für Rechtsverhältnisse dieser Kategorie ist die Kirchengemeinde nicht organisiert, die Vertretung der Eingepfarrten in Sachen der Konkurrenzpflicht liegt weder in der eigenen Kompetenz der Kirchenverwaltung, noch ist dieses Organ befugt, eine Gemeindeversammlung aus solchem wie aus irgend einem Anlasse zu berufen. Es handelt sich vielmehr lediglich von einer Angelegenheit der Einzelnen, und ist daher der Ausdruck „Kirchengemeinde“, in solchem Bezuge gebraucht, nicht als Bezeichnung einer juristischen Person aufzufassen. — Steht indessen im gegebenen Falle eine Baupflicht der „Gemeinde“ fest, so können allerdings zur Erfüllung derselben „Gemeinde-Umlagen“ erhoben werden. In der einschlagenden Gesetzstelle (Ges. v. 22. Juli 1819, die Umlagen für Gemeindebedürfnisse betr., Art. I lit. b Nr. 9) ist aber die Verschaffung der Mittel zur Erfüllung der Baupflicht

migung der gemeindlichen Kuratel- und Oberkuratel zu Theil, so daß, da die gesetzliche Vermuthung für die Legalität der Handlungen der Behörden spricht, jeder Zweifel an der Legitimation der genannten Personen in ihrer angegebenen Eigenschaft schwinden mußte, und der Vergleich den gesetzlichen

als ein Bedürfniß der politischen Gemeinde erwähnt, nur mit dem Vorbehalt (Art. V), daß, abgesehen von gemeinschaftlichem Genuße oder besonderen Rechtsverhältnissen, kein Staatsbürger verbunden sei, zur Befriedigung der Bedürfnisse von Kirchen und Schulen einer Religionspartei, zu welcher er nicht gehört, mittelst Umlagen beizutragen. — Wohl mag es, zumal bei konfessionell ungemischten Gemeinden, in häufiger Uebung sein, die Baupflicht der „Eingepfarrten“ als Baupflicht der „Gemeinde“ aufzufassen und zu behandeln. Aber auch unter dieser Voraussetzung würde die Vertretung der Konkurrenzpflichtigen nicht der Kirchenverwaltung, sondern vielmehr den Organen der politischen Gemeinde zukommen. — Wenn übrigens Permaneder (§. 89) die Meinung äußert, die Anordnung und Regulirung von Lokal-Umlagen „zum Neubau und zur Reparation von Kirchen, Pfarr- und Mehner-Häusern“, so wie die Erholung einer Erklärung der Gemeinde darüber gehöre nach dem revid. Gemeinde-Edikt von 1834 zur Kompetenz-Sphäre der Kirchenverwaltung, so ist dagegen zu bemerken, daß keine Stelle des angezogenen Gesetzes zur Begründung dieser Meinung dienlich sei. Von dem diesem Organe anvertrauten Verwaltung=Amte läßt sich gewiß nicht sagen, daß es die Befugniß, zur Verschaffung nöthiger Zuflüsse Gemeinde-Steuern anzuordnen und zur Erklärung darüber eine Gemeindeversammlung zu berufen, stillschweigend in sich begreife. Die Erhebung von Kirchenbau-Umlagen, deren Anordnung und Regulirung durch die Organe der politischen Gemeinde bereits feststeht, mag der Kirchenverwaltung allerdings zukommen. — 6.

Voraussetzungen eines solchen für die moralische Person einer Kirchengemeinde entspricht.

Endlich ergibt die Isttenlage, daß die fragliche Uebereinkunft sogar von beiden Theilen erfüllt wurde

DAGE. v. 14. Nov. 1856. Nr. 322⁵⁴/₅₅.

3.

Anspruch auf Baukostenersatz, gegen die Pfarrgemeinde erhoben.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir was folgt:

Die Pfarrgemeinden der im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften sind zwar nach §. 28 der II. Beil. zur Wll. öffentliche Korporationen: allein als juristische Person könnte eine Pfarrgemeinde jedenfalls nur in so ferne in Betracht kommen, sohin nur in so ferne als Klägerin auftreten, oder als Beklagte belangt werden, als sie selbst Subjekt von Privatrechten oder privatrechtlichen Verbindlichkeiten wäre, als ein der Korporation als solcher gehöriges Vermögen, oder eine der Pfarrgemeinde als Korporation zustehende oder obliegende Leistung in Frage stünde.

In dem vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht von einer Leistung, welche der Pfarrgemeinde als Korporation obläge, ja nicht einmal um eine Verbindlichkeit der Gesamtheit der Párodhianen, zu welcher nicht bloß die Gutbesitzer, die wirklichen Gemeindeglieder im Sinne des Gemeindeebisses, sondern alle im Pfarrsprengel wohnenden Angehörigen der betreffenden Kirche gehören, sondern es wird die klagbar geltendgemachte Leistung lediglich von den im Pfarrbezirke befindlichen Gutbesitzern und zwar von den Besitzern zehentbarer Grundstücke in Anspruch genommen, indem die Baulast

von der „Pfarrgemeinde“ aus Anlaß und in Frage der Fixirung der Zehnten übernommen worden sein soll; — es ist daher hier lediglich eine Verpflichtung einzelner Parochianen in Frage, und kann demzufolge die Klage nur gegen die angeblich pflichtigen Pfarrgenossen als Litisconsorten gestellt werden; welche zu vertreten die Pfarrgemeinde als Korporation jedenfalls nicht verpflichtet, und wie eine Voreinrede der Beklagten beweist, auch nicht gewillt ist ¹⁾

DAZ. v. 11. Okt. 1856. Nr. 767⁵⁴/₅₅.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Betheiligung an einem Andern Einzelne zu einem Aktienunternehmen, Verpflichtung des Mandatars.

Bei Gründung der k. b. Hypotheken- und Wechselbank zu München im Jahre 1835 hatte das klagend auftretende Banquierhaus zu F., N. et Comp., dem Beklagten G. zu W. auf dessen Einladung zur Betheiligung bei dem Unternehmen, bei welchem G. selbst für 200000 fl. zu subscribiren beabsichtige, den Auftrag gegeben, für sie eine bestimmte Summe zu subscribiren.

Beklagter soll den Auftrag übernommen haben, hat jedoch (was klägerischerseits auch nicht bestimmt aufgetragen war) den Namen des Banquierhauses bei der Subskription nicht angegeben, so daß der

¹⁾ Vgl. Bl. f. R. u. W. XVII S. 10 f.

Bank gegenüber H. selbst allein als Subskribent erscheint. — Unbestritten hatte das klagende Haus im Jahre 1835 vom Beklagten für den Betrag der zu subskribirenden Summe von 75000 fl. Aktien zu diesem Betrage al pari gegen Provision erhalten.

Als im Jahre 1846 die Bank den Fond um 10 Mill. vermehrte, wurde das im §. 8 der Bankstatuten (v. 1835 S. 585) den „Subskribenten“ zugesicherte Vorzugsrecht auf die neu zu emittirenden Aktien, durch Vergleich mit den Aktionären, auf $\frac{1}{8}$ ihres Subskriptionsbetrages festgestellt, und ungeachtet der Aufforderung und Bereiterklärung zur Beschaffung der Einzahlungssumme von Seite des klagenden Hauses, nahm der Beklagte im Jahre 1846 auch den für den Subskriptionsbetrag der Klägerin zu 75000 fl. treffenden Betrag der neuen Aktien, da er gegenüber der Bank als alleiniger Subskribent erschien, in Empfang. — Auf Herausgabe dieses treffenden Aktienbetrages (56 St. à 500 fl.) sammt Coupons Talon und erhobenen Dividenben, gegen Entrichtung der Einzahlungssumme, wurde daher die Klage gerichtet.

Die Vertheidigung des Beklagten wurde darauf gestützt, daß lediglich ein Vertrag auf Lieferung von Aktien für 75000 fl., nicht aber ein Mandatsvertrag zur Subskription geschlossen worden sei, die Klägerin hätte in keiner Weise, auch nicht dem Beklagten gegenüber, die Rechte eines Subskribenten erlangen können, weshalb ihm Beklagten allein als Subskribenten der bezeichnete Vortheil bei Kreirung neuer Aktien hätte zu Theil werden müssen.

Ueber dieses Vertrags-Verhältniß enthält das oberstrichterliche Erkenntniß vom 31. Okt. 1855 Nr. 1463^{53/54} folgende, mit einem Erkenntniße des OAB. zu Lübeck vom 27. Februar 1850 (abgedruckt in Senffert's Archiv v. 1856 Bd. 10 Heft I Nr. 45) im Resultate zusammentreffende Würdigung.

Es ist die Perfektion des Mandatsvertrages zunächst in ein Uebereinkommen gesetzt, vermöge dessen Beklagter auf sich nahm, gegen Provision für den Kläger 75,000 fl. für die zu gründende Bank zu subscribiren, d. h. für Rechnung des Klägers gegenüber der Bankkonstituierungsbehörde die Verbindlichkeit zur Einzahlung der bezeichneten Summe zum Bankfonde zu übernehmen. Dieser Mandatsvertrag, welcher den Kläger zwar nicht in ein unmittelbares Vertrags-Verhältniß zur Bankkonstituierungsbehörde versetzte, da der Beklagte bei der Subskription nicht erwähnte, daß er für 75,000 fl. Namens des Klägers zeichne, hatte zur Folge, daß Kläger als Mandatar von dem Beklagten als Mandatar die Cession des Anspruches gegen den Dritten (hier die Bankbehörde) verlangen, dagegen der Beklagte vom Kläger die Abnahme der gegen die Bank übernommenen Verbindlichkeit (hier Einzahlung des gezeichneten Betrages) begehren konnte. Es ändert daher der Umstand, daß von Seite des Beklagten die Subskription der Bankkonstituierungsbehörde gegenüber für 75000 fl. nicht als Namens des Klägers geschehen erklärt wurde, an der Verbindlichkeit des Beklagten dem Kläger gegenüber nichts, insoferne diese Verbindlichkeit bekannten Rechts darin besteht, dem Mandanten Alles herauszugeben, was er durch die Geschäftsführung in seine Hände bekam.

Der Umstand allein, daß Beklagter die Einzeichnung der Bankkonstituierungsbehörde gegenüber nicht Namens des Klägers vollzog, ist daher in keiner Weise geeignet, einen Vertrag auf Lieferung von den nach der Gründung der Bank emittirten Aktien von Seite des Beklagten als Subskribenten anzunehmen, vielmehr hatte der Beklagte die Verbindlichkeit, jene Aktien, welche ihm in Folge der aus des Klägers Auftrag für den Be-

trag von 75000 fl. vollzogenen Subskription, gegen Beschaffung des Einzahlungsfondes durch den Kläger zukamen, an diesen in Folge dessen Subskription, abzuliefern.

Der Auffassung, daß hier nur von einer Abnahme von Aktien von Seite des Klägers aus der vom Beklagten zu subskribirenden Summe von 200000 fl. die Rede sei, steht namentlich entgegen, daß Beklagter in Folge der ihm von dem Hause N. N. zu Frankfurt und jenem zu A. gewordenen Aufträge, an beide für 250000 fl. Aktien, also mehr als die von ihm selbst beabsichtigte Subskriptionssumme abgegeben hat.

Hat nun aber Kläger vermöge des behaupteten Mandatsvertrages einerseits dem Beklagten gegenüber das in Folge der aufgetragenen Subskription erwachsende Risiko auf sich genommen, so daß Kläger die von der Bankkonstituitionsbehörde an den Beklagten gemachten Ansprüche vollständig zu vertreten hatte, andererseits aber alle Rechte erworben, welche durch den Beklagten als Mandatar, den Subskribenten gegenüber der Bankbehörde erwachsen, so ist die Klage vollständig begründet, welche bezieht, daß der Beklagte jene Aktien gegen Baarzahlung ihres Nennwerthes sammt erhobenen Dividenden, herausgebe, welche ihm, in Folge der für Rechnung des Klägers vollzogenen Subskription zu 75000 fl., im Jahre 1846 bei Vermehrung des Bankfondes durch die Bankbehörde zugetheilt wurden, weil wenn auch diese Aktien von Seite der Bankadministration dem Beklagten zwar nicht für den Kläger ausgehändigt wurden, er dieselben doch nur in Folge des Mandates zur Subskription von Seite des Klägers erwarb.

Davon, daß die im §. 5 der Bankstatuten bezeichneten künftigen Vortheile der Subskribenten

lediglich den Beklagten von Seite der Bankbehörde zugewendet zu erachten seien, kann in keiner Weise mit Rücksicht auf die Gesetze (Arg. frag. 10, §. 13, fr. 12 pr. mandati 17 1) die Rede sein, weil nur dasjenige, was von dem Dritten dem Mandatar in der Art zugewendet wird, daß es zu seinem eigenen Gewinn gereichen sollte, von der Restitution an den Mandanten ausgeschlossen ist, hier also vorausgesetzt wird, daß der Dritte (hier die Bankadministration) von dem Verhältnisse des Mandates Kenntniß habe, und daher der Person des Mandatars allein, abgesehen vom Mandate, eine Zuwendung mache.

Hier aber, wo der Bankadministration das Mandat, welches der Beklagte hatte, gar nicht bekannt war, konnte derselbe infolge des mit dem Kläger abgeschlossenen Mandatsvertrages von dem Dritten gar nichts für seine Person, sondern nur für seinen Mandanten erwerben.

Daraus, daß nicht behauptet wurde, daß Beklagter in Folge des Auftrages den Namen des Klägers bei der Subskription anzugeben habe, und daß dies auch nicht geschehen, läßt sich keineswegs, wie Beklagter glaubt, die Folgerung ableiten, daß Kläger in keiner Weise die Rechte eines Subskribenten nach Art. 5 der Bankstatuten für sich erworben habe.

Es ist hier das lediglich zwischen der Bankkonstituierungsbehörde und dem Beklagten bestehende Rechtsverhältniß, welches begreiflicherweise lediglich den Beklagten als Subskribenten darstellt, von dem Mandatsvertragsverhältnisse zwischen dem Kläger und Beklagten zu trennen. Dieses war darauf gerichtet, daß Beklagter für des Klägers Rechnung seine beabsichtigte Subskription der Bankbehörde gegenüber auf 75000 fl. erstrecke, woraus (ohne das Rechtsverhältniß zu dem Dritten zu berühren)

die Haftung des Beklagten folgt, Alles, was er für Rechnung des Mandanten von dem Dritten erhielt, demselben herauszugeben.

R. M.

2.

Ausschließung der Gütergemeinschaft.

Pr. 29. Th. 11 Tit. 1 §§. 350, 352, 426; Anhang §. 7

Wenn Eheleute, welche die allgemeine Gütergemeinschaft durch einen vor Eingehung der Ehe abgeschlossenen Vertrag ausgeschlossen haben, mit Aufhebung des nach vollzogener Heirath genommenen Wohnsitzes an einen Ort ziehen, wo allgemeine Gütergemeinschaft stattfindet, so ist, damit die vertragsmäßig erfolgte Ausschließung der Gütergemeinschaft gegen dritte Personen Wirkung äußere, die Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages an dem Orte des neuen Wohnsitzes selbst dann nothwendig, wenn auch die Bekanntmachung an diesem Orte nach vollzogener Heirath erfolgt sein sollte.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 16. März 1855. Entsch. d. OX. Bd. 30 S. 132.

3.

Zur Lehre von der subjektiven Klagenhäufung.

In einer Rechtsache waren vom Kläger als Cessionar drei Forderungen zusammen angeklagt, deren jede ursprünglich für einen anderen Gläubiger entstanden war. Der wegen dieses verschiedenen Ursprunges opponirte Einwand subjektiver Klagenhäufung wurde für unerheblich erachtet.

DAOE. v. 10. Januar 1854. Nr. 1489^{51/52}.

Verichtigung. In Bd. XX S. 399 Z. 7 statt „Beweisthume“ lies „Beweisthema“.

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

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Verufungssumme. Spätere Minderung des Beschwerdegegenstandes. — Entschädigungspflicht eines Kontrahenten vertragsmäßig durch eine „Versicherung auf Nicht und Gewissen“ des andern bedingt. — Zur Lehre von der Güterübergabe der Eltern an die Kinder nach Bamberger Recht. — Verpflichtung des Lebentheren im Verhältnis zu den Einkünften der Pflanzgründe. — Aktiengesellschaften. Deren Vertretung im Konkursprozeß. — Pfand-Vorbehalt bei Quittungen über das Kapital. — Persönlicher Kredit des Arrestimpetraten unerheblich. — Einkaufsschaft. Weihenburger Recht. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verufungssumme. Spätere Minderung des Beschwerdegegenstandes.

Vgl. Bb. I S. 229; Bb. VIII S. 270; Bb. XV S. 240.

In der Streitsache Brenner gegen Feistle wegen Entschädigung war der Beklagte durch gleichförmige Erkenntnisse der Vorinstanzen verurtheilt worden, der Klägerin

- a) für Kurkosten 98 fl. 6 fr.
- b) für Krankenwarte 25 fl. 12 fr.
- c) für entgangenen Arbeitsverdienst 37 fl. 48 fr.
- d) derselben seit 17. Juli 1852 für die Zukunft eine in vierteljährigen Raten zu entrichtende Entschädigung von täglich 3 Kreuzern zu leisten.

Gegen das zweitrichterliche Erkenntniß ergriff nun der Beklagte unterm 8. Mai 1854 das Rechtsmittel der Revision.

Da man damals nicht wissen konnte, wie lange die Klägerin leben würde, wie lange also der Be-

klagte ihr die Entschädigung von täglich 3 Kreuzern zu verabreichen haben würde, so mochte damals nach §. 63 der Prozeßnovelle vom 17. November 1837 die Revision als formell zulässig erscheinen. Nun starb aber die Klägerin noch vor Erlassung des oberstrichterlichen Erkenntnisses, nämlich am 11. Januar 1856. Jetzt ließ sich genau berechnen, wie viel der Beklagte im Ganzen an die Klägerin zu bezahlen habe, und diese Summe entzifferte sich auf nur 224 fl. 45 kr. Der klägerische Anwalt zeigte nun den Todesfall der Klägerin dem obersten Gerichtshofe an, und bat, die Revision des Beklagten, weil jetzt die Revisionssumme nicht mehr gegeben sei, abzuweisen.

Diesem Antrage wurde auch durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 15. Juli 1856 stattgegeben, und dem Beklagten mit seiner Revision unter Verurtheilung desselben in die Kosten der III. Instanz die Abweisung bedeutet.

Die Entscheidungsgründe besagen hierüber:

„Wenn auch die bei Vorlage gleichlautender Erkenntnisse der Vorinstanzen 600 fl. betragende Revisionssumme mit Rücksicht auf §. 63 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 zur Zeit der Einführung der Revision als gegeben erachtet, rée von solcher abgesehen werden konnte, indem damals zu den der Klägerin zuerkannten Entschädigungsposten im Gesamtbetrage von 161 fl. 6 kr. auch noch die weitere Entschädigung derselben für ihre Lebenszeit 3 Kreuzer täglich, also von 18 fl. 15 kr. jährlich, kam, hinsichtlich welcher bei der Ungewißheit der Zeitdauer ihrer Verabreichung das pecuniäre Interesse des revidirenden Beklagten sich nicht in bestimmten Anschlag bringen ließ, so hat sich doch der Stand der Sache durch den am 11. Januar 1856 erfolgten Tod der Klägerin in der Art alterirt, daß nunmehr der Beklagte im ungünstigsten

Fälle nur noch zur Leistung der bemerzten fixen Entschädigungskosten von 161 fl. 6 fr., und der sich vom 17. Juli 1852 bis 11. Januar 1856 auf 63 fl. 39 fr. berechnenden täglichen Entschädigung von 3 Kreuzern, in Summa also 224 fl. 45 fr., gehalten bleibt, sein Interesse also die Revisionssumme bei weitem nicht mehr erreicht, woraus sich von selbst ergibt, daß sich der oberste Gerichtshof wegen Mangels der seine Kompetenz bedingenden Beschwerdesumme mit der materiellen Erledigung der Revision nicht weiter befassen kann, sondern diese vielmehr unter Verfallung des Revidenten in die Kosten gegenwärtiger Instanz als formell unzulässig zurückzuweisen ist.“ Fl.

Nachschrift des Herausgebers. Nach Vorschrift der OÖ. Kap. XV §. 9 Nr. 1 geschieht die Devolution an den höheren Richter durch die Appellation; woraus sich die Regel ergibt, daß über das Dasein der Berufungsvoraussetzungen, insbesondere der Berufungssumme, nach Lage der Sache zur Zeit der Berufungsschrifteinreichung zu urtheilen sei. Ein besonderer Grund zu einer Ausnahme von dieser Regel scheint in obigem Falle nicht obgewaltet zu haben. Aber auch angenommen, daß sich die Revisionszurückweisung rechtfertigen lasse, war doch gewiß Anlaß vorhanden, die Kosten der Revisionsinstanz zu vergleichen.

2.

Entschädigungspflicht eines Kontrahenten vertragsmäßig durch eine „Versicherung auf Pflicht und Gewissen“ des andern bedingt.

Im Subjahr 18^{51/52} erkaufte der Bierbrauer L. vom Hopfenhändler M. eine Partie Hopfens, für dessen Echtheit und Unverfälschtheit M. garantirt haben soll. L. will jedoch entdeckt haben, daß der

Hopfen geschwefelt war und schöpfte hieraus die Besorgniß, daß mit 1070 Pfund des verdächtigen neuen Hopfens eingesottene Bier (1284 Eimer Lagerbier) werde verderben. Er theilte dem A. seine Besorgnisse mit und nach einigen Verhandlungen kam bei einem persönlichen Zusammentritt zwischen L. und A., am 20. Februar 1852, ein vor Zeugen schriftlich abgefaßter Vertrag zu Stande.

Nach demselben hatte L. dem A. den von Legtem erkauften, noch nicht verwendeten alten und neuen Hopfen zurückzugeben und wurde weiter bestimmt:

„Dagegen verzichtet A. auf alle und jede Bezahlung für den an L. abgelieferten Hopfen und macht sich ausdrücklich verbindlich, wenn das hiervon eingesottene Lagerbier nicht aushielt, dem L. allen und jeden hieraus entstehenden Schaden baar zu ersetzen.“

„A. bestätigt in diesem Falle auf Pflicht und Gewissen, daß zu dessen Bier, wegen dessen Schadenersatz verlangt wird, ein von A. gelieferter neuer Hopfen versotten wurde und hat ebenso die Schadenssumme auf Pflicht und Gewissen anzugeben und A. hat dieser Versicherung auf Pflicht und Gewissen, ohne einen andern Beweis zu verlangen, mit Verzicht auf alle und jede Einrede vollen Glauben zu schenken und darnach die verlangte Entschädigung zu leisten.“

L. versprach übrigens Stillschweigen über das getroffene Abkommen, und verzichtete auf weiteren Schadenersatz als für das Lagerbier.

Aus diesem Vertrage im J. 1853 auf Entschädigung belangt, erklärte A. denselben für unverbindlich, weil er ein pactum leoninum sei, daß allen Vortheil dem L., allen Nachtheil dem A. zuwenbe, allen Beweis in die sogar unbeschworene Aussage des L. lege u. dgl.

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

„Revibent hält den Vertrag vom 20. Febr.

1852 oder doch die betreffende Bestimmung desselben für ungiltig, weil die bloße Behauptung des Klägers über den Umfang und die Größe des Schadens den Richter zur Zuerkennung der geforderten Summe zwingen solle; also jene Stipulation eine Convention über den Prozeß enthalte. Allein es ist hier den fraglichen Vertragsbestimmungen eine ganz falsche Auslegung und Richtung gegeben.

„In dem ganzen Vertrage vom 20. Februar 1852 ist nichts für den Fall eines künftigen Prozesses bestimmt; es ist ein solcher gar nicht vorausgesehen, vielmehr der Zweck des ganzen Vertrages eben die Abschneidung und Vermeidung eines Rechtsstreites. Auch die Bestimmung, daß L. die Verwendung des von A. erkauften Hopfens zu dem etwa verderbenden Biere und die Größe des hiedurch entstehenden Schadens auf Pflicht und Gewissen anzugeben habe, enthält keine Vorschrift für den Richter, wie er im Prozesse verfahren, durch welche Beweismittel er seine richterliche Ueberzeugung binden lassen solle, sondern sie enthält bloß Bestimmungen über die Rechte und Verbindlichkeiten der Kontrahenten unter sich, sie normirt die Voraussetzungen für eine spezielle Verpflichtung des A., sie stellt die Bedingungen fest, bei deren Eintritt A. Geldentschädigung leisten soll.

„Im Nachsatz der betreffenden Bestimmung steht zwar: A. habe der Versicherung vollen Glauben zu schenken und nach derselben Zahlung zu leisten, ohne einen anderen Beweis zu verlangen; allein dieß kann auf eine prozessualische Beweisführung nicht bezogen werden, da ja im Prozesse der Beweis nicht der Gegenpartei, sondern dem Richter geführt wird. Jener Nachsatz enthält vielmehr nichts Anderes, als das Versprechen des A., die geforderte Entschädigung zu zahlen, wenn L. die Bestätigung auf Pflicht und Gewissen übernimmt,

die Acceptation der Bedingung, durch deren Eintritt die spezielle obligatio des A. entstehen soll.

„Hieran knüpft sich nur das Bedenken, ob dann, wenn jene Bestimmung als Bedingung aufzufassen ist, die Klage des L. schon geboren sei, da die Bedingung (die fragliche Versicherung auf Pflicht und Gewissen) von ihm noch nicht erfüllt, sondern nur deren Erfüllung angeboten ist. Allein bei potestativen Bedingungen ist derjenige Kontrahent, von dessen Thätigkeit der Eintritt der Bedingung abhängt, in ganz gleicher Lage mit einem Kontrahenten, dessen Forderung durch eine Gegenleistung bedingt ist. Im konkreten Falle, wo L. mit der Erfüllung der von ihm abhängenden Bedingung an keine bestimmte Zeit gebunden ist, wird das bloße Erbieten zur Erfüllung in der Klagschrift eben so zulässig sein, wie in den analogen Fällen einer versprochenen Gegenleistung.

Ueber die Qualifizierung des mehrgedachten Vertrages als „*pactum leoninum*“ wurde bemerkt: der Grundsatz: ein Gesellschaftsvertrag, nach welchem dem einen Gesellschafter alle Nutzungen, dem anderen alle Lasten zugewiesen sind, könne nicht als Gesellschaftsvertrag bestehen, — läßt sich auf Verträge im Allgemeinen nicht anwenden. Es sprechen auch die Schriftsteller, auf welche sich Revident bezieht, nur von der *societas leonina*, nicht von *pactis leoninis*; sie konnten von solchen um so weniger sprechen, als es viele von den Gesetzen ausdrücklich gebilligte Verträge gibt, die lediglich zum Vortheile des Einen der Kontrahenten geschlossen werden, ohne daß dabei an eine Schenkung zu denken wäre, wie z. B. das unverzinsliche Darlehen, das *Commodat*.

„Nur in so ferne der Vertrag vom 20. Febr. 1852 die Natur eines Vergleiches hat, wäre der von A. gemachte Einwand von Bedeutung, weil der

Vergleich ein datum et retentum erfordert. Allein der von L. ausgesprochene Verzicht auf jede andere Entschädigung, als gerade für das eingesottene Lagerbier und sein Versprechen des größten Stillschweigens bilden auf Seite des A. allerdings retenta.

„Von einer Bereicherung des L. mit dem Schaden des A. kann ohnehin keine Rede sein, da ja die von A. versprochene Leistung nur die Ausgleichung eines von ihm dem L. zugefügten Schadens bildet.

„Der Umstand endlich, daß dem Beschädigten selbst die Bestimmung der Entschädigung nach Umfang und Gelbbetrag überlassen, daß die Verpflichtung des Einen Kontrahenten abhängig gemacht wurde von einer Bedingung, welche für den anderen eine rein potestative, macht den Vertrag nicht ungiltig. — Es liegt zwar in der Natur der Sache, daß ein Vertrag da überall gar nicht existirt, wo es der freien Willkühr dessen, der etwas leisten soll, anheimgestellt ist, ob oder was er leisten will.

„Fr. 17, 46, §. 3, fr. 108, §. 1 de V. O. (45, 1.); fr. 7 pr. 35, §. 1 de contrah. emt. (18, 1); C. 13. eod. (4, 38); Cod. Max. civ. P. IV Cap. I §. 8, Nr. 2; §. 16, Nr. 2.

„Dagegen widerspricht es weder der Natur des obligatorischen Vertrages, noch steht das positive Recht entgegen, daß die Verbindlichkeit abhängig gemacht werde von einer Potestativbedingung, die vom Berechtigten zu erfüllen ist, daß seiner Bestimmung das Vertragsobject anheimgegeben wird.

„Fr. 48 de V. O. (45, 1); fr. 30, pr. de oper. libert. (38, 1). Cod. Max. civ. loc. cit.

„Nicht entgegen stehen die oben citirten Stellen aus den Titeln de contrah. emt. und Cod. Max. civ. P. IV Cap. III §. 7, Nr. 3; denn beim Kaufe stehen sich Waare und Preis so unzertrenn-

sich gegenüber, daß der zum Preisempfang Berechtigte nothwendiger Weise auch zur Waarenhingabe verpflichtet ist und umgekehrt. Wenn also das Geschäft in die Willkühr des Verkäufers gestellt ist, so hinge es auch von ihm ab, ob er verpflichtet sein will; es wäre die Regel verletzt: *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit*. Daher dürfen die Bestimmungen für den Kauf nicht auf andere Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden.

„Uebrigens ist es nicht die reine Willkühr des A., welcher die quantitative Bestimmung der Leistung des A. überlassen ist. A. hat vielmehr auf Pflicht und Gewissen die zur Bestimmung der Schadensgröße nöthigen Angaben zu machen, es ist dieß seinem arbitrium, als dem eines *boni viri* überlassen, daher es ihm denn auch keineswegs, wie A. anführt, freistund, statt des geforderten Betrags eine Million zu verlangen. Denn dergleichen arbitria, welche dem Creditor überlassen sind, unterliegen der billigen Ermäßigung des Richters;

„fr. 30, pr. de op. libert. (38, 1), so zwar, daß die *reductio ad arbitrium boni viri* und damit nothwendig auch die richterliche Ermäßigung —

„fr. 78, 79 pro socio (17, 2) — selbst da angenommen wird, wo es unbestimmt gelassen ist, ob der Creditor nach freier Willkühr oder nach billigem Ermessen zu arbitriren habe.

„Fr. 22, §. 1 de R. J.; fr. 24, pr. loc. cond. (19, 2); fr. 6 pro socio; fr. 77 vergl. mit fr. 76 eod. Cod. Max. civ. P. IV Cap. VI §. 1 in not. Nr. 2, lit. d.; Cap. VIII §. 6 Nr. 5 et in not. Nr. 2, i. f.; Cap. IX §. 6 Nr. 1 et in not. lit. d.

„Es liegt daher nirgends ein Grund vor, den Vertrag vom 20. Febr. 1852 oder einzelne Bestimmungen desselben für ungiltig zu erklären.

Nach dem Vertrage vom 20. Febr. 1852 hat es auf einen Beweis, daß das unbrauchbar gewordene Lagerbier von A.'schem neuen Hopfen gesotten, daß dieser geschwefelt war und nur hiedurch das Verderben des Bieres bewirkt wurde, daß endlich hiedurch dem L. ein Schaden von der angegebenen Größe zugeing — nicht mehr anzukommen; denn nicht von einer solchen Beweisführung des L., sondern von ganz speziellen pflichtmäßigen Angaben desselben ist die Verbindlichkeit des A. im Vertrage abhängig gemacht.

„Es könnte sich daher höchstens fragen, ob nicht dem A. zu gestatten sei, einen Beweis darüber zu liefern, daß die Angaben, zu denen sich L. erboten, unrichtig oder überspannt seien. Denn wo, wie nach Obigem, im konkreten Falle dem Richter ein Ermäßigungsrecht zusteht, da müßte auch demjenigen, der dasselbe anruft, gestattet sein, das Material zu einer solchen Reduktion beizuschaffen. Das prozessuale Mittel hiezu kann offenbar kein anderes sein, als die exceptio doli, das Vorbringen, der Gegner habe bei der ihm überlassenen Bestimmung unwahre und unredliche Angaben gemacht.

„Eine solche Einrede aber hat der Beklagte in keiner Weise substantiiert. In Bezug auf den Geldbetrag des Schadens genügt es zur Begründung jener Einrede offenbar nicht, daß der Beklagte nur einfach widersprach, der Schaden betrage 5 fl. per Eimer. Der Kläger hat hier seinen Ansatz durch Berufung auf den betreffenden legalen Bierpreis, welcher sogar beträchtlich höher, als 5 fl. per Eimer stehe, begründet und hienach hätte der Beklagte offenbar zeigen müssen, warum jener Preis nicht als Maasstab des Schadens anzunehmen sei, welche andere Berechnung desselben etwa einzutreten habe und aus welchen Ansätzen sich dann ein geringerer Schaden ergebe. Es kann daher der Beklagte auch

abgesehen davon, ob die exceptio doli nicht mit unter den ausgesprochenen Verzicht auf alle Einreden falle, zu einem Beweise nicht zugelassen werden.“

DAGE. (1856) in Nr. 1397⁵⁴/₅₆.

St.

3.

Zur Lehre von der Gutsübergabe der Eltern an die Kinder
nach Bamberger Recht.

Die Wittve H., welche mit ihrem verstorbenen Ehemanne in Gütergemeinschaft nach Bamberger Recht gelebt hatte, übergab ihr gesammttes Immobilienvermögen um einen bestimmten Anschlagspreis ihrem Sohne Georg H., welchem die vorhandenen Hypothekenschulden nebst einer Kurrentschuld von 300 fl. bei Kaspar B. zur Berichtigung überwiesen wurden und wobei sich die Gutsübergeberin lebenslänglich eine Freiwohnung im Hause, so wie den Bezug der Zinsen aus dem gegen Hypothek ausstehend gebliebenen Rest der Uebergabssumme vorbehielt, wovon aber sofort bei der Gutsabtretung den Kindern und resp. Enkeln der Gutsübergeberin gleiche Antheile mit der Bestimmung als Eigenthum überwiesen wurden, daß diese nach ihrem Tode von dem Gutsübernehmer an dieselben hinausgezahlt werden sollten.

Gegen den Gutsübernehmer wurde alsbald auf Antrag eines Hyp.-Gläubigers das Exekutionsverfahren eingeleitet und aus dem Erlöse der dem Zwangsverkaufe unterworfenen Immobilien trafen bei der Massevertheilung noch einige hundert Gulden auf den ausstehend gebliebenen Rest der Uebergabssumme.

Inzwischen hatte auch der Kurrentgläubiger B., welcher von der Schulüberweisung an den

Gutsübernehmer weder benachrichtiget worden war, noch denselben als seinen Schuldner angenommen hatte, seine Forderung gegen die Wittive H. eingeklagt und da die von ihm erwirkte Auspfändung nicht zu seiner vollständigen Befriedigung führte, so brachte er jene Massgelder, welche noch bei dem betr. Gericht deponirt waren, als weiteres Exekutionsobjekt in Vorschlag, wogegen jedoch von Seite der Kinder und Enkel der Wittive H. protestirt und hiedurch ein neuer Rechtsstreit veranlaßt wurde, wobei die Frage zu entscheiden war, ob die Beklagten schuldig seien, die Befriedigung des B. aus den fraglichen Massgeldern geschehen zu lassen.

Diese Frage wurde gegen die Ansicht des Appellationsgerichts, welches als erste Instanz in der Sache zu erkennen hatte, oberstrichterlich aus nachstehenden Gründen bejahend entschieden:

Daß zur Anwendung kommende Bamh. Landrecht handelt im zweiten Anhange zum ersten Theile (§. 67) von Erbnehm- und Theilungen überhaupt, und dann speziell im Tit. 1 von elterlichen Güterübergabe bei lebendigen Leib und im Tit. 2 von den übrigen Erbnehm- und Theilungen.

Eine Güterübergabe kann auf viererlei Art geschehen, jenachdem die Eltern entweder

- 1) nur einen, den ganzen Pflichttheil nicht erreichenden Theil ihrer Güter, oder
- 2) den ganzen, nach dem elterlichen Güterstande zu bestimmenden Pflichttheil, oder
- 3) ihr ganzes Vermögen, unter Vorbehalt eines Auszugs, den Kindern übergeben, oder endlich
- 4) die Güterübergabe in Art einer Grundtheilung bewerkstelligen.

Bamh. Landr. a. a. O. §. 2 und 8.

Weber Grundf. des Bamh. Rechts. Bb. I Abth. 1, §. 154 S. 140.

Aus der Rubrizirung und systematischen Ein-

theilung des alleg. Abschnittes ergibt sich unverkennbar, daß die elterliche Gutsübergabe bei lebendigem Leibe in dem Bamf. Landrecht als eine Erbnehmung und Erbtheilung bei Lebzeiten der Eltern oder eines derselben angesehen und somit dasjenige, was die Kinder zufolge derselben empfangen, als anticipirte Erbschaft betrachtet wird.

Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß die Eltern nach §. 8 l. c. im Falle der ersten und zweiten Art der Gutsübergabe von dem übrig behaltenen, und im Falle der dritten Art der Gutsübergabe von dem ihnen nachher anderwärts zugefallenen Vermögen ihren Kindern den Pflichttheil überlassen müssen, denn der Grund hievon beruht, wie die Kommentatoren des Bamf. Landrechts ausdrücklich bemerken, darin, weil die anticipirte Erbschaft keine stillschweigende Entsagung auf künftige Erbansprüche enthält, weshalb auch von einem doppelten Erb- oder Pflichttheile nicht gesprochen werden kann, sondern immer nur ein und derselbe Kindstheil vorliegt, der zum Theile bei Lebzeiten und um Theile nach dem Tode der Eltern erhoben wird.

Hanauer Comment. zu §. 8 l. c. S. 45.

Weber a. a. O. §. 156.

Was noch insonderheit die oben sub 3 erwähnte Uebergabe des ganzen Vermögens gegen Auszug anbelangt, so fallen die Auszugsobjekte nach §. 7 l. c. den Kindern nach dem Tode der Eltern sofort ipso jure zu, weil letztere, als bloße Inhaber, hierüber nicht mehr eigenmächtig verfügen dürfen, da sie solche den Kindern rücksichtlich der Substanz und des Eigenthums bereits in der That übergeben haben.

Hanauer zu §. 7 S. 45.

Weber §. 157.

Aus den oben erwähnten faktischen Verhältnissen ergibt sich, daß der Fall einer Gutsübergabe

dritter Art vorliegt, indem die Wittive H. nicht bloß einen Theil ihrer Güter, sondern ihr sämmtliches Aktiv- und Passiv-Vermögen bei lebendigen Leibe an ihre Kinder und Enkel abgetreten und sich bloß den bemerkten Auszug vorbehalten hat.

Die Gesamtheit des hinterlassenen (hier des bei lebendigem Leibe abgetretenen) Aktiv- und Passivvermögens einer Person wird juristisch als universitas juris betrachtet. Die den Kindern und Enkeln aus der als Theilungsmasse bezeichneten Summe von 7200 fl. berechneten und überwiesenen Erbtheile bilden einen intellektuellen Theil dieser universitas juris, und nach den angeführten Grundsätzen des Bamberg. Landr. sind diese, obwohl erst nach dem Tode der Wittive H. zahlbaren Erbtheile rücksichtlich der Substanz sofort in Folge des Uebergabesvertrages Eigenthum ihrer Erben geworden.

Es hat sonach eine anticipirte Beerbung in Wirklichkeit stattgefunden und die Beklagten sind demnach in Ansehung der auf sie übergegangenen, titulo lucrativo erworbenen Erbtheile nicht als Singular- sondern als Universal-Successoren zu betrachten.

Seuffert P.R. §. 62 und 516 3. Außg.

Als Universal-Successoren sind aber die Beklagten in alle mit der anticipirten Erbschaft verbundenen Rechtsverhältnisse sowohl in aktiver als passiver Hinsicht eingetreten und sie haben daher auch jedenfalls mit ihren Erbtheilen für die Schuld bei dem Kläger B., welche zur Zeit der Güterübergabe auf dem Vermögen der Wittive H. lastete, insoweit sie unbesichtigt geblieben ist, einzustehen.

Auch die im §. 14 des Bamberg. Landr. enthaltene Bestimmung steht den Beklagten nicht zur Seite. Nach dem Uebergabesvertrage hatte zwar der Güterübernehmer Georg H. die fragliche Schuld zu übernehmen, der Gläubiger wurde aber zu dem Vertrage nicht beigezogen und die Beklagten vermochten auch

nicht8 zu behaupten, daß er den Gutsübernehmer zu seinem Schuldner angenommen habe. Daß, was zwischen der Wittve H. und ihren Erbsinteressenten wegen Uebernahme der erwähnten Schuld ausgemacht wurde, konnte dem Gläubiger nicht präjudiciren. Er war gesetzlich befugt sich wegen der Zahlung an die Wittve H. selbst zu halten und hat dieses auch durch die gegen sie erhobene Klage gethan.

Kläger ist demnach berechtigt, die Bezahlung seiner Restforderung aus den gerichtlich deponirten Gelbern zu fordern und die Beklagten haben um so weniger Grund, ihm diese Befugniß zu bestreiten, als sie sich außerdem offenbar zum Nachtheile des Klägers bereichern würden.

DAUE. v. 1. April 1856. NN. 1500⁵⁴/₅₅.
G.

4.

Baupflicht des Zehentherrn im Verhältniß zu den Einkünften der Pfarrpfünde.

In einer Rechtsache, betr. die Baupflicht von Zehentherrn, beantragten diese Freisprechung von der gedachten Last, weil die Konkurrenz der Dezmatores nur subsidiär, im Falle der Insuffizienz des Kirchenvermögens eintrete, welche Voraussetzung aber nicht vorliege, da die Einkünfte der fraglichen Pfarrpfünde notorisch 783 fl. mehr als die congrua betrüßen. Hiegegen bemerken die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Nach gemeinem katholischen Kirchenrechte ¹⁾, welches hier zur Anwendung zu kommen hat, da es sich um die auf dem Zehenten eines katholischen Pfarrsprengels und auf katholischen Kultusstiftungen

¹⁾ Mit welchem übrigens (fügen die ausgezogenen Motive bei) die Grundsätze des gemeinen protestantischen Kirchenrechts in Ansehung der vorwüßigen Frage übereinstimmen.

haftende Baulast in Ansehung katholischer Kultusgebäude handelt, — gelten in Ansehung der großen Baufälle an Pfarrgebäuden (von solchen war die Rede) die nämlichen Grundsätze, welche in Ansehung der baulichen Unterhaltung der Kirchen in den Beschlüssen des concil. trident. sess. 21 cap. 7 de reform. aufgestellt sind; nämlich es haften für die dießfalligen Kosten primär das Kirchenvermögen, erst subsidiär diejenigen, welche sich im Nuzgenusse von Bestandtheilen des Kirchenvermögens befinden, zweitsubsidiär die Parochianen.

Zu dem primär baupflichtigen Kirchenvermögen sind aber die Renten der Pfarrpfünde keineswegs zu rechnen; zu dem Kirchenvermögen, der s. g. Kirchenfabrik gehört nur jenes Vermögen, dessen Renten der Kirche selbst zufließen (*fructus et proventus ad ecclesias pertinentes*), während die Einkünfte der Pfarrpfünde, welche von der Kirche abstammen, gleich allen andern *fructibus ex ecclesiis provenientiibus* nur in zweiter Linie baupflichtig sind.

Da nicht behauptet wurde, daß die Einkünfte der Pfarrkirche S. zur Uebernahme der in Frage stehenden Baulast hinreichen, ist sonach ein Fall, in welchem die subsidiär baupflichtigen Dezimatoren zur Konkurrenz gezogen werden können, hier allerdings gegeben, und als subsidiär baupflichtiger Dezimator ist altemäßig auch die Pfarrpfünde nach dem Verhältnisse des im Pfarrsprengel bezogenen Großzehnten zur Konkurrenz gezogen worden.

D. A. G. v. 4. Nov. 1853. Nr. 798⁵¹/₅₂.

5.

Aktiengesellschaften. Deren Vertretung im Civilprozeß.

Aktiengesellschaften sind zwar nicht als juristische Personen im Sinne des römischen Rechts, wohl aber als eigenthümliche deutschrechtliche Genossenschaft-

ten zu betrachten. Bei Prozessen, welche Aktiengesellschaften führen, ist in Ermangelung anderer statutenmäßiger Vorschriften der Vorstand als aktiv und passiv zur Prozeßführung legitimirt anzusehen.

Erk. des OLG. zu Jena v. 29. Sept. 1855 in
S. der Hüttensteinacher Eisenwerksgesellschaft
(zu Nürnberg) wider den Hammerwerksbesitzer
B. zu S. Blätter für Rechtspflege in Thür-
ingen und Anhalt Bd. III S. 352.

6.

Zinsen-Vorbehalt bei Quittungen über das Kapital.

Preuß. RR. Th. I Tit. 11 §§. 843 ff.

Die gesetzliche Vermuthung: daß die vorbe-
haltenen Zinsen eines Kapitals für bezahlt oder erlassen
zu achten seien, wenn über das Kapital ohne Vor-
behalt quittirt worden, wird durch jeden, auch bloß
mündlichen Vorbehalt dieser Zinsen gehoben.

Plenarbeschuß des Obertribunals zu Berlin v.
4. Dez. 1854. Entsch. des OT. Bd. 29 S. 13.

7.

Persönlicher Kredit des Arrestimpetraten unerheblich.

Dem im Inlande mit Grundbesitz nicht ange-
sessenen Ausländer, kommt zu Abwendung einer Ar-
restverhängung nicht zu Gute, daß er etwa persö-
nlichen Kredit in der Handelswelt genießt; indem
merkantilische Konjunktoren oft den redlichsten Be-
strebungen gegenüber Insolvenz herbeiführen.

OLG. v. 11. Okt. 1855. Nr. 1698⁵⁴/₅₅.

8.

Einkindschaft. Rothenburger Recht.

Gegen Bd. V S. 97 wurde entschieden, daß im Ge-
biet der vormaligen Reichsstadt Rothenburg, Einkind-
schaftsverträge gültig geschlossen werden können.

OLG. v. 5. April 1850. Nr. 1410¹¹/₄₈.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Realzitation. — Testamentanfechtung wegen ungesünder Abhängigkeit. — Erbensehung auf eine Quantität. Nichtabstrund für Legate. — Obersterichterliches Amt in Bezug auf Aufrechthaltung eines schriftlichen Testaments in der Eigenschaft eines mündlichen. — Bemerkung der Handelsbücher. Umfang bezüglich der verbuchten Geschäfte. Nürnberger Handels-Gerichts-Ordnung. — Abbedienung durch den Inhaber einer Handlung. — Erkenntnis auf Disziplinseid. Verurteilungszulässigkeit. — Wechselrechtlich unwirksames Indossament. —

Ueber die Realzitation.

In Bd. XXI Nr. 19 dieser Blätter ist unter der Ueberschrift.

„Ueber die Realzitation im Verfahren des mündlichen Verhörs“

die gesetzliche Berechtigung dieser Zitation des „beständig ungehorsamen Beklagten“ im mündlichen Verhörs-Verfahren nachzuweisen, versucht worden: Bei der für die persönliche Integrität der Staatsangehörigen zumal so hohen Wichtigkeit dieser Frage mag es erlaubt sein, die wichtigsten gegen jede Realzitation von Parteien im Zivilprozeß sprechenden Gründe und Bedenken aus dem Standpunkte dieses Prozeßes überhaupt und der Maxime unserer vaterländischen Prozeßgesetzgebung insbesondere des Näheren zu erörtern.

§. 1.

Der Zivilprozeß hat bekanntlich die urtheilsmäßige Ausgleichung strittiger Privatrechtsverhältnisse zum Zweck und Gegenstand. Wie diese Ausgleichung ende, ob dadurch Kläger oder Beklagter zum Siege komme, ist dem Staate und kann ihm

gleichgiltig sein. Sein Interesse reduzirt sich auf die Beseitigung der, die öffentliche Ordnung störenden Selbsthilfe, und diesem öffentlichen Interesse wird genügt, wenn nur den Differenzen der Theile im Wege eines allgemein vorgeschriebenen Verfahrens ein Ende gemacht wird, gleichviel ob im einzelnen Falle materielle oder nur formelle Wahrheit zu Tage gefördert wird ¹⁾. Nur das verlangt die Gerechtigkeit, daß jedem Theil das gleiche Recht und die gleiche Möglichkeit, sein Anliegen und seine Vertheidigung vorzubringen und nachzuweisen, gestattet werde; daß und in wie weit von dieser Freiheit und Gleichheit Gebrauch gemacht werde, darüber liegt den Theilen ausschließlich die Vigilanz ob. Dem Wesen des Zivilprozesses entspricht daher zunächst die sogenannte Verhandlungs-Maxime, welche denn auch die Grundlage unserer Gerichts-Ordnung v. J. 1756 und der neuesten Prozeß-Novellen v. J. 1819 und 1837 bildet ²⁾.

§. 2.

Mit dem Wesen des Zivilprozesses und der Maxime seiner Behandlung hängt dann auch innerlich zusammen die Auffassung des Ungehorsams von Parteien und die Bestimmung der an diesen Ungehorsam sich knüpfenden Rechtsfolgen.

Denn

a) der Richter in einem nach der Verhandlungs-Maxime zu leitenden Zivilprozeß übt den

¹⁾ Daß es dem Staate auch um den Sieg des materiellen Recht zu thun ist, erhellt unter anderem aus der Einrichtung der Kollegialgerichte und der mehreren Instanzen. — S.

²⁾ Vgl. jedoch z. B. G.D. IV §. 17, VI §. 9, X §. 15 Nr. 7, XI §. 5 Nr. 6, XII §. 3 Nr. 2, 5. Nov. v. 1819 §. 3; Nov. v. 1837 §. 9, §. 7 Nr. 3 lit. b. — S.

höheitlichen Zwang nur in so ferne aus, als er zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse oder ihr gleichgestellter Akte nothwendig ist; lediglich in dieser Beziehung erscheint er als Repräsentant des Regenten³⁾. Und gerade diese Exekution ist ein dem Richteramte unwesentliches, außerhalb seinem eigentlichen Wirkungskreise gelegenes Attribut, eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit und nicht der inneren Nothwendigkeit ihm angepasste Beigabe! Das Wesen des Richteramtes macht eigentlich nur die Leitung und Entscheidung des Prozesses aus. In diesen beiden Richtungen tritt aber vom Gesichtspunkte der Verhandlung: Maxime die öffentliche Autorität des Richters, die Rücksicht einer Staats- und Regenten-Repräsentation in den Hintergrund; der Richter erläßt hier seine prozessleitenden Verfügungen und seine Urtheile nicht in unmittelbarer Folge seines Amtes, sondern erst auf Anrufen einer Partei; seine Verfügungen sind immer im Interesse einer der beiden Parteien erlassen und es kann ihn als Beamten nicht entfernt interessieren, ob der zum Handeln oder Erscheinen Behufs Vornahme einer Handlung Aufgeforderte innerhalb der fürgesetzten Frist antwortet, handelt, erscheint oder nicht.

Je nachdem das Eine oder Andere geschieht, je nachdem die andere Partei aus dem Verhalten ihres Gegners einen Nutzen ziehen will und hierauf anträgt, schreitet der Richter in der ihm geschaffenen Aktenwelt nach dem Richtmaße der Gesetze vorwärts! Seine Verfügungen sind sohin nicht Befehle; es kann daher die Partei, wenn sie den Verfügungen nicht folgt und von der ihr darin ge-

³⁾ In §. 1 Tit. VIII der W. heißt es: die Gerichtbarkeit geht vom König aus. — S.

gönnten Audienz keinen Gebrauch macht, eine Versehrlichkeit, eine strafwürdige Verachtung des obrigkeitlichen Ansehens gar nicht begehen.

Der Ungehorsam einer Partei erscheint viel mehr nur als eine Verletzung der dem andern Theile an sich schuldigen Verpflichtung, vor dem Richter Rede und Antwort zu geben und das angeregte Streitverhältniß baselbst förmlich vorzutragen.

Von selbst ergibt es sich daher, daß diese Verletzung des gegnerischen Rechtes nur dadurch paralyfirt werden kann, daß der Ungehorsame gleichfalls an seinem Rechte, und zwar an dem im Streit verwickelten Rechte oder in Bezug auf dasselbe Etwas einbüße, daß er also je nach dem Zwecke der nicht vorgenommenen Handlung — entweder als hierauf verzichtend erachtet und damit ausgeschlossen gelte, oder daß eine ihm sonst nachtheilige sachliche Fiktion angenommen werde.

Zu gleichem Ergebniß führt

b) auch die Rücksicht auf die Beschaffenheit des strittigen Verhältnisses. Dieses Verhältniß ist ein privatrechtliches, seinen Inhalt bilden sohin Rechte und Verbindlichkeiten, von welchen die ersteren frei aufgegeben, die letzteren beliebig auf sich genommen werden können. Wenn nun eine Partei einer an sie ergangenen Aufforderung nicht Folge leistet, so liegt es doch wahrlich am Nächsten anzunehmen, die ungehorsame Partei wolle entweder dem Andern ein angesprochenes Recht einräumen oder eine Verbindlichkeit anerkennen, oder erst auf sich nehmen, so daß sich die Fiktion des Verzichtes oder eine sonst dem ungehorsamen Theile nachtheilige Folge allein rechtfertigen läßt.

Eine Partei zwingen, sich ausdrücklich zu erklären, sei's in schriftlichen Eingaben oder mündlich vor dem Richter, würde einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Vermögensrecht, eine Be-

Schränkung der freien Disposition über das „Mein und Dein“ enthalten, welche allen Grundsätzen des Privatrechtes widerspricht.

Endlich

c) verlangt auch der Zweck des Civil-Prozesses keinen persönlichen Zwang, wie den der Realzitation, indem er durch Aufstellung von Fiktionen zum Nachtheil des Vermögens des Ungehorsamen auf kürzestem Wege seinem Endziel, formelle Wahrheit zu schaffen, entgegen zu steuern im Stande ist.

§. 3.

Konform mit diesen Grundsätzen stellt auch unsere Gerichts-Ordnung die Verzicht- und resp. Fiktions-Theorie zur Bestrafung des Ungehorsams der Parteien auf, die erstere in den Fällen, da es sich ausschließlich um des Ungehorsamen Vortheil handelt, die letztere in den Fällen, da auch das Interesse des Gegners dabei theilhaftig ist.

Die Fiktion des Verzichts ¹⁾ findet sich in der Präklusion der Exzeption, Replik und Duplik. (GD. Kap. 6 §. 2, §. 16 Nr. 4; Kap. 5 §. 10 Nr. 8); in der Desertion des Beweises (Kap. 9 §. 6 Nr. 1); in der Desertion der Appellation und Revision (Kap. 15 §. 6 Nr. 1).

Die Fiktion eines anderen Rechtsnachtheiles des ungehorsamen Theiles findet sich d. B. in GD. Kap. IV §. 5 Nr. 4 und §. 6; — Kap. XI §. 7 Nr. 2, Kap. XIII §. 2 Nr. 4 u. Annot. lit. c.

¹⁾ In keiner der angeführten Stellen ist von Verzicht die Rede, sondern von Präklusion *ipso facto*, *poena praecclusi*, *poena desertionis*, von erschulden der Partei oder des Anwaltes und von Entschuldigungsursachen. Verzicht-Annahme und Bestrafung passen nicht zusammen. Wie läßt sich zudem Verzicht annehmen, wenn die wirklich eingereichte Prozeßschrift wegen Verspätung präkludirt wird?

Abweichend hievon ist freilich die Strafe des mit der Klagebeantwortung ungehorsamen Beklagten bestimmt, indem sie mit Ausnahme des Falles, da die Klage auf briefliche Urkunden sich stützt, eine negative Streiteinlassung annimmt, sohin, indem sie den Kläger ad probandum zuläßt, dem Beklagten einen Rechtsnachtheil nicht aufbürdet.

GD. Kap. V §. 10 Nr. 1 bis 5.

Und doch ist auch hier immer nur eine in der Sache gelegene Folge als Wirkung des Ungehorsams aufgestellt.

Die so eben aufgezählten Ungehorsamsfolgen gelten allgemein und für jede Art des Prozesses, wie sie im Kap. 3 §. 1 der GD. aufgeführt sind, sohin also auch für das im §. 3 eod. behandelte Summariissimum und Verfahren in via commissionali, aus welchem unser Verfahren des mündlichen Verhöres entsprungen ist, und mit welchem dieses namentlich darin übereinkömmt, daß dem Richter insbesondere zur Pflicht gemacht war, den Streit durch ein mündliches Verhör oder eine Kommission in Güte zu heben, oder der Willigkeit nach zu entscheiden⁵⁾.

Hier wäre also offenbar Veranlassung gegeben gewesen, die Realzitation als Mittel der Prozeßabschneidung anzuempfehlen, — gleichwohl geschah es nicht, zum deutlichen Beweise dafür, daß man sie überhaupt nicht als Ungehorsamsstrafe der Parteien einführen wollte.

Uebereinstimmend mit der GD. führten die Novellen vom Jahre 1819 und 1837 nur sachliche Ungehorsamsstrafen ein, wie dieß insbesondere die §§. 6 und 12 der Novelle von 1819, dann die §§. 8 lit. a. §. 7 Nr. 2 u. 18, dann die §§. 20,

⁵⁾ Vgl. in diesem Punkte Comment. Bd. II S. 35 (der II. Auflage); Bl. f. R. Bd. IV S. 207 f. — S.

22, 23 und 41 der jüngsten Prozeßnovelle von 1837 entnehmen lassen.

Namentlich ist im §. 6 der Novelle von 1819 und §. 18 b. N. v. 1837 der Ungehorsam des zum ersten Verhandlungstermine vorgeladenen Beklagten bestimmt und ex professo regulirt. Es würde daher gegen alle Interpretation verstoßen, wollte man die dort nicht bedachte Folge der Realzitation, als gesetzlich gebilligt, einführen und anwenden.

Die Wichtigkeit dieser Ungehorsamsfolge einer und der innerliche Kontrast anderer Seite, in welchem dieselbe mit dem in unserer Prozeß-Gesetzgebung sonst befolgten System, den Ungehorsam am Vermögen des Ungehorsamen zu bestrafen, stehen würde, hätten den Gesetzgeber, wollte er sie überhaupt einführen oder als anwendbar erklären, nothwendig veranlassen müssen, sie ausdrücklich als eine parteiische Ungehorsamsfolge zu benennen.

Es lassen aber die Motive zu §. 8 der Prozeß-Novelle von 1837 gerade das Gegentheil entnehmen, indem daselbst ausgesprochen ist, daß die Realladung nicht wohl angehe, da im Civil-Prozesse der Ungehorsam der Parteien nur Nachtheil am Vermögen zur Folge haben dürfe, und daher nichts übrig bleibe, als die prozessuale Folge des Ungehorsams des §. 18 anzudrohen.

Motiz Realcommentar, pag. 163.

Es wurde hiernach bei der Regulirung der Ungehorsamsstrafen der Parteien wohl an die Realladung gedacht, sie wurde aber als ungehörige Folge betrachtet und deswegen ausgeschlossen. Es geschah dieß zwar nur bezüglich des Ungehorsams des Beklagten mit seiner Klagbeantwortung im Verfahren des mündlichen Verhörs; allein einmal der Grund der Verwerfung jenes Mittels und dann der Um-

stand, daß diese Verwerfung selbst für's mündliche Verhör-Verfahren ausgesprochen ist, lassen annehmen, daß die Realladung überhaupt nicht zur Ungehorsamsstrafe für Parteien und noch viel weniger für die übrigen Verfahrensarten als passend befunden werden kann.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Testamentsanfechtung wegen ungestümer Sudringlichkeit.

Ein Testament wurde angefochten, weil die Testatrix durch „importune Sollicitationen“ zur Testamentserrichtung gezwungen worden sei, da sie selbst geäußert habe „man habe sie wegen eines Testaments arg geplagt“. — Dieser Anfechtungsgrund wurde verworfen, weil aus dieser Äußerung der Testatrix, wenn solche bewiesen werden würde, ein Schluß auf die Entstehung des letzten Willens „infolge steter, anhaltender, mit Importunität verknüpfter Sollicitationen“ (im Sinne des bayer. Erb. Th. III Kap. 2 §. 7 Annot. lit. d.) in keiner Weise gerechtfertigt werden könne. Diese Äußerung sei der zunächst liegenden Deutung nach nur als eine Klage über die erlittene physische und geistige Anstrengung der Kranken durch ein seiner Natur nach unangenehmes, ängstigendes Geschäft (Testamentserrichtung) aufzufassen. Aber auch unter der Auffassung des Wortes: „plagen“ für „bitten, sollicitiren“, gehe es in keiner Weise an, bei der viel-

fach verschiedenen, oft sogar hyperbolischen Anwendung dieses Ausdruckes in der Umgangssprache, hierunter sofort (d. h. ohne weitere bestimmte Thatsachen) Importunitäten in dem bezeichneten gesetzlichen Sinne, welche ihren Mitteln und Wirkungen nach, auf gleicher Linie mit wirklichen Drohungen im psychologischen Sinne stehen müssen, zu verstehen.

DAGE. v. 16. Mai 1856. Nr. 663⁵⁵/₅₆.

q. μ.

2.

Erbeinsetzung auf eine Quantität. Nichthaftung für Legate.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wurde geäußert:

Die Klage ist mit Recht nur gegen die Brüder Karl und Friedrich N. auf Entrichtung des betreffenden Legates gerichtet; denn dieselbe stützt sich auf das Testament v. 18. August 1854, nach welchem Ludwig N., neben seinen Brüdern Karl und Friedrich, nur für die Summe von 7000 fl. zum Erben eingesetzt ist. Dieß ist eine Erbeinsetzung auf eine bestimmte Quantität, welche der Institution auf eine spezielle Sache vollkommen gleichsteht. In beiden Fällen besteht nach der bekannten in den Annot. z. bayer. MN. Th. III Kap. 3 §. 9 Nr. 7 angeführten Entscheidung Justinian's in Const. 13 de hered. instituendis (6, 24) kein Zweifel, daß ein in dieser Art eingesetzter Erbe für die Passiven und Legate der Erbschaft nicht hafte, und nicht belangt werden könne, weil er in dieser Richtung selbst einem Legatäre gleichgeachtet wird. Vgl. B a n g e r o w Veltf.

§. 449 Anmerk. 2; Mühlenbruch in der Fortsetzung v. Glöck's Comment. B. 40 S. 169—177.

DAÖÖ. v. 16. Mai 1856. Nr. 663⁵⁵/₅₆.

ρ. μ.

3.

Oberrichterliches Amt, in Bezug auf Aufrechterhaltung eines schriftlichen Testaments in der Eigenschaft eines mündlichen.

Auf eine wegen Nichtigkeit eines schriftlichen Testaments gegen den Testamentserben gestellte Klage, hatte dieser in der Vernehmung die Gültigkeit des Testaments als eines mündlichen (test. nuncupativum in scripturam redactum) nicht eingewendet, sondern nur obenhin in der Duplik von der Gültigkeit als mündliches Testament gesprochen. Die erste Instanz prüfte in keiner Weise das fragliche Testament in dieser Richtung, und die Berufung des Beklagten gab auch der 2. Instanz zur Würdigung als mündliches Testament keinen Anlaß, so daß von Seite der beiden Vorinstanzen eine Prüfung des Testaments als eines mündlichen gar nicht vorlag. — Demungeachtet trat diese Würdigung in 3. Instanz ein. Die Motive äußern hierüber: In Folge der unfassenden Revision des Beklagten bezüglich der ihm gemachten Beweisaufgabe über die Erfordernisse eines gültigen Testaments, wonach mehrere Momente bei der Auffassung als mündliches Testament eventuell wegfallen würden, war kraft des allgemeinen Grundsatzes, daß eine letztwillige Verfügung auf jede gesetzmäßige Weise möglichst aufrecht erhalten werden solle (was namentlich hier nach bayer. Vdt. Th. III Kap. 6 §. 11 gilt), auch jetzt noch oberstrichterlich zu prüfen, ob die faktischen Erfordernisse eines mündlichen Testaments wirklich eventuell vom Beklagten behauptet, sonach allenfalls von ihm zu be-

weisen seien, wobei es unerheblich ist, daß der Beklagte in der Vernehmung sich auf die Rechtsfälle bezüglich des mündlichen Testaments gar nicht berufen hat, sondern hierauf erst in der Duplik Bezug nahm.

DUKE. v. 7. Juli 1855. Nr. 1629^{52/53}

Q. M.

4.

Beweiskraft der Handelsbücher. Umfang bezüglich der verbuchten Geschäfte. Nürnberger Handels-Gerichts-Ordnung.

In einem am 24. Juni 18. . an die Handlung S. P. zu N. gerichteten Briefe offerirte Kaufmann H aus F. dieser Handlung 1000 fl. an österreichischen Banknoten, die sie am 13. desselben Monats zum Kurse von 110 fl. bei ihm bestellt, mit dem Beifügen, daß er sie, weil sie bereits am vorhergehenden Tage mündlich den Abschluß des Lieferungsgeschäftes geleugnet, und sich der Annahme der Banknoten geweigert hätte, an demselben Tage für die Valuta von 1100 fl. belastet habe. Als nun in dem beßfalls entstandenen Prozesse Kläger H. den Abschluß des Lieferungsgeschäftes durch den entsprechenden Buchs-Eintrag nachzuweisen versuchte und zu diesem Zwecke lediglich das Konto Korrent-Buch vorlegte, versagte das Gericht I. Instanz demselben die ihm sonst gesetzlich zukommende Beweiskraft, weil Kläger H., ein israelitischer Kaufmann, nur zum Manufaktur-Waaren-Handel konzessionirt sei, daher für das vorliegende lediglich dem Geldhandel angehörige Geschäft das Privilegium der kaufmännischen Handelsbücher keine Anwendung finde. Vom Obergerichte wurde zwar das Erkenntniß an sich bestätigt, in Bezug auf vorstehenden Entscheidungsgrund jedoch bemerkt:

Nach §. 13 der Nürnberger Handelsgerichts-Ordnung unterwirft sich jeder, der bei dem Handelsgerichte der Stadt Nürnberg Rechtshülfe sucht, unmittelbar dadurch den Bestimmungen dieser Gerichts-Ordnung, wenn auch einige Bestimmungen derselben von dem gemeinen Rechte abweichen sollten. Da nun in §. 33 derselben Handelsgerichts-Ordnung umständliche Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher enthalten sind, so kommen nur diese, und zwar mit Ausschluß jener des gemeinen Processes oder der bayerischen G.D. und aller durch die Theorie oder oberstgerichtliche Praxis daraus abgeleiteten Konsequenzen, im vorliegenden Falle zur Anwendung. Die Nürnberger H.G.D. fragt nun aber allerdings nicht danach, ob ein Kaufmann die Gränzen seiner Gewerbskonzession in jenen Fällen überschritten hat, welche er durch seine Handelsbücher zu beweisen versucht, denn sie wollte, (wie aus §. 33 S. 4 und 7 ersichtlich ist) die Beweisführung in Handelsfachen nicht durch negatorische, der Ehre weiten Raum eröffnende Beschränkungen nutzlos erschweren, und eben so wenig dem Handelsrichter die Funktionen eines Polizeibeamten übertragen. — Sie fragt vielmehr (§. 33 Nr. 1—3 10) lediglich danach, ob die in Betracht kommenden Handelsbücher nach kaufmännischer Art und Weise ordnungsgemäß eingerichtet und geführt sind, von der richtigen Ansicht ausgehend, daß in nichts Anderem, als in der Eigenthümlichkeit einer solchen Buchführung, verbunden mit den dem Kaufmanne an sich, und ohne Rücksicht auf das besondere Geschäft, das er betreibt, obliegenden Verpflichtungen, die Gewähr für ihre Glaubwürdigkeit und ihre Beweiskraft liege; gerade an dieser wesentlichen Vorbedingung fehlt es jedoch im vorliegenden Falle. Wie nämlich Kläger selbst nicht anders behauptet, hätten die betreffenden

Oesterreichischen Banknoten gegen den kursmäßigen Betrag sogleich in Empfang genommen werden sollen. Es handelte sich lediglich um ein Geschäft Zug um Zug, welches auf laufende Rechnung in der Regel nicht verbucht, sondern kurzweg per Cassa abgemacht zu werden pflegt. Kläger konnte daher jene Verbuchung von vorneherein unterlassen; durfte sie dann aber auch nicht mehr nachholen, nachdem die Annahme der Banknoten vom Beklagten verweigert, also erst das Geschäft ein streitiges geworden war. Die Belastung des Beklagten auf laufende Rechnung erfolgte hier nicht mehr kraft kaufmännischer, ordnungsgemäßer Buch- und Geschäftsführung, sondern um sich eigenmächtig und nachträglich durch eigene Skriptur Beweismittel über ein Rechtsverhältniß zu verschaffen, welches nicht mehr rein und klar, sondern in seinen thatsächlichen Grundlagen vom Gegentheile bestritten und angefochten war. Durch ein solches Verfahren, welches offenbar einen Mißbrauch des Privilegiums der Handelsbücher enthält, kann für das Bestehen des fraglichen Lieferungsgeschäftes nicht bewiesen werden.

Da übrigens dieses Dekrete nach Klägers Behauptung bereits am 15. Juni abgeschlossen wurde, so mußte er, wenn er dessen ordnungsmäßige Verbuchung beabsichtigte, und ordentliche kaufmännische Buchführung hielt, dieses vorgebliche Geschäft schon am 15. Juni in irgend einem zur ersten Vormerkung laufender Geschäfte bestimmten Buche, aus welchem dann der Uebertrag in das Hauptbuch zu erfolgen hatte, notirt haben. Dieß geschah jedoch nicht, wenigstens ist ein solches Buch gegen die Vorschrift des §. 33 Nr. 3 der Nürnberger HGO. nicht vorgelegt worden. Es besteht daher erheblicher Zweifel darüber, ob Klägers Buchführung überhaupt nur eine ordentliche kaufmännische zu nennen sei, und konnte deshalb um so weniger dem

vorgelegten Hauptbuche die in Anspruch genommene Beweiskraft beigelegt werden.

Erk. des Handels-Appellationsgerichts zu Nürnberg vom 28. März 1850 Nr. 26.

5.

Eidesleistung durch den Inhaber einer Handlung.

Vgl. Bd. XIII, 398.

In der aus vorstehender Mittheilung ersichtlichen Sache war durch das vorstehend allegirte Erkenntniß dem Inhaber der beklagten Handlung der Reinigungs-Eid über den Nicht-Abschluß des fraglichen Lieferungsgeschäftes aufgetragen worden. Vor der Eidesleistung ergab sich jedoch, daß drei Inhaber der beklagten Handlung vorhanden seien.¹⁾ Ungeachtet ihrer Weigerung wurden sämmtliche Inhaber zur Eidesleistung angehalten, aus folgenden Gründen:

1) Der Ausdruck „der Inhaber“ in der einfachen Zahl bezeichnet hier nicht sowohl eine einzelne bestimmte Person, in welchem Falle man den Namen derselben beizufügen nicht unterlassen haben würde, sondern einen Kollektivbegriff, der sich auch auf mehrere Personen bezieht, sofern ihnen die Eigenschaft zukömmt, welche jener Begriff voraussetzt und feststellt. Es unterliegt dieß um so weniger einem Zweifel, als schon die Firma der beklagten Handlung auf mehrere Inhaber deutet, auch schon in den Entscheidungs-Gründen des Vorerkenntnisses von „den Beklagten“ in der vielfachen Zahl die Rede ist, und aus denselben klar hervorgeht, daß nicht eine bestimmte einzelne Person, sondern über-

¹⁾ Die Prozeßvollmacht war von dem Prokuraführer Namens der Handlung ausgestellt worden.

haupt der Inhaber der Firma im Gegensatz zu dem Geschäftsführer, den die Beklagten vorzuschleichen beabsichtigten, zur Eidesleistung berufen werden wollte. Da es nun allseitig anerkannt ist, daß der Inhaber jener Firma eine Gesellschaft sei, welche aus drei Personen besteht, so muß schon in Kraft des rechtskräftigen Vorbescheides der Reinigungs Eid von jedem Gesellschafter geleistet werden.

2) Vergebens rufen die Beklagten die Bestimmungen des fr. 28 §. 3 de jurejur. (12, 1) zu ihren Gunsten an. Denn dort ist nur von solibarrisch Verpflichteten überhaupt die Rede, und zunächst der Fall unterstellt, da von mehreren Correis debendi zuerst der eine oder der andere belangt wird, und den ihn zugeschobenen oder aufgetragenen Eid geleistet hat. Hier aber handelt es sich um mehrere Correi, welche zu gleicher Zeit als Repräsentanten desselben Rechtsobjekts, der beklagten Handlung, in Anspruch genommen, und zugleich zur Eidesleistung berufen worden sind; dort hat die Einrede des geleisteten Schwures die Eigenschaft der exceptio rei judicatae, hier aber soll das Subjekt erst durch den Schwur des beklagten Theiles, d. i. sämtlicher Handlungs-Inhaber herbeigeführt werden.

3) Eben so wenig relevirt der Einwand, daß nicht alle Handlungs-Inhaber an den Geschäften Theil genommen, sondern solche den übrigen überlassen haben. Denn hierin liegt noch nicht die Behauptung, daß sie zu denselben in das Verhältniß eines praeponeus zum institor getreten seien. Außerdem aber sind die Handlungen eines Handelsgesellschafters für die übrigen keine facta aliena in dem Sinne, daß sie davon eigene gute Wissenschaft gar nicht haben könnten. Es stehen ihnen vielmehr, wenn sie die hier vorauszusetzende Sorgfalt und Fleißanwendung nicht unterlassen haben, stets so viele Mittel zur Erlangung genauer Sachkenntniß

Blätter

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Realzitation. — Einrede der Verfallskonkurrenz. — Obliegenpflicht des Klägers bezüglich der Verteidigungsbegehre des Beklagten. — Beweis des Gläubigers der Simulation. — Fassung des Beweissahes, wenn die Eigenschaft eines Jechens in Frage. Was ist weltlicher Jechent? — Inzidenzrestitution in der Berufungsinstanz. Durch Mäßer abgeschlossene Geschäfte. — Quome.

Ueber die Realzitation.

(Schluß.)

§. 4.

Mit diesem Ergebnisse scheint nun auf den ersten Anblick die Vorschrift der Gerichtsordnung Kap. V. §. 2. n. 3, daß die Realzitation dann eintrete, wenn der Geladene beständig ungehorsam sey, nicht vereinbarlich zu sein. Allerdings könnte hier nach jede Partei sowohl als jeder eines Prozesses halber vorzuladende Dritte in allen Stadien eines Prozesses realiter zitiert werden, wenn er „beständig“ ungehorsam ausbliebe; allein gerade die Allgemeinheit und Unbeschränktheit dieser Vorschrift führt nothwendig wieder zu einer Restriktion derselben. Wir haben nämlich gesehen, daß nach unserer Prozeßgesetzgebung der parteiliche Ungehorsam nur mit sachlichen Strafen bedroht ist, daß gerade dieses System der Ungehorsamsfolge zu dem Wesen des Civil-Prozesses und zu der unserem Prozesse eigenen Verhandlungs-Maxime allein paßt, ja daß sogar die Androhung einer Realladung als prozeßuale Neue Folge II. Band.

Folge des Ungehorsams einer Partei für den Fall der Klagsbeantwortung im mündlichen Verhör von unserer Gesetzgebung nicht beliebt wurde, — läßt sich darnach auch nur mit Wahrscheinlichkeit annehmen, daß dieß Alles durch jene Vorschrift beseitigt und aufgehoben werden sollte? Und doch müßte dieß angenommen werden, wenn man es der Willkühr der Partei überlasse, auf Androhung der Realoffation anzutragen. Es wäre wahrlich nicht abzu sehen, wozu genaue Spezial-Vorschriften gegen den Ungehorsam der Parteien aufgestellt worden wären, wenn man sie durch das Mittel der Realoffation wieder umgehen könnte! Im Gegentheil müssen jene Spezialfolgen des parteilichen Ungehorsams der General-Regel über Realoffation einer richtigen und verständigen Interpretation zufolge immer vorgehen und eben durch Einführung der ersteren muß diese letztere als ausgeschlossen und unanwendbar erachtet werden. Der Ungehorsam der Parteien ist aber durchgängig mit sachlichen Rechtsfolgen bedroht, so daß sich von selbst ergibt, daß für die Realoffation von Parteien ein Platz überhaupt nicht mehr vorhanden ist.

§. 5.

Gegen die Anwendung der fraglichen Vorschrift der Gerichts-Ordnung auf den parteilichen Ungehorsam spricht ferner das Prinzip der Gleichheit der Parteistellung und das der freien Stellvertretung im Zivil-Prozesse.

Wenn

a) eine Partei klagend auftritt und ihren Anspruch nicht sofort durch Vorlage von äußerlich fehlerfreien Urkunden wahrscheinlich zu machen weiß, so hat der Richter noch gar keine Veranlassung, dem Vortrag des Klägers irgend einen Glauben zu schenken, er kann ebenso leicht wahr als unwahr sein!

Wenn man trotzdem dem Kläger die Befugniß einräumen wollte, den von ihm Verklagten persönlich vorführen zu lassen, damit er sich über seinen Anspruch erkläre oder allenfalls in Güte sich mit ihm verstehe, so würde man sich damit offenbar auf Seite des Klägers gegen den Beklagten schlagen ohne daß gegen diesen das Mindeste vorläge! Hält es unsere Gesetzgebung schon für eine ungerechtfertigte Härte, den Ungehorsam des also ausbleibenden Verklagten mittelst Fiktion des Geständnisses zu strafen, stellt sie vielmehr nur die negative Einlassung als die allein angemessene Rechtsfolge hiefür auf, so würde man mit dieser weisen Mäßigung des Gesetzes offenbar in Kollision kommen, würde man die Annahme dieser negativen Streitbefestigung durch das Mittel der Realabundung umgehen und paralyssiren können.

b) In der G.D. Kap. VII. §. 3. n. 1. ist Jedem gestattet, einen Andern für sich zu bevollmächtigen, um für ihn bei Gericht zu erscheinen oder sonstige gerichtliche Handlungen vorzunehmen; im §. 9. Abs. 1. insbesondere ist beiden Theilen auch erlaubt, durch Anwälte zu erscheinen, — und doch sollte die ausbleibende Partei realiter zitiert werden können⁶⁾?

§. 6.

Im Kap. XVII. §. 1. n. 1 u. 2 der Gerichtsordnung ist zwar den Parteien gerathen, sich in Güte zu vertragen, es ist auch dem Richter die Vergleichsstiftung ans Herz gelegt; allein nirgendß

⁶⁾ Das „durch einen Anwalt erscheinen können“ dürfte die Realisation kaum bedenklich machen, so fern nicht das Können in wirkliches Erscheinen übergeht. — G.

ist gesetzlich verordnet, daß der Richter die Parteien, wenn sie nicht zum Vergleichstermine erscheinen, dazu vorführen, realiter citiren lassen dürfe. Solche gewaltsame Einschreitung ist total unvereinbarlich mit der gesetzlichen Vorschrift sub n. 3. eod., wornach es dem Richter zur Pflicht gemacht ist, mit Bescheidenheit zu Werke zu gehen, damit die Parteien sich über Zwang und Drohung nicht zu beklagen hätten, — sie ist ferner unvereinbarlich mit den Vorschriften über die Strafe des Ungehorsams des zur Klagsbeantwortung geladenen Beklagten; denn, da bekanntlich mit dieser Ladung auch zugleich die zum Sühneversuch verbunden ist und dieß dem Gesetzgeber wohl bekannt sein mußte, so hätte er offenbar, als er die Folgen des Ungehorsams des Beklagten bezüglich der Klagsbeantwortung regulirte, der Realladung namentlich Erwähnung thun müssen, wenn er sie als eine besondere Folge des Ungehorsams rücksichtlich des Sühne-Versuchs neben den Nachtheilen des Ungehorsams rücksichtlich der Klagsbeantwortung einführen wollte! Es geschah dieß aber nicht nur nicht, sondern die Realladung einer Partei ist sogar ohne Unterscheidung als eine für den Civilprozeß ungehörige Ungehorsamsstrafe verworfen worden. Wenn dagegen in den Annot. lit. c. loc. cit. dem Richter die Befugniß eingeräumt ist, die Parteien anzuhalten, bei der *ad transigendum* angeordneten Kommission zu erscheinen, so ist zu bedenken, daß den Annot. eine gesetzliche Kraft nicht inneohnt, daß sie die Realladung als Mittel, die Parteien zum Erscheinen anzuhalten, nicht benennen, ja daß sie sogar an diese gar nicht denken, weil sie sonst nicht sich auf *Moder*, sondern weit besser auf die gesetzliche Vorschrift der *G. D. c. V. §. 2. n. 3.* beziehen konnten und mußten. Daß diese Bezugnahme nicht geschehen ist, beweist schon, daß jene Vorschrift selbst nicht

einmal auf diesen Fall der Vergleichsstiftung Anwendung leiden dürfe!

Es wäre auch wahrlich nicht wohl zu begreifen, warum man den Vergleich so hoch stellen sollte, daß man sogar eine persönliche Lieferung für gerecht hielte, sohin eine viel härtere Strafe, als sonst für parteilichen Ungehorsam gesetzt und angeordnet ist! Daß man in der That den Vergleich nicht so hoch stellen wollte, bestätigt auch Neue unsere Prozeß-Novelle von 1837 in §. 49., worin der Vergleichsversuch vor der wirklichen Eidesleistung nur für den Fall angeordnet ist, wenn die Gegenpartei anwesend ist, — ein Zwang zum Erscheinen der letzteren ist darin stillschweigend verworfen. Und doch wäre gerade in diesem Prozeßstadium, wo die gegenseitigen Ansprüche weit vollständiger aufgeklärt vorliegen, als beim Beginn des Prozesses, und wo es ferner gilt, Eide zu vermeiden, ein persönliches Erscheinen des Gegners von ganz besonderem Interesse.

§. 7.

Es kann hiegegen nicht eingewendet werden, daß die oftgedachte Vorschrift des cap. V. §. 2. n. 3. durch eine solche Einschränkung gegenstandslos würde; denn einmal behält sie ihre Anwendung auf den Ungehorsam solcher Personen, welche zu dem Prozesse in keinem rechtlichen Verhältnisse stehend, zu demselben nur im parteilichen Interesse vorgeladen werden, aber beständig nicht erscheinen, wie z. B. Zeugen und Experten;

ÖD. Kap. 10. §. 8;

als dann aber auch auf den Ungehorsam der Parteien selbst, — in solchen Prozessen, deren Gegenstand aus Rücksicht der öffentlichen Ordnung der freien Disposition der Streittheile nicht vollständig anvertraut ist, wie dieß z. B. in Ehescheidungsprozessen der Fall ist.

§. 8.

Vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit endlich ist die Realabundung als Ungehorsamsstrafe der Parteien gleichfalls nicht zu befürworten. Vor Allem ist zu bemerken, daß im Civilprozeße die Anwendung einer solchen Folge, wie überhaupt die Anordnung von Rechtsnachtheilen nicht dem Ermessen des Richters überlassen werden darf; daß sie vielmehr auf Anrufen einer Partei ohne Unterschied der Verhältnisse und gegen jede Person eintreten muß. Anderen Falls wäre in einem so wichtigen Punkte der Willkür ein zu großer Spielraum eröffnet, die Unabhängigkeit der Person zu rücksichtslos dem Ermessen des Richters, der eben auch den menschlichen Leidenschaften unterworfen ist, bloßgestellt. Muß man sie also allgemein zulassen, so giebt man hinwieder die Freiheit und Ehre der Staatsangehörigen der Leidenschaft oder Böswilligkeit beliebiger Personen in die Hand, indem man ihnen die Möglichkeit beläßt, den Gegner, eines vielleicht gänzlich unbegründeten Anspruchs halber, bloß deshalb, weil er bei Gericht angebracht ist, vorführen zu lassen, wenn auch nur in der Absicht, der Leidenschaftlichkeit einen Triumph zu verschaffen! Es ist eine durchaus unbegründete Ansicht, den Kläger sich als den wahrhaft Hilfsbedürftigen, den Beklagten dagegen als den Chifaneur zu denken, es kommt vielmehr das Gegentheil ebenso häufig vor und man läuft mit der Zulassung der Realabundung eben so oft Gefahr, einem unrechtmäßig Beklagten die Schande der Vorführung zu bereiten, als umgekehrt dadurch dem wahrhaft Hilfsbedürftigen sein wirklicher Schuldner gegenüber gestellt werden wird! Man kann auch nicht einwenden, daß die geladene Partei eben ihres Ungehorsams wegen die Vorladung verschuldet habe; denn der Ungehorsam ist nur eine Nichtbeachtung

der der geladenen Partei vom Richter eröffneten Audienz, keineswegs aber eine Nichtbeachtung eines obrigkeitlichen Befehls und einer Verhöhnung des obrigkeitlichen Ansehens, da der Richter im Civilprozeß den Parteien gegenüber nicht von Amtswegen und im öffentlichen Interesse, sondern nur im Interesse der anrufenden Partei handelt, sohin das richterliche Amt gegen das Parteiverhältniß total zurücktritt. Objectiv aufgefaßt liegt in dem Ungehorsam einer Partei nur eine Verletzung dieses Verhältnisses — und dieser im Wesen des Civilprozeßes begründete Gesichtspunkt kann auch durch eine andere Anschauung einer einzelnen Partei nicht im Mindesten verrückt werden! In der Regel wird übrigens der Spott des chikanirenden Beklagten nicht den Richter, an den man hiebei gar nicht denkt, sondern die implorirende Partei, den drängenden Gläubiger allein treffen. Auch der praktische Erfolg einer wirklichen Lieferung rechtfertiget diese als ein prozessuales Ungehorsamsmittel nicht im Mindesten. Die Partei nämlich, welche einer mehrmaligen Ladung keine Folge leistet, glaubt entweder dem Kläger nicht zu schulden, oder schuldet ihm in Wirklichkeit nichts oder will nicht bezahlen, was sie wirklich schuldet. In den beiden ersten Fällen ist ein Vergleich überhaupt nicht zu erzielen, im letzten Falle beweiset eben die hartnäckige Obstinanz, daß ein Vergleich so wenig eingegangen als ein Auerkenntniß gemacht werden will. Reizt man trotzdem durch persönliche Vorführung den unrecht Beklagten oder den hartnäckig ausbleibenden Schuldner, so begeht man im ersten Fall ein Unrecht, ohne jemals einen günstigen Erfolg erzielen zu können, im letzterem Fall macht man den Schuldner nur noch hartnäckiger und erboster, und veranlaßt ihn zuletzt gar, durch allerlei Einwendungen die Sachlage noch verwickelter zu machen, als sie an sich geblieben wäre,

und während in seiner Abwesenheit Kläger sich nur zum Beweise seines Klagesubstantiells zu rüsten brauchte, hat er jetzt auch noch den Eingelenken des Gegners zu begegnen, die nur die Leidenschaft oder Eifersucht ausgeheckt hat. Endlich darf nicht unbeachtet bleiben, daß man bei solchen Vorführungen nicht in der zartesten Form zu verfahren pflegt, und daß eben deshalb und zumal bei der Gereiztheit des Vorzulassenden allzuviel Anlaß zu Widerseßlichkeiten gegeben wird, welche wegen einer Bagatellsache oft brave Familien ins Unglück zu stürzen geeignet sein können!

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Einrede der Beischlafskonkurrenz.

Preuß. Recht.

Bgl. Bb. II S. 277 f.

In einer Rechtsache handelte es sich

1) von der Frage: ob auch die Konkurrenz mit andern Mannspersonen, welche vor dem ersten dem Beklagten gestatteten Beischlase stattgefunden, als ein den persönlichen Entschädigungsanspruch der Klägerin zerstörendes Moment anzusehen sei? Die oberstrichterlichen Motive sagen:

Das preuß. LN., welches abweichend vom gemeinen Recht, den persönlichen Entschädigungsanspruch der außerehelich beschlafenen Weibsperson von der Thatsache der Schwängerung abhängig macht (§. 1044 Th. II Tit. I), spricht dieselbe nur bescholtenen Weibspersonen ab. Was jedoch unter Bescholtenheit zu verstehen sei, ergibt sich aus der Stellung des §. 1044 a. a. O. („Wer aber eine unbescholtene lebige Weibsperson ... schwängert ...“).

zu den vorhergehenden §§. 1041 — 1043, welche jene Personen bezeichnen, die sich mit der gewöhnlichen Entschädigung für Kosten u. s. w. begnügen müssen. Unter den dort aufgeführten Merkmalen der Bescholtenheit ist der frühere geschlechtliche Umgang der Geschwängerten mit andern Personen allein, wenn er weder mit der Folge der Schwängerung (§. 1041) noch mit jener, daß die Weibsperson wegen vielfachen geschlechtlichen Umgangs „berüchtigt“ im Publikum wurde (§. 1043, 2. Satz), verknüpft ist, nicht aufgenommen. Von keiner der beiden Folgen des vorher Andern gestatteten Beischlafs ist im gegenwärtigen Falle die Rede, und es bedarf schließlich keiner Ausführung, daß der in §§. 1113 und 1114 bei den Beweisvermuthungen aufgeführte „Verdacht einer schlechten Aufführung“ einer Weibsperson, die eines vorhin mit Andern gepflogenen Beischlafs überführt ist, nicht identifizirt werden könne mit dem in §. 1043 a. E. angeführten Berüchtigtsein wegen unzüchtigen Lebenswandels. Aus diesen Gründen wurde obige Frage verneint, woran sich noch im Hinblick auf §. 1089 a. a. O. die Entscheidung knüpft, daß, so wie Beischlafsgestattungen an den Beklagten vor dem gesetzlich längsten Zeitraume von der erfolgten Niederkunft zurückgerechnet für die Begründung der Klage als unerheblich erscheinen, so auch der Beklagte aus einem der gesetzlichen Konkubenzperiode vorhergehenden geschlechtlichen Umgange der Klägerin mit Andern keinen Einwand ableiten könne. — In derselben Sache war

2) darüber zu entscheiden, ob ein nach der kritischen Periode, bezw. nach Mittheilung der Klage gepflogener Beischlaf mit einer andern Mannsperson die Entschädigungsforderung zerstöre. Hierüber wurde in den oberstrichterlichen Motiven geäußert:

Die §§. 1091 und 1092 des pr. R. a. a. O., welche gleich anwendbar sind auf Fälle, in welchen ein Eheversprechen stattgefunden hat oder nicht ¹⁾, beruhen auf demselben gesetzgeberischen Motive. Es wird die unbescholtene Weibsperson der ihr wegen der Schwängerung gebührenden Entschädigung verlustig, wenn sie nach dem geschlechtlichen Umgange mit dem Beklagten auch mit Andern sich außerehelich vergeht oder eine Ehe eingeht. In beiden Fällen werden durch die Klägerin Thatfachen hervorgerufen, welche unverträglich sind mit der Verfolgung eines Anspruches gegen den Beklagten, welcher darauf gerichtet ist, daß er sie für die durch seine Handlung entzogene Hoffnung auf eheliche Versorgung entschädige. Indem nun das Gesetz im §. 1092 die Nichteingehung einer Ehe von Seite der Klägerin für die Verfolgung ihrer Ansprüche auf Ausstattung nur bis zur Zeit der Klagestellung als Bedingung aufstellt, so daß eine nach erhobener (eigentlich mitgetheilte) Klage von ihr eingegangene Ehe ihr Klagerecht nicht mehr aufhebt, hat es auch im Allgemeinen den Grundsatz ausgesprochen, daß nur bis zur Klagemittheilung, also nur so lange, als der Beklagte freiwillig seiner gesetzlichen Verbindlichkeit durch Ehelichung oder Abfindung genügeleistet kann, das Benehmen der Klägerin in geschlechtlicher Beziehung in keinen thatsächlichen Widerspruch mit ihrem gesetzlichen Anspruch auf Ausstattung oder Abfindung treten dürfe. Hat die Klägerin bis dahin die Bedingung der Verfolgbarkeit ihrer Abfindungsansprüche erfüllt, so ist

¹⁾ „Weil das im §. 1091 gebrauchte Wort Ausstattung gleichbedeutend ist mit dem anderwärts gebrauchten Ausdrucke Abfindung, Entschädigung“ —
 Bgl. Bl. f. R. u. W. Bd. II S. 349.

ihr erwachsenen Recht nicht weiter mehr von der Erfüllung jener Bedingungen abhängig.
 OLG. v. 25. Aug. 1856. Nr. 551 ⁵⁶/₅₆.

2.

Editionspflicht des Klägers, bezüglich der Verteidigungs-
 behelfe des Beklagten.

In der aus Bd. XXI. S. 412 f. und Bd. XX. S. 92 des Erg. Bl. ersichtlichen Rechtsache hatte eventuell die verklagte Pfarrpfürnde St. zu beweisen: daß die klagenden Stiftungen zu den Kirchen- und Pfarrhof-Bauten in St. bisher (observanzmäßig) beigetragen haben,

Zur Führung dieses Beweises verlangte die Verklagte von den klagenden Stiftungen die Edition von gewissen Rathsschlüssen und Quittungen, sich hiebei auf die Vorschrift der G.D. Kap. XI. S. 6 Nr. 1 über die Editionspflicht des Klägers stützend. Von Seite der Klägerinnen wurde hiegegen geltend gemacht, es sei der in erwähneter Stelle vorgesehene Ausnahmefall:

wenn die dadurch zu beweisende Exzeption auch klagweise vorgebracht werden könnte, und mehr eine Konvention, als Kompensation in sich hielte . . .

hier gegeben. Die Entscheidung fiel dahin aus, der Ausnahmefall liege nicht vor, da von der Beklagten eine Widerklage ¹⁾ nicht bloß nicht gestellt worden

1) Hiemit hat sich das OLG. gegen Stürzer's Auffassung der angeführten Gesetzesstelle erklärt. Vergl. Komment. u. d. G.D. Bd. III. S. 163 (Auff. II. S. 202.)

ist, sondern auch auf das zum Beweise ausgesetzte Vorbringen derselben:

daß die klagenden Stiftungen zu den Kirchen- und Pfarrhofbauten in St. bisher observanzmäßig beigetragen haben —

eine Konvention, ein Gegenanspruch gegen die Klägerinnen überhaupt nicht gegründet werden konnte, indem gedachtes Vorbringen bloß zur Widerlegung des Klaggrundes:

daß der Zehent der klagenden Stiftungen mit der Konkurrenzpflicht nicht belastet sei —

bienen soll.“ „Darauf (heißt es in den Motiven weiter), ob sich die Pfarrpfünde, wenn ihr der Beweis der fraglichen Einrede gelingen sollte, bei künftigen Vorfällen auf die Rechtskraft des in gegenwärtiger Streitsache zu erlassenden Erkenntnisses zur Begründung eines Anspruchs gegen die klagenden Stiftungen wird berufen können, hat es hier nicht anzukommen, weil, wenn dieß auch der Fall ist, hieraus nicht gefolgert werden kann, daß diese Einrede als Widerklage zu betrachten sei, oder die Natur einer solchen habe.“

DAG. v. 24. April 1855. Nr. 841⁵⁴/₅₅.

3.

Beweis des Einwandes der Simulation.

In oberstrichterlichen Entscheidungsgründen kommt hierüber vor:

Die Einrede der Simulation, welche in vorwüßiger Sache obmovirt und zum Beweise ausgesetzt wurde, ist im Grunde keine wahre Einrede, sondern ein Ableugnen des Klaggrundes, da zu solchem jedes wesentliche Erforderniß des klagbar gemachten Rechtsgeschäftes, mithin auch der ernstliche Wille der Kontrahenten gehört, daß das fragliche Rechtsverhältniß so, wie es gestenbgemacht wurde, ins

Leben treten solle ¹⁾). Es kann jedoch dem Kläger nicht zugemuthet werden, nicht nur den Abschluß des Rechtsgeschäftes nach seiner äußeren Erscheinung, sondern auch die Ernstlichkeit des von den Betheiligten manifestirten Willens im Falle eines Widerspruchs darzuthun, vielmehr muß präsumirt werden, daß dasjenige, was vor Zeugen oder urkundlich deklarirt wurde, auch die ernstliche Willensmeinung der Betheiligten gewesen sei. Ohne diese Präsumtion würde der Klagbeweis höchst schwierig und oft unmöglich sein, weil die dem Kläger zu Gebote stehenden Zeugen und Urkunden nur den Abschluß des Rechtsgeschäftes nach seiner äußeren Erscheinung, nicht den nicht hervortretenden wahren Willen der Betheiligten in der Regel darthun können, ein simulirtes Rechtsgeschäft aber nach seiner äußeren Erscheinung, der Tendenz der simulirenden Betheiligten gemäß, Dritte über ihre wahre Willensmeinung zu täuschen, von einem ernstlich gemeinten nicht zu unterscheiden sein soll. Deshalb wird in der Praxis, abweichend von streng theoretischen Ansichten, die Einrede der Simulation in der Regel als wahre Einrede behandelt und der desfallige Beweis als Einredeweis auferlegt, wie im vorliegenden Falle geschehen ist.

In einem solchen Falle muß er aber auch diesen Charakter behaupten und sich auf solchen beschränken, darf nicht in direkten Gegenbeweis, oder in Anfechtung der Beweismittel für den Klagegrund ausarten, nicht zugleich in dieser Eigenschaft und als Beweis einer Einrede benützt werden. Denn eine Einrede und deren Beweis soll etwas ganz selbstständiges, den Klagegrund zwar rechtlich unwirksam machendes, jedoch nicht in einer Negation desselben und Schwächung seiner Beweismittel be-

¹⁾ Bezugnahme auf Wurst über die Beweislast S. 65.

stehendes sein. Es muß deshalb überall da, wo die Einrede der Simulation zum Beweise eventuell ausgelegt ist, die klägerische Beweispflicht als erfüllt betrachtet werden, wenn das Entstehen des der Klage zu Grunde gelegten und zum Beweise ausgelegten Rechtsgeschäftes nach seiner äußeren Erscheinung dargethan ist; der Klage- und der Simulationseinrede-Beweis müssen besonders und getrennt geprüft und beurtheilt werden, und bezüglich des ersten darf nichts in Anschlag kommen, was über jene äußere Erscheinung hinausgeht, und darauf gerichtet ist, daß dieser ungeachtet der Wille der Betheiligten ein anderer, als der hervorgetretene gewesen sei; vielmehr kann dieß nur bei Prüfung des Simulationseinrede-Beweises in Anschlag gebracht werden. — (Im gegebenen Falle war von einer Vorinstanz, in Berücksichtigung des für den Beweis der Simulationseinrede Beigebrachten, über den Beweis des Klagegrundes auf den Reiznigungsseid erkannt worden.)

DABE. vom 15. Juli 1856. Nr. 728^{55/56}.

Wgl. indessen Komment. d. d. O. D. Aufl. II Bd. III S. 79 Note 2 S. 199 — S.

4.

Fassung des Beweisfahes, wenn die Eigenschaft eines Beheuts in Frage. Was ist weltlicher Behent?

In der aus S. 75 f. ersichtlichen Rechtssache beantragte die Beklagte, die Merkmale des Begriffs „*Paien-zehent*“ im dispositiven Theile des Erkenntnisses näher zu bezeichnen. Hierüber äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Zu einer Modifikation des Beweisfahes war kein Anlaß gegeben, da auch nach der erstrichterlichen Fassung der Beweisaufgabe:

daß das den Klägerinnen in der Pfarrflur G. zustehende Behentrecht ein weltliches (*Paien-zehent*) sei —

kein Zweifel darüber obwalten kann, daß den Klägern der Beweis obliege, entweder daß der in Frage stehende Zehent weltlichen Ursprungs sei, oder daß derselbe die ursprünglich kirchliche Eigenschaft in der Folge verloren habe. Die Entscheidung darüber, ob, wenn der Beweis der letzteren Alternative versucht werden sollte, durch die erprobten Thatfachen der Nachweis einer deductio in statum saecularem geliefert sei, muß dem bereinstimmigen Endurtheile vorbehalten bleiben, und es genügt hier zu bemerken, daß ursprünglich kirchliche Zehnten durch die Thatfache allein, daß sie von der Kirche abgetrennt werden und in Laienhände kommen, die durch ihren Ursprung begründete Eigenschaft kirchlicher Zehnten noch nicht verlieren und eben so wenig von der ihnen anliegenden kirchlichen Baulast befreit werden, und daß eine solche Befreiung — eine deductio in statum saecularem — nur durch besondere Umstände, unter welchen ursprünglich Zehnten von Laien erworben oder besessen werden, begründet werden könne ¹⁾).

DABG. v. 4. Nov. 1853. Nr. 798^{51/52}.

5.

Inzidentrestitution in der Berufungsinstanz.

Bgl. Bb. XIX S. 111, 395; Bb. XX S. 48, 208.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe äußern hierüber:

Wenn sich die neuen Rechtsbehelfe, welche im Wege der Restitution eingeführt und geltend gemacht werden sollen, während der Instanz des gegen das vorausgegangene Erkenntniß ergriffenen Rechtsmittels (Appellation) ergeben, so gestattet die O.D.

¹⁾ Bgl. Reittmayr zum bayer. RM. Th. I Kap. 10 §§. 6, 7.

Kap. XV §. 5 Nr. 8 und §. 7 Nr. 9 die Inzidentrestitution, indem nach diesen Bestimmungen die neuen Behelfe nicht bei dem Richter I. Instanz, sondern in der Berufungsinstanz bei dem höhern Richter geltend zu machen sind, an welchen die Sache im Wege der Berufung gegen ein nach der bisherigen Sachlage gesprochenes Urtheil gelangt ist, daher auch die Restitution bei dem höhern Richter (incidenter) gesucht werden muß. Gerade durch den Umstand, daß diese Nachsuchung der Restitution bei dem höhern Richter gestattet ist und geschieht, und daß damit die Abänderung eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils bezweckt werden soll, unterscheidet sich diese Art der Inzidentrestitution von der Restitution gegen bereits rechtskräftig gewordene Sentenzen, gegen welche das Restitutionsgesuch nach O. Kap. XVI §. 1 Nr. 4 bei dem Richter I. Instanz anzubringen ist.

DAGE. v. 11. April 1856. Nr. 1341⁵⁴/₅₅.

6.

Durch Mäkler abgeschlossene Geschäfte.

Preuß. RN. Th. II. Tit. 8. §. 1359.

Zur Gültigkeit eines durch einen Mäkler abgeschlossenen Geschäfts genügt es nicht, wenn der Mäkler dasselbe nur in Gegenwart des einen Kontrahenten in sein Taschenbuch eingetragen und diesen Vormerk demnächst dem andern Theile bloß mitgetheilt oder auch vorgelesen hat.

Erk. d. Obertribunals zu Berlin v. 7. Nov. 1854. Entsch. d. O. Bb. 29 S. 159.

Gnome.

Der Richter forscht: was ist der wahre Sachverhalt?
Nach dem Befunde übt er seines Amtes Gewalt.

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

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Restitution der *pacti causae* gegen Urtheile. Lauf der Frist vom Tage der Einsicht über die Verletzung, wenn diese erst durch das letztgerichtliche Definitivurtheil erlangt wurde. — Grundstücksbeschädigung durch Absicherung von Kanalschächten. — Unter Curatel gestellte gerichtlich erklärte Verschwenker sind in Rücksicht auf Restitution gegen Prozeßunterlassungen nach der bayer. O.D. den Minderjährigen nicht gleichgestellt. — Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage gegen vollzogene Substitutionen von Immobilien. — Einspruchsstand, vom Cessionar eingeklagt. Finsen *ultra aetatem tantum*. — Ehesformel, wenn es sich von Bedingtheit oder Unbedingtheit eines Geschäftes handelt. — Forderungen an eine Ehefrau, welche ein eigenes Gewerbe treibt. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Restitution der *pacti causae* gegen Urtheile. Lauf der Frist vom Tage der Einsicht über die Verletzung, wenn diese erst durch das letztgerichtliche Definitivurtheil erlangt wurde¹⁾.

Eine Kirchengemeinde in Oberschwaben klagte gegen eine milde Stiftung, welche sich seit dem Jahre 1383 im Besitze des Zehent's auf der Flur der Kirchengemeinde befunden hat, auf Leistung der Baupflicht wegen einer nothwendigen Erweiterung der Kirche.

Die beklagte Spitalstiftung behauptend, den Zehent aus Laienhänden erworben zu haben und auch während der langen Zeit ihres Besizes noch nie zu Erfüllung der Baupflicht aufgefordert worden zu sein, widersprach die Kirchlichkeit des Zehent's, und der Klägerin wurde deshalb der Beweis der Kirchlichkeit des Zehent's durch oberstrichterliches Urtheil auferlegt.

¹⁾ Vgl. Komm. ü. d. O.D. Kap. XVI §. 1 Note 44.
Neue Folge II. Band.

Im Laufe des Beweisverfahrens lieferte die Klägerin ihren Beweis durch Vorlage einer Incorporationsurkunde, während die Stiftung darüber Gegenbeweis führte, daß

1) die Kirche schon im 16., 17. und 18. Jahrhundert Bauten geführt habe,

2) daß die Renten zur Zeit der Bauten unzureichend gewesen seien,

3) daß verklagte Spital aber nie gebaut habe.

Nach durchgeführtem Beweise wurde das Spital auf den Grund der erwiesenen Kirchlichkeit des Belehnten zur Leistung der Baupflicht in drei Instanzen verurtheilt und dabei in den Gründen zu dem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 20. April ins. 19. Mai 1854 bemerkt:

es sei zwar als erwiesen anzunehmen, daß die Kirche in den vorlgen Jahrhunderten Bauten geführt und die milde Stiftung dazu Geld dargeliehen, nie aber selbst die Kosten bestritten habe; es könne jedoch auf die hieraus etwa zu entnehmende Einrede der Klagenerscheidung darum keine Rücksicht genommen werden, weil die Einrede nicht vorgebracht und deshalb auch nicht zum Beweise ausgelegt worden sei.

Am 16. Oktober 1854 reichte die Stiftung, weil ihr Vertreter die Einrede der Klagenverjährung früher vorzubringen versäumt habe, ein Restitutionsgesuch ein. Nach gepflogener Instruktion ertheilte die erste Instanz die Restitution und entband die Stiftung von der Klage. Auf Berufung der Klägerin hat die 2. Instanz das Restitutionsgesuch als versäumt verworfen, weil dasselbe nach Cod. jud. cap. 16 §. 1 Nr. 6 schon nach dem Beweisinterlokute, nicht erst nach dem Endurtheile hätte angebracht werden sollen. Auf Berufung der Stiftung beließ es der oberste Gerichtshof bei dem Erkennt-

nisse: erster Instanz. In den Gründen wurde rücksichtlich der Restitutionsfrist folgendes angeführt:

Die Bestimmung des Cod. Jud. cap. 16 §. 1 Nr. 6 darf nicht in dem Sinne der Vorinstanz ausgelegt werden. Das Gesetz wollte offenbar die *causa pia* vor den Folgen der Nachlässigkeit ihres Vertreters schützen und hat deshalb der Anstalt gestattet, innerhalb vier Monaten nach jenem Urtheile, durch welches sie auf die Nachlässigkeit ihres Vertreters aufmerksam gemacht worden ist, Restitution nachzusuchen. Das Gesetz läßt nämlich für das Restitutionsfatale zwei Anfangspunkte zu. Entweder den Tag der Urtheilsverkündung oder jenen, an dem sich die Läsion nach der Hand äußert. Der erstere Tag ist bei versäumten Einreden allerdings in der Regel der Tag der Verkündung des Beweisinterlokutes, da es an demselben zu Tag zu kommen pflegt, daß die Einrede nicht beachtet werden konnte, weil sie nicht vorgeschützt worden war; der Gesetzgeber hat sich aber den Fall gedacht, daß bei dem Interlokute das Versäumniß noch nicht klar geworden sein könne, daß der Vertreter, welcher zur rechten Zeit an die Einrede nicht gedacht, auch durch das Interlokut noch nicht darauf geführt worden sei, und er hat deshalb gestattet, die Restitution auch erst von dem Zeitpunkte an nachzusuchen, wo sich der Schaden geäußert hat, und sollte dieses auch erst im Endurtheile erkennbar geworden sein. Die Worte des Gesetzes so wenig als die Anmerkungen Kreittmayr's sprechen gegen diese Auslegung, vielmehr liegt der ganzen Bestimmung die Absicht zu Grunde, die *pia causa* möglichst vor den Folgen eines Uebersehens ihrer Vertreter zu schützen. Dieser Schutz gegen die Nachlässigkeit oder Vergeßlichkeit würde aber vereitelt, wenn die Restitution schon zu einer Zeit nachgesucht werden müßte, wo dem Vertreter sein Versäumniß noch nicht durch die Ak-

ten vor Augen geführt worden ist. Wird erwogen, daß nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes den Minderjährigen eine Frist von vier Jahren gegönnt war, die Gerichtsordnung aber diese Frist um das zwölffache verkürzt hatte, so erfordert es die bei der Restitution Norm gebende Billigkeit, daß das Gesetz im Zweifel nach Billigkeit ausgelegt werde.

In dem vorliegenden Falle hielt sich die Stiftung durch den eingelegten Widerspruch der Kirchlichkeit des Zehentß und die nicht widersprochene Thatsache geschützt, daß sie seit der im Jahre 1383 erfolgten Erwerbung des Zehentß aus Laienhänden niemals gebaut habe und beruhigte sich daher bei dem günstigen Ausspruche, daß die Kirche erst die Kirchlichkeit des Zehent zu beweisen habe. Im Verlaufe des Beweisverfahrens zeigte das Spital nicht nur, daß die Kirche gebaut, sondern auch daß dieselbe kein hinreichendes Vermögen gehabt habe. Es wurde ihm jedoch in den Gründen des die verurtheilenden Erkenntnisse der Vorinstanzen bestätigenden oberstrichterlichen Urtheils eröffnet, daß dieser darin liegende Einwand der Erlöschung des Rechts durch Klagenverjährung nicht beachtet werden könne, weil die Einrede nicht vorgebracht und deshalb auch nicht zum Beweise aufgestellt worden sei. Dadurch erst hat sich das Versäumniß und der durch sie veranlaßte Schaden kund gegeben und darum konnte auch erst von da an, aus den angegebenen Gründen, das Restitutionsfatale laufen, welches von dem Spital auch eingehalten worden ist.

DAC. v. 22. Nov. 1856. Nr. 1358^{55/56}.
 rt.

Rechtskraft zu Unrechts Gunst verursacht bitterm Schmerz.
 Dem Richter, welchem Gott verlieh ein warmes Herz.
 Er wird mit Freudigkeit ein neues Urtheil sprechen,
 Wenn guter Grund sich zeigt, des alten Kraft zu brechen.

2.

Grundstücksbeschädigung durch Abföderung von Kanalwasser.

Eine Entschädigung solchen Betreffs, gegen den kgl. Fiskus als Rechtsnachfolger der Ludwigs-Kanal-Aktiengesellschaft erhoben, wurde für begründet erachtet. Aus den Motiven entnehmen wir was folgt:

1) Der kgl. Fiskus stellt in Abrede, daß eine rechtswidrige Beschädigung im konkreten Falle vorliege, weil die Aktiengesellschaft, deren Rechte aktiv wie passiv auf den Staat übergingen, durch Erbauung des Kanals auf den ihr eigenthümlichen Grundflächen nur das ihr zustehende freie Eigenthums- und Dispositionsrecht ausgeübt, eben deswegen aber keine zur Schadensvergütung verpflichtende Handlung vorgenommen habe.

Diese Argumentation ist nicht richtig, weil der Fiskus nicht innerhalb der Gränzen seiner Eigenthumssphäre sich hielt, vielmehr seine Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, gerade sich daraus ableitet, daß er in eine fremde Eigenthumssphäre ungebührlich übergegriffen hat. Aus fr. 8 §. 5, 6, 7 de servitut. (8, 1) leitet sich die praktische Folge ab, daß zwar jeder auf seinem Eigenthume vornehmen darf, was er will, so lange er nicht ihm gehörige Eigenthumstheile dem Adjazenten, ohne spezielle Berechtigung immittirt,

Spangenberg im Archiv für civil. Praxis, Bb. IX p. 268,

es leitet sich aber daraus nicht die Folge her, daß das Eigenthumsrecht ein Titel sei, jede mögliche Beschädigung dem Nachbarn ohne Vergütung zuzufügen.

Der k. Fiskus mochte auf seinem Grund und Boden den Kanal bauen, er ist aber nicht befugt,

daß Wasser, welches den Kanal speiset, den nachbarlichen Grundstücken zu immittiren, es mag diese Immission eine absichtliche, oder in Folge der Art, wie der Kanal gebaut ward, aus der Ausführung sich ableitende Thatsache sein. Eine accidentelle Folge ist die Absickerung von Wasser nicht, sie ist eine sich wiederholende, eine ständig fortbauernde Erscheinung. Zu einer solchen Beschädigung ist der Staat ohne zur Entschädigung verpflichtet zu werden, nicht befugt.

Seuffert Pand. §. 123 Note 6. Sagemann Erört. VIII p. 74.

Das Gesetz vom 1. Juli 1834 sanctionirte zwar jene Erbauung, enthält aber keine positive Bestimmung, daß aus dem Vollzug jener Bauten sich ergebende Beschädigungen nicht vertreten werden müssen. Die Abjacenten des Kanals sind nicht servitutspflichtige Nachbarn, die die Folgen der Wasserleitung, wenn sie dadurch Nachtheile haben, unter ungeschmälerter Aufrechthaltung ihrer Verpflichtung zur Entrichtung ihrer Grundsteuer, unbedingt sich gefallen lassen müssen (bayer. M. II, 8 §. 12); sie haben vielmehr den Schutz der Gesetze in ihrer Eigenthumssphäre in gleichem Maaße zu beanspruchen, wie der Staat auf seinem Eigenthumsgebiete.

2) Wenn der k. Fiskus besonders hervorhebt, daß ihm bei Ausführung des Kanals keine culpa zur Last liege, da die gesammte Ausführung eine vollständig regelmäßige, den Grundsätzen der Technik, der Wissenschaft und Hydraulik entsprechende gewesen sei, so mag dem k. Fiskus hierin in letzterer Hinsicht Recht gegeben werden. Daraus aber, daß die Ausführung zur Erreichung der Zwecke vollkommen entsprechend war, folgt nicht, daß die Wahl der Mittel zur Erreichung des Zweckes keine culpa gewesen sei. Daß dieses der Fall gewesen ist, zeigt der Erfolg. Die Benützbarkeit des Ka-

naß identifizirt sich nicht mit einer Nichtvertretbarkeit der dadurch den Nachbarn erwachsenden Beschädigungen. Bezüglich dieser Kulposität bedarf es keiner Beweisführung, weil ihr Vorliegen aus den gegebenen Thatfachen bereits konstatirt ist. Daß was bereits erwiesen vorliegt, bedarf keines Beweises. Es war bei Erbauung der hier fraglichen Wasserstraße von selbst geboten, sie so zu bauen, daß dadurch das Eigenthum der Adjazenten in der Substanz intakt blieb, weil auf deren Alterirung dem f. Fiskus kein Rechtstitel zustand oder zusteht. Techniker und Nichttechniker mußten in gleichem Maße einsehen, daß, wenn den Wandungen des Kanals nicht eine solche Konsistenz gegeben ward, daß eine stäte Auschwüfung und Absäuerung des Kanialwassers, und dadurch die stäte Versumpfung der anliegenden Feldstücke vermieden wurde, diese letzteren in ungebührlicher Weise beschädigt werden würden. Die Unterlassung, die Bauführung in dieser Weise zu bethätigen, war demnach eine Kulpose.

3) Die fiskalische Aufstellung, daß wegen letzterer Rücksicht der Kläger zur faktischen Begründung der aquilischen Klage erst erweisen müsse, daß durch Schutzbauten die eingetretenen Nachtheile hätten vermieden werden können, indem sich hieraus erst ergebe, daß eine die Entschädigungspflicht erzeugende Culpa wirklich gegeben sei, ist eine durchaus irrige.

Für den Kläger bildet die ohne Rechtsgrund eingetretene Beschädigung die faktische und rechtliche Veranlassung, mit Recht Entschädigung zu fordern. Daß Klagerecht kann nicht davon abhängen, daß Kläger auch noch, wie der Fiskus verlangt, nachweise, die Beschädigung hätte durch Schutzbauten vermieden werden können. Daß dieses, wenn auch mit Aufwand bedeutender Kosten, möglich gewesen

wäre, kann nicht fraglich sein, da an der ganzen Länge, welche der gesammte Kanal inne hat, gar viele Grundstücke liegen, welche nicht in gleicher Weise benachtheiligt sind, wie die des Klägers, ohngeachtet der künstlichen streckenweisen Höherlegung des Kanals über das Niveau der Grundstücke. Hat man bei der Erbauung des Kanals für angemessen erachtet, zur Bildung der Dammböschungen und Ufer mit geringeren Kosten die zunächst befindlichen Erbschichten zu verwenden, obwohl ihre durchgängig sandige Beschaffenheit in keiner Weise eine Gewähr gab, daß sie wasserhaltig seien, so folgt daraus von selbst, daß wenn mit Aufwendung weiterer Kosten zur Bildung der Ufer ein tauglicheres Material verwendet worden wäre, das Eigenthum des Klägers ebenso wenig durch Auschwüßungen des Kanals zu leiden gehabt hätte, als dieß bei anderen Grundstücken anderer mannigfachen Abjacenten wirklich der Fall ist.

DAÖG. v. 21. Okt. 1856. Nr. 1210⁵⁵/₅₆.

3.

Unter Kuratel gestellte, gerichtlich erklärte Verschwender sind in Absicht auf Restitution gegen Prozeß-Unterlassungen nach der bayer. O.D. den Minderjährigen nicht gleichgestellt.

Hierüber sagt ein oberstrichterliches Erkenntniß v. 19. Nov. 1855 R.Nr. 859⁵⁴/₅₅.

Der Text des Gesetzes Kap. 16 §. 1 Nr. 2 dritter Satz, Nr. 6 und die Anmerk. litt. c und g enthalten für die Gleichstellung der Prodigii mit Minderjährigen keinerlei Anhaltspunkt und es fehlen für diese Annahme auch alle gesetzgeberischen Motive, weil der Zustand der Minderjährigkeit ein natürlicher, ein unverschuldeter ist, weshalb die Gesetze demselben eine ganz ausnahmsweise Begünstigung und zwar soweit zuwenden, daß sie

auch gegen nachtheilige Handlungen des Vormundes Restitution gewährten; wogegen Verschwendung ein verschuldeter Zustand ist, welchem die Gesetze durch öffentliche Deklaration und Kuratelbestellung im Interesse des Schuldigen und des Publikums lediglich steuern wollen, wobei sie dem Prodigus wegen Handlungen vor der gerichtlichen Deklaration die Restitution geradezu versagen.

Vgl. Annot. z. B. R. Thl. I Kap. 7 §. 37 Nr. 6 und Glück Komm. Bd 33 S. 184 Note 30.

So kennt denn auch das gemeine Civilrecht bei der Restitution gegen Extrajudizialakte ein Restitutionsprivilegium des durch gerichtlich bestellten Kurator vertretenen Prodigus wegen nachtheiliger Handlungen des Kurators nicht.

Vgl. Glück Bd. 6 §. 465; Savigny S. d. h. R. R. Bd. 7 S. 160—61.

Hätte der Gesetzgeber physische Personen, deren Kuratel möglicherweise bei ihren Lebzeiten nicht endiget, bei der Restitution im Auge gehabt, so hätte er in G. D. Kap. 16 §. 1 Nr. 6 sagen müssen, daß bei dieser jene Bestimmungen über den Lauf des 4 monatlichen Termines bei Prozeßvernachlässigungen, welche dort für moralische Personen ausschließlich gegeben sind, Anwendung finden. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen läßt sich, da der Beisatz „und dergleichen“ bei §. 1 Nr. 6 Kap. XVI der G. D. („Kirchen, Gemeinden, piae causae“) nach den Anmerk. zum bayer. Landrechte Thl. I Kap. 7 §. 36 Nr. 8

„jura minorum gaudere . . . in summa all' andere approbirte Kommunitäten, corpora vel collegia“

nur auf moralische Personen bezogen werden kann, äußersten Falls bezüglich physischer Personen nur auf unter gerichtliche Kuratel gestellte Wahn- und Blödsinnige rechtfertigen, weil deren

Zustand gleichfalls ein unverschuldeteter ist. Lediglich aus diesem Grunde ward auch die civilrechtliche Restitution dieser Personen in der Praxis vielfach eingeräumt.¹⁾

Vgl. Glück Komm. a. a. O.

ρ. μ.

4.

Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage gegen vollzogene Abjudikationen von Immobilien.

Hierüber sagt ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 23. März 1855 R.Nr. 254⁵⁴/₅₅.

Nach O.D. Kap. 18 §. 7 Nr. 11 findet gegen Abjudikationen unbeweglicher Güter im Exekutionsverfahren weder restitutio in integrum noch Rescindirung oder Annullirung des Gantkaufes unter irgend einem Vorwande statt, wenn der pactirte Gantschilling in Nichtigkeit, d. h. bezahlt ist. Nach O.D. Kap. 19 §. 16 Nr. 4 und 5 ist die Nichtigkeitsbeschwerde bei vollzogener Vertheilung des Gantkaufschillinges an die Gläubiger schlechthin ausgeschlossen und wird in den Num. hiezu lit. b auf die obige Stelle der O.D. in Kap. 18 hingewiesen. —

Der Grund beider Bestimmungen liegt in der Nothwendigkeit der Aufrechterhaltung von, unter öffentl. Autorität vorgenommenen Versteigerungen und in der Thatfache, daß nicht mehr res integra gegeben, und ohne Nachtheil für in der Hauptsache unbetheiligte Dritte auch nicht mehr herbeizuführen ist.

¹⁾ Eine gegentheilige Entscheidung (jedoch ohne Anführung von Gründen) ist abgedruckt in Seufferts Archiv Bd. 3 Nr. 190. (Erkenntniß des O.O. zu Darmstadt.) — Die preuß. O.D. Tit. 16 §. 13 macht keinen Unterschied hinsichtlich des Grunde der Vormundsbestellung.

Demnach ist jedes Rechtsmittel, auch die sonst nach O.D. Kap. 16 §. 2 zulässige, nur an die Frist von 30 Jahren gebundene, Nichtigkeitsklage, ausgeschlossen, daher schon aus diesem Grunde die Abweisung dieser Klage vollständig gerechtfertigt erscheint, ohne daß es auf eine Untersuchung der Nichtigkeitsgründe ankommen hat.

ρ. μ.

5.

Zinsenrückstand, vom Cessionar eingeklagt. Zinsen ultra
 allerum tantum.

Vgl. Bb. VIII S. 128 Nr. 6; Bb. IX S. 271; Bb. X S. 191;
 Bb. XI S. 15.; Bb. XVII S. 144.

Von einem Cessionar wurde ein der Cession vorgängiger 25-jähriger Zinsenrückstand eingeklagt. Die Cessionssurkunde sprach nur allgemein vom Empfange der Baluta. Vom Beklagten wurde lex Anastasiana geltend gemacht. In Beurtheilung dieses Streitpunktes sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Nach gemeinem Rechte befreit zwar eine formell vom Beklagten (debitor cessus) anerkannte ordnungsmäßige Quittung des Cedenten über den vom Cessionar bezahlten ganzen Betrag der cedirten Forderung den Kläger von dem ihm bei der except. leg. Anast. treffenden Beweise.

Dieß ist aber hier nicht der Fall, denn es ist die Cessionssurkunde v. 18. März 1845 von den Beklagten nicht förmlich anerkannt, obwohl im Allgemeinen die Cession zugegeben ist; es spricht ferner die fragliche Urkunde nur vom „Empfang der Baluta“, worunter zunächst nur der unter den Kontrahenten festgesetzte Werth (Kaufpreis) der cedirten Forderung verstanden wird, so daß es also unbestimmt bleibt, ob diese Baluta gleich sei dem Forderungsbetrage.

Was const. 22 mandati (4. 35) über Zinsen enthält, welche der Cessionar ansprechen kann, bezieht sich offenbar nur auf die landesüblichen Zinsen des wirklich bezahlten Preises der Forderung: „usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur.“ —

Diese Gesetzesstelle hat daher den Fall, daß verfallene rückständige Zinsen mit dem Kapitale cedirt werden, wie hier die seit 19. Juli 1820 verfallenen landesüblichen Saumsatzzinsen, gar nicht im Auge, indem nach derselben der Cessionar, falls er auch den Betrag der vor der Cession bereits verfallenen Zinsen neben dem Kapitale an den Cedenten bezahlt hat, von dieser Zinsen-Baluta doch keine Zinsen gegen den debitor cessus geltend machen könnte.

Da jedoch vor der Cession verfallene Zinsen ein Bestandtheil der cedirten Forderung sind, und die Klage des Cessionars auf ein Weiteres nicht geht, als er selbst für die Forderung gegeben:

(Constit. 23 eod. „nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit“)

so muß der Cessionar auch beweisen, daß er den vollen Betrag der verfallenen Zinsen oder wieviel weniger bezahlt habe. — Diese Zinsen, wenn sie gleich in der Klage über den Betrag des Kapitals, nämlich über 20 Jahre zu 5% v. 19. Juli 1820 an gefordert werden, sind jedoch vermöge der klaren Bestimmungen des hier entscheidenden gemeinen Rechts (fr. 26 §. 1 de condict. indeb. (12, 6) fr. 4 §. 3 de naut. foen. (22, 2); Const. 10 und 27 §. 1 de usuris (4, 32.) auf den Kapitalbetrag beschränkt und es hat daher der Kläger nur die Bezahlung des Preises für 20jährige Zinsen v. 19. Juli 1820 an zu beweisen.

DAÖÖ. v. 23. Okt. 1855. Nr. 1343^{53/54}.

Q. M.

6.

Eidesformel, wenn es sich von Bedingtheit oder Unbedingtheit eines Geschäftes handelt.

Bekanntlich besteht Meinungs=Verschiedenheit darüber, ob in dem Falle, wenn der Beklagte in seiner Antwort auf die Frage sich damit vertheidiget, daß das den Streitgegenstand bildende Rechtsgeschäft unter einer Bedingung abgeschlossen worden sei, das Wort „unbedingt“ in das Beweissthema aufgenommen werden soll oder nicht.

Bl. f. N. W. Bd. III S. 361.

Die neuere Jurisprudenz neigt sich der verneinenden Ansicht hin, weil da, wo ein Rechtsgeschäft ohne alle Beschränkung zu erweisen ist, das Wort „unbedingt“ schon stillschweigend in dem Beweissage liege. Aber hiemit sind noch nicht alle Bedenken beseitigt, falls es nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens auf die Ableistung des eventuell befehrten Haupteides ankommt.

In einem speziellen Falle hatte das Untergericht das Wort „unbedingt“ aus dem Beweissthema weggelassen, aber dasselbe später eingeschaltet, als dem Probaten der Haupteid über die Negation des Beweisalthemas auferlegt wurde.

Auf die deßhalb erhobene Berufung sprach sich das obergerichtliche Erkenntniß in folgender Art hierüber aus:

Unbegründet erscheint die Beschwerde des Appellanten, welche darauf abzielt, daß aus der Eidesformel das Wort „unbedingt“ gestrichen werde.

Der Kläger stützte seinen Forderungsanspruch einfach auf die Behauptung, daß ihm der Beklagte für Ausmittlung eines Anwesensthäufers eine Belohnung von 100 fl. versprochen habe, während Beklagter im Allgemeinen das Versprechen einer solchen Belohnung zugestand, jedoch beisezte, es seien obige

100 fl. bloß für den Fall zugesichert worden, daß aus seinem Anwesen 4000 fl. erlöst werden. In Folge dieses qualifizirten Geständnisses beruht der eigentliche Streitpunkt darauf, ob das fragliche Versprechen bedingt oder unbedingt gemacht worden sei. Es versteht sich nun von selbst, daß derjenige, welcher ein Rechtsgeschäft ohne obigen beschränkenden Beisatz behauptet, eben hiedurch die unbedingte und definitive Eingehung desselben assertirt, und daß es eben deshalb auch nicht nothwendig war, in den erstriichterlich normirten Beweisatz das Wort „unbedingt“ einzuschalten, indem die Behauptung oder der Sinn des unbedingten Versprechens schon stillschweigend in demselben enthalten ist.

Anderß gestaltet sich aber die Sache, wenn der nämliche Beweisatz in seiner Negation aufgefaßt wird. Hierbei tritt der Unterschied zwischen bedingten und unbedingten Versprechen ausgeprägter hervor. Nach den Merkmalen des konkreten Falles hat diese Negation eine doppelte Bedeutung, einmal, daß das Versprechen überhaupt nicht gemacht, und dann, daß es nicht unbedingt eingegangen wurde. Wollte man dem Beklagten auferlegen, den Beweisatz in seiner allgemeinen Negation sogleich in dieser doppelten Richtung zu beschwören, so würde man ihm offenbar zuviel zumuthen, da er in ersterer Beziehung bereits ein Geständniß über die Affirmative abgelegt hat, und daher auch nur in letzterer Beziehung gehalten sein kann, über das Gegentheil den Eid abzulegen. Wenn es ferner richtig ist, daß hier die Streitfrage bloß darauf beruhe, ob das Versprechen bedingt oder unbedingt gemacht wurde, und daß der Kläger bloß auf ein unbedingt Versprechen sein Klagerecht stützt; so kann derselbe auch vom Beklagten nicht mehr verlangen, als daß dieser bloß das Gegentheil von dem unbedingten Versprechen beschwöre. Wollte man aber dem Beklagten den

Haupteids dahin auflegen, daß er eine Belohnung von 100. fl. nicht versprochen habe, so müßte derselbe in dieser Allgemeinheit wieder Doppeltes beschwören, nämlich daß er die Belohnung weder bedingt noch unbedingt versprochen habe, weil sich unter jene Eidesformel in ihrer Allgemeinheit beide Fälle subsumiren lassen.

Da nun der Richter eben so berechtigt als verpflichtet ist, von Amtswegen dafür zu sorgen, daß die Eidesformel klar und bestimmt sey, und keinen Spielraum für Mentalreservationen darbiete, so hat die vorige Instanz mit Recht in die Eidesformel das Wort „unbedingt“ eingestellt, und dieselbe dem konkreten Rechtsverhältnisse auf eine Art angepaßt, daß einerseits dem Beklagten bei Ablegung des Haupteides nichts Ungebührliches zugemuthet, und andererseits Mißdeutungen und Mentalreservationen vorgebeugt wird.

Erk. des O. G. für Schwaben und Neuburg vom
6. Sept. 1856 ad Nr. 7994. .|.

7.

Forderungen an eine Ehefrau, welche ein eigenes Gewerbe treibt.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 290.

Wenn die Ehefrau mit Zustimmung des Mannes ein eigenes Gewerbe auf ihre Rechnung betreibt, so gehören (nach gemeinem Rechte) die aus solchem Gewerbsbetriebe gewonnenen Ersparnisse im Zweifel nicht dem Ehemanne, sondern der Ehefrau.

Dieser Reinertrag ist jedoch nicht ohne Weiteres als Receptitiengut zu betrachten, vielmehr wird der Ehemann, dafern nicht auch hierüber Abweichendes verabrebet worden, verlangen können, daß ihm die Ehefrau den Reingewinn inferire und zu der ehemännlichen Nutznießung überlasse. Dagegen ertheilt derselbe auch andererseits in der Verwilligung des Gewerbsbetriebes im Voraus ein- für allemal seine

ehemännliche Zustimmung zu allen denjenigen verpflichtenden Rechtsgeschäften, welche die Ehefrau zu dem Zwecke eingeht, um das ihr gestattete Gewerbe ausüben zu können, und es wird daher durch dergleichen Rechtsgeschäfte nicht bloß das etwaige Receptitienvermögen der Ehefrau, wenn sie solches besitzt, sondern ihr gesamntes Vermögen verpflichtet, mit Einschlusse desjenigen, an welchem dem Ehemanne Verwaltung und Nutznießung gebührt. Denn in der Veredung: „die Ehefrau solle den fraglichen Verdienstzweig auf eigene Gefahr und Rechnung treiben“, liegt im Zweifel ein Mehreres nicht, als ein zweifaches Abkommen, einmal das Einverständniß, daß die Ehefrau befugt sein solle, bei Betreibung des Geschäfts und in Bezug auf dasselbe dritten Personen gegenüber selbstständig zu handeln, das heißt, ohne für jeden einzelnen Verpflichtungsact die spezielle Genehmigung des Ehemannes einholen zu müssen, und sodann die Uebereinkunft, daß für den Aufwand und die Ausgaben des Geschäfts nicht das Vermögen des Ehemannes, sondern lediglich das Vermögen der Ehefrau haften solle. Dritte Personen, mit denen die Ehefrau in Bezug auf das ihr gestattete Gewerbe contrahirt, haben somit — sofern nicht die letztere bei dem Abschlusse des Geschäfts ausdrücklich erklärt, daß sie nur mit ihrem etwaigen Receptitiengute hafte — ein Recht darauf, daß ihnen wegen der von der Ehefrau dabei übernommenen Verbindlichkeiten Befriedigung aus dem gesamnten eheweiblichen Vermögen gewährt werde, weil sie unter den angegebenen Verhältnissen den Verpflichtungsact der Ehefrau als einen von dem Ehemanne im Voraus genehmigten bezeichnen dürfen.

Erk. des UG. zu Leipzig, v. 21. April 1856.

Wochenblatt für merkiv. Rechtsfälle. 1856

Nr. 47 S. 373 f.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Kann eine Familie Rechtssubjekt sein? — Statuten-Kollision. Kontrahierungsfähigkeit. Vertragswirkungen. Lex Annatolana. — Domizil des Wärlers. — Alte Real-Gemeinde im Gegensatz der neuen politischen Gemeinde bei Ansprüchen auf Theilnahme an Gemeinbegründen. — Intestat-Erbchaftsfälle. Einwand, Kläger seien nicht die alleinigen Intestaterben. — Berufungsfrist im Exekutionsverfahren. Prüfung der Formlichkeiten der Vorinstanz. —

Kann eine Familie Rechtssubjekt sein?

Hr. Prof. Dr. Bögl hat in der Zeitschrift für deutsches Recht (16. Bd. 3. Hft. S. 353) Mittheilung von einem Rechtsgutachten der Juristenfakultät zu München gemacht, auf welches man die Leser der Bl. f. R. A. aufmerksam machen und damit zum Nachdenken über den durch obige Frage bezeichneten Gegenstand anregen möchte. Es handelt sich hier von einem neuen Rechtsbegriff einer an sich uralten Sache, welche aber bis jetzt auf Seiten der Wissenschaft soviel als unbeachtet geblieben ist, daher von Jedem, ebenso wie vom Schreiber dieser Zeilen mit Interesse betrachtet werden wird. Ob wir den Sinn der höchstverehrlichen Fakultät in allen Punkten getroffen haben, mögen deren gelehrte Mitglieder wie alle Leser prüfen.

Unsere Wissenschaft lehrt uns, daß es zweierlei Personen gäbe, natürliche und künstliche, jene die einzelnen von Gott nach seinen Naturgesetzen geschaffene Folge II. Band.

fenen Menschen, diese die aus menschlicher Willkür hervorgegangenen, durch bloße Fiktion angenommenen s. g. juristischen Personen. Nun gibt es aber noch eine dritte Klasse, die sich der ersten anschließt, indem sie ebenso wie diese auf physischer Grundlage ruht und nicht dem menschlichen Willen oder einer bloßen Fiktion ihr Daseyn verdankt, doch aber nicht zu den einzelnen Menschen gehört. — Diese ist in der Praxis faktisch wie rechtlich vollkommen anerkannt, obwohl sich noch kaum ein praktischer Jurist getraut, den Rechtsbegriff einer solchen anzuerkennen, soweit die Wissenschaft hievon noch keine Notiz genommen, oder das Römische Recht keine Bestimmung darüber getroffen hat.

Auf dem Gebiete der Geschichte haben wir uns daran gewöhnt, Nationen uns als Individuen zu denken, die wie der einzelne Mensch in der Zeit ihr Entstehen, ihre Jugendperiode, das kräftige Mannes-, das Greisenalter durchleben und endlich dem Tode verfallen, und Niemand wird ansehen, sie als Rechtssubjekte gelten zu lassen, die im Verkehr mit andern Nationen in gegenseitiger Anerkennung dieser ihrer Eigenschaft Rechte erwerben, behaupten und gezwungen oder freiwillig verlieren. Im Völkerrecht wie im Staatsrecht hat man Nationen, in ihrer zu selbstbewußter Einheit als Staat zusammengefaßten Gestalt auch Personen genannt, da ihnen alle Momente der Persönlichkeit eigen sind, und wenn uns dieser Ausdruck im gewöhnlichen Leben nicht so geläufig ist, so hat das lediglich den an sich ganz äußerlichen Grund, daß die Rechte, deren sie gegenüber von andern Nationen in der Regel theilhaftig werden können, dem Gebiete derjenigen Rechte, die wir Privatrechte nennen, entrückt sind; denn wo es sich von solchen handelt, hat man kein Bedenken gefunden, dem Fiskus die Eigenschaft einer juristischen Person zuzuschreiben, und damit anzuer-

kennen, daß es Personen gibt, welche der vorbezeichneten Klasse angehören, die nämlich keine einzelnen physischen Personen sind, doch aber nicht menschlicher Willkür ihr Daseyn verdanken. Denn huldigt man nicht dem Principe des *contrat social*, so ist man genöthigt anzuerkennen, daß die Persönlichkeit des Fiskus so wenig als der Staat ein willkürlich geschaffenes Rechtsinstitut, noch auch eine juristische Fiktion ist.

Zwischen der Nationalindividualität oder dem Staat und dem einzelnen Menschen befinden sich nun noch zwei Species, welchen wir ebensowenig als dem Fiskus Rechtsfähigkeit, also Persönlichkeit versagen können und welche gleicher Weise menschlicher Willkür oder juristischer Fiktion nicht ihr Daseyn verdanken, die Gemeinde und die Familie. Unter Familie ist hier nicht die aus der Ehe hervorgegangene, sittliche und natürliche Gemeinschaft verstanden, sondern die durch Generationen hindurchgehende selbstbewußte Einheit aller männlichen Descendenten eines gemeinsamen Stammvaters. Wer sich auf einem Standpunkt befindet, von dem aus er die Geschichte vieler adeliger Familien zu überblicken vermag, wird wohl auch erkannt haben, daß die Familien ebenso wie die Nationen ihren individuellen Lebenslauf auf gleiche Weise zurücklegen und es möchte der hauptsächlichste Unterschied zwischen dieser und dem Fiskus in dieser Beziehung nur darin bestehen, daß das Röm. Recht, weil es die Familien in solchem deutschrechtlichen Sinne nicht kannte, derselben keine Erwähnung thun konnte. Demungesthet besteht die Eigenschaft der Familie als Rechtssubjekt und ist, wie Bögl S. 363 im Sinne des erwähnten Münchener Fakultätsgutachtens vollkommen richtig sagt, nicht wie eine andere juristische Person von einer Staatsgenehmigung abhängig, da sie abgesehen von allen Staats-

often rechtmäßig aus der ehelichen Verbindung erwächst und auf dieser beruht, darum der Staat ebensowenig als er eine Familie schaffen kann, den Bestand einer vorhandenen hindern könnte. Es läßt sich auch kaum, wenn man nicht das eben erwähnte Stillschweigen des Röm. Rechts dafür annehmen will, ein Grund denken, aus welchem man einer Familiengenossenschaft die Rechtmäßigkeit ihres Bestehens ohne einen besondern Staatsakt, sonach die ihr an und für sich anlebende Eigenschaft eines Rechtssubjekts d. h. einer Person bestreiten könnte.

Setzen wir das Wesen einer Person in die Vereinigung der Momente: Leben, Selbstbewußtseyn und Selbstbestimmung, so ist eine Familie, welche diese drei Momente in sich hat, wirklich eine Person und hat gerade so wie der einzelne Mensch, der eben auch nur durch dieselben Person ist, einen wohlbegründeten, ihr nicht zu versagenden Anspruch auf Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit. Allerdings hat nicht jede Familie, und keine Familie an und für sich, diese Eigenschaft, sie hat sie aber in dem Augenblick, da ihre lebenden Glieder sich ihrer gesellschaftlichen Einheit bewußt, zu Manifestirung derselben durch einen Rechtsakt bestimmen, z. B. durch Ergreifung oder Innehaben eines Vermögens *cum animo sibi habendi*, und zwar nicht sie als Einzelne, sondern als Glieder einer höhern korporativen Einheit, welche sämtliche männliche Descendenten des gemeinsamen Stammvaters durch alle Generationen, also auch die zukünftigen umfaßt.

Diese Einheit in der in sich zusammengeschlossenen selbstbewußten und selbstbestimmenden Persönlichkeit ist, wie Bözl zeigt, der einzige Grund der Autonomie des Adels. Ein jeder autonomische Akt ist eine Aeußerung der Selbstbestimmung dieser Familienpersönlichkeit, welcher eben darum *eo ipso*

alle Familienglieder, auch die nachfolgenden, künftig erst geboren werdenden als Glieder dieser höhern Einheit unterworfen sind, so lange nicht der normalmäßig beschlossene Akt durch einen andern ebenso gefaßten aufgehoben oder abgeändert wird.

§ 31 macht außerdem noch darauf aufmerksam, wie sich Familien oder Geschlechter auch im Leben als Gesamtheiten, ausgestattet mit einem eigenthümlich äußerlich erkennbaren Familientypus, erfüllt mit einem eigenthümlichen Familiengeiste darstellen, wie dem deutschen, auf Familienleben und Familienverbindung großen Werth legenden Volke schon früher der Gedanke, daß die Familie Person sein könne, als natürlich erscheinen mußte und man deshalb von Familienhaupt, von Familiengliedern, von Familiengeist, Familiensitte und Ehre spreche, — wie in der deutschen Rechtsgeschichte die beschränkenden Wirkungen, welche die Familien- und Geschlechtsgenossenschaft von Alters her auf das Grundeigenthum der einzelnen Familienglieder äußerte, die damit in Verbindung stehende feste Ordnung des Erbrechts und der Vormundschaft, die Eideshülfe, die Geschlechtsnamen und Geschlechtswappen erkennen lassen, daß man selbstverständlich kein Bedenken gefunden habe, überall, wo das Bedürfniß es erheischt, die Familie als Person zu behandeln, — wie sich auch in der Darstellung der Sippschaft im Sachsenspiegel die Vorstellung kund gibt, daß man die Familie als ein einheitlich Wesen, ähnlich dem Menschen auffaßte und in der Blutrache, sowie im Recht auf das Wergeld die Familie als Subjekt von Rechten erscheint, — wie auch während des Mittelalters und noch in der Gegenwart wahre Familiengüter vorkommen, die nicht irgend einem einzelnen Familiengliede, sondern dem Geschlechte eigenthümlich gehören, z. B. gewisse Familienheiligthümer, Familienarchive, Familienstiftungen.

Wir fügen dem allen noch bei, wie das einfache gesunde Rechtsbewußtsein, welches sich nicht den Blick durch eine noch nicht zum Abschluß gekommene wissenschaftliche Behandlung und durch einseitige Beschränkung auf Bestimmungen des Röm. Rechts irre leiten ließ, auch in gegenwärtigen Tagen auf dem Gebiete der Praxis Familien wirklich als Rechtssubjekte anerkennt, indem eine große Anzahl adeliger Familien z. B. in Franken, welche (bei nun aufgelöstem Lehenverband) ihre Güter ohne immatrikulierte Fideikomnisse als Stammgüter, Condominate, Familienstiftungen u. mit Ausschluß der gemeinrechtlichen Universalsuccession besitzen, demungeachtet aktive wie passive vor den Gerichten in Akten der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit und vor den Verwaltungsstellen aller Instanzen in staatsrechtlichen Beziehungen ohne alle Beausstandung handeln und Rechte ausüben, die ihnen nicht als Einzelnen zustehen.

Und doch kann es, well Theorie und Röm. Recht nichts von einer Familie als Rechtssubjekt wissen, jeden Augenblick geschehen, daß der ganze Besitzstand wohlbegüterter Adelsfamilien mit einem Zuge in Frage gestellt wird.

Es wäre in der That sehr zu wünschen, auch wohl hohe Zeit, daß der Begriff eines in unserm deutschen Vaterlande uralten Rechtsinstituts endlich einmal zur klaren bestimmten und unbestrittenen Anschauung gebracht würde, damit auch die neue Gesetzgebung davon geeignet Akt nähme.

Denn unsere Gesetze enthalten zur Zeit keine Bestimmung darüber, unter welchen Bedingungen oder Voraussetzungen eine Familie, außer dem Eintrag in die Fideikommissmatrikel, als Rechtssubjekt anerkannt werden könne. Tausende von Familien sind es nicht, viele sind es, manche können es werden. Es scheint uns aber ein Postulat für die

ad a) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hierüber lediglich die „statuta personalia“ d. h. jene Gesetze maßgebend seien, denen der Schuldner vermöge seines Domizils, unterworfen ist, nach welchen über das Verhältniß der väterlichen Gewalt, sowie über dessen Folgen auf Verträge des Haussohns zu entscheiden ist.

Vgl. Seuffert, Komm. z. O. 2. Ausg. I S. 317 Nr. 2 und S. 321 Nr. 1 a. Savigny S. d. R. R. Bd. VIII, S. 149 Nr. 2.

Daß jedoch der Vater des Schuldners, wenn dieser im Jahre 1819 noch unter väterlicher Gewalt stand, zu M. S. (wo das preuß. R. gilt) sein Domizil hatte, ist als eine gerichtsnotorische That- sache konstatirt, so daß kein Zweifel besteht, daß bezüglich dieser Rechtsverhältnisse das preuß. Landrecht entscheidend sei.

ad b) Die Einrede der lex Anast. und die Frage über die Zinsen betreffen die Wirkungen des Vertrages, welche nach O. Kap. 14 §. 7 Nr. 8 und der Ver. v. 11. Juni 1816, die in Zivilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Zivilgesetze betr. (R. B. Stück 21 (I Nr. 2), welche Verordnung nach den Jahrb. f. G. G. u. R. Pf. Bd. III S. 38 als authentische Erläuterung der O. a. a. O. gilt) nach den Gesetzen jenes Orts, wo der Vertrag seine Vollkommenheit erlangt hat, oder wo er zu erfüllen ist, zu beurtheilen sind. Demnach ist hier zunächst das zu Schwarzenberg (wo der Darlehensvertrag zur Perfektion gelangte) geltende Recht, hiernach aber jenes Recht entscheidend, welches an dem Orte gilt, an welchem die Cession — als jener Vertrag, aus welchem die exceptio legis Anastas. allein abgeleitet wird — abgeschlossen wurde (hier Bamberg).

Nach beiden Rücksichten ist das an beiden Or-

ten geltende gemeine Recht also bezüglich obiger Fragen maßgebend.

Vgl. Seuffert, Comment. z. O.D. 2. Ausg.
S. 322, 331. ρ. μ.

2.

Domizil des Pächters.

Vgl. Bd. XIX S. 101.

Hierüber äußern oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Der Aufenthalt des Pächters an dem Pachtorte begründet allein, ohne eine ausdrückliche Erklärung oder unzweideutige Handlungen bezüglich der Absicht, an dem Pachtorte seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen, — das Domizil nicht.

DAGE. v. 23. Okt. 1855. Nr. 1343⁵³/₅₄.

ρ. μ.

3.

Alte Real-Gemeinde im Gegensatz der neuen politischen Gemeinde bei Ansprüchen auf Theilnahme an Gemeindegünden¹⁾.

In dem Orte Sch. bestanden von 1803 – 1833 bäuerliche Anwesen, welche eine Wald- und Weidefläche als Gemeindecigenthum benützten. Daß in Sch. bestandene Kloster besaß niemals Gemeinderchte, allein auf den Besitzungen des Klosters siebelten sich nach der Säkularisation mehrere neue Gemeindeglieder an, welche mit den alten Anwesenßbesitzern die politische Gemeinde Sch. bildeten und in der neuesten Zeit auch die Theilnahme an jener Wald- und Weidefläche hinsichtlich der Nutzung und Vertheilung als eines Gemeindecigenthumes kraft ihrer Eigenschaft als Gemeindeglieder in Anspruch nahmen.

Daß oberstrichterliche Erkenntniß v. 19. Jan. 1856 Nr. 869⁵⁴/₅₅ erklärte diesen Anspruch als unbegründet, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

¹⁾ Vgl. Meyser in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XVI S. 133.

Das von Klägern zugegebene faktische Verhältniß:

„daß vor 1803 der Gemeinde Sch. mit ihrer Flurmarkung und gemeinsamen Walz- und Weidegründen, ein nicht im Gemeinde-Verbande stehender Grundstückskomplex — jener des Klosters — gegenüber — stand, welcher jedenfalls zum Theil auf Besitzer überging, die nicht zugleich Grundbesitzer in der alten Markung waren —“

stellt die alte Realgemeinde im Gegensatze zu der neuen politisch und geographisch erweiterten Gemeinde dar, in welchem Falle der Anspruch der jetzigen Gemeindeglieder auf die Nutzung der Gemeineweide und des Gemeindefolzes (die das b. R. Th. II Kap. 1 §. 6 Nr. 1 litt. b (Annotat.) als *res universitatis in specie* bezeichnet), und welche lediglich im korporativen Eigenthume der alten Gemeinde waren, von dem Umstande abhängt, ob die Mitglieder der erweiterten neuen Gemeinde zugleich in den Realbesitz der Mitglieder der alten Gemeinde getreten sind.

Der rechtliche Zustand, vermöge dessen die Besitzer von bäuerlichen Anwesen, welche zusammen eine Gemeinde mit bestimmter Markung bildeten, kraft ihres korporativen Eigenthums an der Walz- und Weidefläche dieselbe benützten, begründet gegenüber den Mitgliedern der erweiterten neuen Gemeinde, die in keiner Weise in den Besitz jener Grundstücke getreten sind, welche innerhalb der Markung der alten Gemeinde lagen, ein Recht des Ausschlusses von der Nutzung der fraglichen gemeinhaltlichen Walz- und Weidefläche,

cf. Mittermaier b. R. 7. Ausg. Bd. I §. 129 a. E. S. 372; Bluntschli b. R. Bd. I S. 125, 129, 277,

weil nämlich die erworbenen separaten Korporationsprivatrechte der alten Gemeinde nicht übergehen auf die Mitglieder der neuen politisch erweiterten

Gemeinde; innerhalb welcher vielmehr jene alte Realgemeinde mit ihrem gesonderten korporativen Eigenthume fortbesteht.

In dem im gegenwärtigen Falle maßgebenden bayer. Landrechte Th. II Kap. I §. 6 u. Annot., dann Th. V letztes Kapitel findet sich keine Bestimmung über einen Fall der gegebenen Art, wo eine bürgerliche Korporation mit bestimmter Markung und gewissem korporativen Eigenthume, ohne einen Willensakt ihrerseits eine Erweiterung ihres geographischen Umfangs (Markung) und ihrer Mitglieder erhält, und von den innerhalb der erweiterten Markung ansässigen neuen Gemeindegliedern ein Anspruch auf Mitbenützung des korporativen Eigenthums der alten beschränkten Gemeinde erhoben wird.

Dieses durch die staatliche Neubildung der Gemeinden erst hervorgerufene Verhältniß ist dem b. R. fremd.

An dem obigem im gemeinen deutschen Privatrechte begründeten Sage hat weder das Gemeindeedikt v. 1818 noch jenes vom 1. Juli 1834 eine Aenderung bewirkt, vielmehr ist dieses Rechtsverhältniß klar im §. 6 beider Edikte anerkannt. Wenn ferner der Anspruch auf unvertheilte Gemeindegrenze im §. 18 des G. v. 1818 nur geknüpft wird an die Eigenschaft eines wirklichen Gemeindeglieds (welche Eigenschaft in den §. 11 u. 12 beider Edikte definiert ist), so setzt dies immerhin eine Identität der jetzigen politischen Gemeinde mit der alten — Realgemeinde voraus. Der §. 26 des G. v. 1818, auf welchen der §. 18 des rev. G. v. 1834 verweist, verfügt ferner, daß die Benützung unvertheilter Gemeindegrenze sich nach den bestehenden Verordnungen und dem rechtmäßigen Herkommen richte; ferner bestimmt der §. 19 Nr. 3 des rev. G. v. 1834, daß vermuthet werde, daß jedes Gemeindeglied von der Zeit seines Eintritts gleiche Gemeinderchte besitze und auch

gleiche Gemeindefasten zu tragen habe, wenn nicht besondere Verträge oder partikuläre Ortsrechte ein Andern bestimmen.

Durch alle diese Bestimmungen erscheinen wieder die korporativen Privatrechte der innerhalb der neuen Gemeinde bestehenden alten Gemeinde, nämlich ihre separaten Genossenschaftsrechte bezüglich ihrer Gemeindegrenze gesetzlich gewahrt und aufrecht erhalten.

Es bildet zwar hiernach die Theilnahmeberechtigung aller Gemeindeglieder an unvertheilten Gemeindegrenzen (insofern sie nur die im §. 11 bezeichneten Eigenschaften haben) die Regel und es streitet hiefür die gesetzliche Vermuthung, allein dieselbe muß partikulären Ortsrechten und sonstigen durch die gesetzlichen Titel des Vertrages, des Herkommens, der Verjährung entstandenen separaten Rechtsverhältnissen weichen, welche festzustellen Sache der Civilgerichte ist. — In diesem Sinne spricht sich auch eine Minist.-Entschl. v. 18. Febr. 1848, abgedruckt in Frh. v. Strauß's Forts. der Döllinger'schen Verordn.-Samml. Bd. 26 resp. 6 S. 25 §. 1457 aus.

Steht nun aber in der gegenwärtigen Sache fest, daß das Kloster zu Sch. mit seinen Grundbesitzungen Gemeinderichte in der alten Gemeinde nicht hatte, konnten ferner die Kläger einen Mitgenuß an der fraglichen Weide- und Waldfläche nach 1803, somit eine Acquisitivverjährung nicht behaupten, so bildete diese gemeinheitliche Wald- und Weidefläche, insofern sie vor und im Jahre 1803 schon bestand, ein separates Korporationseigenthum der alten Gemeinde, welches durch die Erstreckung des politischen und geographischen Verbandes auf die Besitziger der früheren Klosterrealitäten und andere Grundbesitzer in keiner Weise unterging.

Es kann daher ein Anspruch auf die in Frage stehenden Gemeindegrenze (insofern sie im Jahre

1803 als solche bestanden) nicht begründet werden durch die Eigenschaft eines Gemeindegliedes der jetzigen Gemeinde von Sch. im Allgemeinen —; soferne die Kläger sich allein hierauf stützen wollten, wäre selbst die Kompetenz der Gerichte nicht begründet, weil hier lediglich die vom öffentlichen Rechte bestimmte Eigenschaft als Gemeindeglied in Frage käme.

(cf. Seuffert's Komm. Bd. I (ed. II)
 §. 172 Note 88. Frh. v. Strauß a. a. O.
 Bd. 26 resp. 6 §. 24 u. 27.

In der jetzigen Klage haben nun zwar die Kläger behauptet, sie seien Mitglieder der Ortsgemeinde N. und besäßen in derselben besteuerte Gründe, beziehungsweise Gewerbe, und es hat auch, unter Bezug auf §. 11 des G. v. 1818 und 1834 die vorige Instanz von diesem Beweise den Anspruch auf Mitnutzung der fraglichen Gemeindegünde abhängig gemacht.

Allein diese Begründung der Klage und die hienach formulirte Beweisauflage ist gleichwohl noch zu unbestimmt und daher ungenügend.

Es mag wohl die Ortsgemeinde Sch. später auch jene ehemaligen Klosterrealitäten (welche auf verschiedene Besitzer und hierunter auf die Kläger übergingen), in ihren Markungsverband aufgenommen haben, ohne daß hierdurch das Verhältniß alterirt wurde, welches vor dem Jahre 1803 bei der alten Gemeinde N. hinsichtlich der fraglichen Gemeindegünde bestand.

Diese Aufnahme war — (wenn hiemit eine ausdrückliche Aufnahme in die bestehende Markgenossenschaft z. B. durch Einkauf u. nicht verbunden war, was, da eine Mitbenützung der Kläger seit 1803 geständigermaßen nicht stattfand, jedenfalls nicht der Fall gewesen zu sein scheint) — immerhin nur wieder politischer und geographischer Natur und konnte ein Recht der Theilnahme an

den Nutzungen des separaten Gemeindeguthums der alten Gemeinde auf Seite der neuen Gemeindeglieder nicht begründen. — Demnach gehört außer der im §. 11 des G. E. bezeichneten Gemeindeglieder-Eigenschaft, hier noch besonders die Thatfache zur Klagebegründung, daß die Kläger Grundstücke innerhalb des Markungsumfanges der Gemeinde Sch., wie er vor dem Jahre 1803 bestand, besitzen.

Die Kläger mußten entweder

1) das Object der angesprochenen Mitbenützung als Eigenthum der erweiterten Ortsgemeinde bezeichnen, somit darlegen, daß die fraglichen Wald- und Weidbegründe nicht identisch seien mit denen, welche vor 1803 im Eigenthume der alten Gemeinde Sch. waren;

oder 2) sie mußten ihre Betheiligung mit Grundbesitz in der alten Realgemeinde nach dem Bestande v. 1803 darlegen, d. h. sie mußten behaupten, daß sie auch durch Grundbesitz innerhalb der alten Gemeindegemarkung Mitglieder der alten Realgemeinde geworden seien. p. µ.

4.

Intestat-Erbchaftsklage. Einwand, Kläger seien nicht die alleinigen Intestaterben.

In einer Sache solchen Betreffs hatte der Beklagte die Legitimation der Kläger in ihrer Eigenschaft als Intestaterben bestritten, weil außer ihnen noch andere mit ihnen dem Grade nach gleichintestaterbberichtigte Verwandte des Testators angezeigt seien, deren Tod nicht nachgewiesen sei. Dieser Einwand wurde aus folgendem Grunde verworfen.

Wäre auch eine allenfallsige rechtmäßige Deßzendenz des N. N. — als im 4. Grade zu dem Erblasser gleich den beiden Klägern verwandt — mit diesen gleichberechtigt, so liegt doch, da der Beklagte kein Blutsverwandter des Erblassers ist,

schlüsse im Exekutionsverfahren die Berufung oder Beschwerde, insofern sie zulässig, innerhalb der Nothfrist von 14 Tagen bei dem Gerichte erster Instanz angebracht werden.

Das Gesetz unterscheidet hiebei nicht, ob die Erkenntnisse und Beschlüsse der begehrten Exekution stattgeben, oder dieselbe abweisen, es begreift daher, wie auch das Wort „alle“ außer Zweifel läßt, auch die abweisenden Beschlüsse unter sich.

Die 14tägige Nothfrist wurde aber zur zweiten Instanz nicht eingehalten, indem Kläger die Berufung gegen das unzweifelhaft appellable Abweisungsdekret nicht sofort innerhalb 14 Tagen a dato dessen Zustellung, sondern erst nachdem auf seine Remonstration eine Inhäsißverfügung ergangen war, die Berufung übergeben hat, bei Inhäsißbescheiden aber die Fatalien nicht von diesen, sondern von der ersten Sentenz zu rechnen sind. *GD. XV §. 6 Nr. 7.*

Nach *GD. XV §. 11 Nr. 1* hat der Oberrichter auch die Förmlichkeiten der vorigen Instanz von Amtswegen zu prüfen, und wenn sich hiebei ein offenkundiger Mangel zeigt, die Sache sofort für desert oder nicht devolvirt zu erkennen. Diese Vorschrift findet im vorliegenden Falle, obschon gegen das Erkenntniß zweiter Instanz nicht die Revision nachgesucht, sondern wegen Mangels der Jurisdiction beziehungsweise Kompetenz des Gerichtes II. Instanz eine Nichtigkeitsschwere erhoben wurde, um so mehr Anwendung, weil der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zu jener auf die Kompetenzfrage Einfluß habenden Prüfung nothwendig Veranlassung gibt. Da nun aber die Berufung zur zweiten Instanz desert war und daher aus diesem Grunde hätte zurückgewiesen werden sollen, so war das *UG.* zu einer materiellen Entscheidung über dieselbe nicht kompetent.

³/₇.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kompetenzfragen, das Bodenentlastungsgesetz betr. Bedeutung der Schlußklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist. — Gerichtszuständigkeit, wenn es sich von der Grundlasteneigenschaft in Bezug auf Verwandschaft in Bodenzins handelt. — Streitigkeiten über die Frage, ob eine Reidsnäh nach §. 93 des Bodenentlastungsgesetzes zur Ablösung geeignet sei, sind Civilprozeßsachen. — Verzicht auf erbliches Erbrecht bei Ausheirathungen. — Obnoxe. — Berichtigungen.

Kompetenzfragen, das Bodenentlastungsgesetz betr. Bedeutung der Schlußklausel von Gesetzen, welche deren Vollzug bestimmten Ministerien zuweist.

Revolutionäre Zeiten sind fruchtbar an Gesetzen, nicht aber an guten. Mit der Hast des Entwerfens und der Berathung sind Umsicht und Reife nicht vereinbar. An Gebrechen jeder Art leidet insbesondere das Bodenentlastungsgesetz vom 4. Juni 1848. Es ist die Mangelhaftigkeit seiner Kompetenzbestimmungen, welcher wir heute eine kurze Betrachtung widmen. Der erste Abschnitt (Aufhebung der standes- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit betr.) ermangelt einer solchen. Indem der zweite (Aufhebung und Regulirung der persönlichen und der auf dem Boden haftenden Lasten und Abgaben betr.) in dieser Beziehung nichts weiter bestimmt, als daß bei Ablösungen von Weiberrechten (Art. 5) die Schätzung von den Kulturbehörden ermittelt und festgesetzt werde, scheint sich die Annahme zu rechtfertigen, daß die Anwendung

Neue Folge II. Band.

der übrigen Vorschriften dieses Abschnittes, ihrem Inhalte gemäß, zur Kategorie der Civilprozeßsachen gehöre. Der Abschnitt III handelt von Fixirung unständiger Grundlasten. Hierüber bestimmt Art. 19:

„Die Fixirung der Grundlasten wird von den Distriktpolizeibehörden in Gemeinschaft mit den k. Rentämtern von Amtswegen in summarischem Verfahren vollzogen.“

Im Art. 20 ist beigefügt:

„Ist das Recht oder der Umfang der zu fixirenden Rechnisse bestritten, so bleibt der Rechtsweg vorbehalten.“

Der Abschnitt IV enthält Vorschriften über die Ablösung aller Grundlasten, ohne eine den ganzen Abschnitt umfassende Kompetenzbestimmung. Die Zuständigkeit für Anwendung der einzelnen Gesetzstellen richtet sich also nach der Beschaffenheit des Inhalts. Steht sich der Streit über einen aus dem Abschnitt IV abgeleiteten Anspruch seinem Gegenstande nach zufolge der allgemeinen Grundsätze als Civilprozeßsache dar, so gehört seine Verhandlung und Entscheidung an die Gerichte. Die Zuweisung an die Verwaltungsbehörden wäre eine Abweichung von den Grundregeln des Staatsorganismus, welche ohne besondere darauf gehende Vorschrift nicht angenommen werden kann, indem bekanntlich die analoge Anwendung nicht dazu dienen kann, für eine Streitsache, welche ihrer Natur nach den Civilprozeßsachen angehört, die Verwaltungsbehörden zuständig zu machen¹⁾. Quod contra rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias²⁾. Es wird gegen

1) Vgl. Comment. d. d. O. D. Bd. I Aufl. II S. 166—169.

2) Fr. 14 de legibus; fr. 162 de reg. juris.

diesen leitenden Grundsatz verstoßen, wenn man die auf den III. Abschnitt beschränkte Vorschrift des Art. 19 auch für Streitsachen aus dem Gebiete des Abschnitts IV gelten lassen will. Man hatte auch bei Abfassung des Abschnitts IV nichts weniger im Sinne, als Streitigkeiten über die Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften, welche die Aufhebung des privatrechtlichen Grundlastenverhältnisses durch Ablösung, die Voraussetzungen und Modalitäten der Ablösungsbefugniß des Pflichtigen betreffen, den Gerichten zu entziehen. Dies erhellt aus Art. 26, welcher die Dazwischenkunft der Distriktpolizeibehörde bezüglich eines Inzidentpunktes als Singularität betont. Wozu hier die besondere Mitwirkung der Distriktpolizeibehörde hervorheben, wenn es in der Absicht lag, den Art. 19 auch für die Streitfälle des vierten Abschnitts gelten zu lassen? ³⁾ In der That ist nichts natürlicher und der Auslegungstheorie entsprechender, als die nur im dritten Abschnitte vorkommende und nur für diesen gegebene Vorschrift, betreffend die Zuständigkeit der Distriktpolizeibehörden für die Fixirung unständiger Grundlasten, auch in ihrer Wirksamkeit auf diesen Abschnitt zu beschränken und anzunehmen, der Gesetzgeber würde, wenn

³⁾ Der Gebrauch eines ähnlichen Arguments, wie er in dem Kompetenzkonfliktserkenntnisse vom 4. März 1856 (Reg.-Bl. Nr. 9) in Bezug auf Art. 20 gemacht wurde, erscheint als verfehlt. Denn durch die Eingangsbestimmung des Art. 19 war der Art. 20 allerdings nöthig geworden. Uebrigens liegt es gar nicht in der Aufgabe, eine das ganze Gesetz umfassende Zuständigkeitsregel zu finden; außer dem Bereiche der besonderen Kompetenzbestimmungen richtet sich die Zuständigkeit für Anwendung jeder Vorschrift nach der Beschaffenheit des Inhaltes.

er gleiche Intention für den Inhalt der übrigen Abschnitte gehabt hätte, diese Intention in einer allgemeinen Bestimmung am Eingange oder Schlusse des ganzen Gesetzes, oder in besonderen Verfügungen zu jedem Abschnitte ausgeprägt haben. Da solches nicht geschehen, wird die Beziehung des Art. 19 auf die Abschnitte I, II und IV durch das argumentum a contrario ausgeschlossen.

Unerheblich ist die Hinweisung auf Art. 41 Abs. 2 des Gesetzes, in welchem es heißt:

„Unsere Staatsminister des Innern und der Finanzen sind mit dessen Vollzuge beauftragt.“

Diese häufig (keineswegs in allen Gesetzen) vorkommende Schlußklausel, wodurch der Vollzug des Gesetzes an bestimmte Ministerien gewiesen wird, ist für die Zuständigkeitsfrage in Anwendung der einzelnen Gesetzesvorschriften völlig bedeutungslos. Den Beweis liefert der Zwillingssbruder des Bodenentlastungsgesetzes, nämlich das Gesetz, die Ablösung des Lehenverbandes betreffend. Dieses Gesetz, aus 7 Artikeln bestehend, enthält in Art. 1—6 keine Vorschrift, deren Anwendung nicht in Civilprozeßsachen vorkommen und Aufgabe der Gerichte werden könnte⁴⁾; gleichwohl heißt es im Art. 7:

„Unsere Staatsminister des Königlichen Hauses und des Aeußeren, dann der Finanzen sind mit dem Vollzuge dieses Gesetzes beauftragt.“

Aus der fraglichen Schlußklausel ein Argument für die Ausschließung der gerichtlichen Kom-

⁴⁾ Vgl. Bl. f. R. u. W. Bd. XV S. 257; Bd. XVII S. 406; Bd. XX S. 364. S. auch ebd. Bd. XVI S. 65*, 353.

petenz zu entnehmen, geht um so weniger an, als ja bei zahlreichen Gesetzen gemischten Inhalts⁵⁾, obwohl für manche ihrer Bestimmungen die Zuständigkeit der Gerichte unbestritten ist, gleichwohl eine konkurrierende Hinweisung an das Justizministerium, bezw. an die Gerichte⁶⁾ nicht vorkommt, und viele Justizgesetze der Klausel überhaupt erman-
geln. Sie fehlt z. B. bei dem Prozeßgesetze von 1819 wie beim Hypothekengesetze von 1822; wo-
gegen es am Schlusse des Prozeßgesetzes von 1837
heißt: „Unser Staatsministerium der Justiz ist
mit dem Vollzuge desselben beauftragt.“ Die dem
Geschäftsstyl angehörige bedeutungslose Formel
wurde beigefügt oder weggelassen, je nachdem die-
ser oder jener Geschäftsmann oder Hilfsarbeiter die
Feder führte, und das Beifügen wurde ebensowe-
nig als das Weglassen von einem die Sache prak-
tisch betreffenden Gedanken bestimmt. In neuester
Zeit scheint man zu dem Bewußtsein gelangt zu
sein, daß die Beifügung zu schädlichen Mißgriffen
Anlaß geben könne. Schon in den Gesetzen von
1852, die Siegelmäßigkeit, die Brandversicherung,
die Benützung des Wassers, die Be- und Entwä-
sserungsunternehmungen, den Uferschutz und den
Schutz gegen Ueberschwemmungen, die Ausübung
und Ablösung des Weiderechts, die auf dem Zehent-
recht lastende kirchliche Baupflicht betreffend, —

⁵⁾ z. B. Gewerbsgesetz von 1825, Grundsteuergesetz
von 1828, Brandversicherungsordnung von 1834.

⁶⁾ Aus dem Jahre 1822 liegt eine Verweisung des
Vollzugs an die Gerichte vor. Vgl. Art. VI des
Gesetzes, die Staatsschuld betreffend vom 1. Juni
1822: „Unsere Staatsministerien der Justiz und der
Finanzen, Unsere Gerichte, so wie Unsere
Staatsschuldenstilgungskommission sind mit der Voll-
ziehung des gegenwärtigen Gesetzes beauftragt.“

kommt die Zuweisungsklausel nicht mehr vor. Auch in den sämtlichen Gesetzen des Jahres 1856 wird sie vergebens gesucht. In diesem Aufgeben des Gebrauchs liegt eine offenbare Anerkennung seiner Unerheblichkeit. Aber diese Anerkennung wird inkonsequent genug auch von Denjenigen nicht versagt, welche im Hinblick auf Art. 41 Abs. des Bodenentlastungsgesetzes die Geltung des Art. 19. auch für den Abschnitt IV behaupten, denn sie lassen sich ja durch Art. 41 nicht abhalten, die Zuständigkeit der Gerichte für Anwendung der Abschnitte I und II des Gesetzes einzuräumen.

Vorstehende Bemerkungen sind nicht etwa durch Kompetenzübergriffe von Seite der Verwaltungsbehörden hervorgerufen worden; im Gegentheil hat das k. Staatsministerium des Innern in einem Ausschreiben vom 23. Mai 1853 sich dahin ausgesprochen: daß für die unter den Abschnitt

IV des Ablösungsgesetzes von 1848 zu subsumirenden Fälle die für alle Privatrechtsverhältnisse begründete Zuständigkeit der Gerichte aufrecht zu erhalten sei, daß sonach Differenzen wegen Umwandlung fixer Getreidereichnisse in Bodenzins zur Verweisung an die Gerichte sich eignen ¹⁾.

Vielmehr ist die Verweisung dieser Art reiner Justizsachen an die Verwaltung von einem Gerichtshofe ausgegangen, nämlich von dem seit 1850 für Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsstellen bestehenden ²⁾. Der Grundgedanke bei Einrichtung dieses Gerichtshofs war, dem Gebiete der Justiz eine bessere Schutzwehr gegen Uebergriffe der Verwaltung zu verschaf-

¹⁾ Reg.-Bl. von 1856 S. 178.

²⁾ Vgl. Reg.-Bl. von 1853 S. 617—623; von 1855 S. 1157—1164; von 1856 S. 177—187; von 1857 S. 137 f.

fen, als die frühere Einrichtung gewährte; aber, klagt Seneca, *fati maligna in omnibus rebus lex est.*

Die von uns erörterte Frage ist, aus Anlaß gerichtssablehnender Einreden, auch in ungemischten Senaten des OAG. vorgekommen. Wir theilen im Folgenden zwei ungleichförmige Entscheidungen mit. Möge bei der nächsten Gelegenheit die Verweisung an die Plenarversammlung eintreten. Keine Bestimmung des Kompetenzkonflikt-Gesetzes entbindet den nach Art. 1 gebildeten Senat von Beachtung der Plenarbeschlüsse. Freilich ist zu besorgen, daß man nach Art. 4 versuchen wird, der Plenarberatung in den Weg zu treten.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Gerichtszuständigkeit, wenn es sich von der Grundlasteneigenschaft in Bezug auf Verwandlung in Bodenzins handelt.

In einer Rechtsache überschriftlich erwähnten Betreffs wurde von den klagenden Einwohnern von E. eingeräumt, daß sie verpflichtet seien, an die Mädchenschule zu E. beziehungsweise den Inhaber der Schulstelle jährlich die in der Klagschrift bezeichneten Kornreichnisse zu verabreichen. Den Streitgegenstand bildete vielmehr ausschließlich die Frage, ob diese Reichnisse, deren Umwandlung in Bodenzins Kläger nach den Bestimmungen des Bodenzinsentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 verlangten, die (beklagterseits in Abrede gestellte) Eigenschaft einer auf Grund und Boden ruhenden Last habe, oder vielmehr aus dem Gemeinde- resp. Kirchenverbande fließe.

Vom obersten Gerichtshofe wurde angenommen,

die Entscheidung dieser Frage ressortirte nicht zu den Gerichten. Gründe:

Der Vollzug des Grundentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848, dessen Anwendbarkeit auf das in der Klage bezeichnete Gefäll in Frage ist, wurde, wie aus Artikel 19 desselben klar hervorgeht, lediglich den Administrativbehörden und Stellen zugewiesen, und den Gerichten nur die Entscheidung einzelner genau bestimmter Streitpunkte, welche wegen ihrer exzeptionellen Natur strengstens zu interpretiren sind, anheimgegeben. In Artikel 20 des angeführten Gesetzes ist nun zwar bestimmt, daß der Rechtsweg vorbehalten bleibe, wenn das Recht oder der Umfang der zu fixirenden Rechnisse bestritten sind. Allein von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall kann nicht die Rede sein. Weber das Recht, noch der Umfang der fraglichen Rechniß wird von den Klägern beanstandet, sondern lediglich über die Eigenschaft des Gefälles, ob es eine Grundlast oder nicht, besteht zwischen den Interessenten Differenz. Die Entscheidung hierüber hängt aber mit der Lösung der Frage zusammen, ob die zur Umwandlung beantragte Rechniß unter die Bestimmungen der Artikel 21 und 23 des Ablösungsgesetzes⁹⁾ zu subsumiren sei. Diese Subsum-

⁹⁾ Art. 21; Alle fixen Grundgefälle des Staates der Privaten, der Stiftungen und Kommunen sind unter den nachstehenden Bestimmungen ablösbar. Art. 22. Alle Bodenzinse, für welche ein bestimmtes Kapital rechtsgültig festgesetzt ist, sind durch Baarerlage dieses Kapitals ablösbar. Dieselben werden jedoch von der Ablösungskasse nicht übernommen. Art. 23. Alle übrigen, bereits ihrer Natur nach ständigen, oder nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes fixirten jährlichen Grundabgaben kann der Pflichtige ganz oder theilweise durch baare Erlegung des Ahtzehnfachen ihres jährlichen Betrages jederzeit ablösen. Mit dieser Zahlung hört jeder weitere Anspruch des Berechtigten auf; der

tion durch Ermittlung der Eigenschaft des Gefälles vorzunehmen, ist jedoch lediglich Aufgabe der mit dem Vollzuge des Gesetzes beauftragten Administrativbehörde. — Hierbei ist auch nicht von Einfluß, daß die Verbindlichkeit zur Ablösung des Gefälles beklagterseits bestritten wird, weil das Ablösungsgesetz keineswegs alle, bei dessen Vollzug entstehenden Streitfragen zur civilrichterlichen Entscheidung verwiesen, sondern nur die in Art. 20 speziell bezeichneten Fälle, worunter der vorliegende, wie oben erwähnt, nicht gehört, der Jurisdiction der Gerichte vorbehalten hat.

DAUG. v. 14. Dez. 1855. Nr. 1403⁵⁴/55.

Nachschrift des Herausgebers. Die Art. 19 und 20 des Bobenentlastungsgesetzes, auf welche vorstehende Entscheidung sich stützt, finden sich im Abschnitt III des Gesetzes „Fixirung unständiger Grundlasten,“ und sind auch dem Inhalte nach nur für Fixirungsfälle gemünzt. In obiger Rechtsache handelte es sich aber von Anwendung einer dem Abschnitt IV „Ablösung aller Grundlasten“ angehörigen Gesetzesstelle, nämlich des Art. 29, welcher dem Pflichtigen das Recht ertheilt, statt der Fortentrichtung der jährlichen fixen Renten ein zu 4 pct. verzinsliches von seiner Seite kündbares Bodenzinskapital auf das Achtzehnfache ihres jährlichen Betrages zu bestellen. Daß für Streitigkeiten dieser Kategorie, oder überhaupt in Betreff der Geltendmachung der im Abschnitt IV ertheilten Rechte, die Zuständigkeit der Gerichte ausgeschlossen und eine der Natur der Sache widerstreitende Gerichtbarkeit der Administrativbehörden begründet sei, erhellt aus keinem der den Abschnitt IV bildenden Artikel.

Pflichtige übernimmt zugleich die Grundsteuer von der abgelösten Dominikal-Rente.

2.

Streitigkeiten über die Frage, ob eine Reichniss nach §. 23 des Bodenentlastungsgesetzes zur Ablösung geeignet sei, sind Civilprozeßsachen.

Vgl. S. 113 f., S. 119.

Von einem geistlichen Stift zu A. war im Jahre 1802 dem Spitalverwalter C. zu B. für ihn, dessen zukünftige Ehefrau und mit derselben zu erzielende eheliche Kinder und Erbnehmer in absteigender Linie männlichen und weiblichen Geschlechtes die Ueberfahrt über den Main zu D. mit dem Fahrhause und vier Grundstücken auf beiden Ufern gegen Entrichtung eines jährlichen Kanons von einem Gulden und eines Fuhrs (im herkömmlichen Anschlag von 12 fr.) — zu einer rechten Erbleihe mit dem Vorbehalt der Wiedereinlösung in Veräußerungsfällen verliehen worden. In neuester Zeit wollten die gegenwärtigen Besitzer der Erbleihe den gedachten Erbzins nach §. 23 des Bodenentlastungsgesetzes mit dem 18fachen Betrage (21 fl. 36 fr.) ablösen; von Seite des Stifts wurde aber die Ablösbarkeit bestritten, weil hier keine Grundrente vorliege. Diese Streitsache wurde (gegen die Ansicht der II. Instanz) vom OAB. als Civilprozeßsache anerkannt. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Die rechtliche Eigenschaft irgend eines Gefälles, und vor Allem eines aus dem Lehensverbande abstammenden, ist, sofern rechtliche Folgen davon abhängen, nach bekannten und nie beanstandeten Grundsätzen eine Frage des Privatrechtes: sie betrifft das Recht selbst, seine rechtliche Natur und seinen intensiven und konsekutiven Umfang, und gehört demnach nach Analogie des Art 20 des Bodenentlastungsgesetzes auf den Rechtsweg.

Eben so verhält es sich mit der sich hier weiter darbietenden Streitfrage, ob sich nicht jene Fährde

(resp. die als örtlich fixirtes Privilegium zum ausschließlichen Betriebe eines Gewerbes erscheinende Ueberfahrergerechtsame) wegen des Zusammenhanges mit dem Flusse selbst und den beiden Ufern, von denen sie nicht getrennt werden kann, als eine unbewegliche Sache im Sinne der Gesetze, welche das Sachenrecht und die Eintheilung der Sachenregeln, in Betracht ziehen läßt. Auch diese Frage ist nur aus den Quellen des Privatrechts zu entscheiden..... Das OLG. hat bereits in einem Erkenntnisse vom 7. August 1854 (Nr. 1439^{52/53}.) als Erwägungsgrund aufgestellt, daß, wenn ein lehenbares Realgewerbe nach dem dormaligen Stande der Gesetzgebung einer Liegenschaft in seinen rechtlichen Beziehungen gleichgestellt ist, veräußert und verpfändet werden kann, auch die von demselben für die Verleihung zu entrichtende ständige Abgabe als eine Grundreichniß oder in den Wirkungen derselben gleich kommend gelten und in den rechtlichen Folgen behandelt werden müsse.

Auch der gesetzliche Grund (ratio legis) für die Vertheilung der Kompetenzverhältnisse, wie solche das Ablösungsgesetz vornahm, spricht hier zu Gunsten der richterlichen Zuständigkeit. Die Rechtspflege mit ihren konservativen Bestrebungen, an expropriatorische Richtungen wenig gewöhnt, und ihrer Natur nach sich immer dahin neigend, einen alten Besitzstand zu schützen, sollte nicht als Hemmiß für den Vollzug eines Gesetzes inzwischen treten dürfen, welches darauf abzielte, die alten Feudallasten aufzuheben und den Lehensverband von Grund und Boden und Allem, was dahin zu zählen ist, völlig abzustreifen. Kommt es aber hiebei darauf an, eine Last im Rechtspunkte erst zu konstatiren und vom rechtlichen Standpunkte aus genau zu bezeichnen, um daraus Folgerungen für den Fortgang des Ablösungsgeschäftes abzuleiten, so fällt aller Grund hinweg, um

solche Vorfragen der ordentlichen Kompetenz der Gerichte zu entrücken Wenn ein Streit darüber entstände, ob ein grundbares Gut erb- oder leibrechtswise verliehen sei, wovon nach Art. 15 das Aequivalent für das Obereigenthum abhängt, so können diesen Punkt gewiß auch nur die Gerichte entscheiden, obgleich weder das Recht der Lehensbarkeit noch der Umfang der schuldigen Leistungen, sondern nur die Natur und rechtliche Beschaffenheit des ersteren in Frage steht.

Daß im Reg.-Blatte v. 1853 S. 619 veröffentlichte Erkenntniß des obersterichterlichen Senates für Kompetenzkonflikte (v. 26. April 1853) kann hiegegen nicht in Bezug genommen werden, weil jener Fall wesentlich verschieden war, die Eigenschaft einer Grundabgabe dort als bereits feststehend angenommen wurde, und darin ausdrücklich der Satz aufgestellt ist, die richterliche Kompetenz sei bezüglich solcher Streitfragen nicht beschränkt, von deren Entscheidung es abhängt, ob die Thätigkeit der Administrativbehörden zum Vollzuge des Gesetzes einzutreten habe. Gerade in die Klasse solcher Präjudizialfragen gehört aber diejenige, um welche sich im vorliegenden Falle der ganze eingetretene Zwiespalt der Ansichten dreht.

Die bisherige Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes ist vielmehr mit dieser Ansicht völlig im Einklange. Insbesondere wurden bereits in zahlreichen Fällen ohne den geringsten Anstand Erkenntnisse darüber erlassen, ob eine Abgabe rein persönlich sei, oder ob sie auf Grund und Boden hafte, obwohl der Art. 6 des Ablösungsgesetzes, welcher die rein persönlichen aufhob, gleichfalls nur aus staatswirthschaftlichen Rücksichten hervortrat, und das Gesetz kein Organ besonders bezeichnete, welches an jenem Scheidewege den Ausschlag geben sollte. In allen diesen Fällen konnte weder das ältere Recht selbst

ihnen zustehende gesetzliche Erbrecht in das Vermögen ihres Sohnes für den (wirklich eingetretenen) Fall kinderlosen Absterbens zu Gunsten der überlebenden Ehefrau enthalten ist, für ungültig erklärt, weil dieser Verzicht gegen die Bestimmung der Markgräflisch Ansbach'schen Verordnung v. 4. Aug. 1690 nicht gerichtlich ad protocollum sondern lediglich vor einem Notar (Abb. Macco zu Uffenheim) erklärt worden sei, und es wurde demzufolge die Wittive S. verurtheilt, die Hälfte der Verlassenschaft ihres Mannes an die Kläger herauszugeben.

Die dagegen von der Beklagten gesuchte Revision mußte für begründet erachtet werden. Denn der hier in Streit gezogene Fall kann nicht wohl unter die Vorschrift der oben angezogenen Verordnung subsumirt worden. Es heißt in derselben ausdrücklich¹⁾: „wofern aber die Eltern in Ausheirathung ihrer Kinder kein gewisses Heirathgut bedinget und Ehepacten aufgerichtet, sondern in das gesammte Gut und Blut verheirathen, oder daß auf den bei Lebzeiten der Eltern sich begebenden Todesfall der überlebende Ehegatte den verstorbenen Ehegatten erben soll, mithin alles Anspruches zu ihrer ausgeheiratheten Kinder künftigen Erbschaft und Verlassenschaft sich begeben wollten, . . . so sollen die Eltern in letztgedachten Renuntiationsfällen u. s. w.“

In dieser mehrgedachten Verordnung ist also von einer völligen Entsagung der Eltern bezüglich des ihnen zustehenden Intestaterbrechtes, von einer Begebung alles Anspruches die Rede, und eine solche kann in dem Ehevertrage v. 15. März 1839 nicht gefunden werden. Im §. 3 desselben ist für den Fall kinderlosen Absterbens des einen

1) Vgl. Arnold Beiträge I S. 38 f.

oder andern Eheheiß den nächsten Verwandten desselben ein Rückfall von 1200 fl. bestimmt worden, und im §. 4 der Verzicht der beiderseitigen Eltern auf ihr gesetzliches Erbrecht nach vorgängiger Belehrung über solches mit dem Anhange enthalten, „daß sie sich mit dem bedungenen Rückfalle begnügen wollen.“

Damit war jener Rückfall nicht bloß den Seitenverwandten, sondern auch den Eltern bestimmt, und es erscheint solcher in Ansehung der letzteren als die vertragmäßig auf diese fixe Summe beschränkte Intestaterbportion derselben, oder, was gleichviel ist, als Abfindung der Eltern mit ihren Ansprüchen auf eine künftige Verlassenschaft ihrer Kinder im Falle eines kinderlosen früheren Absterbens der letzteren.

Es ist ohne Belang, daß die so abgefundenen Eltern nicht mehr auf den Grund des ihnen zugestandenem Intestaterbrechtes, sondern ex titulo singulari diese Abfindungssumme dereinst fordern können; das wesentliche und allein entscheidende Moment liegt in der Thatfache, daß der Verzicht der Eltern im Vertrage v. 15. März 1839 gegen eine bestimmte Entschädigung stattgefunden hat. Der Grund der Verordnung v. 4. Aug. 1690 war zweifellos nur die Erfahrung, daß Eltern, die bei und für Ausheirathung ihrer Kinder das Mögliche zu leisten pflegen und nicht selten in der Aussteuer derselben ihre eigenen Vermögenskräfte überbieten, leichtsinnig ihrem Intestaterbrechte auf der Kinder Erbschaft entsagten und dann im Fall eines kinderlosen Todes der letzteren in der Ehe, ihr Vermögen in fremde Hände übergehen sehen mußten, während sie selbst in Dürftigkeit lebten. Dem sollte vorgebeugt werden; darum das Gebot, daß Eltern, welche sich alles Anspruches an der Kinder Erbschaft begeben wollen, solches nur gerichtlich und

nach vorgängiger Belehrung und unter Handgelübde an Eidesstatt zu thun befugt seien. Zwischen dem völligen Aufgeben eines Erbschaftsrechtes und der ver-
 tragsmäßigen Abfindung in Ansehung eines solchen liegt ein dem Begriffe und den Wirkungen nach so wesent-
 licher Unterschied, daß beide unmöglich gleichgestellt werden können, und es muß die Subsumtion des
 substraten Falles unter die Verordnung v. 4. Aug.
 1690 um so mehr Bedenken erregen, als nach der
 Bestimmung des A. P. R. Thl. I Einleit. §. 46
 der Richter einem Gesetze nur den Sinn beilegen
 soll, der aus den Worten und ihrem Zusammenhange
 oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grund des
 Gesetzes hervorgeht.

Daß übrigens die Eltern des G. L. S. be-
 fugt waren, sich mit ihrem Sohne über ihr Intestat-
 erbrecht zu vertragen, darüber kann kein Zweifel be-
 stehen, und ein solches Uebereinkommen liegt hier
 und zwar zwischen Jedem der beiden Verlobten
 einer- und dessen Ascendenten andrerseits vor. Die-
 ser Vertrag erscheint demnach als ein integrierender
 Theil der zwischen den Verlobten selbst über ihre
 Vermögensverhältnisse getroffenen Verabredungen,
 deren Aufnahme, da sie vor vollzogener Ehe statt-
 gefunden hatten, sowohl vor Gericht als vor einem
 öffentlichen Notare rechtsgültig geschehen konnte.
 A. P. G. D. Thl. II Tit. I §. 10 Nr. 5.

D. M. G. v. 23. Sept. 1856. Nr. 850⁵⁵/56.

Gnomic.

Aus kleinen Bügen nimmt der kluge Richter wahr,
 Wo Eigennuß der Sporn, wo guter Glaube war.

Verichtigungen. Im Comment. ii. d. G. D. Aufl. II Bd. I
 S. 183 Note 132 B. 1 statt 1841 lies 1851. — Im Comment.
 a. a. D. S. 184 Note 133 und in den Bl. f. R. R. Bd. IX S. 298
 B. 9 ft. „(855²⁷/38.)“ l. „in S. des I. Fikstus gegen die Kirchen-
 stiftung zu Altsheim.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung. — Mündliches Verhör, durch alle Stadien in einer Tagfahrt zum Endurtheil geführt. Nun erst Verurteilung gegen das Zwischenerkenntnis auf Gibeinstellung. — Verurteilungssumme, wenn das Obergericht auf Zurückweisung wegen Anerkennung des beschwerenden Urtheils erkannt hat. Thatfachen, von welchen die Verurteilungszulässigkeit abhängt, von Amiswegen sonstiger. — Zulässigkeit der Verurteilung gegen die Verurteilung auf die Klage: Kläger habe vorerst gewisse Legitimationsbehalte beizubringen. — Ort der Protesterhebung. —

Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung ¹⁾.

Von Hofrath und Professor Dr. Dollmann.

I.

Für die Beurtheilung des Verbrechens der Fälschung von Privaturkunden ist es in mehr als einer Beziehung von maßgebendem Einfluß, ob dieß Delikt in dem Systeme einer Strafgesetzgebung als ein selbständiges, rein formelles hingestellt ist, wie im römischen und französischen Rechte, so auch jetzt wieder im preussischen Strafgesetzbuche, oder ob dasselbe seine Stelle unter dem Gattungsbegriffe des Betrugs, als eine ausgezeichnete Art des letzteren gefunden hat, wie dieß in dem bayerischen Strafrecht der Fall ist (StGB. I, Art. 166. ²⁾).

In den nachfolgenden Bemerkungen sollen einige Punkte hervorgehoben werden, für deren Würdigung

¹⁾ Lesefrüchte aus Goldammer's Archiv f. d. Preuss. Strafrecht.

²⁾ So auch im sächs. StGB. v. J. 1855, Art. 285. Desgleichen im bayer. Entw. v. 1854, Art. 307, Nr. 9.

die angeregte Verschiedenheit eine durchschlagende Bedeutung hat.

1.

Es ist dieß zuvörderst der Fall hinsichtlich der Beurtheilung der Frage, wann die Vollen- dung des Verbrechens der Fälschung von Privatur- kunden anzunehmen ist.

Ist zu der Vollen- dung der Gebrauch der ge- fälschten Skriptur erforderlich?

Ist dieselbe schon mit dem materiellen Akte der Fälschung — den entsprechenden *dolus* des Fälschers vorausgesetzt — anzunehmen?

Das gemeine Recht nach der in der Doktrin überwiegenden Ansicht ³⁾, und eben so der Code pénal (Art. 147) statuiren die Vollen- dung des Verbrechens der Urkundenfälschung schlechthin mit der Vornahme der Fälschung im materiellen Sinne des Wortes, indem sie darin jenen frevelhaften An- griff auf öffentliche Treue und Glauben finden, in welchem das Wesen der Urkundenfälschung als selb- ständigen Verbrechens enthalten ist ⁴⁾.

Auch auf dem Gebiete des bayerischen Straf-

³⁾ Feuerb. §. 414 und dazu die Note bei Mitter- mayer; — unter Berufung auf L. 8 C. ad l. Corn. de falsis (9, 22): si falsos codicillos ab his, contra quos supplicas, factos esse contendis, non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti: nam illis prodest instrumenti usu abstinere, qui non ipsi falsi machinatores esse dicantur et quos periculo solus usus adstrinxerit. Qui autem compositis per scelus codicillis in severitatem legis Corneliae inciderunt: non possunt defensiones ejus recusando, crimen recusare.

⁴⁾ Das Preuß. StGB. Art. 247 fordert trotzdem es die Urkundenfälschung vom Betrug losgetrennt hat und als besondres selbständiges Verbrechen behandelt, schlechthin einen Gebrauch der verfälschten oder fälsch- lich angefertigten Urkunde zum Zwecke der Fälschung.

rechtes scheint es eine *sententia recepta* zu sein, daß das Verbrechen der Privaturkundenfälschung schon mit der Vornahme der Fälschung als solcher (die subjektiven Erfordernisse des Delikts immer vorausgesetzt) vollendet sei, und daß der Gebrauch der Urkunde nur Einfluß auf die Strafzumessung habe⁵⁾. —

Bei einem genauern Eingehen in Wort und Geist unsres Strafgesetzbuchs möchte sich diese Ansicht nicht als stichhaltig erweisen.

Nach dem bayerischen Strafgesetzbuch ist die Privaturkundenfälschung ein Fall des ausgezeichneten Betrugs, und es müssen somit selbstverständlich auf das Verbrechen des ausgezeichneten Betrugs durch Fälschung von Privaturkunden die allgemeinen Bestimmungen über den Betrug in soweit Anwendung finden, als nicht ausdrücklich etwas andres festgesetzt ist.

Nach dem mit großer Kunst gefaßten Generalartikel über den Betrug⁶⁾ gehört es schlechthin und nothwendig zur Vollenbung dieses Delikts, daß vorsätzlich und wissentlich falsche Thatfachen für wahr ausgegeben oder dargestellt werden; hiezu muß in den Fällen des einfachen Betrugs oder des

5) S. Arnold in den Bl. f. R. u. W. Bd. XIII, S. 198, Not. 67; dann Bd. XII, S. 252 und 253.

6) StGB. I, Art. 256 „Wer, um einen andern in Schaden zu bringen, oder sich selbst einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, wissentlich und vorsätzlich falsche Thatfachen für wahr ausgibt oder darstellt, wahre Thatfachen unerlaubter Weise vorenthält oder unterdrückt, oder auch von fremdem Betrüge, sich selbst zum Vortheile oder einem dritten zum Nachtheile, wissentlich Gebrauch macht, wird wegen vollendeten Betruges bestraft, wenn hieraus entweder ein wirklicher Schaden entstanden oder wenn die betrügliche Handlung mit den in den Art. 265, 266, 269, 270, 271, 278, 280—294 bemerkten beschwerenden Eigenschaften begangen worden ist.“

ausgezeichneten Betrugß ersten Grades. noch eine wirkliche Beschädigung des Getäuschten kommen, während in den Fällen des ausgezeichneten Betrugß zweiten Grades, also namentlich auch bei dem durch die Fälschung von Privaturkunden verübten Betrüge das Erforderniß der Beschädigung hinwegfällt und gleichsam durch das qualifizirende Moment ersetzt wird. Demnach beruht also auch bei dem ausgezeichneten Betrüge durch Urkundenfälschung die Vollendung darauf, daß das Falsche für wahr ausgegeben oder dargestellt wurde. Dazu gehört aber nothwendig eine solche Thätigkeit des Betrügers, durch welche derselbe auf das Erkenntnißvermögen eines andern einwirkt, und somit ist die Vollendung auch des ausgezeichneten Betruges durch Urkundenfälschung bedingt durch eine täuschende Einwirkung auf das sinnliche und geistige Wahrnehmungsvermögen der andern Person, indem nur dadurch das falsche für ächt und wahr ausgegeben und dargestellt wird. Nichts anderes als diese täuschende Einwirkung kann auch nach dem ganzen Zusammenhange des Art. 256 unter der betrüglischen Handlung verstanden werden, welche die Vollendung des Delikts enthalten soll, wenn sie mit einer der bezeichneten erschwerenden Eigenschaften begangen ist. —

Eine solche täuschende Einwirkung und damit die Vollendung des Verbrechens liegt nun Zweifels- ohne immer dann vor, wenn von der gefälschten Skriptur ein öffentlicher Gebrauch zum Zwecke der Täuschung gemacht wird ¹⁾).

Ist sie aber auch schon in dem materiellen

¹⁾ Die Benützung einer falschen Urkunde durch Uebergabe derselben an eine dritte Person zu dem Zwecke, damit sie von dieser dem zu Täuschenden vorgelegt werde, muß dem eigenen Gebrauche gleich stehen. S. Goldammer's Archiv f. preuß. Strafrecht, Bd. IV, S. 212.

Acte der Fälschung, also in der Nachahmung oder Veränderung als solcher enthalten?

Diese Frage läßt sich weder im allgemeinen bejahen noch verneinen, indem hiebei alles auf die Umstände ankommt.

Sehen wir einstweilen noch ab von dem Falle, wenn die Fälschung für den Gebrauch eines andern vorgenommen wird, und nehmen wir an, daß die Person des Fälschers und desjenigen, welcher dadurch eine täuschende Einwirkung auf Andere beabsichtigt, identisch sei, — so kann in der Bornahme der Fälschung als solcher nur dann das für die Annahme der Vollenbung des Verbrechens entscheidende Merkmal, nämlich die täuschende Einwirkung gefunden werden, wenn es nach Maßgabe der Umstände keiner weiteren Thätigkeit des Fälschers mehr bedarf, um das Falsum zur Kenntniß desjenigen zu bringen, welcher dadurch getäuscht werden soll, — wenn das Falsum gleichsam von selbst fortwirkt und ohne das weitere Zuthun des Fälschers die beabsichtigte Täuschung hervorbringt.

Dies ist aber so oft der Fall — als Jemand eine Fälschung an einer im fremden Besitze befindlichen Urkunde vollzieht, da deren Benützung und Geltendmachung von keiner weiteren Thätigkeit des Fälschers bedingt ist. — Wer aus dem Portefeuille eines Bankiers einen Wechsel herausnimmt, verfälscht und wieder hineinlegt; wer in ein fremdes Handelsbuch falsche Einträge macht; wer ein fremdes Privattestament öffnet und fälscht — der hat damit unmittelbar schon etwas Falsches als ächt und wahr dargestellt und ausgegeben, weil er dadurch ohne daß von seiner Seite noch eine weitere vernittelnde Thätigkeit hinzuzukommen braucht, eine täuschende Einwirkung auf andre ausübt.

Wenn dagegen Jemand eine falsche Urkunde macht, um sie selbst zu gebrauchen, oder wenn Je-

mand eine ihm selbst gehörige Urkunde verfälscht, so ist in dieser Handlung als solcher überall eine täuschende Einwirkung auf andere nicht enthalten, und es kann daher auch hierin eine Vollenbung der Privaturkundenfälschung *) nicht gefunden werden. Diese Einwirkung tritt erst ein mit der wirklichen Geltendmachung der falschen Skriptur, also dann, wenn dieselbe der fremden Wahrnehmung zu dem Zwecke unterbreitet wird, um dadurch auf das fremde Erkenntnißvermögen einzuwirken. So lange der Fälscher von der falschen Skriptur keinen Gebrauch macht, befindet er sich in dem Stadium des Versuches, und zwar des entfernten Versuches: er hat sich das Mittel zur Täuschung anderer verschafft, erst mit dessen Anwendung beschreitet er die Stufe des vollendeten Verbrechens. —

Mit dieser aus dem Verhältniß der Privaturkundenfälschung zum Verbrechen des Betruges und aus den allgemeinen Merkmalen des letzteren geschöpften Ansicht steht die spezielle Bestimmung des Gesetzbuches über die Privaturkundenfälschung in keinem Widerspruche. Der Gesetzgeber sagt im Art. 266 *) mit keinem Worte, daß schlechthin in der Vollziehung der Fälschung als solcher die Vollenbung des Verbrechens enthalten sei. Es wäre namentlich ganz willkürlich, die Schlussworte des

*) Anders verhält es sich auch nach bayer. R. mit der Fälschung öffentlicher Urkunden. Diese bildet aber auch ein selbstständiges formelles Verbrechen, Art. 337.

*) „Auf gleiche Weise ist zu strafen V., wer Privaturkunden, als da sind: Testamente, Kontrakte, Schuldscheine, Wechsel, Quittungen, Handelsbücher und dergleichen fälschlich auf fremden Namen ausstellt, oder verfertigt, in einer dergleichen gültigen Urkunde betrüglisch etwas verändert, zusetzt, auslöscht, oder auch von einer falschen Urkunde wissenlich Gebrauch macht.“

Art. 266. „der auch von einer falschen Urkunde öffentlich Gebrauch macht“ auf den Gebrauch der durch einen andern gefälschten Urkunde zu beschränken, und damit die weitere Annahme zu verknüpfen, daß die vorausgehende Zeichnung der verbrecherischen Handlung, u. d. W. „Wer — — auflöscht“ — auf jene Fälle gemünzt sei, wo der Fälscher die eigene Benutzung des Falsum beabsichtigt. Der Art. 266 sagt weiter nichts, als daß die Urkundenfälschung alternative durch die Fälschung im materiellen Sinne des Wortes oder auch durch den öffentlichen Gebrauch des Falschen verschuldet werde, und überläßt somit die Beurtheilung der Frage, wann das eine oder das andere zur Vollenbung genüge, beziehungsweise erforderlich sei, dem durch anderweitige Erwägungen geleiteten richterlichen Ermessen. Für diese Erwägung muß aber der Zusammenhang der Privaturkundenfälschung mit dem Thatungsbegriff des Betruges und den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vollenbung des letzteren überhaupt ohne Zweifel den Hauptanhaltspunkt geben.

In ähnlicher Weise verfährt der Gesetzgeber auch im Art. 265. Hier werden unter den ausgezeichneten Betrügnern zweiten Grades u. a. auch hervorgehoben: „Kaufleute u. s. w., welche die bei ihnen käuflichen Nahrungsmittel durch schädliche Dinge verfälschen.“ — Es wird schwerlich Jemanden einfallen, diese Bestimmung buchstäblich in dem Sinne zu nehmen, daß der Gesetzgeber damit den materiellen Akt der Waarenverfälschung als Vollenbung des Delikts bezeichnen wollte. Zu denjenigen, deren „Betrug mit einer Gefahr für Gesundheit oder Leben Anderer verbunden ist“, was der Art. 265 unter Nr. I als Prinzip voranstellt — gehören die Kaufleute sicher erst dann, wenn sie das Gefälschte als ächt verkaufen und an den Mann zu bringen suchen.

Einen scheinbaren Anhaltspunkt für die Meinung, welche die Vollenbung des Verbrechens des ausgezeichneten Betrugs durch Privaturkundenfälschung schlechthin schon in den materiellen Fälschungssact verlegen will, bieten noch die Ann. Bd. 2, S. 168, Nr. 5. „Das Verbrechen ist durch eine solche Fälschung vollendet, und dem Art. 256 gemäß die Vollenbung vom Erfolg unabhängig.“ — Allein gerade aus dem Nachsatz geht zur Genüge hervor, daß die Anmerk. hinsichtlich der Beurtheilung der Vollenbung des Verbrechens nur ein Moment hervorheben wollen, nämlich jenes, daß zu derselben ein Erfolg nicht nothwendig sei. Daß aber durch jenen kurzen Satz keine Erörterung der Frage nach der Vollenbung des Verbrechens überhaupt beabsichtigt sei, erhellt daraus, daß vom Gebrauch der Urkunde keine Rede ist, während derselbe doch in Betreff desjenigen, welcher die Fälschung nicht selbst vorgenommen hat, jedenfalls eine besondere und selbständige Form der Vollenbung des Verbrechens bildet. Die Anmerk. a. a. O. stellen in der That nichts anderes dar als einen unvollständigen Auszug aus dem Gesetze (Art. 266); sie geben keine Erläuterung des Gesetzes und sind daher für die Entscheidung der angeregten Frage um so weniger von Belang, als sie sich an einer andern Stelle (Bd. II, S. 262 zu Art. 265) ganz anders über die Sache aussprechen. Hier wird vom ausgezeichneten Betruge überhaupt gesagt, daß es genügt, „wenn die betrügerische Handlung an und für sich vollständig geendigt ist, z. B. bei Fälschungen, wenn von der verfälschten Sache oder Urkunde wirklicher Gebrauch gemacht worden (Art. 266).“ —

In der Konsequenz der bisherigen Ausführung wird man auch in der Handlung desjenigen, welcher im Interesse eines Andern die Fälschung (materiell)

vollbringt, keineswegs in allen Fällen das vollendete Verbrechen der Privaturkundenfälschung erblicken dürfen. Die Frage ist in seiner Person nicht anders zu beurtheilen als in der Person desjenigen, welcher für sich selbst die Fälschung vornimmt.

Ist nach den Umständen noch eine auf die Geltendmachung der Urkunde gerichtete anderweitige Thätigkeit nothwendig, so stellt seine Handlung an und für sich nur die wesentliche Beihilfe zu einem entfernten Versuch des ausgezeichneten Betrugs durch Urkundenfälschung dar. — Muß in der Fälschung schon als solcher die täuschende Einwirkung gefunden werden, so qualifizirt sich seine Schuld als die wesentliche Beihilfe zu dem vollendeten Verbrechen der bezeichneten Art ¹⁰⁾.

2.

Mit denselben Ausdrücken, mit welchen Art. 266 des bay. StGB. das Verbrechen des ausgezeichneten

¹⁰⁾ Aus der obigen Darstellung folgt zugleich, daß es nach einer andern Seite hin keine Billigung verdient, wenn einzelne neuere Gesetzbücher schlechtthin den Gebrauch zur Vollendung der Privaturkundenfälschung fordern; so das Preuß. StGB. Art. 247, das neue kgl. Sächsische Art. 285. — Die richtigste Fassung scheint das Hannoverische CrGB. Art. 310 gewählt zu haben: „Der Betrug ist — als vollendet anzusehen, sobald die in betrügerischer Absicht vorgenommene täuschende Handlung beendet ist. — Ob aber zur Beendigung der täuschenden Handlung die wirklich erfolgte Täuschung des Andern erforderlich sei, dies ist nach der Natur jener Handlung zu beurtheilen. Ist insbesondere bei Fälschung einer Urkunde oder anderen Sache die dadurch bezweckte Täuschung erst noch von einer weiteren Thätigkeit des Betrügers abhängig, so wird der Betrug erst hie durch, z. B. durch den von der verfälschten Sache gemachten Gebrauch, vollendet.“ Art. 317, welcher vom Betrug durch Privaturkundenfälschung handelt, entspricht im wesentlichen ganz wörtlich dem Art. 266 des bay. StGB. —

neten Betrugs durch Privaturkundenfälschung kennzeichnet, wird im Art. 293 die Thathandlung bei dem Verbrechen der gerichtlichen Verläumdung durch Urkundenfälschung charakterisirt ¹¹⁾).

Auch hier kann die Vollenbung nur dann angenommen werden, wenn eine täuschende Einwirkung auf das Gericht vorliegt, also wenn die falsche Urkunde dem Gerichte zur Benützung übergeben wird oder, nach Umständen, wenn die bereits in Gerichtshänden befindlichen Aktenstücke verfälscht werden.

Dies geht theils aus dem allgemeinen Sattungsbegriffe des Betrugs hervor, unter welchen das StGB. die Verläumdung stellt, theils aus dem Artbegriff der Verläumdung insbesondere. Die Verläumdung wird im Allgemeinen in Art. 284 definirt als wissentliche und fälschliche Andichtung einer Thatlung, welche in dem StGB. für ein Verbrechen oder Vergehen erklärt ist. In Art. 285 wird sie identifizirt mit „unwahrer Austreuung.“ Als Fälle der gerichtlichen Verläumdung werden der gerichtlichen Verläumdung durch Urkundenfälschung vorangestellt: die gerichtliche Verläumdung durch falsche Denunciation, die durch falsches unbeschworenes, dann die durch falsches eibliches Zeugniß zum Nachtheil des Beschuldigten (Art. 288—291). — Die Ann. (II, S. 318) beginnen ihre Erklärung des Art. 293 mit dem Sage, daß die Urkunden leblose Zeugnisse sind: mehr als genug Beweis dafür, daß im Sinne des Gesetzgebers erst dann die Vollenbung des Verbrechens anzunehmen ist, wenn eine Thatigkeit vorliegt, durch welche die

¹¹⁾ „Wer in einer Untersuchungssache sich einer Fälschung von Urkunden oder des Gebrauchs wissentlich falscher Urkunden schuldig macht, ist nach den Verordnungen wider den Meineid in Strafsachen — zu beurtheilen.“

falsche Urkunde auf die eine oder andere Weise zur Erkenntniß des Gerichts gebracht werden soll ¹²⁾).
(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Mündliches Verhör, durch alle Stadien in Einer Tagfahrt zum Endurtheil geführt. Nun erst Berufung gegen das Zwischenerkenntniß auf Eidesleistung. — Berufungssumme, wenn das Obergericht auf Zurückweisung wegen Anerkennung des beschwerenden Urtheils erkannt hat. That- sachen, von welchen die Berufungszulässigkeit abhängt, von Amtswegen konstatiert.

In einer die Summe von 100 fl. betreffenden Rechtsache erschienen nach angemeldeter Klage beide Parteien in der bestimmten Tagfahrt, und ihre Sache wurde im mündlichen Verhöre ohne Beisein eines Rechtsanwalts verhandelt. Unmittelbar nach beendigter Verhandlung erkannte der Verhörsrichter auf Beweis des Klagegrundes, die Klägerin trat diesen Beweis auf der Stelle durch Urkunden, Er- bleten zum Erfüllungsseide und eventuelle Zuschiebung des Entscheidungsseides an, der Beklagte erkannte die Urkunden zwar als ächt an, bestritt aber, daß ihr Inhalt beweisend sei und daß die Klägerin zum Erfüllungsseide zugelassen werden könne, und accep- tirt den ihm angetragenen Entscheidungsseid. Der Verhörsrichter erkannte unmittelbar darauf der Klä-

¹²⁾ Auch Arnold, Bl. f. R. u. B. Bd. 14, S. 250, nimmt hier die Vollenbung an erst bei „direkter oder indi- rekter Ueberreichung der Urkunde vor Gericht.“ — Das Hannöb. CrGB. Art. 216 fordert „den wif- sentlichen Gebrauch der falschen Urkunde.“

gerin den Erfüllungseid zu, und verkündete dieses Erkenntniß, worüber das Protokoll sagt: „Br. m. eröffnet.“ Nach Unterzeichnung desselben von beiden Parteien fährt das Protokoll fort: „Man hat hlerauf abermals die Sühne, jedoch vergebens versucht, und der Klägerin den Eid abgenommen wie folgt.“ Unmittelbar darauf fällt der Verhörsrichter das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß, so daß Verhandlung, Beweisinterlokut, Erkenntniß auf Erfüllungseid und Endurtheil an einem Tage und in ununterbrochener Reihe sich folgten. Der Beklagte legte sofort durch einen Rechtsanwalt rechtzeitig die Berufung ein, welche ausführte, daß das Zwischenerkenntniß auf Zulassung der Klägerin zum Erfüllungseide unbegründet sei, die Rechtskraft noch nicht beschritten habe, von dem Beklagten als rechtskräftig nicht anerkannt worden sei, daß mithin die Abnahme des Erfüllungseides, sowie das Definitiv-erkenntniß als voreilig sich darstelle. In der Berufungsnebenverantwortung wurde von dem Anwalte der Klägerin die Behauptung aufgestellt, der Beklagte habe sich bei dem Erkenntniße auf Leistung des Erfüllungseides durch die Klägerin beruhigt, und zum Beweise derselben auf das Zeugniß des Verhörsrichters und seines Protokollführers sich bezogen.

Ohne die streitenden Theile benachrichtigen oder vorladen zu lassen, verfügte das kgl. Appellationsgericht die Vernehmung dieser beiden Zeugen, und erließ nach Einlauf des Vernehmungsprotokolles ein dahin formulirtes Erkenntniß: „es werde das Endurtheil der mündlichen Verhörskommission des kgl. Landgerichts N. vom 25. Juli 1855 bestätigt.“ Motiv: der Beklagte habe das Zwischenerkenntniß auf den Erfüllungseid als rechtskräftig anerkannt.

Gegen dieses zweitrichterliche Erkenntniß legte der Beklagte die Berufung an den obersten Gerichtshof ein, und bezog sich dabei zu deren formellen Be-

gründung, da es sich nur von bloß 100 fl. handelte, darauf, daß die 2. Instanz die Berufung nur aus formellen Gründen zurückgewiesen habe, nun aber da, wo die Berufung aus formellen Gründen verworfen worden, die Berufung an den obersten Gerichtshof in Gemäßheit des Plenarbeschlusses desselben vom 13. Decbr. 1839 (N. B. v. 1839. S. 7 u. f.) und des in Band 4, S. 238 dieser Blätter mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisses dann zulässig sei, wenn die Berufungssumme wenigstens 100 fl. betrage. In materieller Beziehung suchte die Berufung Unrichtigkeit der Ansicht der zweiten Instanz, daß der Beklagte dem Erkenntnisse auf Zulassung der Klägerin zum Erfüllungsseid submittirt habe, und die Unstatthaftigkeit der Vernehmung des Richters und des Protokollführers, jedenfalls in der Weise in welcher sie statt gehabt, darzuthun.

Das k. Oberappellationsgericht erließ hierauf unterm 27. Mai 1856 ein Erkenntniß, dahin lautend: „Das k. Appellationsgericht von . . . werde unter Aufhebung dessen Erkenntnisses vom 22. Decbr. 1855 angewiesen, auf die Berufung des Beklagten gegen das Interlokut erster Instanz materielle Entscheidung zu erlassen“, und baute dieses Erkenntniß auf folgende Gründe:

Nach der Protokollarverhandlung des Landgerichts N. vom 25. Juli 1855 wurde der der Klägerin auferlegte Erfüllungsseid vor Ablauf der Berufungsfrist abgenommen. Das Erkenntniß des k. Appellationsgerichts von . . . vom 22. Decbr. 1855, wodurch der Definitivausspruch der ersten Instanz bestätigt wurde, setzt die Rechtskraft des Erkenntnisses auf Erfüllungsseid vor Abnahme des Seides voraus, und zwar nach Inhalt der Entscheidungsgründe beßhalb, weil nach übereinstimmender Erklärung des Instruktionsrichters und des Aktuars (deren Vernehmung in II. Instanz angeordnet wurde) der Beklagte

nach Verfühlung des Bescheides auf Erfüllungsseid, auf Ableistung dieses Eides bestanden, demnach dieses Interlokut anerkannt habe. Diese Annahme beruht jedoch zum Theil auf irriger Auffassung der betreffenden Depositionen, zum Theil auf unrichtiger Schlußfolgerung hieraus. Die Aussage des Instruktionsrichters geht nämlich dahin, der Beklagte habe nach Publikation des Interlokuts auf den Erfüllungsseid allerdings auf dessen Ableistung bestanden, nur habe er erklärt, auch schwören zu wollen. In dieser Erklärung liegt keineswegs ein Einverständnis mit dem gefällten Spruche, sie enthält vielmehr eine entgegenstehende Restriktion, da der Beklagte hiemit aussprach, daß ihm die Ableistung des Erfüllungsseides durch die Klägerin nur dann recht sei, wenn auch er zum Schwure zugelassen werde. Deponent fügt in Betreff dieses Vorbehaltes zwar bei: „was übrigens nach Lage der Akten, nicht stattfinden konnte;“ allein ob der Antrag des Beklagten rechtlich begründet war, ist ohne Einfluß auf die Frage, ob der Bescheid, so wie er erlassen, von ihm anerkannt wurde, und dieß ist nach dem Sinne seiner Erklärung, wie gezeigt, nicht der Fall.

Der zweite Zeuge beschränkt sich auf das Anführen, der Beklagte habe gesagt, er wolle es darauf ankommen lassen, ob sie sich zu schwören getraue; allein der Umstand, daß dieser Zeuge von dem weiteren Beisage nichts erwähnt, ist unerheblich, weil er denselben nicht negirt, während selbst, wenn er dieß thäte und angenommen werden wollte, daß durch diese Deposition die des andern Zeugen aufgehoben würde, die Folge hievon doch immer nur wäre, daß ein Verzicht auf die Berufung als aus den Akten nicht konstatirt, nicht dargethan ist. Ein solcher Verzicht kann zwar durch Worte und Werke erklärt werden, ein stillschweigender Verzicht liegt aber auch nicht darin, daß der Beklagte gegen die Eidesab-

nahme nicht förmlich protestirt hat, da bei der Stellung der Parteien gegenüber dem Instruktionsrichter, besonders bei Gegenständen des mündlichen Verhörs, die Kenntniß und Beobachtung einer solchen Förmlichkeit nicht gefordert werden kann und eine genügende Protestation darin liegt, daß die Unzufriedenheit mit dem seinem Antrage auf Zulassung zum Eide auch seinerseits nicht entsprechenden Aussprüche im Allgemeinen zu erkennen gegeben wurde; diesem nach hätte der Richter zweiter Instanz auf die Berufung gegen das erstrichterliche Interlokut materielle Entscheidung erlassen sollen, und da er dieß nicht gethan hat, so war dessen Erkenntniß als zu vorläufig erlassen aufzuheben und derselbe anzutweisen, diese Entscheidung sofort zu erlassen."

DAÖE. vom 27. Mai 1856 Nr. 887^{55/56}.

(Sind. v. Hohenberger).

Der oberste Gerichtshof hat hier die Frage über die Zulässigkeit der Berufung an denselben dahin beantwortet, daß eine Beschwerdesumme von 100 fl. genüge, wenn das Obergericht das gegen den Ausspruch des Untergerichts ergriffene Rechtsmittel auf Grund angenommener Anerkennung dieses Ausspruchs zurückgewiesen hat, indem diese Zurückweisung als ein vom Obergericht in erster Instanz ergangener Spruch aufgefaßt wurde. Die Statthastigkeit amtlicher Konstatirungen der Art, wie hier vom Obergericht angeordnet worden, ist in vorliegendem DAÖE. faktisch anerkannt. W. R. S.

2.

Zulässigkeit der Berufung gegen die Verfügung auf die Klage: Kläger habe vorerst gewisse Legitimationsbehelfe beizubringen.

Vgl. Kom. u. b. GD. B. IV Aufl. II zu GD. XV §. 3 Noten 13, 31.

In einer Rechtsache, Kirchenbaulast betr., wurde in einem Dekrete auf die Klage die Weisung ertheilt, vorerst, ehe auf die Klage verfügt werden

könne, einen Gemeindebefchluß und den Streitkonsens der Kuratelbehörde beizubringen. Die Beschwerde- führung hiegegen wurde als Judizialberufung zugelassen. Diese Zulassung fußte auf folgenden Erwägungen: Die vorliegende Beschwerde läßt sich nicht als Extrajudizialbeschwerde ansehen. Advokat G. hat Namens der in der Vollmacht vom 7. Nov. 1855 unterschriebenen Parochianen Klage wider den Egl. Fiskus gestellt, also den Prozeßweg bereits eingeschlagen, und wenn nun das zuständige Prozeßgericht von den Klägern fordert, daß sie vorerst noch einen Gemeindebefchluß und den Streitkonsens der Kuratelbehörde beizubringen hätten, ehe auf ihre Klage verfügt werden könne, so liegt darin gewiß eine in via et ordine processus ergangene Verfügung, weil ja den Klägern dadurch die selbstständige Befugniß zur Klagestellung abgesprochen ist. Der appellationsgerichtliche Bescheid vom 25. April 1856 steht einer Abweisung der Klage angebrachtermaßen oder zur Zeit ganz gleich, und die Beschwerde dagegen subsumirt sich ganz zweifellos unter die gesetzliche Bestimmung §. 52 Nr. 1 des Prozeßgesetzes v. 17. Nov. 1837. Daher ist die anher gebrachte Beschwerde als eine wirkliche Appellation anzusehen und deren Zulässigkeit um so weniger zu beanstanden, als eine Verwahrung wider das gravirliche Dekret nach Maßgabe des §. 51 Abs. 2 des erwähnten Gesetzes hier selbstverständlich den Klägern völlig nutzlos wäre.

DAWkten Nr. 1137⁵³/₅₆.

3.

Ort der Protesterhebung.

Das Egl. Wechsel- und Merkantil-Appell.-Gericht zu Freysing ist in einer neueren Entscheidung v. 2. März l. J. von seiner früheren Ansicht zurückgekommen, und hat nun die im heurigen Erg.-Bl. Nr. 1 ausgeführte adoptirt. Näher wird folgen.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung. — Justiz- oder Verwal-
tungs-Sache. Gluk-Korrekturen. — Wiederaufhebung der Kuratel über
einen Verschwenker. Beschwerderecht des Kuranden. — Zur Lehre
vom Einlösungsgeld. — Erbschaftsfall. Verpflichtung des Käufers,
den gegen den Erben eingeleiteten Prozeß zu übernehmen. — Wechsel-
arrest gegen Frauen. — Ome.

Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung.

Von Hofrath und Professor Dr. Dollmann.

(Fortsetzung.)

3.

Ebenfalls durch die Stellung der Privaturkundenfälschung im Systeme der Delikte ist die Beantwortung der weiteren Frage bedingt, ob es für den Thatbestand des Verbrechens wesentlich sei, daß die durch die Fälschung beabsichtigte Täuschung dasjenige Rechtsverhältniß betreffe, für dessen Beweis die Urkunde von Erheblichkeit ist, oder ob auch dann der Thatbestand gegeben sei, wenn die beabsichtigte Täuschung ihre Richtung auf die Rechte Dritter hat, für welche die gefälschte Urkunde ohne direkte Beziehung ist.

Wird die Privaturkundenfälschung als selbstständiges Verbrechen gefaßt, so kann die Fälschung nur in Bezug auf dasjenige Rechtsverhältniß verstanden werden, für dessen Beweis sie erheblich ist; das Verbrechen ist nur vorhanden, wenn die Fälschung einen Einfluß auf das in der Urkunde nieder-

gelegte Rechtsverhältniß bezweckt, aber nicht, wenn der Verfälschung oder Benützung der falschen Urkunde nur die Absicht zu Grunde liegt, dadurch auf ein außerhalb des Bereichs der Urkunde selbst liegendes Verhältniß einzuwirken.

Denn der Aufstellung der Privaturkundenfälschung als eines selbstständigen Delikts liegt keine andere ratio legis zu Grunde, als die Gewähr der Unantastbarkeit eines wichtigen, manchmal einzigen Beweismittels, als die Sicherung des Privatrechtsverkehrs wie des gerichtlichen Beweisverfahrens gegen betrügerische, rechtsgefährdende Einwirkungen auf die Urkunden und den Beweis, den dieselben bewirken. Von diesem Standpunkte aus kann das Strafgesetz eine Urkundenfälschung nur dann annehmen, wenn durch die Fälschung auf das in der Urkunde enthaltene Rechtsverhältniß selbst eingewirkt werden will; der Gesetzgeber bezweckt zunächst und vorzugsweise den Schutz desjenigen Betheiligten, dessen Rechte oder Verpflichtungen durch die Urkunde bewiesen werden sollen¹³⁾.

Im entgegengesetzten Sinne ist die angeregte Frage da zu entscheiden, wo die Privaturkundenfälschung im Gesetzbuch nur als Erschwerungsgrund des Betrugs hervorgehoben ist. — Hier ist der Betrug, d. h. die auf Benachtheiligung eines anderen abzielende Täuschung das primäre, die Urkundenfälschung ist das sekundäre Moment; die Fälschung kommt hier lediglich in Betracht als das Mittel des Betrugs, welches wegen seiner präsumtiven stärkeren Einwirkung auf das Erkenntnißvermögen des Getäuschten besonders gefährlich ist und daher eine er-

¹³⁾ So hat das Obertribunal zu Berlin in mehreren Fällen entschieden; auf dem Boden des preuß. Strafrechts ohne Zweifel richtig. Goldammer Arch. IV, S. 524.

höchste Strafbarkeit des Betrugs begründet. Ob die durch die Fälschung der Urkunde beabsichtigte Täuschung sich auf das in der Urkunde vorgetragene Rechtsverhältniß selbst bezieht oder nicht, muß hienbei gleichgültig sein, da auch in dem letzteren Falle die falsche Skriptur der beabsichtigten Täuschung Vorschub leisten soll.

Der Thatbestand des Verbrechens des ausgezeichneten Betrugs durch Urkundenfälschung hat zwei Elemente: täuschende Einwirkung, um einen Anderen in Schaden zu bringen oder sich selbst einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen; dann Fälschung einer Privaturkunde oder Gebrauch einer gefälschten Privaturkunde, in der Absicht den Betrug dadurch herbeizuführen (Art. 256, 266). Auch hienach kann es somit, wie die Ann. II S. 268 richtig bemerken, nicht darauf ankommen, ob eben der andere, dessen Name mißbraucht oder dessen Urkunde verfälscht wird, oder ob ein Dritter beschädigt werden soll und unser oberster Gerichtshof hat bereits in mehreren Fällen diese richtige Ansicht zur Geltung gebracht¹⁴⁾.

Als ein Korollarium mag noch hervorgehoben werden, daß nach unserem StGB. eine strafbare Urkundenfälschung ohne Zweifel auch dann vorhanden ist, wenn die falsche Urkunde auf den Namen einer gar nicht existirenden Person ausgestellt wurde, weil

¹⁴⁾ Entschieden, daß die Vorlage einer falschen Schätzungsurkunde zum Behufe der Eintragung einer Hypothek als Privaturkundenfälschung nach Art. 266 strafbar sei. — Eben so, daß der Thatbestand des Verbrechens der Privaturkundenfälschung dann gegeben sei, wenn falsche Schuldscheine zu dem Zwecke gebraucht werden, um dadurch das in betrügerischer Absicht gemachte falsche Vorgeben über Vermögensbesitz, über ein näheres Verhältniß zu dem Aussteller des Schuldscheins glaubwürdig zu machen. Zeitschr. f. Ges.-Rech. u. Off. d. R. Bayern II, 295; III, 70.

auch solche Urkunden zur Ermöglichung oder Unterstützung falscher Vorspiegelungen gebraucht werden können¹⁵⁾. Nach preuß. R. ist hier eine Urkundenfälschung eben so entschieden nicht anzunehmen, weil die nothwendige Voraussetzung des Thatbestandes des Delikts, Beziehung der Täuschung auf das durch die Urkunde bekundete Rechtsverhältniß bei der Nichtexistenz der unterschriebenen Person nicht gegeben ist.

4.

Auch für den Thatbestand des im Art. 257 unseres StGB. unter dem Gattungsbegriffe der Beeinträchtigung fremder Rechte durch Betrug aufgestellten Delikts der Unterdrückung gültiger Urkunden zum Nachtheil eines Anderen muß die genauere Abgränzung aus den allgemeinen Merkmalen des Betrugs geschöpft werden.

Demnach ist die Unterdrückung gültiger Urkunden, worunter nach dem vom Art. 267 in Bezug genommenen Art. 257 des StGB. insbesondere die Verheimlichung, Vernichtung und Unbrauchbarmachung von Dokumenten zum Nachtheile der Rechte eines anderen verstanden ist, nur dann als Betrug aufzufassen, wenn der Zweck der Unterdrückung eine rechtswidrige Täuschung war, wenn dem anderen dadurch rechtswidrig ein Beweismittel vorenthalten oder entzogen werden soll, um auf diese Weise auf den Beweis eines Rechtsverhältnisses einzuwirken. Ob der Thäter durch diese Unterdrückung ein gegen ihn selbst zu gebrauchendes Beweismittel beseitigen will, oder ob er einem Dritten ein auf dessen Rechte bezüglicheres Beweismittel zu entziehen bezweckt, welches gar keinen Gebrauch gegenüber dem Thäter selbst gestattet, ist hiebei eben so gleichgültig, als

¹⁵⁾ So entschieden Zeitschr. II, 299. Vgl. auch Arnold in Bl. f. R. u. L., S. 75; XIII, S. 196.

der Umstand, ob die unterdrückte Urkunde dem Thäter selbst oder einem anderen zugehört. — Wer eine ihn verpflichtende Schulurkunde des A vernichtet oder unterdrückt, um seine Schuld mit Erfolg bestreiten zu können, fällt eben so unter Art. 267 als wer die Urkunde beseitiget, worauf der Besitzer seine Ansprüche gegen den C gründet. — Eben so fällt nicht nur derjenige unter den Artikel, welcher das Abelsdiplom seines Feindes, dessen Abel in Zweifel gezogen wird, vernichtet, weil zwischen ihm und diesem anderen das Recht auf den Genuß einer Präbende streitig ist und die Entscheidung dieses Streits davon abhängt, ob der andere seinen Abel beweisen kann, sondern gerade so, wer aus Haß jenes Abelsdiplom vernichtet, um seinem Feind den Beweis seines Abels überhaupt abzuschneiden ¹⁶⁾).

Liegt der Unterdrückung einer fremden Urkunde irgend eine andere als die oben bezeichnete rechtswidrige Absicht zu Grunde, so kann je nach der Beschaffenheit der letzteren der That der Entwendung, der Amtsuntreue, der Eigenthumsbeschädigung, — in keinem Falle aber der des Art. 267 begründet sein. —

Nach den Anm. II, §. 269 Nr. 4 scheint auch die Unterdrückung von Urkunden, welche sich auf den Beweis von Personenrechten beziehen, unter den Art. 269 subsumirt werden zu sollen. Allein da es in solchen Fällen auf den Erfolg eines Schadens nicht ankommen hat, die Strafe des gemeinen Betrugs sich aber nach der Größe der Vermögensbeschädigung richtet, so ist jene Subsumtion unmöglich, und daher der Art. 267 auf solche Urkunden zu beziehen, durch deren Unterdrückung eine Beschädigung am Vermögen beabsichtigt ist ¹⁷⁾).

¹⁶⁾ Goldammer II. 648.

¹⁷⁾ Vgl. auch Bl. XI, §. 235, XII, §. 354.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Justiz- oder Verwaltungssache. Fluß-Korrektion.

Auf Anordnung der Kreisregierung wurde in der Nähe von Nürnberg zur Regulirung des Pegnitzflusses ein Durchstich vorgenommen, wozu die Kosten theils von den theilhaftigen Eigenthümern mehrerer Wasserwerke, theils von der Stadtgemeinde, theils durch freiwillige Subskription aufgebracht wurden. Auch das Staatsbäuer sagte einen Beitrag zu. Ueber die Erwerbung des erforderlichen Areals wurde in einer vor dem Stadtmagistrate gepflogenen Verhandlung mit den betreffenden Grundeigenthümern ein gütliches Abkommen getroffen, wobei die über die Ausführung des Werkes gefertigten Pläne und Kostenanschläge zu Grunde gelegt wurden. Einer dieser Grundeigenthümer behauptet nun, daß der Durchstich nicht in der gehörigen Art ausgeführt, insbesondere die Dämme nicht tüchtig hergestellt worden seien; er erhob deshalb gegen den Stadtmagistrat und die Werkbesitzer, auf den Grund des mit denselben abgeschlossenen Vertrages, Klage auf dauerhafte Herstellung der Ufer des Durchstiches, so weit sie sein Eigenthum berühren. Die beiden unteren Instanzen erkannten auf Abweisung dieser Klage, weil es sich hier lediglich um den mangelhaften Vollzug einer Anordnung der Verwaltungsbehörde handle, die angerufenen Verhandlungen überdies keine Zusage der Beklagten an den Kläger und die übrigen theilhaftigen Grundeigenthümer in Betreff der Herstellung der Dämme und Uferbauten enthielten, und der Durchstich nicht als ein Unternehmen einzelner Privaten, namentlich der Beklagten, zu betrachten, sondern im öffentlichen Interesse von der Regierung angeregt und von derselben in der durch

die Beiträge, welche von verschiedenen Seiten zusammen gebracht worden, ermöglichten Ausführung überwacht worden sei, wonach sich die Sache zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden eigne. Der oberste Gerichtshof erachtete die angeführten Verhältnisse nicht für genügend, um dem Kläger den Zutritt zum Rechtswege zu verschließen. Diese Entscheidung ist in folgender Weise motivirt.

Bei der Beurtheilung der Natur eines klagbar geltend gemachten Anspruches und der durch dieselbe bedingten Zuständigkeit der Gerichte kommt es vor Allem auf den Standpunkt an, von welchem der Kläger zur Begründung des Anspruches ausgeht. Legt er diesem ein civilrechtliches Verhältniß zu Grunde, so ist eine Justizsache gegeben, wenn gleich jene Grundlage die daraus abgeleiteten Schlußfolgerungen und Anträge entweder im Allgemeinen oder dem in Anspruch genommenen Beklagten gegenüber nicht rechtfertigen sollte. Die vorliegende Klage wird auf ein, nach der Behauptung des Klägers durch die vom Magistrate zu N. am 19. April, 3. Mai und 1. Juli 1818 gepflogenen Verhandlungen zwischen dem Kläger und anderen Grundbesitzern einerseits und der durch den Magistrat vertretenen Stadtgemeinde Nürnberg und den beklagten Werkbesitzern andererseits abgeschlossenes Rechtsgeschäft gegründet, aus welchem der Kläger die Verpflichtung der Beklagten ableitet, den — nach jenen Verhandlungen projektirten Pegnigdurchstich, zu welchem er einen Theil seiner Wiesen käuflich abgetreten hat, vollständig in's Werk zu setzen, und die Ufer, so weit der Durchstich sein Eigenthum berührt, in dauerhafter Weise auf ihre Kosten herzustellen. Dieser Ausspruch ist rein civilrechtlicher Natur. Es wird bei der Prüfung desselben allerdings zu untersuchen sein, ob jene Verhandlungen das behauptete obligatorische Verhältniß begründen, ob insbesondere

der Anspruch auf die fragliche Uferbefestigung daraus hergeleitet werden kann, namentlich im Betreff der behaupteten vertragmäßigen Verpflichtung der Stadtgemeinde und der Werksbesitzer, ob die Klage nicht auf das k. Aerar als mitverpflichtet ausgedehnt werden müsse ic. Diese Gesichtspunkte, sie mögen zu Gunsten oder zum Nachtheil des Klägers entschieden werden können, dürfen aber nicht, wie in dem Erkenntnisse der vorigen Instanz geschehen ist, zum Ausgangspunkte bei der Beurtheilung der Kompetenzfrage genommen werden, die Gerichte können vielmehr nur nach Verwerfung der foribeklinatorischen Einrede auf die Prüfung und Entscheidung derselben eingehen.

Diese Auffassung der Sache ist durch den Umstand nicht ausgeschlossen, daß der fragliche Pegnitzdurchstich als ein nicht nur im Interesse der unmittelbar dabei Betheiligten, sondern selbst durch Rücksichten höherer Ordnung gebotenes Unternehmen von der k. Kreisregierung angeordnet und geleitet wurde. Der Kläger ist zur Theilnahme an dem Unternehmen selbst nicht beigezogen worden, und ist daher allen Beziehungen und Verpflichtungen fremd, welche in Folge dieser administrativen Behandlung des Gegenstandes in das Bereich der Entscheidung der Verwaltungsbehörden fallen mögen; er steht dem Unternehmen lediglich als Verkäufer, in einem civilrechtlichen Verhältnisse gegenüber.

Solche Verhältnisse sind ihrer Natur nach von der Entscheidung jener Behörden ausgeschlossen, wie denn auch die neue Gesetzgebung über das Wasserrecht, so eingreifende Befugnisse sie den Verwaltungsbehörden einräumt, doch überall die Gränzlinie der Civilrechtsverhältnisse festgehalten und den Gerichten die Entscheidung der dahin gehörigen Streitigkeiten zugewiesen hat.

Gesetz über die Benützung des Wassers vom

28. Mai 1852: Art. 7, 13, 15, 18, 33, 47, 50, 54, 59, 60, 68, 69, 72, 76.

Gesetz über den Uferschutz von demselben Tage:
Art. 1, 2, 7, 10, 22.

Vgl. Seuffert Comment. zur G.D. Bd. I.
S. 223.

DAAG. vom 16. Januar 1857. Nr. 575⁵⁵/₅₆.
M.

2.

Wiederaufhebung der Kuratel über einen Verschwender.
Beschwerderecht des Kuranden.

(Bayer. Landr.)

Einem wegen Verschwendung Interdizirten wurde die Befugniß abgesprochen, gegen die Verweigerung der von ihm beantragten Wiederaufhebung der bestellten Kuratel selbstständig Beschwerde zu erheben. Der oberste Gerichtshof spricht sich hierüber folgenbermaßen aus:

Nach der Bestimmung des bayerischen Landesrechtes Th. I Kap. VII §. 37 Nr. 2 soll die über einen Verschwender verhängte Kuratel nur so lange continuirt werden, bis wahrscheinliche Hoffnung zur Besserung desselben vorhanden ist. Von wem der Anstoß zur Wiederaufhebung der Kuratel zu geben sei, sagt das Gesetz nicht.

Es ist kein Zweifel, daß das Gericht, so wie bei der Anordnung der Kuratel, auch hier von Amtswegen einzuschreiten befugt sei; ebenso steht es dem aufgestellten Kurator und den Verwandten des Kuranden zu, das Gericht von der Aenderung der Sachlage in Kenntniß zu setzen. Die Befugniß, auf den Nachweis seiner Besserung die Aufhebung der Kuratel zu verlangen, kann aber auch dem Kuranden selbst nicht versagt werden, so wie das Recht der Beschwerdeführung an die höhere

Kuratelbehörde, wenn seinen Anträgen nicht entsprochen wird.

Allerdings verliert der Verschwenker durch die Stellung unter Kuratel im Allgemeinen das Recht, sich selbst vor Gericht zu vertreten, er tritt nach der angeführten Bestimmung, Nr. 1, in die Stellung eines Minderjährigen, und seine ohne die Zustimmung des Kurators vorgenommenen Rechtshandlungen sind nichtig.

Vgl. Anmerk. ad l. cit. Nr. 3.

Das Auftreten des Kuranden hat aber hier kein Rechtsgeschäft zum Gegenstande, welches in das Gebiet der Verwaltung des aufgestellten Kurators fiele, es richtet sich vielmehr gegen die Grundlage des Kuratelverhältnisses selbst und es liegt kein Grund vor, dem Kuranden unmittelbares Gehör, so wohl vor dem ersten, als vor dem höheren Richter zu verschließen, wenn er behauptet, die Voraussetzung seiner Interdiction sei jetzt hinweggefallen und er müsse deshalb in den Vollgenuß seiner persönlichen Rechte wieder eingesetzt werden. In Betreff solcher rein persönlichen Verhältnisse hatte schon das gemeine Recht dem Kuranden die Befugniß zugestanden, selbstständig zu handeln, ohne an die Zustimmung des Kurators gebunden zu sein.

Vgl. Glüß, Erläut. der Pand. B. 30 S. 222.

DAÖE. vom 4. Nov. 1856. Reg.-Nr. 1673^{55/56}.
M.

3.

Zur Lehre vom Einlösungsrecht.

a) Vom Regreß an den Schuldner von Seite des Hypothekgläubigers, der das Einlösungsrecht ausübt.

Unter dieser Ueberschrift ist in den Bl. f. RA. B. 18 S. 72 u. folg. eine mit einer Nachschrift begleitete oberstrichterliche Entscheidung mitgetheilt, in-

haltlich welcher durch die Ausübung des Einlösungsrechtes seitens des Hypothetgläubigers dessen Forderung (so weit ihr Betrag das Meistgebot übersteigt) nicht als getilgt erscheint.

Es liegen nun zwei weitere oberstrichterliche Urtheile vor uns (das Eine vom 8. April 1856, Reg.-Nr. 839⁵³/₅₄ das Andere vom 25. Nov. dess. Jß. Reg.-Nr. 227⁵⁵/₅₆) welche sich über die Frage ganz in gleichem Sinne aussprechen. Aus den Motiven des letzteren entnehmen wir, was folgt:

Werden die §. 49, 63, 69 des Entwurfes des Hypoth.-Ges. vom Jahre 1819, die §. 60, 64, 65 des Entwurfes des Hyp.-Ges. und §. 20 des Entwurfes der Priorit.-Ordn. von 1822, die Ständeverhandlungen hierüber und §. 50, 64, 65 des Hyp.-Ges. und §. 20 der Pr.-Ordn. vom 1. Juni 1822 mit einander verglichen, so geht daraus klar hervor, daß der das Einlösungsrecht ausübende Hypothetgläubiger lediglich das Meistgebot zu entrichten hat, und ihm, so ferne er hieraus nicht oder nur theilweise bezahlt werden kann, seine Rechte gegen den vorbehalten bleiben, welcher als persönlicher Schuldner oder aus anderem Rechtskittel zu haften hat.

Nach den ausdrücklichen Worten des §. 63 des Entwurfes v. J. 1819 wurde die Vorschrift beabsichtigt: der das Einlösungsrecht ausübende Gläubiger sollte das versteigerte Gut an Zahlungsstatt zu erwerben haben.

Dieses wurde in den §. 64 des neuen Entwurfes vom Jahre 1822 nicht wieder aufgenommen, sondern an deren Stelle gesetzt: Jeder Hypothetgläubiger, welcher dadurch (den Hinschlag um's Meistgebot) seine Forderung ganz oder theilweise verlieren würde, kann verlangen, daß ihm das versteigerte Gut um das geschätzte Meistgebot hingerichtet werde.

Der k. Staatsrath und ständische Regierungskommissär v. Gönner zeigte in seiner Rede die Nothwendigkeit zweckmäßiger Bestimmungen über den Hinschlag der Güter bei Zwangsversteigerungen, — — — und hob hervor, daß nun das jus delendi nur noch in den seltenen Fällen eintreten werde, in welchen sich kein Käufer melde.

In diesem Sinne billigten die Stände den Entwurf und in diesem Sinne sind die einschlägigen Normen geltendes Recht. Ein Anderes ist auch in v. Gönner's Kommentar Bd. I S. 531 §. III u. f. nicht erörtert.

Demgemäß ist aus §. 64 Abs. 2 des Gesetzes nicht zu entnehmen, daß die von Ausübung des Einlösungsrechtes zu hoffenden Vortheile als Ersatz des dem Einlöser drohenden Verlustes gelten sollten. — — — Freilich kommt dieser Gedanke auch S. 536 des Kommentars vor, und es ist dessen Richtigkeit nicht zu bezweifeln, wenn der einlösende, unvollständig befriedigte Gläubiger eine Zahlung beim persönlichen Schuldner nicht erlangen kann; allein der Annahme, daß sich der Gläubiger unter allen Umständen durch das erlangte Gut für befriedigt anzusehen habe, stehen das Gesetz und die übrigen Erörterungen des Kommentars entgegen.

Zu läugnen ist nicht, daß das Einlösungsrecht — — — das schuldnnerische Interesse aus mehreren Gründen gefährdet, es ist jedoch die Forderung nicht zu billigen, daß dem Schuldner für diese Gefährdung eine Ausgleichung dadurch zu Theil werden sollte, daß sich der einlösende Gläubiger als bezahlt ansehen müsse. Das Einlösungsrecht ist überhaupt nicht zum Vortheile des Schuldners eingeführt, ihn vorzüglich treffen die es begleitenden Gefährdungen, es können aber auch die Gläubiger empfindlichst davon betroffen werden. Bei Gestattung des Einlösungsrechtes mußten dem Gesetzgeber

die daraus möglichen Nachtheile vorschweben. Da er sie nicht beachtete, ist es nicht Sache des Richters hieran zu ändern.

b) Vom Regreßrecht des Einlösers trotz Deckung seiner Hypothekforderung durch Weiterverkauf des eingelösten Anwesens.

Auch diese Frage unterwirft das erwähnte Erkenntniß vom 26. Nov. 1856 einer genauen Würdigung. Zur Bezeichnung des Standpunktes im Allgemeinen auf die vorstehenden Entscheidungsgründe verweisend, fährt dasselbe — der zu entscheidenden Frage näher tretend — im Wesentlichen fort:

Der einlösende Hypothekgläubiger kann verlangen, daß ihm das ersteigerte Gut um das Meistgebot zugeschlagen werde. Er ist mit Ausnahme der ihm in §. 64 Abs. 5 gemachten weiteren Auflage nur schuldig, das Meistgebot zu erlegen, und erlangt dafür weder die Aktivvermögensmasse des Schuldners noch übernimmt er dessen Schulden. Das Meistgebot ausschließlich erscheint daher als der Preis für das versteigerte Gut für den einlösenden Gläubiger wie für alle Betheiligte. — — — Der einlösende Gläubiger tritt an die Stelle des Meistbietenden, kauft daher das versteigerte Gut und sein Kauf ist ein Geschäft auf Wag und Gefahr. Er hat allen Vortheil wie Nachtheil auf sich zu nehmen, und ist nicht verbunden, am errungenen Vortheil Jemanden Antheil nehmen zu lassen, so wie er erlittenen Nachtheil nur sich beimesseu und sich wegen desselben an Niemanden halten kann. Ist ein Hypothekgläubiger der Meistbietende und wird das Einlösungsrecht nicht ausgeübt, so bleiben diesem seine Rechte wider den persönlichen Schuldner vorbehalten, wenn er mit seiner Forderung aus dem Meistgebot nicht bezahlt wird; weshalb dieser Gläubiger besser als der Einlösende bedacht sein sollte, läßt sich nicht

absehen. Das Gesetz wollte nicht verordnen, daß der Einlöser den Schuldner an einem Gewinne Antheil nehmen lasse, und hat daher darüber geschwiegen. Nach seiner Tendenz sollte durch jeden Hinzschlag — — — die Exekution, so weit sie durch die öffentliche Versteigerung des Hypothekenobjectes zu geschehen hat, geendet und aller Streit darüber ein für allemal abgeschnitten sein, welcher über die Folgen davon entstehen könnte, wenn der Einlöser späterhin einen höheren Preis erzielen würde.

Eine Unbilligkeit wäre es allerdings, wenn das Gut ohne Verbesserung alsobald um einen höheren Preis verkauft würde, der Gläubiger aber um das aus dem Meistgebot nicht Erlangte den Schuldner weiter belangen wollte; es ist jedoch deshalb das Gesetz nicht anders anzuwenden als wie es gegeben ist.

Der dem Beklagten auferlegte Beweis, daß Kläger das eingelöste Anwesen um 1800 fl. verkaufte, ist demnach nicht statthaft, sondern gleich für Kläger zu erkennen. e.

4.

Erbschaftskauf. Verpflichtung des Käufers, den gegen den Erben eingeleiteten Prozeß zu übernehmen.

Der Gläubiger einer Erbschaftsmasse hatte gegen den Erben Klage auf Zahlung einer Schuldforderung erhoben. Im Laufe des Prozeßes brachte er in Erfahrung, daß der Beklagte gestorben sei, und daß derselbe längst die Erbschaft an einen Dritten verkauft habe. Gegen diesen erhob nun der Gläubiger den Anspruch auf Uebernahme des eingeleiteten Prozeßes. Der oberste Gerichtshof erachtete diesen Anspruch aus folgenden Motiven für unbegründet:

Während das römische Recht dem Erbschaftsgläubiger kein Klagerrecht gegen den Käufer der Erb-

schaft einräumt, soferne sich dieser nicht freiwillig auf die Klage einläßt: — *excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest*;

C. 2 de heredit. vendita (4, 39) C. 2 de pactis (2, 3); vgl. Glück, Erläuterg. der Pand. B. 16, S. 375; Seuffert Pand.-Recht B. 3 §. 584; Kreittmayr, Anmerk. zum bayr. W. Thl. IV, c. 4 §. 7 lit. k —

stellt allerdings das bayr. Landrecht

Thl. IV, c. 4 §. 7 Nr. 9

(übereinstimmend mit dem preuß. Landrechte Thl. I lit. 11 §. 463 u. f.) den Erbschaftsgläubigern frei, ob sie den Käufer oder den Verkäufer der Erbschaft um ihre Forderungen belangen wollen. Allein dieses gesetzliche Wahlrecht hat keineswegs die Folge, daß, wenn der Gläubiger seine Befriedigung von dem Erbschaftsverkäufer verlangt hat, der Prozeßverhandlung gegen diesen letzteren eine Geltung gegenüber dem Käufer der Erbschaft zugeschrieben werden könnte. Die Annahme einer Vertretung des Einen durch den Anderen ermangelt vielmehr alles rechtlichen Anhaltes; jeder von Beiden steht selbstständig dem Gläubiger gegenüber und kann in seiner Rechtsvertheidigung am wenigsten durch die prozeßualen Vortheile, welche, wie im vorliegenden Falle, dem Kläger durch eine mangelhafte Rechtsvertheidigung des anderen Verpflichteten erwachsen sein mögen, benachtheiligt werden ¹⁾).

¹⁾ Anders würde sich die Sache gestalten, wenn die Belastung der Erbschaftsmasse mit der Forderung des Klägers schon vor dem Verkaufe gegen den Erben rechtskräftig festgestellt worden wäre. Nach dem Grundsatz: *nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habet*, erhielt der Käufer das Vermögen nur mit den darauf haftenden Lasten. Bis zur Uebertragung an den Käufer war der Erbe Eigenthümer und legitimer Vertheidiger des Vermögens; die Ansprüche

Will daher Revident seine Ansprüche an die verstorbene M. gegen den Käufer der Erbschaft seiner Schuldnerin geltend machen, so kann dieses nur im Wege einer selbstständigen Klage gegen denselben und nicht durch die Zumuthung geschehen, daß er den gegen den Erben begonnenen Prozeß übernehme.

Der eingetretene Tod des Beklagten ist hiebei ohne allen Belang, da L. diesen nicht beerbt hat, noch auf andere Weise sein universeller Rechtsnachfolger geworden ist. —

DAßErk. vom 27. Dezbr. 1856 Nr. 540^{ss}/₅₆.
M.

5.

Wechselarrest gegen Frauen.

Nach Art. 2 der A. D. W.D. ist der Wechselarrest nicht zulässig gegen Frauen, wenn sie nicht Handel oder ein anderes Gewerbe treiben. Bei dieser Ausnahme ist vorausgesetzt, daß ein Zusammenhang zwischen dem von der Frau betriebenen Geschäft und der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung stattfinde. Liegt im einzelnen Falle als zweifellos vor, daß bezüglich der ausgeklagten Wechselforderung ein solcher Zusammenhang nicht obwalte, so kann die Ausnahme keine Anwendung finden.

Vgl. Erk. des AG. zu Dresden, v. 9. Jänner 1856 im Wochenblatt für merkwl. Rechtsfälle, Jahrgang 1856 Nr. 55 S. 439.

Dritter an dasselbe, welche mit ihm ausgefochten wurden, muß daher auch der Käufer gelten lassen.

Gnome.

Gesehe gebend denkt man wohl: was kann gesch'h'n?
Allein nur Gott vermag für Alles vorzuseh'n.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung. — Ueber den Anfang der Einspflanzung des Staates bei der Uebernahme unständiger Grundstücke. — Entschädigungsanspruch wegen Waarenverderbs auf der Eisenbahn. Wem steht er zu? Wiefern auch dem Adressaten? — Voraussetzung der Klage auf Verlautbarung eines Quittkaufes. — Animus Injuriandi bei anderem Hauptzweck der Handlung. — Ökonomie.

Zur Lehre von der Privaturkundenfälschung.

Von Hofrath und Professor Dr. Dollmann.

(Schluß.)

II.

Es kann in der bayerischen Praxis als eine durch eine Reihe von Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes auf Grund des Art. 266 und des allerb. Reskr. v. 26. Novbr. 1816 festgestellte Usualinterpretation angesehen werden, daß unter Privaturkunden im Sinne des Verbrechens des ausgezeichneten Betruges durch Privaturkundenfälschung nicht bloß jene Skripturen zu verstehen sind, welche unter der Voraussetzung ihrer Rechtheit geeignet sind, für sich allein vollen Beweis des in der Urkunde niedergelegten Rechtsverhältnisses zu machen, sondern daß der Charakter einer Privaturkunde auch solchen Skripturen zukommt, welche nur in Verbindung mit anderen Beweisbehelfen vollen Beweis zu begründen oder die Auflegung des Eides herbeizuführen dienen, daß es also genügt, wenn die Urkunde nur eini-

Neue Folge II. Band.

gen Beweis für den Produzenten zu erbringen geeignet war ¹⁾).

Auch die Praxis des Berliner Obertribunals hat den §. 247 des Preuss. StGB., welcher die Privaturkunde als „jede Schrift“ definiert, „welche zum Beweis von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist,“ in einer großen Anzahl von Entscheidungen überwiegend dahin ausgelegt, daß es zum Begriffe der Erheblichkeit einer Schrift als Urkunde nicht erfordert werde, daß die Schrift direkt, allein und unmittelbar die Existenz eines Rechtsverhältnisses in formeller und materieller Gültigkeit begründe und beweise, sondern daß es genügt, wenn sie indirekt in Verbindung mit anderen Umständen mittelbar dazu dienen kann und nach der Absicht des Thäters dazu dienen soll, das Dasein eines Rechtsverhältnisses mit zu bescheinigen ²⁾).

¹⁾ Zeitschrift Bd. 2, S. 213; Bd. 3, S. 351. — Demgemäß ist namentlich vom obersten G. anerkannt worden, daß eine Quittung, in welcher der Name des Zahlers nicht erwähnt ist, nach Umständen als eine beweishelfende Urkunde anzuerkennen ist, weil der Besitz einer solchen Quittung in der That einigen Beweis für die Wahrheit der Zahlungseinrede erbringen würde, wenn sie wirklich ächt gewesen wäre. — Vgl. auch Arnold in diesen Blättern XIII, 194.

²⁾ Goldammer Archiv Bd. 2, S. 260 f. In der Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Vorkommnisse ist indeß ein Schwanken zwischen einer milderen und strengeren Auffassung nicht zu verkennen, und zwar scheint die erstere in der neueren Zeit zu überwiegen. So hat das Obertribunal u. a. ausgesprochen, daß als Urkunde anzusehen ist ein Vormerk auf einem Briefe, daß so und so viel durch Postvorschuß erhoben ist, weil dieser Vormerk die Stelle der Quittung vertritt und den Beweis der Befreiung gewährt, sobald vom Empfänger gezahlt ist und das Couvert sich in dessen Händen befindet;

Hiebei darf nun aber nicht übersehen werden, daß die ausdehnende Auslegung des Begriffes der

desgleichen eine Schrift des Inhalts: „Sie können meinem Gehlifen die Hosen verabsolgen. Erb.“ — weil dieselbe, wenn ächt, die Stelle einer Vollmacht von Seite des Erb für den Angeklagten vertrat, mindestens zum Beweis einer solchen Behauptung dienen konnte; ferner ein Schein, durch welchen Jemand zum Entnehmen von Waaren bei einem andern beauftragt wird. — Eben so ein nur vom Pächter unterschriebener Pachtkontrakt, wenn der Pächter das verpachtete Grundstück übergeben erhalten hat, da er nach dem Allgem. Preuß. LM. zum Beweise des zwischen dem Pächter und Verpächter stehenden Rechtsverhältnisses von Erheblichkeit ist; eben so Bestellbriefe und Bestellzettel, weil sie den Zweck haben, die Absicht desjenigen, in dessen Namen sie geschrieben sind, zu bekrunden, daß er die bestellten Waaren zu kaufen Willens sei. — Ein Brief oder Zettel, in welchem um ein Darlehen gebeten wird, weil der Brief beim Vorhandensein andrer Beweismittel sehr füglich mit dazu dienen kann, den Produzenten über die erfolgte Gewährung des Darlehens zum Erfüllungsseid zuzulassen.

Dagegen wurde für keine Urkunde anerkannt ein nicht unterschriebenes oder ohne sonstige Beglaubigung ausgefülltes Formular eines Postauslieferungscheins: eine Rechnung über eine gelieferte Arbeit; die falsifizierte Bürgschaft einer Frauensperson, weil die Gültigkeit einer solchen Bürgschaft ohne die vorgeschriebene gerichtliche Verwarnung nicht vorhanden ist, also die Fälschung einer ganz werthlosen Skriptur vorliegt. Eine dem Schuldner zugestellte Rechnung über 14 Rthlr., welche nur in der Ueberschrift den Namen des Gläubigers als Ausstellers enthält, wenn ein vom Gläubiger ohne seinen Namen darunter gesetzter theilweiser Zahlungsvormerk gefälscht wurde, „weil ein Zahlungsvormerk, der ohne Unterschrift geblieben ist, ohne Erheblichkeit ist, um die Quittung des Empfängers, d. h. die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit in Betreff des

Urkunde ihre natürliche Schranke findet an dem, was als das unäußerliche Wesen der Urkunde überhaupt anzusehen ist. Dieser substantielle Kern der Urkunde, — dieselbe mag nun den unmittelbaren Vollzug eines Rechtsgeschäftes selbst enthalten (dispositive Urkunde) oder nur ein Zeugniß über einen historischen, juristisch relevanten Vorgang bezwecken (historische Urkunde³⁾), beruht aber darin, daß durch die Skriptur dem Gericht das fragliche Rechtsgeschäft, bezüglich dessen sie nach der Absicht des Fälschers einen Beweis bilden soll, beurkundet d. h. zur Kenntniß und Einsicht gebracht wird, und zwar nach den wesentlichen Bestandtheilen dieses Geschäfts. Die Skriptur muß so beschaffen sein, daß das Gericht daraus die Subjekte sowie den wesentlichen Hauptinhalt des Geschäfts zu erkennen im Stande ist, und wenn es dem auch keinen Eintrag thut, daß in Beziehung auf das eine oder das andere Moment eine anderweltige Beweisergänzung nothwendig erscheint, so ist doch andrerseits eben so klar, daß jener Skriptur nicht die Bedeutung einer Urkunde zuerkannt werden kann, welche weder über das Rechtsgeschäft noch über die dabei nothwendigen Rechtssubjekte irgend einen klaren, gemeinverständlichen Aufschluß gibt, welche also dem Gerichte in der That nichts bekundet. —

In Fabriken und andern Gewerbsbetrieben kommt die Einrichtung vor, daß Arbeiter oder Lieferanten an Zahlungsstatt für die gelieferte Arbeit

gezählten Betrages zu erweisen.“ — Desgleichen ein schriftliches Darlehensgesuch unter falschem Namen, „weil es nicht genügt, daß eine Schrift von Erheblichkeit sein kann, sondern weil es nöthig ist, daß sie von Erheblichkeit ist.“ —

³⁾ Vgl. Seufferts Rom. z. G.D. Bd. III S. 139. — v. Weyer S. 833. Wepfels System S. 137.

oder Stoffe von dem Geschäftsführer Zettel erhalten, welche nach Uebereinkunft der Betheiligten eine nur diesen erkennbare, in ein paar Worte und Zahlen eingekleidete Zahlungsanweisung an die Kassa des Geschäfts enthalten, von dieser auf Vorzeigen honorirt werden und der Kasse selbst gegenüber dem Geschäft als Zahlungsbelege dienen ⁴⁾).

Wenn solche Zettel gefälscht werden, ist das Verbrechen des ausgezeichneten Betrugs durch Urkundenfälschung oder ist nur ein einfacher Betrug verschuldet?

Das preuß. Obertribunal hat bereits die Frage im letztern Sinne entschieden, und diese Entscheidung ist auch nach unserem bayer. Strafrecht wohl begründet. Auch nach dem letzteren ist der Grund durchschlagend, daß Aufzeichnungen, welche bloß einzelne Zahlen, einzelne Worte, einzelne Buchstaben oder andere Zeichen enthalten, die in keinem rechten Zusammenhange zu einander stehen, folglich auch keinen allgemein verständlichen Sinn haben, sondern nur demjenigen klar sind, dem auf anderem Wege als durch die Aufzeichnung selbst das Vertrags-

⁴⁾ In einer Fabrik bestand die Einrichtung, daß der Arbeiter gegen Ablieferung der fertigen Arbeit im Fabrikgebäude einen Zettel erhält, welcher die laufende Nummer, den Zunamen des Arbeiters, den Betrag des Arbeitslohns in Worten, dann die Anfangsbuchstaben des Vor- und Zunamens des Geschäftsführers und endlich nochmals den Geldbetrag in Zahlen enthält (35 — Taus — fünf fl. — 3. G. — fl. 5). — In einer herrschaftlichen Mühle, welche Getraide zum Vermahlen ankauft, erhielt der Verkäufer über die von ihm gelieferte Quantität Getraide einen Zettel, z. B. „3 Mehen Korn mittel,“ welchen er sodann bei dem Mühlenrendanten behufs der Zahlung produzirte. Goldammer Archiv III, S. 711.

oder Rechtsverhältniß, worauf sich dieselbe bezieht, oder überhaupt der Zweck und die Bestimmung derselben bekannt geworden ist, nicht als gerichtliches Beweismittel in Betracht kommen und somit auch keinen Gegenstand der Privaturkundenfälschung bilden können⁵⁾. — Allerdings ist durch Uebereinkunft der Betheiligten solchen Zetteln einmal als Legitimation bei der Kassa, dann als Rechnungsbelegen für die Kassa gegenüber dem Geschäft eine beweisende Kraft beigelegt. Allein für das Gericht können dadurch solche Zettel eben so wenig den Charakter von Urkunden gewinnen als bloße Marken, mit welchen z. B. in Gasthäusern die Kellner ihre Verrechnung für Das bewirken, was ihnen Küche und Keller abgeliefert haben; — der Besitz solcher Zettel oder auch Marken (jetons) ist allerdings in Verbindung mit andern Umständen wohl geeignet, eine Präsomption in der fraglichen Beziehung zu begründen. Aber die Zettel können in Folge jener Uebereinkunft eben so wenig als die Marken den Charakter von Urkunden gewinnen, da sie nun einmal dem Gericht gar keine Einsicht in das fragliche Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß gewähren, da weder die Beschaffenheit des Anspruchs als solchen, noch der Grund desselben, noch der Name des Ausstellers resp. nicht einmal der Name des Berechtigten darauf hervorgeht.

III.

Es kommt die Behauptung vor, daß die Verfälschung des Datums einer Schulurkunde keine Urkundenfälschung enthalte, weil eine solche Fälschung lediglich denjenigen Theil einer Schrift berühre,

⁵⁾ Goldammer's Archiv. a. a. D. S. 740.

welche zum Beweis von Rechten und Verbindlichkeiten an sich von keiner Erheblichkeit sei ⁶⁾).

Die letztere Unterstellung und der daraus abgeleitete allgemeine Satz sind unrichtig ⁷⁾.

Es bedarf keines weitläufigen Beweises, daß dem Datum je nach der Beschaffenheit der Urkunde und des durch dieselbe festgestellten Rechtsverhältnisses allerdings ein erheblicher Einfluß auf die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zukomme. Daß Datum einer Schulurkunde kann maßgebend sein für die Zinsverbindlichkeit, für den Eintritt der mora solvendi und accipiendi, für den Ablauf der Verjährung, für die Rechtsbeständigkeit der Urkunde überhaupt, sofern es sich darum handelt, ob sie vor oder nach erreichter Großjährigkeit, vor oder nach erklärter Insolvenz ausgestellt ist u. s. w.

Eine entscheidende Wichtigkeit kann dem Datum eben so bei andern Dokumenten zukommen, so bei letzten Willen, wenn mehrere dergleichen vorliegen u. s. w.

So oft aber je nach der Beschaffenheit und dem Inhalte der Urkunde das Datum in irgend einer Beziehung von juristischer Erheblichkeit ist, ist in der Fälschung desselben das Verbrechen der Privaturkundenfälschung resp. des ausgezeichneten Betrugs durch letztere allerdings enthalten.

⁶⁾ Erf. eines Anklagesenats bei Goldammer IV, S. 525 f.

⁷⁾ S. auch Goldammer a. a. D.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber den Anfang der Zinspflicht des Staates bei der Uebernahme unständiger Grundgefälle.

Von einem Guttsbesitzer wurden zu Ende 1848 die unständigen Gefälle von mehreren Gütern an die Ablösungskasse überwiesen. Dieselben waren schon zuvor fixirt worden, die Fixation erwies sich aber in Folge dagegen erhobener Reklamationen als unrichtig, und es wurden desfalls neuerliche Verhandlungen mit den Debiten gepflogen, welche erst im Jahre 1854 die definitive Fixation zur Folge hatten. Es erhob sich nun ein Streit über den Zeitpunkt, von welchem an die Verpflichtung der Ablösungskasse zur Verzinsung der Uebernahmebeträge eingetreten sei, welchen der Kläger auf den 1. Januar 1849, die Ablösungskasse auf die definitive Fixation festgesetzt wissen will. Der Kläger machte dabei den Umstand geltend, daß das Rentamt mehrere dieser Gefälle, welche in der Zwischenzeit giebzig geworden waren, für den Staat erhoben hatte. Er behauptete ferner, daß, wenn die Fixation von 1848 wegen der Fehler der damit betrauten Beamten habe vernichtet werden müssen, der Staat jedenfalls für den dem Kläger dadurch zugegangenen Schaden, hier den Zinsenverlust, einzustehen verpflichtet sei. Daß den Anspruch des Klägers verwerfende oberstrichterliche Erkenntniß erklärt sich hierüber in folgender Weise.

Daß Gesetz vom 4. Juni 1848 Art. 7 gestattet den Inhabern von Grundgefällen, die Uebernahme derselben auf die Ablösungskasse des Staates zu verlangen, welche dem Berechtigten, nach Art. 25, vierprozentige Schuldbriefe vom zwanzigfachen Betrage der flgen Rente auszustellen hat.

Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß ein perfektes Rechtsgeschäft über die Uebertragung, an den Staat nothwendig voraussetzt, daß das zu übertragende Grundgefäll entweder schon an sich in bestimmten jährlichen Leistungen bestche, oder daß dasselbe vor der Uebertragung fixirt d. h. in eine jährliche unveränderliche Abgabe umgewandelt sei, (Art. 8) oder, bei Landemien, daß das Aequivalent nach den Vorschriften des Art. 15 festgestellt sei.

Vor dieser Umwandlung und Festsetzung können bei unständigen Gefällen keine Ablösungsschuldbriefe ausgestellt, keine Zinsen vom Staate übernommen werden; das ganze Rechtsgeschäft ermangelt der erforderlichen festen Grundlage.

Wenn daher der 3. Absatz des Art. 25 bestimmt, daß die Verzinsung des Staates von dem Tage der Ueberweisung der Rente beginne, so kann dieses, im Zusammenhange mit Absatz 1, hinsichtlich der unständigen Gefälle nur so verstanden werden, daß der Ueberweisung die Umwandlung in eine fixe Rente oder die Festsetzung des Handlohn-Aequivalents vorangegangen sei.

Damit stimmt auch der Art. 26, Absatz 2 überein, wornach die Feststellung des Aequivalents mit der Ueberweisung der Gutsrenten erfolgt.

Ist daher die Rente noch nicht festgestellt, und kann deshalb auch das Aequivalent nicht ausgemittelt werden, so ist auch die Ueberweisung unstatthaft.

In diesem Sinne wurde das Gesetz in den landständischen Verhandlungen aufgefaßt. Freiherr v. Notenhahn bemerkte bei der Diskussion des Art. 8 (nun 7) als selbstverständlich: daß die Fixation vorausgehen müsse, ehe die Uebernahme von Seiten des Staates erfolgt.

Gerstner systematische Entwicklung Bd. I, S. 89.

Derselbe Grundsatz wurde in den zum Vollzuge des Gesetzes erlassenen Instruktionen festgehalten. So sagt das Finanz-Minist. Reskript vom 17. Juni 1848 §. 1:

„Ausgenommen von der Uebernahme sind:

1) die zur Zeit derselben noch nicht gemäß Art. 8 des Gesetzes fixirten Zehnten und Gefälle, welche erst nach vorgängiger Fixirung überwiesen werden können.“

Gerstner Bb. II S. 422. Vgl. ferner S. 428, 438..

In gleichem Sinne hat sich die Doktrin ausgesprochen.

S. Bözl, das bayer. Grundlastenablösungsgesetz.

bei Dollmann, Gesetzgebung des Königreichs Bayern, Bb. I S. 230, 235.

Der Kläger behauptet nun zwar, daß die fraglichen unständigen Grundgefälle schon im Laufe des Jahres 1848 fixirt, in ständige umgewandelt und die geschlossenen Fixationsverhandlungen der k. Regierung behufs der Feststellung der an den Kläger hiesfür zu leistenden Entschädigungssumme in Vorlage gebracht worden seien; er gibt aber zu, daß jene Fixation als mangelhaft aufgehoben und zu einer neuen geschritten worden sei, welche erst im Juni 1854 vollendet wurde, und er verlangt (Fol. 7), daß die nunmehr festgesetzte Entschädigungssumme als Maßstab seines Zinsguthabens zu Grunde gelegt werde. Nach diesen faktischen Prämissen stellt sich sein Anspruch auf den Zinsbezug vom 1. Januar 1849 an als unbegründet dar.

Die mehrere Jahre vor der Vollendung einer rechtsbeständigen Fixation geschehene Ueberweisung hat den Uebergang der Grundgefälle auf den Staat und die dadurch bedingte Zinspflicht desselben nicht zu begründen vermocht. Diese Zinspflicht des

Staates konnte auch ihre Entstehung nicht dadurch erhalten, daß das Rentamt M. einen in der Zwischenzeit giebig gewordenen Betrag von 346 fl. 26 kr. 5 hl. erhoben hat, weil die rechtliche Voraussetzung, aus welcher diese Erhebung für den Staat zu geschehen hat, — das Bestehen einer rechtsgültigen Uebertragung der Gefälle, — nicht vorhanden war. Diese Erhebung konnte daher für den Kläger lediglich den Anspruch auf Ersatz der ungebührlich erhobenen Gelder sammt Zinsen begründen, welcher auch von der kgl. Regierung von Niederbayern durch die der Klage beigelegte Verfügung vom 11. Okt. 1854 angeordnet worden ist. Der Kläger will seine Ansprüche eventuell auf die Verpflichtung des Staates gründen, für den Schaden zu haften, der dem Kläger durch die Fehler der mit dem Fixationsgeschäfte betrauten Beamten hinsichtlich der Verzögerung der Rentenübernahme erwachsen sei. Zur Begründung dieses Anspruches wäre es vor Allem nothwendig gewesen, daß der Kläger die Verschuldung der betreffenden Beamten genau und umständlich artikulirt hätte; er hätte zugleich darlegen müssen, daß er selbst das Fixationsgeschäft betrieben habe; denn, wenn gleich der Art. 7 des Gesetzes gebietet, daß die Fixirung der Grundgefälle sogleich in Vollzug zu setzen sei, so bleibt es doch Sache derjenigen Betheiligten, welchen an der schnellen Beendigung des Geschäftes gelegen ist, deshalb die geeigneten Schritte zu thun.

Vgl. Bözl, Anmerk. 2 zu Art. 8, S. 128. —

Ebenso unzureichend ist das Verhältniß entwickelt, in welchem die angebliche Beschädigung des Klägers zu der Verschuldung jener Beamten stehen soll. Wäre aber hier auch eine Entschädigungsforderung für den Kläger begründet, so würde sie immerhin nicht der Klage auf Verurtheilung der kgl. Ablösungskasse zur Verzinsung des Uebernahmss-

preiße der klägerischen Grundgefälle, sondern einer davon ganz verschiedenen Rechtsverfolgung zur Grundlage dienen müssen.

DAOE. v. 16. Febr. 1857. Nr. 407⁵⁵/₅₆
6/12.

2.

Entschädigungsanspruch wegen Waarenverderbs auf der Eisenbahn. Wem steht er zu? Wiesern auch dem Adressaten?

Eine Entschädigungsklage dieser Art, vom Adressaten erhoben, war vom Appellationsgericht (I. Instanz), weil der Kontrakt der Eisenbahnverwaltung nur mit dem Aussteller des Eisenbahnfrachtbriefes bestünde, angebrachtermaßen abgewiesen worden. Der oberste Gerichtshof reformirte. Gründe:

Die Transportbestimmungen von 1851¹⁾, denen sich jeder unterwirft, der mit dem Staate durch Benützung der Eisenbahn in Berührung tritt, enthalten das nicht, was verklagterseits denselben unterstellt wird. In §. 9 Nr. 5 ist bestimmt, daß, wenn der Eisenbahn zu übergebende Güter mit Originalfrachtscheinen bei der Aufgabestation ankommen, diese früheren Frachtbriefe das Rechtsverhältniß zur Eisenbahn nicht regeln, sondern ohne Rücksicht auf frühere Frachtbriefe, Geleitscheine und Deklarationen nur die Behandlung der Güter bei der Aufgabestation, also der bei der Aufgabestation zu lösende neue Frachtbrief die exklusive Quelle sei, aus dessen Inhalt der Umfang des gegenseitigen rechtlichen Verhältnisses sich beweist. Wenn dortselbst angeführt wurde, daß die Eisenbahnverwaltung nur mit dem Aussteller des Frachtbriefes

1) Handbibliothek des k. k. Staatsbürgers, Supplement-Band II S. 547 f.

in Kontrakt trete²⁾, so wollte damit nur die Ausschließung der Rücksichtnahme auf frühere Transporturkunden motivirt und die Thatsache, daß der Abschluß des Verfrachtungsvertrages für die bayerische Eisenbahn von der Ausstellung der Frachtkarte und deren Inhalt bei der bayerischen Eisenbahnstation exklusiv abhängig gemacht sei, in prägnanter Weise ausgedrückt werden; nicht aber wollte dadurch bestimmt werden, daß im Falle einer Beschädigung nur der Aussteller des Frachtbriefes eine Entschädigung zu fordern berechtigt sei. Daß dieß nicht in der Absicht des Eisenbahnarrars lag, geht aus §. 11 der Transportbestimmungen v. 1851, dann aus §. 25—33 derselben³⁾ hervor, wo ausdrücklich nicht allein dem Aufgeber, der verschieden von dem Aussteller der Frachtkarte sein kann, wenn letztere statt des Prinzipals dessen Diener auf seinen eigenen Namen unterzeichnet, sondern auch dem Empfänger Reklamationsbefugnisse eingeräumt sind, die nicht bestehen könnten, wenn der Aussteller der Frachtkarte allein befugt wäre, zu reklamiren. Die Annahme des Gegentheils würde dem Verkehr, den der Staat haben will, die drückendsten Fesseln anlegen, da der Aufgeber und Aussteller des Frachtbriefes, sollte dieß ein ausländischer Fuhrmann sein, wenn er die auf der Achse zugeführten Waaren unversehrt an der Eisenbahn zur Weiterverfrachtung abgeliefert hat und für die von ihm bewerkstelligte Fracht durch Spesennachnahme honorirt ist, daran, ob den verfrachteten Waaren auf dem weiteren Transporte weitere Nachtheile zu-

²⁾ Diese Aeußerung ist in den neuesten Bestimmungen über die Güterbeförderung auf den kgl. Eisenbahnen vom Dezbr. 1856 (Verordnungsblatt für die kgl. bayer. Verkehrsanstalten Nr. 63 §. 5 Abs. 5) weggelassen.

³⁾ Vgl. §. 6, 13, 14 der Bestimmungen von 1856.

gehen, häufig und regelmäßig nicht das mindeste Interesse hat, daß nur bei dem inländischen Empfänger der Waare und dem Eigenthümer derselben besteht. So wie die Waare für die darauf basirten Spesen haftet, der Empfänger sie bezahlen muß, wenn der Aufgeber nicht frankirte, so muß auch der Empfänger für während des Transports der Waare zugegangenen Schaden Ersatz zu fordern berechtigt sein, obwohl er den Frachtbrief nicht unterfertigte; da bei einem Bilateralkontrakte der Berechtigung des Staates, die Zahlung der tarifmäßigen Gebühren zu verlangen, als Korrelat dessen Verpflichtung gegenübersteht, verschulbete Beschädigungen zu sühnen, und zwar nicht bloß dem Aussteller des Frachtbriefes sondern dem Eigenthümer des beschädigten Gutes gegenüber, in dessen Interesse der Aussteller der Frachtkarte stillschweigend mit der Eisenbahn kontrahirt.

In dem gegebenen Falle wurde dem Kläger (außer der behaupteten Beschädigung) zu beweisen aufgelegt: daß er Eigenthümer der in Markt Schorgast der bayerischen Eisenbahn zur Verfrachtung nach Schweinfurt übergebenen 22 Hopfenballen gewesen sei ⁴⁾.

OLG. v. 18. Juni 1856. Nr. 573⁵⁵/₅₆;
vom 6. Okt. 1856. Nr. 1222⁵⁵/₅₆.

⁴⁾ Ohne Zweifel soll dieser Beweisaufgabe, nach der dabel obwaltenden Intention, auch durch Nachweisung des i. g. dominium „sictuin, praesumptum vel putativum“ (auch als quasi dominium bezeichnet), d. h. des rechtmäßigen Erwerbes, der conditio usucapiendi, der Voraussetzung der actio Publiciana — genügt werden können. Vgl. Kreittmayr Anmerk. zum bayer. OM. Th. II Kap. II §. 2 lit. c. Zur Beseitigung jeden Zweifels wäre es vielleicht angemessener, in dergleichen Fällen den Beweisatz dahin zu fassen: daß N. den fraglichen Gegenstand zu der bestimmten Zeit bereits rechtmäßig erworben hatte. —

3.

Voraussetzung der Klage auf Verlautbarung eines Gutskaufes.
Preuß. R.

In einer vorgekommenen Rechtsache handelte es sich von der Frage, ob die Klage des Verkäufers auf Verlautbarung eines Gutskaufes dadurch bedingt sei, daß ihm (dem Verkäufer) das verkaufte Anwesen bereits zugeschrieben, und der Besitztitel für ihn im Hypothekenbuche verzeichnet ist. Die Frage wurde verneint. Gründe:

Nach den hier maßgebenden Bestimmungen des allgemeinen preuß. R. Th. I Tit. XI §. 19 wird zur Schließung eines gültigen Kaufes allerdings erfordert, daß der Verkäufer über das Eigenthum der verkauften Sache zu verfügen berechtigt sei; allein diese Berechtigung ist unzweifelhaft vorhanden, wenn er Eigenthümer der Sache ist, und das Eigenthum einer von ihm selbst gekauften Sache erwirbt er durch die an ihn geschehene Uebergabe der Sache von Seite des vorigen Eigenthümers, R. Th. I Tit. X §. 1 und Tit. VII §. 58. Waren daher die Kläger zur Zeit, als sie gegen den Revidenten Klage auf gerichtliche Verlautbarung des mit letzterem geschlossenen weiteren Verkaufes jenes Anwesens erhoben, die Eigenthümer desselben, so kann ihre Berechtigung zu dieser Klage schlechterdings nicht in Frage gestellt werden. Wohl mußte ihr Eigenthumsrecht, bevor die Ueberschreibung auf den Beklagten als den Käufer erfolgen konnte, in dem Hypothekenbuche selbst vorgemerkt werden. Pr. R. Th. I Tit. X §. 6. Allein solches war nicht Bedingung des Eigenthumserwerbes sondern nur eine im Interesse des Eigenthümers selbst angeordnete Maßregel, hervorgerufen durch den Umstand daß das preuß. Hypothekenbuch zugleich Grundbuch war, was das Hypo-

thekensbuch nach bayerischen Gesetzen nicht ist. Es ist daher für die Rechte der Kläger aus dem Vertrage vom 11. Dez. 1854¹⁾ ganz unpräjudizirlich, wenn deren Besitztitel bezüglich des vorher Stumpfmaier'schen Anwesens zur Zeit der Klagestellung in das Hypothekensbuch nicht eingetragen war; es konnte darum Verklagter die gerichtliche Verlautbarung des von ihm anerkannten schriftlichen Vertrages von 11 Dez. 1854 nicht verweigern, und darauf eine Voreinrede nicht gründen, sondern nur fordern, daß diese (die Eintragung des klägerischen Besitztels) bis zu dem Verlautbarungstermine noch vereinigt werde Auf Grund des Umstandes, daß die Vereinigung erst im Laufe des gegenwärtigen Prozesses geschehen, könnte eine Abweisung der Klage zur Zeit nicht ausgesprochen werden

DAÖG. v. 20. Sept. 1856 Nr. 531⁵⁵/₅₆.

4.

Animus injuriandi bei anderem Hauptzwecke der Handlung.

Der *animus injuriandi* ist nicht bloß dann vorhanden, wenn mit einer Handlung gar keine andere Absicht, als die der Ehrenkränkung verbunden war, sondern auch dann, wenn der Hauptzweck der Handlung ein anderer war, jedoch zur Erreichung desselben ein Mittel gewählt wurde, welches eine Ehrenkränkung in sich schließt. Fr. 21 §. 7 de furtis (47, 2); fr. 9, 10 de injuriis (47, 10).

DAÖG. v. 3. Mai 1856. Reg.-Nr. 455⁵⁴/₅₅.

¹⁾ Ueber den weiteren Verkauf an den Beklagten.

Gnomo.

Rechtshaberei, die nie bekant, geirrt zu haben,
Gibt sich ein Zeugniß von beschränkten Geistesgaben.

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

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Wechsel-Klausel „14 Tage vor Verfall acceptabel.“ — Spätere, Hypothekenträgen folgende Eintragung beweglicher Verzinzen, mit gleichzeitiger Bestimmung, daß diese Verzinzen einem jetzt erst eingebrachten Gläubiger als erste Hypothek haften sollen. Vorrecht der älteren Hypothekgläubiger auch in Aufhebung der Verzinzen. — Von dem die, wo Protest Mangels Zahlung zu erheben ist. — Exprolation. Schuldverbindlichkeit des Entigners. — Warenverderb im Eisenbahnhof. Einwand des Falsch. —

Wechsel-Klausel „14 Tage vor Verfall acceptabel¹⁾.“

Vor Einführung der N. D. Wechselordnung hatte in Augsburg die Regel gegolten, daß dem Bezogenen daselbst eine Erklärung über Acceptation nicht früher als 14 Tage vor Verfall angesonnen werden konnte, wenn auch der Wechsel mehrere Wochen oder Monate vor Verfall ausgestellt und in Verkehr gesetzt worden war; man nannte diese Eigenthümlichkeit das „Augsburger Accept.“

Dagegen ist nach der N. D. W.O. Art. 18 Abs. 1 der Inhaber eines Wechsels berechtigt, den Wechsel dem Bezogenen sofort zur Annahme zu präsentiren, und in Ermangelung der Annahme Protest erheben zu lassen.

Denjenigen Handelsleuten, welche ihre Zahlung durch Wechsel auf Augsburg, mehrere Monate nach der Ausstellung zahlbar, zu leisten gewohnt waren, scheint die Beseitigung jenes Augsburger Accepts, vermöge dessen sie nicht früher, als 14 Tage vor der Verfallzeit, für Deckung zu

¹⁾ Auszug aus Sarwey's Monatschrift für die Justiz-Pflege in Württemberg, Bd. XX S. 310.

sorgen gehabt hätten, sehr ungelegen gekommen zu sein. Man versuchte nun die Frist, welche früher das Augsburger Accept gewährt hatte, für einzelne Fälle durch Klauseln bei Ausstellung der Wechsel möglich zu machen. Es wurden Wechsel auf Augsburg etwa in der Form ausgestellt.

Drei Monate nach dato. — 14 Tage vor Verfall acceptabel — zahlen Sie u. s. w.
oder:

Gegen diesen 14 Tage vor Verfall acceptablen Wechsel zahlen Sie 3 Monate nach dato u. s. w.

Darüber, ob eine solche Klausel zulässig und wirksam sei oder nicht? und, wenn nicht, ob ein diese Klausel enthaltender Wechsel im Uebrigen gültig, oder aller Wechselkraft verlustig sei? — gibt es verschiedene Ansichten.

Die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Klausel ist von H e ß im Archiv für Wechselrecht I S. 400 angefochten worden, weil der §. 18 eine gebietende Vorschrift enthalte, welche die Privatwillkür ausschließe, und weil in der Konferenz der Antrag auf einen diese schützenden Zusatz: „in Ermangelung gegentheiligem im Wechsel ausgedrückten Verabredung“ — ausdrücklich verworfen worden sei. Nach der Ansicht des Württembergischen Abgeordneten zur Leipziger Konferenz (v. H o f a c k e r) ist die fragliche Klausel nicht nur unwirksam, sondern ihre Beifügung bewirkt Verlust der Wechselkraft für den ganzen Wechsel. Der Wechsel solle ein kaufmännisches Zirkulationsmittel sein und einer Wechsel-Erklärung nur solche, die gesetzlichen Bestimmungen und Folgen abändernde Klauseln beigelegt werden dürfen, welche das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Der Beisatz: „nicht acceptabel“ oder: „nur einige Zeit vor dem Verfall acceptabel“ habe einen wechselreiterischen Beigeschmack, und widerspreche den Bestimmungen der D. W. O.; eine

solche Verwahrung des Ausstellers gegen die gesetzliche Eigenschaft der unbeschränkten Acceptabilität entziehe dem Papier die Eigenschaft eines gesetzlich anerkannten Zirkulationsmittels²⁾.

Dagegen hat sich Bluntschli (die A. D. W. — in Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II, Th. I S. 53) für die Zulässigkeit und Wirksamkeit der mehrgedachten Klausel ausgesprochen. Aus der Verwerfung des auf Billigung einer solchen Klausel gerichteten Antrages lasse sich — abgesehen davon, daß sie nur als Interpretationsmittel in Betracht komme und nicht als solche Gesetzesautorität habe, — nicht der Schluß ziehen, daß jene Klausel unwirksam sei; es könnten nämlich manche Mitglieder z. B. auch aus dem Grunde gegen die Aufnahme des beantragten Zusatzes gestimmt haben, daß ihnen die weite Fassung und die Betonung solcher bloß an einzelnen Orten geübten Ausnahme in einem allgemeinen Gesetze bedenklich schienen. Die Klausel selbst aber verstoße nicht gegen die sonstige Natur der Strenge des Wechselrechtes, und wer den Wechsel mit solcher Klausel erworben, könne sich nicht beschweren, wenn der Vormann sich darauf berufe. Dürfe dieser ja durch die Klausel „ohne Gewähr“ den ganzen Regreß wegbedingen, so dürfe er um so eher durch eine Klausel die Anwendung des Sicherheitsregresses aufschieben. Auch der Referent über das Wechselgesetz im Ausschusse der Reichsräthe, Präsident von Arnold, habe diese Klausel (Verhandl. S. 205) für zulässig erklärt.

Bluntschli's Ansicht und deren Motivirung wurden in einem Erkenntnisse des Wechsel-Appells

²⁾ Schwäb. Merkur v. 1853 S. 1081.

tionssgerichtes Aschaffenburg vom 12. April 1853 adoptirt²⁾. —

In einer bei einem württembergischen Obergerichte vorgekommenen Wechselsache handelte es sich zunächst von der Frage, ob der Ansicht Hofacker's, die Beifügung der Klausel entziehe dem ganzen Wechsel die Wechselkraft, beizutreten sei? Diese Frage wurde verneint. Der Mittheilung dieses Ausspruches in Sarwey's Monatschrift ist vom Einsender, Oberjustizrath Frik in Ellwangen, eine Ausführung mit dem Bemerken vorangeschickt, daß solche die Gründe des urtheilenden Obergerichtes im Wesentlichen enthalte. Die Wichtigkeit des Gegenstandes für den Wechselverkehr in Bayern veranlaßt uns, die Leser der Bl. f. R. u. mit dieser gründlichen Ausführung bekannt zu machen.

Der Art. 4 der allgemeinen deutschen Wechselordnung bezeichnet die wesentlichen Erfordernisse eines gezogenen Wechsels. Um einer Urkunde, welcher keines dieser wesentlichen Erfordernisse fehlt, die Wechselkraft ganz absprechen zu können, müßten ganz unzweifelhafte Gründe vorliegen. Nach dem §. 18 des den Verhandlungen der Leipziger Wechsel-Konferenz im Jahre 1847 zum Grund gelegten Preussischen Entwurfes sollte der Inhaber eines gezogenen Wechsels den Wechsel dem Bezogenen zur Annahme zu präsentiren und in Ermangelung der Annahme Protest erheben zu lassen berechtigt sein, sobald der Bezogene einen Advisbrief erhalten haben könne; bei Platzwechseln sogleich, und nur bei Meßwechseln erst von der in der Meß-Ordnung bestimmten Präsentationszeit an.

Bei der Berathung hierüber sprach sich zunächst dafür, daß der Inhaber zwar ein Recht, aber

²⁾ Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreichs Bayern, Bd. II S. 491 XV.

in der Regel keine Pflicht habe, den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, eine überwiegende Majorität aus.

Protokoll der Leipziger Konferenz, Mannheimer Ausgabe, S. 16 Sp. 2.

Im Uebergang auf die Frage, von welcher Zeit an der Inhaber für berechtigt erklärt werden solle, den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, kam — wie es im Protokoll heißt —

„der Gegensatz der im (Preussischen) Entwurf (§. 18) vorgeschlagenen prompten Annahme zu der in Bayern bestehenden Acceptations-Art der Augsburger Wechsel-Ordnung zur Sprache;“

Protokoll S. 16 Sp. 2;

und hiebei erklärte der Bayerische Abgeordnete, daß er zwar gegen die vorgeschlagene prompte Acceptations-Art als Regel nichts einzuwenden habe; daß sich aber hinsichtlich der — aus eigenthümlichen Verhältnissen hervorgegangenen Acceptations-Art der Augsburger Wechsel-Ordnung die Frage erhebe: ob dieselbe nicht neben der allgemeinen Regel mittels einer exceptionellen Vorschrift aufrecht zu erhalten sei, und namentlich ob nicht beigefügt werden könne: „in Ermangelung gegentheiliger, im Wechsel ausgebrückter Verabredung?“ — Es wurde jedoch beschlossen, daß der von dem Bayerischen Abgeordneten vorgeschlagene Vorbehalt nicht aufzunehmen sei; daß die Zeit, wann der Inhaber den Wechsel zur Annahme zu präsentiren und zu protestiren berechtigt sei, im Entwurf nicht festgesetzt, und daß auch die von einem andern Mitglied vorgeschlagene Frist von 24 Stunden zu Erhebung eines Protests Mangels Annahme dem Bezogenen nicht zugestanden werden soll.

Prot. S. 17 Sp. 2.

Daß aus der Verhandlung der Konferenz hier Angeführte kam vor in der VIII. Sitzung am 29.

Okttober 1847. — In der folgenden Sitzung vom 30. Oktober, wo es sich von der Präsentationszeit für Wechsel handelte, wurde aus diesem Anlaß unter Anderm beantragt:

„Zuvörderst darüber zu beschließen, ob überhaupt Wechsel ohne das Recht des Inhabers zu sofortiger Einforderung der Acceptation zugelassen werden sollten. . . . Man glaube sich für die Vornahme der Frage aussprechen zu müssen, indem man nur dann mit dem System in Uebereinstimmung bleibe, welches die Conferenz bisher befolgt habe, und welches dahin gerichtet sei, die Solidität des Wechsel-Verkehrs durch Beseitigung unacceptabler oder nicht sofort acceptabler Wechsel zu fördern und die möglichste Gleichförmigkeit der — an den Wechsel zu knüpfenden — Rechte und Pflichten zu erzielen. In diesem Geist seien alle bisherigen Beschlüsse der Conferenz ergangen, was namentlich auch von demjenigen der letzten Sitzung gelte, in welcher man sich nicht nur gegen die in Augsburg übliche Aussetzung der Acceptation bis 14 Tage vor Verfall, sondern auch gegen eine im Wege der Privat-Uebereinkunft zwischen dem Trassanten und Remittenten zu vereinbarende Hinausschiebung der Acceptations-Pflicht erklärt habe,“ u. s. w.

Prot. S. 18. Sp. 2.

Es wurde jedoch für Wechsel eine Ausnahme dießfalls beschlossen.

Prot. S. 19 Sp. 2.

Bei Gelegenheit der Berathung über §. 25 des Preussischen Entwurfs, Domizil-Wechsel betreffend, in der XII. Sitzung am 4. November 1847 wurde aus Anlaß eines Vorschlags, wonach der erste Nehmer eines Domizil-Wechsels dazu, den Wechsel dem Bezogenen zur Angabe einer Zahlungs-Adresse vorzulegen, verpflichtet sein sollte, wenn der Aussteller dieß im Wechsel vorgeschrieben habe, zunächst über die (allgemeinere) Frage abgestimmt:

„Soll gesetzlich bestimmt werden, daß es dem Aussteller erlaubt sei, über die Präsentations-Pflicht und Präsen-

tations-Frist auf dem Wechsel Bestimmungen zu treffen, welche für den unmittelbaren Nehmer und dessen Rechts-Nachfolger bindend sind?“

Prot. S. 27. S. 2.

Diese Frage wurde zwar bei der ersten Abstimmung durch Stimmen-Mehrheit bejaht. Es kam aber bei weiterer Besprechung an den Tag, daß 2 Abgeordnete (der Oesterreichische und der Badi-sche) bei ihrem bejahenden Votum von der Voraus-setzung ausgegangen waren, daß die Parteien über-haupt als berechtigt anzunehmen seien, bei Ausstel-lung des Wechsels demselben besondere, die allge-meinen Bestimmungen des Gesetzes abändernde Klauseln einzuverleihen, —

„während,“ — wie es im Protokoll heißt — „alle Andern entgegengesetzter, nämlich der Ansicht wa-ren, daß Klauseln dieser Art als nicht ge-schrieben betrachtet werden müßten, wenn nicht eine große Unbestimmtheit in den ganzen Wechsel-Verkehr gebracht werden solle. Hieron sei man bisher ausgegangen, und in Gemäßheit dieses Grund-satzes sei auch über den vermittelnden Antrag des Bayerischen Abgeordneten bezüglich des Augsburgischen also abgestimmt worden, was zwecklos gewesen sein würde, wenn man der Mei-nung gewesen wäre, daß den Vorschriften des Gesetzes durch Privat-Willkür derogirt werden dürfe. Man kam überein, an diesem Satze auch fernerhin festzuhalten“ u. s. w.

Protokoll S. 27. Sp. 2. (Leipziger Aus-gabe S. 26.)

Nach dieser Verständigung wurde die erwähnte (allgemeine) Frage wiederholt zur Abstimmung ge-bracht, und nunmehr verneinend entschieden.

Protokoll S. 27 Sp. 2.

Bloß für Domizil-Wechsel wurde in der XXXI. Sitzung am 1. Dezember beschlossen, daß es dem Aussteller erlaubt sei, über die Präsentations-Pflicht und Frist auf dem Wechsel Bestimmungen

zu treffen, welche für den unmittelbaren Nehmer und dessen Nachfolger bindend sein sollen; bei welcher Gelegenheit der Badische Abgeordnete als Grund dafür, daß er auf jene (allgemeinere) Frage in der XII. Sitzung das zweite Mal mit Nein gestimmt habe, namentlich anführte, daß die Versammlung damals beinahe einstimmig das Prinzip aufgestellt habe, daß alle nicht ausdrücklich erlaubten Klauseln unstatthaft seien.

Prot. S. 106 Sp. 1—2 (Leipziger Ausg. S. 244).

Hiermit war aber keineswegs gesagt, die angezogene fast einstimmige Vereinbarung in der XII. Sitzung sei dahin gegangen, daß eine solche Klausel dem Wechsel, in welchem sie sich befinde, in allen übrigen Beziehungen die Wechselkraft benehme, sondern bloß, daß die Klausel unstatthaft; oder, wie in dem Protokoll über die XII. Sitzung, auf welche der Badische Abgeordnete hinwies, ausgedrückt war, daß Klauseln dieser Art als nicht geschrieben betrachtet werden müssen.

Daß der Badische Abgeordnete (Geh. Rath Brauer) den Beschluß der XII. Sitzung in dem obenbemerkten Sinn aufgefaßt habe, ergibt sich aus den von demselben in das

Archiv für das Wechselrecht Bd. III S. 171

§ 5 und S. 316 ff.

eingerückten Aufsätzen über die Auslegung der Wechselordnung und über die Augsburger Acceptationsfrist.

Nach allem Diesem scheint nicht anders angenommen werden zu können, als daß der Sinn der allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung in der fraglichen Beziehung dahin gehe:

Die einem gezogenen Wechsel von dem Aussteller einverleihte Klausel, wodurch das in Art. 18 der allgem. deutschen Wechsel-

Ordnung dem Inhaber eingeräumte Recht zu sofortiger Präsentation zur Annahme auf die letzten 14 Tage vor der Verfallszeit beschränkt werden will, ist unstatthaft und daher als nicht geschrieben zu betrachten; jedoch wird dadurch der Wechsel im Uebrigen seiner Wechselkraft nicht verlustig.

Wird die — durch die fragliche Klausel versuchte Bedingung oder Verwahrung des Ausstellers gegen die gesetzliche Eigenschaft der unbeschränkten Acceptabilität des Wechsels als nicht vorhanden angesehen und behandelt, so kann auch nicht gesagt werden, daß die Klausel dem Papier die Eigenschaft eines gesetzlich anerkannten kaufmännischen Circulations-Mittels entziehe; noch auch, daß eine mit einer solchen Klausel etwa versuchte Wechselreiterei begünstigt werde⁴⁾.

⁴⁾ Ein Rechtsmittel gegen wechselgerichtliche Verfügungen ist nach württembergischen Gesetzen nicht zulässig; die auf Grund der Behauptung, es mangle hier an einem wechselkräftigen Papiere und daher an der Zuständigkeit des Wechselgerichts, unternommene Beschwerdeführung wurde vom obersten Gerichtshofe als unstatthaft verworfen, indem die Beurtheilung, ob ein Wechsel die zur Einleitung eines wechselgerichtlichen Verfahrens erforderlichen Eigenschaften habe, dem Wechselgerichte zukomme.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Spätere, Hypothekeneinträgen folgende Eintragung beweglicher Pertinenzien, mit gleichzeitiger Bestimmung, daß diese Pertinenzien einem jezt erst eingetragenen Gläubiger als erste Hypothek haften sollen. Vorrecht der älteren Hypothekgläubiger auch in Ansehung der Pertinenzien.

Auß oberstrichterlichen Entscheidungsgründen einnehmen wir, was folgt¹⁾:

Nach §. 3 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 kann nur auf unbeweglichen Sachen, oder auf den von den Gesezen den Immobilien gleichgeachteten dinglichen Rechten eine Hypothek bestellt werden, auf bewegliche Sachen aber kann die Hypothek sich nur dann erstrecken, wenn sie Zugehörungen einer unbeweglichen Sache sind. Diesemnach können bewegliche Sachen für sich allein nie Gegenstand einer Hypothek sein, und es ist unstatthaft, für bewegliche Sachen im Hypothekenbuch ein eigenes Folium anzulegen und auf demselben in fortlaufender Reihenfolge Hypotheken, wie auf einem Immobile zu bestellen und einzutragen. Sobald bewegliche Sachen durch Privatwillen für Zugehörungen eines bereits verhypothekizirten unbeweglichen Gutes erklärt werden, hören sie auf, ein veräußerliches gesondertes Objekt zu bilden, sie sind unzertrennliche Theile des Hauptgutes geworden; sie machen mit diesem ein Ganzes aus, und vermöge des Grund-

¹⁾ In dem vorgekommenen Falle war die Eintragung der Pertinenzien sowohl auf dem Folium des Hauptgutes, als auf einem besonderen für die Pertinenzien angelegten Folium bewirkt worden. In der dritten Rubrik des letzteren war die Eintragung der neu (auf die Pertinenzien) bestellten Hypothek, als erster, geschehen.

sageß, daß die Hypothek ein untheilbares Recht ist, werden nun auch die einem Hauptgute einverleibten beweglichen Zugehörungen von dem Hypothek-Verbande, in welchem sich das Hauptgut bereits befindet, in der Art umschlungen, daß das Hypothekenrecht der, wenn gleich früher eingetragenen Hypotheken, auch auf die später dem Hauptgute beigegebenen Pertinenzen, insofern diese nämlich aus beweglichen Sachen bestehen, sich erstreckt. Diese durch Privatwillen erklärten beweglichen Zugehörungen werden sofort dem Hypothekenrechte der bereits eingeschriebenen Gläubiger in dem Maße unterworfen, wie es die gesetzlichen Pertinenzen gleich ursprünglich mit dem Eintrage des Hauptgutes, zu dem dieselben gehören, geworden sind.

Von der Bestimmung des §. 36 des Hyp. Ges., welcher von unbeweglichen Pertinenzstücken handelt, kann auf bewegliche Gutzugehörungen keine analoge Anwendung gemacht werden, weil die letzteren nie ein selbstständiges Hyp. Objekt auf einem eigenen Folium im Hyp. = Buche sein können. . . .

Gerade dadurch wurde den gesetzlichen Bestimmungen entgegengehandelt, daß das Inventar von dem Hauptgute getrennt, daß für die bewegliche Gutzugehörung ein besonderes Folium angelegt wurde, als wenn diese Appertinenz als ein für sich bestehendes Hyp. = Objekt mit einer gesonderten Reihenfolge von Hypotheken = Einträgen existiren könnte.

Es konnte daher der Revisionsbitte, den Erlös aus den Mobilien ausschließend zur Befriedigung der auf dem besonderen Folium (für die Pertinenzen) eingetragenen Gläubiger zu verwenden, keine Folge gegeben werden.

DAGE. vom 28. April 1855. Nr. 312^{3/4}).

4.

Von dem Orte, wo Protest Mangels Zahlung zu erheben ist.
Vgl. unten S. 417 f.

Eine Entscheidung obigen Betreffes, ergangen von dem Wechsel- und Merkantil-Gericht zweiter Instanz zu Freising, wurde im ersten der heutigen Ergänzungsblätter mitgetheilt und bekämpft. — Der genannte Gerichtshof hatte sich seitdem mit derselben Frage wiederholt zu befassen, und adoptirte nun, von seinem früheren Erachten zurückkommend, die in dem erwähnten Erg. Bl. ausgeführte Ansicht. Wir eignen uns an, was bei gütiger Mittheilung des neueren Ausspruches Hr. Advokat Dr. Buchner treffend bemerkt hat:

„Dieses Erkenntniß erscheint nicht bloß um deswillen wichtig, weil die richtige Ansicht endlich Geltung erhalten hat, sondern es gereicht auch dem genannten Gerichtshofe unbestreitbar aus dem Grunde zur Ehre, weil es ein anerkennenswerthes Zeugniß von dem Pflichtgeföhle der Richter gibt. Es kann nach meinem Dafürhalten das Ansehen jenes Gerichtshofes und das Vertrauen zu demselben nur erhöht und vermehrt werden, wenn man zu beobachten Gelegenheit hat, daß der Sinn für Wahrheit und Recht stärker ist als die Furcht, inkonsequent zu erscheinen.“

Aus den Motiven der Entscheidung v. 2. März 1857 entnehmen wir, was folgt:

Der Art. 97 der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung spricht für eigene (trockene oder Solas-) Wechsel aus:

Der Ort der Ausstellung gilt für den eigenen Wechsel, insoferne nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers.

Der hier eingeklagte Wechsel zu 5300 fl. ist

von Anton Bayer, bürgerl. Bierbrauer von Dachau, in München am 27. Juli 1855 mit dem Versprechen der Zahlung am 10. Septbr. 1856 — Sola auf sich selbst zahlbar in München und aller Orten an die Ordre des Dekonomen Franz Schmid von Pöhlheim ausgestellt und wurde noch am Tage der Ausstellung von dem genannten Franz Schmid an die Ordre des Tobias Bauer, Kaufmanns in Buttentwiesen, den gegenwärtigen Kläger und von diesem an Moriz Feuchtwanger in München, von diesem weiter an Anselm Friedlein und zuletzt von diesem an Isidor Neustätter in München girirt.

Der befragliche Wechsel ist daher nach Art. 96 loc. cit. ein mit allen wesentlichen Erfordernissen versehenener eigener (trockener, Sola-)Wechsel, auf welchen der erwähnte Art. 97 loc. cit. seine volle Anwendung findet, indem darin ein besonderer Zahlungsort nicht angegeben, vielmehr der Ausstellungsort München selbst ausdrücklich als Zahlungsort bezeichnet ist.

Zwar ist den Worten:

„zahlbar in München“

auch beigelegt

„und aller Orten“ —

allein dieser Beisatz verdient gar keine Beachtung, nachdem einmal der Ausstellungsort „München“ zum Ueberflusse ausdrücklich als Zahlungsort bestimmt angegeben ist, und weil, wenn ein vom Orte der Ausstellung verschiedener Zahlungsort bestimmt werden will, dieses auf eine Art geschehen muß, welche keinen Zweifel zuläßt, was hier offenbar nicht der Fall ist.

Ebensowenig kann aus der Unterschrift des Wechselfaustellers:

„Anton Bayer von Dachau“

entnommen werden, daß derselbe einen besonderen

Zahlungsort angeben wollte, oder wirklich angegeben hat.

Der Aussteller des Wechsel hat durch die Worte:
„Bierbrauer von Dachau“

nur seine Persönlichkeit näher bekannt gegeben, und nicht entfernt ausgesprochen, daß er den Wechsel, wovon er gewußt hat, daß er ihn in München ausstelle, nicht in München, sondern in Dachau bezahlen wolle, oder daß Dachau ausnahmsweise der Zahlungsort sein soll, was hätte geschehen müssen, da nach Art. 97 nicht der Wohnort des Ausstellers, sondern der Ort, wo der Wechsel ausgestellt wird, maßgebend ist.

Es bleibt daher bei der im Gesetze aufgestellten Regel, daß der Ausstellungsort auch zugleich der Zahlungsort für den in Frage stehenden Wechsel sei. Ist aber der Ort der Ausstellung des betreffenden Wechsels vom 25. Juli 1855, nämlich München, der Zahlungsort desselben, so war dieser Wechsel auch in München zur Zahlung zu präsentiren und weil diese nicht erfolgte, auch der Protest Mangels Zahlung in München zu erheben, um dem Wechselinhaber die Ausübung des Regresses gegen seine Vormänner, hier seinen Giranten Franz Schmid zu sichern; Art. 41 und 98 Nr. 6 a. a. O. — Denn nach der Natur der Sache muß jeder Wechsel dort, wo er bezahlt werden soll, zur Zahlung präsentirt und, wenn diese unterbleibt, die dem Wechselrechte entsprechende, die Regressnahme bedingende öffentliche Urkunde (Protest) darüber errichtet werden, daß die Zahlung ungeachtet der richtigen Präsentation des Wechsels nicht erfolgt sei.

Auch diesen Erfordernissen hat der Wechselinhaber, nämlich der Banquier Isidor Neustätter in München, an welchen der Wechsel durch Giro des Anselm Friedlein gelangt war, vollkommen genügt.

Denn daß der bemeldete Wechsel am 10. September v. J. am Zahlungstage in München rechtzeitig zur Zahlung präsentiert und als diese nicht zu erwirken war, der Protest Mangels Zahlung erhoben wurde, ist nach Art. 41 Abs. 2 durch die mit dem Wechsel an den Kläger zurückgegangene und vorgelegte Original-Protest-Urkunde, welche beide als anerkannt zu betrachten sind, außer Zweifel.

Die Protesterhebung mußte aber um so gewisser in München geschehen, als bei eigenen Wechseln der Ort, wo sie ausgestellt werden, nicht bloß als Zahlungsort, sondern auch als Wohnort des Ausstellers selbst dann zu gelten hat, wenn dieser thatsächlich wo anders domizilirt.

Selbst dann, wenn der befragliche Wechsel als ein in München domizilirter Wechsel, wie nicht, nach Art. 99 zu betrachten wäre, wäre die in München geschehene Präsentation und Protestation für richtig zu erachten, weil der Wechsel in München hätte bezahlt werden sollen, folglich auch die beiden erwähnten Akte in München vorgenommen werden mußten.

Es stehen auch die Bestimmungen des Art. 91 loc. cit. nicht entgegen, weil sie sich nur mit dem Verhalten, welches der Wechselinhaber an dem Orte, wo der Wechsel bezahlt und zur Zahlung präsentiert werden soll, zu beobachten hat, befassen.

Aus Allem diesem folgt, daß der Kläger Tobias Bauer zur wechselrechtlichen Regreßnahme gegen den Giranten Franz Schmid vollkommen berechtigt sei.

3.

Expropriation. Binsverbindlichkeit des Enteigners.

Vgl. Bd. 21 S. 85; Seuffert's Archiv Bd. 10 Nr. 143.

In einem Enteignungsverfahren hatte der Fiskus einen Entschädigungsbetrag von 800 fl. zu zahlen

anerbieten. Später wurden dem Expropriaten 834 fl. 31 kr. zuerkannt, und der Anspruch desselben auf Zinsen zu 5 Pct. vom Tag der Grundstücks-Extradition in III. Instanz für begründet erachtet. Gründe: Die Enteignung ging durch Erwerbung vor der Grunderwerbungscommission vor sich, da die Frage, ob und wieviel abzutreten sei, nicht strittig war. Es hätte daher an M. P. bereits am 1. Juni 1853 (Extraditionstag) die Summe von 834 fl. 31 kr. entrichtet werden sollen, und daß id quod interest, auf daß der Richter in diesem Nebenpunkte zur Ermittlung einer vollständigen Entschädigung von Amtswegen zu sehen hat, umfaßt somit auch jene Rugungen, die dem Expropriaten dadurch entgingen, daß ihm das Kapital nicht zu jener Zeit bereits zu Handen kam. Daß M. P. die offerirten 800 fl. nicht annahm; entzieht ihm nicht die Befugniß, fragliche Zinsen zu beanspruchen, weil jenes Offert keine Abschlagszahlung, sondern eine Abfindung sein sollte, die hinter der Summe zurückblieb, auf welche nun richterlich erkannt ist, daher jene Abfindung mit Recht zurückgewiesen wurde, ohne daß dem Expropriaten eine mora accipiendi vorgeworfen werden kann

DAÖG. v. 28. Okt. 1854 Nr. 28⁵⁴/₅₅.

4.

Waarenverderb im Eisenbahnhose. Einwand des Zufalls.

Eine Ladung Hopfen blieb nach der Ankunft unbedeckt im Bahnhofe stehen, und wurde (nach der Behauptung des Klägers) beregnet und dadurch schadhast. Der Einwand des verklagten f. Fiskus, daß damals die Güterhallen in Nürnberg bei ihrer Ueberladung zur Unterbringung der fraglichen Colliß nicht genug freien Raum geboten, wurde für unerheblich erachtet.

DAÖG. v. 6. Okt. 1856. Nr. 1222⁵⁵/₅₆.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage. — Klage auf Erbscheidung; Generalklage. Festsetzung der Regeln für die Knochentersetzung. Verweisung des Quantum zur summarischen Liquidation. — Einrede der Wahrheit gegen die Injurienklage. Voraussetzung ihrer Erheblichkeit. — Warenverlust auf der Eisenbahn. Vernehmung nach §. 31 der Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayerischen Eisenbahnen. — Perseuungs-Depotatungskraft. Reformatio in peius. — Expropriationsverfahren. Schadensersatzposten erst in II. Instanz ausgestellt. Richter, resp. Oberichterliches Amt in d. rgselchen Sachen. — Verlust des Verkaufs-Kommissionärs, die Sache selbst zu kaufen. — Klagenverjährung. Unterbrechung. —

Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage.

(In dem Gebiete der bayer. Wechsel- und Merkantil-Ordnung)

I.

Nach einer feststehenden Berichtsbüßung gilt für das Gebiet der bayer. Wechsel- und Merkantilgerichts-Ordnung von 1785 die Vorschrift des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage. Diese Vorschrift hängt wohl einigermaßen mit dem Institut der Handelsbücher zusammen; sie stützt sich aber auch auf gesetzliche Bestimmungen und steht im Einklange mit einem den summarischen Prozeßarten gemeinsamen Grundsatz.

1) Die Geschäftsbücher der Handeltreibenden bilden gewissermaßen den Abdruck ihres gesamten merkantilischen Rechtsverkehrs. Vor Allem halten sich daher die Kaufleute gegenseitig an ihre Handelsbücher, wenn ein handelsrechtlicher Anspruch in Frage steht. „Die Bücher müssen Aufschluß darüber geben.“

Neue Folge II. Band.

Dieser im kaufmännischen Verkehre den Büchern zukommenden Bedeutung soll auch im gerichtlichen Streitverfahren Rechnung getragen werden. Auch vor Gericht soll der klagende Kaufmann seinen Anspruch auf das Handelsbuch stützen; auch vor Gericht darf der in Anspruch Genommene von seinem Gegner einen Ausweis aus den Büchern erwarten, und auch der Richter soll von der Quelle, aus welcher der Klagevortrag in der Regel geschöpft ist, Kenntniß erhalten.

2) Diese Vorschrift hat auch ihre gesetzlichen Stützen.

Soweit die Bestimmungen der Gerichtsordnung von 1753 mit der summarischen Natur des handelsgerichtlichen Verfahrens in Uebereinstimmung stehen, gilt dieselbe unbeanstandet als Ausbülfsgeß. Im §. 5 Kap. XI Nr. 1 bestimmt nun dieselbe: Urkunden, worauf man sich in der Klage bezieht, sollen allezeit gleich abschriftlich mit beigelegt werden.

Die bayer. Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung, deren Fassung mit Vorzug nur Wechselklagen berücksichtigt, welche aber gleichwohl analoge Anwendung für das Handelsgerichtsverfahren findet, schreibt im §. 3 Kap. IV über die Klagerfordernisse vor: Der Kläger müsse allezeit den Wechselbrief, wie die übrigen allenfalls nöthigen Beilagen mit vorlegen. Aus der analogen Anwendung dieser Vorschrift auf Handelsgerichtsklagen ergibt sich auch für diese das Erforderniß des Urkundenbeleges¹⁾.

Läßt sich aus der angeführten Stelle der Gerichtsordnung von 1753 auch nur ein bedingtes,

¹⁾ Die Nürnb. Hand.-O.D. v. 1804 (Art. 16 Biff. 2) fordert eine vollständige Anzeige der Beweismittel und zwar sollen Urkunden sogleich in den Urschriften oder beglaubigten Abschriften der Klage beigelegt werden.

b. i. von einer Bezugnahme auf die Urkunde abhängiges Erforderniß der Urkundenbeilage folgern, so erscheint dasselbe im weitern Hinblick auf die erwähnte Vorschrift der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung als ein unbedingtes.

Während Urkunden über gewöhnliche Rechtsansprüche im Allgemeinen etwas Zufälliges sind, und deshalb eine Urkundenbeilage nur gefordert werden kann, wenn die Klage von einer Urkunde Erwähnung thut, so ist es bei handelsrechtlichen Ansprüchen gerade Regel, daß Urkunden hierüber bestehen, und bedarf es daher nicht erst einer Bezugnahme für den Richter.

3) Das handelsgerichtliche Verfahren zeichnet sich nicht nur durch die Einrichtung besonderer Gerichte, sondern auch durch seine summarische Natur aus²⁾. Die verschiedenen Arten des summarischen Verfahrens haben (von dem mündlichen Verhör abgesehen) das Erforderniß einer Bescheinigung des Klaganspruches gemein. Hiemit steht nun die Gerichtsübung, welche — mit Rücksicht auf die übliche Beurkundung der Handelsgeschäfte — einen Urkundenbeleg für Handelsgerichtsklagen fordert, in vollkommener Uebereinstimmung. —

In der Rücksicht auf die Bescheinigung³⁾

²⁾ Dasselbe bewegt sich in einer abgekürzten Form des gewöhnlichen Verfahrens oder in der Form des bedingten Mandatsprozesses. Die Ansicht, welche für das handelsgerichtliche Verfahren das Princip des Executivprozesses maßgebend hält, und damit das Erforderniß des Urkundenbeleges begründet, steht im Widerspruche mit der Praxis. Nur für den Wechselprozeß allein gilt dies.

³⁾ Auch die einfache Abschrift einer Urkunde bildet im handelsgerichtlichen Verfahren ein Bescheinigungsmittel. Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Handel, welcher gerade beim Beweis entschieden

eines summarisch zu verhandelnden Anspruches liegt nun auch im Allgemeinen der Sinn der Vorschrift (ratio legis). Es soll der allgemeinen Rechtsanforderung, wonach regelmäßig nur ein bescheinigtes Recht auf summarische Verhandlung Anspruch hat, genügt werden. Andererseits soll durch die Bescheinigung das in der Form beschleunigte Verfahren selbst wieder mittelbar beschleunigt werden, indem durch die Kenntniß des Beweismittels, durch die sichere Aussicht auf die Büchervorlage und die Leistung des Bucheides auf gegnerischer Seite die Streitlust gemindert, und in der Regel der Streit, wenn nicht ganz abgeschnitten, doch auf einzelne Posten zurückgezogen wird⁴⁾. Ein weiterer Grund der Vorschrift liegt darin, daß in vielen Fällen die Urkunden eine weit klarere Anschauung von dem Rechtsgeschäfte gewähren, als die ausführlichste Darstellung in der Klage, und daß durch die urkundlichen Aufschlüsse mancher Differenzpunkt unter den Streittheilen gelöst wird.

II.

An diese Erörterung sollen nun folgende praktische Bemerkungen geknüpft werden:

1) Nicht jeder aus dem Handelsrechte fließende

Geltung hat, weist den Gedanken an eine erblötete oder falsche Abschrift zurück.

- 4) Die in der Klage mitgetheilten Bescheinigungsmittel mögen ein Hauptgrund sein, daß die bedingten Zahlungsaufträge, welche an die nicht am Gerichtssitze wohnenden Beklagten (meistens Krämer und Klein-Gewerbetreibende) erlassen werden, in der Mehrzahl erinnerungslos bleiben. Für diese Beklagten bildet nicht selten erst die mitgetheilte Urkunde ein Mittel zur Ueberzeugung von der Richtigkeit des klägerischen Anspruches.

Anspruch kann mit einer Urkunde belegt werden. Nach §. 2 Kap. I der Wechsel- und Merkantillgerichtsordnung und gemäß der Verordnung vom 31. Januar 1806 gehören aber alle wirklichen Merkantillstreitsachen ohne Unterschied vor das Merkantilgericht. Daraus folgt, daß das Erforderniß des Urkundenbeleges nicht ein absolutes für jede handelsgerichtliche Klage sei. Vielmehr bilden die, wenn auch seltenen Fälle, in welchen Urkundenbeweismittel über den Klagausspruch nicht bestehen, eine selbstverständliche Ausnahme; denn sonst würden, im Widerspruche mit dem Gesetze, solche Ansprüche vor dem Merkantilgerichte klaglos erscheinen.

Nun weiß in allen Fällen zunächst nur der Kläger selbst von der Existenz einer Urkunde; wenn daher in der Klage hievon keine Erwähnung geschieht, so entsteht für den Richter einige Schwierigkeit. Hierbei kommt ihm jedoch die kaufmännische Übung zur Hilfe. Nach derselben gilt die Beurkundung aller merkantillischen Rechtsgeschäfte als eine durchgreifende Regel beim Großhandel. Diese Regel⁵⁾ gilt auch für den Handel

⁵⁾ Die umfassendste Art der üblichen Beurkundung bildet die kaufmännische Verbuchung.

1. Sämmtliche Geschäftsvorfälle werden zuerst Tag für Tag, wie dieselben vorkommen, (chronologisch) verbucht in dem Gedächtnis- oder Memorialbuch, — auch Primanota, Strazza genannt. — Es werden indessen mehrere Memorialbücher, wovon jedem ein bestimmter Gegenstand angewiesen ist, gehalten. So besteht

a) durchgehends für die Kassenposten, d. i. die baaren Einnahmen und Ausgaben (Taggeschäfte auf baar) ein Cassabuch,

b) gewöhnlich für einzelne Geschäftsorten je ein besonderes Memorialbuch, so für Einkauf und Verkauf ein Einkaufs- und Verkaufsbuch, auch Factura-, Versendungsbuch genannt, — so für Spe-

im Kleinen, doch mit einer Beschränkung. Bei den handeltreibenden Gewerbleuten, Krämern und

bilionsgeschäfte, wenn solche häufiger vorkommen, ein Expeditionsbuch u. s. w.,

c) zuweilen auch für Geschäfte, welche erst in einer spätern Zeit zur Ausführung kommen sollen, (Lieferungs-, Prämien-, Differenz-Geschäfte) ein Verfallzeitbuch.

d) Für Vorfälle, wofür in einer Handlung besondere Bücher nicht geführt werden, besteht ebenfalls ein (gemeinsames) Memoriale oder Vorkerkerungsbuch.

II. Eine zweite Verbuchung findet statt in dem Journale, in welches der Inhalt der sämtlichen Memorialbücher übergetragen wird. (Die zu I, c. erwähnten Geschäfte werden aber erst eingetragen, wenn sie effectuirt sind.) Häufig besteht das Journal in einer Zeitschrift der Memorialbücher, vielfach aber in einer Zusammenstellung der Geschäfte einer Art für einen gewissen Zeitabschnitt (Monat). Nur im ersten Falle ist es ein Tagebuch; letzternfalls bildet es ein Monatsbuch und sind dann die Memorialbücher als Tagebücher zu betrachten.

III. Eine dritte Verbuchung enthält das Hauptbuch, welches von des Kaufmanns gesamtem Besitzstande, von den Besitzesveränderungen und dem gesammten Forderungs- und Schuldverhältnisse zu den Geschäftsfreunden eine Uebersicht gibt. In demselben werden Rechnungen für den Besitz im Ganzen (Capitalconto), dessen Bestandtheile (Cassaconto, Waarenconto), sowie für die Handelsfreunde (persönliche Conten) gehalten und aus dem Journale die (monatlichen) Veränderungen in die betreffenden Rechnungen summarisch eingetragen (doppelte Buchhaltung genannt, da jeder Conto im Soll und Haben, somit doppelt vorkommt). Die einfache Buchhaltung hat (regelmäßig) nur ein Hauptbuch mit persönlichen Conten, daher ganz die Gestalt eines Contocorrentbuches. Gewöhnlich wird in der einfachen (bisweilen auch in der doppelten) Buchhaltung ein Journal nicht geführt; der Inhalt des Hauptbuches wird dann aus den Memorialbüchern

Händlern läßt sich nämlich eine regelmäßige Aufzeichnung nur für den gewöhnlichsten Fall, den Tageskauf, behaupten ⁶⁾).

Die Regel ist nun maßgebend. In Fällen, wo der Richter nach derselben die Existenz einer relevanten Urkunde anzunehmen berechtigt ist, fordert er deren Beilage mit der Klage. Sollte einmal ausnahmsweise in einem solchen Falle eine Urkunde nicht bestehen, so ist auf Anzeige dieses Umstandes die Klage ⁷⁾ dennoch vor dem Merkantiltrichter zu verhandeln. Dagegen muß es in Fällen, wo eine regelmäßige Beurkundung überhaupt ⁸⁾, oder doch

gezogen. (Ueber die kaufmännische Buchhaltung vergleiche man Leuchs Contorwissenschaft I. Bd., Bleibtreu's Lehrbuch der Handelswissenschaft S. 402 ff.) Auch Hilfspersonen des Handels führen Bücher, so der Spediteur ein Speditionsbuch, der Commissionär ein Einkaufs- oder Verkaufs-Commissionsbuch, der Mäkler (Gensal) außer seinem Notizbuche ein Mäklersjournal (B. W. D. v. 1785 S. 20).

- ⁶⁾ Hierüber wird Buch gehalten, freilich oft nur mangelhaft in s. g. Aufschreibbüchern. — Die beim Kauf auf Lieferung übliche Ausstellung kaufmännischer Noten ist bei den fraglichen merkantilsfähigen Klassen keine regelmäßige Erscheinung. — Von den gewöhnlichen Adenacschaften gegen Baarzählung ist hier natürlich nicht die Rede.
- ⁷⁾ Z. B. die Klage eines Kaufmannes aus einem Lieferungskaufe, worüber weder ein Buchseintrag gemacht, noch eine Schlussnote gefertigt worden.
- ⁸⁾ Dies gilt von Vorfällen, welche ihren Grund nicht in einer Willensübereinstimmung der Betheiligten haben. Vorsichtshalber kommen jedoch auch hierüber Beurkundungen vor; es läßt z. B. der Spediteur den schadhafsten Zustand der übernommenen Waaren vom Gerichte oder einem Notar constatiren. — Doch gilt die Regel der Beurkundung für den Stand der Course.

bei gewissen Klassen von Merkantilsfähigen.⁹⁾ nicht üblich ist, dem Kläger überlassen werden, eine etwa existirende Urkunde vorzulegen; nur wenn auf eine solche in der Klage Bezug genommen wäre, müßte deren Vorlage gefordert werden.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Klage auf Erbtheilung; Generalklage. — Feststellung der Regeln für die Auseinandersetzung. Verweisung des Quantum zur summarischen Liquidation.

Su Bd. XXI S. 33 ff. S. 40 ff.

Die in vorbemerktem Aufsätze entwickelten Grundsätze wurden vom obersten Gerichtshofe nochmals in einem neueren Falle in Anwendung gebracht. Walburga B. hatte aus erster Ehe drei Söhne, aus einer zweiten wieder drei Kinder geboren; jene ersten wurden bei ihrer Verheirathung nur kärglich, die letzteren dagegen bis zum vier- und fünffachen Belaufe reichlich ausgestattet. Nach ihrem Tode wollte ihr Wittwer, der mit ihr in Gütergemeinschaft gelebt hatte, den ganzen Rücklaß in Händen behalten; zwei von den Söhnen erster Ehe erhoben jedoch eine Klage auf Erbtheilung, worin sie mehrere Materialien für die Bildung der mütterlichen Erbschaft lieferten, für die Vertheilung aber eine unrichtige Berechnung aufstellten. Die Vorinstanz entband die Beklagten von

⁹⁾ B. B. wenn ein, den — Note 6 — erwähnten Klassen angehöriger Kläger einmal aus einem Expeditionsgeschäfte, oder aus einer Kauf- oder Verkauf-Commission einen Anspruch geltend zu machen hätte.

der erhobenen Klage; der oberste Gerichtshof dagegen erkannte zu Recht:

1) Der Hauptbeklagte Wittwer sei verbunden, über die Erbschaft seiner verlebten Ehegattin . . . ein eiblich zu erhärtendes Inventar zu stellen;

2) sämtliche Beklagten seien schuldig, von dem sich nach Richtigstellung dieses Inventars ergebenden reinen Erbbestande den Klägern zwei Siebentheile herauszugeben;

3) die Ermittlung der treffenden Beträge wird jedoch zur summarischen Liquidation im gesonderten Verfahren verwiesen.

In den Gründen kommt hierüber vor: Nach dem die zweite Appellationsbeschwerde gerechtfertigt war, so fand sich der oberste Gerichtshof durch dieselbe mit allem, was davon abhängt, nach O. Kap. XV, §. 9 Nr. 2 damit befaßt, die entsprechenden Regeln für die Auseinandersetzung jener Erbschaftssache vorzuzeichnen und hiemit das Begehren der Kläger auf das rechte Maas zurückzuführen, wogegen es der ersten Instanz zu überlassen war, durch eine Sammlung und Verarbeitung des dazu gehörigen stofflichen Theiles in dem hiefür am besten geeigneten Wege die wirkliche Erbtheilung erst zu vollführen und den Klägern den ihnen gebührenden Antheil in einem bestimmten Betrage zuzuschreiben.

Weiter unten fahren die Gründe fort: Nach Feststellung dieser Grundlagen kommt nur noch in Frage, auf welche Weise die sich von mehreren Seiten her durchkreuzenden thatsächlichen Grundlagen zu bewahrheiten seien, aus denen sich der Erbtheil, welcher den Klägern gebührt, auch dem Betrage nach ermitteln läßt. Zur Entwirrung eines so verwickelten Sachverhaltes, wobei zweifelhafte Aktiven, illiquide Passiven, bestrittene Conferendposten von mehr als zwei Seiten her zusammen treffen, zeigte sich die Beweisaufgabe nicht als das

förderliche Auskunftsmittel; es war vielmehr der Weg einer summarischen Liquidation, wie solche die Anmerkungen zur G.D. Kap. XVIII §. 1 litt. f. für Generalaktionen ausdrücklich bezeichnet und anempfohlen haben, als der weit einfachere vorzuziehen, wobei jeder Theil die Belege mit seiner Aufstellung sogleich 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 und wie viel hievon auf den einzelnen Erben treffe. Hiefür spricht noch insbesondere die Erwägung, daß die *actio fam. ercisc.* ein *judicium duplex* ist; wobei jeder der Betheligten als Kläger und Beklagter zugleich erscheint (fr. 2 §. 3 h. t. 10, 2), sowie die weitere, daß, insolange ein besonderes Notariat für dergleichen Fälle nicht eingeführt ist, es den ordentlichen Gerichten obliegt, die Verrichtungen jenes *arbitr. fam. ercisc. judicio datus*, den das römische Recht mit jener Auseinandersetzung betraute (C. 5, 15, 21 h. t. 3, 36) in der Verwaltung ihres eigenen Amtes zu vereinigen. Wenn demnach der Hauptbeklagte Wittwer daß ihm aufgetragene Inventar mit allen zu seiner Unterstützung dienenden Behelfen wird vorgelegt und eidlich erhärtet haben, sind auch die Kläger mit ihren Einwendungen, Ergänzungen und Berichtigungen desselben zu hören, denen wieder obliegt, ihre Beweise mit vorzulegen, worauf nach summarischer Verhandlung das Gericht erster Instanz sich in den Stand gesetzt finden wird . . . , ein alle streitigen Punkte erschöpfendes Endurtheil zu erlassen.

DAAG. v. 4. April 1857. Reg.-Nr. 229⁵⁵/₅₆.

2.

Einrede der Wahrheit gegen die Injurienklage. Voraus-
setzung ihrer Erheblichkeit ¹⁾.

In einer Injurienfache war dem Kläger in II. Instanz (abgesehen von einem zweiten hier un-
erheblichen Gliede des Beweisfahes) zu betwelsen
aufgelegt worden:

daß Beklagter schon öfter in Gegenwart seiner
Gäste sich geäußert habe: Kläger habe ihn
betrogen.

Eventuell war Beklagter zu dem Einredebe-
welse zugelassen:

daß die von dem Kläger ihm Beklagten er-
öffnete Cession seiner Schuld zu 2500 fl. an
das Handlungshaus K. und Sohn in Augs-
burg und die Erhöhung des Zinsfußes durch
den Letzteren auf $6\frac{1}{2}\%$ bloß fingirt gewe-
sen sei.

Auf Revision des Klägers wurde diese even-
tuelle Beweisauflage vom obersten Gerichtshofe ge-
strichen. Gründe:

Wie in der Klage behauptet wird, hat der
Beklagte öfter in seinem Gastzimmer gegen die dort
versammelten Gäste geäußert, der Kläger habe ihn
betrogen. Das Motiv, durch welches er zu dieser
Aeußerung veranlaßt war, d. i. die spezielle That-
sache, aus welcher derselbe die betrügliche Handlung
des Klägers ableiten zu müssen glaubte, hat er
dabei nicht angegeben, und ist demnach solche den
Gästen, gegen welche die beregte Aeußerung ge-
schehen sein soll, unbekannt geblieben.

Diesem gemäß hat Beklagter, indem er den
Kläger auf erwähnte Art überhaupt als ein einer
betrüglichen Handlungsweise fähiges Subjekt be-
zeichnete, im Allgemeinen über dessen Charakter ab-

¹⁾ Eingefandt von Hrn. Dr. Feder.

gesprochen, dessen sittlichen Werth herabgewürdigt, und denselben hiedurch als einen strafrechtlich verpönder Handlungen fähigen Mann der Verachtung seiner Mitbürger preisgegeben. Ein solches Urtheil über den ganzen sittlichen Werth eines Menschen mit solchen Folgen liegt aber immer außer den Grenzen der Redefreiheit, und bleibt immerhin injuriös.

Anderß würde sich die Sache verhalten, wenn Beklagter das Motiv, durch welches er zu besagter Aeußerung über den Kläger gekommen, nämlich die fragliche (Session's-) Fiktion den Gästen gegenüber angegeben hätte. In diesem Falle hätte der Beklagte lediglich seine Meinung, sein Urtheil über eine Thatfache, über eine Handlung des Klägers ausgesprochen, und dieses Urtheil wäre entweder begründet und der Wahrheit gemäß, oder nicht, somit unrichtig, und lediglich eine unlogische Folgerung des Beklagten gewesen. Im ersten Falle wäre ohnehin eine Injurie nicht vorhanden, aber auch im letzteren Falle würde solche ausgeschlossen sein, weil für eine bloß unrichtige Denkweise, welche nicht in der Willkür des Menschen liegt, Niemand verantwortlich sein kann, und daher der Richter — wie Weber in seinem Werke über Injurien sich ausdrückt — nicht berufen ist, dem Logiker ins Ant zu fallen.

Weber a. a. O. III Nr. 19, 20.

Alein ein Fall der Art liegt hier nicht vor, und da nach dem Obigen dem vom Beklagten über den sittlichen Werth des Klägers im Allgemeinen ausgesprochenen Urtheile durch die vorgebrachte Einrede, wenn solche auch vollkommen erwiesen würde, der injuriöse Charakter nicht entzogen zu werden vermöchte, so war der dem Beklagten frei gelassene Einredebeweis zu streichen.

DNBGE. v. 14. Januar 1856. Nr. 1132⁵⁴/₅₅.

3.

Waarenverderb auf der Eisenbahn. Versicherung nach §. 31 der Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayerischen Eisenbahnen ¹⁾).

Wegen Verderbs von transportirtem Hopfen wurde der kgl. Fiskus (der Verkehrsanstalten) auf Entschädigung belangt. Zur Vertheidigung brachte der Verklagte unter anderem vor:

1) Jede ävarialische Haftung zessire hier aus dem Grunde, weil die Verladung (in ganzen Wagenladungen) nicht durch die Bahnbediensteten, sondern durch das Personal des Aufgebers vor sich gegangen sei;

2) die Betriebsbeamten hätten aus Mangel an Deckelwägen die sofortige Abspeidung für unthunlich erklärt, und dieß erst alsdann effectuirt, als der Aufgeber dieses ausdrücklich verlangte und jedes dießfallige Risiko auf sich nahm;

3) zur Begründung der erhobenen Entschädigungsklage sei Nachweisung eines speziellen Verschuldens von Seite der Bahnbediensteten erforderlich;

4) jedenfalls müsse dem kgl. Fiskus der Gegenbeweis über die Behauptung vorbehalten werden, daß die mit der zweiten Sendung verfrachteten Wägen vor ihrer Verladung in Hof bereits durchnäßt gewesen.

Alle diese Einwendungen und Vertheidigungsmomente wurden aber vom obersten Gerichtshofe

¹⁾ Diese Bestimmungen wurden im Januar 1851 erlassen und sind abgedruckt in der „Handbibliothek des bayerischen Staatsbürgers“ Supplementband II, S. 547 f. — Vgl. die neuesten Bestimmungen vom Dez. 1856 (s. oben S. 173 Note 2) §. 13 Nr. 8.

im Hinblick auf den Umstand, daß die transportirte Waare nach §. 31 der Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayerischen Eisenbahnen vom Januar 1851 versichert worden — für unerheblich erachtet. In Betreff von Nr. 2 wurde noch bemerkt, daß die Berücksichtigung mündlicher Nebenabreden der Feststellung des Vertragsverhältnisses durch den Eisenbahnfrachtbrief gegenüber für unstatthaft zu erachten sei.

DAOE. v. 6. Okt. 1856 Nr. 1222^{55/56}.

4.

Berufungs-Devolutivkraft. Reformatio in pejus.

Eine Entschädigungsklage, wegen Waarenverlusts auf der Eisenbahn von dem Adressaten gegen den egl. Fiskus erhoben, wurde in I. Instanz angebrachtermassen abgewiesen, weil die Eisenbahnverwaltung nur mit dem Aussteller der Eisenbahnfrachtbriefe in Kontratsverhältnissen stehe. In II. Instanz erfolgte der oberstrichterliche Ausspruch: 1) der egl. Fiskus sei sich einzulassen schuldig und dessen eventuelle Einlassung für unbedingt anzunehmen; 2) der Fiskus werde bezüglich eines Betrags von 240 fl. 4¹/₄ kr. von der Klage (definitiv) entbunden. Im Uebrigen wurde 3) dem Kläger Beweis aufgelegt. In Betreff von Nr. 2 des Ausspruchs sagen die Motive:

Eine reformatio in pejus liegt hierin nicht, weil in Folge des Devolutiveffekts der oberste Gerichtshof über das gesammte Prozeßmaterial in dem vollen Umfang zu erkennen hat, der der ersten Instanz zugestanden wäre, wenn sie den Fiskus zur Einlassung verurtheilt hätte.

DAOE. v. 18. Juni 1856 Nr. 573^{55/56}.

5.

Expropriationsverfahren. Nebenschadensposten erst in II. Instanz aufgestellt. Richter- resp. Oberrichterliches Amt in dergleichen Sachen.

In einer Expropriationssache hatte der Expropriat einige Nebenschadensposten erst in zweiter Instanz aufgestellt, und auf deren Verwerfung die in dritter Instanz erhobene Beschwerde durch Bezugnahme auf den Art. 19 des Zwangsabtretungs-Gesetzes („den wahren Werth des ganzen hiebei obwaltenden Interesse zu ermitteln“) und Anmerk. zu G.D. XIV §. 7 lit. b. (drittens) zu begründen gesucht. Diese Beschwerde hatte keinen Erfolg. Die Motive sagen:

Die erste Instanz hat als Nebenentschädigung für jene Titel, bezüglich welcher M. P. im ersten Verfahren Nebenentschädigung verlangt hat, die Summe von 110 fl. 36 kr. zuerkannt. Ob Expropriat auch aus andern Gründen noch eine weitere Nebenentschädigung beanspruchen könne, hatte das Prozeßgericht nicht von Amtswegen zu untersuchen, und dem Expropriaten auch keine Entschädigung für angebliche Schäden zuzuerkennen, deren Existenz M. P. nicht behauptet, und gegen deren Vorliegen der kgl. Fiskus sich zu vertheidigen keine rechtliche Möglichkeit hatte. Das Prozeßgericht hat nur die Pflicht gehabt, zu untersuchen, ob das Interesse des Expropriaten in der Richtung gefährdet sei, in welcher er durch die Enteignung beeinträchtigt sein wollte, nicht aber die Pflicht, strittige Ansprüche durch amtliches Einschreiten zu schaffen, wenn Expropriat in dieser Richtung beschwert zu sein im ersten Verfahren selbst nicht behauptete. Da M. P. von weiteren Nebenschäden keine Erwähnung machte, so ist die Bezugnahme auf G.D. XIV §. 7 völlig

unbehelflich. Es ist somit die Beschwerde, welche eventuell für die zweite Instanz die Pflicht vindizirte, auf jene Nebenschäden zu reflektiren, als vollständig unbegründet zu verwerfen.

DAZ. v. 28. Okt. 1854 Nr. 28⁵⁴/₅₅.

6.

Befugniß des Verkaufs-Commissionärs, die Sache selbst zu kaufen.

Nach dem deutschen Handelsgebrauche kann der Commissionär die ihm zum Verkaufe committirte Waare selbst kaufen. Jedoch darf er nicht eigenmächtig von der gegebenen Vorschrift abweichen und unter dem Limitum verkaufen; thut er es, so kann der Committent das Geschäft für ungültig erklären und die verkaufte Waare zwar nicht bei Dritten vindiziren, wohl aber von dem Commissionär, wenn dieser selbst sie gekauft zu haben behauptet, zurückfordern.

Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1856, Nr. 54
S. 428.

7.

Klagenverjährung. Unterbrechung.

Eine bei dem incompetenten Richter angebrachte Klage unterbricht die Verjährung nicht. Unterholzner's Verjährungslehre Bd. I §. 124 S. 442.

Erk. des DAZ. zu Dresden vom 13. Juni 1856. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. 1856 S. 445.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage. — Abhän- von deren Zusammenhang mit der Hauptbeschwerde. — Unerheblichkeit einer formell zulässigen Beschwerde, wenn derselben bereits materiell präjudicirt ist. — Collision zwischen Hypothekeneinträgen, von welchen der eine früher angemeldet, der andere früher zur Einzelzinsung gelangt war. Grenzen der Wirksamkeit der Offenlichkeit des Hypothekeneintrags. — Rangende Sachlegitimation einer Innung in Gewerbestreitigkeiten. Vereinigung des Legitimationspunktes ex officio. — Rechtliche Wirkung eines verjährten trodenen Wechsels. —

Ueber das Erforderniß des urkundlichen Beleges einer handelsgerichtlichen Klage.

(In dem Gebiete der bayer. Wechsels- und Merkantils-Gerichts-Ordnung).

(Schluß.)

2) Ueber Handelsgeschäfte bestehen in der Regel mehrere Urkunden, was schon die übliche Buchhaltung mit sich bringt. Außer der Verbuchung ist bei manchen Geschäften die Errichtung besonderer kaufmännischer Urkunden in Uebung, und zuweilen kommen außer den Buchseinträgen noch gewöhnliche Schuldscheine vor. Wenn nun nicht die sämtlichen über einen und denselben Anspruch bestehenden Urkunden vorgelegt werden wollen, so fragt es sich, welche Urkunde für den Beleg des Anspruches sich eigne?

a) Gewöhnliche Schuldscheine (im kaufmännischen Verkehre überhaupt nicht üblich) gewähren selten eine so klare Einsicht in das zu beurtheilende Neue Folge II. Band.

Geschäft, wie Handelsurkunden. In den meisten Fällen wird ihr Inhalt hinsichtlich des Schuldgrunds des zu allgemein sein. Mit Grund erachtet daher die Praxis solche Urkunden für sich allein nicht geeignet zum Beleg einer Merkantillage.¹⁰⁾

b) Unbelangend die Handelsurkunden, so ist nicht gerade nur ein Handelsbuchsauszug ein geeigneter Beleg¹¹⁾. Es gibt Geschäfte, bei deren Abschluß besondere Urkunden gefertigt zu werden pflegen; so beim einfachen Lieferungskauf Bestellungs-, und Lieferungsnoten, bei Prämien-, und Differenzgeschäften Schluß- oder Engagementsbrieife (Verträge in Briefform¹²⁾). Solche Urkunden sind entsprechend als Auszüge aus dem Verfallzeit- oder Vormerkungsbuche. Dasselbe gilt auch von Frachtbrieffen, Flußconossementen, Creditbrieffen, Verträgen über kaufmännische Affekturen, Gesellschaftsverträgen u. s. w.¹³⁾.

c) Die mehrfachen Einträge in verschiedene Bücher über einen und denselben Anspruch zeigen einen erheblichen Unterschied darin, daß in einem Buche das Geschäft im Einzelnen (specifice), in

¹⁰⁾ Vgl. das oberricht. Erf. v. 20. Jän. 1840 (Poffet's Samml. S. 412). Die Bedeutung solcher Urkunden für die Liquidität eines Anspruches soll hiemit nicht abgesprochen werden.

¹¹⁾ Es besteht keine Vorschrift, daß gerade ein Buchsauszug vorzulegen sei. — Mangels förmlicher Handelsbücher sind auch Auszüge aus f. g. Aufschreibebüchern zulässig (oberricht. Erf. v. 11. Jänner 1847 Bl. f. N. N. XVIII S. 338).

¹²⁾ Wird unter Beziehung eines Mädlers geschlossen, so stellt dieser Schlußzettel aus. (Ueber deren Beweiskraft vergl. man das oberricht. Erf. v. ¹³/₁₀ 21 in Poffet's Sammlung S. 458). Vgl. Robaß, Syst. Lehrbuch der Handelswissenschaft S. 193.

¹³⁾ Weltere Beispiele liefert das Seefrachtwesen (Connossement, Carleparlie, Bodmeretbrieff etc.) Vgl. Robaß S. 206 ff. S. 204.

einem andern Buche nur im Allgemeinen (in folle) verzeichnet wird. Letzteres ist der Fall bei den Hauptbuchs-, zuweilen auch bei Journal-Einträgen. Ein Auszug aus einem Buche mit allgemeinen Einträgen kann für sich allein als ein entsprechender Beleg nicht erachtet werden. Denn

1) solche Einträge gewähren hauptsächlich nur über das numerische Moment einer Forderung Aufschluß, geben aber keine genügende Darstellung der rechtlich erheblichen Momente des Geschäftes. (Vgl. oben I am Ende.) Sie sind

2) summarische Ueberträge aus einem andern, die Einzelheiten des Geschäftes enthaltenden Buche; sind gewissermaßen nur eine Schlussfolgerung, deren Prämissen in dem andern Handelsbuche sich vorfinden: Als *referentia* ohne die *relata* haben sie keine Beweisraft; Auszüge der fraglichen Art bilden daher allein kein entsprechendes Bescheinigungsmittel¹⁴⁾; der Hauptgrund der Vorschrift ist aber gerade in der Bescheinigung des Anspruches zu suchen. (Vgl. oben I, 3.)

3) Eine Klage, die sich lediglich auf einen Buchsauszug mit allgemeinen Einträgen stützt, trägt nicht die gesetzlichen Erfordernisse einer Klagschrift in sich. Man betrachte die Fälle von Klagen aus einem Verkaufe, in denen lediglich auf den vorgelegten Hauptbuchsauszug mit allgemeinen Vorträgen:

¹⁴⁾ Vgl. d. Münch. Hand. G. D. 33 Ziff. 3. Dieselbe stellt indessen Ziff. 4 eine Ausnahme auf in der unrichtigen Voraussetzung, als beständen bei der einfachen Buchhaltung keine Relaten. Auch bei dieser enthält das Hauptbuch eine summarische Uebertragung der in der Strazza (*Priva nota*, *Memoriale*), dem eigentlichen Tagebuche dieser Buchhaltung, *specifico* verzeichneten Geschäfte. G. D. Kap. XI §. 3 Ziff. 2, außerdem §. 5. Ziff. 1 „besonders wenn sie so beschaffen sind, daß der Streit dadurch allein und ohne einen andern Beweis gehoben werden kann.“

3. B. (Soll)

„An A. N. in B.
 1854 Oct. 10 An Waaren 300 fl.
 „ Dez. 15 ditto 150 fl.“
 u. s. w.

Bezug genommen und die Summe der sämtlichen Posten nach Abzug des empfangenen Gegenwerths gefordert wird.

Einer solchen Klage mangelt augenscheinlich die Angabe des Kaufsgegenstandes ¹⁵⁾, die Angabe des gekauften Quantums ¹⁶⁾, die Angabe der festgesetzten Preise ¹⁷⁾. Um die Unzulässigkeit einer derartigen Klage darzuthun, ist nicht nöthig, auf die für jedes gerichtliche Streitverfahren geltende Vorschrift der G. O. Kap. IV §. 7 Ziff. 2 zurückzugreifen; es genügt, auf die Bestimmung der W. u. M. G. O. Kap. IV §. 1 Ziff. 2 hinzuweisen; denn von einer „Geschichte“, welche über 3 wesentliche Rechtsmomente nicht bloß dunkel sich verhält, sondern gänzlich schweigt, kann sicher nicht behauptet werden, daß sie „deutlich angeführt“ sei ¹⁸⁾.

Diesen Rechtsgründen gegenüber werden indessen in der Praxis Gegengründe geltend gemacht, welche erstens auf eine kaufmännische Gewohnheit, zweitens auf die übliche Buchhaltung und drittens auf eine Begünstigung der kaufmännischen Rechtsverfolgung sich stützen.

¹⁵⁾ „Waare“ bezeichnet Alles was Gegenstand des Handels sein kann, 3. B. auch Creditpapiere, ist somit ein bloßer Rechtsbegriff.

¹⁶⁾ Die Quantitätsbezeichnung ist bei dem Verkaufe nach Maß, Zahl, Gewicht — dem regelmäßigen Falle im Handel — ein wesentliches Vertragsmoment.

¹⁷⁾ Die Klage führt ein Rechnungsprodukt (300 fl., 150 fl.) ohne die Factoren an.

¹⁸⁾ Vergl. d. Nürnb. Hand. Ger. Ord. 16, Biff. 1.

Um die Stärke dieser Gegengründe einsehen zu können, müssen die Grundlagen derselben näher untersucht werden.

a) Es ist durchgehends Regel, daß der Verkäufer dem Käufer eine s. g. Factura (Rechnung, Einkaufsverzeichniß) zustellt, welche eine genaue Verzeichnung der einzelnen verkauften Waaren nach Gattung, Quantität und Preisen zc. enthält. Hie durch, sagt man nun, sei der Beklagte regelmäßig in die Lage versetzt, sich gehörig auf die Klage zu vertheidigen. Allein offenbar wird hiebei eine Hauptperson im Streitverfahren — der Richter — ganz übersehen, welcher doch ebenfalls eine vollständige Kenntniß von den wesentlichen Umständen des in den Streit gezogenen Rechtsgeschäftes besitzen muß, wenn er ein rechtliches Urtheil darüber geben soll. Ja, in den fraglichen Fällen ist dem Richter eine richtige Beweisauflage geradezu unmöglich ¹⁹⁾.

b) Wenn mehrere Waarensendungen einerseits, und mehrere Zahlungen, überhaupt Gutmachungen anderseits in Frage stehen, so wird ganz zweckgemäß ein Contocorrent, — eine übersichtliche Zusammenstellung des Gegebenen und Empfangenen mit der Klage vorgelegt. Wenn nun die Klage lediglich auf einen Contocorrent mit allgemeinen Vorträgen gestützt ist, so führt man für die Zulässigkeit einer solchen Klage an: nach der üblichen Buchhaltung werde der Contocorrent immer aus dem Hauptbuche,

¹⁹⁾ In sich unwahr sind jene Interlokute, welche in solchen Fällen dem Kläger die Lieferung der „in der Klagbeilage nach Preisen und Lieferungszeit verzeichneten Waaren“ zum Beweise auflegen. Die Waaren sind in der Beilage eben nicht verzeichnet, auch nicht die Preise. Dem Kläger wäre zum Beweise aufzulegen, daß er dem Beklagten am 10. Oct. 1854 Waaren um den Gesamt-Kaufpreis von 300 fl., u. s. w. geliefert habe. (!)

welches nur in summarischen Vorträgen eine Uebersicht des gesammten Forderungs- und Schuldsverhältnisses des Kaufmannes zu seinen Geschäftsfreunden enthält, gezogen.

Dieser Grund hat kaum den Schein eines solchen. Der Umstand, daß der Contokorrent nur aus einem summarisch, und nicht aus einem specific geführten Buche gezogen wird, kann eine an sich mangelhafte Klage doch nicht zu einer rechtlich begründeten machen. Durch einen Contokorrent wird ein Auszug aus den specific geführten Büchern, aus den Relaten, keineswegs entbehrlich.

c) Endlich wird geltend gemacht, es würde eine bedeutende Erschwerung der kaufmännischen Rechtsverfolgung sein, in Fällen eines mehrere Jahre bestandenen Geschäftsverkehrs die Spezifikation der sämtlichen Waarenlieferungen mittels Vorlage von Auszügen aus den betreffenden Büchern zu fordern.

Hiegegen ist zu erinnern:

Die Schwierigkeit der Verfolgung eines, aus komplizirten Rechtsverhältnissen entspringenden Anspruches rechtfertigt einen Bruch mit einem gesetzlichen, für ein geordnetes gerichtliches Streitverfahren unerlässlichen Grundsatz zu Gunsten einer Berufs-klasse keineswegs. Wenn aber je die Erschwerung der Rechtsverfolgung die Umgehung der beschwerenden Gesetzesvorschrift rechtfertigen könnte, so müßte die Vorschrift doch alsdann Anwendung finden, wenn in einem Falle eine solche Erschwerung nicht gegeben ist. Wie ist hiebei nun die richtige Gränze zu finden ²⁰⁾? Selbst bei einfachen Rechtsverhält-

²⁰⁾ Wie viele Jahre soll die Geschäftsverbindung gedauert haben, oder wie viele Waarenlieferungen müssen Gegenstand der Klage, oder in wie vielen Büchern müssen die einzelnen Einträge zerstreut sein, damit die Klage auf jene Begünstigung Anspruch habe?

nissen wird eine Klage, welche alle wesentlichen Umstände anführt, beschwerlicher und unbequemer sein, als eine Klage in Bausch und Bogen. — Indessen kann die behauptete Erschwerung nicht einmal zugegeben werden. Während einer längeren Geschäftsverbindung werden manche Posten gut gemacht; will sich nun der Kläger seine Sache nicht selbst erschweren, so wird er jene Posten, die durch den empfangenen Gegenwerth ausgeglichen sind, nicht zum Gegenstande der Klage machen. Dadurch mindert sich die scheinbare Schwierigkeit, die ohnehin nur darin besteht, daß ein Abschreiber einige Stunden mehr mit der Anfertigung der Auszüge aus den specific geführten Büchern beschäftigt werden müßte ²¹⁾).

Dies sind die merkantilen Gegengründe! Dieselben üben auf manche handelsgerichtlichen Urtheile einen entscheidenden Einfluß aus, und die nunmehrige Praxis ist ziemlich geneigt, auf Hauptbuchauszüge gestützte Klagen zuzulassen ²²⁾).

3) Schließlich soll noch die Frage berührt werden, ob sich wegen Mangels eines (entsprechenden) Beleges die Zurückweisung der Klage in allen Fällen rechtfertige, wo die Möglichkeit des Beleges nach der kaufmännischen Übung angenommen werden darf.

Man muß wohl unterscheiden:

a) Ist die Klage ausser dem Mangel des Urkundenbeleges oder des entsprechenden Urkun-

²¹⁾ Diese Mühe könnte auch trotz aller Begünstigung wider Willen des Beklagten nicht einmal erspart werden. Ein einfacher Widerspruch Seitens desselben macht im Beweisverfahren die Vorlage aller jener beschwerlichen Auszüge nothwendig.

²²⁾ Vgl. d. oberricht. Erl. v. 10. März 1843 (Posset's Samml. S. 470); dagegen D. G. v. 3. Oct. 1842 (a. a. O. S. 416). — Eine feststehende Praxis dürfte auch h. z. T. nicht anzunehmen sein.

denbeleg ihrer Geschichte nach nicht gehörig begründet, so ist dieselbe zurückzuweisen²³⁾.

b) Ist dagegen die Klage ihrem thatsächlichen Inhalte nach vollkommenen begründet, mangelt aber ein Urkundenbeleg überhaupt, oder doch der entsprechende, so ist es zweckmäßiger, dem Kläger die Urkunden-Vorlage aufzuerlegen, statt die Klage von der Gerichtsschwelle abzuweisen²⁴⁾. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß die kaufmännische Übung der Beurkundung aller Handelsgeschäfte noch nicht gleichmäßig in alle Klassen, denen die Merkantilsfähigkeit nach den Verordnungen vom 5. März 1804 und 31. Jänner 1806 zukommt, gebrungen ist²⁵⁾.

Lorenz Hanser.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Abhäsion; deren Zusammenhang mit der Hauptbeschwerde;— Unerheblichkeit einer formell zulässigen Beschwerde, wenn derselben bereits materielle präjudizirt ist.

Von der streitigen Forderung eines zehnjährigen Miethzinses stand zugleich in Frage, von wann an die miteingeklagten Verzugszinsen zu laufen hätten.

²³⁾ B. B. eine Klage aus einem Kontokorrent mit allgemeinen Vorträgen.

²⁴⁾ B. B. wenn aus einem Kaufe auf Lieferung von einem Kaufmanne geklagt wird, ohne daß eine Bestellungs-, oder Schlussnote vorgelegt wird.

²⁵⁾ Durch die angeführte Rücksichtnahme werden in der Praxis Klageabweisungen vermieden, welche auf die Anzeige des Klägers, daß bei ihm die Geschäfte der fraglichen Art nicht verbucht werden, daß auch eine besondere Urkunde nicht gefertigt wurde, wieder zurückgenommen werden müßten.

Drei Zeitpunkte standen sich in dieser Beziehung gegenüber. Der Kläger verlangte dieselben von 1822—31, wo die Miethe statt fand, und zwar von dem Verfalltage nach Ablauf eines jeden Miethjahres an, nach dem Grundsatz: dies interpellat pro homine. Derselbe hatte seine Forderung bereits im J. 1833 bei einem Gerichte eingeklagt, welches im J. 1847 oberstrichterlich für inkompetent erklärt und daher das ganze Verfahren als nichtig aufgehoben wurde. Der Beklagte wollte Verzugszinsen nur von 1849 und namentlich von dem Tage an zugestehen, wo die erneuerte und bermalen zur Entscheidung kommende jüngste Klage ihm zugestellt wurde. Die erste Instanz ließ hier den Grundsatz: dies interpellat pro homine nicht zu, verurtheilte aber den Beklagten in Verzugszinsen von 1833 an, weil er hier durch die Mittheilung der ersten obwohl bei einem unzuständigen Richter eingereichten Klage immerhin in bösen Glauben versetzt worden sei.

Hiegegen appellirte der Beklagte, indem er den gewöhnlichen Zinsenlauf nur von seiner Ladung auf die jüngste Klage also von 1849 an zugestehen wollte. Der Kläger abhärirte wegen der ihm aberkannten Zinsen von 1822 bis 1833. Das k. Appellationsgericht bestätigte den Ausspruch der ersten Instanz, welcher den Mittelweg eingeschlagen hatte, wies aber die Abhäsion des Klägers wegen fehlender Konnexion zurück, weil bezüglich der hier auch verlangten Zinsen von 1822—33 eine Appellation nicht erhoben sei.

Auch gegen dieses Urtheil suchte der Beklagte die Revision aus dem früher geltend gemachten Grunde nach; der Kläger abhärirte nochmals in III. Instanz, weil es seiner Abhäsionsbeschwerde, womit er die zweite Instanz befassen wollte, nicht an dem nöthigen Zusammenhange gefehlt habe.

Der oberste Gerichtshof fand die Revisionsbes-

schwerde des Beklagten gegründet und verurtheilte denselben also nur in die gewöhnlichen Verzugszinsen von 1849 an. Die gerade entgegengesetzte Abhäsionsbeschwerde des Klägers wurde zwar an sich gegründet befunden, aber dennoch als materiell unerheblich zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen zum betreffenden Erkenntnisse kommt hierüber vor: Am meisten Grund zur Beschwerde hatte noch der Kläger deshalb, weil das k. Appellationsgericht seine Abhäsion bezüglich der Verzugszinsen aus den Jahren 1822—33 wegen fehlender Connexität als unzulässig zurückwies. Zwar umfaßte die Appellation des beklagten Theiles diesen Zinsabschnitt begreiflicher Weise nicht, weil das Urtheil der ersten Instanz denselben hievon loszählte; allein durch die Beschwerde des Beklagten war der Gerichtshof einmal mit der Frage befaßt, von welchem Zeitpunkte an dem Kläger Verzugszinsen gebührten, und hiemit stand die Abhäsionsbeschwerde in direktem Zusammenhange. Denn die O. O. R. XV §. 9 Nr. 3 verlangt für die Abhäsion, um sie zulässig zu machen, nur soviel, daß sie einen Punkt betreffe, welcher mit der Beschwerde des Appellanten Connexion habe oder aus einer Quelle fließe, aber nicht, daß sie auch denselben Theil des Streitobjektes berühren müsse. Nachdem indessen der unterfertigte Gerichtshof vermahlen selbst durch die Beschwerde des Beklagten mit der Frage befaßt war, von welchem Zeitpunkte an jene Zinsen laufen, und sich hierin noch ungünstiger für den Kläger aussprach, als die II. Instanz gethan hatte, so bot sich natürlich kein Anlaß dar, einer bereits präjudizirten Beschwerde einen weiteren Fortgang zu eröffnen, weshalb auch jene letzte Beschwerde des Klägers als nicht weiter erheblich auf sich beruhen mußte.

O. O. Erk. v. 7. April 1857. Nr. 1032, ^{56/56}.

2.

Kollision zwischen Hypothekenbuch-Einträgen, von welchen der eine früher angemeldet, der andere früher zur Einzeichnung gelangt war. Gränzen der Wirksamkeit der Öffentlichkeit des Hypothekenbuches.

Am 14. Oktober 1846 war von Maria Binder beim Hypothekenamte beantragt, es möge die an sie (am 4. Oktober) gemachte Cession einer Hypothekenforderung ihres Ehemanns Melchior Binder an Mathias Gebele auf dem betreffenden Hypothekenbuch-Folium eingetragen werden. Da diesem Antrage nicht stattgegeben wurde, rekurrierte Maria Binder an das AG. zu Neuburg, und erwirkte eine Entschließung desselben vom 18. Dezember 1846 dahin, daß die Cession vorzumerken und zum Zwecke des förmlichen Eintrages das weitere Verfahren nach den Bestimmungen der §§. 110—112 des Hyp.-Ges. einzuleiten sei. Mittlerweile (am 5. Nov.) hatte aber Martin Hintermair zur Deckung einer rechtskräftig anerkannten Forderung an Melchior Binder die Vormerkung einer Protestation gegen Verfügungen über die fragliche Hypothekforderung des letzteren an Gebele erwirkt. Als nun in Gemäßheit der appellationsgerichtlichen Entschließung die Cession an die Binderische Ehefrau zur Vormerkung gelangte, wurde nebstdem für diese eine Protestation gegen obige Protestation des Hintermair eingeschrieben. Bei diesem Stande der Hypothekenbucheinträge kam es im Konkurse des Gebele zu einem Prioritätsstreite zwischen Hintermair und Maria Binder, indem Ersterer geltend machte, die Letztere habe mit ihrem Ansprüche aus der später eingezeichneten Cession seinem durch die frühere Protestation erworbenen Rechte auf Befriedigung aus der fraglichen Hypothekforderung auszuweichen. Vom obersten Gerichts-

hose wurde erkannt: die Forderung der Maria Binder habe für die des Hintermair als Arrest-Object nicht zu haften.

Gründe: Der für M. Hintermair am 5. Nov. 1846 eingetragenen Protestation kann die rechtliche Folge nicht beigemessen werden, daß die Forderung der Maria Binder für die dem M. Hintermair im Prozesse gegen Melchior Binder zuerkannte Forderung zu haften habe; denn

1) die Beschlagnahme einer Forderung ist nur eine einseitige Handlung des Arrestsuchers, durch welche dem Schuldner ¹⁾ der mit Beschlag belegten Forderung von seinen Rechten nichts entzogen werden kann; der Schuldner ist bei der Arrestverfügung noch nicht gehört worden, es muß daher demselben gestattet sein, darzuthun, daß die Aktivforderung, welche der Gläubiger als Exekutionsmittel zu seiner künftigen Befriedigung bezeichnet hat, zum angreifbaren Arrestobjekte nicht dienen könne. Dieses ist der Fall, wenn die mit Arrest belegte Aktivforderung nicht Eigenthum des Impetraten ist; denn nur eine dem Schuldner des Arrestsuchers eigenthümlich zustehende Aktivforderung kann mit Beschlag belegt werden, weil der Gläubiger seine Befriedigung nur aus dem Vermögen seines Schuldners verlangen und erwirken kann. Maria Binder behauptete aber und die Akten bewahrheiten, daß sie schon vor dem provisorisch verfügten Arreste und vor der geschehenen Protestationsvornahme die beim Gemeinschuldner Gebele ausstehende Hypothekforderung

¹⁾ Schuldner? Soll wohl heißen „Gläubiger.“ Schuldner der mit Beschlag belegten Forderung war im gegebenen Falle der bei der Kollision zwischen Hintermair und Maria Binder nicht interessirte Gemeinschuldner Gebele.

durch lästigen Titel im Wege der Cession erworben, und daß auch sie zur Wahrung ihrer Rechte die nöthige Anmeldung beim Hypothekensamte, und zwar noch vor Einzeichnung der Hintermair'schen Protestation gemacht habe.²⁾ Dieselbe hat daher nicht nur nichts zu thun unterlassen, was zur Sicherung ihres Rechtes dienen konnte, sondern es kommt ihr sogar die Priorität der Anmeldung vor jener des Hintermair zu. Jede Protestation hat nur den Zweck und die Wirkung, Rechte zu wahren; ihr kommt nur die Wirkung eines Provisoriums zu, durch sie wird das verwahrte Recht selbst noch nicht als peremptorisch bestehend, sondern stets als etwas bedingtes angesehen, dessen Existenz noch von anderen Ereignissen oder Voraussetzungen abhängt und vor dem zuständigen Richter durch alle zulässigen Einreden angefochten werden kann³⁾. Diesem nach konnte Hintermair durch seine Protestation ein Recht, welches ihm nicht bereits zustand, nicht erst erwerben; und ein nicht bereits erworbenes Recht konnte durch Protestation nicht gewahrt werden, denn der Erfolg einer Protestation hängt von der Wirklichkeit und Beschaffenheit des verwahrten Rechtes ab⁴⁾.

Bereits am 4. Oktober 1846 hatte Maria Binder die fragliche Hypothekforderung auf rechtsgültige Weise im Wege der Cession erworben. Diesen Cessionsakt zu bestreiten, ist Hintermair gar nicht befugt, weil Melchior Binder nach Ausweis des Hyp.-Buches rechtmäßiger Eigenthümer dieser auf dem Anwesen des Gemeinschuldners Gebele

²⁾ Hier ist von dem (oben dargestellten) weiteren Verlaufe Notiz gegeben.

³⁾ Bezugnahme auf Obanner Comment. 3. Hyp. Ges. Bd. I S. 313.

⁴⁾ Ebd. S. 315.

eingetragenen Forderung war, weil zur Zeit der geschehenen Cession dem Cedenten ein Veräußerungsverbot nicht entgegenstand, und weil er deshalb über sein Eigenthum nach Belieben zu Gunsten eines Andern verfügen konnte. Der Umstand, daß die Cession im Hyp.-Buche nicht eingetragen ist, ist von keinem erheblichen Einflusse, denn zur Gültigkeit einer Cession ist die Einwilligung des Schuldners nicht erforderlich; die Eintragung einer Cession kann bei vorliegender Zustimmung des Cedenten auf den Antrag des Cessionars selbst dann, wenn der Schuldner bereits in Konkurs gerathen sein sollte, noch vorgenommen werden, weil durch die Eröffnung des Konkurses nur der Schuldner seine Dispositionsfähigkeit über die zu seiner Konkursmasse gehörigen Immobilien, nicht aber die Hyp.-Gläubiger ihre Dispositionsbefugnisse über die auf diesen Immobilien schon eingetragenen und erworbenen Hypothekenrechte verlieren; da bei diesen Handlungen das Recht des Schuldners nicht berührt wird.

UAC. v. 28. Januar 1856. Nr. 526 84/55.

Nachschrift des Herausgebers: Allerdings war zur Zeit der Einzeichnung von Hintermairs Protestation aus dem Hypothekenbuche nicht zu ersehen, daß die Hypothekenforderung, deren Beschlagnahme damit erwirkt werden sollte, bereits früher durch Cession an Maria Binder übergegangen war. Aber auf diesen Umstand konnte sich Hintermair zufolge §. 25 des Hyp.-Ges. deswegen nicht mit Erfolg berufen, weil sich von seiner Protestationseinzeichnung nicht sagen läßt, es sei damit eine im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung beurkundet worden. Er hat nicht erst im Vertrauen auf das Hypothekenbuch Kredit oder Nachsicht gewährt, sondern nur den einseitigen Versuch gemacht, durch Beschlag-

nahme einer vermeintlichen Hypothekforderung seines Schuldners Deckung für ein rechtskräftig zuerkanntes Guthaben zu erlangen. Auf Gewährleistung des Erfolges von Einzeichnungen solcher Beschaffenheit erstreckt sich die Wirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nicht.

3.

Mangelnde Sachlegitimation einer Innung in Gewerbstreitigkeiten. — Vereingung des Legitimations-Punktes *ex officio*.

In einer Gewerbstreitigkeit erhob ein Gewerbspräsident gegen die betreffende Innung, welche die Existenz seines Gewerbes aus dem Gesichtspunkte der Verjährung bestritt, Klage mit der Bitte: die Innung für schuldig zu erkennen, seine Berechtigte anzuerkennen.

Die beklagte Innung bestritt ihre Sachlegitimation nicht, und die beiden Vorinstanzen erachteten die von den Innungsführern ausgestellte Vollmacht als genügend, weil die Innung hier als Korporation mit bestimmter Organisation erscheine, wonach sie deren Vorsteher vertreten können.

Der oberste Gerichtshof ordnete jedoch (in Folge der dem Richter zustehenden Officialprüfung) durch Entschlief. v. 10. Febr. 1857 (Reg. = Nr. 1704 18⁵⁴/₅₅) an, daß sämtliche zur Innung gehörende Gewerbsgenossen ein Litiskonfortium zu bilden, und dem beklagischen Anwalte Ratifikatorium und Vollmacht zu erteilen haben, weil die Gewerbsgenossen durch die Innungsvorsteher nicht repräsentirt werden. Diesem Ausspruche liegen folgende Erwägungen zu Grunde:

Daß Gew. Ges. v. J. 1825 bestimmt in Art. 7 ganz genau die Zwecke der als Gewerbevereine fort-

bestehenden Innungen, und zwar unter ausdrücklicher Aufhebung aller andern Befugnisse. Unter jenen Zwecken findet sich nun der auf ebengedachte Vertretung der Innungsmitglieder gerichtete nicht mit aufgeführt, wie auch in den die Obliegenheiten der Vereinsvorsteher detaillirt aufzählenden Vollzugsvorschriften von 28. Decemb. 1825 und 17. Dez. 1853 hierüber nichts enthalten ist. — Eben um dieser exklusiven, einer prohibitiven gleichkommenden Bestimmung willen, wäre es auch durchaus unstatthaft, etwa die Analogie von Gemeindefachen hieher zu beziehen. — Da sonach die in fraglicher Sache ausschließend betheiligten Gewerbsgenossen durch die Innung nicht repräsentirt und vertreten werden können, so ist die von den Innungsführern ausgestellte Prozeßvollmacht ganz unbehelflich, und muß vielmehr dieselbe von den einzelnen Gewerbsgenossen, (welche die eigentlichen Beklagten sind), ertheilt werden. — — — e.

4.

Rechtliche Wirkung eines verjährten trockenen Wechsels.

U. D. M. D. Art. 83, 98 Nr. 10, Art. 100.

Wenn ein eigener (trockener) Wechsel zugleich den gesetzlichen Erfordernissen eines Schuldscheines entspricht, so darf, wenn auch durch Verjährung oder Präjudiz seine Wechselkraft erloschen ist, bei Verfolgung der civilrechtlichen Ansprüche des Inhabers auf seinen Inhalt zurückgegangen werden.

Erk. des Obertribunals zu Berlin v. 31. Okt. 1854. Entsch. d. D. R. Bb. 29 S. 192.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Reduktion der bei der Gutsübergabe für die Eltern bedungenen Ausnahme nach dem Tode des einen derselben. — Ungültigkeit der Klaviergerichte in Tagstretigkeiten. — Gewerksauslage über ausländische Gesetze. Code Napoléon. — Zur Lehre über die Revisionszulässigkeit. §. 63 Nr. 2 der Proj. Novelle v. 1837. — Die Konzeptionsisten sind nicht befugt, den Inhabern von Realgewerben den Umfang ihres Gewerbes oder dieses selbst im eckelwege zu bekreiten. — Warenverderb auf dem Eisenbahnhof. Einwand verfrätelter Abholung. — Disziplinarsache. Verhängung einer Geldstrafe über einen Armenanwalt. —

Ueber die Reduktion der bei der Gutsübergabe für die Eltern bedungenen Ausnahme nach dem Tode des einen derselben.

Nach gemein. und preuß. Recht.

Die Frage: welche Folgen der Tod des Einen Ausnahmeberechtigten bei dem Stillschweigen des Vertrages im Betreffe des Umfanges der dem Ueberlebenden zukommenden Reichnisse nach sich ziehe, ist im preussischen Landrechte ebensowenig, als im gemeinen Rechte durch positive Bestimmungen entschieden. Ihre Lösung muß daher aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus der eigenthümlichen Natur des Vertrages geschöpft werden. In der ersten Beziehung stellt sich als Anhaltspunkt

1) zunächst der Satz dar: daß der Vertrag im Zweifel zu Gunsten des Verpflichteten und in dem demselben am wenigsten lästigen Sinne auszuliegen ist.

Preuß. RR. Thl. I Tit. 5 §. 268. Fr. 26 de reb. dub. (34, 5); fr. 47 de obl. et act. (44, 7); fr. 38 §. 18, fr. 99 de verb. obl. (45, 1); fr. 34 de reg. jur. (50, 17).

Neue Folge II. Band.

2) Das preussische Landrecht nimmt bei einem Vertrage, durch welchen mehrere Personen zugleich sich einem Dritten verpflichtet haben, die Korrealität als Regel an, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich verabredet worden ist.

Ihl. I Tit. 5 §§. 424, 425.

Im Betreffe des Falles aber, wenn jemand in einem Vertrage mehreren Personen zu einer und derselben Sache oder Leistung sich verpflichtet hat, enthält das Landrecht keine ausdrückliche Bestimmung; die Anwendung des obigen allgemeinen Grundsatzes und die Bestimmungen der §§. 450, 452 a. a. O., —

vgl. Bornemann, system. Darstellung Bd. II, S. 654 —,

führen aber zu der Annahme, daß das Landrecht hierin von dem gemeinen Rechte nicht abzugehen beabsichtige, nach welchem eine active Korrealität nur alsdann Platz greift, wenn ausdrückliche Vertrags- oder letzte Willensbestimmungen, oder die Untheilbarkeit des Gegenstandes oder das Geseß ein Solches mit sich bringen.

Fr. 11 §. 1 de duob. reis (45; 2).

Aus diesen Grundsätzen ist von vielen Rechtslehrern die Ansicht abgeleitet worden, daß bei dem Stillschweigen des Vertrages, durch welchen zwei Ehegatten eine gemeinschaftliche Ausnahme (Auszug, Leibzucht, Altentheil etc.) zugesagt wurde, jeder Einzelne nur die Hälfte für sich in Anspruch nehmen könne, und daß nach dem Tode des Einen der Antheil desselben dem Ueberlebenden nicht zuwachse, wobei jedoch gewöhnlich die ihrer Natur nach untheilbaren Leistungen ausgenommen werden.

S. Moeller: dissert. de adsignatione bonorum parentalium §. 43; Bioner: opusc. academ. cap. 24; Runde: Rechtslehre von der Leibzucht §. 80; Wittermaier: deutsches Privatr. Ihl. II §. 291 S. 61, Holzschuher: Theorie und Kasuistik Bd. II Abth. 1 S. 307 zu 27a u. Bd. III S. 332; Pfeiffer: prakt. Ausführung. Bd. IV S. 136, Bd. VIII S. 325;

Hänsel; Lehre von dem Auszuge §. 19 Note 13 S. 184; Buchta; über die rechtliche Natur der bürgerlichen Gutsabtretung §. 6 S. 36; Koch; Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd. II §. 688, S. 489.

In diesem Sinne haben auch das OAG. zu Cassel (Pfeiffer, a. a. O. Bd. 8 S. 327), das OAG. zu Dresden (Emminghaus, corp. jur. germ. Bd. 1 S. 903), das RG. des Negatskreises (Bl. f. RA. Bd. 1 S. 292) und das geheime Obertribunal zu Berlin am 4. Sept. 1847. und 24. Juni 1852 (Rechtsfälle, Bd. 2 S. 144; Striethorst, Archiv für Rechtsfälle des O. Bd. 7 S. 36) entschieden.

Faßt man jedoch die eigenthümliche Natur des Ausnahmevertrages und die demselben in der Regel zu Grunde liegenden Verhältnisse näher in's Auge, so erheben sich gegen diese Anwendung der oben aufgestellten Rechtsgrundsätze auf diesen Vertrag sehr große Bedenken. Die von den Eltern bei der Gutsübergabe ausbedungenen Leistungen des Gutsübernehmers, welche nach dem Umfange des Gutes in reichlicherem oder beschränkterem Maße, in der Regel vorwiegend in Naturalien, bedungen werden, sollen den Berechtigten die Mittel zum Lebensunterhalte sichern. Sie sind auf das Zusammenleben der überlebenden Ehegatten berechnet. Nun ist es aber ganz unrichtig, wenn man davon ausgeht, daß dieses Bedürfniß sich durch den Tod des einen Gatten für den Ueberlebenden auf die Hälfte reduzire. Im Allgemeinen brauchen zwei in häuslicher Gemeinschaft lebende Personen in vielen Beziehungen zum Leben keineswegs das Doppelte von Dem, was Eine für sich allein bedarf.

Die Stube, worin die Gatten leben, Heizung, Beleuchtung u. sind für den Einen gerade so Bedürfniß, wie sie es für zwei gewesen. Die zugegebene Fortbauer der untheilbaren Leistungen reicht

hier nicht aus. Wenn, wie im vorliegenden Falle, statt der Wohnung eine Geldsumme zu zahlen ist, so liegt darin eine theilbare Leistung, ebenso läßt sich das ausbedungene Holzquantum u. theilen. Daß aber hierin die Hälfte für das fortbestehende Bedürfnis des Ueberlebenden nicht hinreichen könne, ist klar. Aber auch im Betreffe des Unterhaltes und der Lebensmittel im engeren Sinne tritt in der Regel keineswegs eine Reduktion des Bedürfnisses auf die Hälfte ein.

Um nur eines der in dieser Beziehung am häufigsten vorkommenden Verhältnisse hervorzuheben: von zwei betagten Ehegatten hat die Frau den Haushalt, die Küche u. besorgt, ohne daß hierzu eine fremde Hilfe erforderlich war. Diese stellt sich mit ihrem Tode für den zurückgebliebenen Greis als unabweisliches Bedürfnis ein, und der Lebensbedarf ist eher gestiegen, als vermindert.

Ein Verhältniß ähnlicher Art ist in dem Erkenntnisse des OLG. zu Darmstadt vom 3. September 1812 in folgender Weise bezeichnet:

„... in der Regel müssen die Auszugskente einen großen Theil ihres Bedarfes durch eigene Arbeit herbeschaffen. Stirbt nun einer derselben, so vermindert sich freilich die Summe des Bedarfes, aber auch zugleich die Summe des Verdienstes, und selten wird der Ueberlebende durch den alleinigen Genuß des ganzen Leibgedinges in eine wirklich bessere Lage gesetzt.“

S. Beck und Lauteren: das Landrecht u. der Grafschaft Erbach S. 401.

Im Gefühle der Nothwendigkeit, diesen Verhältnissen Rechnung zu tragen, hat man, bei der Festhaltung an dem oben entwickelten Systeme, mitunter sich zu weiteren Konzessionen verstanden. So entschied das OLG. zu Dresden in dem angeführten Urtheile vom 2. Oktober 1839,

Emminghaus, S. 903:

daß der überlebende Ehegatte, außer den untheilbaren Gegenständen, auch das Ganze der an sich theilbaren zu behalten habe, wenn dieselben zur Erhaltung oder Benützung der demselben ganz verbleibenden (untheilbaren) Sache bestimmt sind, z. B. das Futter für eine Auszugstube, das für Heizung der Auszugstube ausgemachte Holz.

Auch der angeführten Rechtsprechung des OAB. zu Cassel wird die Beschränkung beigelegt: daß die Zubilligung eines größeren Theiles als die Hälfte für den überlebenden Ehegatten einzutreten habe, wo mit Rücksicht auf die Kräfte des Hofes die Leibzucht so gering bestimmt worden war, daß sie das wirkliche Bedürfniß der Auszügler nicht ausfüllte.

S. Pfeiffer Ab. VIII S. 327.

Solche partielle, mit der Strenge des Systemes nicht wohl vereinbare Zugeständnisse beweisen aber nur, daß dieses überhaupt für das vorliegende Verhältniß nicht zum Ausgangspunkte genommen werden kann, und daß zur Entscheidung der Kontroverse eine der Eigenthümlichkeit des Gegenstandes entsprechende Regel aufgefunden werden muß. Diese kann keine andere sein, als daß beim Stillschweigen des Vertrages, und in Ermangelung von Anhaltspunkten für eine entgegengesetzte Auslegung, anzunehmen ist, daß die Ausnahme auch nach dem Tode des einen Ehegatten für den Ueberlebenden ungeschmälert fort zu dauern habe.

Diese Regel entspricht bei näherer Betrachtung den strengsten Rechtsgrundsätzen. Nach der obigen Ausführung muß als feststehend angenommen werden, daß unter den gewöhnlich vorkommenden Umständen eine Reduktion auf die Hälfte der Ausnahme für den Ueberlebenden nicht in der Absicht der Kontrahenten liegen konnte.

Sollte nun in dem als dem gewöhnlichen voraus-

zufehenden Falle, daß ein Gatte den andern eine Zeit lang überlebt, eine Reduktion eintreten, so waren die Kontrahenten aufgefordert, über das Maß und die Gegenstände, für welche sie einzutreten habe, bestimmte Verabredung zu treffen.

Haben sie dieses unterlassen, so kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß sie keine Reduktion statuiren wollten.

Diese Auffassung des Vertrages muß daher festgehalten werden, nach dem allgemeinen Grundsatz, daß bei der Interpretation der Rechtsgeschäfte auf den Grund zu sehen ist, warum das Geschäft geschlossen, auf die nach Maßgabe der Verhältnisse anzunehmende Absicht der Kontrahenten, nach der Deutung, wodurch das Geschäft den seiner Natur nach am meisten entsprechenden Erfolg hat. Fr. 3 de reb. cred. (12, 1): Interpretatio facienda est secundum naturam actus. Fr. 11 §. 1 de act. emti vend. (19, 1): Si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Insbefondere kann gegen den Belasteten die Bestimmung des preussischen Landrechtes Thl. I Tit. 5 §. 267, wonach die Auslegung gegen den zu machen ist, welcher ungewöhnliche Vortheile begehrt, die in Verträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen, — geltend gemacht werden.

Nachdem feststeht, daß die Reduktion der Ausnahme auf die Hälfte der Natur des Geschäftes nicht entspricht und nicht in der Intention der Kontrahenten gelegen haben kann, so war es an ihm, dafür zu sorgen, daß die Beschränkungen, welche nach dem Tode des einen Berechtigten eintreten sollten, in den Vertrag aufgenommen würden.

Ihn trifft der Vorwurf, daß er auf eine deutlichere Fassung hätte bedacht sein sollen.

Vgl. fr. 39 de pactis (2. 14).

Von dem Leibrentenvertrage, durch welchen sich jemand, gegen Empfang einer Summe Geldes, zur Entrichtung einer bestimmten Abgabe auf die Lebenszeit eines Menschen verpflichtet,

Preuß. Landr. Thl. I, Tit. 11 §. 606, ist der Auszug (§. 602 ebenbaselbst) dem Begriffe und der Wesenheit nach verschieden, und es fallen bei jenem die eigenthümlichen Rücksichten größtentheils hinweg, welche, wie oben dargestellt worden, bei dem Auszuge so schwer in's Gewicht fallen.

Wenn daher die §§. 615, 616 bestimmen, daß, wenn Mehrere gemeinschaftlich eine Leibrente gekauft haben, in Ermangelung besonderer Verabredung angenommen werde, daß jeder Käufer nur seinen Antheil, nach Zahl der Köpfe, zu fordern habe, und daß also mit dem Abgange eines jeden derselben sein Antheil zu Gunsten des Verkäufers erlösche; so darf diese letzte Bestimmung nicht (in Anwendung des §. 49 der Einleitung zum allgemeinen Landr.) auf den Auszug ausgedehnt werden, wie das Obergericht zur Begründung der oben angeführten Entscheidungen angenommen hat. Die Unzulässigkeit dieser analogen Ausdehnung der Bestimmung des §. 616 zeigt sich noch augenfälliger, wenn man einen Blick auf die Anordnung des Tit. XI, Thl. I des Landrechtes wirft. Hier werden zuerst (§. 527 bis 545) die allgemeinen Grundsätze über gewagte Geschäfte aufgestellt, es folgen sodann in 10 Unterabtheilungen die speziellen Vorschriften über die einzelnen Arten der hieher gehörigen Geschäfte. Die achte Abtheilung (§. 602 bis 605) handelt vom Anttheil (Auszug), die neunte (§. 606 bis 650) von den Leibrenten. Hätte nun der Gesetzgeber gewollt, daß die Regel des §. 616 auch auf den Auszug angewendet werde, so wäre dieselbe nicht in die besonderen Vorschriften für die Leibrenten aufgenommen, sondern für beide Abtheilungen ge-

meinschaftlich aufgestellt worden, und es muß der Vogt des Gesetzgebers zugetraut werden, daß diese Fassung keine zufällige, sondern daß sie aus der Würdigung der Verschiedenheit beider Rechtsgeschäfte hervorgegangen sei.

Als Autoritäten für die oben entwickelte Auffassung (nach gemeinem Rechte) sind anzuführen: Zachariae, lib. quaest. qu. 21 §. 2; das OLG. zu Darmstadt in dem bereits angeführten Urtheile von 1812 und in einem neueren von 1838 (Zeitschrift für deutsches Recht von Meyser und Wilda Bd. 5 S. 399); das Obertribunal zu Stuttgart in einem Urtheile vom 11. Juni 1836 (Hufnagel, Mittheilungen, neue Folge, Heft 1 S. 347 ff.), wobei jedoch der besondere Umstand vorwaltete, daß die überlebende Gattin im Falle war, das Haushalten mit mehreren Kindern fortsetzen zu müssen, und sich auf eine örtliche Gewohnheit gründen konnte. Endlich hat der bayerische oberste Gerichtshof dieser Ansicht (namentlich in Betreff der Anwendbarkeit des §. 267 Tit. 5 Thl. I des preussischen Landrechtes) in der Sache Eichbauer gegen Böseneder Nr. 1845^{26/27} beigepröcht.

Erk. vom 8. Juni 1827.

In einem neuerlichen Erkenntnisse vom 9. März 1857 Nr. 438^{56/57} wurde in gleicher Weise, unter Zugrundlegung der obigen Entwicklung, entschieden.

W.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Unzuständigkeit der Civilgerichte in Tagstreitigkeiten.

In einer Verlassenschaftssache mußte der Erbe neben der Erbschaftstaxe für die Besizumschreibung

und Eigenthumskonstatirung in den Steuerkatastern bezüglich der ererbten Grundstücke die (in concreto über 2100 fl. betragende) Vertragstaxe entrichten. Da die beschalligte Beschwerde und Bitte um Befreiung von dieser weiteren Taxzahlung sowohl von der kgl. Regierung K. d. F. als auch von dem kgl. Staats-Ministerium der Finanzen abschlägig verbeschieden wurde, stellte der Erbe gegen den f. Fiskus beim einschlägigen Appellationsgerichte eine Klage auf Rückvergütung der indebite geleisteten Taxe. Diese Klage wurde jedoch sofort auf Grund des Taxregulativs vom 28. Mai 1852 Art. 45. wegen Mangels der Kompetenz der Civilgerichte abgewiesen, und diese Abweisung unter'm 16. Febr. 1857 (R. Nr. 552³⁶/₅₇) oberstrichterlich bestätigt.

Dieser Artikel 45 — heißt es in den Motiven — enthält nicht eine bloße Verwaltungsmaßregel zur Sicherung und Beschleunigung der Taxerhebung mit allenfalligem Vorbehalte einer näheren Untersuchung oder weiteren Entscheidung über das streitig gewordene Taxgefall durch eine höhere Stelle oder durch die Gerichte, sondern eine kategorische Kompetenzbestimmung darüber, daß die Finanzstellen in erster und zweiter Instanz zu entscheiden haben, ob diese oder jene der im Taxregulative bezeichneten Taxen und in welchem Betrage sie zu erheben sei. Durch den Wortlaut dieses Gesetzes ist klar ausgesprochen, daß die Finanzbehörden den über Taxpflichtigkeit und Taxgröße entstehenden Streit entscheiden, und hiebei mit richteramtlicher Gewalt handeln, daß sohin ihr Ausspruch als materielles Recht gilt. Die hieburch festgestellte Taxschuld kann daher nicht mehr als eine Nichtschuld im privatrechtlichen Sinne vor dem Civilrichter angefochten werden

Sollte die Entscheidung der Finanzstellen nur als eine nach §. 9 der Proz-Nov. vom 22. Juli

1819 zur Betretung des Rechtsweges erforderliche Administrativ-Entschlieſung betrachtet werden, so wäre es unnöthig gewesen, auch eine Entscheidung des Staatsministeriums der Finanzen für nothwendig darzustellen, weil zu jenem Zwecke schon die abweisende Entschlieſung der kgl. Regierung in Verbindung mit der die Tagzahlung verlangenden Verſfügung des perzipirenden Taxamtes genügt hätte; noch weniger wäre es mit jener Eigenschaft der administrativen Thätigkeit vereinbar, der Regierungskammer das Recht zur förmlichen Entscheidung der obwaltenden Streitfrage einzuräumen, und dem Verurtheilten das Rechtsmittel der Berufung im Laufe einer bestimmten Nothfrist, jedoch ohne Suspensivkraft, zu gestatten, wenn doch nur die Civilgerichte zur endgiltigen Entscheidung des Streitpunktes kompetent sein sollen.

Die Verbindlichkeit des Unterthans zur Tag- wie zur Steuerzahlung beruht nicht auf einem privatrechtlichen Verhältnisse desselben zum Staate, folglich findet auch die — vom Appellanten in Bezug genommene — Bestimmung der Verfaſſ.-Urkunde Tit. VIII. § 5, daß der kgl. Fiskus in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den Gerichtshöfen Recht nehmen werde, auf Differenzen zwischen dem Taxamte und dem Unterthan über des Letzteren Tagschuldigkeit keine Anwendung. —

Nachschrift des Einsenders. Möchte auch die unbedingte Ueberweisung jeder Entscheidung in Taxangelegenheiten an die Finanzbehörden de lege ferenda einiges, nicht ganz ungegründetes, Bedenken erwecken, so lassen doch die Motive des fraglichen Gesektentwurfs, das Gutachten des Ausschussreferenten, die Kammerverhandlungen und dergl. wohl keinen billigen Zweifel, daß durch Artikel 45 des Taxregulativs die Kognition in Taxfragen ausschließend den Finanzstellen unterbreitet werden

wollte, und auch wirklich wurde. — Die Motive des in diesem Punkte zum Gesetze erhobenen Entwurfs sprechen die Kompetenz über Beurtheilung der Taxpflicht und Taxhöhe kategorisch den Verwaltungsbehörden mit den klaren Worten zu: „Da die Frage, ob und wie viel Taxe zu erheben sei, eine reine Steuerfrage ist, so mußte die Zuständigkeit zu deren Entscheidung den Finanzstellen gewahrt werden“ (Verhandl. der Kammer der Abgeordneten 1851 Beil. Band 3. p. 207 zu Art. 46 und 47); und der Ausschußreferent (Abgeordnete Schellhorn) bemerkt hierüber in seinem Vortrage: „Am geeignetsten wäre wohl die Uebersendung der Beschwerden in Taxsachen an die Gerichte, im Falle die Betheiligten sich mit der Entscheidung der Finanzstellen nicht beruhigen zu können glauben. Da aber diese Kompetenzübertragung auch ein der Sache entsprechendes Verfahren voraussetzte, wofür zur Zeit keine Prozeßvorschrift besteht“, so habe er gegen die getroffene Zuständigkeitsbestimmung nichts zu erinnern (Verhandl. der K. d. Abgeordn. 1852. Beil. Band 4 S. 43 u. folg., insonderheit S. 55). In der Ausschußberatung v. 22. März 1852 (a. a. O. S. 58) wurde bezüglich dieser Frage in Uebereinstimmung mit dem Referenten dem Regierungsentwurfe beigegeben. —

Bei der Verhandlung über das Taxregulativ in der II. Kammer (in der Reichsrathskammer wurde die kontrovertirte Frage einer näheren Erörterung nicht unterstellt) trat Dr. Arnheim dem im Artikel 45 ausgesprochenen Principe entgegen, und beantragte die Modifikation: „In den vom gegenwärtigen Gesetze berührten Gegenständen, für welche die Gerichte zuständig sind, gebührt die Entscheidung über die Taxpflicht den Gerichten;“ und hob zu deren Begründung im Wesentlichen hervor: die Taxpflicht in streitiger wie nicht streitiger Gerichtsbarkeit sei Justizsache, den Administrativbehörden komme nur

die Entscheidung über die Größe zu, nach dem Regierungsentwurfe sei die Finanzbehörde Richter und Parthei zugleich; worauf der damalige Justizminister von Kleinschrod entgegnete: „Lagen sind Staatsabgaben, die Frage, welche Abgaben zu entrichten und in welchem Maße, berührt nicht die Justiz, sondern die Finanzbehörde.“ Bei der nach kurzer Debatte stattgefundenen Abstimmung wurde der Art. 46 des Regierungsentwurfes mit einer die vorliegende Frage nicht berührenden Modifikation als Art. 45 zum Gesetze erhoben (Verhandl. d. Kammer der Abgeordn. 1852; Stenogr. Ber. Bd. IV. p. 337 u. ff.) und hiernach den von der Staatsregierung ausgesprochenen Prinzipien beigestimmt. Vergl. auch Seuffert's Comment. Aufl. 2. Bd. I. S. 194 und 206. — e.

2.

Beweisaufgabe über ausländische Gesetze. Code Napoléon.

In einer Forderungssache wurde in II^{da}. dem Kläger unter Anderem Beweis auch darüber aufgetragen: „daß zwischen den Partheien eine nach den zu Mainz bestehenden Gesetzen gültige — Uebereinkunft zu Stande gekommen sei.“ Kläger bat in der Revision um Streichung der Worte „nach den zu Mainz bestehenden Gesetzen,“ weil in Mainz der Code Napoléon gelte, welcher auch in der bayerischen Pfalz Anwendung finde, sohin für den bayerischen Richter ein „offenbar kundiges Recht“ sei, worüber demselben nach G.D. c. IX §. 3 Nr. 2 u. Anm. hiezu, kein Beweis zu liefern sei. —

Der oberste Gerichtshof verwarf diese Beschwerde. Gründe: Der Umstand der Geltung des Code Napoléon in der bayerischen Rheinpfalz ist ganz unbehelflich und irrelevant; denn derselbe wurde in ver-

schiedenen Ländern Deutschlands unter Modifikationen eingeführt und auch nach der Einführung modifizirt. Es ist demnach unrichtig, daß die zu Mainz bestehenden Gesetze, wie sie sowohl zur Zeit des Abschlusses des fraglichen Uebereinkommens gegolten, als auch gegenwärtig gelten, ein für den bayerischen Richter „offenbar kundiges Recht“ seien.

Die in Mainz bestehenden Gesetze sind Gesetze des Auslandes, in Ansehung welcher von der Parthei, die Anspruch darauf gründet, Beweis gefordert werden kann. (Seuffert Komm. z. G.D. Bb. I S. 235 Nr. 9 u. Note 16; Aufl. II Bb. I S. 306—7).

DAGE. v. 3. Okt. 1854. Nr. 1093⁵²/₅₅.
e.

3.

Zur Lehre über die Revisionszulässigkeit. — §. 53 Nr. 2 der Proz.-Novelle v. 1837.

Siehe Bl. f. R. u. B. III. S. 59 u. folg.

In einer Streitsache wurde Kläger auf Grund der Ehreder der entschiedenen Sache erstrechtlich abgewiesen; in zweiter Instanz jedoch ausgesprochen, daß Kläger beßfalls nicht abzuweisen sei. Die hiegegen ergriffene Revision wurde als unstatthaft erkannt, weil „daß Erkenntniß: daß Kläger nicht abzuweisen sei, nur als ein einfaches Dekret erscheine, welches die zweite Instanz an die Stelle des Urtheiles I^{ma} setzte,“ wogegen eine selbstständige Beschwerde nicht Platz greift. — §. 51 u. 53 Nr. 2 der Proz.-Nov. v. 1837.

DAGE. v. 10. Febr. 1857, Reg.-Nr. 610⁶⁴/₅₅.

4.

Die Konzessionisten sind nicht befugt, den Inhabern von Realgewerben den Umfang ihres Gewerbes oder dieses selbst im Rechtswege zu bestreiten.

Gemäß Art. 10 Nr. 1 u. 2 des Gew.-Ges. v. 11. Sept. 1825 sind die aus personellen Konzessionen sich ableitenden Ansprüche ein nur der Konzession der Polizeibehörden unterstellter Gegenstand. Die Konzessionisten erlangen Schutz gegen die Präension der Realberechtigten dadurch, daß mittelst ihrer Intervention der Prätendent des Realrechtes genöthigt wird, dem Gerichte zu dessen oder seines Umfanges Konstatirung die Nachweise vorzulegen. In diesem Verfahren wird die Polizeibehörde mit ihren Erinnerungen vernommen, und hat Veranlassung, durch Beibringung der ihr zu Gebote stehenden oder von den Gewerbsgenossen erhaltenen Beweismittel das Gericht vom Ungrunde des angesprochenen Realrechtes zu überzeugen. Hienach ist das Interesse der personellen Gewerbe in solchen Fällen durch die Gewerbspolizeibehörde zu vertreten, und die Behauptung, die Konzessionisten befänden sich angeblich Realberechtigten gegenüber in hilfloser Lage, grundlos.

Nur der Besitz eines Realgewerbes begründet den privatrechtlichen Titel, das Verbotungsrecht gegen Dritte auszuüben, weil dingliche Gewerbsrechte die Natur von Privilegien haben, die Kläger also selbst im Besitze eines solchen sein müssen, um wider die Konkurrenz Anderer mit demselben Privilegium auftreten zu können.

Da nun das Gew.-Gesetz von 1825 nach Intention und klarem Wortlaute die bloß auf administrativen Erwägungen beruhende personelle Konzession einen Privatrechtstitel nicht begründen läßt, so können solche Konzessionisten (Personalisten) auch das vermöge der Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes

einem Privilegieninhaber gegebene, zur Civilklage berechtigende *jus prohibendi* nicht geltend machen.

Nach diesen Prinzipien hat der oberste Gerichtshof in einer Reihe von Fällen gesprochen.

DAGE, v. 28. Febr. 1846 R. N. 1189 ⁴³ / ₄₄ .	
" " 9. Mai 1846	473 ⁴⁵ / ₄₆ .
" " 21. Mai 1849	1475 ⁴⁶ / ₄₇ .
" " 24. Nov. 1856	128 ⁵⁵ / ₅₆ .
endlich vom gleichen Datum	129 ⁵⁵ / ₅₆ .
	e.

5.

Waarenverderb auf dem Eisenbahnhof. Einwand verspäteter Abholung.

Die Bestimmungen über den Güterverkehr auf den bayerischen Eisenbahnen vom Januar 1851 (Handbibliothek des bayer. Staatsbürgers, Supplementband II S. 547 f.) verordnen in §. 21¹⁾: „Daß Abholen der angekommenen Güter muß spätestens 24 Stunden nach erfolgter Anzeige der Ankunft derselben bewirkt werden.“ Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Die fiskalische Annahme, die 24 Stunden, innerhalb welcher, unter bis dahin fortbauender Haftung der Transportanstalt, der Adressat über die Güter zu disponiren hat, begannen von dem Zeitpunkte an, wo die Güterexpedition Nürnberg die Frachtbriefe der Güterbestätterei zur dienstlichen Behandlung mittheilte, ist eine unrichtige. Die Güterbestätter sind nicht bloß die Mandatäre des Kaufmannsstandes, sondern vereinigen damit die Attribute von Mandatären der Eisenbahnverwaltung²⁾. Eben deswegen kann

¹⁾ Vgl. die neuesten Bestimmungen vom Dez. 1856 (oben S. 173 Note 2) §. 11, 12.

²⁾ Bezugnahme auf die Güterbestätterelordnung vom 21. Mai 1851, §. 2, 9, 17.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das pactum de quota litis. — Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der kgl. Familie in einer von demselben bei einem Untergericht klagbar verfolgten persönlichen Rechtsache zulässig? — Das im Exekutionsstadium gestellte allgemeine Frist- (oder Nachlaß-)Gefuch muß innerhalb 14 Tagen nach Einstellung des Exekutionsverfahrens angebracht werden. — Vermögenskuratel. Dritten Betheiligten steht gegen die in Kuratelbestellungen ergangenen Gerichtsverfügungen ein Beschwerderecht zum Oberrichter nicht zu. — Berufungsfrist, Erneuerung der Insinuation. — Berichtigungen. —

Ueber das pactum de quota litis.

Gemäß §. 8 Abs. 2 der Disziplinarvorschriften für die Advokaten des Königreichs Bayern v. 23. März 1813 (Reg.-Bl. 1813 S. 425) ist das pactum de quota litis bei Strafe der Amotion verboten. Was unter diesem pactum zu verstehen, in welchen Fällen dasselbe als gegeben anzunehmen sei, und welche civilrechtliche Folgen es nach sich ziehe, wird in jenen Disziplinarvorschriften nicht näher erläutert, und muß nach anderen Quellen bemessen werden.

Diese Fragen fanden ihre Lösung im nachstehenden Rechtsfalle.

Es handelte sich um den bedeutenden Nachlaß einer Kaufmannsfrau, als deren Erben sich mehrere entfernte Verwandte meldeten. Da einige derselben vermögenslos waren, und schon das Weitaussehende der Verlassenschaft sie außer Stand setzte, die voraussichtlich hohen Anwaltskosten aufzubringen, so kamen sie mit einem Advokaten dahin überein,

Neue Folge II. Band.

daß dieser ihre Rechte vertreten und alle Gerichtskosten und baaren Auslagen für sie bestreiten, dagegen aber seiner Zeit für seine Mühewaltung und bestrittenen Auslagen ein Honorar von fünf, beziehungsweise zehn Prozenten des Ihnen dereinst zufallenden Erbtheils erhalten solle. Die Verlassenschaft schien anfangs den gewöhnlichen Gang zu nehmen, einige Jahre später ergaben sich jedoch verschiedene Anstände; es mußten vorerst Ediktalladungen und das Verschollenheitsverfahren eingeleitet werden, worüber mehr als 20 Jahre vergingen. Als sich hierauf über 200 Erbprätendenten gemeldet hatten, fand das Verlassenschaftsgericht für angemessen, in analoger Anwendung des Konkursverfahrens einen Impugnationstermin anzuberaumen, und immittirte nach durchgeführten Verhandlungen mehrere Prätendenten in den Besitz der Erbmasse, während die übrigen zum Rechtswege verwiesen wurden.

Dieses Verfahren wurde später auf ergriffene Nichtigkeitssbeschwerde vom einschlägigen Appellationsgerichte, als die Befugnisse einer Verlassenschaftsbehörde überschreitend, für nichtig erklärt, von dem obersten Gerichtshofe aber, als dem *interdictum quorum bonorum* entsprechend, aufrecht erhalten ¹⁾.

Nachdem die Immission der als nächste Verwandte legitimirten Prätendenten in die Erbmasse rechtskräftig ausgesprochen war, machte der Anwalt nunmehr seine Rechte gegen die immittirten Klienten geltend, und forderte die Auszahlung der ihm zugesicherten fünf resp. zehn Prozente der betreffenden Erbquoten.

Daß deshalb angegangene Untergericht glaubte in jenem Uebereinkommen ein *pactum de quota litis* erblicken zu müssen, und legte nach §. 12 Abs. 3

¹⁾ Vergl. hiemit Bl. f. R. u. B. d. XIX G. 102—110.

der Disziplinarvorschriften die Akten dem Obergerichte zum sachgemäßen Einschreiten vor.

Bei der hiedurch veranlaßten ober- und obersterichterlichen Würdigung der Sache machten sich folgende Auffassungen geltend:

I. Die erste Ansicht — und darauf stützte sich auch die Vertheidigung des beschuldigten Anwalts — hielt an dem von den Gemeinrechtslehrern aufgestellten Begriffe des pactum de quota litis fest, wornach ein solches pactum nur dann als vorhanden angenommen werden könne, wenn ein Theil desjenigen, was man im Prozeßwege zu erlangen hofft, für den Fall eines obsieglichen Urtheils dem Anwalte statt seiner Gebühren zugesichert wird. Pactum de quota litis, quando cliens in casum victoriae advocato dimidiam, tertiam aliamve partem ejus promittit, quod per sententiam se consecuturum sperat.

Ludovici, doctrina pand. tit. I de postulando, pag. 71; Struben, rechtl. Bedenken Thl. I Bd. 104; Glück, Pand. Thl. V Abthl. I §. 370; v. Stürzger, Civ.-Gerichtsverf. S. 255; Reichsdeput. Abschied von 1557 §. 50; Kreittmayr, Abnot. zum cod. jud. cap. 2 §. 5 Note 1; Seuffert, Pand.-N. §. 334 Nr. 3.

Es werde also hiebei vorausgesetzt, daß der abgetretene Theil (die quota) bereits im Streite befangen sei, und den Gegenstand eines Prozeßes (quota litis) bilde. Als dem Anwalte die 10 Procente statt des Honorars zur Disposition gestellt wurden, sei ein eigentlicher Prozeß über die Nachlassmasse noch nicht im Gange, sondern die Thätigkeit der Verlassenschaftsbehörde bloß auf Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschränkt gewesen, was auch das Appellationsgericht in seinem auf die Nullitätsquerel erlassenen Erkenntnisse angenommen habe,

und was erst durch das später erfolgte oberstrichterliche Urtheil dahin berichtet worden sei, daß sich das Untergericht seit dem eingeleiteten Impugnationsverfahren auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit bewegt habe.

Die Rechtsgeschäfte seien nach dem Augenblicke der Eingehung zu beurtheilen (fr. 78 pr. de V. O. 45, 1); daher könne auch der Vertrag, woraus das Dasein eines pactum de quota litis abgeleitet werden wolle, nur nach jenem Standpunkte gewürdigt werden, auf welchem die Verlassenschaft zur Zeit, wo das fragliche Uebereinkommen getroffen wurde, sich befunden habe. Damals sei aber ein eigentlicher Prozeß noch nicht im Gange gewesen, und es lasse sich sohin mit Grund nicht behaupten, daß der Anwalt sich von einem Streitobjekte zehn Prozente als Honorar ausbedungen, und ein unerlaubtes pactum de quota litis eingegangen habe.

Abgesehen hievon enthalte das fragliche Uebereinkommen nichts Anderes, als einen Glückskauf oder einen Vertrag, vermöge dessen ein Streit um eine bestimmte Summe übernommen worden sei, und das Uebereinkommen bleibe wenigstens von diesem Standpunkte aus aufrecht stehen. Seuffert Pand.-R. §. 324.

Aus diesen Erwägungen wurde abzuleiten gesucht, daß weder ein strafbares noch ein ungiltiges pactum vorliege.

II. Die zweite Ansicht — und dieser pflichtete das Appellationsgericht bei — sprach sich in nachstehender Art aus:

Die Frage, worin ein pactum de quota litis bestehe und mit welchen nachtheiligen Folgen es bedroht sei, darf zunächst nicht nach den gemeinrechtlichen Bestimmungen, sondern muß vorzugsweise nach den Disziplinarvorschriften v. 23. März 1813,

als dem neueren speciellen Gesetze, gewürdigt und beantwortet werden.

Gemäß §. 8 Abs. 2 dieser Vorschriften ist das pactum de quota litis bei Strafe der Amotion durchaus verboten, gleichviel unter welcher Gestalt dasselbe eingegangen wurde. Solchem nachdrücklichen Prohibitivgesetze gegenüber beruft man sich vergebens darauf, daß es sich bloß um den Kauf von Erbschaftsrechten handle; denn erwähntermaßen kommt es auf die Form, in welcher der Vertrag eingegangen wird, nicht an; es genügt, daß dem Anwalte in der Absicht, damit er die Verlassenschaft einem gedehlichen Ende zuführe, eine bestimmte Quote aus der Erbmasse zugesichert wurde.

Würde man solche Verträge für zulässig erklären, so könnte das gegen die pacta de quota litis bestehende Verbot leicht umgangen und illusorisch gemacht werden, was die Disziplinarvorschriften bei ihrem bezübten Ausspruche offenbar vermeiden wollen.

Richtig ist es zwar, daß das Verbot des pactum de quota litis nur gegen Advokaten und Procuratoren gerichtet ist, und dritte Personen, welche nicht in solcher Eigenschaft handeln, auch nicht berühren kann,

Bl. f. N. V. Bd. II S. 218.

Allein die Akten geben genügend zu entnehmen, daß der Advokat bei gegenwärtiger Verlassenschaftsache nicht als bloßer Cessionar, sondern in der Eigenschaft als Anwalt thätig gewesen sei.

Der weitere Einwand, es gehöre zum Begriffe des pactum de quota litis, daß der abgetretene Theil bereits im Streite befangen und Gegenstand eines Processes sei, daß folglich dieses pactum immer einen schon begonnenen Streit voraussetze, und bei einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit gar nicht vorkommen könne, widerlegt sich von selbst

bei der Erwägung, daß hier nicht die gemeinrechtlichen Gesetzesbestimmungen, sondern zunächst die Disziplinarvorschriften vom Jahre 1813 maßgebend erscheinen, daß aber letztere einen solchen Unterschied nicht anerkennen, vielmehr dieselben nach ihrer ganzen, aus §. 7 und §. 8 ersichtlichen Tendenz und insbesondere dadurch ausgeschlossen haben, daß in der späteren, mit Gesetzeskraft versehenen Verordnung v. 24. März 1816 (Reg.-Bl. 1816 S. 153) die in den §§. 1, 2, 4—11 der Disziplinarvorschriften v. 23. März 1813 für die Advokaten in Justizsachen festgestellten Sanktionen auch auf die Disziplinarübertretungen derselben in Administrativsachen ausgedehnt und als anwendbar erklärt worden sind, woraus unbezweifelt gefolgert werden muß, daß das pactum de quota litis gleichmäßig verboten sei, es mag nun dasselbe über streitige oder über nicht streitige Gegenstände eingegangen werden.

Selbst die bayerische Gerichtsordnung macht in cap. 2 §. 5 bei Aufzählung der Obliegenheiten der Advokaten keinen Unterschied zwischen eigentlichen Prozeßsachen und bloßen nicht streitigen Gegenständen, sondern legt den Anwälten ohne eine solche Ausscheidung die Pflicht auf, in allen Sachen, worin sie Redner sind, ihre Klienten mit übermäßiger Belohnung nicht zu beschweren. Wo aber das Gesetz nicht unterscheidet, darf nach einer bekannten Rechtsregel auch der Richter keine Ausscheidung treffen.

Wollte man indessen sogar auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen zurückgehen, und der Ansicht huldigen, daß das pactum de quota litis einen bereits begonnenen oder bevorstehenden Streit voraussetze, so kann bezüglich des gegebenen Falles nicht unbeachtet bleiben, daß sich schon im Beginne der Verlassenschaftsverhandlungen voraussehen ließ, diese weitwändige und verwickelte Nachlaßsache könne ohne

Streit nicht beendet werden, wie denn dieselbe auch nachher wirklich in einen Streit übergegangen ist.

Hiernach wurde vom Obergerichte ein pactum de quota litis als gegeben angenommen.

III. Auf ergriffene Beschwerde bestätigte der oberste Gerichtshof den appellationsgerichtlichen Ausspruch, und ging bei seiner Entscheidung, soweit es sich um prinzipielle Fragen handelt, von folgendem Gesichtspunkte aus:

Quota litis im Sinne des gesetzlichen Verbotes kann vernünftiger Weise nichts Anderes heißen, als ein nach einem gewissen Zahlenverhältnisse bemessener Antheil an der Ausbeute, welche die Vertretung einer Partei als die Frucht ihres Sieges oder Durchbringens mit dem aufgestellten Begehren einbringt. Ob eine Justiz- oder Administrativsache, ob ein Gegenstand der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit dabei in Frage stand, ist gleichgültig, weil alles Gewicht auf das Verhältniß des Anwalts zur Partei fällt, welches unter allen Umständen daselbe bleibt.

Hiefür spricht schon die Const. 5 de postul. (2. 6)²⁾, aus welcher das ganze Verbot der quota litis offenbar geflossen ist, mit den Worten: ex ipsis negotiis, quae tuenda susceperint.

Der Grund des Gesetzes, welches das pactum de quota litis unter so schweren Folgen verbietet, besteht augenscheinlich nur darin, daß sich dasselbe

²⁾ Si qui advocatorum existimationi suae immensa atque illicita compendia praetulisse sub nomine honorariorum ex ipsis negotiis, quae tuenda susceperint, emolumenta sibi certae partis cum gravi damno litigatoris et depraedatione poscentes fuerint inventi: placuit ut omnes, qui in hujusmodi saevitate permanserint, ab hac professione penitus arceantur.

als ein präsumtiv fraudulenter Kunstgriff bezeichnet, mittelst dessen der Anwalt mit seiner genauen Kenntniß der Sache und der Rechte die Eventualitäten einer gerichtlichen Verhandlung weit besser zu beurtheilen und in einen Voranschlag zu bringen im Stande ist, als die mit ihrem Vertrauen auf ihn hingewiesene Partei, welcher derselbe eine sehr geringschätzbare Vorstellung von ihren Rechten, eine sehr hohe von seinen Verdiensten beibringen kann, und welche in die Begierde, am siegreichen Ziele anzulangen, veranlaßt, sich leicht Verpflichtungen unterwirft, deren Tragweite und Verhältniß zu den Bemühungen des Anwaltes, als dessen Gegenleistung, sie gar nicht kennt oder zu bemessen sich nicht in der Lage befindet.

Dieses ergibt sich klar nicht bloß aus der Natur der Sache, sondern auch aus der angeführten Stelle des römischen Rechtes, wo es heißt: *Si qui emolumenta sibi certae partis cum gravi damno litigatoris et depredatione poscentes fuerint inventi.*

Dieser Grund des Gesetzes umfaßt aber die Verhandlungen der streitigen, wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gleicher Weise, mithin muß auch das Verbot mit seinen Folgen auf beide bezogen werden.

Wenn im vorliegenden Falle der Advokat mit seinen Klienten in Bezug auf die Geltendmachung ihrer Erbrechte in eine förmliche Gesellschaft trat, so lag darin nur eine Verkleidung des pactum de quota litis, welches verboten ist, in welcher Gestalt es auch immer eingegangen werden mag.

Wenn der Anwalt ferner alle Sorgfalt aufbot, in den abgeschlossenen Verträgen sich nur als Theilhaber an den Erbrechten voranzustellen, während eine andere Bethheiligung, außer in der Eigenschaft als Socius, gar nicht bargelegt ist, so beweist sol-

heß nur, daß er gleich von vorneherein durchschaute, auf welch' unlauterem Boden sich seine ganze Betheiligung bewege. Fr. 29 de leg. (1. 3): in fraudem (legis facit), qui salvis verbis legis sententiam ejus circumducit.

Da der Wortlaut des Gesetzes bestimmt ist, und seine Absicht, sich auf den vorliegenden Fall init zu erstrecken, klar am Tage liegt, so wäre es nutzlos, über den wahren Sinn einer quota litis sich noch in zweideutig findenden Auslegungen zu ergehen. Die dem Anwalte hier zur Seite stehenden, mildernden Umstände geben dem Gerichte keine Ermächtigung, eine gelindere Auffassung in unbeugsame Begriffe zu übertragen, welche unmittelbar die Folge haben müßte, die Meinung zu verbreiten, daß pactum de quota litis sei in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit für erlaubt zu halten.

Aus diesen Gründen zeigte sich das Erkenntniß des kgl. Appellationsgerichts in allen Theilen gerechtfertigt.

DAß. v. 19. April 1856 Nr. 744^{55/56}.

IV. Das verurtheilende Erkenntniß hatte zur rechtlichen Folge, daß der betreffende Advokat nach §. 8 Abs. 2 der Disziplinarvorschriften v. J. 1813 mit der Amotion von seiner Advokatenpraxis, als durch Eingehung eines pactum de quota litis einer Disziplinarübertretung schuldig, bestraft, und daß gleichzeitig der abgeschlossene Vertrag für nichtig und rechtswirksam erklärt wurde.

Letzteres folgt nothwendig aus dem Wesen eines Prohibitivgesetzes, welches der Privatwillkür der Kontrahenten Schranken setzt, und ein bestimmtes Verbot enthält, dessen Außerachtlassung die Nichtigkeit der bezüglichen Handlung von selbst nach sich zieht, was in gleichem Maße auch von dem Falle zu gelten hat, wenn zur Umgehung des

Prohibitivgesetzes irgend eine Handlung unternommen wird.

Fr. 29. 30 de leg. (1. 3).

V. Hinsichtlich des Verfahrens bei Einschreitung gegen einen Advokaten ist in §. 12 Abs. 3 in fine der Disziplinarvorschriften v. 21. März 1813 verordnet, daß, wenn das Erkenntniß des Obergerichts auf definitive Entsetzung eines Advokaten von seinem Amte geht, hierüber an das k. Justizministerium berichtliches Gutachten zu erstatten und die allerhöchste Genehmigung einzuholen sei.

Diese Bestimmung kann selbstverständlich eine unbedingte Anwendung nur auf den Fall finden, wenn der Anwalt sich bei dem verurtheilenden Ausspruche beruhigt, und das Erkenntniß ohne eingelegten Rekurs in Rechtskraft übergeht.

Wird aber hiegegen der Rekurs an den obersten Gerichtshof ergriffen, was bei einem so präjudizialen Ausspruche nach §. 12 Abs. 6 der Disziplinarvorschriften statthaft erscheint, so hat die Vorlage des die Amotion des Anwaltes verhängenden Urtheils erst vom obersten Gerichtshofe aus an das kgl. Justizministerium zu erfolgen, was auch im gegebenen Falle in der Art geschah, daß das appellationsgerichtliche Erkenntniß dem Advokaten publizirt, und auf dessen Beschwerde und auf sofort erfolgte Bestätigung sodann vom kgl. Oberappellationsgerichte das Urtheil sammt Akten dem kgl. Justizministerium vorgelegt worden ist.

Dr. M.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ist eine Widerklage gegen ein Mitglied der kgl. Familie in einer von demselben bei einem Untergerichte klagbar verfolgten persönlichen Rechtsache zulässig?

Im vorjährigen Bande der Bl. f. RA. S. 353—364 ist unter dieser Aufschrift ein umfassend motivirtes Erkenntniß zweiter Instanz mitgetheilt, welches die aufgeworfene Frage bejaht. In Folge Revision beider Streitetheile gelangte die Sache an den obersten Gerichtshof, welcher unter anderen Beschwerden auch jene wegen Beurtheilung zur Einlassung in reconventionne zu verbescheiden hatte.

Die beschalligte Revisionsbeschwerde wurde aus nachstehenden Erwägungen verworfen:

Durch das Erkenntniß in reconventionne findet sich der widerbeklagte Theil beschwert wegen Verwerfung der Einrede der Inkompetenz des kgl. Kreis- und Stadtgerichtes . . . Diese Beschwerde ist nicht gerechtfertigt. Denn

a) zu den administrativ-kontentiösen Sachen gehören im Allgemeinen nur solche, deren Beurtheilung nicht lediglich auf den bürgerlichen Gesetzen, sondern zugleich oder auch ausschließlich auf administrativen Verordnungen oder von den Administrativbehörden in der Grenze ihrer Kompetenz getroffenen Verfügungen beruht, und welche aus diesen Motiven in gesetzlicher Weise der Kompetenz der Civilgerichte entzogen sind. In die Kategorie dieser Sachen können aber die persönlichen Rechtsachen der Mitglieder des regierenden Hauses nicht eingereiht werden, und die beschalligten Ausführungen des Vertreters des reconvenirten Theiles sind

ganz grundlos: davon also, daß hier ein privilegium causae obwalte, kann keine Rede sein. —

b) Durch die Ausnahmstellung der Mitglieder des Egl. Hauses den Landesgerichten gegenüber sind dieselben nur als höhere und durch die unmittelbare Unterstellung unter die Gerichtsbarkeit des Monarchen in ihren persönlichen Rechtsfachen als die höchste Klasse der Unterthanen ausgezeichnet. Keine Stelle des Familiengesetzes spricht aber dafür, daß diese Ausnahmstellung sich auch auf die Landesgesetze beziehe. Vielmehr

c) bestimmt Tit. X §. 8 des Familiengesetzes, daß der Familienrath als oberster Gerichtshof nach den rechtlichen Verhältnissen des Falles vorbehaltslich der Bestätigung des Königs zu entscheiden habe. Ueberdies geht aus Tit. VIII §. 4 u. 5 hervor, daß die Glieder des Egl. Hauses bei Dispositionen über ihr Privatvermögen an die bürgerlichen Gesetze gebunden sind, wie auch Tit. IX §. 9 abermals zu erkennen gibt; daß bei Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen die Vormünder die Vorschriften der bürgerlichen Gesetze zu beobachten haben. —

Diesem zu Folge kann die Zuständigkeit des Egl. Kreis- und Stadtgerichtes für die Widerklage mit Hinsicht auf G.D. c. VIII §. 1 Nr. 1 nicht bestritten werden, und zwar um so weniger, weil das Familiengesetz Tit. X §. 2 Abs. 2 der bestehenden Gerichtsordnung als des anzuwendenden Gesetzes selbst auch erwähnt.

Erf. vom 13. März 1857. Nr. 1536⁵⁵/₅₆
e.

2.

Das im Exekutionsstadium gestellte allgemeine Frist- (oder Nachlaß-)Gesuch muß innerhalb 14 Tagen nach Einsetzung des Exekutionsverfahrens angebracht werden.

Die Motive eines jüngstergangenen oberstrichterlichen Erkenntnisses (vom 10. Dez. 1856 Nr. 59^{56/57}) sprechen sich hierüber in rechtlicher Beziehung im Wesentlichen, wie folgt, aus:

Wenn der Schuldner nach eingeleitetem Exekutionsverfahren zur Vermeidung der Exekution auf Eintheilung seiner Schulb in Fristen antragen will, so muß er diesen Antrag innerhalb einer unersprechlichen Frist von 14 Tagen von Insinuation des Zahlungsbefehles bei Verlust desselben anbringen. Proz.-Nov. v. 22. Juli 1819 §. 31. Dieß gilt auch von dem Falle, wenn der Schuldner zum Zwecke der Sistirung der auf Anrufen eines Gläubigers bereits eingeleiteten Exekution ein seine sämtlichen Gläubiger umfassendes allgemeines Fristengesuch anbringen will, weil das Gesetz zwischen beiden Fällen nicht unterscheidet, und im letzteren Falle des Gesetzes Zweck — Beschleunigung der Exekution — zum Nachtheil des Gläubigers noch mehr vereitelt würde, wenn dem Schuldner eine längere oder unbestimmtere Frist zu einem solchen Antrage gegönnt wäre. Hienach ist ein nach Ablauf jener 14tägigen Frist eingebrachtes Frist- (oder Nachlaß-)Gesuch dem Exekutionsgläubiger gegenüber und hinsichtlich des Exekutionsvollzuges verspätet, ipso facto präkludirt, und der Gläubiger nicht schuldig, auf dasselbe sich einzulassen; weil er nicht gezwungen werden kann, auf sein durch den fruchtlosen Ablauf jener Frist wohlervorbenenes Recht auf die ungehinderte Realisirung der rechtskräftig erklärten Exekution zu verzichten; vielmehr ist ein

solcher Verzicht auf Seite des Schuldners anzunehmen.

Diesen Grundsätzen ist nicht entgegen das Proj.-Ges. v. 17. Nov. 1837, welches in §. 70 nur Bestimmungen über die Erfordernisse, richterliche Prüfung und Genehmigung allgemeiner Frist- und Nachlaßgesuche, aber nichts über die Zeit ihrer Geltendmachung enthält; — und ebenso wenig der oberstrichterliche Plenarbeschluß v. 29. Okt. 1845, welcher nur das Fatale für Berufungen gegen Erkenntnisse über allgemeine Frist- und Nachlaßgesuche und die Appellabilität dieser Erkenntnisse bestimmt — — — Seuffert's Comment. Bd. IV S. 286 §. 8 Nr. 1; S. 291 Nr. 2; S. 321, 322 Nr. 10; S. 323 Abs. 3.

Da die von einem Hypothekengläubiger behauptete Verspätung des Fristgesuches sich als eine präjudizielle Voreinrede gegen die Zulassung desselben zur Verhandlung darstellt, so kann die Einwilligung (in das Gesuch) von Seite der Mehrheit der Gläubiger, welche sich dieser Einrede nicht angeschlossen haben, Jenem nicht präjudizieren, weil diese ihm die gedachte Einrede mit ihrer rechtlichen Wirkung und das hiedurch wohl erworbene Recht auf Exekutionsvollziehung nicht entziehen konnten.
e.
.

3.

Vermögenskuratel. Dritten Betheiligten steht gegen die in Kuratelbestellungen ergangenen Gerichtsverfügungen ein Beschwerderecht zum Oberrichter nicht zu.

Wgl. Bl. f. R. Bd. VIII S. 20 u. IX S. 329.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Die Bestellung einer Kuratel über einen Wahnsinnigen oder Verschwenker, sowie die Ueberwachung

der Verwaltung des aufgestellten Kurators gehören zum obervormundschaftlichen Wirkungskreise der Gerichte. — — Das Interesse dritter Betheiligter kann von der Obervormundschaftsbehörde bei ihren Anordnungen in gebührende Erwägung gezogen werden, eine selbstständige Stellung solcher Betheiligten findet aber in dieser Materie nicht statt; der Richter handelt von Amts wegen. Diesen Grundsätzen entsprechend hat das b. O. den Einfluß der Verwandten auf die Erstattung einer Anzeige an das Gericht beschränkt (Zhl. I c. 7 §. 37 Nr. 1).

Ist aber jenen Betheiligten die Stellung als Partei versagt, so steht ihnen auch keine Befugniß zu, gegen eine bezüglich der Kuratelbestellung erlassene richterliche Entscheidung und Anordnung Beschwerde bei dem höheren Richter zu führen. All' dieß findet auch Anwendung auf die Ehefrau: Sie mag allerdings durch Verschwendung und schlechte Haushaltung des Ehemannes in ihrem eigenen Vermögen gefährdet sein. Als Partei gegen diesen kann sie aber nur auftreten, indem sie die Aufhebung der ehelichen Vermögensgemeinschaft, Sonderung ihres Einbringens, Sicherstellung u. dgl. im Civilrechtswege verlangt. Die Aufstellung eines Kurators für den Ehemann ist dagegen auch für sie kein durch selbstständige Klage oder Beschwerdeführung verfolgbares Recht

DAZ. v. 30. Sept. 1856. Nr. 1406⁵⁵/₅₆.
e.

4.

Berufungsfrist, Erneuerung der Insinuation.

In einem Rechtsstreite wurde das erstrichtersliche Erkenntniß der vom beklagischen Anwalt als Insinuationsmandatar aufgestellten fgl. Post gegen

Eagnachnahme zugestellt. Da jedoch gedachter Anwalt von seiner Partei mit einem Vorschusse nicht versehen war, ließ er jenes Dekret uneröffnet sofort an das kgl. Landgericht zurückgehen, welches die Rücksendung annahm, und nach Löschung der auf der Adresse vorgemerkten Nachnahme das Paket neuerdings der Post übergab zur Beförderung an den Anwalt des Beklagten.

Dieser ergriff wider das erstinstanzielle Erkenntniß Berufung, welche jedoch in Ida als desert zurückgewiesen wurde, weil sie am 31. Tage von der ersten Zustellung gerechnet, einkam. Der oberste Gerichtshof sprach dagegen auf eingelegte Berufung aus, daß die Appellation nicht abzuweisen sei.

Gründe: Es ist zwar unzweifelhaft dargethan, daß das landgerichtliche Erkenntniß der als Insinuationsmandatar bestellten Postanstalt (am 19. November) richtig übergeben wurde; allein diese Insinuation ist durch die oben mitgetheilten Vorgänge wirkungslos geworden. — — Durch dieselben hat das Untergericht die Wirkung der früheren Insinuation selbst wieder beseitigt, daher nunmehr nur die neuerliche (am 23. Nov. erfolgte) Uebergabe des Dekretes an die Post für maßgebend erachtet werden kann. Ist aber dieß — wie hier wirklich — der Fall, so ist die Berufungsbeschwerde des Beklagten allerdings rechtzeitig eingelaufen, und somit der Desertionsausspruch der vorigen Instanz nicht begründet. —

DADE. v. 18. Nov. 1856 Nr. 1056^{55/56}.
e.

Verichtigungen: S. 75 nach B. 3 v. o. füge bei: „p. μ.“
S. 216 B. 4 v. o. statt „vollkommenen“ ließ: „vollkommen.“
S. 216 B. 14 v. o. statt „Hanser“ l. „Haufer.“ S. 432 B. 22 v. o. statt „Auf die“ l. „Auf der.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothetgläubiger. Enthält dieselbe eine Interzession? — Kirchenbauakt. Administrative Provisorum. Dasselbe schließt die Beschlüsse nicht aus. — Zur Lehre vom Erfüllungseid. Vom „eigenen Willen“ hiebei nach O. R. XII §. 3 Nr. 3. — Unterbrechung der Klagenverjährung.

Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothetgläubiger. Enthält dieselbe eine Interzession?

Der §. 62 des Hyp.-Gef. vom 1. Juni 1822 bestimmt:

Ein Hypothetgläubiger kann unbeschadet seines Hypothetredites den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den andern Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzuge nichts entzogen.

Eine solche Rangabtretung kommt im Rechtsleben nicht selten vor. Insbesondere geschieht es häufig, daß die Ehefrau mit ihrer auf dem Anwesen des Ehemannes hypothetkarisch versicherten Heirathguthforderung einem andern Gläubiger¹⁾ desselben aus-

¹⁾ Ob auch einem Gläubiger, der keine Hypothet hat, der Vorrang von einem Hypothetgläubiger abgetreten werden könne, ist streitig. Lehner (Lehrb. des Hyp.-R. Bd. 1 §. 113 Nr. 1) verneint die Frage, während Köhner (Komm. zum Hyp.-Gef. Bd. 1

weicht, oder wohl auch die Tochter in Ansehung ihrer Muttergutsforderung. Hier wirft sich nun die Frage auf, ob der Fall einer Interzession gegeben, ob also die Wirksamkeit einer solchen Rangausweichung von vorher gültig erfolgter Verzichtleistung auf die den intercedirenden Frauen zukommenden Rechtswohlthaten, bez. Beobachtung der gesetzlichen Formvorschriften bedingt sei.

Die Beantwortung dieser Frage, und zwar zunächst nach gemeinem Civilrecht, soll in nachstehender Ausführung versucht werden.

Die Annahme einer Interzession setzt voraus, daß Jemand mit Rücksicht auf eine fremde Schuld durch Geschäft mit dem Gläubiger eine Obligation auf sich genommen, oder doch eine solche auf seine Sache übernommen, d. h. letztere verpfändet habe.

Darnach ist es keine Interzession, wenn Jemand die Schuld eines Andern dem Gläubiger baar bezahlt²⁾, oder wenn er seine Sache an Zahlung statt hingibt, oder seinen Schuldner dem Gläubiger des Andern delegirt³⁾.

Eben so wenig intercedirt aber derjenige, welcher, wenn gleich mit Rücksicht auf eine fremde Schuld, auf ein ihm zustehendes Recht einfach Verzicht leistet, z. B. ein ihm zustehendes Pfandrecht aufgibt.

Dieser Satz ist im römischen Rechte bestimmt anerkannt. Ulpian sagt im fr. 8 pr. ad SC. Vellej. (16, 1):

Quamvis pignoris datio intercessionem fa-

§. 285) wohl mit Recht sich für die bejahende Meinung ausspricht. Doch wird hier der gewöhnliche Fall vorausgesetzt werden, daß die Rangausweichung zu Gunsten eines späteren Hypothekgläubigers vor sich geht.

²⁾ Const. 1, 4, 9 ad SC. Vell. (4, 29).

³⁾ Fr. 5 ad SC. Vell. (16, 1.)

ciat, tamen Julianus lib. 12 Digestorum scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem⁴⁾.

Ist nun gleiches zu sagen, wenn ein Hypothekgläubiger den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtritt?

Dafür, daß auch in diesem Falle keine Interzession vorliege, scheint angeführt werden zu können, der ausweichende Gläubiger übernehme so wenig als der völlig verzichtende eine Obligation. Der Unterschied beider Fälle sei nur der, daß in dem einen Falle der Gläubiger völlig sein Recht aufgebe, in dem andern Falle nur auf eine Qualität desselben zu Gunsten eines andern Gläubigers Verzicht leiste. Stehe fest, daß der völlige Verzicht auf das Recht eine Interzession nicht enthalte, so könne noch weniger im bloßen Verzicht auf die Priorität eine solche erblickt werden.

Gleichwohl dürfte der gegentheiligen Annahme der Vorzug zu geben sein, wornach das s. g. pactum de postponendo in der That eine Interzession involvirt.

Was vorerst den letzterwähnten Zweifelsgrund anlangt, so ist dagegen zu erinnern, daß das argumentum a majori ad minus gerade dann, wenn es sich fragt, ob eine Interzession vorliegt, nicht am Platze ist. Die Frau, welche sofort dem fremden Gläubiger baar bezahlt, intercedirt nicht, wohl aber diejenige, welche die Zahlung zunächst nur verspricht.

⁴⁾ Vgl. noch Const. 11, 21 eod. (4, 29). Erstere Stelle, obwohl im Titel ad SC. Vell. stehend, bezieht sich zunächst auf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. S. Savigny System Bd. 4 S. 56 Note h.

Im Uebrigen kommt zu bemerken, was folgt.

Wer dem Verpfänder oder dritten Pfandbesitzer gegenüber auf sein Pfandrecht mit Rücksicht auf einen nachstehenden Gläubiger Verzicht leistet, übernimmt gegen den letzteren, mit welchem er gar nicht kontrahirt, keinerlei Verpflichtung. Die einzige Rechtsfolge des Geschäftes ist die, daß das Pfandrecht des Verzichts leistenden Gläubigers aufhört.

Anderß verhält es sich im Falle eines pactum de postponendo. Dasselbe enthält nicht etwa eine gegenseitige Cession der Forderungen, soweit sie sich dem Betrage nach decken⁵⁾; vielmehr behält jeder der Kontrahenten seine Forderung, und zwar Dritten gegenüber mit dem Range, welcher derselben mit Rücksicht auf die Zeit der Eintragung im Hypothekenbuche zukommt⁶⁾. Aber es verpflichtet sich der ausweichende Hypothekgläubiger demjenigen, welchem er den Vorzug abtritt, gegenüber, ihm zu eigener Befriedigung das zu überlassen, was für ihn — den ausweichenden — seiner Zeit aus dem Erlöse des Hypothekobjektes nach Maßgabe des seiner Forderung zukommenden Ranges werde flüssig werden⁷⁾. Er übernimmt hiernach in Wirklichkeit eine Haftung für die fremde Schuld, zwar nicht in der Weise, daß er sich obligirt, für dieselbe persönlich einzustehen,

⁵⁾ Bönner a. a. O. Bd. 1 S. 502 ff.

⁶⁾ Wenn daher die Forderung, zu Gunsten welcher zurückgetreten wurde, nachher aus irgend einem Grunde gelöscht wird, so verliert auch die angabtretung ihre Wirksamkeit; die in Mitte stehenden Gläubiger können nicht etwa daraus ein Vorzugsrecht für sich in Anspruch nehmen., Vgl. Bönner a. a. O. S. 506. M. M. Lehner a. a. O. S. 114.

⁷⁾ Ingleichen im Kollisionsfalle die Vorkasse der Immission in den Besitz und Genuß des Hypothekobjektes.

wohl aber dadurch, daß er den ihn dereinst treffenden Antheil am Erlöse des Hypothekensubjektes dem fremden Gläubiger zu dessen Sicherheit verhaftet.

Ist aber dem so, so liegt in der Abtretung des Vorrangs von Seiten eines Gläubigers eine Intercession. Der ausweichende Gläubiger intercedirt nicht minder als derjenige, welcher für eine fremde Schuld seine Sache verpfändet. Nur ist das Object der Verpfändung nicht eine körperliche Sache, sondern der ausweichende Gläubiger verpfändet die Ausübung der Rechte, welche (nach §. 61 des Hyp.-Ges.) ihm als besseren Pfandgläubiger zustehen^{a)}.

Kommt es dazu, daß der nachstehende Pfandgläubiger in Folge des mit einem vorgehenden abgeschlossenen pactum de postponendo an der Stelle des letzteren befriedigt wird, so kann dafür der ausweichende Gläubiger das Pfandrecht des also befriedigten Gläubigers ausüben, d. h. Bezahlung aus dem Erlöse des Hypothekensubjektes, soweit er zureichend

a) Eine eigentliche Verpfändung der Forderung ist damit nicht verknüpft. Auch wenn die Rangausweichung dem Schuldner bekannt gegeben oder im Hypothekenbuche eingetragen ist, kann an den ausweichenden Pfandgläubiger gültig Zahlung geleistet und in Folge dessen Löschung seiner Forderung im Hypothekenbuche beansprucht werden; letzteres jedoch unbeschadet des dem andern Pfandgläubiger erworbenen Rechtes, wornach diesem vorher der Rang des befriedigten Gläubigers einzuräumen ist, der Schuldner also nur an der Stelle, die durch dieses Vorrücken frei wird, von der ihm nach §. 84 Abs. 1 des Hyp.-Ges. zukommenden Befugniß Gebrauch machen kann. In diesem Sinne ist wohl auch die Bemerkung Obener's (a. a. O. Bd. 2 S. 273) zu verstehen, die Eintragung der Rangabtretung sei nothwendig gegen den Besitzer der Sache, damit er die Forderung, deren Vorzug einem andern Gläubiger abgetreten wurde, nicht ohne dessen Einwilligung tilgen könne.

ist, an der Stelle verlangen, welche die Forderung des Gläubigers, dem der Vorzug abgetreten wurde, im Hypothekenbuche einnimmt. Darin liegt nicht ein Entgelt für die Interzession, sondern es stellt sich nur, in soweit auf diesem Wege dem ausweichenden Gläubiger Befriedigung zu Theil wird, die Rangabtretung im Erfolge als bedeutungslos, die Interzession als materiell nicht vorhanden heraus⁹⁾.

- ⁹⁾ Nach fr. 19 qui potiores (20, 4) ist der redliche Besitzer des Pfandobjectes — natürlich, sofern er nicht selbst der Schuldner ist — befugt, vom klagenden Pfandgläubiger gegen dessen Befriedigung die Abtretung der Pfandforderung zu verlangen. Darnach und nach Analogie dessen, was bei der Bürgschaft Rechtens ist, dürfte die Annahme sich rechtfertigen, daß der ausweichende Gläubiger, wenn er nach Maßgabe des aus dem Hypothekobjecte erzielten Erlöses dem Gläubiger, welchem der Rang abgetreten wurde, mehr überlassen muß, als er von ihm erhält, von demselben bezüglich des Differenzbetrages die vorherige Abtretung der nach §. 50 des Hyp.-Ges. dem nicht befriedigten Gläubiger vorbehaltenen Klagerechte beanspruchen könne. Man sehe folgenden Fall: Auf einem Grundstücke sind drei Hypotheken eingetragen. A. hat an erster Stelle 3000, B. nach ihm 10,000, endlich C. 3000 zu fordern. A. tritt dem C. den vortrag ab; darauf kommt es zum gerichtlichen Verkauf des Hypothekobjectes, und werden 15,000 erlöst. Hiernach gelangt C. an sich mit einem Betrage von 1000 nicht zur Befriedigung und behält insofern seine Klagerechte nach §. 50 des Hyp.-Ges. Da gegen werden A. und B. voll befriedigt, es erlöschen also auch ihre Klagerechte. Daran ändert der Umstand nichts, daß A. zufolge besonderen Vertrages mit dem C. diesem seine 3000 überlassen, und sich mit den 2000 des letzteren begnügen muß. Aber er kann von C. vorherige Abtretung seiner Klagerechte in Ansehung der fraglichen 1000 verlangen, insbesondere der Klage gegen den, welcher dem C. persönlich für seine Forderung haftet.

Daß in der Abtretung des Vorzuges von Seiten eines Gläubigers an einen nachstehenden eine Interzession liege, wird auch von den gemeinrechtlichen Schriftstellern, welche sich über unsere Frage aussprechen, meist angenommen¹⁰⁾; so von Vangerow (Lehrb. der Pand. Bd. 3, §. 577, Anm. I Nr. 1), Deurer (Archiv f. civil. Pragm. Bd. 38, S. 413 ff.), Windscheid (diss. de valida mulierum intercessione, Bonnae 1838, p. 33—34)¹¹⁾. Dieselben nehmen hiebei insbesondere auch auf eine Pandektenstelle Bezug, nämlich fr. 17, §. 1 ad SC. Vell. (16, 1). Allein wenn auch dieses Fragment noch am ehesten vom Standpunkte der Annahme, daß in dem Verzicht auf die Priorität eine Interzession liege, sich erklären läßt, so ist doch dasselbe so dunkel gehalten, insbesondere daß Thatsächliche des darin von Africanus entschiedenen Rechtsfalles so karglich mitgetheilt, daß wir nicht in der Lage sein dürften, darauf entscheidendes Gewicht zu legen¹²⁾.

¹⁰⁾ U. U. ist Gesterding Nachforschungen Bd. 7 S. 246.

¹¹⁾ Quae pignore cedit, nullo modo restitutionem ejus sperare potest; acque iterum patrimonium suum diminuit, quam quae solvit, nec magis, quam ea, a Senatu adjuvari debet. Quae autem primum locum in pignore concedit alii, debitorem pecuniam, propter quam res iterum obligata est, soluturum et sic se in primum locum restitutum iri confidit; nihilo igitur ab ea differt, quae pignori dat rem suam confidens, se eam, solvente debitore, non amissuram.

¹²⁾ Vgl. über diese Stelle Cujacius, ad Africanum Tractat. IV (Francos. 1623 Tom. 2 pag. 413—14); Glück, Comment. Bd. 15 S. 4—6; Deurer und Windscheid a. a. O.; anderseits Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts S. 680 ff. — Die Stelle dürfte etwa von folgendem Falle verstanden werden: Eine Frau hatte, als der ihr wegen zweier

Anlangend die Praxis, so findet sich im Archiv für obersterichterliche Entscheidungen (Bd. 3, Nr. 54) ein Erf. des OLG. zu Jena im Sinne der gegentheiligen Ansicht mitgetheilt. Dasselbe hat jedoch zum einzigen Stützpunkt das, wie oben gezeigt wurde, nicht zulässige *argumentum a majori ad minus* aus fr. 8 pr. ad SC. Vell. cit.

Für die nach unserm Dafürhalten richtige Ansicht hat sich dagegen in neuester Zeit der bayer. oberste Gerichtshof in folgendem Falle ausgesprochen.

Die Ehefrau sowie die ersteheliche Tochter eines Kaufmanns hatten einem Hypothekengläubiger des letzteren, M., bezüglich seiner Forderung den Vorrang vor ihrer hypothekarisch versicherten Illaten- und Muttergutsforderung gerichtlich eingeräumt. Der Kaufmann gerieth in Konkurs, und das Obergericht erster Instanz lozirte auf Grund jener Abweichung die Forderung M.'s vor jene der Ehefrau und der Tochter. Da die von letzteren eingelegte Berufung erfolglos

Forderungen verpfändete Gegenstand nochmals an einen Dritten verpfändet werden sollte, hiegegen Einsprache erhoben, jedoch nur unter Berufung auf eine ihrer Pfandforderungen. Nachdem der Dritte ihre Befriedigung rücksichtlich dieser Forderung bewirkt hatte, willigte sie in die Pfandbestellung und Ausantwortung der Sache an den Dritten. Nachher trat sie aber mit der Pfandklage gegen denselben auf, wogegen dieser sich auf ihre Einwilligung in die Verpfändung berief. Afrikaan sagt nun, die Frau werde sich der *replica* SCli Vell. mit Erfolg nur bedienen können, wenn der Beklagte von der anderen Pfandforderung der Klägerin Kenntniß gehabt habe. Er erachtet also die *replica* SC. Vell. nicht für überhaupt unanwendbar, sondern nur für entkräftbar nach Umständen durch *duplica doli*. Diese Entscheidung hat nun wohl zur Grundlage die Annahme, daß es sich hier um den Einwand des stillschweigenden Verzichtes auf die Priorität (vgl. fr. 12 §. 4 *qui pot.* 20, 4) handle, ein solcher aber eine Interzeffion enthalte.

blieb, wandten sie sich mit ihrer Beschwerde an den obersten Gerichtshof, welcher derselben auch stattgab. In den Motiven des Erkenntnisses wird bemerkt: „Die Abtretung des Hypotheken-Vorranges (§. 62 des Hyp.-Ges.) bewirkt jedenfalls eine accessorische Haftungsverpflichtung des den Vorrang abtretenden Hypothekgläubigers für die Forderung, zu deren Gunsten die Abtretung geschehen ist, in dem Falle, wenn die letztere Forderung nur unter der Voraussetzung zur Bezahlung gelangen kann, daß sie an der Stelle der Hypothek getilgt wird, deren Vorrang ihr abgetreten worden ist. Die Abtretung des Vorranges schließt den Vertrag stillschweigend in sich, daß der den Vorrang abtretende Gläubiger zu gestatten sich verpflichtet, daß die Forderung, der er den Vorzug einräumt, an der Stelle seiner Hypothek getilgt werde, ohne Rücksicht, ob er zu demjenigen noch gelangen werde, was auf solche Weise von seiner Forderung verwendet wird. Sind auf demselben Objecte z. B. 2000 fl. in erster, 3000 fl. in zweiter und 2000 fl. in dritter Hypothek eingetragen, und hat der Gläubiger zur ersten Hypothek seinen Vorrang dem Gläubiger zur dritten abgetreten, so wird im Falle der Erlös für das Hypothekobject zur vollen Befriedigung aller drei Gläubiger nicht hinreichend, die dritte Hypothek an der Stelle der ersten vollständig bezahlt, der erste Hypothekgläubiger mag nach dieser Bezahlung und nach Tilgung der zweiten Post zu 3000 fl. noch eine Zahlung erlangen oder nicht. — — — In dieser Weise wird die Abtretung des Hypothekvorranges in Vollzug gesetzt, so oft es bei der Unzulänglichkeit des Hypothekobjectes darauf ankommen hat. Haben die Revidentinnen der von M. liquidirten Forderung, zu welcher der Cantixer der Schuldner ist, den Hypothekenvorrang vor ihren Gläubigern und beziehungsweise ihrem Muttergute eingeräumt, so haben sie, indem sie über die

Rangabtretung mit M. contrahirten, einer accessforischen Intercession zu Gunsten der Forderung eines Dritten für den Fall sich unterzogen, daß Gläubiger M. die Bezahlung seiner Forderung an der Hypothekenstelle nicht erlangen würde, welche ihm, abgesehen von der Rangabtretung, gebührt. Siegegen kann auf fr. 8 pr. ad SC. Vell. (16, 1) und Const. 11 und 21 eod. (4, 29) nicht Bezug genommen werden, da diese Stellen von Fällen handeln, in welchen eine Frauensperson, ohne eine Haftung für die Schuld eines Dritten auf sich zu nehmen, ihre bestellten Pfänder und Hypotheken aufgibt, und die Stelle des bayer. R.R. Thl. I Kap. 6 §. 34 Nr. 3: „und endlich ob sie sich beider Freiheiten oder nur einer allein begeben wolle“ ist deshalb nicht lediglich im Sinne der citirten gemeinrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen, weil nach dem Eingange jenes §. 34 ausdrücklich eine Intercession vorausgesetzt wird¹³⁾.

Die Beschwerbeführerinnen sind nun weder bei Eingehung des Vertrages über die Hypotheken-Vorrangs-Abtretung, noch irgend wann später bezüglich ihrer weiblichen Freiheiten belehrt worden; daher ihre Intercessionen nach der Authentica si qua mulier und nach dem Senatusconsultum Vellejanum ungiltig und sie nicht schuldig sind, der Hypothekforderung M.'s mit dem ihnen gesetzlich gebührenden Hypothekenvorrang auszuweichen.“

Erk. vom 6. März 1857. R.R. 344⁵⁶/₅₇.

(Schluß folgt.)

¹³⁾ Vgl. unten S. 273 ff. insbesondere Note 18.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kirchenbaulast. Administratives Provisorium: Dasselbe schließt die Besißklage nicht aus¹⁾).

Aus den Motiven eines O.V.G. obigen Betreffes entnehmen wir, was folgt:

Der f. Fiskus hat eine possessorische Klage angestellt und mit derselben eventuell das petitorium verbunden. Eine solche Kumulirung ist nach O.D. III, 4 Ziff. 1 u. 13 zulässig und ein Grund, warum in den vorwürfigen Falle eine possessorische Klage nicht sollte erhoben werden können, liegt weder

a) in der Beschaffenheit des Streitverhältnisses, noch

b) in dem von der Administrativstelle verfügten provisorium.

Zu a. Es handelt sich hier um den Streit über den quasi-Besitz eines ewigen Rechtes, welcher sowohl nach dem gemeinen Rechte, als nach dem preussischen R.R. I, 7 §. 126 u. fg. zulässig ist, indem es einerseits denkbar ist, daß die Stiftung in dem Besitze des Rechtes sei, von dem f. Fiskus die Ausführung der nöthigen Kirchen- oder Pfarrbauten zu verlangen, anderer Seite aber auch der Fiskus sich im Besitze der Freiheit von der Baulast befinden kann. In der Beschaffenheit des konkreten Rechtsverhältnisses liegt daher kein Grund, warum ein Streit über den Besißstand nicht zulässig sein sollte.

Zu b. Durch die Verordnung vom 17. Juni 1808 ist zwar die Entscheidung der Streitigkeiten

¹⁾ Ein kurzer Auszug aus dem hier vorliegenden O.V.G. wurde bereits in Bd. IX S. 298 mitgetheilt. Die dort angegebene Reg.Nr. (885³⁷/38) trifft nicht zu.

über Pfarr- und Kirchengebäude den Generalkreis-
kommissariaten übertragen, diese Verordnung aber
durch eine k. Entschliehung vom 16. Dezember 1810
dahin erläutert worden, daß dabei keines Weges die
Absicht zu Grunde gelegen sei, den Generalkomis-
sariaten die Jurisdiktion über streitige Privatrechts-
sachen zu übertragen, sondern daß vielmehr ihre Kom-
petenz nur auf die Erledigung der hinsichtlich des
Kirchen- und Pfarrbauwesens vorkommenden admini-
strativen Irrungen und Differenzen sich zu erstrecken
habe. In demselben Sinne ist bei der im Jahre
1817 erfolgten Formation der Kreisregierungen den-
selben die Handhabung der Verordnungen über die
Konkurrenz bei Bauten der Stiftungen zugewiesen
worden (Verordnungen vom 27. März 1817 §. 44
und 17. Dezember 1825 §. 73, die Kompetenz der
Kreisregierungen betreffend). Da in dergleichen Fäl-
len häufig das k. Alerar als konkurrenzpflichtig ange-
sprochen wird, so wurde die desfallsige Stellung der
Finanzkammern zu den Kammern des Innern durch
ein Ministerialreskript vom 25. Januar 1822 be-
stimmt, so wie die Kompetenz der letzteren überhaupt
hinsichtlich der provisorischen Erledigung der Kirchen-
und Pfarrhofbau-Differenzen durch spätere Vorschrif-
ten näher regulirt wurde (vgl. k. Reskript vom 1.
Oktober 1830; Landtagsabschied vom 29. Dezemb.
1831 Nr. 46; Ministerialreskript vom 23. Juli
1833). Nach diesen Vorschriften hat in allen den-
jenigen Fällen, in welchen darüber Streit entsteht,
ob der zur Konkurrenz bei einem Kirchen- oder Pfarr-
hofbau in Anspruch genommenen physischen oder mo-
ralischen Person eine Verbindlichkeit zur Tragung
der Baulast obliege, die einschlägige Regierung,
Kammer des Innern, auf dem Grunde der anzuord-
nenden vollständigen Instruktion vor Allem die Frage
zu prüfen, ob die Baupflicht in dem gegebenen Falle
durch positive Geseze, unbestrittenes Anerkenntniß der

Betheiligten, richterliches Urtheil u. s. w. unzweifelhaft fest stehe. Bei bejahender Beantwortung dieser Vorfrage erläßt die Regierung eine Provisionalverfügung, deren Vollzug dadurch, daß der Betheiligte den Rechtsweg betritt, nicht aufgehalten werden kann. Wenn nun hienach auch die Justizstellen daß von der Regierung verfügte provisorium nicht ihrer Beurtheilung unterstellen können, so folgt doch daraus keines Weges, daß ein solches provisorium den Ausspruch über den Besitzstand verrete und daß daher der Rechtsweg nicht mehr in possessorio, sondern nur in petitorio betreten werden könne, wie die Vorinstanzen in vorwürfiger Sache angenommen haben. Die Veranlassung zu der Ansicht der Vorinstanzen scheint darin zu liegen, daß in den erwähnten Ministerialreskripten in Bezug auf das im Administrativwege erlassene provisorium den Interessenten der Rechtsweg in petitorio vorbehalten wurde, was vermöge eines Schlusses a contrario zu der Meinung führte, daß Ministerium habe angedeutet wollen, daß das possessorium in Streitigkeiten über die Baulast bei Kirchen- und Pfarrgebäuden mit der den Administrativstellen zustehenden Provisionalverfügung koingibirt und daher den Gerichten bloß die Entscheidung über das petitorium belassen sei. Allein:

1) Der Begriff eines provisorium ist von jenem des possessorium wesentlich verschieden. Wenn auch mittelst eines possessorischen Prozesses gewisser Maßen nur ein provisorisches Rechtsverhältniß erzielt wird, so hat doch das in possessorio erfolgende Erkenntniß keines Weges die Eigenschaft einer bloßen Provisionalverfügung (Gönnert Handbuch des Proz. Bd. IV S. 298), und Provisorien können selbst während der Dauer eines possessorischen Rechtsstreites erlassen werden. Wenn daher schon zwischen einem von dem Civilrichter erlassenen provisorium und dem

possessorium eine bedeutende Differenz obwaltet und die Verfolgung des letzteren durch das Vorhandensein des ersten nicht ausgeschlossen wird, so liegt nicht der mindeste Grund vor, warum ein von der Administrativstelle getroffenes provisorium der Zulassung eines possessorischen Rechtsmittels vor dem Civilrichter entgegen stehen sollte.

2) Nicht bloß die Natur der Sache, sondern auch die positiven Gesetze sprechen für diese Zulassung des possessorium, denn in der oben allegirten k. Entschließung vom 16. December 1818 ist ausdrücklich erklärt, daß man den Generalkommissariaten eine Judikatur über streitige Privatrechtsachen bezüglich der Kirchen- und Pfarrhausbauten nicht habe übertragen wollen, was aber doch der Fall sein würde, wenn ihren Provisionalverfügungen die Wirkung eines richterlichen Erkenntnisses über den Besitzstand zukäme; ferner heißt es darin, daß den Generalkommissariaten bloß die frühere schon von dem geistlichen Rathe und nach ihm von dem Kirchenadministrationsrathe ausgeübten Zuständigkeiten eingeräumt worden seien, welche aber nach den älteren Gesetzen (wie sich insbesondere im Zusammenhalte der geistlichen Rathesordnung mit der Hofrathsordnung ergibt) nicht in einer eigentlichen Richteramtsefunktion, sondern mehr in einer administrativen Einwirkung bestanden. Noch deutlicher sprechen sich darüber die k. Verordnung v. 1. Oktober 1830 und der Landtagsabschied vom 29. December 1831 aus. Nach jener soll die Entscheidung von Streitigkeiten über die Konkurrenz bei Kirchen und Pfarrhausbauten sowohl in possessorio als in petitorio den zuständigen Civilgerichten überlassen bleiben: und in diesem wird erklärt, die Verordnung vom 1. Oktober 1830 spreche mit voller Deutlichkeit aus, daß die Verhandlung und Entscheidung der über solche Verbindlichkeiten entstehenden privatrechtlichen Streitigkeiten dem verfassungsmäßi-

gen Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte unter keinem Vorwande entzogen werden solle.

3) Hiernach unterliegt es, wie auch in den Landtagsverhandlungen im Jahre 1831 von Seiten des k. Regierungskommissärs in den bestimmtesten Ausdrücken anerkannt worden ist, keinem Zweifel, daß der Gesetzgeber die rein civilrechtliche Frage, ob irgend einer physischen oder moralischen Person bei einer Kirche oder einem Pfarrhause die Baulast obliege, keineswegs der Cognition der Gerichte entziehen, sondern sie nach allen ihren Beziehungen in der ihr schon dem Begriffe nach zugewiesenen Sphäre des Richteramtes belassen wollte und den Administrativstellen bloß aus Rücksicht auf das bei einer Vernachlässigung solcher Bauten betheiligte öffentliche Interesse die Befugniß zur Erlassung einer Provisorialverfügung einräumte, welche jedoch nach der von dem Ministerium gegebenen Erläuterung zur Vermeidung jedes Eingriffes in das Richteramt nur in dem Falle einer unzweifelhaft feststehenden Baupflicht Platz greifen soll.

Die richterliche Gewalt erstreckt sich aber eben sowohl auf Streitigkeiten über den Besitzstand als über das Recht selbst, und in manchen Fällen kann der Kläger sogar aus Abgang der zur petitorischen Klage erforderlichen Behelfe nur in dem possessorischen Streite seinen Zweck erreichen, so daß, wenn er das possessorium wegen der von der Regierung erlassenen provisorischen Verfügung nicht ergreifen dürfte, ihm der Rechtsweg faktisch abgeschnitten wäre.

4) Da an dieser klaren gesetzlichen Norm durch Ministerialreskripte Nichts geändert und daher auch denselben die Absicht einer Aenderung nicht unterstellt werden kann, so erscheint der aus der Redaktion jener Reskripte abgeleitete Zweifel gegen die Zulässigkeit des possessorium in dem vorwürfigen Falle als gänzlich ungegründet, und das k. Fiskalat hat

sich mit Recht über die Abweisung seiner possessorischen Klage beschwert.

DAGE. v. 28. Juni 1842 in der Streitsache des
f. Fiskus gegen die Kirchenstiftung zu Altesheim
Nr. 875³⁷/₃₈.

2.

Zur Lehre vom Erfüllungseid. — Vom „eigenen Wissen“
hiebei nach GD. c. XIII §. 3 Nr. 3.

Siehe Seuffert's Comment. Aufl. 2 Bd. III S. 401 — 403 u.
Note 13 daselbst.

Daß von der GD. als Vorbedingung des Erfüllungseides verlangte „eigene Wissen“ darf nicht aus Urkunden oder Zeugenaussagen geschöpft sein, welche im Prozesse schon als Beweismittel benützt wurden, weil sonst diese Probemittel in zweierlei Richtung eine Wirkung äüßerten, — einerseits halbe Probe zu liefern, andererseits dem Beweisführer die zum Erfüllungseide nothwendige Qualität zu geben, — was durchaus unthunlich erscheint. Die gelieferte halbe Probe kann unmöglich dadurch zur Ganzen gesteigert werden, daß der Inhalt der Zeugenaussagen, — die von den Zeugen gemachten Wahrnehmungen, — vom Probanten gleichfalls eidlich wieberholt werden. —

DAGE. v. 14. Febr. 1857 Nr. 329⁵⁶/₅₇.
e.

3.

Unterbrechung der Klagenverjährung.

Bgl. Bd. XIX S. 273 ff.

Die Klagenverjährung wird nach den Bestimmungen der GD. durch Anstellung der Klage, d. i. Einreichung derselben bei Gericht unterbrochen. (GD. R. IV §. 3.) —

DAGE. v. 10. Febr. 1857 Nr. 843⁵⁵/₅₆.
e.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothekgläubiger. Enthält dieselbe eine Interzession? — Realgarverbe. Ausfalligkeit der Verurteilung auf unvorbestimmte Zeit. — Provocatio ex lege diffamari. Dieselbe setzt nicht Verurteilung vor Urtheil oder Ausbreuungen i Publikum voraus. — Ueber Kostenvorschuß und Vorshußvergütung i Exekutionsstadium. — Ist der Hypothekgläubiger, welchem der Tag der Versteigerung im Exekutionsverfahren nicht persönlich kund gemacht worden, berechtigt, die Vernichtung des Aufschlags und nachmalige Versteigerung zu verlangen, auch wenn die Sietelgerung den Schätzungswert erreicht hat? — Bedarf eine in Frankreich verheiratete Frau der Zustimmung des Ehemannes zur Fortsetzung eines vor ihrer Verheirathung in Bayern begonnenen Rechtsstreites? —

Einräumung des Vorrangs an einen nachstehenden Hypothekgläubiger. Enthält dieselbe eine Interzession?

(Schluß).

Das bayerische Landrecht beruht auch in der Lehre von der Interzession wesentlich auf römisch-rechtlicher Grundlage. Der Gattungsbegriff der Interzession ist in demselben kein anderer, als nach römischem Rechte; dort wie hier liegt seine Bedeutung in den den Frauen in allen Interzessionsfällen zukommenden Rechtswohlthaten.

Vgl. Thl. IV Kap. 10 §. 23 ff. und Anmerkungen hiezu Nr. 4 und 5.

Hiernach scheint auch vom Standpunkte des bayerischen Landrechtes behauptet werden zu müssen, daß in der Abtretung des Vorzugsrechtes eine Interzession liege, also im Falle der Rangausweichung Seltens einer Frau die weiblichen Rechtswohlthaten in Frage kommen.

Neue Folge II. Band.

Allein zu einem anderen Resultate gelangen wir, wenn wir Thl. I Kap. 6 §. 34 in's Auge fassen. Nach dieser Stelle

„kommt der Ehefrau, welche sich mit oder ohne Verpfändung ihrer Güter für ihren Ehemann bürschaftsweise oder neben ihm als Selbstschuldnerin verschreibt, eine doppelte Freiheit zu, nämlich daß erstlich eine solche Verschreibung obverstandenermaßen nicht gültig ist, zweitens derselben ihrer heirathlichen Sprüche halber nach mehrerem Ausweise des Codicis iudiciarii ¹⁴⁾ der Vorgang in concursu creditorum gebührt“.

Will sie auf ihre Freiheiten verzichten, so soll sie zuvor über dieselben förmlich belehrt, und dabei insbesondere auch gefragt werden,

„ob sie sich selber Freiheiten oder nur einer allein begeben wolle“.

Das Gesetz anerkennt also die Möglichkeit eines wirklichen Verzichts auf eine der zwei Freiheiten allein. Nun ist es zwar möglich, daß eine Ehefrau, ohne persönliche Haftung übernehmen zu wollen, bloß auf ihren Vorgang in concursu creditorum einem bestimmten Gläubiger des Ehemannes gegenüber verzichtet; dagegen wird sich wohl eine Ehefrau, welche in Folge rechtsgültigen Verzichts auf die Freiheit der Auth. si qua mulier ¹⁵⁾ persönliche Haftung als Bürgin oder Selbstschuldnerin übernommen hat, gegen den betreffenden Gläubiger ihres Vorzugsrechtes, auch wenn sie sich des-

¹⁴⁾ Kap. 20 §. 6. Nach jetzigem Rechte sind die Bestimmungen der Prioritätsordnung v. 1. Juni 1822 (§. 15, 16, 23 Nr. 3) maßgebend.

¹⁵⁾ Einem besonderen Verzichtes auf die exceptio SC. Vellejani bedarf es nicht. Vgl. §. 34 cit. a. G. und Anm. hiezu; dann Thl. IV Kap. 10 §. 26 Nr. 7.

selben nicht besonders begeben hat ¹⁶⁾, nicht mehr mit Erfolg bedienen können, indem ihrem Ansprüche mit Rücksicht auf ihre persönliche Haftung *exceptio doli* entgegenstehen dürfte. *Dolo facit, qui petit, quod redditurus est* ¹⁷⁾. Von diesen Erwägungen

¹⁶⁾ Die Vorschrift, wornach die Ehefrau jedenfalls auch über ihr Pfandvorzugsrecht belehrt werden soll —, vgl. Anmerk. zu §. 34 —, erscheint als eine wohl bemessene, sofern damit der Gesetzgeber bezweckte, der Richter solle die Ehefrau über die Tragweite ihres Verzichts auf die Rechtswohlthat der Authentica in der Richtung aufklären, daß sie in Folge der wirksamen Uebnahme einer persönlichen Haftung dem betreffenden Gläubiger gegenüber auch ihres Pfandvorzugsrechtes verlustig werde. Der Ehefrau, welche unter Verzichtleistung auf die Freiheit der Authentica für ihren Mann persönliche Haftung übernehmen will, wird die Bedeutung eines solchen Rechtsaktes dadurch am Anschaulichsten gemacht werden können, daß man ihr vorstellt, sie könne in Folge dessen möglicherweise ihre Maten einbüßen.

¹⁷⁾ Fr. 153 de R. J. (50, 17); cap. 59 de R. J. in 6^{to}. (5, 13). — Würde eine Ehefrau sich neben ihrem Manne einfach als Mitschuldnerin, nicht auch als Korrealschuldnerin verschrieben haben, — in welchem Falle nach B. R. gleichwohl ein Verzicht auf die Freiheit der Authentica notwendig ist, vgl. Anm. zu Thl. I Kap. 6 §. 33 Nr. 2 —; so würde sie freilich dem Gläubiger, soweit er seine Befriedigung lediglich vom Manne verlangen kann, mit ihrer Matenforderung nicht auszuweichen haben, wenn sie nicht auf ihren Vorgang besonderen Verzicht geleistet hat; sondern nur bis zum Betrage des von ihr zu zahlenden Schuldanheltes. Eine solche Unterscheidung findet sich angedeutet in den Motiven eines (in Baron du Prel's Präjudiziensammlung, Bd. 5 S. 38 ff. mitgetheilten) M. O. E. vom 9. Juni 1824 — Nr. 29, 1811 —, ohne daß jedoch derselben entsprechende Folge gegeben wäre; vielmehr heißt es schlußlich einfach: „Da von einem Verzicht auf

ausgehend, gelangen wir zu der Annahme, daß der Gesetzgeber unter jener einen Freiheit die zweite verstanden, folgeweise, daß er in der Rangabweichung einen Interzessionsfall nicht erblickt habe, da sie von Seiten einer Ehefrau wirksam sein soll; auch wenn dieselbe nicht sich gleichzeitig der Rechtswohlthat der Auth. si qua mulier begeben hat.

Hiergegen läßt sich nun freilich einwenden, im Eingange des §. 34 cit., wie in der in Bezug genommenen Stelle des Cod. jud. (a. a. O. Nr. 4), sei eine Ehefrau vorausgesetzt, welche sich für ihren Mann verbürge oder als Selbstschuldnerin verschreibe: darnach sei nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber im §. 34 cit. an den Fall einer bloßen Rangabweichung überhaupt nur gedacht habe; vielmehr müsse unter „der einen Freiheit allein“ gleichwohl die erste, und nicht die zweite verstanden werden.

Vom Standpunkte des bloßen Gesetzestextes erscheint dieser Einwand in der That als erheblich; allein er widerlegt sich, wenn wir auf das ältere Landrecht und dessen Erläuterung durch Baron Schmid zurückgehen.

Die Bestimmung des §. 34 cit. ist aus dem Landrechte von 1616 (Tit. 1 Art. 13) herübergenommen. Der fragliche Passus lautet hier folgendermaßen:

„ob sie sich allein der Freiheit, daß sie sich für ihren Ehemann kräftig nicht verschreiben möge, oder auch des Vorganges mit den heirathlichen Sprüchen, oder hergegen allein dieser Freiheit des Vorganges und nicht auch

die Vorrechte im Konkurse in diesen beiden Schuldurkunden keine besondere Meldung geschieht, so mußte wegen dieser beiden Forderungen abändernd dahin erkannt werden, daß ihnen die Erben der W. Freifrau von B. nicht auszuweichen haben.“ S. auch Gäßler, Frauenrecht. S. 497—499.

der ersten, oder deren beider verzeihen wolle, sintemal viel daran gelegen, ob eine Frau sich beider oder allein der einen Freiheit verzeihe“.

Diese Stelle wird nun von Baron Schmid in seinem Kommentar (zu Tit. 1 Art. 14 §. 23 und 24) dahin erläutert, der Verzicht auf die erste Freiheit habe für sich allein zur Folge, daß die Ehefrau dem betreffenden Gläubiger gegenüber ihr Vorzugsrecht nicht mehr geltend machen könne, indem dem letzteren *exceptio doli* zur Seite stehe; dagegen ein bloßer Verzicht auf das Vorzugsrecht sei allerdings möglich, d. h. gültig, auch wenn nicht damit ein Verzicht auf die erste Freiheit verbunden worden sei. In letzterer Beziehung wird ausdrücklich die Frage aufgeworfen, ob in der Rangausweichung nicht eine Interzession liege, dieselbe aber schließlich verneinend beantwortet, wobei freilich Baron Schmid glaubt, auf das römische Recht (fr. 8, Const. 11, 21 citt.) Bezug nehmen zu können.

An einer anderen Stelle (ad Edict. Proc. Tit. 2 Art. 11 §. 9) bemerkt er unter einfacher Hinweisung auf R. Tit. 1 Art. 13, nach bayerischem Rechte sei es gewiß, daß der Grundsatz der Ungültigkeit einer eheweiblichen Interzession der Wirksamkeit des Verzichtes auf das Vorzugsrecht nicht im Wege stehe.

Sicherlich müssen wir nun den mehrerwähnten §. 34 im Sinne des älteren Landrechtes und bez. der Ausführungen von Baron Schmid auslegen, darnach aber auch bei dem Sage stehen bleiben, daß nach bayerischem Landrechte die Gültigkeit der Rangausweichung Seitens einer Frau von vorheriger Verzichtleistung auf die Rechtswohlthat der Auth. si qua mulier bez. die *exceptio SC. Vellejani* nicht bedingt sei ¹⁸⁾.

¹⁸⁾ Anders ist in dem in r. 17 mitgetheilten *DRG.*

Ist aber nicht wenigstens Certioration und (der Regel nach) gerichtliche Protokollirung¹⁹⁾ des Rangausweichungsvertrages nöthig? Baron Schmid (Komm. z. RM. I 14 §. 25) bejaht diese Frage; zumal für den Fall, wenn eine Ehefrau dem Gläubiger ihres Mannes den Vorrang abtreten will; jedoch mit der schließlichen Bemerkung: Sed, quia in praedictis tribus articulis (12—14) haec quaestio non est decisa, cuique relinquimus liberum suum iudicium. Wie wir dafür halten, dürfte sich nach dem Wortlaute des §. 34 cit. die bejahende Antwort für den Fall der Rangausweichung einer Ehefrau zu Gunsten eines Gläubigers des Mannes allerdings rechtfertigen²⁰⁾; dagegen zu einer Ausdehnung des Erfordernisses der Certioration etc. auf alle Fälle der Rangausweichung Seitens einer Frau, nachdem einmal nach

entschieden; s. Text zu Note 13. Richtig ist es allerdings, daß im Eingange des §. 34 Interzessionsfälle vorausgesetzt sind, wie denn auf solche sich die Stelle ex professo bezieht. Allein diesem Umstande dürfte wohl nach dem Gesagten nicht entscheidendes Gewicht beizulegen sein. — S. übrigens noch B. Schmid (ad Stat. Bav. Tit. 1 Art. 9 §. 14): Unam insignem et notabilem exceptionem DD. communiter faciunt, quod renuntiatio, sive remissio pignoris ab uxore facta non teneat, quando sit per modum intercessionis pro marito, nam, cum ipsa intercessio tanquam actus principalis non subsistat, neque renunciatio, sive remissio pignoris tanquam accessorium subsistere potest.

¹⁹⁾ Von der gerichtlichen Protokollirung des Rangabtreterungsvertrages als Vorbedingung eines darauf gerichteten Eintrages im Hypothekenbuche (§. 151 des Hyp.-Gef.) ist hier nicht die Rede. Vgl. Öbner a. a. D. II S. 272—3.

²⁰⁾ S. auch B. Schmid l. c. I. 14 §. 27.

bayer. R. ein Interzessionsfall nicht anzunehmen ist, ein genügender Grund nicht erfindlich sein.

Im preussischen Landrechte ist für den Fall, daß eine Frau auf ihr Pfandvorzugsrecht zu Gunsten eines Anderen verzichten will, vorgängige gerichtliche Verwarnung ²¹⁾ ausdrücklich vorgeschrieben, während anerkannt ist, daß, wenn eine Frau auf ein ihr zustehendes Recht überhaupt gänzlichen Verzicht leistet, ein solches Geschäft nach den Regeln von Bürgschaften nicht zu beurtheilen sei.

Thl. I Tit. 14 §. 229—231.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zulässigkeit der Berufung auf unbordenkliche Zeit.

Vgl. Bb. 10 S. 65 ff., Bb. 11 S. 95, Bb. 17 S. 205.

Hierüber spricht sich ein in neuester Zeit ergangenes oberstrichterliches Erkenntniß wie folgt aus:

Die Verordnung vom 1. Dezember 1804, die Handwerksbefugnisse betreffend (Reg.-Bl. v. J. 1805 S. 43), mißbilligt schon im Eingange die Entstehung veräußerlicher Gewerberechte durch Herkom-

²¹⁾ Nach preussischem R. bedarf es zur Gültigkeit der Interzession einer Frau überall nur vorgängiger gerichtlicher Verwarnung, nicht auch einer Verzichtleistung. Vgl. Bornemann, syst. Darstellung des preuß. Civ. R. Bd. 3 S. 516; Daniels, Lehrb. des gem. preuß. Pr.R. Bd. 1 S. 296 Nr. 2; Girtanner, die Bürgschaft, S. 553.

men, und erklärt wenigstens für die Zukunft diesem Schranken setzen zu wollen. Hierin liegt das Verbot der erwerbenden Verjährung, weil das Wort „Herkommen“ in Verhältnissen, in welchen es sich vom Erwerbe eines Rechtes zwischen bestimmten Rechtssubjekten handelt, offenbar die 30jährige Verjährung bezeichnet.

Der Art. 1 des Gewerbegesetzes v. J. 1825, (der bestimmt), daß durch Verjährung von nun an keine Gewerbebefugniß mehr erworben werden könne, läßt einen Schluß darauf, daß bis dahin eine solche stattgefunden gewesen sei, nicht zu, denn diese Worte finden ihre Erklärung in dem Umstande, daß die Verordnung vom 1. Dez. 1804 nicht in allen Gebietstheilen publizirt war, und wollen nicht mehr ausdrücken, als daß dasjenige, was durch die angeführte Verordnung bisher für die älteren Gebietstheile schon bestimmt war, von nun an allgemein, also auch da Geltung haben solle, wo die Verordnung vom 1. Dez. 1804 nicht in Wirksamkeit bestand.

Diesem zufolge könnte von der erwerbenden Verjährung im vorliegenden Falle nur dann die Rede sein, wenn nachgewiesen wäre, daß von den Gewerbevorfahren des Beschwerdeführers schon 30 Jahre lang, vom Erscheinen der Verordnung vom 1. Dez. 1804 rückwärts gerechnet, demnach schon vom Jahre 1775 an, die Gerechtsame in dem Umfange ausgeübt worden, wie er jetzt zu konstatiren beantragt wird. Daß dieses der Fall, wird vom Beschwerdeführer selbst nirgends behauptet und ist noch weniger durch irgend einen Beweis-Behelf angedeutet.

Wenn Beschwerdeführer der Meinung ist, daß die Verordnung vom 1. Dezbr. 1804, sowie das Gew.-Ges. v. J. 1825 nur bezüglich des Erwerbes von Gewerbe-rechten die Verjährung aufgehoben, in Bezug auf die Verjährung einzelner Befugnisse der

Gewerbß-Inhaber aber keine hindernde Vorschrift erlassen habe, so widerlegt sich dieses durch den Umstand, daß es dem in der Verordnung vom 1. Dez. 1804 ausgesprochenen Zwecke gegenüber, die Gewerbe auf den ursprünglichen Zustand der Unveräußerlichkeit zurückzuführen, vollkommen gleich ist, ob die Entstehung einer Gewerbßgerechtigkeit überhaupt oder nur deren Umfang in Frage ist. Wenn durch Verjährung ein größeres Maaß von Befugnissen begründet werden soll, als in dem durch gewerbßpolizeiliche Vorschriften bestimmten Umfange des Gewerbes liegt, so tritt ganz der nämliche Grund des Prohibitivgesetzes ein, welcher dem Erwerbe von Gewerbßrechten durch Verjährung überhaupt entgegensteht.

Von Konstatirung der angesprochenen Befugnisse auf dem Grund der erwerbenden Verjährung kann demnach keine Rede sein. Was dagegen die s. g. unwordenkliche Verjährung anbelangt, so wurde dieselbe weder durch die Verordnung vom 1. Dez. 1804, noch durch das Gewerbßgesetz vom Jahre 1825 — ausgeschlossen.

Der Grund hiervon liegt darin, daß die Immemorial-Präskription nur uneigentlich Verjährung genannt wird. Sie begründet nämlich nicht erst den Erwerb, sondern verschafft nur der Vermuthung, daß ein über Menschengedenken hinausreichender Zustand seinen Ursprung durch einen Rechtstitel erhalten haben müsse, rechtliche Geltung, wie denn auch der Nachweis derselben nicht die Requisite der Verjährung zum Gegenstande hat, sondern nur die Dauer des Zustandes über Menschengedenken umfaßt. Deshalb führen auch die Anmerkungen zum bayer. R. Thl. II R. 4 §. 9 Nr. 4 drittens, ausdrücklich an, daß die *praescriptio immemorialis* unter dem Generalverbote der Verjährung niemals verstanden sei, sondern allezeit *tacite pro excepto* gehalten werde, soferne nicht in dem Gesetze ausdrückliche Meldung

von dieser Präscription in specie geschieht. Speziell wurde sie aber in der Verordnung vom 1. Dez. 1804 nicht erwähnt. Vielmehr wurde durch die Verordnung vom 10. Juni 1805 (Reg.-Bl. S. 733) bezüglich der Wirthschaftsrechte die unvordenkliche Verjährung speziell ausgeschlossen, was wohl nicht geschehen wäre, wenn sie schon durch die Verordnung vom 1. Dez. 1804 bei den Gewerben überhaupt als unzulässig erachtet worden wäre; daß dieses nicht der Fall war, ergibt sich ferner aus der Entschließung vom 13. Dez. 1817 (Starkeis — Int.-Bl. Nr. 53), da dortselbst ausdrücklich erklärt ist, daß der von den Wirthschaftsrechten geltende Ausschluß der unvordenklichen Verjährung auf andere Gewerbsrechte nicht anwendbar sein solle. Daß Art. 1 des Gewerbsgesetzes v. J. 1825 an diesem Verhältnisse etwas geändert, dafür liegt kein Anhaltspunkt vor. Es geschieht im ganzen Gesetze der unvordenklichen Verjährung keine Erwähnung, und muß demnach die Auslegung der fraglichen Stelle nach den oben angeführten civilrechtlichen Grundsätzen geschehen, welchen zufolge sie speziell hätte ausgeschlossen werden müssen. Demzufolge ist bei der Immemorialverjährung, soferne es sich nicht um Wirthschaftsrechte handelt, die Einrechnung der Zeit auch nach der Publikation der Verordnung vom 1. Dez. 1804 sowohl, als des Gew.-Ges. vom 11. Septbr. 1825 keinesweges ausgeschlossen, und kommt im vorliegenden Falle als Zeitpunkt, an welchem sie vollendet sein mußte, der 27. Dezbr. 1848 festzusetzen, an welchem Tage dem Gesuchsteller in Folge eingegangener Beschwerden der übrigen Handelsleute von Buchbach der Auftrag zugeing, sich der Verleittgabe anderer als Holzwaaren bei Vermeidung einer Strafe von 20 Reichsthalern zu enthalten.

DAßEr. vom 24. März 1857. NN. 1320⁵⁵/₅₆. Fr.

2.

Provocatio ex lege Diffamari. Dieselbe setzt nicht Berühmung vor Dritten oder Ausstreungen im Publikum voraus.

In den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung wird bemerkt:

Eine Beschränkung der Provokationsklage auf Fälle des Berühmens vor dritten Personen und öffentliche Ausstreungen ergibt sich aus den Bestimmungen der Gerichtsordnung (Kap. 4 §. 5) nicht. Derselben liegt vielmehr die gemeinrechtliche Praxis zum Grunde, nach welcher es hinreicht, wenn sich Jemand auch nur unter vier Augen oder brieflich ein Recht oder eine Forderung anmaßt.

Glück, Erläuterung der Pand. Bb. 6 §. 533a Nr. 1; B a y e r, Theorie der sum. Prozesse §. 53.

Das Entscheidende auch nach den Worten des Judizialkodex liegt bloß darin, daß die Berühmung überhaupt einen Angriff auf Güter oder Rechte des Diffamaten enthält, im Gegensatz bloßer Vertheidigungsgründe wider erhobene Ansprüche.

DMGE. vom 14. Februar 1857. RM. 522⁵⁶/₅₇.
e.

3.

Ueber Kostenvorschuß und Vorschußvergütung im Exekutionsstadium.

Bgl. Bb. 20 S. 353.

Wenn im Pfändungsstadium eine Masse noch nicht besteht, und die Kosten nicht sogleich vom Schuldner erhoben werden können, hat der auf Exekution dringende Gläubiger zwar nicht die eigentlichen Gerichtskosten, nämlich Taxen und Stempel, wohl aber die erforderlichen Baarauslagen für Plätze der Gerichtskommission, dann für Schätzungs-

und Insertionsgebühren vorzuschießen, und beziehungsweise die vom Aerare gemachten Vorschüsse zu vergüten.

Dem Staate kann nicht zugemuthet werden, neben dem allenfallsigen Verluste der Bezüge auch noch baare Auslagen zu machen, damit es bei Unvermögenheit des zu diesen Auslagen gesetzlich verbundenen Streittheiles den Gerichten möglich werde, nach den Exekutionsanträgen des anderen Theiles zu verfahren. In einem Falle dieser Art bringt es die Natur der Sache mit sich, daß jene Partei, welche um Vornahme der Exekution anruft, . . die zur Gewährung des implorirten Einschreitens nöthigen Mittel vorbehaltlich des Regresses an den Gegentheil beschaffe, oder wenn in ihrem Interesse die Beschaffung durch nicht verpflichtete Dritte geschehen, diesen dafür Ersatz leiste.

Die über inexistible Taxausstände — nur für die Finanzbehörden — gegebenen Vorschriften beziehen sich auf Gefälle, welche der Staat als Jurisdictionserfrüchte zu beziehen hat, nicht aber auf baare Auslagen, welche die Justizadministration nebenbei fordert. Beide — Taxausstände und Baarauslagen — dürfen, als auf wesentlich verschiedenen Grundlagen beruhend, mit einander nicht confundirt werden.

Nach diesen Prinzipien entschied der oberste Gerichtshof in den Erkenntnissen vom 11. Juni 1851, RN. 552^{50/51}; 9. August 1851, RN. 1137^{50/51}; 22. März 1852, RN. 466^{51/52}; 18. Mai 1852, RN. 717^{51/52}; und 7. Jan. 1857, RN. 109^{56/57}.

Derselbe Grundsatz ist festgehalten selbst bei Zulassung des Imploranten zum Armenrechte im Erkenntniß vom 19. Jan. 1852, RN. 202^{51/52}.
e.

4.

Ist der Hypothetgläubiger, welchem der Tag der Versteigerung im Exekutionsverfahren nicht persönlich kund gemacht worden, berechtigt, die Vernichtung des Zuschlages und nachmalige Versteigerung zu verlangen, auch wenn die Steigerung den Schätzungswerth erreicht hat?

Der oberste Gerichtshof hat diese Frage aus folgenden Gründen bejaht:

Das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 hat bei der Anordnung, daß der Versteigerungstag den Hypothetgläubigern besonders bekannt gemacht werden müsse, — §. 64 Absatz 2 —, zunächst daß in demselben Absatze jenen Gläubigern zugesicherte Einsichtsrecht im Auge.

Vgl. v. Sönnner Kommentar über das Hypotheken-Gesetz Bd. I S. 529.

Von einem weiteren Gesichtspunkte geht das Prozeßgesetz vom 17. November 1837 §. 90 Abs. 2 aus, indem es die Bekanntmachung an alle bekannten Gläubiger bezieht. Abgesehen von jenem Rechte —, welches nach dem Plenarbeschlusse des obersten Gerichtshofes vom 19. Mai 1847 nur auf den Fall zu beziehen ist, wenn die Versteigerung den Schätzungspreis nicht erreicht, — kann es häufig dem Interesse eines Gläubigers entsprechen, sich bei der Versteigerung selbst zu betheiligen, um den Steigerungspreis hinaufzutreiben, oder durch Ersteigerung des Objectes den drohenden Verlust abzuwenden.

Wegen dieser verschiedenartigen Interessen der Gläubiger, hat der Gesetzgeber für nothwendig erachtet, daß die der Versteigerung im Allgemeinen gegebene Publicität, ihnen gegenüber, nicht als genügend betrachtet werden, sondern eine persönliche Kundmachung stattfinden müsse. Die Vollziehung dieser gesetzlichen Fürsorge kann von der Willkür oder Unachtsamkeit des Gerichtes nicht abhängen, viel-

mehr steht dem Gläubiger, gegen welchen die Vorschrift des Gesetzes verletzt worden ist, das Recht zu, gegen die Versteigerung und Abjudikation Einspruch zu erheben, und eine neuerliche Versteigerung zu verlangen, weil nur auf diesem Wege die geschehene Verletzung seines gesetzlichen Anspruches wieder gut gemacht werden kann.

Es bedurfte daher keiner besonderen Androhung der Nichtigkeit für den Fall der Unterlassung der angeordneten Förmlichkeit, und ebensowenig kann dieser Fall unter die Bestimmung der Gerichtsordnung Kap. 8 §. 4 Nr. 5 subsumirt werden, welche es den Gerichten im Allgemeinen zur Pflicht macht, bei jeder Prozeßsache auf das etwa obwaltende Recht und Interesse eines Dritten von Amtswegen fleißige Acht zu haben.

Ob die fragliche Unterlassung eine unheilbare Nichtigkeit nach sich ziehe, welche gemäß Kap. 16 §. 2 das außerordentliche Rechtsmittel begründet, oder nur eine heilbare, an die ordentlichen Rechtsmittel gebundene, ist hier nicht nothwendig zu untersuchen, da S . . . seine Beschwerde innerhalb der 14tägigen Berufungsfrist an den höheren Richter gebracht hat.

DAGE. v. 6. Juni 1857. Nr. 1092^{56/57}.
M.

5.

Bedarf eine in Frankreich verheirathete Frau der Zustimmung des Ehemannes zur Fortsetzung eines vor ihrer Verheirathung in Bayern begonnenen Rechtsstreites?

Gegenstand der Klage war der Entschädigungsanspruch an den früheren Verlobten der Klägerin, wegen Bruches des Eheverlöbnißes. Das Appellationsgericht hatte die obige Frage verneint, der oberste Gerichtshof bejahte dieselbe aus folgenden Gründen:

Der Rechtsstand einer Person, ihre Selbst-

ständigkeit und Handlungsfähigkeit richten sich nach der an ihrem Wohnorte geltenden Gesetzgebung.

Ger.-Ord. Kap. 14 §. 7 in fine. Vergl. Wächter, die Kollision der Privatrechts-Gesetze im Archiv für civilistische Praxis Bd. 25 S. 161, 177; Savigny, System des Römischen Rechts Bd. 8 §. 362 S. 134; Seuffert, Komm. zur Ger.-Ord. Bd. 1 S. 307.

Da die Klägerin zu Paris verheirathet ist, so ist demzufolge die Bestimmung des französischen Civilgesetzbuches Art. 215 maßgebend, wornach der verheiratheten Frau das selbstständige Auftreten vor Gericht, ohne die Autorisation des Ehemannes, schlechthin untersagt ist.

Eine Unterscheidung, wie sie dem Erkenntnisse des I. Appellationsgerichtes zu Grunde gelegt ist, ob nämlich die Frau schon vor ihrer Verheirathung den Prozeß begonnen hat oder erst später, läuft der allgemeinen Fassung des angeführten Gesetzes entgegen, welches nicht bloß von der Erhebung eines Rechtsstreites spricht, sondern von dem Handeln vor den Gerichten überhaupt.

Sobald durch den Eintritt der eheherrlichen Gewalt die Selbstständigkeit der Frau aufgehoben ist, tritt auch für den bereits begonnenen Rechtsstreit die absolute Nothwendigkeit des Konsenses ein. Hierüber besteht in der französischen Doktrin und Rechtsprechung kein Zweifel.

Grolmann, Handbuch des Code Napoléon, Bd. II S. 486; Toullier, cours de droit civil, Bd. I. N. 620 S. 203; Duranton, cours de droit français, Bd. I. N. 457 S. 339; Sirey, jurisprudence de la cour de cassation, XV 1. S. 346 (Urtheil des Kassationshofes vom 7. August 1815).

Zu demselben Resultate gelangt man, wenn man die Frage nach den Grundsätzen des bayerischen Prozeßrechtes beurtheilt. Von dem selbstständigen Handeln vor Gerichte sind nach den Anmerk-

kungen zur G.D. Kap. 3 §. 6 lit. a Nr. 5 die Ehefrauen ausgeschlossen, sofern es sich nicht von den der Administration des Ehemannes entzogenen Receptizgütern der Frau handelt. Auch hier, sowie im Texte des angeführten Paragraphen der Gerichtsordnung, ist diese Unfähigkeit nicht auf die Erhebung eines Prozesses beschränkt, sondern sie erstreckt sich auf jedes Handeln vor Gericht, und die obige Betrachtung findet auch hier volle Anwendung.

Die Klägerin glaubt, daß sie des eheherrlichen Konsenses zur Einklagung der in Frage stehenden Forderung um deswillen nicht bedürfe, weil dieselbe wegen ihrer besonderen Natur von dem Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes ausgeschlossen sei. Wäre diese letzte Behauptung richtig, so würde darum die Wirksamkeit des eheherrlichen Mundiums immerhin nicht ausgeschlossen sein, da die angeführte Bestimmung des französischen Gesetzbuches daselbe ohne alle Rücksicht auf den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung statuirt. Die Behauptung ist aber außerdem völlig unrichtig, denn die Gütergemeinschaft, welche, nach Art. 1393 des erwähnten Gesetzbuches, in Ermangelung eines berogirenden Ehevertrages die Vermögensverhältnisse zwischen den Eheleuten bestimmt, umfaßt das ganze Mobilienvermögen der Ehegatten, Art. 1401, wozu nach Art. 529 alle Geldforderungen gehören. Auf das Fundament einer solchen Forderung kommt es daher nicht weiter an. Daß aber für die Ehe der Klägerin ein anderes durch Ehevertrag festgesetzt worden sei, hat die Klägerin nicht behauptet.

DAZG. v. 20. Juni 1857 Nr. 797⁵⁶/₅₇.

M.

Freih. v. B. mit einer Extrajudizialbeschwerde an den obersten Gerichtshof, welcher unter'm 27. April 1857 (N. 786^{56/57}) erkannte:

„Freih. v. B. sei als adeliger Verlassenschafts-Kommissär nicht schuldig, die Akten über seine Verlassenschafts-Verhandlung bei dem k. Kreis- u. Stadtgerichte N. in Vorlage zu bringen; jedoch habe derselbe diesem Gerichte eine von sämtlichen Erben als richtig bestätigte, in siegelmäßiger Form ausgefertigte Anzeige darüber zu erstatten, daß und wann er diesen die Erbschaft ausgeliefert habe, und zugleich auf legale Art nachzuweisen, daß die nach gesetzlicher Vorschrift zu erhebenden Taxen und Stempelgebühren berichtigt, bez. die zu den Urkunden erforderlichen Stempel verwendet worden seien.“

Gründe: . . . 1) Unbestritten ist im vorliegenden Falle das Kreis- und Stadtgericht die zuständige, ordentliche Verlassenschaftsbehörde; dasselbe hat auch als solche die Designation des Nachlasses provisorio modo vorgenommen, und die Berechtigung des Freih. v. B. als adeligen Verwandten zur Uebernahme von Verlassenschaftsverhandlungen geprüft und anerkannt, sofort demselben die Sperre, die Beschreibung und die gänzliche Behandlung der Verlassenschaft überlassen. Diese Funktion hat Freih. v. B. nicht als ein Mitglied oder Kommissär des Gerichtes, oder in der Eigenschaft einer öffentlichen Behörde, sondern nur vermöge des Vertrauens der Erben und in Kraft gesetzlicher Vollmacht als ein spezielles Notariatsgeschäft mit der Verbindlichkeit übernommen, dasselbe unter eigener Haftung und Verantwortlichkeit nach den bestehenden Gesetzen und Verordnungen zu vollziehen. — Nach §. 8 Edikt. VIII zur Verfass.-Urk. Tit. V §. 4. 5 und gemäß cod. civ. P. III c. 1. §. 17 N. 5 et in not. n. 6 und §. 18 N. 1 und 2 steht nämlich bei Verlassenschaften der Adelligen, der

wirklichen Kollegialräthe und der Siegelmäßigen überhaupt den nicht theilhabenden siegelmäßigen Verwandten das Recht zur Verlassenschafts-Verhandlung, so lange diese als ein unstreitiges Rechtsgeschäft zu betrachten ist, als ein ob *superabundantiam bonae fidei* verliehenes Privileg zu, und dieses Recht umfaßt die ganze Verlassenschaftsausseinandersehung, von der Nachlassperre bis zu dessen Vertheilung und Ausantwortung an die Erben nach vorausgegangener Berichtigung allenfalliger Passiven und Legate. In Folge dieser Kompetenz des Freih. v. B. als adeligen Verlassenschaftskommissärs hat das k. Kreis- und Stadtgericht R. weder eine Veranlassung noch Befugniß, sich in dessen Verlassenschaftsausseinandersehung einzumischen, die gepflogenen Verhandlungen einzusehen, und zu prüfen, oder deren Berichtigung und Ergänzung anzuordnen; dasselbe hat daher keinen Grund, die Vorlage der Verlassenschaftsakten zu verlangen, zumal da diese von keiner öffentlichen Behörde aufgenommen, nicht Eigenthum des Staates sind, sohin auch deren Aufbewahrung in der Amtsregistratur oder in öffentlichen Archiven nicht verlangt werden kann.

2) Da jedoch die öffentlichen Gerichte als Verlassenschafts-Behörden zu dem Zweck aufgestellt sind, daß die Verlassenschaften der in ihrem Gerichtsbezirke Gestorbenen in den Besiß der dazu berechtigten Personen gelangen, und über diese ihre Amtsthätigkeit der vorgesetzten Stelle Rechenschaft ablegen müssen, — Verordn. v. 13. Juni 1815 §. 30 u. ff. —; und da Freih. v. B. in seiner Eigenschaft als Verlassenschafts-Kommissär an die Stelle des Gerichtes als der ordentlichen Verlassenschaftsbehörde getreten ist; so hat er ebenfalls über seine Funktionsvollziehung der vorgesetzten Stelle als Oberaufsichtsbehörde in der vorgeschriebenen Weise Rechenschaft zu geben; der-

selbe ist daher nach Beendigung seiner Funktion verbunden, dem Kreis- und Stadtgerichte zu dem Zwecke der weiteren Vorlage gemeinschaftlich mit den Erben in siegelmäßiger Form anzuzeigen, daß und wann er ihnen die Erbschaft ausgeliefert habe (§. 31 der allegirten Verordn.); indem er durch diese legale Anzeige nur eine im öffentlichen Interesse der Rechtspflege vorgeschriebene Verbindlichkeit gleich den übrigen ordentlichen Verlassenschaftsbehörden vollzieht, welche seiner Selbstständigkeit in Erledigung des ihm anvertrauten Rechtsgeschäftes nicht im Geringsten präjudizirt.

3) Daß Freih. v. B., soweit die Verlassenschaftsverhandlung gesetzlichen Tag- und Stempelgebühren unterliegt, für deren Entrichtung zu sorgen gleich jeder Verlassenschaftsbehörde verbunden ist, steht nach seinem eigenen Auerkenntnisse außer Zweifel; derselbe hat daher auch die wirkliche Entrichtung der betreffenden Gebühren als einer indirekten Staatsaufgabe in legaler Art nachzuweisen, da dieselbe mit seiner Funktion in untrennbarer Verbindung steht; wobei es ihm unbenommen bleibt, diesen Nachweis durch ein Zeugniß des Taxamtes zu liefern.

Mitteltst dieses zweifachen Nachweises (ad 2 u. 3) kann sich daher der adelige Verlassenschaftskommissär auch ohne Actenvorlage über den Vollzug des ihm anvertrauten materiellen Rechtsgeschäftes gehörig legitimiren.

4) Das betreffende Kreis- und Stadtgericht hat nur dafür zu sorgen, daß die Verlassenschaftsverhandlung ihre Erledigung finde, und die Erben in den Besitz des Nachlasses und der ihnen gebührenden Erbtheile gelangen, daßselbe hat aber keine Kognition davon zu nehmen, worin der Nachlaß bestand, und ob dessen Erhebung, Auseinanderlegung, Vertheilung richtig geschehen u. dergl. Dieser Pflicht wird Genüge geleistet, wenn der Verlass-

sentschaftskommissär und die Erben gemeinschaftlich in siegelmäßiger Form dem Gerichte anzeigen, daß ihnen der Nachlaß mit dem einem Jeden gebührenden Erbtheile ausgeliefert worden sei; denn nach dieser vollkommen beweisenden Anzeige muß angenommen werden, daß die Verlassenschaftsausseinandersetzung richtig und vollständig geschehen ist. Wollte man dem Gerichte eine weiter gehende Kognition oder Kontrolle einräumen, so würde dadurch das den adeligen und siegelmäßigen Personen zustehende verfassungsmäßige Recht geradezu aufgehoben, und der siegelmäßige Verlassenschaftskommissär seiner Kompetenz nach einem Testaments-Exekutor gleichgestellt. Insofern aber das Kreis- und Stadtgericht als Verlassenschaftsbehörde kompetenzmäßig theilhaftig ist, bedarf es nach obiger Anzeige der Vorlage und Einsicht der Verlassenschaftsacten nicht.

Eben dieses gilt auch hinsichtlich der Taxen, so weit diese nach dem Gesetze vom 15. August 1828 § 6. und vom 28. Mai 1852, so wie nach dem höchsten Rescripte vom 28. März 1834 [Markkreis-Intelligenzblatt S. 646] zu erheben sind *); dann der geschlichen Stempelgebühren; denn die Uebervachung dieses finanziellen Staatsinteresses liegt zunächst dem Taxante des Kreis- und Stadtgerichtes ob; demselben ist daher auch die zur Erfüllung dieser Obliegenheit erforderliche Einschreitung zu überlassen, nachdem es von der vorliegenden Verlassenschaftsverhandlung bereits Kenntniß erlangt hat.

*) In einem Finanzministerialrescripte vom 29. Oktober 1856 (Nr. 13925), ergangen auf die Beschwerde mehrerer Erbschaftsinteressenten wider eine Entschliebung der k. Regierung von Oberbayern, R. d. F., ist ausgesprochen, daß bei adeligen Verlassenschaften das vom Verlassenschaftskommissär errichtete Inventar mit der procentablen Inventurstaxe nicht

5) Endlich rechtfertigt eine Verbindlichkeit zur Aktenvorlage auch der Umstand nicht, daß die Miterbin — — minderjährig ist, weil sie von ihrem Vater — — vermöge der ihm zustehenden väterlichen Gewalt gesetzlich vertreten wird, und das kgl. Kreis- und Stadtgericht L., als Vormundschaftsbehörde, erklärt hat, daß es sich nicht veranlaßt finde, an der Verlassenschaftsausseinandersetzung Theil zu nehmen, sondern ihm nur das (gehörig konstatierte) Ergebnis derselben für die minderjährige Miterbin von ihrem Vater in legaler Form vorzulegen sei — — —.

2.

Die Nichteinholung der lehenherrlichen Erinnerung (O.D. Kap. 14 §. 4) bildet für die Hauptpartei (den Vasallen) keinen Grund unhellbarer Richtigkeit.

Vgl. Bd. 3 S. 90; Seuffert's Komm. über die O.D. Aufl. 2 Bd. 3 S. 442 Note 16.

Hierüber sprechen sich die Gründe eines obersterichterlichen Erkenntnisses vom 24. Juli 1857 (N.N. 1178^{56/57}) in Folgendem aus:

zu belegen sei. — „Das fragliche Inventar — heißt es in demselben, — kann nämlich als ein gerichtliches nicht angesehen werden, da es nicht von einer Gerichtskommission, sondern von der adeligen Verlassenschaftskommission aufgenommen worden ist. Dieses Inventar kann auch nicht als eine solche Urkunde betrachtet werden, auf die Artikel 1 des Ges. v. 28. Mai 1852 über die Siegelmäßigkeit Anwendung findet. Es ist lediglich ein außergerichtlichcs Inventar, das wohl dem Gradationsstempel, nicht aber der prozentablen Lage, unterliegt. — Es sind daher die für das Inventar erhobenen Lagen den Erben wieder zurückzuvorgüten . . . “. Anmerkung d. Einsf.

Die von dem Grafen F. gegen das auf seine Berufung ergangene oberstrichterliche Beweisinterlokut gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde stützt sich darauf, daß die mit der fragl. jährlichen Holzreichniß an die Pfarrei H. belasteten standesherrlichen Wäldungen Bestandtheile des k. Thronlehens R. seien, daß diese Lehenseigenschaft beklagterseits in den Verhandlungen der ersten Instanz ausdrücklich, unter Hinweisung auf die im Regierungsblatte enthaltene öffentliche Ausschreibung des Familienfideikommisses R., angezeigt, demungeachtet aber weder vor Erlassung des erstrichterlichen, noch auch des auf die Berufung des Beklagten ergangenen oberstrichterlichen Beweisinterlokutes die Erinnerung des Lehensherrn eingeholt worden sei. Die von dem Grafen F. erhobene Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit bezieht die Aufhebung der ergangenen Erkenntnisse erster und zweiter, zugleich letzter Instanz, als nichtig und die Aktenmittheilung an das k. Staatsminist. des k. Hauses und des Aeußeren, als des obersten Lehenshofes, zur Erinnerungsabgabe, wonach von der ersten Instanz, — dem k. UG. zu R., — *salva appellatione* auf's Neue zu erkennen wäre. — Diese Nichtigkeitsbeschwerde ist jedoch nicht begründet, daher sofort abzuweisen.

Die besondere Bestimmung der OÖ. Kap. 14 §. 4, welche die Einholung der lehensherrlichen Erinnerung bei dem Rechtsstreite des Vasallen mit Dritten vor der Urtheilsfällung *sub poena nullitatis sententiae* gebietet, ist nur eine Folge der allgemeinen Bestimmung der OÖ. in Kap. 8 §. 4 Nr. 5 ff., wonach der Richter die Interessen Dritter im Rechtsstreite durch deren Benachrichtigung von Amtswegen zu wahren hat. Die Vorschrift in Kap. 14 §. 4 erscheint lediglich als ein Privilegium des Fiskus, welches im Gegensatz zu anderen bei einem Rechtsstreite interessirten Dritten sich dadurch kund gibt,

daß dem Fiskus statt der, anderen dritten Interessenten nach Kap. 8 §. 4 Nr. 7 zuständigen, die Exekution des Rechtsstreites nicht hemmenden Interventionssklage, die Nichtigkeitsbeschwerde mit dem gegentheiligen Erfolge (OD. Kap. 16 §. 2 Nr. 2) gegen das ohne Einholung seiner Erinnerung ergangene Urtheil eingeräumt wurde. — Diese Auffassung der Vorschrift in Kap. 14 §. 4, als eine lediglich auf einem Privilegium des Fiskus beruhende Modifikation der Bestimmung in Kap. 8 §. 4 Nr. 5, bewährt die Novelle zur OD. v. 23. August 1788 (Nov. Samml. Bd. I S. 262), wo diejenigen bei einem Rechtsstreite interessirten Dritten, welchen das Privilegium des Fiskus nicht zukommt, (z. B. auswärtige Lehensherrschaften), lediglich auf die Bestimmung in Kap. 8 §. 4 Nr. 5 hinsichtlich der Art der Geltendmachung ihrer Interessen in dem Rechtsstreite hingewiesen werden. — Es bezieht sich somit die Androhung der Nichtigkeit der ohne erholte lehensherrliche Erinnerung ergangenen Sentenz in Kap. 14 §. 4 nur auf das dem Fiskus in Folge seines Privilegiums speziell eingeräumte Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, im Gegensatz zu der anderen nicht privilegierten Dritten allein zuständigen Interventionssklage, (welche beiden Rechtsmittel in ihrer Wirkung auf den Rechtsstreit bezüglich der Exekution wesentlich verschieden sind); keineswegs kann aber aus Kap. 14 §. 4 die Aufstellung eines absoluten Nichtigkeitsgrundes auch für die Hauptparteien des ohne Erinnerung des Fiskus als dritten Interessenten entschiedenen Rechtsstreites entnommen werden.

Das Gegentheil spricht nämlich die OD. in Kap. 8 §. 4 Nr. 7 u. 8 ganz bestimmt aus, und gerade diese Bestimmung erscheint, wie gezeigt, als die allgemeine, welche die Folge, die aus der Unterlassung der Beiziehung eines dritten Interessenten

ten im Rechtsstreite entsteht, im Principe durch Nr. 7 ausspricht, wogegen die Vorschrift in Kap. 14 §. 4 nur als eine kraft des fiskalischen Privilegiums entstandene Modifikation sich darstellt, welche nur die Art der Geltendmachung der amtlich nicht wahrgenommenen Interessen eines Dritten — kraft dessen Privilegiums — besonders regelt, ohne die allgemeine Folge der amtlichen Unterlassung für die Hauptparteien, wie solche in Kap. 8 §. 4 Nr. 7 erklärt ist, zu berühren. Daß die GD. in Kap. 8 §. 4 Nr. 5 u. in Kap. 14 §. 4 nicht eine Verschiedenheit des rechtlichen Interesses eines Dritten bei einem Rechtsstreite, sondern nur eine Verschiedenheit der Person des dritten Interessenten, nämlich, ob derselbe eine Privatperson oder der Staat, z. B. als Lehen- oder Grundherr, ist, im Auge gehabt habe, zeigt das bei Kap. 8 §. 4 am Ende der Annot. lit. g angeführte Beispiel, wo der Fall angeführt ist, wenn der Grundhob, ohne Vorwissen des Grundherrn, einen Prozeß über eine Servitut auf das grundbare Gut durchgeführt hat, und der Grundherr nach Verurtheilung des Grundhoben, mittels der Interventionsklage einen neuen Rechtsstreit beginnt und in diesem obsiegt.

Die rechtliche Stellung dieses in dem Beispiele angeführten Privatgrundherrn zu den Hauptparteien des Rechtsstreites bezüglich seines Interesses ist identisch mit jenem des Fiskus, als Grund- oder Lehenherrn.

Dem Allen zufolge kann der Beklagte in seiner Eigenschaft als Vasall kraft seiner Stellung als Hauptpartei in dem Rechtsstreite, aus dem Mangel der Einholung der lehenherrlichen Erinnerung vor der Urtheilsfällung, einen Nichtigkeitsgrund der ergangenen Urtheile für sich jetzt nicht mehr ableiten, zumal er, insoferne in dem fraglichen Mangel eine vom „Richter begangene Unförmlichkeit,“ eine s. g.

hellbare Richtigkeit, erblickt werden kann, unterlassen hat, dieselbe in der Berufung gegen das Urtheil der I. Instanz geltend zu machen.

cf. Annot. zur O. D. Kap. 8 §. 4 lit. g.

e. μ.

3:

Herkommen im objektiven Sinne. Substanzirung einer darauf gestützten Klage oder Einrede.

Vgl. Bb. XVII S. 63. Bb. XXI S. 490.

In einer Streitsache wegen Kirchenbaulast hat der beklagte k. Fiskus sich auf ein Herkommen berufen, wornach die klagende Pfarrgemeinde bei Kirchenbauten die nöthigen Hand- und Spanndienste, auch wenn die Baukosten aus dem Kirchenvermögen selbst oder von dritten Personen zu bestreiten sind, unentgeltlich zu leisten gehalten sei¹⁾, und wurde über dieses Herkommen zum Beweise gelassen.

Giegegen beschwerte sich die Klägerin, weil die zum Beweise ausgesetzte Behauptung des Herkommens nicht gehörig substanzirt sei.

Der oberste Gerichtshof beließ es bei obiger Beweisaufgabe.

Gründe:

Wer sich zu Begründung einer Klage oder Einrede auf ein Herkommen beruft, braucht in der Klage oder Klagsbeantwortung bloß den Inhalt des Rechtsfalles, in welchem das Herkommen besteht, zu bezeichnen; die Anführung der speziellen Thatfachen, in welchen sich das behauptete Herkommen kund gegeben hat, gehört, auch abgesehen von der Frage, ob der Nachweis solch' spezieller That-

¹⁾ Vgl. hiezu Plenarbeschluss v. 12. Novbr. 1855 Rggzbl. 1855. S. 1270.

sachen zum Nachweise eines Herkommen überhaupt erforderlich sei, und ob die Existenz eines solchen nicht auch direkt durch mündliche oder urkundliche Zeugnisse nachgewiesen werden könne, jedenfalls in das Beweisverfahren, und es kann daher die Bezugnahme des k. Fiskalates auf die zum Beweise aufgeführte Observeanz nicht für mangelhaft substantiirt erachtet werden.

DAÖG. v. 20. Juni 1857. Nr. 2289.

μ. . .

4.

Erforderliche Begründung des Herkommens (im subjektiven Sinne), um zu dem angebotenen Beweise desselben zugelassen zu werden.

Vgl. Bb. VII S. 33 f. S. 142; Bb. XXI S. 491.

Die gerichtliche Praxis ist noch ziemlich schwankend darüber, was dazu gehöre, eine Klage oder Einrede auf ein Herkommen zu gründen, um einen Anspruch darauf zu erlangen, dasselbe auch beweisen zu dürfen. Einige führen an, das Herkommen sei ein Titel, den sich meistens dingliche Klagen zum Stützpunkte nehmen, es müsse daher nach bekannten Grundsätzen schon die Anführung des nächsten Klagegrundes genügen; und wer sich auf ein Herkommen in dieser Richtung hin berufe, der müsse auch zum Beweise desselben zugelassen werden. Andere gehen umgekehrt davon aus, der Begriff des Herkommens sei nur eine juristische Abstraktion aus einer gewissen Reihenfolge von Thatfachen; diese müssten daher immer gleich in der Klage angeführt werden, um den Richter in den Stand zu setzen, schon in diesem Stadium zu beurtheilen, ob auch alle Erfordernisse seines Rechtsbestandes sich vereinigen finden, weil die **ÖD. R. IV §. 7 Nr. 2**

verordne, in der Klage sei die Geschichte rein, deutlich und kurz, jedoch mit Anführung aller erforderlichen Umstände, vorzutragen.

Ein oberstrichterliches Erkenntniß schlug zwischen diesen beiden Extremen gewissermaßen einen Mittelweg ein. Der k. Fiskus hatte widerklagsweise von einer Gemeinde verlangt, sie sei verbunden, ihr Schulhaus ganz aus eigenen Mitteln ohne alle Mitwirkung des Kirchenpatrons zu bauen und zu unterhalten; als Grund hiefür war sich auf eine alte Observanz berufen, für deren Unterstellung mehrere urkundliche Belege mit beigebracht wurden. Auf den Widerspruch der Gemeinde wies die erste Instanz diese Klage nach gepflogener Verhandlung wegen mangelhafter Substanzirung ab; der oberste Gerichtshof ließ dagegen den k. Fiskus auf dessen Berufung zum Beweise jenes Herkommens zu, und bemerkte hiezu in den Gründen:

1) Das k. Appellationsgericht glaubte diese Klage aus dem Grunde angebrachtermaßen abweisen zu sollen, weil die thatsächlichen Anhaltspunkte für die Unterstellung eines solchen Herkommens oder einer ununterbrochenen Gewohnheit im Sinne des preuß. Landrechtes (II, 11 §. 710) in der Klage nicht hinlänglich entwickelt seien. Allein die erhobene Klage ist eine dingliche, für welche schon die Anführung des nächsten Klagegrundes genügt, und das Herkommen ein ganz allgemeiner Rechtstitel, welcher, um sich vor den Gerichten Gehör zu verschaffen, noch nicht alle einzelnen Thatumstände aufzustellen braucht, aus denen sich die Haltbarkeit der davon abgeleiteten Folgerungen für seine durchgreifende Beschaffenheit gleich von vorne herein beurtheilen ließe.

2) Allerdings genügt der ganz nackt und vereinzelt stehende Vorschub eines solchen Herkommens noch nicht, um dasselbe einer Berücksichtigung zu empfehlen, weil die G.D. R. IV §. 7 Nr. 2 einer

Klage auch die Anführung aller erforderlichen Umstände zur Pflicht machte, und nach §. 17 ebenbas. der Grund einer Klage nicht aus des Klägers eigenem Vorbringen erscheinen darf; allein eine solche nähere Begründung ist an dieser Stelle nur insoweit von wesentlichem Belange, um daraus abnehmen zu können, daß ein Rechtsbehelf nicht überhaupt leichtfertigerweise und auf Gerathewohl aufgestellt sei, in der unlauteren Absicht, das Gericht mit erdichteten Vorgaben zu behelligen, und den Gegentheil mit nutzlosen Umtrieben zu beunruhigen oder aufzuhalten.

3) Diesem Erfordernisse hat aber die vorliegende Widerklage Genüge geleistet. Dieselbe hat urkundlich zu zeigen versucht, daß nach dem Vortrage einer alten Konsistorialbeschreibung von 1680 die Gemeinde ihr Schulhaus zu bauen habe, gleichwie auch, daß die letztere als ausschließende Besitzerin dieses Hauses im Steuerkataster vorgetragen sei. In den Heiligenrechnungen von 1777, bis 1798, deren kaum bezweifelbare Richtigkeit vorausgesetzt, kommt vor, daß Schulhaus müsse nach uralter Ob- und Servanz die Gemeinde in baulichem Wesen unterhalten; in den Gemeinderrechnungen selbst finden sich von 1806 an bis auf die jüngste Zeit Ausgaben für Ausbesserungen am Schulhause bis zum Belaufe von 57, 65 und 67 fl. verrechnet. In zwei gerichtlichen Protokollen v. . . . 1834 und 1839 hat die Gemeinde erklärt, daß das l. Avar noch nie zu einer Reparatur ihres Schulhauses beigetragen, die sämtlichen Schulgebäude vielmehr aus der Gemeindefassa in baulichem Stande unterhalten wurden. Die näheren Erhebungen durch Zeugenaußsagen und weitere Urkunden können sehrfüglich dem Beweisverfahren überlassen bleiben. Wenn hiebei die angeführte Stelle des Landrechtes eine ununterbrochene Gewohnheit verlangt, so versteht sich von

selbst, daß etwaige Unterbrechungen nur von dem Gegentheile bewiesen werden müßten.

DABE. v. 15. Juni 1857. — Nr. 1237⁵⁴/₅₅.
*****.

5.

Administratives Provisorium über eine kirchliche Baulast.
Vorbehalt des Civilrechtsweges. Natürliche Gränzen dieser
weiteren Verfolgung.

Eine Gemeinde hatte sich bei der Instruirung des administrativen Provisoriums über die Vertheilung der Kosten, welche der Neubau ihres Schulhauses erforderlich machte, gutwillig dazu herbeigelassen, ein Dritttheil jener Kosten auf sich zu nehmen; die übrigen zwei Dritttheile waren nach dem Antrage der Gemeinde in dem Provisionalerkenntniß der k. Kreisregierung der Staatskassa zugewiesen worden, wie gewöhnlich, mit Vorbehalt des ordentlichen Rechtsweges. Als nun jener Zuschuß der Gemeinde geleistet und der Bau schon längst geführt war, trat die erstere mit einer Klage gegen den k. Fiskus auf, worin dieselbe jenes beigetragene Dritttheil der Kosten wieder zurückersetzt verlangte, weil sie nunmehr erst die ganze Tragweite der den Gemeinden so günstigen Ansbacher Konsistorialordnung v. 1594 begriffen haben wollte. Diese Klage wurde abgewiesen. In den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt vor:

Daß das Erkenntniß der Kammer des Innern, übereinstimmend mit den Normativen, worauf sich diese außerordentliche Kompetenz der Verwaltungsstellen gründet, allen Betheiligten den Rechtsweg vorbehielt, kann gegen die verbindende Kraft jener ganz bestimmten Erklärung (der Gemeinde) nicht angeführt werden, weil sich dieser Vorbehalt nur für solche Punkte versteht, welche gegen den Antrag einer bei der Verhandlung betheiligten Partei ausgesprochen wurden, was jedoch hier in Ansehung

der klagenden Gemeinde, welche alle ihre Anträge zuerkannt erhielt, nicht der Fall war.

DAGE. v. 15. Juni 1857. Nr. 1237⁵⁴/₅₅.

6.

Zur Lehre von der Beweisfrist. Unterlassene Bezugnahme auf die frühere Beweisantretung.

Ein rechtzeitig eingekommener Beweisanttritt wird dadurch nicht unwirksam, daß der Proband, — dem in 2. u. 3. Instanz noch weitere (das erste richterliche Probethema nicht modifizirende) Beweisauflagen gemacht worden, — innerhalb der von Zustellung des letzten Erkenntnisses laufenden neuen Beweisfrist auf die frühere Beweisantretung keinen Bezug nimmt; da aus jener Unterlassung ein Verzicht auf fragliche Handlung nicht hergeleitet werden kann.

DAGE. v. 21. Februar 1857. Nr. 633⁵⁶/₅₇.
e.

7.

Die von der Kindsmutter vor der Kuratelbehörde bezüglich der Waterschaft ihres außerehelichen Kindes abgegebene Erklärung ist für den Paternitätsstreit sonder Einfluß.

In einem gegebenen Falle erklärte die Mutter eines unehelich geborenen Kindes vor der Kuratelbehörde: der Vater ihrer außerehelichen Tochter sei ein Dienstknecht aus dem Babilchen, dessen Familiennamen sie nicht wisse. — Nach einiger Zeit starb die Kindsmutter, und die Vormundschaft erhob Namen des Kindes wider einen Dritten Unterhalts- Waterschafts- und Deflorationsklage.

Dieser bezog sich zu seiner Vertheidigung auf jene kuratelamtliche Erklärung, — welche ein zweifelloses Geständniß der Berechtigten, jedenfalls einen Verzicht ihrer Ansprüche gegen ihn enthalte, — und bat demnach um Klagenbindung.

Der oberste Gerichtshof sprach sich in seinem diese Einwände verwerfenden Erkenntniß über

ble controvertirte Frage, wie folgt, aus: Fragliche Erklärung ist nicht im vorwürfigen Prozesse abgegeben, nicht vor dem kompetenten, ja überhaupt nicht vor einem Richter, sondern nur vor der Oberkuratel des Kindes. — Von einem gerichtlichen Geständnisse kann daher keine Sprache sein, ebenso wenig aber von einem außergerichtlichen; denn der Begriff des Geständnisses involviret die Absicht, die Wahrheit einer Thatsache einzuräumen, die dem Einräumenden nachtheilig ist, für einen Anderen ein Recht begründen oder eine Verbindlichkeit desselben beseitigen kann, und es muß deshalb die Erklärung, welche ein Geständniß enthalten soll, auf eine Art abgegeben werden, daß jener Andere mittelbar oder unmittelbar als jener erscheint, dem die Erklärung gilt. Was vor einem Dritten erklärt wird, der nicht berufen ist, den Anderen zu vertreten, ist bloß als eine gewöhnliche Aeußerung zu betrachten, aus welcher höchstens eine praesumptio hominis abgeleitet werden könnte.

Hat demnach die Verlebte ihren Eltern, dem Vormunde ihres Kindes und selbst der Kuratelbehörde einen Anderen, als den Beklagten, als Schwängerer bezeichnet; so kann hierin ein Geständniß zum Vortheile des Beklagten nicht gefunden werden.

Noch weniger läßt sich in fraglicher Erklärung ein Verzicht auf ihre Rechte gegenüber dem Beklagten finden. Ein solcher kann nur dem Verpflichteten gegenüber geleistet, und die zum Begriffe eines Verzichts gehörende, ausdrückliche Willenserklärung, ein Recht aufzugeben, unmöglich in einer einfachen Aeußerung vor einem Dritten gefunden werden. Es ist recht wohl erklärlich, daß gedachte Aeußerung, um den Beklagten nicht zu compromittiren, im Einverständnisse mit demselben abgegeben wurde.

DAUG. v. 20. Oktober 1855. Nr. 966⁵³/₅₄. e.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt. Die Bedeutung des Art. 174 der Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848. — Zur Lehre von der Aufhebung der Frohnen durch das Gesetz vom 4. Juni 1848. — Wirksamkeit der Verträge für Dritte. —

Die Bedeutung des Art. 174 der Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848.

Von Herrn Advokaten Gänle in Feuchtwangen.

In Bd. XX S. 1 ff. S. 17 ff. dieser Blätter findet sich eine Erörterung über die Befugniß des Schwurgerichtspräsidenten, bez. des Schwurgerichtshofes, die Stellung von Zusatzfragen betreffend. In derselben ist die Ansicht geltend gemacht, daß dann, wenn eine der in Art. 174, 175 und 178 der StPr. vom 10. Nov. 1848 bezeichneten Modalitäten der Verschulbung von dem Angeklagten in seinen Äußerungen während der öffentlichen Verhandlung oder von seinem Rechtsbeistande im Vortrage der Vertheidigung bereits geltend gemacht war, die Stellung einer darauf gerichteten Zusatzfrage nicht von einer vorläufigen Würdigung der in dieser Beziehung vorliegenden Beweise abhängig gemacht, und nicht in das Ermessen des Präsidenten, bez. des Schwurgerichtshofes gestellt, sondern die Stellung der Zusatzfrage in allen solchen Fällen gesetzlich geboten, ein rechtlich nothwendiger Akt des Verfahrens sei.¹⁾

¹⁾ In gleichem Sinne hatte ich mich bereits früher im Gerichtssaale (Jahrg. 1854 Bd. 2 S. 52 ff.), und hat sich später von Arnold (ebendas. Jahrg. 1855

Aus dem 3. Bande der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des K. M. Bayern S. 444 ff. ist dagegen ersichtlich, daß in der Praxis obige Rechtsansicht keinen Beifall gefunden hat. Der Schwurgerichtshof in Würzburg hat neuerdings wiederum bei mehreren Verhandlungen, die Gründe seines Staatsanwaltes gutheißend, ausgesprochen, daß es dem Ermessen des Präsidenten und des Gerichtshofes lediglich anheingegen sei, ob eine beantragte Unterfrage zu stellen sei oder nicht. Diese Gründe werden denn auch in der Zeitschrift mitgetheilt.

Indem ich es versuche, denselben in nachstehender Ausführung entgegenzutreten, glaube ich eine nochmalige Erörterung dieser Streitfrage als durch die prinzipielle Wichtigkeit derselben gerechtfertigt erachten zu dürfen.

I.

Gegnerischerseits wird vorerst auf den Text des Gesetzes Gewicht gelegt:

Aus dem wiederholten Gebrauche gleichbedeutender Worte in der ganzen Lehre von der Fragestellung (Art. 174 ff. der StPfl.) — „nach Lage der Sache“, „durch das Hinwegfallen einzelner geschlicher Merkmale“, „ergeben sich bei der Verhandlung Umstände“ — sei mit aller Verlässlichkeit zu entnehmen, daß die Absicht des Gesetzgebers, welche ihren authentischen Ausdruck am allermeisten im Texte des Gesetzes finde, dahin gegangen sei, die Fragestellung stets von einer Würdigung des tatsächlichen Ergebnisses der Verhandlung abhängig zu machen. Gerade diese mehrfache Wiederholung von Ausdrücken gleichen Sinnes gewähre eine Bürgschaft dafür, daß in denselben nicht eine ungenaue Redaktion, sondern absichtliche Wahl zur richtigen Bezeichnung des gesetzgeberischen Willens zu erblicken sei.

Daß die Worte „nach Lage der Sache“ auf verschiedene Weise aufgefaßt werden können, darüber wird, nachdem sie in der That so verschieden gedeutet worden sind, kein Zweifel bestehen.

Abd. 1 S. 222 ff.) ausgesprochen. Vgl. auch Mittemaier ebendas. Jahrg. 1852 Abd. 2 S. 36 ff.

Aus dem Texte des Gesetzes allein wird demnach die Bedeutung dieser Worte um so weniger entnommen werden können, als die Worte, auf welche zur Erklärung hingewiesen wird, ihrerseits auch wieder Zweifel über Das, was mit denselben gesagt werden will, meiner Ansicht nach zulassen, zudem auch nicht als gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „nach Lage der Sache“ erscheinen. Die Stelle des Art. 174 Abs. 2 „durch das Hinwegfallen einzelner gesetzlicher Merkmale“ gibt in ganz bestimmter Fassung eine Eventualität an, bei welcher die Stellung von Unterfragen stattfinden soll, während der Ausdruck „nach Lage der Sache“ weit allgemeiner gefaßt ist. Die Worte „hervorgeht“ und „ergeben sich“ sind allerdings ähnlichen Sinnes, wie „nach Lage der Sache“; allein da sie dieselben verschiedenen Erklärungen gestatten, wie „nach Lage der Sache“, so kommt man durch sie über die Schwierigkeit der Interpretation nicht hinweg; man muß also, um die Bedeutung des Ausdruckes im gegebenen Falle zu ergründen, zur Geschichte des Gesetzes selbst zurückgehen. (S. unten VI.)

II.

Als ein weiterer Grund für die Richtigkeit der bisherigen Praxis wird geltend gemacht:

Die Auffassung der bisherigen Praxis stehe im Einklange mit dem Principe und ersten Zwecke des strafgerichtlichen Verfahrens, Erforschung der materiellen Wahrheit, Feststellung von Garantien für die Sicherheit dieser Wahrheitsforschung durch ermöglichte Unabhängigkeit des Ermessens des Präsidenten und des Schwurgerichtshofes von Parteianträgen, bez. Superiorität über dieselben.

Gewiß ist nun die Unabhängigkeit des Präsidenten und des Gerichtshofes, die Superiorität derselben über die Parteianträge ein wesentliches Er-

forderniß unseres Strafverfahrens. Allein hier handelt es sich nicht sowohl darum, ob einem Parteiantrage nachgegeben, sondern vielmehr ob den Richtern der That eine Entscheidung über etwas rein Thatsächliches entzogen werden soll, obgleich als oberstes Prinzip jedes Schwurgerichtsverfahrens doch wohl der Satz gelten muß, daß lebiglich die Geschworenen Richter der That seien. Namentlich unsere bayerische Gesetzgebung war bemüht, den Wahrspruch der Geschworenen möglichst hoch zu stellen; dieß hat jüngst wieder der Verfasser des Entwurfes der Strafprozeßnovelle selbst ausgesprochen²⁾; es hat aber auch unser oberster Gerichtshof in einem Plenarbeschlusse vor Kurzem darauf hingewiesen³⁾, daß das Strafprozeßgesetz darauf gerichtet war, den Wahrspruch der Geschworenen, als den Ausdruck einer begründeten Wahrheit, mit „Ansehen zu umgeben.“

Meines Dafürhaltens läßt sich nun aber mit einer solchen Auffassungsweise von der Intelligenz der Geschworenen, von der Unfehlbarkeit ihres Ausspruches nimmermehr in Einklang bringen, daß der Präsident, bez. der Gerichtshof, ehe den Geschworenen die Fragen vorgelegt werden, prüfen könne, ob das eine oder andere thatsächliche Moment, welches in der Verhandlung vorgekommen, der eine oder andere Entlastungsgrund, auf den sich der Beklagte berufen hat, auch glaubhaft genug sei, um den Geschworenen zur Beantwortung vorgelegt zu werden. Die Geschworenen bedürfen darüber, was sie zu glauben haben, nicht erst des Ausspruches des Präsidenten und des Gerichtshofes⁴⁾.

²⁾ Verh. des Gesetzgeb.-Aussschusses der K. d. N. für 18⁴⁰/₅₇, Beil. Bd. I. S. 212.

³⁾ Reg. Bl. für 1857 S. 708.

⁴⁾ Arnold nennt eine solche Verfahrungsweise eine „Bewormundung“ der Geschworenen.

Zwar wird hervorgehoben, die Auffassung der bisherigen Praxis greife dem Ermessen der Geschworenen nicht vor, weil — — — ⁵⁾ dieselben, wenn sie die Ueberzeugung hegen, daß einer der in den gestellten Fragen ausgedrückten Grade der Verschuldung nicht anzunehmen sei, befugt seien, eben diese Fragen zu verneinen. Allein, wenn hierauf die Geschworenen beschränkt werden, so liegt darin in der That eine Gewissensbeängstigung für dieselben ⁶⁾. Sie werden in die bedenkliche Alternative versetzt, entweder Jemanden gegen Ueberzeugung eines schweren Verbrechens für schuldig zu erachten, oder gleichfalls gegen Ueberzeugung ein Nichtschuldig auszusprechen, weil auf den Grad der Schuld, die nach ihrer Ueberzeugung auf dem Angeklagten lastet, keine Frage gestellt wurde ⁷⁾.

⁵⁾ Als erster Grund wird bezeichnet: „weil, wenn die Geschworenen konkrete Gründe für Eifügung einer Zusatzfrage als gegeben annehmen, ihnen freistehe, dieses in dem durch Art. 179 eingeräumten Rechte der Erinnerung gegen die Fragestellung geltend zu machen“. Dieser Grund kann schon darum nicht für zutreffend erachtet werden, weil gegnerischerseits nicht einmal so viel zugegeben wird, daß gegenüber einem von den Geschworenen oder einem derselben ausgehenden Antrage auf Stellung einer Zusatzfrage der Schwurgerichtshof nicht die Befugniß habe, zu prüfen, ob sich für den betreffenden Thatumstand aus der Verhandlung entsprechende Wahrscheinlichkeit ergeben habe. Aber auch abgesehen hiervon kommt in Betracht, daß häufig den Geschworenen erst im Rathungszimmer das Bedürfniß einer Zusatzfrage klar wird, wo es dann zu spät ist, eine solche zu beantragen.

⁶⁾ Vgl. Bd. 19 S. 1 ff.

⁷⁾ Wozu die Anwendung der gegentheiligen Theorie nach Umständen führen könne, ersieht man aus einem Beispiele, welches Dr. Böck im Protokolle des Ges.-Gebungs-Ausschusses der K. d. M. für 18⁵⁰/57, S. 69 berichtet: In einem Brandstiftungsfaße hatte die Vertheidigung, ohne besonders hervortretende Anhalts-

Daß es aber ein geringeres Uebel sei, wenn ein Schuldiger zu leicht, als wenn er gar nicht bestraft wird, wird Niemand in Abrede stellen.

III.

Ein ferneres Argument wird gegnerischerseits aus Art. 179 der StPM. entnommen. Hiernach steht dem Schwurgerichtshofe die Entscheidung zu, wenn von irgend welcher Seite, insbesondere auch, wenn vom Angeklagten oder seinem Vertheidiger gegen die Fragestellung Erinnerungen erhoben worden sind.

Es wird nun bemerkt:

Der Vorbehalt der Entscheidung durch den Schwurgerichtshof wäre umsonst beigefügt, wenn es ein Gebot gesetzlicher Nothwendigkeit wäre, die Fragestellung ohnehin schon in Konformität mit jeder bezüglich der Behauptung des Beschuldigten oder seines Vertheidigers zu bringen. Sei aber dem Schwurgerichtshof die Entscheidung anheimgegeben, so stehe ihm sowohl die Stattgebung als die Verwerfung der vorgebrachten Erinnerungen zu, und sei also hierin ein sicherer Beleg zu finden, daß der Gesetzgeber den Präsidenten und den Schwurgerichtshof hinsichtlich der Konstruktion des Systemes der Fragestellung nicht von den Behauptungen des Beschuldigten oder dessen Vertheidigers abhängig machen wollte.

Allerdings wird nicht behauptet werden können, daß jede von den Geschworenen oder vom Angeklagten, bez. seinem Vertheidiger, beantragte Frage vom Präsidenten und Schwurgerichtshof ohne weiteres zuge-

punkte, von geminderter Zurechnung gesprochen; der Gerichtshof hatte eine Frage hierauf nicht gestellt; die Geschworenen kamen aber dennoch mit dem Verdikte zurück: Ja, aber mit geminderter Zurechnungsfähigkeit. Das Urtheil wurde assirt; aber der Staatsanwalt veranlaßte in der späteren Verhandlung selbst eine Frage auf geminderte Zurechnungsfähigkeit, weil er verzweifelte, daß die Geschworenen sonst Ja sagen würden. — Ein anderes Beispiel s. in diesen Blättern Bd. 19. S. 9.

lassen werden müsse. Allein die Unterscheidung zwischen Thatsache und Rechtspunkt, die sich durch unser ganzes schwurgerichtliches Verfahren zieht, ist wohl auch hier zu machen. Ueber die Thatsache sind nur die Geschworenen Richter, über den Rechtspunkt hat der Schwurgerichtshof das Recht der Prüfung (wenigstens Nachprüfung — Art. 196, 202) und der Entscheidung. Hiernach kommt zwar dem Schwurgerichtshofe die Befugniß zu, zu entscheiden, ob die vom Angeklagten oder dessen Vertheidiger im Laufe der Verhandlung vorgebrachte thatsächliche Behauptung, ihre Wahrheit vorausgesetzt, rechtlich erheblich sei;^{*)} nicht aber steht es ihm zu, die beantragte Frage dahin zu prüfen, ob für deren Bejahung nach Maßgabe der Verhandlung Wahrscheinlichkeit bestehe oder nicht.

IV.

Ein weiterer gegnerischer Grund lautet:

Die im Art. 179 der Entschliessung des Schwurgerichtshofes vindicirte Unabhängigkeit entspreche überdies der Stellung des Schwurgerichtshofes, welche dieser nicht zur Rolle einer bloßen Urkundsperson,

^{*)} Vgl. Bl. f. R. u. B. Bd. 20 S. 22; Gerichtssaal 1854 Bd. 2 S. 56 (statt Thüringischen Gesetzbuches I. Großherz. Hessischen G.), 1855 Bd. 1 S. 225 ff. — Nach Art. 176 der StPM. sind Thatumstände, welche bloß auf Ausmessung der Strafe innerhalb des höchsten und niedrigsten Strafmaßes Einfluß haben, bei der Fragestellung nicht besonders hervorzuheben. Vgl. auch Art. 1. Abs. 2 des Gef. vom 29 Aug. 1848. Hierin liegt eine Ausnahme von der Regel, daß über das Thatsächliche nur die Geschworenen zu entscheiden haben. Bl. f. R. u. a. a. D. S. 5 Note 4. Würde nun etwa von der Vertheidigung eine Frage über einen bloßen Strafminderungsgrund beantragt worden sein, so wäre der Schwurgerichtshof zweifelsohne berechtigt wie verpflichtet, einen solchen Antrag zurückzuweisen.

sondern zum wesentlichen Eingreifen in die *merita causae* berufene Faktor unseres strafgerichtlichen Verfahrens einnehme, und wobei lediglich verwiesen werde auf die Bestimmungen der Art. 139, 141 leg. Abs., Art. 158, 160, 163, 168, 184, 186, 187, 188, 196, 202, 212, 213 der StPM.

Durch diese Artikel ist allerdings dem Schwurgerichtshofe eine Reihe von Befugnissen eingeräumt; jedoch nur ein einziger derselben ermächtigt ihn, in die *merita causae*, in das Thatsächliche einzugreifen. Es ist dieß Art. 212: der Schwurgerichtshof soll, wenn nach Verkündung des Wahrspruches der Geschworenen, wodurch der Angeklagte für schuldig erklärt worden ist, sämtliche Richter sich überzeugt finden, daß die Geschworenen in der Hauptsache sich geirrt haben, die Urtheilsfällung aussetzen und die Sache, insoweit der Angeklagte für schuldig erklärt wurde, an die nächste ordentliche Sitzung verweisen. Allein selbst diese, zu Gunsten des Angeklagten getroffene Ausnahmsbestimmung läßt ersehen, wie behutsam der Gesetzgeber bei Ertheilung der Befugniß, über Thatsächliches zu entscheiden, zu Werke ging. Der Schwurgerichtshof kann in dem Falle des Art. 212 cit. das Verdict der Geschworenen nicht reformiren, sondern nur unter Aussetzung der Urtheilsfällung ein neues Verdict anderer Geschworenen veranlassen, welches, so fern es mit dem früheren übereinstimmt, nunmehr unbedingt dem Urtheile des Schwurgerichtshofes zu Grunde gelegt werden muß.

Daß eine solche Superiorität des Präsidenten und bez. Gerichtshofes, wie sie gegnerischerseits statuiert wird, in dem Gesetze nicht begründet sei, läßt sich noch anderweitig aus dem Geiste des Gesetzes und aus einzelnen Bestimmungen desselben nachweisen. Der Assisenpräsident hat, wie die Motive sich ausdrücken *), die Aufgabe, die ganze Verhandlung so

*) Zum Art. 29 und 30 des Entwurfes, das Verfahren

zu leiten, daß jeder für die Entscheidung der Sache irgend erhebliche Umstand in das gehörige Licht gestellt, und den Geschworenen und den Richtern ein möglichst klares Bild über die That mit allen ihren Beziehungen, über den Thäter und den Grad seiner Verschuldung, verschafft werde. Es soll ihm ein *pouvoir discrétionnaire* in dem Maße zustehen, als es nothwendig ist, wenn der Präsident die Direktion der Verhandlung zweckmäßig soll führen können¹⁰⁾. Aber ein Mehreres außer dieser Prozeßleitungsgewalt¹¹⁾ ist ihm nicht beigelegt. Besonders wichtig ist in dieser Beziehung die Aeußerung des Entwurfs über den Grund der Weglassung des *résumé*. Es geschah dieß,

„um die Befürchtung zu beseitigen, daß der Präsident vielleicht unwillkürlich seine eigene Meinung über die Sache aussprechen, und so durch seine Darstellung dem Ausspruche der Geschworenen die gewünschte Richtung geben werde.“

Angesichts dieser Stelle kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, dem Präsidenten und bez. Gerichtshofe die Macht beizulegen, eine Frage aus Gründen zu verhindern, die aus der Sache selbst — nicht aus dem Rechtspunkte — genommen sind; denn dadurch würde ja eine Meinung über die Sache gesagt, den Geschworenen eine bestimmte Richtung bezüglich ihrer Urtheilsfällung gegeben.

Dazu kommt, daß, wenn der Gerichtshof den Antrag zurückweist, über einen vom Angeklagten geltend gemachten Umstand eine Frage zu stellen, daraus auch im Uebrigen ein bedeutsames Präjudiz zum

vor den Schwurgerichten betr. (Art. 141 und 142 der StPM.)

¹⁰⁾ Motum des H. Reichsrathes von Arnold.

¹¹⁾ Diesen Ausdruck gebraucht der Referent des Gesetz.-Aussch. d. R. d. Abg., H. Dr. Kolb.

Nachtheile des Angeklagten erwächst; denn der Gerichtshof spricht mit dieser Zurückweisung aus, nach seinem Dafürhalten habe der Angeklagte in dem betreffenden Punkte die Unwahrheit gesprochen¹²⁾.

Noch mag Folgendes bemerkt werden:

Der Art. 191 Abs. 2 verleiht den Geschworenen das Recht, eine einzelne Frage nur theilweise zu bejahen oder zu verneinen. Darnach sind dieselben — wie dieß auch in der Praxis des Kassationshofes anerkannt ist — d. B. befugt, bei einer Anklage auf Mord das Vorhandensein der verbrecherischen Absicht oder des Vorbedachtes und der Ueberlegung zu verneinen, und dadurch zu bewirken, daß der Angeklagte nur wegen fahrlässiger Tödtung¹³⁾ oder

¹²⁾ Nach Art. 186 Abs. 2 der StPM. kann der Schwurgerichtshof die Einleitung einer Untersuchung gegen einen des Meineids verdächtigen Zeugen erst nach Abgabe des Wahrspruches anordnen. Dieß ist darum so bestimmt, damit dem Urtheile der Geschworenen über die Glaubwürdigkeit des fraglichen Zeugen nicht vorgegriffen werde. Vgl. Sitz.-Ber. Bd. 1 S. 108—109. Ist es aber nicht ein noch weit wirksameres Eingreifen in die Verhandlung, wenn dem Angeklagten, obgleich er sich auf einen juristisch relevanten Thatumstand berufen hat, eine darauf gerichtete Frage an die Geschworenen verweigert wird?

¹³⁾ Der Kassationshof verwarf in einem Eistmordfalle die wegen Verweigerung einer Unterfrage auf Fahrlässigkeit erhobene Nichtigkeitsbeschwerde (Zeitschrift Bd. 1 S. 94—96, Bd. 3 S. 434, 444); dagegen sprach er sich in einem anderen einen Kindesmord betreffenden Falle (ebendas. Bd. 3 S. 190) wie folgt aus: „Haben nun die Geschworenen die Frage, mit Ausnahme der Absicht zu tödten, bejaht, so haben sie ein zum Begriffe des Kindesmordes absolut gehöriges Merkmal verneint, dagegen die zur Annahme einer fahrlässigen Tödtung erforderlichen Thatfachen bejaht, und auf diese Grundlage hätte der Schwurgerichtshof das Erkenntniß fällen sollen.“ —

Todschlageß ¹⁴⁾ verurtheilt werden kann. Ingleichen können sie bei einer Anklage auf Diebstahl die Verbrechenssumme oder die Auszeichnung verneinen, wornach der Reat zu einem bloßen Diebstahlvergehen oder doch wenigstens zu einem einfachen Diebstahlverbrechen herabsinkt ¹⁵⁾.

Es steht also in einer Reihe von Fällen die Berechtigung der Geschworenen fest, unabhängig von der Stellung einer Unterfrage durch theilweise Verneinung der gestellten Frage den Erfolg der Anklage auf das ihrer Ueberzeugung entsprechende Maß zurückzuführen. Sollte es nun die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, in anderen Fällen der Ueberzeugung der Geschworenen weniger freien Ausdruck zu gewähren? Sicherlich nicht. Wir müssen vielmehr als Korollar des Rechtes theilweiser Verneinung einer Frage die Befugniß erachten, die Stellung einer Unterfrage zu verlangen, damit auf diesem Wege, da wo der Weg theilweiser Verneinung einer Frage nicht eingeschlagen werden kann ¹⁶⁾, es den Ge-

Die Annahme absichtlicher Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode war hier nach den Umständen nicht veranlaßt. Aber in anderen Fällen einer Anklage auf Mord wird, wenn die Geschworenen einfach die Absicht zu tödten verneinen, nicht eine fahrlässige Tödtung angenommen werden können, sondern es wird der Art. 5 des Ges. vom 29. Aug. 1848, die Abänderung einiger Bestimmungen des I. Thl. des StGB. betr., zur Anwendung kommen müssen, wobei dann freilich die Schwierigkeit entsteht, daß kein Entscheid der Geschworenen darüber vorliegt, ob der Tod als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte.

¹⁴⁾ Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 3 S. 359.

¹⁵⁾ Zeitschrift für G. u. R. Bd. 3 S. 32. Siph.-Ber. Bd. 4 S. 131.

¹⁶⁾ So, nach der Ansicht unseres obersten Gerichtshofes, wenn es sich um Milderungsgründe handelt. Siph.-

schworenen ermöglicht werde, einen ihrer Ueberzeugung voll entsprechenden Wahrspruch zu ertheilen. Daß der Schwurgerichtshof es nicht in der Hand hat, die theilweise Verneinung einer Frage auszuschließen, ist zweifellos ¹⁷⁾; aber eben so wenig werden wir ihn für befugt halten können, die Stellung einer Unterfrage aus dem Grunde zu verweigern, weil nach seinem Dafürhalten die Verhandlung nicht genug Anhaltspunkte für die Bejahung derselben ergeben habe. (Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zur Lehre von der Aufhebung der Frohnen durch das Gesetz vom 4. Juni 1848.

Bgl. Bd. XIX S. 367.

Ueber die Anwendung des Gesetzes auf Dienstleistungen, welche die Glieder einer Pfarrgemeinde bisher an den jeweiligen Pfarrer zu verrichten verpflichtet waren, spricht sich ein oberstrichterliches Erkenntniß folgendermaßen aus:

Nach dem Gesetze vom 4. Juni 1848, die

Ver. Bd. 4 S. 450, Bd. 5 S. 126 ff. S. jedoch Bl. f. R. Bd. 19 S. 1 ff. Ingleichen, wenn ein Herabgehen auf bloßen Versuch oder bloße Beihilfe, (abgesehen von einer Anklage auf Urheberschaft nach Art. 45 Nr. 11 Zbl. 1 d. StGB.) oder Begünstigung in Frage steht. S. Bl. f. R. a. a. D. S. 12—13. Bgl. noch Bd. 20 S. 8—9.

¹⁷⁾ Daß in Folge der Verneinung des einen oder anderen in der Frage enthaltenen tatsächlichen Momentes das in der Frage, welche im Uebrigen bejaht wurde, bezeichnete Verbrechen ausgeschlossen erscheint, macht den Wahrspruch noch nicht zu einem „in sich widersprechenden“ im Sinne des Art. 196 der StPM. Zeitschrift f. G. und R. Bd. 3 S. 190.

Aufhebung, Fixirung und Ablösung der Grundlasten betr., § 2 sind alle Naturalfrohendienste ohne Entschädigung der Berechtigten aufgehoben. Daß aber diejenigen Dienstleistungen, welche hier gegen die Parochianen in Anspruch genommen werden, in die Kategorie der Naturalfrohnen gehören, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen, und es fragt sich daher nur, ob die Gründe, aus welchen seitens des Revidenten für die befraglichen Frohnen eine Ausnahme von jener gesetzlichen Bestimmung beansprucht werden will, sich als stichhaltig bewähren, was indessen zu verneinen ist.

Es wird vorderstamst geltend gemacht, daß das angeführte Gesetz nur jene Frohnen und Lasten betreffe, die aus dem gerichtsherrlichen oder zehentherrlichen Verbande oder einem ehemaligen Hörigkeitsverhältnisse abstammten, und sich zum Beweise darauf berufen, daß das Gesetz überhaupt nur die auf Grund und Boden ruhenden Lasten und Abgaben im Auge gehabt habe.

Allein ganz abgesehen davon, daß im §. 6 des mehrgedachten Gesetzes auch von rein persönlichen Abgaben die Rede ist, und diese gleichfalls für aufgehoben erklärt worden sind, so wird zugegeben werden müssen, daß die hier fraglichen Dienstleistungen, wenn sie auch den Verklagten nicht als Besitzern gewisser Grundstücke in der Eigenschaft einer Reallast obliegen, nicht weniger Frohnen seien, weil sie auf der Person der Verklagten als Parochianen haften. Das Gesetz erklärt alle Naturalfrohnen d. h. alle persönlichen Dienstleistungen zu Gunsten eines Dritten ohne Unterscheidung von Real- und Personalfrohnen für aufgehoben, und nur jene fallen nicht unter das Gesetz, welche aus einer publizistischen Einwirkung auf das Privatrecht herrühren, sohin ihre Entstehung und Begründung in Rücksichten auf das allgemeine Wohl gefunden haben. Dahin gehören die

persönlichen Dienste, welche der Unterthan als solcher dem Staate, das Gemeindeglied der Gemeinde, der Pfarochane zum Baue oder zur Reparatur der Kirche, welcher er zugehört, zu leisten hat. Diese Dienste haben keinen privatrechtlichen, sondern einen staatsrechtlichen Ursprung und Charakter, und konnten und wollten nicht unter den aufgehobenen Frohnen verstanden werden.

Es will zwar für die hier streitigen Frohnen auch der staatsrechtliche Charakter vindicirt werden, weil solche zur bessern Dotation der Pfarrei dienen. Es kann zugegeben werden, daß der jeweilige Pfarrer von M g in seinem Einkommen sich besser gestellt finde, wenn ihm seine Pfarrkinder gewisse häusliche und ökonomische Dienste umsonst oder gegen eine unverhältnißmäßig geringe Vergütung verrichten müssen; es läßt sich aber nicht behaupten, und noch weniger nachweisen, daß diese Dienste zum Fundations- oder Dotations-Vermögen der Pfarrei selbst je gerechnet werden und zu rechnen seien.

Steht es doch in der Willkür des jeweiligen Pfarrers, woher er sein Bier beziehen will, und ob er die zur Pfarrei gehörigen Grundstücke selbst bebauen oder verpachten will. Wenn die Mitglieder einer Kirchengemeinde gehalten sind, zur baulichen Unterhaltung von Kirchen und Pfarrhöfen Hand- und Spanndienste zu leisten, — wenn die Mitglieder einer Gemeinde für bestimmte Gemeindegzwecke Frohnen zu leisten verpflichtet sind, so liegt der staatsrechtliche Ursprung und Charakter dieser Dienstleistungen offen vor Augen. Es wird aber Niemand behaupten wollen, daß Frohnen der Art, wie sie hier in Frage stehen, darum jenen staatsrechtlich begründeten Dienstleistungen gleich zu achten seien, weil dadurch der jeweilige Pfarrer Ausgaben erspart, die er außerdem nothwendig selbst zu bestreiten hätte. Der Verlust an dem reinen fassionsmäßigen Einkommen des Pfar-

ters durch das Aufhören jener Frohnen kann dem klaren Gesetze gegenüber, welches alle Naturalfrohnen ohne Entschädigung für aufgehoben erklärt, nicht den mindesten Einfluß äußern. Es ist dieß ein Nachtheil, der nur seine Person und nicht einmal den Dotationsfond betrifft.

Endlich wird zur Begründung der Revisionsbeschwerde auf ein oberstrichterliches Erkenntniß, allegirt in den Bl. f. N. N. Bb. 19 S. 367, und ein weiteres vom 3. März 1855 in Sachen der Pfarrei N. gegen die dortige Marktgemeinde, das Fahren von Besoldungsholz betr., Bezug genommen; indessen weder aus dem einen noch aus dem anderen ergibt sich ein für die Intention des Revidenten günstiger Erfolg.

Dort (in dem ersteren Rechtsstreite) handelte es sich um eine mit dem Gemeindeverbande in Verbindung stehende Abgabe und deren Subsumtion unter den Artikel 6 des Ablösungsgesetzes; hier sind Frohndienste in Frage, für welche der Artikel 2 des Gesetzes maßgebend ist. Jenes Allegat paßt demnach gar nicht hieher.

In dem zuletzt angerufenen Rechtsstreite galt es allerdings der Frage, ob die Ansprüche des derzeitigen Pfarrers von N. auf unentgeltliches Hauen und Heimfahren seines Bestallungsholzes durch Verklagte angesichts des mehrbesagten Artikels 2 noch rechtlich begründet seien oder nicht. Allein das Sach- und Streitverhältniß war mit dem des konkreten Falles nichts weniger als identisch. Dort waren nicht die einzelnen Parochianen auf persönliche Dienstleistungen zum Vortheile des Pfarrers verklagt, sondern die politische Gemeinde N. war der verklagte Theil; von ihr war gefordert worden, das Besoldungsholz des jeweiligen Pfarrers hauen und in den Pfarrhof unentgeltlich führen zu lassen, und zwar auf den Grund einer von der Marktgemeinde N. im Jahre 1744 vergleichsmäßig übernommenen Verbindlichkeit.

Es fehlen daher die wesentlichen Merkmale einer Frohne; es hatte Niemand persönliche Dienste zu fordern und Niemand zu leisten. Die Verbindlichkeit, dem Pfarrer das Besoldungsholz hauen und fahren zu lassen, war — die Existenz jenes Vergleiches vorausgesetzt — eine Gemeindeflast geworden, und es war und blieb Sache der Gemeindeverwaltung, wie sie diese kontraktliche Verpflichtung erfüllen wollte.

Es ist daher in den Gründen zu dem befraglichen oberstrichterlichen Erkenntnisse besonders hervorgehoben, daß in der vom Kläger geforderten Leistung — der verklagten Gemeinde gegenüber — der Begriff einer Frohne ganz hinwegfalle, während in dem gegenständlichen Rechtsstreite die geforderten Dienste nur unter dem Gesichtspunkte von Personalfrohnen aufgefaßt und beurtheilt werden können, in dieser Eigenschaft aber unter die Bestimmung des Art. 2 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 subsumirt werden müssen.

DAßGef. vom 7. April 1857 Nr. 427 ^{56/57.}
^{6/12.}

2.

Wirksamkeit der Verträge für Dritte.

Die Bb. XV S. 150 mitgetheilte Ansicht des DAß. zu Cassel über diesen Gegenstand wurde von dem bayer. obersten Gerichtshofe auf einen Vertrag zwischen zwei gemeinschaftlichen Pächtern angewendet, wornach der Eine den ganzen Pacht übernehmen sollte. Es wurde erkannt, daß dem Verpächter ein Klagerrecht aus diesem Vertrage erwachsen sei.

DAßGef. v. 27. Jan. 1857 Nr. 1180 ^{54/55.}
^{6/12.}

Verichtigung: S. 202 B. 10 und 20 v. unten schalte nach „S. 50“ ein: „und S. 65“.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Bedeutung des Art. 174 der Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848. — Zusammenwirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer festen Regel über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist. — Kompetenz zur Konstatirung der rathyrischen Eigenschaft von Takern- und Gastwirthschafts-rechten. — Verpflichtung des Gläubigers zur Zahlung von Verzugszinsen nach bayer. Rechte. — Gezügelter Widerspruch vorgelegter Urkunden. — Verbringung des Faustpfandes an einen anderen Ort. —

Die Bedeutung des Art. 174 der Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848.

(Schluß.)

V.

Wir lesen ferner in der Zeitschrift:

Keineswegs im Widerspruch, sondern im Einklang mit der schwurgerichtlichen Praxis stehe das System der Art. 337—340 des Code d'instruction criminelle. Denn auch hier lassen die unter sich im Zusammenhange stehenden Ausdrücke: „la question résultant de l'acte d'accusation“ — „S'il résulte des débats une ou plusieurs circonstances aggravantes“ — „Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi.“ — „S' il l'accusé a moins de seize ans“ — die Auffassung sehr wohl zu, daß die Fragestellung durch kongruente thatsächliche Anhaltspunkte in der Verhandlung bedingt sei; und daß dieses Verständniß der erwähnten Stellen des Code nicht einer willkürlichen, sondern berechtigten Auffassung entspringe, ergebe sich aus den Motiven zu dem Gesetzentwurfe: das Verfahren vor den Schwurgerichten betr. (Verhandlungen des ständischen Gesetzgebungsausschusses d. R. d. N. I. Beil. B. S. 211 ff.), woselbst, S. 233, namentlich über Art. 338—340 des Code gesagt werde, daß dasselbst annähernd der allgemeinen nach der Anklageakte

Neue Folge II. Band.

bemessenen Fragestellung des englischen Rechtes für die wichtigsten Nebenbeziehungen, insbesondere für solche, welche sich erst während der Verhandlung ergeben haben, eigene Fragen zu stellen vorgeschrieben worden sei, woselbst weiters, S. 235 Nr. 2, gesagt sei, mit Stellung einer einzigen Frage werde man vielfach nicht auszureichen vermögen, wenn nicht befürchtet werden solle, daß die Jury ein unvollständiges nicht befriedigendes Verdikt abgebe; namentlich sei dieß dann der Fall, wenn der Gang der Verhandlung die Wahrscheinlichkeit gewähre, daß die Geschworenen zwar den Angeklagten für schuldig finden, die Schuld aber nicht in dem ganzen Umfange annehmen werden, wie die Anklage solche behauptet.

Der französische Kriminalprozeß unterscheidet bei der Fragenstellung dreifach:

1) Wenn es sich um das Hinwegfallen eines Merkmals des Verbrechens handelt, auf welches die aus dem Anklageakt hervorgehende Frage gestellt ist, so bedarf es hierzu einer eigenen Frage nicht, sondern die Geschworenen verneinen den betreffenden Passus in der Hauptfrage.

Code d'instr. crim. art. 337 und 345.

Daselbe ist der Fall, wenn die Geschworenen die verbrecherische Absicht verneinen wollen.

Dieß bestätigt der Verfasser unserer Strafprozeßnovelle selbst mit folgenden Worten ¹⁸⁾: In der Pfalz werden über die Fahrlässigkeit keine eigenen Fragen gestellt, sondern die Jury antwortet: er ist schuldig, jedoch hat er nicht absichtlich oder freiwillig, sondern aus Fahrlässigkeit gehandelt.

2) Wenn aber auf Versuch oder Gehülfsenschaft heruntergegangen werden soll, so kann zwar der Präsident eine Frage stellen; allein ungefragt können die Geschworenen nicht einen auf Versuch oder

¹⁸⁾ Prot. des Gesetzgeb.-Ausfch. der R. d. M. Nr. 23 S. 388. Vgl. Rippert's Anweisung zum mündlichen Strafverfahren S. 313.

Gehülfsenschaft lautenden Wahrspruch abgeben, und die Stellung einer detsfallsigen Unterfrage, wenn sie beantragt wurde, ist nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ¹⁹⁾.

3) In Bezug auf die vom Code pénal als solche anerkannten Entschuldigungsgründe (excuses) ²⁰⁾ war es nach dem Code d'instruction criminelle von 1808, art. 337, kontrovers, ob eine Frage, wenn der Angeklagte oder der Bertheidiger einen solchen Entschuldigungsgrund geltend gemacht hatte, gestellt werden müsse, oder ob sie abgelehnt werden könne. Allein nach dem geltenden Code (d. h. mit den Novellen) ist es nicht mehr zweifelhaft, da durch die Novelle vom 18. April 1832 die Stellung einer solchen Frage bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist ²¹⁾.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß nach französischem Rechte die Geschworenen in der Mehrzahl der Fälle in der Lage sind, durch theilweise Verneinung der Hauptfrage, unabhängig von der Stellung einer besonderer Frage, ihrer Ueberzeugung vollständigen Ausdruck zu geben; und daß in anderen Fällen (bei den excuses) eine Zusatzfrage gestellt werden muß, sobald sie beantragt ist.

Nur Unterfragen auf Versuch oder Gehülfsenschaft können verweigert werden. Beachten wir jedoch, daß nach dem Code pénal der Gehülfe im Allgemeinen wie der Urheber, der Versuch wie das vollendete Verbrechen bestraft wird, so leuchtet ein, daß der Stellung einer Unterfrage auf Versuch oder Gehülfsenschaft nach franz. R. bei weitem

¹⁹⁾ Vgl. Rogron, Code d'instr. crim. p. 601.

²⁰⁾ Art. 135, 321, 322, 324, 325. Davon verschieden sind die „circonstances atténuantes“.

²¹⁾ Rogron p. 629.

nicht die Bedeutung zukomme, wie nach bayerischem Rechte. Gerade mit Rücksicht auf den an Unterabtheilungen so reichen ersten Theil des bayerischen StGB. von 1813 sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, gegenüber dem Code, genauere Bestimmungen über die Fragestellung in das Strafprozeßgesetz von 1848 aufzunehmen. Daß aber dabei der Gesetzgeber an eine Einschränkung nicht gedacht hat, vielmehr dem Fortschritte des französischen Rechtes überall eine wohlertwogene Berücksichtigung angedeihen ließ, wird aus der Geschichte des Gesetzes, wie ich sie unter VI darstellen werde, hervorgehen; es ergibt sich schon aus Dem, was bisher über die Entstehung des Gesetzes bemerkt wurde. Der Gesetzgeber, der das *résumé* ausgestrichen, der überall die Hochhaltung der Geschworenen im Auge hatte, sollte gerade in diesem wichtigen Punkte — entgegen dem französischen Rechte, insbesondere seit 1832 — eine Einschränkung der Geschworenen im Auge gehabt haben? Er sollte dieß beabsichtigt haben, ohne daß er es auch nur der Mühe werth gehalten hätte, über eine so weitgehende Abänderung in den Motiven sich auszusprechen? Ich kann das nimmermehr glauben.

VI.

In Begründung der gegnerischen Ansicht heißt es weiter:

Die Bezugnahme auf die eben erwähnten Motive, woselbst S. 235, 236 als zweckmäßig empfohlen werde in Fällen, wo die Verhandlung irgend einen Zweifel über den eigentlichen Grad der Verschuldung darbietet, neben der Hauptfrage auch eventuelle Fragen zu stellen, könne nur im Zusammenhange mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze geschehen, welcher Unterfragen dann als angezeigt erkläre, „wenn der Gang der Verhandlung Wahrscheinlichkeit gewährt, daß die Schuld nicht im ganzen Umfange der Anklage angenommen

werde". Wenn hier von einem „Zweifel“ gesprochen sei, den die Verhandlung über den Grad der Verschuldung darbiete, so müsse dieser Zweifel bei dem Präsidenten oder Schwurgerichtshof bestehen; ihnen müsse er sich aus der Verhandlung dargeboten haben, und dränge sich ihnen wirklich ein solcher Zweifel über den Grad der Schuld auf, so werden sie ohnehin die betreffende Unterfrage stellen, bez. zugeben.

Ich komme nunmehr zur Entwicklung des Ausdrucks „nach Lage der Sache“ aus der Geschichte des Gesetzes selbst.

Es ist hier zu unterscheiden der Entwurf und die Veränderung desselben durch die parlamentarische Debatte.

In dem Entwurfe handeln die Art. 59—65 incl. über die Fragestellung. Unter diesen sind es namentlich die Artikel 60, 61 und 64, welche für den Zweck dieses Aufsatzes von Belang sind.

Der Art. 60 des Entwurfes lautete:

War bei einem Verbrechen, von welchem das Strafgesetz verschiedene Abstufungen aufstellt, die Anklage auf den höheren Grad gerichtet, so sind der Hauptfrage für den Fall, daß der Angeklagte von den Geschworenen des höheren Grades nicht für schuldig erklärt werden sollte, weitere Fragen bezüglich der geringeren Grade beizufügen.

Es ist also in jenem Artikel des Entwurfes, der dem Art. 174 des Gesetzes entspricht, der Beisatz „nach Lage der Sache“ noch gar nicht vorhanden, vielmehr ganz kategorisch vorgeschrieben, daß weitere Fragen zu stellen seien.

Ebenso sagte Art. 61:

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn aus der Verhandlung hervorgeht, daß ein des vollendeten Verbrechens Angeschuldigter vielleicht nur des Versuches oder ein als Urheber Angeklagter nur der Beihilfe oder Begünstigung schuldig befunden werden könne ²²⁾.

²²⁾ Der Passus bezüglich der Fahrlässigkeit, welcher im

Der Art. 64 des Entwurfs hatte dieselbe Fassung, wie der Art. 178 unseres Gesetzes; nur daß in einem Zwischensatze die Milberungsgründe eingeplaziert sind.

Der Art. 178 lautet:

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

Die Worte „ergeben sich“ werden nun in unserer Praxis in der Art interpretirt, daß man aus Art. 171 den Passus „nach Lage der Sache“ heranzieht, als ob es heißen würde: „ergeben sich nach Lage der Sache“. Der Entwurf konnte eine solche Interpretation schon aus dem Grunde nicht bezweckt haben, weil in demselben, wie erwähnt, die Worte „nach Lage der Sache“ gänzlich fehlen. Vielmehr sagen die Motive zum Entwurfe in dieser Beziehung (S. 226):

Hier wird die Stellung besonderer Fragen neben der Hauptfrage erforderlich, weil, wenn einmal das Gesetz durch Zulassung einer der Quantität oder Qualität nach so ganz verschiedenen Strafe auf eine so bedeutende Verschiedenheit im Grade der Verschuldung hinweist, der Ausspruch darüber wie über die Hauptfrage selbst nur dem Schwurgerichte überlassen werden kann.

Nach den Motiven kann also den Worten „ergeben sich“ eine beschränkende Auslegung nicht gegeben werden. Geht man aber auf das französische Vorbild zurück, so ist bemerkenswerth, daß der einschlägige Art. 339 des Code d'instruction crim. nicht den Ausdruck „résulte“ hat, sondern daß es in demselben heißt:

Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse.

entsprechenden Artikel (175) des Gesetzes vorkommt, fehlt im Entwurfe. S. unten Note 24.

Eine Frage soll gestellt werden, sobald sich der Angeklagte auf einen vom Gesetze anerkannten Milderungsgrund berufen hat, und zwar, nach der Novelle von 1832, bei Strafe der Nichtigkeit. Die Vergleichung des französischen Rechtes unterstützt also in erheblichem Maße die Annahme, daß der Gesetzgeber bei den Worten „ergeben sich“ eine Prüfung des Thatsächlichen von Seiten des Präsidenten, bez. des Gerichtshofes nicht im Auge gehabt habe.²³⁾

Es ist nun gegnerischerseits auf eine Stelle in den Motiven (S. 235, 236) sich berufen worden; allein schon die Fassung dieser Stelle deutet, wie in Bd. 20 S. 20 bereits ausgeführt ist, darauf hin, daß dieselbe keineswegs dem Präsidenten die Macht einräumen will, seine Entscheidung danach zu richten, ob subjektiv ein Zweifel für ihn vorhanden ist, sondern darnach, ob objektiv ein Zweifel gegeben ist.

Dem entspricht auch der ganze Zusammenhang der bemerkten Stelle mit dem übrigen Theile der auf die Fragenstellung bezüglichen Motive, sowie mit dem Texte des Gesetzentwurfes. Als Aufgabe des Präsidenten bezüglich der Fragenstellung wird in den Motiven angegeben: „aus dem Material, welches das Verweisungskenntniß, die Anklageschrift und das Ergebnis der mündlichen Verhandlung bilden, diejenigen Punkte auszusuchen, welche die einzig relevanten für die Entscheidung der Frage sind, ob und inwieweit der Angeklagte des Verbrechens als schuldig erachtet werden könne“. Es soll unter Berücksichtigung der Anklage, Vertheidigung und Verhandlung vom Präsidenten „daß vorhandene — also das ganze — Ma-

²³⁾ Vgl. Bd. 20 S. 19—20.

terial in einer den intellektuellen Fähigkeiten der Geschworenen entsprechenden Zubereitung vorgelegt werden“. Nachdem die Motive diesen allgemeinen Grundsatz weiter entwickelt haben, stellen sie dann unter vier Ziffern vier verschiedene Gesichtspunkte auf, durch welche die treffenden Bestimmungen des Entwurfs erläutert werden. So spricht Ziffer 1 von der Regel, wenn nur eine Frage nothwendig ist, und korrespondirt mit dem Art. 59 des Entwurfs. Ziffer 2 spricht von den Fällen, wo die Geschworenen die Schuld nicht in ihrem ganzen Umfange annehmen, dagegen auf einen geringeren Grad des Verbrechens oder statt des vollendeten Verbrechens nur auf Versuch, statt der Urheberschaft nur auf Beihilfe erkennen könnten. Unter dieser Ziff. 2 findet sich nun die Stelle, auf welche gegnerischerseits Gewicht gelegt wird, indem man nämlich sie dahin versteht, der „Zweifel“ von welchem die Rede sei, müsse bei dem Präsidenten oder Schwurgerichtshofe bestehen. Wäre Dem aber so, so hätte der Gesetzgeber den fraglichen Satz nicht unter eine der 4 Ziffern der Unterabtheilungen gestellt, sondern von dem „Zweifel“ an einer auch auf die anderen Unterabtheilungen zu beziehenden Stelle gesprochen. Zudem würde sicherlich, wenn der Gesetzgeber die ihm unterstellte Intention wirklich gehabt hätte, dieselbe auch im Gesetzestexte des Entwurfs entsprechenden Ausdruck erhalten haben, während dieß nicht der Fall ist.

Das Ergebniß der bisherigen Betrachtung ist vielmehr folgendes:

Der Entwurf hatte den Beisatz „nach Lage der Sache“ noch gar nicht; er verordnete ganz bestimmt, daß Fragen auf den geringeren Grad des Verbrechens, auf Beihilfe und Versuch, ebenso daß Fragen auf Strafmilderungsgründe zu stellen seien, wenn sich Umstände hiefür ergeben, weil,

wie hier die Motive sagen, der Ausspruch hierüber nur dem Schwurgerichte überlassen werden kann.

Erst während der Verhandlung des Gesetzentwurfes in den ständischen Gesetzgebungsausschüssen erfolgte die Aufnahme der Worte „nach Lage der Sache“²⁴⁾. Aus der beifälligen Debatte ergibt sich aber nicht bloß kein Anhaltspunkt dafür, daß dieß zu dem Zwecke geschehen, um im Gegensatz zum Entwurfe die Stellung einer Unterfrage von dem Ergebnisse der Würdigung der im Laufe der Verhandlung für Bejahung derselben vorgekommenen Beweismomente von Seiten des Präsidenten bez. des Gerichtshofes abhängig zu machen; sondern daß (in Ab. 20 S. 20—21 referirte) ohne Gegen-erinnerung gebliebene Votum des damaligen Staats-

²⁴⁾ Schon vorher war auf Antrag des H. Reichsrathes B. v. Freyberg — ungeachtet der vom Justizminister hiegegen abgegebenen Erinnerung, s. oben zu Note 18 — in den Art. 61 des Entwurfes (nun Art. 175 des Gesetzes) der Passus eingeschaltet worden: „oder ein des vorsätzlichen Verbrechens Angeklagter nur der Verübung aus Fahrlässigkeit“. Daß aber B. v. Freyberg, als er diese Modification einbrachte, nicht daran dachte, der Würdigung des Präsidenten bez. des Gerichtshofes es zu überlassen, ob die Frage auf Fahrlässigkeit zu stellen sei oder nicht, wird schon darum angenommen werden müssen, weil damals die Worte „nach Lage der Sache“ noch gar nicht sich im Art. 60 des Entwurfes befanden; es geht dieß auch aus einer anderen, in derselben Ausschusssitzung gemachten Aeußerung des genannten H. Reichsrathes hervor. Derselbe bemerkt nämlich, in der Fragestellung werde mit dem Verbrechen, wie es in der Anklage bezeichnet sei, angefangen; „dann wird“, fährt er fort, „übergangen zu denjenigen Thatumständen, welche einen minderen Grad des Verbrechens bilden“. Prot. des Gesetzgeb.-Aussch. der K. d. R. Nr. 22 S. 384.

ministers der Justiz läßt im Gegentheile auf das Unzweideutigste ersehen, daß als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wurde, eine Zusatzfrage sei überall da zu stellen, wo ein geringerer Grad der Verschuldung im Laufe der Verhandlung vertheiligungsweise behauptet worden ist. Die Worte „nach Lage der Sache“ werden gegenüber der kategorischen Vorschrift des Entwurfs nur darum für nothwendig erklärt, weil ohne diesen Beisatz auch in solchen Fällen besondere Fragen gestellt werden müßten, in welchen ein minderes Verbrechen gar nicht zur Sprache gebracht worden ist.

Wenn nun schon im Allgemeinen es Interpretationsregel ist, bei neueren, mit Kammern oder deren Ausschüssen berathenen Gesetzen auf die betreffenden Verhandlungen Rücksicht zu nehmen, so muß dieß um so mehr bei dem Strafprozeßgesetze vom 10. Nov. 1848 geschehen, als mehrmalige Aussprüche in den Verhandlungen darauf hinweisen, daß das Gesetz aus den Verhandlungen interpretirt werden soll ²⁵⁾).

VII.

Schlüsslich wird gegnerischerseits vergleichungsweise darauf hingewiesen, daß auch der bloßen Behauptung des Angeklagten über die Betheiligung eines Zeugen an der den Gegenstand der Anklage bildenden That kein solcher Einfluß zukomme, um dadurch zu bewirken, daß der Zeuge unbeeidigt vernommen werden müßte ²⁶⁾).

Hierauf möchte zu entgegnen sein, daß durch die Gewalt des Präsidenten, den Zeugen zu beeid-

²⁵⁾ Prot. des Gesetzgeb.-Aussch. der R. d. R. Nr. 25 S. 44; Nr. 44 S. 247; Nr. 35 S. 252—253.

²⁶⁾ Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 131.

bigen, kein entscheidender Einfluß auf die Urtheilssphäre der Geschworenen geübt wird, indem es ja immer in dem Ermessen der Geschworenen liegt, ob sie dem Zeugen glauben wollen oder nicht.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zusammenwirken von Vertrag und Herkommen zur Gründung einer festen Regel über das Maß, in welchem eine Pflicht von unbegrenztem Umfange zu erfüllen ist.

In der Flurmarkung der Gemeinde B. stand das Zehentrecht von den ältesten Zeiten her zwei benachbarten Klöstern (H. und K.) zu beiläufig gleichen Theilen zu; der Ortspfarrer und die Pfarrkirche einer nahe gelegenen Stadt hatten dasselbe nur auf einzelnen Grundstücken auszuüben. Im J. 1757, wo es nöthig wurde, das Schul- und Meßnerhaus zu B. neu aufzubauen, kam ein Uebereinkommen zu Stande, wodurch sich die beiden zehentberechtigten Klöster verpflichteten, fünf Achttheile der sämtlichen Baukosten zu gleichen Theilen zu tragen. Obschon nun diese Verhandlung bloß den damals eingetretenen Baufall zum Gegenstande hatte, so wurde dennoch in der Folgezeit bei mehreren Anlässen das dort zu Grund gelegte Konkurrenzverhältniß als eine feste Regel aufgefaßt, und bei jeder sich neu ergebenden Gelegenheit selbst gegen den Widerspruch einzelner Betheiligter festgehalten. Im J. 1803 fielen die Besigungen des einen jener Klöster (H.) einer Standesherrschaft zu und diese verweigerte erst im J. 1845 jene Konkurrenz, die sie selbst vorher einige Male bethätiget hatte, nach dem

herkömmlichen Fuße fortzusetzen. Als daher die Gemeinde eine hierauf gerichtete *actio confessoria utilis* erhob, wurde ihr zum Beweise auferlegt, „daß das bemerkte Kloster, und nach ihm das fürstliche Haus R., als sein Nachfolger, von jeher oder durch Herkommen, oder durch Uebereinkunft mit dem Kloster R., zur Hälfte von fünf Achttheilen des jedesmaligen Bauschillinges für das Schul- und Mehnerhaus zu B. beigetragen haben.“

Nach Durchführung dieses Beweises wurde die beklagte Standesherrschaft nach den Bitten der erhobenen Klage verurtheilt, und dieser Ausspruch auf erhobene Berufung auch von dem Obergerichte bestätigt. Aus den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir:

Die Uebereinkunft v. 1757 war ursprünglich ihrer ganzen Fassung nach allerdings nur bestimmt, auf den zu jener Zeit, also vor bereits hundert Jahren, eingetretenen Fall in Anwendung zu kommen, und sie ist in dieser Beziehung um so wichtiger, als es sich damals um den neuen Aufbau des Schul- und Mehnerhauses handelte, also die am weitesten greifende Spannkraft der Baupflicht dabei in Frage stand. Allein das ganze sich daran anschließende Benehmen aller Betheiligten während der nächsten achtzig Jahre bewährt hinlänglich, daß man sich später allmählig der Ansicht hingab, und selbst die Willensmeinung bekundete, es sei dadurch eine feste Regel der Baukonkurrenz auch für alle Folgezeit gegründet worden. Dieses geht insbesondere hervor a) aus dem ferneren Uebereinkommen v. 1794, wo alle Anwesenden die Verhandlung v. 1757 als ein Regulativ bezeichneten, von welchem damals nur aus einem besonderen Grunde zu Gunsten der Gemeinde abgegangen wurde, und b) aus der genehmigenden Entschließung des Justizsenates zu R. v. 2. August 1794, so daß also

hierauf der Grundsatz in Anwendung kommt: *exceptio firmat regulam*. c) In den Entschliessungen der Landesdirektion zu N. v. 29. Juli 1803 und 18. April 1804 wird das Protokoll v. 1757 als ein verglichener Repartitionsfuß in Anwendung gebracht. d) Das Erkenntniß der k. Kreisregierung v. 1839 und die bestätigende Entschliessung des Staatsministeriums des Innern v. 1840, wodurch ein administratives Provisorium zum Zwecke eines neu zu erbauenden Schulhauses getroffen wurde, huldigten demselben Grundsatz; der zuletzt erwähnte Erlaß nennt den Vertrag v. 1757 einen ausdrücklichen Vergleich der Baukonkurrenten über Regulirung ihrer Beiträge. Gleichwohl beruhigte sich das fürstliche Haus hiebei. e) Auch die kundgegebene Ansicht der Vertreter des letzteren findet sich hiemit im Einklange. Hofrath L. stimmte selbst in der Verhandlung v. 1803 dafür, die übereingekommene und erst nach 1791 angenommene Norm von 1757 festzuhalten, wodurch er wesentlich dazu beitrug, den hienach erfolgten Administrativ-Beschluß in dieser Sache zu erwirken. Später bemerkte die fürstliche Domänen-Kanzlei in ihrer Erklärung v. 3. Mai 1832 ausdrücklich, der Konkurrenzmaßstab sei jener von 1757.

Durch diese so übereinstimmend wiederkehrende Auffassung aller Interessenten, in drei Fällen aus den Jahren 1794, 1803 und 1839 klar bekundet, erhielt also ein Vertrag, welcher über die Erfüllung einer fortlaufenden Pflicht für einen einzelnen Fall unter den Theilnehmern daran abgeschlossen wurde, mittelst einer verlängerten Uebung der darin angenommenen Regel allmählig eine Tragweite, welche über sein ursprüngliches Ziel und seinen Wortlaut hinausgriff und ihm die Kraft einer bleibenden Satzung verlieh. Nichts steht im Wege, den Sinn und die praktische Bestimmung einer Uebereinkunft

durch die Vermittlung eines sich daran anknüpfenden Herkommens zu erweitern; alle Elemente des stillschweigenden Konsenses, als der präsumtiven Grundlage jeder Rechtsgewohnheit, finden sich in einer solchen fortgesetzten Bethätigung vereinigt, zumal ihnen das beigebrückte Siegel der Oberbehörden noch ein besonderes Ansehen sicherte. Diese innige Verschmelzung von Vertrag und Herkommen, von einer selbstgeschaffenen Regel und einer freiwilligen Beobachtung derselben war also ganz geeignet, einen jener Rechtstitel fest zu begründen, welche das Beweissthema mit seinen alternativen Sätzen hier im Auge führte.

DAÖrf. v. 25. April 1857 Nr. 338⁵⁴/₅₅.
****.

2.

Kompetenz zur Konstatirung der radizirten Eigenschaft von
Tafeln- und Gastwirthschafts-Rechten.

In einem in diesen Blättern — Bd. IX S. 228 ff. — enthaltenen Aufsatze ist ausgeführt, „daß seit dem Abschlusse der Gewerbekataster durch die Administrativbehörden und Uebergabe derselben an die Civilgerichte die Untersuchung und Entscheidung darüber, ob eine bei Verkündung des Gewerbegesetzes bereits bestandene Tafeln- und Gastwirthschaftsbefugniß die Eigenschaft eines radizirten Gewerbrechtes habe, lediglich Sache der Civilgerichte sei“.

Diese Ansicht hat die Billigung des obersten Gerichtshofes nicht erfahren; vielmehr hat derselbe in voller Uebereinstimmung mit einem Kompetenzkonfliktserkenntniß vom 18. Januar 1853 (NB. 1853 S. 155 u. folg., bes. S. 167) ausgesprochen: die Frage, ob bei einer Wirthschaft zur Zeit der Publikation des Gewerbegesetzes von 1825 die Erfordernisse gegeben waren, um nach dessen Artikel 4 N. 5 als radizirt erklärt werden zu können, resor-

ltre nicht zu den Gerichten; sie sei nirgends der richterlichen Kognition unterbreitet, vielmehr in den älteren Vollzugs-Instruktionen zum Gewerbs-gesetze den Gewerbspolizeibehörden ausdrücklich über-wiesen worden.

DAGE. v. 19. Januar 1857 *RR.* 1288⁵⁵/₅₆.
e.

3.

Verpflichtung des Fiskus zur Zahlung von Verzugszinsen nach bayer. Rechte.

Die in diesen Blättern Bd. 7 S. 243 unter Verweisung auf Bd. 6 S. 31 theoretisch begrün-dete Ansicht, daß das aus fr. 17 §. 5 de usuris (22, 1) abgeleitete und durch den Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofes vom 5. Juni 1844 für das gemeine Recht näher begränzte Privilegium des Fiskus diesem nach bayerischem Rechte nicht zustehende, ist auch vom obersten Gerichtshofe schon mehrfach zur Anwendung gebracht worden.

Erk. vom 16. August 1822 *RR.* 621—1814;
vom 28. September 1830 *RR.* 763²⁶/₂₇;
vom 24. Januar 1850 *RR.* 860⁴⁸/₄₉; vom
5. Dezember 1856 *RR.* 374⁵⁵/₅₆ ¹⁾.
St.

4.

Spezieller Widerspruch vorgelegter Urkunden.

Der Beklagte hatte auf mehrere vom Gegner vorgelegte Vertragsurkunden erklärt, daß er solche speziell widerspreche, und glaubte hieby durch vor einem Zugeständnisse des Inhaltes dieser Urkunden

¹⁾ Bezugnahme auf Bayer. *RM.* Thl. II Kap. 3 §. 21 *Nr.* 1—3 vgl. mit Anmerk. zu Kap. 1 §. 5, *Nr.* 9 lit. a und b.

sich genügend verwahrt zu haben. Allein sein Widerspruch blieb ohne den beabsichtigten Erfolg, und das oberstrichterliche Erkenntniß spricht sich hierüber in folgender Art aus:

Der Umstand, daß Beklagter erinnerte, es werde von ihm der Inhalt der abschriftlich vorgelegten Verträge speziell widersprochen, relevirt Nichts; denn nicht darauf, wie Beklagter seinen Widerspruch zu benennen beliebte, kommt es an, sondern was dieser Widerspruch seinem Umfange und Inhalte nach in Wirklichkeit ist. Sonst könnte die Bestimmung des §. 19 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 leicht umgangen werden.

Wesentlich erscheint hier aber noch, daß Beklagter auf die angeblich widersprochenen Vertragsbestimmungen vielfach und nachdrücklich Bezug nimmt und sich sofort auf den Grundsatz: „qui excipit, non fatetur“ nicht berufen kann (weil er selbst Rechte aus den Verträgen für sich ableitet, diese also auch gegen sich gelten lassen muß).

DAÖE. v. 19. Juli 1855. Reg.-Nr. 900⁵⁴/₅₅.

μ...

5.

Verbringung des Faustpfandes an einen anderen Ort.

Verbringung des Faustpfandes an einen anderen Ort in Folge Wohnortsveränderung des Pfandgläubigers muß sich der Schuldner gefallen lassen.

Erk. des DAÖ. zu Ulm v. 25. September 1856. Frankfurter Sammlung von Römmer (Woselli) Bd. 3 S. 281.

eine Widerklage auf den angeblichen Mehrbetrag des Schadens über den Betrag der eingeklagten Forderung hinaus aber nicht angestellt, und nicht einmal die spätere Einklagung dieses Mehrbetrages vorbehalten.

Die erste Instanz legte dem Kläger und eventuell auch dem Beklagten Beweise auf, jedoch keinen über die ebenerwähnte Kompensationseinrede, welche vielmehr in den Entscheidungsgründen als unsubstantiirt dargestellt wurde. Auf Berufung des Beklagten und Abhänssion des Klägers hiegegen erkannte die zweite Instanz theils abändernd theils bestätigend, und ließ insbesondere den Beklagten zum eventuellen Beweise seiner Kompensationseinrede, und subeventuell den Kläger zum Beweise einiger dazugegen vorgebrachten Replikten zu. Der betreffende Beweisatz des Beklagten lautet: „Daß fragliche Waaren in beschädigtem Zustande abgeliefert wurden und hiedurch eine Werthsminderung von 537 fl. 20 fr. o. w. v. w. erlitten haben.“

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Kläger die Revision, stellte als Beschwerde die Aussetzung der Kompensationseinrede zum Beweise auf, bat den oben angegebenen Beweisatz und die dazu gehörigen Eventualsätze zu streichen, und suchte das Vorhandensein der Revisionssumme dadurch darzuthun, daß er den zum Beweise ausgesetzten Betrag des Schadens von 537 fl. 20 fr. als den Gegenstand der Beschwerde annahm. Der oberste Gerichtshof ließ jedoch wegen Mangels der Revisionssumme dem Revidenten die Abweisung bedeuten. Aus den Gründen führen wir Folgendes an:

„Als Gegenstand der Beschwerde des Revidenten kann nur der Betrag der eingeklagten Forderung zu 166 fl. 20 fr. gelten. Denn ein Mehr als diese 166 fl. 20 fr. ist unter den Parteien überhaupt gar nicht streitig, es kann daher auch die vom

Revidenten erhobene Beschwerde einen größeren Gegenstand als den Streitgegenstand selbst nicht haben.

Daß in dem Beweisfrage, welcher dem Beklagten von der Vorinstanz normirt wurde, und den er durch seine Beschwerde beseitigen will, eine höhere als die Streitsumme benannt wird, ist von keinem Belange. Denn es kommt häufig vor, daß die Beweisauflage auf eine größere Summe gerichtet werden muß, als die, welche zwischen den Parteien streitig ist, z. B. wenn ein Rest einer ursprünglich größeren, aber schon vor dem Beginne des Rechtsstreites theilweise getilgten Forderung eingeklagt und der Entstehungsgrund der ganzen Forderung geläugnet wird. Es bemißt sich jedoch die Berufungssumme sowohl bei definitiven als bei selbständig appellablen Interlokutorischen Erkenntnissen nach der deutlichen Vorschrift des §. 58 der Prozeßnovelle von 1837 nur nach dem, was zwischen den Parteien in der Hauptsache streitig ist.

Daß die Streitbeziehungswelse Beschwerdesumme nicht in 537 fl. 20 fr., sondern nur in 166 fl. 20 fr. besteht, folgt auch aus der Betrachtung, welches Definitivurtheil auf die vom Kläger angefochtene Beweisauflage erfolgen kann — und hiebei ergibt sich, daß das vereinstige Definitivurtheil in der Hauptsache nur die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten 166 fl. 20 fr., oder die Entbindung desselben von der Klage auf eben diese 166 fl. 20 fr. aussprechen kann. Denn mehr als diese Summe hat Kläger nicht gefordert, auf mehr kann also keine Verurtheilung erfolgen. Es kann aber auch der Beklagte von keiner größeren Forderung entbunden werden, weil keine größere im Streite befangen, in judicium deducirt ist. Dieser Inhalt des vereinstigen Definitivurtheiles kann auch darum, weil in dem nunmehr rechtskräftig werdenden Interlokute dem Beklagten der Beweis einer

größeren Beschädigung als von 166 fl. 20 fr. nachgelassen ist, kein anderer werden. Denn der Beklagte hat ja die Gegenforderung trotz ihres angeblich weit höheren Betrages nur dazu benützt, die eingeklagten 166 fl. 20 fr. zu kompensiren, und die Kompensation tritt immer nur bis zu dem Betrage ein, in welchem Forderung und Gegenforderung sich gleich stehen (hier bis zu dem Betrage von 166 fl. 20 fr.).

C. 4 de compens. (4, 31); Cod. Max. civ. P. IV. Cap. XV. §. 1 Nr. 8;

und eine Verurtheilung zu dem Mehrbetrage über 166 fl. 20 fr., auch wenn Beklagter die volle Schadensgröße von 537 fl. 20 fr. oder eine noch viel höhere beweisen sollte, kann nicht erfolgen, weil Beklagter keine Widerklage darauf angestellt hat, ohne solche aber eine Verurtheilung des Klägers niemals Statt findet.

Der Revident ist also durch das angefochtene Erkenntniß zweiter Instanz um nicht mehr beschwert, als um den Betrag, den er eingeklagt hat, und der 300 fl. nicht erreicht¹⁾.“

Obg. Erf. v. 3. Juli 1857, Nr. Nr. 814 ^{55/56}.
St.

2.

Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Am 25. Juli 1849 hatte der Bauer M. B. eine Urkunde unterzeichnet, worin er bekannte, an diesem Tage von M. K. ein baareß Darlehen von 300 fl. empfangen zu haben, und versprach, dafür Hypothek auf seinem, des M. B., Anwesen errichten zu lassen.

¹⁾ Vgl. Comment. über die Ob. Aufl. 2 Bd. 4 S. 42 Nr. 6.

Schon am 4. Sept. 1849 klagte M. K. gegen N. B. auf Bestellung der versprochenen Hypothek, der Beklagte aber läugnete den Empfang des Darlehens unter dem Vorbringen, daß dieses Rechtsgeschäft simulirt worden sei u. Oberstrichterlich wurde dem Kläger der Beweis auferlegt: „daß er am „25. Juli 1849 dem Beklagten die Summe von „300 fl. vorgeliehen und dieser sich verbindlich gemacht habe . . . hiefür . . Hypothek zu bestellen.“

Nach durchgeführtem Beweisverfahren wurde Beklagter durch rechtskräftiges Erkenntniß der 2. Instanz vom 31. Oktober 1854 von der Klage entbunden, und ist in den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses ausgeführt, daß dem Kläger der Beweis, dem Kläger ein Darlehen von 300 fl. gegeben zu haben, gänzlich mißlungen sei, daher es auf die übrigen Beweisfälle nicht ankomme.

Am 20. Juni 1855 klagte M. K. wieder gegen die Wittve und Erbin des N. B. auf Rückzahlung des angeblich am 25. Juli 1849 empfangenen Darlehens; Beklagter machte neben anderen eventuellen Einreden die *exc. rei judicatae* aus dem Erkenntniß vom 31. Oktober 1854 geltend. Die erste Instanz verwarf dieselbe, die Zweite gab ihr Statt und sprach in den Entscheidungsgründen aus:

„Die neue Klage beruht auf derselben thatsächlichen Prämisse, wie die frühere Klage, nämlich auf der Hingabe des behaupteten Darlehens. Die gerichtliche Verhandlung derselben mußte sohin auf dieselbe Streitfrage zurückführen, ob Kläger dem Ehemanne der Beklagten die Summe von 300 fl. vorgeliehen habe, welche bereits im vorigen Prozesse durch rechtskräftiges Urtheil verneinend entschieden worden ist.

Daß diese Entscheidung nicht im Tenor, sondern in den Entscheidungsgründen des lössprechenden Urtheils sich findet, hindert ihre Rechtskraft nicht, da jeder

richterliche Ausspruch, wodurch ein im vorausgehenden Verfahren bestrittener Hauptpunkt entschieden wird, unabhängig von seiner zufälligen, äußeren Stellung im Erkenntniß der Rechtskraft fähig ist.

Da nun in Folge des Erkenntnisses v. 31. Oktober 1854 rechtskräftig feststeht, daß Kläger dem Ehe- manne der Beklagten die Summe von 300 fl. nicht vorgeliehen habe, die gegenwärtige Darlehensklage aber gerade auf diese Thatsache basirt ist, so steht ihr die Einrede der rechtskräftig abgeurtheilten Sache entgegen.

GD. Kap. 14 §. 11. Fr. 3, 7 de except. rei jud. (44, 2).

Oberstrichterlich wurde dieses Erkenntniß aus den demselben nachgesetzten Entscheidungsgründen bestätigt.

DNB. Erf. v. 10. Aug. 1857. H. N. 1106⁵⁶/₅₇.
St.

3.

Vollmichtsverbesserung, von Amtswegen angeordnet. Gegen findet keine Extrajudizialbeschwerde statt.

Bei der zur Verhandlung über eine Klage anberaumten Tagfahrt erschien die klagende Partei mit einem Anwalt und jene erklärte: „daß sie diesem Vollmacht nach GD. Kap. 7 §. 9 ertheile ¹⁾.“

¹⁾ Diese Vollmacht war allerdings rücksichtlich des Umfanges sehr unbestimmt. Denn §. 9 cit. handelt sowohl von der Spezialvollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen, als von der Generalvollmacht zur Durchführung des ganzen Prozesses, so daß nun bei der oben ausgehobenen Fassung des Protokolles unklar blieb, ob die Partei den Anwalt nur zu ihrer Vertretung an der betreffenden Tagfahrt, oder generell für den ganzen Prozeß bevollmächtigen wollte.

Gegen das auf die Verhandlung von der ersten Instanz erlassene Erkenntniß ergriff dieser Anwalt für den Kläger Berufung, und das Appellationsgericht ordnete an, daß vor Verkündung seines Erkenntnisses „für die Berichtigung des Vollmachtspunktes für den klägerischen Anwalt Sorge zu tragen sei.“

Hiegegen remonstrirte der Anwalt, dem die erste Instanz den jener oberrichterlichen Anordnung entsprechenden Auftrag zugehen ließ, das Appellationsgericht inhärrte aber seiner Verfügung.

Nun erhob der Anwalt im eigenen Namen und in dem seiner Partei eine Extrajudizialbeschwerde an den obersten Gerichtshof. Dieser ließ aber den Beschwerdeführern die Abweisung bedeuten, und sprach in den Gründen hiezu u. A. aus:

„Indem der Richter, sei es auf speziellen Antrag einer Partei, oder ohne solchen, kraft der ihm durch die G.D. Kap. 7 §. 1 auferlegten Amtspflicht die Bevollmächtigung eines im Streite aufgetretenen Anwaltes oder dessen bessere Bevollmächtigung anordnet, verfährt er vollkommen in via et ordine processus, indem er ja gerade dafür sorgt, daß der Prozeß unter Vermeidung einer unheilbaren Nichtigkeit auf dem Wege und in der Ordnung, welche das Prozeßgesetz vorschreibt, seinen Fortgang nehme. Es kann daher hier so wenig, als in anderen Fällen, wo der Richter ohne speziellen Antrag einer Partei handelt, z. B. in den Fällen der G.D. Kap. 4 §. 17 oder Kap. 10 §. 12 Nr. 1 eine Extrajudizialappellation als zulässig angesehen werden.

Wenn sich die Beschwerdeführer hiegegen auf Seuffert's Kommentar zur G.D. Kap. 15 §. 5 Nr. II sub 3 u. 6 berufen, so kommt zu erwägen, daß dort die Extrajudizialappellation zulässig erklärt wurde in Fällen, wo der Richter zur Handhabung der Disziplin gegen die Advokaten des Königreichs

eingeschritten war, und wo er über die öffentlichrechtliche Befugniß, ohne Anwalt Schriften einzureichen, entschied. Solche Fälle liegen aber hier nicht vor, indem weder der Kläger die letztgenannte Befugniß ansprach, noch sich mit dem für ihn aufgetretenen Anwalte in einer Differenz befand, die nach den Disziplinarvorschriften zu schlichten war. Vielmehr handelt es sich hier ohne Rücksicht auf die Advokaten- disziplin nur davon, den Prozeß nach den Vorschriften der Gerichtsordnung zu instruiren.

Da nun auch die Beschwerde schon wegen der Vorschriften des Prozeßgesetzes v. J. 1837 §. 51 nicht als Subzionalappellation angesehen werden konnte, so war, wie geschehen, zu erkennen.“

DAZ. Erf. v. 18. Juli 1857, Nr. 1312⁵⁶/₅₇.
St.

4.

Justiz- oder Verwaltungssache bei Ansprüchen auf Mitgenuß an Gemeindegründen.

Die Kleinbegüterten zu §. stützten ihren Klageanspruch auf gleichheitlichen Mitgenuß von Gemeindegründen (einer Wiese — s. g. Stierwiese — und zweier Weiher) gegen die Großbegüterten lediglich auf ihre Eigenschaft als Mitglieder der Gemeinde, und belegten durch den Auszug aus dem Grundsteuerkataster die Qualität dieser Objekte als Gemeindeg Gründe. — Die beklagten Großbegüterten widersprachen die Eigenschaft jener Objekte als Gemeinde-Eigenthum und stellten weiter auf, ihnen allein stehe das partikuläre Eigenthum dieser Immobilien zu, da sie seit unvordenklicher Zeit, eventuell seit rechtsverjährter Zeit überhaupt, diese Gründe ausschließend benützten, wodurch sie weiter eventuell auch ein ausschließendes Servitutrecht erworben hätten. Hierbei war nicht angegeben, zu welcher Zeit die Ansiedelung der Klein-

begüterten begonnen habe, noch wie lange überhaupt zu H. jene kleineren Anwesen bestehen. Bei diesem wesentlichen Stande der Sache wurde eine Justizsache als gegeben nicht angenommen. — Der oberstrichterlichen Entscheidung liegen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die Klage der Kleinbegüterten zu H. auf Anerkennung eines gleichen Benützungsbrechtes mit den übrigen großbegüterten Gemeindegliedern an den beiden Gemeindevölkern und an der bezeichneten Gemeindeviese stützt sich auf der Kläger Eigenschaft als Gemeindeglieder. Dieser Titel ihres Anspruches erscheint unbezweifelt nicht als ein privatrechtlicher, sondern er beruht ausschließlich auf der staatsrechtlichen Qualität der Kläger als Gemeindeglieder und insbesondere auf dem §. 19 Absatz 3 des Gemeindeedikts von 1818 und bez. 1834, welcher verordnet, daß, wenn nicht Verträge oder patrifuläre Ortsrechte ein Anderes bestimmen, die Vermuthung gelte, daß jedes Gemeindeglied von der Zeit seines Eintrittes an gleiche Gemeinderrechte besitze. Die Benützung der unvertheilten Gemeindegünde richtet sich ferner gemäß §. 26 des Gemeindegeldgesetzes „nach den bestehenden Verordnungen und nach dem rechtmäßigen Herkommen“, welche „Verordnungen“ auf Regierungsakten oder Gemeindeordnungen beruhen können, sowie auch in dem Ortsherkommen bezüglich des staatsrechtlichen Verhältnisses der Benützungstheilnahme an Gemeindegründen, ein ausschließlich civilrechtlicher Titel nicht gefunden werden kann¹⁾.

¹⁾ Vgl. Geuffert's Comment. über die G.D. Aufl. 2 Bd. 1 S. 172 Note 88; Urtheil des oberstrichterlichen Komp. Konfl. Senates vom 29. Dez. 1856 (R. Bl. 1857, S. 97 ff.). — Gegen diese für den Anspruch der Kläger sich ergebende Qualifikation

An dieser also begründeten Kompetenz der Verwaltungsstelle für die Ansprüche der Kläger ändert

als Verwaltungssache kann auch nicht die Verordnung vom 22. Februar 1808 (Reg. Bl. S. 854) und beziehungsweise die Instruktion für die General-Kommissariate vom 17. Juli 1808 §. 29 lit. o (R. Bl. S. 1661) geltend gemacht werden.

Erstere Verordnung (eigentlich eine Entschliessung an das Hofgericht zu Straubing in einem speziellen Falle) spricht mehr nicht aus, als daß, wenn sich bei einer Kultursache die Präjudizialfrage „über die Dualität der Mitgemeinschaft“ („ob dieser oder jener *jura communitatis gaudire*“ R. B. a. a. D. S. 855,) bezüglich der mehreren Betheiligten ergibt, diese gleichwohl auch mit von der Kultur- (Verwaltungs-) Behörde zu entscheiden sei. — Aus dem §. 29 V, lit. o der Instruktion für die Gen.-Kommissariate mag nun gleichwohl per argumentum a contrario gefolgert werden, daß die Entscheidung über streitige Gemeinderechte, außer der Verbindung dieser Frage mit einer Kultursache, nicht zu den Verwaltungsstellen, folglich zu den Gerichten kompetire; allein aus dieser abstrahirten Regel folgt noch nicht, daß in jedem Falle eine Untersuchung darüber überflüssig sei, auf welchem Titel der Anspruch auf das Gemeinde-Recht oder auf den Nutzungsantheil an den Gemeindegründen beruhe.

Dieser Titel kann aber, wie im gegebenen Falle, ein lediglich aus dem öffentlichen Rechte (hier §. 19 Abs. 3 des Gem.-Edikts) abgeleiteter, allein auch ein wirklich privatrechtlicher sein, nämlich wenn das Gemeinderecht (Gemeinde=Gründe=Benützungsrecht) ein Pertinenzstück, ein Realrecht einzelner Grundbesitzer bezüglich ihrer Häuser, Hofraithe, ist, welches mit dem Hauptgute auf jeden Besitzer übergeht.

Von dem Gegebensein dieses privatrechtlichen Titels der einzelnen Grundbesitzer gegenüber der Gemeinde als Korporation, geht auch die Entschliessung vom 5. Dezember 1826 der Staatsministerien der Justiz und des Innern (Döllinger Bd. 11. S. 267) aus, in den Schlussworten: „streitige Gemeinderechte,

aber auch die Vertheidigung der Beklagten auf die Klage nichts.

Dieselbe enthält vorerst einen Widerspruch der von den Klägern behaupteten, bereits durch den Grundsteuereinkataster belegten, Eigenschaft der fraglichen beiden Weiler und der Wiese als Eigenthum der Gemeinde H., ferner die Behauptung, daß die Beklagten, mit Ausschluß der übrigen Gemeindeglieder, durch Verjährung (zunächst unvordenkliche) das partikuläre Eigenthum an den fraglichen Grundstücken und zwar kraft ihrer gesonderten Benützung rechtsverjährte Zeit hindurch erworben hätten.

Vorerst kann der Widerspruch der Eigenschaft als Gemeindeglieder allein eine Aenderung bezüglich der Kompetenz nicht bewirken, weil unzweifelhaft die Verwaltungsbehörde bei einmal begründeter Kompetenz gleichfalls berufen ist

welche gewöhnlich als Realrechte eines Hauses oder Gutes angesprochen werden."

Im gegenwärtigen Falle stützt sich jedoch der Anspruch auf gleiche Mitbenützung nicht auf die dingliche Eigenschaft eines mit den Gütern der Kläger verknüpften Rechtes — auf kein Realrecht, auf keine Outspertinenz, sondern lediglich auf der Kläger Eigenschaft als Gemeindeglieder nach §. 19 Abs. 3 des Gem.-Ediktes.

Gleiche Grundsätze über die Kompetenz sprechen, ungeachtet (wie angeführt) der §. 26 des Gem.-Ediktes auch des Herkommens als eines Titels für den Nützungsanspruch an Gemeindegründen erwähnt, die obersterichterlichen Erkenntnisse vom 9. März 1855 Reg. Nr. 63⁵⁴/₅₅ u. Reg. Nr. 1622⁵³/₅₄ (Bl. f. N. N. Bd. 20 S. 327) und das im Eingange der Note erwähnte Urtheil des Komp. Konfl. Senates, endlich die in Frhrn. v. Strauß Fortsetzung der Döllinger'schen Sammlung Bd. 26 S. 24 u. 27 abgedruckten Ministerialentscheidungen aus. — Vgl. auch Bl. f. N. N. Bd. 19 S. 106* ff. Bd. 20 S. 1* ff.

scheint, Fragen mit zu entscheiden, welche ihren Ausspruch vermitteln, wenn diese auch an sich Rechtsverhältnisse, hier das widersprochene Eigenthum der Gemeinde im Gegensatz zu einem Privateigenthume Einzelner (condomini), betreffen. Diesen Grundsatz spricht die Verordnung vom 22. Februar 1808 (R. B. S. 854) ganz prägnant aus, und derselbe hat oberstrichterliche Anerkennung gefunden in den Erkenntnissen vom 4. Febr. 1834 du Prel's Sammlung Bd. III S. 128) u. 27. Juli 1835 (Arend's, Sammlung III. S. 2).

Die von den Beklagten aber speziell behauptete seit unvordenklicher Zeit ausgeübte ausschließende Benützung der fraglichen drei Grundstücke, aus welcher sie ihr partikuläres Eigenthum allein ableiten, ist gleichfalls nicht geeignet, die Kompetenz der Gerichte nach der gegenwärtigen Sachlage für den Anspruch der Kläger zu begründen.

Dieser faktische Zustand der ausschließenden Benützung kann (zumal nicht angegeben ist, wann sich die Anwesen der Kläger als Kleinbegüterter in der Gemeinde gebildet haben) auch seine Entstehung in Gemeindebeschlüssen haben, vermöge welcher die Beklagten (vielleicht weil sie damals allein bei der Sache betheiligt und im Besitze der Mittel waren, jene Grundstücke auszubenten, z. B. den Stier für die Gemeinde zu halten u.) zum alleinigen Genusse dieses Theiles des Gemeindeeigenthums gelassen wurden.

Diese Entstehung des Zustandes der Benützung würde aber, wenn diese auch die Verjährungszeit über so bestand, offenbar keinen Privatrechtstitel begründen; die Frage über den Fortbestand dieses faktischen Zustandes der Benützung zu untersuchen, kompetirt jedenfalls, bei der Wandelbarkeit solcher Gemeindeordnungen in Folge veränderter Interessen, nur zu den Verwaltungsstellen.

Es läßt demnach der für das Partikulareigenthum der Beklagten angeführte Titel der Verjährung, wie er vorgetragen ist, nicht erkennen, ob der Zustand der Benützung der Beklagten ein Ausfluß des Verfügungsbrechtes der Gemeinde in ihrem früheren Bestande, oder das Ergebniß der Befihsandlungen der Vorbesitzer der Beklagten auf den großen Gütern als Einzelner gegenüber den Klägern als Besizern der kleinen Güter war. Nur im letzteren Falle könnte von einem privatrechtlichen Titel der Ersizung die Rede sein, während im ersteren Falle durch den Hinzutritt neuer Gemeindeglieder, bei sonst unverändertem Realumfang der Gemeinde, es den Verwaltungsstellen anheim fiele, den Fortbestand dieser Benützung bei veränderten Verhältnissen zu untersuchen. —

Aber auch die Natur des von den Beklagten ange deuteten Beweisgrundes, der unwor denklischen Verjährung nämlich, begründet für sich die Kompetenz der Civilgerichte nicht, weil dieselbe, sowie auch das Herkommen, gleiche Wirkung auch auf Gegenstände des öffentlichen Rechtes äußert.

Vgl. v. Savigny, Syst. des R. R. B. 4 S. 480 ff.; oberstrichterliches Erkenntniß v. 29. Dezember 1856 (R. Bl. v. 1857 S. 98).

Faßt man dagegen die Behauptung der Beklagten in ihrer eventuellen Richtung als Begründung eines Servitut-Rechtes, nämlich der Nutznießung der Einzelnen gegenüber der Gemeinde als Korporation am Korporationseigenthume, somit als die Aufstellung eines wirklichen Realrechtes auf, welches Realrecht die Wirkung hätte, daß dieses Nutzungsrecht als Gutspertinenz auf jeden Besizer des Guts überginge, so würde allerdings dieses Verhältniß civilrechtlicher Natur sein, und die Kompetenz der Gerichte zu seiner Beurtheilung erheischen.

Allein hiedurch wird nicht sofort für die auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Ansprüche der Kläger die Kompetenz des Civilgerichtes begründet, vielmehr bleibt es den Beklagten überlassen, nach Entscheidung der Ansprüche der Kläger durch die Verwaltungsstelle, diesen civilrechtlichen Hinderungsgrund der Anwendung der im öffentlichen Rechte begründeten Grundsätze, gegenüber der Gemeinde als Korporation, nicht aber gegen die Kläger, geltend zu machen. Es beruht daher diese Einwendung auf einem Rechte gegen einen Dritten, hier die Gemeinde. In keinem Falle kann diese bloße Möglichkeit einer civilrechtlichen Rechtsverfolgung gegen einen Dritten die jetzt vollständig begründete Kompetenz der Verwaltungsstelle für den Anspruch der Kläger in ihrer sofortigen Wirksamkeit aufhalten.

DAÖG. vom 3. August 1857. R. Nr. 333⁵⁶/₅₇.

R. M.

5.

Schließt nach gemeinem Rechte der eheliche Stand des Stuprators, welchen die geschwächte Weibsperson kannte, ihren Anspruch auf Entschädigung wegen Defloration aus?

Diese Frage wurde in einem oberstrichterlichen Erf. v. 9. Juni 1857 R. Nr. 791⁵⁶/₅₇ verneint aus folgenden Gründen:

Es handelt sich hier um Entscheidung einer auf dem Boden des hier maßgebenden gemeinen Rechts längst bestandenen Kontroverse, wie dieses umständlich aus Glüß's P. Rom. B. 28. S. 166 — 170 zu entnehmen ist. Ueberwiegende Gründe sprechen dafür, dem ehelichen Stande des Verführers, wenn solcher auch der Geschwächten bekannt war, eine zerstörende Wirkung bezüglich des Anspruches auf Entschädigung wegen Defloration nicht einzuräumen.

Der Grund des Entschädigungsanspruches der

gen Defloration beruht in der begangenen Verführung einer unbescholtenen Weibsperson. Wenn auch die konstante Uebung der betreffenden Gesetze dem Verführer zur Beseitigung der Entschädigung durch Dotation die Ehelichung der Geschwächten alternativ gestattet, somit hiebei und zunächst seinerseits den ledigen Stand voraussetzt, so liegt doch schon in dem Akte der Verführung auf Seite eines Ehemannes der thatsächliche Verzicht auf jenes gesetzliche Wahlrecht, und tritt sofort die andere alternative Verbindlichkeit zur Dotation gegen ihn in Wirksamkeit. Die beiden alternativen Verpflichtungen stehen ferner augenscheinlich in keinem untrennbaren Wechselverhältnisse, sonst könnte der Stuprator durch eine anderweitige Verehelichung auf unzulässige Weise sich aller Verpflichtung beliebig entledigen. Auch ist die Entschädigung für Defloration kein Surrogat der Ehelichung im rechtlichen Sinne, sondern ein Ersatz für die der Geschwächten entzogene oder doch erschwerte Gelegenheit, eine nach ihren Umständen vortheilhafte Heirath einzugehen. Es ist ferner kein gesetzgeberischer Grund zu ermitteln, aus welchem nur der Ledige die Verpflichtung gegen die Geschwächte auf sich habe, indem bei dem Ehemanne nur das gesetzliche Wahlrecht der Ehelichung wegfällt, welcher Fall auch bei dem Ledigen eintritt, wenn ein Ehehinderniß der Geschwächten gegenüber vorliegt. Schließt gleichwohl die Gestattung des Weischlafes an einen Ehemann für die Geschwächte den Anspruch auf Ehelichung aus, so kann hieraus doch nicht ein Verzicht auf jene Entschädigung gefolgert werden, welche, wie angeführt, kein rechtliches Surrogat der Ehe mit dem Stuprator ist. Es finden daher auf die Handlung der Geschwächten einem Ehemanne als Stuprator gegenüber die Rechtsätze: „surrogatum sapit naturam surrogandi,“ und „volenti non fit injuria,“ keine Anwendung. Ihrem

Entschädigungsansprüche in dem obigen Sinne und zu dem dort bezeichneten Zwecke steht endlich auch nicht ihr nur unmoralisches, nicht aber bei ihr mit Strafe belegtes, Verhältniß, in welches sie mit dem Ehebrecher tritt, zerstörend entgegen. — Gleichwohl mag der Umstand, daß die Geschwächte einem Ehemanne den Beischlaf gestattet hat, bei Ausmessung ihrer Entschädigung vom Richter in Betracht gezogen werden. . . .

In obigem Sinne ist die Streitfrage auch von der in Bayern, außerhalb des gemeinen Rechtes, geltenden Hauptpartikulargesetzgebung entschieden, welche wesentlich auf dem gemeinen Rechte beruht, nämlich im bayer. L. R. Thl. 4 Kap. 16 §. 6 Nr. 6 Annotat. hiezu Nr. 8, wo auf Leyser's Med. 583 hingewiesen ist, welcher in §§. 8 und 9 l. c. die Frage wie oben beantwortet. In dem gleichen Sinne sind auch mehrere Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Bayerns und Deutschlands ergangen¹⁾.

P. M.

¹⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 230 (Erf. des OLG. zu München vom 5. Dezember 1825 — Bauernw. Mederer, R. Nr. 1018^{24/25}, — und Erf. d. OLG. zu Celle); Bd. 6 Nr. 200 (Erf. des OLG. zu Kiel). Dagegen ein Erf. des OLG. zu Lübeck (Bl. f. R. Bd. 19 S. 32).

U n z e i g e.

Herr Oberappellationsgerichtsrath Dr. Paul hat die Güte gehabt, die Bearbeitung des noch rückständigen Theiles der zweiten Ausgabe des Kommentars über die bayerische Gerichtsordnung zu übernehmen. Die zweite Lieferung des 4. Bandes wird bis zu Ende dieses Jahres erscheinen.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Restitution gegen einen Eid, der für geleistet erklärt wurde. — Berufungssitz. Die Post als Insignations-Mandatar. Erforderung eines Rezepts. — Schlicht das Zwangentreibungsgezet vom 17. Nov. 1 7 Nr. XI die Geltung des § 26 Nr. 1 und des § 138 des Hypothekengesetzes aus? — Zur Lehre vom Meiratte nach Würzburger Rechte. Kautionspflicht des Meirahenten. — Die spätere Einföhrung des bayerischen Landrechtes in Pfalz-Neuburg und Sulzbach umschloß von selbst auch die bis dahin erschienenen Prozeßten zu denselben. — Klageredht des Käufers wegen cuormer Läsion.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Restitution gegen einen Eid, der für geleistet erklärt wurde.

Die O. D. Kap. XIII §. 2. Nr. 7 entscheldet die Frage, ob der Tod die Stelle des Eides vertrete, dahin, daß unter den dortselbst angegebenen Voraussetzungen der Tod allerdings statt des Juramentes gelte, mithin letzteres pro praestito gehalten, und es im richterlichen Ermessen stehe, ob man die Erben des Verstorbenen annebens zum juramentum credulitatis anhalten wolle, oder nicht.

Vertritt hiernach der Tod die wirkliche Eidleistung, und wird sofort der Eid in einem solchen Falle fiktive für geleistet erachtet, so folgt hieraus nothwendig, daß dieser fingirte Eid, soferne deshalb nicht besondere Ausnahmen bestehen, oder die Natur der Sache es anders fordert, mit dem wirklich geleisteten Eide ganz, oder doch, soweit es die Natur der Sache zuläßt, gleich behandelt werde, und dieselben Folgen nach sich ziehe, als dieser.

Der pro praestito erachtete Eid hat also vor Allem die dem wirklichen Eide in G.D. Kap. XIII §. 2. Nr. 10 beigelegte Wirkung, daß für den Schwörenden, also hier den christlich Verstorbenen, erkannt werde.

Aber auch in Beziehung auf die weitere in der allegirten Geseßstelle angeführte Folge des wirklich geleisteten Eides, daß nämlich der Restitution gegen denselben nur dann statt gegeben werden könne, wenn durch neu aufgefundenen Beweismittel vollständig erwiesen wird, daß ein Meineid geschworen worden sei, muß der pro praestito erachtete Eid, nach dem obigen Grundsatz, wenn nicht die Natur der Sache es anders fordert, oder dessfalls eine Ausnahme nachgewiesen werden kann, mit dem wirklich geleisteten Eide ganz, oder so weit es die Natur der Sache zuläßt, gleich behandelt werden.

Wichtig ist zwar, daß man von Demjenigen, der einen Eid nicht wirklich geleistet hat, eigentlich nicht sagen kann, er habe einen Meineid begangen; allein dieß hindert dennoch nicht, die erwähnte Bestimmung auf den Fall des für geleistet erachteten Eides in der Art anzuwenden, daß derjenige, welcher auf den Grund des Inhaltes des fiktive geschworenen Eides Restitution nachsucht, vollständige Probe über diese Unwahrheit erbringen und überdies nachweisen muß, daß dieselbe dem Gegner bekannt war.

Diese Behandlungsweise ist der Natur der Sache nicht entgegen, sie entspricht ihr vielmehr vollkommen.

Durch den Eid soll der Streit seine definitive Beendigung für immer finden (vgl. Anmerk. 2. G.D. a. a. O. lit. 1), und hierin liegt der Grund, aus welchem es nach dem Geseze auch nicht mehr angehen soll, selbst durch den vollständigsten Beweis der Unrichtigkeit des Geschworenen auf denselben Streit

get werden könne. Nur hiedurch wird die Präsumtion, auf welcher die Rechtsfiktion der Eidesleistung beruht, beseitigt; nämlich dargethan, daß ungeachtet des Vorhandenseins der in der G.D. angeführten Voraussetzungen im konkreten Falle dennoch eine durch das Gesetz präsumtive ausgeschlossene Unredlichkeit untergelaufen, sich nämlich, ohne daß eine Zurücknahme des betreffenden Erbietens vor dem Tode erfolgte, zu einem Eide erboten worden sei, den der sich Erbietende nicht mit gutem Gewissen zu schwören vermochte — eine Unredlichkeit, welche, weil der Eid für geleistet erachtet worden, mit dem Meineide beim wirklich geleisteten Eide auf gleicher Linie steht.

Aber auch eine gesetzliche Bestimmung darüber, daß der in G.D. cap. XIII §. 2 Nr. 7 enthaltene oben erörterte Grundsatz ausnahmsweise auf den Fall des pro praestito erachteten Eides keine Anwendung finden soll, läßt sich nicht auffinden.

Die allegirte Gesetzesstelle spricht zwar zunächst nur von dem wirklich geleisteten Eide und dessen Wirkungen; allein daraus folgt nicht, daß bezüglich des Eides, welchen das Gesetz für geleistet erachtet, welchen dasselbe also dem wirklich geleisteten Eide gleichstellt und mit demselben gleich behandelt wissen will, etwas Anderes gelten müsse.

Zur Begründung eines solchen Argumentes a contrario wären ganz andere Voraussetzungen, aus welchen sich ergeben müßte, warum nach dem Gesetze im Falle der Rechtsfiktion etwas Anderes zu gelten hätte, erforderlich.

Wollte man dem Worte „wirklich“ in der betreffenden Stelle die von der Revidentin behauptete Bedeutung geben, so würde man nach Ansicht dieser Stelle zu dem widersinnigen Resultate gelangen, daß der pro praestito erachtete Eid nicht die Wirkung habe, daß für den Schwörenden zu erkennen sei.

Eben so wenig relevirt der Umstand, daß das allegirte Gesetz dem überwiesenen Meineidigen neben der Restitution des Gegners auch die gebührende Strafe androht; denn das Gesetz spricht hier, wie bereits bemerkt, allerdings nur von dem Falle der wirklichen Eideßleistung, und läßt keineswegs die Folgerung zu, daß da, wo die Strafe des Meineides nicht eintreten kann (was auch im Falle des wirklichen Meineides möglich ist), die obige gesetzliche Bestimmung nicht Platz greife.

Ebenso wenig endlich relevirt, was Revidentin von der Kompetenz der Kriminal- und Civilgerichte angeführt hat. Denn über die Frage, ob der Restitution gegen einen von einem Verstorbenen für geleistet erachteten Eid statt gegeben werden solle oder nicht, sind begreiflich die Kriminalgerichte nicht kompetent.

Revidentin glaubt aber auch endlich in der G.D. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 eine Bestimmung gefunden zu haben, aus welcher sich ergeben soll, daß zur Restitution gegen einen für geleistet erachteten Eid nicht voller Beweis der Unwahrheit erforderlich sei.

Nun ist zwar soviel richtig, daß Restitution gegen einen solchen Eid auch auf einem anderen Wege als dem bisher bezeichneten gesucht werden könne, allein dieß erscheint für die Revidentin nicht behelflich.

Das Gesetz knüpft nämlich die Annahme des Eides pro praestito an gewisse subjektive Vorbedingungen, zu denen unter anderen gehört, daß der christlich Verstorbene seines geführten Lebenswandels wegen, oder sonst ein erhebliches Bedenken nicht gegen sich gehabt.

Was unter den Worten „oder sonst“ zu verstehen sei, ergibt sich aus den Anmerk. zu dieser Stelle lit. h zur Genüge; der Verstorbene soll näm-

lich auch „sonst seiner Person halber“ kein Bedenken gegen sich haben.

Kann nun durch nova nachgewiesen werden, daß diese subjektiven Voraussetzungen, deren Vorhandensein angenommen worden sein muß, wenn der Eid für geleistet erachtet worden ist, wirklich nicht vorhanden waren, oder daß es an einem oder anderen dieser Erfordernisse gemangelt habe, so kann allerdings auf diesen Grund hin Restitution gesucht werden. Allein diesen Weg hat Beklagter im Restitutionsgesuche nicht eingeschlagen.

Nicht wegen Mangels der subjektiven Vorbedingungen, wie sie in der allegirten Gesetzesstelle angegeben sind, sondern auf den Grund der angeblich objektiv veränderten Sachlage verlangt beklagter Theil Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In dieser Beziehung kommen aber lediglich die oben erörterten Bestimmungen in Anwendung.

OLGE. vom 17. Juni 1854. R. Nr. 1220⁵²/₅₃.
β. κ.

2.

Berufungsfrist. Die Post als Infimations-Mandatarin.
Erforderung eines Rezeptive.

In einer Streitsache wurde dem klägerischen Anwalte, obwohl er sofort die k. Post als Zustellungsbevollmächtigte bezeichnet hatte, das erstreckliche Erkenntniß gegen Rezeptive zugestellt. Gegen dieses Erkenntniß legte Kläger, bezieh. dessen Anwalt, am 30. Tage nach der Rezeptive-Unterschrift Berufung ein, welche die 2. Instanz, von der Postaufgabe zu zählen beginnend, als besetzt zurückwies.

Auf ergriffene Beschwerde an die dritte Instanz sprach sich jedoch dieselbe dahin aus: daß die

klägerische Berufung nicht besert sei; den Motiven entnehmen wir im Wesentlichen Folgendes:

— — Es ist richtig, daß bei Benennung der Post als Insinuations-Mandatarin, nicht der Tag, an dem die Post dem Adressaten zustellt, sondern jener, an welchem die Uebergabe an die Post erfolgte, als Insinuationstag erscheint; allein die faktischen Umstände dieses Falles sind der Art, daß sie eine Ausnahme von der Regel gebieten. Die vom Gerichte bewirkte Anlage eines Rezeptive mußte dem Empfänger nothwendig die Vorstellung erwecken, daß es in der Absicht des Gerichtes liege, die Insinuation und deren Zeit gerade durch dieses Rezeptive zu den Akten nachzuweisen.

Uebrigens ist durch die Formulirung des zur Ausfüllung überschickten Rezeptive sogar ausdrücklich gesagt, daß erst die durch den Anwalt („heute an Verkündungsstatt“) geschehene Empfangnahme an die Stelle der Verkündung treten solle.

Bei diesen Verhältnissen kann die Eröffnung des Berufungs-Fatale nur nach dem ausgestellten Rezeptive bemessen, und — da von hier ab innerhalb 30 Tagen die Appellation einkam, — dieselbe nicht als besert erkannt werden

DABG. v. 13. Dezember 1856 N. Nr. 1392⁵⁵/₅₆.
e.

3.

Schließt das Zwangsentwehrungsgesetz vom 17. Nov. 1837 Art. XI die Geltung des §. 26 Nr. 1 und des §. 138 des Hypothekengesetzes aus?

Bei dem Baue der Bundesfestung Ulm erwartete die Festungsbaudirektion 2, auf dem linken Donauufer, gelegene Grundstücke, und es erfolgte nach einem, dem Art. XI des Zwangsentwehrungsgesetzes

seß v. 17. Nov. 1837 analogen Verfahren die Auszahlung der ganzen Abtretungssumme an den Besitzer, da von Seite des Landgerichtes als Notariatsbehörde und Hypothekenamts erklärt wurde: „daß hinsichtlich der Hypotheken kein Anstand bestehe.“ Für diese Grundstücke bestand jedoch ein Hypotheken-Folium und da weder von Seiten der Festungsbaudirektion ein Antrag auf Eintrag des Besitztums nach §. 138 des Hyp.-Ges. gestellt, noch auch der Eintrag der Besitzveränderung gemäß §. 139 a. a. O. durch das Hypothekenamt von Amtswegen bewirkt wurde, so war es dem früheren Besitzer möglich, dieselben 2 Grundstücke, mit mehreren anderen zusammen, weiter mit Hypotheken bei ungetheilter Summe zu belasten. In Folge eines späteren Exekutions-Verkaufes zeigte sich dann die längst geschehene Abtretung jener beiden Grundstücke an die Festungsbaudirektion, und nun erhob ein hiebei nicht völlig befriedigter Hypothekgläubiger wegen seines Verlustes gegen das Aerax des deutschen Bundes ¹⁾ als dritten Besitzer der hypothekizierten Sache nach §. 28 Nr. 1 des Hyp.-Ges. die Hypothekenklage, nach §. 54 a. a. O. mit dem Antrage, entweder die unbefriedigte Hypothekforderung zu bezahlen oder die hypothekizierten Grundstücke dem Kläger abzutreten. — Die Einkwendungen hiegegen, es schließe der Art. XI des Zwangsentehrungsgesetzes v. 1837 die Anwendung der betreffenden hypothekenrechtlichen Bestimmungen aus, jedenfalls könne aber nur der Hypothekenbeamte, welcher den Eintrag des Besitztums nach §. 139 des Hyp.-Ges. unterließ, belangt werden, wurden in einem oberstrichterlichen Erf. v. 27. Juli

¹⁾ Vor dem als Kompromißgericht ernannten Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg.

1857 Nr. Nr. 401⁵⁶/₅₇, verworfen aus folgenden Gründen:

Hat auch bei der künftigen Erwerbung der beiden in Frage stehenden Grundstücke von Seite der Festungsbaudirektion im Jahre 1845 ein dem Artikel XI des Zwangsentwehrungsgesetzes vom 17. Nov. 1837 analoges Verfahren in der Art stattgefunden, daß die Ausbezahlung des Kaufpreises erst nach der amtlichen Bestätigung, daß keine Hypotheken auf den Grundstücken lasten, an die Verkäufer erfolgte; und sollten hiernach auch diese Grundstücke hypothekenfrei an die Festungsbaudirektion übergehen, so ist doch hieburch die Geltung und Wirksamkeit der §§. 25 und 26 des Hyp.-Ges. nicht ausgeschlossen. Dafür nämlich, daß diese speziellen gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich jener Immobilien, welche dem Gesetze vom 17. Nov. 1837 unterworfen werden, aufgehoben sein sollten, fehlt es vorerst an jedem Anhaltspunkte im Gesetze.

Es erstreckt vielmehr der Artikel XI des Zwangsentwehrungsgesetzes lediglich die im §. 71 Nr. 6 des Hyp.-Ges. ausgesprochene Erlöschung der Hypotheken bei dem Zwangsverkauf auch auf den Fall der Zwangsentwehrung nach dem Gesetze vom 17. Nov. 1837, und es tritt hinsichtlich der Entschädigungssumme ein ganz analoges Verfahren wie bei dem Zwangsverkaufspreise nach §. 81 in 86. Abs. 2 des Hyp.-Ges. ein. Daß aber neben der Bestimmung des §. 71 Nr. 6 auch jene der §§. 26 Nr. 1 und 138 des Hyp.-Ges. zur Anwendung auf jene Fälle zu kommen haben, in welchen bei dem Nichteintrage der durch einen Zwangsverkauf bewirkten Besitzveränderung im Hyp.-Buche der vorige noch in diesem vorgetragene Besitzer Hypotheken auf dem Objekte bestellte (selbstverständlich außer dem Falle des

Vorliegens eines Eintrages der Konkursöffnung²⁾ gegen den vorigen Besitzer nach §. 136 Nr. 4 des Hyp.-Ges.), kann nicht beanstandet werden, und ein gleiches gilt auch bei der Zwangsenteignung.

Auch ist ferner die Geltung dieser gesetzlichen Bestimmungen des Hyp.-Ges. mit den Expropriationsbestimmungen und Zwecken nicht unvereinbarlich, wie die Berufung geltend zu machen sucht. Vorerst kann sich selbstverständlich der Erwerber jedes Immoblie gegen jene Folgen (§. 26 des Hyp.-Ges.) durch den Eintrag seines Besitztittels in die öffentlichen Bücher sicher stellen; treten aber in Folge seiner Unterlassung jene Nachtheile in Wirksamkeit, nämlich die hypothekenrechtliche Haftung als dritter Besitzer nach §. 54 des Hyp.-Ges., so ist das Unternehmen (zu dessen Gunsten expropriirt wurde) selbst in seinem Bestande nicht gefährdet, wenn der Besitzer des Grundstückes und der Herr des Unternehmens von der ihm freistehenden Wahl, die Hypothekenschuld zu bezahlen, Gebrauch macht.

Von einem Exekutionsverkaufe und von einer Abtrennung des Grundstückes aus dem Komplex des ganzen Unternehmens könnte nur dann die Rede sein, wenn der dritte Besitzer und Herr des Unternehmens selbst die Abtretung des Objektes an den Hypothetengläubiger gemäß §. 54 des Hyp. Ges. wählen würde.

Unzweifelhaft lag es dem k. Landgerichte als Hypothekenamt, bei welchem der fragliche Kauf im Jahre 1845 verlaublich wurde, von Amtswegen, ohne Antrag nach §. 138 des Hyp.-Ges., ob, die

²⁾ Vgl. Lehner, Lehrb. des G. R. Bd. 2 §. 139 Abs. 2; Komm. über die O. d. ed. 1 Bd. 4 S. 272 Nr. 23. S. auch Exprop.-Ges. Art. XVI.

bezüglich der fraglichen Grundstücke, welche bereits im Hypothekenbuche eingetragen waren, vor sich gegangene Besitzveränderung im Hypothekenbuche einzutragen und zwar bei Selbsthaftung. Allein diese Haftung begründet für den beklagten Theil lediglich eine Regreßklage für den Fall, daß er in Folge der Wirkung des §. 26 des Hyp.-Ges. mit der Hypothekenklage nach §. 54 des Hyp.-Ges. belangt und verurtheilt wird. —

Dieser Charakter des civilrechtlichen Regreßes für den Benachtheiligten, welcher sich in allen Fällen der hypothekenamtlichen Haftung in den §§. 98, 99, 100 und 139 (vgl. auch Gönnert's Komm. Bb. II S. 37—47, 243, 244) ausdrückt, schließt die Aufstellung des Beklagten und Appellanten aus: als trete das Hypothekenamt, resp. der Hypothekenbeamte, sofort als der primär Verpflichtete an die Stelle derjenigen Parthei, welche nach den hypothekengesetzlichen Bestimmungen (hier §. 25 und 26) mit der Hypothekenklage, gleichwohl auch in Folge einer mit Haftung zu vertretenden Unterlassung des Beamten, zu belangen ist. Erst dann, wenn der nach §. 26 des Hyp.-Ges. haftende dritte Besitzer der gegen ihn angestellten Hypothekenklage nach §. 54 unterliegt, ist für ihn der Fall des Regreßanspruches nach §. 139 gegeben, er kann daher dem nach §. 26 dinglich berechtigten Hypothekgläubiger gegenüber, seine primäre dingliche Haftung hiemit nicht ablehnen. —

q. µ.

4.

Zur Lehre vom Retrakte nach Würzburger Rechte. Kautionspflicht des Retrahenten.

Die fürstlich Würzburgische Verordnung vom 30. Juli 1750 (Sammlung der Landesverordnungen Thl. 2 Nr. 397) bestimmt im §. 8:

„Soll derjenige, welcher sich des ihm zustehenden Auslösungsrechtes gebrauchen will, innerhalb . . . 6 Wochen von der Zeit an, da er von dem beschienenen Verkauf die Nachricht erhalten hat, gerechnet, dem Käufer nicht allein, daß er in solchen Kauf einsteigen wolle, die Bedeutung thun, und den baaren Kaufschilling, wann der Käufer solchen wirklich bezahlt hat, ihm wieder zu ersetzen sich erbieten, sondern auch, wann mehrermeldter Käufer nicht freiwillig absteigen wollte, ihm sowohl wegen der Kaufsumme, als auch wegen der durch das gesucht werdende Einstandsrecht verursachenden Kosten und Schaden hinlängliche Sicherung stellen; in dessen Unterlassung aber keine Befugniß oder Recht zu dem suchenden Einstand haben.“

Da die Verordnung zunächst das dem Besitzer eines Subgutes zustehende Einstandsrecht zum Gegenstande hat, wornach derselbe befugt ist, „die aus seiner Sub eheben gezogenen Stücke, wann selbige wiederum feil werden, an sich zu lösen“ (*retractus ex jure congrui*); so wurde die Anwendbarkeit der angeführten Bestimmung in einer Sache, in welcher es sich von einer durch Ortsgebrauch begründeten Erblosung und Marklosung handelte, in Zweifel gezogen, jedoch ohne Erfolg. Der oberste Gerichtshof sprach sich hierüber in folgender Weise aus:

„Nach der Fassung der fürstbischöflich Würzburgischen Verordnung vom 30. Juli 1750 und dem — im Eingange bezeichneten Zwecke derselben, die wegen des Einstandsrechtes häufig entstandenen Schwierigkeiten und Prozesse zu beseitigen, — unterliegt es keinem Zweifel, daß die in der Verordnung ertheilten allgemeinen Vorschriften auf alle

Arten von Retrakt, soweit sie im Lande allgemein oder in einzelnen Theilen desselben bestehen mögen, — Anwendung finden sollen, und nicht, wie der Kläger behauptet, ausschließlich auf das Recht, welches dem Besitzer eines Subgutes auf Einlösung der feilwerdenden, aus der Sub ehedessen gezogenen Stücke zugesprochen wird. Dieser *Retractus ex jure congrui* ist zwar vorzugsweise durch die §§. 1–4 der Verordnung einer näheren Regulirung unterworfen worden, — wozu der Gesetzgeber sich augenscheinlich durch das nationalökonomische Interesse der Zusammenhaltung größerer Güter bewogen fand —; allein schon hierbei ist auch der *Retractus gentilitius* in das Reich der getroffenen Anordnungen gezogen worden (§. 3 u. 4), freilich nur insoweit, als derselbe mit dem *Retractus ex jure congrui* kollidirt und ohne in die Regulirung jener Art von Einstandsrechten weiter einzugehen. Es geht hieraus klar hervor, daß die Verordnung keine vollständige Zusammenstellung der ganzen Materie des Retraktsrechtes beabsichtigte, sondern, daß ihre Bestimmung darauf beschränkt war, unter Belassung des bestehenden Rechtes im Allgemeinen, nur einzelne Vorschriften zu ertheilen, welche theils den *Retractus ex jure congrui* insbesondere, theils alle Arten des Retraktes zum Gegenstande haben.

Demnach kommen die Bestimmungen des §. 8 im vorliegenden Falle zur Anwendung, der Anspruch des Klägers mag auf die angeführte Verordnung selbst, wie in der Klage geschehen ist, oder auf die angeblich im Orte H. herkömmlichen besonderen Retraktarten begründet werden wollen.“ —

Die Klagsparthei hatte zudem die Geltung des bemerkten §. 8 der W.D. vom 30. Juli 1750, soweit derselbe dem Retrahenten die Leistung einer

Kautions zur Pflicht macht, unter Bezugnahme auf §. 8 des Prozeßgesetzes vom 22. Juli 1819 beanstandet, wornach bei Streitigkeiten der Landesunterthanen in der Regel keine Kautions gefordert werden könne, und nur der Beklagte, welcher mit Vorbehalt der Nachklage verurtheilt wurde, vor dem Vollzuge des Urtheiles Sicherstellung wegen der Nachklage zu verlangen befugt sei. In Bezug auf diesen Einwand wird in den oberstrichterlichen Motiven bemerkt:

„Durch die Retraktklage wird das vom Beklagten erworbene Eigenthumsrecht in Frage gestellt, und von dem Ausgange eines öfter sehr schwierigen und langwierigen Prozesses abhängig gemacht, — wie denn auch im vorliegenden Falle ein, wahrscheinlich weitläufiges Beweisverfahren in Aussicht steht. Der Beklagte kann dadurch hinsichtlich seines ganzen Haushaltes in eine höchst nachtheilige ungewisse Lage versetzt werden. Es ist daher nichts billiger, als daß bei der Geltendmachung jenes ohnehin exorbitanten Rechtes sogleich volle Sicherheit dafür gegeben werde, daß auf den Fall der definitiven gerichtlichen Anerkennung desselben, der vom Retrahenten zu entrichtende Kaufschilling parat liege, und daß nicht in Ermangelung desselben zuletzt die ganze Verhandlung gegenstandslos werde.

Bergebens beruft sich der Kläger hlergegen auf die Bestimmungen des Prozeßgesetzes vom 22. Juli 1819 §. 8. . . . Dieselben haben lediglich den Zweck, an die Stelle der höchst lästigen Grundsätze der Gerichtsordnung Kap. VIII §. 6 zweckmäßigere Regeln aufzustellen. Auf die mit dem materiellen Rechte innig zusammenhängenden Bestimmungen eines so eigenthümlichen Institutes wie das Retraktrecht, sollte aber diesen all-

gemeinen Grundsätzen sicherlich keine derogirende Wirksamkeit verliehen werden.“

DMGRef. vom 30. Mai 1857 R. Nr. 193⁵⁶/₅₇.
M.

5.

Die spätere Einführung des bayerischen Landrechtes in Pfalz-Neuburg und Sulzbach umfaßte von selbst auch die bis dahin erschienenen Novellen zu demselben.

Das bayer. Landrecht Th. II R. 10 §. 18 Nr. 8 und die Anmerk. dazu Th. I R. 7 §. 42 Nr. 7 viertens, enthielten nur sehr allgemeine Bestimmungen über die Konkurrenzpflicht der Zehntherren zu kirchlichen Bauten; erst ein späteres Mandat v. 4. Okt. 1770 (Gen. Samml. v. 1771 S. 493) ertheilte hierüber umständlichere Vorschriften. Da nun das bayer. Landrecht in den Fürstenthümern Pfalz-Neuburg und Sulzbach erst mittelst Patentes v. 2. Dez. 1778 vom 1. Juni des folgenden Jahres an eingeführt wurde (Mayr. Gen. Saml. Bd. I S. 135); so ergab sich die Streitfrage, ob jenes Normativ über die kirchliche Baulast auch in diesen erst später erworbenen Gebietstheilen mit gesetzlicher Kraft versehen sei. Der oberste Gerichtshof bejahte diese Frage, und bemerkte hierüber in den betreffenden Gründen:

Das bayer. Mandat v. 4. Okt. 1770, die Konkurrenz zu den Kirchen- und Pfarrhofbauten betreffend, knüpfte sich unmittelbar an das Landrecht von 1756 an, von dem es eine Bestimmung und Hinweisung auf das Konzil von Trient zum Theile ergänzte und näher entwickelte, zum Theile authentisch erläuterte. Die Publikation der bayer. Gesetzbücher für das Herzogthum Neuburg, welche durch das Patent v. 2. Dez. 1778 vorgenommen wurde, äußerte daher die Wirkung, auch jenen ergänzenden Zusatz nebst anderen jüngeren Vorschriften von ähn-

licher Bestimmung mit derselben Gesetzeskraft zu versehen, in den Umfang der neuausgesprochenen Geltung mit herabzuziehen, und den Stempel seines Ansehens nur jener verjüngten Gestalt des Landrechtes aufzudrücken, welche dasselbe seit seinem Erscheinen bis dahin in dem Mutterlande selbst angenommen hatte. Dieses ergibt sich schon aus der Absicht, welche der Gesetzgeber im Eingange jenes Patentes kund gab, die neuerworbenen Lande mit den altbayerischen und oberpfälzischen in den allgemeinen Landesgesetzen und Ordnungen, soweit es möglich sei, in eine Gleichheit zu setzen; ein Zweck, der offenbar im ersten Augenblicke wäre verfehlt worden, wenn die Novellen zum Landrechte von jener Einführung wären unberührt geblieben.

OLG. Erkenntniß v. 20. Juni 1857. — R. Nr. 1411, $\frac{54}{55}$. ****.

6.

Klagerecht des Käufers wegen enormer Läsion.

Der oberste Gerichtshof hat in einem gegebenen Falle unter Berufung auf die Ansicht der überwiegenden Zahl der Rechtslehrer ¹⁾ und die von Alters her bestandene gleichmäßige Rechtsanwendung ²⁾ angenommen, daß die Bestimmungen bezüglich enormer Läsion in Const. 2 de rescind. vend. (4, 44) nicht bloß dem Verkäufer, sondern auch dem benachtheiligten Käufer zu statten kommen.

Erf. vom 31. Dezember 1855 R. Nr. 1283 $\frac{54}{55}$.
e.

¹⁾ Tribaut System §. 500 (ed. 8), Mühlenbruch, Pand. §. 406, Seuffert, Pand. §. 272 Nr. 2 und Anb.

²⁾ Glük, Komment. Bd. 17 S. 32 Note 76; Wangerow, Lehrb. d. Pand. Bd. 3 §. 611 Anm. 1.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Justiz- oder Administrativsache. Zusammenstoß einer administrativen Verfügung mit einem Privatrechtsverhältnisse zwischen Dritten. — Ueber die Beweiskraft der Strafgerichtlichen Voruntersuchung für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft. Verhältnismäßige Kompensation wechselseitiger Injurien. — Kalltet die mit ihrem Manne zu offenem Kraut und Tabak sitzende Ehefrau nach bayerischem Rechte für die Gewerkschaften solidarisch? — Grundsteuerkataster. — Ungültigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten Gerichtshof in Jagdverwaltungsachen.

Justiz- oder Administrativsache. Zusammenstoß einer administrativen Verfügung mit einem Privatrechtsverhältnisse zwischen Dritten.

Ein wahres Privatrechtsverhältniß, wenn es sich als solches durch die kundgegebenen Wechselbeziehungen der streitenden Theile oder ihres Grundbesitzes genügend bezeichnet, wird in dieser Eigenschaft dadurch nicht verrückt, daß eine administrative Verfügung einen störenden Einfluß auf dasselbe ausübt. Die Natur einer Justizsache ist daher immer nach den inneren Grundbedingungen des in Frage stehenden Rechtes selbst, wie solches aus einer Vergleichung des Vorbringens beider Theile und aus den vorgelegten Urkunden hervortritt, zu beurtheilen, aber nicht nach dem Ausgangspunkte, von welchem der Anstoß für den Kläger gegeben wurde, sich für beschwert zu halten, und die Hülfe der Gerichte anzurufen.

Zur Erläuterung der vorstehenden Sätze diene folgender jüngst zur Entscheidung gekommener Fall:
Eine Gutsherrschaft hatte seit den ältesten Zel-

ten eine Brücke über einen kleinen Fluß unterhalten, welche den Gemeinden und Bewohnern der beiderseitigen Ufer zur unentbehrlichen Verbindung ihres Verkehrs diene, und hiefür auch ein kleines Brückengeld bezogen. Im Jahre 1816 wurde der Weg, auf welchem jene Brücke lag, zu einer s. g. Distriktsstraße erhoben, ohne daß durch die Klassifikation eine merkliche Veränderung in ihrem Gebrauche herbeigeführt worden zu sein schien; wenigstens fuhr der Gutsherr seit jener Zeit fort, seine Baupflicht ohne Widerrede zu bethätigen. Erst in jüngster Zeit fiel aber jene Brücke auf die Zufahrt zu einer Eisenbahnstation, wodurch der Verkehr mit schwerem Fuhrwerke an jener Stelle in dem Maße zunahm, daß der Gutsherr bei dem fortgesetzten Bezuge des Brückengeldes seinen Vortheil nicht mehr wahrnahm, und daher gegen die ganze Distriktsgemeinde wegen veränderter Verhältnisse auf Abnahme jener Baulast gegen gleichzeitige Ueberlassung des Brückengeldes mit einer gerichtlichen Klage auftrat. Die beklagte Distriktsgemeinde bestritt die Kompetenz der ordentlichen Gerichte in dieser Sache, weil die angeblliche Beschwerde des Klägers von der Staatsverwaltung ausgegangen sei; eventuell widersetzte sie sich der zugemutheten Abnahme der streitigen Baulast. Die erste Instanz glaubte sich allen Schwierigkeiten dadurch entwinden zu können, daß sie dem Gutsherrn den Beweis darüber auferlegte, daß er von jener Baulast frei sei. Auf die Beschwerden beider Theile hob das k. Appellationsgericht dagegen das erstgerichtliche Urtheil als nichtig auf, weil hier keine Justiz- sondern eine Administrativsache vorliege. Auf die Revisionsbeschwerde des Klägers sprach in dessen der oberste Gerichtshof unter dem 2. Oktober 1857 (R. Nr. 1127^{56/57}) aus, daß hier eine Justizsache gegeben sei, und daher das k. Appellationsgericht materiell über die beiderseitigen Be-

rufungsbeschwerden zu erkennen habe. Der oberste Gerichtshof ging bei dieser Entscheidung im Wesentlichen von nachstehenden Betrachtungen aus:

1) Eine Brücke ist ein Kommunikationsmittel, und steht als solches mit Straßen, Wegen, Kanälen u. dgl. auf gleicher Linie. Die Pflicht der Vorsehung für ein solches Mittel, den Verkehr möglichst zu machen und zu erleichtern, kann auf einem zweifachen Titel beruhen. Präsumtiver Weise ist derselbe administrativer Natur, weil alle Straßen und Brücken, Wege und Stege Anstalten im Interesse des öffentlichen Wohles und für den Gebrauch einer unbestimmten und nicht bestimmbaren Menge der Bevölkerung eines Landes berechnet sind. Als Ausnahme kann es jedoch vorkommen, und kommt auch nicht selten vor, daß sich jene Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung an einen Privatrechtstitel anknüpft, gleichwie auch die Last, Kirchen, Pfarrhöfe und Schulen zu bauen und in brauchbarem Zustande zu erhalten, häufig einer Privatperson oder Körperschaft, dem k. Klerik oder einem Kloster, einem Gutsherrn oder Kirchenpatron obliegt. Die Gesetze v. 1819 und 1823 über die Gemeinde- und Distriktsumlagen erkennen diese Unterscheidung ausdrücklich an, indem sie Umlagen zu den gedachten Zwecken für unstatthaft erklären, insoweit eine solche Baulast bereits durch einen Privatrechtstitel, insbesondere Verträge oder Herkommen, geordnet und in ihren Erheischungen hinlänglich gedeckt ist.

2) In dem gegebenen Falle charakterisirt sich die Beziehung, welche zwischen den streitenden Theilen in Bezug auf das streitige Recht vorwaltet, unzweideutig als ein Titel des Privatrechtes. Ein Gutsherr hatte herkömmlicher Weise eine Brücke zu bauen und zu unterhalten, welche einer ganzen Landschaft als unentbehrliches Verbindungsmittel diente, und er bezog dafür ein Brückengeld als Ver-

geltung und Zuvendung des entsprechenden Fonds, um jene Baupflicht zu tragen. Ein Verpflichtungsgrund des öffentlichen Rechtes wird hier überall vermist. Das Herkommen ist zwar in den beiden Zweigen des ganzen Rechtsgebietes gemeinschaftlicher Titel; wenn aber nach fr. 35 de leg. (1, 3) jeder Gewohnheit ein Einverständniß der Betheiligten — *tacita civium conventio* — zu Grunde liegt, so ist nichts natürlicher, als von jenem Vorkommnisse zu der Unterstellung zu gelangen, in einer früheren Zeit sei eine nur in ihrer Befundung verloren gegangene Verständigung zwischen der betreffenden Gutsherrschaft und den nächstgelegenen Gemeinden zu Stande gekommen, in Folge deren sich die erstere verpflichtete, gegen Entrichtung des üblichen Brückengeldes die Vorsorge für den Bau und die Unterhaltung der Brücke für alle Zukunft auf sich zu nehmen. Ein solcher Vertrag würde aber ganz unstreitig in die Grenzen des Privatrechtes fallen.

3) Es ist zwar richtig, daß sowohl die Erhebung jenes Weges, auf welchem die streitige Brücke liegt, zur Distriktsstraße, als auch ihre Benutzung als Zufahrt zu einer Eisenbahnstation auf Verfügungen der Staatsverwaltung beruhen; allein dieser Umstand reicht bei weitem nicht aus, um der veränderten Rückwirkung, welche von dieser Seite her auf ein Privatrechtsverhältniß geäußert wurde, die Folge beizulegen, alle daraus hervorgehenden Anstände und Schwierigkeiten selbst auf den Administraweg hinüberzuspielen. Der Anstoß, von welchem der angeblich störende Eingriff in ein Privatrecht ausging, kann nicht maßgebend dafür werden, die Beurtheilung seiner Rechtmäßigkeit und der etwaigen Folge, die sich daran anknüpft, auf das Feld jenes Dienstzweiges hinüberzuweisen, wo derselbe seinen Ursprung fand. Die Erhebung jenes

Wegeß zur Distriktsstraße, bereits vor vierzig Jahren geschehen und bisher vom Kläger ohne Rüge geblieben, konnte, nebenbei bemerkt, die Frequenz derselben nicht wohl vermehren, und ist bloß eine Veränderung dem Namen nach, zumal gerade für die Bezirksstraßen die Verpflichtungen, welche auf Titeln des Privatrechtes beruhen, aufrecht erhalten werden. Wäre in der Nähe jener Brücke eine große, gewerbliche Anstalt von einem Privatbesitzer errichtet worden, so könnte nicht das geringste Bedenken vorwalten, daß die dormalen erhobene Klage auf Abnahme jener Baulast wegen veränderter Verhältnisse, die bei Uebernahme derselben nicht in der Voraus-
sicht lagen, vor die ordentlichen Gerichte gehörte; gleichwie auch das k. Appellationsgericht selbst zugab, daß, wenn der Distrikt auf Erfüllung der Baulast klagen wollte, eine wahre Civilstreitsache gegeben wäre. Die öffentlichen Verkehrsanstalten stehen aber in den Verhältnissen ihres Besizes und Geschäftsverkehrs mit den Privatpersonen auf einer Linie; ihre Handlungen treten für die rechtliche Würdigung aus dem Umkreise des Privatrechtes nicht heraus.

4) Nachdem auf solche Weise die ganze Streitfrage sich darin zusammendrängte, ob ein altes Privatrechtsverhältniß dadurch eine Veränderung erlitten habe, und namentlich der Auflösung durch Widerruf unterliege, daß in Folge administrativer Anordnungen die Umstände, worauf dasselbe in seiner Anlage berechnet schien, verrückt wurden, nicht mehr dieselben blieben; so konnte es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß hier eine wahre Civilstreitsache gegeben vorliege, zu deren Verhandlung und Entscheidung nur die ordentlichen Gerichte zuständig sein können.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Beweisskraft der strafgerichtlichen Voruntersuchung für einen privatrechtlichen Folgepunkt, der sich mittelbar daran anknüpft. Verhältnismäßige Kompensation wechselseitiger Injurien.

Die Beweisskraft des neueren Strafurtheiles für die Erledigung der privatrechtlichen Folgepunkte ist nunmehr durch den oberstrichterlichen Plenarbeschluß v. 19. Mai l. J. (Reg. Bl. 1857, S. 701) festgestellt; in dem letzten Grunde zu diesem Beschlusse wird aber noch bemerkt, welches Gewicht den Akten einer Voruntersuchung in dem nachfolgenden Civilprozeß zukomme, hänge von der Beurtheilung in jedem einzelnen Falle ab. Hiedurch gewinnt also die Frage ein neues Interesse, in wie ferne auch solche Punkte, welche gar nicht den Gegenstand einer strafrechtlichen Verfolgung bildeten, sondern im Laufe derselben wegen Zusammenhanges nur mit einfließen, durch die betreffenden Erhebungen bewährt und mittelbar zur Gewißheit gebracht werden können. Der oberste Gerichtshof sprach sich in einem bald nach jenem Plenarbeschlusse vorgekommenen Falle dafür aus, daß jenen Erforschungen über Thatumstände, welche mit dem Gegenstande, worauf sie zunächst gerichtet waren, innig zusammenhängen, ein in dem Grade nachdrucksamer Einfluß zukomme, daß es eines weiteren Beweisverfahrens im Civilprozeß, soweit dort die nöthige Gewißheit bereits ermittelt ist, nicht mehr bedürfe. Dieser Fall ergab sich in folgender Weise.

Zwei Weibspersonen, eine Bauerntochter und ihre Magd waren auf einen unbedeutenden Anlaß in Streit gerathen; nach einigen gewechselten Schimpfworten ging die Tochter auf die Magd mit einem

schweren, eisernen Werkzeuge los und versetzte ihr damit einige Streiche auf den Kopf, wodurch sie dieselbe ernstlich verwundete, und auf zwölf bis vierzehn Tage arbeitsunfähig machte. Nach der Aussage einer Zeugin hatte die Beschädigte, wie sie auch gar nicht läugnete, als sie ihre Gegnerin bewaffnet auf sich zukommen sah, einen Besen ergriffen, vorgehalten und selbst damit zugestoßen, überdies im Handgemenge die Haare derselben erfaßt und zurückgezogen. Die Bauerntochter wurde nun deshalb vor Gericht gestellt und wegen Vergehens der Körperverletzung in eine Gefängnißstrafe verurtheilt; in den Gründen dieses Urtheiles kam vor, dieselbe sei zu dieser That durch Streit, Schimpfen und Hinstoßen mit einem Besen gereizt worden.

Als nun die verwundete und wiedergenesene Magd wider ihre Gegnerin nach überstandener Strafe eine Klage auf Genugthuung wegen erlittener Realinjurien erhob, begegnete ihr diese mit einer Widerklage, auf dieselbe Satisfaktionssumme gerichtet, weil sie mit dem Besen auf sie zugestoßen und sie auch bei den Haaren geschüttelt habe. Die Vorklage war natürlich durch das rechtskräftige Strafurtheil vollkommen erwiesen; die Ausführungen der Widerklage dagegen setzten beide Vorinstanzen zum Beweise aus. Der oberste Gerichtshof entband die widerbeklagte Dienstmagd auf deren Revisionsgesuch von der Widerklage und bemerkte hiezu in den Gründen:

1) Es ist zwar gewiß, daß der Widerklage durch das strafgerichtliche Urtheil noch nicht unmittelbar präjudizirt ist, weil dasselbe nirgendß feststellte, die Monika A. habe, als sie auf ihre Gegnerin mit dem Besen hinstieß, sich bereits in dem Zustande rechtmäßiger Nothwehr befunden. Die beiderseitigen Thätlichkeiten, welche den Anlaß zur Klage und Widerklage bilden, trafen zwar untrennbar in einem

und demselben Vorfalle zusammen, allein an sich ist es nicht widersprechend, daß Derjenige, der zuerst eine vorsätzliche Realinjurie zufügte, unmittelbar darauf durch eine viel heftigere Erwiderung eine Verletzung erlitten haben kann, welche eine strafrechtliche Eigenschaft annimmt, ohne daß einer von beiden sich bloß vertheidigte.

2) Allein dessenungeachtet bieten die Erhebungen der Voruntersuchung und das Sitzungsprotokoll über die öffentliche Verhandlung der Sache in Verbindung mit dem Urtheile selbst bereits hinlängliche Anhaltspunkte dar, um mit Sicherheit annehmen zu können, daß Monika A. damals, ohne einen feindseligen Angriff zu beabsichtigen oder zu verüben, vielmehr nur darauf bedacht war, die an ihr begangene Gewaltthatigkeit von sich abzuwenden. Denn die einzige bei dem Vorfalle anwesende Zeugin Therese M. bestätigt ihre eigene Angabe, daß sie den Besen erst dann vorhielt, auch etwa damit zuschlug, als A. M. B. schon mit dem eisernen Blasrohre bewaffnet auf sie zukam; auch gewährte diese Zeugin, daß jene die letztere bei den Haaren faßte, erst dann, als Beide schon so nahe an einander waren, daß die M. A. mit dem Besen nicht zuschlagen konnte.

3) Das Verhalten des Besens und selbst das Zustoßen damit, gleichwie ein Schütteln bei den Haaren ist aber gegenüber einem so gewaltthätigen und lebensgefährlichen Angriffe, wie solches durch Zuschlagen mit einem schweren, eisernen Körper begangen wurde, eine verhältnißmäßig so unbedeutende Ab- und Gegentwehr, und das Bedürfniß einer solchen Vertheidigung in dem Grade einleuchtend, daß in dieser Handlungsweise nichts mehr übrig bleibt, was demselben die Eigenschaft eines böswilligen und beleidigenden Angriffes verleihen könnte, welche doch zu dem Thatbestande der Realinjurie wesentlich gehört.

4) Wäre selbst die Eröffnung der Thätlichkeiten durch das erste Hervortreten mit emporgehobenem Besen von der Monika A. ausgegangen, — so wenig hiefür ein Beweis und bei der untergeordneten Stellung einer Magd zu der Hausdchter eine Wahrscheinlichkeit vorliegt, — so würde zwar der Widerbeklagten nicht der Gesichtspunkt der Retorsion als entlastend zu statuten kommen, weil das bayer. O. R. Thl. IV Kap. 17 §. 18 Nr. 4 diese für Realinjurien aus leicht begreiflichen Gründen nicht zugelassen hat. Allein dessenungeachtet müßte den Gerichten schon nach allgemeinen Grundsätzen zustehen, eine verhältnißmäßige Kompensation der beiderseitigen Unbilden nach der Größe und Beschaffenheit einer jeden derselben zuzulassen, zumal ihnen nach dem vorhergehenden §. 17 sogar unbenommen ist, da, wo das Faktum so zweifelhaft ist, daß man den Anfänger nicht recht ergründen oder sonst kein sicheres Urtheil in der Sache fällen kann, beide gegeneinander aufzuheben. Nun ist aber klar, daß die Verletzung, welche A. M. B. damals ihrer Dienstmagd zufügte und dadurch selbst die Depression des Strafgesetzes auf sich herabzog, die vorhergegangene Anreizung in dem Grade überstieg, daß auf Seite der ersteren noch ein volles Uebermaaß der privatrechtlichen Verantwortlichkeit für die angethane Kränkung zurückbleibt.

5) Alle Wirkung, welche der bereits im Strafurtheile bekundeten Anreizung zu jenem gewaltsamen Anfälle zukommt, muß sich also darauf beschränken, in dem Zuerkennen der verwirkten Genugthuungssumme als Grund für eine entsprechende Ermäßigung in Betracht zu kommen, weshalb ein rechtsbegründeter Anlaß gegeben war, die Widerbeklagte schon dormalen von der erhobenen Widerklage zu entbinden.

OLG Erf. v. 22. Juni 1857. — R. Nr. 1656 ²³/₅₄.

2.

Haftet die mit ihrem Manne zu offenem Kram und Laden sitzende Ehefrau nach bayerischem Rechte für die Gewerbschulden solidarisch?

Vgl. Bd. 8 S. 318.

Der oberste Gerichtshof hat diese Frage bejahend entschieden aus folgenden Gründen:

Daß bayerische Landrecht nimmt zwischen Eheleuten, welche zu offenem Kram und Markt sitzen, offene Haftung oder gemeines Gewerbe und Handthierung treiben, ein Sozietätsverhältniß für Gewinn und Verlust, und zwar in der Regel zu gleichen Theilen an.

Zhl. I Kap. 6 §. 32 Nr. 4—6.

Hinsichtlich der Haftung den Gläubigern gegenüber wird im §. 33 Nr. 3 bestimmt, daß ein Ehegatte für den anderen um die in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens gemachten Schulden nicht weiter als à Proportion seines bedungenen oder statutenmäßigen Antheiles haftet. In den — der appellationsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde gelegten — Anmerkungen zu diesem Gen. Nr. 2, wird die solidarische Haftung der Ehefrau angenommen für den Fall, daß der Mann nicht mehr solvendo ist. Dieses bezieht sich aber auf die Voraussetzung einer Interzession oder einer durch Vertrag eingegangenen solidarischen Prinzipal=Kobligation, was, obschon die Stelle nicht ganz klar gefaßt ist, aus der Bezugnahme auf Bar. Schmid quaest. for. semicent. I controvers. 23 Nr. 9 außer Zweifel gestellt wird, welche (Stelle) folgendermaßen lautet:

Immo si ambo conjuges aperte solidum promittant, et sic correos debendi se constituent, licet ipso jure teneantur in solidum, tamen habent bene-

ficiam divisionis . . . ut in solidum conveniri non possint, nisi in casu, quo alter conjugum non existit solvendo.

Es möchte daher scheinen, als ob nach dem Landrechte die gestellte Frage zu verneinen sei, um so mehr, als damit auch das gemeine Recht übereinstimmt, wie dieses von dem obersten Gerichtshofe anerkannt worden ist.

S. Erf. vom 11. September 1840 R. Nr. 1170^{37/38} (Bl. f. R. Bd. 6 S. 285, Seuffert's Archiv Bd. 4 Nr. 60). Vgl. Mittermaier, deutsches P.R. Thl. II §. 407 S. 409¹⁾.

Dagegen spricht aber folgende Betrachtung:

Durch das ältere Landrecht war in Betreff der Personen, welche zu offenem Markt und Kram sitzen, der offenen Gastgeber und der Handwerker, bei welchen „die Nahrung vielmehr durch Kaufen und Verkaufen, dann durch das Handwerk gesucht wird,“ die besondere Berücksichtigung getroffen,

Tit. I Art. 10 und 11, daß hinsichtlich der wegen der gemeinen Handthierung gemachten Schulden „jedes für die ganze Schuld als für eine Person zu bezahlen verpflichtet sein soll,“ sofern nicht eine ungleiche Theilnahme am Gewinne zwischen den Ehegatten stipulirt worden.

Der leitende Gesichtspunkt war hiebei, wie Baron Schmid zu der angeführten Stelle (Art. 10) §. 4 bemerkt: die Billigkeit erfordere es, daß die zwischen den Ehegatten hinsichtlich solcher Schulden bestehende Sozietät in der Art aufgefaßt werde, daß die Ehegatten für dieselben mit ihrer Person und ihren Gütern solidarisch verpflichtet werden.

¹⁾ Ed. VII S. 439.

Zu den Anmerkungen ad Edict. Proc. tit. 2
art. 11 Nr. 21 bemerkt derselbe weiter:

Ejusmodi enim mulieribus tamquam cor-
reis; ne bona fide cum ipsis contrahen-
tes inique decipiantur, ex communi con-
suetudine Germaniae et maxime patriae
nostrae contra creditores communis ne-
gotiationis privilegia dotis denegantur,
cum enim lucrum et augmentum rei fa-
miliaris aequae ad uxorem quam mari-
tum perveniat, uxor aequae ac maritus
obligatur etc.

Wäre bei der Erlassung des Landrechtes von
1756 beabsichtigt worden, eine in den Verkehr so
tief eingreifende Bestimmung des bestehenden Rech-
tes zu ändern, so würde dieses in eine ausdrückliche
Bestimmung des Textes aufgenommen oder jeden-
falls in den Kreittmahr'schen Anmerkungen erörtert
worden sein. Diese nehmen aber im Gegentheile in
der ganzen Materie auf das ältere Landrecht Be-
zug; namentlich wird der angeführte Artikel 10 in
der Note zu §. 33 Nr. 3 als noch geltendes Recht
allegirt.

Der anscheinende Widerspruch löst sich einfach
dadurch, daß es wohl für überflüssig erachtet wor-
den sein mag, die fragliche Bestimmung als Be-
schränkung des im §. 33 Nr. 3 aufgestellten Grund-
satzes in das Landrecht aufzunehmen, nachdem sie
implicite bereits in die Gerichtsordnung von 1753
Kap. 20 §. 6 Nr. 4 übergegangen war, wonach
keine Ehefrau sich der gesetzlichen Vor- und Unter-
pfandrechte gegen die Gläubiger bedienen kann,
wenn sie zu offenem Kram und Markt sitzt, offene
Wirthschaft hält oder sonst ein solches Handwerk
treibt, welches meistens in Kaufen und Ver-
kaufen, mithin in gemeinsamem Gewerbe besteht.
Diese Bestimmung ist nur in der Voraussetzung

der solidarischen Haftbarkeit der Ehefrau für jene Klasse von Schulden erklärbar; denn wäre sie nur für die Hälfte der Schuld tenent, und wäre die andere Hälfte ihr fremd, so hätte sie nur im Besitze jener Hälfte dem Gläubiger auszuweichen.

Muß aber hiernach diese solidarische Haftung für den Fall des Konkurses angenommen werden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sie auch außerhalb des Konkurses bestehe; denn der Ausbruch des Konkurses kann die bestehenden civilrechtlichen Verhältnisse nicht verändern.

In der That zeigt die Anmerkung zu der angeführten Stelle der Gerichtsordnung lit. d, daß dieselbe lediglich aus den oben allegirten Artikeln 10. und 11 Tit. I des älteren Landrechtes geschöpft ist. Es wird dabei die oben ausgehobene Bemerkung B. Schmid's zum Gantprozeß Art. 11 Nr. 21 in Bezug genommen, in welcher das Ausweichen der Ehefrau in der Gant des Ehemannes für solche Fälle als Korollar der angeführten landrechtlichen Bestimmung angeführt ist.

DAOE. vom 7. Juli 1857 N. Nr. 755⁵⁶/₅₇.

(M. und M. .).)

3.

Grundsteuerkataster.

Wie aus Bb. XIV S. 224 und Bb. XIX S. 143—144 ersichtlich ist, hat der oberste Gerichtshof in einer Reihe von Fällen angenommen, daß das Grundsteuerkataster wohl als Mittel zum Beweise des Klagegrundes, nicht aber als Mittel zur Ersetzung des Klagegrundes gebraucht werden könne.

Eine andere Ansicht findet sich in einem unter dem 14. April 1856 erlassenen Erkenntniß (N. Nr. 116⁵⁵/₆₆) vertreten. Hier heißt es nämlich:
„Der gesetzliche Entstehungsgrund der vollen

Beweiskraft des Steuerkatasters, nämlich die dreijährige *Acquieszenz*, aus welcher die rechtliche Präsumtion der Anerkennung des eingetragenen Rechtes und der Unterwerfung unter die fraglichen Ansprüche abgeleitet wird, begründet allerdings schon an sich einen neuen, den alten überflüssig machenden Rechtstitel ¹⁾.“

In einem neuerlichen Falle war umgekehrt: der oberste Gerichtshof mit Entscheidung der Frage befaßt, welche Bedeutung dem Nichteintrage einer Reallast im Grundsteuerkataster beizumessen sei. Hierüber äußern sich die oberstrichterlichen Motive in nachstehender Weise:

„Was die unterlassene Anmeldung zum Steuerkataster anbelangt, so kann dem §. 95 des Grundsteuergesetzes vom 15. August 1828 nicht der Sinn untergelegt werden, daß alle während der Reklamationsfrist nicht angemeldeten Rechte auf die steuerbaren Objekte erloschen sein sollen, sondern nur die Tendenz, daß solche vom Eintrage in das Steuerkataster ausgeschlossen, und dadurch der Wohlthat, das Steuerkataster als Beweismittel für sich zu haben, verlustig sein sollen. Das Gesetz beabsichtigt, die Möglichkeit eines definitiven Abschlusses des Katasters in einer gemessenen Zeit herbeizuführen; es hat als Steuergesetz keine civilrechtliche, sondern eine finanzielle Aufgabe, und beabsichtigt, für den Staat als Steuerherrn einen definitiven Zustand in Bezug auf die Frage zu schaffen, in welchem Maße die Grundobjekte, ob und welche nutzbaren Rechte zu besteuern seien. Nach Umfluß der Reklamationsfrist soll das Kataster als *Saal- und Lagerbuch* mit Beweiskraft gelten; der-

1) Vgl. Otto Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. S. 194.

sachen Wichtigkeitsbeschwerden zum fgl. Staatsministerium des Innern zugelassen und von Oberaufsichtswegen gewürdigt werden — vgl. Min.-Reskript v. 6. November 1832, Döllinger, Verord.-Samml. Bd. XIII S. 1500 —; so läßt sich hieraus die Zulässigkeit solcher Beschwerden gegen die wegen polizeilich strafbarer Jagdfrevel von den Gerichten zweiter Instanz erlassenen Erkenntnisse schon aus dem Grunde nicht ableiten, weil in Artikel 9 des Ges. v. 25. Juli 1850 zwar im Allgemeinen auf die für die Behandlung der Polizeistrafsachen gegebenen Vorschriften hingewiesen, bezüglich der zulässigen Rechtsmittel aber eine spezielle Bestimmung enthalten ist, welche diesfalls allein Maaß zu geben hat. —

Abgesehen hiervon ist der Beschwerde ein Wichtigkeits-Grund im Sinne der G. D. Kap. 16 §. 2 oder des Strafprozeß-Ges. v. 10 Nov. 1848 gar nicht geltend gemacht, dieselbe stellt sich vielmehr lediglich als eine Berufung zur dritten Instanz dar, und eine solche ist in Polizeistrafsachen überhaupt in der Regel unzulässig (Minist.-Resk. vom 30. November 1823; 7. September 1824; 6. November 1832 in Döllinger, Verord.-Samml. a. a. O. S. 1495, 1500.)

DASt. v. 3. Juni 1857 Nr. Nr. 1149⁵⁶/₅₇.
e.

Berichtigung: S. 320 in Nr. 2 I. „S. 152“ statt „S. 150“. Nachträge: S. 294 zu Nr. 2 vgl. Bd. XXI S. 474 Nr. 3; S. 335 zu Nr. 3 vgl. Bd. XXI S. 461 Nr. 7.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kirchengemeinde und politische Gemeinde. Mutter- und Filialgemeinde. Legitimation zur Sache in Streitigkeiten über die kirchliche Baupflicht. — Schutzbaupflicht. Umfang derselben bei vermehrtem Bedürfnisse. — Gegenüberführung realer Gewerbrechte nach gemeinem Rechte. Unterbrechung durch Eintrag des Realrechtes in den Gewerbesteuerkatalog auf Antrag des Berechtigten. — Bei erneuerter dinglicher Klage genügt die Angabe des allgemeinen Klagegrundes nicht. — Kompetenz im Betreffe der Beugschuldspflichtigkeit. — Testamente nach bairischem Provinzialrechte, insbesondere testamentum Judicis oblatum. — Widersprechende Klagegründe. Begründung eines untergekauften Betruges bei einem gerichtlichen Testamente. — Ausdrückliche Aufstellung eines Insinuationsmandats.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kirchengemeinde und politische Gemeinde. Mutter- und Filialgemeinde. Legitimation zur Sache in Streitigkeiten über die kirchliche Baupflicht.

Wgl. Wb. 14 S. 303 f.; — Wb. 22 S. 17 ff.

In diesem Betreffe findet sich in diesem Bande weiter oben S. 25 Note 3 die Bemerkung mit eingeflochten:

„Wohl mag es, zumal bei konfessionell ungemischten Gemeinden in häufiger Übung sein, die Baupflicht der „Eingepfarrten“ als Baupflicht der „Gemeinde“ aufzufassen und zu behandeln. Aber auch unter dieser Voraussetzung würde die Vertretung der Konkurrenzpflichtigen nicht der Kirchenverwaltung, sondern vielmehr den Organen der politischen Gemeinde zukommen.“

Der oberste Gerichtshof hat seit jener Zeit einen Ausspruch erlassen, welcher sich dieser Ansicht anschloß. Der Fall kam unter folgenden Umständen vor:

Die Dörfer S. und M. waren selbstständige politische Gemeinden, die letztere dagegen dem Pfarrverbande der ersteren als Filiale einverleibt. Als nun der Neuaufbau des Pfarrhauses nothwendig, und die Konkurrenz bezüglich der erforderlichen Kosten durch ein administratives Provisorium geregelt war, welches beiden Gemeinden den dritten Theil derselben zur Tragung überwies, unterwarf sich zwar die Muttergemeinde S. demselben, die Filialgemeinde M. dagegen erhob für sich allein eine Klage gegen den k. Fiskus auf Abnahme jener Last; die politische Gemeinde M. faßte zu diesem Ende einen Gemeindebeschluß, der auch den Streitkonsens der Regierung erhielt; der Gemeindevorstand bevollmächtigte einen Anwalt. Diese Art, den Legitimationspunkt zu berichtigen, wurde von dem k. Fiskus als ungenügend bestritten, weil es eine selbstständige Kirchengemeinde M. nicht gebe, die Filialgemeinde M. ohne Beitritt ihrer Mutterkirche nicht klagbar auftreten könne, und die politische Gemeinde M. an einer Sache, welche bloß den Kultus und den kirchlichen Zweck berühre, gar nicht theilhaftig sei.

Diese Voreinrede wurde in beiden Instanzen als ungegründet zurückgewiesen. In den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt hierüber vor:

Es ist richtig, daß eine eigene Kirchengemeinde M. nicht besteht, daher eine solche auch nicht klagbar auftreten konnte, weil M. nach der jüngsten Einteilung der Pfarrsprengel nur eine Filiale der Kirchengemeinde S. bildet und die Behauptung, es sei nur eine zweite unirtete Mutterkirche, allen notorischen Verhältnissen widerstreitet. Es ist aber ebenso gewiß und auch im Vorstreite ¹⁾ durch das Stillschwe-

¹⁾ Es war nämlich dieselbe Klage schon früher von der politischen Gemeinde M. gegen den k. Fiskus aus

gen des k. Fiskus sowie das Auerkenntniß der erkennenden Gerichte festgestellt, daß dessenunachtet die Gemeinde M. und ihre Bewohner ermächtigt seien, ihre Befreiung von der streitigen Kirchenbaulast selbstständig und unabhängig von der Beruhigung der Muttergemeinde S. zu verfolgen, weil sie ein abgesondertes Interesse hat und eine von der letzteren verschiedene Stellung einnahm. Die wahre Klägerin in dieser Sache ist daher die politische Gemeinde M., weil es sich für sie um die Abwendung einer solchen Last handelt, welche jedem Bewohner jenes Dorfes schon vermöge seiner Eigenschaft als Gemeindeglied obliegen würde, wenn nicht die Freiheit davon im Rechtswege dargelegt werden kann²⁾. Der Zusammenhang der streitigen Last mit den Erheischungen des Kultus ändert hieran nichts, da der Gegenstand des Streites nicht einen Gegenstand der kirchlichen Ordnung, sondern eine ganz materielle Erfüllung betrifft, welcher selbst ein Dritter außer der Kirchengemeinde unterworfen sein könnte. . . . Nun hat aber die Gemeinde M. nach der Beilage ihrer Klage nicht nur einen einstimmigen Gemeinde-Beschluß auf Fortsetzung des gegenwärtigen Rechtsstreites gefaßt, sondern auch der Gemeindeausschuß dem Adv. M. Vollmacht erteilt; der Streitkonsens der k. Kreisregierung beruht ohnedies bereits auf der Unterstellung einer wahren Gemeindefache. Mithin ist auch die aktive

einem anderen Rechtsgrunde erhoben, wegen Unstatthaftigkeit des letzteren aber angebrachtermaßen abgewiesen worden. Dort wurde die Legitimation der politischen Gemeinde vom Fiskus nicht beanstandet.

²⁾ Vgl. Bd. 4 S. 2 lit. c.

Ermächtigung zum Streite auf Seite der klagenden Gemeinde über jedes Bedenken erhoben ³⁾).

DAÖErf. v. 20. April 1857 — Nr. 762⁶⁴/₅₅.

2.

Schulbaulast. Umfang derselben bei vermehrtem Bedürfnisse.

Bgl. Bb. 18 S. 352; Seuffert's Archiv Bb. 5 Nr. 52, Bb. Nr. 84, Bb. 9 Nr. 54.

Bgl. auch Buchta und Budde, Entscheidungen des Großherz. Mecklenb. DAÖ. zu Rostock, Bb. 2 S. 284 ff.

Derjenige, dem die Baupflicht bezüglich eines Schulhauses obliegt, hat auch die Kosten für den Ankauf eines neuen Bauplazes zu tragen, wenn derselbe erforderlich wird. Denn der Umfang jener Pflicht erstreckt sich im präsumtiven Sinne des betreffenden Titels, worauf dieselbe beruht, offenbar darauf, das ganze Gebäude mit Allem, was davon abhängt, als eine Erheischung zur Erreichung des Schulzweckes herzustellen und in Bereitschaft zu setzen, ist also nicht darauf beschränkt, im Anschlusse an den Wortlaut einer Baupflicht bloß das erforderliche Gebäude aufzuführen und in ordentlichem Zustande zu erhalten.

DAÖErf. v. 9. Okt. 1857 — Nr. 773⁶⁴/₅₅.

3.

Extinktivverjährung realer Gewerbsrechte nach gemeinem Rechte. Unterbrechung durch Eintrag des Realrechtes in den Gewerbskataster auf Antrag des Berechtigten.

Bgl. Bb. 5 S. 188 Nr. 3; Bb. 15 S. 141—143; Bb. 10 S. 172; Bb. 21 S. 336.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung heben wir hervor:

³⁾ Bgl. Bb. 4 S. 7 Nr. 2.

Das Gewerbsgesetz vom 11. September 1825 enthält über die Erlöschung der realen Gewerbsrechte durch non usus keine Bestimmungen; denn der Art. 6 Nr. 3 bezieht sich nur auf personelle KonzeSSIONen. Nach Art. 4 Nr. 1 und 2 sind die realen Gewerbe vielmehr nach den jeden Orts bestehenden bürgerlichen Gesetzen und Verordnungen zu beurtheilen. Es kommt also auch, was die Frage der Erlöschung derselben durch non usus betrifft, das am Orte ihres Bestehens geltende Recht zur Anwendung, sohin im vorliegenden Falle das gemeine Recht. Nach diesem, und zwar nach cap. 6 X de privileg. (5, 33) ist der Grund, auf welchem die Erlöschung des Privilegs durch 30 jährigen Nichtgebrauch beruht, die Annahme der Entsagung, des Verzichtes ¹⁾ auf das Privileg. Dieses Prinzip ist sowohl auf negative, als auf affirmative Privilegien anwendbar, zu welch' letzterer Klasse die realen Gewerbsrechte gehören. Es folgt aber aus jener gesetzlichen Bestimmung weiter, daß durch eine jede in die Verjährungsperiode fallende Handlung, welche der Annahme des Verzichtes entgegensteht, die Erlöschung des Privilegs ausgeschlossen wird. Eine Handlung dieser Art nun ist es, wenn der Berechtigte den Eintrag seines Gewerbsrechtes in den Kataster für Realgewerbe veranlaßt hat. . . . Der Beklagte könnte sich dagegen auf den Eintrag im Gewerbskataster nicht berufen, wenn derselbe lediglich von Amtswegen durch die Polizeibehörde bei Anlegung des Katasters vorgenommen worden wäre. Um

¹⁾ Vgl. Steppes in der Gießener Zeitschrift Bd. 14 S. 126 ff. M. M. Wangerow, Lehrbuch Bd. 1 S. 116, Anmerk.

die Verzichtsbannahme auszuschließen, muß diesem Eintrage die Anmeldung von Seiten des Berechtigten zu Grunde liegen. — —

OLG. vom 30. Januar 1857 R. Nr. 765⁵⁵/₆₆.
c.

4.

Bei erneuerter dinglicher Klage genügt die Angabe des allgemeinen Klagegrundes nicht.

Eine Klage, mittelst welcher Kläger das Recht zum Viehtriebe über die Grundstücke des Beklagten auf Grund der 10 resp. 20 jährigen Ersizung und des angeblichen Bedürfnisses eines Nothweges beansprucht hatte, wurde wegen Mangels der erforderlichen Vollständigkeit des Klagvorbringens in faktischer Hinsicht angebrachtermaßen abgewiesen.

In einer erneuerten Klage behauptete Kläger bloß im Allgemeinen, daß ihm das fragliche Viehtriebsrecht zustehe. Da er aber in einem Klagnachtrage noch vorbrachte, daß ihm dasselbe auch vermöge unwordenflicher Verjährung zukomme, so wurde ihm der Beweis dieses letzteren, vom Beklagten widersprochenen Klagegrundes auferlegt. Hiergegen beschwerte sich Kläger, weil ihm der Beweis seines behaupteten Rechtes bloß im Allgemeinen hätte auferlegt werden sollen, und diese Beschwerde verfolgte er auch gegen das bestätigende zweitrichterliche Erkenntniß zur dritten Instanz, jedoch ohne Erfolg.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe enthalten hierüber Folgendes:

„Wenn auch Kläger seine erneuerte Klage ganz allgemein gehalten und nur im Klagnachtrag des Titels der unwordenflichen Verjährung mit dem Verbindungs Worte „auch“ noch nebenbei erwähnt hat,

und wenn auch nach dem bayer. Prozeßrechte gestattet ist, bei dinglichen Klagen nur die *causa proxima* zur Begründung der Klage zu erwähnen, so kann doch in dem Falle, wenn in einer Klage *causae remotae et speciales* erwähnt waren und diese nur zum Theil in faktischer Hinsicht nicht genugsam erörtert erschienen und deshalb die Klage in angebrachter Art abgewiesen wurde, die erneuerte Klage nicht mehr ganz allgemein auf das Recht gestellt werden, sondern der Kläger hat in der neuen Klage das faktisch Mangelhafte zu ergänzen, weil sie außer dem nur als die erneuerte frühere erschiene. In der neuen Klage hat aber Kläger keinen anderen Klagegrund vorgebracht, als den der unvordenklichen Verjährung, es ist ihm daher mit Recht auch nur dieser zum Beweise ausgesetzt worden.“

DAGE. v. 4. Oktober 1856 R. Nr. 1553^{54/55}.
3/7.

5.

Kompetenz im Betreffe der Zeugschaftspflichtigkeit.

In Konformität mit den Vorinstanzen wurde oberstrichterlich ausgesprochen, daß die Entscheidung über die beanstandete Pflichtigkeit zur Zeugschaftsleistung in einer Civilprozeßsache nicht dem Gerichte, vor welchem der betreffende Zeuge seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, sondern dem Gerichte, vor welchem der Hauptprozeß anhängig ist, zustehe ¹⁾. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe enthalten hierüber folgende Ausführung:

¹⁾ Die gegentheilige Ansicht wurde in einem Urz. des DA. zu Jena v. 31. Aug. 1820 aufgestellt. S. Seuffert, Archiv Bd. V Nr. 318 S. 450.

Wenn auch der aufgestellte Satz zuzugeben ist, daß die Verpflichtung, Zeugniß vor Gericht abzulegen, zunächst ihren Grund in der gesetzlich anerkannten Schuldigkeit des Unterthanen hat, so vielan ihm ist, zur Beförderung des Staatszweckes und Gemeinwohles beizutragen, mithin in dem Verhältnisse des einzelnen Mitgliedes zum gesammten bürgerlichen Gesellschaftsvereine, so stellt sich eben aus diesem Grunde die Befreiung von der allgemeinen Pflicht zur Zeugschaftsleistung als eine Ausnahme von der Regel dar, welche Ausnahme nur aus Rücksichten auf ein besonderes Verhältniß des Zeugen entweder zu einem der Streittheile oder zur Sache selbst, beziehentlich zum Gegenstande der beabsichtigten Vernehmung, gerechtfertigt werden kann, und hiernach erscheint auch die aus jener Prämisse gezogene Schlußfolgerung unrichtig, daß die Entscheidung über die in Zweifel gezogene Verbindlichkeit, sich in einem Rechtsstreite zwischen anderen Parteien als Zeuge vernehmen zu lassen, deshalb an dessen ordentlichen Gerichtstand verwiesen werden müsse, weil solchenfalls das Rechtsverhältniß des Zeugen von den Wirkungen desjenigen Rechtsstreites unabhängig sei, worin er Zeugschaft geben soll.

Wenn auch ein anderer Richter als der, vor welchem der Hauptrechtsstreit anhängig, in den Stand gesetzt sein kann, das persönliche Verhältniß des Zeugen zu den Streittheilen im Allgemeinen zu beurtheilen, so kann doch nur allein dem Richter des Hauptstreites ein Urtheil darüber zustehen, ob und in wie weit eine solche Weigerung im Hinblick auf den Gegenstand der Vernehmung gegründet ist oder nicht, und wird hier als Beispiel nur der Fall angeführt, daß auch selbst die nächsten Verwandten zur Zeugschaftsleistung ver-

pflchtet sind, wenn die Wahrheit auf andere Weise nicht zu erheben ist (GD. Kap. X §. 11 Nr. 1); und da dieß nothwendig die Beurtheilung zur Sache selbst voraussetzt, so kann auch nur dem betreffenden Prozeßrichter und nicht dem ordentlichen Richter des Zeugen, wenn nicht beide Eigenschaften koexistiren, ein Urtheil hierüber zustehen. Die Ausnahme des Gegentheiles würde geradezu gegen die dem forum connexitatis causae zu Grunde liegende Maxime verstoßen, daß Sachen, welche zusammen gehören, nicht leicht von einander getrennt, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandelt werden sollen, damit nicht, wie auch in den Anmerkungen zur GD. Kap. I §. 10 lit. a ausdrücklich bemerkt ist, die Streitigkeiten unnöthig vermehrt und verlängert und einander widersprechende Entscheidungen herbeigeführt werden. Entsteht im Verlaufe eines Prozesses Streit über eine Frage, deren Beantwortung von Einfluß auf den Prozeßgang und die Entscheidung der Hauptsache ist, so bildet dieß eine Inzidentfrage, welche von jener nicht getrennt werden darf,

Senffert, Kommentar zur GD. Bb. I. S. 75 lit. c. (S. 97 der 2. Aufl.) —

und daß in diese Kategorie die Entscheidung darüber gehört, ob und in wie weit ein Beweisbehelf nach der Aktenlage als zulässig erscheint, kann wohl keinem begründeten Zweifel unterliegen.

DAUE. v. 6. November 1857 R. Nr. 1418 ^{66/57.}
^{3/7.}

6.

Testamente nach fränkischem Provinzialrechte, insbesondere testamentum judicii oblatum.

Hierüber entnehmen wir aus einer oberstrichterlichen Entscheidung folgende Sätze:

Nach der ausdrücklichen, allgemeinen Bestimmung der kaiserl. Landgerichtsordnung für das Herzogthum Franken Th. III, Tit. 37 §. 1 und Tit. 40 §. 1 ist es unbedingt freigestellt, der Form nach, entweder „nach Verordnung (Anweisung) der gemeinen geschriebenen Rechte nuncupative oder in scriptis“ oder nach den Bestimmungen der f. l. u. G. D. zu testiren, welche f. l. u. G. D. in Tit. 40 §. 2—12 lediglich „etliche“ (3) bisher in „Franken gewöhnliche Formen zu testiren anzeigt“.

Der Umstand, daß die in der f. l. u. G. D. Tit. 40 §. 2—12 aufgeführten 3 „Fälle“ (Arten) der Testamenterrichtung lediglich die Form der öffentlichen Testamente betreffen und daß im Tit. 41 §. 1—7 bezüglich des gemeinen Rechtes lediglich die zur Zeugenschaft bei Privattestamenten tauglichen und untauglichen Personen bezeichnet werden, berechtigt nicht zu dem Schlusse, daß die Bestattung, nach den Formen des gemeinen Rechtes oder nach den Bestimmungen der f. l. u. G. D. zu testiren, welche Bestattung im Tit. 37, §. 1 und Tit. 40 §. 1 ganz allgemein erklärt ist, auf Privattestamente beschränkt habe werden wollen, folglich bei öffentlichen Testamenten die Formen der f. l. u. G. D. in Tit. 40 §. 2—12 eingehalten werden müßten. Es ergibt sich vielmehr aus der Stellung der Bestimmungen in Tit. 37 §. 1 und Tit. 40 §. 1 zu dem Tit. 41, daß der Gesetzgeber es im Allgemeinen bei den Bestimmungen des gemeinen Rechtes bei jeder Form der Testamenterrichtung habe bewenden lassen wollen, indem er nur hinsichtlich der Testamentzeugen einige Bestimmungen traf. Daß die f. l. u. G. D. die Bestattung, nach gemeinem Rechte zu testiren, nicht auf Privattestamente habe beschränken wollen, bezeugt auch Schneidt, Thes. jur. franc. Opusc.:

XXXVI. §. 17. p. 2371 Nr. I, §. 18 p. 2372: (verb: „juxta formam juris Romani consequenter et extrajudicialiter condere testamenta“).

Da nun Testamente soweit möglich von Amtswegen als rechtsbestehend aufrecht erhalten werden müssen, (somit eine Erforschung, ob der Testator nach diesem oder jenem Rechte habe testiren wollen, nicht geboten ist), so ist überall die für die Aufrechterhaltung günstigere Form in Betracht zu ziehen.

Daß nun aber nach gemeinem Rechte bei dem testamentum judicii oblatum (wie das vorliegende) der Testator nicht an sein ordentliches Gericht (forum domicilii) gebunden sei, ist unbestrittenen Rechts (vgl. Seuffert's Pand.-N. §. 532 Nr. 2, Note 3).

Allein abgesehen hievon kann auch die Meinung, als schreibe das fränk. Prov.-Recht für die in §. 40 §. 2—12 aufgeführten 3 Formen des öffentl. Testamentes die Errichtung bei des Erblassers ordentlichem Gerichte vor, ferner, als sei hiedurch, bezüglich des öffentlichen Testamentes, das sonst in Geltung erhaltene gemeine Recht abgeändert, als richtig nicht erachtet werden.

Die erste Behauptung stellt Schneidt im Thes. I. c. §. 20 p. 2376 auf, und sie ist ohne weitere Begründung in die Werke von Schellhaß Vater (Beitr. z. Ges. G. §. 110) und Schellhaß Sohn, (Darstellung des Würzb. R. 1856, §. 88 Note 2 und §. 89) übergegangen. Die zweite Behauptung, als sei hiedurch auch das gemeine Recht in diesem Punkte in Franken abgeändert, stellt von Weber (Darstellung der Würzb. Prov.-Rechte §. 276 Nr. 6 S. 242) auf.

Die „etlichen“ von der k. L. G. D. als die bisher üblichen bezeichneten Formen der Testamentes-

errichtung beziehen sich (wie schon angeführt) auf öffentliche Testamente, nämlich auf vor Gericht vollständig erklärte oder dem Gerichte, dessen Kommissarien oder, in Ermangelung eines Gerichtes am Konfektionsorte, anderen Personen an der Stelle der Gerichtskommissarien übergebene, bereits in Schrift gebrachte Testamente.

Bei diesen Formen öffentlicher Testamente ist im Tit. 40 §. 2 das Prinzip aufgestellt: die Errichtung könne vor jedes Orts-, Stadt- oder Dorfgericht ¹⁾ geschehen.

Dieser zunächst bei dem vollständig bei Gericht erklärten resp. konfizierten Testamente ausgesprochene Grundsatz ist im §. 7 eod. tit. bei dem testamentum judici oblatum in keiner Weise geändert und ebensowenig im §. 9 ib., wo von dem Testamente speziell gehandelt wird, welches, wenn der Testator gehindert ist, selbst zu Gericht zu gehen, Gerichtskommissarien aufzunehmen haben. Im §. 10 nun, wo der gleiche Fall, allein mit der Modifikation, daß der Testator einen schriftlichen Testamentaufsatz schon gefertigt hat, behandelt wird, ist gesagt, daß, wenn in dem Orte — Dorfe — kein eigenes Gericht sei, andere ehrliche Männer (an der Stelle der Gerichtskommissarien) das Testament zu übernehmen haben, welche („die außer Gerichts“) das Testament „an das Gericht, unter welches der Testator sonst gehörig, bringen sollen“.

Aus dieser Vorschrift (auf welcher die ganze Argumentation Schneidt's beruht) kann aber sicher nicht gefolgert werden, daß der ausgesprochene Grundsatz bei öffentlichen Testamenten, wonach sie vor dem Gerichte jedes Orts gültig errichtet werden können, völlig verriickt und hiefür das ordentliche Domizil-

¹⁾ Vgl. Bd. XII S. 205.

gericht des Testators substituirt werden wollte. Viel mehr ist klar, daß lediglich angeordnet wurde, daß jene Privatpersonen, welche im Nothfalle, bei Ermangelung eines Gerichtes in loco, ein schriftliches Testament übernehmen, dasselbe sofort dem ordentlichen Gerichte des Testators behufs der Verwahrung und seinerzeitiger Verkündung übergeben sollen, statt, auf einem Umwege, vorerst dem Gerichte, in dessen Sprengel jener Testamenterrichtungsort ohne Gerichtssitz liegt, welches Gericht das Testament doch wieder seinerzeit an das ordentliche Gericht des Testators behufs der Publikation abgeben müßte. Es erscheint daher die Bestimmung im §. 10 des Tit. 40 als eine völlig singuläre, durch die Besonderheit des speziell behandelten Falles hervorgerufene, welche in keiner Weise geeignet ist, an dem klar ausgesprochenen Grundsatz bei öffentlichen Testamenten im §. 2 etwas zu ändern.

Die Annahme Weber's a. a. O. S. 243, die Worte „jedes Orts: Stadt: oder Dorfgericht“ seien so zu verstehen, daß die Errichtung nicht gerade vor dem ehemaligen kaiserlichen Landgerichte, als Gericht in Erbschaftsachen, geschehen müsse, ist, wenn das Argument Schneidt's aus §. 10 Tit. 40 nicht stichhaltig ist, völlig bedeutungslos. — Schneidt hat übrigens seine Meinung, als enthalten die im Tit. 40, §. 2—12 aufgeführten 3 Formen öffentlicher Testamente die Beschränkung auf das ordentliche Gericht des Testators, offenbar später wieder nicht festgehalten, sonst hätte er l. c. §. 28 p. 2388 Diff. 1, als eine Hauptdifferenz zwischen dem gemeinen und dem fränkischen Rechte aufzuführen müssen, daß öffentliche Testamente in Franken an die Errichtung vor des Testators ordentlichem Gerichte gebunden seien. — Schon oben wurde erwähnt, daß durch die beispielsweise Aufzählung der 3 in Franken bisher gewöhnlichen Arten öffentlicher

Testamente im Tit. 40 der f. v. G. O., keinerlei Aenderung an den ausdrücklich erhaltenen Bestimmungen des gemeinen Rechtes, auch bezüglich öffentlicher Testamente, beabsichtigt sein konnte, deshalb entbehrt auch Weber's Annahme in dieser Richtung jeder Begründung.

DAZ. v. 28. August 1857. R. Nr. 1175^{56/57}.

Q. M.

7.

Widersprechende Klagegründe. Begründung eines untergelaufenen Betruges bei einem gerichtlichen Testamente.

Hierüber entnehmen wir aus einem obersterichterlichen Erkenntnisse Folgendes:

Die Gerichtsordnung Kap. 4 §. 9 gestattet vermöge der Eventual-Maxime nicht die alternative oder subsidiäre Kumulirung sich schlechtthin widersprechender Klagegründe. Es zeigen dieß klar die Beispiele in den Annotat. hiezu, litt. f. und der §. 11 l. c., welcher alle „kontradiktorischen Anführungen“ in dem weiland gestatteten artikulirten Klage libelle verwirft.

Ein Testament kann wegen des Mangels, daß der Testator nicht bei Verstand war, als nichtig, und wenn dieß nicht erwiesen wird, wegen ungesetzlicher Exheredation oder Präterition als inoffiziös angefochten werden. In diesem Falle bleibt den beiden Klagegründen doch immer als die gemeinsame tatsächliche Unterlage: das Bestehen des Testaments als äußerlicher Willensakt des Testators; es ist daher kein innerer, das logische Gebiet der Thatfachen verletzender Widerspruch vorhanden. Anders aber bei der Aufstellung einer Unterschiebung einer anderen Person statt der Testatrix bei dem Testamentsakte mit der Behauptung, die Testatrix sei von Personen, die auf sie psychischen Zwang ausgeübt hätten, zu Gericht gebracht worden, sie sei bei diesem Akte nicht bei Verstand gewesen.

Hier ist eine Vereinigung beider Klagegründe auf dem Gebiete der Thatfachen unmöglich. Man kann nicht sagen, der Kläger werde durch die Verwerfung solcher widersprechender Anfechtungsgründe in seinen Rechten verletzt, er könne ja für jeden derselben, wenn auch keine Gewißheit (die in fremden Angelegenheiten nicht erreichbar sei), so doch Anzeigen, Indizien in Händen haben, die ihn zur subsidiären und alternativen Geltendmachung beider Gründe berechtigten.

Sind nämlich dem Kläger wirklich (d. h. die Ernstlichkeit beider Anfechtungsgründe vorausgesetzt) Anzeigen für die beiden widersprechenden Thatfachen geboten, so ist es seine Pflicht, vor Anstellung der Klage über den wahren Sachverhalt in's Klare zu kommen und hierauf seine Klage zu gründen; nimmermehr kann es aber angehen, Verhandlungen über zwei Thatfachen zu gestatten, von welchen der Kläger selbst die eine für nicht geschehen erkennen muß. Nicht vage Anzeigen, Gerüchte, Vermuthungen sondern bestimmte Ueberzeugung begründende Anhaltspunkte allein können die Parteien zur Betretung des Rechtsweges berechtigen — wenn nicht ein unwürdiges Spiel vor dem Richter gestattet werden will.

Aber auch aus einem anderen Grunde kann dem fraglichen Testamentsanfechtungsgrunde eine Folge nicht gegeben werden.

Gegenüber der in dem gerichtlichen Protokolle vom 28. Juli 1852 durch den vor Gericht erschienenen Kaufmann B. bekundeten Identität der Person der Anna Maria B. kann zur Begründung eines gespielten Betruges, der fälschlichen Unterschlebung einer anderen Person statt der Testatrix, die einfache Aufstellung, es sei eine andere Person bei Gericht erschienen, offenbar nicht genügen. Die Wahrheit dieser Thatfache wäre nur unter der Unterstellung möglich, entweder Kaufmann B. habe sich an dem

Betrüge, dessen Autoren gleichfalls nicht bestimmt bezeichnet sind, selbst betheiligt, oder es sei ihm selbst jene unterschobene Person fälschlich als die A. M. B. vorgestellt worden, und er habe, im Vertrauen auf die ihm gemachten Angaben, die Identität bei Gericht dahin bestätigt, als sei ihm die A. M. B. schon vorher bekannt gewesen. Ohne die nähere Anführung der Thatsachen, welche im gegebenen Falle einen angeblich gespielten Betrug nothwendig vermitteln mußten, ist weder der Beklagten eine erschöpfende Vertheidigung möglich, noch ist dem Richter ein gesetzlicher Anlaß zu einer Beweisauflage gegeben, welche immerhin eine umständliche Darlegung im ersten Verfahren voraussetzt, wenn es sich wie hier, 'um einen Betrug bei einem gerichtlichen Akte handelt. —

DAÖG. v. 28. August 1857. R. Nr. 1175⁵⁶/₅₇.

ρ. μ.

8.

Ausdrückliche Aufstellung eines Insinuationsmandatars.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir:

Die Thatsache, daß die vorausgegangenen richterlichen Verfügungen dem (als Insinuationsmandatar nicht aufgestellten) Boten P., und durch ihn dem klägerischen Advokaten W. zugestellt, und von diesem auch angenommen wurden, ist noch keineswegs einer wirklichen Aufstellung des P. als Insinuationsmandatar gleichzuachten, da diese vom Advokaten W. selbst und ausdrücklich hätte erklärt werden müssen. Cod. jud. Kap. 5 §. 8 Nr. 9.

DAÖG. v. 11. November 1854 R. Nr. 12⁵⁴/₅₅.

e.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Satz: *compensatio fit ipso jure*. Kompensation im Konkurse. — Ueber die Genossenschaftverbindlichkeit Landesöberrichter Beamten. — Zur Lehre von Gemeindefachen. — Injunctenrestitution in der Berufungsinstanz. — Angabe der Zeit bei Injunctenfällen.

Ueber den Satz: *compensatio fit ipso jure*. Kompensation im Konkurse.

Ueber den Satz: *compensatio fit ipso jure* findet sich in diesen Blättern (Bd. 15 S. 81—91) eine Abhandlung von Hrn. Prof. Dr. Brinz. Dieselbe bekämpft die bereits von dem Glossator Martinus ausgesprochene und bis in den Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts herrschend gewesene Ansicht, wornach der in den Quellen mehrfach sich findende Ausdruck: *ipso jure compensari* den Sinn haben soll, daß Kompensation ohne Berufung der Partei ganz von selbst eintrete, d. h. daß zwei Forderungen, sobald sie sich als kompensable gegenüber stehen, von selbst, *sine facto hominis* in dem sich deckenden Betrage aufgehoben werden.

In der That ist diese Ansicht, so sehr sie sich auf den ersten Anblick empfehlen mag, unvereinbar mit den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes, und steht dieselbe im entschiedenen Widerspruche mit dem Entwicklungsgange der Kompensation im römischen Rechte, sowie mit einer Reihe

einzelner Entscheidungen der römischen Rechtsquellen ¹⁾).

Dieses ist denn auch heutzutage in der Doktrin ziemlich allgemein anerkannt: es steht im Prinzipie fest, daß die Kompensation nur eintrete, wenn sich darauf von der einen oder anderen Seite berufen wird. „Ehe sich einer der beiden Gegengläubiger auf Kompensation beruft, bleiben beide sich gegenüberstehende Forderungen in ihrer vollen Integrität; es bleiben also auch Pfandrechte, Bürgschaftsbestellungen u. dgl. vollkommen gültig, und wenn etwa eine der beiden Forderungen in anderer Weise erlischt, so ist bei der übrigbleibenden Alles ganz so, wie wenn niemals eine kompensable Gegenforderung ihr gegenüber gestanden hätte“ ²⁾).

Folgt nun daraus auch, daß, wenn über das Vermögen des einen Gläubigers Konkurs ausgebrochen ist, bevor der andere die Kompensation geltend gemacht hat, nunmehr der letztere sich gegenüber der — Bestandtheil der Konkursmasse gewordenen — Forderung des Gemeinschuldners nicht mehr auf Kompensation berufen könne; vielmehr darauf angewiesen sei, seine eigene Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in Gemeinschaft mit den anderen Gläubigern nach den Regeln des Konkurses zu suchen?

Diese Frage wurde von Brinz a. a. O. und in der Nachschrift des Herausgebers S. 97 ff. bejaht; wenigstens für solche Fälle, in welchen sich Forderung und Gegenforderung ohne besonderen, in dem speziellen Rechtsverhältnisse gegründeten Zusammenhang gegenüber stehen.

¹⁾ Buchta, Vorlesungen §. 290; Dernburg, die Kompensation (Heidelberg 1851) S. 291 ff.

²⁾ Wangerow, Lehrbuch der Pand. 6. Aufl. Bd. 3 §. 618 S. 383.

Einer anderen Ansicht folgte in jüngster Zeit der oberste Gerichtshof. Die Motive des am 10. November 1857 ergangenen Erkenntnisses (R. Nr. 1521^{56/57}) lauten wie folgt:

„1) Der in den Gesetzen — fr. 4, fr. 10 pr., fr. 21 de compens. (16, 2), const. 4 eod. (4, 31), §. 30 Inst. de act. (4, 6) — enthaltene Ausdruck, *ipso jure compensari*, von der älteren und der neueren Doktrin verschieden ausgelegt, hat zwar früher die Deutung gefunden, daß sich die gegenseitigen Forderungen unmittelbar von Rechts wegen, und ohne daß einer der beiden Theile compensiren zu wollen erklärt, im Augenblicke der Koexistenz aufheben; allein die neuere Doktrin bekennt sich, wie sehr auch noch die Meinungen über den Sinn jenes Ausdrucks auseinander gehen, ziemlich allgemein zu der Ansicht, daß die Kompensation mit den durch das Gesetz ihr beigelegten Wirkungen nur in so ferne eintrete, als der Wille des Schuldners sich kund gibt, von seinem Rechte der Kompensation wirklichen Gebrauch zu machen und die Kompensation in Anspruch zu nehmen. Der Umstand indessen, daß die Kompensation nur dann eintritt, wenn der Schuldner seine Gegenforderung gelten machen will und die Einrede der Kompensation wirklich entgegensezt, hindert nicht, daß die Sache so betrachtet werde, als sei der Kläger durch die kompensable Gegenforderung bereits befriedigt, soweit diese reicht, und daß die Wirkung gänzlicher oder theilweiser Tilgung der einen Forderung durch die andere auf den Zeitpunkt zurückbezogen werde, wo eine kompensable Forderung der anderen sich entgegen stellte.

Const. 4 de compens. (4, 31), fr. 11, 12 eod. (16, 2); Arndts, Pandekten §. 265; Bangerow, Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. Bd. 3. S. 383.

2) Ob nun gleich auch die zweite Instanz zu dieser Ansicht sich bekannt hat, so will sie das Recht

der Kompensation doch dem Schuldner des Kridars, — dem Massekurator oder den Konkursgläubigern, oder ihrem Cessionar gegenüber, — versagen, wenn der Schuldner unterlassen hat, seine vor der Konkursöffnung erworbene Gegenforderung im Konkurse rechtzeitig, wie ein Konkursgläubiger, anzumelden und zu liquidiren. Allein der dem Schuldner des Kridars das Kompensationsrecht nach der Eröffnung des Konkurses und zwar nicht bloß unter der eben vorgetragenen Voraussetzung, sondern unbedingt abschneidenden Rechtsansicht (Seuffert, Bl. f. R. u. W. Bd. XV S. 97 u. ff.) ist Folgendes entgegen zu setzen.

3) Müssen auch die gegenseitigen Forderungen, bis vom Kompensationsrechte Gebrauch gemacht wird, als fortbestehend betrachtet werden, und scheint es daher, als gehöre die Forderung des Kridars, mit welcher nicht vor Eröffnung des Konkurses kompensirt worden ist, einerseits zur Gantmasse, und als müsse anderseits der Schuldner des Kridars im Konkurse mit den Gläubigern die Befriedigung seiner Gegenforderung nach den Gesetzen über Konkursliquidation und Priorität suchen; so kann doch die Forderung des Kridars nur in dem Maße, als sie zugleich der rückwirkenden Kraft des Kompensationsrechtes unterworfen ist, und durch dieselbe aufgehoben werden mag, zur Konkursmasse gerechnet, und es kann der Schuldner des Kridars, der für seine Gegenforderung nicht Befriedigung aus der Konkursmasse sucht, sondern sie mit einer bestimmten Forderung des Kridars kompensiren will, und zwar mittelst der Einrede der Kompensation, durch die in der Eröffnung des Konkurses und in der Ausschreibung der Ediktstage liegende Aufforderung, zu klagen, des rechtlichen Schutzmittels jener Einrede nicht verlustig werden.

Bayer, Konkursprozeß 4. Aufl. S. 92; Dern-

burg, Kompensation S. 395; v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts I S. 172.

4) Berufst man sich ferner darauf, daß nach Cod. jud. Kap. XIX §. 5 alle und jede Gläubiger bei Verlust ihrer Forderungen an dem ersten Ediktstage sich melden müssen, und daß zu Gunsten des Schuldners des Kridars, welcher eine Gegenforderung hat, keine Ausnahme gemacht ist, so ist zu entgegnen, daß der Schuldner, in soweit er seine Gegenforderung mit seiner Schuld kompensiren kann und will, rücksichtlich der Gegenforderung Gläubiger zu sein aufhört, und in soweit von der Ediktallabung nicht betroffen wird.

Denn da der Gebrauch des Kompensationsrechtes schlechthin wie eine auf den Zeitpunkt der Entstehung der Gegenforderung zurückbezogene Zahlung wirkt, so ist nicht abzusehen, wie die Eröffnung des Konkurses dem Schuldner des Kridars die rechtliche Möglichkeit, mit einer Gegenforderung zu kompensiren, die lediglich in seinen Willen gelegte oder durch einen Akt seines Willens bedingte und von Rechtswegen zurückzuziehende Zahlung vereiteln könnte.

Fr. 4 qui potiores in pignore (20, 4): nec enim interesse solverit an pensaverit —; fr. 15 de reb. dub. (34, 5): Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est.

5) Hiernach ist der Beklagte mit der Kompensation der Gegenforderungen, welche er excipiendo geltend gemacht hat, darum nicht auszuschließen, weil schon vorher der Konkurs gegen seinen Schuldner resp. dessen Verlassenschaft eröffnet worden ist; oder weil er unterlassen hat, seine Gegenforderungen im Konkurse zu liquidiren, von welcher Liquidation doch nur die Befriedigung in Konkursen mit den übrigen Gläubigern aus der Gantmasse nach der Lokationsordnung die Folge hätte sein können ...“

Dernburg tritt in der in Note 1 bemerkten Abhandlung sämtlichen bisherigen Auffassungen des Ausdrucks: *ipso jure compensari* entgegen. Insbesondere bekämpft er auch — wie dieses schon vor ihm von Brinz (die Lehre von der Kompensation, Leipzig 1849), wenn gleich zum Theile aus anderen Gründen geschehen ist — die bereits von Ago aufgestellte, in der neueren Doktrin gangbare Begriffsbestimmung, wornach *ipso jure* den Sinn haben soll, daß dann, wenn einer der beiden Gegengläubiger von seinem Einrederechte Gebrauch macht, dieses dieselbe Wirkung haben soll, wie wenn die beiden gegenüberstehenden Forderungen sich gleich im Augenblicke ihres Gegenübertretens *ipso jure*, d. h. von selbst, ohne Zuthun eines Menschen vernichtet hätten, daß also der vorgeschützten und durchgeführten Einrede der Kompensation die Wirksamkeit eines *ipso jure* wirkenden Erlösungsgrundes beigelegt worden sei.

Dernburg (§. 301) erinnert dagegen, der Satz, daß die Kompensation, falls eine Berufung eintreten, rückwärts hin auf die Forderungen von Einfluß sei, indem nimmehr die beiden Forderungen vom Augenblicke ihrer Koexistenz an als unwirksam betrachtet werden³⁾, sei mit allen Konsequenzen nur eine Folge davon, daß man angenommen habe, es erwachse dem Beklagten durch die Existenz einer Gegenforderung ein Recht auf Kompensation, eine Kompensationseinrede. Jede peremptorische Einrede mache die Forderung, der sie gegenübertrete, von diesem Augenblicke an unwirksam, falls sich der Einrederechte ihrer später bediene⁴⁾. Die Forde-

³⁾ Vgl. j. B. const. 4 de compens. (4, 31): *ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.*

⁴⁾ Vgl. fr. 66 de reg. jur. (50, 17): *debitor esso desinit, qui anactus est exceptionem justam —; fr. 20 §. 3 de lib. causa (40, 12).*

rung werde von jenem Momente an indebitum⁵⁾, der Zinsenlauf höre auf, von einer Mora könne nicht mehr die Rede sein⁶⁾. So verhält es sich bei der Verjährungseinrede, der Einrede der Selbsthülfe, und dieselben Grundsätze habe man auf die Kompensationseinrede konsequent angewendet⁷⁾. Es sei nicht anzunehmen, daß die Römer einen konsequenten Rechtsatz aus der unrichtigen Prämisse, aus der Fiktion hergeleitet hätten, daß Kompensation „ohne Zuthun der Parteien“ eintrete, wodurch derselbe nicht habe deutlicher und erklärlicher werden können⁸⁾.

Dernburg nimmt seinerseits an, daß durch den Ausdruck: *ipso jure compensari* nichts Anderes ausgesprochen werde, „als der Gedanke, daß Kompensation nun (nach neuerem röm. Rechte) ein allgemein feststehendes Recht der Parteien geworden sei, nach den Grundsätzen des Rechtes selbst einzutreten habe, wenn sich Gegenforderungen gegenüber treten. Als Gegensatz stehe im Hintergrunde, daß es nicht mehr von besonderen Verkehrsverhältnissen der Parteien, nicht mehr vom freien Ermessen des Richters abhängen, ob sie stattfinden solle“⁹⁾. Diese Ansicht, wornach also das *ipso jure* überall nicht auf die Wirkung oder die Art und Weise der Geltend-

⁵⁾ Fr. 26 §. 3 de cond. indeb. (12, 6).

⁶⁾ Fr. 40 de reb. cred. (12, 1).

⁷⁾ Vgl. fr. 10 §. 1 de compens. (16, 2) — Bl. f. R. M. Bd. 15 S. 90 Nr. 5; const. 4, 5 fr. 11 eod. const. 7 de solut. (8, 43) — abweichend Bl. f. R. M. a. a. D. S. 88 — 9 Nr. 3 (in Note 14 lies „11“ statt „10“).

⁸⁾ Daß eine durchgeführte Kompensation materiell die Wirkung einer Zahlung habe, anerkennt Dernburg a. a. D. S. 373.

⁹⁾ Vgl. fr. 36 de adm. tut. (26, 7): *acquitas, quae merum jus compensationis inducit*.

machung, sondern auf die objektive Grundlage der Kompensation zu beziehen ist, begründet nun Dernburg in umfassender Entwicklung, indem er darlegt, daß sich die allgemeine Geltung der Kompensationseinrede erst allmählig in der klassischen Zeit herausgebildet habe, und deshalb es den späteren Juristen, die eine allgemeine Kompensation noch bei ihren Vorgängern aus der Zeit *Sabrian's* nicht anerkannt fanden, besonders nahe gelegen sei, auf die neu erzeugene objektive Geltung der Kompensationseinrede Gewicht zu legen; indem er ferner zu zeigen sucht, daß seine Erklärung nicht nur im Allgemeinen dem Sprachgebrauche unserer Quellen entspreche, in denen sehr oft und in den mannichfaltigsten Verhältnissen das *ipso jure* in jenem Sinne vorkomme (§. 315 ff.), sondern auch mit den Stellen, in denen speziell das „*ipso jure compensari*“ erwähnt werde, in vollem Einklange stehe (§. 320 ff.).

Der Ansicht Dernburg's sind beigetreten *Vangerow* (Lehrb. der Pand. 6. Aufl. Bb. 3 §. 618 S. 385—6), *Rudorff* (in *Puchta's* Vorlesungen 4. Aufl. Bb. 2 S. 151 N. 2¹⁰). Gegen dieselbe hat sich erklärt *Brinz* (Lehrb. der Pandekten Abthl. I, §. 149 S. 641 ff.; Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bb. I, S. 24 ff.). Er

¹⁰⁾ Vgl. auch *Arndts* Lehrb. d. Pand. 2. Aufl. (1855) §. 265: „Diese Wirkung gänzlicher oder theilweiser Tilgung der einen Forderung durch die andere wird sogar zurückbezogen auf den Zeitpunkt, da zuerst beide als kompensable Forderungen einander gegenüber standen; von diesem Zeitpunkte an ist das Recht der Kompensation, also die daraus hervorgehende, den Gegenanspruch tilgende oder mindernde Einrede begründet.“ (Die unterstrichenen Worte sind Zusatz der 2. Auflage und ist Bezug genommen auf die oben in Note 4 allegirten Stellen.)

macht es der Dernburg'schen Interpretation des „ipso jure“ insbesondere zum Vorwurfe, daß letzteres aus ihr um das „ipso“ verfürzt hervorgehe, und versucht es, eine neue Deutung des Ausdruckes „ipso jure compensari“ zu geben. Während er früher ¹¹⁾ mit dem „ipso jure“ die rein formelle Bedeutung verband, daß damit lediglich das Kompensiren durch förmliche exceptio negirt werde, annehmend, daß es nicht bloß bei *judicia bonae fidei* einer solchen exceptio nicht bedurft habe, sondern auch nicht bei *judicia stricti juris*, da bei letzteren das *agere cum compensatione* stattgefunden habe (vgl. gegen diese Meinung Bangerow a. a. O. S. 382—3, Dernburg a. a. O. S. 304 ff.); versteht er nunmehr das „ipso jure compensari“ zunächst dahin, daß die Kompensation allerdings mit dem Dasein der Gegenforderung kraft Rechts, *sine facto hominis*, eintrete, wie dieß schon Martinus angenommen habe. Aber Kompensation ist ihm jetzt nicht Tilgung der beiden Forderungen, sondern Befreiung der Schuldner, die ihren Grund darin habe, daß Forderung und Forderung gegeneinander bestehen, gleichsam eine „Abwägung“ der sich deckenden Forderungsgrößen, zufolge welcher beiderseits ein Zurückbehaltungsrecht statfinde d. h. bis zur gegenseitigen Deckung der Forderungen Keiner zu zahlen schuldig sei ¹²⁾, woraus Zinsensistirung und Kondiktionsrecht von selbst folgen. Die wirkliche Aufhebung der sich deckenden Forderungsgrößen,

¹¹⁾ Die Lehre von der Kompensation S. 4 ff.; Bl. f. R. V. Bd. 15 S. 87 ff.

¹²⁾ Bezugnahme auf fr. 4, fr. 10 pr. vgl. mit fr. 3 h. i. — Was wir einst das „Recht der Gegenforderung“ im Gegensatz zur Kompensation nannten und Dernburg und Bangerow noch so, oder, in ähnlicher Weise (Kompensabilität) nennen, ist selbst Kompensation“.

ja gewöhnlich noch überdies eine neue formale Konstitution des Schuldbestes geschehe durch das Kompensationsgeschäft, daß außergerichtliche oder das richterliche, welches letztere übrigens die Kraft der Aufhebung wie der Konstitution nicht in sich selbst trage, sondern aus dem Urtheile entlehne ¹³⁾.

Indem Brinz in solcher Weise den Ausdruck „ipso jure compensari“ erklärt ¹⁴⁾, kommt er gleichwohl auf seine frühere Interpretation des „ipso jure“ zurück, und sucht in derselben gewissermaßen einen Stützpunkt für die neue Deutung. Er bemerkt nämlich (Lehrbuch S. 644); daß gegenüber der Geltendmachung der Kompensation durch Exception zwar immerhin von einer „von selbst“ eintretenden Kompensation die Rede sein könnte, der Römer dagegen hier schwerlich von einem ipso jure compensari gesprochen haben möchte.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber die Zeugenschaftsverbindlichkeit standesherrlicher Beamten.

Ein standesherrschaftlicher Rentbeamte, welcher in einer Prozeßsache seiner Standesherrschaft von der Gegenpartei als Zeuge in Vorschlag gebracht wurde, verweigerte wegen seines Dienstverhältnisses die Zeugenschaft. Seine gegen die Verwerfung dieses Weigerungsgrundes erhobene Beschwerde wurde sowohl in zweiter als dritter Instanz ungegründet be-

¹³⁾ Lehre von der Kompensation S. 49. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 373. S. 483 ff. 494 ff.

¹⁴⁾ Vgl. auch v. Scheurl, Beiträge I S. 169.

funden, und zwar in letzterer aus nachfolgenden Gründen:

Es wird von dem Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt, daß die Verpflichtung zur Zeugschaftsleistung eine allgemeine ist und die Regel bildet, er glaubt aber wegen seines der Standesherrschaft geleisteten Dienstes ausnahmsweise dieser Verbindlichkeit nicht unterworfen zu sein, und führt hiefür insbesondere als Grund an, daß das gesetzliche Befreiungsmotiv in der besonderen Pflicht liege, womit der Zeuge dem betreffenden Streittheile verbunden ist, und daß die in dieser Hinsicht in den einschlägigen Anmerkungen zur G.D. angeführten Personen nur exemplifikativ angeführt seien; allein wenn auch Letzteres richtig, so ergibt sich doch hieraus für die Intention des Beschwerdeführers keine erspriechliche Schlussfolgerung, weil gerade aus dem Gesetze selbst und den beßfallsigen Anmerkungen unzweideutig zu entnehmen ist, daß nicht jede besondere Pflicht des Zeugen zu dem betreffenden Streittheile eine Weigerung der Zeugschaftsleistung des ersteren rechtlich zu begründen vermag, da außerdem die Entbindung *ad actum speciale* in §. 16 Kap. X der G.D. nicht vorgeschrieben sein könnte, während die Anm. zu §. 11 lit. g unter solchen Personen namentlich auch diejenigen anführen, welche der betreffenden Partei mit Unterthans- und Lehenspflicht zugethan sind, wogegen bezüglich der im vorausgegangenen §. 8 allerdings auch nur exemplifikativ aufgeführten Personen, insbesondere Kuratoren, ausdrücklich bemerkt ist, daß die Bestimmung hinsichtlich deren Pflichtentbindung resp. Vernehmungszulässigkeit unter dieser Modalität, deshalb keine Anwendung finde, weil dieselben als in *causa propria* versirend anzusehen sind, was in Bezug auf das Dienstverhältniß des Beschwerdeführers zur Klagspartei in diesem Rechtsstreite offenbar nicht paßt.

Was endlich die besondere Bestimmung hinsichtlich der Staatsdiener betrifft, so sind hier wegen Wahrung des Amtsgeheimnisses Rücksichten auf das Staatsinteresse obwaltend, welche nach dem bekannten Rechtsgrundsatz, daß Ausnahmen nicht ausdehnend ausgelegt werden dürfen, auf Nichtstaatsdiener nicht analog angewendet werden können.

DASt. v. 6. November 1857. R. Nr. 1418 ^{56/57.}
^{3/7.}

2.

Zur Lehre von Gemeindesachen.

Kläger hatte in seiner gegen die Gemeinde M. gerichteten Klage geltend gemacht, daß ihm als Eigenthümer des Hofgutes zu M. auf dem ganzen Umfange der Gemeindegemarkung allda eine ausschließende Schäfereigerechtigkeit, also ihm allein die Befugniß, eine Schafheerde zu unterhalten, zustehe, und daß die Gemeindeglieder daselbst nicht berechtigt seien, unter einem eigenen Hirten eine gesonderte Schafheerde zu halten, und auf die Weide zu treiben, sondern daß sie verbunden seien, vom 1. Mai bis 28. Oktober eines jeden Jahres ihre Schafe zur Heerde des Hofgutes zur Mithut zu treiben, und in den Pferd einzustellen.

Die Gemeinde M. machte geltend, daß sie nicht die rechte Beklagte sei, indem eine Gemeindesache nicht vorliege, jedenfalls sie nicht die Verpflichtung habe, den Streit in Vertretung der Gemeindeglieder auf sich zu nehmen. Hierüber äußern sich die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung, wie folgt:

Die Gemeinde M. hat mit Unrecht Beschwerde darüber geführt, daß sie für den rechten beklagten Theil erkannt worden sei. Der Kläger hat das Recht der Gemeindeglieder Schafe zu halten, und

sie zu seiner Heerde auf dem Hofgute zu M. zu treiben, nicht beanstandet, und auch die beklagte Gemeinde hat gegen das Schafhalten als eine jedem Gemeindegliede zukommende Befugniß nichts eingewendet; sie hat insbesondere nicht behauptet, daß dasselbe nur eine durch besonderen Privatrechtstitel erworbene Berechtigung einzelner Gemeindeglieder sei, welche sich im Besitze solcher Güter befänden, mit welchen das besondere Recht, Schafe zu halten und auf der Markung zu weiden, verbunden sei. Es kann sonach nicht zweifelhaft sein, daß dieses Recht, als eine aus dem Gemeindeverbande hergeleitete, jedem gegenwärtigen und zukünftigen Gemeindegliede zustehende Ortsgerechtsame erklärt und anerkannt wurde, und daß der Streitgegenstand nicht das Recht einzelner Ortsbewohner, sondern das Interesse und die Gerechtsame der Gesamtheit der Gemeindeglieder für alle Zukunft betrifft. Der Umstand, daß etwa nicht alle Mitglieder der Gemeinde wirklich Schafe halten, ist unerheblich, weil, wenn das Recht hiezu nicht bestritten ist, dem Berechtigten freisteht, ob, wann und wie er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle; thut er dieses, so kann die Mithut, wenn der Kläger im Rechtsstreite obsiegt, nur in der beschränkten Art ausgeübt werden, daß die Schafe der zum Hofgute gehörigen Schafheerde beigegeben werden. Die Streitsache und deren Entscheidung präjudizirt also nicht den Rechten eines einzelnen Gutbesizers, sondern den Gerechtsamen aller Gemeindeglieder. In einem solchen Falle steht es nicht in der Willkür der Gemeinde, die Vertheidigung der Rechte der Gesamtheit von sich abzulehnen, und solche den Einzelnen zu überlassen.

Daß von der Revidentin angeführte oberstgerichtliche Erkenntniß vom 25. Oktober 1851 ¹⁾ ist

¹⁾ Mitgetheilt in Bd. XVII S. 10 ff. — Vgl. auch Bd. XXII S. 27.

für die gegenwärtige Streitsache nicht maßgebend, weil es sich dort nicht um eine die ganze Markung umfassende Verpflichtung, sondern um ein ganz spezielles Zehentrecht auf einem kleinen Distrikte derselben, welcher urbar gemacht worden war, und um die Rechte der einzelnen Besitzer der zu diesem bezgränzten Distrikte gehörigen Grundstücke handelte, welche allein im Unterliegensfalle zur Verabreichung des Zehents und zur Leistung einer Entschädigung verbunden sein konnten, ohne daß durch die Entscheidung jener Sache den übrigen Gemeindegliedern eine Verbindlichkeit auferlegt wurde. Die Gemeinde erscheint sonach als der rechte beklagte Theil.

DABG. v. 4. April 1857. R. Nr. 1120⁵⁵/₆₆.

3.

Inzidentrestitution in der Berufungsinstanz.

Vgl. Comment. über die G.D. ed. II Bd. 4 S. 87.

In einem Rechtsstreite wegen Verbalinjuriën wurde der Beklagte durch erstrichterliches Erkenntniß verurtheilt. Mit der hiegegen am 28. Tage von Zustellung des Erkenntnisses an eingereichten Berufung verband der Beklagte ein Restitutionsgesuch, gestützt auf die Behauptung, Kläger habe ihm sieben Tage vor der Erkenntnizustellung mehrere Schimpfnamen gegeben, daher ihm nun die Einrede der Retorsion und Kompensation gegeben sei, die er als novum in appellatorio geltend mache. Das Appellationsgericht verwarf das Gesuch als verspätet; der oberste Gerichtshof sprach hingegen aus, daß daselbe nicht abzuweisen, sondern Seitens des Appellationsgerichtes darüber weiter zu verfügen oder zu erkennen sei. Gründe: Es handelt sich hier um eine Inzidentrestitution auf dem Grunde einer neuen Thatsache, welche dem Beklagten die Einrede der Kompensation und Retorsion begründen sollte. Diese neue Thatsache hat, wie Restitutionsfucher anführt, sieben Tage vor Zustellung des Erkenntnisses

sich ereignet; so daß die gesetzliche 14 tägige Restitutionsfrist noch zur Hälfte in die zur Berufung gegen jenes Erkenntniß laufende 30 tägige Nothfrist hineinfällt (§. 38 Abs. 2 des Proz.-Ges. v. 17. November 1837) und daher das Novum ebenso zu betrachten ist, als sei es nach dem erstinstanzlichen Urtheile zur Entstehung gelangt. Wenn daher Beklagter nach G.D. Kap. XV §. 5 Nr. 8 mit seiner Appellation wider das erstrichterliche Erkenntniß das Restitutionsgesuch wegen des erst kurz vor der Erkenntnißpublikation vorgegangenen Faktums verband, so war die für das letztere laufende kürzere Frist in der dem Beklagten zustehenden Nothfrist für die Berufung aufgegangen, und mit dem rechtzeitigen Einkommen der Appellation auch die Frist für das Restitutionsgesuch gewahrt. Plen.-Beschl. v. 14. Dez. 1843 (Reg.-Bl. 1844 S. 42—43).

Die vorinstanzielle Abweisung desselben wegen verspäteten Anbringens läßt sich daher nicht rechtfertigen. Dieses vorausgesetzt ist es aber nicht Sache des obersten Gerichtshofes, über das Restitutionsgesuch materiell zu entscheiden; dieses steht vielmehr dem Appellationsgerichte zu, an welches unter Aufhebung seines Definitiverkenntnisses die Sache zurückzuweisen war. G.D. Kap. XV §. 9 Nr. 1. Seuffert's Comment. ed. II Bd. 4 S. 101.

OLGErf. vom 26. Februar 1857 R. R. 574⁵⁶/₅₇.
e.

4.

Angabe der Zeit bei Injurienklagen.

Bgl. Bd. XII S. 31.

Hierüber entnehmen wir den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses Folgendes:

Indem die G.D. Kap. 4 §. 7 vorschreibt, daß die Geschichte der Klage mit Anführung aller erfor-

berlichen Umstände vorzutragen sei, läßt sich für Injurienklagen allerdings als Regel aufstellen, daß sie die Angabe der Zeit der verübten Injurie enthalten müssen; es besteht aber im Hinblick auf jene Vorschrift kein ausreichender Grund, aus welchem die Regel mit solcher Strenge aufzufassen wäre, daß die Zeitangabe unter allen Verhältnissen nach Tag und Stunde erfolgen müßte.

Einer solchen Auffassung steht fr. 3 pr. de accusat. (48, 2) geradezu entgegen, wo für Klagen, welche auf öffentliche Strafe gerichtet sind, und zu welchen die persekutorische Injurienklage wenigstens in solcher Analogie steht, daß für dieselbe eine genauere Geschichtserzählung sicher nicht in Anspruch genommen werden kann, nur die Angabe des Monats gefordert, die Angabe des Tages und der Stunde aber ausdrücklich erlassen ist.

Zwar mögen die besonderen Umstände eines einzelnen Falles eine Ausnahme von dieser allgemeinen Vorschrift begründen und eine genauere Zeitangabe nothwendig machen; solche Umstände sind aber im vorliegenden Falle vom Beklagten weder angedeutet, noch aus der Sachlage überhaupt zu ersehen, vielmehr erscheint die Individualität des Faktums nicht nur durch die Zeitangabe, sowie sie geschehen, sondern auch durch die genaue Bezeichnung des Ortes und der anwesenden Personen in der Art festgestellt, daß sich Beklagter über eine Beschränkung seines Vertheidigungsrechtes mit Grund nicht beschweren kann.

MAG. v. 8. Nov. 1856 N. Nr. 1218⁵⁵/₅₆.
Fl.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Orte, wo der Protest Mangels Zahlung zu erheben ist. —
Mittlung der älteren sogenannten Amortisationsgesetze auch bei Erwer-
bungen von Selten neu entstandener Klöster.

**Von dem Orte, wo der Protest Mangels Zahlung
zu erheben ist ¹⁾.**

§ 1.

Am 27. Juli 1855 wurde zu München wörtlich folgender Sola-Wechsel ausgestellt:

„München, am 27. Juli 1855. Am 10. Decemb. 1855
zahle ich gegen diesen meinen Sola-Wechsel an die
Ordnung des Herrn Dekonomen Franz Schneid von
Pellham die Summe von 5070 Gulden im 24 fl.
Fuße. Sola auf mich selbst.

Zahlbar in München und
aller Orten

Anton Bager.
Bierbrauer in Dachau.

Dieser Sola-Wechsel wurde noch am nämlichen Tage von Franz Schneid an Joseph Burger, Kaufmann von Buttenweiler, und am 7. December 1855 von diesem letzteren an den Banquier Martin Neuhofer girirt. Da der Wechselschuldner Anton Bager am Zahltage zu München nicht zu treffen war, so wurde auf Requisition des damaligen

¹⁾ Eingefandt von dem kgl. Advokaten Hrn. Dr. Buchner zu München.

Wechsel-Inhabers Martin Neuhofer eine Protesturkunde errichtet, in welcher der requirirte Notar wörtlich bestätigt:

„Im Jahre 1855 am Dienstag den 11. Dezember zu München auf Requisition des Herrn Martin Neuhofer, Banquiers in München, habe ich dem Herrn Anton Wager, bürgerlichen Bierbrauer von Dachau, nachfolgenden am Ende dieser Urkunde wörtlich eingetragenen Sola-Wechsel über 5070 fl. in 24 fl. Rufe zur Zahlung präsentiren wollen; da derselbe aber eine bekannte Wohnung dahier nicht hat, so begab ich mich zur königlichen Polizei-Direktion München, welche weder im Bureau der Civil-Konstriktion, noch in jenem der Fremden und Pässe einen Vortrag fand, der die ständige oder dermalige Anwesenheit des Anton Wager in München enthält. Ich habe daher im Namen und zur Wahrung aller Rechte des Herrn Requirenten und der Betheiligten zc.“

Der so protestirte Sola-Wechsel ging vom Banquier Martin Neuhofer an Joseph Burger wieder zurück, welcher seinem Vormanne Franz Schneid rechtzeitig Notifikation von der Nichteinlösung des Wechsels ertheilte.

Da Letzterer zur Schadloshaltung nicht vermocht werden konnte, so erhob Burger die geeignete Negreßklage wider den Indossanten Schneid. Von Seite des Beklagten wurde die Abweisung dieser Klage aus dem Grunde beantragt, weil die Präsentation und Protestation des Wechsels nicht nach Vorschrift des §. 91 Abs. 2 der allg. d. W.D. in dem Geschäftsfokale oder in der Wohnung des Wechselausstellers Bierbrauers Anton Wager, sondern dahier zu München vorgenommen wurde.

Die erste Instanz verwarf diesen Einwand und verurtheilte den Indossanten Schneid zur Zahlung.

Auf dessen ergriffene Berufung ward aber derselbe von der Klage entbunden.

In den Entscheidungsgründen der zweiten und letzten Instanz heißt es nun unter Hinweisung auf

Art. 91 und 98 Nr. 10 der allgemeinen Wechselordnung wörtlich:

Diese Wechselordnung schreibt nämlich ausdrücklich vor: „die Präsentation zur Annahme oder Zahlung oder Protesterhebung, die Abforderung eines Wechsel-Duplikates, sowie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Akte müssen in dem Geschäftslokale und in Ermangelung eines solchen in deren Wohnung vorgenommen werden. An einem anderen Orte z. B. der Börse kann dieses nur mit beiderseitigem Einverständnisse geschehen. Daß das Geschäftslokal oder die Wohnung nicht zu ermitteln sei, ist erst alsdann als festgestellt anzunehmen, wenn auch eine diesbezügliche bei der Polizeibehörde des Ortes geschehene Nachfrage des Notars oder Gerichtsbeamten fruchtlos geblieben ist, welches im Protest bemerkt werden muß.“

Dieser gesetzlichen Vorschrift entspricht der am 11. Dezember 1855 erhobene Protest nicht. Allerdings ist der befragliche Solawechsel v. 27. Juli 1855 vom Wechsellaussteller Anton Bager von Dachau zahlbar in München und aller Orten auf ihn selbst in München ausgestellt worden, allein daraus folgt nicht, daß die in München geschehene Protestation rechtsförmlich geschehen sei. Es ist nämlich durch die Worte „zahlbar in München und aller Orten“ kein bestimmter Zahlungsort des Wechsellausstellers und Schuldners, an welchem die Präsentation geschehen sollte oder könnte, angegeben, sondern nur bestätigt, daß der Wechsellaussteller Anton Bager Bierbrauer von Dachau ist. Es hätte daher an dieser Präsentation zur Zahlung in seiner Wohnung in Dachau geschehen und dort der Protest erhoben werden sollen, was nicht geschehen ist.

§. 2.

Werden vorstehende Gründe mit den Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung verglichen, so erscheinen dieselben durchweg als unhaltbar und zwar aus folgenden Erwägungen:

1) Die Gewißheit des Zahlungsortes ist

nach den Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung ein wesentliches Erforderniß eines jeden Wechsels.

Deßhalb ist es bei den gezogenen Wechseln unumgänglich nothwendig, daß der Ort, wo die Zahlung geschehen soll, angegeben werde.

Art. 4. Nr. 8.

Bei eigenen Wechseln ist zwar eine ausdrückliche Bezeichnung des Zahlungsortes nicht nothwendig; allein dadurch, daß die Angabe des Ortes der Ausstellung auch unter den wesentlichen Erfordernissen eines eigenen Wechsels aufgezählt und der Ort der Ausstellung zugleich als Zahlungsort anzusehen ist, insoferne nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben wird,

Art. 96 und 97,

ist unzweideutig zu erkennen gegeben, daß die Gewißheit des Zahlungsortes auch bei eigenen Wechseln ein wesentliches Erforderniß ihrer Gültigkeit ist.

2) Mit der gesetzlichen Anforderung, daß der Zahlungsort aus dem Wechsel klar ersichtlich sei, ist es unverträglich, allgemeiner Bezeichnungen sich zu bedienen, wie da sind: „zahlbar aller Orten, wo ich anzutreffen bin.“

Wenigstens kann, wenn sie bei einem eigenen Wechsel vorkommen, nicht gesagt werden, daß ein besonderer Zahlungsort bestimmt sei, und daß folgerweise nicht der Ort der Ausstellung als Zahlungsort zu gelten habe.

Art. 97; Seuffert's Archiv oberstrichterlicher Entscheidungen in den deutschen Staaten Bd. V S. 283 Nr. 222. —

Will ein vom Orte der Ausstellung verschiedener Zahlungsort bestimmt werden, so muß dieß auf zweifellose Art geschehen.

Seuffert a. a. O. Band VII S. 115 Nr. 94. —

Da nun obige Worte: „zahlbar aller Orten“ eine solche zweifellose Bezeichnung eines vom Orte der Ausstellung verschiedenen Zahlungsortes nicht enthalten, so hat es derselben ungeachtet bei der Regel sein Betenden, daß der Ausstellungsort als Zahlungsort zu gelten habe.

3) Der vorwürfige Wechsel, welcher am 27. Juli 1855 zu München ausgestellt ward, enthält die Worte:

„Sola auf mich selbst, zahlbar in München und aller Orten.“

Wird bei diesem eigenen Wechsel zunächst in's Auge gefaßt, wo er ausgestellt worden; so bezieht sich München als Ort der Ausstellung. Dieser Ort hat nach Maßgabe des Art. 97 der allgemeinen deutschen Wechselordnung auch als Zahlungsort zu gelten, wofern nicht gesagt werden kann, daß ein anderer Ort als besonderer Zahlungsort bezeichnet sei. Dieses ist aber rein unmöglich, denn die Worte: „und aller Orten“ enthalten dem oben Gesagten zufolge nichts weniger als die Bezeichnung eines solchen besonderen Zahlungsortes, während die Worte: „zahlbar in München“ den Ort der Ausstellung sogar noch ausdrücklich als Zahlungsort bezeichnen.

4) Der Umstand, daß der Aussteller des hier in Frage stehenden Sola-Wechsels seiner Unterschrift die Worte: „Bierbrauer von Dachau“ beifügte, ist für die Beurtheilung des Zahlungsortes ohne allen Belang. Denn nach Art. 97 ist für diese Beurtheilung nicht der Wohnort des Ausstellers, sondern der Ort, wo der Wechsel ausgestellt wird, maßgebend.

Dieser letztere hat zugleich als Zahlungsort zu gelten, keineswegs jener.

Es kann mithin daran, daß München als Zahlungsort zu betrachten sei, um so minder ge-

zweifelt werden, als gerade die Worte: Bierbrauer von Dachau" recht deutlich erkennen lassen, daß der Aussteller des Wechsels sich allerdings bewußt war, daß er den Wechsel an einem anderen Orte als an seinem Wohnorte ausstelle, und daß er durch die Ausstellung des Wechsels an einem anderen Orte, nämlich München, diesen anderen Ort stillschweigend zum Zahlungsorte bestimme.

5) Ist aber der bisherigen Erörterung zufolge München als Zahlungsort zu betrachten, so war er auch hier zur Zahlung zu präsentiren, und da diese nicht erfolgte, nicht minder der Protest Mangels Zahlung hier zu erheben, um dem Wechsel-Inhaber den Regreß gegen seine Vormänner zu erhalten.

Art. 41 und 98 Nr. 6.

Denn nach der Natur der Sache muß jeder Wechsel dort, wo er bezahlt werden soll, zur Zahlung präsentirt und, wenn diese unterbleibt, die dem Wechselrechte entsprechende, die Regreßnahme bedingende öffentliche Urkunde darüber errichtet werden, daß die Zahlung ungeachtet richtiger Präsentation des Wechsels nicht erfolgt ist.

Seuffert's Archiv Bb. IX Seite 82 Nr. 64,
S. 432 Nr. 329, S. 433 Nr. 330.

6) Daran, daß der vorwürfige Wechsel am Verfalltage in München zur Zahlung präsentirt, und, als diese nicht zu erwirken war, daselbst der Protest Mangelzahlung erhoben wurde, ist um so gewisser Recht geschehen, als bei eigenen Wechseln der Ort, wo sie ausgestellt werden, nicht bloß als Zahlungsort, sondern auch als Wohnort des Ausstellers, selbst dann zu gelten hat, wenn er thatsächlich wo anders domizilirt.

Art. 97 vergl. mit Art. 4 Nr. 4; Bluntschli in Dollmann's Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II Bb. I S. 138

vergl. mit S. 30 Nr. 18; Brauer's allg. b. W.D. S. 37 Nr. 8.

Vermöge dieser gesetzlichen Bestimmung, welche unverkennbar die wohlthätige Absicht hat, jeden Streit über den Wohnort des Wechselschuldners unmöglich zu machen, kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß, indem der vorwürfliche Wechsel in München präsentirt und protestirt ward, Präsentation und Protesterhebung am wechselmäßigen Wohnorte des Ausstellers stattfand. Es ist folglich gerade das geschehen, was in den oben allegirten Entscheidungsgründen als Merkmal gültiger Präsentation und Protesterhebung betrachtet wird, daß nämlich diese Handlungen am Wohnorte des Wechselschuldners vorgenommen wurden.

7) Selbst dann übrigens, wenn der vorwürfliche Wechsel als ein domizilirter, das ist als ein solcher anzusehen wäre, der an einem vom Ausstellungsorte verschiedenen Orte zahlbar gewesen ist,

Art. 99

würde die in München geschehene Präsentation und Protesterhebung für richtig vorgenommen zu erachten sein, weil ja der Wechsel in München hätte bezahlt werden sollen, folglich auch Präsentation und Protesterhebung an keinem anderen Orte mit Giltigkeit hätte stattfinden können.

Seuffert's Archiv Bd. VI S. 356 Nr. 250;

Bd. X S. 411 Nr. 282; Bl. f. RAntw.

Bd. XIX S. 287.

8) Der bisherigen Erörterung stehen die Bestimmungen des Art. 91 nicht entgegen; denn dieselben befassen sich nicht, wie die Art. 4, 43, 97 und 99 mit dem Orte, wo ein Wechsel zu bezahlen und zu diesem Behufe zu präsentiren ist, sondern nur mit dem Verhalten, welches der Wechselinhaber an dem Orte zu beobachten hat, wo der Wechsel bezahlt und zur Zahlung präsentirt werden soll.

Die Bestimmungen des Art. 91 kommen erst dann in Betracht, wenn vorerst beurtheilt ist und feststeht, wo der Wechsel zu bezahlen und zu präsentiren ist.

Der Art. 91 überläßt es nämlich nicht der Willkühr des Wechselinhabers, sein Verfahren am Zahlungsorte beliebig einzurichten, sondern schreibt demselben vielmehr die Beobachtung gewisser Regeln vor.

Der Art. 91 gestattet namentlich nicht, den Wechselschuldner am Zahlungsorte und beziehungsweise innerhalb der geographischen Grenzen desselben beliebig an jedem Platz um die Honorirung des Wechsels anzufragen.

Es ist ausdrücklich für unstatthaft erklärt, den Wechsel auf der Straße, im Kaffeehause, im Theater oder auch an der Börse zur Zahlung zu präsentiren, es sei denn, daß der Wechselschuldner selbst dieses im Wechsel ausdrücklich genehmigt hätte.

Vielmehr kann die Präsentation zur Zahlung sowie die Protesterhebung nur im Geschäftsblokale des Wechselschuldners und in Ermangelung eines solchen nur in dessen Wohnung vorgenommen werden.

Indem aber dieses vom Art. 91 vorgeschrieben wird, setzt er nach der Natur der Sache stillschweigend voraus, daß die Präsentation und Protesterhebung an dem Orte vorgenommen werden will, wo der Wechsel zahlbar ist. Mag auch der Wechselaussteller an einem anderen Orte wohnhaft sein als dort, wo der Wechsel zahlbar ist, so kommt nichts darauf an, sondern der Wechsel kann ein für alle Mal nur an diesem letzteren Orte zur Zahlung präsentirt, und wenn diese nicht erfolgt, protestirt werden.

Art. 41, 43 und 99

Es kann folglich auch nichts darauf ankommen, ob der Wechselschuldner an einem anderen Orte als am Zahlungsorte sein Geschäftslokal oder seine Wohnung hat, sondern es ist nur darauf zu sehen, ob er am Zahlungsorte ein Geschäftslokal oder eine Wohnung hat.

Der Zahlungsort ist, wie der Art. 4, Nr. 8 und Art. 97 besagen, zugleich als Wohnort des Wechselschuldners anzusehen, weshalb denn auch der Wechselinhaber nur an diesem Orte und an keinem anderen zu ermitteln hat, ob der Wechselschuldner hier ein Geschäftslokal oder eine Wohnung hat.

Auch bei domizilirten Wechseln

Art. 43 und 99

kömmt nichts darauf an, wo der Wechsel-Schuldner wohnhaft ist, sondern der Wechsel ist dort, wohin er domizilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren, und wenn diese Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren.

Es muß also das Geschäftslokal und die Wohnung desselben an diesem letzteren Orte und nicht an seinem auswärtigen Wohnorte aufgesucht werden.

Wird also

9) erwogen, daß der vorwürfige Wechsel in München hätte bezahlt werden sollen, so kann es nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß derselbe daselbst zur Zahlung zu präsentiren und nach, dem diese nicht erfolgte, daselbst der Protest zu erheben war.

Ebensowenig kann zweifelhaft sein, daß bei diesen Handlungen nicht darauf zu sehen war, ob der Wechselaussteller in Dachau wohnhaft war, ob er daselbst ein Geschäftslokal oder eine Wohnung hatte, sondern der Wechselinhaber hatte lediglich nur zu ermitteln, ob der Wechselschuldner am Zah-

lungsorte, daß ist in München, ein Geschäftsflokal oder eine Wohnung hatte.

Die vorliegende Protesturkunde enthält die Bestätigung, daß der Wechselschuldner am Zahlungstage in München nicht zu treffen war, und daß er daselbst kein Geschäftsflokal und keine Wohnung hatte.

Es kann mithin auch nicht im Geringsten zweifelhaft sein, daß die Protesturkunde auf eine den gesetzlichen Anforderungen vollkommen entsprechende Weise errichtet worden ist.

„Instruktion des kgl. bayer. Staatsministeriums der Justiz für Gerichtsbeamte über die Aufnahme der Proteste vom 3. Juli 1856 §. 8, 9 und 10. Seuffert's Archiv Bd. VII S. 276 Nr. 238 und Bd. 10 S. 408 Nr. 5.

10) War aber der vorwürfige Wechsel in München zahlbar, sohin daselbst zur Zahlung zu präsentiren, und nachdem eine Zahlung nicht erfolgt war, der Protest hierwegen daselbst zu erheben, so hat der Wechselinhaber unverkennbar Recht daran gethan, daß er den Wechsel in München präsentiren und protestiren ließ.

Ebenso gewiß ist aber auch daran recht geschehen, daß sein Vormann Joseph Burger den Wechselinhaber gegen Aushängung des Wechsels vollständig befriedigte, und daß Joseph Burger seinen Regreß hinwieder bei dem Indossanten Franz Schnell, Dekonomen von Bellham, suchte, während das Wechselgericht II. Instanz Unrecht daran that, die dießfallige Regreßklage abzuweisen.

Das Gremium des Augsburger Handelsstandes wurde in vorwürfiger Rechtsache um ein Gutachten ersucht, und ertheilte dieß am 10. Jan. l. J. dahin: der fragliche Solawechsel ist zu München am rechten Orte zur Zahlung präsentirt und beziehungsweise rith daselbst Mangels Zahlung

protestirt worden. Aus den Motiven entnehmen wir, was folgt:

Der Beisatz „zahlbar in München und aller Orten“ ist in seinen ersten drei Worten eine ausdrückliche wenn gleich ganz überflüssige Verstärkung der ohnehin aus dem Ausstellungsorte folgenden gesetzlichen Annahme eines hier auf den Zahlungsort München festgestellten Versprechens; die letzten drei Worte „und aller Orten“ sind eine dem alten Schlenbrian entlehene Formel ohne alle Relevanz, der man nie einen anderen Sinn als den zu geben sich einfallen ließ, daß der Aussteller sich bei Nothleiden des Wechsels nicht allein am Zahlungsorte, sondern überall, wo man ihn ansonst antreffen werde, der Wechselstrenge wegen dieser Wechselschuld unterziehe, ein Beisatz, dessen prozessualen Werth oder Unwerth hier zu prüfen ganz unnütz wäre, der aber bei Sachkundigen irgend einen Zweifel darüber wenigstens nicht anzuregen vermag, ob nicht etwa gerade dadurch der Zahlungsort selbst wieder ein ungewisser geworden sei; auf den Zahlungsort hat dieser Beisatz wie gesagt, keinen Bezug, auch konnte er ändersten Falles nicht als Bestimmung eines anderen und gar eines, von dem, zu allem Ueberflusse noch mit ausdrücklichen Worten als Zahlungsort angegebenen, Ausstellungsorte verschiedenen Zahlungsortes gelten, wonach immer wieder die Regel des Art. 97 aufrecht bliebe; als ein mit dem Bindungsworte „und“ beigefügter perplerer Satz betrachtet wäre dieser Beisatz am Ende mindestens unschädlich, weil er dann als gar nicht beigefügt gelten müßte, indem er dem wesentlichen Erfordernisse der Zahlungsortsbestimmung unbeschadet recht wohl daneben stehen kann, und weder der Natur des Wechsels noch den gesetzlichen Postulaten seines gebotenen Inhaltes dadurch widersprochen oder Abbruch gethan ist; man kann daher mit Recht darüber sagen *superflua non nocent*.

Bei der Unterschrift des Ausstellers findet sich nebst dessen Vor- und Zunamen noch der individualisirende Beisatz: „Bierbrauer von Dachau.“ Auch dieser Umstand ist nichts weniger als ein besonders auffallender oder bedeutungsvoller; es hat dieß auf die Beurtheilung des ansonst in formeller Ordnung und Vollständigkeit abgefaßten Wechsels keinerlei Einfluß; die nach dem Gesetze entscheidende und an ihrem üblichen Plage am Kopfe des Wechsels befindliche Datirung aus München läßt keinen Zweifel über den Zahlungsort, sie ist verstärkt durch die links am Fuße desselben befindliche ausdrückliche Benennung des Zahlungsortes München, es kann also nicht einmal ein Zweifel darüber obwalten, was der Aussteller mit jenem Beisatze „Bierbrauer von Dachau“ bei seiner Namensunterschrift gemeint, kein Zweifel, daß er gar nichts besonderes damit beabsichtigt habe; vielmehr ist hier, wie in hundert ähnlichen Fällen, wo ein Wechsel an einem vom politischen Domizil verschiedenen Orte ausgestellt wird, sehr natürlich und dem Gebrauche völlig entsprechend gewesen, daß der Aussteller neben seinem bloßen Namen noch besonders beifügte, wer er denn eigentlich sei und wo er her sei, um so mehr, als er auch nicht zu den bekannten und ohne weiters gleich nach dem Namen allein auffindbaren Persönlichkeiten oder Handelsfirmen zählt und ohne diesen seine Person näher bezeichnenden Beisatz im Falle eines Rückgriffes auf ihn die Ausforschung seiner Person und die Konstatirung der Identität mit dem Aussteller sowohl an sich eine erschwerte, als auch gerade wegen des von seiner Heimath verschiedenen Ausstellungsortes und Zahlungsortes durch Nichtbeifügung jenes Beisatzes eventuell eine vermehrte Belästigung und Ungewißheit für den s. 3. Wechselinhaber veranlaßt gewesen wäre.

Solche Weisäße zur besseren Individualisirung der Person und zur Kundgabe des politischen Wohnortes im Gegensatz des bloßen Wechseldomizils sind in Fällen dieser Art allgemein gebräuchlich und es wird Niemanden, der den Wechselverkehr kennt, einfallen, daraus etwas Weiteres folgern zu wollen. —

Nach einer in der Anfrage gemachten Andeutung wäre es nicht unmöglich, daß in mißverstandener Auffassung des Abs. 1 des Art. 91 und unter allgemeiner Bezugnahme auf diesen Artikel, als auch für eigene Wechsel geltend, wie auf Art. 98 Nr. 10 die Behauptung aufgestellt werden möchte, als hätte hier die Präsentation zur Zahlung und die Protesterhebung gleichwohl am Wohnorte des Ausstellers in Dachau geschehen sollen, weil Aussteller daselbst sein Bräuhaus und seine gewöhnliche Wohnung habe. Es ist aber nicht wohl glaublich, daß ein zur Beurtheilung von Wechselrechtsfällen Berufener in der Auffassung jener Stelle zu einer solchen Argumentation gelangen könnte. Man darf nämlich gar nicht voraussetzen, daß Jemand den in der Ueberschrift und Abs. 1 des Art. 91 im engeren Sinne von „Lokalität“ „Vertlichkeit“ „Platz“ gebrachten Ausdruck: „Ort“ mit dem weiteren Begriffe „Ortschaft“ (Stadt, Marktflecken und dgl.) verwechseln werde, um hieraus eine die Natur des Wechselverkehrs gänzlich umkehrende und nur so en passant eingeschobene dispositive Bestimmung des Gesetzgebers zu folgern, wonach der Zahlungsort von der gewöhnlichen Wohnung des Ausstellers oder Acceptanten regiert würde. — Auf diesem Wege käme man allerdings zu der offenbar verwerflichen Folgerung, daß z. B. ein auf der Durchreise in München von einem Banquier K. aus New-York auf sich selbst zahlbar in Leipzig ausstellter Wechsel, wobei K. seine obige Eigenschaft

und Herkunft neben seiner Unterschrift kundgäbe, weshalb auch innerhalb 2 Tagen nach Verfall in New-York zur Zahlung präsentirt und M. B. protestirt werden mußte, am angegebenen Zahlungsorte Leipzig aber Beides zu unterbleiben hätte.

Die Auffassung des Wortes „Ort“ in der richtigen Bedeutung ist hier schon durch die spezielle Gesetzesvorschrift des Art. 97 gesichert, wonach vorliegenden Falles der „Zahlungsort“ zugleich als „Wohnort“ des Ausstellers „gilt“, woraus folgt, daß die in Art. 91 erwähnte Wohnung eben an diesem Wohnorte im Sinne der W.O., nämlich am Zahlungsorte, und nicht am sonstigen gemeinen Wohnorte des Ausstellers zu suchen, somit auch Präsentation und Protest nur an jenem wechselrechtlichen Wohnorte, nämlich am Zahlungsorte zu geschehen haben, wie dies seit Jahrhunderten allgemein so gehalten worden ist.

Zum Schlusse läßt sich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß es im vorliegenden Falle weit- aus schwieriger ist, Zweifelsgründe aufzubringen, als die unfehlbaren und handgreiflichen Entscheidungsgründe zu finden, und wäre es wahrhaftig sehr zu bedauern, wenn die hier einschlägigen Fragen in praxi noch ein Gegenstand ernstlicher Meinungsverschiedenheit sein sollten.

Vorstehendem Gutachten sind mit Erklärungen vom 21. bzw. 23. Januar l. J. der Verwaltungsausschuß des Handlungsgremiums München, sodann Dirigent und Konsulent der Hypotheken- und Wechselbank daselbst beigetreten, letztere mit der Aeußerung, es habe ihres Wissens vor dem Bekanntwerden des in Frage stehenden appellationsgerichtlichen Erkenntnisses Niemand — in Theorie und Praxis — an die Möglichkeit einer kontroversen Auffassung der einschlägigen Bestimmungen der Wechselordnung gedacht.

Nachschrift des Herausgebers. Zur Befräftigung obiger Ausführungen dient, was über die Bedeutung der Wechselklausel „aller Orten“ in der Altenburgischen Wechselordnung Kap. I §. 5. gesagt war: „Wenn in dem Wechsel die Clausula: „aller Orten“ befindlich, oder solche cumulative dem in specie benannten loco solutionis beigefügt worden, kann der Wechseldebitor auch allenthalben verfolgt werden.“ Vgl. auch Scherer Handbuch des Wechselrechts Bb. III S. 280; Wender Grundsätze des Wechselrechts Bb. I S. 175; Thöl das Handelsrecht Bb. II §. 174. Der Beisatz „und aller Orten“ ist zum Vortheil des Wechselgläubigers eingeführt; im Freisinger Erkenntnisse wurde er aber zum Nachtheil des Wechselinhabers angewendet, indem man darin ein Motiv fand, dem Wechselinhaber die Befugniß abzuspochen, am gesetzlichen und nebst dem ausdrücklich bestimmten Zahlungsort Protest erheben zu lassen. Uebermalß²⁾ eine für das gute Recht des Klägers verhängnißvolle Nichtachtung des in fr. 25 de legibus (1, 3) ausgesprochenen Grundsatzes:

Zum Schaden brauchen, was zum Besten eingeführt,
Ist eine Art Gebrauch, die nimmer sich gebührt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Geltung der älteren sogenannten Amortisationsgesetze auch bei Erwerbungen von Seite neu entstandener Klöster.

Hierüber sagen oberflächlicherliche Entscheidungsgründe:

Die Anwendbarkeit der s. g. Amortisationsgesetze auf die nach der Säkularisation und nach dem Kon-

²⁾ Vgl. oben S. 6.

fordate Bayerns mit dem päpstlichen Stuhle, in Bayern entstandenen Klöster kann nicht bezweifelt werden. — Der Satz, daß die faktische Aufhebung von Instituten, Korporationen, auch die Aufhebung der sie betreffenden Gesetze eo ipso in sich fasse, ist ein durchaus irriger, vielmehr kann das thatsächliche Wiederauftreten solcher Institute, ohne einen besondern gesetzgeberischen Akt, immer nur wieder unter der Geltung der sie betreffenden Gesetze erfolgen, welche Gesetze nur aus dem Grunde zeitweise außer Anwendung blieben, weil die thatsächlichen Bedingungen hiezu mangelten. — Die Richtigkeit dieser rechtlichen Auffassung erkennen für den gegebenen Fall speziell die Verordnungen v. 17. Nov. 1803 f. Moriz Nov. 3. bayer. KR. S. 321, f. Nr. 8, und v. 30. Nov. 1803 (ebd. S. 158) an, in welcher letzteren landesherrl. Entscheidung insbesondere die Nichtaufhebung der Amortisationsgesetze, abgesehen von dem Fortbestehen einzelner denselben unterworfenen Institute auch noch nach der Säkularisation: „auch aus andern Gründen“ geradezu ausgesprochen ist. — Auf die Unterstellung dieser Rechtsansicht, nämlich die Anwendbarkeit der Amortisationsgesetze auf die seit dem Konfordate entstandenen Klöster, beruht auch die allerhöchste Entschließung v. 16. Juni 1836 in ihrem zweiten Absätze, wo die in der früheren Entschließung v. 15. Nov. 1835 ausgesprochene gegentheilige Anschauung auf dem Gebiete der Praxis verlassen wird: „um die bindende Kraft der Schenkungen zc. über jeden Zweifel zu erheben.“ (Vgl. Döllinger's Sammlung Bd. 11 S. 1287; Handbibliothek des bayer. Staatsbürger Bd. I S. 67 Note 10).

DAÖG. v. 15. Sept. 1856 Nr. 922^{55/56}.

p. µ.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kann man durch Bitten intellektueller Urheber werden? — Wo das Possessorium, da das Veltorium. — Disqualifikation der Ausländigkeit in der Revisionssinstanz. — Landesberühmte Dispensation von den Amortisationsgesetzen. Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. — Kauf- oder Werkverdingung. Einrede der Fälschung. —

Kann man durch Bitten intellektueller Urheber werden?

(Zu Art. 46 Th. I des StGB.)

Es ist Verstandes Art, nach Konsequenz zu streben;
Gefetze zwingen oft, das Streben aufzugeben.

An die Spitze des bayer. Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 ist der Grundsatz gestellt, daß nur dasjenige strafbar ist, was in einem Gesetze unter Strafe verboten wird.

Art. 1 Th. I b. StGB. Anmerkungen Bb. I S. 66.

Der Art. 46 Th. I gibt nun an, wer als intellektueller Urheber straffällig wird ¹⁾. Daß

¹⁾ Nachdem in Art. 45 unter III bestimmt war, daß „alle diejenigen, welche mit rechtswidriger Absicht Andere zur Begehung und Ausführung des Verbrechens bewogen haben, als Urheber desselben bestraft werden,“ — verordnet Art. 46:

„Unter den zuletzt benannten Urhebern (Art 45 Nr. III) ist begriffen: wer durch ausdrückliche

Gesetz gedenkt hiebei des Falles nicht, wo Jemand durch Bitten wirksam wird.

Ist auch wegen der Mannigfaltigkeit der menschlichen Lebensverhältnisse und der großen Verschiedenheit der Willensrichtungen des Einzelnen es nicht thunlich, in einem Strafgesetzbuche allen möglichen eintretenden Fällen sofort durch klare wörtliche Bestimmungen vorzusehen; macht selbst die präziseste Diktion von Gesetzen die beispielweise Aufzählung von Handlungen zur größeren Verdeutlichung nicht ganz überflüssig; so dürfte doch so viel feststehen, daß, wenn das Gesetz Handlungen gruppiert, wie z. B. in Art. 46 Rathhertheilung, Auftrag u. s. w. diese generelle gruppenweise Abfassung nicht gestattet anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur eine *exemplificatio*, nicht vielmehr eine *enumeratio* beabsichtigte ²⁾.

So lange also nicht thatsächlich begründet ist, daß Jemand, der den Andern bittweise zu einer gesetzwidrigen That bestimmte, nicht mehr allein bittend auftrat, sondern etwa durch ausdrückliche Rathhertheilung, Auftrag oder Befehl einwirkte, oder durch einbringliches und anhaltendes Bestürmen den Zeugen, der sein jüngerer Verwandter ist, zur Ab-

Rathhertheilung, durch Auftrag, durch Versprechen oder Geben eines Lohnes, durch Gewalt, Drohung oder Befehl, oder endlich durch absichtliche Erregung, oder Benützung eines Irrthumes den Vollbringer der That zur Ausführung derselben bestimmt hat".

- ²⁾ Ein Analogon: Wenn Einer durch körperliche Mißhandlungen des Gehörs beraubt wird, so ist der Thatbestand des Art. 181 Th. I d. StGB nicht gegeben, indem das Gesetz mit dem Verlust des Gehörs nicht die Straffolgen verbindet, wie bei Beraubung des Gebrauches der Sprache, des Gesichtes u. s. w.

legung eines falschen Zeugnisses veranlaßte, — ins-
solange erscheint der bloß Bittende als solcher nicht
als intellektueller Urheber, sondern ist höchstens nach
den Gesetzen über Fahrlässigkeit strafbar ³⁾).

Unserer Auffassung steht weder Art. 45 Ziff. III
Th. I d. StGB. noch Bd. I S. 157 der Anmerk-
ungen entgegen, da einfache Bitten weder die
rechtswidrige Absicht, den Andern zur Begehung
eines Verbrechens zu bewegen, in gleichem Maße
wie in den gesetzlich bezeichneten Fällen bekunden,
noch in ihnen jene moralische Wirkung hervortritt,
welche an und für sich den Vollbringer zur That
bestimmen konnte.

Dagegen fallen für unsere Ansicht die Gesetzes-
worte „*oder endlich*“ entscheidend ins Gewicht.
Das Wort „*endlich*“ drückt es unzweideutig aus,
daß nur die letzten der unter Art. 45, III be-
griffenen Fälle bezeichnet, und damit alle sonstigen,
materiell verwandten, aber nicht genannten Fälle
ausgeschlossen werden sollen.

Nachschrift des Herausgebers. Die
Meinung des Verfassers, der Inhalt des Art. 46
Abs. 1 sei nicht als Exemplifikation, sondern als
Aufzählung aller einschlagenden Fälle aufzufassen,
hat guten Grund. Sie entspricht nicht nur dem
allgemeinen Sprachgebrauche, zufolge dessen zur

³⁾ Vgl. den angef. Art. 46 Abs. 2: „Wer aber durch
Reden oder Handlungen, unabsichtlich eines Andern
gesetzwidrigen Entschluß veranlaßt, soll nach den
Gesetzen über Fahrlässigkeit bestraft werden.“ —
(Paßt das Merkmal „unabsichtlicher Veran-
lassung“ auf den Fall der Veranlassung durch Bitten?)
— Die weiter beigefügte Bedrohung mit der Strafe
der Gehülfen setzt eine Bestärkung des schon gefaßten
Entschlusses durch eine der im Abs. 1 bezeichneten
Arten der Einwirkung voraus. — S.

Bethätigung der Exemplifikations-Absicht vor „begriffen“ das Wort „insbesondere“ stehen müßte, sondern auch dem Besonderen des Gesetzgebers. Wie den besonderen Bestimmungen des Art. 46 im Art. 45 (III) ein allgemeiner Satz vorangeht, so ist dies auch im Verhältnisse der Art. 119 und 120 (mit 121) der Fall. Da aber die besonderen Bestimmungen des Art. 120 nur in der Eigenschaft von Beispielen, von Hauptfällen gedacht waren, so lautet der Eingang dieses Artikels: „Es sind daher insbesondere u. s. w.“ Andere Nachweise darüber, daß und wie der Gesetzgeber die Absicht bloßer Exemplifikation, wenn er sie legt, zu betonen pflegt, finden sich in Th. I Art. 287 („wie, wenn), Th. II Art. 312, 313, („als da sind“), Art. 317 („sind insbesondere“).

In den Anmerk. Bb. I S. 157 ist es allerdings als Prinzip ausgesprochen, daß diejenige Person, in deren Handlungen die hinreichende Ursache der Entstehung des Verbrechens enthalten ist als Urheber betrachtet werden müsse. Aber das Prinzip strafrechtlicher Bestimmungen ist von diesen selbst, von den praktischen Vorschriften, wohl zu unterscheiden. Aus diesen erhellt der Umfang, in welchem der Gesetzgeber den allgemeinen Satz, das Prinzip, bethätigen wollte. Diesen also begrenzten Umfang durch ausdehnende Auslegung oder analoge Anwendung zu erweitern, ist bei Strafbestimmungen unstatthaft.

Man könnte etwa im Hinblick auf fr. 1 §. 2 mandati (27, 1) dafür halten, in dem gesetzlichen Falle der Veranlassung durch Auftrag sei der einer Veranlassung durch Bitten einbegriffen. Allerdings wird in der Bitte, ein Geschäft für den Bittenden zu besorgen, Niemand die Merkmale des Auftrages verkennen; aber eben so würde es Niemand als richtige Bezeichnung gelten lassen,

wenn man die Bitte um Ablegung eines falschen Zeugnisseß zu Gunsten des Bittenden als einen von demselben ertheilten Auftrag qualifiziren wollte.

Wohl ist das hier gezogene Resultat kein sachgemäßeß, es geht wie man zu sagen pflegt, wider den Mann; aber die Richter sind nur ministri nicht arbitri juris.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Wo das Possessorium, da das Petitorium.

In einem im Forum des Fiskus verhandelten, possessorischen Rechtsstreite war Letzterer verurtheilt worden und erhob nun vor demselben Gerichte die petitorische Klage. Das Appellationsgericht erachtete sich für inkompetent. Der oberste Gerichtshof erklärte sich über diese Frage in folgender Weise:

Sowohl im römischen als im kanonischen Rechte ist vorgeschrieben, daß das possessorium und petitorium bei demselben Gerichte verhandelt und entschieden werden soll.

S. Bayer, gem. Civilprozeß 7. Auflage S. 136; (8. Aufl. S. 69 Nr. 5); Glück, Kommentar Bd. XI pag. 310; Seuffert, Archiv Bd. III Nr. 372.

Dieser gemeinrechtlichen Bestimmung steht auch die bayerische Civilprozeßordnung nicht entgegen, indem daselbst Kap. I §. 10 der Grundsatz adoptirt ist, daß Sachen, welche zusammen gehören, nicht leicht von einander getrennt werden, sondern von einer Obrigkeit allein verhandelt werden sollen, und auch die Anmerkungen hiezu, lit a, den Grundsatz der Verhandlung des possessorium und petitorium

vor dem nämlichen Richter nicht verwerfen, sondern nur bemerken, daß dieses in der Praxis gar vielfach seinen Absatz leidet.

Eine nähere Bestimmung darüber, welche Sachen als zusammengehörig zu betrachten sind, enthält weder der Text der Gerichtsordnung selbst, noch die Annotationen, weshalb man den gemeinrechtlichen Begriff der materiellen Konnexität zu Hülfe nehmen muß, wornach der Satz gilt, daß der Richter, welcher das Possessorium entschieden hat, der Regel nach auch über das Petitorium zu erkennen hat, womit auch Seuffert im Kommentar zur Gerichtsordnung Band 1 S. 75 übereinstimmt.

DABGrf. vom 5. Jan. 1857 Nr. 177⁵⁶/₅₇.
6/12.

2.

Officialprüfung der Zuständigkeit in der Revisionsinstanz¹⁾).

Vergl. Bl. f. RW. Bd. XI S. 316, 329 Bd. XIX S. 191 f.; Bd. XX S. 74*; Komment. u. b. GD. Aufl. II Bd. I S. 234 Note 281, S. 396 Note 60; Bd. IV S. 133 Note 2b.

Ein Theil der Bewohner von Kleinrheinfeld LG. Gerolzhofen erhob wider einen anderen Theil derselben bei genanntem Gerichte, als Civilbehörde, Klage auf Minderung des Weideviehes bis auf 6 Stücke Schafe Seitens jedes Berechtigten. Die Beklagten verweigerten die Einlassung wegen Unzuständigkeit der Gerichte, indem hier eine Justizsache nicht gegeben sei.

¹⁾ Wie lange wird es noch währen, bis in Ansehung dieser wichtigen, zur Verweisung an die Plenarversammlung längst gereiften Streitfrage der Vorschrift des Präjudizengesetzes genügt wird?

Die erste Instanz verurtheilte jedoch die Beklagten unter Verwerfung dieser foribeklinatorischen Einrede — zur Einlassung, wobei sich dieselben auch beruhigten, und der klägerischen Appellation nur bezüglich der Beweisnormirung abharrten. Die zweite Instanz änderte die Fassung des unterrichtlichen Beweissthemas. Als nun in Folge der beiderseitig ergriffenen Revisionen, welche die *materialia causae* zum Gegenstand hatten, die Akten an den obersten Gerichtshof gelangten, frug es sich: Ob der Streitgegenstand, wenn er oberstrichterlich als Justizsache nicht erkannt werde — jetzt noch *ex officio* vom Civilgericht weggewiesen werden könne?

Diese Frage fand im Erkenntnisse v. 3. Jan. 1856 (Reg. Nr. 476^{54/55}) eine bejahende Lösung.

„Zwar haben sich die Beklagten, heißt es in den Motiven, über die erstrichterliche Verwerfung der von ihnen opponirten Einrede der mangelnden Eigenschaft einer Justizsache nicht beschwert, „solches bildet aber für den obersten Gerichtshof kein rechtliches Hinderniß, die angestellte Klage wegen Inkompetenz der Gerichte abzuweisen. Denn derselbe hat seine eigene Kompetenz in der an ihn gelangten Hauptsache selbstständig, daher unabhängig von vorausgegangenen Entscheidungen zu prüfen, und nach den bestehenden Gesetzen im Interesse öffentlicher Ordnung von Amtswegen sich darüber auszusprechen, ob er sich zur Entscheidung der Hauptsache für kompetent hält oder auf solche wegen Unzuständigkeit der Gerichte nicht eingehen kann.

Aus diesen Gründen war die angestellte Klage abzuweisen“.

3.

Landesherrliche Dispensation von den Amortisationsgesetzen.
Voraussetzung ihrer Wirksamkeit.

Im gegebenen Falle handelte es sich von der Frage, ob eine letztwillige Zuwendung zur tobtten Hand, welche das in der WD. vom 13. Okt. 1764 (Morig Novellen zum LR. S. 167) bestimmte Maximum von 2000 fl. überstieg, auch in Ansehung des Mehrbetrages in Kraft landesherrlicher Dispensation für wirksam zu achten sei. Die oberstrichterlichen Motive sagen hierüber:

Die WD. vom 13. Okt. 1764 enthält in der Wesenheit nichts Anderes als eine Ausdehnung der WD. vom 1. August 1701 (Morig a. a. O. S. 141), welche nur Immobilien betraf, auch auf mobiles Vermögen, mit der Beschränkung der in erster Verordnung statuirten totalen Ungiltigkeit eines Erwerbes durch eine manus mortua, auf mehr als eine Werthsumme von 2000 fl. . Die völlige Identität der gesetzgeberischen Gründe beider Verordnungen in Absicht auf die Frage der Erwerbsunfähigkeit einer manus mortua, der Ungiltigkeit der den Erwerb betreffenden Rechtsobjekte prägt sich ganz deutlich in den Nummern 12 und 13 der WD. vom 13. Okt. 1764 aus. Da nun aber diese Verordnung über die landesherrliche Dispensation von der gesetzlichen Ungiltigkeit aller solcher Rechtsakte nichts enthält, so ist auf jene von 1701 zurückzugehen, welche aber an sich schon — ohne die Annotat. des B. von Kreittmahr z. b. LR. in diesem Betreffe in Betracht zu ziehen — keinen Zweifel darüber zuläßt, daß diese Dispensation bei letztwilligen Zuwendungen, an eine manus mortua erfolgt, vor dem Ableben des Testators erwirkt sein müsse.

In Nr. 1 der Verordnung sind nämlich die möglich denkbaren Arten der Eigenthumsübertragung,

unter diesen auch die letztwillige Verfügung (verbis „vertestirt, vermacht“) aufgezählt und hieran der Ausdruck geknüpft: „es sei ohne landesherrlichen vorläufigen Konsens die beschriebene Veräußerung null und nichtig.“

Bei dieser Fassung des Gesetzes ist die Annahme:

daß, weil bei letztwilligen Verfügungen die wirkliche Veräußerung erst mit dem Tode des Testators eintrete, die Dispens wenn auch erst in diesem Zeitpunkte erwirkt, doch von Wirksamkeit sei —

nicht gerechtfertigt. Jede letztwillige Verfügung enthält nämlich eine durch ihre Fortbauer und bis zum Tode des Testators bedingte Veräußerung.

Mit dem Eintritte ihrer äußeren Rechtswirksamkeit, nach des Testators Tod, ist kein neuer Willensakt verknüpft, ihre Rechtswirksamkeit beruht vielmehr auf dem letztwilligen Akte des Testators selbst. Es kann daher die Zeit der Erfüllung einer Vorbedingung für die Gültigkeit einer letztwilligen Veräußerung, nicht auf den nur äußeren Eintritt der Rechtswirksamkeit (d. h. nach des Testators Tod), sondern nur auf den eigentlichen Entstehungsakt, auf die Konfektion des letzten Willens bezogen werden. Auf dieser Rechtsansicht beruht offenbar die in den Annotat. z. b. Nr. Th. II Kap. 2 §. 4 Nr. 11 lit. a bestimmte ausgesprochene Meinung Frhrn. v. Kreittmayr's. Wenn gleich der Kommentator hier bloß die W.D. v. 1701 mit deren Erläuterungen bis 16. Jänner 1760, also vor 1764, im Auge hat, so hat derselbe doch im 5. Theile der Annotat. z. b. Nr. Kap. 19 §. 39 Nr. 11 die W.D. v. 1764 sammt Erläuterung von 1765, ohne irgend einen Beisatz über die von ihm früher gegebene Erklärung bezüglich der landesherrlichen Dispensation, abgedruckt, welches Stillschweigen des Kommentators

darin seinen Grund hat, daß, wie erwähnt, über die landesherrliche Dispensation lediglich die Verordnung von 1701 entscheidet, welche bereits in 2. Theile der Annot. commentirt wurde.

Ferner begründet die VD. v. 1764 bezüglich der passiven Testabilität einer manus mortua für den Mehrbetrag von 2000 fl. eine relative Inkapazität (incapax secundum quid im Gegensatz zu simpliciter nach den Annot. z. b. VM. Th. III Kap. 3 §. 11 Note 4 und §. 13 lit. a), und gemäß der Bestimmung des VM. Th. III Kap. 3 §. 12 muß (unter Einschaltung der Worte: „und des Testators Tod“ nach den Worten: „zur Zeit der Verfertigung des Testaments“ zufolge der Annotat. hiezu lit. b) die Kapazität (passive Testabilität¹⁾ in den drei Zeitpunkten der Testamentifikation, des Todes des Erblassers und des Erbschaftsantrittes vorhanden sein, wonach hier sowohl zur Zeit der Testamentifikation als des Todes des Erblassers Inkapazität auf Seite des Klosters als Erben sec. quid. vorgelegen wäre.

Wenn weiter Freiherr von Kreittmahr in den Annot. z. b. VM. Th. II Kap. 2 §. 4 Nr. 11 bei Erläuterung der VD. v. 1701 davon spricht, daß eine nach des Erblassers Tod erfolgte landesherrliche Dispensation nur dann Wirksamkeit haben könne, wenn sie „im Einverständnisse“ mit den Erben erfolgt sei, und er hier eines in diesem Sinne entschiedenen Falles erwähnt, so ist

¹⁾ Im römischen Rechte bestand zwischen dem „testamenti factionem cum testatore habere“ (s. g. passive Testamentifikation) und der capacitas (jus capiendi) ein wesentlicher Unterschied. Davon handelt ausführlich Mühlensbruch im §. 1437 von Glück's Kommentar Bd. XXXIX. Über Kreittmahr hat diesen Unterschied nicht gekannt. C.

diese Ausführung leicht erklärlich und selbstverständlich, weil dieses Einverständniß nichts anderes ist, als eine freiwillige Anerkennung einer letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer manus mortua, für welche keine vor des Erblassers Tod erfolgte landesherrliche Dispens vorliegt, und eine solche freiwillige Anerkennung eines anfechtbaren Testaments im Gegensatz zu einem schlechtthin nichtigen nach bekannten Gesetzen, insbesondere nach dem bahr. R.R., keinem Bedenken unterliegt.

DABG. v. 15. Sept. 1856. Nr. 922⁵⁵/₅₆.

e. μ.

4.

Kauf oder Werkverdingung? Einrede der Willigung.

Der Kläger, als Besitzer einer Braunkohlengrube hatte am 19. Juni 1849 einen Vertrag mit den Beklagten, als damaligen Inhabern einer Maschinenfabrik abgeschlossen, inhaltß dessen die Beklagten sich verbindlich gemacht hatten, dem Kläger für dessen Kohlenwerke

eine Hochdruck-Dampfmaschine von 25 Pferdestärken und Doppel-Pumpenwerk für eine Wassersäule von 60 Fuß, so daß dadurch eine Wassermenge von 100 Cubikfuß in der Minute zu Tage gefördert werden könne,

herzustellen, käuflich zu fertigen, auf die Grube zu liefern und daselbst die Aufstellung durch einen von ihnen dahin zu sendenden Monteur besorgen zu lassen. Als Kaufs- und Accordsumme für die Lieferung der Maschine und deren Aufstellung an Ort und Stelle sollte der Kläger 5900 Thaler, und zwar

- a) 1500 Thaler sofort,
- b) 2000 Thaler zu Ostern 1850,
- c) 2400 Thaler zu Michael 1850,

nach Wechselrecht an die Beklagten bezahlen.

Die Bezahlung dieser Summen hat der Kläger, beziehentlich in Folge der von den Beklagten wider ihn angestellten Wechsellagen, vollständig bewirkt. Die Beklagten haben die Maschine geliefert, am 17. September 1850 deren Aufstellung beendet und solche in Gang gesetzt.

In einer am 28. August 1852 überreichten Klage beschwerte sich der Kläger darüber, daß die Maschine der vertragsmäßigen Zusage hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit nicht entspreche, indem sie nicht 25, sondern nur höchstens 12 Pferdekraft ausüben und in einer Minute nicht 100, sondern höchstens 60 Cubiffuß Wasserkraft zu Tage fördern könnte, was jedoch von den Beklagten in Abrede gestellt wird. Der Kläger verlangte nicht die Wiederheraufhebung des Vertrages und die Verurtheilung der Beklagten in die Zurücknahme der Maschine gegen Zurücknahme des dafür bezahlten Preises, sondern er stellte sein Gesuch zunächst

auf nachträgliche Erfüllung des Vertrages durch von den Beklagten auf ihre Kosten zu bewirkende Herstellung der Maschine in den bedungenen leistungsfähigen Zustand und auf Vergütung der ihm durch die bisherige Nichterfüllung des Vertrages von den Beklagten verursachten erweislichen Schäden, eventuell aber, für den Fall, wenn diese Herstellung von dem Beklagten nicht geleistet würde oder nicht geleistet werden könnte,

auf Ersatz des ihm dadurch erwachsenden, nach der Differenz zwischen dem durch Sachverständige zu ermittelnde Werthe der Maschine und der von ihm, dem Kläger, mit 5900 Thalern gezahlten Accordsumme zu bemessenden Schadens.

In Beurtheilung dieser Rechtsache kam es zunächst in Frage, ob der im J. 1849 geschlossene

Vertrag als Werkverdingung (*loc. cond. operis*) oder als Kauf anzusehen sei. In den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung wurde hierüber geäußert:

Die zweite Instanz betrachtet den Vertrag vom 19. Juni 1849 als eine *locatio conductio operis* und hält die Klage als *actio locati* für begründet. Von einer anderen Ansicht scheinen die Contrahenten ausgegangen zu sein. Mehrere Stellen in der Vertragsurkunde, 3. B. §. 1. Bl. — „käuflich zu fertigen“ — §. 6. Bl. — „als Kaufs- und Accordsumme“ — „diese Kaufsumme“ — worin sich die Beklagten bis zur Bezahlung der letzten Terminrate von der Accordsumme das Eigenthumsrecht an der gelieferten Maschine vorbehalten, weisen auf die Verabredung und den Abschluß eines Kaufsvertrages hin. Diese Meinung der Contrahenten stellt sich auch als richtig dar, wenn man die hier einschlagenden Aussprüche der römischen Juristen vergleicht. Der Vertrag, vermittelt dessen der Eine der Paciscenten die Verfertigung eines Werkes für den Andern gegen eine Geldvergütung übernimmt, ist, wenn der Verfertiger des Werkes den Stoff dazu hergibt, in der Regel als ein Kauf, nicht als ein Verdingungsvertrag zu betrachten.

(Fr. 20. de contrah. emt. [18, 1.]:

„nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret.“

Vgl. fr. 65. eod.; fr. 2. §. 1. fr. 22. §. 2. loc. [19, 2.]; §. 4. Inst. de loc. cond. [3, 25].)

Eine Ausnahme leidet dieser Satz dann, wenn das Werk ein Bauwerk ist, welches der Besteller auf seinem Grund und Boden aufführen läßt, wenn gleich der Accordnehmer auf seine Kosten zugleich für die Baumaterialien sorgt; hier wird der Vertrag

als *locatio conductio*, bei welcher der *artifex operam suam i. e. faciendi necessitatem locat*, (Fr. 22. §. 2 [19, 2].)

darum angesehen, weil der Grund und Boden, den der Bauherr zu dem Werke hergiebt, als Eines mit diesem und als die Substanz gilt, von welcher das *corpus* herrührt.

fr. 20 de contr. emt. (18, 1) „*quoniam tunc ex mea substantia proficiscitur.*“

Nur der Aufrichtung eines Gebäudes — (*insula aedificanda*) — wird dießfalls in den allegirten Gesetzen gedacht. Zwar hat die Praxis ein gleiches Verhältniß angenommen, wo der Besitzer einer Mühle in solcher von einem Mühlenbauarbeiter gegen eine auch auf das Material mit bemessene Accordsumme neue Gänge anlegen ließ. Indessen kann eine in der Maschinenfabrik des Accordnehmers mit dessen Material vollständig gefertigte und präsumtiv nicht bloß für den Besteller und dessen Grundstück brauchbare Dampfmaschine bloß um deswillen, weil der Verfertiger sich gegen die bedungene Aversionalsumme zugleich anheischig gemacht hat, bei Ablieferung der Maschine einen seiner Arbeiter mitzusenden, und durch solchen die Maschine auf dem Grundstücke des Bestellers aufstellen und in Gang bringen zu lassen, nicht als ein solches aufzurichtendes Gebäude betrachtet werden, welches in den angezogenen Gesetzen stehen

fr. 20 cit.; fr. 22 §. 2 loc. cond.

vorausgesetzt wird. Von gleicher Ansicht ist das Oberappellationsgericht auch in einem ähnlichen Falle, wo es sich um ein Walzwerk handelte, welches der Besteller sich aus der Fabrik des Accordnehmers erholt und in einem ermietheten Locale aufgestellt hatte, ausgegangen.

Nach Begründung dieser Auffassung fahren die oberstrichterlichen Motive fort:

Daraus, daß der dem Ueberriten Ansprüche unterliegende Vertrag nicht, wie die vorige Instanz annimmt, als Verdingungsvertrag, sondern als Kauf anzusehen ist, folgt kein Anlaß, die Klage für unstatthaft zu halten. Auch als *actio empti* erscheint sie begründet. Der Kläger fordert mittelst derselben die Erfüllung der ihm im Vertrage von den Verkäufern geleisteten Zusage, ihm eine Maschine mit einer gewissen Leistungsfähigkeit zu liefern. Dazu ist er, dafern die ihm geleistete Maschine die verabredete Leistungsfähigkeit nicht hat, vollkommen berechtigt.

Fr. 11 §. 1 de act. empt. vend. [19, 1].

„sciendum est, in hoc iudicio id deduci, quod praestari, convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.“

Dadurch, daß die Maschine dem Kläger übergeben, von ihm über und in Gebrauch genommen, auch das Kaufgeld dafür vollständig bezahlt worden ist, hat der Kläger das ihm zuständige Recht, auf nachträgliche Erfüllung dessen, was die Beklagten von ihren vertragmäßigen Zusagen noch nicht erfüllt haben, nicht verloren. Dies würde bloß dann anzunehmen sein, wenn die Umstände im vorliegenden Falle so beschaffen wären, daß in der Uebernahme des Gegenstandes, der Verfügung darüber und in Bezahlung des Kaufgeldes ein thatsächlich erklärtes Einverständniß des Klägers mit der von Seiten der Beklagten vollständig geschehenen Vertragserfüllung gefunden werden müßte.

Die Leistungsfähigkeit, die wirkende Kraft einer Maschine, wie sie hier in Frage, ist eine innere Eigenschaft derselben, über welche der Käufer eine sichere und erschöpfende Kenntniß nicht sofort durch die Ansicht bei der Uebernahme, sondern erst dann,

wenn sie in Gang gesetzt und in Gebrauch genommen worden ist, und mittelst Untersuchung durch Sachverständige erlangen konnte. Dadurch also, daß der Käufer die ihm vom Verkäufer übergebene Maschine anz und in Gebrauch nimmt, ohne sich eine Prüfung, ob dieselbe die zugesagte Leistungsfähigkeit habe, dabei ausdrücklich vorzubehalten, hat er noch keineswegs seine Zufriedenheit mit derselben und sein Einverständniß damit erklärt, daß der Verkäufer seinen vertragmäßigen Obliegenheiten entsprochen habe¹⁾. Ebenso ist auf die Bezahlung des Kaufgelbes hier ein entscheidender Einfluß schon darum nicht zu setzen, weil dieselbe, unabhängig von der Ablieferung die Maschine, an im Voraus festbestimmten Tagen, von denen der letzte (Michaelis 1850) alsbald nach Aufstellung der Maschine (17. September 1850) eintrat, und zwar durch Wechsel geleistet werden sollte, und auf von den Beklagten erhobene Wechsellage geleistet werden mußte.

Erk. des OLG. zu Dresden v. 6. März 1855.
 Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. Jahrgang 1856 Nr. 20.

- ¹⁾ Der Kläger hatte schon vor Ablauf eines halben Jahres von Aufstellung der Maschine (mittels Briefes vom 15. Febr. 1851) den Mangel an der vertragmäßigen Leistungsfähigkeit in Anregung gebracht. Im Hinblick auf diesen Umstand und auf die hiernächst von dem Beklagten mit dem Kläger gepflogenen gütlichen Verhandlungen wurde angenommen, daß sich der Kläger an der Obliegenheit des Käufers, das ihm gelieferte Werk ohne Verzögerung zu prüfen und etwaige Ausstellungen dem Verkäufer alsbald zu eröffnen, nicht versäumt habe.

Errata. Oben S. 55 Z. 19 statt „parteiische“ lies „parteiliche“. — S. 94 Z. 24 st. „sogleich“ l. „, folglich“.

Red.: J. H. Senffert. Berl. Palm & Enke (Adolph Enke in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen.

Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen.

Von Franz Samhaber.

In Nr. 8 und 9 des vorigen Jahrgangs dieser Blätter ¹⁾ ist — entgegen zwei Erkenntnissen des obersten Gerichtshofs ²⁾ — nachzuweisen versucht worden, die gewerbmäßige Gutszertrümmerung sei lediglich „Polizeiübertretung.“

Die damals geäußerte Hoffnung, daß die Vergehensqualität des genannten Reates in der bayerischen Rechtsprechung noch nicht unwandelbar feststehen möge, ward seitdem wenigstens theilweise verwirklicht: das kgl. Appellationsgericht von Niederbayern hat neuerlich in Sache des Franz Liebhart von Abelhausen und in zwei weiteren Fällen die gewerbmäßige Gutszertrümmerung als „Polizeiübertretung“ erklärt. Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde kassirte jedoch der oberste Gerichtshof unterm 31. October 1856 jene zweitinstanzlichen Urtheile, indem derselbe die Vergehenseigenschaft abermals, und zwar größtentheils mit neuen Gründen, vertrat ^{2a)}.

¹⁾ Neue Folge I. Band S. 113 flg. und S. 129 flg.

²⁾ Zeitschrift f. Geschg. u. Rechtspf. des K. Bayern, II. Bd. S. 445 flg.

^{2a)} Ebendasselbst Bd. III S. 469 f.

Die Thatsache, daß die oberstrichterliche Doctrin ungefähr innerhalb eines Jahres von drei verschiedenen Appellationsgerichten³⁾ in fünf Erkenntnissen bekämpft wurde; die vielseitige Zustimmung, welche dieser wissenschaftliche Kampf bei gewiegten Rechtskennern fand; endlich der Inhalt der jüngsten Entscheidungsgründe des höchsten Gerichtshofes selbst wie deren Verhältniß zu dessen früheren Motiven⁴⁾ geben mir den Muth, die Aufrechterhaltung der früher entwickelten Ansicht wiederholt zu unternehmen, zumal da jene oberstrichterlichen Aussprüche durch die Art ihrer Begründung über das beschränkte Gebiet der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung weit hinauszugreifen und die Auslegung eines großen Theiles unserer vaterländischen Strafgesetze tief berühren. Im Nachstehenden soll übrigens selbstverständlich nicht mehr die ganze Streitfrage erschöpft, sondern nur eine Widerlegung der neuen Gegengründe versucht werden.

I.

Die beiden älteren, im November 1855 ergangenen Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes hatten vornehmlich das System des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 als maßgebend erachtet und den Gebrauch des Ausdrucks „Gefängniß“ in dem Gesetze, die gew. Gutsz. betr., v. 28. Mai 1852 besonders hervorgehoben. Die Entscheidung vom 31. October 1856 ist bemüht, diesen Standpunkt, wenn auch nicht im vollen Umfange und mit der früheren Bestimmtheit, doch bis zu einem gewissen Grade festzuhalten.

1) „Schon das StGB. von 1813“ — heißt es daselbst, — „wenn es auch doctrinell den Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen in die Begriffsbestimmung von rechtsverletzenden und bloß gefährlichen Handlungen gelegt hat, ist häufig davon abgegangen und hat vorzugsweise die angedrohte Strafgattung als Kennzeichen festgestellt, und zwar für die Vergehen als Freiheitsentziehung das Gefängniß, wie sich solches insbesondere aus den Anmerkungen zum StGB. Bd. I S. 27 und 28, dann S. 69 und 80 ergibt.“ —

³⁾ Vgl. meinen früheren Aufsatz S. 113 a. a. D.

⁴⁾ Siehe oben Note 2.

Daß im Eingang enthaltene Zugeständniß über den Unterschied von Vergehen und Polizeiübertretung, welche freilich im Hinblick auf Art. 2 Abs. 3 und 4 Th. I des StGB. und Anmerkungen Bd. I S. 23—25 nicht versagt werden konnte, ist dadurch etwas geschmälert, daß jene Unterscheidung als eine „doctrinelle“ bezeichnet ward, jedoch gewiß mit Unrecht; denn Begriffsbestimmungen, die ein Gesetzbuch aufstellt, sind jederzeit, besonders aber, wenn dies an vorragender Stelle und in so wohlleiwogener Fassung geschieht, wie im gegebenen Falle, nicht bloß doctrinelle, sondern legale Definitionen, d. h. wahre Gesetze.

Die Behauptung, das StGB. sei von den gewählten Begriffen „häufig abgegangen“, ist nicht genau, zudem hier unerheblich. Zwar sind manche geringere Rechtsverletzungen den Polizeiübertretungen beigezählt; allein diese Modifikation wurde bereits in der Begriffsbestimmung des Art. 2 vorgesehen und berührt keinesfalls die gegenwärtige Streitfrage. Entscheidend bleibt die Thatfache, daß unter allen Vergehen, die das StGB. kennt, nur Rechtsverletzungen, keine einzige Rechtsgefährdung sich findet, vielmehr sämtliche Handlungen der letzteren Art dem aufgestellten Prinzip getreu polizeilicher Ahndung überlassen wurden; nach dieser Seite hin sind die Begriffe des Art. 2 ausnahmslos mit Strenge durchgeführt. Die gewerbmäßige Gutszertrümmerung muß deshalb vom Standpunkte des StGB. aus als Polizeiübertretung erklärt werden, wobei die in anderer Richtung (bei den Rechtsverletzungen) beliebte Beschränkung des Grundsatzes einen gleichgültigen Umstand bildet.

Zu allgemein erscheint der weitere Satz, „das StGB. habe „vorzugsweise die angebrohte Strafsgattung als Kennzeichen festgestellt.“ — Für die Grenzscheide zwischen Verbrechen und Vergehen verhält sich dieß Merkmal vollständig (nicht bloß „vorzugsweise“) in Richtigkeit; dagegen der Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretung ist nach dem klaren Inhalte des Art. 2 Thl. I des StGB. und der Anmerkungen Bd. I S. 23—25 nicht durch die Strafarten bestimmt; diejenigen Stellen, worin die Strafen als Maßstab genannt werden, handeln, wie der Augenschein lehrt, allein von der Unterscheidung der Verbrechen und Vergehen. Dieß gilt namentlich von den Anmerk. Bd. I S. 26—29 und S. 69—80.

So ist denn auch nur im Gegensatze zu den Verbrechen⁶⁾, nicht zu den Polizeistrafen das „Gefängniß“ als ein Attribut der Vergehen erklärt, was sowohl aus dem Zusammenhange, in dem die Verbindung dieser beiden Begriffe vorkommt, wie auch daraus erhellt, daß bloß die mit Gefängniß bedrohten Rechtsverletzungen, nicht alle dieser Strafe unterworfenen Handlungen, in Art. 2 als Vergehen bezeichnet werden⁷⁾.

2) Die Gleichstellung der Ausdrücke „Gefängniß“ und „Arrest“ in Art. 35 Thl. I des StGB. soll darum nichts beweisen, weil damit nur die „Vermeidung einer Tautologie“ bezielt worden. Allein die etwaige Wiederholung des Wortes „Gefängnißstrafe“ an der genannten Stelle würde keineswegs unter den stylistischen Begriff von „Tautologie“ fallen, übrigens immerhin dem Wohlflange Eintrag thun. Wenn nun, um Diesem zu entgehen, mit den Bezeichnungen „Gefängnißstrafe“ und „Arrest“ gewechselt wurde, so liegt darin unläugbar eine Ausnahme von der strengen Scheidung beider Worte; Kunstausdrücke, die für verschiedene Gegenstände bestimmt sind, dürfen nie um eines bloß sprachlichen Zwecks willen vermengt werden; sobald man promiscue redet, einerlei, aus welchem Grunde, ist der technische Gegensatz aufgehoben.

In den Art. 206 und 398 Th. II des StGB., wo selbst das „Gefängniß“ als Strafmittel vorkommt, sind allerdings „vom Richter zu verhängende Disziplinarstrafen“ angeordnet; disziplinare Uebertretungen stehen aber den polizeilichen sehr nahe, und jedenfalls folgt aus diesen Gesetzesstellen soviel, daß man die Gefängnißstrafe nicht auf den Kreis der Vergehen beschränkt hat⁸⁾.

3) Richtig ist, daß in den dem Zeitalter des StGB. sich annähernden Spezialverordnungen häufig der Ausdruck „Arrest“ zur Bezeichnung polizeilicher Freiheitsstrafe gewählt ward. Die zwei Beispiele, welche das jüngste DABG. den Jahren 1808 und 1818 entnahm, ließen sich ohne Mühe vermehren; ein fester, ausnahmsloser Sprachgebrauch bestand indessen niemals.

⁶⁾ S. überhaupt die frühere Ausführung S. 131—134 a. a. D.

⁷⁾ Hierher gehört auch Art. 318 Th. I des StGB. nebst Anmerk. Bd. III S. 58—59.

Die kgl. Verordnung, den Branntwein=Ausschlag betr., vom 26. Januar 1808 bedroht in §. 12 Defraudationen, welche nicht „Vergehen“ sind, mit „Gefängnißstrafe“⁷⁾.

Zufolge kgl. Verordnung vom 12. Juli 1808, die Beförderung der Heirathen auf dem Lande betr., trifft denjenigen, der verbotswidrig außer Landes eine Ehe schließt, eine „Gefängnißstrafe“ von 1 Monate⁸⁾; gleichwohl ist die That nur Polizeiübertretung, wie der Gesetzgeber selbst erklärt hat⁹⁾.

Das organische Edict über die Patrimonialgerichtsbarkeit vom 8. Sept. 1808 gestattet gemäß §. 26 und 27 als Strafe polizeilicher Uebertretungen die Detention im „Gefängnisse“¹⁰⁾.

Die Theilnahme an auswärtigem Lottospiel, untersagt durch kgl. Verordnung vom 14. August 1810, ist Polizeiübertretung, wie schon aus der Uebertragung der Subicatur an die Polizeibehörden hervorgeht; dessenungeachtet wird die zu verhängende Freiheitsstrafe ausschließlich und zu wiederholten Malen „Gefängniß“ genannt¹¹⁾.

Für die polizeilichen Arrestorte findet man öfters den Namen „Polizeigefängnisse“¹²⁾.

Wenn behauptet wird, „Arrest“ als Strafe der Polizeiübertretungen dürfe in der Regel nur auf kurze Dauer erkannt werden: so ist zu beachten, daß diese Schranke häufig nicht der Strafe selbst, sondern bloß den unteren Polizeibehörden gezogen, der vorgesetzten Stelle aber weitergehende Befugnisse vorbehalten wurden, namentlich in den beiden im DMG. vom 31. October v. J. allegirten Verordnungen¹³⁾. Polizeiliche Frei-

7) Regierungsblatt v. 1808 S. 429.

8) Regierungsblatt v. 1808 S. 1510 §. 17.

9) K. Verordnung, die Kompetenz der General-, Kreis- und Lokalkommissariate betr., vom 6. August 1815, Regierungsblatt S. 692—693.

10) Regierungsblatt v. 1808 S. 2253.

11) Regierungsblatt u. 1810 S. 675—677.

12) Regierungsblatt v. 1817 S. 253 §. 28; Regierungsblatt v. 1825 S. 1087 §. 58.

13) Regierungsblatt v. 1808 S. 2528 §. 91, 92; Gesetzblatt v. 1818 S. 609—610 §. 99.

heitsstrafen von 1 Monate werden mehrfach angedroht und selbst längerwährende finden sich zuweilen ¹⁴⁾).

Da das StGB. nebst Anmerkungen für die Vergehen das Merkmal „Rechtsverletzung“ nicht nur begriffsmäßig aufgestellt, sondern auch im Einzelnen ohne Ausnahme durchgeführt, rechtsgefährdende Handlungen aber, wie solche, die bloß dem öffentlichen Wohle zuwiderlaufen, ausschließlich dem Bereiche der Polizeiübertretungen überwiesen hat; — da die Strafgattung bloß als Kennzeichen, ob eine unerlaubte Handlung Verbrechen oder Vergehen, nicht dafür, ob dieselbe Vergehen oder Polizeiübertretung sei, gewählt; — da endlich insbesondere der Ausdruck „Gefängnis“ öfters auch mit Polizeiübertretungen verknüpft worden ist: so kann auf dem Rechtsboden des StGB. von 1813 und der annäherungsweise gleichzeitigen Spezialverordnungen die gewerbmäßige Gutszertrümmerung, welche lediglich der allgemeinen Wohlfahrt widerstrebt, nur als Polizeiübertretung gelten.

Dem Gefühle, daß die ältere Gesetzgebung für die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung eine sehr ungünstige Arena bildet, scheint die jüngste Entscheidung des obersten Gerichtshofes sich nicht zu verschließen, indem derselbe nunmehr die Lösung der Streitfrage vorherrschend auf einem ganz neuen Felde unternimmt, wobei freilich der Umstand, daß hierzu in den früheren D.M.G. nicht einmal die ersten Keime sichtbar gewesen, den Gedanken erweckt, der Inhalt des jetzigen Fundes könne keineswegs nahe liegen und deshalb nicht mit ganz gläubigem Sinne begrüßt werden.

II.

Die eben erwähnte neuere Bahn betritt der oberste Gerichtshof zunächst mit folgender Aufstellung:

„Zur Interpretation des Gesetzes vom 28. Mai 1852, die gew. Gutsz. betr., sowie aller seit dem 3. 1848 entstandenen Strafgesetze genügt nicht mehr das StGB.

¹⁴⁾ B. B. bei Zoll-Strassfällen, die offenbar nur einen polizeilichen Charakter an sich tragen, „Personalarrest“ auf 4 bis 12 Wochen (Regierungsblatt v. 1808 S. 73 §. 176).

von 1813; sondern es muß vorzugsweise das Gesetz vom 4. Juni 1818, die Grundlagen der Gesetzgebung u. s. w. betr., mit in Betracht gezogen werden.

Nach diesem Gesetze sollen alle Polizeiübertretungen der Kognition der Gerichte unterworfen werden, und zwar der Einzelrichter in erster und der Bezirksgerichte in letzter Instanz. Bedenklich schien es nun, Reate, welche zwar nicht als eigentliche Rechtsverletzungen betrachtet werden können, aber wegen Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit häufig mit höheren Strafen belegt werden müssen, zur Kognition der Einzelrichter zu verweisen und in letzter Instanz einem Collegium eines Untergerichtes aus nur 3 Personen anzuvertrauen. Das Prinzip des StGB. von 1813 paßt zu dieser Grundlage nicht mehr.“ —

So lange die Gebote des angeführten Gesetzes vom 4. Juni 1818 zum größeren Theile ihre Verwirklichung erst zu gewärtigen haben, wird es jeder Beweisführung aus dessen Grundsätzen mehr oder weniger an Zuverlässigkeit gebrechen. Abgesehen hievon scheint

1) die Ansicht, durch eine Neuerung in den Kompetenzverhältnissen seien die materiellen Vorschriften des StGB. über den Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretung unbrauchbar geworden, auf einem irrigen Grundgedanken zu ruhen. Wenn auch das Gesetz dem Richter äußere Kennzeichen für die verschiedenen Gattungen strafbarer Handlungen benennen mag, so darf doch niemals der Gesetzgeber selbst seinen Entschluß, die eine Handlung den Vergehen, die andere den Polizeiübertretungen beizuzählen, vorzugsweise durch die Rücksicht auf Gerichtsverfassung und Zuständigkeit beherrschen lassen. Die rechtliche Eigenschaft strafbarer Handlungen bemißt sich für den Gesetzgeber nach ihrer inneren Beschaffenheit und Schwere; wollte derselbe die Kompetenz als Richtschnur nehmen, so würde das Wesen der Form, der Zweck dem Mittel geopfert und die natürliche Ordnung umgekehrt. Eine Fürsorge überdies, vermöge deren man Rechtsgefährdungen, die selther unter den Polizeiübertretungen eine passende Stelle einnahmen, zu Vergehen erheben und mit den empfindlichen staatsbürgerlichen Folgen derselben heimsuchen wollte, weil die über Vergehen urtheilenden Gerichtshöfe größere Bürgschaft als die Polizeigerichte bieten,

müßte dem gerechten Tadel verfallen, daß „Wohlthat Plage wird.“

2) Dürfte man gleichwohl den gesetzlichen Bestimmungen über Zuständigkeit irgendwelchen Einfluß auf die materielle Eigenschaft strafbarer Handlungen im Allgemeinen einräumen: so bestand dennoch keinerlei Veranlassung, um der Reform des Grundlagengesetzes willen gewisse mit höheren Strafen belegte Rechtsgefährdungen dem Kreise der Polizeiübertretungen zu entrücken. Denn die Annahme, als gewährten für derlei Fälle die Einzelrichter in erster und die Bezirksgerichte in zweiter Instanz nicht hinreichende Bürgschaften, ist sicher haltlos. Das StGB. von 1813 hatte in Art. 2 Zhl. I alle Rechtsgefährdungen, auch die schwereren, als Polizeiübertretungen erklärt und vermöge Art. 3 deren Untersuchung und Bestrafung den Polizeibehörden anvertraut. Dieselbe Unabhängigkeit und Gründlichkeit in Behandlung von Strafsachen, wie sich bei Polizeibehörden voraussetzen läßt, darf aber in gleichem nicht nur, sondern in erhöhtem Maße von den Gerichten, an welche die Zuständigkeit über jene Straffälle übergehen soll und zum Theile bereits übergegangen ist, erwartet werden. Einzelrichter haben den Vergleich mit den Distriktpolizeibehörden nicht zu scheuen; und wenn die höheren Polizeistellen den Senaten der Bezirksgerichte (auf welche indessen der Name „Untergerecht“ nicht ganz paßt¹⁵⁾), an Rang vorangehen, so wird dieser Umstand wiederum durch die Betrachtung überwogen, daß zur Entscheidung von Strafsachen Richter mehr Beruf besitzen als Verwaltungsstellen. Demnach enthält die Kompetenzänderung des Grundlagengesetzes einen Fortschritt und sogar eine Verstärkung der bei Behandlung der Polizeiübertretungen nach dem StGB. gegebenen Garantien, obschon Einzelrichter in erster und Richterkollegien von nur 3 Mitgliedern in zweiter Instanz urtheilen sollen. Ueberdies ist auch bei Polizeiübertretungen die kassatorische Thätigkeit des obersten Gerichtshofes statthaft¹⁶⁾, und hierdurch eine weitere dem alten

¹⁵⁾ Gesetz v. 4. Juni 1848, die Grundlagen u. s. w. betr., Art. 9 und 10.

¹⁶⁾ Grundlagengesetz Art. 12. — StPO. v. 10. Nov. 1848 Art. 187 Abs. 1 und 3, Art. 230, Art. 246, Art. 320 und 339 vgl. mit Art. 361 bis 363. —

Polizeiverfahren unbekannte Gewähr tüchtiger Rechtspflege gewonnen. Wenn daher die mit höherer Strafe bedrohten Rechtsgefährdungen unter der Herrschaft des StGB. Polizeiübertretungen sein und von Polizeibehörden abgeurtheilt werden konnten: so war am allerwenigsten durch die im Grundlagengesetze normirte Neugestaltung der Zuständigkeit die Aufnahme solcher Reate unter die Vergehen geboten. Daß vom StGB. gewählte Prinzip über den Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretung paßt trefflich zu den Vorschriften des Grundlagengesetzes.

3) Eine andere — in den DAGE. nirgends angelegte — Frage ist es, ob etwa unsere neueste positive Rechtsentwicklung unabhängig von Gerichtsorganisation auf dem Boden des materiellen Strafrechtes den Grundsatz des Gesetzbuches von 1813 überwunden habe.

Ein kleiner Anfang hierzu scheint allerdings gemacht: das Preßstrafgesetz vom 17. März 1850 hat Vergehen geschaffen, welche nicht Rechtsverletzungen sind. Die Artikel 19 und 21, zum Theile auch die Artikel 16 und 20 enthalten derlei Preßvergehen.

Der neueste Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen hat gleichfalls einige Handlungen, denen das Merkmal der Rechtsverletzung fehlt, unter die Vergehen aufgenommen. Hierher gehören insbesondere die Artikel 112—116 zum größeren Theile; — Art. 209 theilweise; Art. 210; Art. 212 theilweise; Art. 217; Art. 222.

Allein die Regel des StGB. vom Jahre 1813, daß die Vergehen Rechtsverletzungen sein müssen, ist auch in dem angeführten Entwurfe beibehalten; nur in wenigen Ausnahmefällen wurde von diesem Erfordernisse abgegangen. Einige Ausnahmen sind bloß scheinbar, indem die Handlung als Verletzung von Hoheitsrechten, oder als Vorbereitung (Versuch) zu Rechtsverletzungen aufgefaßt werden kann; die wirklichen (namentlich die oben berührten) Ausnahmefälle aber enthalten

Forstgesetz v. 28. März 1852 Art. 168. — Ges. v. 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverf. betr., Art. 22. — Vgl. Code d'Instruction criminelle Liv. II Tit. III. Chap. I. II.

entweder einen Frevel wider die sozialen, sittlichen, religiösen Grundlagen des Staates¹⁷⁾, oder wenigstens schwere Gefährdungen des Rechtszustandes¹⁸⁾). Uebertretungen, welche, ohne letztere Merkmale an sich zu tragen, bloß sonst dem öffentlichen Wohle, insbesondere den nationalwirthschaftlichen Interessen widerstreiten, sind nirgends als Vergehen erklärt. Auch ist in dem erwähnten Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, dann in dem neuesten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches das Streben sichtbar, eher das Gebiet der Polizeiübertretungen als das der Vergehen zu erweitern.

Durch die geringfügige Abweichung von dem Vergehensbegriffe des StGB., welche in dem Gesetze zum Schutze gegen den Mißbrauch der Presse Anerkennung fand und in dem gedachten Strafgesetzentwurfe durch die Staatsregierung empfohlen wird, bleibt die gewerbmäßige Gutszertrümmerung, die lediglich als Uebertretung gegen die Wirthschaftspolizei und genau erwogen nicht einmal als Rechtsgefährdung sich darstellt, vollkommen unberührt. Die des Merkmals „Rechtsverletzung“ entbehrenden Ausnahmevergehen der jüngsten legislativen Entwicklung sind ebenso ihrem Wesen nach von der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung grundverschieden, als sie dieselbe an Schwere übertragen; denn das der letzteren gedrohte höchste Strafmaaf (dem gegenüber ohnehin die richterliche Befugniß, ein beliebiges Minimum der Freiheitsstrafe zu verhängen, ausgleichend in Betracht kommt) darf nicht zu dem Schlusse verleiten, als sei die That eine besonders schwere; jenes Strafmaaf soll hauptsächlich nur gegen den lockenden Gewinn, den Parzellirungsgeschäfte verheifßen, als heilsame Aktion dienen¹⁹⁾ und dem Strafgesetze Erfolg sichern. Von den Handlungen, welche, ohne Rechte zu verletzen, neuerdings Vergehen sein sollen, unterschei-

¹⁷⁾ Dies gilt z. B. von Art. 16 und 20, soweit dieselben keine Rechtsverletzung voraussetzen, ferner von Art. 21 des Preßstrafgesetzes.

¹⁸⁾ Hierher gehört z. B. Art. 19 des Preßstrafgesetzes.

¹⁹⁾ Motive zu dem Entw. eines Gesetzes über Gutszertrümmerungen, Verh. d. R. d. Abg. v. 1852, Beilagenbd. IV S. 285.

bet sich die gewerbmäßige Gutszertrümmerung ferner dadurch, daß jene Vergehen, obgleich mit dieser Eigenschaft erst jüngst bekleidet, doch zu allen Zeiten als unerlaubt, und wäre es auch nur als unsittlich, gegolten haben, während Gutszertrümmerungen vor wenigen Decennien des lebhaften Beifalles der bayerischen Staatsregierung sich erfreuten, mit allem Nachdruck gepflegt und als ein Fortschritt gepriesen wurden, der „wie durch Zauberschlag“ Wohlstand verbreite²⁰⁾. Ein Staat, welcher das ehemals offiziell gerühmte Unternehmen, indem er solches überdies noch jetzt, selbst bei gewinnstüchtiger Absicht, einem Jeden zweimal freigibt, im Falle der dritten Theilnahme sofort zum Vergehen stempeln wollte, würde sein eigenes Rechtsbewußtsein verläugnen; die Annahme einer bloß polizeilichen Uebertretung dagegen rechtfertigt sich allerdings durch den Umschwung volkswirtschaftlicher Zustände.

Wesen und mindere Schwere der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung wie deren Verhältniß zur älteren und selbst zur dormaligen Gesetzgebung begründen die Ansicht, daß der wenn auch in einer kleinen Modifikation begriffene Grundsatz des StGB. über den Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretung auf die gewerbmäßige Gutszertrümmerung vollkommen anwendbar sei, zumal da dieselbe in den neuesten Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen nicht aufgenommen ward²¹⁾.

²⁰⁾ Churbayr. Regierungsblatt v. 1803 Stüd VIII S. 116—118; Stüd XV S. 228—230. — Regierungsblatt v. 1805 St. X S. 359—360. — Regierungsblatt v. 1806 S. 290. — Regierungsblatt v. 1817 S. 820. — Vgl. die in der vor. Note angef. Motive S. 284.

²¹⁾ Der angeführte Entw. ist bestrebt, Vergehen, welche bereits Gegenstand von Spezialgesetzen geworden, in die allgemeine Strafgesetzgebung zu verweben. Belege liefern die Preßdelikte, ferner Art. 111 und Art. 338—340 des Entw. Dem nahe liegenden Einwande, der Entwurf des Polizeistrafgesetzbuchs schweige eben auch von der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung, ist dadurch zu begegnen, daß der letztere Entwurf (Art. 1) das Fortbestehen von Spezialgesetzen über Polizeiübertretungen ausdrücklich vor-

III.

Weil das Prinzip des StGB. von 1813 zu der durch das mehrerwähnte Gesetz v. 4. Juni 1848 geschaffenen Grundlage nicht mehr passe, soll bei Auslegung unserer neueren Strafgesetze die französisch-pfälzische Gesetzgebung (Code pénal art. 40. 464. 465), wonach der Unterschied zwischen Vergehen und Polizeiübertretung einzig im Strafmaasse liegt, entscheidend in Betracht kommen. In den seit 1848 entstandenen bayerischen Strafgesetzen ist nach der Annahme des obersten Gerichtshofes „das Maximum der auf Polizeiübertretungen angedrohten Freiheitsentziehung auf die Dauer von höchstens einem Monate gesetzt, und die Scheidungsslinie zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen durch das normirte Strafmaass bestimmt, was auch im neuesten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches, jedoch mit Erhöhung der Freiheitsentziehung bis zu 3 Monaten, beibehalten wurde“ ^{21a)}. „Hierdurch“ — heisst es dann — „ist also ausgesprochen, daß alle Uebertretungen, welche mit einer höheren Strafe als einmonatlichem Gefängnisse belegt werden können, zu den Vergehen zu zählen seien.“ —

Gegen vorstehende Ausführung erheben sich sogleich von vorneherein zwei Bedenken. Nachdem die Begriffe des StGB. von Vergehen und Polizeiübertretung mit dem Grundlagengesetze, wie oben unter Ziff. II 2. gezeigt, sehr gut vereinbar sind, ist die wesentliche Voraussetzung für das Hineintragen des französischen Grundgesetzes hinweggenommen und das Bedürfnis, welches durch dessen Aufnahme befriedigt werden sollte, gar nicht

ausseht (vgl. dagegen die Fassung des Art. 1 des Entwurfs d. Gesetzb. über Verbrechen und Vergehen). Siehe auch Motive, Verh. d. R. d. Abg. von 1855/56, Bellagenbd. II S. 229 a. E., S. 231 zu Art. 1.

- ^{21a)} Siehe Bezugnahme auf Gesetz zum Schutz gegen den Mißbrauch der Presse vom 17. März 1850 Art. 35 ff.; Ges. über den Jagdschuss vom 25. Juli 1850 Art. 4; Forstgesetz vom 28. Mai 1852 Art. 52; Ges. über Benutzung des Wassers vom 28. Mai 1852 Art. 97, 98, 100, 101.

vorhanden ²²⁾; dazu kommt zweitens, daß in keinem Gesetze, namentlich nicht in dem Gesetze, die Grundlagen u. s. w. betr., v. 4. Juni 1848 der im Pfalzkreise geltende Code pénal als Muster des neu zu schaffenden materiellen Strafrechts erklärt worden ist.

Im Einzelnen kommt folgendes zu erwägen.

1) Nach dem Systeme des Code pénal (art. 465) darf die wegen einer Polizeiübertretung zu verhängende Freiheitsstrafe fünf Tage nicht überschreiten; dagegen ist in der Mehrzahl der seit 1848 promulgirten bayerischen Strafgesetze das einer Polizeiübertretung gedrohte höchste Maaß des Freiheitsverlustes auf vier Wochen oder einen Monat festgestellt ²³⁾. Da die französische Gesetzgebung vermöge jenes ungemein niedrigen Strafmaasses der Klasse der Polizeiübertretungen enge Grenzen gesteckt hat, war man naturgemäß veranlaßt, eine

²²⁾ Eine unbedeutende Abweichung vom Vergehensbegriffe des StGB. ward unter II. 3. zugegeben. Soweit dieselbe in der künftigen allgemeinen Strafgesetzgebung ins Leben treten soll, werden die nöthig gewordenen Richtpunkte durch die Aufnahme der einzelnen Handlungen entweder in das Gesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, oder aber in das Polizei-Strafgesetzbuch geboten (vgl. Art. 1 beider Entwürfe). Bei den durch Spezialgesetze vorgesehenen Reaten dagegen wird der Gesetzgeber sich über deren Eigenschaft irgendwie — unmittelbar oder mittelbar — näher aussprechen, wie dies z. B. im Preßstrafgesetze von 1850 wirklich geschah. Außerdem wäre die Entscheidung nach der Natur der einzelnen Zuwiderhandlungen und allenfalls mittelst Analogie zu treffen, im Zweifel aber dem mildernden Ergebnisse der Vorzug einzuräumen.

²³⁾ Preßstrafgesetz v. 17. März 1850 Art. 41; — Gesetz v. 21. Mai 1851, die Verleitung von Militärpersonen oder Landwehrmännern zur Untreue oder zum Ungehorsam betr., Art. 3; — Forstgesetz v. 28. März 1852 Art. 52; — Gesetz über die Benützung des Wassers v. 28. Mai 1852 Art. 98. 100; — Gesetz über den Uferschuß v. 28. Mai 1852 Art. 26. — Daß einige Gesetze ein noch höheres polizeiliches Strafmaximum kennen, wird nachher gezeigt werden.

größere Zahl von Rechtserfahrungen unter die Vergehen (délits) aufzunehmen²⁴⁾. Dies paßt aber nicht auf die neueren Strafgesetze unseres Vaterlandes, welche ein viel höheres polizeiliches Strafmaximum angeordnet haben und deshalb unmöglich die französische Gränzbestimmung zwischen Vergehen und Polizeiübertretung als ihr Urbild verehren können.

Indem der Code pénal das höchste Maaf der polizeilichen Freiheitsstrafe auf die Dauer von fünf Tagen beschränkte (art. 465), hat derselbe zugleich (art. 40) den Zeitraum von sechs Tagen als das regelmäßige Minimum des Gefängnisses bei Vergehen angenommen und hierdurch in Wahrheit die Gränze zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen durch das Strafmaaf bestimmt. Unrichtig aber ist es, nach den neuen bayerischen Strafgesetzen in der Strafdauer ebenfalls eine solche „Scheidungslinie“ erblicken zu wollen. Denn die im Code pénal verwirklichte Voraussetzung hierzu, der Grundsatz nämlich, daß die höchste Polizei- und die niedrigste Vergehensstrafe sich gerade an den Endpunkten berühren, ohne quantitativ in einander überzugreifen, und einen gewissen Bezirk der Strafgröße gemeinsam einzunehmen, fehlt durchaus bei unseren seit 1848 erlassenen Strafgesetzen. Während nach denselben das polizeiliche Strafmaximum meistens in einer Freiheitsentziehung von einem Monate besteht, findet sich daneben bei Vergehen Gefängniß in der niedrigsten Dauer von nur vierzehn Tagen²⁵⁾, acht Tagen²⁶⁾, drei Tagen²⁷⁾, oder endlich ohne irgend eine Minimal-

²⁴⁾ Vgl. z. B. Code pénal art. 192; 269—276; 283, 287; 291—292, 294; 314; 330; 358; 410—411; 417, 421—422.

²⁵⁾ Gesetz v. 10. Nov. 1848, die Abänd. der Verord. v. 9. Aug. 1806 über den Wilddiebstahl betr., Art. 5. 6; — Preßstrafgesetz v. 17. März 1850 Art. 16 Abs. 2, Art. 18, Art. 23, Art. 31 Abs. 2; — Gesetz, die Bestrafung der Jagdsfrevel betr., v. 25. Juli 1850 Art. 4. 5.

²⁶⁾ Preßstrafgesetz Art. 11 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1, Art. 18—21, Art. 24. 26. 27, Art. 31 Abs. 3, Art. 33.

²⁷⁾ Gesetz v. 24. Dez. 1840, den Schutz der Telegraphenanstalten betr., Art. 6.

gränze²⁸⁾. Demnach bildet das Maafß (die Dauer) der Strafe keineswegs die „Scheidungslinie“ zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen.

Nicht richtiger ist die Unterstellung, daß diese Grenzlinie (mit Erhöhung der Freiheitsentziehung) auch im neuesten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches „beibehalten“ worden. Ob dieß der Fall sei, läßt sich nicht aus genanntem Entwurfe allein beurtheilen, sondern nur im Zusammenhalte desselben mit dem gleichzeitigen Entwurfe des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, welcher mit jenem ein höheres Ganze ausmacht. In Gemäßheit des ersteren Entwurfs (Art. 3) beträgt das regelmäßige Maximum des Polizeiarrestes drei Monate. Dieser letztere Entwurf dagegen hat als Minimum des Gefängnisses bei Vergehen mehrfach die Dauer von einem oder zwei Monaten festgesetzt und noch häufiger von einem gesetzlichen Minimum ganz Umgang genommen. Schon hiernach liegt in der Strafgröße keine „Scheidungslinie“ zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen, indem das Strafmaximum der letzteren höher ist als das Minimum vieler Vergehen. Dazu kommt weiter: während das normale höchste Strafmaafß für polizeiliche Uebertretungen in dreimonatlichem Arreste bestehen soll, kennt der Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen einige Arten von Vergehen, gegen welche als Maximum Gefängniß von zwei Monaten (Art. 136, 202), oder von sechs Wochen (Art. 189, Abs. 2) gedroht ist. Hier wird daher nicht etwa bloß eine bei milder Strafzumessung im einzelnen Falle mögliche Vergehensstrafe, sondern sogar die in abstracto höchste Freiheitsstrafe gewisser Vergehen von polizeilichen Arreststrafen an Größe übertroffen. Also noch weniger eine „Scheidungslinie“ mittelst der Strafdauer! Um jeden Anschein eines berechtigten Zweifels auszuschließen, lassen sich endlich die Motive des Entwurfs eines Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen zu Art. 18 in folgendem vernehmen²⁹⁾:

„Die Gefängnißstrafe als die für Vergehen angeordnete Freiheitsstrafe schließt sich an die für Verbrechen bestimmte Zuchthausstrafe unmittelbar an; ihr

²⁸⁾ Ebendas. Art. 5.

²⁹⁾ Verh. d. R. d. Abg. v. 1858/59, Beil.-Bd. II S. 132.

Maximum wurde daher auf fünf Jahre, dem Minimum der Zuchthausstrafe entsprechend, festgesetzt ²⁰⁾).

„Ein Minimum der Gefängnißstrafe bestimmt der Entwurf nicht, weil keine geringere Gattung von Freiheitsstrafen mehr vorhanden ist, die sich der Gefängnißstrafe als nächst niedere Stufe unmittelbar anreihet und daher eine nach der Strafdauer scharf abgeschnittene Begrenzung in der Art notwendig macht, wie dies zwischen der Zuchthaus- und der Gefängnißstrafe der Fall ist.“

„(Der polizeiliche Strafverstoß kann als solche unmittelbar sich anschließende Abstußung nicht betrachtet werden, weil, wie schon oben in der Einleitung erwähnt wurde, die Bestrafung der sogenannten Polizeiübertretungen in der Regel überhaupt aus einem ganz anderen Gesichtspunkte als jene der Verbrechen und Vergehen aufzufassen ist ²¹⁾).“

Hiermit ist doch wohl deutlich genug ausgesprochen, daß nicht die Strafdauer, sondern die innere Beschaffenheit der unerlaubten Handlung das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen bilden soll. Die Unhaltbarkeit der Behauptung: der Grundsatz, daß sich „die Scheidelinie zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen durch das Strafmaß bestimme“, sei „auch im neuesten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches (mit Erhöhung der Freiheitsentziehung) beibehalten worden“, — dürfte bis zur Evidenz erwiesen sein.

²⁰⁾ In diesem Punkte besteht Ähnlichkeit mit dem Code pénal art. 21, 40.

²¹⁾ Die erwähnte Stelle der Einleitung erklärt, die Verbrechen und Vergehen seien in der Regel aus dem Gesichtspunkte der Rechtsverletzung, die polizeilichen Uebertretungen aber zum weit größten Theile aus jenem der Rechtsgefährdung untersagt. (Verh. d. R. d. Abg. v. 18⁵⁶/50 Beil. Bd. II S. 125, bes. Nr. III Abs. 2).

(Fortsetzung folgt.)

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen.

Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung, Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen.

Von Franz Samhaber.

(Fortsetzung.)

Da das höchste Maß polizeilichen Freiheitsverlustes nach dem Code pénal fünf Tage, nach den neuen bayerischen Gesetzen mehrentheils einen Monat beträgt; da ferner die Strafdauer nur nach französischer, nicht nach unserer Gesetzgebung eine Grenze zwischen Vergehen und Polizeiübertretungen zieht; da endlich auch die Folgen der Vergehen, insbesondere deren Einfluß auf die staatsbürgerlichen Rechte, im Code pénal (vgl. bes. Art. 42, 43) anders als in Bayern geregelt sind; scheint die elementare Vorbedingung für Anwendung fremdländischer Rechtsgedanken: deren Verträglichkeit mit den einheimischen gegebenen Zuständen — gänzlich zu mangeln, und der französische Grundsatz über den Unterschied von Vergehen und Polizeiübertretung viel weniger als die Begriffsbestimmung des StGB. vom Jahre 1813 auf die neuen bayerischen Strafgesetze zu passen ³²⁾.

³²⁾ Sollte die Erklärung dieser Gesetze aus dem Code pénal allenfalls statthaft sein, so müßte dieselbe als

2) Der oberste Gerichtshof, von der Annahme ausgehend, in den einzelnen seit 1848 entstandenen Gesetzen sei das Maximum der polizeilichen Freiheitsstrafe auf einen Monat bestimmt, und diese Annahme durch Citate aus vier Gesetzen unterstützend, gründet darauf das Dogma, daß alle Uebertretungen, welche mit einer höheren Strafe als einmonatlichem Gefängnisse belegt werden können, zu den Vergehen zu zählen seien. —

Wenn der unterstellte Vordersatz richtig wäre, d. h. wenn wirklich kein einziges der neueren Gesetze bei Polizeiübertretungen einen mehr als einmonatlichen Freiheitsverlust gedroht hätte: so würde dennoch die daraus gezogene Schlußfolgerung daß dem Ausleger von Rechtsquellen gestattete Maaß der Kühnheit übersteigen. Die thatsächliche Erscheinung, daß in einer gewissen Anzahl einzelner Gesetze ein bestimmtes polizeiliches Strafmaximum beliebt wurde, kann eben so leicht in zufälligen, oder mit dem eigenthümlichen Gegenstande zusammenhängenden Umständen wurzeln, als einen allgemeingültigen Grundsatz der Legislation offenbaren. Letztere Deutung gewährt niemals Gewißheit, am wenigsten aber dann, wenn die einzelnen Gesetze, aus welchen die zwinzende Norm abgezogen werden soll, nicht ein geschlossenes, abgerundetes Ganze, sondern, wie gerade hier, bloß Erzeugnisse fragmentarischer Rechtsbildung darstellen.

Nicht minder als der eben beleuchtete Schluß gewagt erscheint, ist dessen Prämisse zu beanstanden. Denn es gibt in der That Polizeiübertretungen, welche durch neuere Gesetze mit mehr als einmonatlichem Gefängnisse belegt sind. Darunter gehören namentlich die gewerbmäßige Gützzertrümmerung (bzüglich deren die besondern Gründe für ihre polizeiliche Eigenschaft nicht durch ein gesetzlich nirgends ausgesprochenes, sondern erst mittelst haltloser Hypothese gebildetes Prinzip zerstört werden können), ferner, wie unten (IV, 3) nachgewiesen werden soll, die Uebertretungen des Gesetzes, die Versammlungen und Vereine betreffend, vom 26. Febr. 1850.

ein „ad similia procedere“ (vgl. fr. 12 de legibus) gelten können. Allein das ausbühlfweise angerufene System ist im Gegentheile dem unsrigen sehr unähnlich.

Hohe Freiheitsstrafen, gedroht gegen Uebertretungen, welche nicht den schwereren Charakter von Vergehen an sich tragen, sondern dem Bereiche der Strafpolizei zugehören, waren übrigens — nebenbei gesagt — schon der Gesetzgebung des Zeitraums von 1813 bis 1848 keineswegs fremd. Widerpenstigkeit gegen das Hecereergänzungsgesetz vom 15. August 1828 kann laut §. 70 nebst Geldbuße eine Freiheitsstrafe von drei Monaten zur Folge haben. Nach §. 9 des Gesetzes vom 1. Juli 1831, die Verletzungen der Zollordnung betreffend, war wegen Zollkontraventionen Arrest (Gefängnißstrafe) bis zu drei Monaten möglich. Noch höhere Freiheitsentziehungen verordnet mehrfach das Zollstrafgesetz vom 17. Nov. 1837, ohne daß darum die Eigenschaft einer bloßen „Uebertretung“ aufgehoben würde. Die durch das Gesetz, den Schutz des Eigenthums an Erzeugnissen der Literatur u. s. w. betreffend, vom 15. April 1840 verpönten polizeilichen Uebertretungen können vermöge Art. VI Abs. 1 dieses Gesetzes, vgl. mit Art. 35 Th. I des StGB., dreimonatlichem Arreste unterliegen.

Auch in eine Reihe von Gesetzenwürfen der Neuzeit ist ein die Dauer von 1 Monate übersteigendes Maximum des Polizeiarrestes übergegangen.

Der im Jahre 1849 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes, die Abstellung einiger Preßmißbräuche betreffend, Art 7 Abs. 2, wollte bei Polizeiübertretungen (vgl. Art. 5) Arrest bis zu drei Monaten zulassen³³⁾. Die gleichlautende Vorschrift in Art. 51 Abs. 2 des Entwurfes eines Gesetzes zum Schutze gegen den Mißbrauch der Presse war, obgleich nicht ausschließend, doch zugleich für Preßpolizeiübertretungen bestimmt³⁴⁾.

Der Entwurf des Forstgesetzes vom 28. März 1852 nahm in drei Fällen (Art. 92 Ziff. 1—3) für polizeilich strafbare Forstfrevel eine Arrestdauer von sechs Monaten als höchstes Maß an³⁵⁾.

In dem neuesten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches ist, wie in den Entwürfen von 1827 und 1831,

³³⁾ Verh. d. R. d. Abg. des (ersten) Landtages von 1849 Beil. Bd. II S. 7—8.

³⁴⁾ S. 12 ebendaf.

³⁵⁾ Verh. d. R. d. Abg. im Jahre 1851 Beil. S. 612—613.

das Maximum des Polizeiarrestes auf drei Monate festgesetzt (Art. 3), mit dem Beifügen: „Länger dauernde Arreststrafen sind nur ausnahmsweise in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig.“ Dieser Beisatz und noch deutlicher die Fassung der dazu gehörigen Motive ²⁰⁾ in den Worten: „vorbehaltlich der länger dauernden Arreststrafen, welche ausnahmsweise in besonderen Gesetzen vorgesehen sind,“ — läßt entnehmen, daß nach Ansicht der Staatsregierung bereits Gesetze bestehen, wornach Polizeiübertretungen sogar mit mehr als dreimonatlicher Freiheitsstrafe geahndet werden können.

Die eben ausgehobenen Bestimmungen über ein hohes Maaß polizeilicher Freiheitsentziehung, obgleich nicht Gesetze, sind immerhin bemerkenswerth als Vorlagen der Staatsregierung, welche als einflussreichster Faktor der Gesetzgebung anzusehen sein dürfte, und aus deren Entwurf die Strafnormen gegen gewerbmäßige Gutzertümmung ohne Modifikation hervorgingen. Das Dogma, alle mit mehr als einmonatlichem Gefängnisse bedrohten Uebertretungen seien Vergehen, ruht auf so schwankender Unterlage, daß selbst die in bloßen Geszentwürfen zur Anschauung gebrachten Rechtsideen mitwirken können, dasselbe noch mehr zu erschüttern.

3) Während der positive Einfluß, welchen der oberste Gerichtshof dem französischen Strafrechte bei Bestimmung des Unterschieds zwischen Vergehen und Polizeiübertretung einräumte, unbefiegbaren Hemmnissen begegnet, darf die negative Funktion dieser Wahl eines cyotischen Vorbildes nicht übersehen werden.

Die älteren oberstrichterlichen Erkenntnisse ²¹⁾ haben die Frage, ob eine strafbare Handlung Vergehen oder Polizeiübertretung sei, nicht nach der Dauer (dem Maaße), sondern nach der Art (dem Namen) der Strafe, insbesondere mit Rücksicht auf den Gegensatz von Gefängniß und Arreststrafe, beantwortet und die gewerbmäßige Gutzertümmung vornehmlich deshalb, weil sie mit „Gefängniß“ belegt sei, als Vergehen erklärt. Nach dem jetzt zum Muster genommenen Code pénal dagegen bildet nicht die durch Verschiedenheit des

²⁰⁾ Verh. d. R. d. Abg. von 1856/57. Weil.-Abd. II S. 232. Vgl. S. 231 zu Art. 1.

²¹⁾ Siehe oben Note 2.

Namens bezeichnete Art der Freiheitsstrafe die Grenzscheide, sondern sowohl die Vergehen als die polizeilichen Uebertretungen sind gleichmäßig mit „Gefängniß“ (emprisonnement) bedroht, und der Unterschied ward lediglich in die Dauer der Strafe gesetzt (Art. 9, 40, 464, 465). Der technische Gegensatz zwischen Gefängniß und Arrest ist diesem Systeme fremd. Indem die neueste oberstrichterliche Entscheidung — entgegen der früheren — dieses französische Prinzip auch in den seit 1848 geschaffenen Strafgesetzen Bayerns ausgeprägt findet, so daß der sonst als Anomalie unbeachtet gebliebene Gebrauch des Ausdruckes Gefängniß bei Polizeiübertretungen ³⁸⁾ jetzt als vollkommen regelrecht erscheint, hat der oberste Gerichtshof selbst das relativ bedeutendste Argument seiner beiden Erkenntnisse aus dem Jahre 1855, die Beweisführung aus dem Worte „Gefängniß“ aufzugeben und den eigenen Bau durch den Umsturz des stärksten Pfeilers vollends gelockert. Das ist die negative Wirksamkeit des neu erkorenen französischen Vorbildes. Nunmehr kann auch der Eingang der jüngsten Entscheidungsgründe, wo der ehemalige Schluß aus dem Worte „Gefängniß“ auf die Vergehenqualität wenigstens vom Standpunkte des Strafgesetzbuches aus einigermaßen gewahrt werden soll, für den obersten Gerichtshof bei Auslegung der neuen Strafgesetze höchstens geschichtlichen Werth haben. Unter diesen Umständen sind die Gegner der Vergehenkeithenschaft der gewerbemäßigen Gutszertrümmerung wohl der Pflicht enthoben, den bereits gelieferten Beweis, daß die Terminologie („Gefängniß“ oder „Arrest“) nicht entscheide ³⁹⁾, weiter zu verstärken ⁴⁰⁾.

³⁸⁾ Vgl. z. B. Ges. v. 10. Nov. 1848, die Abänd. der Verord. v. 9. Aug. 1806 über den Wildddiebstahl betr., Art. 4; — Ges. v. 25. Juli 1850, die Bestrafung der Jagdfrevel betr., Art. 3 und Art. 6 Abs. 2.

³⁹⁾ Siehe den vorlgen Jahrgang S. 134—136 und die obige Ausführung unter I.

⁴⁰⁾ Einige Belege ließen sich noch nachtragen; so gebraucht z. B. der Entwurf des Ges. über die Benützung des Wassers, Art. 94, in Bezug auf Polizeiübertretungen die Bezeichnung „Gefängniß“ (Verf.

IV.

Aus den gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren in Strafsachen entnimmt der oberste Gerichtshof einen wesentlichen Erkenntnißgrund für die rechtliche Eigenschaft der einzelnen strafbaren Handlungen. Die Erklärung der Gesetze, daß sich Untersuchung und Aburtheilung nach den für Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften richte, wird als Merkmal der Polizeiübertretungen herausgehoben, während auf der anderen Seite die gesetzliche Anordnung des bei Vergehen üblichen Verfahrens den untrüglichen Schluß, daß auch materiell ein Vergehen vorliege, rechtfertigen soll; nur bezüglich der Preßpolizeiübertretungen ist eine wahre Ausnahme hiervon eingeräumt.

Niemand wird bestreiten wollen, daß das Zusammen treffen der materiellen Vergehenseigenschaft mit dem bei Vergehen vorgeschriebenen Prozeßgange, desgleichen die Verbindung der Begriffe „Polizeiübertretung“ und „polizeiliches Verfahren“ den normalen Zustand bildet. Insbesondere kann es nicht Wunder nehmen, wenn in mehreren Gesetzen bei Polizeiübertretungen ausdrücklich bemerkt ist, daß sich Untersuchung und Aburtheilung nach den für Polizeistrafsachen bestehenden Vorschriften richte⁴¹⁾. Von diesem schulgerechten Zustande gibt es aber mehrere so bemerkenswerthe Ausnahmen, daß Folgerungen bezüglich der Eigenschaft strafbarer Handlungen aus dem Verfahren äußerst unsicher werden. Konsequenz ist nicht überall das höchste Attribut praktischer Staatsweisheit,

der R. d. Abg. von 1851 Beil.-Bd. I S. 137 a. E. und 138).

- 41) Der oberste Gerichtshof allegirt zwei Gesetze: Ges., die Bestrafung der Jagdsrevel betr., Art. 9, und Ges. über die Benützung des Wassers Art. 101. Beifügen lassen sich noch: Gesetz v. 10. Nov. 1848, die Abänderung der Verord. v. 9. Aug. 1806 über den Wilddiebstahl betr., Art. 8; — Gesetz, die Ausübung der Jagd betr., v. 30. März 1850 Art. 23; — Gesetz, die Einrichtung des die Kunststraßen im K. Bayern befahrenden Fuhrwerkes betr.; vom 25. Juli 1850 Art. 18; — Gesetz über den Uferschuß vom 28. Mai 1852 Art. 26.

nicht immer die erste Tugend der Gesetze: daß vielgestaltige Leben fordert zuweilen, daß man etwas von starrer Folgerichtigkeit opfere; und wenn die Gesetzgebung allgemeine Grundlinien vorzeichnet, so ist damit den Modifikationen im Einzelnen keineswegs Lebensfähigkeit abgesprochen⁴²⁾. Handelt es sich nun gar um die allmählichen Reformen einer Uebergangsperiode, wo Altes mit Neuem einen zähen Kampf unterhält, und verjüngte Rechtsbildungen erst halbfertig neben absterbenden Institutionen sich mühsam zum Dasein herausarbeiten: so darf eine Anschauung, welche mit voller Zuversicht aus Prinzipien beweist und überall nur ganz regelrechte Gestaltungen dulden will, als etwas zu ideal beauftraget werden.

Das dormalen bestehende polizeiliche Strafverfahren ist so wenig befriedigend und in Ermangelung genauerer Normen so vielfach dem subjektiven Ermessen preisgegeben, daß ein Abgehen hiervon und für bedeutendere Polizeiübertretungen die gesetzliche Anordnung des bei Vergehen stattfindenden Prozesses sich leicht erklärt.

Eine Abweichung von dem gewöhnlichen Polizeiverfahren enthält unter anderen das Forstgesetz vom 28. März 1852, welches für die Behandlung der Forstpolizeiübertretungen und Forstrevell ganz eigene Vorschriften gibt, daneben aber wenigstens theilweise die Prozedur der Vergehensfälle auf diese Polizeistrafsachen überträgt (Art. 179).

Außer sogar das vollständige Verfahren wie bei Vergehen tritt für mehrere Arten von Polizeiübertretungen ein.

1) Unbestritten gehören hierher die Preßpolizeiübertretungen⁴³⁾. Eine so ganz absonderliche Natur dieser Uebertretungen, daß gerade nur bei ihnen das in Vergehenssachen stattfindende Verfahren am Plage wäre, besteht keineswegs. Hat ja doch das Edikt über die Freiheit der Presse und des Buchhandels vom 4. Juni 1818, obgleich dasselbe in §. 6 (nach dem Vorgange des Gesetzes vom 12. Mai 1818, einige Abänderungen

⁴²⁾ Fr. 80 de R. J. (50, 17). „In toto juro generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.“ Vgl. L. 41 de poenis (48, 19).

⁴³⁾ Preßstrafgesetz Art. 35.

des StGB. von 1813 betr., Art. 3) die durch Mißbrauch der Presse verübten Vergehen den Schwurgerichten zuwies, in §. 11 Abs. 2 verordnet, die Untersuchung und Aburtheilung der Preßpolizeiübertretungen solle vorläufig nach den für Behandlung von Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen durch die gewöhnlichen Untergerichte erfolgen. Dieser normale und mit dem Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 (Art. 8) genau im Einklang befindliche Zustand erfuhr eine Abänderung durch Art. 35 des Preßstrafgesetzes von 1850, wornach das bei Vergehen vorgeschriebene Verfahren auf die Preßpolizeiübertretungen ausgedehnt wurde. Die Motive zu Art. 37—38 des Entwurfes ⁴¹⁾ bemerken über diese Uebertretungen:

„Obgleich dieselben den schwereren Charakter von Vergehen nicht haben, so erscheint es doch gerathen, sie den . . . Kreis- und Stadtgerichten . . . zur Verhandlung und Aburtheilung zuzuweisen, wo sie einer kollegialen Verathung theilhaftig werden, und wo überhaupt das höher stehende Gericht größere Garantie der Gründlichkeit und Selbstständigkeit darbietet als die Judikatur eines Einzelrichters.“

„Auch eine einfache Injurie erhält durch die Publizität der Presse eine Wichtigkeit, welche gewiß eine sorgfältigere gerichtliche Behandlung in Anspruch nimmt, als eine gewöhnliche, nur wenig bekannt werdende Beleidigung.“

„Gleichen Anspruch macht die strafrechtliche Handhabung der polizeilichen Vorschriften über die Presse, auf der einen Seite zum Schutze der durch den Mißbrauch gefährdeten öffentlichen Ordnung, auf der anderen zum Schutze der freien Presse selbst gegen Willkür und ungerechtfertigte Beschränkung.“

Gründe, welche ein Abgehen von dem polizeilichen Prozesse wünschenswerth machen und den Erwägungen vorstehender Motive an Stärke gleichkommen, lassen sich auch bei anderen Polizeiübertretungen denken. Dies gilt namentlich von der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung, welche, um dem Reize des daraus entspringenden Gewinnes nachdrucksam zu begegnen, mit einem hohen Strafmaximum bedroht wurde, dessen Verhängung durch

⁴¹⁾ Verh. d. R. d. Abg. des zweiten Landtags im J. 1849 Beil.-Bd. I S. 136—137.

Einzelrichter nach summarischem Polizeiverfahren bedenklich schien⁴⁵⁾). Die Annahme, daß einzig Preßpolizei-übertretungen gezeigenschaftet seien, der Vergehensprozedur unterstellt zu werden, ist um so willkürlicher, da gerade diese Uebertretungen von 1848 bis 1850 dem gewöhnlichen Polizeiverfahren unterlagen.

2) Die minder schweren Fälle der Verleitung von Landwehrmännern zum Ungehorsame sollen nach Art. 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1851, die Verleitung von Militärpersonen u. s. w. betr., als Polizei-übertretungen betrachtet und mit Polizeiarrest bis zu vier Wochen oder mit Geldbuße bis zu hundert Gulden bestraft werden, die Untersuchung und Aburtheilung aber in den Kreisen diesseits des Rheins durch die Kreis- und Stadtgerichte nach den für das Verfahren in Vergehenssachen bestehenden Vorschriften geschehen.

Durch diese Bestimmung hat der Gesetzgeber eine Ausnahme von dem Prinzip des Grundlagengesetzes wie überhaupt von dem regelmäßigen Prozeßgange angeordnet, und zwar in einem Falle, wo hierzu, namentlich mit Rücksicht auf das keineswegs ungewöhnlich hohe Strafmaße, viel weniger Veranlassung gegeben war als bei der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung — zum augenscheinlichen Beweise, daß strenge Wahrung allgemeiner Grundzüge den neueren Gesetzen nicht immer ein unnahbares Heiligthum geschehen hat.

Der Beisatz, daß jene prozeßuale Eigenthümlichkeit „bis zum Erscheinen eines Polizeistrafgesetzes“ gelten solle, thut dem Gewichte derselben keinen Eintrag. Denn auch ohne ausdrückliche Erklärung versteht es sich, daß die Einführung allgemeiner Gesetzbücher, indem dieselbe unbefriedigende Uebergangszustände zum Abschlusse bringt und, wie zu hoffen, ein organisches Rechtsganze herausbildet, auf fragmentarische Spezialgesetze überhaupt einige Rückwirkung äußern wird. Zudem sind provisorische Ausnahmen eben doch Ausnahmen und liefern die handgreifliche Probe, daß auch das von gewissen Grundlagen Abweichende sich zuweilen eines Anrechtes auf Erlösung erfreuen kann. Die Prozeßvorschrift des Art. 3

⁴⁵⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Ges. über Gutszertrümmerungen, Verh. d. R. d. Abg. v. 1852 Beil.-Bd. IV S. 285.

Abf. 2 im Gesetze vom 21. Mai 1851 sieht den obersterichterlichen Anschauungen nicht bloß „scheinbar“, sondern in einer Weise entgegen, die an Realität gewiß nichts zu wünschen übrig läßt.

3) Das Gesetz, die Versammlungen und Vereine betr., vom 26. Febr. 1850 verordnet in Art. 23:

„Die Untersuchung und Bestrafung der Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes steht den ordentlichen Strafgerichten zu.“

„Das Verfahren richtet sich nach den für die Behandlung der Vergehen gegebenen Vorschriften.“

Deßsen ungeachtet sind diese strafbaren Handlungen nur „Uebertretungen“ im technischen Sinne neuerer Gesetze und Entwürfe, d. i. Polizeiübertretungen.

a) Die Kontraventionen gegen das fragliche Gesetz sind wesentlich bloße Rechtsgefährdungen. Ist nun auch die neueste Gesetzgebung geneigt, hier und da Gefährdungen des Rechtszustandes unter die Vergehen aufzunehmen, so sind dies doch ganz vereinzelte, auf die schwersten Fälle beschränkte Ausnahmen. Höchst unwahrscheinlich ist, daß alle im Vereinsgesetze vorgesehenen Rechtsgefährdungen, wovon die Mehrzahl sich als geringfügig darstellt, Vergehen sein sollten. Diese Uebertretungen sind zudem mehr nur formeller Natur, ähnlich den Zuwiderhandlungen gegen die Preßpolizei (Art. 37 bis 48 des Preßstrafgesetzes), und auch darum viel eher als Polizeiübertretungen denn als Vergehen zu erklären.

b) Die Strafwürdigkeit der weit meisten dieser Reate ist sehr gering. Wenn die hinsichtlich einer Versammlung oder eines Vereines vorgeschriebene Anzeige bei der Polizeibehörde nicht genau innerhalb der gesetzlichen Frist bewerkstelligt; wenn bei Versammlungen den Abgesandten der Polizeibehörde kein „angemessener“ Platz eingeräumt wird; wenn eine Frau oder ein Minderjähriger der Versammlung eines politischen Vereines beiwohnt u. dgl. (Art. 20), wäre nach der Ansicht des obersten Gerichtshofes ein Vergehen verschuldet — gewiß gegen die Natur der Sache und den Willen des Gesetzgebers. Die Art. 21 und 22 enthalten zwar zum Theile Uebertretungen, die unter Umständen die öffentliche Ordnung schwer gefährden können; hiermit steht auch das hohe Strafmaximum von einem Jahre, bzw. 6 Monaten Gefängniß im Einklange. Allein die

nämlichen Artikel umfassen zugleich Handlungen der niedersten Strafbarkeit⁴⁶⁾, und daraus erklärt sich das in beliebig geringer Geldbuße bestehende Strafminimum. Hätte das Gesetz eine Auscheidung vorgenommen, so wäre die Bezeichnung einiger Handlungen als Vergehen denkbar gewesen; nachdem aber gesetzliche Trennung unterblieb, und der Ausleger nur die Wahl hat, entweder lauter Vergehen, oder lauter Polizeiübertretungen zu statuiren, ist nicht anzunehmen, daß die weitaus überwiegende Mehrheit unbedeutender Rechtsgefährdungen wegen der Genossenschaft weniger Reate, die zuweilen, keineswegs oft, höhere Strafe verdienen, zu Vergehen gestempelt werden wollte⁴⁷⁾. Wesen und Schwere der fraglichen Uebertretungen im Allgemeinen rechtfertigen bloß polizeiliche Ahndung.

c) Das Gesetz vom 26. Februar 1850 meidet den Ausdruck „Vergehen“ gänzlich und spricht nur von „Uebertretungen“ (Art. 22) oder „Uebertretungen des gegenwärtigen Gesetzes“ (Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 25), oder es gebraucht eine andere Ueberschreibung (Art. 20). Die Motive zu dem Gesetzentwurfe wie die Ausschußberichte beider Kammern enthalten sich ebenso durchgängig der Bezeichnung „Vergehen“; die Motive insbesondere wählen vielmals das

⁴⁶⁾ Ein Beispiel bietet der in Bd. V S. 440 flg. der Sitzungsberichte der bayerr. Strafgerichte erwähnte harmlose Maskenzug. Jeder der drei Beschuldigten ward schließlich in eine Strafe von 1 fl. 30 kr. genommen (Erl. des UG. zu Aschaffenburg v. 16. Febr. 1854).

⁴⁷⁾ Fr. 4. 5. de legibus (1, 3). „Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.“ Wgl. fr. 3. 6. eod. — Gefängnißstrafen von 6 Monaten oder gar 1 Jahre, wegen Uebertretung des Vereinsgesetzes erkannt, werden wohl stets zu den seltensten Erscheinungen gehören. Durch das hochgegriffene Strafmaximum ist bloß für Ausnahmefälle Vorsorge getroffen; diese aber dürfen die Eigenschaft der Handlung nicht bestimmen.

Wort „Uebertretung“⁴⁸⁾). Wenn die Zuwiderhandlungen gegen das Vereinsgesetz Vergehen sein sollten, wäre es in der That sehr eigenthümlich, daß man an so zahlreichen Stellen, wie mit Vorbedacht, das Wort „Vergehen“, welches jeden Zweifel niederschlagen mußte, geflohen hätte, um sich in das Helldunkel von anderen obendrein schwerfälligeren Ausdrücken zu hüllen. Ueberdies verstehen neuere Gesetze⁴⁹⁾, gleich dem jüngsten Entwurfe eines Polizeistrafgesetzbuches (Art. 1) und dem Code pénal (art. 1), unter „Uebertretung“ (contravention) soviel als Polizeiübertretung.

d) Der Art. 24 des Gesetzes über Versammlungen und Vereine bestimmt:

„Wenn wegen Uebertretung des gegenwärtigen Gesetzes, oder wegen Verbrechen oder Vergehen, welche aus Veranlassung der Verhandlungen eines Vereins verübt oder versucht worden sind, Untersuchung eingeleitet ist, so kann das zuständige Gericht die vorläufige Schließung des Vereins anordnen.“

Die Begriffe: „Uebertretung des gegenwärtigen Gesetzes“ und „Verbrechen oder Vergehen“ sind durch das disjunctive Bindewort Oder in Gegensatz gebracht. Verbrechen sowohl als Vergehen werden als etwas von der Uebertretung des Vereinsgesetzes Verschiedenes dargestellt.

e) Ebensowenig, als der Ausdruck „Gefängniß“ in Art. 21 und 22, steht die Vorschrift des bereits aufgehobenen Art. 23 über Zuständigkeit und Verfahren der Annahme bloßer „Uebertretungen“ (Polizeiübertretungen) entgegen. Unter Voraussetzung der materiellen Vergehenseigenschaft wäre der ganze Art. 23 müßig; seine Fassung, wie die der Motive hierzu⁵⁰⁾, läßt —

⁴⁸⁾ Verh. d. R. d. Abg. des zweiten Landtags im J. 1849 Beil. = Bd. I S. 177—178.

⁴⁹⁾ B. B. das Ges. v. 25. Juli 1850, die Einrichtung des die Kunststraßen im K. Bayern befahrenden Fuhrwerks betr. Art. 13, 17, 18, 19, 20; — Ges. v. 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung u. s. w. betr., Art. 20 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1 und 3, Art. 29 Abs. 3.

⁵⁰⁾ Verh. d. R. d. Abg. des zweiten Landtags v. 1849 Beil. Bd. I S. 178.

abgesehen von der Prozeßnorm — einen Gegensatz zu den Vergehen erkennen; auch der Umstand, daß der Bericht des vereinigten III. und I. Ausschusses der Abgeordnetenversammlung die Bestimmung des Art. 23 bloß „zweckmäßig“ fand ⁵¹⁾, ist der Annahme von Vergehen nicht förderlich. Eine befriedigende Erklärung der Vorschrift, daß die durch das Gesetz v. 26. Febr. 1850 geschaffenen Straffälle, obwohl nur polizeiliche Uebertretungen, von den ordentlichen Strafgerichten nach den bei Vergehen geltenden Prozeßnormen behandelt werden sollen, liegt sehr nahe. Das Recht der Versammlung und des Vereins hat die unverkennbarste Ähnlichkeit mit dem Rechte freier Gedankenmittheilung durch die Presse; diese und die Association sind verwandte Mächte im Staatsleben. Höhere Bürgschaften richterlicher Selbstständigkeit und Gründlichkeit sind bei Behandlung der Uebertretungen des Vereins — wie des Pressgesetzes sowohl durch die Rücksicht für öffentliche Ordnung als durch die Wichtigkeit der in Frage gestellten Rechte der Bürger dringend veranlaßt. Diejenigen Motive, aus welchen für Presspolizeiübertretungen das Verfahren der Vergehenssachen angeordnet ward ⁵²⁾, dienen zugleich der nämlichen Entscheidung bei den Uebertretungen des Vereinsgesetzes als Erklärung.

Durch alle diese Gründe wird die polizeiliche Eigenschaft der letztgenannten Uebertretungen um so mehr erwiesen sein, als es sich von Seite des Interpreten nicht verantworten läßt, Vergehen mit ihren schweren Folgen aufzustellen, wo es an Gewißheit über den darauf gerichteten Willen des Gesetzes gebricht ⁵³⁾.

4) Gemäß Art. 13 des Gesetzes vom 4. Mai 1851, das Einschreiten der bewaffneten Macht zur Erhaltung

⁵¹⁾ Verh. d. R. d. Abg. v. 1850 Weil. Bd. III S. 34 S. 29.

⁵²⁾ Siehe oben unter IV 1.

⁵³⁾ In der Praxis scheint die Vergehenseigenschaft der Zuwiderhandlungen gegen das Vereinsgesetz bis jetzt wenig oder gar nicht Wurzel gefaßt zu haben. Eine bloße „Uebertretung“ ward z. B. angenommen in Erl. des Appell.-Ger. von Unterfranken u. Aschaffenburg v. 27. Juni 1853, zwei Erl. v. 6. Febr. 1854, Erl. v. 16. Febr. 1854, Erl. v. 5. Juli 1855.

der gesetzlichen Ordnung betr., sind Zuschauer, welche in der Nähe einer Zusammenrottung verweilen und dadurch die Herstellung der Ordnung erschweren, zu einer Gefängnißstrafe von 8 Tagen bis zu vier Wochen oder zu einer Geldstrafe von 25 bis zu 100 fl. zu verurtheilen, wenn sie sich, nachdem die dritte Aufforderung (Art. 3) oder der sofortige Waffengebrauch (Art. 5) erfolgt ist, gleichwohl nicht entfernten.

Daß dieser in Art. 13 behandelte Reat das Vergehen wider Vergehen theilt, ist kaum zu bezweifeln⁵⁴⁾ dennoch dürfte derselbe als Polizeiübertretung zu betrachten sein. Denn die Handlung ist nur Rechtsgefährdung; dieselbe ist auch nicht so geartet, daß ungeachtet dieser auf das strafpolizeiliche Gebiet hinweisenden Eigenschaft ausnahmsweise wegen besonderer Schwere ein Vergehen vorläge. Die „neugierigen Zuschauer“, deren ganzes Verschulden darin ruht, daß sie in der Nähe der Zusammenrottung verweilen und sich nicht rechtzeitig entfernen, wobei böse Absicht keineswegs vorausgesetzt wird, stehen auf sehr niedriger Stufe der Strafbarkeit, wie man denn auch den Vorschlag, daß nur überhaupt Strafe eintreten solle, einer besonderen, ausführlichen Rechtfertigung bedürftig fand⁵⁵⁾. Das geringe Strafmaaß läßt ebenfalls eher eine Polizeiübertretung als ein Vergehen annehmen⁵⁶⁾. In dem gleichzeitigen und innerlich verwandten Gesetze vom 21. Mai 1851, die Verleitung von Militärpersonen oder von Landwehrmännern zur Untreue oder zum Ungehorsame betr., ist die unterste Kategorie verbotener Handlungen (Art. 3), welche dem Verschulden neugieriger Zuschauer bei einer Zusammenrottung an Strafbarkeit ungefähr gleichsteht, auch nur als Polizeiübertretung erklärt. Da endlich der Ausdruck „Gefängnißstrafe“, wo-

⁵⁴⁾ Vgl. u. a. den Bericht des Ausschussreferenten der Abgeordnetenammer, Verhandl. v. 1851 Beil. Bd. I S. 89 Nr. 4.

⁵⁵⁾ Motive des Gesetzentwurfs, Verh. d. R. d. Abg. v. 1851 Beil. Bd. I S. 50; — Ausschußbericht ebendasselbst S. 90 §. 15.

⁵⁶⁾ Diesen nebenbei immerhin beachtenswerthen Umstand dürfte der oberste Gerichtshof sogar als entscheidend ansehen. Vgl. oben III.

für ohnehin der an die Abgeordnetenversammlung erstattete Ausschußbericht „Arreststrafe“ (surrogirt⁵⁷⁾), nicht für die Vergehenseigenschaft entscheidet, wird die in Art. 13 des Ges. v. 4. Mai 1851 vorgesehene Uebertretung, welche nirgendwo als Vergehen bezeichnet worden ist, als polizeilich gelten müssen. —

Nachdem vier verschiedene Arten von Polizeiübertretungen dem Vergehensprozesse folgen, kann dieselbe Erscheinung in einem fünften Falle: bei der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung — um so minder befremden, da der vermeintlichen Untrennbarkeit der Begriffe „Polizeiübertretung“ und „polizeiliches Verfahren“ auch das Gesetz, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung u. s. w. betr., v. 1. Juli 1856 entgegentritt, indem dasselbe in Art. 20 verordnet:

„Die Voruntersuchungen über Verbrechen, Vergehen und jene Uebertretungen, welche kraft besonderer Gesetze gleich den Vergehen zu behandeln sind, fallen in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte“

Vergleicht man diese Vorschrift mit der Parallelstelle des Grundlagengesetzes v. 4. Juni 1848 (Art. 10 Ziff. 1), so erhellt recht deutlich, daß im Fortgange der Zeit den allgemeinen Grundzügen dieses präparatorischen Gesetzes derogirt wurde. Der Pluralis: „kraft besonderer Gesetze“ — in der aufgehobenen Stelle beweist, daß in mehreren Gesetzen Polizeiübertretungen dem Verfahren der Vergehensfälle unterworfen sind, während der oberste Gerichtshof diesen Ausnahmestand nur bei den Preßpolizeiübertretungen anerkennt und daneben der weiteren Ausnahmestimmung in Art. 3 des Gesetzes v. 21. Mai 1851, die Verleitung von Militärpersonen u. s. w. betr., höchstens eine präfäre Schelnerexistenz zugesteht.

V.

1) Die jüngsten Entscheidungsgründe des obersten Gerichtshofes haben die Prüfung der rechtlichen Eigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung auf ein so weit ausgedehntes Feld versetzt, daß dieser Versuch einer Entgegnung, über das gebührende Maas lange

⁵⁷⁾ Siehe das Citat in Note 55.

hinausgewachsen, nur insofern Nachsicht aussprechen darf, als derselbe zugleich einen Beitrag zur Auslegung der neuen bayerischen Strafgesetze überhaupt bietet. Die Behandlung der Controverse verliert aber gar sehr an Schwereizigkeit, sobald man den nach stiegenden Quellen der Interpretation gerecht wird.

Die früher ⁴⁸⁾ gegebene Erklärung des Art. 7 des Ges., die gew. Gutzg. betr., v. 28. Mai 1852 scheint nicht widerlegt zu sein. — Den Bericht des Ausschussreferenten der Abgeordnetenversammlung ⁴⁹⁾, ein sehr erhebliches Auslegungsmittel, hat der oberste Gerichtshof abermals vollständig ignorirt; — die Motive der Staatsregierung zu dem gedachten Art. 7 (Art. 11 des Entwurfs), welche jetzt zum ersten Male einer Erwähnung werth gehalten wurden, sind in einer Weise gedeutet, daß gerade darin eine unverwerfliche Probe der Haltbarkeit des Beweises liegt, welcher gegen die Vergehenseigenschaft aus den Motiven hervorleuchtet.

Die entscheidende Stelle derselben, anknüpfend an die Begründung des vorgeschlagenen hohen Strafmaasses lautet:

„Aus der Beschaffenheit jener Strafbestimmungen fließt aber auch zugleich die Rechtfertigung der im Art. 11 aufgestellten Vorschrift ⁵⁰⁾, da es bedenklich sein würde, die Verfügung so bedeutender Strafen in die Hände von Einzelrichtern zu legen und an das für gewöhnliche Polizeiüber tretungen vorgeschriebene summarische Verfahren zu knüpfen.“

Ueber den vorstehenden Inhalt der Motive bemerkt das oberstrichterliche Erkenntniß, er sei der Vergehensqualität nicht entgegen, „wenn man die Aeußerung nicht einschränkend erkläre, sondern in ihrer allgemeinen, gewöhnlichen Bedeutung nehme“. — Hiernach soll also die in dem früheren Aufsatze ⁵¹⁾ enthaltene Interpretation eine einschränkende sein.

⁴⁸⁾ Bl. f. M. Neue Folge I. Bd. S. 118.

⁴⁹⁾ Siehe hierüber S. 120—121 u. S. 137—138 a. a. D.

⁵⁰⁾ D. h. der Anordnung des Verfahrens und der Zuständigkeit wie bei Vergehen.

⁵¹⁾ S. 119 a. öfters angef. D.
(Schluß folgt.)

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen. — Civilrichterliche Kompetenz im Gegensatz zu jener der Disciplinargewalt bei Differenzen zwischen Schauspielern und der Theater-Intendanz. — Zur Lehre von der Kostenkompensation.

Nochmals wider die Vergehenseigenschaft der gewerbmäßigen Gutszertrümmerung. Gränzbestimmungen zwischen Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen.

Von Franz Samhaber.

(Schluß.)

Auf diese Begräunung der Motive war wohl Niemand gefaßt; dieser Grund wird aber auch allem Vermuthen nach Niemanden überzeugen. Jede einschränkende Erklärung setzt einen mangelhaften Zustand der auszulegenden Rechtsquelle voraus, und zwar einen unrichtigen Ausdruck, welcher mehr enthält, als der wirkliche Gedanke des Gesetzes⁶²⁾. Diejenige Auslegung der Motive, wonach die gewerbmäßige Gutszertrümmerung Polizeiübertretung ist, könnte demnach nur dann einschränkend sein, wenn vermöge derselben der eben bezeichnete Mangel in der Fassung der Motive unterstellt und zugleich dessen Berichtigung versucht würde. Allein von einer solchen Voraussetzung eines krankhaften Zustandes nebst entsprechendem Heilverfahren enthält die früher⁶³⁾ gegebene Erklärung der Motive nicht den entferntesten Schein. Dieselbe ist gerade so wenig einschränkend als ausdeh-

⁶²⁾ Savigny System des röm. R. I. Bd. S. 230—231.

⁶³⁾ Siehe Note 61.

nend, sondern sie anerkennt einen ganz gesunden Zustand des auszulegenden Stoffes. Richtig ist: in den Motiven heißt es nicht wortdeutlich: „Die gewerbmäßige Gutszertrümmerung ist Polizeiübertretung“; allein mittelbar — durch Schlußfolgerung, welche volle Gewißheit gewährt, — geht diese Eigenschaft, wie bereits nachgelesen, daraus hervor, und zwar gerade dann, wenn man sich hütet, den Worten Zwang anzuthun, dieselben vielmehr „in ihrer allgemeinen, gewöhnlichen Bedeutung nimmt.“ Einschränkende Auslegung und diejenige, welche mittelbar ein Ergebnis gewinnt, sind grundverschieden.

Da der Satz: nur eine einschränkende Deutung der Motive sei der Vergehensqualität entgegen — jeder Erläuterung entbehrt, ohne solche aber dessen Genesiß und eigentlicher Gedanke nicht wohl zu ergründen ist: so muß einer näher eingehenden Bekämpfung vorerst entsagt werden. Indessen trägt die so einfache als überzeugende Stelle der Regierungsmotive ihre siegreiche Beweisraft in sich selbst.

2) Wie wenig der Ausdruck „Vergehen“, dem die mündliche Diskussion der Abgeordneten-Kammer ein ephemeres Dasein gab, entscheiden könne, ist bereits ausführlich dargethan worden⁶⁴⁾. Nachdem jetzt diesen speziellen Gründen nichts anderes entgegengesetzt wird, als wiederholt die nackte Thatsache, daß eben das Wort „Vergehen“ gebraucht wurde, scheint weitere Erörterung nicht veranlaßt. Gleichwohl sei es vergönnt, dem früher Gesagten Einiges anzureihen.

Daß in mündlicher Darstellung auch tüchtige Kammerredner sich zuweilen unrichtig ausdrücken, darüber Beispiele zu häufen, wäre leichte Mühe, allein weder erquicklich noch ganz geziemend. Die Bezeichnung „Vergehen“ für eine polizeiliche Uebertretung ist aber nicht einmal unrichtig, sondern nur auf dem Standpunkte der bayerischen Strafgesetzgebung untechnisch.

Die Umgangssprache des Volkes wie der höher Gebildeten, die deutsche Schriftsprache überhaupt und die Literatur des deutschen Strafrechts insbesondere gebrauchen den Ausdruck „Vergehen“ sehr gewöhnlich als Sattungswort, welches sowohl die schwersten Straffälle

⁶⁴⁾ S. 137—141 am öftern angef. D.

(Verbrechen) als die geringsten Uebertretungen (Polizei-
übertretungen) einschließt ⁶⁵⁾).

Dieselbe generische Bedeutung haben häufig die
unserem Worte „Vergehen“ entsprechenden Ausdrücke an-
derer Nationen ⁶⁶⁾).

Der weitere Begriff von „Vergehen“ liegt sogar
bayerischen Gesetzen und Verordnungen viel-
fach zu Grunde.

⁶⁵⁾ Statt vieler Belege nur ein paar: Feuerbach Lehrb.
des peinl. Rechts 14. Ausg. §. 22. nimmt die Be-
griffe „Vergehen“ und „Polizeiübertretung“ als gleich-
geltend und äußert: „Ist das Recht des Staates
auf Gehorsam gegen ein bestimmtes Polizeigesetz
mit Strafen bedroht, so entsteht der Begriff von
Vergehen, Polizeiübertretung.“ Vgl. N.
IV des Herausg. S. 49 („Polizeivergehen“)
u. §. 432 flg. — Köstlin System des deutschen
Strafrechts (1855) §. 18 S. 19, 20, 21, 24 nennt
die polizeilichen Uebertretungen „Polizeiverge-
hen“. — Marezoll deutsches Kriminalrecht 3. Ausg.
(1856) S. 139 bemerkt: „Unter dem Namen von
Polizeivergehen oder Polizeiübertretun-
gen werden in manchen neueren Strafgesetzbüchern
gewisse leichtere Vergehen besonders hervor-
gehoben.“ Beispielsweise wird nun das bayer. StGB.
Art. 2 erwähnt. Ueber den schwankenden Begriff
von „Vergehen“ s. noch S. 61. 139. 140. a. a.
D. — Mittermaier deutsches Strafverfahren 4.
Ausf. versteht unter „Vergehen“ nicht selten alle mit
öffentlicher Strafe bedrohten Handlungen, s. z. B. I.
S. 4, 16, 23—25. — Privatrechtliche Delikte heißen
bei den Civilisten oft „Vergehen“.

⁶⁶⁾ So bei den Römern „delictum“, in Frankreich
„délit“. Ungeachtet der großen Rolle, welche die
Scheidung von crimes, délits und contraven-
tions spielt, haben sich die französischen Gesetzbücher
von dem Gebrauche des Wortes délit in einem
weiteren als dem technischen Sinne nicht freigehal-
ten. Siehe z. B. Code pénal art. 11; dann art. 57,
198, 238, 462, wo in den erläuternden Zusätzen
zu dem Ausdruck „délit“ das Untechnische liegt.
Belege aus dem Code d'instruction criminelle siehe
bei Mittermaier a. a. D. S. 30 Note 49.

Obgleich schon vor dem StGB. von 1813 der Ausdruck „Polizeiübertretung“ Bürgerrecht erlangt hatte⁸⁷⁾, findet man doch für diese unterste Gattung von Strafsachen um jene Zeit sehr oft die gesetzliche Bezeichnung „Polizeivergehen“⁸⁸⁾ oder schlecht-hin „Vergehen“⁸⁹⁾.

Das StGB. selbst (Th. I Art. 433 Abs. 2) nennt die Stempelfkontraventionen „Vergehen“; — die Anmerkungen (Band III S. 342) bedienen sich des nämlichen Wortes in Bezug auf den wohl nur disziplinar strafbaren Beamten, welcher eine an ihm verübte, aber seinerseits zurückgewiesene Bestechung rechtzeitig anzuzeigen unterläßt.

In Art. 11 des zweiten Theiles des StGB. sind Polizeiübertretungen in doppelter Weise unter den Begriff „Vergehen“ gestellt: einmal werden von einer Vorschrift über „Vergehen“ die „Polizeifrevel“ ausgenommen, worin augenscheinlich der Gedanke liegt, daß letztere an und für sich dem Kreise der Vergehen angehören; sodann ist die Rede von denjenigen „geringeren Vergehen“, welche „den Polizeibehörden besonders zugewiesen worden.“

Die k. Verordnung, die Amtsgewalt der Polizeidirektionen betr., v. 22. Okt. 1814, spricht von „polizeiwidrigen Vergehen“⁹⁰⁾ und die k. Verordnung v. 6. Aug. 1815, die Kompetenz der General-, Kreis- und Lokalkommissariate betr., von „Disziplinarvergehen“⁹¹⁾.

Das Gemeindeedikt v. 17. Mai 1818 erwähnt in §. 78 die nach dem allgemeinen Strafgesetzbuche verpönten Vergehen“. Aus dem Beisatze: „nach dem allgemeinen Strafgesetzbuche“ folgt, daß es noch andere Vergehen geben muß. Dies sind aber keinesfalls die in Spezialgesetzen oder Novellen vorgesehene wahren Ver-

⁸⁷⁾ Vgl. z. B. die Instruktion der Polizeidirektionen v. 24. Sept. 1808.

⁸⁸⁾ Regierungsblatt v. 1807 S. 520; — Reggöbl. v. 1808 S. 1656, 1669, 2253, 2424, 2435, 2439, 2440.

⁸⁹⁾ Regierungsblatt von 1807 S. 202; — Reggöbl. v. 1808 S. 2440, 2454.

⁹⁰⁾ Regierungsblatt v. 1814 S. 1674.

⁹¹⁾ Regierungsblatt von 1815 S. 689.

gehen (denn letztere sind gewiß in der Bestimmung des §. 78 begriffen), sondern die polizeilichen Uebertretungen als eine Art der Vergehen im weiteren Sinne.

Gemäß Verordnung über das Zollwesen v. 22. Juli 1819 (§. 57—82) gehören die „Zollgefährden“ zu den geringen Uebertretungen; dessenungeachtet sind dieselben einmal (§. 67) „Vergehen“ genannt.

Bei der Revision des Gemeindeediktes ist laut §. 15 des Ges. v. 1. Juli 1834 die oben berührte Vorschrift über Vergehen genau wiederholt worden.

Bei solchen Erscheinungen auf dem Gebiete der vulgären Rede, der deutschen Schriftsprache und Rechtssterminologie, endlich sogar der Ausdrucksweise bayerischer Gesetze hiesse es, dem Klange eines mehrdeutigen Wortes allzu hingebend vertrauen, wollte man das in mündlicher Darstellung einiger Abgeordneten hervorgetretene Prädikat „Vergehen“ als Leitstern wählen, nachdem überdies, was den Berichterstatter der Abgeordnetenversammlung anbelangt, durch dessen Referat, sobald man vom Dasein desselben Kenntniß nimmt, über Sinn und Beweiskraft der mündlichen Bezeichnung „Vergehen“ einige Aufklärung zu erlangen wäre ⁷²⁾.

Regierungsmotive und Ausschufsvortrag, wenn gleich nicht begünstigt durch den Zauberton eines Schlagwortes, enthalten statt dessen körnige Gedanken; beide Schriftstücke erschöpfen die Sache. Daß Dem gegenüber ein gelegentlich gesprochenes Wort, das Kind des Augenblicks, zudem doppelstinnig, den Wahlplatz behaupten solle, darf verneint werden, so lange die Allgewalt der zur rechten Zeit sich einstellenden Worte noch Zweifler findet ⁷³⁾.

3) Was der Ansicht, die gewerbmäßige Gutszertrümmerung sei Vergehen, an Gründen zu mangeln

⁷²⁾ Fr. 96 de R. J. (50, 17). „In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.“

⁷³⁾ Fr. 19 ad exhib. (10, 4) „Respondit, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mento quid diceretur, animadvertere convenire.“ — Vgl. fr. 17 D. de legib. (1, 3); fr. 6 §. 1 de V. S. (50, 16); fr. 219 eod.; consl. 3 fin. de liber. praeter. (6, 28).

scheint, kann durch den ehrfurchtgebietenden Namen eines oberstrichterlichen Plenarerkenntnisses nimmermehr gedeckt werden. Denn wenn auch in den Entscheidungsgründen eines solchen Erkenntnisses vom 25. Jan. 1855 der Ausdruck „Vergehen“ auf die gewerbmäßige Gutszertrümmerung angewendet wurde¹⁴⁾, so war doch dem Plenum des höchsten Gerichtshofes damals in Folge einer speziell formulirten staatsanwaltschaftlichen Beschwerde nicht die rechtliche Eigenschaft dieser Uebertretung, sondern eine ganz andere Frage zur Prüfung unterbreitet. Aus bloßen Entscheidungsgründen erwachsen aber nur insoweit Präjudizien, als erstere die Ueberzeugung des Gerichtshofes über den jeweiligen besonderen Gegenstand der Berathung und Beschlussfassung beurkunden. Die Wahl des Ausdruckes wie der Sagbau sind niemals das Werk des Richterkollegiums selbst, und im vorwürflichen Falle gehörte der Name „Vergehen“ nur zur gelegentlichen sprachlichen Redaktion. Jedenfalls war die Plenarversammlung nicht veranlaßt, die Gründe für und wider die Vergehenseigenschaft vor ihr Forum zu fordern. Das Ansehen eines oberstrichterlichen Plenarurtheiles steht aber zu hoch, als daß es statthaft wäre, sein Gewicht auf Redaktionszufälligkeiten auszudehnen. So wenig zeugt das Erkenntniß vom 25. Jan. 1855 für die Vergehenqualität, daß gerade deren Gegner lebhaft wünschen, der Plenarversammlung möge Gelegenheit werden, der Streitfrage eine selbstständige Prüfung zu widmen. —

Fänden der Wahlspruch: „In poenalibus causis benignius interpretandum est“¹⁵⁾ — und andere verwandte Mahnungen einer klassischen Vergangenheit, welche neuerdings¹⁶⁾ den vaterländischen Strafgerichten mit überzeugender Wärme vorgeführt wurden, gebührende Rücksichtnahme: so müßte die gewerbmäßige Gutszertrümmerung ohne Verzug als Polizeiübertretung anerkannt werden. Hält aber die Jetztzeit sich für befugt, jene Auslegungsregeln alter Meister in Ruhestand zu setzen, so bleibt hier das Endergebniß dennoch genau das nämliche, weil die

¹⁴⁾ Zeitschrift f. Gesetzg. u. Appl. des R. Bayern II. Bd. S. 18 ff.

¹⁵⁾ Fr. 155 §. 2 de R. J. (50, 17).

¹⁶⁾ Bl. f. R. M. Neue Folge I. Bd. Nr. 1.

Gründe für die Vergehenseligenschaft hinter den Gegengründen an Stärke um ein Bedeutendes zurücktreten. —

Indem vorstehende Erörterungen der Oeffentlichkeit übergeben werden, geschieht es in der Hoffnung, daß urtheilsfähige Leser darin nicht das Nachwerk leichtfertiger Polemik erkennen mögen, welche, allerwärts ein Unkraut, gegenüber dem höchsten Gerichtshofe doppelt unverantwortlich wäre, sondern den Ausdruck einer ernst erwogenen und vielleicht nicht ganz unberechtigten wissenschaftlichen Ueberzeugung.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Civilrichterliche Kompetenz im Gegensatz zu jener der Disziplinalgewalt bei Differenzen zwischen Schauspielern und der Theater-Intendanz.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. IX Nr. 73.

Die Hofschauspielerin M. D. hatte am 7. Sept. 1841 mit der kgl. Hoftheaterintendanz zu München einen Engagementsvertrag auf 10 Jahre abgeschlossen, in dessen §. 2 ihr Rollensach bezeichnet, jedoch ihre Verpflichtung auch andere Rollen ausnahmsweise zu übernehmen, festgehalten ist; im §. 6 unterwarf sich M. D. den gegenwärtigen und künftigen Satzungen des kgl. Hoftheaters in Beziehung auf ihr dienstliches Verhältniß, und im §. 11 wurde bestimmt:

„Sollten sich unter den Kontrahenten auf den Grund dieses abgeschlossenen Vertrages Differenzen ergeben, welche nicht rein dienstlicher Natur sind, so übertragen die Kontrahenten deren Entscheidung dem hie mit als Kompromißgericht gewählten k. b. Kr.- und StG. München, dessen Ausspruch sie sich auch unter Verzicht auf eine weitere Appellation unbedingt unterwerfen.“

Am 28. August 1847 wurde von Seite der M. D. mit der kgl. Hoftheater-Intendanz ein Vertragsnachtrag abgeschlossen, in welchem ihr Gehalt erhöht, im §. 1 eine theilweise Aenderung und beziehungsweise Erweiterung des Rollensacheß stipulirt, insbesondere aber eine „Ausnahme der chargirten Rollen“ als Befreiung der Verpflichtungen der M. D. festgesetzt wurde.

Anfangs Dezember 1854 wurde der M. D. in dem „nach einem englischen Plane“ von D. C. Töpfer für die deutsche Bühne bearbeiteten Schauspiel: „Gebrüder Foster“ die Rolle der Frau des Thomas Foster zugetheilt.

Sie bat am 4. Dezember 1854 die k. Hoftheater-Intendanz um Enthebung von der bezeichneten Rolle, da dieselbe eine „chargirte“ sei. Die k. Hoftheater-Intendanz theilte in einem motivirten Erlasse vom 7. Dezember diese Ansicht nicht und bestand auf Ausführung der Rolle.

Nachdem M. D. am 8. Dezember auf ihrer Weigerung, unter Festhaltung der bezeichneten Qualifikation der Rolle als einer chargirten, von deren Uebernahme ihr Kontrakt von 1847 sie befreie, bestand, und sich weigerte bei der angesetzten Probe zu erscheinen, so wurde gemäß §. 51 ¹⁾ der Theater-

¹⁾ §. 51. „Wer die ihm zugetheilte Rolle oder Partie in der festgesetzten Zeit nicht einstudirt, der wird die Hälfte vom täglichen Betrage seines Gehaltes, von dem Tage an, auf den die erste Probe bestimmt war, bis zu jenen, an welchem er die Rolle gehörig darstellt, abgezogen.“ Sollte das Mitglied in der Nichterfüllung seiner Pflicht beharren, so wird wegen seiner weiteren Bestrafung, die nach Umständen in einer Disziplinarstrafe bestehen kann, an Seine Königliche Majestät Bericht erstattet.

Die weiter hier einschlägigen §§. der Theater-satzungen lauten:

satzungen vom 8. Jänner 1855 an, der Abzug der Hälfte ihrer Gage, bis sie die fragliche Rolle dar-

§. 37. Der Intendanz steht ausschließlich die Vertheilung der Rollen zu, wobei sie ohne alle weitere Rücksicht nur die möglichste Vollkommenheit der Darstellungen zum Ziele zu nehmen hat.

§. 38. Jedes Mitglied des Theaters, insofern nicht der Kontrakt etwas Anderes bestimmt, ist schuldig, jede ihm zugetheilte Rolle anzunehmen.

§. 39. In der Regel haben auch die für bestimmte Fächer engagirten Bühnenmitglieder, je nach dem Bedürfnisse, auf des Intendanten Anordnung, auch außer ihrem Fache gelegene, selbst kleine scheinbar unwichtige Rollen zu übernehmen.

§. 30. Die Strafen, (welche die k. Hoftheater-Intendanz verhängt) bestehen

- a) in mündlichen und schriftlichen Verweisen,
- b) in Ordnungs- oder Geldstrafen,
- c) in Disziplinar- oder Arreststrafen von 1 bis 8 Tagen, und
- d) in Entlassung.

Die Geld- und Ordnungsstrafen können bei Wiederholungen der Kontraventionsfälle geschärft werden.

Die Disziplinarstrafen treten entweder in den durch die Satzungen ausdrücklich bestimmten Fällen unmittelbar ein oder erst dann, wenn wiederholte Ordnungsstrafen fruchtlos geblieben. — Die Folge solcher Disziplinarstrafen ist, daß dasjenige Mitglied, welches auch durch die dritte nicht gebessert wird, die Entlassung zu gewärtigen hat. Es soll daher bei jeder Disziplinarstrafe dem Bestraften bedeutet werden, daß es der erste, zweite oder dritte der zur Entlassung führenden Disziplinarstrafen sei. —

Gegen Ordnungsstrafen findet keine Beschwerde statt, wohl aber gegen Disziplinarstrafen ein Rekurs an Seine Majestät den König, welcher jedoch binnen 8 Tagen bei Vermeldung der Präklusion zu ergreifen ist. Die Geldstrafen kommen dem Theaterpensionsvereine zu Gute.

auf die Inkompetenz des Kompromißgerichtes in seiner Eigenschaft als Civilgericht stützte. Diese Nichtigkeitbeschwerde wurde von dem genannten Gerichtshofe als erste Instanz verworfen und, auch von der k. Hoftheater-Intendanz hiegegen eingewendete Berufung, bestätigte der oberste Gerichtshof am 16. Jänner 1857 (Nr. 313^{56/57}) diese Verwerfung aus nachfolgenden Gründen:

„Die Berufung, welche die k. Hoftheater-Intendanz gegen das Erkenntniß des k. UG. von Oberbayern vom 25. Oktober anher eingewendet hat, in welchem Erkenntniße dieser Gerichtshof die an ihn gebrachte Nichtigkeitbeschwerde²⁾ gegen die Aussprüche des k. Kr. u. StG. München i. J. als inappellablen Kompromißgerichtes verworfen hat, stellt

²⁾ Die OD cap. 17 §. 2 spricht nirgends von dem Rechtsmittel der Nullitätsbeschwerde gegen schiedsrichterliche Aussprüche, allein die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels ist durch die Vorschrift in OD. l. c. annot. ad Nr. 4 litt. e „daß der Inhalt des Kompromisses ohne Nullität nicht überschritten werden dürfe“ naturgemäß begründet.

Die Nichtigkeitbeschwerde ist aber analog mit der restitutio in integrum nach OD. cap. 17 §. 2 Nr. 10 und cap. 16 §. 2 Nr. 3 zu behandeln, daher bei dem ordentlichen Richter in der Sache zunächst anzubringen.

Als solcher erscheint aber hier hinsichtlich der beklagten Hoftheater-Intendanz das k. UG. von Oberbayern, weil nach dem Ges. v. 1. Juli 1834 „die permanente Civilliste betr.“ Art. IV Abs. 3 aus der Civilliste die Ausgaben bei sämtlichen Hofstäben und Intendanzen bestritten werden und es unerheblich erscheint, daß das Gebäude des k. Hoftheaters (also die Baulast) nach der Beilage zu Art. V des angef. Gesetzes nicht zur Civilliste gehört. Vgl. auch Seuffert's Kommentar z. OD. Bd. I S. 126 Note 22 (II. Ausg.)

sich als unbegründet dar. Es liegt nämlich hier eine Inkompetenz des Kompromißgerichtes in seiner Eigenschaft als Civilgericht, welche Inkompetenz schon als Einrede vor dem Kompromißgericht geltend gemacht und von diesem gemäß **GD. cap. 17 §. 2 Annot. ad Nr. 4 litt e** mit Recht gewürdigt wurde, nicht vor. —

Die Frage, ob die Klägerin **M. D.** gegen den von der **k. Hoftheater-Intendanz** gemäß **§. 51** der Disziplinarsakungen des **k. Hof- und Nationaltheaters** zu **M.** verfügten Abzug der Hälfte ihrer Gage für die Dauer ihrer Weigerung die fragliche ihr zugetheilte Rolle zu übernehmen, die Hilfe des Civilgerichtes (hier das **k. Kr. u. StG. München I. J.** als inappellables Kompromißgericht) in Anspruch nehmen könne, hängt davon ab, ob — nach den Worten des hier maßgebenden Engagementsvertrages vom **7. September 1841** — „eine Differenz der Kontrahenten auf dem Grund des abgeschlossenen Vertrages“ oder eine solche „rein dienstlicher Natur“ vorliege. —

Im Allgemeinen kann nicht beanstandet werden, daß Differenzen, welche sich über Erfüllung übernommener Dienstleistungen eines Theatermitgliedes gegenüber der **k. Hoftheater-Intendanz** ergeben, der Disziplinarbefugniß der Intendanz auf dem Grund der maßgebenden Disziplinarsakungen anheimfallen, und zwar mit allen Folgen, auch wenn diese in Geldstrafen mittels Entziehung eines Theiles der Gage, also mit empfindlichen Vermögensnachteilen verknüpft sind. Es ist dieß in der Natur der Verhältnisse mit Nothwendigkeit begründet, in welchen eine einheitliche energische Leitung behufs vollendeter Darstellung eines Kunstwerkes ebenso entscheidend erscheint, wie die eigenthümliche Schwierigkeit, die sich bei den Mitteln der Ausführung, nämlich den darstellenden Personen darbietet. Diese

Regel der disziplinären Kompetenz, welche auch der Engagementsvertrag vom 7. Sept. 1841 für Differenzen „rein dienstlicher Natur“ vindicirt, setzt aber voraus, daß die Erfüllung der fraglichen Dienstleistung (die Anlaß zu der Geldstrafe gab) entweder im Allgemeinen schon ihrer Natur nach oder speziell innerhalb der Grenzen der übernommenen Dienstesverpflichtungen stehe. In Absicht auf Rollenausführung ist der Charakter einer allgemeinen Verpflichtung des engagirten Darstellers sogar als der einer ausnahmslosen in §. 38 und 39 der Satzungen insoferne bestimmt ausgeprägt, als eine Verpflichtung des Darstellers auch zur Ausführung außer seinem Fache gelegener Rollen besteht, und eben diese Bestimmung hat, dem Sinne nach, auch in dem Engagementsvertrage der M. D. von 1841 §. 2 eine Stelle gefunden. Allein schon die Satzungen begründen von dieser unbedingten Verpflichtung des Darstellers zur Rollenausführung — deren Nichterfüllung der Einschreitung der Disziplinargewalt mit Strafen unbedenklich allein anheimfällt — eine Ausnahme, indem sie versügen:

§. 38. „Jedes Mitglied des Theaters, insoferne der Kontrakt nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt, ist schuldig, jede ihm zugetheilte Rolle anzunehmen.“

Demnach besteht jene allgemeine Verpflichtung des Darstellers, jede Rolle zu übernehmen und auszuführen bei Vermeidung der angebrohten Strafen, in dem Falle nicht, wenn der Engagementsvertrag eine ausdrückliche Befreiung des Darstellers von gewissen Rollen enthält. Diese Befreiung erscheint als eine Bedingung, unter welcher sich der Darsteller zur Dienstleistung im Vertrage verpflichtet, indem er gewisse Arten der Darstellung, als seinem Wesen widersprechend, fern halten will; diese Vertragsbedingung ist unzweifel-

haft auch für den anderen Kontrahenten verpflichtend in der Art, daß ihr entgegen die Disziplinalgewalt, mit welcher derselbe außerdem bekleidet ist, nicht in Wirksamkeit treten kann.

Ein solcher Fall ist nun aber hier gegeben, da der mit W. D. am 28. August 1847 abgeschlossene Nachtrag zum Engagementskontrakte von 1841 die Befreiung von der Uebernahme „chargirter Rollen“ ausdrücklich enthält, Klägerin aber die ihr übertragene Rolle, entgegen der k. Hoftheater-Intendanz, als eine „chargirte“ erklärte. Es ist also hier eine vertragsmäßige Befreiung von einer sonst ausnahmslosen Verpflichtung des bediensteten Darstellers in Frage.

Hier nun könnte eine Einschreitung der Disziplinalgewalt, unter der Aufstellung, es sei ein Fall jener Befreiung nicht gegeben, offenbar zu einer Verletzung vertragsmäßig erworbener Rechte führen, indem an das Bestehen jener vertragsmäßigen Befreiung der ungeschmälerte Bezug der bedungenen Gage als ein Vertragsrecht geknüpft ist, für welche Vertragsverletzungen unleugbar die Kompetenz des Civilrichters begründet ist. Folgerweise gehört denn auch die Beurtheilung, ob der Fall einer vertragsmäßigen Befreiung von gewissen Dienstleistungen gegeben sei, mithin die Auslegung des Vertrages vor den Civilrichter.

Vor demselben kann die im §. 51 der Theatersatzungen bestimmte Geldstrafe im gegenwärtigen Falle ihrer Wirksamkeit nach nur als Konventionalstrafe in Betracht kommen, weil auf dem Boden des Vertrages die gleichzeitige Eigenschaft des anderen Kontrahenten, der k. Hoftheater-Intendanz, als Disziplinarbehörde, zurücktreten muß, so daß die Anwendung dieser Strafen eine vor dem Civilrichter dargelegte Nichtbegründung einer vertragsmäßigen Befreiung von der fraglichen Veltung voraussetzt. — Die Anwendung dieses

Prinzip. über die Kompetenz vernichtet auch nicht (wie beklagterseits besorgt wird) die Wirksamkeit der nothwendigen Disziplinalgewalt der k. Hoftheater-Intendant, weil die civilgerichtliche Kompetenz auf Fälle beschränkt ist, in welchen sich auf eine im Vertrage ausdrücklich bedungene Befreiung von der sonst nach den Theatersatzungen ausnahmslosen Verpflichtung berufen werden kann. Die Möglichkeit einer materiell. frivolen Berufung auf eine solche Befreiung, eine im Rechtsgebiete überhaupt unvermeidliche Erscheinung, kann selbstverständlich an der Geltung des Grundsatzes nichts ändern, daß in einem Vertrage bedungene Rechte, und deren Verletzung jederzeit unter dem Schutze des Civilrichters stehen.

Es bedarf ferner keiner Ausführung, daß die bezeichnete beschränkte Kompetenz des Civilrichters nicht anwendbar sei auf Fälle, in denen lediglich Disziplinarstrafen im engeren Sinne angewendet sind, nämlich Arreststrafen, welcher Strafunterschied im §. 30 der Theatersatzungen ausgeprägt ist. Hier fehlen, unter allen Umständen, die Voraussetzungen einer Civilprozeßsache und kann Abhilfe nur im Wege des Disziplinarrecurses, welchen der vorletzte Absatz des §. 30 der Theatersatzungen eröffnet, erwirkt werden.

Endlich kann auch die Schwierigkeit, welche die Entscheidung über die Auslegung solcher kontraktlichen Befreiungen von gewissen künstlerischen Leistungen dem Richter darbietet, da diese Entscheidung auf technischen Kenntnissen und der Beachtung von Usancen künstlerischer Darstellung öfters wird beruhen müssen, einen Zweifelsgrund an der civilgerichtlichen Kompetenz nicht abgeben, da (wo nicht spezielle Gesetze ein Anderes verordnet haben) dem Richter eine Menge von Gegenständen, unter Anhandnahme von Sachverständigen zur Entscheidung überwiesen sind, welche noch weiter von dem Kreise ablegen, in dem sich in der Regel die richterliche

Anschauung bewegt, als die Frage, in welche Kategorie die Rolle eines dramatischen Werkes nach den üblichen technischen Bezeichnungen falle.

Es war daher, wie geschehen, bestätigend zu erkennen, bei welcher Entscheidung selbstverständlich der oberste Gerichtshof, so wenig als das AG. von Oberbayern in die Lage gesetzt war, die von dem inappellablen Kompromißgerichte als Civilgericht gegebene materielle Entscheidung³⁾ der Sache irgends wie in Betracht zu ziehen.

e. m.

2.

Zur Lehre von der Kostenkompensation.

Der Umstand, daß die klägerische Ueberforderung im Betreff der Früchte moderirt wurde, kann keinen Grund zur Kostenkompensation abgeben, weil nur in dem Falle ein Behelf hiezu angenommen wird, wenn der Streit mehrere Punkte, d. h. mehrere eingeklagte Posten betrifft und der Bescheid in der Hauptsache theils pro theils contra ausfällt, was jedoch auf den Fall keine Anwendung findet, wenn nur im Nebenpunkte dem Begehren des Obstiegenden nicht vollständig entsprochen wird, und insonderheit die Festsetzung desselben im richterlichen Ermessen lag, nebstdem auch die Zuviersforderung in diesem Betreff gar keinen Einfluß auf die Verhandlung hatte und eine Kostenmehrung dadurch nicht herbeigeführt wurde.

DAAG. v. 5. Januar 1855. Reg.-Nr. 1522⁵²/53.
Gl.

³⁾ Hier wird man an das Sprichwort erinnert, welches der alte Hertius (paroem. German. 15, 1) auführt: „Nach kein Kompromiß, du verlerst es gewiß.“ (Kreittmayr Annot. ad cod. jud. cap. 17 §. 2 litt. a).

Berichtigung. Oben S. 435 B. 17 statt „nur“ lies „nun“.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kompetenz, wenn Bestandtheile eines Fideikommisses durch Objekte surrogirt werden sollen, die außer dem Bezirke des bisher kompetenten Appellationsgerichtes liegen. — Kompetenz bei Stempelkontraventionen von Militärpersonen. — Kompetenz zur strafrechtlichen Untersuchung wegen indiskreten Betruges hinsichtlich versendeter und als verfälscht beschuldener Akten. — Unabhängigkeit zur Welschschaffung über die Folgen des Ungehorsams der als Zeugen zu militärgerichtlichen Untersuchungsverhandlungen vorgeladenen Zivilpersonen. — Au Art. 3 u. 5 des Gesetzes v. 1. Juli 1956, die gemischtsgerichtlichen Untersuchungen betr. — Gerichtliche Ausfertigung von Vertragsurkunden. Form gerichtlicher Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Unterschrift des Aktuars. — Vertragsaufhebung wegen eines vor der Vollziehung eingetretenen gesetzlichen Hindernisses. — Unordenliche Verjährung. Zeugen vom Hörensagen. —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXV.

Kompetenz, wenn Bestandtheile eines Fideikommisses durch Objekte surrogirt werden sollen, die außer dem Bezirke des bisher kompetenten Appellationsgerichtes liegen.

Dem k. Appellationsgerichte von Schwaben und Neuburg stand bisher die Aufsicht über die Verwaltung der sämtlichen zu dem aus dem Nachlasse des Grafen v. Waldburg zu bildenden Fideikommiss bestimmten Vermögenstheile zu. Die zu diesem F.K. bestimmten, in verschiedenen Untergerichtsbezirken von Schwaben und Neuburg gelegenen Realitäten wurden in neuester Zeit unter Zustimmung sämtlicher Interessenten verkauft und das F.K. soll nun in Niederbayern im Bezirke des Landgerichts Dingolfing errichtet werden. Da eine Vereinigung der Interessenten hinsichtlich der zu surrogirenden Objekte nicht erzielt wurde, so stellte der Neue Folge II. Band.

erste Fideikommißerbe den Antrag: die von den eben-
tueell Betheiligten aufgestellten Gründe ihrer Nicht-
zustimmung zu der bezweckten Surrogirung zu prü-
fen, und bei gesunder Unstichhaltigkeit derselben
die richterliche Ratifikation zur Surrogirung zu er-
theilen, sonach die von ihm gemachten Vorschläge
auch ohne solchen Konsens zu genehmigen, beziehungs-
weise diesen Konsens zu suppliren.

Das UG. von Schwaben und Neuburg war
jedoch der Ansicht, daß dieser Antrag nur von dem
für die Konstituierung des Fideikommißes selbst kom-
petenten Gerichtshofe erlediget werden könne und
übersendete zu diesem Zwecke dem UG. von Nieder-
bayern die Akten. Dieses remittirte aber dieselben,
weil es sich zur Zeit nicht als kompetent erachten
könne, indem sämtliche Surrogirungsverhandlungen
zur Kompetenz des UG. von Schwaben und Neu-
burg als Fideikommißgericht ressortiren.

Der oberste Gerichtshof entschied diesen Kompe-
tenzkonflikt dahin:

daß das UG. von Schwaben und Neuburg
zur fernerer Behandlung und Beschlußfassung
über den oben erwähnten Antrag zuständig sei,
aus folgenden Gründen:

Nach §. 14 des Ediktes über die Familien-
fideikommiße sind alle Handlungen, welche sich auf
die Bestätigung des Fideikommißes beziehen oder
sonst die Genehmigung des Gerichtes erfordern, dem
Appellationsgerichte zugewiesen, in dessen Bezirk das
Fideikommißvermögen gelegen ist, und nach §. 16
daselbst gehören dahin auch alle Anträge über mit
dem Fideikommiß vorzunehmende Veränderungen.

Wenn es sich also, wie im vorliegenden Falle,
darum handelt, ob die in Vorschlag gebrachte Sur-
rogirung anderer Objekte für genügend zu erachten
sei, so kann die Prüfung hierüber nicht von dem
Richter ausgehen, in dessen Bezirk die neu zu er-

werbenden Objekte liegen, sondern nur von dem Richter, in dessen Bezirk die bisher noch stets als Objekte des Fideikommisses geltenden Gegenstände sich befinden, und der beziehungsweise bisher in der Sache kompetent war, indem dessen Jurisdiktion so lange fortbauert, bis die Surrogierung wirklich in Vollzug gesetzt, die Anerkennung in's Leben getreten ist, wo sodann erst die Jurisdiktion des anderen Richters Platz greifen kann.

Bisher war aber das AG. von Schwaben und Neuburg in der Sache kompetent und das bloße Vorhaben der Surrogierung des bisherigen Vermögens durch in einem anderen Bezirke gelegene Vermögenstheile, über deren Rechtmäßigkeit es sich zumal eben handelt, kann hieran nichts ändern. Erst wenn die Surrogierung — die Aenderung des Objektes — wirklich in's Leben getreten ist, wird in Folge hievon auch eine Aenderung in der Jurisdiktion sich ergeben.

Die jetzt in Frage stehende Handlung soll diese Aenderung nur vorbereiten, involvirt diese aber noch nicht selbst; ehe die Aenderung im Objekte eingetreten ist, kann aber auch eine Aenderung der Jurisdiktion nicht für gegeben erachtet werden.

MOG. v. 14. Juni 1856. Urth.-Buch Nr. 69.

LXXVI.

Kompetenz bei Stempelkontraventionen von Militärpersonen.

Der affirmative Kompetenzkonflikt zwischen einem Kreis- und Stadtgerichte und einem Regimentskommando über die beiderseits geltend gemachte Zuständigkeit im Betreffe einer von einer Militärperson zu Schulden gebrachten Stempelkontravention wurde oberstrichterlich darin entschieden:

daß das Kreis- u. Stadtgericht in dieser Stempelkontraventionsache zuständig sei, und zwar aus folgenden Gründen:

Bezüglich der angeregten Kompetenzfrage ist zunächst auf den Gegenstand — auf die Sache — um welche es sich handelt, Rücksicht zu nehmen, weil, wenn der fragliche Gegenstand dem Wirkungskreise bestimmter Behörden speziell zugewiesen, sohin hiefür ein *forum speciale causarum* gesetzlich angeordnet ist, die persönlichen Verhältnisse des Beklagten auf die Kompetenzfrage keinen Einfluß auszuüben vermögen. Hier handelt es sich aber wirklich von einem Gegenstande, der, wie die *GD. I. §. 13* sich ausdrückt, von dem ordentlichen Gerichtszwange ausgenommen und besonderen speziell benannten Behörden zugewiesen ist, indem die Judikatur über Stempelfkontraventionen bis zum Jahre 1825 in erster Instanz den Kreisiegelämtern, in zweiter Instanz den Finanzdirektionen, nachmalß den Regierungsfinanzkammern, und in dritter Instanz dem Staatsrathe zugewiesen ist. Es wurde zwar durch das Stempelgesetz vom 11. September 1825 die Judikatur bei Uebertretungen dieses Gesetzes in erster Instanz jenem unmittelbaren Untergerichte, wo der Beklagte seinen Wohnsitz hat, in zweiter Instanz den Appellationsgerichten, und in dritter Instanz, sofern hiezu die erforderliche Summe gegeben ist, dem Oberappellationsgerichte zugewiesen, aber auch hiebei der Standpunkt des besondern Forums der Sache festgehalten, indem auch hier ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Beklagten nur jene mit der Civilgerichtsbarkheit bekleidete unmittelbare Behörde, wo der Beklagte seinen Wohnsitz hat, und die dieser Behörde bezüglich der Civilrechtsachen vorgesezten Obergerichte als die zur Judikatur über Stempelfkontraventionen allein zuständigen Behörden und Stellen benannt sind. Es hat demnach hier auf den Umstand, daß die Strafgerichtsbarkheit über Militärpersonen in erster Instanz den Regimentsskommando's zusteht, nicht anzukommen, zumal da

es sich hier nicht von einem zum Bereiche der Strafgerichtsbarkeit ressortirenden Akte, nicht von einer nach strafprozessualischen Gesetzen vorzunehmenden Untersuchung und Aburtheilung, sondern von einer nach besonderer Vorschrift im Wege des Civilverfahrens vorzunehmenden Verhandlung und Aburtheilung handelt.
 OABG. vom 16. September 1856. Urtheilsbuch Nr. 76.

LXXVII.

ompetenz zur strafrechtlichen Untersuchung wegen indizirten Betruges hinsichtlich versendeter und als verfälscht befundener Bistualien.

Ein Kaufmann in Hof erhielt von dem Mehlgändler N. in Nürnberg, bei welchem er 50 Centner reines Roggenmehl bestellt hatte, diese Quantität unter der Bezeichnung „Roggenmehl“ durch Uebersendung abgeliefert; dasselbe wurde aber, wie eine vorläufig polizeilich vorgenommene Untersuchung seine Beschaffenheit ergab, von widrigem Geschmacke und mit Mehl von Hülsenfrüchten und andern noch nicht genau ermittelten vegetabilischen Stoffen vermischt befunden, weshalb es nach dem vorläufig abgegebenen Gutachten der Sachverständigen zur Bereitung eines wohl verdaulichen Brodes und zum Genuße für Menschen ungeeignet erklärt wurde.

Wegen Führung der hiedurch veranlaßten strafrechtlichen Untersuchung entstand zwischen dem Landgerichte Hof und dem Kr. u. StG. Nürnberg ein negativer Kompetenzkonflikt, welcher oberstrichterlich dahin entschieden wurde:

daß das Landgericht Hof zur Durchführung der Untersuchung zuständig sei.

Die Gründe enthalten Folgendes:

Wenn auch nach den bisherigen noch unvollkommenen Erhebungen noch nicht mit Bestimmtheit

ermessen werden kann, ob ein gesetzlich ausgezeichneteter Betrug II. Grades nach Art. 265 Nr. I. oder nur ein gemeiner Betrug nach Art. 256 und 259 Abs. 2 Thl. I. des StGB. vorliege, so konnte doch in dem einen wie anderen Falle die That nicht schon durch die Fälschung der Waare oder deren Absendung, sondern erst durch deren Abgabe an eine bestimmte Person zur Vollenbung gebracht werden, weshalb sich die Abgabe der gefälschten Waare als nothwendige Voraussetzung zur Vollenbung der That darstellt und die Ablieferung des gefälschten Mehles ist auch an den Besteller in Hof erfolgt. Aber selbst in dem Falle, wenn die That, nach dem einen oder anderen Gesichtspunkte objectiv aufgefaßt, nicht als vollendete Uebertretung, sondern nur als Versuch betrachtet werden wollte, würde doch immer die Stadt Hof als der Ort erscheinen, an welchem nicht nur die Vollenbung beabsichtigt, sondern auch die der Vollenbung unmittelbar vorhergehende Vorbereitungs-handlung, als letzte für den strafrechtlichen Charakter der Uebertretung entscheidende Thatfache sich ergeben hat.

DAGE. vom 25. October 1856. Urth.-Buch Nr. 78.

LXXVIII.

Befähigung zur Beschlußfassung über die Folgen des Ungehorsams der als Zeugen zu militärgerichtlichen Untersuchungsverhandlungen vorgeladenen Civilpersonen.

Der Dienstknecht Johann Seig von Gmünd, fgl. Landgerichts Stadtmhof, wurde in einer gegen zwei Soldaten wegen Körperverletzung anhängigen Untersuchungssache zufolge der auf Requisition der Militärbehörde von dem k. Kr. u. StG. Regensburg erlassenen Verfügung behufs seiner Vernehmung als Zeuge zu der bei der größeren Kriegskommission

des betr. f. Infanterie-Regimentes anberaumten Hauptverhandlung vorgeladen.

Diese Verhandlung wurde durch ungehorsames Nichterscheinen des richtig vorgeladenen Zeugen Seiß vereitelt und es handelte sich, da derselbe dem Civilstande angehört, somit das Militärgericht zur Beschlußfassung über die von ihm hiedurch verwirkten Folgen nicht kompetent war, davon, ob hiezu das f. Kr.: u. StG. Regensburg, welches die Ladung erlassen hatte, oder das kgl. Kr.: u. StG. Landshut, zu dessen strafgerichtlichem Sprengel das Landgericht Kellheim gehört, in dessen Bezirk Seiß zur Zeit der Ladung seinen Wohnsitz hatte, zur beschaffigen Beschlußfassung zuständig sei. Der zwischen diesen beiden Kr.: u. StGer. hierüber entstandene Kompetenzkonflikt wurde oberstrichterlich dahin entschieden:

daß das Kr.: u. StG. Regensburg zuständig sei, gegen den bei der in obenerwähnter Untersuchungssache anberaumten Hauptverhandlung nicht erschienenen Zeugen Johann Seiß Beschluß zu fassen.

Entscheidungsgründe: Da die Strafen, womit die auf Vorladung nicht erschienenen Zeugen — bezüglich der Voruntersuchung im Art. 206 des StGB. Th. II, bezüglich der öffentlich mündlichen Verhandlung im Art. 151 und 303 des StPG. vom 10. Nov. 1848 — bedroht sind, so wie die im Art. 152 Abs. 2 ausgesprochene Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der vereitelten Sitzung sich als Folgen des Ungehorsams gegen den ergangenen richterlichen Auftrag darstellen, so erscheint diesem zufolge zunächst jenes Gericht, welches den Auftrag erlassen hat, als zuständig, die durch dessen Nichtbeachtung verwirkten Folgen auszusprechen, und in den Artikeln 152 u. 153 des alleg. StPG. ist der Ausspruch hierüber den in der Sache selbst zustän-

digen Strafgerichten ohne Rücksicht darauf, ob von diesen die Ladung unmittelbar erlassen wurde, nur auf den Grund des Zusammenhanges der Sache zugewiesen.

Da aber bei den durch die Militärgerichte abzuurtheilenden Strassachen von diesen bezüglich der dem Civilstande angehörigen Zeugen wegen mangelnder Jurisdiction eine Strafverfügung nicht erlassen werden kann (Art. 3 der W. v. 14. April 1856, das militärische Strafverfahren betr.), so sind zur Beschlußfassung über die von den nicht erschienenen, dem Civilstande angehörenden Zeugen verwirkten Strafen jene Civilgerichte zuständig, welche an diese Zeugen die Ladung erlassen haben.

Da nun Zeuge Johann Seiß zu der bei der größeren Kriegskommission des betr. Infanterie-Regimentes in der fraglichen Untersuchungssache gegen die Soldaten M. M. anberaumten Hauptverhandlung aus Auftrag des Kr. u. StG. Regensburg durch den Gerichtsdiener dieses Gerichtes geladen worden ist, so vermag an dieser Thatsache der Umstand nichts zu ändern, daß Seiß zur Zeit der Ladung nicht mehr in Regensburg, sondern im Bezirke des Landgerichtes Kellheim seinen Wohnsitz hatte.

DAGE. v. 26. Januar 1857. Urth.-Buch Nr. 82,

LXXIX.

Zu Art. 3 u. 5 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischt-gerichtlichen Untersuchungen betr.

Wegen Verbrechen der Körperverletzung mit nachgefolgtem Tode war nebst einigen Civilpersonen auch ein Soldat angeschuldigt, bezüglich dessen die Militärbehörde, nachdem ihr die Akten über die Voruntersuchung mitgetheilt worden waren, die Beschlußfassung auf die Voruntersuchung und die weitere Behandlung der Sache, vorbehaltlich der initia-

tärlischen Gerechtsame, dem bürgerlichen Strafgerichte überließ. Diefes erkannte hinfichtlich aller in der Voruntersuchung betheiligten Civilpersonen auf Einstellung des Strafverfahrens und verwies die Sache zur Beschlußfassung bezüglich des nur noch allein angeschuldigten Soldaten an die Militärbehörde, welche sich jedoch in Folge der bereits erfolgten Ueberlassung der Sache an das bürgerliche Strafgericht nicht mehr für zuständig erachtete. Der beschallige negative Kompetenzkonflikt wurde oberstrichterlich dahin entschieden:

daß das betr. Kr.: u. StG. zuständig sei, auf die geführte Voruntersuchung auch in der Richtung gegen den Soldaten M. in der Sache selbst Beschluß zu fassen.

Die Entscheidungsgründe enthalten folgende Ausführung:

Nach Art. 3 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischt-gerichtlichen Untersuchungen betr., kann in dem Falle, wenn bei demselben Verbrechen oder Vergehen Civil- und Militärpersonen als Beschuldigte zusammentreffen, nach durchgeführter Voruntersuchung von der zustehenden Militärbehörde bezüglich der mitangeschuldigten Militärpersonen die weitere Behandlung der Sache, vorbehaltlich der militärischen Gerechtsame, den bürgerlichen Strafgerichten überlassen werden. Wird eine solche Ueberlassung erklärt, so erfolgt nach Art. 5 des alleg. Gesetzes die Beschlußfassung auf die Voruntersuchung, dann die weitere Verhandlung, Aburtheilung und Strafvollestreckung bezüglich der betheiligten Militärpersonen in derselben Art, wie bezüglich der dem Civilstande angehörigen Beschuldigten.

Die Befugniß der zuständigen Militärbehörden, bezüglich der mitangeschuldigten Militärpersonen die weitere Behandlung der Sache den bürgerlichen Strafgerichten zu überlassen, ist jedoch nur von der

Voraussetzung abhängig, daß in der Voruntersuchung bei demselben Verbrechen oder Vergehen Civil- und Militärpersonen als Beschuldigte zusammentreffen, keineswegs aber an die Bedingung geknüpft, daß nach dem Ergebnisse der Beschlußfassung auf die Voruntersuchung auch für die weitere Behandlung der Sache ein Zusammentreffen von Civil- und Militärpersonen gegeben sein werde, vielmehr hat die Ueberlassung der Sache an das bürgerliche Strafgericht, wenn sich für dieselbe erklärt wird, nach Art. 3 u. 5 des alleg. Gesetzes unbedingt und unbeschränkt zu geschehen.

Die Militärbehörde konnte sonach die vorliegende Untersuchungssache, in welcher wegen eines und desselben Verbrechens neben dem Soldaten N. auch mehrere Civilpersonen in Untersuchung gezogen waren, die Beschlußfassung auf die Voruntersuchung und die weitere Behandlung der Sache bezüglich des mitangeschuldigten Soldaten N., wie auch geschehen, unbedingt und unbeschränkt dem zuständigen Strafgerichte überlassen, und die in Folge dieser Erklärung gemäß Art. 5 des alleg. Gesetzes durch Delegation begründete Zuständigkeit des Kr. u. StG. F., deren Fortdauer an keine Bedingung geknüpft wurde und geknüpft werden konnte, ist dadurch, daß dieses Gericht gegen die in der Voruntersuchung theiligten Civilpersonen auf Einstellung des Strafverfahrens erkannte, nicht wieder aufgehoben worden, vielmehr hat das Kr. u. StG. F. nach klarer Vorschrift des alleg. Art. 5 auch in Ansehung des Soldaten N. auf die geführte Voruntersuchung im Sinne des Art. 49 des StPG. vom 10. Nov. 1848 in der Sache selbst Beschluß zu fassen.

DAUG. v. 3. Febr. 1857. Urth.-Buch Nr. 83.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Gerichtliche Ausfertigung von Vertragsurkunden. Form gerichtlicher Protokolle in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Unterschrift des Aktuars.

Die Beweiskraft einer gerichtlich ausgefertigten Schenkungsurkunde wurde aus dem Grunde bestritten, weil sie von den Kontrahenten und dem Aktuar nicht unterschrieben, sondern nur von dem Gerichtsvorstande unterzeichnet sei.

Hiegegen bemerken die oberstgerichtlichen Entscheidungsründe Folgendes:

Die gemachte Ausfertigung erscheint verwerflich, denn sie beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, daß die bezüglich der gerichtlichen Protokolle gegebenen Formvorschriften auch bei gerichtlichen Vertragsausfertigungen zu beobachten seien.

Das prob. Dokument ist kein gerichtliches Protokoll, sondern, wie dessen Form und Schlußbemerkung zu erkennen geben, die gerichtlich ausgefertigte Schenkungsurkunde, wodurch bezeugt wird, daß der Schenkungsvertrag, dessen Inhalt in diese Urkunde aufgenommen ist, gerichtlich errichtet und amtlich genehmigt worden sei.

Die Ausfertigungen gerichtlicher Urkunden über Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgen zwar mit Zugrundlegung des darüber aufgenommenen Protokolles, allein es kann hiebei in der Art verfahren werden, daß entweder die Urkunde nach dem Inhalte des Protokolles ausgefertigt, oder das Protokoll der Urkunde wörtlich inserirt wird.

Puchta Handb. d. gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Th. I §. 129, S. 355, 2. Ausg.

Die Unterschrift der Personen, welche vor Ge-

richt gehandelt haben, so wie die des Protokollführers ist bei der Urkunden-Ausfertigung oder s. g. Verbriefung, mit Ausnahme der Schulb- und Hypothekbriefe (Instr. z. Hyp.-Ges. §. 36 Nr. 2), nirgends vorgeschrieben, sondern es genügt zum öffentlichen Glauben des Instruments die Unterschrift des Amtsvorstandes und Beifügung des Gerichtssiegels.

Die in solcher Weise ausgefertigte Schenkungs-urkunde hat demnach vollkommene Beweiskraft, welche dadurch nicht geschwächt zu werden vermag, daß aus diesem Dokument nicht besonders zu entnehmen ist, ob über den Schenkungsakt ein Protokoll aufgenommen und hiezu ein Aktuar beigezogen, ingleichen ob das Protokoll von diesem und den verhandelnden Personen unterschrieben wurde, weil vermöge der gesetzlichen Vermuthung, welche Gerichtspersonen in ihren Amtsgeschäften hinsichtlich eines legalen Verfahrens für sich haben, (c. 23 X de electione I, 6) ohnehin und um so mehr angenommen werden muß, daß über den Schenkungsakt ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Protokoll bei dem Gerichte aufgenommen worden sei, da Beklagter, welcher hiebei selbst anwesend war, eine positive Behauptung des Gegentheils gar nicht aufzustellen vermocht, geschweige denn seinen Gegenbeweis hierauf zu richten versucht hat.

Die Vorschrift, daß das Protokoll von den handelnden Personen unterzeichnet werden soll, beschränkt sich übrigens nach der G.D. IV §. 15 nur auf Protokolle in streitigen Rechtsachen und gehört nicht zu den allgemeinen Erfordernissen eines jeden gerichtlichen Protokolls, namentlich nicht in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

G.D. II §. 3 in Not. lit. f.

Ann. zum bayer. Landr. Th IV Kap. 1 §. 6
; Nr. 3 lit. c.

Seuffert Kommentar zur O. Bb. II S. 175
Bb. III, S. 121 Note 8¹⁾).

Blätter f. Rechtsanwendung. Bb. XIX Erg.:
Bl. 1 S. 12.

Aber selbst der Mangel des Erfordernisses, daß
das gerichtliche Protokoll von dem Aktuar selbst
eigenhändig geschrieben oder wenigstens unterschrieben
sein muß, bewirkt keine unheilbare Nichtigkeit, weil
dieser Mangel, wie die Anmerkungen zur O. II
§. 3 lit. f ausdrücklich besagen, auf Begehren
durch den Eid des Aktuars ersetzt werden kann.

DAErfennniß v. 5. Januar 1855. Reg.-Nr.
1522⁵²/53. Gl.

2.

Vertragsaufhebung wegen eines vor der Vollziehung einge-
tretenen gesetzlichen Hindernisses.

Anfangs Mai 1847 ließ der bayerische Kauf-
mann B. durch einen Mäkler eine Quantität Ge-
treide bei dem Oekonom M. im Hessen-Darmstädti-
schen kaufen, welche bedingenermaßen binnen zehn
Tagen von dem Käufer bei dem Verkäufer abgeholt
werden sollte. Inzwischen wurde eine großherzogl.
VO. vom 7. desselben Monats bekannt gemacht,
nach welcher bloß ein auf einem öffentlichen Markte
gekauftet Getreide ausgeführt werden durfte und
eine detsfallsige Zuwiderhandlung mit Geldstrafe nebst
Konfiskation der Waare bedrohet wurde. B. zeigte
nun sofort, noch vor Ablauf der bestimmten Abho-
lungstist, dem M. an, daß er unter diesen Um-
ständen das Kaufgeschäft für aufgelöst betrachte.

M. erhob aber dennoch Klage auf Erfüllung

¹⁾ Zweite Ausg. Bb. II S. 221—222. Bb. III S. 147
Note 8.

des Kaufvertrages, von welcher sich der Beklagte durch den Einwand zu befreien suchte, daß der Vertrag nicht zur Perfektion gekommen und dessen Erfüllung durch das ergangene Verbotsgesetz unmöglich geworden sei. Das Gericht erster Instanz erachtete diese Einrede für unerheblich und erkannte auf Beweis hinsichtlich der vom Kläger behaupteten und vom Beklagten widersprochenen Quantität des verkauften Getreides. Da auf Berufung des Beklagten in zweiter Instanz bestätigend erkannt wurde, so suchte derselbe um Revision nach und er wurde auch durch oberstgerichtliches Erkenntniß vom 19. October 1849 (Reg.-Nr. 515⁴⁰/₄₉) von der Klage aus nachstehenden Gründen entbunden:

Die auf die allegirte Verordnung gestützte Einrede des Beklagten erscheint gegründet. Dergleichen landespolizeiliche Verordnungen und Verbotsgesetze haben auch in civilrechtlicher Hinsicht auf die Gültigkeit und Wirksamkeit eines Kaufgeschäftes Einfluß.

Wenn Sachen, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, nach dem Maße verkauft werden, so bleibt das mit gegenseitiger Einwilligung eingegangene Geschäft bis zum Vollzuge der Zumessung nur eine vorbereitende, wenn auch in der Hinsicht vollkommen verbindliche Uebereinkunft, daß kein Theil willkürlich einseitig davon zurücktreten darf, es erhält aber seine Perfektion erst durch die erfolgende Zumessung mit der Wirkung, daß nun erst die Gefahr und Vortheile bezüglich des Vertragsgegenstandes auf den Käufer übergehen.

fr. 35 §. 5 de contr. emt. vend. (18, 1).

Seuffert Pand. Recht §. 322.

Glück Pand. Kommentar Bd. XVI §. 981

§. 89 Bd. XVII §. 1036 S. 168 ff.

Die Bd. v. 7. Mai 1847 war jedenfalls in Wirksamkeit getreten, ehe der Vertrag durch Zumessung des gekauften Getreides zur Perfektion ge-

bracht wurde. In Folge dessen trat ein gesetzliches Hinderniß ein, welches die Vollziehung des Vertrages nicht mehr möglich und daher denselben unwirksam gemacht hat, denn es durfte das Getreide dem Beklagten vom Kläger unter den eingetretenen Umständen nicht zugemessen und verabfolgt werden, weil es nicht auf einen öffentlichen Markt gebracht und dort verkauft worden war, und in Ermangelung dessen konnte es auch vom Beklagten nicht mehr ausgeführt werden.

Durfte aber Kläger wegen des erschienenen Verbotsgesetzes den Vertrag nicht mehr zum Vollzug bringen, so hatte er auch kein Recht mehr, die Erfüllung des Vertrages vom Beklagten zu verlangen, denn diesem konnte die Vornahme einer gesetzlich verbotenen Handlung, wodurch er sich der in der Verordnung angedrohten Strafe und den übrigen damit verbundenen Nachtheilen ausgesetzt haben würde, nicht zugemuthet werden. $\frac{3}{7}$.

3.

Unvordenkliche Verjährung. Zeugen vom Hörensagen.

Bei der Beweisführung über die unvordenkliche Verjährung eines Wässerungsrechtes hatte ein Zeuge deponirt, „er habe von einem längst begrabenem Manne gehört, daß dieser der Legung der zur Wässerung dienenden Schwelle zugeesehen habe.“ Aus dieser Aussage wurde bezuzirt, es fehle an dem Erfordernisse der unvordenklichen Verjährung, nach Bayer. LR. Th. II Kap. 4 §. 9:

„daß niemand lebe, der die Sache in einem anderen Stand als sie ist, entweder selbst oder durch andere erfahren habe, weshalb die beigebrachten Zeugen deponiren müssen, daß sie ein anderes niemals gehört, und den

Anfang der strittigen Sache weder selbst wissen noch anderwärts in Erfahrung gebracht haben."

Der oberste Gerichtshof glaubte auf diese Aussage kein Gewicht legen zu sollen. Es wird hierüber bemerkt:

Der Zeuge A. ist nur ein Zeuge vom Hörensagen, wenn auch de auditu positivo, wie die Anmerk. zum W. I. c. sich ausdrücken, da er über das vorhergehende Menschenalter von einem Vorfahren die dem dormaligen Zustande entgegengesetzte Wahrnehmung gehört haben will. Indessen gerade hierin liegt der Grund, aus welchem dieser Gegenzeuge als beweiskräftig gar nicht angesehen werden kann. Bei Zeugen de auditu negativo hat es nicht darauf anzukommen, von welchen Personen sie das frühere Dasein eines gegentheiligen Zustandes nicht vernommen haben, aber wenn ein solcher Zeuge positiv aussagt, von älteren Leuten das Gegentheil gehört zu haben, dann ist es zur Bemessung der Glaubwürdigkeit einer solchen Aussage unbedingt nothwendig, die Personen nach Alter und Beschaffenheit näher zu kennen, von denen er jene Erfahrung gemacht haben will; denn nur in der Voraussetzung, daß die Quelle, aus welcher der Zeuge de auditu positivo seine Kenntniß schöpfte, eine durchaus unverdächtige sei, kann ihm selbst Glauben geschenkt werden. Nachdem aber der Zeuge A. sich lediglich auf einen längst verstorbenen Mann, den er weder zu benennen noch auch sonst zu bezeichnen vermochte, sohin auf einen namenlosen und völlig unbekannten Autor berief, so hat seine Aussage auf Glaubwürdigkeit keinen Anspruch zu machen u.

DAGE. vom 22. Decbr. 1856. Nr. 1013⁵⁵/₅₆.
6/12.

