

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

in Verbindung mit

**Christian Carl Glück, Carl Friedrich Dollmann und
Johann Jakob Lauf**

herausgegeben

Johann Adam Deuffert,

nun fortgesetzt

Ernst August Deuffert.

Neue Folge III. Band.

Der gesammten Folge XXIII. Band.

Erlangen, 1858,

Verlag von F. J. Palm und Ernst Enke.

(Adolph Enke.)

Druck von F. J. Neugebauer & Sohn in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

dreißig und zwanzigsten Bande der Blätter
für Rechtsanwendung.

Neue Folge III. Band.

	Seite
Ablösungsgesetz, s. Bodenentlastungsgesetz.	
Actio Publiciana: deren Begründung; Angabe des allgem. Klagegrundes nicht genügend	65
Adhäsion in Enteignungssachen	276
Advokaten=Disziplinarvorschriften: sind auf Flä- sche nicht anwendbar.	273
Advokatengebühren: Kompetenz zu deren Beitreibung, wenn es in der Hauptsache nicht zum Prozeßverfahren kam und die Deservitenforderung gegen die Erben des Mandanten verfolgt wird	83
Kompetenz zu deren Beitreibung in einer Merkantilsache.	86
Aequipollens, s. Derselb.	
Affinität: ist zur Anwendung des Art. 207 Zhl. I des StGB. bezüglich der Stiefeltern uneheliche Affinität hin- reichend?	337
(Berichtigungen hiezu. S. 368.)	
Alimentationsklagen: unbedingte Leistung der Nati- vitätsstermine bei denselben, nach Preuß. Rechte	252
Anerkennung: interpretative Kraft derselben	237
Anerkennung von Servitutrechten Dritter an aravlastischem Boden durch die als Abgeordnete des Staates bei der Steuer=Liquidations=Kommission erschienenen Beamten	305
Unwirksamer Vorbehalt der Anerkennung von Urkunden.	195

	Seite
Unsbacher Recht, f. Eheverträge. — Vorausregulirung.	
Unwalt: Zurücknahme eines Rechtsmittels durch denselben; Ausnahme von dem Erforderniß einer Spezialvollmacht	208
Anzeige: die Hauptredaktion dieser Zeitschrift betr.	424
Appellation, f. Berufung.	
Aufschlagsbetrugationen, f. Malzausschlagsbetrugationen, Vokalmehlausschlag.	
Auktor: ist für aufgehobenes Jagdrecht nicht verantwortlich. (Berichtigung hiezu. S. 424.)	94
Auswanderung: Regreßklage wegen hiezu ertheilter Erlaubniß	220
Ausweisungsbefehl, polizeilicher: bewirkt vor der Vollziehung keine Domizilveränderung	93
Bamberger Recht, f. Bürgschaft. — Erbvertrag.	
Bauern: deren Bürgschaft; Erforderniß obrigkeitlicher Verbriefung oder Protokollierung nach bayer. Rechte	247
Baulast, kirchliche: zu deren Begründung ist 30- und bezw. 40-jährige Eriskung kein tauglicher Titel	155
Bayerisches Recht, f. Bürgschaft. — Eheherrlicher Streitkonfens. — Einstandrecht.	
Beamte: für deren Versehen in Hypothekensachen haftet der Fiskus nur subsidiär	174
Regreßklage des Gläubigers eines Auswanderers gegen den Beamten, welcher die Auswanderungserlaubnis ertheilt hat.	220
Bedingtheit: Einwand des suspensiv bedingten Vertrag; Beweislaf	16
Bergordnung, bayerische: deren Geltung im Würzburgischen	175
Berufung: über deren Devolutiveffekt in Bezug auf die Feststellung von Beweisauflagen	33
Devolutiveffekt der Berufung; Erkenntniß ultra petitiu.	172, 245
Unzulässigkeit der Berufung gegen Zwischenbescheide, welche den Eid einer verstorbenen Partei für geleistet erklären	137
Befugniß des Intervenienten, wenn die von ihm unterstützte Partei die Berufung ergriffen und sich nachher verglichen hat	133
Berufung zur dritten Instanz, f. Revision.	
Berufungsformalien: bei Erkenntnissen in der Liquidationsinstanz	275
Berufungsfriß: deren Anfang in Malzausschlagsbetrugationssachen	168
Berufungssumme: deren Berechnung bei kumulirten Klagen und verschiedenen Klagepunkten	138
Kombinierte Berufungssumme im Konkursprozeß	240
Berechnung der Berufungssumme bei Streitigkeiten über die Priorität im Konkurs	47

	Seite
Berufungssumme in Schwängerungsprozessen	144
Deren Berechnung in Poßstrassachen	350
Betrug: bei zweiseitigen Verträgen. (Zu Art. 259. Zhl. I des StGB.)	209, 225
Beweis: zur Lehre von der probatio per aequipollens 42, 107, 373	
Beweis der unvorzedenlichen Verjährung durch Urkunden. 1, 17 (Verchtigung hiezu. S. 80.)	
Beweisauflagen: über den Devolutiveffekt der Appella- tion in Bezug auf die Feststellung von Beweisaufgaben.	33
Beweisinterlokut: dessen Rechtskraft; unschädliche Ab- weichung des geführten Beweises in außerwesentlichen Punkten	107
Beweislast: über den Anfall einer Erbschaft nach Preuß. Recht	78
Beweislast bei dem Einwande des suspensiv bedingten Vertrages	16
Beweismittel: deren Gemeinschaftlichkeit	368
Verpätetes, nicht sofort präkludirtes Beweismittel	241
Druckschrift, als Beweismittel	54
Beweisfah: unschädliche Abweichungen von demselben. 42, 107, 373	
Bezahlung, vollständige: im Sinne des Hyp.-Gef. S. 64 Abs. 3.	64
Bezirksgerichte: über das Ungehorsamsverfahren bei denselben in Strassachen	385, 401
Bodenentlastungsgesetz: mit welcher Besitzänderung wird das für das Obereigenthum und das Recht der Er- hebung einer Besitzänderungsabgabe festgesetzte Äquiva- lent fällig? (Zu Art. 15 Abs. 3 und 4)	139, 321
Die Feststellung einer an sich unstreitigen Reichniß als einer auf dem Behtenten einer Markung haftenden dau- ernden Last gehört auf den Rechtsweg. (Zu Art. 34).	298
Bucheid: das Erbieten zum Erfüllungsbeide schließt auch das Erbieten zum Bucheide in sich	198
Bürgschaft: der Bauern; Erforderniß obrigkeitlicher Verbriefung oder Protokollierung nach bayerischem Landrechte Versprechen eines Ehemannes, mit seiner Ehefrau Bürg- schaft leisten zu wollen. (Bamberger Recht)	247 284
Causa remota, s. Klagegrund.	
Darlehen: späterer Zinsvertrag	352
Deflation vom 19. März 1807, die der L. Souverainität unterworfenen Fürsten, Grafen und Herren betr.: Begriff der darin unter Lit. II. 5 erwähnten Steuer.	159
Deponirung: Befugniß, die Deponirung einer Sache zu verlangen	208
Deserviten, s. Advokatengebühren.	
Devolutiveffekt, s. Berufung.	
Dingliche Klagen, s. Realklagen.	
Domizil: eine Veränderung desselben wird durch einen po- lizeilichen Ausweisungsbefchluß vor dessen Wozziehung nicht bewirkt	98

	Seite
Dreyschrift: als Beweismittel	54
Ehefrauen: Vormundschaft über dieselben; Statutenkol- lision	85
Reclamatio uxoria des fränk. Rechtes gegen Vergleiche.	254
Ehegatten: deren Bürgschaft. (Bamberger Recht.)	284
Ueber das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten zu München.	331
Gütergemeinschaft der Ehegatten in Ingolstadt	113
Ehegelöbniß, s. Verlöbniß.	
Eheherrlicher Streitkonseus: dessen Erforderniß nach bayer. Rechte	369
Ehescheidungsklagen: gegen Mitalieber ehemaliger freier Gemeinden; Gerichtsstand	120
Eheverträge: über das Verhältniß des Inhabers des Provinzialrechtes zu dem Preuß. Landrechte bezüglich der Form der Sponsalien und Eheverträge	11
Eid: unzulässige Eideszuschiebung über längst vergangene Dinge, mit der Summation, die wahre Verwandniß aus alten Akten und Urkunden zu ergründen	53
Eideszuschiebung über Verkommen und Verjährung	23
Verwirklichung des Präjudizes der fingirten Eidesverwei- gerung ohne vorgängige Androhung desselben im Wech- selprozesse	143
Oberrichterliches Amt, wenn in der Vorinstanz auf sich wi- dersprechende Eide erkannt worden ist	243
Wie zu erkennen, wenn nach Zuerkennung eines Eides die Eidesunfähigkeit des Schwörenden eintritt	44
Einreden: Begründung derjenigen, welche sich auf ein dingliches Recht stützen	68
Exceptio de jure tertii	280
Einwand des suspensiv bedingten Vertrages; Beweislast.	10
Einrede der Kompensation gegenüber von Injurien, ins- besondere bei mittelbaren	16
Substanziierung der Einrede der Trunkenheit	193
Deßgl. der Einrede der „Vergütung“	300
Einrede der mehreren Inhäler gegen die Vaterschaftsklage. (Gem. Recht)	313
Einspruch: gegen Kontumazialerkenntnisse der Bezirksge- richte in Strafsachen	398; 401
Einstandsrecht: nach bayerischem Landrechte	280
Zur Geltendmachung eines Vorkaufsrechtes genügt Ge- neralvollmacht	40
Eintragung, s. Hypothek.	
Einzelrichter: Revolutionsfrist in den auf Einzelrichter übergegangenen Sachen	80
Spolienklagen gehören nicht vor das Einzelrichteramte	347
Enkel: unter welchen Voraussetzungen sie wegen Forde- rungen an ihre Großeltern das Vorzugsrecht der IV. Klasse genießen (Berichtigung hiezu. S. 112.)	71
Enteignung, s. Expropriation.	

Entschädigung, s. Schaden.	
Entwährung: über die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entwährung nach Preuß. Rechte . .	289
Erbfolge, s. Intestaterbfolge.	
Erbrecht: der bürgerlichen Ehegatten in München . .	331
Transmission des Erbrechtes aus einem Erbvertrage nach Bamberger Recht	59
Erbchaftsanfall: Beweislast über das Vorhandensein einer Erbchaft nach Preuß. Recht	78
Erbchaftsanfall bei „Handverbrechung“ nach fränk. Recht.	157
Erbchaftsgläubiger: deren Separationsrecht . .	269, 349
Erbvertrag, s. Erbrecht.	
Erkenntniß: ultra petitem	245
Gleichförmigkeit der Erkenntnisse der zwei Vorinstanzen.	301
Erkennung, s. Verjährung.	
Erwiggeldprozeß: dessen Zusammentreffen mit dem beschleunigten Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hyp.=Gefetzes	161
Expropriation: Abhänssion in Enteignungssachen . . .	276
Wer hat bei einer Abschätzung nach Art. 19 des Exprop.=Gef. die Sachverständigen zu wählen?	145
(Berichtigung hiezu. S. 192).	
Exekutionsverfahren, s. Erwiggeldprozeß.	
Extinktiverjährung, s. Verjährung.	
Familienfideikommiß, s. Fideikommiß.	
Familienstand: außerehelicher Kinder nach Würzburger Recht	282
Fehlerhafte Sache: deren arglistloser Verkäufer haftet nicht für die durch sie verursachten Schäden	380
Fideikommiß: bedingtes Universalfideikommiß; Spezifikation des Nachlasses	48
Umtausch der zu einem Fk. gehörigen Grundrentenablösungsschuldbriefe gegen ausländische Staatspapiere .	278
Aufstellung eines Vertreters für ein erst zu errichtendes Familienfideikommiß	189
Streitige Verhältnisse können kein Bestandtheil eines Fam.=Fk. sein	200
Fiskale: auf sie sind die Advokaten=Disziplinarvorschriften nicht anwendbar	273
Fiskus: dessen Haftung für schuldhafte Versehen der Beamten in Hypothekensachen ist bloß subsidiarisch . . .	174
S. auch Militäriskus.	
Fränkisches Recht, s. Grundtheilung.—Handverbrechung.—Heimsteuer.—Immobiliarverträge.—Kinder, uneheliche.—Pferdekrankheit.—Reclamatio uxoria.	
Freigemeindler, ehemahlige, s. Ehescheidungsklagen.	
Frist: die erste peremptorische zur Klagebeantwortung ist keine verlängerte	223

	Seite
Versäumung der Frist zur Abgabe der Replik; Stellung einer neuen Klage in demselben Betreffe . . .	375
S. auch Berufungsfrist. — Revisionsfrist.	
Fristengesuch: sind alle Hypothekgläubiger gleich befreite Gläubiger im Sinne des §. 70 der Prozeßnovelle v. 17. November 1837? . . .	70
Gemeinschaftlichkeit: der Beweismittel . . .	368
Gemeinschgerichtlichte Untersuchungen . . .	105
Generalvollmacht, s. Vollmacht.	
Gerichtstand: für die Ehescheidungsklage gegen ein Mitglied einer ehemaligen freien Gemeinde, welches seinen Rücktritt zur protest. Kirche zwar erklärt hat, in dieselbe aber von der kirchlichen Behörde noch nicht förmlich aufgenommen wurde . . .	129
GSt. für Klagen auf Eintragung einer vorgemerkten Hypothek gegen den dritten Besitzer . . .	368
GSt. für Lösungsklagen . . .	268
GSt. des l. Militärstütz bei dinglichen Klagen . . .	87
GSt. auswärtiger Standesherrn . . .	89
GSt. des Zusammenhanges . . .	192
Geständniß, gerichtliches: Tragweite desselben . . .	123
Gewährleistung: über die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entwährung nach Preuß. Rechte . . .	289
Aufgehobenes Jagdrecht; keine Verantwortlichkeit des Aufstors hiefür . . .	94
Gewerbrechte: Erlöschen realer durch Nichtgebrauch; Salvierung durch theilweise Ausübung . . .	400
Gewohnheitsrecht, lokales: gegenüber einem allgemeinen Prohibitivgesetze . . .	55
Gläubiger: Klagerecht der aus der Masse nicht befriedigten gegen den Steigerer auf Ersatz des Mindererlöses . . .	126
Gleichförmigkeit: der Erkenntnisse der zwei Vorinstanzen . . .	301
Grundtheilung: nach fränk. Rechte . . .	157, 317
Gütergemeinschaft, eheliche: in Jugoslawien . . .	113
Güterübergabe: Uebnahme der Schulden hiebei . . .	26
Handlohnbarkeit: mit welcher Besitzveränderung wird das für das Obereigenthum und das Recht der Erhebung einer Besitzänderungs-Abgabe festgesetzte Äquivalent fällig? (Zu Art. 15 Abs. 3 u. 4 des Bodenentlastungs-Gesetzes) . . .	139, 321
Handverbrechung: im Sinne der kais. Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken . . .	157
Heimsteuer: kann von minderjährigen Hauskindern, welche sich gegen den Willen ihrer Eltern verheirathen, nicht angesprochen werden. (Fränk. Recht.) . . .	140
Herkommen: Eideszuschiebung hierüber . . .	23
Hypothek: Bewilligung der Vormerkung einer Hypothek von Seite des Schuldners; wie ferne kann der Gläubiger den wirklichen Hypothekeneintrag verlangen? . . .	383
Auständigkeit des Gerichtes der gelegenen Sache bei Kla-	

	Seite
gen auf Eintragung einer vorgemerkten Hypothek gegen	
den dritten Besitzer	368
Gerihtsstand für Lösungsklagen	266
Hypothekengesetz: „vollständige Bezahlung“ im Sinne	
des §. 61 Abs. 3 des H.G.	64
Zusammentreffen des Zwiggeldprozesses mit dem Exekutions-	
verfahren nach §. 52 des H.G.	161
Der §. 84 des H.G. findet auch bei theilweise erloschenen	
Hypotheken Anwendung; Einräumung des Ranges einer	
erloschenen Hypothek bei gleichzeitiger Lösung derselben	
im Hyp.-Buche	327
Hypothekensachen: für Verschöen der Beamten in H.S.	
haftet der Fiskus nur subsidiarisch	174
Hypothekgläubiger: sind alle H.Gl. befreite Gläubiger	
im Sinne des §. 70 der Prozeßnov. v. 17. Novbr. 1837?	70
Tagbrecht: aufgehobenes: keine Verantwortlichkeit des	
Auktors hierfür	94
(Berichtigung hiezu S. 424.)	
Immemorialverjährung, s. Verjährung.	
Immobilienverträge: zu deren Gültigkeit ist nach	
fränk. Recht amtliche Insinuation nicht erforderlich; Klage	
auf gerichtl. Verlautbarung	200
Jugolstadt: eheliche Gütergemeinschaft daselbst	113
Injurien: Einrede der Kompensation gegenüber von In-	
jurien, insbesondere bei mittelbaren	15
Verjährung bei der Injurienklage	80
Insinuation: an Sonn- und kirchlichen Feiertagen	16
Intervient: dessen Befugniß zu verlangen, daß in sel-	
nem Interesse über eine von der durch ihn unterstützten	
Partei eingereichte Berufung, wenn sich dieselbe auch in-	
zwischen verglichen hat, erkannt werde	133
Intestaterfolge: Bemerkungen über dieselbe nach Nürn-	
berger Recht	353
Jus separationis, s. Separationsrecht.	
Kauf: der arglistlose Verkäufer einer fehlerhaften Sache ist	
für die durch sie verursachten Schäden nicht haftbar	380
Verkauf einer fremden Sache	267
Aufgehobenes Tagbrecht; keine Verantwortlichkeit des	
Auktors hierfür	94
(Berichtigung hiezu S. 424.)	
Ueber strafrechtlichen Betrug in der Sphäre des Kaufver-	
trages	229
Kinder, außereheliche: deren Familienstand nach fränk.	
Recht	282
Kirchenbaulast, s. Baulast.	
Klage: die Folge der Versäumung der Replikfrist kann	
durch Stellung einer neuen Klage in demselben Betreffe	
nicht beseitigt werden	375
Dingliche Klagen, s. Klagegrund. — Realklagen.	

	Seite
Klagebittet: deren Verlehtigung in dem Urtheile von . . .	185
Klageweegen	185
Klagegrund: muß, wenn der Beweisfah bloß auf das Dafein des klageweise verfolgten dinglichen Rechts ge- richtet ist, im Beweisverfahren ein spezieller Entstehungs- grund dargethan werden?	372
Angabe des allgemeinen Klagegrundes ist bei der actio Publiciana nicht genügend	65
Klagerecht: der aus der Masse nicht befriedigten Gläu- biger gegen den Steigerer auf Ersatz des Minderertrages.	126
Klageverbesserung: zulässige in der Replik	185
Kommiß: Rechtsverhältniß des in einem offenen Kaufman- nischen Geschäfte angestellten	272
Kompensation: bei Injurien	15
Kompetenz: zur Vertreibung der Deserviten	83
Inßbesondere in Merkantilsachen	86
Kompetenz für die Ehescheidungsklage gegen ein Mitglied einer ehemaligen freien Gemeinde, welches seinen Rück- tritt zur prot. Kirche erklärt hat, aber von der kirchl. Behörde noch nicht förmlich wieder aufgenommen wurde.	129
Kompetenz für Klagen auf Eintragung einer vorgemerkten Hypothek	366
Deagl. für Löschungsklagen	266
Deagl. für die Spolienklage	347
Deagl. zur Fortführung der Obervormundschaft über ein außerhehliches Kind, dessen Mutter sich anderwärts ver- ehelicht und bis zu ihrem Tode daselbe nicht zu sich genommen hat	81
Die Kompetenz in Verlassenschaftssachen bestimmt sich nach dem Domizil, nicht nach der Heimath des Erb- lassers	93
Umfang der Zuständigkeit der Verlassenschaftsbehörde	269
Kompetenz der Gerichte über die Feststellung einer an sich unstreitigen Reichth als einer auf dem Beheut einer Markung haftenden bauernden Last	268
Kompetenz bezüglich eines neuen Reates nach rechtskräf- tiger Aburtheilung des noch nicht abgebüßten älteren Reates	100
Kompetenz zur Beschlußfassung über eine Vorunter- suchung	99
Inßbesondere, wenn sie mehrere in verschiedenen Gerichts- bezirken verübte Reate umfaßt, und theilweise Einstel- lung stattfand	106
Kompetenzkonflikte: „gemeinsames Obergericht im Sinne des Art. 14 des Gesetzes v. 28. Mai 1850	177
Oberstrichterliche Entscheidungen über Kompetenzkonflikte unter Gerichten	81, 97, 129, 177
Fall, in welchem ein Kompetenzkonflikt nicht als vorhan- den angenommen wurde	174
Konkursprozeß: kombinierte Berufungssumme	240

	Seite
Berechnung über Verschwerdensumme bei Streitigkeiten über die Priorität im Konkurse	47
Kostenpunkt: wenn wegen angeschuldigter Aufschlagsdefraudation eine Freisprechung erfolgte	180
Kurator: für ein zu errichtendes Familienfideikommiß	189
Lesio enormis, s. Verletzung über die Hälfte	
Liquidationsklage: deren Erstreckung auf im Hauptprozesse nicht Mitverklagte	209
Liquidationsinstanz: Berufungsformalien bei Erkenntnissen in derselben	275
Motal-Mehlausschlag: Uebertretung desfalliger Kontrollvorschriften; nulla poena sine lege	180
Röschung: Einräumung des Ranges einer erloschenen Hypothek bei gleichzeitiger Röschung derselben im Hypothekenbuche	327
Röschungsklagen: Gerichtsstand für dieselben	266
Malzausschlags-Defraudationsachen: Anfang der Berufungsfrist	168
Mehlausschlag, s. Motal-Mehlausschlag	
Merkantilsachen: Kompetenz zur Vertreibung der Ausweltsgebühren in diesen Sachen	86
Miethe: Verbindlichkeit des Vermiethers von Räumlichkeiten dem Miethsmanne gegenüber, insbesondere beim Vorhandensein eines Nebenmiethers	382
Militärfiskus: dessen Gerichtsstand bei dinglichen Klagen	87
Mindererlös: desfallige Klage der aus der Masse nicht befriedigten Gläubiger gegen den Steigerer	126
Mißbrauch rechtlicher Privatgewalt durch Verführung zur Unzucht; ist zur Anwendung des Art. 207 Zbl. I des StGB. bezüglich der Stiefeltern unechtelche Affinität hinreichend?	337
(Berichtigungen hiezu S. 368.)	
München: über das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten	831
Nachtwort: deren Verbot; gegen dasselbe kann ein lokales Gewohnheitsrecht nicht in Bezug genommen werden	55
Ebensowenig Immemorialverjährung	58
Nativitäts termine: deren unbedingte Geltung bei Klagen auf außereliche Waterschaft und Kindesnahrung nach Preuß. Rechte	252
Nichtigkeit: wegen Mangels der persona standi in judicio; Erforderniß des eheherrlichen Streitkonsenses nach Bayer. Rechte	369
Nichtigkeitsbeschwerde: unzulässige Kumulation zweier Nullitätsquerelen, an denselben und den höheren Richter zugleich gerichtet	191
Nothfristen: Schwierigkeiten zu erlangender Wiederherstellung gegen deren Versäumniß	117
(Nachtrag zu einer Note hiezu S. 240.)	

	Seite
Notorien: deren Benützung bei der Entscheidung in höherer Instanz	170
Novation: wird dadurch nicht bewirkt, wenn der Gläubiger eines Gutsübergebers seine Forderung gegen den Gutsübernehmer, welcher deren Verichtigung übernommen hat, geltend macht	26
Stillschweigende Novation durch Zurücknahme des alten und Annahme eines neuen Schuldscheines mit geändertem Inhalte	30
Märnberger Recht: Bemerkungen über die Intestaterbsfolge nach demselben	353
Ober-eigenthum: mit welcher Besitzveränderung wird das für dasselbe und das Recht der Erhebung einer Besitzänderungsbabgabe festgesetzte Aequivalent fällig?	130, 321
Obergericht, gemeinsames: im Sinne des Art. 14 des Ges. über Kompetenzkonflikte	177
Oberichterliches Amt: wenn in der Vorinstanz auf sich widersprechende Eide erkannt worden ist	243
Desgl. in Benützung von Notorien	170
Desgl. zur Erlassung eines Definitivurtheils, wo, um ein Beweisinterlokt gebeten war	172
Obervormundschaft: Zuständigkeit zu deren Fortführung über ein außereheliches Kind, dessen Mutter sich an demwärts verheiratet hat und, ohne dasselbe zu sich genommen haben, gestorben ist	81
Pactum de non licitando: dessen Wirksamkeit (Nachtrag zur Ueberschrift S. 256.)	206
Pactum de non dividendo: dessen Unwirksamkeit	302
Persona standi in judicio: Wichtigkeit wegen desfallsigen Mangels; Erforderniß des eheherrlichen Streitkonfesses nach bayer. Rechte	369
Pferdekrankheit: ob die fürstbischöfl. würzburgische Verordnung vom 15. November 1706, die seuchartige Krankheit der Pferde betr., in den betreffenden Gebiets-theilen noch Geltung habe	203
Prävention: wird durch eine nach Art. 46 des StPG. v. 10. November 1848 gepflogene Vernehmung nicht bewirkt	97
Durch Haftverfügung wird einer späteren Verhaftung prävenirt	98
Preussisches Recht, s. Eheverträge. — Entwährung. — Erbschaftsanfall. — Nativitätstermine. — Verlöbniß.	
Priorität: Berechnung der Beschwerdensumme bei Streitigkeiten über die Priorität im Konkurse	47
Probatio per aequipollens	42, 107, 373
Prohibitivgesetz: gegen dasselbe kann eine Lokale-mühigkeit nicht geltend gemacht werden	55
Ebenso wenig Immemorialverjährung	58
Provocatio ex lege Diffamari	409

	Seite
Realgewerbe, s. Gewerbe.	
Realklagen: Gerichtsstand des Militärflukus bei dingli-	
chen Klagen	87
Muß, wenn der Beweisfall bloß auf das Dasein des	
klageweise verfolgten dinglichen Rechtes gerichtet ist,	
im Beweisverfahren ein spezieller Entscheidungsgrund	
bargethan werden?	372
Reklafen: erlöschende Verjährung bei denselben	79
Rechtskraft: des Weisinterlokutes; unschädliche Abwei-	
chung in außerwesentlichen Punkten	107
Rechtsmittel: dessen Zurücknahme durch den Anwalt;	
Ausnahme von dem Erfordernisse einer Spezialvollmacht	208
Reclamatio uxoria: gegen Vergleiche, nach fränk. Rechte	254
Regreßklage: des Gläubigers eines Auswanderers gegen	
den Beamten, welcher die Erlaubniß zur Auswanderung	
ertheilt hat	220
Reinigungszeit: Eintritt der Eidesunfähigkeit nach	
dessen Zuerkennung	44
Religionseid: Weis. II zur Verf.-Mf. §. 5, 6, 7 u. 10.	129
Replik: Versäumung der Frist zu deren Abgabe; Stellung	
einer neuen Klage in demselben Betreffe	375
Restitution: Schwierigkeit zu erlangender Wiederherstel-	
lung gegen versäumte Nothfristen	117
(Nachtrag zu einer Note hiezu S. 240.)	
Revision: unstatthafte; nach §. 51, 52 Nr. 2 und §. 53	
Nr. 2 der Prozeßnov. v. 17. Nov. 1837, wenn sich	
die Entscheidung der Vorinstanzen bloß auf einfache bil-	
torische Einreden beschränkte	199
Die Bestimmung des §. 54 Nr. 2 ib. findet auch in dem	
Falle Anwendung, wenn auf eidliche Manifestation des	
Betrages der geforderten Früchte erkannt wurde	176
Unstatthafte Revision nach §. 55 l. c. wegen unterbliebe-	
ner vorgängiger Remonstration	377
Verwerfung einer Revision wegen Mangels der gesetzli-	
chen Revisionssumme bei angenommener Gleichförmig-	
keit der Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen	301
Revisionsfrist: in Streitfachen, welche nach dem Ges.	
v. 1. Juli 1856 auf den Einzelrichter übergegangen sind.	80
Richterliches Amt: bezüglich der Berichtigung der	
Klagbitte	185
Sachverständige: wer dieselben bei einer Abschätzung	
nach Art. 19 des Expropriationsgesetzes zu wählen habe?	145
(Berichtigung hiezu S. 192.)	
Schaden: der arglistlose Verkäufer einer fehlerhaften	
Sache hat für die durch sie verursachten Schäden nicht	
zu haften	380
Schätzleute, s. Sachverständige.	
Schmerzensgeldklage: deren Verjährung	312
Schwängerungsprozesse: Berufungssumme	144
Separationsrecht: der Erbschaftsgläubiger	269, 349

	Seite
Servituten: Anerkennung, von Servitutrechten Dritter an ararialchem Boden, durch die allg. Abgeordnete des Staates bei der Steuer-Liquidations-Kommission erschienenen Beamten	305
Spezialvollmacht, s. Vollmacht.	
Spolieklage: Kompetenz für dieselbe	347
Sponsalien: über das Verhältniß des Ausbachischen Provinzialrechtes zu dem Preuß. Landrechte bezüglich der Form der Sponsalien- und Eheverträge	111
Staatspapiere: Umtausch der zu einem Fideikommiß gehörigen Grundrentenablösungsschuldbriefe gegen ausländische Staatspapiere	278
Standesherrn, auswärtige: deren Gerichtsstand in Bayern	89
Statutenkollision: bezüglich der Vormundschaft über Ehefrauen	95
Bezüglich der Bürgschaft der Bauersleute	247
Steigerer: Klagerecht der aus der Masse nicht befriedigten Gläubiger gegen denselben auf Ersatz des Mindererlöses	120
Stenar: deren Begriff nach der I. Deklaration v. 19. März 1807	159
Stiefeltern: ist, bezüglich derselben uneheliche Affinität zur Anwendung des Art. 207. Zfl. I. des StGB. hinreichend?	337
(Berichtigungen hiezu S. 368.)	
Streitkonfession, eheherrlicher: dessen Erforderniß nach bayer. Rechte	369
Targeseß vom J. 1852 §. 23	200
Theilung: Recht der einzelnen Miteigenthümer, Theilung der gemeinschaftlichen Sache zu verlangen; Unwirksamkeit einer auf Ausschluß desselben gerichteten Verabredung	302
Transmission: des Erbrechtes aus einem Erbvertrage nach Bamberger Recht	59
Trunkenheit: Substanzirung, der hierauf gestützten Einrede	192
Ungehorsamsverfahren: bei Bezirksgerichten in Strafsachen	385; 401
Universal-fideikommiß, s. Fideikommiß.	
Untersuchungen, gemischtgerichtliche: Ueberlassung strafrechtlicher Untersuchung von der Militärbehörde an die Civilgerichte bei Konkurrenz von Civil- und Militärpersonen, nach dem Ges. v. 1. Juli 1856	105
Unzucht, s. Stiefeltern.	

*) S. 412 §. 8 v. u. ft. „sein“ I. „seien“ S. 423 §. 23 v. o. ft. „Berufskriß“ I. „Berufungskriß“

	Seite
Urkunden: Beweis: unvorbenklicher Verjährung, durch Urkunden	1, 17
(Berichtigung hiezu S. 80.)	
Unvollstaner Vorbehalt der Anerkennung von Urkunden, aus welchen der Produkt selbst Ansprüche gegen den Produzenten ableitet	195
Vaterschaftsklagen: unbedingte Geltung der Nativitätstermine bei Klagen auf außereheliche Vaterschaft und Kindesnahrung nach Preuß. Rechte	252
Einrede der mehreren Zuhälter gegen die Vaterschaftsklage. (Gem. R.)	313
Uebereinkunft, die Verschweigung des Namens des außerehelichen Vaters betr.	282
Verfassungsbeilage II, f. Religionsbeist.	
Vergleich: vor dem gemeindlichen Vermittlungsamte; Erforderuß schriftlicher Abfassung	378
Reclamatio uxoria des fränk. Rechtes gegen Vergleiche. S. auch Interventient.	254
Vergütung: Substanzirung der Einrede der Vergütung.	300
Verheirathung: minderjähriger Hauskinder wider den Willen der Eltern; schließt den Anspruch auf Heimsteuer aus. (Fränk. Recht.)	140
Verjährung: Eidekzuzschiebung hierüber	23
Dreißig- u. bezw. vierzigjährige Erstkung: ist kein zur Begründung der kirchlichen Wanklast tauglicher Titel	155
Zur Lehre von der unvorbenklichen Verjährung; Beweis derselben durch Urkunden	1, 17
(Berichtigung hiezu S. 80.)	
Immemorialverjährung gegen ein Prohibiktivgesetz	58
Erdlöschende Verjährung bei Realkasten	79
Verjährung bei der Injurienklage. (Anfang.)	80
Verjährung der Schmerzensgeldklage	312
Ueber die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen entliehener Entwährung nach Preuß. Rechte	289
Verkauf, f. Kauf.	
Verlassenschaftssachen: Kompetenz	93
Umfang der Zuständigkeit der Verlassenschaftsbehörde	269
Verletzung, über die Hälfte: Beitrag zu dieser Lehre	257
Verlöbniß: Umfang der Entschädigungspflicht im Falle grundlosen Rücktritts von demselben. (Preuß. Recht.)	11
Vermiether, f. Mieth.	
Vermittlungsamte, f. Vergleich.	
Versehen: der Reamten in Hypothekensachen; hiefür haftet der Fiskus bloß subsidiarisch	174
Verträge: rechtliche Wirksamkeit eines Vertrages, durch welchen eine Leistung zu Gunsten eines Dritten stipulirt wird	268
Die Art der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages unter den Kontrahenten ist der beste Interpretations-	

	Seite
Behelf zur Ergründung des wahren Sinnes einer bun-	
ken Stelle desselben	237
Zur Gültigkeit der Immobilienverträge ist nach fränk.	
Rechte amtliche Inquisition nicht erforderlich; Klage	
auf gerichtliche Verlautbarung; Art. 23 des Lärge-	
seses v. 1852	200
Einwand des suspensiv bedingten Vertrages; Beweislast	16
Vom strafrechtlichen Betrüge in Ansehung zweiseitiger	
Verträge. (Art. 259 Th. I des StGB.)	209, 225
Verschweigung: des Namens des außerehelichen Ba-	
ters; Uebereinkunft hierüber	282
Vollmacht: zur Geltendmachung eines Vorkaufrechtes	
ist Generalvollmacht zulänglich	49
Ausnahme von dem Erfordernisse einer Spezialvollmacht	
bei Zurücknahme eines Rechtsmittels durch den Anwalt	208
Vorausregulirung: nach Ausbacher Recht; Minderung	
des Vermögens in der Zeit zwischen dem Tode des	
verstorbenen Ehegatten und der Vorausregulirung	74
Vorkaufrecht, s. Einkaufrecht.	
Vormerkung: einer Hypothek; Bewilligung derselben.	383
Vormundschaft: über Ehefrauen; Statutenkollision	95
Voruntersuchung: Kompetenz zur Beschlußfassung über	
dieselbe	99, 106
Vorzugsrecht: unter welchen Voraussetzungen genießen	
Enkel wegen Forderungen an ihre Großeltern das Vor-	
zugsrecht der IV. Klasse?	71
(Berichtigung hierzu S. 112.)	
Wechselprozeß: Verwirklichung des Präjudizes der fin-	
girten Eideverweigerung ohne vorgängige Androhung	
desselben	143
Wiederherstellung: gegen versäumte Nothfristen;	
Schwierigkeiten zu deren Erlangung	117
Wohnort s. Domizil.	
Würzburg: Geltung der bayer. Bergordnung im Würz-	
burgischen	175
Würzburger Recht, s. fränkisches Recht.	
Zahlung: „vollständige Bezahlung“ im Sinne des Hyp.	
Ges. §. 64 Abs. 3	64
Behent: die Feststellung einer an sich unstreitigen Reich-	
niss als einer auf dem Behten einer Markung haften-	
den dauernden Last gehört auf den Rechtsweg	298
Sinnsvertrag: nach vorherigem Darlehn	352
Sollstrafen: Berechnung der Verurteilungssumme	350
Buhälter: Einrede der mehreren Buhälter	313
Zusammenhang: Gerichtsstand nach der Nov. v.	
9. August 1810	192

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. a) Ein polizeilicher, noch nicht vollzogener Ausweisungsbefehl bewirkt noch keine Domizilsveränderung; die Kompetenz in Verlassenschaftssachen bestimmt sich nach dem Domizile, nicht nach der Heimath des Erblassers. 93. b) Umfang der Zuständigkeit der Verlassenschaftsbehörde. 269. c) Zuständigkeit zur Fortführung der Obervormundschaft über das am Wohnort der anderwärts verheiratheten und verstorbenen Mutter verbliebene außereheliche Kind. 81. — §. 9. a) Gerichtsstand des Militärstrichs bei dinglichen Klagen. 87. b) GSt. für Klagen auf Eintragung vorgemerktter Hypothek. 386. c) GSt. für Löschungsklagen. 266. — §. 10. a) Gerichtsstand des Zusammenhangs. 102. b) Kompetenz zur Vertreibung der Deserviten. 83. c) Insbesondere in Merkantilsachen. 86. — §. 11. Gerichtsstand auswärtiger Standesherrn. 89. — §. 13. a) Gerichtsstand für die Ehescheidungsklage gegen ein Mitglied einer ehemaligen freien Gemeinde, welches seinen Rücktritt zur prot. Kirche zwar erklärt hat, in dieselbe aber von der kirchl. Behörde noch nicht förmlich wieder aufgenommen wurde. 129. b) Kompetenz der Gerichte über die Feststellung einer an sich unstreitigen Rechnung als einer auf dem Beheut einer Markung haftenden dauernden Last. 208. c) „Gemeinsames Obergericht“ im Sinne des Art. 14 des Ges. über Kompetenzkonflikte. 177. d) Zur Lehre von Kompetenzkonflikten unter Gerichten. 174. — §. 17 S. o. §. 3 b.

Zweites Kapitel. §. 5. Die Advokaten-Disziplinarvorschriften sind auf Fiskale nicht anwendbar. 273.

Drittes Kapitel. §. 6. Nichtigkeit wegen Mangels der persona standi in judicio; Erforderniß des eheherrlichen Streitlosens nach bayer. R. 360.

Viertes Kapitel. §. 3. a) Verjährung bei der Injurienklage. 80. b) Verjährung der Schmerzensgeldklage. 312. c) Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entführung nach Preuss. R. 289. — §. 5. Zur Lehre von der provocatio ex lege Diffamari 400. — §. 7. a) Begründung der actio Publiciana. 65. b) Berichtigung der Klagsbitte von Amtswegen. 185. — §. 9. Erstreckung der Liquidationsklage auf im Hauptprozeße nicht Mitverklagte. 200. — §. 13. a) Klagverbesserung

in der Replik. 185. b) Versäumung der Replikfrist; Stellung neuer Klage in demselben Betreffe. 375.

Fünftes Kapitel. §. 8. Insinuation an Sonn- und kirchlichen Feiertagen. 16.

Sechstes Kapitel. §. 5. Exceptio de jure tertii. 280. — §. 8. a) Begründung der auf ein dingliches Recht gestützten Einreden. 88. b) Substanziierung der Einrede der Transparenz. 193. c) Bezgl. der Einrede der Vergütung. 300. — §. 16 S. Kap. 4 §. 13 b.

Siebentes Kapitel. §. 9. a) Zurücknahme eines Rechtsmittels durch den Anwalt; Ausnahme von dem Erfordernisse einer Spezialvollmacht. 208. b) Zur Geltendmachung eines Vorlaufrechts genügt Generalvollmacht. 49.

Achtes Kapitel. §. 4. Der Interveniens kann verlangen, daß in seinem Interesse über eine von der durch ihn unterstützten Partei eingereichte Berufung, wenn sich dieselbe auch inzwischen verglichen hat, erkannt werde. 133.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweislast bei dem Einwande des suspensiv bedingten Vertrages. 16. b) Beweislast über den Unfall einer Erbschaft nach Preuss. Recht. 78. — §. 14. a) Muß, wenn der Beweisfall bloß auf das Dasein des klageweise verfolgten dinglichen Rechtes gerichtet ist, im Beweisverfahren ein spezieller Entstehungsgrund dargethan werden? 372. b) Proballo per aequipollens. 42, 107, 373.

Eilftes Kapitel. §. 1. a) Druckschrift als Beweismittel. 54. b) Beweis unvordenklicher Verfälschung durch Urkunden. 1, 17 (Berichtigung hierzu 80.) — §. 3. Das Erbieten zum Erschließungsseide schließt auch das Erbieten zum Bußeide in sich. 198. — §. 5. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. 368. — §. 7. Unwirksamer Vorbehalt der Unkenennung von Urkunden. 195.

Zwölftes Kapitel. §. 1. Tragweite des gerichtlichen Erkenntnisses. 123. — §. 3. Wer hat die Sachverständigen zur Abschätzung im Expropriationsverfahren zu wählen? 145 (Berichtigung hierzu S. 192). — §. 5. Benützung der Notizen bei der Entscheidung in höherer Instanz. 170.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. Eintritt der Eidesunfähigkeit nach Unkenennung eines Eides. 44. — §. 2. a) Eideszuschiebung über Herkommen und Verfälschung. 23. b) Unzulässige Eideszuschiebung über längst vergangenen Dinge, mit der Zustimmung, die wahre Verwandtschaft aus alten Akten und Urkunden zu ergründen. 53. c) Verwirklichung des nicht angedrohten Präjudizes der fingierten Eidesverweigerung im Wechselprozesse. 143. — §. 3 S. Kap. XI §. 3.

Vierzehntes Kapitel. §. 7. Richterliche Berichtigung der Klagebitt. 185. — §. 11. Rechtskraft des Beweisinterlokutes; unschädliche Abweichung des geführten Beweises in außerwesentlichen Punkten. 107.

Fünfzehntes Kapitel. §. 3. a) Kombinierte Berufungssumme im Konkursprozesse. 240. b) Berechnung der Berufungssumme in Bußsachen. 350. — §. 6. Anfang der Berufungsfrist in Malzausschlagbetrugsfällen. 108. — §. 9. a) De-

volutivbeft der Berufung in Bezug auf die Feftftellung von Beweisauflagen. 33. b) Devolutivbeft der Berufung; Erkenntniß ultra potitum. 245. c) Oberichterliches Amt, wenn die Vorinftanz auf fich felbft verpflichtende Eide erkannt hat. 243. d) Benützung der Notorien bei der Entfcheidung in höherer Inftanz. 170. e) Oberichterliches Amt; Definitivkenntniß, wo um ein Beweisinterlokt gebeten wurde. 172. f) Abhänftion in Enteignungsfachen. 276. — §. 11 S. Kap. VIII §. 4.

Sechzehntes Kapitel. §. 2. Unzuläffige Kumulation zweier Nichtigkeitsbefchwerden. 191. — §. 3. Negrefßlage wegen Ertheilung der Auswanderungserlaubnis. 220.

Siebenzehntes Kapitel. §. 1. a) Erforderniß fchriftlicher Abfaffung der Vergleiche vor dem Vermittlungsamte. 378. b) Reclamatio uxoris des fränk. Rechtes gegen Vergleiche. 254. — §. 4. Kostenpunkt bei Freifprechung in Aufschlagsdefraudationsfachen. 180.

Achzehntes Kapitel. §. 7. Zusammentreffen des Zwangsgeldprozesses mit dem Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hyp.-Gefetzes. 161.

Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 23. Nr. 1. Unter welchen Voraussetzungen genießen Einzel wegen Forderungen an ihre Großeltern das Vorzugsrecht der IV. Klasse? 71. (Berichtigung hiezu. 112.)

B. Prozeßnovelle vom 17. November 1837.

§. 29. Verspätetes, nicht sofort präkludirtes Beweismittel 241. — §. 31. Die erste veremtorische Frist zur Klagbeantwortung ist keine verlängerte. 223. — §. 38. Schwierigkeit zu erlangender Wiederherstellung gegen versäumte Nothfristen. 117 (Nachtrag zu einer Note hiezu S. 240.). — §. 51. Unzuläffige Berufung gegen einen Zwischenbefcheid, wodurch der Eid einer verstorbenen Partei für geleistet erklärt wurde. 137. — §. 51, 52 Nr. 2, §. 53 Nr. 2. Unstatthafte Oberberufung, wenn sich die vorinftanzlichen Entfcheidungen bloß auf einfache bifatorische Einreden befchränken. 199. — §. 54. a) die Beftimmung Biff. 2 und 8 findet bei Erkenntnissen in der Liquidationsinftanz keine Anwendung. 275. b) Die Beftimmung von Biff. 2 gilt auch für den Fall, wenn auf eibliche Manifeftation des Betrages der Früchte erkannt wurde. 176. c) Gleichförmigkeit der vorinftanzlichen Erkenntnisse. 301. — §. 55. Unstatthafte Revision wegen unterlassener vorgängiger Remonstration. 377. — §. 58. Berechnung der Befchwerdefumme bei Prioritätsstreitigkeiten. 47. — §. 62. a) Berechnung der Berufungsfumme bei kumulirten Klagen und verfchiedenen Klagepunkten. 138. b) Kombimirte Berufungsfumme im Konkursprozeffe. 240. — §. 63. Berufungsfumme in

Schwängerungsproceß. 144. — §. 70. Sind im Sinne dieses §. alle Hypothekgläubiger gleich befreite Gläubiger? 70. — §. 105. Magerrecht der aus der Masse nicht befriedigten Gläubiger gegen den Steigerer wegen Erfahrs des Minbererlöses. 126.

C. Gesetz vom 1. Juli 1856, einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren betr.

Art. 3 Nr. 14. Spolienklagen gehören nicht vor die Einzelrichter. 347. — Art. 12. Vergleich vor dem Vermittlungsamte; Erforderniß schriftlicher Abfassung. 378. — Art. 13 und 20. Revisionsfrist in den an die Einzelrichter übergegangenen Sachen. 80.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren: a) Lokales Wohnheitsrecht gegenüber einem allgemeinen Prohibitivgesetze. 55. b) Immemorialisverjährung gegen ein Prohibitivgesetz. 58. c) Statutenkollision bezüglich der Bürgschaft der Bauern. 247. d) Desgl. bezüglich der Vormundschaft über Ehefrauen. 95. e) Geltung der bayer. Verordnung im Württembergischen. 175. f) Ob die fürstbischöfliche Württembergische Verordnung vom 15. Nov. 1796, die seuchartige Krankheit der Pferde betr., in den betreffenden Gebietstheilen noch Geltung habe? 203. g) Targesez von 1853. Art. 23. (Vorschrift über Verbriefung der Immobilienverträge betr.) 200. h) Zur Lehre von der unvorordentlichen Verjährung; Beweis derselben durch Urkunden. 1, 17. (Berichtigung hiezu. 80.) i) Religionsbeist, Beil. II zur III. §. 5 ff. 129.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte. 1) Eigentum. Begründung der actio Publiciana. 65. 2) Servituten. a) Anerkennung von Servitutrechten Dritter an ararialischem Boden durch die als Abgeordnete des Staates bei der Steuerliquidationscommission erschienenen Beamten. 305. b) Verbot der Nachtweibe; hiegegen kann ein lokales Wohnheitsrecht nicht geltend gemacht werden. 55. Ebensovienig Immemorialisverjährung. 58. — 3) Gewerbrechte. Erlöschung realer Gewerbrechte; durch Ausübung eines Theils der Gewerbbefugnisse wird das Recht in seiner Gesamtheit salvt. 400. — 4) Einstandsrecht. a) Einstandsrecht nach bayer. Landrechte. 280. b) Zulänglichkeit einer Generalvollmacht zur Geltendmachung eines Vorkaufsrechtes. 49. — 5) Realoffen. a) Erlöschende Verjährung bei denselben. 79. b) Begriff der „Steuer“ nach der k. Deklaration vom 19. März 1807. 159. c) Mit welcher Besitzveränderung wird das für das Obereigentum und das Recht der Erhebung einer Besitzänderungsabgabe festgesetzte Äquivalent fällig? 139, 321. d) Zur Begründung der kirchlichen Baukast ist 30- bezw. 40-jährige Erziehung kein tauglicher Titel. 155. —

d) Hypothekrecht. n) Bewilligung der Vormerkung einer Hypothek von Seite des Schuldners; wie fern kann der Gläubiger den wirklichen Hypothekeneintrag verlangen? 383. h) Zusammentreffen des Zwiggeldprozesses mit dem Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hyp.-Gesetzes. 161. c) „Vollständige Bezahlung“ im Sinne des §. 64 Abs. 3 des Hyp.-Gesetzes. 64. d) Der §. 84 des Hyp.-Gesetzes findet auch bei theilweise erfolgten Hypotheken Anwendung; Einräumung des Ranges einer erloschenen Hypothek bei gleichzeitiger Löschung derselben im Hyp.-Buche. 327.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände. n) Befugniß, die Deposition einer Sache zu verlangen. 208. b) Ueber die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entwährung nach Preuß. Rechte. 289. c) Aufgehobenes Jagdrecht; keine Verantwortlichkeit des Auktors hierfür. 64. (Berichtigung hiezu. 424.) d) Zur Lehre von der Verletzung über die Fälle 257. c) Dadurch, daß der Gläubiger eines Gutsübergebers gegen den Gutsübernehmer die Forderung, deren Verzichtung von diesem übernommen worden, geltend macht, wird noch keine Novation bewirkt. 26. f) Stillschweigende Novation durch Zurückgabe des alten und Annahme eines neuen Schuldscheins mit geändertem Inhalte. 30. g) Einrede der „Vergütung“; Substanziierung derselben 300. — 2) Verträge und vertragähnliche Verhältnisse. A) Allgemeines. n) Rechtliche Wirksamkeit eines Vertrages, durch welchen eine Leistung zu Gunsten eines Dritten stipulirt wird. 268. b) Zur Gültigkeit der Immobilienverträge ist nach fränk. Rechte amtliche Inskription nicht erforderlich; Klage auf gerichtl. Verlautbarung; Art. 23 des Fargesezes v. 1852. 200. c) Einwand des suspensiv bedingten Vertrages; Beweislast. 18. d) Die Art der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages unter den Kontrahenten der beste Interpretationsbehelf zur Ergründung des wahren Sinnes einer dunkeln Stelle desselben. 237. — B) Spezielles. a) Bürgschaft. α) Versprechen eines Ehemannes, mit seiner Ehefrau Bürgschaft leisten zu wollen. (Bamberger Recht). 284. β) Bürgschaft der Bauern; Erforderniß obrigkeitl. Verbriefung oder Protokollierung. (Bayer. Recht) 247. — b) Darlehen; späterer Einsvertrag. 352. — c) Kauf. α) Verkauf einer fremden Sache. 207. β) Keine Haftpflicht des arglistlosen Verkäufers einer fehlerhaften Sache für die durch sie verursachten Schäden. 380. — d) Mandat. Rechtsverhältnis des Kommiss. 272. — e) Mieth. Verbindlichkeit des Vermiethers von Räumlichkeiten dem Miethsmann gegenüber, insbesondere beim Vorhandensein eines Nebenmiethers. 382. — f) Pactum de non dividendo. 302. — g) Pactum de non licitando. 206. (Ngl. Bb. V S. 270). — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. n) Entschädigung. α) Regreßklage wegen Ertheilung der Auswanderungserlaubnis. 220. β) Der Fiskus haftet für Verschren der Beamten in Hypothekensachen nur subsidiarisch. 174. γ) Klagerecht gegen den Steigerer wegen des Mindererlöses. 126. — b) Injurien. α) Einrede der Kompensation, insbesondere bei mittelbaren Injurien. 15.

β) Verjährung bei der Injurienklage. 80. — c) Schmerzensgeld. Verjährung desfalliger Klage. 312. — d) Außer-ehehliche Geschlechtsgemeinschaft. α) Uebereinkunft, die Verhinderung des Namens des außerehelichen Vaters betr. 282. β) Einrede der mehreren Zuhälter. 313.

D. Familienrecht. α) Ueber das Verhältniß des Unbäuer Provinzialrechtes zu dem Preuß. Landrechte bezüglich der Form der Sponsalien- und Eheverträge; Umfang der Entschädigungspflicht im Falle grundlosen Rücktrittes vom Verlöbniß nach Preuß. Rechte 11. b) Minderjährige Hauskinder, welche sich gegen den Willen der Aeltern verheirathen, können keine Heimsteuer verlangen (Fränk. Recht). 140. c) Handverbrechung. (Fränk. Recht) 157. d) Reclamatio uxoria gegen Vergleiche. (Fränk. Recht) 254. e) Eheherrlicher treilichens; dessen Erforderniß nach bayer. Recht. 369. f) Eheliche Gütergemeinschaft in Angolstadt. 113. g) Ehescheidungsklage gegen einen ehemaligen Freigemeindler, der den Rücktritt zur prot. Kirche erklärt hat, aber von der kirchl. Behörde noch nicht förmlich wieder aufgenommen wurde; Gerichtsstand. 129. h) Familienstand außerehelicher Kinder nach fränk. Rechte. 282. i) Unbedingte Geltung der Nativitätstermine bei Klagen auf außereheliche Vaterschaft und Kindes-nahrung nach Preuß. Rechte. 252. k) Vormundschaft über Ehefrauen; Statutenkollision. 95. l) Obervormundschaft über ein von der verehelichten und verstorbenen Mutter getrennt gebliebenes außereheliches Kind. 81.

E. Erbrecht. α) Ueber Intestaterbsfolge nach Nürnberger Recht. 353. b) Erbrecht bürgerlicher Ehegatten in München. 331. c) Vorabregulierung nach Unbäuer Recht. 74. d) Grundtheilung nach fränk. Rechte. 157, 317. e) Transmiffion des Erbrechtes aus einem Erbvertrage. (Bamberger Recht) 59. f) Beweislast über den Anfall einer Erbschaft nach Preuß. Rechte 78. g) Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger. 269, 349. h) Bedingtes Universalabbeikommis; Spezifikation des Nachlasses. 48. i) Streitige Verhältnisse können kein Bestandtheil eines Familienabbeikommis sein. 200. k) Aufstellung eines Kurators für einen erst zu errichtenden Familienabbeikommis. 189. l) Umtausch der zu einem Fideikommis gehörigen Grundrentenablosungsschuldbriefe gegen ausländische Staatspapiere. 278. m) Kompetenz in Verlassenschaftssachen. 93, 289.

III. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht. Thl. I des StGB. Art. 207. Ist zur Anwendung dieses Art. bezüglich der Stiefeltern uneheliche Affinität hinreichend? 337. (Berichtigungen hiezu. 360.) — Art. 259. Ueber den Betrug bezüglich zweifseitiger Verträge. 209, 225.

B. Strafprozeß. Thl. II des StGB. Art. 22. α) Eine bloß nach Art. 46 des StGB. vom 10. Nov. 1848 gepflanzte Vernehmung bewirkt keine Prävention. 97. b) Durch Haftver-

fügung wird einer späteren Verhaftung prävenirt. 98. c) Kompetenz bezüglich eines neuen Reates nach Aburtheilung eines älteren. 100. — Art. 27. Die Ueberlassung strafrechtlicher Untersuchung von der Militärbehörde an die Civilgerichte bei Konkurrenz von Civil- und Mil.-Personen. (Gef. vom 1. Juli 1856.) 105.

C. Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848. Art. 47.

a) Kompetenz zur Beschlußfassung über die Voruntersuchung. 99. b) Insbesondere beim Zusammenflusse mehrerer Reate und theilweiser Einstellung. 106. — Art. 340 ff. Ueber das bezirksgerichtliche Ungehorsamsverfahren. 385, 401.

D) Aufschlagsbetrübationen. a) Anfang der Berufungsfrist. 168. b) Lokalausschlag; Uebertretung der Kontrollvorschriften; nulla poena sine lege; Kostenpunkt bei Freisprechung. 180.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der unvordenklichen Verjährung. Beweis derselben durch Urkunden. — Ueber das Verhältnis des Anbäuhlichen Provinzialrechtes zu dem preussischen Landrechte bezüglich der Form der Grenzfallen- und Eheverträge. Umfang der Grundabdingungspflicht im Falle grundlosen Rücktritts vom Verlöbniß nach preuss. R. — Einrede der Kompensation gegenüber von Injurien, insbesondere bei mittheilbaren. — Infamiation an Genuß und kirchlichen Felerlagen. — Aufwand des suspensiv bedingten Vertrags. Beweislast.

Zur Lehre von der unvordenklichen Verjährung. Beweis derselben durch Urkunden.

Vergl. Bd. VII S. 339 ff.

Der Begriff der Unvordenklichkeit gleichwie die Elemente der unvordenklichen Verjährung sind bei ihrem Hervortreten in das Rechtsleben noch immer beträchtlichen Schwankungen ausgesetzt. Da dieses Rechtsinstitut in den positiven Gesetzen nur dürftige Stützpunkte zu finden vermag, so ist leicht erklärbar, wie es kommen kann und wirklich kommt, daß die Erzeugnisse der Rechtssprechung auf diesem Punkte ziemlich ungleichförmig ausfallen. Jeder Beitrag dürfte daher willkommen sein, der sich dazu eignet, die betreffende Lehre ihrem Abschlusse entgegenzuführen oder auch nur einen Schritt näher zu bringen.

Das k. Oberappellationsgericht in München hat erst in neuester Zeit einen hieher einschlägigen Fall entschieden, der schon darum merkwürdig ist, weil er mit demjenigen, den sich das Cap. 1 de praescript. in VI^{to}. (2, 13) — eine Hauptstelle für die Lehre von der unvordenklichen Verjährung — zum Vorwurfe nahm, fast genau übereinstimmt. Es handelte sich nämlich hier wie dort darum, daß

Neue Folge III. Bd.

ein Bischof in den Gränzen eines fremden bischöflichen Sprengels Gerechtsame in Anspruch nahm, welche eine Ausnahme von der ordentlichen Kirchenverfassung — *jus commune* — enthalten würden ¹⁾). Eine Besonderheit dieses jüngsten Falles lag jedoch darin, daß das streitige Recht, hier ein Patronatsrecht, nicht wider den ordentlichen Bischof des Ortes verfolgt wurde, auch der unvordenkliche Besitz dabei nicht als ein Mittel des Erwerbes oder des Ueberganges von einer in die andere Hand, sondern als ein Kriterium, als eine Art Probestein in Betracht kam, an welche von zwei in einer moralischen Person, namentlich einem Fürstbischöfe, zusammentreffenden Eigenschaften sich eine an sich unbestreitbare Befugniß angeknüpft und welcher Persönlichkeit sie zugestanden habe, ob dem Fürsten oder dem Bischöfe, indem der letztere natürlich in einer fremden Diöcese die Vermuthung nicht für sich haben konnte ²⁾). In dieser von dem gewöhnlichen Vorkommnisse abweichenden Verrichtung eines unvordenklichen Besitzstandes lag indessen die Spitze dieses Falles nicht, sondern in zwei anderen Punkten, welche sich darum drehten, wie ein Beweis des unvordenklichen Besitzes durch Urkunden zu führen und zu beurtheilen sei, und überdies noch, was bei dem Zusammenstoße eines vorhergehenden Erwerbes mit einer nachfolgenden Erlöschung durch unvordenkliche Ausübung oder Un-

¹⁾ v. Savigny, System des h. Röm. Rechtes, Bd. 4 S. 506.

²⁾ Wenn der oberste Gerichtshof in seinem Beweisinterlocute dem klagenden Bischöfe den Beweis des unvordenklichen Quasibesitzes auferlegte, so geschah solches nach Inhalt der Entscheidungsgründe nicht sowohl im Hinblick auf jene Stelle des kanon. Rechtes, weil sein Begehren dem *jus commune* zuwiderlaufe, als vielmehr deshalb, weil er solchen ausdrücklich behauptet hatte.

terlassung Rechtens sei. Das Interesse, welches die Entscheidung dieser Fragen darbietet, erhöht sich noch dadurch, daß erst um ein Jahr früher das Oberappellationsgericht in Jena ein sehr einläßlich motivirtes Urtheil über denselben Gegenstand erließ, welches aber zum Theile abweichenden Grundsätzen folgte³⁾.

Ihrer ursprünglichen Natur nach scheint zur Erprobung der unvordenklichen Verjährung nur der Zeugenbeweis zu passen, weil dieselbe gerade ihr wichtigstes Erforderniß von der Tragweite des Gedächtnisses der in der Gegenwart lebenden Menschen entlehnt. Alte Leute sollen bestätigen, daß ein gewisser Rechtszustand von jeher, soweit sie sich zu erinnern vermögen, in gleicher Weise vorhanden war, und daß sie auch von ihren Vorfahren nicht gehört, die Sache sei zu ihrer Zeit anders gewesen oder anders gehalten worden; hierin besteht der positive und der negative Bestandtheil des Beweises, welche man zur Feststellung einer unvordenklichen Verjährung gewöhnlich erschöpft verlangt⁴⁾. Alle hieher bezüglichen Geseßstellen erwähnen der vermittelnden Dazwischenkunft des menschlichen Gedächtnisses, — *nec memoria exstare, quando facta est, — ex antiqua consuetudine, cujus non exstat memoria — tanti temporis praescriptio, cujus contraria memoria non existit*⁵⁾; — *cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex iis*

³⁾ Geuffert's Archiv Bd. 11 Nr. 12. S. auch eben-
d. Nr. 113.

⁴⁾ Unsere Zeitschrift Bd. 7 S. 241 Nr. 2; Pfeiffer's
prakt. Ausführ. Bd. 2 S. 35 u. 38; Bd. 7
S. 198 u. 201.

⁵⁾ Fr. 2 §. 1 de aqua et aq. pluv. (39, 3); cap. 26
de V. S. (5, 40); cap. 1 de praescript. in Vlt.
(2, 13). Pfeiffer, a. a. O. S. 21.

4. Unvordenkl. Verjährung. Beweis durch Urkunden.

audisse, qui vidissent aut audissent⁶⁾. Eine Urkunde dagegen ist leblos, hat kein Gedächtniß und keine Länge ihres Erinnerungsvermögens; sie ist in Dem, was sie anführt, immer völlig abgeschlossen, läßt sich nicht ausfragen und kann nichts von ihren Vorfahren vernommen haben; sie scheint daher nicht geeignet, den Maßstab zu vertragen, auf dessen Grundlage die Idee aller Unvordenklichkeit eines Besitzstandes berechnet ist.

Dessenunachtet sind die meisten Rechtsgelehrten darüber einig, auch den Urkundenbeweis bei der unvordenklichen Verjährung zuzulassen, obwohl nicht ohne ihre Bedenken beizufügen und auch zum Theile nicht ohne Einschränkungen⁷⁾. v. Savigny, einer der vorzüglichsten Schriftsteller über diese Materie, läßt die Urkunden zur Ergänzung eines unvollständig gebliebenen Zeugenbeweises häufig und leicht gebrauchen; seltener würden sie als selbstständiges Beweismittel tauglich sein, was nur dann vorkommen könne, wenn durch sie ein gleichförmiger Besitzstand für die Zeit von zwei Menschenaltern nachgewiesen sei. Der Konsequenz wegen, fügt derselbe noch bei, dürfte man hierfür einen Zeitraum von 80 Jahren annehmen⁸⁾. Diese Konsequenz soll offenbar darin bestehen, daß, weil man die beobachtungsfähige Lebensdauer eines gewöhnlichen Menschen auf die seiner Mündigkeit nächstfolgenden 40 Jahre anschlägt⁹⁾, und der oben erwähnte positive und negative Beweis zwei Menschenalter umfaßt, die jüngsten 40 Jahre

⁶⁾ Fr. 28 de probat. (22, 3).

⁷⁾ Geuffert, Pand.-R. Bd. 1 §. 118; Pfeiffer a. a. D. Bd. 7 S. 219; Bl. f. N. Bd. 7 S. 342; Geuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 6.

⁸⁾ A. a. D. S. 523; Pfeiffer a. a. D. Bd. 7 S. 220.

⁹⁾ Bayer. Pandrecht. Th. II Kap. 4 §. 9.

die bestimmten Behauptungen der Zeugen und die älteren 40 Jahre den Umstand vertreten sollen, daß sie nie von ihren Vorfahren einen anderen Zustand erzählen gehört haben. Auch die übrigen oben angeführten Schriftsteller erklären sich in Uebereinstimmung hiemit für die Annahme dieser 80 Jahre. Dieser wohl nur schlichtern hervortretenden Ansicht gegenüber bemerkt Mühlensbruch¹⁰⁾, über die Zeitdauer lasse sich bei der Immemorialverjährung nach bestimmten Jahren nichts festsetzen, womit auch Söschsen und Friedländer übereinstimmen¹¹⁾. Schelling gelangte in seiner Monographie von der unvordenklichen Verjährung nach einer ausführlichen Erörterung dieses Streitpunktes zu demselben Ergebnisse, nämlich dahin (S. 115), man bleibe am sichersten hinsichtlich der Beantwortung der Frage, wann man von einem Zustande sagen könne, er sei ein unvordenklicher, bei den (allgemeinen) Bestimmungen des römischen Rechtes stehen, nach welchen eine von Alters her bestehende vetustas.... dazu gehöre; alles Weitere überlasse man der Beweisstheorie und dem konkreten Falle.

Das obenbemerkte Urtheil des OLG. in Jena von 1856 hat sich zur Ansicht v. Savigny's hingeneigt; das unten nachfolgende Erkenntniß des obersten Gerichtshofes in München der umgebundenen Auffassung der zuletzt erwähnten Schriftsteller gehuldigt, indem dasselbe wohl den Urkundenbeweis zuließ, von dem Erfordernisse oder Genügen eines achtzigjährigen Besitzstandes aber völlig absah. Es dürfte einer rationellen Kritik nicht schwer fallen,

¹⁰⁾ Lehrbuch des Pand.-Rechtes §. 269.

¹¹⁾ Pfeiffer a. a. O. Bd. 7 S. 193.

sich in ihrer Wahl für diese letztere Seite zu entscheiden. Was ist auch in letzter Ordnung der Grundgedanke und das leitende Prinzip aller unvordenklichen Verjährung? Dasselbe ist sehr bündig und mit treffenden Zügen in den Worten des fr. 1. §. 23 de aqua et a. pl. a. (39, 3) ausgeprägt: Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Ist der Anfang eines Rechtszustandes — *lex agri* — bekannt, so muß folgerweise alle unvordenkliche Verjährung als ohnmächtig zurücktreten; was aber von Alters her bestand, *vetustas* oder *vetus forma* ist ein faktischer Begriff, der sich nicht in positive Gränzen einzwängen und als eine leicht erfassliche Regel für alle zum Vorscheine kommenden Fälle gleichförmig aufstellen läßt. Sobald ein Cyclus von Urkunden über ein altes Rechtsverhältniß vorliegt, schwingt sich dasjenige, was man in eine analoge Beziehung zu einer *memoria exstans* bringen kann, meistens zu riesenhafteu Proportionen empor, wie wir auch wirklich in jenem sächsischen vom DNG. zu Jena entschiedenen Falle eine Ausübung von zwei Jahrhunderten, in dem unten folgenden aus Bayern eine solche von länger als 150 Jahren bekundet finden. Was sollte also im Wege stehen, mit Abwerfung alles lästigen Zwanges den Zustand in's Auge zu fassen, soweit immer die Beweismittel reichen und dem Ueberblicke Anhaltspunkte zu einer gründlichen Beurtheilung des wahren Rechtszustandes zur Ermittlung seines präsumtiven Ursprunges, der *lex agri*, darbieten? Soweit Urkunden vorliegen, reicht auch gleichsam eine *memoria in documentis conservata*; mithin müssen auch alle in den erweiterten Gesichtskreis Eintritt erlangen, soweit auch immer das Licht, was sie auf eine Sache werfen, in die Vergangenheit zurückfallen mag. Daß die *const. 2 Cod. Theod. de longi temporis praescript.* (4 13) die *vetustas* auf

40 Jahre setzt ¹²⁾, ist noch kein Grund, um eine offene *quaestio facti* in den engen Rahmen einer starren Rechtsregel zu bannen. Für den Streit über eine kirchliche Baulast hat die unscheinbare Klausel „von jeher,“ wie in die Augen fällt, eine ganz andere Längenbedeutung, als für die jährliche Reichtum eines Frohngeldes oder einer Korngilt. Auf diesem Punkte fällt vielmehr die unvordenkliche Verjährung mit dem Herkommen als Quelle und Stützpunkt eines individuellen oder konkreten Rechtes ^{12a)} in Eins zusammen; von dem Herkommen ist es aber eine bekannte Sache, daß die Frage, ob der Zeitraum, in welchen die nachgewiesenen Thatfachen fallen, zur Annahme desselben hinreichen, der Richter nach Erwägung aller Umstände des Falles zu beurtheilen hat ¹³⁾. Wenn das bayer. Landrecht Th. I Kap. 2 §. 15 Nr. 3 zu einem rechtskräftigen Herkommen einen Zeitraum von wenigstens 30 Jahren erfordert, so ist hiemit nur ein Minimum für seine Heranbildung ausgesprochen, aber eben damit dem Richter offen gelassen, den Punkt, bis auf welchen höchstens seine Einsicht vorbringen dürfe, nach eigenem Ermessen selbst aufzusuchen. In dem unten nachfolgenden Rechtsfalle kam die unvordenkliche Ausübung offenbar ohne sonderliche Sichtung bloß dadurch in das Beweissthema, daß die Klage des Bischofes sich darauf gestützt hatte. Angenommen, die letztere hätte mittelst einer Veränderung von wenig Worten einfach vorgetragen, seine Vorgänger auf dem bischöflichen Stuhle hätten in Kraft eines uralten Herkommens die Pfarrei zu N. von jeher vergeben, so wäre ohne Zweifel nur dieser Umstand

¹²⁾ Pfeiffer a. a. O. Bd. 2 S. 22.

^{12a)} Wgl. Bd. 7 S. 33 ff., S. 42.

¹³⁾ Seuffert's Pandekten-Recht §. 11.

zum Beweise auferlegt worden; wer hätte aber alsdann nach einem Zeitraume von zwei Menschenaltern, nach Urkunden, welche sich über 40 oder 80 Jahre verbreiten, und welche nach 80 Jahren eines gleichförmigen Quasibesitzes den Rechtszustand völlig abschlossen, nur eine Frage erhoben? Die Verschmelzung der ganzen Zeit, soweit die Urkunden reichen, zu einem vereinigten Bilde ist das einzige natürliche, und somit auch den Anforderungen des Rechtes am besten entsprechende Auskunftsmittel, um sich aus dem bunten Gewirre in ihrer Aufeinanderfolge sich widersprechender Akte der Ausübung herauszuhelfen und den wahrhaft vorwaltenden Rechtszustand abzuklären. Wir lassen zur nachdrücklichen Darlegung dieser wichtigen Gründe den obersten Gerichtshof in seinen unten folgenden Erwägungen selbst sprechen.

Die bisherigen Betrachtungen führen die Aufmerksamkeit beinahe von selbst auf den nothwendigen Schlüsselpunkt des Besitzes für die unvordenkliche Verjährung hin. Derselbe muß in der Gegenwart oder doch im Bereiche der neuesten Zeit gelegen sein. Man kann bei einer wahrnehmbaren Wechselfolge von Akten der Bethätigung und Zeiträumen der Ruhe einer Rechtsausübung zweierlei Systeme befolgen, um ihre Würdigung unter einen rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen: das strenge, formalistische und das natürliche oder rationelle. Das erste hält den Erwerb und die Erlöschung eines Rechtes als zweierlei ganz verschiedene Operationen auf dem Rechtsgebiete in einer strengen Absonderung und läßt sie nur stufenförmig auf einander nachfolgen. Eine zuwiderlaufende Handlung von älterem Datum könnte hienach wohl als Unterbrechung der Verjährung in Anschlag kommen; ist aber die letztere durch einen unvordenklichen Zeitablauf einmal glücklich vollendet, so steht das erworbene Recht gegen jeden Zweifel fest, in so lange nicht 'ne nachfolgende erlöschende Verjährung oder irgend

ein anderer Erlösungsgrund dasselbe auf's neue überwältigt. Wenn man nach der Ansicht v. Savigny's die unvordenkliche Verjährung in eine Art von praescriptio 80 annorum umwandelt, und dessen Beweis durch Urkunden zuläßt, so könnte es auf solche Weise kommen, daß im Verlaufe einiger Jahrhunderte zwei Erwerbe und ebenso viele Verluste eines Rechtes durch unvordenklichen Gebrauch oder Stillstand in einer staffelförmigen Alternation hintereinander hergingen. Diese Ansicht vertheidigte Pfeiffer¹⁴⁾ durch die Bemerkung, wenn der Verjährende beweist, daß sein Besitz bereits damals, als dessen Ausübung aufhörte, ein unvordenklicher gewesen sei, so schade ihm dieses Aufhören in der letzteren Zeit nicht, worauf das OLG. in Cassel bereits in drei Fällen erkannt haben soll. Denselben Satz adoptirte auch das OLG. in Jena in dem oben bemerkten Urtheile von 1856¹⁵⁾. Wenn jedoch die Gründe desselben weiter verlangen, man müsse für die neuere Verjährung, welche einen älteren, unvordenklichen Erwerb überwältigen soll, selbst wieder die gewöhnlichen Erfordernisse der Unvordenklichkeit verlangen, besonders also einen Besitz, cujus contraria memoria non exstat oder cujus origo memoriam excedit, so läßt sich wohl mit Grund dagegen bemerken, daß der Erwerb durch unvordenkliche Verjährung ein Recht nicht zu einer höheren Potenz seines Bestandes und seiner Geltung in den Augen des Gesetzes erhebt, daß sich daher auch nicht absehen läßt, warum nicht eine jüngere Verjährung der gewöhnlichen Zeit dasselbe wieder zur Erlösung oder in die alte Hand zurück bringen sollte.

Dem Allem jedoch entgegen hielt das OLG. in München an dem Satze fest, der unvordenkliche Be-

¹⁴⁾ U. a. D. Bd. 2. S. 23.

¹⁵⁾ Seuffert's Archiv Bd. 11 Nr. 12.

siz müsse, auch wenn derselbe für 80 und noch mehr Jahre durch Urkunden erweislich ist, bis auf die jüngste Zeit herabreichen, um zu dem glücklichen Erfolge eines kräftigen Rechtsserwerbes die Bahn zu brechen. Es scheint dieses Erforderniß schon eine natürliche Konsequenz der oben aufgestellten Ansicht zu sein, daß, sobald einmal das eigentliche Wesen der Unvordenklichkeit durch den Abgang vom Zeugenbeweise verlassen, der natürliche Maßstab durch den Uebergang zum Urkundenbeweise verrückt und eine erweiterte Nachbildung im uneigentlichen Sinne zugelassen ist, auch alle Urkunden und Umstände des Falles gleich berechtigt sind, in den Umkreis des Nachdenkens der Richter einzutreten, und ihren Einfluß auf die Befestigung einer gewissenhaften Ueberzeugung mit geltend zu machen. Die unvordenkliche Verjährung ist kein Prinzip einer selbstständigen Rechtsbildung, sondern nichts weiter, als eine Schlußfolgerung aus gegebenen Erscheinungen auf eine dahinter verborgen liegende Quelle; sie kann sich daher auch der Gegenwirkung aller übrigen dabei mit eintreffenden Umstände des Falles nicht verschließen. Der wichtigste dieser Umstände besteht aber darin, daß der vermeintliche Rechtszustand zuletzt selbst wieder in's Stocken gerieth, nicht mehr festgehalten wurde, aus dem Gedächtnisse erlosch oder doch bei der ihm beharrlich versagten Achtung der Erlöschung nahe kam. Der direkte Gegenbeweis, daß der umgekehrte Zustand innerhalb der Gränzen menschlicher Erinnerung oder innerhalb Menschengedenken -- versteht sich als ein nicht streitiger -- liege, ist zu wesentlich zerstörend für den Bestand jener Verjährungsart, als daß derselbe bei dem Beweise durch Urkunden einer Modifikation oder gelinderen Auffassung fähig wäre ¹⁶⁾.

¹⁶⁾ Pfeiffer a. a. O. Bd. II S. 67; Senffert's Pand. Recht §. 118; Bl. f. R. Bd. 7 S. 344.

Auch ist es bekannt, daß eine Unterbrechung dieser Verjährung alsdann vor sich geht, sobald der fragliche Zustand, auf welchen man sich zu ihrer Begründung stützt, innerhalb Menschengedenken einmal auf gehört hat ¹⁷⁾; warum sollte aber ein solches Vorkommniß, wenn es gewiß ist, dadurch unschädlich werden, daß der alte Zustand, statt bloß unterbrochen zu werden, gar nie wieder zurückkehrte? Hiemit erklärt sich auch Pfeiffer einverstanden, indem derselbe bemerkt ¹⁸⁾, um dem Urkundenbeweise mit *Das below* den überwiegenden Vorzug über alle Zeugnisaussagen beilegen zu können, müsse man als stillschweigend verstanden annehmen, daß zugleich der bis auf die gegenwärtige Zeit fortgesetzte Besitz auf andere Art dargethan werde. Hierwegen bezieht er sich (Note n) auf Schmid's opuscula de praescriptione §. 69, welcher ein altes schriftliches Zeugniß darüber, daß das streitige Recht stets ausgeübt worden sei, deshalb verwarf, quia non evincit continuationem ejusdem status ad praesens tempus usque.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Ueber das Verhältniß des Ansbachischen Provinzialrechtes zu dem preussischen Landrechte bezüglich der Form der Sponsalien- und Eheverträge. Umfang der Entschädigungspflicht im Falle grundlosen Rücktrittes vom Verlöbniß nach preuß. RM.

Bgl. Bd. X S. 58, Bd. XX S. 357.

Aus den Motiven einer obersterichterlichen Entscheidung entnehmen wir folgende Sätze:

„Daß allgemeine preussische Landrecht Thl. II

¹⁷⁾ Geuffert's Archiv Bd. 9 S. 252.

¹⁸⁾ Bd. 2 S. 57.

Tit. 3 anerkennt den Rechtsatz, daß aus einem gültig geschlossenen Ehegelöbniß wider Denjenigen, der ohne rechtlichen Grund dessen Erfüllung verweigert, auf Entschädigung geklagt werden könne. Ob nun im unterstellten Falle ein gültiges Ehegelöbniß zu Stande gekommen sei, ist im Hinblick auf die unbestrittenermaßen hier obwaltenden örtlichen Verhältnisse nicht nach dem preuß. V.R., sondern in Gemäßheit des Publikationspatentes vom 20. November 1795 nach den dormalen noch in Kraft bestehenden s. g. Ansbacher Eheartikeln vom 21. Februar 1743 zu beurtheilen, wie dieses nach dem vorliegenden Plenarbeschlusse des obersten Gerichtshofes vom 7. Mai 1840 bereits präjudiziell entschieden ist.

Daß Ehegelöbniß in Frage entspricht aber — sobald die Richtigkeit der vorgelegten von der Verklagten indessen zur Zeit nicht anerkannten Urkunde vom 9. April 1854 festgestellt ist — vollkommen den Anforderungen des Eheartikels Nr. 7, indem es unter Beiziehung der Aeltern der Verklagten und vor Zeugen abgeschlossen und sogar schriftlich aufgenommen wurde. Seine Gültigkeit steht sonach über jeden Zweifel erhaben, und es kann sofort die Berechtigung des Klägers, bei unterlassener Festsetzung einer Konventionalstrafe für den Fall eines einseitigen Rücktrittes die im §. 114 Thl. II Tit. 1 des V.R. vorgesehene Entschädigung anzusprechen, mit Grund nicht angefochten werden. Die Behauptung, daß diese Entschädigung nur unter der Voraussetzung eines nach den Vorschriften der §§. 82 und 83 des V.R. a. a. O. eingegangenen Eheverlöbnißes begehrt werden könne, schlägt ganz unzweifelhaft da an, wo das preuß. V.R. das allein herrschende ist; wo dagegen provinzielle oder örtliche Rechte noch in Kraft bestehen, welche für Ehegelöbniße eine andere Form bestimmen, da sind letztere für die Frage, ob

ein gültiges Ehegelöbniß vorhanden sei, allein maßgebend, und die Bestimmung des mehrbesagten §. 114 des preuß. N. findet auf ein solches ebenso gut Anwendung, als wie auf ein nach der Vorschrift des preuß. N. errichtetes Ehegelöbniß.

Der Ansicht des Appellationsgerichtes, daß der mit dem Eheverlöbniß verbundene Ehevertrag wenigstens hätte gerichtlich oder vor einem Notar aufgenommen werden müssen, und daß der Kläger wegen dieser nicht beobachteten Formen auch daraus keine Ansprüche zu begründen vermöge, kann ebenfalls nicht beigepflichtet werden.

Ganz abgesehen davon, daß der Ehevertrag zunächst mit den Aeltern der Verklagten und nicht mit dieser selbst geschlossen wurde, und daß die ersten denselben nicht aufstreiten, vielmehr solchen erfüllen zu wollen in dem gegenwärtigen Rechtsstreite sich bereit erklärt haben, so fordert die mehrerwähnte Ansbach'sche Verordnung vom 21. Februar 1743 nur in 3 Fällen eine gerichtliche Aufnahme des Sponsalienvertrages, nämlich a) wenn Gütergemeinschaft eingegangen werden soll, b) wenn die Aeltern auf das Intestaterbrecht in das Vermögen ihrer sich verheirathenden Kinder zu verzichten gedenken, oder c) wenn schon Kinder vorhanden sind. Diese Ausnahmefälle berühren selbstredend nicht den reinen Sponsalienvertrag, sondern haben nur die damit in unmittelbarer Verbindung stehenden Vermögensverhältnisse der Brautleute im Auge, und es ist damit per indirectum ausgesprochen, daß außer jenen 3 Fällen die auf die künftigen Vermögensverhältnisse desselben zutreffenden Bestimmungen auch in dem Sponsalienvertrage, sofern er nur den Vorschriften des Eheartikels 7 gemäß errichtet wird, ihre Regulirung finden können. Es hat daher die vom Revidenten geltend gemachte Ansicht, daß die §§. 82 und 83 des preuß. N. a. a. D.

im Betreffe der Form der Ehegelöbniſſe, wenn ſich ſolche auch auf den Vertrag über das einzubringende Vermögen der Brautleute erſtrecken, auf die unter der Herrſchaft der Ansbacher Eheartikel geſchloſſenen Ehegelöbniſſe keine Anwendung leiden, die geſchliche Begründung um ſo zweifelſoſer zur Seite, als auch das preuß. RM. in dem mehrbeſagten §. 114 Thl. II Tit. 1 eß. ganz gleichſtellt, ob die Mitgabe in einem Ehegelöbniſſe oder in einem beſonderen Ehevertrage beſtellt wurde“

Kläger hatte noch Beſchwerde darüber geführt, daß nicht auch die der Verklagten verſprochene Ausſtattung in dem ortsherkömmlichen Anſchlage von 300 fl. zur Entſchädigung gerechnet und zum Beweiſe auſgeſetzt worden ſei. Dieſer Beſchwerde wurde jedoch aus folgenden Gründen eine rechtliche Folge nicht gegeben:

„Das preußiſche Landrecht a. a. O. §. 114 ſagt beſtimmt, daß von der in dem Ehegelöbniſſe oder in dem Ehevertrage auſgeſetzten Mitgabe der unſchuldige Theil ein Viertel als Abfindung anſprechen könne, und eß leidet im Hinblicke auf den §. 115 und §. 118 a. a. O. keinen Zweifel, daß hierunter nur eine in einer beſtimmten Summe beſtehende oder zu einer ſolchen angeſchlagene Mitgabe zu verſtehen ſei. Iſt nun, wie im konkreten Falle neben der auſgeſetzten Mitgabe noch eine beſondere Ausſtattung der Tochter zugeſichert worden, ſo beſchränkt ſich dieſe nach §. 233 Thl. II Tit. 2 des RM. auf Daßjenige, waß zur Hochzeit und erſten Einrichtung des Hauſweſenß erforderlich iſt, und eß iſt lediglich dem Ermeſſen der Aelteru anheimgelassen, waß und wie viel ſie dazu hergeben wollen (§. 257 a. a. O.).

Eß kann daher die Ausſtattung nach der Natur und dem Zwecke derſelben nicht mit in Anrechnung gebracht werden, wenn eß ſich um die Ermittlung der Entſchädigung nach dem §. 114 Thl. I Tit. 2

des M. handelt. Die Berufung des Klägers auf ein Ortsherkommen, nach welchem die Ausstattung auf 300 fl. anzuschlagen sei, hat Angesichts jener gesetzlichen Vorschriften keinen Sinn und keine Bedeutung.

OAGG. vom 28. Febr. 1857. Nr. 1216⁵⁵/₅₆.

2.

Einrede der Kompensation gegenüber von Injurien, insbesondere bei mittelbaren.

Vgl. Bd. III S. 401 ff., Bd. XIX S. 284.

Die Motive eines oberstrichterlichen Erkenntnisses lauten:

Es ist richtig, daß einem Ehemanne, der wegen einer Injurie klagt, die ihm selbst von einem anderen widerfahren ist, die Injurie, welche diesem anderen — dem Beklagten — von seiner, des Klägers, Ehefrau zugefügt worden ist, compensando nicht entgegengestellt werden kann, da der Ehemann wohl wegen der seiner Ehefrau zugefügten Injurie klagen, nicht aber wegen einer von ihr begangenen Injurie belangt werden kann, indem er überhaupt für deren Handlungen nur unter besonderen hier nicht gegebenen Voraussetzungen haftet.

Zunächst müßte der Ehemann sich eine Kompensation aus einer von seiner Ehefrau ausgegangenen Injurie nur insoweit gefallen lassen, als er wegen einer dieser zugefügten (mittelbaren) Injurie klagt.

Allein in dem vorliegenden Falle hat der Kläger mit der nämlichen ästimatorischen Injurienklage mittelbare und unmittelbare Injurien unausgeschieden gegen den Beklagten verfolgt, und in Folge dieser Zusammenfassung und Nichtausschei-

bung muß er sich auch eben so unausgeschieden die Einrede der Kompensation gefallen lassen.

DAÖ. vom 4. Dezember 1857. Nr. 615. ⁵⁵/₅₆.
β. κ.

3.

Insinuation an Sonn- und kirchlichen Feiertagen.

gl. Bd. IV S. 51, 111. Bd. VII S. 330 Note 1, Bd. IX S. 91.

Der oberste Gerichtshof hat in einem Erf. vom 4. Juli 1854 (Reg. Nr. 1608⁵²/₅₃) neuerdings ausgesprochen, daß, nachdem eine gesetzliche Bestimmung darüber nicht bestehe, daß die Zustellung richterlicher Dekrete an einem Sonntage nicht geschehen dürfe, dergleichen Zustellungen — insbesondere, wenn sie ohne allen Vorbehalt angenommen worden — auch als rite geschehen zu betrachten seien.

4.

Einwand des suspensiv bedingten Vertrags. Beweislast.

gl. Bd. XIV S. 88; Bd. XIX S. 350. S. auch Bd. XXII S. 93.

Im Kommentar über die bayer. OD. Aufl. 2 Bd. III S. 52 Note 2^a ist bemerkt, daß das DAÖ. zu München in einem Erkenntniß vom 19. Oktober 1855 (Reg. Nr. 325⁵⁴/₅₅) sich für die Beweis-pflicht des den Einwand der Bedingtheit Vorbringenden ausgesprochen habe. Derselben Rechtsansicht folgte der oberste Gerichtshof in einem Erf. vom 19. Juni 1857 (Reg. Nr. 204⁵⁶/₅₇). Die Motive dieser Entscheidung nehmen Bezug auf Puchta, Pandekten §. 97 sub Vorles. Bd. I S. 207 (Aufl. 4 S. 223—224), Savigny, System des heut. röm. R. Bd. V S. 154, sowie auf ein in Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 370 mitgetheiltes Erkenntniß des DAÖ. zu Jena.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nur Lehre von der unvordenklichen Verjährung. Beweis derselben durch Urkunden. — Fidejussio über Herkommen und Verjährung. — Der Ablöser eines Gutsübergebers, welcher gegen den Gutsübernehmer die Forderung, deren Verichtigung von diesem übernommen worden, geltend gemacht, begibt sich dadurch nicht seines Anspruchs gegen den ursprünglichen Schuldner. — Novatio tacita durch Zurückgabe des alten und Annahme eines neuen Schuldscheines mit geändertem Inhalte. —

Nur Lehre von der unvordenklichen Verjährung. Beweis derselben durch Urkunden.

(Schluß.)

Nach allem dem bleibt nur noch übrig, die Entscheidung des obersten Gerichtshofes in München selbst zu geben. Der Fall, um den es sich drehte, hatte sich in folgender Weise gestaltet:

Die Fürstbischöfe von N. waren, durch einen besonderen Tauschvertrag hiezu ermächtigt, seit Ende des 13. Jahrhunderts in den Besitz des Patronatsrechtes über die Pfarrei Rohrdorf gekommen, welche im Pfleggerichte Rosenheim, sohin im Herzogthume Bayern und im Erzbisthume Salzburg lag. Sie hatten auch seit jener Zeit in allen vorgekommenen Vakaturfällen die Pfarrer auf jene geistliche Pfründe dem Erzbischofe von Salzburg präsentirt, und dieser dieselben, „weil das Patronatsrecht dem Bischofe von N. zustehet“, förmlich investirt. Jene Präsentationsbriefe selbst wurden das 16. und 17. Jahrhundert hindurch von der geistlichen, in den fünf

jüngsten Fällen dagegen, welche das 18. Jahrhundert ausfüllten und noch in das erste Jahrzehnt des neunzehnten hinüberreichten, von der weltlichen Regierung des Fürstbischöfes ausgefertigt, weil jenes Patronatsrecht mit der Grundherrlichkeit über das betreffende Dorf für das Hochstift M. erworben war, und nach natürlichen Begriffen als eine Pertinenz desselben betrachtet wurde. Im J. 1810 fiel das Hochstift M. an die Krone Bayern, welche von nun an auch jenes Präsentationsrecht ausübte. Allein sich auf den Art. XI Abs. 6 des Konkordates von 1817 berufend, glaubte später der H. Bischof von M., weil seine Amtsvorgänger solches ausgeübt, dasselbe für sich wider den k. Fiskus vindiziren zu können, obwohl jene Pfarrei weit außerhalb seines neu gebildeten Sprengels lag und auch nie in den seiner Vorgänger auf dem bischöflichen Stuhle gehört hatte. Nach verhandelter Sache wurde dem H. Bischöfe, der Behauptung seiner Klage entsprechend, vom obersten Gerichtshofe der Weisheit aufgelegt, daß der jeweilige Bischof von M. als solcher, d. i. abgesehen von seiner früheren Eigenschaft als Landesherr über die Pfarrei Rohrdorf seit unvordenklicher Zeit bis zur Säkularisation des Fürstenthumes M. das Patronatsrecht ausgeübt habe. Die Ergebnisse des geführten Beweises und Gegenbeweises stellten im Wesentlichen die vorbemerkten geschichtlichen Umstände heraus; seit dem J. 1582 lag der Hergang aller Pfarrbesetzungen urkundlich belegt vor Augen. Das k. Appellationsgericht erkannte hierauf dem H. Bischöfe das beanspruchte Patronatsrecht wirklich zu, weil der vormalige Fürstbischof von M. dasselbe anderthalb Jahrhunderte hindurch mit Beziehung auf seine Eigenschaft als Bischof durch seine geistlichen Behörden ausgeübt habe, und die vier oder fünf Fälle der späteren Zeit aus dem 18. und 19. Jahrhundert, wo der weltliche Hofrath damit betraut wurde, nicht mehr

im Stande seien, zum Nachtheile einer einmal erstrebten Verjährung der ältesten und unvordenklichen Zeit wieder eine Aenderung zu bewirken. Der oberste Gerichtshof entband dagegen durch Erk. vom 17. November 1857 (R.Nr. 1041^{55/56}) den f. Fiskus auf dessen Berufung von der angestellten Klage, wodurch also der Anspruch des H. Bischofs als ungegründet zurückgewiesen wurde. Aus den Gründen des oberstgerichtlichen Erkenntnisses entnehmen wir:

Die in Frage stehende Ausübung soll nach dem Beweissthema seit unvordenklicher Zeit bis zur Säkularisation des Fürstenthumes R. statt gefunden haben. Der Beweis der unvordenklichen Verjährung in Bezug auf einen Rechtszustand, welcher den Sitz seiner Befundung vorzugsweise in Urkunden findet, führt zu eigenthümlichen Schwierigkeiten. Der Rückgriff auf ein oder zwei Menschenalter, das Begnügen mit Zeugen, welche 54 Jahre alt sind und auf ihre wahrnehmungsfähige Lebenszeit, d. i. auf 40 Jahre rückwärts den Bestand des streitigen Rechtes beständigen, wird hier völlig bedeutungslos, wenn eine Reihenfolge schriftlicher Nachweise die ganze Geschichte der Entstehung und Fortbildung eines Rechtsverhältnisses offen vor Augen legen. Der Versuch, die gewöhnliche Dauer der als ein Minimum angenommenen Verjährungszeit hier zu verdoppeln und achtzig statt der sonst erklecklichen vierzig Jahre zu erfordern, muß als ziemlich willkürlich erscheinen. Es bleibt daher nichts übrig als der Beurtheilung die weitest mögliche Spannkraft zu verleihen und den forschenden Blick über den ganzen Zeitraum hinwegschweifen zu lassen, für welchen die vorgelegten Behelfe Licht und Einsicht in die wahre Verletzung der Umstände erlauben, um hieraus im Wege der Abstraktion auf ein sicheres Ergebnis zu gelangen. Die unvordenkliche Verjährung beruht auf einer Rechtsvermuthung, daß ein Rechtszustand, der so

lange Zeit über fortwährte, daß die ganze lebende Generation sich eines anderen als seines Bestehens nicht besinnen kann, auch auf einem kräftigen Rechtstitel beruht habe und dieser nur im Laufe der Ereignisse in Vergessenheit gerathen, verloren gegangen oder sonst verkommen sei. Führt nun jene Forschung in den vorliegenden Urkunden zu der grundhaltigen Ueberzeugung hin, daß ein Recht eine so lange Reihe von Jahren und Jahrzehnten hindurch, wofür der hundertjährige Zeitraum nicht gerade entscheidend ist, ununterbrochen und in dem Grade konsequent bis auf die neueste Zeit in Ausübung kam, daß sich hieraus ein bindiger Schluß auf seine ursprüngliche Gründung oder sein allseitiges Anerkenntniß ziehen, daß eine Art stillschweigenden Quasikontraktes das Einverständnis aller an der Sache Betheiligten nicht mehr bezweifeln läßt¹⁹⁾, so steht kein Bedenken entgegen, dasselbe im Wege der unvordenklichen Verjährung für bereift und vollkommen befestigt zu halten. Diese Frage ist daher ebenso, wie bei dem Herkommen, mehr faktischer als rechtlicher Natur. Allein eine unerlässliche Voraussetzung hiezu bildet immer der Umstand, daß ein solcher Rechtszustand bis auf die Zeit des begonnenen Streites oder auf sonst einen im Bereiche der Gegenwart gelegenen Zeitpunkt herabreiche. Die unvordenkliche Verjährung hat das Besondere, daß sie unabgemessen ihre Herr-

¹⁹⁾ Der Bezug auf einen Quasikontrakt scheint hier in einem ziemlich unelgentlichen Sinne genommen zu sein, indem der Gerichtshof ein Rechtsverhältniß damit andeuten wollte, welches die Natur eines Vertrages insofern nachahmt, als das Gesetz selbst vermöge einer Fiktion den Besitzstand, welcher unter den übrigen Voraussetzungen eine gewisse Zeit über fortbauerte, mit dem nämlichen Ansehen umgab, als sei die durch sein ruhiges Verhalten bekundete Zustimmung — consensus — des jetzigen Widersachers hinzugetreten und habe ihn unwiderruflich gemacht.

schaft an die Erinnerung der jetzt lebenden Generation anknüpft; was über deren Gedächtnißvermögen in den Hintergrund zurückfällt, das entschwindet ihrer Bewältigung, weil alsdann ein jüngerer, nach Umständen selbst wieder unvordenklicher Zustand für die Negation des streitigen Rechtes besteht, welcher ein gleiches und noch größeres Ansehen wie der seiner Behauptung günstige der längst vergangenen Zeit verdient. Eine Unterbrechung der Verjährung wird bekanntlich durch jedes Ereigniß herbeigeführt, welches im Laufe des betreffenden Zeitraumes die Ausübung des streitigen Rechtes verhindert und sich ihr widersetzt. Wenn nun diese Unterbrechung am Ende liegt, wenn ein die längste Zeit über ausgeübtes Recht eine gleich lange oder noch längere Zeit über wieder ruhte oder auf einen radical verschiedenen Fuß versetzt wurde, so ist nicht abzusehen, warum dasselbe nicht auf dem gleichen Wege wieder in Abfall gekommen sein sollte. Eine so consequente Aufeinanderfolge von Fällen der veränderten Auffassung und Bethätigung muß gewiß dem Bestande einer unvordenklichen Verjährung noch hinderlicher fallen, als wenn dieselben die vorangegangenen der älteren Zeit in einem beständigen Abwechsel durchkreuzt hätten, eine Voraussetzung, an der jede Verjährung hätte scheitern müssen. Die unvordenkliche Verjährung faßt deshalb immer die jüngste Periode der Umbildung eines Rechtes von wandelbarem Bestande in's Auge; nur ein Herabsteigen der Ausübung bis auf die Gegenwart läßt sich als die Kundgabe eines so beharrlichen Rechtsbewußtseins über den streitigen Punkt erfassen, daß dieselbe die Stelle eines gültigen Titels zu vertreten vermag. Es ist ein radicaler Irrthum, zu glauben, ein Recht, welches an dem Leitfaden der Verjährung einmal gegründet oder erstrebt wurde, sei hiedurch gegen das nämliche Element gleichsam feuerfest geworden, so daß es auf demselben Wege nicht wieder ver-

schwinden oder auf Nichts zurückgeführt werden könne. Jene Rechtsvermuthung, welche in der Vorstellung die Grundlage aller unvordenklichen Verjährung bildet, daß ein Einverständniß unter den Betheiligten die Ausübung oder den Uebergang eines Rechtes vermittelt habe, wendet sich vielmehr auf gleiche Weise der umgekehrten Lage der Umstände zu, wenn dasselbe Recht später in eine solche Phase seiner Ausübung trat, daß seine ursprüngliche Natur oder sein Zusammenhang mit anderen Zuständigkeiten dadurch eine jüngere Veränderung erfuhren. Auch hat der oberste Gerichtshof diesem Erfordernisse der Fortdauer bis auf die Neuzeit herab in seinem Beweisthema . . . einen bestimmten Ausdruck verliehen, indem der auferlegte Beweis den Zeitraum umfassen sollte: „seit unvordenklicher Zeit bis zur Säkularisation des Fürstenthums N.“, welche bekanntlich erst im Jahre 1810 erfolgte.

Am Schlusse faßten jene Entscheidungsgründe ihr Hauptargument nochmals darin zusammen:

Die bisherige Erörterung kann das Schicksal des verfolgten Anspruches nicht mehr zweifelhaft lassen. Aus allen Urkunden und Umständen des Falles ergiebt sich mit Evidenz, daß das Patronatsrecht über die Kirche Rohrdorf dem Fürstbischofe von N. weder in seiner Eigenschaft als Landesherr noch als Bischof unmittelbar, sondern als Lehn- und Grundherr jenes Dorfes zustand, daß aber diese Grundherrlichkeit einen Theil der Dotation des bischöflichen Stuhles zu N., gleichwie das ganze Fürstenthum selbst bildete. Als daher die Ausstellung der Präsentationsbriefe zu Anfang des vorigen Jahrhunderts von dem bischöflichen Konsistorium in die Hände der Regierung für weltliche Sachen überging, war es nicht sowohl eine *Art capitis diminutio*, die über jenes Patronatsrecht erging, als vielmehr die einfache Folge einer consequenteren An-

ordnung der Ressortverhältnisse für den Dienst und die Behörden jenes geistlichen Hochstiftes. Der Bischof von N. konnte und wollte bei allem dem nichts gegen den Fürsten von N. verjähren, durch Ersklung an sich bringen oder wieder verlieren; die unvordenkliche Zeit wurde in dem Beweissthema nur als ein festes Kriterium aufgestellt, um auf die wahre Quelle der streitigen Zuständigkeit einen verlässigen Schluß ziehen zu können; eben deshalb muß aber dieser Schluß dem Gegendrucke aller Zwischenfälle von jüngerem Datum weichen. Da nun das Fürstenthum als die weltliche Ausstattung der geistlichen Würde an Bayern überging und von der Grundherrlichkeit, zu welcher das Patronatsrecht eine Zugehörung war, nichts im Besitze des neuen Bisthumes zurückblieb, so ergibt sich hieraus von selbst die Folge, daß der Anspruch der bischöflichen Kirche zu N. und ihres Oberhauptes auf jenes Pfarrbesetzungsrecht ungegründet sei. Selbst im engen Anschlusse an die Rechtskraft des Beweissthema muß der H. Kläger als beweisfällig erscheinen, weil von dem nicht müßigen Zusage: „bis zur Säkularisation des Fürstenthums N.“ das gerade Widerspiel erwiesen vorliegt.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Eideszuschiebung über Herkommen und Verjährung.

Bgl. Bd. XIII S. 400.

Eine Gemeinde hatte den k. Fiskus auf Tragung der Baulast an ihrem Schulhause belangt und sich hiefür auf einen alten Vertrag gestützt, so daß dem be-

klagten Theile nur der Beweis seiner beiden Gründe des Herkommens und der Verjährung in alterer nativer Fassung zum Beweise ausgesetzt waren. Der k. Fiskus sollte nämlich nach Anleitung des preuß. Landrechtes Thl. I, Tit. 9 §§. 632, 639 u. 649, dann Thl. II, Tit. 11 §. 710 beweisen: entweder, daß der Kirchenpatron von M. von der Baulast bezüglich des dortigen Schulhauses gemäß ununterbrochener Gewohnheit befreit war, oder daß innerhalb 44 Jahren wenigstens bei drei Baufällen am fraglichen Schulhause, wo dem Kirchenpatron daselbst die subsidiäre Baupflicht oblag, die Baulast aus anderen Mitteln als jenen des Kirchenpatrons bestritten wurde. Dieser mit zahlreichen Urkunden angetretene Beweis mißlang indessen nach seinen beiden Gliedern vollständig; anshülfsweise war der Gemeinde der Haupteid über die beiden Sätze des Beweisalthemas zugeschoben. Als nun die erste Instanz dieses Beweismittel als unzulässig verwarf und vielmehr das k. Merar nach den Bitten der Klage verurtheilte, ergriff das Fiskalat die Berufung, indem es sich über die Beseitigung des von ihm zur Anshülfe zugeschobenen Haupteides beschwerte, und die Auflage desselben bezüglich der Verjährung sogar in der seltsamen Formel beantragte, „daß die Vertreter der Gemeinde weder wissen noch glauben, daß in den bezeichneten Zeitraum (der letzten 75 Jahre) ununterbrochen sich nachfolgende vier- undvierzig Jahre fallen, in welchen irgend drei Baufälle an dem fraglichen Schulhause, und zwar jeder erste von denselben am Anfang der 44 jährigen Periode vorkamen, welche bei Unvermögenheit der Kirchenstiftung aus anderen Mitteln als denen des Kirchenpatrons bestritten worden seien.“ Der oberste Gerichtshof bestätigte den Ausspruch der I. Instanz. Aus den Gründen des Erkenntnisses erheben wir:

An letzter Stelle glaubt der k. Fiskus noch

beantragen zu können; die Gemeinde habe im schlimmsten Falle den Haupteld über das Beweissthema zu leisten. Auch dieses Begehren war ungegründet. Ueber den Bestand einer Wohnheit findet eine Eideszuschreibung nicht statt, wie bereits das k. Appellationsgericht gründlich nachwies; ein Gleiches gilt auch aus gleichen Gründen von der Vollendung der Verjährung¹⁾).

Erhielte die Gemeinde den Eid nach der fiskalischen Formulirung aufgetragen, so bliebe ihrer eldlichen Manifestation die Beurtheilung überlassen, ob die drei übereinstimmenden Fälle, von denen sie sich hinwegschwören sollte, wenn ihrer Vorstellung etwa einige hieher einschlägige Umstände vorschwebten, auch gehörig beschaffen seien, um zur Grundlage einer solchen Verjährung zu dienen, und ob insbesondere damals dem Kirchenpatron die Baupflicht auch obgelegen wäre, was jedoch die entschiedensten Gränzen der Zulässigkeit eines Eides der Parteien überschreitet. Ueber eine so oberflächlich hingeworfene Kette von Thatumständen, für welche gar keine bestimmten Anhaltspunkte aufgestellt und der überdies rechtliche Elemente mit einverwebt sind, läßt sich keiner Partei zumuthen, ihr Gewissen mit einem Eide zu beschweren. Dieser Eid ist auch für die aufgeworfene Streitfrage kein solches Beweismittel, in welchem die richterliche Ueberzeugung nur den geringsten Zuwachs von Licht und Einsicht in die wahre Verwandschaft der Sache zu schöpfen vermöchte. Diese letztere ist überdies bereits in dem Grade aufgeklärt, daß aus den gepflogenen Erhebungen das gerade Widerspiel der fiskalischen Aufstellung bestimmt erhellt, das Fehlen jeder Wohnheit nämlich und aller Erfordernisse zu einer rechtsbeständigen

¹⁾ Vgl. Kommentar über die bayer. G.D. ed. II Bd. III S. 372 Note 9.

Verjährung; jede eidlische Erhärtung über diesen Punkt erscheint hiedurch von vorne herein als erübrigt.

DAB. Erf. v. 9. Okt. 1857, Nr. 773 ⁵⁴/₅₅.

2.

Der Gläubiger eines Gütsübergabers, welcher gegen den Gütsübernehmer die Forderung, deren Berichtigung von diesem übernommen worden, geltend macht, begiebt sich hiedurch nicht seines Anspruches gegen den ursprünglichen Schuldner.

Der Gütsbesitzer Johann F. hatte durch Vertrag vom 7. Oktober 1847 seine Realitäten mit Mobilarschaft, so wie seine Aktivforderungen seinem Sohne Ludwig F. gegen einen Uebernahmss-Preis von 185,000 fl. und Uebernahme seiner sämtlichen Passiva eigenthümlich abgetreten.

Die Mehrzahl der Gläubiger des Johann F., welche von diesem Uebergabs-Vertrage Kenntniß erhielten, richteten ihre Anforderungen anfänglich lediglich an den Uebernehmer, rechneten mit diesem ab, nahmen von demselben Zinsen in Empfang, kündeten ihm Kapitalien u. dgl.; als jedoch Ludwig F. später in Vermögensverfall kam, und im Jahre 1853 in Konkurs gerieth, klagten sie ihre Forderungen gegen die Erben¹⁾ des inzwischen verstorbenen Johann F. ein, wobei jedoch einige derselben ihre Forderungen gleichzeitig in der Gant des Ludwig F. liquidirten.

Die Beklagten setzten den Klagen unter anderem die Einrede der Novation entgegen, zu deren Begründung sie geltend machten, daß die Kläger dadurch, daß sie nicht nur gegen die Schulübernahme von Seite des Ludwig F. und gegen die Vertheilung des Uebergabschillings unter die Erben

¹⁾ Ludwig F. hatte im Uebergabsvertrage auf seine Erbansprüche auf den vereinstigten väterlichen Nachlass Verzicht geleistet.

des Johann F. nicht protestirt, sondern auch ihre Anforderungen lediglich an Ludwig F. gerichtet, mit demselben abgerechnet, sogar ihre Forderungen in der Gant des Ludwig F. liquidirt, diesen als ihren Schuldner anerkannt hätten.

Die in solcher Art begründete Einrede wurde jedoch in drei Instanzen verworfen. Die Gründe des in einer der mehreren Rechtsfachen ergangenen OLG. Erf. vom 7. Jänner 1857 (N. Nr. 365 ⁵⁶/₅₇) enthalten Nachstehendes:

Aus der const. ult. de nov. et deleg. (8, 42) läßt sich zwar bei richtiger, die Veranlassung und den Zweck dieses Gesetzes geeigneter berücksichtigender Auslegung

vgl. Puchta, Pand. §. 291 Note h. Vorlesungen
Bd. I. S. 141,

die Nothwendigkeit eines mit Worten erklärten animus novandi nicht entnehmen; das Gesetz wollte vielmehr nur aussprechen, daß der animus novandi nicht präsumirt werden dürfe, sondern wirklich vorhanden, und klar und bestimmt ausgedrückt sein müsse, ohne die Zulässigkeit einer stillschweigenden Willenserklärung auszuschließen; allein jedenfalls wird zu einer stillschweigenden Erklärung des animus novandi eine Handlung erfordert, aus welcher auf den Willen des Handelnden, die alte Obligation aufzuheben und eine neue an deren Stelle zu setzen, mit Nothwendigkeit geschlossen werden muß, mit welcher sich die Absicht, daß die bisherige Obligation neben der neuen fortbestehen solle, vernünftigerweise nicht vereinbaren läßt.

Die Beklagten haben in der Vernehmung auf die Klage nicht behauptet, daß der Kläger den Ludwig F. als seinen nunmehr alleinigen Schuldner ausdrücklich anerkannt habe; ebenso wenig aber sind von den Beklagten Thatfachen behauptet worden, welche die Annahme eines durch konfluente Handlungen erklärten animus no-

vand i rechtfertigen könnten, und es kann namentlich aus solchen Handlungen des Klägers, aus welchen zu entnehmen ist, daß er den Ludwig F. als seinen Schuldner betrachtete, keineswegs, wie die Revidenten glauben, sofort gefolgert werden, daß er, beitreten der Absicht, welche Joh. u. Ludw. F. beim Abschlusse des Vertrages am 7. Oktober 1847 allerdings unverkennbar hatten, den Ludw. F. anstatt des ursprünglichen Schuldners und der Erben desselben als seinen Schuldner angenommen, daß er die letzteren aus dem Obligations-Verbande entlassen habe.

Ludwig F. war durch den Uebergab-Vertrag vom 7. Oktober 1847, gemäß welchem er die Schulden seines Vaters übernommen hatte, neben diesem Schuldner der Gläubiger seines Vaters geworden.

Vgl. Mittermaier, deutsch. Priv. Recht 7. Aufl. II, §. 290, S. 67; Pfeiffer's prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 152, Bd. VIII S. 337—39; Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden, S. 80 u. ff., insbes. S. 104—6; §. 56 des Hyp. Ges. und von Önners' Kommentar I S. 454—57.

Die Gläubiger des Joh. F. konnten in Folge des Uebergab-Vertrages vom 7. Oktober 1847 nach freier Wahl von dem Uebernehmer oder von dem ursprünglichen Schuldner, beziehungsweise den Erben desselben ihre Befriedigung zu erlangen suchen, ohne dadurch, daß sie den einen der beiden Schuldner in Anspruch nahmen, die ihnen gegen den anderen zustehenden Rechte aufzugeben. Nur durch Befriedigung der Gläubiger würde die Verbindlichkeit beider getilgt worden sein, und wenn daher Kläger seit der Vermögens-Abtretung des Joh. F. an seinen Sohn L. seine Anforderungen bezüglich der eingeklagten Schuld früher lediglich an Ludw. F. gerichtet, mit diesem dießfalls abgerechnet, demselben das Kapital aufgekündet, wenn er ferner die fragliche

Forderung in der Gant des Ludw. F. ohne allen Vorbehalt liquidirt hat, so läßt dieß wohl entnehmen, daß Kläger von der Uebernahme der väterlichen Schulden durch L. F. Kenntniß erhalten hatte, und zunächst von diesem Befriedigung zu erlangen beabsichtigte, keineswegs aber kann hieraus auch nur mit Wahrscheinlichkeit, vielweniger mit Bestimmtheit gefolgert werden, daß derselbe auf die ihm gegen den ursprünglichen Schuldner und dessen Erben zustehenden Rechte zu verzichten, daß er diese ihrer Verbindlichkeit zu entheben gemeint gewesen sei.

Insbesondere erscheint die Liquidation der fraglichen Forderung in der Gant des L. F. lediglich als ein Versuch, von einem der beiden dem Gläubiger haftenden Schuldner Befriedigung zu erlangen, aus welchem auf die Absicht des Klägers, die Erben seines ursprünglichen Schuldners ihrer Haftung zu entbinden, um so minder geschlossen werden kann, als bei der Insufficienz des Vermögens des Ludwig F. zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger schon von vorneherein zweifelhaft war, ob von diesem Schuldner Befriedigung zu erlangen sein werde.

Dabei versteht sich von selbst, daß Kläger nicht aus der Gantmasse des Ludwig F. und von den Erben des ursprünglichen Schuldners Zahlung verlangen kann, und daß diese, wenn sie rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt werden sollten, dasjenige, was Kläger bis dahin aus der Gantmasse erhalten haben sollte, gleich einer von ihnen selbst während des Prozesses geleisteten Zahlung an der zu bezahlenden Summe abrechnen, oder von dem Kläger die Abtretung seiner Ansprüche an die Gantmasse verlangen können.

Die Beklagten konnten daher weder von der Klage entbunden, noch zu dem Beweise, daß Kläger den Ludwig F. als seinen Schuldner anerkannt habe, zugelassen werden, da aus dieser Thatsache auf die

Befreiung der Erben des ursprünglichen Schuldners von ihrer Verbindlichkeit durchaus nicht geschlossen werden kann ²⁾). ***h***

3.

Novatio tacita durch Zurückgabe des alten und Annahme eines neuen Schuldscheines mit geändertem Inhalte.
Vergl. die vorige Nr.

Unter den Gläubigern des Johann F., welche ihre Forderungen gegen dessen Erben einlagten, befand sich auch Cyprian G., dessen Bruder Engelbert, welcher von Cyprian G. beerbt worden war, dem Johann F. drei theils zu 4⁰/₀, theils zu 3¹/₂⁰/₀ verzinsliche Darlehen von 2000 fl., 1600 fl. und 400 fl. gegeben hatte.

Auch diesem Gläubiger wurde die Einrede der Novation entgegengesetzt und auf die Behauptung gegründet, daß Ludwig F., nachdem er das Anwesen seines Vaters, und mit diesem dessen Passiven übernommen, dem Kläger auf dessen Ansuchen einen auf ein dem Ludwig F. von Cyprian G. gegebenes, zu 4⁰/₀ verzinsliches Darlehen von 4000 fl. lautenden Schuldschein ddo. 16. Juni 1852 ausstellt, und Kläger dem Ludwig F. die alten Schuldscheine des Johann F. über obige drei Darlehen zurückgegeben habe.

Der oberste Gerichtshof erachtete diese Einrede für begründet, und die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 7. Jänner 1857 (R. Nr. 805 ⁵⁵/₅₆) äußern sich, wie folgt:

Der animus novandi kann auch stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden, aus welchen auf den Willen des Handelnden, die alte Obligation aufzuheben und eine neue an deren Stelle

²⁾ Vergl. Bf. f. R. R. Bd. 18 S. 32. S. jedoch auch Bd. 21 S. 171 ff.

zu setzen, nothwendig geschlossen werden muß, mit welchen die Annahme der Absicht, daß die alte Obligation neben der neuen fortbestehen solle, vernünftigerweise nicht vereinbar ist¹⁾, und aus den Worten der const. ult. de novat. (8, 42): nisi specialiter remiserint priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint — läßt sich die Nothwendigkeit eines in Worten ausgedrückten animus novandi deshalb nicht ableiten, weil diese Konstitution, wie namentlich aus deren Eingang ersichtlich ist, durch die Kontroversen veranlaßt wurde, welche darüber bestanden, in welchen Fällen eine Novation präsumirt werden und daher eine Untersuchung des animus novandi nicht nothwendig sein solle, und der Gesetzgeber lediglich diese Kontroverse durch die Vorschrift, daß der animus novandi immer zweifellos vorhanden sein müsse (non lege, sed voluntate solum esse novandum), beseitigen wollte, ohne ausnahmsweise bei der Novation die Wirksamkeit einer stillschweigenden Willenserklärung auszuschließen. (Vergl. Buchta Pandekten S. 291, Note h. Vorlesungen Bb. I. S. 141.) Eine stillschweigende, aus konkludenten Handlungen zu folgernde Erklärung des animus novandi liegt hier vor. —

Durch die Ausstellung und Annahme des neuen Schuldscheines hat nicht Ludwig F. lediglich seine durch den Uebergabß-Vertrag vom 7. Oktober 1847 begründete Verbindlichkeit, die seinem Vater gegebenen drei Darlehen zurückzubezahlen, dem Gläubiger gegenüber anerkannt, woraus allerdings nicht nothwendig zu folgern wäre, daß der Gläubiger die Erben des ursprünglichen Schuldners ihrer Verbindlichkeit habe erheben wollen, sondern es ist durch dieses Rechtß:

¹⁾ Vgl. Bl. f. R. u. Bb. 6 S. 157—8.

geschäft, abgesehen von der Vereinigung dreier, zu verschiedenen Zeiten gegebener Darlehen in ein Darlehen mit gleicher Zinszeit, abgesehen ferner von dem theilweise veränderten Zinsfuße auch eine Novation in Ansehung der causa debendi bewirkt worden, indem Ludwig F. jene 4000 fl., welche er für die dem Johann F. von Engelbert E. gegebenen drei Darlehen in Folge des Uebergab-Vertrags vom 7. Oktober 1847 zu bezahlen verpflichtet war, nunmehr als ein ihm von Cyprian E. gegebenes Darlehen zu bezahlen sich verpflichtete. — Hiemit läßt sich aber die Absicht des Gläubigers, daß die bisherige Obligation neben der durch die Ausstellung und Annahme des neuen Schuldscheins begründeten fortbestehen solle, schlechterdings nicht vereinigen. Cyprian E. konnte offenbar nicht berechtigt sein, und daher vernünftigerweise auch nicht beabsichtigen, eine und dieselbe Summe von den Erben des Joh. F. für die Darlehen, welche Joh. F. erhalten hatte; von Ludwig F. aber für ein diesem gegebenes Darlehen zu fordern, und da Cyprian E. überdies bei Empfangnahme des neuen Schuldscheins dem Ludwig F. die drei alten Schuldscheine zurückgegeben haben soll, wodurch gleichfalls eine Präsuntion für den Erlaß der in diesen Schuldscheinen bescheinigten Schuld begründet wird (const. 14. 15. de solut. (8, 43); fr. 2 §. 1. de pactis (2, 14); fr. 24. de probat. (22, 3), — so läßt die in Frage stehende Handlung des Cyprian E. keine andere Auslegung zu, als daß er den Ludwig F. anstatt des ursprünglichen Schuldners, vielmehr der Erben desselben, als Schuldner angenommen, daß er diese aus dem Obligations-Verbande entlassen habe. ***y***.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Devolutiveffekt der Appellation in Bezug auf die Feststellung von Beweisansagen. — Unschädliche Abweichungen von dem Probatsage (probatlo per acquipollens). — Wie ist zu erkennen, wenn nach Zuerkennung des Meinungsgebotes die Unbedenklichkeit des Schörenden eintritt? — Berechnung der Beschwerdesumme bei Streitigkeiten über die Priorität im Konkurse. — Bedingtes Unverfallsbittommh. Spezifikationen des Nachlasses.

Ueber den Devolutiveffekt der Appellation in Bezug auf die Feststellung von Beweisansagen.

Wgl. Bb. II S. 109; Bb. IV S. 401; Bb. XXII S. 7 Nr. 2; Kommentar über die G.D. Auf. 2 Bb. IV S. 114 Note 10.

Die Gerichtsordnung Kap. XV S. 9 Nr. 1 hat verordnet, „durch die Appellation werde die Streitsache nach Maß der eingewendeten Spezialgravamina samt allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt.“ Was von einer besonderen Beschwerde abhängt, ist in jedem Falle ein sehr elastischer Begriff; derselbe darf nicht zu weit ausgedehnt, aber auch nicht in zu enge Grenzen eingezwängt werden. Des Ausdruckes Spezialgravamina scheint sich die Ger.-Ord. bloß deshalb bedient zu haben, um dem Irrthume vorzubeugen, wenn eine Partei einmal über was immer für einen Punkt eines Urtheiles die Berufung ergriffen, so werde der Oberrichter hiedurch Herr, sich der ganzen Sache zu bemächtigen und ein neues Urtheil zu erlassen, ganz ebenso, als wenn das der unteren Instanz gar nicht in Mitte läge. Allein

ein anderer Punkt ift wohl ebenfo gewiß; die Faßung „nach Maß der eingewendeten Spezialgravamina“ ift nicht gleichbedeutend mit den Worten: nach Maßgabe der in der Berufung geftellten Witten. Wo die Gerichtsordnung eine Bitte nicht überfchritten oder davon abgewichen fehen will, hat fie dießes beſonders angeführt, z. B. in Kap. VI § 9, wo fie von der richterlichen Amtsgevalt in Supplirung unterlaſſener Exzeptionen handelt¹⁾.

Die allgemeine Vorſchrift, *ne iudex eat ultra petita partium*, ift in der O. Kap. XIV §. 7 („wie die Sentenz gefaßt werden foll“) Nr. 2 wiedergegeben und dort ausdrücklicd auf den engen Umfang beſchränkt, ſoviel das *objectum litis* in der Hauptsache ſelbſt betrifft. Das *argumentum a contrario* führt hiebei offenbar dahin, daß der Richter in Bezug auf Inſtruktions- und Prozeßfragen freie Hand haben müſſe, den Anträgen der Theile ſtatt zu geben, ſie abzuweiſen oder auch ganz zu verlaſſen, nach eigener Anſicht zu urtheilen und zu handeln. Zu den Prozeßfragen gehört aber offenbar auch der Punkt, wieviel von dem erheblichen Vorbringen der Theile bereits liquid und was noch eines Beweiſes bedürftig, was daher weiter zu erheben erforderlich ſei, um die gewiſſenhafte Ueberzeugung des Richters genau aufzuklären. Sowohl die Feſtſtellung eines Beweiſsthemas als auch die Vorfrage, ob es überhaupt des Beweiſes noch bedürfe, iſt daher ein Folgepunkt, welcher ganz von dem Gegenſtande einer Beſchwerde abhängt, ſobald dieſe einmal das Richteramt anrief und dadurch in die Lage brachte, ſich über den rechtlichen Gehalt des Faktums, welches den Gegenſtand des Beweiſes bildet, ſeine Schlußvündigkeit, ſeine Grundhaltigkeit, um ein darauf geſtüßtes Begehren zu rechtfertigen, ſelbſt

¹⁾ Vergl. Bl. f. R. R. Bd. 3 S. 132.

auszusprechen. Ist die Statthastigkeit eines Klagegrundes oder einer Einrede in Folge einer geführten Beschwerde der obrichterlichen Prüfung unterbreitet, so muß dieser höhere Richter auch ganz in seiner Macht haben, sich über die weiteren Vorbereitungen und die noch erforderliche Probe auszusprechen, um ihnen den bezielten Erfolg zu sichern. Ein Irrthum des Unterrichters und ein Uebersehen der Partei, diesen Irrthum mit in den Umkreis ihrer Beschwerde zu ziehen, kann dem ersteren unmöglich die Hände binden und ihn hindern, in seinem Urtheile jenen freien Ausschlag zu der Gerechtigkeit zu nehmen, welchen das Bedürfniß der Sache erheischt²⁾. Auch ist es ein Irrthum, ein Spezialgravamen im Sinne jener Stelle bloß auf den vereinzelten Punkt des Urtheiles zu beziehen, an welchen sich dasselbe gerade anknüpft. Angenommen, es steht die Erheblichkeit eines Beweises in Frage, so kann das eine von zwei angefochtenen Urtheilen etwa so gefaßt sein, Kläger habe zu beweisen, daß er a) an einem bestimmten Tage mit dem Beklagten einen Vertrag des Inhaltes . . . abgeschlossen und b) denselben auch von seiner Seite bereits dadurch erfüllt habe, daß er . . . u. s. w., während das andere Urtheil vielleicht diese beiden

²⁾ Zwei ältere Fälle, welche durch ihren Gegensatz besonders dazu beitragen, den Umfang und die Grenzen des Devolutiveffectes der Appellation auf diesem Punkte genau zu bezeichnen, finden sich nebeneinander gestellt: Bd. 20 S. 269—271. Ferner sind hiermit noch folgende Fälle zu vergleichen, worin der Oberrichter, ungebunden durch das Verlangen einer Beweisaufgabe, sogleich definitiv erkannte: Bd. 10 S. 28; — Bd. 12 S. 183; — Bd. 17 S. 234. Vergl. auch noch den in Bd. 6 S. 47 mitgetheilten Fall, wo der Beklagte auf die Berufung des Klägers wider eine überflüssige Beweisaufgabe von dem größeren Theile der Forderung definitiv entbunden wurde.

Sätze ohne Abtheilung durch a und b unmittelbar aneinanderhängt. Wenn sich nun der Kläger in beiden Sachen z. B. darüber beschwert, auch den Abschluß des Vertrages noch beweisen zu müssen, den doch sein Gegner zugestanden, so würde man mit Unrecht sagen: Vom zweiten Urtheile ist das ganze Beweissthema devolvirt, weil es nur einen Satz bildet, vom ersten aber bloß das erste Glied, weil dasselbe in zwei Theile gespalten ist, und der zweite einen besonderen Punkt bildet; denn der Gliederbau des Beweissthemas ist etwas Zufälliges, das Wesentliche besteht in beiden Fällen auf gleiche Weise darin, daß der Vollzug eines Vertrages mit seinem Abschlusse und Bestande auf das innigste zusammen- und wesentlich davon abhängt, weshalb auch der zweite Satz in beiden Fällen der Prüfung des Oberrichters mit zu unterziehen sein wird. Mit dem Erfordernisse des Erfüllungs- oder des Reinigungsseides nach durchgeführtem Beweise hat es ganz dieselbe Verwandtniß; beide sind nicht wahre Beweismittel, sondern dem Richter offen gestellte Nothbehelfe, um Dasjenige, was zur regelrechten Würdigung einer Probe noch erforderlich ist, für das Endurtheil vorzubereiten; auch bezüglich ihrer muß sich daher die Erwägung des Oberrichters frei bewegen können, nicht bloß sie aufzuerlegen, wo sie nöthig, sondern auch ohne besonderen Antrag zu beseitigen, wo sie überflüssig sind³⁾.

Ein wirklich vorgekommener Fall wird dazu dienen, diese Sätze zu erläutern und zu zeigen, wie wenig sich die Obergerichte durch Beschwerden,

³⁾ Wgl. Bd. 8 S. 139; Bd. 17 S. 175. Im letzteren Falle wurde der Beklagte, welcher darüber appellirt hatte, daß dem Kläger der Erfüllungsseid auferlegt wurde, sogleich definitiv verurtheilt. Auch das Obertribunal in Stuttgart pflegt überflüssig befundene Eide von Amtswegen zu beseitigen. Seuffert's Archiv, Bd. 2 Nr. 239.

welche den Abstrich oder die Aufrechthaltung einer Beweisauflage berühren, in ihren Urtheilen von einer freien Erwägung und Befräftigung Dessen, was die Lage der Sache mit sich bringt, sollten abhalten lassen.

Eine Gutsherrschaft klagte gegen einen ihrer Grundholsten eine Grundrente ein, welche bereits dessen Großvater durch ausdrücklichen Vertrag als eine Frohndrelution auf sein Haus übernommen hatte, und zu deren Bezahlung später sein Vater im J. 1838 rechtskräftig verurtheilt worden war. Der Beklagte, oder vielmehr sein Anwalt, widersprach, wie gewöhnlich, in der Antwort auf die Klage jenen Vertrag, sowie die bestehende Rechtskraft, überdies aber auch noch den weiteren Punkt, daß er sich im Besitze seines väterlichen Anwesens oder Gutes befinde. Allein aus einem später eingereichten Exzeptionsnachtrage ging klar hervor, daß dieser Widerspruch sich nur auf den vollen Inbegriff der von seinem Vater besessenen Gründe beziehe; denn er führte hier ausdrücklich an, sein Vater habe außer dem nun von ihm besessenen Wohnhause nebst Hof, Garten und einem Acker auch noch andere Gründe besessen, auf welche die eingeklagte Reichniß pro rata vertheilt werden müsse. Die erste Instanz nahm hierauf den Klagegrund vermöge der in Mitte liegenden Rechtskraft als liquid an, übersah jedoch daß in jenem Exzeptionsnachtrage ziemlich verborgen liegende Zugeständniß, und legte daher dem klagenden Gutsherrn nur den Beweis der passiven Legitimation zur Sache auf, daß der Beklagte das Haus Nr. 5 nebst Hof und Garten in P. besitze. Nur der Beklagte appellirte hiegegen, weil die ganze Klage nicht gehörig substanzirt sei, und erwirkte in der That hiedurch ein abänderndes Erkenntniß der zweiten Instanz, welches ihn von der Klage in der angebrachten Art entband. Nun kam die Reihe der Rechtsmittel an den Kläger; in sei-

nem Revisionsgesuche stellte er den Antrag, das Urtheil des Landgerichtes in allen Theilen zu bestätigen, eventuell die dortige Beweisaufgabe nach den gepflogenen Verhandlungen weiter zu modifiziren. Der oberste Gerichtshof fand die Beschwerde der Hauptsache nach gegründet und den Titel einer in Mitte liegenden Rechtskraft, wonach die Rente auf dem Hause haftete, ganz liquid. Was sollte aber derselbe nun aussprechen? Es bei dem Urtheile der ersten Instanz belassen und dadurch die überflüssige Beweisaufgabe über den Uebergang des Hauses von Vater auf Sohn wieder herstellen, hätte offenbar geheißen, sich dem Irrthume oder Mißgriffe des Landgerichtes beigesellen und ihn ex professo mit dem Ansehen einer oberstrichterlichen Entscheidung besiegeln, was gewiß für einen obersten Gerichtshof eine zu starke Zumuthung wäre. Es handelte sich nicht darum, einen ungerechten Ausspruch der unteren Instanz unberührt stehen zu lassen, wozu ein Obergericht so oft in den Fall kommt, sondern denselben von neuem zur Geltung zu bringen, in das Räuberwerk, über welchem die Sache ihren Ablauf nehmen und ihrem Ende zueilen sollte, erst wieder einzufügen; es handelte sich darum, etwas ganz Ueberflüssiges und somit Bedeutungsloses zum Beweise nochmals aufzuerlegen. Hätte der Kläger in seiner Replik gebeten, ihm jenen Beweis der Besitzveränderung aufzutragen, so hätte sich ein Unterrichter, dem das vorliegende Geständniß nicht entgangen war, gewiß nicht für daran gebunden erachtet, sondern den Beklagten sogleich nach der Klagsbitte verurtheilt; warum sollte aber eine formelle Schranke, welche für die erste Instanz nicht bestand, der dritten als Regel vorgeschoben sein? Wäre das Urtheil der ersten Instanz wieder hergestellt worden, so konnte Kläger den ihm auferlegten Beweis durch eine Bezugnahme auf jene Stelle des Exzeptionsnachtrages antreten und liefern; warum sollte also dieses Akten-

stieß dem obersten Gerichtshofe nicht schon dermalen gemeinschaftlich sein und eine Grundlage seiner Entscheidung bilden? Der oberste Gerichtshof war einmal bei statthaft und begründet befundener Klage mit der ganzen Frage nebst dem innig darein verwebten Folgepunkte befaßt, was zum Durchbringen des Klägers mit seinem Begehren noch erforderlich sei; derselbe griff auch nach der Frage in dieser Ausdehnung und beantwortete sie ganz unabhängig dahin, daß hiezu nichts mehr vonnöthen sei. Deshalb wurde der Beklagte in dritter Instanz sogleich definitiv nach den Witten der Klage zur Fortentrichtung der streitigen Rente verurtheilt. — Die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses bemerken hierüber:

Es steht aber auch nicht minder fest, daß sich der Beklagte in Folge eines Uebergabvertrages vom 14. Febr. . . im Besitze jenes Hauses befinde. Allerdings hatte sein Anwalt dieses in dem Einredevortrage vom . . . widersprochen, in dem Exzeptionsnachtrage v. . . hat er jedoch solches wieder ausdrücklich zugestanden, nur mit dem Zusatze, sein Vater habe außer dem von ihm besessenen Wohnhause mit Hof, Garten und einem Acker noch weitere Grundstücke besessen, ohne diese nur zu bezeichnen, ein Umstand, der ganz irrelevant ist, nachdem rechtskräftig das Haus nebst Zugehörungen mit jenen Lasten für behaftet erklärt wurde. Zwar ging das k. Landgericht D. durch seine Beweisauflage über jenes Zugeständniß hinweg, und auch die Bitte des klägerischen Revisionslibelles geht nur dahin, das Erkenntniß jenes Landgerichtes in all seinen Theilen zu bestätigen. Allein, nachdem das Geständniß der G.D. Kap. XII §. 1 im Eing. zu Folge die stärkste und vollkommenste Probe bildet, dergestalt, daß es gegen den Geständigen gar keines Erkenntnisses mehr bedürfen soll, — nachdem der Grundsatz probatio sit judici den Punkt dem richterlichen Ermessen überstellt, wie viel noch an Beweiserhebung

gen zur Vorbereitung des Endurtheiles erforderlich sei und keine Partei dem Richter einen überflüssigen Beweis aufzubringen vermag, auch der Grundsatz *ne ultra petita partium* hiedurch nicht verletzt wird, der sich nach O. Kap. XIV §. 7 Nr. 2 nur von den Bitten, „soviel das *Objectum litis* in der Hauptsache betrifft,“ versteht, — nach dem ferner die eingewendete Beschwerde den obersten Gerichtshof nach O. Kap. XV §. 9 Nr. 1 mit der vorliegenden Sache mit Allem, was davon abhängt, befaßte und die Klagsbitte, obwohl stillschweigend, in dem Revisionslibelle immerhin fortlebt, — so stand kein erhebliches Bedenken im Wege, um den vollen Klagegrund, selbst mit Einschluß der passiven Legitimation des Beklagten zur Sache, schon dormalen für liquid erklären und den geeigneten Auspruch darauf stützen zu können.

OMGE. v. 12. Dez. 1857 in Sachen Zobel g. Beck, — Nr. 87 ⁵⁵/₅₆.

Nachschrift der Redaktion.

Es wirft sich die Frage auf, ob im gegebenen Falle bereits das Appellationsgericht die Verurtheilung des Beklagten hätte aussprechen können. Für Bejahung derselben dürfte Folgendes sich anführen lassen. Der Beklagte hatte gegen das erstgerichtliche, dem Kläger Beweis auferlegende Erkenntniß Berufung ergriffen, weil die Klage nicht gehörig substantiirt sei, und daher eine Entbindung von der Klage, wie sie angebracht war, hätte erfolgen sollen. Hier nach war der Obergerichter mit der Prüfung des gesammten klägerischen Vorbringens befaßt, und konnte er, wenn er fand, daß das Vorbringen des Klägers nicht bloß zur Begründung der Klage hinreichend, sondern auch durch rechtskräftiges Urtheil und gerichtliches Geständniß völlig liquid sei, der in den Akten vorliegenden klägerischen Hauptbitte entspre-

chend, ein verurtheilendes Erkenntniß erlassen, ohne die Devolutionsgrenze zu überschreiten. Hiergegen läßt sich nun freilich einwenden, daß eine reformatio in pejus unstatthaft sei. Allein die Unzulässigkeit der reformatio in pejus ist nur eine Folgerung aus dem Grundsatz, daß eine Abänderung Dessen, was bereits rechtskräftig feststeht, nicht geschehen dürfe⁴⁾, — und fragt es sich daher nur, ob gesagt werden könne, in Folge der Beruhigung des Klägers bei dem erstinstanzlichen Beweisergebnisse stehe rechtskräftig fest, daß der Beweis der passiven Sachlegitimation nach dem dermaligen Inhalte der Akten noch nicht erbracht, vielmehr erst noch zu erbringen sei, und zwar auf andere Weise, als durch einfache Bezugnahme auf die Akten und das in ihnen vorliegende (von dem Richter bis jetzt nicht berücksichtigte) gerichtliche Geständniß des Beklagten. Verneint man mit dem obersten Gerichtshofe diese Frage, so muß man auch annehmen, daß schon das Appellationsgericht befugt war, die Verurtheilung des Beklagten auszusprechen⁵⁾. Denn es muß dem Oberrichter zustehen, innerhalb der Devolutionsgrenze von Amtswegen eine Verhandlung abzuschneiden, von welcher er überzeugt ist, daß sie die Sache nicht weiter aufklären, noch etwas Wesentliches an dem Stande derselben verändern werde⁶⁾. — In dem in Note 2 in Bezug genommenen, in Bd. 20 S. 270 -- 1 mitgetheilten Falle hatte der Beklagte gegen das dem Kläger Beweis auferlegende Erkenntniß des vorigen Richters darum Berufung ergriffen, weil er auf Grund einer Einrede von der Klage entbunden sein wollte. Ein den Beklagten sofort verurtheilendes Erkenntniß des höheren Richters konnte nicht erfolgen, weil die Spezialbeschwerde des Beklagten es nur mit der

⁴⁾ Vgl. Bl. f. R. Bd. 8 S. 55.

⁵⁾ S. übrigens Seuffert's Archiv Bd. 3 Nr. 111, 208.

⁶⁾ Vgl. Kommentar über die O. O. Aufl. 2 Bd. 1 S. 391.

Einrede zu thun hatte, daher die selbstständige Würdigung des klägerischen Vorbringens nicht an den höheren Richter devolvirt war¹⁾. — Vgl. noch Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bb. VII S. 104—5 Nr. 7; Arnold ebendas. Bb. XXVIII S. 104—7; Seuffert's Archiv Bb. V Nr. 317.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Unschädliche Abweichungen von dem Beweisfaße (probatio per aequipollens).

Vgl. Kommentar über die G.D. Aufl. 2 Bb. III S. 440, S. Note 10^b.

Als Beitrag zu der Lehre von der f. g. probatio per aequipollens, und insbesondere zu dem Sage, daß ein Beweisaustritt, durch welchen das rechtskräftig festgestellte Beweissthema modifizirt wird, zulässig ist, wenn die hervortretende Differenz nur die Modalität betrifft, die Identität der erheblichen Thatfachen selbst aber nicht zweifelhaft macht, entnehmen wir einem oberstrichterlichen Erkenntniß folgendes:

Daß Gericht erster Instanz hat, ohne den angetretenen Beweis zu erheben, die Beklagten von der Klage entbunden, weil Kläger, welcher nach dem rechtskräftigen Interlokute beweisen sollte, daß sein Gedent Joh. Christoph D. dem Georg B., laut Handscheines vom 23. März 1835, 177 fl. vorgelesen habe, in seiner Beweisantretung selbst angegeben hat, daß dieses Kapital nicht von seinem Gedenten dem Georg B. vorgelesen worden, sondern dieser es schon dem Vater des Joh. Christoph D.

¹⁾ Kommentar über die G.D. Aufl. 2 Bb. 4 S. 114—5 Note 11.

als erhaltenes Darlehen schuldig gewesen sei, und daß B. den Schuldschein vom 23. März 1835 dem Sohne D. nur deswegen ausgestellt habe, weil er durch Ueberweisung der Forderung von dem Vater an den Sohn der Schuldner des letzteren geworden sei.

Diese über die Entstehung der Schuld des B. an Joh. Christoph D., Sohn, und des hierüber ausgestellten Schuldscheines vom Kläger in der Beweisantretung vorgeführten Umstände können aber nicht, wie in dem erstrichterlichen Erkenntniße geschehen ist, als ein dem Kläger nachtheiliges Gesändniß des Gegentheiles des zum Beweise ausgestellten Klagegrundes angenommen werden, und nicht ohne weiteres schon jetzt die Entbindung von der Klage rechtfertigen.

Klagegrund ist die Hingabe eines Darlehens von 177 fl. an Georg B. Ob letzterer dieses Darlehen von Joh. Christoph D., Sohn, unmittelbar oder von dessen Vater empfangen habe, ist völlig gleichgültig, wenn er hierüber den Schuldschein vom 23. März 1835 ausgestellt und hierin als Schuldner des Sohnes D. sich bekannt hat; denn er hat hiedurch letzteren als seinen Gläubiger anerkannt, und muß diesem gegenüber die in dem Schuldscheine eingegangenen Verpflichtungen erfüllen, ohne sich dagegen mit Einwendungen schützen zu können, welche er etwa dem Vater D. hätte entgegensetzen können.

Allg. Preuß. Ord. Thl. I Tit. 11 §. 412¹⁾. Das rechtskräftige Interlokut vom 1. August verlangt den Beweis einer Darlehensschuld von 177 fl., entstanden aus demjenigen Rechtsgeschäfte, über welches der Handschein vom 23. März 1835 ausgestellt worden ist. Diesen Beweis ist aber der Handschein auch dann zu liefern im Stande, wenn er sich auf ein zwar nicht unmittelbar von dem da-

¹⁾ Vergl. Otto Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 178—180. S. auch Seuffert's Archiv Bd. 4 Nr. 106.

ein als Gläubiger anerkannten Joh. Christoph. D., sondern von dessen Vater dargeliehenes, aber von diesem an jenen überwiesenes Kapital bezieht.

Mit Recht hat sich daher der Kläger gegen das erstgerichtliche Erkenntniß beschwert.

OLGE. vom 12, Dezember 1857. Nr. 1319⁵⁶/₅₇.

β. κ. *

2.

Wie ist zu erkennen, wenn nach Zuerkennung des Reinigungseides die Eidesunfähigkeit des Schwörenden eintritt?

Der aus Bd. XXI S. 90 ff. dieser Blätter ersichtliche Rechts-Fall ist nun auch in materieller Hinsicht oberstrichterlich entschieden worden.

Nachdem die erste und zweite Instanz, den Grundsatz adoptirend, daß der Eid für die Klagspartei als zu Verlust gegangen zu erachten sei, auf Entbindung des Beklagten von der Klage erkannt hatte, änderte auf eingewendete Revision der oberste Gerichtshof diesen Ausspruch dahin ab:

„Daß der Beklagte nach dem Klagspetitum zu verurtheilen sei.“

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe lauten hierüber folgender Art:

Rechtskräftig steht fest, daß der Beklagte über das fragliche Streitmoment den Reinigungseid abzuleisten habe.

Dieser Eid wurde nicht abgeleistet und kann auch nicht mehr abgeleistet werden, weil der Beklagte, noch ehe es zum Schwörungstermine kam, wegen Raubes zur Kettenstrafe verurtheilt wurde, diese Strafe gesetzlicher Bestimmung zufolge lebenslänglich andauert, und der Sträfling während der Dauer der Strafzeit unfähig ist, einen Eid abzuleisten.

Es kann aber auch dieser Eid nicht pro praestito erachtet werden, weil die nach cod. jud. cap. 13 §. 2 Nr. 7 hiezu gehörigen Voraussetzungen in keiner Weise gegeben sind.

Gleichwohl ist der Ausspruch, welchen die Vorinstanzen erlassen haben, für den Beklagten so günstig lautend erfolgt, wie er, wenn der Beklagte seiner Verbindlichkeit nachgekommen wäre, d. h. wenn er den ihm auferlegten Eid abgeleistet hätte, zu erlassen gewesen wäre, wobei zur Rechtfertigung dieses Ausspruches vorgebracht wird, daß die poena recusatı hier nicht Platz greife, weil die Eidesabnahme nicht in Folge einer Weigerung des Beklagten, den Eid abzuleisten, oder eines Ungehorsams des Beklagten, sondern wegen der durch dessen Verurtheilung zur Kettenstrafe herbeigeführten Eidesunfähigkeit unterblieben sei, der Verlust dieses Beweismittels aber auch nicht dem Beklagten zum Nachtheile gereichen könne, sondern den Beweisführer, hier sonach die Klagspartei treffe, welche den ihr auferlegten Beweis nur soweit zu erbringen vermocht, daß auf den fraglichen Reinigungs Eid zu erkennen war; und welche nun, da eine Abnahme dieses Eides nicht stattfinden könne, als probefällig erscheine, weshalb sie mit ihren als nicht begründet sich darstellenden Klagsansprüchen abgewiesen und beziehungsweise der Beklagte von der Klage entbunden werden müsse.

Allein von einem der Klagspartei zu Verlust gegangenen Beweismittel könnte etwa dann die Sprache sein, wenn es sich von einem, von der Klagspartei dem Beklagten zugeschobenen Haupteid¹⁾ handeln würde.

Hier handelt es sich aber von einem von dem Beklagten zufolge richterlicher Auflage abzuschwörenden Reinigungs Eid, sohin von einem Eide, welcher unter die dem Beweisführenden Streittheile zu Gehote gestandenen Beweismittel nicht gezählt werden kann²⁾.

¹⁾ Bezüglich des Beweismittels des Haupteides wurde sonach die in Bd. 21 S. 92 vertheidigte Ansicht gebilligt.

²⁾ Vgl. jedoch Bd. 21 S. 498 Note 1 — S.

Es läßt sich aber auch eine Probefälligkeit der Klagspartei hier nicht annehmen; denn diese hat den ihr auferlegten Beweis jedenfalls soweit erbracht, daß der Beklagte für verbindlich erklärt werden mußte, den Reinigungseid abzuschwören. Nur wenn dieser Eid abgeleistet oder für abgeleistet zu erachten wäre und somit beklagter Eids geschworen sein würde, was zur Erfüllung der dem Beklagten auferlegten Verbindlichkeiten als genügend erachtet werden konnte, würde das klägerische Beweisergebnis als beseitigt erachtet werden können, und der Beklagte auf Entbindung von der Klage rechtlichen Anspruch zu machen haben.

Ist nun auch die Sachlage hier nicht ganz so gestaltet, daß Dasjenige, was die Gerichtsordnung bezüglich der Eidesverweigerung und der poena recusati bestimmt, genau zutrifft, indem bei der eingetretenen Eidesunfähigkeit des Beklagten es auf dessen Bereitwilligkeit, den Eid zu schwören oder nicht zu schwören, gar nicht mehr ankommen hatte, daher auch eine Aufforderung zur Eidesableistung an ihn nicht mehr erlassen werden konnte, so handelt es sich doch unverkennbar von einem ganz analogen Verhältnisse.

Die rechtskräftig auferlegte Eidesleistung ist unterblieben, und kann auch nie mehr statt finden, und dieß nicht etwa eines bloß zufälligen, dem Beklagten nicht in Anrechnung zu bringenden Umstandes wegen, sondern wegen eines durch ihn herbeigeführten Ereignisses, sohin aus seinem Verschulden, indem er verbrecherische Handlungen verübte, und hierdurch selbst das nunmehr seiner Eidesableistung entgegenstehende Hinderniß herbeiführte. Die rechtliche Folge dieses Verschuldens des Schwörungspflichtigen kann nur dieselbe sein, welche gesetzlichen Bestimmungen zufolge bei stattgehabter Eidesverweigerung einzutreten hat, weil hier, wie dort, lediglich seinem Verhalten, seiner Handlungsweise es zu-

zuschreiben ist, daß der auferlegte Eid nicht abgenommen werden konnte.

Der Ausspruch der Vorinstanzen (dahin gehend, daß der Beklagte von der Klage zu entbinden sei) erscheint hiernach nicht gerechtfertigt, sondern der klägerische Antrag auf Verurtheilung des Beklagten hinlänglich begründet ³⁾.

DNÖ. v. 22. Dez. 1857. Nr. 768 ^{56/57}.

μ . . .

3.

Berechnung der Beschwerdesumme bei Streitigkeiten über die Priorität im Konkurse.

In Seuffert's Kommentar über die bayerische G.D. Aufl. 1 Bd. IV S. 405 Note 8 ist gesagt, daß das in §. 58 der Nov. vom 17. Nov. 1837 ausgesprochene Verbot, in die Beschwerdesumme Zinsen einzurechnen, welche dem Appellanten zu- oder aber erkannt sind, nicht auf den Fall passe, in welchem es sich davon handelt, ob der Appellat mit Kapital und Zinsen aus der Gantmasse vor dem Appellanten befriedigt werden soll. — Es ergab sich die andere Frage, ob bei dem Streite über die Priorität liquide und anerkannte Zinsforderungen in die Beschwerdesumme, welche der Appellant oder Revident nachzuweisen hat, eingerechnet werden dürfen. Diese Frage wurde auf den Grund nachstehender Betrachtung bejaht:

³⁾ In Bd. 21 S. 497 ff. wurde die Ansicht vertheidigt, daß in einem Falle, wie der vorwürfige ist, die beweispflichtige Partei im Wege der Restitution die Umwandlung des rechtskräftig dem Gegner auferlegten juramentum purgatorium in das von ihr selbst zu schwörende juramentum suppletorium begehren könne. Nach dem Inhalte der oberstrichterlichen Entscheidungsgründe hatte im obigen Falle die Klagepartei ein Restitutionsgesuch nicht gestellt, und war ein solches vom Standpunkte der dem DNÖ. zu Grunde liegenden Ansicht auch gar nicht veranlaßt. — S.

Daß angezogene Gesetz verbietet die Einrechnung der Zinsen nur, wenn die Zuerkennung oder Aberkennung einer Hauptsache und zugleich der Zinsen davon an sich zwischen Gläubiger und Schuldner, — zwischen petitor und possessor —, streitig ist, wogegen die Frage, ob zuerkannte und unbestrittene Zinsen vor den Forderungen anderer Gläubiger aus der Mantmasse befriedigt werden sollen, eine ganz andere ist und die Realisirung einer vom Richter bereits anerkannten Zinsenforderung betrifft. Eine Ausdehnung der erwähnten gesetzlichen Bestimmung auf diesen Fall ist um so weniger gerechtfertigt, als das Verbot, Zinsen als Nebensache zu- oder aberkannt in die Appellationssumme einzurechnen, denn doch nur als eine Ausnahme von dem aus der Natur der Sache oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleitenden Satze bildet, daß unter der Summe der Beschwerde diejenige zu verstehen sei, in Ansehung welcher der appellirende Theil sich durch das angefochtene Erkenntniß für beschwert hält.

Pfeiffer, prakt. Rechtsausführ. Bd. VI S. 403 ff.

Vgl. DABkten 1423 ⁵⁶/₅₇.

⁴/₅.

4.

Bedingtes Universalfideikommiß. Spezifikation des Nachlasses.

(gem R.)

Vgl. Bd. XI S. 14.

Der Fideikommißar kann noch vor dem Eintritt der Bedingung von dem Fideuziar die Anfertigung einer (eiblich zu bestätigenden) Spezifikation des auf letzteren übergegangenen erbchaftlichen Vermögens verlangen.

DABG. vom 7. April 1857. RNr. 1436⁵⁵/₅₆.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: General- oder Spezialvollmacht. Zulänglichkeit der ersten zur Geltendmachung eines Vorkaufsrechtes. — Unzulässige Eideszuschlebung über längst vergangene Dinge, mit der Funnitzung, die wahre Bewandnis aus alten Akten und Urkunden zu ergründen. — Unzulässige Verneinung einer Druckschrift als Urkunde, um einen Beweis über das darin enthaltene anzutreten. — Das Verbot der Nachtwelte. Lokales Gewohheitsrecht gegenüber einem allgemeinen Prohibitivgesetze. — Gleiches Betreffend. Immemorialverjährung gegen ein Prohibitivgesetz. — Transmissum des Erbrechtes aus einem Erbvertrage nach Bamberger Recht. — Vollständige Bezahlung im Sinne des Hyp.-O. §. 64 Abs. 3.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

General- oder Spezialvollmacht. Zulänglichkeit der ersteren zur Geltendmachung eines Vorkaufsrechtes.

Den 17. Juni 1844 hatte Z. dem Advokaten M. eine gerichtliche Universalvollmacht ausgestellt, worin er ihm Vollmacht und Auftrag erteilte, ihn in allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsangelegenheiten, welche er sowohl bei dem Landgerichte seines Wohnortes als bei anderen benachbarten bayerischen Gerichten anhängig machen werde, oder in welchen er auf was immer für eine Weise betheiligt sei, anwaltschaftlich zu vertreten und demgemäß Alles für ihn zu unternehmen, was einem General- und Spezialbevollmächtigten nach den Bestimmungen der G.D. Kap. VII §. 9 zukomme. Insbesondere räumte er ihm noch die Befugnis ein, sich zu vergleichen, Gelder einzunehmen u. s. w. Im Jahre 1851 verkaufte Z. ein Grundstück an B. um den Preis von 6000 fl., jedoch unter Vorbe-

halt des Vorkaufsrechtes für den Fall einer weiteren Veräußerung; der Kauf wurde in dieser Weise den 3. Juli desselben Jahres beim Landgerichte protokolliert, wobei beide Theile persönlich zugegen waren und der Anwalt M. keine Art erkennbarer Mitwirkung zu diesem Gutverkauf leistete. Als aber der Käufer B. zwei Jahre später, d. i. im Jahre 1853 dasselbe Gut weiter an D. verkaufte, übten die Mitglieder der Gemeinde K. ex jure incolatus et vicinitatis das Einstandsrecht aus, erhielten dasselbe auch auf den Widerstand des D. in drei Instanzen zugesprochen. Nunmehr erst trat Advokat M. für den ersten Verkäufer B. auf, sich auf jene Universalvollmacht von 1844 stützend, und erklärte mittelst einer Vorstellung bei Gericht, daß sich im Jahre 1851 vorbehaltenes Vorkaufsrecht auszuüben, weshalb er bat, die Gemeindeglieder aufzufordern, sich zu erklären, ob sie dieses vertragsmäßige Vorkaufsrecht anerkennen und sich demselben fügen wollen oder nicht, widrigenfalls er mit förmlicher Klage auftreten würde. Das Landgericht gab indeß diesem Antrage keine Folge, sondern trug dem Anwalte vorerst auf, eine Spezialvollmacht zur Ausübung des Vorkaufsrechtes beizubringen. Das f. Appellationsgericht wies die hiegegen geführte Beschwerde zurück, weil es sich hier um eine käufliche Erwerbung handle, was aus dem Wortlaute wie aus dem Begriffe des Vorkaufsrechtes folge; es erscheine daher eine Spezialvollmacht nothwendig, indem aus der Prüfung der bisher allein vorliegenden Vollmachtsurkunde von 1844 hervorgehe, daß der Fall der Ausübung eines Vorkaufsrechtes darin nicht vorgesehen sei. Für die Richtigkeit dieses Ausspruches scheinen folgende Erwägungen zu sprechen.

Die G.D. verordnete Kap. VII §. 9 Nr. 4 nur soviel: „Was von gar großem Präjudiz zu sein scheint, z. B. sich vergleichen, dem Streitt oder Appellation gänzlich renunziren, compromittiren,

substituiren, in der Exekution Gelder empfangen, oder bezahlen, und dergleichen ist der Anwalt in Kraft seiner aufhabenden Generalvollmacht ohne Spezialausdrückung niemal befugt“. Hiemit ist also gar keine feste Gränze vorgezeichnet, sondern das Erforderniß einer Spezialvollmacht nach den Umständen des Falles dem richterlichen Ermessen überlassen; die ganze Frage ist nach jener Vorschrift der O. D. mehr faktischer als rechtlicher Natur. Nun handelt es sich aber im gegebenen Falle gewiß um eine Sache von großem Präjudize, weil der Gewaltgeber ein bedeutendes Gut, was er selbst veräußerte, welches mithin aus seinem Besitze zu bringen er seine Absicht kund gab, wieder erwerben soll. Das Widerstreben des beschwerdeführenden Anwaltes, die ihm abverlangte Spezialvollmacht beizubringen, und die Leichtigkeit, mit der es ihm möglich wäre, ohne beachtenswerthe Kosten dem Verlangen des Gerichtes nachzukommen, ist um so mehr geeignet, Zweifel darüber hervorzurufen, ob seine Erklärung, das Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, sich wirklich innerhalb der Gränzen seines Mandates bewege. Welche Schwierigkeiten würden sich auf der anderen Seite in dem Falle ergeben, wenn der Prinzipal selbst nach errungenem Eintritte in die Bedingnisse des neuen Kaufes diesen nicht anerkennen und das Verfahren seines Anwaltes mißbilligen würde! Eine Vollmacht, einem öffentlichen Rechtsanwalte erteilt, scheint überhaupt im Zweifel nur dahin ausgelegt werden zu dürfen, daß sie Gewalt gebe, Rechte zu verfolgen und zu vertreten, aber nicht erst neue zu erwerben. Handelte es sich um die Ausübung eines bestimmten, bereits zustehenden Rechtes, z. B. um die Weltendmachung einer Resolutivbedingniß des Verkaufes, eines bedungenen Rückfalles für eine gewisse Eventualität, so könnte man dem Anwalt unbedenklich gestatten, auf dem Grunde seiner Generalvollmacht aufzutreten und einen Prozeß hierüber an-

hängig zu machen. Allein ein ausbedungenes Vorkaufsrecht hat das Eigenthümliche, daß es bloß einen Vorbehalt darstellt, für einen gewissen Fall ein abgetretenes Gut wieder käuflich zu übernehmen, einen neuen Vertrag einzugehen, sich ganz neuen zum Voraus noch nicht bekannten Bedingungen zu unterwerfen, daß es den Scheideweg einer Alternative eröffnet, wobei erst die vermittelnde Dazwischenkunft einer Wahl nöthig wird, um das in Aussicht stehende Recht zur That zu bringen. Einen festen Entschluß hierüber zu fassen, dürfte daher für eine Sache von größtem Präjudize gelten und dem Hauptbetheiligten selbst nicht nur zustehen, sondern auch obliegen, solchen dem Gerichte auf eine grundhaltige Weise kund zu geben, ehe der Anwalt mit Einleitungen vorschreitet, welche bloß eine Folge und ein Ausfluß jenes neuen Willensaktes sind.

Der oberste Gerichtshof, an welchen sich der genannte Anwalt des 3. im Wege einer — weil ein förmlicher Rechtsstreit noch nicht eröffnet war, als zulässig angenommenen — Extrajudizialbeschwerde¹⁾ gewandt hatte, war indessen hierin anderer Ansicht, indem er, abändernd den Ausspruch der zweiten Instanz, die beschwerenden Verfügungen der ersten außer Wirkung setzte. In den Entscheidungsgründen wird hiezu bemerkt: „Die O. erwähnt zwar der Universalvollmacht, d. h. der Vollmacht des Anwaltes für alle Rechtsstreitigkeiten des Gewaltgebers nicht ausdrücklich, allein die Zulässigkeit solcher Universalvollmachten ist nach gemeinem Prozeßrechte außer Frage und von der Gerichtspraxis unbedingt anerkannt. Daß aber die von dem Adv. M. zu den Akten gegebene Universalvollmacht von 1844 alle Erfordernisse einer Vollmacht überhaupt an sich trage, geht sichtbar aus deren Inhalte hervor Adv. M. will für den Guts-

¹⁾ Bgl. Bd. XXII S. 342 ff.

befiger Z. mit Niemand ein Rechtsgeschäft abschließen, weder diesen noch Dritte privatrechtlich verpflichten, sondern er nimmt die seinem Mandanten in dem Vertrage vom vorbehaltenen Rechte auf den Verkauf der fraglichen Grundstücke namens desselben vor Gericht in Anspruch und begehrt richterlichen Schutz. Dazu, sowie zur Stellung jeder anderen, nach seiner Ansicht zweckdienlichen Klage legitimirt ihn ausreichend die in Abschrift vorgelegte Universalvollmacht, nachdem er kraft derselben in allen künftigen Rechtsstreitigkeiten des Z. und vor allen bayerischen Gerichten mit dessen anwaltschaftlicher Vertretung betraut worden war. Die Auf-
lage an den besagten Anwalt, eine spezielle Vollmacht für den vorwürfigen Rechtsstreit beizubringen, ist demnach durchaus nicht zu rechtfertigen und waren die betreffenden Beschlüsse, wie geschehen, außer Wirksamkeit zu setzen“.

DAGE. v. 1. Sept. 1857. Nr. 1399 ^{56/}₅₇.

****.

2.

Unzulässige Eideszuschlebung über längst vergangene Dinge, mit der Zumuthung, die wahre Bewandniß aus alten Akten und Urkunden zu ergründen.

Ein Grundholde hatte bereits im J. 1821 nach dem Tode seines Vaters das Mortuarium an seinen Ständesherrn freiwillig bezahlt, verlangte dasselbe jedoch erst im J. 1849 als eine Nichtschuld zurück und erhielt sich hierüber den Beweis auferlegt, daß jenes Hauptrecht aus der persönlichen oder gemischten Leibeigenschaft herrühre. Er suchte diesen Beweis durch unerhebliche Urkunden, aushilfsweise aber auch durch die Zuschlebung des Haupteides an seinen Ständesherrn zu führen. Dieses Beweismittel wurde aber in erster Instanz als unzulässig verworfen und dieser Ausspruch auch von dem obersten Gerichtshofe bestätigt. In den Gründen hiezu kommt vor:

Die Zuschreibung des Hauptelbes zeigt sich hier als ein völlig unzulässiges Beweismittel, weil es darauf ankommt, den Ursprung des streitigen Hauptrechtes zu ergründen, dieses nach dem Gegenbeweise der beklagten Standesherrschaft bereits seit länger als 150 Jahren erhoben wurde, und daher Niemand von der jetzt lebenden Generation über den streitigen Thatsumstand aus eigenem Wissen die geringste Kenntniß besitzen kann. Der befingergeigte Ausweg, der Standesherr oder seine Beamten könnten sich vielleicht in alten Urkunden und Akten über die streitige Verwandtniß Aufklärung verschaffen, widerstrebt der Natur des Eides, als eines Mittels, seine persönliche Wahrnehmung über eine Sache zu offenbaren, begreift die unbillige Zumuthung eines Urtheiles in eigener Sache in sich und läuft auf eine nutzlose Belästigung ängstlicher Gewissen mit der feierlichen Bethuerung über Dinge hinaus, welche der Geschichte der Vorzeit und dem Reiche wandelbarer Vermuthungen angehören, so daß die richterliche Ueberzeugung hieraus kein neues Licht zu schöpfen vermöchte ¹⁾.

M.G.F. v. 22. Dezember 1857. Nr. 777⁵⁵/₅₆.

3.

Unzulässige Benützung einer Druckschrift als Urkunde, um einen Beweis über das darin Enthaltene anzutreten.

In dem vorbemerkten Falle suchte der klagende Grundholbe seinen Beweis unter anderen auch durch eine Stelle aus Lang's Materialien zur Dettingen'schen Geschichte anzutreten, worin sich über die Natur der bäuerlichen Lasten in jener Landschaft verbreitet war, indem er einen Auszug daraus vorlegte und sich hiedurch von selbst zur Produktion eines Originals erbot. Dieses Beweismittel wurde in erster

¹⁾ Bgl. Bd. 4 S. 144, 154—5; Bd. 5 S. 31 Nr. 2; Bd. 14 S. 188—90. — S.

Instanz verworfen und dieser Ausspruch auf geführte Beschwerde auch später vom obersten Gerichtshofe aufrecht erhalten. In den Gründen dazu wurde bemerkt:

Ein literarisches Erzeugniß, welches als Druckschrift in den Buchhandel überging und hiedurch in den Bereich der Oeffentlichkeit eingetreten ist, fällt unter den Begriff des Notoriums, eignet sich aber nicht dazu, als Beweismittel und insbesondere als Urkunde zur Erprobung ganz positiver Umstände zu dienen; einem solchen Abdrucke, welcher ohnedieß als das Privatzeugniß eines Gelehrten erscheint, würde kein Original entsprechen. Als Nebenbehelf zur Befundung eines geschichtlichen Faktums läßt sich eine solche Stelle allerdings mit in ernstliche Erwägung ziehen, solches könnte und müßte aber selbst dann geschehen, wenn sie bloß angeführt und darauf hinverwiesen, aber nicht in den Formen des Urkundenbeweises zum Vorscheine gebracht wäre. Uebrigens ist hier der Inhalt der bezeichneten Stelle aus den schon angeführten Gründen ganz unerheblich. . .
u. f. w.

Vgl. das am Schlusse der vorigen Nummer angeführte DAGE. ****

4.

Das Verbot der Nachtweide. Lokales Gewohnheitsrecht gegenüber einem allgemeinen Prohibitivgesetze.

J. S. und Konsorten klagten gegen den kgl. Fiskus auf Anerkennung des Rechtes, in einigen Staatswaldungen ihr Vieh zur Nachtzeit und ohne Hirten weiden zu lassen, und behaupteten, es habe in den altbayerischen Provinzen niemals ein allgemeines Verbot der Nacht- und Hirtenlosen Weide bestanden; neben den über die Nachtweide ergangenen, nicht allgemein verbietenden Verordnungen habe also das Fortkommen der Nachtweide sich bilden oder bestehen können; im kritischen Falle spreche ein solches

für daß mit der actio confessoria verfolgte Nachtweiberecht, und dieses Herkommen gehöre zu den Rechtsverhältnissen und Ordnungen, welche der Absatz 2 Art. 44 des Forstgesetzes vom 28. März 1852 fortbestehen lasse.

Ein Erkenntniß des O.N.G. vom 9. Juni 1857 (Reg.-Nr. 851^{56/57}.) verwarf diese Behauptungen aus folgenden Gründen:

Daß Mandat vom 3. Juni 1762 (Generalien-Sammlung v. J. 1771 S. 458 u. ff.) verbietet die Weide zur Nachtzeit und ohne Hut als einen landschädlichen, groben Mißbrauch und Exzeß, und nimmt hiervon nur die Weide auf Almen im Gebirge aus. Dieses Verbot traf gleicherweise die bezeichnete Art der Weideaübung, mochte nun die Weide vom Eigenthümer auf eigenem Grund und Boden oder von Gemeinuden auf Gemeindegründen, oder von Servitutberechtigten auf fremdem Grunde und Boden ausgeübt werden. Es stellt sich als ein Land- und Forst-Polizeigesetz dar.

Zwar gestattete daß, bald darauf erfolgte Mandat vom 12. November 1762 (a. a. O. S. 462) die Nachtweide wieder an geschlossenen Orten oder solchen Orten, wo daß Vieh weder den Feldfrüchten noch dem jungen Holzanfluge an Heuschlägen und sonst Schaden thun könne, so wie überhaupt unter Voraussetzung des gutwilligen Einverständnisses sämtlicher Nachbarn, welchen dadurch Schaden drohe. Ferner hat die Staatsregierung in besonderen Fällen, z. B. durch die Entschlüsse vom 18. Oktober 1785, vom 10. Juni 1819 und vom 19. August 1821 (Döllinger, Verord. Sammlung Bd. XIV §§. 384, 389, 390), die Nachtweide ausdrücklich nachgesehen, wobei als Kriterium der Gestattung der Satz aufgestellt wurde, daß die Schädlichkeit der Nachtweide nicht größer sein dürfe, als der Entgang des Nutzens, der sich an ihre Unterlassung knüpfe (Döllinger a. a. O. §. 383).

Alein diese Konzessionen waren nichts Anderes, als polizeiliche Maßnahmen und Vergünstigungen, welche jeden Augenblick, wenn sich die Kulturzwecke damit nicht länger vertrugen, zurückgenommen werden konnten, da das allgemeine Verbot der Nachtweide nebenher stets für ein geltendes Gesetz erklärt und zu wiederholten Malen eingeschärft worden ist.

Döllinger a. a. O. §§. 382, 385, 388, 389. Verordnungen vom 11. Juli 1803 und vom 10. Dezember 1801. Supplem. ad cod. civ. p. II c. 8. §. 13. nr. 1 S. 12 ff. in der Oftavausgabe.

Inßbesondere ist noch durch die Verordnung vom 15. März 1808 (Regbl. S. 677 ff.) ausgesprochen worden, daß auch in den Privatwaldungen schädliche Weiden ohne Unterschied des Titels und ohne Entschädigung weichen müssen.

Dem mit Ausnahme der Alpenweiden allgemeinen und unbedingten, weil im Sinne der Staatsregierung von der Landeskultur geforderten, Verbote der Nachtweide gegenüber hat also im Laufe der Zeit ein lokales Gewohnheitsrecht oder Herkommen zu Gunsten der Nachtweide sich nicht bilden können.

Savigny, System Bd. I S. 421 und 422.

Noch neuerdings aber ist unter den forstpolizeilichen Bestimmungen im Forstgesetze vom 28. März 1852 Art. 43 vorgeschrieben worden, daß die Weide in den Waldungen nur unter der Aufsicht eines Hirten oder Hüters ausgeübt werden dürfe, und daß die Weide nach Sonnenuntergang und vor Sonnenaufgang (Nachtweide) verboten sei. Diese Verbote würden auf's Neue alle entgegenstehenden Lokalgewohnheitsrechte oder herkömmlichen Rechte, wenn deren möglich gewesen wären, vernichtet haben.

Der Art. 44 des Forstgesetzes macht freilich im Abs. 1 eine Ausnahme von diesen Verböten rücksichtlich der Alpenweide, welche sich nach den bestehenden Rechtsverhältnissen und Alpenordnungen richten soll, und hiemit ist lediglich die Ausnahme wiederholt,

welche schon das Mandat vom 3. Juni 1762 enthielt. Der Absatz 2. a. a. O. läßt ferner auch Gleiches von der Weide in jenen Waldungen gelten, wo derartige Rechtsverhältnisse und Ordnungen, wie für die Alpenweiden, bestehen.

Dieser Zusatz findet seine Erläuterung in nachstehenden Worten des Berichtes des Ausschusses der zweiten Kammer über den Forstgesetzentwurf (§. 67):

„Wir haben in Bayern und vorzugswelse im bayerischen Wald auch mehrere sogenannte Gebirgswaldungen, in welchen zwar keine Alpenwirthschaft getrieben, aber die Weide in der nämlichen Art, wie in dem eigentlichen Alpengebirge ausgeübt wird und durch Verträge und rechtmäßiges Herkommen geregelt ist; ja es gibt sogar Gegenden, in welchen auch im Flachlande, an den Ueiderungen der Flüsse und in den sogenannten Auen, die Waldweide nach gleichen Rechtsverhältnissen angesprochen wird und bisher un widersprochen ausgeübt worden ist. Auch diese Rechte müssen, wie die Alpenweide in den Hochgebirgen, geschützt werden.“

Schon ihrer Lage nach können die Waldungen, an welchen die Kläger das Recht der Nachtweide aufsprechen, nicht zu denjenigen gezählt werden, derer der Abs. 2 des Art. 44 gedenkt. Da sie nun auch nirgends behauptet haben, daß ihre angesprochene Nachtweide den Bestandtheil einer Alpenweide bilde, so kann ihr Klagerecht auf den gesetzlichen Grund des Art. 44 oder auf ein gesetzlich gebilligtes Herkommen nicht zurückgeführt werden.

MG. Erf. vom 9. Juni 1857. Reg.-Nr. 851^{56/57}.
4/6.

5.

Gleichen Betreffes. Immemorialverjährung gegen ein Prohibitivgesetz.

In der aus der vorigen Nummer ersichtlichen Rechtsache hatten die Kläger ihre Klage nicht bloß auf ein Gewohnheitsrecht, sondern auch auf die unvordenkliche Verjährung zu stützen gesucht. Dagegen bemerkte das oberstrichterliche Erkenntniß weiter:

Zwar lassen die Anmerkungen ad cod. civ. p. II c. 4 §. 3 nr. 4 und c. 2 §. 4 nr. 12 die Immemorialverjährung auch in den, in den statum publicum vel jura principis einschlagenden und ob utilitatem publicam verbotenen Sachen, einigen älteren Rechtslehrern folgend, zu. Allein die Bestimmung eines positiven Gesetzes kann hiefür nicht angeführt werden, und da jene älteren Rechtslehrer der Immemorialverjährung die Kraft eines von dem verbietenden Gesetze befreienden Privilegs von vorneherein belegten (Böhmer, exercit. ad Pandect. nr. 83 §§. 16, 17), der cod. civ. aber die Unvorbenklichkeit als eine wahre, erwerbende Verjährung behandelt, da ferner der Staatszweck in dem Bewußtsein der Gegenwart so durchgreifend ist, daß die Uebertretung eines von demselben diktierten Verbotes als ein die öffentliche Wohlfahrt gefährdender Mißbrauch, als mit der Gewalt des Gesetzgebers streitend und als irrationabel und schlechthin unerlaubt sich darstellen würde, so kann ohne weitere Unterscheidung der in den Anmerkungen ausgesprochenen älteren Doktrin nicht beigegeben werden, daß gegen verbietende Forstpolizeigesetze Rechte, welche sich auf die Unvorbenklichkeit stützen wollen, geschützt seien, gleichwie dieses auch in einer Verordnung vom 16. März 1793 (Döllinger l. c. §. 298) mit den Worten anerkannt ist, daß gegen die Forstpolizeigesetze keine Verjährung Platz greife. Pfeiffer, prakt. Rechtsausführungen Bd. 2 S. 109, Bd. 7 S. 252. Seuffer's Archiv Bd. 7 Nr. 146, Bd. 10 Nr. 131.

⁴/₆.

6.

Transmission des Erbrechtes aus einem Erbvertrage nach
Bamberger Recht.

Es entstand die Frage, ob die Erbschaft, welche einem Ehegatten während kinderloser zweiter Ehe von dem anderen durch Erbvertrag zugesichert wurde,

auch in dem Falle, wenn der Anwärter vor dem Erbgeber verstorben ist, auf die erstehelichen Kinder des Anwärters entweder nach Bamberger Provinzialrecht oder nach gemeinem deutschen Privatrechte transmittirt werde.

Die beiden ersten Instanzen haben, die treffenden Bestimmungen des Bamberger Landrechtes nicht für anwendbar haltend, die Frage in der letzteren Richtung verneint.

Der oberste Gerichtshof dagegen hielt das Bamberger Landrecht für anwendbar und in demselben die Transmiffion vertragsgemäßer Erbschaft für begründet. Die Motive lauten:

Die Klage ist zunächst a) thatsächlich auf den Vertrag vom 16. Januar 1840, inhalts dessen der Vater der Kläger von seiner zweiten kinderlosen Frau zwar unter einem Vorbehalte, von dem jedoch kein Gebrauch gemacht wurde, zum Erben ihres Nachlasses ernannt worden, b) rechtlich auf die Bestimmungen des Bamberger Provinzialrechtes, nach welchen der Vertragserbe auch in dem Falle, wenn er vor der Erbgeberin verstirbt, sein Erbrecht auf seine Kinder transmittirt, gestützt worden.

Die zweite Instanz hat zwar, abweichend von der ersten, welche in dem Akte vom 16. Januar 1840 eine Verordnung von Todeswegen fand, ein Geschäft unter Lebenden — pactum successorium — daraus entnommen; beide haben jedoch übereinstimmend die speciell in Bezug genommene Stelle des Bamberger Landrechtes, §. XI Tit. 9 Kap. 2 Th. I, auf vorliegenden Fall nicht für anwendbar gehalten.

Gerechtfertigt erscheint nun die Annahme der Vorinstanz, a) daß bei dem ausdrücklichen Ausschlusse der Gütergemeinschaft und bei dem Mangel der Gegenseitigkeit der Erbseinkennung, wenigstens bezüglich des gemäß §. VII des Vertrages vom 12. April 1837 vorbehaltenen Vermögens der Frau nur der Güterstand des gemeinen Rechtes vorgewaltet

habe, b) daß dieser Güterstand die Berechtigung der kinderlosen Frau, ihr vorbehaltenes Vermögen dem Ehemanne im Erbganze mit Umgehung ihrer Seitenverwandten zuzuwenden, nicht auszuschließen vermochte; c) daß die diese Zuwendung bezweckende Verhandlung vom 16. Januar 1840 sowohl ihrer Form als ihrem wesentlichen Inhalte nach als eine Erbeinsetzung durch zweiseitigen Vertrag unter Lebenden aufzufassen sei; d) daß endlich der darin vorkommende Vorbehalt anderweiter Verfügung zu Gunsten Dritter — die Widerruflichkeit — nachdem solche in der That nicht eingetreten ist, die ursprüngliche Vertragsnatur nicht zu ändern oder aufzuheben vermöge.

Nur kommt zu bemerken, daß der fragliche Vorbehalt irrig als Suspensivbedingung bezeichnet wurde, während er doch nur eine Resolutivbedingung ist. Dagegen kann die erst- und zweitrichterliche Motivierung wider die Anwenbarkeit des Hamburger Landrechtes für haltbar nicht erachtet werden.

Abgesehen davon, daß dasselbe auf die Rechte und Pflichten der Eheleute, welche nach gemeinem Rechte leben, näher eingeht, und daß sich hier die Kontrahenten im §. 8 des Vertrages vom J. 1837 ausdrücklich darauf (auf das Hamburger Landrecht) berufen haben, ist dessen Anwendung im Allgemeinen schon dadurch bedingt, daß die Ehe unter seiner Herrschaft geschlossen, fortgesetzt und beendet wurde.

Daß der hier in Bezug genommene §. XI mit der Rubrik: „ob und wie der Anwärter sein Erbrecht weiter vererbe“ unter Titel 9, wo „von besonderem Pakt und Vereinigung der Eheleute, wer nach ihrem beiderseitigen Ableben Erbe sein soll“ gehandelt wird, steht, und daß dieser Titel dem Kapitel 2 untergeordnet ist, dessen Ueberschrift lautet: „Von Eheleuten, so in Hamburgischer Gütergemeinschaft leben“ — hindert die Subsumtion des

konkreten Falles unter die darin enthaltenen Bestimmungen nicht.

Denn wenn gleich zwischen diesem und den im fraglichen §. XI aufgestellten Fällen eine thatsächliche Verschiedenheit besteht, weil die Eheleute weder in Gütergemeinschaft gelebt, noch einen Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten gemeinschaftlich abgeschlossen hatten, so kommt es doch

1) überhaupt schon nicht darauf an, an welcher Stelle oder aus welcher besonderer Veranlassung oder für welcher einzelnen Fall eine gesetzliche Vorschrift erlassen worden ist, sondern darauf, daß sie ein Prinzip aufstellt, welches — der ratio legis gemäß — auch für andere passend ist und wirksam sein kann. Dieses aber auch

2) hier anzunehmen, unterliegt aus folgenden Rücksichten keinem Bedenken:

a) Die älteren Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts, zu welchen die fürstlich Bambergische gehört, entbehren häufig systematischer Ordnung und Erschöpfung.

b) Da dort die Gütergemeinschaft die Regel bildet und unter dieser nur wechselseitige Erbverträge zu Gunsten Dritter stattfinden können, so ist es wohl erklärlich, daß die allgemeine Lehre über Transmissionen gelegentlich im allegirten Kap. 2 Tit. 9 mitbehandelt wurde.

c) Das Publikationspatent vom Jahre 1769 drückt die Absicht des Gesetzgebers aus, ein sicheres durchgehendes — also möglichst für alle Fälle ausreichendes — Landrecht zu schaffen und vorläufig durch dessen ersten Theil eine gleichförmige Rechtspflege im Fürstenthume herbeizuführen.

d) Die Erklärung im Kommentare Hanauer's, welchem nach demselben Patente gesetzliche Kraft der Auslegung und Erläuterung des Landrechtes beigelegt ist, führt zu dem kritischen §. XI ganz allgemein als ratio legis auf „den Subtilitäten des

römischen Rechtes entgegenzutreten und der Natürlichkeit und Einfachheit des deutschen Vertragswesens Eingang zu verschaffen.“

e) Insbesondere wird dort als Grund der auf die ehelichen Nachkommen des Antwärters beschränkten Vererbung vertragsmäßiger Erbfolge angegeben, daß Aeltern und Kinder gleichsam einen Körper ausmachen, was auch auf Transmissionsfälle anderer Art passend erscheint.

f) Es läßt sich nicht absehen, weshalb der Gesetzgeber die Nachkommen eines von Eheleuten gemeinschaftlich ernannten dritten Vertragserben anders und günstiger habe stellen wollen, als die vorehelichen Kinder eines Ehegatten, welchem, wie hier, die Erbfolge durch Vertrag nur von dem anderen Erbtheile eingeräumt worden ist, da doch der Ehegatte dem Erbgeber näher als ein Dritter steht.

g) Der Einwand, daß der §. XVIII Tit. 2 cap. 1 Th. I unter dem rubro: „von Eheleuten, die in wechselweiser Erbfolge leben“ der Ausdehnung des §. XI entgegenstehe, weil es dort heiße: „daß der überlebende Eheheil über das von dem Verstorbenen ererbte Vermögen nach Inhalt gemeiner Rechten schalten und walten könne“ — bleibt unbehelflich, weil hier ein gegenseitiger Erbvertrag nicht vorliegt, der fragliche §. XVIII, wie der vorhergehende §. XVII entnehmen läßt, — zunächst den Fall ins Auge faßt, wenn aus der Ehe eigene Kinder vorhanden waren, und weil überhaupt der Zweck gegenseitiger Erbeinsetzung das Transmissionsrecht ausschließt, da die Vererbung auf die Nachkommen des Zuerstverstorbenen den Uebergang der Erbschaft auf die Nachkommen des Zuletztversterbenden vereiteln würde. Hierzu kommt endlich noch

h), daß zur Zeit der Verabfassung und Erlassung des Landrechtes die opinio communior der Rechtslehrer für die Transmission vertragsgemäßer Erbschaft sich entschieden hatte, wie die An-

merkungen zum bayer. Landrechte zu §. II bis VIII Kap. 1 Th. III Nr. 14 bekunden, und auch die älteren Lehrbücher des gemeinen deutschen Privatrechts bestätigen, daß diese Ansicht offenbar auch in die Bambergische Gesetzgebung übergegangen ist.

Ist hieraus die Folgerung gerechtfertigt, daß der kritische §. XI auf vorliegenden Fall angewendet werden müsse, so kann kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß der dort aufgeführte Abs. 3, lautend:

„Wann der Anwärter, dem die Erbsfolge nur
„widerprüchlicher Weise zugestanden, vor dem
„Erbgeber das Zeitliche verläßt, so vererbt
„er solche auch, jedoch nur widerprüchlicher Weise,
„auf seine eheleiblichen Nachkömmlinge“ —

die Entscheidungsnorm an die Hand zu geben hat, und daß somit den Klägern das ihnen bestrittene Transmissionsrecht, nachdem ein Widerruf nicht erfolgt ist, unter der Voraussetzung, daß sie, wozu sie sich selbst erboten haben, die widersprochene Existenz des behaupteten Erbvertrages erweisen, zuerkannt werden muß, ohne daß es darauf anzukommen hat, wie die strittige Rechtsfrage nach dem heutigen Stande der Doktrin des gemeinen deutschen Privatrechts beantwortet wird.

DAÖG. v. 9. Juni 1855. Nr. 1091^{53/54}.
β. κ⁴.

7.

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

Wgl. Wd. XXI S. 507 ff.

Daß Hypothekgläubiger gegen den Meistbietenden das Einlösungsrecht wegen Verlustes der nach §. 42 und 43 des Hyp.-G. nicht privilegierten Zinsrückstände, Verzugszinsen und Prozeßkosten nicht geltendmachen können, ist neuerdings ausgesprochen in einem DAÖG. vom 6. Dezember 1856. Nr. 96^{56/57}.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Begründung der actio in rem Publiciana. Angabe des allgemeinen Klagegrundes nicht genügend. — Begründung von Einreden, welche sich auf ein dingliches Recht stützen. — Sind alle Hypothekengläubiger gleich betretene Gläubiger im Sinne des §. 70 der Prozeßnovelle vom 17. November 1837? — Unter welchen Voraussetzungen genießen Einzel wegen Forderungen an ihre Prozeßkellern das Vorrangsrecht der IV. Klasse? — Vorausregulirung nach Ansbacher Recht. Minderung des Vermögens in der Zeit zwischen dem Tode des verstorbenen Ehegatten und der Vorausregulirung. — Beweislast über den Anfall einer Erbschaft nach preussischem Landrecht. — Erlöschende Verjährung bei Realoffen. — Verjährung bei der Injurienklage. — Revisionsfrist im Streitfachen, welche in Folge des Gesetzes vom 1. Juli 1856 auf den Einzelrichter übergegangen sind.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Begründung der actio in rem Publiciana. Angabe des allgemeinen Klagegrundes nicht genügend¹⁾.

A. G. in M. verlangte von seiner Ehefrau, von welcher er zu Tisch und Bett geschieden war, die Herausgabe eines goldenen Siegelrings und mehrerer alter Goldmünzen, indem diese Gegenstände sein Eigenthum seien, und ihm jedenfalls ein besseres Recht zu deren Besitz zustehe, als seiner Ehefrau. Vom Gerichte erster Instanz wurde dem Kläger der Beweis aufgelegt, daß der bezeichnete Siegelring und die alten Goldmünzen ihm eigenthümlich gehören, und in den Gründen war bemerkt, daß der klägerische Anspruch als actio Publiciana durch die bloße Behauptung, „es stehe ihm jedenfalls ein besseres Recht zu, als der Beklagten“, nicht gehörig substantizirt sei.

Kläger führte hiegegen Beschwerde und beantragte, die Beweisaufgabe dahin zu fassen:

¹⁾ Vgl. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechtes (Leipzig, 1857), insbes. §. 3, 34, 43, 66.

daß der Siegelring und die Goldmünzen dem Kläger eigenthümlich, oder doch mit besserem Rechte, als der Beklagten, gehören.

Mein auch das Gericht zweiter Instanz war der Ansicht, daß Kläger den Titel, durch welchen sein besseres Recht begründet sein soll, näher hätte angeben sollen, und bestätigte die erstrichterliche Beweisauflage. Kläger verfolgte seine Beschwerde zur dritten Instanz, jedoch ohne Erfolg. — Die Gründe des oberstrichterlichen Urtheils vom 15. April 1856 (Reg. Nr. 166 18^{54/55}) sagen:

Die actio Publiciana, welche durch die zweite Alternative der beantragten Beweisauflage begründet sein soll, ist zwar ebenfalls eine Eigenthumsklage, und auf den nämlichen Zweck, wie die vindikation, gerichtet, sie unterscheidet sich aber von dieser nicht bloß durch den erleichterten Beweis, sondern auch durch den Grund der Klage. Der Grund der vindikation ist das Eigenthum, der Grund der Publicianischen Klage dagegen ist nicht das Eigenthum, sondern der Usufapionsbesitz, d. i. die Thatfache, daß Kläger die Sache auf dem Grunde eines zur Eigenthumsübertragung tauglichen Titels in gutem Glauben besessen hat, oder, wie v. Kreittmayr zum L.-R. Thl. II Kap. 2 §. 9 Ziff. 1 bemerkt, daß präsumtive Eigenthum des Klägers, weil derjenige, welcher eine Sache einmal bona fide et iusto titulo innegehabt, so lange praesumptionem dominii für sich habe, bis ein Anderer ein gleiches oder besseres Recht hierauf darzuthun vermöge.

Diesem geschichtlichen Fundamente entsprechend muß die actio Publiciana der Vorschrift der O.-R. Kap. 4 §. 7 gemäß auch substantiirt werden, und hieraus folgt, daß die Behauptung, Kläger habe sich im Usufapions- oder rechtmäßigen Besitze der Sache befunden, oder, es stehe ihm auf deren Besitz ein besseres Recht, als dem Beklagten, zu, zur Begründung dieser Klage nicht genügt, sondern

daß die Art und Weise, auf welche Kläger den Besitz der Sache erlangt hat, angegeben werden muß, da es einerseits Sache der richterlichen Beurtheilung ist, ob der verlorene Besitz, auf welchen die Klage sich gründet, ein rechtmäßiger, welcher zur Usurpation geführt hätte, sei oder nicht, und ob sonach Kläger zum Beweise desselben zugelassen werden könne, — andererseits aber dem Beklagten die Vertheidigung auf die Klage, welche sich darauf zu gründen hat, daß ihm ein besseres oder gleiches Recht, wie dem Kläger, zustehe, nur dann möglich ist, wenn er weiß, auf welchen Titel sich der frühere Besitz des Klägers gründe.

Der Grundsatz, daß bei dinglichen Klagen der entfernte Klagegrund nicht angeführt zu werden brauche, sondern die Anführung des *fundamenti agendi generalis*, d. i. die Behauptung des geltend gemachten *jus in re* genüge,

R.R. Xhl. II Kap. 1 §. 10. Anmerk. zur O.D. Kap. 4 §. 7 Pro. 3 litt. c.

findet auf die *actio Publiciana* bei deren eigenthümlicher Natur keine Anwendung, eben weil der Grund der *Publiciana actio*, wenngleich dieselbe zu den dinglichen Klagen gehört, nicht ein *jus in re*, das Eigenthum, sondern eine Thatfache ist, welche nur eine Präsumtion für das Eigenthum begründet, und dem Anspruche des Klägers in so weit zur Seite steht, als nicht der Beklagte ein gleiches oder besseres Recht nachzuweisen vermag, und es bemerkt auch v. Kreittmayr zum R.R. a. a. O. Ziff. 1 in fine, daß es bei der *actio Publiciana* auf die Benennung der Klage nicht ankomme, wenn nur die Geschichte im Klaglibelle so vorgetragen sei, daß man die folgenden *Requisita actionis* (nämlich nach Ziff. 2 einen *bona fide* und *justa causa* erlangten, später wieder verlorenen Besitz) daraus ersehe.

In gleicher Weise hat sich der oberste Gerichts-

hof über die Begründung der actio Publiciana in einem Erkenntniß vom 7. Februar 1854 ausgesprochen. Nr. 328 ^{52/53}.

. y . . .

2.

Begründung von Einreden, welche sich auf ein dingliches Recht stützen.

Die Pfarrgemeinde D. hatte gegen den k. Fiskus, welchem die bauliche Unterhaltung der Pfarrgebäude zu D. obliegt, Klage gestellt auf Anerkennung der Freiheit der Pfarrgemeinde von der Verbindlichkeit, bei Bauten an den Pfarrgebäuden unentgeltlich Hand- und Spanndienste zu leisten, zu welchen sie bei Gelegenheit eines im Jahre 1846 vorgenommenen Baues durch administratives Provisorium angehalten worden war.

Der k. Fiskus machte in der Vernehmung geltend, daß die klagende Gemeinde zur unentgeltlichen Leistung der Hand- und Spanndienste verpflichtet sei, und berief sich zur Begründung dieses Einwandes lediglich auf ein dießfalls in Deutschland angeblich bestehendes allgemeines Herkommen. Dieser Einwand wurde jedoch unter Bezugnahme auf den Plenarbeschluß des obersten Gerichtshofes vom 12. November 1855 (RB. S. 1269) verworfen, und definitiv nach der Klagebitte erkannt. — Bezüglich der Frage, ob dem k. Fiskus ein Beweis freigelassen werden könne, enthalten die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 22. Januar 1856 (Reg.-Nr. 1462 ^{52/53}) Nachstehendes:

Der k. Fiskus konnte auch nicht zu dem Beweise zugelassen werden,

daß die Pfarrgemeinde verpflichtet sei, bei Bauten an den Pfarrgebäuden unentgeltlich Hand- und Spanndienste zu leisten.

Denn wenn auch der Grundsatz, daß bei dinglichen Klagen die Angabe des entfernten Klagegrundes nicht nothwendig sei, und daher lediglich das Dasein des

in Frage stehenden dinglichen Rechtes Gegenstand der Beweisaufgabe sein könne (GD. cap. 4 §. 7 Ziff. 3, Anm. litt. c), bei Einreden, welche auf ein dingliches Recht¹⁾ gegründet werden, gleichfalls Anwendung findet²⁾, so ist doch eine solche allgemeine Beweisaufgabe in dem Falle unstatthaft, wenn der Titel, aus welchem das behauptete dingliche Recht abgeleitet wird, speziell angegeben ist.

Cap. 3 de sent. et re jud. in VI^{to} (2, 14); Seuffert's Kommentar über die GD. Bd. 2 S. 148 (Ausf. 2 S. 186); Bd. 3 S. 6 (Ausf. 2 S. 9).

In einem solchen Falle ist die Beweisaufgabe auf den speziell angegebenen Titel zu beschränken, oder, in so ferne derselbe als rechtlich unhaltbar erkannt wird, die Klage oder Einrede zu verwerfen, und der k. Fiskus kann in dem vorliegenden Falle nicht zum Beweise einer gar nicht aufgestellten Behauptung, nämlich zum Beweise darüber zugelassen werden, daß abgesehen von dem vermeintlichen allgemeinen Herkommen ein spezieller Rechtstitel bestehe, kraft dessen die Parochianen zu Hand- und Spanndiensten verpflichtet seien.

. . . h . . .

-
- 1) Das k. Fiskalat hatte auch geltend gemacht, daß eine *actio negatoria utilis* in dem vorliegenden Falle überhaupt als unstatthaft erscheine, weil die in Frage stehende Verpflichtung der Parochianen keine dingliche — auf dem Grundeigenthume ruhende — sondern eine aus dem Parochial-Verbande fließende Last sei. Dieser Einwand wurde jedoch von dem obersten Gerichtshofe verworfen, da es sich auch hier nicht um eine durch ein Obligationsverhältniß begründete, durch Erfüllung erlöschende, sondern um eine der Eigenschaft als Gemeindeglied anklebende bleibende Verpflichtung handle, deren Anerkennung oder Befestigung für alle Zukunft herbeizuführen, Rechtsmittel zu Gebote stehen müssen, und diese Rechtsmittel die der *actio confessoria* und *negatoria* nachgebildeten Klagen seien.

- 2) Vgl. Bd. 17 S. 48.

3.

Sind alle Hypothekgläubiger gleich befreite Gläubiger im Sinne des §. 70 der Prozeßnovelle vom 17. Novbr. 1837? Vgl. Kommentar über die G.D. Aufl. 2 Bb. 4 S. 372 Note 23.

Ein von seinen Gläubigern gebrängter Schuldner hatte ein Fristengesuch gestellt, welches von der Mehrheit der Gläubiger, und zwar auch von der Mehrheit der Hypothekgläubiger genehmigt wurde, nur zwei Hypothekgläubiger, deren Forderungen an erster und zweiter Stelle auf den Immobilien des Schuldners versichert waren, traten dem Gesuche entgegen.

Das Fristengesuch wurde abgewiesen, und in den Gründen des bestätigenden oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 1. April 1854 (Nr. 717 ⁵³/₅₄) war bemerkt, daß der richterlichen Genehmigung dieses Gesuches schon der Umstand entscheidend entgegenstehe, daß die erwähnten zwei Gläubiger die Bewilligung einer Frist verweigert hätten, da diese vor allen anderen befreiten Gläubiger nach §. 70 Abs. 2 des Proz.-Ges. vom 17. Novbr. 1837 unter seinen Umständen zur Gewährung der verlangten Frist gezwungen werden könnten.

Die Ansicht des Revidenten — sagen diese Gründe weiter — daß alle Hypothekgläubiger als gleich befreit im Sinne des §. 70 anzusehen seien, wornach hier der Umstand entscheide, daß auch die Majorität der Hypothekgläubiger eine einjährige Zahlungsnachsicht gewährt habe, ist ungegründet. Denn in Ansehung der Frage, welche Gläubiger mehr oder minder befreit seien, kann nur die Reihenfolge, in welcher die Gläubiger nach der Prioritätsordnung zu befriedigen sind, entscheiden; diese Reihenfolge wird aber nicht bloß durch die Prioritätsklasse, sondern zum Theile auch durch die Stelle bestimmt, welche die Gläubiger in den verschiedenen Prioritätsklassen einnehmen, und in der zweiten Klasse richtet sich der Vorrang der Hypothekgläubiger nach dem Zeitpunkte des Eintrages ihrer Forderungen.

4.

Unter welchen Voraussetzungen genießen Enkel wegen Forderungen an ihre Großeltern das Vorzugsrecht der IV. Klasse?

Vgl. Bb. III S. 336, Bb. XV S. 241 ff., Bb. XIX S. 301 ff.

Die erste Ehefrau des später in Konkurs gerathenen F. H. hatte in ihrem Testamente ihrer Enkelin F. B. 7000 fl. „in guten auf Hypothek angelegten Kapitalien“ mit der Bestimmung vermacht, daß die Nugnießung dieser Kapitalien ihrem Ehegatten auf Lebensdauer verbleiben und er dieselben bei Lebzeiten speziell auszuweisen und zu versichern nicht verpflichtet sein solle.

Im Konkurse liquidirte F. B. diese 7000 fl. In erster Instanz wurden dieselben in die V., in zweiter dagegen in die IV. Klasse 1. Stelle locirt, und die von anderen Gläubigern gegen diese Lokation erhobene Revisionsbeschwerde war ohne Erfolg. —

Die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 25. Mai 1853 (Reg.-Nr. 1460 18⁵¹/₅₂) sagen hierüber:

Die Revidenten glauben, daß der §. 23 Ziff. 1 der Prioritätsordnung auf die Forderung der F. B. aus einem zweifachen Grunde keine Anwendung finde, nämlich weil das Gesetz bloß von K i n d e r n spreche, und daher das Vorzugsrecht der IV. Klasse auf Forderungen der Deszendenten entfernterer Grade überhaupt nicht ausgebehnt werden könne, dann weil der §. 23 Ziff. 1 nur gewissen Forderungen der Kinder das Vorzugsrecht der IV. Klasse einräume, und eine Forderung solcher Art, wie sie das Gesetz im Sinne habe, hier nicht in Frage stehe.

Was den ersten dieser Gründe betrifft, so hat das Gericht zweiter Instanz mit Recht angenommen, daß das im Gesetze gebrauchte Wort „Kinder“ der Anwendung des §. 23 Ziff. 1 auf Deszendenten entfernteren Grades nicht entgegen stehe, da nach dem Sprachgebrauche der Gesetzesprache unter diesem Worte (wie in den Quellen des römischen Rechts

unter dem Worte „liberi“, fr. 222 de div. reg. jur. 50, 17) in der Regel auch Deszendenten entfernteren Grades verstanden werden (vergl. bay. L.-R. Thl. I Kap. 4 §. 3 Nr. 4; allg. preuß. L.-R. Thl. I Tit. 1 §. 40), insoferne nicht das Gesetz die Bedeutung des Wortes „Kinder“ ausdrücklich beschränkt, oder der Inhalt oder Grund der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung eine Beschränkung der Bedeutung dieses Wortes auf Deszendenten des ersten Grades nothwendig mit sich bringt, und letzteres bei den Forderungen der „Kinder“, von welchen der §. 23 Ziff. 1 der Prioritäts-Ordnung spricht, keineswegs der Fall ist.

Auch der zweite Grund, durch welchen die Krediten ihre Beschwerde zu rechtfertigen versucht haben, stellt sich als unstichhaltig dar.

Die Fassung des §. 23 Ziff. 1 der Pr.-O. läßt allerdings entnehmen, daß die Kinder des Kreditors nicht für Forderungen jeder Art, welche sie an ihre Eltern zu machen haben, das Vorzugsrecht der IV. Klasse anzusprechen haben sollen; allein andererseits ergibt sich auch aus dem im Gesetze gemachten Beisatze:

„oder als sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben“,

daß dieses Vorzugsrecht nicht auf Forderungen an Vater- und Muttergut, dann Voraus bei Einkindschaftungen beschränkt werden wollte. Unter diesem „sonst erworbenen Vermögen“ aber ist jedenfalls auch jenes Vermögen zu verstehen, welches den Kindern von einem ihrer Ascendenten auf andere Weise als durch Vater- und Muttergutsauszeige oder durch Vorausregulirung zugefallen und nicht unmittelbar in ihren Besitz gelangt, sondern ohne ihr Zuthun in die Hände des später in Konkurs verfallenen Ascendenten gekommen oder in dessen Händen verblieben ist, da die ausdrückliche Erwähnung des Vater- und Muttergutes und des Voraus bei Einkindschaftungen in §. 23 Ziff. 1 beweist, daß das Gesetz die durch

die Einräumung des Vorzugsrechtes beabsichtigte Fürsorge vorzugsweise dem von den Ascendenten herrührenden Vermögen zugewendet wissen wollte.

Auch die hier in Frage stehende Forderung der F. W. hat ein von einem Ascendenten erworbenes Vermögen zum Gegenstande, da die geforderten 7000 fl. derselben von ihrer Großmutter, der ersten Ehefrau des F. G., legirt worden sind. Dieses von der Großmutter erworbene Vermögen ist, ohne sofort in den Besitz der F. W. zu gelangen, mit dem großmütterlichen Gesamt-Nachlasse in den Händen des Großvaters, welcher mit seiner ersten Ehefrau in versammelter Ehe gelebt hatte, verblieben; dasselbe konnte erst nach dessen Tode aus der Nachlass-Masse desselben gefordert werden, und es ist daher eine Forderung solcher Art, wie sie der §. 23 Ziff. 1 im Sinne hat, hier allerdings gegeben.

Der Umstand, daß dem Fr. G. keine väterliche Gewalt über Fr. W. zustand, und daß derselbe nicht kraft des Gesetzes, sondern in Folge einer Bestimmung des großmütterlichen Testaments während seiner Lebenszeit im Besitze und Genuße der der Fr. W. legirten 7000 fl. geblieben ist, steht der Anwendbarkeit des §. 23 Ziff. 1 nicht entgegen, da die Fassung des Gesetzes keinen Grund zu der Annahme darbietet, daß das Vorzugsrecht der IV. Klasse den Kindern nur unter der Voraussetzung habe eingeräumt werden wollen, daß der Kreditar vermöge gesetzlicher Bestimmung im Besitze des aus der Gantheasse geforderten Vermögens war, und auch das Vater- oder Muttergut im engeren Sinne dieses Wortes oder der Voraus nicht immer kraft des Gesetzes im Besitze des Vaters oder der Mutter zu verbleiben hat, oder doch zur Zeit der Konkursöffnung sich noch im Besitze des Kreditars befindet, und dennoch den dießfalligen Forderungen der Kinder das Vorzugsrecht der IV. Klasse unbedingt eingeräumt ist.

Wenn sich endlich darauf berufen wird, daß M. G. in ihrem Testamente ausdrücklich bestimmt

habe, daß ihr Ehegatte daß der Fr. B. bestimmte Legat bei Lebzeiten speciell auszuweisen und zu versichern nicht schuldig sein solle, so kann auch hieraus eine der Ansicht der Revidenten günstige Folgerung nicht abgeleitet werden; denn diese Bestimmung beweist wohl, daß M. H. ihren Ehegatten durch daß der Fr. B. bestimmte Legat in der freien Verfügung über sein Vermögen so wenig als möglich beengt wissen wollte; allein hieraus folgt noch nicht daß sie ihrer Enkelin durch diese Bestimmung auch im Falle eines etwaigen Konkurses daß derselben anderen Gläubigern gegenüber zustehende Vorzugsrecht habe entziehen wollen.

... 7 ...

5.

Vorausregulirung nach Ansbacher Recht. Minderung des Vermögens in der Zeit zwischen dem Tode des verstorbenen Ehegatten und der Vorausregulirung.

Den 4 jüngsten Kindern des G. W. war nach dem schon im Jahre 1837 erfolgten Tode ihrer Mutter durch Vorausregulirung vom 14. April 1853 ein mütterlicher Erbtheil von 3400 fl. ausgezeigt worden, wovon 1900 fl. hypothekarisch versichert, 1500 fl. durch Cession einer Forderung berichtigt wurden.

Sechs Tage später erklärte W. seine Insolvenz und in der hierauf eröffneten Gant wurden dessen 4 Kinder mit 1900 fl. in die II., eventuell IV. Klasse logirt.

Mehrere Gläubiger der V. Klasse fochten diese Lokation aus dem Grunde an, weil W. zur Zeit der Vorausregulirung schon insolvent gewesen, sonach die Auszeigung eines mütterlichen Erbtheiles für die Kinder des Kreditors und die Bestellung einer Hypothek hiefür in fraudem creditorum geschehen und die Vorausregulirung ungiltig sei.

Diese Anfechtung war jedoch ohne Erfolg. —

Die Gründe des Erkenntnisses, welches in dieser nach Ansbacher Provinzial-Recht zu beurtheilenden Sache von dem obersten Gerichtshofe am 20. Juni 1855 erlassen wurde (Reg.-Nr. 135⁵⁴/₅₅), sagen hierüber:

Für die Beantwortung der Frage, ob und welcher mütterliche Voraus den Liquidanten gebühre, ist nicht, wie die Revidenten glauben, der Vermögens- und Schuldenstand zur Zeit der Vorausregulirung, sondern jener zur Zeit des Todes der Mutter entscheidend.

Der sog. väterliche und mütterliche Voraus nach Ansbacher Provinzial-Recht ist nichts Anderes, als der Erbtheil der Kinder, welcher ihnen nach dem Tode eines ihrer Eltern aus dessen Nachlaß gebührt.

Vgl. Gutachten der Gesetz-Kommission vom 14. August 1800 in Arnold's Beiträgen, Bd. 1 S. 142.

Durch die Vorausregulirung wird der Anspruch der Kinder nicht erst begründet, sondern nur einerseits der Betrag des Erbtheiles berechnet und festgestellt, und in der festgestellten Größe von dem überlebenden Ehegatten anerkannt, andererseits zwischen diesem und den Kindern eine Abtheilung in der Art gepflogen, daß der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß eigenthümlich erwirbt, und dagegen bezüglich des für die Kinder festgesetzten Erbtheiles deren Schuldner wird.

Nach Thl. I Tit. IX §. 367 u. 368 des allg. preuß. L.-R. fällt die Erbschaft, sobald der Erblasser gestorben ist, an denjenigen, welchen rechtsgiltige Willenserklärungen oder in deren Ermangelung die Vorschriften der Gesetze dazu berufen, und erlangt der Erbe das Eigenthum der Erbschaft nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf. Den Liquidanten ist daher schon mit dem Tode ihrer Mutter der sie treffende ideale Antheil an der Erbschaft, d. i. an dem Inbegriffe der von derselben hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten (§.

350 a. a. D.) zugefallen, und wenn der Betrag dieses Antheils auch erst später berechnet wurde, so konnte doch hiebei nur der Bestand des Nachlasses, d. i. der Inbegriff der zur Zeit des Todes der Mutter denselben bildenden Sachen und Rechte, und der auf dem Nachlasse haftenden Schulden zum Grunde gelegt werden.

Auß der — nur bei Betheiligung Minderjähriger zur Anwendung kommenden — Vorschrift des Tutelar-Edicts, daß die Vorausregulirung binnen 4 Wochen nach dem Tode des verstorbenen Ehegatten gepflogen werden solle, kann nicht gefolgert werden, daß, wenn der Voraus erst später regulirt wird, und in der Zwischenzeit der Betrag des im Besitze des überlebenden Ehegatten verbliebenen Gesamtvermögens verringert, der Schuldenstand von dem überlebenden Ehegatten vermehrt worden ist, dieser veränderte Vermögensstand bei Berechnung des Nachlasses und der aus diesem den Kindern gebührenden Erbtheile in Betracht zu kommen habe, und auch sonst liegt hiefür ein rechtlicher Grund nicht vor.

Die Revidenten behaupten zwar, daß die Kinder mit dem Vater die Errungenschafts-Gemeinschaft bis zur Vorausregulirung fortgesetzt hätten. Allein aus den Bestimmungen des IV. Abschnittes des Tutelar-Edicts geht hervor, daß die Errungenschafts-Gemeinschaft mit den eigenthümlichen, unter Umständen auch die Substanz des Eingebrachten berührenden Wirkungen des Ansbacher Provinzialrechts durch den Tod des einen Ehegatten aufgehoben wird, und darauf, ob nach Maßgabe der §§. 653, 654, 656, 661 des a. preuß. L.-R. Thl. II Tit. I die zur Zeit des Todes der Mutter der Liquidanten allenfalls vorhandene gewesene Errungenschaft durch später bis zur wirklichen Abtheilung (Vorausregulirung) eingetretene Vermögensminderung oder Schuldenmehrung verringert oder absorbirt worden sei, hat es hier beßhalb nicht

anzukommen, weil ein Anspruch auf eine zur Zeit des Todes der Mutter der Liquidanten vorhanden gewesene eheliche Errungenschaft gar nicht in Frage steht, sondern das eingebrachte Vermögen der Mutter der Liquidanten zur Zeit ihres Todes noch vorhanden gewesen sein soll, und die Liquidanten machen mit Recht geltend, daß die ihnen an diesem Theile des mütterlichen Nachlasses angefallenen Antheile weder durch später eingetretene Veräußerungen noch durch später contrahirte Schulden haben verringert oder belastet werden können.

Hat der überlebende Ehegatte, welchem nach Abschn. IV des Tutelar-Edikts und Thl. II Tit. II §. 156, 168 des a. pr. L.-R. die Verwaltung und der Nießbrauch der den Liquidanten an dem mütterlichen Nachlasse angefallenen Antheile zustand, das mütterliche Vermögen derselben veräußert oder verbraucht, so haftet er denselben für den Werth dieses von der Mutter ererbten, nicht mehr in natura vorhandenen Vermögens (Ansbacher Konkurs-Ordnung von 1731 §. XXIV II. Klasse Ziff. 1), weshalb der von den Revidenten hervorgehobene Umstand, daß von dem Nachlasse der Mutter der Liquidanten zur Zeit der Vorausregulirung nichts mehr vorhanden war, völlig unerheblich ist. Andererseits aber besteht durchaus kein Rechtstitel, aus welchem die Kinder oder der aus dem Eingebachten der Mutter bestehende Nachlaß derselben für die von dem Kridar erst nach der Mutter Tode contrahirten Schulden als haftbar erklärt werden könnten, da in Thl. I Tit. XVII §. 127 des L.-R. und Abschn. IV des Tutelar-Edikts nur von den Erbschafts-Passiven, zu welchen diese Schulden unzweifelhaft nicht gehören, die Rede ist.

Ältenmäßig sind sämmtliche im Konkurse liquidirte Forderungen, mit Ausnahme der vom 5. Juli 1835 datirenden M.'schen Forderung zu 1000 fl., erst nach dem in das Jahr 1837 fallenden Tode

der Mutter kontrahirt worden, und es ist daher, da nur der Vermögens- und Schuldenstand vom Jahre 1837 entscheidet, die Behauptung der Revidenten, daß bereits feststehe, daß die Liquidanten wegen in Mitte liegender Ueberschuldung einen mütterlichen Voraus nicht in Anspruch zu nehmen haben, ungegründet.

Vorstehenden Erörterungen zufolge hat es sonach, wie auch der Richter zweiter Instanz angenommen hat, darauf anzukommen, ob der Nachlaß der Mutter der Liquidanten bei deren Tode nach Abzug der auf dem Nachlasse haftet habenden Schulden so viel betragen habe, daß die Liquidanten den liquidirten Voraus in Anspruch zu nehmen hatten.

... y ...

6.

Beweislast über den Anfall einer Erbschaft nach preussischem Landrecht.

Nach preuß. L.-R. kann Derjenige, welcher zu einer Erbschaft berufen ist, und weder in der gesetzlichen Ueberlegungsfrist über die Annahme oder Ausschlagung dieser Erbschaft sich erklärt, noch rechtzeitig ein vorschriftsmäßiges Inventar eingereicht oder dessen gerichtliche Aufnahme beantragt hat, sich gegen den Rechtsnachtheil, daß er für einen Erben, welcher ohne Vorbehalt angetreten, zu achten sei, durch das Vorbringen schütten, der Verstorbene habe gar kein Aktiv-Vermögen hinterlassen.

Plenarbeschuß des obersten Gerichtshofes vom 4. Dezember 1844 (Reg.-Bl. S. 1205 ff.).

Daß solchenfalls den Gegner, welcher das Vorhandensein eines Aktivvermögens behauptet, die Beweislast treffe, ist, wie aus Bd. X S. 206 -- 7 dieser Blätter ersichtlich, schon früher vom obersten Gerichtshofe durchgängig angenommen worden. Auch in neuerer Zeit entschied sich der oberste Gerichtshof für diese Ansicht, und zwar aus den Gründen, welche

für dieselbe in Bd. V S. 345 - 6 dieser Zeitschrift geltend gemacht worden sind.

DAÖE. vom 6. Mai 1856. Reg.-Nr. 220⁵⁴/₅₅.
β. κ. *

7.

Erlöschende Verjährung bei Realasten.

In dem Rechtsstreite einer Gemeinde gegen den Zehentherrn über die Verbindlichkeit des letzteren zur Haltung eines Faselochsen war die Einrede der Verjährung entgegengesetzt, und von der Vorinstanz der Beweis darüber dahin normirt worden,

daß der Beklagte der klagenden Gemeinde auf ihr besonderes Anstehen die Haltung eines Faselochsen verweigert habe und daß seit dieser Verweigerung 30 Jahre ohne Klagestellung verfloßen seien (?).

Auf ergriffene Berufung wurde im Anschlusse an die in Seuffert's Archiv Bd. III S. 3, Blätter f. R. Bd. XIII S. 261, Bd. XVI S. 72 ausgeführte Ansicht das Beweisthema dahin geändert:

daß der Beklagte 30 Jahre lang vor Anstellung der Klage keinen Faselochsen für die klagende Gemeinde gehalten habe,

und bemerkt, von einer *res merae facultatis* würde hier nur in dem Sinne gesprochen werden können, als es der Gemeinde freistand, ob sie von dem wirklich vorhandenen Faselochsen für ihr Vieh Gebrauch machen wollte, während die Nichthaltung des Faselochsen ihr diese Möglichkeit entzog und insoferne eine thatsächliche Verletzung des angesprochenen Rechtes in sich enthielt, mit welcher die Klage geboren war.

Weiter ist bemerkt, daß hier nicht eine *Servitut* des römischen Rechtes, sondern eine Realast im deutschrechtlichen Sinne - eine Last, die auf dem Zehentrechte zum Besten der Zehentpflichtigen ruht - ein Recht der letzteren gegen den Zehentherrn vorliege.

DAÖErf. vom 29. Dez. 1857. Reg.-Nr. 898
18⁵⁵/₅₆. β. κ.

8.

Verjährung bei der Injurienklage.

In einem OAGrf. vom 23. November 1855 (Reg.-Nr. 1390⁵⁴/₅₅) ist unter Hinweisung auf fr. 6 de calumniatoribus (3, 6) ¹⁾ ausgesprochen, daß die Verjährung der Injurienklage erst von dem Augenblicke an beginne, wo der Injurirte von der gegen ihn ausgestoßenen Beleidigung Kenntniß erlangte und die const. 5 de injuriis (9, 35) nicht entgegenstehe, als welche sich nur auf die Fälle beziehe, in welchen der Zeitpunkt der Begehung und der Wißenschaft zusammenfalle.

β. κ. *

9.

Revisionsfrist in Streitfachen, welche in Folge des Gesetzes vom 1. Juli 1856 auf den Einzelrichter übergegangen sind.

Die Rechtsfrage, ob in Streitfachen, welche durch Art. 3 des mit dem 1. Oktober 1857 wirksam gewordenen Gesetzes über Gerichtsverfassung u. s. f. vom 1. Juli 1856 den Einzelrichtern in erster Instanz zugewiesen, bisher jedoch im gewöhnlichen Verfahren behandelt worden sind, gegen zweiterichterliche, den Parteien erst nach dem 1. Oktober 1857 an Verkündungsort zugestellte Erkenntnisse die Revisionsfrist in 14 Tagen bestche, ist im Hinblick auf Art. 13 und 29 Abs. 1 und 2 des gedachten Gesetzes, dann auf §. 61 Abs. 4 Ziff. 2 und §. 116 Abs. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 bejaht worden.

OAGrf. vom 1. Febr. 1858. Reg.-Nr. 389⁵⁷/₅₈.

β. κ. *

1) Bgl. Savigny Bd. III. S. 413.

Berichtigung.

S. 7 Note 12 a fl. „S. 42“ I. „S. 142“.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zuständigkeit zur Fortführung der Obervormundschaft über ein außereheliches Kind, dessen Mutter sich anderwärts verheiratet hat, und, ohne dasselbe zu sich genommen zu haben, gestorben ist. — Das Gericht, bei welchem die Klage in der Hauptsache angebracht wurde, ist auch in dem Falle zur Vortreibung der Anwaltsgebühren kompetent, wenn ein Prozeßverfahren über die Hauptsache nicht stattgefunden hat und die Deservitenforderung gegen die Erben des Mandanten verfolgt wird. — Kompetenz zur Vortreibung der Anwaltsgebühren in einer Merkantilsache. — Gerichtsstand des 1. Militärhofes bei binglichen Klagen. — Auswärtige Standesherren, welche in Bayern keine vormalig reichsfürstlichen Residenzen haben, können den priv. Gerichtsstand vor den App.-Gerichten nicht aufbrechen. — Ein vollgiltiger Ausweisungsbefehl bewirkt vor dessen Vollziehung noch keine Domizilveränderung; die Kompetenz in Verlassenschaftsachen bestimmt sich nach dem Domizile, nicht nach der Heimath des Erblassers. — Aufgehobenes Jagdrecht. Keine Verantwortlichkeit des Autors hierfür. — Statuten-Kollision bezüglich der Vormundschaft über Ehefrauen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXX.

Zuständigkeit zur Fortführung der Obervormundschaft über ein außereheliches Kind, dessen Mutter sich anderwärts verheiratet hat und, ohne dasselbe zu sich genommen zu haben, gestorben ist.

Die ledige Josepha P. von Haidhausen geb. im J. 1843 ein Kind, welches auf den Namen Adelsheid getauft und für welches von dem damaligen Landgerichte Au ein Vormund bestellt wurde. Späterhin verheiratete sich Josepha P. nach Rothenfels, ohne daß mit Rücksicht auf das würzburger Provinzialrecht ihr außereheliches Kind vereinkindschaftet oder von dem mütterlichen Vermögen mit $\frac{1}{3}$ abgetheilt wurde. Das Kind kam auch nie nach Rothenfels, sondern verblieb in derselben Pflege, in welcher es sich vor der Verheirathung seiner Mutter befunden

hatte. Letztere starb in Rothenfels mit Hinterlassung eines Testamentes, dessen Gültigkeit von dem Vormunde ihres außerehelichen Kindes bestritten wurde, und es war nun über die Frage der Testamentsanfechtung ein vormundschaftsgerichtlicher Beschluß zu fassen. Das inzwischen errichtete Kr. = u. Stadtg. München v. d. J., an welches die Kuratel vom Landgerichte Au übergegangen war, erachtete sich zu deren Fortführung nicht zuständig, weil uneheliche Kinder dem Domizile der Mutter folgen. Das Landgericht Rothenfels lehnte aber die Uebernahme der Kuratel aus dem Grunde ab, weil sich das fragliche Kind bei seiner Mutter in M. nie befunden habe, und durch deren Verehelichung dahin das Domizilsforum daselbst für ihr uneheliches Kind nicht begründet worden sei.

Der oberste Gerichtshof entschied diesen Kompetenzkonflikt dahin: daß das Kr. = u. StG. München v. d. J. zur Führung der Pflegschaft über Adelsheid B. zuständig sei, aus folgenden Gründen:

Josephä B. hatte ihr Domizil in Haidhausen, und es war sohin das Landgericht Au für die Kuratel über das außereheliche Kind derselben die zuständige ordentliche Obrigkeit. Mit der Verehelichung der Josephä B. in Rothenfels ging zwar bezüglich derselben eine Domizilsveränderung vor sich; allein unmittelbar wurde hierdurch der vormundschaftliche Gerichtsstand des Kindes, welcher bei dem Landg. Au in legaler Weise begonnen hatte, und sodann an das Kr. = u. StG. München v. d. J. übergegangen war, nicht geändert. Es kommt darauf an, was dem Wohle des Kindes erspriesslicher ist. Dieser Zweck der Obervormundschaft entscheidet über die Fortdauer der kompetenzmäßig begonnenen Kuratel oder deren Uebertragung an das Landg. Rothenfels, als das nachherige Domizilsforum der Mutter.

Diese Frage kam jedoch zur Zeit der Verhel-
rathung der Mutter nach R. gar nicht in Anregung,
sondern erst nach ihrem Tode. Nun aber ergeben
die Akten, daß die Mutter das Kind nicht mit sich
nach R. genommen und daß es sich daselbst auch
nachher nie befunden hatte, sondern in der Pflege
verblieben war, in welche es mit Genehmigung
der Obervormundschaft war gegeben worden.

Unter diesen Umständen stellt sich, zumal nun
nach dem Tode der Mutter, die Uebertragung der
Kuratel an das Landg. R. als unstatthaft dar, da
das Kind in R. ganz fremd ist, der überlebende
Ehemann seiner Mutter keine Rücksicht auf daselbe
zu nehmen hat und Verwandte des Kindes sich nur
in Haidhausen oder benachbarten Orten befinden;
das Landg. R. aber, wenn sich das Kind daselbst nicht
befindet, für dessen persönliches Wohl die gehörige
Obsorge zu tragen nicht im Stande ist.

DAZGRef. v. 25. April 1857. Urth.-Buch Nr. 74.

LXXXI.

Das Gericht, bei welchem die Klage in der Hauptsache an-
gebracht wurde, ist auch in dem Falle zur Vertreibung der
Anwaltsgebühren kompetent, wenn ein Prozeßverfahren über
die Hauptklage nicht stattgefunden hat und die Deserviten-
Forderung gegen die Erben des Mandanten verfolgt wird.

(Vgl. Bd. XVI S. 197, Bd. XVIII S. 244 u. 369.)

Bereits im J. 1841 exhibirte Advokat G. für
Bernhard B. in Landshut eine Schuldklage gegen
den Chirurgen W. von Weiffenhorn bei dem dama-
ligen Herrschaftsgerichte Weiffenhorn, auf welche aber
weder von diesem Gerichte noch von dem späterhin
an dessen Stelle getretenen Landgerichte Roggenburg
eine den Streit förmlich einleitende Verfügung er-
lassen wurde.

Nachdem Bernhard B. im J. 1856 in Landshut

hnt gestorben war und Advokat G. seine in jener Angelegenheit erwachsenen Deserviten bei dem Verlassenschaftsgerichte gegen die Wittve des Bernhard B. als dessen Erbin ohne Erfolg liquidirt hatte, indem er von dort auf den Rechtsweg verwiesen wurde, erhob derselbe gegen die Wittve B. bei dem Landgerichte Roggenburg Klage auf Bezahlung seiner Deservitenforderung, wobei er die Zuständigkeit des Gerichtes aus der Konnexität des Kostenpunktes mit der Hauptsache ableitete. Das genannte Landgericht wies aber diese Klage wegen mangelnder Kompetenz ab, weil auf die im J. 1841 angebrachte Klage gegen B. eine prozessualische Verfügung nicht getroffen, sohin in jener Sache ein Streit nicht anhängig geworden, auch kein Grund vorhanden sei, den Gerichtsstand der nun beklagten Wittve B. bei dem Landgerichte R. ex connexione causae als begründet zu erachten.

Nachdem indessen das Landg. Roggenburg auf weiteres Ansuchen des Adv. G. dessen Deserviten festgesetzt hatte, stellte derselbe seine Deservitenforderungsklage gegen die Wittve B. bei dem Kr. u. StG. Landshut, als deren Domizilsforum, an, welches sich aber gleichfalls und zwar um bezwillen für inkompetent erklärte, weil die als Theil der Prozeßkosten erscheinenden Deserviten nach der OÖ. Kap. I §. 10 und den Ann. lit. a vom foro causae principalis nicht abgesondert werden sollen, bezüglich der Hauptsache aber das Landg. Roggenburg als zuständig erscheine.

Dieser Kompetenzkonflikt wurde oberstrichterlich dahin entschieden:

daß in vorliegender Sache das Landgericht Roggenburg zuständig sei,
aus folgenden Gründen:

Von der gesetzlichen Regel, nach welcher bei persönlichen Klagen der Gerichtsstand des Beklagten

durch den Wohnort desselben bestimmt wird, statuirt die O. O. Kap. I §. 10 unter anderen eine Ausnahme dahin, daß man Sachen, welche zusammengehören, nicht leicht von einander trennen; sondern von einer Obrigkeit allein verhandeln lassen solle. In den Ann. lit. a zu dieser Stelle ist dann insbesondere auch des Punktes der Schäden und Kosten als eines solchen erwähnt, welcher sich von dem Forum der Hauptsache nicht absondern lasse.

Offenbar liegt der Grund dieser letzteren Bestimmung in dem materiellen Zusammenhange des Schadens- und Kostenpunktes mit der Hauptsache, gemäß welchem kein anderes, als das mit der Hauptsache befaßte Gericht sich in der Lage befindet, namentlich auch den Kostenpunkt mit der erforderlichen Rücksicht auf den Stand der Hauptsache einer gründlichen und umfassenden Würdigung zu unterziehen.

Es umfaßt aber der Kostenpunkt neben der Frage, welche der Parteien die Streitkosten zu tragen und der Gegenpartei zu vergüten habe, ohne Zweifel auch die weitere, in welchem Betrage die eine oder andere der Parteien die Leistungen und Bemühungen des von ihr bevollmächtigten Anwaltes zu honoriren verbunden sei, woraus sich die Zuständigkeit des die Hauptsache verhandelnden Gerichtes, und zwar nicht nur zur Festsetzung der von dem Anwalte aufgerechneten Deserviten und Auslagen, sondern folgerweise auch zur Vertreibung derselben von dem etwa zahlungs säumigen Vollmachtgeber von selbst ergibt.

Hiernach erscheint zur Verhandlung und Entscheidung der vorwürfigen Klage des Adv. G. das O. O. Roggenburg, bei welchem die konnexer Hauptsache anhängig geworden, als das zuständige Gericht. Dasselbe hat auch seine Zuständigkeit selbst dadurch bereits anerkannt, daß es sich jedenfalls der Festsetzung des betr. Expensars ohne Anstand unterzog.

Hiebei ist der Umstand, daß die Sache auf die im J. 1841 gestellte Klage zu einem förmlichen Prozesse nicht gedieh, für die Kompetenzfrage nicht von Erheblichkeit, weil die Zuständigkeit im Kostenpunkte ohne Rücksicht darauf, bis zu welchem Stadium die Hauptsache vorgeschritten, lediglich nur durch die Anhängigkeit der letzteren im Allgemeinen bedingt wird. Eben so wenig wird die Zuständigkeit durch die Rücksicht alterirt, daß vorliegend die Deservitenforderung nicht gegen den Vollmachtgeber, sondern gegen dessen Erben geltend gemacht ist, weil das die Zuständigkeit bestimmende Hauptmotiv hier nur in der besseren Befähigung des Richters der Hauptsache zur materiellen Würdigung des damit zusammenhängenden Kostenpunktes besteht und diesem Motive gegenüber der nebenbei etwa zur Sprache kommende Legitimationspunkt, als untergeordneter Natur, einen Einfluß auf die Frage über die Zuständigkeit nicht zu äußern vermag.

DA&C. v. 23. Mai 1857. Urth.: Buch Nr. 75.

LXXXII.

Kompetenz zur Beitreibung der Anwaltsgebühren in einer Merkantilsache.

Der zwischen einem Wechsel- und Merkantilsgerichte I. Instanz und dem Domizilsgerichte des vor jenem wegen Merkantilschulden belangten Beklagten darüber entstandene negative Kompetenzkonflikt, welches von diesen beiden Gerichten zur Beitreibung der in der Merkantilsache erwachsenen Anwaltsgebühren vom Beklagten zuständig sei, wurde aus denselben Gründen, welche in bereits mitgetheilten früheren Erkenntnissen für die Zuständigkeit des mit der Hauptsache befaßten Gerichtes aufgestellt wurden, (Bd. XVI S. 197, Bd. XVIII S. 244 und 369, S. 83 dieses Bandes) oberstrichterlich dahin entschie-

ben: daß das betreffende Wechsel- und Merkantilgericht in fraglicher Beziehung zuständig sei.

UOGE. v. 20. Juni 1857. Urth. Buch Nr. 77.

LXXXIII.

Gerichtsstand des f. Militäriskus bei dinglichen Klagen.

Bgl. Kommentar über die O.D. Aufl. 2 Bd. 1 S. 128 Note 25

Durch den Garten des Michael W. in Passau wird in einer Abzugsrinne das aus der Festung Oberhaus abfließende Wasser geleitet. W. erhob gegen den f. Militäriskus vor dem Appellationsgerichte von Oberbayern Klage dahin, daß der Militäriskus für schuldig zu erklären sei, diese Abzugsrinne in einen guten Zustand herzustellen. Das genannte UG. erklärte sich aber für nicht zuständig, weil die Klage mehr auf die Sache als auf die Person gehe und sohin vor das UG. von Niederbayern als *forum rei sitae* gehöre.

Als nun W. seine Klage bei dem UG. von Niederbayern anbrachte, so lehnte auch dieses seine Zuständigkeit ab, weil das f. Kriegsministerium als Centralverwaltungsstelle für das Militärvermögen erscheine und die Rechtsakte dieser Verwaltung das f. Militäriskalat in München zu vertreten habe; Klagen gegen den f. Fiskus bezüglich eines unter centralisirter Verwaltung stehenden Vermögens aber bei dem UG. von Oberbayern anzustellen seien.

Auf nachgesuchte Entscheidung des Kompetenzkonfliktes erkannte der oberste Gerichtshof:

daß das Appellationsgericht von Niederbayern zur Verhandlung und Entscheidung der erhobenen Klage zuständig sei.

Die Entscheidungsgründe sagen:

Die Klage des W., welche darauf gerichtet ist, daß der f. Militäriskus als Berechtigter, das Abzugswasser durch den Garten des Klägers in einer

Münne zu leiten, schuldig sei, diese Abzugsrinne herzustellen und zu unterhalten, geht mehr auf die Sache und ist als eine Servitutklage *) eine dingliche Klage. Dingliche Klagen sind aber bei dem forum rei sitae anzubringen und als solches erscheint hier, weil der k. Fiskus überhaupt ein privilegiertes Forum sowohl in dinglichen als persönlichen Rechtsansprüchen vor den Appellationsgerichten nach Tit. VIII §. 5 der Verf.-Urkunde, verglichen mit der IV. Beilage §. 6 und der V. Beil. §. 11 Abs. 3 genießt, das UG. von Niederbayern. —

Die Bestimmung, daß die centralisirten Verwaltungen ihren Gerichtsstand vor dem UG. von Oberbayern haben, und insbesondere nach einem allerbh. Reskripte vom 14. Dez. 1819 der Militäriskus aus dem Grunde, weil der Sitz des Armees-Administrativ-Kollegiums in München ist, nur bei dem UG. für den Isarkreis (jetzt Oberbayern) belangt werden könne, findet keine Anwendung bei dinglichen Klagen, weil das forum rei sitae ein spezieller Gerichtsstand ist, von dem sich, wie es in den Anm. zur G.D. Kap. I §. 9 heißt, Niemand ausnehmen könne, er sei gleich, wer er immer wolle, auch dem Kläger keine Wahl gelassen ist, ob er in foro rei sitae oder in foro domicilii klagen wolle, sondern dingliche Klagen ausschließlich bei dem forum rei sitae angebracht werden müssen.

DAUG. v. 25. Juli 1857. Urth.-Buch Nr. 78.

*) Da der Besitzer des dienenden Grundstücks wegen einer seinem Eigenthume und dessen Freiheit nachtheiligen Servitutausübung geklagt hatte, so dürfte die erhobene Klage nicht als die Servitutenklage (actio confessoria), sondern vielmehr als die actio negatoria zu betrachten sein. Red.

LXXXIV.

Auswärtige Standesherrn, welche in Bayern keine vormalß reichsständischen Besizungen haben, können den priv. Gerichtsstand vor den App.-Gerichten nicht ansprechen.

Mgl. Kommentar über die G.D. Aufl. 2 Bb. 1 S. 136—7 Nr. 3 und Note 13.

Zwischen dem Appellationsgerichte von Mittelfranken und dem Bezirksgerichte Nürnberg erhob sich ein negativer Kompetenzkonflikt hinsichtlich der Führung der Obervormundschaft über die minderjährigen Kinder des zu Nürnberg verstorbenen königl. württemberg'schen Standesherrn Ludwig Grafen v. Püchler-Simpurg von Burgfarrnbach. Die Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes war von Beantwortung der Frage abhängig, ob auswärtige Standesherrn bei ihren Rechtsangelegenheiten in Bayern den privilegierten Gerichtsstand vor den Appellationsgerichten beanspruchen können.

Der oberste Gerichtshof erkannte, unter Verneinung dieser Frage, daß das Bezirksgericht Nürnberg zur Führung der besagten Obervormundschaft zuständig sei.

Die Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Der Herr Graf Ludwig August von Püchler-Simpurg, bermaliges Oberhaupt der gräfl. von Püchler'schen Familie, nimmt als k. württemberg'scher Standesherr ein privilegiertes Forum in Bayern vor dem AG. von Mittelfranken für sich und seine Familie in Anspruch, und beruft sich zur Begründung dieses Antrages auf den Art. 14 der deutschen Bundesakte und auf die darin in Bezug genomme k. bayer. Verordnung v. J. 1807, dann auf die bayer. Verfassungsurkunde und insbesondere auf die IV. Beilage zu derselben, und will dadurch nachweisen, daß die vormalß reichsständischen gräfl. Häuser

alle jene Rechte und Vorzüge, welche ihnen die bayer. BU. in Einklange mit der deutschen Bundesakte zusichert, in allen deutschen Bundesstaaten und insbesondere in Bayern anzusprechen haben, wenn gleich ihre vormal's reichsständischen Güter in einem anderen deutschen Bundesstaate liegen, und die zu Bayern gehörenden Güter, auf welchen sie ihr Domizil genommen, diese Eigenschaft nicht haben.

Dieser Nachweis ist aber von dem Herrn Grafen in keiner Beziehung geliefert worden.

Was zunächst die bayer. BU. und deren Beilagen, dann die k. bayer. Deklaration vom 19. März 1807 betrifft, so geht sowohl aus der Natur der Sache als auch aus den ausdrücklichen Worten der letzteren hervor, daß darin nur die Rechte der bayer. Standesherren, nämlich solcher, deren Besitzungen durch die rheinische Bundesakte oder spätere Staatsverträge der bayer. Souveränität unterworfen wurden, festgesetzt und geregelt wurden und daß sie nicht auf auswärtige Standesherren angewendet werden können, welche der bayer. Souveränität nicht unterworfen sind.

Durch die bayer. BU. und deren Beilagen und die k. bayer. Deklaration vom 19. März 1807 kann deshalb ein Anspruch eines auswärtigen Standesherrn auf einen privilegierten Gerichtsstand vor einem Appellationsgerichte in Bayern nicht begründet werden.

Ein solcher Anspruch wird aber auch durch den Art. 14 der deutschen Bundesakte nicht gerechtfertigt.

Bei Beurtheilung der Frage, ob nach diesem Artikel den Standesherren auch in jenen deutschen Bundesstaaten, in welchen sie keine vormal's reichsständischen Besitzungen haben, ein privilegirter Gerichtsstand zustehe, ist vor Allen die Abtheilung in's Auge zu fassen, welche jener Artikel bei Aufzählung

der den Standesherrn von den kontrahirenden Souverainen zu gewährenden Rechte macht.

Es sind nämlich sub lit. a Rechte aufgeführt, welche ihrer Natur nach eine über-alles deutsche Bundesstaaten sich erstreckende Ausdehnung haben.

Sodann werden sub lit. b Rechte aufgeführt, von denen ausdrücklich bemerkt ist, daß sie nur in dem Staate Geltung finden sollen, welchem die vormalig reichsständischen Besitzungen subjugiert sind.

Wenn nun sub lit. c weitere Rechte angeführt werden, so läßt schon diese Reihenfolge darauf schließen, daß nicht an dieser Stelle Rechte des unter lit. a erwähnten Umfanges gewährt werden wollten, sondern daß von den unter lit. c aufgeführten gelten solle, was unmittelbar vorher unter lit. b bestimmt wurde, nämlich die Beschränkung auf den betreffenden Bundesstaat.

Dieses wird aber noch klarer dadurch, daß unter lit. c neben dem Rechte auf den privilegierten Gerichtsstand auch solche Rechte aufgeführt sind, welche nur der Souveränität, welcher die reichsständischen Besitzungen untergeordnet sind, gegenüber Sinn und Bedeutung haben.

Hiergegen spricht es nicht, daß in einem folgenden Absätze des Art. 14 die bayer. Deklaration von 1807 als Basis und Norm der standesherrlichen Rechtsphäre aufgeführt ist. Denn indem diese Deklaration eben nur denjenigen Standesherrn, deren vormalig reichsständische Besitzungen der Krone Bayern subjugiert wurden, einen privilegierten Gerichtsstand gewährt, verbindet auch der Art 14 der Bundesakte durch Verweisung auf jene Deklaration die einzelnen Souveraine zu nichts Weiterem, als daß sie denjenigen Standesherrn, welche ihren Staaten mit vormalig reichsständischen Gebieten subjugiert sind, den privilegierten Gerichtsstand in ihren Staaten gewähren, aus welcher Gewährung aber ein allgemeines Pri-

privilegium bezüglich des Gerichtsstandes auch in solchen Staaten, in welchen der anderwärts Privilegirte keine reichsständischen Besitzungen hat, und welchen vielleicht gar keine Standesherren subijzirt sind, nicht abgeleitet werden kann.

Diese Auslegung des Art. 14 der deutschen Bundesakte hat auch eine bedeutende Autorität für sich in den Aussprüchen in Klüber's öffentlichem Rechte des deutschen Bundes und der Bundesstaaten, und in dem von dem verstorbenen Könige Max Joseph eigenhändig unterzeichneten allerrh. Reskripte vom 31. Okt. 1818, welches auf einen Anfragebericht des Appellationsgerichtes für den vormaligen Rezatkreis in Sachen der ledigen Julie Fund zu Ansbach gegen den Grafen Alexander v. Pückler, die Extradition der Verlassenschaft der verstorbenen Louise Fund betr., ergangen und in welchem ausgesprochen worden ist, daß die Grafen v. Pückler-Limpurg auf die erblichmäßigen Vorzüge der vormalig reichsständischen Fürsten, Grafen und Herren keine Ansprüche machen können, weil auf den im Königreiche Bayern liegenden Gütern derselben nie eine Reichsstandschaft gegründet war, sondern dieselben nur im ritterschaftlichen Verbande standen und schon früher unter der preußischen Regierung subijzirt waren.

Diese Entscheidung, welche kurz nach der Einnahme der bayern. VV. erfolgte, erscheint als ein wichtiges Adminikulum für die gegenwärtige Entscheidung, weil sie ein Beleg dafür ist, daß man auch bei der Berathung und Erlassung der IV. Verfassungsbeilage auswärtige Standesherren nicht im Auge hatte, sondern nur die Rechte der inländischen Standesherren festsetzen und neuerdings bestätigen wollte.

Hiernach steht den Herren Grafen v. Pückler-Limpurg in Bayern ein privilegirter Gerichtsstand

vor dem Appellationsgerichte nicht zu, sondern als Ubeligen nur ein privilegirter Gerichtsstand vor dem Bezirksgerichte Nürnberg.

OLG. vom 6. November 1857. Urth. Buch Nr. 79.

LXXXV.

Ein polizeilicher Ausweisungsbefehl wirkt vor dessen Vollziehung noch keine Domizilveränderung; die Kompetenz in Verlassenschaftssachen bestimmt sich nach dem Domizile, nicht nach der Heimath des Erblassers.

Felix R., im Bezirke des Landgerichtes Willsbürg heimathsberechtigt, erkaufte im Jahre 1854 zu Halbergmoos im Bezirke des Landgerichtes Freysing ein Sölbneranwesen und nahm dort mit seiner Familie seinen Wohnsitz. Sein Ansässigmachungs-gesuch wurde jedoch von dem Landger. Freysing abschlägig beschieden, und dieses Gericht verfügte bald darauf aus polizeilichen Gründen dessen Ausweisung. Während der Frist, die ihm zur Ordnung seiner Angelegenheiten und zum Wiederverkaufe seines Anwesens in Halbergmoos gegönnt war, starb daselbst seine Ehefrau, und da einige der aus der Ehe vorhandenen Kinder noch minderjährig sind, so hatte eine gerichtliche Behandlung der Verlassenschaftssache einzutreten, bezüglich welcher sich zwischen den oben genannten Landgerichten ein negativer Kompetenzkonflikt erhob. Dieser wurde oberstrichterlich dahin entschieden:

daß das Landg. Freysing zur Behandlung der Verlassenschaftssache der zu Halbergmoos verstorbenen Juliane R. zuständig sei.

Gründe: Gemäß Th. III Kap. 1 §. 17 Nr. 4 des bayer. Landrechtes und der Verordnung vom 6. August 1764 (Mayr's Gen.-Samml. Bd. IV S. 928 und Novellen zur G.D. Bd. I S. 25)

kommt die Verlassenschaftsbehandlung beimjenigen Gerichte zu, bei welchem der Verstorbene seinen allgemeinen Gerichtsstand (*forum domicilii*) hatte; wobei der Umstand, daß er an einem anderen als seinem Aufenthaltsorte heimathberechtigt war, ohne Einfluß ist.

Die R. . . schen Eheleute haben in Halbergmoos, woselbst sie das von ihnen erkaufte Söldneranwesen bezogen, ihren Wohnsitz aufgeschlagen und dieses Domizilsverhältniß hat zur Zeit des Todes der Erblasserin auch noch fortbestanden, weil eine desfallige Veränderung vor diesem Zeitpunkte nicht eingetreten war, und durch die zwar vom Landg. G. verfügte, aber vor dem Ableben der Erblasserin noch nicht zum Vollzuge gekommene Ausweisung der Familie R. von Halbergmoos in deren Heimath auch nicht sofort bewirkt werden konnte. Da sonach das Landg. G. dasjenige Gericht ist, vor welchem die Erblasserin ihr Domizilsforum hatte, so erscheint dasselbe auch als die zuständige Verlassenschaftsbehörde.

OLGGrf. vom 19. Dezember 1857. Urth. = Buch:

Nr. 80.

³/7.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Aufgehobenes Jagdrecht. Keine erantwortlichkeit des Auktors hiefür.

Su Wb. 18 Ergänz. = Bl. S. 57; Seuffert's Archiv Wb. Nr. 34; Wb. 9 Nr. 325.

Der Grundsatz, daß Derjenige, zu dessen Nachtheil in Kraft des Jagdgesetzes v. 1848 ein Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ohne Entschädigung erlosch, seinen Auktor nicht auf Schadloshaltung oder Rückersatz Dessen, was er ihm dafür gegeben, belangen noch auch sonst irgend wie für den Verlust verant-

wortlich machen könne, wurde in neuester Zeit auch in einem unter der Herrschaft des preuß. Landrechtes stehenden Falle im besonderen Hinblick auf Thl. I Tit. 5 §. 121 und 122 in Anwendung gebracht.

DAßErk. vom 11. Dezember 1857. Reg. = Nr.

777⁵⁴/₅₅.

In gleicher Weise hatte auch schon früher das k. Obertribunal in Berlin in einem nahe verwandten Falle durch ein reformatorisches Urtheil vom 14. Juli 1851 unter Hinweisung auf das RN. I, 11 §. 95 erkannt.

Strlethorst's Magazin der Entsch. d. g. Dr. Bd. 2 S. 262.

2.

Statuten-Kollision bezüglich der Vormundschaft über,
Ehefrauen.

Einem oberstrichterlichen Erkenntnisse entnehmen Folgendes:

Die beiden Eheleute M. und Ch. G. haben unbestrittenermaßen ihren Wohnsitz in einem Gebietsheile, welcher der Herrschaft des bayerischen Landrechtes unterworfen ist.

Dieses aber verordnet in Th. I Kap. VI §. 12 Nr. 4, daß die Kuratel einer minderjährigen Ehefrau nach geschעהner Verehelichung alsogleich aufhört, und mit der potestate maritali, worunter dieselbe während der Ehe zu stehen hat, verwechselt werde.

Dieses wird in Th. I Kap. VII §. 36 Nr. 7 viertens, wiederholt und in den Anmerkungen hiezu ausdrücklich bemerkt, daß dabei inter bona receptitia et paraphernalia kein Unterschied gemacht werde.

Der Anwendbarkeit dieser Gesetzesstellen kann auch nicht der von den beiden Vorinstanzen geltend gemachte Umstand in den Weg treten, daß die Ch.

§. vor und bis zu ihrer Verehelichung der Herrschaft des gemeinen Rechtes unterworfen gewesen und ihre Kuratel nach diesem eingeleitet und bisher fortgeführt worden ist.

Das angeführte Landrecht verordnet Th. I Kap. VI §. 12 Nr. 5 und 6, daß jede Frau in den Stand, Charakter, Würde, Familie und das forum ihres Ehegatten tritt, und dem Manne, falls er sein Domizil verändert, in der Regel folgen soll.

Dasselbe tritt nach gemeinem Rechte ein.

Fr. 65 de jud. (5, 1); const. ult. de incol. (10, 39); const. 13 de dignit. (12, 1).

Nun bestimmt aber die bayerische Ger.-Ord. Kap. XIV §. 7 Nr. 8 wie das Landr. Th. II Kap. II §. 17 in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte,

v. Savigny, System des heut. röm. Rechtes Bd. VIII S. 134,

daß auf die verschiedenen Zustände der Person, wodurch deren Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit bestimmt wird, also insbesondere den Zustand der Bevormundung oder Selbstständigkeit, dasjenige örtliche Recht anzuwenden ist, welchem die Person selbst durch ihren Wohnsitz angehört, wobei natürlich die Erwägung, daß letzterer ein accessorischer ist, nicht in Betracht kommen kann, weil das accessorische und nothwendige Domizil dem ursprünglichen und freiwilligen rechtlich ganz gleichstehen.

Hiernach ist kein Grund vorhanden, die Vormundschaft über die Eh. G. fortbestehen zu lassen und ihr, beziehungsweise ihrem Ehemanne von Vormundschaftswegen die selbststeigende Verwaltung ihres Vermögens vorzuenthalten.

DAÖGrf. vom 21. Januar 1858. Reg.-Nr.

327⁵⁷/58.

ß. κ.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Eine bloß nach Art. 46 des StPG. vom 10. November 1848 geflogene Vernehmung bewirkt keine Prävention. — Durch Haftverfügung wird einer späteren Verhaftung präventet. — Die Kompetenz zur Führung einer Voruntersuchung ist maßgebend für jene zur Beschlussfassung über dieselbe. — Kompetenz bezüglich eines neuen Aktes nach rechtskräftiger Aburtheilung des noch nicht abgeurtheilten älteren Aktes. — Die Ueberlassung strafrechtlicher Untersuchung von der Militärbehörde an die Zivilgerichte bei der Konkurrenz von Zivil- und Militärpersonen. — Kompetenz zur Beschlussfassung und Aburtheilung bezüglich einer mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken verübte Akte umfassenden Voruntersuchung. — Rechtskraft des Beweiderklasses. Unschädliche Abmildung des geführten Beweises in außerwesentlichen Punkten. — Berichtigung zu Seite 78.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

LXXXVI.

Eine bloß nach Art. 46 des StPG. vom 10. November 1848 geflogene Vernehmung bewirkt keine Prävention.

Margarethe Z. wurde bei dem Landgerichte Gräfenberg bezüglich eines in dessen Bezirke vorgefallenen Diebstahlsvergehens lediglich als Auskunftsperson nach Art. 46 des StPG. vom 10. Nov. 1848 vernommen, nachher aber von dem Kr. und StG. Erlangen wegen eines in dessen Bezirke verübten Diebstahlsvergehens, als desselben verdächtig, nach Art. 37 verhört, dortselbst auch in Haft gebracht und sodann wegen dieses Aktes von dem Kr. und StG. Nürnberg in dessen öffentliche Sitzung verwiesen.

Es entstand aber hinsichtlich der Beschlussfassung über die vom Landg. Gräfenberg geführte Vorunter-

Neue Folge III. Band.

suchung ein Kompetenzkonflikt zwischen den Kr.: und StGerichten Nürnberg und Bayreuth, welcher oberst: richterlich, in Erwägung der vorangeführten Verhältnisse und auf Grund des Art. 22 Th. II des StGB. am 7. Februar 1857 dahin entschieden wurde: daß zur Beschlußfassung und Aburtheilung über die wider Marg. J. wegen der fragl. Diebstähle vom Landg. Gräfenberg und dem Kr.: und StG. Erlangen geführten Voruntersuchungen das Kr.: und StG. Nürnberg zuständig sei. (Urtheilsbuch Nr. 84.)

LXXXVII.

Durch Haftverfügung wird einer späteren Verhaftung prävenirt.

Gegen Michael Eckert wurden bei verschiedenen Gerichten Voruntersuchungen anhängig und zwar:

a) bei den Landgerichten Nienburg und Eichstädt wegen der in deren Bezirken vorgefallenen Diebstähle, weshalb aber noch keine Ladung oder Verhaftung gegen den ic. G. ergangen war;

b) bei dem Landg. Kipfenberg wegen zweier in dessen Bezirke verübten ausgezeichneten Diebstähle, weshalb die Verhaftung des derselben verdächtig gewordenen G. verfügt wurde, und

c) bei dem Landg. Kassel wegen Verbrechens versuchter Nothzucht, wegen eines Diebstahlsvergehens und einer polizeilich strafbaren Entwendung, woselbst Michael G., als dieser Meate verdächtig, späterhin auch wirklich in Haft gebracht wurde.

Der zwischen den genannten Landgerichten wegen Uebernahme und Durchführung der Gesamtuntersuchung entstandene Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe in Erwägung, daß nach Art. 22 Th. II des StGB., wenn sich eine Person mehrerer Verbrechen in verschiedenen Gerichtsbezirken verdächtig gemacht hat, das Gericht desjenigen Ortes für das zuständig zu erklären ist,

welches durch Ladung oder Verhaftung des Ange-
schuldigten den übrigen zuvorgekommen ist, das
Landg. Kipfenberg aber schon am 9. Okt. 1856
ein Hilfschreiben auf Verhaftung des Michael G.
wegen des einen im Bezirke dieses Gerichtes vorge-
fallenen Diebstahlsverbrechens erlassen hatte, wäh-
rend von Seite des Landg. Kafil erst am 14. Dez.
desselben Jahres die Haft wider den Genannten
verfügt worden ist, am 13. Februar 1857 dahin
entschieden: daß das Landg. Kipfenberg zur Durch-
führung der Voruntersuchung wider Michael G. we-
gen der in den Bezirken sämmtlicher obengenannten
Landgerichte vorgefallenen Verbrechen, Vergehen
und Uebertretungen, deren derselbe verdächtig ge-
worden ist, zuständig sei. (Urth.-Buch Nr. 85.)

Auf gleiche Weise wurde in dem Kompetenz-
konflikte zwischen den Landgerichten Wegscheid und
Brien im Betreffe der Untersuchung gegen August
Döninger und Genossen für die Zuständigkeit des
Landgerichtes Wegscheid entschieden, weil dieses Ge-
richt bereits gegen August D. einen Verhaftsbefehl
erlassen und ihn mittelst Steckbriefen verfolgt hatte,
während die Aufgreifung desselben und eines seiner
Genossen wegen der im Bezirke des Landgerichtes
Brien verübten Raute, dann deren Einlieferung an
dieses Gericht erst späterhin erfolgt war.

DAOG. vom 22. August 1857. (Urth. = Buch
Nr. 90.)

LXXXVIII.

Die Kompetenz zur Führung einer Voruntersuchung ist
maßgebend für jene zur Beschlußfassung über dieselbe.

(Band XVI S. 263 und XVII S. 273.)

Das Landgericht Kötting in Niederbayern, bei
welchem eine Voruntersuchung wegen Diebstahlsver-
brechens in der Richtung gegen Georg Steinwegner

und Genossen anhängig war, übernahm auch die Fortführung der Voruntersuchung wegen der im Bezirke des oberpfälzischen Landgerichtes Cham verübten Vergehen, deren dieselben Individuen verdächtig waren. Nachdem die Akten über die vom Landgerichte Rötting geführte und resp. übernommene Gesamtvoruntersuchung zur Vorlage gebracht waren, entstand wegen der Beschlußfassung über dieselbe ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen den Kr.: und StGerichten Straubing und Regensburg, welcher am 21. Februar 1857 oberstrichterlich dahin entschieden wurde, daß das Kr.: und StG. Straubing zur Beschlußfassung und Aburtheilung über die vom Landgerichte Rötting übernommene Gesamtvoruntersuchung wider Georg Steinwegner und Genossen zuständig sei.

Diese Entscheidung beruhte im Wesentlichen auf denselben Gründen, wie die in diesen Blättern am oben bezeichneten Orte bereits mitgetheilten Entscheidungen ähnlichen Betreffes. (Urth.: Buch Nr. 86.)

LXXXIX.

Kompetenz bezüglich eines neuen Reates nach rechtskräftiger Aburtheilung des noch nicht abgebußten älteren Reates.

(Wb. XIX S. 259. Wb. XX Erg.-Bl. 2 S. 27.)

Ueber diese Frage wurde in den folgenden beiden Fällen übereinstimmend mit den in früher mitgetheilten Entscheidungen aufgestellten Grundsätzen erkannt:

A.

Margarethe Birkelbach wurde wegen mehrerer Vergehen, worüber das Landgericht Wunsiedel die Voruntersuchung geführt hatte, durch die von dem Kr.: und StG. Bayreuth in erster und dem AG. v. Oberfranken in zweiter Instanz erlassenen Erkenntnisse zu einer zwölfmonatlichen Gefängnißstrafe ver-

urtheilt. Nach dieser Aburtheilung und während sie ihre Strafe erstand, ergab sich in einer von dem Landgerichte Kadolzburg wegen eines dort vorgefallenen Diebstahlsvergehens geführten Voruntersuchung gegen dieselbe Verdacht, daß sie sich dabei als Urheberin theilhaftig habe. Wegen der Zuständigkeit zur Beschlußfassung über diese Voruntersuchung entstand zwischen den Kr. und StGerichten Nürnberg und Bayreuth ein negativer Kompetenzkonflikt, welcher oberstrichterlich am 10. März 1857 dahin entschieden wurde: daß das Kr. und StG. Nürnberg zur fraglichen Beschlußfassung zuständig sei.

In den Gründen kommt vor:

Bei dieser Sachlage kann von einem Zusammenflusse des leterwähnten Vergehens mit den bereits früher abgeurtheilten Reaten im Sinne des Art. 108 Th. I des StGB. um deswillen nicht wohl mehr die Sprache sein, weil ein solcher voraussetzt, daß mehrere noch nicht bestrafte Uebertretungen eines und desselben Uebelthäters bergestalt zusammentreffen, daß darüber von dem nämlichen Gerichte und in einem und demselben Urtheile zu erkennen ist, während vorliegend die Möglichkeit einer derartigen Aburtheilung offenbar ausgeschlossen erscheint.

Bei Abwesenheit eines Zusammenflusses kann die durch solchen bedingte Zuständigkeit des früheren Untersuchungsgerichtes Wunsiedel und folgerrecht auch jene des Kr. und StG. Bayreuth als aburtheilenden Gerichtes nicht weiter für begründet erachtet werden, vielmehr entscheidet, da auch die Bestimmungen im Art. 22 Th. II des StGB. über Prävention hier nicht anschlagen, für die Gerichtszuständigkeit in Bezug auf den in Kadolzburg verübten Diebstahl, als den gegenwärtig noch allein und selbstständig zur Aburtheilung kommenden Reat, lediglich der Ort der begangenen That. Diesemnach ist mit der Zuständigkeit des zu dem Kriminal-

bezirke des Kr. und StG. Nürnberg gehörigen Landg. Kadolzburg, als Untersuchungsgerichtes, von selbst auch jene des Kr. und StG. Nürnberg, als aburtheilenden Gerichtes, gegeben.

Der Annahme dieser Zuständigkeit stehen gegebenen Falles auch die Bestimmungen des Art. 109 Th. I des StGB. nicht entgegen, weil bei vorliegender Realkonkurrenz ganz gleichartiger, mit derselben Strafgattung bedrohter Uebertretungen durch die von der Beschuldigten wegen des Diebstahles in Kadolzburg verwirkte Gefängnißstrafe die derselben bereits rechtskräftig zuerkannte gleiche Strafe in ihrer Qualität nicht alterirt, sondern nur in ihrer Dauer, und zwar ohne Ueberschreitung der gesetzlichen Grenze, zusätzlich erhöht wird, und demzufolge die Zumeßung der Strafe für das noch abzurtheilende Vergehen durch eine Rekurrenz auf die früher schon zuerkannte Strafe nicht bedingt erscheint, aber selbst in Voraussetzung der Nothwendigkeit einer solchen Rekurrenz für das Kr. und StG. Nürnberg jedenfalls irgend eine Schwierigkeit der ganz einfachen Verbindung der bereits erkannten mit der noch weiter auszusprechenden Strafe, d. i. der Erkennung auf eine Gesamtsstrafe, durchaus nicht besteht. (Urth. = Buch. Nr. 87.)

B.

Johann Samson wurde nach einer vom Landgerichte Dinkelsbühl durchgeführten Voruntersuchung von dem Kr. und StG. Ansbach wegen Diebstahlsverbrechens zu dreijähriger Arbeitshausstrafe verurtheilt und befand sich zu deren Erstehung in der Filialstrafanstalt zu Rebdorf, im Landgerichte Eichstädt. Derselbe entwich aus dieser Anstalt am 26. Aug. 1857 und wurde beschuldigt:

a) unmittelbar vor seiner Entweichung aus der Strafanstalt an dem Oekonomieknechte W. dortselbst das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahles; und

b) am 11. Sept. zu Wallerstein ein einfaches Diebstahlsverbrechen verübt zu haben.

Wegen des sub a erwähnten Meates wurde von dem Landg. Eichstädt sofort Untersuchung eingeleitet und in Folge dessen am 27. Aug. die Spähe nach Samson unter ausdrücklicher Bezeichnung des demselben zur Last gelegten Verbrechens verfügt. Wegen des sub b erwähnten Verbrechens begann das Landg. Wallerstein die Untersuchung erst am 13. Sept. mit der Verhaftung des Samson. Nachdem in der Folge das Landgericht Dinkelsbühl, als früheres Untersuchungsgericht, und später der Untersuchungsrichter von Nördlingen die Kompetenz zur weiteren Fortführung der Untersuchung beansprucht hatten, ohne daß hiegegen von Seite des Landgerichts Eichstädt und späterhin des dortigen Untersuchungsrichters etwas erinnert wurde, entstand bezüglich der Zuständigkeit zur Beschlußfassung über die Voruntersuchung ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen den Bezirksgerichten Ansbach und Donauwörth, welcher vom obersten Gerichtshofe am 4. Jan. 1858 dahin entschieden wurde:

daß zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung gegen Johann Samson wegen Diebstahls und eventuell zur Aburtheilung das Bezirksgericht Eichstädt zuständig sei;
aus folgenden Gründen:

Mit der am 27. Febr. 1857 erfolgten Aburtheilung des Samson wegen der im Bezirke des Landg. Dinkelsbühl verübten Meate und der Involzugsetzung dieses Urtheils ist die Zuständigkeit dieses Gerichtes beziehungsweise des betr. Untersuchungsrichters beendet, und konnte bezüglich der später von S. in anderen Untersuchungsgerichtssprengeln begangenen strafbaren Handlungen nicht wieder aufleben. Die Bestimmungen des Art. 213 des StPG. vom 10. Nov. 1848 können nur da zur Anwendung

kommen, wo sich entweder bei der Verhandlung wider einen Beschuldigten oder nach seiner Aburtheilung ein Verbrechen entdeckt hat, welches, wenn es bekannt gewesen wäre, schon in die Anklage hätte aufgenommen werden können. Der alleg. Art. kann aber nie da eine Anwendung finden, wo der Angeklagte erst nach seiner erfolgten Aburtheilung und vor vollständiger Straferstehung, wie es hier der Fall ist, in anderen Gerichtsbezirken wieder neue strafbare Handlungen verübt hat. In diesem Falle kann über die dem Beschuldigten bereits rechtskräftig zuerkannte Strafe nicht mehr neuerdings erkannt werden, sondern es erstreckt sich die Thätigkeit des über die neuverübten Verbrechen des S. zuständigen Gerichtes nur darauf, jene früher ausgesprochene Strafe bei der neu zu verhängenden nach Maßgabe der Art. 108 und 109 Th. I des StGB. in Kombination zu bringen.

Da S. weder im Bezirke des Landg. Dinkelsbühl noch überhaupt im Sprengel des Bezirksgerichtes Ansbach eines der neu zur Untersuchung gekommenen Verbrechen verübt hat, so steht diesem Bezirksgerichte eine Entscheidung hierüber nicht zu. Dagegen ist das Landg. Eichstädt, weil es bereits am 27. Aug. 1857 die Spähe nach Samson verurtheilte und damit jedenfalls eine der Ladung gleichzuachtende Untersuchungshandlung vornahm, hierin dem Landgerichte Wallerstein, welches erst am 13. Sept. die Verhaftung des S. vollzog, nach Art. 22 Abs. III Th. II des StGB. zuvorgekommen. Der Umstand aber, daß weder das Landg. Eichstädt noch später der Untersuchungsrichter des dortigen Bezirksgerichtes dagegen etwas erinnerte, als das Landg. Dinkelsbühl und später der Untersuchungsrichter von Nördlingen die Kompetenz beanspruchten, ist unerheblich, weil die betr. Bezirksgerichte Ansbach und Donauwörth sich der Zuständig-

keit entschlugen, und ebensowenig steht der weitere Umstand, daß das Bezirksgericht Eichstädt sich in der Sache noch gar nicht geäußert hat, der obersterichterlichen Befugniß entgegen, den durch die vorerwähnten Bezirksgerichte angeregten Kompetenzkonflikt durch die Bezeichnung des außerdem zuständigen Gerichtes zu ordnen. (Urth.-Buch. Nr. 94.)

XC.

Die Ueberlassung strafrechtlicher Untersuchung von der Militärbehörde an die Civilgerichte bei der Konkurrenz von Civil- und Militärpersonen.

Wegen eines im Bezirke des Landgerichtes Scheinfeld vorgefallenen Diebstahles wurde der Soldat E. nebst einer Civilperson der Miturheberschaft verdächtig. Auf beschaffige Bekanntgabe erklärte die Stadt- und Festungskommandantschaft als betr. Militärbehörde auf Grund des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischt-gerichtlichen Untersuchungen betr., daß sie die Durchführung dieser Untersuchung so wie der bisher bei ihr wegen anderer dem Soldaten E. zur Last gelegten strafbaren Handlungen anhängigen Untersuchung dem Landgerichte Scheinfeld überlasse. Letzteres lehnte jedoch die Uebernahme der Untersuchung in diesem Umfange ab und veranlaßte dadurch einen Kompetenzkonflikt, welcher oberstrichterlich im gemischten Senate am 17. Okt. 1857 dahin entschieden wurde:

daß zur Durchführung der gesammten Voruntersuchung gegen den Civilisten Heinrich R. und den Soldaten Johann Friedrich E. die Civilgerichte zuständig seien.

Nach Anführung der obenerwähnten Verhältnisse wird in den Gründen bemerkt: daß die vom Landg. Sch. ausgesprochene Ansicht, als habe sich die Thätigkeit des Civiluntersuchungsgerichtes in

Anfehung des Soldaten E. bloß auf den bezeichneten Diebstahl zu beschränken, und habe dagegen die Fortführung der wegen anderer dem Soldaten E. zur Last liegenden Beschuldigungen von der Stadt- und Festungs-Kommandantschaft Würzburg geführten Untersuchung auch fernerhin, wie bisher, noch von den Militärbehörden zu geschehen, als durchaus unrichtig sich darstelle, indem gemäß Art. 108 Th. I des StGB. und Art. 22 und 24 Th. II des StGB. alle einer Person zur Last liegenden Uebertretungen an ein und dasselbe Gericht sich elgnen, und eine Zuweisung an verschiedene Gerichte als unzulässig erscheine. (Urth.: Buch Nr. 93.)

XCI.

Kompetenz zur Beschlußfassung und Aburtheilung bezüglich einer mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken verübte Reate umfassenden Voruntersuchung.

(Bd. XVI S. 263. Bd. XVII S. 273, Bd. XVIII S. 241.)

Bei der am 30. Jan. 1858 stattgefundenen Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes zwischen den Bezirksgerichten Eichstädt und Regensburg wurde von dem obersten Gerichtshofe wiederholt ausgesprochen:

daß die Kompetenz des Untersuchungsgerichtes, nun des Untersuchungsrichters und zwar desjenigen, welcher, sei es durch Prävention, Delegation oder sonst, mag ein Theil der Untersuchung thatsächlich auch anderswo geführt worden sein, zur Führung der gesammten Untersuchung gesetzlich zuständig war, die Zuständigkeit desjenigen erkennenden Bezirksgerichtes nach sich zieht, in dessen Jurisdiktionsgebiete der Sprengel jenes Untersuchungsrichters sich befindet; ferner:

daß die einmal durch die Kompetenz des Untersuchungsrichters bezüglich aller Reate einer Person begründete Kompetenz des erkennenden Bezirksgerichtes dadurch, daß der Zusammenhang mehrerer

Reute, welcher die Zuständigkeit des einen Untersuchungsrichters zur gesetzlichen Folge hatte, durch einen (theilweisen) Einstellungsbeschluß gelöst wird, nicht wieder beseitigt werden kann. (Urth. = Buch. Nr. 95.) 3/7.

Mittheilung aus der Praxis.

Rechtskraft des Beweisinterlokuts. Unschädliche Abweichung des geführten Beweises in außerwesentlichen Punkten.

Bgl. Bd. V S. 300, Bd. VII S. 97 ff.

Die bekannte Rechtskraft des Beweisinterlokuts bildet zuweilen ein so lästiges Band für eine umsichtsvolle Urtheilsschöpfung, daß man es gewiß für ein verdienstliches Werk halten muß, im Interesse der Gerechtigkeit Auswege aufzufinden, auf denen man sich ihrem formalen Zwange standhaft entwinden kann. Es ist eine lange bekannte und auch nicht leicht zu bezweifelnde Sache, daß nicht alle Worte eines Beweissthemas von präzeptiver Natur sind, sondern daß nicht selten einzelne Worte oder auch ganze Sätze zur Verbindung und zur Erhaltung des Zusammenhanges oder auch im unbedachten Anschlusse an das Vorbringen der Theile mit einfließen, welche bloß demonstracionis causa gebraucht, ohne allen Abgang vom Wesen der Sache wegb bleiben oder im Laufe der Beweisführung durch eine andere der Wahrheit näher liegende Version ersetzt werden können¹⁾. Diese Zufälligkeit eines solchen Bestandtheiles ist besonders dann leicht an-

¹⁾ Der schnelleren Uebersicht wegen lassen sich als hieher einschlägige Fälle aus der bisherigen Rechtsprechung etwa folgende anführen:

1) Bl. f. R. Bd. 13 S. 157 (München).
Beweisthema: daß Beklagter der Klägerin vor 4 Wochen öffentlich vorgeworfen, sie habe ge-

nehmbar, wenn irgend ein Punkt im Klagegrunde oder in der Aufstellung einer Einrede gar nicht Gegenstand des Streites unter den Theilen war, daß

stohlen. Der Beweis fiel dahin aus, daß jener Vorwurf vor 8 Wochen, aber immer noch innerhalb der zur Verjährung gehörigen Frist gemacht war; die Abweichung wurde daher für unschädlich erklärt.

2) Seuffert's Archiv Bd. 2 Nr. 102 (München). Beweisthema: daß die klagende Gutsherrschaft in den letzten 30 Jahren von jeder nach B. einziehenden Frauensperson ein Einguggeld von 4 fl. 30 kr. bezogen habe. Bei der Beweisführung zeigte sich, daß die Weiber von Schul Lehrern, Beisassen, Schutzjuden und Zollbeamten frei geblieben, was für unschädlich erklärt wurde.

3) DAB.-Erf. v. 26. Mai 1856, Reg.-Nr. 154⁵⁴/₅₅ (München). Beweisthema: daß die Gutsherrschaft seit wenigstens 30 Jahren von all' ihren Grundholden unter dem Titel: Grohnd- und Dienstgeld jährlich einen fixen Geldbetrag von 7 fl. 30 kr. bezogen habe. Zu dem verurtheilenden Endurtheile bemerkte der oberste Gerichtshof:

Wenn das Beweisthema den Nachweis von allen Grundholden der Gutsherrschaft verlangte, so konnte nach der Natur eines Lokalherkommens damit nicht die Ausnahmslosigkeit gemeint sein; eine weit vorherrschende Pflichtigkeit geht jedenfalls schon aus den zahlreich vorliegenden Fällen hervor; Fälle der Freiheit konnte der Beklagte weder anführen noch beweisen. (Nach diesem Grundsatz dürfte wohl der Beweis jedes Universalzehntrechtes zu beurtheilen sein.)

4) Seuffert's Archiv, Bd. 4 Nr. 158 (Lübeck). Beweisthema: daß der Beklagte B. einen Saldo zu einer Zeit anerkannt habe, wo er noch Theilhaber der Handlung K. war. Der Beweis zeigte aber, daß er jenes Anerkenntniß abgegeben, als er zwar bereits ausgetreten, jedoch bevor noch die Geschäftsfreunde, mit welchen durch diese Erklärung kontrahirt wurde, von dem Austritte aus der Gesellschaft in Kenntniß gesetzt waren. Dieses wurde für unschädlich erklärt aus dem Grunde:

Auf jeden Fall würde der Beweis aus dem Ge-

richterliche Urtheil denselben daher nur als bekannte Sache hinnahm und nicht mit dem besonderen Siegel seines Ansehens bekräftigte. Wollte man diese Berichtigung nicht zugeben, so könnte es leicht kommen, daß z. B. in dem Streite über eine Grundlast, wenn in der Beschreibung des praedium serviens irgend eine Pertinenz unrichtig angegeben, statt des Vergäckers ein Thalacker genannt wäre, das ganze Gebäude des außerdem glücklichen Beweisverfahrens einfiele, der Beweis für verfehlt gelten und der ganze Prozeß ohne Rettung verloren gehen müßte, was doch gewiß in's Absurde ginge. Die sich hieraus nothwendig ergebende Befugniß des Richters, auch noch im Laufe des Beweisverfahrens einen außerwesentlichen Punkt im Beweissthema zu berichtigen, wurde vom obersten Gerichtshofe in München in nachstehendem Falle nochmals anerkannt und festgehalten. Die Umstände, unter welchen diese Frage hervortrat und welche auch der Entscheidung zu Grunde liegen, hatten sich in folgender Weise gruppiert:

sichtspunkte eines völlig statthafter Aequipollens müssen aufrecht erhalten werden, dessen Substitution immer dann zulässig sei, wenn sich aus der ganzen Lage der Sache ergebe, daß der interlocutrende Richter, hätte er schon früher die nun entwickelten Thatfachen gekannt, auf deren Beweis gleichfalls hätte erkennen müssen.

5) Seuffert's Archiv, Bd. 11 Nr. 188 (Wolffenbüttel). Ein Beklagter sollte beweisen, daß G. vor Anstellung der gegenwärtigen Klage befriedigt sei. Der Beweis zeigte, daß die Bezahlung wohl geschehen war, aber erst im Laufe der Sache, was natürlich dem Oberrichter gleichfalls genügte.

6) Der jüngste Fall findet sich weiter oben S. 42, wo der Kläger beweisen sollte, daß sein Cedent ein Darlehen gegeben, aber statt dessen den angetretenen Beweis liefern durfte, daß bereits der Vater des Cedenten der Darleiher gewesen.

Eine Gutsherrschaft klagte wider einen ihrer Grundholden mit der *actio confessoria utilis* einen jährlichen Grundzins ein, welchen derselbe von seinem Wohn- und Gasthause sammt darauf haftender realer Bierbrauerei und Bäckerei als dingliche Last zu entrichten habe. Der Beklagte widersprach in seiner Antwort, daß auf dem in der Klage beschriebenen und von ihm besessenen Anwesen eine solche Abgabe als dingliche Last hafte. Wie die Folge zeigte, stand hiebei ein Kanon in Frage, der wirklich von zwei zu dem Anwesen des Beklagten gehörigen und der Gutsherrschaft lehnbaren Realgewerben zu verabreichen kam; nur darüber, welches diese Gewerbe seien, that sich ein unterlaufener Irrthum hervor. Nach verhandelter Sache legte nämlich die erste Instanz der klagenden Gutsherrschaft den Beweis auf, daß sie seit wenigstens 30 Jahren vor 1818 von dem Beklagten als Besitzer des ihr lehnbaren Wohn- und Gasthauses mit realer Bierbrauerei und Bäckerei und dessen Besitzvorsahren jährlich 19 fl. unter dem Titel „Umgeld“ erhoben habe. Dieses Urtheil wurde auch in zweiter und dritter Instanz bestätigt, obwohl das Oberappellationsgericht nach Inhalt seiner Entscheidungsgründe aus den Vorakten entnommen hatte, daß die reale Braugerechtsame dem Vater des Beklagten schon im J. 1815 rechtskräftig aberkannt war. Im Laufe des Beweisverfahrens zeigte sich jedoch auf die Anregung des Beklagten selbst, daß an die Stelle der Worte des Beweisthemas: „mit realer Bierbrauerei und Bäckerei“, vielmehr berichtigend die anderen gehörten und der Wahrheit gemäß hätten kommen sollen: „mit realer Schildwirthschaft und Bäckerei.“ In diesem Sinne wurde auch der Beweis vollkommen hergestellt und daher der Beklagte vom k. App.-Gerichte zur Fortentrichtung der streitigen Reichniß vom Gasthause mit diesen beiden Gewerben verurtheilt. Derselbe suchte

sich nun in seinem Revisionsgesuche auf das rechtskräftige Beweisinterlokut zu stützen, dessen Thema in einem wesentlichen Punkte nicht erschöpft worden sei. Der oberste Gerichtshof bestätigte jedoch seine Verurtheilung und bemerkte hiezu in den Gründen:

Die Abweichung des hergestellten Beweises von dem rechtskräftigen Beweissthema, die darin besteht, daß sich statt einer realen Braugerechtigkeit die in letzterem erwähnt ist, vielmehr eine reale Schildwirthschaft als Zugehörung des dem Beklagten gehörigen Gasthauses und Anwesens bewährte, ist viel zu unbedeutend, um daraus ein theilweises Fehlschlagen der der klagenden Gutsherrschaft vor- gesteckten Aufgabe herleiten zu können. Nicht alle Worte eines Beweisalthemas sind strenge *imperativi*; eine billige Erfassung muß dem Beweisführer in zufälligen Dingen einen angemessenen Spielraum offen lassen, um dafür *acquipollente* Umstände einzustellen oder das ganz Nuklose völlig ausfallen zu lassen. Die Anführung zweier Realgewerbe als Zugehörungen des Hauptgutes ist im Beweissthema: bloß anzeigend und nicht einschränkend zu verstehen; hiesfür spricht schon der Umstand, daß der oberste Gerichtshof, wäre er anderer Ansicht hierüber gewesen, statt der Bestätigung des Interlokutes durch sein Erkenntniß vom die Klage, welche eine reale Bierbrauerei mit in Bezug nahm, in der angebrachten Art hätte abweisen müssen (um was auch gebeten war), weil nach dem Punkte lit. g in dem jener Entscheidung zu Grund gelegten „Stand der Sache“ schon damals genau bekannt war, daß dem Vater des Beklagten das von ihm beanspruchte Realrecht zum Bierbrauen bereits im Jahre 1815 oberstrichterlich aberkannt wurde. Jener Irrthum der Klage und des daraus entquollenen Beweisalthemas konnte auch den Beklagten in seiner Vertheidigung und in Führung des Gegenbeweises nicht beschränken, da alle Beweisgründe, welche ursprünglich

für das reale Braurecht sprechen sollten, die damit nächst verwandte Schilbwirthschaft gleich gut umfassen. Ueberdies hat der Beklagte den Irrthum des erstrichterlichen Beweisfages in gleicher Weise, wie der Kläger selbst, mit veranlassen helfen, er kann also auch keinen späteren Vortheil daraus ziehen. Denn auf die Anführung der Klage, er besitze ein Wohnhaus, Gast- und Brauhaus, das Ablerwirthshaus genannt, sammt darauf haftender realer Bierbrauerei und Bäckerei, worauf als dingliche Last 19 fl. Umgeld hafte, antwortete der Beklagte in seiner Vernehmung, — statt offen zu erklären, er besitze gar kein reales Braurecht, was doch er selbst am besten wissen mußte, — nur so viel: es werde widersprochen, daß auf dem in der Klage beschriebenen und vom Beklagten besessenen Anwesen die unter dem Titel „Umgeld“ beanspruchte Abgabe von jährlich 19 fl. als dingliche Last hafte. Es würde aber dem guten Glauben und den bekannten Pflichten aller Partheien im Prozesse, den Richter über den wahren Stand der Sache aufzuklären, im höchsten Grade zuwider laufen, wenn der Beklagte auf einen kleinen Irrthum seines Gegners hätte spekuliren wollen, um dessen Rechtsverfolgung in einem Abwege ohne Ausgang sich verirren zu lassen. Auch that er dieses zu jener Zeit nach dem übrigen Inhalte jener Vernehmung auf die Klage nicht; um so mehr muß es auffallen, daß derselbe dermalen zu einem Hilfsmittel von so lockerem Bestande seine Zuflucht zu nehmen sich nicht entblödet.

DAUERf. v. 18. Januar 1858. Nr. 961⁵⁶/₅₇.

Berichtigung: S. 72 B. 1—2 v. oben st. „fr. 222 de div. reg. jur. 50, 17“ lies: „fr. 220 pr. de verb. sign. 50, 16“.

Red.: E. A. Scuffert. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke), in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die eheliche Gütergemeinschaft in Ingolstadt. — Schwierigsten zu erlangender Wiederherstellung gegen veräumte Kothfristen. — Zur Lehre vom gerichtlichen Geständnisse. Deßen Tragweite ist vom Richter nach den Umständen des Falles zu bestimmen. — Berechtigung der aus der Masse nicht Befriedigten Gläubiger, den von einem Stelgerer zu erzielenden Mindererlös gegen diesen einzuklagen.

Die eheliche Gütergemeinschaft in Ingolstadt.

In Ingolstadt, einer Stadt von 8000 Einwohnern, besteht eine ziemlich Ungewißheit darüber, welcher Güterstand der Ehegatten das gemeine Ortsrecht der Stadt bilde und daher in Ermangelung einer besonderen Verabredung im einzelnen Falle anzunehmen sei. Diese Ungewißheit that sich aus Anlaß einer unlängst vorgekommenen Konkursfache hervor, wobei einige Gläubiger die Mithaftung der Kinder erster Ehe für die Schulden ihres Vaters mit ihrem Muttergute aus dem Grunde in Anspruch nahmen, weil ihre Mutter mit demselben nach einem dortigen Lokalstatute in ehelicher Gütergemeinschaft gelebt habe.

OBGWkten Nr. 1520 ⁵⁶/₅₇, die Köstlerische Gantsache betr.

Die Anmerk. zum bayer. Landrechte Th. III Kap. 6 §. 32 Nr. 1—3 äußern sich nämlich hlerüber in folgender Weise:

„Communio generalis ist zwar an verschiedenen Orten in Bayern, z. B. in Ingolstadt unter dem Namen der gerechten Ehe, per statutum locale eingeführt. Vide H. Prof. Cfer's Erörterung der

Frage, ob die Ingolstädtische Freiheit von gerenkter Eheprath sich außer den Burgfrieden erstrecke. In den Generallandesstatuten aber ist sie sowenig als in unserem Kodex gegründet und hat sohin außer obgedachten Orten nicht statt“.

Die beiden ersten Instanzen waren nun in Bezug auf die Wirkung, welche sie diesen Bemerkungen beilegen sollten, ganz entgegengesetzter Meinung. Das k. Landgericht J. sprach sich für die allgemeine Gütergemeinschaft bezüglich jener Ehe, welche übrigens eine verbindte war, aus, und verurtheilte daher die erstehelichen Kinder zur subsidiären Haftung für die während der Ehe ihrer Mutter von ihrem Vater kontrahirten Schulden. In den Gründen wurde hiezu angeführt: Wenn schon das geschehene Anheirathen der Güter auf die Eingehung einer Gütergemeinschaft schließen lasse ¹⁾, so werde diese Annahme durch das Gesetz selbst zur Gewissheit gebracht. Es sei nämlich ein Lokalstatut für Ingolstadt, daß daselbst *communio honorum* zwischen den Ehegatten unter dem Namen der gerenkten Eheprath bestehe. LR. Thl. I Kap. 6 §. 32 in not. An der in Kraft dieses Lokalstatutes bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft sei auch durch den allegirten Eheprathsbrief nichts geändert worden, u. s. w.

Auf die Berufung jener Kinder entband sie das k. Appellationsgericht wieder von der Mithaftung, und bemerkte hiezu in seinen Entscheidungsgründen: Durch v. Kreittmayr's Anmerkungen sei die Existenz eines solchen Statutes noch nicht hinlänglich bewiesen; derselbe sei zu jenem Asserte wahrscheinlich nur durch die von ihm allegirte Schrift des Professors Ecker veranlaßt worden. Weber in Jäck's Gesetzesstatistik, noch in

¹⁾ Wgl. Bd. 16 S. 257 ff., Bd. 19 S. 113 ff.

Weber's Werk über die Provinzialrechte, noch in der neuen amtlich entworfenen Gesetzesstatistik für Oberbayern von 1840 komme von einem solchen Statute etwas vor. Es sei um so weniger anzunehmen, daß dem Landgerichte J. von einem solchen Lokalstatute etwas bekannt sei, als außerdem die Heirathsbrieife anders abgefaßt und die Ausschließung der statutarischen Gütergemeinschaft wohl ihr hauptsächlichster und darum deutlich auszusprechender Zweck hätte sein müssen. Wenn daher angenommen werden müsse, daß ein derlei Lokalstatut nicht notorisch sei, so hätte dessen widersprochene Existenz von dem Alleganten gehörig nachgewiesen werden müssen, was indessen nicht geschehen sei. Uebrigens sei auch anzunehmen, daß, wenn auch ein solches Lokalstatut bestand, dasselbe nach L. R. Thl. I Kap. 2 §. 15 Nr. 5 durch widrigen Gebrauch (desuetudo) wieder aufgehoben worden sei.

Als hierauf der oberste Gerichtshof durch ein Revisionsgesuch der Gläubiger mit dieser streitigen Frage befaßt war, theilte der Magistrat der Stadt J., darum ersucht, dem Landgerichte einen in seinem Archiv vorfindlichen und auf Pergament geschriebenen Freiheitsbrief der Herzoge Wilhelm und Ludwig von O.- und N.-Bayern d. d. Sonntag Vätare 1541 mit, worin jene Herzoge der Stadt auf ihr Bitten deren ältere Freiheit dahin bestätigten und konfirmirten :

„Wer in der Stadt Ingolstadt nach der Stadt Rechten heyrathet, sobald dann dieselben zwei Personen unter die Decke zusammen gekommen, daß alsdann ihr beider Gut Ein Gut sey, und welches darnach vor dem anderen ohne eheliche Leibeserben abgeht, daß darnach dessen Hab und Gut, so ihm verheyrathet ist, dem anderen, der es also überlebt, mit sammt der Morgengabe, die mit verschafft wäre, auch was sie mit einander in beständiger Ehe gewonnen, erblich heimfallen und bleiben soll.“

Dessen unerachtet bestätigte der oberste Gerichtshof das zweitrichterliche Urtheil und bemerkte in den Gründen dazu:

Im Uebrigen kann zwar die Existenz des durch die Herzoge W. und L. von D. und N. Bayern de dato Väter 1541 bestätigten Lokalstatutes, des Inhaltes, daß . . . , nicht bezweifelt werden, nach dem beglaubigte Abschrift dieser beim Magistrate J. hinterliegenden Urkunde den Akten beigelegt worden. Allein abgesehen von der Frage, ob diesem Statute dormalen noch Rechtswirksamkeit zukomme, kann dasselbe, auch dieses vorausgesetzt, hier keine Wirkung äußern, weil der Kridar und dessen erste Ehefrau nicht „nach der Stadt Rechten“ geheirathet, sondern vielmehr am 17. Juni 1830 einen gerichtlichen Ehevertrag errichtet haben.

DAGE. vom 6. Febr. 1858.

Da der oberste Gerichtshof hienach sorgfältig vermied, sich über die Geltung jenes Lokalstatutes zu äußern, so steht noch immer der Ausspruch des k. Appellationsgerichtes als des in den Stand der Gesetze seines Kreises präsumtiv am besten eingeweihten Gerichtshofes aufrecht, wonach dasselbe auf ein Anerkennniß in der Rechtsprechung keinen Anspruch machen kann. Diese Meinung dürfte wohl auch insofern die richtigere sein, als aus den Erhebungen über jenen streitigen Punkt sich Anzeigen hervorthaten, daß, wenn auch die Elemente einer förmlichen Desuetudo nicht erweislich seien, dennoch der Freiheitsbrief von 1541 mit der darin statuirten ehelichen Gütergemeinschaft in dem Rechtsbewußtsein der städtischen Einwohnerschaft und selbst der dortigen Gerichtspersonen mit einem dichten Schleier der Vergessenheit bedeckt sei. Der praktische Nutzen, der sich hieraus ziehen läßt, besteht bloß darin, daß sich dem k. Landgerichte Ingolstadt empfehlen läßt, bei vorkommenden Heirathen, besonders unter vermöglicheren Bür-

gerätheuten, dieselben auf die vorwaltende Unsicherheit in dem Stande des geltenden Rechtes aufmerksam zu machen und zu veranlassen, in ihren Rathsbriefen den Güterstand, welchen sie unter sich einzuführen gedenken, genau festzustellen, mit dem Bemerken, daß, wenn etwa ihre Absicht wirklich auf eine eheliche Gütergemeinschaft gerichtet wäre, dieselbe ohne ausdrückliche Verabredung in günstigen Ehepacten der Gefahr ausgesetzt sei, seiner Zeit von den Gerichten aller Instanzen mißkannt oder nicht respektirt zu werden.

****.

Schwierigkeiten zu erlangender Wiederherstellung gegen versäumte Nothfristen.

Der oberste Gerichtshof zeigt sich in neuerer Zeit sehr strenge in Handhabung des §. 38 der Novelle von 1837 und sehr karg in Ertheilung von Restitutionen gegen versäumte Fatalien. Man sollte hiebei doch auch die Lage des Anwaltes in eine billige Erwägung ziehen, der wohl zu der Aufmerksamkeit eines fleißigen Hausvaters von mittlerem Schlage in Verwaltung seines Amtes verpflichtet ist, aber dabei ganz kleine Versehen, welche meistens seinen Hülfsarbeitern zur Last fallen, auch nicht immer vermeiden kann und besonders in Fällen, wo seine Wachsamkeit keinen besonderen Antrieb erhält, Gefahr läuft, sich unversehens in einer nicht geahnten Schlinge zu fangen. Alle Rechtspflege ist eine menschliche Anstalt, sie muß daher auch die Bedingungen der menschlichen Natur und die partiellen Gebrechen der üblichen Geschäftsbehandlung auf ihrem Gebiete annehmen, da gerade hiesfür die Rechtshülfe der Wiederherstellungen geschaffen zu sein scheint. Wir wollen es versuchen, unseren Gedanken durch einige Beispiele zu erläutern.

1) Nach den bekannten Disziplinarvorschriften für die Advokaten vom J. 1813 muß der Rekurs eines Anwaltes gegen eine Disziplinarverfügung bei Strafe der Desertion innerhalb drei Tagen dem Richter, welcher den Strafbeschuß publizirt hat, schriftlich angezeigt, und die Rekurschrift selbst binnen 14 Tagen vom Publikationstage an gerechnet unter Präklusionsstrafe bei eben diesem Richter eingereicht werden¹⁾. Man konnte nun sehr wohl annehmen, die zweimal angebrochte poena desertionis beziehe sich auf die Einhaltung jenes fatale interponendae et introducendae appellationis; werde aber die Schrift zufällig bei dem höheren Richter, der die Strafe verhängt hat, oder gar gleich unmittelbar bei dem obersten Gerichtshofe eingereicht, der sie wieder abnehmen soll, so trete dieses Versehen unter die allgemeine Vorschrift der G.D. Kap. XV §. 6 Nr. 3, wonach die Appellationsfatalen salvt bleiben sollen, wenn die Appellation aus Verstoß bei der höheren Obrigkeit mit Ueberspringung der mittleren und nächsten Instanz, jedoch erweislich noch in termino eingereicht wurde. Allein dem entgegen pflegt der oberste Gerichtshof ganz regelmäßig, wenn ein Rekurs gegen die Disziplinarverfügung eines Appellationsgerichtes, welche das Untergericht zustellte, bei jenem Gerichtshofe oder gleich unmittelbar bei ihm selbst angemeldet oder eingereicht wird, die Sache für desert und somit unwiderruflich verloren zu erklären.

Bgl. Reg.-Nr. 1393^{54/55}, 121^{55/56}, 387^{55/56}, 1365^{55/56} 2).

1) Reg.-Blatt 1813 S. 435. — Bgl. übrigens Kommentar über die G.D. Aufl. 2. Bd. 1 S. 369 Note 92, Bd. 4 S. 80 Note 45. — Red.

2) S. auch Bd. 11 S. 265.

Bei Beamten, für welche freilich eine Disziplinarstrafe von weit höherer Bedeutung als für einen Anwalt ist, und wo der §. 15 des Ediktes Beilage IX z. B. U. ebenso bestimmt verordnet, es sei ein binnen 8 bis 14 Tagen bei der unmittelbar höheren Amtsbehörde einzureichender Refurs gegen jede Disziplinarstrafe gestattet, hat der oberste Gerichtshof bereits in zwei Fällen gelindere Saiten aufgezoogen und den bei dem strafenden Appellationsgerichte rechtzeitig eingereichten Refurs als salvirt angenommen.

Vgl. Reg.-Nr. 1254 ^{48/49} und 1115 ^{50/51}. Warum sollte man eine gleiche Nachsicht nicht auch den Anwälten angedeihen lassen?

2) Ein Anwalt hatte seine Berufungsschrift rechtzeitig an ein auswärtiges Landgericht abgeschickt; dieselbe traf aber hier durch einen nicht ergründeten Zufall um einen Tag zu spät ein. Sein Gegner rügte auch diese Verspätung an der Spitze seiner Nebenverantwortung und trug deshalb auf Desertion an. Als aber diese Nebenverantwortung dem Appellanten zur Nachricht mitgetheilt wurde, legte er sie einfach ad acta. Hierin ist gewiß nur eine Linse von Versehen zu erblicken, denn die Nebenverantwortung war bloß für das Gericht bestimmt, der Appellant konnte nichts mehr darauf erwidern; erst wenn er später die Revision ergriff, konnte er in den Fall kommen, auf deren Inhalt Bedacht zu nehmen und deren Gründe zu widerlegen. Als nun das Desertionserkenntniß des Appellationsgerichtes erfolgte, suchte der Anwalt bei diesem Gerichtshofe selbst Restitution contra lapsum fatalium nach, welche ihm jedoch abgeschlagen wurde, weil er durch die Mittheilung jener Nebenverantwortung von seinem Verschulden Kenntniß erlangte, aber von dort an die 14tägige Restitutionsfrist längst versäumt habe. In seiner Beschwerde hiegegen bei dem obersten

Gerichtshofe hatte er den unglücklichen Gedanken, zu sagen, er habe die Nebenverantwortung seines Gegners wohl gelesen, nichts habe ihn aber verpflichtet, derselben im Punkte jener *accusatio desertionis* Glauben zu schenken. Der oberste Gerichtshof bestätigte indessen das Desertionserkenntniß und bemerkte hiezu in den Gründen:

„Das Nichtlesen oder Ignoriren der Nebenverantwortungsschrift mag zwar in vielen Fällen unschädlich sein, kann jedoch keinen zureichenden Rechtfertigungsgrund bilden, den Restitutionsucher deshalb zu begünstigen und den Beginn der Restitutionsfrist auf einen späteren Tag hinauszusetzen. Dieses um da minder, wenn, wie in concreto geschehen, der die Wiedereinsetzung nachsuchende Rechtsanwalt selbst herkommen läßt, daß er zwar die Nebenverantwortung gelesen habe, aber keine Rücksicht darauf nehmen zu dürfen glaubte.“

O. U. G. v. 11. Januar 1856. Reg.-Nr. 277^{55/56} 2).

3) Gegen ein am 10. August verkündetes Erkenntniß der zweiten Instanz übersendete ein Anwalt den 9. Sept. d. i. am 30. Tage Abends 6 Uhr seinen Revisionslibell zum Landgerichte. Ein unberechtigter Skribent übernahm hier die Schrift und bestätigte den Empfang auf den neunten Sept. in das Expeditionsbuch des Anwaltes, legte aber die erstere auf den Tisch des k. Landrichters, welcher sie am kommenden Morgen auf den 10. September, das ist den 31. Tag präsentirte, weshalb auch das oberstrichterliche Desertionserkenntniß nicht ausbleiben konnte. Bei Einsendung der Akten war demselben, wie gewöhnlich, notifizirt worden, sein Revisions-

2) Vgl. Bl. f. R. A. Bd. 17 S. 348—9; Kommentar über die O. D. Aufl. 2 Bd. 4 S. 209 Note 91.

libell de praes. 10. Sept. sei dem Gegentheile zur Nachricht mitgetheilt worden.

Als er nun gegen jene Desertion remonstrirte und eventuell Restitution nachsuchte, hiebei auch die Vierzugsbescheinigung des Landgerichtsskribenten auf den 9. September vorlegte, wurde ihm vom obersten Gerichtshofe hierauf die Abweisung bedeutet. In den Gründen hiezu kommt vor:

„ Nun wurde dem Beklagten und Revidenten, wie dem Kläger, durch Dekret vom 11. zugestellt 15. September eröffnet, daß seine Revisionschrift am 10. September eingelaufen sei; er hätte daher gegen diese Angabe⁴⁾, wenn sie unrichtig war, längstens innerhalb 14 Tagen Verwahrung einlegen und remonstriren, oder Restitution nachsuchen sollen, weil er vorgehen konnte und mußte, daß widrigenfalls seine Revisionschrift als um einen Tag verspätet und besert zurückgewiesen werde. Jedenfalls hätte er seine (erst jetzt hervorgetretene) Remonstration innerhalb 30 Tagen nach dem 15. Sept., d. i. innerhalb einer dem Revisionsfatale gleich kommenden Frist übergeben sollen, da man in einen offenen Widerspruch mit dem Gesetze kommen würde, wenn man einer Schrift, welche zur formellen Salvierung der Revision dienen soll, eine längere Frist als dieser selbst gestatten wollte“.

DAGE. v. 26. Januar 1858. Nr. 87^{57/58}.

Man darf hier wohl fragen: konnte diesem Anwalte, wenn er die Notifikation des Landgerichtes, sein Revisionsgesuch de praesent. 10. September sei dem Gegner zur Nachricht mitgetheilt worden, auch eifrig gelesen hätte, nur im Entferntesten ein-

⁴⁾ Kann wohl gegenüber einem bloßen Notifikationsbeskrete von einer Verwahrung oder Remonstration im eigentlichen Sinne die Rede sein? — Red.

fallen oder etwas seine Wachsamkeit anregen, daß diese der 31. Tag gewesen? Was konnte ihn auf diesem Punkte darauf hinweisen, die Einhaltung der Fatalien nochmals in seinen Manualakten zu kontrolliren, nachdem der um 5 Tage früher in seine Hände gekommene Vieferschein ihn schon vorher darüber beruhigt hatte?

Es kann natürlich unsere Absicht nicht sein, diesem Rigorismus des obersten Gerichtshofes beizutreten oder denselben einer einläßlichen Kritik zu unterziehen; wir wollen nur hievon Veranlassung nehmen, indem wir jene Entscheidungen veröffentlichen, dem erleuchteten Eifer der Anwälte einige wohlmeinende Rathschläge zu ertheilen, um sich selbst vor Verlegenheiten, ihre Partheien aber vor Schaden bewahren zu können. Die hierauf einschlägigen Punkte bestehen darin,

a) alle ihre Beschwerden gegen Disziplinarverfügungen sorgfältig bei denjenigen Gerichten anzumelden und einzureichen, welche ihnen den betreffenden Beschluß zu stellen ließen;

b) wenn sie eine Beschwerdebefchrift an die höhere Instanz einreichen und ihnen deren Mittheilung an den Gegner vernachrichtigt wird, nachzusehen, ob der hierin bezeichnete Tag des Einlaufes ihrer Schrift der beabsichtigte sei und nicht vielmehr eine berichtigende Anzeige oder ein Restitutionsgesuch erforderlich mache;

c) wenn ihnen eine Nebenverantwortung ihres Gegners mitgetheilt wird, sie auf der Stelle zu lesen, um nachzusehen, ob nicht Aufstellungen darin vorkommen, welche zu einem weiteren Schritte Anlaß geben können.

d) Endlich möge hier noch ein Punkt berührt werden, der mit vorstehenden Bemerkungen innig zusammenhängt. Alle bisherige Erfahrung lehrt, daß unter zehn versäumten Fristen in neun Fällen

die Schrift nur um einen Tag zu spät einlief, aus Gründen, die wohl von selbst entgegenkommen. Der beste Rath, den man einem fleißigen Anwalte geben kann, besteht also darin, seine Geschäfte und sein Terminswesen so einzurichten, daß seine Schriften immer schon am vorletzten Tage vor dem Ab- laufe eintreffen müssen, wo dann eine kleine Unregelmäßigkeit, auf welcher Seite sie auch immer unterlaufen mag, nur in den seltensten Fällen zu ernstlichen Schwierigkeiten führen kann. Der Umstand allein schon, daß es ein Anwalt auf den letzten Tag ankommen ließ, muß seinen Fleiß von vorneherein verdächtigen und gegen seine pflichtmäßige Wachsamkeit in dem Grade einnehmen, daß ihm eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unter sonst gleichen Umständen nur desto schwerer ertheilt wird.

****.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zur Lehre vom gerichtlichen Geständnisse. Dessen Tragweite ist vom Richter nach den Umständen des Falles zu bestimmen.

Die Ger.-Ord. Kap. XII §. 1 Nr. 3 verordnet:

„Soll das Geständniß mit Worten, Schriften, oder Zeichen dergestalt klar und deutlich zu Tage liegen, daß man nicht nur den Willen überhaupt, sondern auch, was und wie viel man dadurch einzuräumen verneint sei, genugsam erkennen möge.“

Wie viel nun genug sei, um daraus zu erkennen, was in einem Geständnisse klar zu Tage liege, was und wie viel damit eingeräumt sei, dieses zu bestimmen, fällt offenbar unter die Herrschaft

deß billigen Ermessens der Richter nach den Umständen des Falles. Gibt der Gegner eine Aeußerung über Thatfachen ab, welche mit einem ihm zur Beantwortung vorgelegten Umstande in allen wesentlichen Punkten übereinstimmt, ohne ihn sflavisch wiederzugeben, so hat der Richter frei zu beurtheilen, ob und wie weit ein Zugeständniß darin begriffen sei. Die bloße Verwahrung des auf solche Weise Bekennenden gegen ein Geständniß, oder die Verhüllung seiner Antwort in eine allgemeine Phrase, welche darauf berechnet ist, die Uebereinstimmung mit der vorhergegangenen Behauptung des Gegners noch immer vorzuenthalten oder im Ungewissen zu lassen, kann nie für geeignet gelten, der pflichtmäßigen Thätigkeit der Gerichte in der Annahme eines offenbar durchblickenden Geständnisses nur das geringste Hinderniß in den Weg zu legen.

Dieser Fall kam unter folgenden Umständen vor. Daß L. Aerar hatte vor vielen Jahren mit einem Gutbesitzer einen gerichtlichen Vertrag abgeschlossen, und ihm darin mehrere Jagdbezirke abgetreten, sich aber statt einer baaren Geldsumme hiefür eine ewige Grundrente von 14 fl. 29 $\frac{3}{4}$ fr. ausbedungen. Diese Rente war bereits über dreißig Jahre abgeführt worden, als der Pflichtige, weil das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden aufgehoben sei, die Bezahlung einstellte. Der L. Fiskus klagte daher die Fortentrichtung mit der Actio confessoria utilis nebst den Rückständen vom 1. Oktbr. 1848 ein. Der Beklagte erkannte den gerichtlichen Vertrag für's Erste nicht an, setzte der Klage einen Widerspruch entgegen, bemerkte aber weiter: Allerdings sei richtig, daß er bis Ende Januar 1849 und nicht bloß bis 1. Oktbr. 1848 eine jährliche Reichniß von 14 fl. 29 $\frac{3}{4}$ fr. an das Rentamt C. bezahlt habe. Ein Grund für diese Abgabe wurde nirgends angeführt. Als nun

der k. Fiskus in seiner Replik dieses Geständniß als nützlich annehmen wollte, stellte sich der Beklagte gleich im Eingange seiner Duplik sehr darüber verwundert; er habe wohl gesagt, daß er eine Reichniß von 14 fl. 29³/₄ fr. an das Rentamt bezahlt, nicht aber, daß es die in dem vorgebliehen Vertrage von 1815 ausbedungene gewesen. Gleich zu Anfang des Prozesses hatte der Beklagte überdies angezeigt, um sich eine Verlängerung des Exzeptionstermines zu erwirken, er habe sich an das k. Finanzministerium gewendet, mit der Bitte, auszusprechen, daß er die eingeklagte jährliche Reichniß fern erhin nicht mehr zu entrichten schuldig sei; dieser Schritt war jedoch ohne Erfolg geblieben. Beide Vorinstanzen ließen sich wirklich im Uebermaße formalistischer Bedenkllichkeiten abhalten, hier ein Geständniß anzunehmen, indem sie dafür hielten, daß der animus constitendi fehle; sie legten daher dem klagenden Fiskus den Beweis über die von ihm behauptete dreißigjährige Erfüllung auf. Der oberste Gerichtshof ging dagegen auf die fiskalische Beschwerde über diesen Beweis hinweg und erklärte den angeführten Umstand der Erfüllung für liquid. Aus den Gründen dieses Ausspruches entheben wir:

.... Dieser Theil der fiskalischen Beschwerde erschien gegründet. Der beklagte Theil gab einmal zu, daß er die im Vertrage von 1815 eingetauschten Jagdbezirke eingewortet erhalten habe, weil er außer dem nicht mittels seiner letzten Einrede behaupten konnte, jene Jagden seien ihm durch das Jagdgesetz von 1848 wieder entzogen worden. Derselbe gab überdies in seiner Vernehmlassung sogar berichtigend gegenüber der Klage zu, daß von seiner Rentenverwaltung bis Ende Januar 1849, und nicht bis 1. Oktbr. 1848 eine jährliche Reichniß von 14 fl. 29³/₄ fr., wie solche gerade Gegenstand der Klage war, an das k. Rentamt G. entrichtet worden sei.

Jrgend ein anderer Verpflichtungsgrund für diese zugegebene Abtragung wurde nicht angeführt, vielmehr hatte der Beklagte gleich zu Anfang der Sache schon in einer Vorstellung v. . . . angezeigt, daß er sich an das k. Finanzministerium gewendet mit der Bitte, auszusprechen, er sei fernerhin nicht mehr schuldig, die eingeklagte jährliche Reichsniß zu entrichten. Diese Umstände des Falles waren mehr als hinreichend, um die Identität der zugestandenen Zahlung mit der geforderten Rente als feststehend, klar und deutlich zu Tage liegend, anzunehmen. O. R. XII §. 1 Nr. 3. Denn es wäre sinnlos, daß der Beklagte an ein k. Rentamt dreißig Jahre über eine solche Rente für nichts und wieder nichts bezahlt hätte. Der Versuch des früheren Anwaltes des Beklagten am Eingange seiner Duplik, jenes Zugeständniß und diese Identität zu beanstanden, ist eine protestatio facto contraria und läuft auf eine unwürdige Silbenstecherei hinaus, über welche die gesunde Vernunft dem Richter gebietet, unbeachtet hinwegzugehen.

OABGrf. v. 11. Dez. 1857 — Reg-Nr. 777⁵⁴/55. ****

2.

Berechtigung der aus der Masse nicht befriedigten Gläubiger, den von einem Steigerer zu ersetzenden Mindererlös gegen diesen einzuklagen.

Der Meistbieter auf ein subhastirtes Gut hatte den Kauffchilling nicht erlegt; dasselbe war deshalb auf dessen Wag und Gefahr weiter versteigert, und hiebei waren um 700 fl. weniger, als das frühere Meistgebot betrug, Erlöst worden.

Zwei Gläubiger, von welchen der eine bei der Vertheilung des Steigerungs-Erlöses gar nicht zum Zuge gekommen, der andere nur theilweise be-

friedigt worden war, stellten gegen den früheren Meistbieter Klage mit der Bitte, zu erkennen, daß Beklagter schuldig sei, den Ersatz für den Mindererlös mit 700 fl. zur Vertheilung unter die nicht befriedigten Gläubiger bei Gericht zu erlegen.

Diese Klage wurde von dem Gerichte zweiter Instanz für nicht gehörig substantiirt erachtet, weil die Kläger hätten darlegen sollen, wie viel sie an ihren Forderungen durch Verschulden des Beklagten verloren haben, nämlich mit welchen Beträgen sie hätten zum Zuge kommen müssen, wenn ein um 700 fl. höherer Kauffchilling erzielt worden wäre. — Der oberste Gerichtshof erklärte die Klage für gehörig begründet und enthalten die Gründe des Erkenntnisses vom 17. Oktober 1855 (Nr. 443^{53/54}) Nachstehendes:

S. und M. F. haben nicht auf Bezahlung einer ihnen gebührenden Entschädigung geklagt, sondern den Antrag gestellt, daß der Beklagte angehalten werde, die schuldigen 700 fl. zur Verabfolgung an die nicht befriedigten Gläubiger nach Maßgabe ihres Ranges bei Gericht zu erlegen, und es war daher zur Substanziirung dieser Imploration eine Darlegung und Spezifikation des den Klägern zugegangenen Schadens, nämlich die Darlegung, daß und mit welcher Summe Kläger nach Maßgabe der festgestellten Liquidität und Priorität ihrer Forderungen zum Zuge gekommen wären, wenn Beklagter den Kauffchilling von 2200 fl. erlegt hätte, wie solche vom Richter zweiter Instanz verlangt wird, in keiner Weise erforderlich.

Zu dem Antrage aber, daß der erste Steigerer zur Erlage des Mindererlöses bei Gericht angehalten werde, ist, wenn nicht ein Massifikurator vorhanden, welchem die Erhaltung und Bildung der Aktiv-Masse zunächst obliegt, jeder bei der Er-

gänzung des Steigerungs- Erlöses Betheiligte legitimirt, und als Betheiligter erscheint jeder Gläubiger, welcher aus dem bei der weiteren Versteigerung erzielten Kaufschillinge keine oder nicht vollständige Befriedigung erlangt hat, da jeder solche Gläubiger einen Anspruch hat, aus der Masse nach Maßgabe des Betrages derselben und des Ranges seiner Forderung befriedigt zu werden und in diesem Anspruche dessen unverkennbares Interesse an Ergänzung der Masse liegt. Der Nachweis, daß der implorirende Gläubiger aus der ergänzten Masse mit seiner Forderung vollständig oder theilweise werde befriedigt werden, ist zu dessen Legitimation keineswegs nothwendig, da dieses, ehe die Liquidität und Priorität der Forderungen durch Urtheil oder gültliches Uebereinkommen festgestellt ist, nicht bemessen werden kann, und der ersappflichtige erste Steigerer kein Recht hat, die Vergütung des Mindererlöses von vorgängiger Feststellung der Liquidität und Priorität der aus demselben zu berichtenden Forderungen abhängig zu machen.

Zur Substanzirung der Imploration vom 19. Juli 1851 war daher außer der Behauptung der Thatfachen, welche die Haftung des Beklagten für den Mindererlös von 700 fl. begründen, lediglich die Behauptung erforderlich, daß S. und M. F. als Hypothek-Gläubiger betheiligte und mit ihren Forderungen aus dem Kaufschillinge von 1500 fl. resp. 1700 fl. nicht, oder nicht vollständig befriedigt worden seien, und diese Behauptungen sind in der Imploration vom 19. Juli 1851 enthalten ¹⁾.

. . . y . . .

¹⁾ Vgl. Heuser, Annalen der Justizpflege in Kurhessen Jahrg. 5 S. 313 ff. — Red.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: gerichtshand für die Ehescheidungsklage gegen ein Mitglied einer ehemaligen freien Gemeinde, welches seinen Rücktritt zur protest. Kirche zwar erklärt hat, in dieselbe aber von der kirchl. Behörde noch nicht förmlich wieder aufgenommen wurde. — Gelugnis des Interlegenten, daß in seinem Interesse über eine von der durch ihn unterstützten Partei eingereichte Berufung, wenn sich dieselbe auch hinsichtlich verglichen hat, erkannt werde. — Unzulässigkeit der Berufung gegen Hofscheibenscheide, welche den Eid einer verstorbenen Partei für gelöst erklärt. — Nur Lehre von der Berufungssumme. — Zu Art. 15 Abs. 4 des Bodenentlastungsgebiets vom 4. Juni 1848. — Minderjährigen noch in väterlicher Gewalt stehenden Kindern, welche sich gegen den Willen ihrer Eltern verheirathen, sind diese eine Heilshüter zu geben nicht schuldig. — Wechselprozeß. Verwirklichung des Präjudizes der fiktiven Abbedauerung ohne vorgängige Androhung desselben. — Appellationssumme in Schwängerungsprozessen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

XVII.

Gerichtshand für die Ehescheidungsklage gegen ein Mitglied einer ehemaligen freien Gemeinde, welches seinen Rücktritt zur protest. Kirche zwar erklärt hat, in dieselbe aber von der kirchl. Behörde noch nicht förmlich wieder aufgenommen wurde.

Babette G. in Nürnberg hatte bei dem App. Gerichte von Oberfranken, als protestantischem Ehegatte, gegen ihren Ehemann Joh. Christian G. eine Ehescheidungsklage angebracht. Da sich aber ergeben hatte, daß die im J. 1849 aus der protest. Kirche zu der damals bestandenen freien Gemeinde übergegangenen G...schen Eheleute noch nicht förmlich zur prot. Kirche zurückgetreten seien¹⁾, so wies

¹⁾ Nach der von Seite des Kirchenregimentes bestätigten, in Nürnberg üblichen kirchlichen Ordnung genügt Neue Folge III. Bd.

das Ehegericht die Klage wegen Inkompetenz von sich ab.

Als hierauf die Ehescheidungsklage bei dem vormaligen Kr. u. StG. Nürnberg, als dem ordentlichen Gerichtsstande des Wohnortes, übergeben wurde, so erklärte sich auch dieses aus nachstehenden Gründen für inkompetent:

„Der §. 5 der zweiten Verfassungsbeilage räumt jedem bayer. Staatsbewohner freie Wahl des Glaubensbekenntnisses nach seiner Ueberzeugung ein und knüpft dieselbe nach den §§. 6, 7 und 10 a. a. O. lediglich an das erforderliche Unterscheidungsalter, an ungetrübten Geistes- und Gemüths- zustand und an die persönliche Erklärung über die Absicht des Religionswechsels vor den einschlägigen Geistlichen der neugewählten, wie der verlassenen Kirche.

Die beiden ersten Erfordernisse stehen im gegebenen Falle außer Zweifel. Bezüglich des letzteren ist die vor dem zuständigen Geistlichen der protest. Kirche abgegebene Erklärung, in diese zurückkehren zu wollen, durch die Mittheilung des betr. Pfarramtes konstatirt.

Eine gleiche Willensäußerung vor dem geistlichen Vorstande der verlassenen freien Gemeinde war nicht geboten, da unter „Kirche“ nur eines der drei als öffentliche Kirchengesellschaften anerkannten christlichen Bekenntnisse verstanden werden,

die Erklärung zur Wiederaufnahme von ehemaligen Freigemeindlern in die prot. Kirche nicht, sondern es hat nach vorausgegangener Anmeldung, Erklärung und resp. Belehrung ein förmlicher kirchlicher Akt, unter Zuziehung zweier Kirchenvorsteher, als Zeugen, und unter Aufnahme eines besonderen Protokolles über die erfolgte Wiederaufnahme (in der Sakristei), stattzufinden.

und demzufolge die Vorschrift des §. 10 l. c. auf eine Privatkirchengemeinschaft, wie die s. g. freie Gemeinde war, Anwendung nicht finden kann.

Verordn. v. 22. Sept. 1851, Döllinger's B. G. Bd. XXIII S. 20.

Es erscheint somit auch jenes dritte Erforderniß des §. 10 gegeben und stellen sich alle Vorbedingungen eines gültigen Religionswechsels als erfüllt dar.

Daß diese Bedingungen die einzigen sind, welche für eine rechtswirksame Aenderung des Glaubensbekenntnisses gesetzlich bestehen und daß insbesondere die rechtlichen Folgen einer solchen von einem kirchlichen Akte der Aufnahme oder Entlassung in keiner Weise abhängig sind, ist in mehrfachen Verordnungen und generalisirten Entschlüssen mit aller Entschiedenheit ausgesprochen und als Ausfluß aus Geist wie Wortlaut der Verfassung anerkannt.

Verordn. vom 7. Juli 1833, insbesondere Nr. 1;
Verordn. vom 28. Sept. 1833 und 4. Mai 1839.
(Döllinger's B. G. Bd. VII. S. 33 und 34;
Bd. XXIII S. 3).

Selbstverständlich gilt von dem Rücktritte in eine früher förmlich und gültig verlassene Kirche daselbe, wie von einem Religionswechsel überhaupt.

In der Natur der Sache liegt es und ist in der angezogenen VO. v. 28. Sept. 1833 außß Bestimmteste anerkannt, daß es nur die rechtlichen und politischen Folgen eines Religionswechsels sind, welche eintreten, sobald die Vorbedingungen der §§. 6, 7 und 10 der II. Verf.-Beil. als erfüllt sich darstellen, der betr. Kirche aber unbenommen ist, von welchen Voraussetzungen (als Unterricht, feierliches Bekenntniß oder was sonst) sie dessen kirchliche Folgen abhängig machen will.

Im gegebenen Falle steht lediglich eine rechtliche Wirkung des Religionswechsels in Frage und muß daher S. als Protestant betrachtet werden.

Als solcher unterliegt er in Ehescheidungsachen ausschließlich der Jurisdiction des UG. v. Oberfranken, als protest. Ehegerichtes I. Instanz.“

Der negative Kompetenzkonflikt zwischen den beiden genannten Gerichten wurde oberstrichterlich am 13. Febr. 1858 dahin entschieden:

Daß das UG. von Oberfranken, als protest. Ehegericht, das zur Verhandlung und Entscheidung der von Babetta H. gegen ihren Ehemann Joh. Chr. H. erhobenen Ehescheidungsklage zuständige Gericht sei.

Gründe: Wie schon in den Entscheidungsgründen zum Erkenntniß des Kr. u. StG. N. ganz richtig bemerkt ist, genügt es, um der rechtlichen und politischen Folgen eines Religionswechsels theilhaftig zu werden, wenn die Erfordernisse, welche die §§. 5, 6, 7 und 10 der II. Verf. = Beilage vorschreiben, zur Erfüllung gebracht worden sind. Denn diese verfassungsmäßigen Bestimmungen allein sind es, welche dem Richter zur Richtschnur seiner Entscheidung zu dienen haben.

Durch die Mittheilung des protest. Pfarramtes St. Jakob zu Nürnberg ist festgestellt, daß Joh. Chr. H. vor dem protest. Pfarramte seine Absicht erklärt habe, wieder zur protest. Kirche zurückkehren zu wollen.

Eine gleiche Erklärung vor der verlassenen Kirche, der f. g. freien Gemeinde, war aber nicht erforderlich, weil die f. g. freie Gemeinde als eine öffentliche Kirchengesellschaft in Bayern nicht mehr anerkannt ist.

Was die übrigen Erfordernisse anbelangt, Vorhandensein des erforderlichen Unterscheidungsalters, der durch keinen kranken Geisteszustand oder Gemüthszustand beschränkten Willensfreiheit, und der Abwesenheit von Zwang und dergl., so besteht hierüber ohne hin kein Zweifel.

Wenn nun auch G. durch die geistliche Behörde als ein Mitglied der protest. Kirche noch nicht förmlich wieder aufgenommen worden ist, die geistliche Behörde ihn noch nicht als einen Protestanten anerkannt hat, so muß er doch von den Staatsbehörden durch seine Erklärung rechtlich und politisch als dem wiedergewählten Glauben (der protest. Konfession) angehörend betrachtet werden.

Vgl. Ausschreiben des Staatsministeriums des Innern v. 28. Sept. 1833. (Döllinger's W. S. Bd. VIII Abth. 1 S. 33—35).

Erkennt der Staat denselben aber als einen Protestant an, so erscheint das AG. von Oberfranken, als protest. Obergericht I. Instanz, welches keine geistliche Behörde, sondern ein von der Staatsgewalt eingesetztes und organisirtes bürgerliches Gericht ist, als das zur Verhandlung und Entscheidung der bezeichneten Ehescheidungsklage nach der allerr. Verordn. v. 23. Dez. 1837 zuständige Gericht.

(Urth.-Buch. Nr. 82).

^{3/1.}

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Befugniß des Intervenienten, zu verlangen, daß in seinem Interesse über eine von der durch ihn unterstützten Partei eingereichte Berufung, wenn sich dieselbe auch inzwischen verglichen hat, erkannt werde.

Der in einem zurückgenommenen gerichtlichen, im Nachlasse uneröffnet vorgefundenen Testamente der Wittve D. eingesetzte Erbe W. hatte gegen die Intestaterben derselben Klage erhoben, und war von dieser Klage den in dem Testamente bedachten Legataren gemäß Ger.-Ord. Kap. VIII §. 4

Nr. 5.; Kap. XIV. §. 11 Nr. 4 Nachricht gegeben worden.

Die meisten erklärten sich nun dahin, daß sie sich ihre Rechte vorbehielten und gegen jeden Vergleichsabschluß ohne ihre Zuziehung protestirten; Paulina St. erklärte dem Kläger beistandsweise beizutreten, sich die selbstständige Verfolgung des Klagsanspruches auf Anerkennung des Testaments für den Fall, wenn der Kläger aus irgend einer Ursache von der weiteren Verfolgung der Klage absteheu sollte, vorbehaltend. Die erste Instanz entband die Beklagten von der Klage; dagegen ergriff der Kläger die Berufung, verglich sich aber mit den Intestaterben und einem der Legatäre (Sp.) vor der Entscheidung zweiter Instanz. Diese wurde nun von den übrigen Legatären in ihrem Interesse verlangt, der darauf gerichtete Antrag von der zweiten Instanz zurückgewiesen, von der dritten aber aus nachstehenden Erwägungen für begründet erkannt:

1) An sich können durch den Vergleich zwischen den Intestaterben und dem Testamentserben die Ansprüche der Legatäre nicht verändert werden.

Allg. Preuß. Ord. Th. I Tit. XII §. 299, 300; Tit. XVI §. 440 ¹⁾.

2) Nach gemeinem Prozesse ist den Legatären, wenn der Erbe nach der Berufung sich verglichen, oder noch vor der Berufung einen Vergleich eingegangen hat, die selbstständige Fortsetzung oder Erhebung der Berufung gestattet, fr. 5 pr. §. 1, 3, 4 de appell. (49, 1) ²⁾, und überhaupt der Neben-

¹⁾ „Saben Intestaterben mit solchen, die durch Testamente oder Verträge zu Erben eingesetzt worden, sich verglichen, so werden dadurch die Rechte der Legatären, insoferne diese die Gültigkeit des Testaments oder Erbvertrages nachweisen können, nicht verändert.“

²⁾ Vgl. Mühlensbruch in Glüd's Kommentar Bd. 38

intervenient befugt, die von der Hauptpartei aufgegeben oder verglichene Sache, wenn hiedurch sein Recht gefährdet ist, noch allein fortzusetzen.

Heffter, System des Civilprozeßrechtes 2. Auflage, S. 607; Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. V S. 423.

3) Das nämliche Prinzip liegt auch der Gerichtsordnung zum Grunde; denn nach derselben (Kap. XV. §. 2) kann auch von einem Dritten die Appellation sowohl beistandsweise als für sich selbst, wenn gleich die Hauptpartei dieselbe gänzlich unterlasse, so weit ihn das gravamen direkt oder indirekt mit zu betreffen scheint, ergriffen werden. Die Appellation der Hauptpartei kommt ihm als Streitgenossen im weiteren Sinne nach Kap. XV §. 11 Nr. 10, soferne er sich derselben nicht ausdrücklich begeben hat, zu Gute; woraus von selbst folgt, daß er auch deren Erledigung, des Verzichtes der Hauptpartei ungeachtet, begehren kann, da ihn außerdem nach Kap. XIV §. 11 Nr. 4 die Rechtskraft des Erkenntnisses der ersten Instanz mit betreffen würde, die er durch die Berufung der Hauptpartei für abgewendet zu erachten befugt war, ohne daß er nöthig hatte, hierüber eine Erklärung abzugeben.

Wenn die Anmerk. zur O.D. Kap. VIII §. 4 lit. a den Intervenienten nicht als Streitgenossen ansehen, so ist dieses insoferne unrichtig, als der Intervenient, inwieweit er mit der von ihm unterstützten Partei zusammenwirkt, immer als deren Streitgenosse, wenn auch im weiteren Sinne, sich darstellt, indem jeder Rechtsstreit nur ein gerichtlicher Zweikampf, ein Streit zwischen zwei Parteien ist, welche zwar selbst in einzelnen Fälle aus mehreren Sub-

jetzt bestehen können, deren jedes aber nur Kläger oder Beklagter ist, so daß dabei eine dritte Parteirolle unidentbar erscheint.

Fr. 62 de jud. (5, 1); Geffter a. a. O. S. 607;
Martln, Vorlesungen über die Theorie des g. d.
b. Prozeßes Bd. 1 S. 223.

4) Wenn die St. erklärt hat, daß sie nunmehr wegen ihrer Legatenforderung prinzipaliter intervenire, so hat dieses, wie aus dem Beisatze „und den Prozeß in der Lage, in welcher er sich nunmehr befindet, übernehme,“ und aus ihrer bald nachgefolgten weiteren Eingabe hervorgeht, nur den Sinn, daß sie nunmehr den Streit über die Gültigkeit des Testaments trotz des Vergleiches des W. fortführen, nicht aber einen neuen mit eigener Klage nach O. Kap. VIII §. 4 Nr. 4 beginnen wolle.

5) Es ist nicht abzusehen, warum, nachdem über die Frage der Gültigkeit des Testaments der Wittve D. rechtsgültig verhandelt und selbst in erster Instanz entschieden ist, die Verhandlungen über diese Vorfrage aufs Neue beginnen sollten und nicht vielmehr das k. Appellationsgericht unter Anerkennung der Sache als verglichen, soweit sie das Erbrecht des W. und das Legat des Sp. betrifft, über diese im Wege der Berufung an dasselbe gebiehene Vorfrage im Interesse der zum Streite abjitrten und theils früher theils jetzt als Intervenienten eingetretenen Legatäre Erkenntniß erlasse, nach welchem sodann, je nach der Beantwortung, erst über die Auszahlung der Legate das Weitere zur Verhandlung und Entscheidung gelangen wird.

DAÖ. v. 12. Febr. 1858. Reg.-Nr. 386⁵⁷/₅₈.
β. κ.

2.

Unzulässigkeit der Berufung gegen Zwischenbescheide, welche den Eid einer verstorbenen Partei für geleistet erklären.

Vgl. Kommentar über die G.D. Ausf. 2 Bd. 4 S. 20 Note 42.

Gegen den Zwischenbescheid, welcher nach G.D. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 den Eid von Seite einer vor Ausgang der Sache verstorbenen Partei für abgeleistet erklärt; findet eine selbstständige Berufung nicht, sondern nur Verwahrung Statt. Wenn das Endurtheil in der Hauptsache aus jener Voraussetzung die entsprechende Folge gezogen hat, bleibt dem Gegentheile des Schwurpflichtigen, welcher sich hiebei nicht beruhigen will, vorbehalten, seine Beschwerde gegen jenen Punkt der Instruktion zu erheben und auszuführen¹⁾.

MGG. v. 6. März 1858 in Sachen Weigand g. Weigand. Reg.-Nr. 1476⁵⁰/57.

In einem früheren Falle wurde eine solche Berufung zugelassen, weil für den Fall der Ableistung des in Frage stehenden Eides dem Gegner eventuell noch ein anderer Eid aufgetragen war, welcher nun hätte abgeschworen werden müssen, wenn aber im ersten Punkte später ein Umschlag der Ansichten eingetreten wäre, dieser sekundäre und eventuell geleistete Eid möglicher Weise überflüssig geschworen sein könnte.

MGG. v. 25. Okt. 1851. Reg.-Nr. 1262⁵⁰/51.

¹⁾ Man hätte wohl billig erwarten können, daß nach dem Grundsatz, was zusammen gehört, sei nicht von einander zu trennen (const. 10 de jud. 3, 1), sowie in analoger Anwendung des §. 33 der Nov. v. 1837 ein solcher Zwischenbescheid, wie der hier fragliche, vermieden und sogleich das Endurtheil in der Hauptsache mit dem Ausspruche über die Folgen der unmöglich gewordenen Eidleistung wäre verbunden worden. Die hier aufgetauchte Schwierigkeit hätte sich dann nicht ergeben können.

3.

Zur Lehre von der Berufungssumme.

(§. 62 Abs. 2 der Proz.-Nov. von 1837.)

Wenn mehrere Klagen auf eine nach OÖ. Kap. 4 §. 9 erlaubte Weise in einer Klageschrift vereinigt wurden, so findet eine Zusammenrechnung der Summen zur Bildung der Berufungssumme gleichwohl in der Regel, nach deutlicher Vorschrift des §. 62 Abs. 2 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837, nur dann Statt, wenn die mehreren Klagen einerlei Ursprung haben.

Kommentar über die OÖ. Aufl. 2 Bd. 4 S. 48.

Hiernach wurde in einem Falle, in welchem gegen die Erben auf Zahlung eines von dem Erblasser ausgesetzten Legates und auf Vergütung für solchem geleisteten Dienste in einer Klage geklagt worden war, die Zusammenrechnung für unstatthaft erachtet.

Weiter wurde bemerkt, es könne auch nicht angenommen werden, daß bei dem Vorhandensein der Revisionssumme bezüglich des einen Klagepunktes in Folge der prozessualischen Konnexität auch die Revision bezüglich des anderen Klagepunktes zulässig sei, weil bei der Prüfung, ob die gesetzliche Summe vorhanden, die auf verschiedenen Ursprung gegründeten Klagen eben so wie die Klage und Widerklage —

Kommentar a. a. O. S. 47 Note 117 —
gesondert zu behandeln seien.

DAÖG. vom 13. Febr. 1858. Reg.-Nr. 988⁵⁶/₅₇.
β. κ. *

4.

Bu. Art. 15 Abs. 4 des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848.

Wgl. Bd. XX Erg. = Bl. S. 33 ff.

Die Rechtsfrage, ob nach Art. 15 Abs. 4 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, über die Aufhebung verstandes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit u. s. f., das für das Obereigenthum festgesetzte Aequivalent erst bei der nächsten handlohnbaren Besitzveränderung fällig sei, wurde von dem obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen bejahend entschieden:

Das Bodenentlastungsgesetz hob zwar für die Zukunft das Recht der Erhebung einer Besitzveränderungsabgabe beim Erbrechte, folgeweise bei den diesem gleichstehenden Grundbarkeitsverhältnissen auf (Art. 8, 15 Abs. 1, Art. 16), indem es deren Fixirung anordnete und mit dieser das Eigenthum in der Person des Grundholden konsolidirt erklärte; allein es änderte an den bisherigen Verhältnissen dieser Grundgerechtigkeiten, soferne sie eine Grundlage für die Ausmittelung des Aequivalentes, folgeweise auch für dessen Fälligkeit in Rücksicht auf eine Besitzveränderung gewähren, nichts ab, will diese vielmehr hierbei angewendet haben, indem der Art. 15 Abs. 3 auf die Verordnung vom 19. Juni 1832, die Fixirung und Ablösung des Handlohnens des Staates betr., verweist, welcher die bestehenden Handlohnennormen zu Grunde gelegt sind. Reg.-Bl. 1832 S. 389 ff. Von gleicher Grundlage geht die Instruktion zum Vollzuge des Ablösungsgesetzes aus. Reg.-Bl. 1848 S. 649.

Die Bestimmung des Art. 15 Abs. 3 und 4 des Ablösungsgesetzes, daß mit der nächsten Besitzveränderung ein ganzer Handlohn zu entrichten sei, der Rest des festgesetzten Aequivalentes dagegen

als ein mit 4% verzinsliches Bodenzinskapital auf dem pflichtigen Grundstücke liegen bleiben könne, ist daher mit Rücksicht auf die einschlägigen Handlohnsgesetze oder Observanzen nur auf nach diesen handlohnbare Besitzveränderungen, keineswegs auf jede nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 4. Juni 1848 eintretende Besitzveränderung anwendbar.

Im Geiste des Gesetzes konnte es auch nicht gelegen sein, den bisher abgabefreien Erwerb eines grundbaren Gutes durch Auflage von Lasten zu verstimmen, welche erst einen späteren Besitzer nach Gesetz oder Observanz trafen und dagegen dem Obereigenthümer ein Gefäll zuzuwenden, daß er für einen bestimmten Besitzveränderungsfall nicht anzusprechen hatte.

Bielmehr ist anzunehmen, daß, indem für das bisher bestandene Recht der Handlohnserhebung dem Berechtigten der Anspruch auf ein Aequivalent gewährt wurde, die Fälligkeit dieses Anspruches unter keiner anderen Zeitbestimmung, als der des Handlohnanfalles eintreten sollte, also nur bei einer handlohnbaren Besitzveränderung.

DMG. vom 23. Febr. 1858. Reg.-Nr. 1638^{56/57}.
ß. K. *

5.

Minderjährigen noch in väterlicher Gewalt stehenden Kindern welche sich gegen den Willen ihrer Aeltern verheirathen, sind diese eine Heimsteuer zu geben nicht schuldig.

(Würzburger Recht.)

In einem oberstrichterlichen Erkenntniße vom 20. Juni 1855 (Reg.-Nr. 271^{53/54}) ist über den, vorstehenden Satz folgende Ausführung enthalten.

Die in der kaiserlichen RGD. für Franken Thl. III Tit. 98 §. 1 und Tit. 106 §. 1 über die Verheirathung der Kinder bezüglich ihres Alters

enthaltene Bestimmungen haben durch die fürstbischöfliche VO. v. 20. Dez. 1799, das Eheversprechen betr. (AbM. Bd. III S. 845), eine wesentliche Modifikation erhalten. In dieser Verordnung ist nämlich im Allgemeinen die Vorschrift gegeben, daß zu einem gesetzlichen Eheversprechen minderjähriger Personen die Einwilligung ihrer Aeltern unumgänglich erforderlich sei, und daß beim Mangel der älterlichen Einwilligung das Eheversprechen zu keiner gerichtlichen Klage berechtige. Ist also die Einwilligung der Aeltern zur Gültigkeit des Eheversprechens minderjähriger Hausöhne und Haustöchter ein absolut gesetzliches Erforderniß, so ist dieselbe noch mehr zur wirklichen Verheirathung minderjähriger Hauskinder nothwendig, weil das Verlöbniß der erste Schritt zur Verheirathung und eine der Eingehung der Ehe vorgängige Handlung ist.

Die landrechtlichen Bestimmungen sind hienach folgende: Kinder, welche noch in älterlicher Gewalt stehen und minderjährig sind, sohin das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet, gleichwohl das 18. resp. 15. Jahr schon zurückgelegt haben, haben nur in dem Falle, wenn sie sich mit Wissen und Willen ihrer Aeltern verheirathen, gegen ihre Aeltern ein Klagerrecht auf Verabreichung eines angemessenen Heirathsgutes; in dem Falle aber sich ein Haussohn unter 18 Jahren, eine Haus Tochter unter 15 Jahren ohne Einwilligung der Aeltern verheirathet, sind die Aeltern berechtigt, einem solchen ungehorsamen Kinde nicht nur die Verabreichung eines Heirathsgutes zu Lebzeiten zu verweigern, sondern auch in ihrem letzten Willen das Kind auf den Pflichttheil zu setzen und zu beschränken ¹⁾).

¹⁾ Vor der Grundtheilung sind die Aeltern in der Regel nicht befugt, ihr Dritttheil den Kindern durch letztwillige Verfügung zu entziehen. Vgl. Tit. 31 §. 7 mit Tit. 39 §. 15—20. — Red.

Gegen ungegründete und widerrechtliche Verweigerung des älterlichen Konsenses zur Verehelichung sind die Kinder dadurch in Schutz genommen, daß ihnen ein Klagerrecht auf Supplirung des älterlichen Konsenses von Seite der zuständigen Gerichte gegeben ist.

Die zur Zeit der Verehelichung noch minderjährige Klägerin war nicht befugt, das ihren Aeltern gegen die beabsichtigte Verehelichung zustehende Widerspruchsrecht dadurch unwirksam zu machen, daß sie mit Umgehung ihrer Einwilligung im Wegethatsächlichen Vorschreitens sich mit G. Sch. trauen ließ und die Ehe mit diesem vollzog. Wenn die Klägerin aus der eingegangenen Ehe einen Rechtsanspruch gegen ihre Aeltern auf Verabreichung eines Heirathsgutes ableiten will, so muß sie auch die den Aeltern bei der Verheirathung ihrer Kinder eingeräumten Rechte anerkennen und achten; zu diesen Rechten gehört aber die Befugniß der Aeltern, unter gewissen Voraussetzungen ihre Einwilligung zur Heirath zu versagen. Wollte sich die Klägerin bei der erklärten Verweigerung ihrer Aeltern nicht beruhigen, so mußte sie die Supplirung des älterlichen Konsenses durch Richterspruch erwirken.

Die Bezugnahme auf den Tit. 106 §. 3 ist unhehelflich, weil die dortige Bestimmung, gemäß W.D. vom 20. Dezember 1799, das nähere Verständniß nunmehr dahin erhält: daß ein volljährig gewordenes, sohin volle 21 Jahre altes Hauskind sich ohne Mitwirkung und Zustimmung seiner Aeltern verheirathet hat; die Klägerin hat sich aber während ihrer Minderjährigkeit verehelicht.

Auch hat die Klägerin gar nicht behauptet, daß sich jemals schon eine gute Gelegenheit, sich mit einer ehrbaren Mannsperson auf vortheilhafte Weise zu verheirathen, ergeben habe, und daß sie von einer solchen Heirath von ihren Aeltern aus unirecht-

mäßiger Ursache abgehalten worden sei. Sie meinte zwar, die Heirath mit ihrem nunmehrigen Ehemanne sei eben die Heirath, zu welcher ihr ihre Aeltern nicht verholfen hätten; allein es steht ihr der Umstand entgegen, daß sie nicht nach erreichter Volljährigkeit in diese Ehe getreten ist.

Wenn die Meinung der Revidentin richtig wäre, daß zur Begründung der Klage auf Zahlung einer Heimsteuer nichts weiter erforderlich wäre, als die Thatsache, daß sie sich nach zurückgelegtem 15. Lebensjahre, wenn auch gegen den Willen ihrer Aeltern, verheirathet habe, so würden die Nachtheile, deren Abwendung durch die Verordnungen v. 28. Jan. 1764 und 20. Dez. 1799 beabsichtigt wurde, erst im vollsten Maße herbeigeführt werden, weil unbesonnenen Kindern eine willkommene Gelegenheit gegeben wäre, sich der väterlichen Gewalt durch Verheirathung zu entziehen, und ihre wohlhabenden Aeltern zur Herausgabe eines reichlichen Heirathsgutes zu nöthigen, um dasselbe auf unwirthschaftliche Weise zu verbringen, und am Ende verarmt ihrer Familie zur Last zu werden. § 4.

6.

Wechselprozeß. Verwirklichung des Präjudizes der fingirten Eidesverweigerung ohne vorgängige Androhung desselben.

Vgl. Bd. IX S. 385 ff.

Einem Wechselkläger war das Duplikat der Vernehmungslässung des Beklagten, in welcher der Wechselförderer eventuell die Einrede der Zahlung entgegengesetzt, und hierüber dem Kläger nach Kap. III §. 4 lit. A der W. O. und R. D. der Haupteid zugeschoben war, durch richterliches Dekret zur Abgabe einer Gegenerinnerung binnen 14 Tagen ausschließlicher Frist zufertigt worden. Kläger kam erst nach Ablauf dieser Frist mit einer Gegenerinnerung ein, in welcher er die Einrede der Zahlung widersprach und den Eid annahm. In erster Instanz er-

folgte ein Erkenntniß auf Ausschwörung des Haupteides; dagegen sprach auf Berufung des Beklagten der Richter zweiter Instanz die Entbindung des Beklagten von der Klage aus. In den Gründen dieser Entscheidung ist bemerkt, die Androhung des Rechtsnachtheiles der Annahme der Eidesverwelgerung für den Fall, daß eine Erklärung des Klägers bezüglich des ihm über die Einrede der Zahlung deferirten Haupteides nicht einkommen sollte, sei nicht erforderlich gewesen; vielmehr habe es genügt, daß dem Kläger die Vernehmungslässung des Beklagten, in welcher die Delation des Haupteides enthalten gewesen, zur Abgabe einer Gegenerinnerung ¹⁾ binnen 14 Tagen ausschließlicher Frist zugefertigt worden sei, und müsse, da Kläger binnen dieser Frist eine Erklärung nicht abgegeben habe, der deferirte Haupteid für verweigert, sofort die Einrede der Zahlung als erwiesen angenommen werden.

Erk. des vormal. Wechsel- und Merkantilerichtes
zweiter Instanz zu Freysing v. 8. Juni 1857.

7.

Appellationssumme in Schwängerungsprozessen.

Vgl. Kommentar über die GD. Aufl. 2 Bd. 4 S. 58 Note 142.

Die Appellation eines Ehemannes, welcher in puncto impraegnationis et alimentationis prolis belangt ist, kann unter dem Vorwande, daß die Bewahrung des Rufes seiner ehelichen Treue für ihn ein unschätzbare Gut sei, über das Erforderniß der Appellationssumme nicht hinwegkommen.

Vgl. OABG. vom 3. Febr. 1858 Nr. 1038^{55/56}.

¹⁾ Hätte nicht wenigstens Kläger besonders zur Erklärung über den ihm zugeschobenen Eid aufgefordert werden sollen? Red.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Wer hat bei einer Abschätzung nach Art. 19 des Expropriationsgesetzes vom 17. November 1837 die Sachverständigen zu wählen? — 30. und bez. 40-jährige Erhöhung ist kein zur Begründung der kaiserlichen Anwartschaft genügender Titel. — Was ist „Handverbrechung“ im Sinne der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken v. J. 1618? — Wegfall der Steuer nach der k. Deklaration vom 19. März 1807. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Wer hat bei einer Abschätzung nach Art. 19 des Expropriationsgesetzes vom 17. November 1837 die Sachverständigen zu wählen?

In Bd. VIII S. 268 ff., Bd. IX S. 21–22 Note 6 dieser Blätter, in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 232 ff., dann in Seuffert's Kommentar über die b. GD. Aufl. 2 Bd. III S. 327 Note 34a ist die Ansicht vertreten, daß bei gerichtlichen Werthschätzungen im Enteignungsverfahren (Art. XIX des Expropriationsgesetzes vom 17. Nov. 1837) die Vorschrift der bayer. GD. Kap. XII §. 3 Nr. 2 maßgebend sei, somit nur der Richter die Sachverständigen zu wählen und beizuziehen habe. In einem neuerdings vorgekommenen Expropriationsfalle hatten der Unterriichter wie der Oberriichter in gleichem Sinne und aus denselben an den citirten Orten vorgetragenen Gründen erkannt und die zu leistende Entschädigung auf Grund des Ausspruches der ex

Neue Folge III. Bd.

officio erwählten Experten festgesetzt. Die abtretungsberechtigte Partei beruhigte sich aber hiebei nicht, sondern beantragte im Wege der Beschwerde zum obersten Gerichtshofe Aufhebung der Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen als zu voreilig erlassen, weil die von den Parteien vorgeschlagenen Sachverständigen nicht vernommen worden, in welchem Sinne auch der genannte Gerichtshof erkannte. In den Gründen wird vorausgeschickt, daß der oberste Gerichtshof schon früher unter'm 20. März 1840 in Sachen Lauterer gegen Fiskus ¹⁾ und Rupp gegen Fiskus dieselbe Ansicht ausgesprochen habe, sowie daß die in dem Aufsatze in der Ztschr. f. Ges. u. R. Bd. II S. 232 ff. in dieser Beziehung aufgestellten gegentheiligen Argumente um so weniger für durchgreifend erkannt werden könnten, als derselbe bloß die Privatan sicht des Verfassers wiedergebe und daß darin allegirte Ministerial-Rescript vom 23. September 1839 mit Zwangsabtretungen sich gar nicht, sondern nur mit der völlig hievon verschiedenen Frage befaße, wie die nach §. 61 des Prozeß-Gesetzes vom 17. November 1837 zur Ermittlung der Berufungssumme nöthigen Schätzungen vorzunehmen seien, und ob auch bei diesen Ermittlungen der §. 87 der Prozeßnovelle in analoge Anwendung zu bringen sei. Hieran reiht sich sofort nachstehende Ausführung an.

1) „Die Lösung der Streitfrage findet ihre erste und vollständige Begründung in der Genefiß des Artikel XIX des Enteignungsgesetzes. Nach dem von der Staatsregierung eingebrachten Entwurfe (Verh. d. R. d. R. Weil. Bd. 1 S. 29) sollte eine präparatorische Einwerthung der zu enteignenden Objekte (auf dem Administrativwege)

¹⁾ Mitgetheilt in Urend's Sammlung Int. Erl. Bd. 4 S. 305 ff. Note, S. auch ebendas. Bd. 1 S. 164.

durch drei ortsz- und sachkundige Schärer erfolgen, die in gleicher Anzahl von dem, der die Abtretung verlangt, von dem, der sich die Enteignung gefallen lassen soll, und von der Distrikts-Polizeibehörde benominirt werden. Es ist daher Seitens der Krone prinzipiell im Artikel XXII des Entwurfes die nun kontrovertirte Berechtigung der Parteien, ihrer Seits auch Experten zu benennen, anerkannt. Dieses Prinzip wurde nur in so weit nach den Verhandlungen der Reichsräthe verlassen (Prot. Bd. 1 S. 95), als die präparatorische Schätzung der Polizeibehörde weggelassen, und definitiv den Gerichten anheimgelassen wurde, ohne somit an dem weiteren Prinzipialsatze, daß auch der Schärer des Expropriaten und Exproprianten neben dem amtlichen Schärer zur Funktion kommen kann, irgend etwas zu ändern. Als die Sache zur Abgeordneten-Kammer gelangte, schloß sich der Referent des dritten Ausschusses und dieser selbst den Anträgen der Reichsräthe in diesem Punkte an (Verh. d. R. d. N. Beil. Bd. 11 S. 59, 115, 173). Bei der hierauf in der Kammer der Abgeordneten selbst eröffneten allgemeinen Diskussion verlangte der Abgeordnete Sand, daß, da die Schätzungen nur durch die Gerichte erfolgen sollten, über die gerichtliche Schätzung spezielle Vorschriften in dem Gesetze gegeben werden, und zwar konform mit dem Artikel XXII des Entwurfes nach obigem Gegenseitigkeitsverhältnisse. (Prot. Bd. 18 S. 542.) Auf die Entgegnung eines Abgeordneten (ebendas. Bd. 19 S. 53), daß das Beantragte unnöthig sei, weil es bereits in gleicher Weise in der Gerichtsordnung stehe, ward jener Antrag zurückgezogen. Es ist hiedurch festgestellt, daß die drei Faktoren, aus deren Thätigkeit das Gesetz vom 17. Nov. 1837 über Zwangsabtretung hervorging, gewillt waren, den Parteien durch Vorschlag von Sachverständigen ihren Einfluß auf die

Schätzungskomitee zu sichern. Ob in der Gerichtsordnung das enthalten ist, was die Kammern als in derselben gelegen supponirten, kann darauf, ob sie und die Krone den Parteien die fragliche Berechtigung einräumen wollten, keinen Einfluß haben“.

2) „Die bayer. Gerichtsordnung stützt sich principiell auf die Verhandlungsmaxime und das aus der Untersuchungsmaxime des preussischen Verfahrens sich ableitende Offizialeingreifen des Richters findet nur in höchst seltenen Ausnahmefällen statt. Mit der Verhandlungsmaxime wäre es völlig unvereinbarlich, die Erhebung des Werthes der exklusiven Thätigkeit der vom Gerichte benannten Schärer anheim zu geben, und die Parteien auf Einwendungen gegen die vom Gerichte gewählten Individuen hinsichtlich ihrer persönlichen Qualifikation zu beschränken. In jedem Rechtsstreite, also auch in dem für Enteignung eintretenden summarischen Prozesse ist es nach der Verhandlungsmaxime Sache der Partei, dem Richter Beweis zu erstellen, nicht Sache des Richters, für die Partei einen kontrovertirten Punkt durch richterlich gewählte Beweismittel zur Gewißheit zu erheben. Durch die Befugniß des Richters, einen Obmann oder technischen Gehilfen von Amts wegen beizuziehen, wird an der prozessualen Verpflichtung der Parteien, über die streitigen Punkte Beweis zu liefern, und an der aus dieser prozessualen Verpflichtung sich ableitenden prozessualen Berechtigung, Experten vorzuschlagen, nichts geändert.“

3) „Mag auch der §. 87 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 so wenig unbedingt auf Zwangsabtretungen anwendbar sein, als er nach dem oben bemerkten Ministerialreskripte im Falle des §. 61 der Prozeßnovelle Anwendung finden soll, so kann doch nicht grundhaltig in Abrede gestellt werden, daß das im §. 87 aufgestellte Prinzip bei Enteignungen für analoge Anwendung vollste Berechtigung hat. Hat die Gesetzgebung für nothwendig

dig erachtet, bei gerichtlichen Zwangsverkäufen, bei denen oft sehr geringe Werthe fraglich, den Betheiligten eine Einwirkung auf die Verkaufspreise durch auch ihnen eingeräumten Vorschlag von Schägern zu sichern, so kann, ohne Anomalie, dem Gesetzgeber nicht die Absicht oktroirt werden, er habe bei Zwangsabtretungen, wo oft so bedeutende Werthe in Frage kommen, und in das Privatrecht ein legaler Eingriff erfolgt, den Betheiligten jede Einwirkung entziehen wollen“.

4) „Das Enteignungsgesetz vom J. 1837 wurde nicht bloß für die sieben älteren Kreise sondern auch für die Pfalz gegeben, um für das ganze Königreich ein gleiches Verfahren herbeizuführen. Nach dem französischen Civilprozedur-Gesetzbuche Thl. I Buch 2 Tit. 14 §. 302 ff. ist es aber gesetzlich festgestellt, daß jede Parthei einen Experten vorschlagen darf. Was im Falle einer Expropriation in der Pfalz einem Betheiligten gesetzlich zusteht, kann nach der Genesiß des Gesetzes in den älteren Kreisen den Betheiligten nicht entzogen, und so statt gleichförmiger Prozedur in allen Kreisen eine Verschiedenartigkeit des Verfahrens sanktionirt werden“.

5) „Die von der Vorinstanz aus G.D. Kap. XII §. 3 Nr. 2 gezogenen gegentheiligen Argumente schlagen nicht an. Es fragt sich nicht um einen Augenschein allein bei Expropriationen. Das, was sichtlich ist, könnte vom Richter allein beschrieben werden. Das, was durch Augenschein konstatiert werden kann, bildet nur einfache Prämissen für die Expertise, die sich nicht mit dem Augenscheine identifizirt, sondern ein davon völlig verschiedenes Organ zur Ermittlung der Wahrheit ist. Die G.D. selbst enthält keine speziellen Vorschriften über Beweisführung der Partheien durch Sachverständige. Es hat also in dieser Richtung bei der gemeinrechtlichen Norm sein Verbleiben, daß der Kläger — Expropriant — sein Interesse auf dem gewöhnlichen

Wege und durch die gewöhnlichen Mittel zu erweisen hat, unbeschadet des richterlichen Ermäßigungsrechtes. (Seuffert's 8. Band. II. Bd. II §. 236, Aufl. 2 S. 22)“.

6) „Endlich kann auch die vorinstanzliche Aufstellung ebensowenig aus dem bayer. Landrecht. Thl. IV Kap. 3, §. 8 in not. Nr. 8 eine Begründung finden, weil bei Enteignungen nicht die Ermittlung eines pretii legalis fraglich, ebenso wenig aber auch unbedingt das pretium vulgare, da bei Zwangsabtretungen nach Art. 5 u. 6 des Gesetzes so vielerlei mögliche Nebenrücksichten höchst subjektiver Natur in Frage kommen, daß die Feststellung des gemeinen Werthes ohne alle Nebenrücksichten nicht immer unbedingt erfolgen kann, ohne die dem Expropriaten gewährleistete vollständige Entschädigung zu beeinträchtigen“.

OGUrf. vom 31. Dezember 1857 in Sachen
Ostbahnaktiengesellschaft gegen Illinger —
Reg.Nr. 266⁵⁷/₅₈.

— y.

Maßschrift. Diese wichtige Entscheidung scheint beinahe von selbst einige berichtigende Bemerkungen hervorzurufen.

a) Der Punkt 2 sucht aus dem Wesen der Verhandlungsmaxime als der Grundlage des bayer. Prozesses zu deduziren, daß der Richter die Benennung der Sachverständigen den Parteien zu überlassen habe, indem die bayer. GD. nur in sehr seltenen Ausnahmefällen ein Offizialeingreifen des ersteren zulasse. Allein gerade zu diesen Fällen wird wohl der hier fragliche zu zählen sein, indem die GD. Kap. XII §. 3 Nr. 2 verordnet: Wenn die Sache so beschaffen ist, daß es auf die gutachtliche Meinung Kunst- und handwerkverständiger Leute, — peritorum in arte — ankommt, so soll der Richter dergleichen unpartheiische (also wohl den Parthelen fern stehende) Perso-

nen²⁾ allzeit zwei . . . oder wenigstens einen zum Augenscheine mit beiziehen. Dieses richterliche Wahlrecht auf den Fall zu beschränken, wenn Sachverständige gerade zum Augenscheine beigezogen werden, dürfte sich nur schwer rechtfertigen lassen, indem alsdann die G.D. dieses wichtige Hülfsmittel der richterlichen Entscheidung in dem umgekehrten Falle völlig unerörtert und in offener Schwebel gelassen hätte, was sich doch bei ihrer Gründlichkeit nicht leicht annehmen läßt, indem es ferner zu dieser Unterscheidung an jedem rationellen Grunde fehlt, und auch die preussische wie die österreichische Gerichtsordnung die ganze Materie vom Beweise durch Sachverständige bei Gelegenheit der Lehre vom Augenscheine mit eingeflochten haben. Daß sich in der Folge wirklich ein Verfahren einschlich, wonach man jeder Parthei aufgab, einen Sachverständigen vorzuschlagen, und der Richter den dritten dazu ernannte, wie solches die Nov. v. 1837 §. 87 nur für die Schätzung zum Behufe einer Zwangsversteigerung vorzeichnete, ist zwar richtig, wie auch v. Stürzner in seinem Civ.-Ger.-Verf. S. 702 bemerkt; dürfte jedoch unbedenklich zu den unglücklichen Verirrungen zu zählen sein, in welche ein einseitiger Gerichtsgebrauch die Verhandlungsmaxime getrieben hat, um nur überall das richterliche Ansehen und freie Ermessen

2) Die tägliche Erfahrung lehrt, daß jeder vorgeschlagene Sachverständige immer am günstigsten für jene Parthei begutachtet, welche ihn benannt hat, also sind sie präsumtiv partheiisch. Auch W. Koch in seiner Monographie „Deutschlands Eisenbahnen“ (Marburg 1858) macht S. 116 Note 9 zu §. 53; die Bemerkung: „Jedenfalls ist es angemessen, die Mitwirkung der Partheien bei der Ernennung der Taxatoren möglichst zu beschränken, da dieselbe einer unpartheiischen Abschätzung nicht günstig ist“.

auf den Nullpunkt herabzudrücken, während die GD. am Schlusse der angeführten Stelle mit klaren Worten in dem Falle, wenn die Sachverständigen in ihren Meinungen nicht zusammenkommen, den Richter ermächtigt, derjenigen Meinung den Beifall zu geben, welche ihm mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen am begreiflichsten dargelegt worden ist, ihn also selbst als Sachverständigen einer höheren Ordnung designirt, eine Verrichtung, die gewiß auf dem Kulminationspunkte einer offiziellen Thätigkeit steht.

b) Der ehrenwerthe Abgeordnete, dessen im ersten Punkte der Gründe Erwähnung geschieht, (es war ein vieljähriger OGD Rath und Schriftsteller über den bayerischen Prozeß) äußerte übrigens an der angezogenen Stelle nur so viel: er finde die Modifikation seines Kollega Sand überflüssig, denn es sei ja hiefür schon durch den Cod. jud. gesorgt; davon, daß das Beantragte bereits in gleicher Weise in der GD. stehe, war dort keine Rede. Auch der egl. Kommissär (v. Abel) bemerkte am Schlusse jener Verhandlung, konsequenter Weise habe die Kammer d. Md. keine besonderen Bestimmungen über die Schätzung in den betreffenden Artikel aufnehmen können, sie würde sonst einen neuen Judiziarcodez oder Fragmente eines solchen in das Gesetz hineingetragen haben. Auf diese Aeußerung hin wurde unmittelbar der Verbesserungsvorschlag des Abgeordneten Sand von der Kammer abgelehnt³⁾. Ob hierin nicht virtuell ein einstimmiges Kompromiß auf das Ansehen und die alte Weisheit der GD. liege, müssen wir unseren Lesern zu beurtheilen überlassen. Eine so unerklärbare Vergeßlichkeit bezüglich des wahren Inhaltes der GD., wie sie das obige

³⁾ Verhandl. von 1837, Prot. Bd. 19 S. 56 und 57.

Erkenntniß andeutet, läßt sich auf Seite einer Versammlung, die so viele Rechtsgelehrte in ihrer Mitte zählte, wohl kaum annehmen.

c) Im 4. Punkte obiger Gründe ist gesagt, durch die französische Zivilprozeßordnung, welche in der Pfalz gilt, sei — Art. 302 ff. — „gesetzlich festgestellt, daß jede Partei einen Experten ernennen dürfe.“ Hierbei liegt jedoch ein Irrthum zu Grunde. Nach Art. 304–6 der angeführten Prozeßordnung haben die Parteien bloß das Recht, sich über einen oder drei Sachverständige binnen einer kurzen Frist zu vereinigen, widrigenfalls in demselben Urtheile, welches die sachkundige Forschung oder Expertise zuläßt, der Richter dieselben gleich zum Vorauß ernennt. Der wesentliche Unterschied liegt also darin, daß dort jeder vereinbarte Sachverständige sowohl dem Kläger als dem Beklagten genehm sein muß, wogegen natürlich Niemand unter der Herrschaft aller Gesetze nur das Geringste zu erinnern haben wird ⁴⁾. Die preuß. Gerichtsordnung I, 10 §. 384 gibt die nämlichen Vorschriften ⁵⁾; diese huldigt der Official-, die pfälzische dagegen der strengen Verhandlungsmagime; wie läßt sich also aus dem Gegensatze beider herleiten, daß die letztere auf dem hier fraglichen Punkte zu einer anderen Konsequenz führe, als die erstere ⁶⁾? Bei allem Dem

⁴⁾ Dasselbe Verfahren findet auch bei der Schriftenvergleichung zum Behufe eines Echtheitsbeweises Statt; nur beim Fälschungsbeweise werden die Sachverständigen wegen des dabei mit einschlagenden Interesses der öffentlichen Ordnung, und im Verfahren vor den Friedensgerichten um der Beschleunigung willen, immer vom Richter und sogleich von Amtswegen ernannt. Art. 42, 196 und 232 C. Pr.

⁵⁾ Ebenso die badische Prozeßordnung, Tit. XXIV §. 537. Vgl. Koch, a. a. O. S. 117. Note 10.

⁶⁾ In gleicher Weise verordnet auch die österreich. GD. von 1781 im §. 189, es sollen die Kunstverständigen

ist der Art. 323 der franz. Proz.-Orb. nicht zu übersehen, wonach die Richter nicht gebunden sind, dem Gutachten der Sachverständigen zu folgen, wenn sich ihre Ueberzeugung demselben widersetzt⁷⁾. Wie sollte endlich das Streben nach Konformanz mit dem Pfälzer Prozeßrechte, wäre letzteres auch richtig erfaßt, eine so warme Pflege verdienen, wenn darüber der Anschluß an eine Regel des bayerischen aufgegeben werden müßte?

Nachdem übrigens die Rechtsprechung der bayerischen Obergerichte über denselben Punkt noch

zur Beaugenscheinigung vom Richter ernannt werden. Die wichtigsten unter den benachbarten Prozeßgesetzen sind daher über diesen Punkt einig.

- 7) In Frankreich, England, Nordamerika und der freien Stadt Frankfurt geschieht die Ausmittelung und Feststellung der Entschädigung durch ein Spezialschwurgericht. W. Koch, a. a. O. S. 116 Note 9. Nach dem franz. Expropriationsgesetze vom 3. Mai 1841 kann übrigens in Fällen der Dringlichkeit das Gericht die vorläufig zu hinterlegende Entschädigungssumme auch selbst bestimmen und sich zu diesem Ende natürlich des Gutachtens von Sachverständigen bedienen. Ein Urtheil des Bez.-Ger. in Melun in diesem letzteren Belange war beispielsweise in folgender Art gefaßt. In der Erwägung, daß die Richter nicht gebunden sind, dem Gutachten der Sachverständigen zu folgen; daß in den Prozeßakten dieses Falles Urkunden und andere Beweisbehelfe im Ueberflusse vorhanden sind, um das Gericht in den Stand zu setzen; die provisorische und approximative Einschätzung des streitigen Grundes selbst vorzunehmen: aus diesen Gründen nimmt das Gericht keine Rücksicht auf das oben bemerkte Gutachten der Sachverständigen, zieht vielmehr in Betracht, daß 1) . . . 2) . . . 3) . . . und stellt provisorisch und annäherungsweise die dem G. für die Enteignung des streitigen Grundstückes gebührende Entschädigung auf den Belauf von 45,000 Fr. fest. (Gaz. d. Trib. vom 21. April 1845).

weit davon entfernt ist, gleichförmig zu sein^{a)}, so scheint in dieser Streitfrage noch nicht das letzte Wort gesprochen zu sein.

2.

30- und bez. 40-jährige Ersizung ist kein zur Begründung der kirchlichen Baulast tauglicher Titel.

Vgl. Bb. XX S. 10 Note 1.

In der Klage einer Kirchengemeinde gegen den f. Fiskus auf Anerkennung der kirchlichen Baulast (war außer anderen Klagegründen) behauptet, daß die Baulastpflicht des Avaras durch unvordenkliche und „gesetzliche“ Verjährung begründet sei.

Die erste Instanz legte der klagenden Gemeinde den Beweis auf:

daß der f. Fiskus oder dessen Besizvorfahrer seit unvordenklicher Zeit oder doch während 40 Jahren, vom 1. Mai 1856 zurückgerechnet, die Baulast an der Nebenkirche zu G. bestritten haben.

Das f. Regierungsfiskalat führte darüber Beschwerde, daß der Klägerin außer dem Beweise der unvordenklichen Verjährung noch der Beweis einer bloß 40 jährigen Verjährung freigelassen worden sei, und der oberste Gerichtshof änderte auch die Beweisauflage dahin ab:

daß der f. Fiskus und dessen Besizvorfahrer seit unvordenklicher Zeit, vom 1. Mai 1856 zurückgerechnet, die Baulast an der Nebenkirche zu G. bestritten haben.

Die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses

^{a)} Vgl. unsere Blätter, Bb. 8 S. 269; Arends, Sammlung interessanter Erl., Bb. 1 S. 94, 97; Bb. 4, S. 305; Bb. 5 S. 192.

vom 13. März 1858 (Reg.-Nr. 1364⁵⁶/₅₇) enthalten hierüber Folgendes:

Es besteht gemeinrechtlich keine gesetzliche Bestimmung, daß und unter welchen Voraussetzungen die kirchliche Baupflicht durch Verjährung (Ersizung) begründet werden könne, und es könnten daher dießfalls nur allenfalls die über die Begründung der deutschrechtlichen Reallasten durch Verjährung geltenden Grundsätze analog zur Anwendung gebracht werden.

Allein wenn auch die 30= und resp. 40= jährige Ersizung — nach Analogie der außerordentlichen Eigenthums= Ersizung — im Allgemeinen als ein zur Begründung der deutschrechtlichen Reallastentauglicher Titel betrachtet wird¹⁾; so setzt doch die analoge Anwendung der außerordentlichen Eigenthums= Ersizung auf Reallasten auch ein analoges kontinuierliches Besizverhältniß, wie solches bei der Eigenthums= Ersizung erfordert wird, voraus, und findet daher jedenfalls nur bei solchen Reallasten Statt, welche in jährlich oder doch regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehen.²⁾ Diese Voraussetzung ist bei der kirchlichen Baulast, welche nur zu in unbestimmten, häufig großen Zeitwischenräumen wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, offenbar nicht gegeben; es kann daher die 30= und resp. 40= jährige Ersizung als ein zur Begründung der kirchlichen Baupflicht tauglicher Titel nicht betrachtet werden, und nur die Unvordenklichkeit gewährt ein Recht auf Anerkennung und Schutz des seit Menschengedenken bestandenen faktischen Zustandes.

In gleicher Weise wurde auch in den Sachen Reg.-Nr. 392⁵⁵/₅₆, 1664⁵⁶/₅₇ und 1873⁵⁶/₅₇ erkannt.

. . . h . . .

¹⁾ Bgl. Bl. f. N. u. Bd. 18 Erg.-Bl. S. 61.

²⁾ Bgl. Bl. f. N. u. Bd. 20 S. 10. (S. 17 v. unten R. „233“ l. „232“). . .

3.

Was ist „Handverbrechung“ im Sinne der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken v. J. 1618?

Durch Erkenntniß des bischöflichen Konsistoriums zu Würzburg waren die Eheleute N. wegen Ehebruches des Mannes von Tisch und Bett getrennt worden. Die Frau und der für das minderjährige Kind aufgestellte Vormund verlangten hierauf die Vornahme der Grundtheilung. Im Verlaufe des Ehescheidungsprozesses war dem Manne eine Erbschaft angefallen. Die Frau und der Vormund des Kindes behaupteten, daß dieses erbchaftlich angefallene Vermögen zur Theilungsmasse gehöre, weil jetzt erst die Theilung verlangt werde; der Beklagte Mann dagegen nahm dieses Erbschaftsvermögen als sein ausschließendes Eigenthum in Anspruch. Zur Begründung dieses Anspruches, berief sich der Anwalt des Beklagten auf die Bestimmung der kaiserl. RGOrg. Thl. III Tit. XXXII §. 13, welcher verordnet sei:

wenn die Grundtheilung wegen Verbrechung der Hand verwirkt worden, so entscheidet die Zeit der Handverbrechung; Erbschaften, welche sich nach der Handverbrechung ergeben, sollen den Kindern oder den Aeltern allein und ausschließend gehören und verbleiben, je nachdem die Erbschaften den Kindern oder den Aeltern angefallen sind, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Theilung den Kindern angeboten oder von den Kindern gefordert worden ist.

Hiebei stellte der Anwalt die Behauptung auf, daß unter „Handverbrechung“ nichts Anderes als Delikte der Aeltern, als: Verschwendung, Verbrechen, Ehebruch und dgl. zu verstehen seien, durch welche die Grundtheilung bereits verwirkt, der Klageanspruch auf Geltendmachung der Grundtheilung erwachsen, die Theilung selbst aber mit

Rücksicht auf den Vermögensstand vorzunehmen sei, wie er zur Zeit der Begehung dieser Delikte vorhanden gewesen sei.

Diese Auslegung wurde in dem oberstrichterlichen Erkenntniß vom 15. März 1856 Reg.-Nr. 1108⁶⁴/₅₅ für unrichtig erklärt. Die Gründe sagen:

Handverbrechung bedeutet im Sinne der kaiserl. EO-Ordnung nichts Anderes als den Uebertritt des überlebenden Ehegatten zur weiteren Ehe. Eine Vergleichung des Tit. LXXVII §. 4, worin es heißt: so zur Zeit der Vater oder die Mutter der Kinder die Hand verbrochen und sich wiederum verheirathet, mit den Bestimmungen in den §. 6, 8 und 9 dieses Titels, dann mit der Erläuterungs-Verordnung vom 22. Juli 1777 Nr. 7 (Mandaten-Samml. Bd. III S. 151), sowie mit den §. 1, 2, 4 u. 6 des XCI Titels lassen über die richtige Bedeutung dieses Wortes keinen Zweifel. Vergl. Demeradt, fasc. different. juris communis et franconici de 1700, differ. XV p. III Nr. 3 S. 164 und 165, dann Nr. 6 S. 166 und Schneidt, elementa jur. francon. §. CCXIX Nr. 5 lit. a S. 308, wo das Wort Handverbrechung mit transitus ad secunda vota und transitus ad secundas nuptias übersetzt ist. Schellhaß in f. Beitr. z. d. Gesefz. §. 58 S. 95 nimmt jenes Wort gleichbedeutend mit weiterer Verlobung. In dem Tit. XXXII §. 13, auf welchen der Anwalt des Beklagten seine ganze Argumentation stützte, ist die Rede von dem Falle, wenn der überlebende Ehegatte beim Vorhandensein von Kindern zur weiteren Ehe schreitet (die Hand verbricht). Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor, es kann also auch diese Bestimmung nicht angewendet werden. Maßgebend ist vielmehr die Vorschrift des Tit. XXXII §. 2: daß in allen anderen Fällen —

b. i. außer dem Falle der Wiederverheirathung, in welchen die Aeltern die Grundtheilung verwirkt haben (wozu nach Tit. XXXI §. 16 auch der Fall der Ehescheidung gehört), der Zeitpunkt entscheidet, zu welchem die verwirkte Grundtheilung von den Kindern oder ihren Vertretern verlangt wurde. Der Antrag auf Theilung des ehelichen Vermögens ist von der Frau und von dem Kindsvormunde am 21. August 1850 gestellt und vom Beklagten am 18. Oktbr. 1850 bewilligt worden, wogegen diesem das fragliche Erbschaftsvermögen schon im Jahre 1849 angefallen war; dieser Erbanfall hat sich also längst vor der verlangten und bewilligten Grundtheilung ergeben, dieses Erbschaftsvermögen ist sonach ein Bestandtheil des gemeinschaftlichen Ehevermögens geworden, und muß daher auch zur Vertheilung beigezogen werden.

§*.

4.

Begriff der Steuer nach der f. Deklaration vom 19. März 1807.

In der f. Deklaration vom 19. März 1807, die Bestimmung der künftigen Verhältnisse der der kgl. Souveränität unterworfenen Fürsten, Grafen und Herren betr., — Reg.-Bl. S. 465 — findet sich unter H 5 die Bestimmung, „daß alle Abgaben, welche, wie grundherrliche Zinsen, in einem beständig unveränderlichen Quanto entrichtet werden, wie der Fall bei Weeden¹⁾ und bei der sog. Ordinaristeuer in einigen Herrschaften ist, die folglich nur abusive den Namen Steuer führen, den mediatisirten Fürsten und Grafen verbleiben, aber künftig unter der Rubrik von grundherrlichen Ab-

¹⁾ Vgl. Bd. 12 S. 313, Bd. 19 S. 282.

gaben und nicht von Steuern vorgetragen werden sollen.“

Es entstand nun in einem gegebenen Falle die Frage, ob unter dem beständig unveränderlichen Quantum, in welchem die Grundabgaben entrichtet worden sein müssen, bloß eine numerisch feststehende Größe oder auch eine feststehende Quote einer Vermögensgröße verstanden werden dürfe.

Der oberste Gerichtshof nahm das letztere an und bemerkte hierüber in den Gründen:

Für die Richtigkeit der adoptirten Ansicht spricht die Erwägung, daß die k. Deklaration den Unterschied zwischen einer wahren Steuer und einer nur abusive sogenannten feststellen wollte.

Das Quantum der Ordinaristeuer aber ist da, wo sie wirklich eine Steuer ist, nach

Frhr. von Kreittmayr, Grundriß des allgem. deutschen und bayer. Staatsrechts S. 377,

nicht alle Jahre gleich, sondern bald mehr, bald weniger, und regulirt sich nach den Erfordernissen, und hat in Bayern insbesondere früher zwischen $2\frac{1}{2}$, 3 und 4 Steuern (simples) gewechselt.

Nach dieser Stelle, welche wohl vorzugsweise der k. Deklaration zum Grunde lag, kann aber ein Reichtum, das in seiner Quote sich gleich bleibt, das sich nicht nach den wechselnden Erfordernissen des Staatsbedarfes regulirt, sondern von diesem ganz unabhängig sich darstellt, und bei welchem das hie und da numerisch hervortretende unbedeutende mehr oder weniger nicht in dem erhöhten oder verringerten Staatsbedarfe, sondern in dem erhöhten oder verringerten Werthe der steuerbaren Objekte seinen Grund hat, nicht als Steuer angesehen werden.“

DAUERf. vom 26. März 1858 Reg.-Nr. 1551⁵³/₅₆.

ß. K.

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zusammentreffen des Zwiggeldprozesses mit dem beschleunigten Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hypothekengesetzes. — Anfang der Veranlagungsfrist in Malganzschlags-Veranlagungssachen. — Vernehmung von Zeugen bei der Entscheidung in höherer Instanz. — Obergerichtliches Amt. Definitivverkennnis, wo um ein Beweisinterdictum gebeten war. — Subsidiarische Haftung des Gläubigers für schuldhafte Verfehlen der Beamten in Hypothekensachen. — Zur Lehre von Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten. — Geltung der bayerischen Verg.ordnung im Würzburgischen. — Zu §. 54 Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1847.

Zusammentreffen des Zwiggeldprozesses mit dem beschleunigten Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hypothekengesetzes.

In München, wo für dingliche Belastungen die doppelte Form des Zwiggeldbes und der Hypothek herkömmlich ist, kommt in der Praxis der Gerichte nicht selten der Fall vor, daß ein Immobiler gleichzeitig mit der Zwiggeldklage und mit der dinglichen Hypothekenzinsenklage nach §. 52 des Hypothekengesetzes angegriffen wird. Da aber für den Zwiggeldprozeß und für die dingliche Hülfsvollstreckung nach Hypothekenrecht ein wesentlich verschiedenes Verfahren vorgeschrieben ist, so entsteht die Frage, wie weit diese beiden verschiedenen Exekutionsarten gegen dasselbe Objekt sich nebeneinander fortführen lassen, ohne in Konflikt zu gerathen, sich gegenseitig zu hindern und unmöglich zu machen.

Nach der Annahme der Praxis können die vorbereitenden Maßregeln, welche im Zwiggeldprozeße

der wirklichen Aufsteckung, in dem Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Ges. der wirklichen Feilbietung des pflichtigen Objectes vorausgehen, ohne Bedenken gleichzeitig und nebeneinander getroffen werden; dort also Sperre, Spanschnitt und Basenstich, Aufsteckungsdekret, Einkufirung der Miethzinsen, Abschätzung; — hier Zahlungsmandat, Dekret des Zwangsverkaufes, Sperre, Abschätzung. Schiebt sich jedoch das eine oder andere Verfahren nur um einen Schritt, also bis zur wirklichen Feilbietung, weiter voran, so liegt die Unthunlichkeit, beide Exekutionsarten noch länger friedlich nebeneinander fortzuführen, am Tage, und wirft sich die Frage auf, welches Verfahren in solchem Falle dem anderen vorzuziehen, es auszuschließen berechtigt sei.

Eine übereinstimmende Praxis in dieser Beziehung, bei dem Schweigen der Gesetze doppelt wünschenswerth, ist bis jetzt ¹⁾ nicht vorhanden. Zwar darüber ist man einig, daß die nach Hypothekenrechten bereits verfügte wirkliche Feilbietung wegen eines dazwischentretenenden Zwiggeldprozesses nicht aufgehoben oder zurückgenommen werden darf ²⁾; um so weniger herrscht bei umgekehrter Sachlage, wenn nämlich im Laufe eines Zwiggeldprozesses ein Hypothetgläubiger die schnelle Rechtshilfe nach §. 52 des Hyp.-Ges. implorirt, eine Uebereinstimmung der Meinungen. Die Praxis, den Zweck der Sicherung des Hypothekentredites voranstellend, ist nicht abgeneigt, dem Hypothetgläu-

¹⁾ Vielleicht ermöglicht die nunmehr erfolgte Zuweisung der Zwiggeld- und Hypothetzinsenprozesse an Einzelrichter, Art. 3 Biff. 9 und 10 des Ges. vom 1. Juli 1856, die Bildung einer konstanteren Praxis auch über diesen Punkt.

²⁾ v. Arnold, Einklagung der Hypothetkapitalzinsen und Zwiggeldrenten. Erl. 1855. S. 124.

biger das Recht zu geben, auf Grund des §. 52 die Versteigerung und Adjudikation des Hypothekensubjektes trotz bereits erfolgter Aufsteckung desselben zu erwirken.

Es sei der Versuch gestattet, diese praktisch wichtige Frage auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückzuführen und aus diesem die Möglichkeit ihrer Lösung anzudeuten.

Offenbar ist das Exekutionsverfahren nach §. 52 des Hypothekengesetzes ein privilegiertes im strengen Sinne. Gegen das unbedingte Zahlungsmandat, welches der Klage folgt, sind nur urkundlich belegbare Einreden zulässig³⁾; verstreicht die achttägige Zahlungsfrist, so wird sofort zur Exekution geschritten, welche durch kein Rechtsmittel aufgehalten werden kann. Ein privilegiertes Exekutionsverfahren ist aber auch der Erwiggeldprozeß, welchem die Gesetze das Separationsrecht und einen ganz eigenthümlichen, ohne jede Analogie dastehenden Exekutionsmodus zugestehen. Beim Zusammenreffen beider steht daher ein privilegiertes Verfahren dem anderen gegenüber, und müßte eigentlich dasjenige im Konflikt den Vorrang haben, welches die Gesetze ausdrücklich als das mehrprivilegierte bezeichnen⁴⁾. Allein eine derartige gesetzliche Bestimmung existirt für diesen Fall nicht und es ist

³⁾ Hierin und in dem Richterfordernisse einer paritoria ulterior liegt der hauptsächlichste Unterschied dieses Verfahrens von dem unbedingten Mandatprozeß, mit welchem es gleichwohl noch am meisten Aehnlichkeit hat. Vgl. Kommentar über die O.D. Aufl. 2 Bd. 2 S. 77—78 und 259.

⁴⁾ So geht z. B. das beneficium restitutionis der Minorjährigen im Konflikt der Rechtswohlthat des SC. Vellejanum (fr. 12. D. 4, 4) und des SC. Macedonianum (fr. 3 §. 2 D. 14, 6) vor.

unstatthaft, sie durch Konjekturen ersetzen zu wollen. Beide Exekutionarten müssen daher als gleichprivilegiert betrachtet werden, und muß man demgemäß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ⁵⁾ derjenigen von beiden den Vorrang zugestehen, welche die Prävention für sich hat; *praevalet jure, qui praevenit tempore*.

Nach welchem Augenblicke sich hier die Prävention bestimme — ob nach dem Zeitpunkte der Klagestellung oder nach demjenigen des Zwangsveräußerungsbefreßes, oder endlich nach dem Augenblicke der erkannten wirklichen Feilbietung (Auffsteckung) —, könnte bei dem Mangel gesetzlicher Anhaltspunkte zweifelhaft erscheinen. Gegen den Zeitpunkt der Klagestellung spricht jedoch aufs Entschiedenste ⁶⁾ die Erwägung, daß erst durch das gerichtliche Dekret des Zwangsverkaufes rechtlich anerkannt wird, ob das Distraktionsrecht des Gläubigers im konkreten Falle wirklich stattfindet; und ebenso erscheint es unbegründet, erst den Moment der verfügten wirklichen Feilbietung für entscheidend zu halten ⁷⁾, weil das Verfahren, welches dem Zwangsveräußerungsbefreßes folgt, nur als der Vollzug des letzteren erscheint, und die „rechtliche Unmöglichkeit“, ein Objekt gleichzeitig zweimal auszubieten und zu verkaufen, auch der gleichzeitigen Verfügung des Verkaufes einer Sache nach Zwiggelds- und nach Hypothekenrechten entgegensteht. Es bleibt daher nur übrig, den Augenblick des Zwangsveräußerungs-

⁵⁾ Buchta, Pand. §. 30. Note c.

⁶⁾ Bgl. fr. 10. D. 15, 1: *Occupare . . : videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit.*

⁷⁾ Arnold a. a. O. S. 124.

dekretes⁸⁾ für den entscheidenden zu halten und nach ihm die Prävention der Erwigeld- oder Hypothekzinseinkufution zu beftimmen.

Hienach würde das einfache Präventionsprinzip, auf unsere Fragen angewendet, eine unſchwere und ſichere Löfung derfelben ermöglichen. Iſt bereits Aufſteckung nach Erwigeldrecht verfügt, ſo muß der Hypothekzinſkläger nachſtehen; iſt umgekehrt auf des Reſterten Anrufen bereits der Zwangsverkauf beſchloſſen, ſo kann der Erwigeldgläubiger eine Vergantung nach Erwigeldrechten (Aufſteckung) nicht mehr erlangen.

Die Bedenken, welche gegen das letztere Reſultat aus dem Geſichtspunkte des dem Erwigelde zuſtehenden Separationsrechtes⁹⁾ erhoben werden können, widerlegen ſich dadurch, daß dieſes Recht, welches in ſeinem wahren Sinne nur auf den Fall eines Univerſalkonkurfes Bezug hat¹⁰⁾, Hypothekgläubigern gegenüber überhaupt nicht¹¹⁾ anwendbar iſt; dieſe müſſen von der Aufſteckung in Kenntniß geſetzt¹¹⁾, ihre Forderungen in's Gantverzeichnis eingeteilt und bei Vertheilung des Gantkaufſchillings, deſſen Suffizienz vorausgeſetzt, mit zum Zuge gelaffen werden; Hypotheken gegenüber ceſſirt Separationsrecht und Partikularkonkurs.

Dagegen kommt das Abſonderungsrecht der Erwigeldgläubiger allen anderen Gläubigern gegenüber ohne Zweifel zur Anwendung. Erfolgt daher

⁸⁾ Dieſes iſt im Erwigeldprozeſſe das dritte, in dem Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Geſ. das zweite Dekret.

⁹⁾ O. Kap. XX §. 16 Nr. 3. Prior.-Ordnung §. 6. Der bei dem Erwigelde ſtattfindende Partikularkonkurs (Prior.-Ordnung §. 8 Nr. 3) iſt nur ein Ausfluß dieſes Separationsrechtes.

¹⁰⁾ O. Kap. XIX §. 5 Nr. 1; Kap. XX §. 16 in.

¹¹⁾ Hyp.-Geſetz §. 67.

daß Verkaufsbekret nicht auf Anrufen eines Hypothekgläubigers, sondern im gewöhnlichen Subhaftationsverfahren oder im Falle eines Universalankurses, so nimmt der Zwiggeldprozeß kraft seines Separationsrechtes ganz ohne Rücksicht auf das Exekutionsstadium, in welches die Ansprüche der anderen Gläubiger bereits eingetreten sind, seinen Fortgang, und selbst die wirkliche Feilbietung eines Objektes wird die spätere Aufsteckung desselben am Zwiggeldsgantladen nicht hindern können¹²⁾. Erst der definitive Einschlag wird in solchem Falle dem weiteren Fortschreiten des Zwiggeldprozesses eine Schranke setzen, theils weil bei der nun folgenden Kaufschillingberechnung der Zwiggeldkläger als Gläubiger der ersten Prioritätsklasse¹³⁾ ohnedieß zum Zuge kommt, daher der Zwiggeldprozeß gegenstandslos wird, theils weil durch die definitive Adjudikation Rechte erworben werden, welche auch durch die privilegierte Zwiggeldexekution nicht lädirt werden dürfen.

Es läßt sich nicht läugnen, daß unsere Annahme, wonach bei einmal verfügter Aufsteckung die schleunige Rechtshilfe nach §. 52 des Hypothekengesetzes¹⁴⁾ nicht mehr exequirt werden darf, dem Hypothekenkredite nicht günstig ist. Vertrauen in die Exquirbarkeit einer Forderung ist Grundbedingung des Kredites, und dieses Vertrauen muß eine Schmälerung erleiden, wenn der Hypothekgläubiger bei der Eintreibung seiner Forderung das superveniens periculum einer Zwiggeldexekution fortwährend zu befürchten hat. Auch ist das Recht, welches ihm der §. 67 des Hypothekengesetzes gibt,

¹²⁾ Anderer Meinung Arnold a. a. O.

¹³⁾ Prior.-Ordnung §. 12 Nr. 7 lit. b.

¹⁴⁾ Es ist hier natürlich immer nur von der Immobiliarexekution die Rede.

durch Baarerlag aller Giltten und Kosten die Vergantung nach Ewiggeldrechten aufzuheben, in mancher Beziehung und besonders dann, wenn er vor Eintritt der Aufsteckung schon nahe daran war, die Immobiliarexecution zu Gunsten seiner Forderung zu erwirken, beinahe ein dornenvolles zu nennen, kann daher ein ausgleichendes Aequivalent für die Benachtheiligung nicht bilden, welche dem Hypothekenscredite durch die Konkurrenz mit Ewiggeldern im Uebrigen ohne Zweifel zugeht.

Allein so dringend geboten die Rücksichtnahme auf den Hypothekenscredit ist, so kann doch der Richter immer nur innerhalb der Schranken der bestehenden Gesetzgebung sich von ihr leiten lassen; daß aber jene Annahme, welche dem Verfahren nach §. 52 des Hyp.-Ges. den absoluten Vorrang vor der Ewiggeldexecution vindicirt, aus den bestehenden Gesetzen sich nicht begründen lasse, dürfte bei näherer Betrachtung kaum zu bezweifeln sein. —

Die weitere Frage, wie der Schwälerung des Hypothekenscredits durch die Konkurrenz mit Ewiggeldern vorzubeugen, und ob nicht in dem Nebeneinanderbestehen von Ewiggeldern und Hypotheken die Gefahr einer Turbierung und Minderung des Realkredits überhaupt gegeben sei, liegt außerhalb des Zieles gegenwärtiger Darstellung. Dieselbe mußte sich darauf beschränken, für die Frage über den Konflikt der Ewiggeld- und Hypothekenzinsexecution eine formell richtige Beantwortung anzudeuten; der Versuch, eine materiell befriedigende Lösung derselben zu geben, scheitert an dem inneren Widerstreite, in welchem zwei nebeneinanderbestehende Formen der Realkreditirung nach der Natur der Dinge liegen müssen ¹⁵⁾.

κ. μ.

¹⁵⁾ Vgl. noch Auer, Münchener Stadtrecht S. CCL. —
Red:

Aus oberstrichterlichen Entscheidungen in Aufschlags-
sachen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.

XVI.

Anfang der Berufungsfrist in Malzausschlags-Defraudations-
sachen.

Ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 27. September 1856, Reg.-Nr. 1063⁵⁵/₅₆, enthält hierüber folgende Ausführung:

„Gemäß Art. 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 10. November 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., beträgt die Berufungsfrist 30 Tage von dem Tage der Eröffnung des angefochtenen Urtheiles an gerechnet. Unter dem Ausdrücke „Eröffnung“ kann aber nur die Eröffnung des Urtheiles an die Betheiligten verstanden werden, weil nach den bezüglich des Civilverfahrens bestehenden Grundsätzen und Normen jede Sentenz, wenn sie Kraft erlangen soll, den Betheiligten eröffnet sein muß (G.D. Kap. XIV §. 8), und in Beziehung auf Berufungen und beziehungsweise Berufungsfristen auch in Malzausschlags-Defraudations-sachen die für das Civilverfahren geltenden Normen der Regel nach maßgebend sind.

Hiernach kann aber die Berufungsfrist für jene Betheiligten, welche der öffentlichen Verhandlung und Urtheilsverkündung weder persönlich beizuwohnten, noch durch einen Bevollmächtigten dabei vertreten waren, nicht von jenem öffentlichen Sitzungstage, an welchem die Urtheilsverkündung stattfand, sondern sie kann nur von jenem Tage an, wo die Abschrift des betr. Urtheiles den Betheiligten zugestellt wurde, gerechnet werden, wie dieses auch bereits in den

oberstrichterlichen Erkenntnissen vom 21. März 1854 ¹⁾ und 26. Mai 1855, in Uebereinstimmung mit dem Justizministerialreskripte vom 8. August 1849, welches sub Nr. 9 bestimmt, daß von dem erlassenen Urtheile dem Kreisfiskalate oder den Beschuldigten, wenn sie bei der Urtheilspublikation nicht gegenwärtig waren, eine Abschrift zuzufertigen sei, ausgesprochen worden ist.

Die Annahme, daß die Berufungsfrist jederzeit und auch wenn die Betheiligten nicht gegenwärtig waren, von dem Tage an, wo das Urtheil in öffentlicher Sitzung verkündet wurde, gerechnet werden müsse, kann durch eine Bezugnahme auf Art. 4 Abs. 2 des besagten Gesetzes, wo vorgeschrieben ist, daß das Verfahren öffentlich und mündlich sein soll, und die hieraus gezogene Folgerung, daß analog auch in Malzausschlagsachen die Bestimmungen über Publikation der Erkenntnisse in Strafsachen stattfinden, nicht gerechtfertigt werden.

Allgemeine Norm gebend für das Verfahren in Malzausschlagsachen ist der Art. 3 des besagten Gesetzes. Dieser schreibt aber vor, daß die für die Behandlung in Polizeistrafsachen bestehenden Bestimmungen in Anwendung zu kommen haben, und hienach sind es insbesondere die im bürgerlichen Prozesse rücksichtlich der Berufungen geltenden Normen, welche rücksichtlich der Berufungen in Aufschlagsachen in Anwendung zu kommen haben, womit auch die Bestimmung des Art. 6 des fraglichen Gesetzes, welcher unter Vorsetzung einer 30 tägigen Frist Berufungen an das Appellationsgericht, sowie auch noch an das OGericht (sofern zu letzteren die erforderliche Beschwerdensumme 2c. gegeben ist) gestattet, vollkommen im Einklange steht.

¹⁾ S. Bd. 19 Ergänzungsbl. Nr. 5 Seite 71.

Hieran ist auch dadurch Nichts geändert, daß, entgegen dem Entwurfe der Staatsregierung, von den ständischen Gesetzgebungsausschüssen im Art. 4 Abs. 2 dieses Gesetzes die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens aufgenommen wurde; denn eine analoge Anwendung der in dem Gesetze vom demselben Tage über Abänderung des II. Thls. des StGB. v. J. 1813 enthaltenen Bestimmungen ist, wie schon in mehrfachen oberstrichterlichen Erkenntnissen erörtert und dargelegt wurde, in Aufschlagsachen nur in soweit zulässig, als sie durch die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens unumgänglich nothwendig wird. Bezüglich der Berufungsfristen und beziehungsweise des Anfanges ihres Laufes etc. erscheint sie aber um so minder statthaft, als ja die Rechtsmittel, welche, und die Art und Weise, wie sie nach dem StGB. vom 10. Nov. 1848, und wie sie nach dem bezüglich der Malzaufschlagsdefraudationen statthabenden Prozesse geltend zu machen sind, wesentlich von einander abweichen, und hierin eine große Verschiedenheit herrscht.^{3/7}

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Benützung von Notorien bei der Entscheidung in höherer Instanz.

In einer Forderungssache war der Klage Abschrift eines Schulds- und Hypothekenbriefes beigelegt, zugleich aber auf das demselben zu Grund liegende Hypothekenprotokoll Bezug genommen und um dessen Abhibirung gebeten.

In der Vernehmung war der Brief aner-

kannt, über das Protokoll Nichts gesagt. In der Replik war das Protokoll abermals unter Berufung darauf, daß dagegen von den Beklagten Nichts erinnert sei, allegirt. In der Duplik war zwar vorgebracht, daß das Protokoll keine Beachtung finden könne, weil es weder der Klage noch der Replik in Abschrift beigelegt, auch den Streitakten nicht adhibirt sei, dabei ward aber über einen im fraglichen Protokolle vorkommenden Punkt von den Beklagten spezielle Erklärung abgegeben.

Die Gerichte erster und zweiter Instanz erwähnten in ihren Entscheidungsgründen des fraglichen Protokolles nicht; in der Revisionschrift des Klägers war sich aber wieder darauf bezogen. Dieses veranlaßte den obersten Gerichtshof, sich eine Abschrift des Protokolles vorlegen zu lassen und dasselbe bei der Entscheidung ohne Weiteres zu benützen.

Die Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Insbesondere auch das Hypothekenprotokoll vom 22. Januar 1846, von welchem sich der oberste Gerichtshof eine amtlich gefertigte Abschrift vorlegen ließ, in Betracht zu ziehen, sind die Gerichte aller Instanzen vollkommen befugt. Der Inhalt dieses von dem Gerichte erster Instanz als Hypothekenamt aufgenommenen und in der Hypothekenregistratur dieses Gerichtes verwahrten Protokolles bildet eben durch jene Aufnahme und Verwahrung ein wahres Notorium, auf welches die Parteien einfach Bezug nehmen konnten. Jener Inhalt ist denn auch in Bezug genommen und zwar von beiden Parteien; vom Kläger in der Klage ausdrücklich und mit der Bitte um Adhibirung des Protokolles; von den Beklagten dadurch, daß sie in der Vernehmung klagegen Nichts erinnerten, und in der Duplik noch weiter dadurch, daß sie sich über dessen Inhalt speziell erklärten, indem sie daraus anführten: das Protokoll enthalte kein Wort über die gehörige Aus-

scheidung und spezielle Bezeichnung der baaren Vorschüsse und Hopfenquantitäten. Es ist darum auch irrelevant, wenn die Beklagten in derselben Duplik rügen, daß eine Abschrift des Protokolles weder der Klage noch der Replik beiliege und daß es auch den Streitakten nicht adhibirt worden sei. Denn auch ohne diese Formalitäten mußte den Beklagten der Inhalt des von ihnen mitunterzeichneten Protokolles bekannt sein und war ihnen nach ihren Allegationen aus demselben wirklich bekannt. — Wäre aber hienach das Gericht erster Instanz unbestreitbar befugt gewesen, seiner Entscheidung auch das Protokoll vom 22. Jan. 1846 zu Grund zu legen, so ging diese Befugniß auch auf die höheren Instanzen dadurch über, daß die Prüfung der durch jenes Protokoll mit fundirten Klage an sie devolvirt wurde; und dieses ist für die dritte Instanz nur um so gewisser, als in der Revisionschrift auch das Hypothekenprotokoll wieder angeführt wurde“.

D. U. R. N. 1518⁵⁵/₅₆.

St.

2.

Oberrichterliches Amt. Definitivkenntniß, wo um ein Beweisinterlokut gebeten war.

Vgl. oben S. 33 ff.

Im vorerwähnten Falle hatte die erste und zweite Instanz auf Beweis des Klägers erkannt. Dieser hatte in der Berufung und Revision um ein ihm günstigeres Beweissthema gebeten; der oberste Gerichtshof verurtheilte die Beklagten nach der Klagebitte und rechtfertigte diesen Ausspruch in den Motiven so:

„ . . . Aus Vorstehendem ergibt sich, daß

ein Definitiverkenntniß, welches die Beklagten nach der — Klagebitte verurtheilt, der Sachlage vollkommen entspricht. Der oberste Gerichtshof ist aber dadurch, daß der Kläger in seinen Appellations- und Revisionsbitten nur eine Erleichterung der ihm von der ersten Instanz aufgebürdeten Beweislast begehrt und in den Berufungsschriften nicht um alsbaldige Verurtheilung der Beklagten bittet, nicht daran gehindert, jenes definitive Erkenntniß dennoch auszusprechen. Denn die Appellation bevollmächtigt die Sache an den Oberrichter auch in Allem, was von der Beschwerde des Appellanten abhängt. *GD. Kap. XV §. 9 Nr. 1.* Der Oberrichter ist dabei, wie die Anmerkungen zu dieser Stelle ausdrücklich sagen, lediglich an das Objekt der Beschwerde gebunden, also nicht an deren Formulierung. Vielmehr weist die *GD. a. a. O. §. 11 Nr. 3* den Richter zweiter und damit nach *§. 12* ebenfalls auch den dritter Instanz an, das Erkenntniß in der Hauptsache dem rechtlichen Befunde nach zu erlassen.

Ein verurtheilendes Definitiverkenntniß, wo der appellirende Kläger nur ein Beweisinterlokut beantragt hat, widerspricht auch nicht dem in der *GD. Kap. XIV §. 7 Nr. 2* aufgestellten Grundsatz, daß der Richter nicht über die *petita* der Parteien hinausgehen soll. Denn diese Vorschrift bezieht sich, wie schon Stellung und Wortlaut, ganz entschieden aber die Anmerkungen dazu lit. b ergeben, nur auf die Abfassung der Definitiverkenntnisse, nöthigt also schon deswegen den Richter nicht, auf einen Beweis zu erkennen, wo dieser nach dem rechtlichen Befunde ganz überflüssig wäre. Aber die ganze Regel ist nach den Worten des Textes auch beschränkt auf den Streitgegenstand in der Hauptsache, so daß, wie auch die *Anm. a. a. O.* deutlich entnehmen lassen, nur nicht ein anderer Gegenstand oder

größerer Betrag zuerkannt werden darf, als eingeklagt wurde.

Daß gemeinrechtliche, in der bayerischen O.D. aber nirgends ausgesprochene Verbot der reformatio in pejus wird durch ein derartiges Erkenntniß nicht übertreten, da ja jenes Verbot nur dahin geht, nicht zum Nachtheile des Appellanten zu erkennen, was sicher da nicht geschieht, wo nach dessen Klagpetitum erkannt wird“.

OAG. NN. 1518⁵⁵/₅₆.

St.

3.

Subsidiarische Haftung des Fiskus für schuldhafte Versehen der Beamten in Hypothekensachen.

Durch ein bestätigendes Erkenntniß des OAG. vom 7. April 1858 (NN. 569⁵⁷/₅₈) wurde im besonderen Hinblick auf v. Gönner's Kommentar zum Hyp.-Gef. Bd. II S. 43 §. III entschieden, daß die Haftung des f. Fiskus für schuldhafte Versehen der Beamten in Hypothekensachen nach §. 96, 98 und 99 des Hyp.-Gef. und den daraus entstandenen Schaden eine bloß subsidiarische sei, demselben daher die Einrede der Vorausklagung zustehe.

4.

Zur Lehre von Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten.

B. behauptete in einer Eingabe an den obersten Gerichtshof, er habe dem W. für vorgeschossene 4000 fl. einen Wechsel ausgestellt und zugleich auch Hypothek bestellt; W. habe einen Theil dieser Hypothekenforderung zu 3000 fl. an G. cedirt, dessen ungeachtet aber die 4000 fl. bei dem Handelsgerichte

eingeklagt und dort Exekution mit Verwerfung aller Einreden erwirkt, während auch Cessionar H. seine Hypothekenforderung bei dem Bezirksgerichte klagbar verfolge, so daß also eine und dieselbe Forderung bei zwei verschiedenen Gerichten verhandelt und beschieden werde, was allen Rechtsprinzipien widerspreche. Derselbe hat, zu erkennen, vor welchem Gerichte diese Sache auszutragen sei. Dieser Antrag wurde jedoch abgewiesen, indem ein förmlicher Kompetenzkonflikt der beiden Gerichte als vorliegend nicht angenommen wurde, da jedes der beiden Gerichte das betreffende Rechtsverhältniß zu seiner Kompetenz ziehen mußte, und darüber nach Maßgabe des Parteivorbringens unabhängig vorzusprechen befugt war, und in denjenigen Fällen, in welchen jedem der anscheinend in Konflikt gerathenen Gerichte die Entscheidung einer selbstständigen Frage zukommt, von einem Kompetenzkonflikte der Natur der Sache nach keine Rede sein kann. In concreto — wird in den Entscheidungsgründen weiter angeführt — möge sich der Schuldner vor allenfallsigen Nachtheilen der Doppeltzahlung durch rechtzeitig und rechtsförmlich angebrachte Einreden bei dem einen oder dem anderen, insbesondere dem später handelnden Gerichte selbst schützen.

OLGEf. v. 30. März 1858. Reg.-Nr. 431⁵⁷/₅₈.

β. κ.*

5.

Geltung der bayerischen Vergordnung im Würzburgischen.

Die Frage, ob die bayerische Vergordnung vom Jahre 1784 im Fürstenthume Würzburg Geltung habe, ist durch OLGEf. vom 10. April 1858 (Reg.-Nr. 1516⁵⁶/₅₇), entsprechend der in diesen Blättern Bd. XXI S. 246 ff. enthaltenen Ausföhrung, bejaht worden, nachdem durch die ge-

pflogenen amtlichen Recherchen festgestellt wurde, daß die gedachte Vergordnung in dem Jahre 1804 als ein auch für das Fürstenthum Würzburg geltendes Gesetz eingeführt und promulgirt worden ist.
β. u.*

6.

Zu §. 54 Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837.

In §. 54 Nr. 2 des P.G. vom 17. Nov. 1837 ist bestimmt, daß die Appellation an die dritte Instanz gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, welche nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache bloß die Zinsen, Schäden, Kosten und Früchte betreffen, nicht stattfinden.

In einem die Herausgabe eines Gutes betreffenden Rechtsstreite war nach bereits rechtskräftig zu Gunsten des Klägers entschiedener Hauptsache von den Vorinstanzen übereinstimmend auf Herausgabe der von dem Gute erzielten Früchte und deren spezifische und eidlische Manifestation erkannt worden. Hiegegen wurde die Berufung zur dritten Instanz ergriffen, und deren Zulässigkeit damit zu begründen gesucht, daß auf Ableistung des Manifestationseides erkannt sei, daher hier der Fall des §. 52 Nr. 5 des angeführten Prozeßgesetzes eintrete, und somit nach §. 54 Nr. 1 die dritte Instanz angegangen werden könne. Die Revision wurde jedoch als unzulässig abgewiesen, weil, wenn die Sache selbst nicht zur dritten Instanz sich eigne, die Entscheidung über den *modus procedendi* — hier die Ableistung des Manifestationseides — nicht dahin kompetiren könne.

DAUERf. vom 3. Mai 1858. Reg.Nr. 277^{57/58}.
β. u.*

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Gemeinliches Obergericht im Sinne des Art. 14 des Kompetenzkonfliktgesetzes vom 28. Mai 1850. — Lokal, Mehlausschlag. Uebertretung der Kontrolvorschriften. Nulla poena sine lege. Kopypunkt im Falle einer Freisprechung. — Zusätzliche Verbesserung der Klage in der Revisit. Vericklung der Klage in dem richterlichen Urtheile von Antowegen. — Aufstellung eines Vertreters für ein erst zu errichtendes Familienadelkommis. — Unzulässige Annulation zweier Militärdiscreten, an denselben und den höheren Richter zugleich gerichtet. — Gerichtsstand des Zusammenhangs nach der Novelle vom 9. August 1910. — Vericklung zu S. 163.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr:

XCIII.

Gemeinliches Obergericht im Sinne des Art. 14 des Gesetzes vom 28. Mai 1850.

Zwischen zwei Untergerichten eines und desselben Kreises, nämlich einem Land- und einem Bezirksgerichte, erhob sich ein negativer Kompetenzkonflikt darüber, ob eine zur Anzeige gekommene Entscheidung von in freiem Felde stehenden Weiden als Forstfrevel von dem Landgerichte als Forststrafgericht, oder als Diebstahlsvergehen von dem Bezirksgerichte als Strafgericht erster Instanz über Vergehen zu untersuchen und abzuurtheilen sei.

In dem nämlichen Kreise entspann sich auch ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen einem Bezirksgerichte als Vergehensgericht und demselben Bezirksgerichte als Einzelrichteramt darüber, ob die Untersuchung gegen einen Konfessionspflichtigen wegen Widerspenstigkeit gegen die Vorschriften des Heerergänzungsgesetzes von dem Bezirksgerichte in

seiner ersterwähnten Eigenschaft aus dem Grunde, weil vor demselben gegen jenes Individuum bereits eine Untersuchung wegen Diebstahlvergehens anhängig geworden war, zu übernehmen, oder gesondert von dem Einzelrichteramte zu führen und zu entscheiden sei.

Das Appellationsgericht des betr. Kreises erklärte sich in seinen erlassenen Erkenntnissen zur Entscheidung dieser Kompetenzkonflikte nicht für zuständig, weil es zufolge den Bestimmungen des Gesetzes vom 1. Juli 1856 über die Gerichtsverfassung, Art. 22 und 29 Abs. 3, weder in Forststrafsachen, noch bezüglich des Ungehorsams in Militärkonfiskationsfachen und beziehungsweise der Uebertretung der Vorschriften des Heerergänzungsgesetzes das Gericht zweiter Instanz sei, und sohin nicht als gemeinsames Obergericht betrachtet werden könne.

Der oberste Gerichtshof, welchem die Akten zur Entscheidung der beiden Kompetenzkonflikte vorgelegt wurden, erkannte am 9. April 1858 in der einen wie in der anderen Sache:

daß das Erkenntniß des Appellationsgerichtes außer Wirksamkeit gesetzt, und letzteres beauftragt werde, über den vorwürrigen Kompetenzkonflikt zu entscheiden.

In den gleichlautenden Entscheidungsgründen der oberstrichterlichen Erkenntnisse ist Folgendes angeführt:

„Dem organischen Edikte vom 8. Juli 1808 und den einschlägigen Verordnungen zufolge ist den Appellationsgerichten sowohl im civilrechtlichen als auch im strafrechtlichen Fache die unmittelbare Oberaufsicht über alle in deren Bezirken befindlichen Untergegerichte zugewiesen, und sie haben die mögliche Förderung der bei solchen anhängigen Rechtsangelegenheiten zu überwachen.

Auch das Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848

weist bei Streitigkeiten der Untergerichte über die Zuständigkeit in Strassachen die Entscheidung hierüber den Appellationsgerichten zu, und nur in den dort speziell bezeichneten Fällen ist eine Entscheidung über solche Streitigkeiten von dem obersten Gerichtshofe zu erlassen.

Nach Art. 14 des Gesetzes über Kompetenzkonflikte vom 28. Mai 1850 sind dergleichen zwischen Untergerichten immer von dem denselben zunächst vorgesetzten Obergerichte, und nur, wenn ein gemeinsames Obergericht fehlt, ist über die Zuständigkeit in einem oberstrichterlichen Senate zu entscheiden.

Das AG. hat in seinem Erkenntnisse das Vorhandensein eines negativen Kompetenzkonfliktes zwar angenommen, aber die Ansicht desselben, daß es nicht als gemeinsames Obergericht (aus dem oben angegebenen Grunde) zu erachten sei, beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Art. 14 des Gesetzes über Kompetenzkonflikte vom 28. Mai 1850, indem dieses Gesetz die Zuständigkeit eines Appellationsgerichtes zur Entscheidung der zwischen Untergerichten bestehenden Kompetenzstreitigkeiten nicht davon abhängig macht, ob jene Rechtsache, bezüglich welcher sich der Kompetenzstreit ergeben hat, von solcher Beschaffenheit ist, daß sie im Berufungswege an das Appellationsgericht gebracht werden kann, sondern nur erfordert, daß das AG. das vorgesezte Obergericht jener Untergerichte sei, zwischen welchen der Kompetenzkonflikt besteht. Diese Voraussetzung ist aber im vorliegenden Falle bezüglich des AG. von . . . gegeben, da dasselbe das betr. Untergerichten vorgesezte Obergericht ist, und ihm sonach die Zuständigkeit zur Entscheidung des zwischen diesen Untergerichten obwaltenden Kompetenzkonfliktes keinesweges ermangelt.

Eine Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes

durch den obersten Gerichtshof kann aber nicht erfolgen, weil es an einem den betr. Untergerichten vorgesetzten gemeinsamen Obergerichte nicht ermanget, und nur, wenn ein solches fehlt, über den Kompetenzkonflikt in einem oberstrichterlichen Senate entschieden werden soll.

Die Entscheidung des hier vorwaltenden Konfliktes muß demnach nothwendig von dem AG, von geschehen, und zu diesem Ende war das von demselben erlassene Erkenntniß oberstrichterlich außer Wirksamkeit zu setzen.“

(Urth.: Buch Nr. 97 und 98).

^{3/7.}

Aus oberstrichterlichen Entscheidungen in Ausschlags-
sachen nach dem Gesetze vom 10. Nov. 1848.

XVII.

Lokal= Mehlausschlag. Uebertretung der Kontrollvorschriften:
Nulla poena sine lege. Kosteupunkt im Falle einer Freisprechung.

In der Untersuchung gegen Johann S. und Moriz G., wegen Lokal= Mehlausschlags=Defraudation wurde von dem Gerichte erster Instanz ausgesprochen: Johann S. und Moriz G. seien beide schuldig, den städtischen Mehlausschlag in München=bezüglich eines Quantums von 218 Zentnern dadurch defraudirt zu haben, daß auf deren Anordnung ein gleiches von der Kunstmühle zu M. behufs der Versendung nach Lindau in den Münchener Bahnhof gebrachtes Mehlsquantum von dort wieder weggeschafft und in innerhalb des Münchener Burgfriedens befindlichen Privatlokalitäten einige Zeit behufs der Umlagerung in andere Säcke eingelagert wurde, ohne den mandatmäßigen Ausschlag hiefür zu entrichten, und werden deshalb dieselben unter solidarischer Haftung in eine Strafe von 545 fl., sowie in die Untersuchungskosten, verurtheilt.

Auf hiegegen von den Beschuldigten ergriffene Berufung wurden dieselben in zweiter Instanz von der gegen sie erhobenen Anschuldigung einer Mehlausschlagsbetrugung freigesprochen und die Kosten des Prozesses, mit Ausnahme der Bertheidigungskosten, der Stadtkommune München überbürdet.

Gegen das zweitrichterliche Erkenntniß wendete der Magistrat München die Oberberufung ein und bat, zu erkennen:

daß Johann S. und Moriz G. die ihnen erst richterlich zuerkannte Geldstrafe von 545 fl. zu entrichten und sämtliche Kosten zu tragen haben,

eventuell:

daß die Tragung der Kosten dem Staatsärar obliege.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aber das zweitrichterliche Erkenntniß sowohl bezüglich der Hauptsache als des Kostenpunktes, rücksichtlich des letzteren jedoch mit der Modifikation, daß die Stadtkommune M. die Kosten nur in der Art, wie das Staatsärar, wenn diesem die Kosten zur Last fallen, zu tragen habe.

Die Entscheidungsgründe enthalten Folgendes:

Der allerb. Verordnung vom 12. Mai 1815 Art. 8 und vom 31. Dezember 1808 Ziff. 9 gemäß läßt sich bezüglich des den Gemeinden bewilligten Fleisches, dann Getreides und Mehlausschlages eine Defraudation nur dann annehmen, wenn der Aufschlagspflichtige dem Berechtigten die Aufschlaggebühr zu entziehen sucht, und nur für diesen Fall soll der Aufschlagspflichtige außer dem treffenden Aufschlagbetrage noch als Strafe im ersten Betretungsfalle den zehnfachen Aufschlag u. s. w. zu bezahlen haben.

Dieser Fall ist aber hier nicht gegeben, weil von den fraglichen 218 Bentnern Mehl nur ein

Zentner in München geblieben, und von diesem auch der betr. Ausschlag bezahlt worden ist, die weiteren 217 Zentner aber, wie unbestritten feststeht, nach Lindau versendet worden sind, und hievon die Stadtgemeinde München keinen Ausschlag anzusprechen hat, da nur von dem behufs des Verkaufes oder der Konsumtion in München eingebrachten Mehle der Ausschlag zu entrichten kommt.

Ganz richtig hat hiernach die zweite Instanz dahin erkannt, daß S. und G. von der gegen sie erhobenen Anschuldigung einer Mehlausschlagsdefraudation freizusprechen seien.

Hierorts hat nun auch der Magistrat einen Antrag, den S. und G. einer Mehlausschlagsdefraudation für schuldig zu erklären, nicht mehr gestellt; es ist auch nicht die gänzliche Wiederherstellung des erstrichterlichen Urtheiles beantragt, sondern der primäre Antrag geht nur dahin, auszusprechen, daß S. und G. die ihnen erstrichterlich zuerkannte Geldstrafe von 545 fl. zu entrichten haben u. s. w.

Es wird dabei auf die magistratistische Bekanntmachung vom 31. Mai 1856 Bezug genommen, und vorgebracht, daß nicht die Bestrafung einer Defraudation, sondern nur die auf die Defraudation gesetzte Strafe als Ordnungsstrafe in vorliegender Sache einzutreten habe. Um die Entrichtung des fraglichen Ausschlagsgefälles gehörig überwachen zu können, und allenfallsigen Unterschleifen möglichst vorzubeugen, wird angeführt, sei die Feststellung von Kontrollmaßregeln nothwendig. Diese könnten aber nur dann wirksam sein, wenn auf deren Nichtbeobachtung gehörige Strafen festgesetzt seien, und da die bestehenden allerh. Verordnungen nur die Strafe der Defraudation bestimmen, so habe der Magistrat mit Genehmigung der k. Kreisregierung die in der alleg. Bekanntmachung enthaltenen Vorschriften erlassen, von welchen die sub II Nr. 5, 10 und 11

dahin lauten, daß das zur Durchfuhr bestimmte Mehl, wenn dasselbe nicht ohne Aufenthalt durchgefahren wird, bis zur Wiederausfuhr in der Stadtwage eingelagert werden müsse, insoferne sich nicht durch Entrichtung des Aufschlages der Verbindlichkeit solcher Einlagerung entlebigt werden wolle, und daß, wer dieser Anordnung entgegen handle, als Defraudant betrachtet und in die auf die Defraudation festgesetzte Strafe des zehnfachen Aufschlagesbetrages u. s. w. verfällt werde. Da dieser Anordnung vorliegenden Falles angegebenermaßen entgegen gehandelt worden, so seien S. und G. in die in besagter Bekanntmachung angedrohte Strafe zu verfallen.

Allein wenn es auch in den Befugnissen des Magistrates liegen sollte, wegen Außerachtlassung der angeordneten Kontrollmaßregeln für sich oder erforderlichen Falles mit Genehmigung der k. Kreisregierung Ordnungsstrafen festzusetzen, so kommt dem vorerwähnten Beschwerdevorbringen gegenüber zu bemerken, daß die in besagter Bekanntmachung vom 31. Mai 1856 angebrohten Strafen dort nicht als bloße Ordnungsstrafen bezeichnet sind, und daß zufolge der über die Kompetenzverhältnisse bestehenden Normen sich überdieß auch gar nicht annehmen läßt, daß diejenigen Behörden, von welchen in fraglicher Bekanntmachung erwähnt ist, daß sie zum Erlasse der dorthelbst enthaltenen Anordnungen mitgewirkt haben, zuständig seien, jene Strafen, welche in den oben allegirten allrh. Verordnungen ganz speziell als Defraudationsstrafen erklärt sind, und deren Anwendbarkeit sohin allerhöchster Bestimmung zufolge nur in wirklichen Defraudationsfällen als zulässig erscheint, auch auf Uebertretungen geringerer Art, auf bloße Nichtbeobachtung von Kontrollmaßregeln u. dgl. auszudehnen, und für anwendbar zu erklären, da eine derlei Erstreckung

dieser Strafe auf andere als wirkliche Defraudationsfälle der vorerwähnten allersch. Bestimmung offenbar zuwiderläuft. -

Es mangelt sonach bezüglich der hier in Frage stehenden Handlungen an einer rechtswirksamen Strafbestimmung und kann sohin dem primären Beschwerdeantrage nicht stattgegeben werden.

Aber auch dem eventuellen Beschwerdeantrage: auszusprechen, daß die Tragung der Kosten dem Staatsärzre obliege, — kann nicht stattgegeben werden, indem bei der Stellung, welche die Gemeinden und deren Behörden zufolge des Gesetzes vom 10. Nov. 1848, die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsdefraudationen betr., und des Ministerial-Ausschreibens vom 9. April 1849. bei dem hier in Frage stehenden Verfahren einnehmen, und wornach insbesondere schon das Einschreiten mit einer Voruntersuchung und auch das weitere Vorschreiten mit dem öffentlichen Verfahren von deren Anzeigen und Anträgen abhängt, im Hinblick auf das Ergebniß des hier stattgehabten Verfahrens eine Ueberbürdung der Kosten auf das Staatsärzr als unstatthaft erscheint. In Rücksicht auf das besondere hier obwaltende Verhältniß kann aber die Gemeinde nur für verbindlich erklärt werden, die Kosten in solcher Art, wie solche das Staatsärzr, wenn diesem die Kosten zur Last fallen, zu tragen pflegt, zu tragen, wornach der zweitrichterliche Ausspruch bezüglich des Kostenpunktes zu modifiziren war.

DOG. v. 3. Febr. 1858. Reg. Nr. 223⁵⁷/58.
3/7.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zulässige Verbesserung der Klage in der Replik. Berichtigung der Klagbitte in dem richterlichen Urtheile von Amtswegen.

Ein kinderloser Edelmann hatte einen weitläufigen Seitenverwandten zum Universalerben eingesetzt, ihm jedoch dabei aufgegeben, aus seinem Stammgute, was hiedurch auf den Erben übergehen sollte, ein Familiensfideikommiß zu Gunsten der Linie seiner Familie zu bilden, worin er selbst stand. Nach dem Tode jenes Erblassers nahm der eingesetzte Erbe sogleich die Bildung des Fideikommisses in Angriff und überreichte zu diesem Ende dem betreffenden f. Appellationsgerichte einen förmlichen Stiftungsbrief, worauf ihm die vorläufige Hebung einiger Anstände aufgegeben wurde, welche er jedoch nie versuchte, sondern die ganze Sache wieder ruhen ließ. Nachdem er selbst noch im besten Alter mit Tod abgegangen, nahmen seine drei Kinder, worunter ein Sohn, das fragliche Gut als väterliches Erbe in Besitz; seine Brüder erhoben dagegen wider die letzteren eine gerichtliche Klage mit der Bitte, auszusprechen, die Beklagten seien nicht befugt, sich das freie Eigenthum jenes Gutes anzumaken, sondern vielmehr schuldig, dasselbe als ein Familiensfideikommiß zu Gunsten der Familie ihres Vaters anzuerkennen. Als die Beklagten hierauf antworteten, sie könnten in keinem Falle ein Familiensfideikommiß anerkennen, weil ein solches nach §. 22. des Ed. Beil. VII z. Bl. in Ermangelung einer gerichtlichen Bestätigung und Eintragung in die Matrikel noch nicht bestche, erwiderten die Kläger in der Replik, gebildet sei einmal das Fideikommiß,

die Erben des ersten Besizers seien sonach, weil sie sich weigerten, die zur Wirksamkeit desselben erforderlichen Schritte vor dem Fideikommißgerichte zu thun, dahin zu belangen, daß sie diese Verpflichtung in Erfüllung brächten. Die noch fehlende gerichtliche Bestätigung müsse erst durch richterlichen Spruch erzwungen und die Beklagten daher verurtheilt werden, die unterbliebene Instruktion fortzusetzen. Gleichwohl wurde am Schlusse die Klagbitte wiederholt. In ihrer Duplik suchten es die Beklagten als eine unzulässige Aenderung der Klage in der Replik darzustellen, daß hier die Bitte auf ein Anerkennniß in die auf Erfüllung einer Obligation umgewandelt werde.

Die erste Instanz verwarf wirklich die Klage aus diesem letzteren Grunde; die zweite erklärte jedoch denselben bereits nicht für durchgreifend, und der oberste Gerichtshof verurtheilte die Beklagten nicht bloß zur verweigerten Einlassung auf die verbesserte Klage, sondern auch in der Hauptsache; auf der Grundlage des von ihrem Vater eingereichten Stiftungsbriefes aus dem fraglichen Gute ein Familienfideikommiß zu bilden. In den Gründen drückte sich dieses Erkenntniß hierüber in folgender Weise aus:

Der Einwand, daß es der Klage an einem rechtlichen Klagegrunde gebräche, ist keine wahre Vorehrebe, sondern bloß der abgenützte Versuch, einen Rechtsbehelf, welcher den Kern der Vertheidigung auf den Grund der Sache bilbet, an die Spitze voranzuziehen und einer der natürlichen Ordnung voraneilenden Prüfung zu unterbreiten. Allerdings besteht zur Zeit ein wirksames Familienfideikommiß auf dem Gute K. den eigenen Ausführungen der Klage zufolge nach §. 22 des Gd. Beil. VII z. BU. noch nicht, weil demselben die gerichtliche

Bestätigung und der Antrag in die Fideikommissmatrikel abgeht; die beklagten Allodialerben können daher auch nicht verbunden sein, eine solche Eigenschaft anzuerkennen, wozu sie doch die Bitte der Klage angehalten sehen will. Allein wenn die *GD.* Kap. IV §. 8 den Namen der Klage für eine gleichgültige Sache erklärt und vielmehr gebietet, die dem Kläger am meisten nützliche und auf das Petition schickliche Aktion zu erwählen, so folgt hieraus von selbst, daß auch die Formulirung der Klagebitte nicht strenge bindend für den Umfang der angeregten Streitfrage sein kann, sondern die letztere vielmehr nach der kundbaren Absicht der Kläger und dem aus allen Urkunden und Umständen des Falles hervortretenden Ziele ihrer Rechtsverfolgung aufzugreifen und in Betracht zu ziehen ist. Dieses Ziel besteht aber offenbar darin, alles aufzubieten, was in ihren Kräften steht, um in Gemäßheit eines zu ihrem mittelbaren Vortheile gereichenden Rechtstitels aus dem Landgute L. die Bildung eines rechtsbeständigen Familienfideikommisses zu bewirken, wenn ein solches auch noch nicht besteht, gleichwie ihre beklagten Gegner zu nöthigen, auch von ihrer Seite jene dem Gute anlebende Bestimmung anzuerkennen und die Verbindlichkeit, welche ihr Erblasser mit dem Antritte der Erbschaft des letzten Besitzers auf sich genommen haben soll, als an dessen Stelle getreten zu einer verspäteten, aber immer noch redlichen Erfüllung zu bringen. Von diesem Standpunkte aus betrachtet erscheint die Klage durch die darin enthaltene Erzählung der Vorgänge und die beigefügten Urkunden in den Rechten haltbar, wenn gleich der Wortlaut ihrer Schlußbitte sich als zu weit gehend und nicht ganz genau abgemessen bewährt. Die Verbindlichkeit des Besitzers, einen Rechtszustand bezüglich des in seinen Händen befindlichen Gutes erst herbeizuführen und durch den Eifer seiner Be-

thätigung zu gründen, ist eine nur um eine Stufe tiefer stehende Konsequenz, eine Art von Abminuierung des Begehrens, er solle ihn als wirklich bestehend anerkennen. Es steht daher nichts im Wege, vermöge dieser den wahren Gesichtspunkt festhalten: den Auffassung mit der zweiten Instanz schon die dermalige Klage in dem Verständnisse entgegenzunehmen, als sei sie der Sache nach mittelbar auf die Erfüllung des Modus gerichtet, welchen Graf. von B. in seinem Testamente seinem eingesetzten Erben in Ansehung der künftigen Rechtsverhältnisse seiner Erbschaft oder des darin begriffenen Hauptgutes vorgezeichnet hatte. Ueberdies hat auch noch die Replik in ganz zulässiger Weise der Klage eine verbesserte Richtung nach jener Seite hin gegeben, wogegen die Beklagten in der Duplik sich auf das Gründlichste vertheidigten. Keinerlei Rechtsgrund macht es daher nöthig, diese Sache vorerst der Aussicht auf ihre spätere Verwicklung in eine neue Reihenfolge gerichtlicher Verhandlungen zu überliefern ¹⁾.

Im letzten Entscheidungsgrunde kam dann noch vor:

Diese Verurtheilung der Beklagten (zur Verichtigung des Fideikommisses) verstößt auch in keiner Weise gegen die Vorschrift der O. R. XIV §. 7 Nr. 2, wonach der Richter mit dem Bescheide über die in Actis enthaltenen Petita, soviel das Objectum litis in der Hauptsache selbst betrifft, nicht hinausgehen und weder ein Anderes noch Mehreres hierauf erkennen soll, — weil alle Punkte des ergangenen Ausspruches der Hauptsache nach nur den wahren Gegenstand des Streites um-

¹⁾ Vgl. Bd. 16. S. 333, Bd. 19 S. 303.

fassen, zur durchgreifenden und zweckförderlichen Erledigung bringen.

OGG. v. 1. Febr. 1858, Reg.-Nr. 1430⁵⁶/₅₇.

2.

Aufstellung eines Vertreters für ein erst zu errichtendes Familienfideikommiß.:

Das Edikt Weil. VII. §. III. verordnet im §. 23, wenn ein Familienfideikommiß durch einen letzten Willen bestimmt sei, so werde seine Bestätigung bei dem betreffenden Appellationsgerichte von Demjenigen nachgesucht, welchem der Vollzug des Testaments obliege. An mehreren Stellen und namentlich in den §§. 51, 61, 66 und 71 erwähnt sodann das Fideikommißedikt noch eines ganz fakultativ zu bestellenden Fideikommißvertreters, ohne zu sagen, was zu dieser Bestellung eine gegründete Veranlassung geben könne. In einem einzigen Falle ist sogar der Fideikommißvertreter unvermeidlich aufzustellen und mit seiner Erinnerung zu hören, nämlich nach §. 97 Nr. 2 alsdann, wenn ein Familienfideikommiß wieder aufgelöst werden soll. Bereits in einem älteren Falle, wo ein Familienfideikommiß nach testimentlicher Verfügung aus einem Rittergute gebildet werden sollte, sich die Sache aber ungewöhnlich in die Länge zog, hatte das betreffende l. Appellationsgericht einen Vertreter des in der Bildung begriffenen Fideikommißes bestellt und zu allen Verhandlungen beigezogen; der oberste Gerichtshof erkannte auch in derselben Sache auf einen späteren Anlaß zu Recht, daß dem erwähnten Gerichtshofe selbst noch vor Bestätigung und Immatrikulirung des Fideikommißes die Kuratel über dasselbe zur Leitung einer wichtigen Angelegenheit zustehe, womit die

Aufstellung jenes Fideikommißvertreters mittelbar gutgeheißen war.

DAUG. v. 26. April 1842. Reg.-Nr. 1412⁴⁰/₄₁,

Reg.-Nr. 800⁴⁷/₄₈.

In einer erst neuerlich vorgekommenen Sache¹⁾ war zwischen den Allodialerben eines Gutbesizers und seinen Agnaten in der Seitenlinie ein Rechtsstreit darüber ausgebrochen, ob dasselbe zu einem Fideikommiße erhoben werden müsse oder nicht. Der oberste Gerichtshof ergriff nun die Gelegenheit, wo er über diese Frage zu entscheiden hatte und sie wirklich bejahend entschied, um zu verordnen, es sei zum Behufe der weiteren Fideikommißinstruktion von dem einschlägigen Fideikommißgerichte ein Vertreter des zu errichtenden Fideikommißes bis zu seiner Eintragung in die Matrikel aufzustellen. Die Gründe dieses Ausspruches bemerken hierüber:

Nach G.D. Kap. VIII §. 4 Nr. 5 soll „der Richter selbst auf das bei jeder Sache obwaltende Recht und Interesse eines Dritten allzeit von Amts wegen fleißige Obacht halten, und wo er dergleichen ex actis bemerken würde, demselben sogleich Nachsicht von dem Streite ertheilen, . . . und vorher in Sachen nicht weiter verfahren“. Der wahrhaft Betheiligte bei dem vorliegenden Rechtsstreite ist das zu bildende Fideikommiß als eine noch in der Entwicklungsperiode begriffene Körperschaft selbst²⁾. Der §. 23 des Fid. Ed. hat im Falle eines durch letzten Willen bestimmten Fideikommißes Denjenigen mit dem Betriebe seiner Bestätigung betraut, dem der Vollzug des ersteren obliegt. Allein einen Testamentsexekutor hatte Graf von B. nicht bestellt, und dessen einziger Erbe, dem er sein volles Vertrauen

¹⁾ Vgl. die vor. Nummer.

²⁾ Vgl. Bd. 22. S. 97 ff.

zuwendete, wurde bereits von dem Tode ereilt, ehe er noch jenes Ziel erreicht hatte. Das bemerkte Edikt erwähnt auch an mehreren Stellen, und namentlich in §§. 51, 61, 66, 71 und 97 Nr. 2 eines zu bestellenden Fideikommißvertreters für Fälle, wo ein Fideikommiß bereits zu Recht besteht. Bei der eigenthümlichen Verwicklung dieser Sache, die das Besondere hat, daß der erste Agnat, welcher dormalen zum Besitze und Genusse des Fideikommisses berufen ist, sich der Gegenparthei angeschlossen hat, welche das Fideikommiß lebhaft bekämpft, war es von entschiedenem Interesse für alle bei dieser Sache Betheiligten und schon durch die Rücksicht darauf, geboten, den kundgegebenen Willen des Testators Graf von B. aufrecht zu erhalten, daß ein unpartheiischer Vertreter des noch nicht zur Reife gebiehenen Fideikommisses aufgestellt werde, um die nöthigen Einleitungen zum weiteren Fortgange der Sache treffen oder doch überwachen zu können. Der Fall der unterbliebenen Bildung eines verordneten Fideikommisses hat gewiß die nächste Verwandtschaft mit dem seiner Wiederauflösung, wofür doch der Fideikommißvertreter unvermeidlich wäre; der eine wie der andere Punkt betrifft eine gleich wichtige Lebensfrage für das Fideikommiß. Auch dieser Punkt war daher als etwas, was von der geführten Beschwerde abhängt, mit zur Einsicht und Verfügung des unterfertigten Gerichtshofes erwachsen.

DMGE, v. 1, Febr. 1858. Reg. Nr. 1440⁵⁶/57.

3.

Unzulässige Kumulation zweier Nullitätsquerelen; an denselben und den höheren Richter zugleich gerichtet.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil

der zweiten Instanz wegen Mangels der Kompetenz oder Verstoßes gegen eine in Mitte liegende Rechtskraft kann zwar sowohl bei demselben Appellationsgerichte als bei dem obersten Gerichtshofe sogleich unmittelbar angebracht, jedoch immer nur alternativ der eine oder der andere dieser Gerichtshöfe damit befaßt werden. Es ist völlig unstatthaft, das Appellationsgericht um Vernichtung seines Urtheiles anzurufen, für den Fall aber, daß dasselbe diese Beschwerde ungegründet finden sollte, dieselbe eventuell sogleich an den obersten Gerichtshof zu richten. Der betreffenden Parthei steht nur zu, wenn sie von dem k. Appellationsgerichte mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen wird, hiegegen die Berufung an den obersten Gerichtshof zu ergreifen.

OGEntschließung v. 26. April 1858 in Sachen
 Herpig g. Goller, Reg.-Nr. 1117⁵⁶/₅₇.

4.

Gerichtsstand des Zusammenhanges nach der Novelle vom
 9. August 1810.

(Nov. C. Bd. I S. 32, N. A. C. 62.)

Wegen einer Forderung von weniger denn 150 fl. wurden zwei Beklagte, die in zwei zu demselben Bezirksgerichtsprengel gehörigen Landgerichten domizilirten, nicht bei diesem Bezirksgerichte, sondern bei dem vorgesezten Appellationsgerichte belangt und dessen Zuständigkeit von keiner Seite beanstandet. —r.

Berichtigung: S. 153 Z. 7 v. o. statt „ernennen“ ließ „vorschlagen“.

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Substanzirung der Einrede der Trunkenheit. — Unwirksamer Vorbehalt der Anerkennung von Urkunden, aus welchen der Producent selbst Ansprüche gegen den Produzenten ableitet. — Das Erbieten zum Erfüllungselde schließt auch das Erbieten zum Buheide in sich. — Au §. 51, 52 Nr. 2, §. 53 Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837. — Zum Gamtskündekommiss. Edikte. — Nur Gültigkeit der Immobilienverträge ist nach frühlichem Rechte amtliche Insinuation nicht erforderlich. Klage auf gerichtliche Verkaufbarung. Art. 23 des Ezgesetzes vom 1852. — Hat die fürblühlich würzburgische Verordnung vom 16. November 1796, die seuchartige Krankheit der Pferde betr., in den treffenden Gebleitshellen noch Geltung? — Leckbarkeit des f. g. pactum de non Uctando. — Zurüdahme eines Rechtsmittels durch den Anwalt. Ausnahme von dem Erfordernisse einer Spezialvollmacht. — Befugnis, die Depontirung einer Sache zu verlangen.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Substanzirung der Einrede der Trunkenheit.

Bgl. Bd. II. S. 212.

In einem Injurienprozeß hat der Beklagte die Einrede der Trunkenheit mittelst der Behauptung entgegengesetzt, daß er zur kritischen Zeit, als das Schmähwort ausgestoßen worden sein soll, in so hohem Grade betrunken gewesen sei, daß er nicht mit freier Selbstbestimmung handelte, sondern im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit sich befand.

Die erste Instanz erblüete in diesem Vorbringen die f. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae, und verwies solches zur Geltendmachung in den direkten Gegenbeweis. Die zweite Instanz würdigte dasselbe zwar als Einrede, hielt diese aber als mangelhaft substanzirt, weil nur die Trunkenheit

Neue Folge III. Bd.

in ihrer Abstraktion, und nicht dieselbe kennzeichnende Thatfachen behauptet seien.

Auf eingewendete Revision ließ der oberste Gerichtshof den Beklagten zum Beweise darüber zu, daß er sich zur Zeit der fraglichen injuriösen Aeußerung in einem bis zur Unzurechnungsfähigkeit betrunkenen Zustande befunden habe.

Gründe: Daß den Gegenstand der Klage bildende Schmähwort (Lump) ist an sich schimpflicher Natur, und die Absicht zu beleidigen steht auf Seite des Injurianten so lange zu präsumiren, bis diese Präsumtion widerlegt ist und Umstände erwiesen werden können, welche den Vorwurf des animus injuriandi völlig beseitigen:

Im vorliegenden Falle hat der Beklagte die Absicht, zu beleidigen, durch das Vorschützen der Trunkenheit zu widerlegen gesucht, er hat sohin ein subjectives Hinderniß der Entstehung der Injurie, ein Hinderniß des die Verübung der Injurie bedingenden freien Willens des Injurianten behauptet, und derlei Hindernisse, wie Zwang, Betrug, Irrthum, Trunkenheit u. dgl., tragen die Merkmale einer Einrede an sich.

Die Behauptung der Trunkenheit an sich, so wie bezüglich ihres Grades, wonach sich die Unzurechnungsfähigkeit bemißt, beruht allerdings auf einem Urtheile, welches aus Thatfachen abgeleitet wird, die erkennen lassen, daß Jemand betrunken sei.

Diese Thatfachen näher darzulegen, ist aber Gegenstand der Beweisführung, während es zur Begründung der Einrede der Trunkenheit genügt, wenn solche Umstände angeführt werden, welche außer Zweifel stellen, daß die Einrede nicht bloß leichtfertigerweise und zu dem Zwecke, den Gegentheil in feiboler Art hin zu halten, geltend gemacht worden sei.

Solche Momente hat der Beklagte allerdings angeführt, und es war daher kein Grund gegeben, die Einrede der Trunkenheit wegen mangelhafter Substanziung zu verwerfen. . . .

Das Hauptmoment dieser Einrede bildet den bis zur Unzurechnungsfähigkeit betrunkenen Zustand des Injurianten, und dieses Moment war dem Beweissage zu Grunde zu legen, wobei es dem Richter überlassen bleibt, seinerzeit aus den durch geeignete Beweismittel hergestellten Thatsachen zu bemessen und zu erwägen, ob die Trunkenheit so groß gewesen, daß sie den Beklagten in einen unzurechnungsfähigen Zustand versetzt habe, welcher Zustand jedoch keine völlige Besinnungslosigkeit, sondern bloß soviel bedingt, daß der Injuriant jene Besinnung und Ueberlegung nicht mehr besaß, welche bei Handlungen des gewöhnlichen Verkehrs angewendet zu werden pflegt, was man gewöhnlich damit bezeichnet, daß Jemand nicht mehr bei vollem Verstande sei. *Intellectus est enim principium voluntatis et nil volitum nisi cognitum.*

Hellfeld, jurispr. for. §. 287, 288. Holzschuher, Theorie und Kasuistik Ausf. 1 Bd. 3 S. 67.

Da übrigens dermalen auf Zuerkennung einer Satisfaktion geklagt ist, so wird auch der Beweis einer geringeren Trunkenheit nicht ganz unerheblich sein, sondern dem Richter bei Feststellung der Größe der Satisfaktion nebenbei zur Richtschnur dienen. . . .

DAUERf. vom 1. Juni 1858. Reg.-Nr. 557^{57/58}.
 µ.

2.

Unwirksamer Vorbehalt der Anerkennung von Urkunden, aus welchen der Produkt selbst Ansprüche gegen den Produzenten ableitet.

Bgl. Bb. XX. S. 252.

A. hatte dem B. zur Tilgung einer Schuld

eine Forderung von 3600 fl. cedirt. Diese Schuld war indessen schon vorher von der Schwiegertochter des A. durch einen mit B. am 30. Juni 1844 außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich zur Zahlung übernommen worden, wovon A. erst nach der Cession Kenntniß erhielt. A. forderte nun von B. mittels der *condictio indebiti* die Zurückbezahlung der cedirten 3600 fl. und legte zur Begründung seiner Klage derselben die Vergleichsurkunde abschriftlich bei. Der Beklagte widersprach, mit der Schwiegertochter des Klägers einen Vergleich des behaupteten Inhaltes abgeschlossen zu haben, und behielt sich die Erklärung über die Vergleichsurkunde bis zur Originalproduktion ausdrücklich vor, leitete jedoch aus dem nämlichen Vergleich eine Gegenforderung gegen den Kläger ab, welche er im Wege der Kompensationseinrede und der Widerklage geltend machte.

Die erste und zweite Instanz nahmen für durch die Vergleichsurkunde vom 30. Juni 1844 erwiesen an, daß die Schwiegertochter des Klägers die nämliche Schuld, zu deren Tilgung Kläger die Forderung von 3600 fl. cedirt, zur Zahlung übernommen habe. Beklagter führte darüber Beschwerde, daß die erwähnte Urkunde für anerkannt erachtet und nicht dem Kläger der Beweis der behaupteten Schuldübernahme aufgetragen worden sei. Diese Beschwerde hatte jedoch keinen Erfolg und bemerkten die Gründe des oberstgerichtlichen Erkenntnisses vom 28. Oktober 1856 (Reg.-Nr. 1604 ⁵⁵/₅₆) hierüber:

Der Beklagte hat zwar den vom Kläger behaupteten Inhalt des Vergleiches vom 30. Juni 1844 widersprochen, und sich die Erklärung über die vom Kläger vorgelegte Abschrift der Vergleichsurkunde bis zur Originalproduktion vorbehalten; allein, er hat selbst aus dieser Vergleichsurkunde eine Gegenforderung gegen den Kläger abgeleitet, auf welche er die Einrede der Kompensation und Retention und eine Widerklage

gründete, und in Folge dessen ist die fragliche Urkunde mit Recht für anerkannt erachtet worden.

Allerdings kann daraus, wenn der Produkt eventuell auch den Inhalt der vom Gegner vorgelegten (nicht anerkannten) Urkunde einer Kritik unterzieht, wenn er zu zeigen sucht, daß aus der Urkunde das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Einrede nicht hervorgehe, nicht eine Anerkennung derselben gefolgert werden, da in diesem Falle zwischen der Nichtanerkennung der Urkunde und dem weiteren Vorbringen des Produkten kein Widerspruch besteht, sondern eben nur erörtert wird, daß die Urkunde, auch wenn sie ächt wäre, der Intention des Gegners nicht dienlich sein würde. Allein wenn der Produkt, wie hier der Beklagte gethan hat, aus der vom Gegner vorgelegten Urkunde selbstständige Ansprüche gegen diesen ableitet, steht die Nichtanerkennung der Urkunde mit dem Geltendmachen solcher Ansprüche in absolutem Widerspruche und kann demzufolge der ersteren eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden. Der von dem Beklagten geltend gemachten Gegenforderung wäre, wenn der klägerischerseits vorgelegte Vergleich gar nicht existiren würde oder nicht des angegebenen Inhaltes wäre, alle thatsächliche Grundlage entzogen; der Beklagte würde durch Nichtanerkennung der Vergleichsurkunde vom 30. Juni 1844 selbst die Thatsache, auf welche er seine Gegenforderung gründete, als unwahr erklären, und es involvire daher die Ableitung einer Gegenforderung gegen den Kläger aus der von demselben vorgelegten Vergleichsurkunde nothwendig eine Anerkennung dieser Urkunde, welche auch durch die ausdrückliche Erklärung des Beklagten, dieselbe bis zur Originalproduktion nicht anerkennen zu wollen, als durch eine protestatio facto contraria, nicht entkräftet werden konnte.

... 4 ...

3.

Das Erbleten zum Erfüllungsseide schließt auch das Erbleten zum Bußeide in sich.

Im Kommentar über die O.D. Aufl. 2, Bd. III, S. 179 Nr. 5 a. E. ist gesagt, was bei dem Erfüllungsseide von der Nothwendigkeit des Erbietens gelte, komme auch bei dem Bußeide zur Anwendung; — und wird hiezu in der Note 26 bemerkt, der Bußeid sei eine anomale Art (eine ganz besondere Spezies)¹⁾ des Erfüllungsseides; wo nicht die besondere Gesetzesvorschrift und eigenthümliche Natur der Verhältnisse eine Abweichung mit sich bringe, bleibe es bei der Regel.

In einer Prozeßsache hatte der Kläger die eingeklagte Forderung aus einer Hopfenlieferung zu beweisen, und benannte hierüber unter Anderem sein Handlungsbuch (Journal) als Beweismittel; vorsorglich erbot er sich zum Erfüllungsseide. Nach durchgeführtem Beweisverfahren erachtete die erste Instanz das Handlungsbuch als mit den erforderlichen Eigenschaften versehen, ließ aber dennoch den Beweisführer zum Bußeide hierüber nicht zu, weil er sich zu solchem nicht erbotten habe. Hiegegen ergriff der Kläger die Berufung und das Appellationsgericht erkannte abändernd zu Recht, daß derselbe zur Abschwörung des Bußeides zuzulassen sei. Diesem Ausspruche war das Motiv unterstellt, daß Kläger und Beweisführer sich zum Erfüllungsseide erbotten habe und daß dieses genüge, weil der Bußeid nur eine Spezies des Erfüllungsseides sei. Auf eingewendete Revision wurde das zweitrichterliche

1) S. Anmerk. zur O.D. Kap. XI §. 3 lit. g. (Kommentar a. a. O., S. 178 Note 24).

Erkenntniß aus den vom AG. angeführten Gründen, ohne Beifügung neuer Motive, lediglich bestätigt.

DAÖG. v. 30. April 1858. Reg.-Nr. 1900 ⁵⁶/₅₇.

μ.

4.

Zu §. 51, 52 Nr. 2, §. 53 Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837.

Vgl. Bd. XIV S. 384, Bd. XXII S. 237.

Das Gericht erster Instanz hatte der dilatorischen Einrede der unzulässigen Klagenhäufung stattgegeben und deswegen die Klage in der angebrachten Art abgewiesen, die zweite Instanz diese Einrede verworfen und ausgesprochen, daß die Klage (natürlich nur hiewegen) in der angebrachten Art nicht abzuweisen sei, sondern das Prozeßgericht in der Hauptsache (natürlich auch im Kostenpunkte) zu erkennen habe, was Rechtens sei.

Die dagegen erhobene Revision wurde aus folgenden Motiven als unzulässig abgewiesen.

Es ist hier der Fall des §. 53 Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 gegeben; denn die Bescheide über einfache dilatorische Einreden sind nach §. 51 und §. 52 Nr. 2 ebend. und waren schon nach dem Prozeßgesetze vom 22. Juli 1819 §. 19 Nr. 2 und 3 einfache Zwischenbescheide, gegen welche selbstständige Berufung nicht Statt hat. Der Plenarbeschluß vom 26. April 1843 (Reg.-Bl. S. 373) hat hieher keine Anwendung, weil ein Erkenntniß in der Hauptsache nicht erlassen wurde, und nach dem Plenarbeschlusse vom 10. Dezember 1842 (Reg.-Bl. 1843 S. 28) von der zweiten Instanz nicht erlassen werden konnte, sondern der ersten Instanz aufgetragen werden mußte.

DAÖG. v. 24. April 1858. Reg.-Nr. 1180 ⁵⁶/₅₇.

β. κ.

5.

Zum Familienfideikommiß-Edikte.

Wenn im §. 24 des Familienfideikommiß-Ediktes angeordnet ist, daß das zum Familienfideikommiße bestimmte Vermögen schon dormalen oder wenigstens in der Zukunft zur Gründung eines Familienfideikommißes geeignet sei, so wird damit nicht gestattet, auch streitiges unter Vormerkung der bestehenden Streitigkeiten zum Fideikommiß zu machen; sondern das Gesetz spricht hier nur von Vermögenstheilen, welche nur unter Bedingungen (die aber noch im Laufe der Fideikommißverhandlungen zu heben sind) Bestandtheile eines Fideikommißes werden können. Weder in dem Familienfideikommiß-Edikte noch in der Instruktion hiezu vom 22. Dezember 1818¹⁾ wird eines Eintrages unter Vormerkung streitiger Verhältnisse erwähnt, und nur in den Fällen der §§. 10 und 28 kennt das Gesetz in seinem §. 29 einen bedingten Eintrag, nicht aber dann, wenn Bestandtheile des zum Fideikommiße bestimmten Vermögens selbst noch streitig sind.

DAÖG. vom 9. Mai 1846. Reg.-Nr. 700^{45/46}.
β. κ. *

6.

Zur Gültigkeit der Immobilienverträge ist nach fränkischem Rechte amtliche Inquisition nicht erforderlich. Klage auf gerichtliche Verlautbarung. Art. 23 des Taggesetzes von 1852.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir, was folgt:

¹⁾ In der neuen Instruktion vom 3. März 1857 (Reg.-Bl. S. 253) ist hieran Nichts geändert, vielmehr im §. 8 verordnet, „daß, wenn zur Ergänzung oder Vermehrung der Substanz des Fideikommißvermögens bestimmte Fristen festgesetzt sind, hierüber der Eintrag in der ersten Rubrik zu geschehen hat“.

Beklagte hält die Klage deshalb für un begründet, weil der Kaufvertrag vom 5. April 1854, dessen Verlauthbarung verlangt wird, zu seiner Gültigkeit nach Vorschrift bestehender Fürstlich Würzburgischer Verordnungen der Ausfertigung bei der Steuerbehörde oder bei dem Notariate bedurft hätte.

Diese Verordnungen, welchen, wie schon in der Vorinstanz gezeigt, hauptsächlich eine finanzielle Tendenz zu Grunde lag, scheinen schon in früheren Zeiten nie mit derartiger civilrechtlicher Wirksamkeit gehandhabt worden zu sein, daß wegen ihrer Außersachtlaffung ein Vertrag über liegende Güter für null und nichtig erachtet worden wäre.

Der klassische Schriftsteller über Würzburger Pandrecht Schneidt sagt in den element. jur. francon. §. CLXVI (Wirceb. 1771. pag. 182), daß in Franken die Verlauthbarung eines Vertrages über liegende Güter keineswegs zu dessen Gültigkeit, sondern nur zur Sicherheit der Kontrahenten erforderlich sei, und daß jene Verordnungen, wovon nur jene vom Jahre 1730, die bloß lehenbare Güter im Auge habe, von Nullität spreche, niemals in's Leben getreten zu sein scheinen.

Jedenfalls müssen jene Verordnungen gegenwärtig bei gänzlich geänderten Finanz- und Steuer-Verhältnissen für obsolet erachtet werden. Jene Steuerbehörden, bei welchen die Ausfertigung erfolgen sollte, bestehen gar nicht mehr, und neuere Gesetze, namentlich das Grundsteuergesetz vom 15. August 1828 und das Taggesetz vom 28. Mai 1852 schreiben die aus finanziellen Rücksichten zu beobachtenden Formalitäten vor, ohne eine civilrechtliche Nullität auszusprechen ¹⁾.

Der Beklagte hält die auf Verlauthbarung des

¹⁾ Vgl. Bd. 21 S. 161 ff. S. auch Schellhaß, Darstellung d. heut. Würzb. R. §. 115 Anm. 1 u. 2.

außergerichtlich abgeschlossenen Kaufvertrages gerichtete Klage auch aus dem Grunde für hinfällig, weil nach Vorschrift des gemeinen Rechtes der Käufer bloß Tradition des Kaufobjektes, nicht aber gerichtliche Verlautbarung verlangen könne. Es ist bereits in der Vorinstanz gezeigt worden, daß, weil nach Art. 23 des Taxgesetzes vom 28. Mai 1852 die gerichtliche Verlautbarung nöthig ist, um die Zuschreibung eines akquirirten Immobile zu bewirken, diese Verlautbarung im Grunde zu einer vollständigen Tradition gehört, indem ohne erlangte Zuschreibung der Akquirent über das Immobile nicht verfügen kann und nicht behandelt wird, wie ein unbeanstandeter Besitzer. Ganz mit Unrecht behauptet Beklagter, dem Taxgesetze vom 28. Mai 1852 werde auf diese Art eine civilrechtliche, seine finanzielle Sphäre überschreitende Wirksamkeit beigelegt. Es wird aus dem Taxgesetze nicht civilrechtliche Nichtigkeit des nicht verlaublichen Vertrages gefolgert; die auf finanziellen Rücksichten beruhende Maßregel des Gesetzes aber, daß bloß auf gerichtlich verlaubliche Kontrakte hin Ab- und Zuschreibungen erfolgen sollen, muß auch in civilrechtlicher Hinsicht wirksam sein, wenn es sich um die Modalität einer Vertragserfüllung handelt, bei welcher die Kontrahenten den finanziellen und administrativen Vorschriften sich fügen müssen, wenn der Zweck des Vertrages erreicht werden soll, durch welchen solche Vorschriften nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden können²⁾.

Abgesehen davon geht, wie in der Vorinstanz gezeigt, aus Ziff. 3 des Kaufvertrages hervor, daß gerichtliche Verlautbarung beabsichtigt wurde, indem

²⁾ Bgl. Bl. f. R. Bd. 19 S. 62.

sonst nicht von Taxen und Verbriefungskosten die Rede sein könnte.

DMG. v. 5. Juni 1857. Reg.-Nr. 1277⁵⁵/₅₆.
β. κ. *

7.

Hat die fürstbischöflich würzburgische Verordnung vom 15. November 1796, die seuchartige Krankheit der Pferde betr., in den treffenden Gebietstheilen noch Geltung?

Diese Verordnung (Mand. S. Bd. III S. 691) schreibt unter Nr. 2 vor, daß ein Kauf- oder Tauschvertrag über ein Pferd nicht eher rechtliche Vollkommenheit und Gültigkeit erlangen soll, bis ein von dem verpflichteten Rosarzte ausgestelltes zuverlässiges Zeugniß, daß das Pferd von den vorher unter Nr. 1 benannten seuchartigen Krankheiten frei sei, bei Amt vorgelegt und gutgeheißen worden ist. Jeder Vertrag, bei welchem diese Anzeige unterlassen und die amtliche Begnehmigung nicht eingeholt worden, soll null und nichtig sein.

Von den unterfränkischen Gerichten beider Stützen wurden bisher über die Frage, ob diese Vorschrift noch Geltung habe, mehrere sich entgegengesetzte Erkenntnisse erlassen¹⁾. In einer an den obersten Gerichtshof gelangten Rechtsache sprach sich derselbe durch Erk. vom 28. Mai 1858 (Reg.-Nr. 1742⁵⁶/₅₇) dafür aus, daß jene Verordnung überhaupt, somit auch deren bemerkte Vorschrift keine Geltung mehr habe. Aus den Gründen zu diesem Erkenntnisse entnehmen wir Folgendes:

Aus der Zusammenhaltung der fraglichen Verordnung vom 15. November 1796 mit den ihr unmittelbar vorausgehenden und aus dem Inhalte aller dieser Verordnungen ergibt sich, daß jene vom 15. Nov. 1796 nur für solche Pferdehandelschaften

¹⁾ Wgl. Schellhaß, Darst. d. h. Würzb. RM. S. 116 Anm. 6.

erlassen wurde, welche zur Zeit herrschender Seuchen eingegangen werden, und daß man durch dieselbe nicht die gegenseitigen Privatrechte der betreffenden Kontrahenten zu einander, sondern das Gemeinwohl gegen daselbe gefährdende Handlungen beider Kontrahenten zur Zeit herrschender Seuchen sichern wollte. In dem 3. Bande der Würzb. Mand.-Sammlung geht nämlich jener Verordnung vom 15. Nov. 1796 zuerst — S. 681 — eine Verordnung vom 15. September 1796, die Kennzeichen der Viehseuche und Verhaltensmaßregeln betr., mit einem beigefügten Unterrichte hierüber voraus. Aus dieser Verordnung und dem Unterrichte, insbesondere aus dem Eingange zu beiden ist klar ersichtlich, daß sie lediglich für die damalige in Folge von Kriegsereignissen ausgebrochene Rindviehseuche erlassen wurde. Hierauf folgt — S. 688 — eine Verordnung vom 27. September 1796, die Hornviehseuche betr., welche gleiche Bestimmungen enthält, unter Nr. 1 vorschreibt, daß jeder Viehkäufer mit einem gerichtlich ausgestellten Viehgesundheitspasse versehen sein müsse, und unter Nr. 11 gegen Uebertretungen der Vorschriften 50 Thlr. Geldstrafe androht. Eine — S. 689 — weiter folgende Verordnung vom 11. November 1796, die Hornviehseuche betr., ist von gleichem Inhalte und verlangt unter Nr. 6 beim Verkaufe von Häuten besondere Legitimation. Nun reiht sich — S. 691 — die fragliche Verordnung vom 15. Nov. 1796, die feuchthartige Krankheit der Pferde betr., an. Dieselbe hat schon mit jenen vorausgehenden Verordnungen einen gleichen Betreff; ihr Eingang erwähnt aber auch ausdrücklich ihres Zusammenhanges mit denselben und drückt ihren Zweck — der Landplage einer den Pferdebestand treffenden Seuche entgegenzuwirken — in Uebereinstimmung mit dem bemerkten Eingange der vorausgehenden Verordnung vom 15. Sept. 1796

und des derselben beigelegten Unterrichtes besonders aus. Sie schreibt unter Nr. 2 bei Pferdehandelschaften die Beibringung eines thierärztlichen Zeugnisses nur darüber vor, daß das betreffende Pferd nicht mit den als seuchartig erklärten Mängeln befallen sei, droht unter Nr. 6 gegen den Verkauf von Pferden mit solchen Mängeln Geldstrafe zu 50 Thln. an, und trifft so ganz gleiche Anordnungen gegen die Weiterverbreitung der Pferde-seuche, wie sie in den vorausgehenden Verordnungen gegen die Hornviehseuche enthalten sind.

Die Verordnung vom 15. Nov. 1796 würde auch in einem offenbaren Widerspruche mit der über die Gewährschaft bei dem gewöhnlichen Roß- und anderen Viehhandel erlassenen, bekanntlich in Unterfranken noch durchaus gültigen Verordnung vom 22. Septbr. 1742 (Mand. S. Bd. II S. 309) stehen, wenn man sie nicht bloß für die außergewöhnlichen Fälle von Pferdehandelschaften zur Zeit herrschender Seuchen gegeben halten wollte; denn die Verordnung vom 22. Septbr. 1742 läßt ausdrücklich zu, daß die Kontrahenten bedingen können, für alle oder einzelne der in dieser Verordnung bezeichneten Hauptmängel keine Gewährschaft leisten zu wollen, die Verordnung vom 15. Nov. 1796 schreibt dagegen vor, daß alle Verzichtleistungen auf die gewöhnliche Gewährzeit null und nichtig seien.

Die kgl. Staatsregierung hat nun, wie aus Döllinger's Verordn.: S. Bd. XV S. 560—699 ersichtlich ist, für das ganze Königreich eine große Anzahl von anderen ähnlichen Vorschriften, wie die der Verordnung vom 15. Nov. 1796, als Sicherungsmaßregeln gegen dergleichen Seuchen erlassen, und hierdurch überhaupt diese Verordnung längst aufgehoben, somit auch deren bemerkte Vorschrift
 Nr. 2. Wfb.

8.

Wirksamkeit des f. g. pactum de non licitando ¹⁾).

(Gem. R.)

Der Abschluß einer Uebereinkunft, in deren Folge ein Kauf- oder Steigliebhaber gegen eine Abfindungssumme sein Recht als Mitbieter im Interesse eines Anderen aufgibt, ist durch keine Bestimmung des gemeinen Rechtes untersagt, und ebenso wenig kann eine solche Uebereinkunft von dem Gesichtspunkte der turpis causa aus als wirkungslos erklärt werden.

Ein Vertrag, zu dem Zwecke eingegangen, um dem einen Kontrahenten den möglichst wohlfeilen Erwerb eines Steigobjektes zu sichern, enthält an sich weder etwas Unerlaubtes noch den guten Sitten Zuwiderlaufendes. Auch kann nicht mit Grund behauptet werden, daß er dem Versteigerer — dem nicht mitkontrahirenden Dritten — gegenüber den Charakter einer Widerrechtlichkeit an sich trage, Denn der Versteigerer hat kein Unrecht darauf, daß eine gewisse Anzahl Liebhaber bei dem Strichtermine erscheinen und Gebote machen, im Gegentheile ist Niemand zum Mitbieten verpflichtet, und sein Recht wird daher in keiner Weise verletzt, wenn ein Steigliebhaber im Interesse eines anderen zurücktritt, mag dieses nun aus eigenem Antriebe oder auf äußere Anregung hin mit oder ohne persönlichen Vortheil geschehen. Der Grundsatz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe, ist ebenfalls bei Entscheidung der Frage über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines solchen Vertrages aus einem doppelten Grunde nicht maßgebend, und zwar einerseits, weil dieser Grund-

¹⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 12 Nr. 16.

sak bei dem Kaufe und Verkaufe keine unbedingte Anwendung findet, indem es die Natur dieser Rechtsgeschäfte mit sich bringt, daß der eine so wohlfeil als möglich zu kaufen und der andere so theuer als möglich zu verkaufen sucht, und deshalb auch eine Uebervortheilung, wenn sie ohne trügerische Kunstgriffe erzielt wird, gestattet sein muß; anderentheils weil nie eine Gewißheit darüber besteht, daß ein höherer Steigpreis erzielt worden wäre, wenn der abgefundenen Steigliebhaber mitgeboten hätte, und es also immer problematisch bleibt, ob eine wirkliche Benachtheiligung des Versteigerers durch den Vertrag herbeigeführt worden ist. Mehr den Charakter der Widerrechtlichkeit trägt das bei Versteigerungen häufig eingehaltene Verfahren an sich, nach welchem Leute aufgestellt werden, welche im Interesse des Verkäufers zum Scheine mitbieten, um dadurch den Erlös zu erhöhen. Niemand wird aber hierin einen Eingriff in die Rechtssphäre der Steigerer erblicken, und umgekehrt kann dann auch keine unerlaubte Beeinträchtigung des Versteigerers darin gefunden werden, wenn ein Steigerer durch Beseitigung eines oder des anderen Konkurrenten eine Herabdrückung des Erlöses erstrebt.

Könnte indessen auch ein derartiger Vertrag dem Versteigerer gegenüber als widerrechtlich qualifizirt und diesem daher der Anspruch auf eine Entschädigung *contra quemcunque* eingeräumt werden, so könnten doch nimmermehr die Kontrahenten selbst auf dem Grunde dieser Widerrechtlichkeit die Wirkungslosigkeit des Vertrags unter sich geltend machen, nachdem ein solcher, wie erwähnt, weder gegen das Gesetz noch die öffentliche Ordnung noch die guten Sitten verstößt und beide ja alsdann in gleichem Unrechte versinken würden.

DAOGes. vom 2. März 1858. Reg.-Nr. 1144 ⁸⁶/57.

9.

Zurücknahme eines Rechtsmittels durch den Anwalt. Ausnahme von dem Erfordernisse einer Spezialvollmacht.

Die Zurücknahme einer Appellation oder eines Revisionsgesuches bedarf keiner Spezialvollmacht für den Anwalt, wenn dieselbe annehmbar durch die später gewonnene Einsicht motivirt ist, daß das eingewendete Rechtsmittel, z. B. wegen fehlender Berufungssumme unzulässig sei. Denn das Anerkenntniß einer gesetzlich nothwendigen Folge gehört zu den regelmäßigen Pflichten eines Fürsprechers; die Purgeation eines dabei unterlaufenen Versehens liegt ihm daher von selbst ob und kann nicht erst von einer besonderen Ermächtigung abhängig sein, zumal er sich durch die Unterlassung einer solchen Zurücknahme einer persönlichen Verantwortlichkeit aussetzen würde.

DAEEntschließung v. 8. Mai 1858. R.-Nr. 779⁵⁷/58.
* * * *

10.

Befugniß, die Deposition einer Sache zu verlangen.

Die kgl. Verordnung vom 22. Dezember 1840, die Behandlung der Depositen betr. — Reg.-Bl. 1841 S. 33 ff. — spricht nicht bloß von Rechtsgründen der Deposition, sondern auch von hinreichender durch besondere Umstände gerechtfertigten Veranlassung der amtlichen Deposition, wornach also auch das billige Ermessen bei Erwägung der besonderen Umstände nicht ausgeschlossen ist.

DAEEntf. vom 20. Juli 1847. R.-Nr. 1195⁴⁶/47.
β. κ.

Berichtigung: Bb. XX Erg.-Bl. S. 15 Z. 7 von unten statt „553³³/₃₁“ lies „497⁵³/₅₄“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: In Art. 259 des Strafgesetzbuches Chl. I. — Negressklage des Gläubigers eines Auswanderers gegen den Branten, welcher die Erlaubniß zur Auswanderung erteilt hat. — Die erste peremptorische Frist zur Klagebeantwortung ist keine verlängerte.

In Art. 259 des Strafgesetzbuches Chl. I.

Von Hofrath und Professor Dr. Dollmann.

Das Bedürfniß, dem Handel und Wandel so wenig Fesseln anzulegen, als nur immer mit der Aufrechthaltung der sittlichen und rechtlichen Ordnung verträglich ist, und demgemäß auch die Nothwendigkeit, jenen Triebfebern, welche den Vermögensverkehr größtentheils in Bewegung setzen, dem Eigennutz und der Gewinnsucht einen gewissen Spielraum freizugeben, ist von je anerkannt worden und hat theils zur absoluten juristischen Nichtbeachtung gewisser Ueberschwelungen ¹⁾, theils zu der Uebersetzung geführt, daß die strafrechtliche Verfolgbarkeit des Betruges in engere Grenzen als die civilrechtliche Wirksamkeit desselben eingeschlossen werden müsse.

¹⁾ L. 22 §. 3 D. loc. (19; 2): In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere. — L. 16 §. 4 D. de minorib. (4, 4): In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.

Nicht minder anerkannt sind aber die Schwierigkeiten, welche sich vermöge der ungemeinen Vielgestaltigkeit des Betruges einer scharfen und ausreichenden Gränzbestimmung zwischen jenen Betrügereien im Handel und Wandel, welche nur eine civilrechtliche Wirksamkeit haben und jenen anderen, welche Straffolgen nach sich ziehen sollen, entgegenstellen.

Die gemeinrechtliche Doktrin, von den geschriebenen Quellen im Stich gelassen²⁾, hat die Lösung des Problems der neueren Gesetzgebung überlassen, und hier sehen wir bald die Beschaffenheit der angewandten Täuschungsmittel bald die Erheblichkeit des Betruges zu entscheidenden Kriterien erhoben, bald ist überhaupt der Betrug in der Vertragssphäre mit Ausnahmen für straflos erklärt. Auf diese verschiedenen Versuche genauer einzugehen ist hier um so weniger der Platz, als es die neuere Doktrin an solchen Zusammenstellungen nicht hat fehlen lassen³⁾ und namentlich noch eine der letzten Arbeiten des der Wissenschaft zu früh entriffenen Rüstlin⁴⁾ der Gränzbestimmung zwischen dem civil- und dem strafrechtlichen Betruge gewidmet ist.

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich auf das bayerische Recht und beabsichtigen zu dessen richtigem Verständnisse, wenn auch nur in einer

²⁾ Die dürftigen Bestimmungen über den Stellionat gewähren auch hierüber keine ausreichenden Anhaltspunkte.

³⁾ Escher, d. Lehre vom strafb. Betruge (1840), S. 56 ff.; Mittermaier in Demme's Annalen VI S. 20 ff.; Temme, Lehre v. d. strafb. Betruge (1841), S. 42. — S. auch Goldammer's Materialien z. d. Preuss. StGB. II S. 532 ff.

⁴⁾ Zeitschrift für Civ. R. u. Proz. von Linde u. s. w. N. F. XIV S. 294, XV S. 46 (1856 und 57).

beschränkten Beziehung einen Beitrag zu geben ⁵⁾. Die Schwierigkeiten, welche theils die Beschaffenheit des Delictes theils die Lage der Quellen einer eingehenden Behandlung der Lehre vom Betrüge im Ganzen entgegenstellen, treten auch hier hervor und nöthigen den Ausleger — selbst auf die Gefahr hin, bloße Wahrscheinlichkeitsergebnisse zu gewinnen — die Hilfsmittel der logischen Interpretation im weitesten Umfange zu benützen.

I.

Das bayer. StGB. I Art. 259. stellt zuvörderst für die zweiseitigen auf gegenseitigen Vortheil gerichteten Verträge die Regel auf, daß der „bei Eingehung oder Vollziehung“ solcher Verträge begangene Betrug außer den civilrechtlichen Wirkungen nur noch polizeiliche, aber keine kriminelle Bestrafung zur Folge haben soll.

Daß unter den bezeichneten Verträgen alle Verträge auf Leistung und Gegenleistung, auf Begründung von Forderung und Verbindlichkeit für beide Theile gemeint sind, somit außer dem Kauf und der locatio conductio in ihren verschiedenen Richtungen auch die s. g. Innominatrealcontracte und die Sozietät, ist eben so wenig zu bezweifeln, als daß auch der Betrug bei der Cession von Forderungen oder bei der Bestellung von Servituten und anderen dinglichen Rechten nach Art. 259 zu beurtheilen ist, wenn diesen Geschäften ein oneroser Vertrag zu Grunde liegt.

⁵⁾ Eine Erörterung des geltenden bayer. Rechtes enthalten nebenbei auch die Bemerkungen über das Verbrechen des Betruges in Vertragsverhältnissen von Dr. R. Cucumius im Arch. d. R. N., N. F. 1837, S. 481 ff. — Dann insbes. die Abh. von Arnold in den Bl. f. R. XII (1847) S. 231, 307.

Auch der Betrug „bei Vollziehung eines gegenseitigen Vertrages“ bedarf keiner weiteren Erörterung; er betrifft die Vornahme oder die Verschaffenheit der Leistung, welche den Gegenstand des Vertrages bildet, sei es, daß die Leistung überhaupt nur vorgespiegelt wird⁶⁾, oder daß dem Getäuschten weniger oder Geringeres geleistet wird, als er vertragsmäßig zu fordern hat.

Dagegen bedarf der Betrug „bei Eingehung“ solcher Verträge einer genaueren Bestimmung. Ist ein Betrug bei Eingehung eines zweiseitigen Vertrages so oft anzunehmen als sich der eine Kontrahent hinsichtlich des Entschlusses zur Eingehung des Vertrages überhaupt oder in einer bestimmten Modalität unter dem Einflusse einer rechtswidrigen Täuschung befunden hat, oder gehört vielmehr dazu, daß der Getäuschte während der Abschließung des Vertrages in einem Irrthum über die Person des anderen Kontrahenten oder über den Gegenstand des Vertrages, die Leistung oder Gegenleistung, oder die Modalitäten desselben befangen war? Und in letzterem Falle, ist es gleichgültig, ob die Täuschung der Eingehung des Vertrages vorausgegangen ist und auf die Entstehung desselben eingewirkt hat, oder ist vielmehr nur dann ein Betrug bei Eingehung des Vertrages begründet, wenn die Täuschung lediglich bei der Abschließung obgewaltet hat, ohne daß der Vertrag selbst durch sie herbeigeführt worden ist?

Die Anm. §. d. StGB. II S. 242 ff. bestimmen den Betrug bei Eingehung des zweiseitigen Vertrages dadurch genauer, daß sie denselben jenem Betrüge gegenüberstellen, welcher die Entstehung

⁶⁾ Inwieferne hier Abs. 2 des Art. 259 zur Anwendung zu kommen habe, ist später auszuführen.

des nachtheiligen Vertrages selbst hervorgebracht hat. Der kriminellen Strafbarkeit ist nach ihnen nur jener Betrug entzogen, welcher nicht die Entstehung des beschädigenden Vertrages überhaupt veranlaßt hat, sondern nur auf den Inhalt des Vertrages seiner Eingehung nach oder auf dessen Erfüllung sich bezieht (§. 244 Nr. II, S. 246).

Indessen diese Erläuterung ist selbst einer weiteren Erläuterung sehr bedürftig, da hiemit zur Entscheidung der mannichfaltigen hier einschlagenden Vorcommisſe nichts weniger als ein klares und ausreichendes Kriterium aufgestellt ist. Diese genauere und schärfere Erklärung bleiben aber die Anm. schuldig. Denn die Fälle, welche die Anm. S. 242 ff. als solche anführen, welche in Gemäßheit jenes Unterschiedes der kriminellen Bestrafung anheim zu fallen haben, sind fast ausschließlich nur solche, welche schon durch die ausdrückliche Sanktion des 2. Absatzes des Art. 259 den Strafgerichten vorbehalten sind (§. 243 Nr. 1, 2, 3; §. 244 Z. 5 v. o.), oder welche vom Gesetzbuche als ausgezeichnete Verthügereien qualifizirt werden (§. 244 Nr. 4), und hieran reiht sich nur ein einziger weiterer Fall⁷⁾, dessen Strafbarkeit aber — wie weiter unten zu zeigen ist, — nicht so einfach daraus abzuleiten ist, daß die Entstehung des Vertrages dadurch herbeigeführt wurde.

Versuchen wir nun auf dem Wege der doktrinen Auslegung die Sphäre des bei Eingehung des Vertrages gespielten Betruges genauer zu begrenzen, so bietet den einzig sicheren Ausgangspunkt die *ratio legis*, der gesetzgeberische Gedanke und Wille, aus welchem der 1. Satz des Art. 259

⁷⁾ §. 244 oben: wenn sich „Jemand als Bevollmächtigter eines Dritten betrüglisch ausgegeben und dadurch den anderen Kontrahenten beschädigt hat“.

hervorgegangen ist. Dieser ist aber, wie die Anm. II S. 245, 246) klar und ausführlich darlegen, kein anderer als das Bestreben, dem Vertragsverkehre einen möglichst freien Spielraum zu gewähren; die Verwirrung und Störung im Handel und Wandel zu vermeiden, welche entstehen würde, wenn sich die Strafgewalt in solche privatrechtliche Verhältnisse eindringen wollte, während das Civilrecht in Beziehung auf dieselben den Satz festhalten muß, wo kein Kläger, da ist auch kein Richter: mit einem Worte, die Einmischung der Strafgewalt bei Uebervortheilungen im Handel und Wandel ferne zu halten. — Der wirkliche Vertragsverkehr soll also in Uebervortheilungsfällen gegen strafrichterliche Eingriffe geschützt werden. Suchen wir in diesem Sinne die von dem Art. 259 aufgestellte Ausnahme von der kriminellen Strafbarkeit des Betruges aufzufassen und abzugränzen, so ist

1) vor Allem die kriminelle Strafbarkeit des Betruges durch Art. 259 dann nicht ausgeschlossen, wenn es dem Betrüger um die Eingehung eines Vertrages mit dem Betrogenen überall gar nicht zu thun war, wenn vielmehr die Vertragsform nur gebraucht wurde, um unter ihrem Decumantel zur Erreichung des betrügerischen Zweckes — Abschwindlung einer Sache oder eine sonstige Benachtheiligung — zu gelangen⁸⁾.

Wenn der Betrüger durch Beilegung falscher Familiennamen, durch Täuschung über die Identität

⁸⁾ Röstlin a. a. D. S. 409, 427: „Ein Betrug ist als Betrug im Vertragsverkehr dann nicht zu bezeichnen, wenn behufs der Beschädigung eines andern entweder ein Vertragsverhältniß bloß fingirt oder ein wirkliches Vertragsverhältniß bloß als Mittel (Form) gebraucht wird, um das Vermögensrecht des andern zu verletzen“.

seiner Person, durch falsche Angabe von Herkunft und Geburtsort, durch Vorspiegelung von Verwandtschaftsverhältnissen mit dem Beschädigten oder von Vermögensbesitz u. dgl. denselben zu einem Kauf oder einem ähnlichen Geschäfte verleitet, um das unter falschen Titeln Erhaltene für sich zu behalten, so liegt hier auf Seite des Betrügers überall nicht die Absicht vor, sich vertragsmäßig zu verpflichten; die Entstehung des Vertrages wird vielmehr nur hervorgebracht, um sich Vermögensvorteile zum Schaden des Betheiligten zu verschaffen. Hier handelt es sich nach der Absicht des Betrügers nicht um Ueberschiebung im Vertragsverkehre, sondern um Angriffe auf das fremde Vermögen unter dem betrügerischen Vorwande einer Vertragsabschließung, und da im Sinne des Betrügers gar kein Vertrag eingegangen wird, so kann auch kein Betrug als Betrug bei Eingehung eines Vertrages qualifizirt werden ⁹⁾.

Insbesondere gehören auch jene Fälle hieher, wenn sich der Betrüger fälschlich für den Stellvertreter eines Anderen ausgibt, mit welchem der Getäuschte ein Geschäft einzugehen gewillt ist, oder an welchen er eine vertragsmäßige Leistung zu machen beabsichtigt, um durch sein Eindrängen den Anderen zu benachtheiligen oder um eine Sache zu bringen.

Sofern nun hiebei der Betrug gar nicht auf die Aneignung von Sachen des Betrogenen gerichtet ist, oder sofern der Betrogene zur Uebertragung des Eigenthums einer Sache an den Betrüger (in Erwartung einer Gegenleistung, wie namentlich beim Kauf auf Borg) verleitet wird, kann kein Zweifel sein, daß hiemit das Delikt des Betruges begründet ist.

⁹⁾ S. die Entsch. d. o. Ob. v. 23. Juni 1854, Zeitschrift I S. 288.

Dagegen ist die Qualifikation des Meates nicht so klar, wenn der Betrüger in der obenbezeichneten Weise dem Betrogenen eine Sache abgeschwindelt hat, ohne daß der letztere das Eigenthum daran auf den Betrüger übertragen will; wenn also die Täuschung lediglich zum Mittel gebient hat, eine Sache des Betrogenen mit dessen Einwilligung in die Gewalt des Betrügers behufs gewinnsüchtiger Aneignung zu bringen¹⁰⁾.

Daß diese Fälle gemeinrechtlich als Unterschlagung zu qualifiziren sind, kann bei der Begriffsbestimmung des (immerhin noch die Grundlage für die Beurtheilung der Unterschlagung bildenden) *furtum*¹¹⁾ und der subsidiären Eigenschaft des *stellionats*¹²⁾ nicht wohl geläugnet werden¹³⁾.

Anderß nach bayerischem Rechte.

Hiernach tragen die bezeichneten Handlungen ebensowohl die Merkmale des Betruges wie der Unterschlagung an sich.

Die Merkmale des Betruges: denn es liegt eine Täuschung vor, um sich einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, und es ist hieraus dem Betrogenen ein wirklicher Schaden entstanden (Art. 256).

Die Merkmale der Unterschlagung: denn der Betrüger eignet sich die ihm zur Rückgabe oder zur Uebergabe an einen Dritten anvertraute Sache in

¹⁰⁾ Gleßer gehört u. a. der Fall, wenn sich Jemand bei dem A fälschlich für den Stellvertreter eines Dritten ausgibt, unter diesem Vorwande von dem A die Besitzübertragung einer Sache für den angeblichen Prinzipal erwirkt und sodann diese Sache sich diebstahls aneignet.

¹¹⁾ L. 43 §. 1 D. de furtis (47, 2).

¹²⁾ L. 3 §. 1 D. stellion. (47, 20). Heffter's Lehrb. d. StR. §. 394.

¹³⁾ C. Köstlin a. a. O. S. 417. — Bl. f. RM. X S. 117 Note 8, S. 138, 139 Note 46.

diebischer Absicht mit dem *animus lucri faciendi* an (Art. 229, 230 und die Anm.)¹⁴⁾.

Da sich nun nirgends in unserem StGB. die Andeutung findet, daß der Betrug nur die Bedeutung eines subsidiären Deliktes habe, so liegt jener Fall einer idealen Konkurrenz mehrerer Reate vor, welcher dann gegeben ist, wenn ein und dasselbe Delikt je nach verschiedenen Seiten oder Gesichtspunkten unter mehrere Reate subsumirt werden kann¹⁵⁾.

In solchen Fällen muß vermöge der Regel, daß nur die Strafe der schwersten Uebertretung zur Anwendung zu bringen ist¹⁶⁾, auch der Gesichtspunkt der schwereren Uebertretung die Qualifikation des Reates bestimmen. Der schwerere Gesichtspunkt ist aber, wenn auch nicht absolut, so doch vorwiegend, der Gesichtspunkt des Betruges¹⁷⁾, und somit ist die ge-

14) Vgl. auch Bl. f. R. X S. 138. — Auf die Frage, wieferne eine vollendete oder aber nur eine versuchte Unterschlagung vorliege, ist hier nicht genauer einzugehen. Hat der Betrüger die dem Betrogenen abgeschwindelte Sache nicht nur in Empfang genommen, sondern in Beziehung auf dieselbe auch schon eine jener Handlungen verübt, an welche unser StGB. die Vollendung der Unterschlagung knüpft, so ist eine vollendete Unterschlagung anzunehmen. Ist eine solche weitere Handlung noch nicht erfolgt, so ist nur ein Versuch der Unterschlagung verschuldet.

15) Art. 110 Abs. 2 des StGB. I. — Anm. I. S. 256. Nr. 1. — Anm. II S. 147, 236.

16) Anm. I S. 258.

17) Nach der auf triftigen Gründen ruhenden Ansicht unseres Kassationshofes hat bei der Ausmessung der Strafe des Betruges nicht wie bei der der Unterschlagung die im Ganzen mildere Diebstahlsnovelle vom 25. März 1816, sondern haben die Strafansätze des StGB. zur Anwendung zu kommen. S. die Entscheidungen des o. Oh. in den Sitz.-Ber. Bd. II S. 43, 101, 167, 194; Bd. III S. 63; Bd. V S. 8. —

sammte verbrecherische Thätigkeit in den unserer Betrachtung vorliegenden Fällen als Betrug aufzufassen und zu behandeln.

Zu demselben Ergebnisse führt das Argumen-

Abgesehen von den Fällen, wenn mit dem Betruge nur ein Versuch der Unterschlagung konkurriert, so ist hiernach im Gegenhalte zu der Unterschlagung schwerer die Strafe des Vergehens des Betruges (StGB. I. Art. 382, 379; W.D. v. 25. März 1816 Art. IV). — Hinsichtlich der Strafe des einfachen Verbrechens der Unterschlagung ist zu berücksichtigen, daß abgesehen von erschwerenden Umständen und einer sehr beträchtlichen Summe das Strafmaximum nach der Diebstahlsnovelle Art. III 6 Jahre Arbeitshaus ist, während nach dem StGB. Art. 215 die Strafe des einfachen Verbrechens des Diebstahls und also auch des Betruges auf 8 Jahre Arbeitshaus erstreckt werden kann. Auch sind die Strafanfänge des Art. 215 je nach der Abstufung des Werthes der entwendeten Sache absolute, während die Diebstahlsnovelle nur die Summe von 400 fl. hervorhebt, die Strafausmessung für die darunter oder darüber fallenden Entwendungen aber dem Ermessen des Richters anheimstellt. Erwägt man die bei der Anwendung arbiträrer Strafe in der Praxis vorherrschende Milde, so darf man wohl annehmen, daß die nach Art. 215 des StGB. auszumessende Strafe in der Regel bei gleichem Werthe strenger als die nach Art. III der Diebstahlsnovelle zu bemessende Strafe ausfallen wird. — Eine ausgezeichnete Unterschlagung ist nach der Diebstahlsverordnung überall nicht möglich, während es eine Reihe von ausgezeichneten Betrügereien gibt (Art. 263). Nimmt man hiezu, daß bei Betrügereien im Gegensatz zu der Unterschlagung der Einfluß der thätigen Reue sowie das für gewisse Fälle vorgeschriebene Erforderniß eines Bestrafungsantrages ausgeschlossen ist (Sib.-Ver. II S. 352, Zeitschr. I S. 524), — so wird man zugeben müssen, daß der Betrug jedenfalls a priori strenger bestraft wird, als die Unterschlagung.

tum a contrario, welches aus dem Art. 280 des StGB. I abzuleiten ist. Indem hier für das Verbrechen des Betruges die Regel aufgestellt wird, daß ein Betrug, welcher die Vollbringung eines schon besonders benannten schwereren Verbrechens beabsichtigt, nach den besonderen Gesetzen über dieses Verbrechen, und zwar je nachdem die Absicht des Betruges erreicht worden oder nicht, nach den Grundsätzen der vollendeten That oder des Versuches zu beurtheilen ist, — ist damit von selbst zugleich der Gesichtspunkt des Betruges als der durchschlagende dann erklärt, wenn das dadurch beabsichtigte Verbrechen einen gleich schweren oder minder schweren Reat bildet.

Die in unserer Praxis vorherrschende Ansicht, daß in der durch Betrug vermittelten Unterschlagung das Delikt des Betruges vorliege, erscheint daher als vollkommen gerechtfertigt¹⁸⁾.

So wie nun aber eine ideale Konkurrenz von Unterschlagung und Betrug und somit das Delikt des Betruges in dem Falle anzunehmen ist, wenn die Täuschung der Aneignung der Sache in der Weise vorherging, daß durch die erstere dem Betrüger die Sache des Betrogenen in die Hände gespielt wurde, so muß dasselbe auch dann gelten, wenn die Täuschung der diebischen Aneignung der Sache zu dem Zwecke nachgefolgt ist, um die Aneignung dem Verletzten zu verbergen — indem durch diese Handlung entweder die Vollendung der Unterschlagung erst herbeigeführt wird¹⁹⁾, oder doch, wenn bereits

¹⁸⁾ Zeugnisse dieser Praxis s. in den Sitz.-Ber. III S. 390, IV. S. 111, 114, 373.

¹⁹⁾ StGB. I Art. 230: (Die Unterschlagung) ist für vollendet zu achten, sobald der Besitzer die ihm anvertraute Sache dem zur Zurückforderung berechtig-

eine andere die Vollendung der Unterschlagung involvirende Handlung vorliegt, diese letztere gleichsam befestigt und gesichert werden soll, in jedem Falle somit ein einheitlicher Zusammenhang der rechtswidrigen Thätigkeit vorliegt.

Es greift hier ein, was die Ann. I S. 257 zur Erläuterung des Satzes sagen, daß eine ideale Konkurrenz auch dann vorhanden sei, wenn mehrere Handlungen zu einem Zwecke begangen werden: jede Handlung müsse im Ganzen betrachtet und ihre Eigenschaft nach allen Momenten beurtheilt werden, welche auf ihre Strafbarkeit einwirken; nicht der Zweck allein, den sich der Uebelhäuter vorgesteckt hatte, auch die Art der Begehung, auch das angewandte Mittel entscheide über die Eigenschaft der That und über deren Strafbarkeit²⁰⁾.

(Schluß folgt.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Negrefßlage des Gläubigers eines Auswanderers gegen den Beamten, welcher die Erlaubniß zur Auswanderung ertheilt hat.

Der Vorstand einer Distriktpolizeibehörde hatte einem Auswanderungslustigen (M. G.) die Erlaub-

ten wissentlich abläugnet — — — Die betrügerische Verheimlichung des Abgangs muß dem wissentlichen Abläugnen ohne Frage gleichstehen. Vgl. Ann. II. S. 148 lit. b. a. G.

²⁰⁾ Hieher gehört der von den Ann. II S. 237 erwähnte Fall, wenn der Verwalter die Gegenregister abändert oder fälscht, um durch diese Täuschung das ihm anvertraute Gut zuzueignen. S. auch Sitz.-Ber. IV S. 255. Einen andere im obigen Sinne entschiedenen hieher gehörigen Fall s. in Zeitschr. II S. 193.

nitz zur Auswanderung nach Amerika ertheilt und den Reisepaß verabsolgt, obwohl von der Kuratelbehörde der außerehelichen Kinder des M. G. Requisition dahin ergangen war, es wolle dem M. G. der Reisepaß in so lange verweigert werden, bis er die Summe von 300 fl. für rückständige und zukünftige Alimente baar erlegt, oder durch Kaution gesichert haben würde. M. G. wanderte wirklich nach Amerika aus und ließ weiter nichts mehr von sich hören. Nachdem auf Beschwerde der Kuratel der außerehelichen Kinder des M. G. durch Erlaß der einschlägigen kgl. Regierung K. d. J. ausgesprochen war, daß der kgl. Landrichter — sich bei Instruktion und Bescheidung des Auswanderungsgesuches des M. G. gegen die bestehenden Verordnungen verfehlt habe ¹⁾, traten die Mutter und die Kuratel der außerehelichen Kinder des M. G. gegen den bemerkten Landrichter im Wege gerichtlicher Klage auf, und verlangten von ihm Bezahlung der rückständigen und laufenden Alimente, die erstere zudem die von M. G. geschuldete Entschädigung für außereheliche Schwängerung sowie Ersatz der Tauf- und Kindbettkosten.

Beklagter vertheidigte sich unter Anderem damit, daß er vorbrachte, es sei kein Schaden entstanden, denn M. G. habe bisher nichts bezahlt und sei auch durch Exekutionen von ihm nichts beizutreiben gewesen. Diesen Einwand erachtete die zweite In-

¹⁾ Gerügt war insbesondere auch, daß der Termin zur Anmeldung der Forderungen viel zu kurz angesetzt worden sei. Die öffentliche Bekanntmachung war am 26. August dekretirt, und Termin zur Anmeldung der Forderungen schon auf den 5. September anberaumt worden. Die Ertheilung der Erlaubniß zur Auswanderung und die Ausstellung des Reisepasses erfolgten übrigens erst im Oktober, während bereits am 8. September das Requisitionsschreiben der Kuratelbehörde eingelaufen war.

stanz für erheblich und legte demnach der Klagsparthei den Beweis ihrer Behauptung auf, daß M. G. bei seiner Auswanderung ein Vermögen von 300 fl. oder wie viel weniger gehabt habe. Oberstrichterlich wurde es bei dem Erkenntnisse der ersten Instanz belassen, welches den Beklagten zur Bezahlung der laufenden Alimente verurtheilte, im Uebrigen von der Klage entband. Aus den Gründen entnehmen wir was folgt:

„Die Kläger erscheinen durch die vorschristswidrig ertheilte Auswanderungslizenz rücksichtlich ihres Vermögens allerdings in einen schlimmeren Zustand versetzt, weil ihnen hiedurch unmöglich gemacht worden ist, den Verdienst des M. G. in Anspruch zu nehmen, und nach der gewöhnlichen Erfahrung von Arbeitsleuten, wie M. G. einer ist, die Alimente für uneheliche Kinder durch Lohnabzüge beigetrieben werden können, ihnen sohin ein Exekutionsmittel entzogen worden ist, welches sie gehabt hätten, wenn dem M. G. die Auswanderungserlaubnis nicht ertheilt worden wäre. Es kann daher nicht, wie der Richter zweiter Instanz gethan, angenommen werden, daß die Regreßklage gegen den Beklagten nicht begründet sei, wenn die Kläger nicht beweisen könnten, daß M. G., als er auswanderte, Vermögen besessen habe; sondern der Umstand, daß der Arbeitsverdienst des Ausgewanderten nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, macht den Beamten, durch dessen Versehen die Kläger in diese ihnen nachtheilige Lage versetzt worden sind, schon regreßpflichtig“

Die Entbindung des Beklagten von den übrigen Klagansprüchen anlangend, so ist in den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung bemerkt: der (vom Beklagten gleichfalls vorgebrachte) Einwand, daß die Kläger den Nachtheil selbst verschuldet haben, sei, insoweit derselbe die Entschädigungsforderung

1. und 2. Art für außereheliche Schwängerung und die rückſtändigen Alimente betreffe, gegründet. Wie die Kuratelakten, auf welche ſich die Kläger ſelbſt bezogen hätten, nachweiſen, ſei der Arbeitsverdienſt deſ. M. H. von ihnen nicht in Anſpruch genommen, ſondern lediglich auf Beſchlagnahme eines Aktivvermögens deſſelben Anträge geſtellt worden; ein ſolches habe, wie ſich herausgeſtellt habe, M. H. nicht beſeſſen. Es müſſe angenommen werden, daß, wenn M. H. auf gehörige Weiſe mit Exekutionen verfolgt worden wäre, die Rückſtände nicht erwachſen wären; der Verluſt der Rückſtände ſei daher auch in der Nachläſſigkeit der Kläger zu finden, und da nach der gewöhnlichen Erfahrung anzunehmen ſei, daß der Verdienſt eines Arbeiters nur für die laufenden Alimente in Anſpruch genommen und beigetrieben werden könne, ſo reduziere ſich der den Klägern ohne ihr Verſchulden zugegangene Nachtheil auf den Entgang der laufenden Alimente, und es ſei daher auch nur dieſer Nachtheil als durch das Verſchulden deſ. mit der Regreßklage belangten Beamten entſtanden anzusehen.

DAUG. v. 6. Febr. 1858. Reg.-Nr. 1337⁵⁶/57.

2.

Die erſte peremptoriſche Friſt zur Klagbeantwortung iſt keine verlängerte.

(Zu §. 31 ff. deſ. Prozeßgeſetzes vom 17. Nov. 1837. — Kommentar über die G.D. Aufl. 2 Bd. 2 S. 360 Note 16.)

Nach §. 29 deſ. Prozeßgeſetzes vom 17. November 1837 iſt die Vorladung deſ. Beklagten zur Klagbeantwortung bloß monitoriſch (dilatatoriſch), und erſt wenn dieſe erfolglos bleibt, hat an den Beklagten die peremptoriſche Aufforderung zur Klagbeantwortung unter Androhung eines der im §. 18 feſtgeſetzten Rechtsnachtheile zu ergehen.

Dieſem nach können dem Beklagten zur Klag-

beantwortung zwei verſchiedene Friſten, zuerſt eine dilatoriſche und dann erſt eine peremptoriſche, vorgeſteckt werden, von welchen die letztere, eben wegen ihrer weſentlich verſchiedenen rechtlichen Natur, nicht lediglich als eine Verlängerung der erſteren angeſehen werden kann.

Nur auf die peremptoriſche Aufforderung zur Klagbeantwortung finden die Beſtimmungen der §§. 31 und ff. über Friſtverlängerungen Anwendung, da dieſelben, wie namentlich aus §. 31 Abſ. 1 und §. 33 hervorgeht, ſich überhaupt nur auf peremptoriſche Friſten beziehen; es kann daher auch nur dann, wenn die zur Klagbeantwortung vorgeſetzte peremptoriſche Friſt bereits verlängert worden iſt, von einem zweiten oder weiteren Friſtverlängerungsgeſuche im Sinne der §§. 32—35 des allegirten Geſetzes die Rede ſein, und können bei Würdigung eines Geſuches um Verlängerung dieſer Friſt allenfalls vorausgegangene Verlängerungen der zur Klagbeantwortung vorgeſetzt geweſenen dilatoriſchen Friſt nicht in Betracht kommen.

Es liegt auch im Weſen einer dilatoriſchen Friſt, daß deren Nichterhaltung — außer der allgemeinen Folge des Ungehorsams, nämlich der Verpflichtung zum Koſtenerſaß — keinen Rechtsnachtheil zur Folge hat; es würde aber dem entgegen die Nichtbefolgung der bloß dilatoriſchen Aufforderung zur Klagbeantwortung wenigſtens indirekt für den Beklagten einen Rechtsnachtheil nach ſich ziehen, wenn durch Geſuche um Verlängerung der hiezu vorgeſteckten Friſt die Erlangung einer Verlängerung der in der Folge vorgeſteckten peremptoriſchen Friſt zur Klagbeantwortung erſchwert werden würde.

DAUG. v. 7. Dez. 1855. Reg.-Nr. 760⁵³/₅₄.

β. κ. *

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zu Art. 259 des Strafgesetzbuches Thl. I. — Die Art der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages unter den Kontrahenten der beste Interpretationsbehelf zur Begründung des wahren Sinnes einer dunklen Stelle desselben. — Kombinierte Berufungssumme im Konkursprozeß. — Nachtrag zu S. 118. —

Zu Art. 259 des Strafgesetzbuches Thl. I.

Von Hofrath und Professor Dr. Dollmann.

(Schluß.)

2) Nach dem diese ganze Materie beherrschenden Gesichtspunkte müssen ferner von dem Betrage bei Eingehung des gegenseitigen Vertrages jene Betrügereien ausgeschieden und der Regel der Strafbarkeit unterworfen werden, durch welche der Entschluß zur Eingehung eines nachtheiligen Geschäftes überhaupt erst arglistig hervorgerufen worden ist. Die betrüglische Verlockung zur Eingehung eines nachtheiligen gegenseitigen Vertrages; die arglistige Erweckung der Lust zum Vertrage oder der Vorstellung von der Nothwendigkeit seiner Abschließung, mit einem Worte die trügerische Verleitung zur Eingehung eines Vertrages, sofern man denselben ohne die arglistige Vorspiegelung des Betrügers überhaupt nicht einzugehen gewillt war — kann nicht als Betrug bei Eingehung eines Vertrages aufgefaßt werden und hat keinen Anspruch auf die Berücksichtigung, welche das Gesetz dem Vertragsverkehre zuwendet.

Neue Folge III. Bd.

Der Schwindler, der einem leichtgläubigen Menschen vorspiegelt, daß sich durch den Kauf oder Verkauf einer Waare, durch den Beitritt zu einer Sozietät u. dgl. ein großer Gewinn erzielen lasse, und denselben dadurch zu einem nachtheiligen Geschäfte verleitet; der Betrüger, der den Anderen durch die Vorspiegelung einer bevorstehenden Gefahr oder Nöthigung bewegt, zu seinem Schaden eine Sache zu kaufen oder zu verkaufen u. s. w., — macht sich nicht einer Uebervortheilung bei der Eingehung eines Vertrages schuldig, er benützt nicht bloß den Vertragsabschluß, um auf Kosten des Getäuschten einen rechtswidrigen Gewinn zu machen, sondern er macht einen rechtswidrigen Angriff auf das Vermögen des Anderen und lockt diesen gleichsam in einen vorher gelegten Hinterhalt, um ihn hier zu beschädigen.

Insofern muß man also den Unm. beipflichten und unmittelbare Geltung einräumen, wenn sie den Betrug, durch welchen die Entstehung des gegenseitigen Vertrags überhaupt veranlaßt wird, von der Indemnitätsbestimmung des Art. 258 ausnehmen.

Dagegen wäre es dem Geiste des Gesetzes offenbar zuwider, wollte man den Gegensatz des Betruges bei der Eingehung des Vertrages und des die Entstehung des Vertrages veranlassenden Betruges in dem hergebrachten Sinne des Unterschiedes von *dolus causam dans* und *dolus incidens* auffassen und hiernach in allen Fällen Strafbarkeit eintreten lassen, wo nach den gegebenen Umständen anzunehmen ist, daß der Betrogene gerade diesen Vertrag, so wie er ihn abgeschlossen hat, ohne daß durch die fremde Täuschung in ihm erzeugte Mißverständniß nicht eingegangen hätte²¹⁾. Durch diese Wendung

²¹⁾ So u. a. Arnold a. a. O. S. 308, 309. Siehe fleggen die schlagenden Bemerkungen Köstlin's a. a. O. XV S. 47.

wäre in der That die Regel des Art. 259 Satz 1 fast vollständig aufgehoben, da bei den gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen, namentlich bei den gewöhnlichen Kauf- und Verkaufsgeschäften mit freier Auswahl der Kontrahenten, nicht leicht Jemand den Vertrag abgeschlossen hätte, wenn er den Betrug durchschaut hätte. Wir können der Zustimmung unserer Leser gewiß sein, wenn wir behaupten, daß dieß selbst von solchen Täuschungen gilt, welche keinen wesentlichen Irrthum herbeiführten, sondern nur an sich minder erhebliche Momente bei der Vertragsabschließung betrafen, indem sich Niemand wissenlich betrügen läßt, wenn er Gelegenheit hat, den Vertrag ohne solche Benachtheiligung eben so gut mit einem Anderen einzugehen.

Soll der Vertragsverkehr im Sinne des Gesetzes gegen Eingriffe des Strafrichters sicher gestellt werden, so kann da, wo Jemand bereits für sich gewillt ist, ein Geschäft einer bestimmten Art einzugehen, nichts weiter darauf ankommen, ob er durch eine Lüge vor oder während des Geschäftsabschlusses zu seinem Nachtheile getäuscht wurde. Ob Derjenige, welcher eine Sache kaufen oder verkaufen, miethe oder vermiethe will, noch vor dem Beginne der Vertragshandlung durch falsche Vorpiegelungen veranlaßt wird, mit einer bestimmten Person und unter bestimmten Modalitäten zu seiner Benachtheiligung zu kontrahiren, oder aber ob er aus eigenem Antriebe und eigener Auswahl an diese Person, an diese Sache kam, und nun bei der Vertragshandlung getäuscht wird, — ist in juristischer Beziehung und auch nach der Anschauung des gemeinen Lebens gleichgiltig.

Wer auf dem Markte oder in einem Laden eine Waare einer bestimmten Qualität oder Quantität sucht, und nun durch die falschen Vorpiegelungen eines oder des Verkäufers veranlaßt wird, mit seinem Schaden diese oder jene Spezies auszu-

wählen und unter den und den Bedingungen zu kaufen; wer eine Waare feil hat und durch die Täuschungen des Anderen betrogen wird, gerade ihm und um diesen Preis u. s. w. die Sache zu seinem Nachtheile abzulassen; wer eine Sozietät einzugehen beabsichtigt und nun durch die lügenhaften Vorspiegelungen des B. betrogen wird, gerade mit diesem und unter bestimmten Modalitäten eine ihm nachtheilige Sozietät einzugehen — ist wesentlich bei Eingehung des gegenseitigen Vertrages betrogen worden. Durch die Vorspiegelungen ist nicht der Getäuschte überhaupt verleitet worden, zu seinem Nachtheile das Geschäft einzugehen, sondern nur gerade dieses Geschäft unter den ihm nachtheiligen Bestimmungen abzuschließen. Der Schwerpunkt der Rechtsverletzung liegt nicht darin, daß er verleitet wurde, überhaupt zu kaufen u. s. w., denn dieß wollte ja der Getäuschte aus eigenem Entschlusse, sondern darin, daß er durch die Täuschung verleitet wurde, theurer zu kaufen u. s. w. Die betrügerische Rechtsverletzung hat daher wesentlich nur den Inhalt des Vertrages zum Objecte (Anm. 244, II), und so fallen denn auch die hier gezeichneten Betrügereien ihrem Wesen nach unter die im gewöhnlichen Vertragsverkehre vorkommenden Uebervorthellungen und haben Anspruch auf die Indemnität des Art. 259 Satz 1.

Der Gegensatz des Betruges, welcher die Entstehung des Vertrages überhaupt hervorgerufen hat, und jenes andern, welcher auf den Inhalt des Vertrages seiner Eingehung nach sich bezieht, ist daher genauer in folgender Weise zu bestimmen.

Ein kriminell strafloser Betrug bei Eingehung des gegenseitigen Vertrages ist vorhanden, sobald Jemand zur Eingehung eines solchen Geschäftes überhaupt schon für sich gewillt war und nur über den Inhalt des Vertrages getäuscht wird — sei es, daß

diese Täuschung dem Abschlusse des Vertrages vorausging und somit die Wahl der Person des Kontrahenten oder des Gegenstandes herbeiführte, oder daß sie bei der Abschließung des Vertrages vorkam, nachdem sich der Getäuschte die Person des anderen Kontrahenten oder den Gegenstand selbst außersehen hatte.

Dagegen liegt ein strafbarer Betrug hinsichtlich der Entstehung des Vertrages vor, wenn die Täuschung den Zweck und die Wirkung hatte, Jemanden, der ein Geschäft der fraglichen Art überhaupt gar nicht beabsichtigte, zur Eingehung desselben zu verleiten, gleichviel übrigens ob die Täuschung die Vertragssubstanz selbst oder außerhalb derselben liegende Umstände und Momente betrifft ²²⁾.

II.

Gehen wir fort zur genaueren Erörterung der Ausnahmen, welche für die Sphäre des Kaufvertrages von der Regel der Straflosigkeit der bei Eingehung des Vertrages verübten Betrügereien gemacht sind ²³⁾, so kann es nach den Grundsätzen logischer Interpretation zuvörderst:

²²⁾ Eine der unsrigen gewissermaßen antipodische Erklärung hat der Inhalt des Art. 259 Satz 1 in einem oberstrichterlichen Erf. v. 23. Juni 1851, Zeitschr. l. S. 288, gefunden, indem hier auch jeder bei Eingehung eines gegenseitigen Vertrages gespielte Betrug dem die Entstehung veranlassenden Betrüge gleich und dem Betrüge bei der Erfüllung gegenüber gestellt wird. „Nur solche Betrügereien, welche bei einem nicht durch Täuschung veranlaßten Vertrage bloß dessen Erfüllung betreffen, fallen — nicht dem Strafgebiete, sondern dem Rechtszwange nach Maßgabe der Zivilgesetze anheim.“ Diese Auffassung der gesetzlichen Bestimmung scheitert aber schon an dem Wortlaute derselben.

²³⁾ „Dagegen bleibt der Art. 258 in vollständiger Anwendung bei betrüglichem Verkaufe einer nicht mehr

1) keinem Zweifel unterliegen, daß dem betrügerischen Verkaufe einer nicht mehr vorhandenen Sache (wohin u. a. auch die durch Spezifikation verwandelten Sachen gehören²⁴⁾ der betrügerische Verkauf einer angeblichen Sache gleichstehen muß, welche überhaupt gar niemals existirt hat. Denn in dem einen wie anderen Falle soll der Käufer um den ganzen Kaufpreis geprellt werden.

Auch dann ist die Nichtexistenz des Kaufgegenstandes anzunehmen, wenn das Objekt dem größeren Theile nach zerstört ist, wie wenn über ein Haus gehandelt ist, von welchem der Verkäufer weiß, daß es bereits abgebrannt sei, obgleich hier die *area* noch existirt²⁵⁾.

2) Der zweite der regelmäßigen Strafbarkeit des Betruges vorbehaltene Fall ist der betrügerische Verkauf einer auf gültige Weise schon veräußerten Sache.

Da am Schlusse des Art. der betrügerische Verkauf fremder sowie verpfändeter Gegenstände seine besondere Erwähnung findet, so kann hier unter dem Verkaufe einer auf gültige Art schon veräußerten Sache dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauche gemäß²⁶⁾

vorhandenen oder auf gültige Art schon veräußerten Sache, einer Waare von ganz anderer Gattung und Materie, als wofür sie ausgegeben worden, eines Gegenstandes, woran der Käufer wegen verheimlichter Rechte eines Dritten oder aus anderen Rechtsgründen kein sicheres Eigenthumsrecht für sich erlangen konnte."

²⁴⁾ L. 7 §. 7. D. A. R. D. (41, 1).

²⁵⁾ L. 5, 7 pr. D. de contr. eml. (18, 1.)

²⁶⁾ L. 1 C. de fundo dot. (5, 23). L. ult. C. de reb. alien. (4, 51). L. 28 D. V. S. (50, 16). Vgl. auch die Anm. z. d. Cod. civ. P. 2 c. 2 §. 6 Nr. 4 lit. a: „gleichwie nun die Alienation. im engeren Verstande zwar nur jene Handlungen, wodurch das

nur der Verkauf einer solchen Sache gemeint sein, deren Eigenthum der Betrüger selbst bereits vorher in rechtswirksamer Weise auf einen anderen übertragen hatte. Der betrügerliche Weiterverkauf einer Sache, über welche man zwar mit einem Anderen bereits einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, ohne daß es jedoch zu einer Uebereignung der Sache an denselben gekommen wäre, kann somit nicht hieher gezogen werden²⁷⁾, auch wenn der Verkäufer bei diesem zweiten Verkaufe die entschiedene Absicht hatte, den zweiten Käufer um das Kaufgeld zu pressen²⁸⁾. In der That läßt sich auch nur der Verkauf einer auf günstige Art bereits in fremdes Eigenthum übertragenen Sache mit dem Verkaufe einer nicht mehr vorhandenen auf gleiche Linie stellen.

3) Strafbar ist ferner der betrügerische Verkauf einer Waare von ganz anderer Gattung und Materie als wofür selbe ausgegeben wird²⁹⁾.

- Eigenthum der Sache wirklich von einer Hand in die andere geht, in breiterem Verstand aber auch alle andern Handlungen begreift, wodurch das Eigenthum nur beschränkt oder geschmälert wird.“ — Was weiter folgt, ist ein gedankenlos angehängtes Exzerpt.
- ²⁷⁾ L. 67 D. V. S. (50, 16). *Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet.* — Der Cod. crim. v. J. 1751 Thl. 1, Kap. 9 §. 2, zählt freilich unter den mit willkürlicher Strafe bedrohten Fälschungen auch den Fall auf, wenn man eigenes Gut doppelt verpfändet oder verhandelt.
- ²⁸⁾ Vorbehaltlich der §. 225 bezeichneten Voraussetzung.
- ²⁹⁾ Der von Feuerbach verfaßte Entwurf eines allgemeinen bürgerl. GB. für das K. Bayern v. J. 1809, Buch III Tit. 3 §. 1171 hebt als wesentlichen Irrthum, der das Geschäft ungültig macht, den Irrthum „über die Substanz und Materie der Sache“ hervor. Vgl. über den Irrthum hinsichtlich der Substanz der Sache, welcher den Vertrag ungültig macht, Savigny, System III §. 137. Die römische Jurisprudenz über diesen Punkt ist für die Auslegung des StGB. nur bedingt brauchbar.

Nach dem Wortverstande dieser gesetzlichen Bestimmung ist somit die Strafbarkeit nur dann vorhanden, wenn die unterschobene Waare nicht nur der Gattung, sondern auch dem Stoffe nach eine andere ist als dem Käufer vorgespiegelt wird. Es müßte demnach die Strafbarkeit gleichermaßen wegfallen, wenn zwar die Waare einer verschiedenen Gattung von Waaren angehört, aber von demselben Stoffe ist, sowie dann, wenn zwar der Stoff der Waaren ein verschiedener ist, dieselbe aber trotzdem der gleichen Gattung von Waaren beigezählt werden muß.

Indeß bei der genaueren Beurtheilung dieser Ausnahme wird der Strafrichter nicht nach naturwissenschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten, sondern einfach nach den Begriffen und Vorstellungen vorzugehen haben, wie sie im Handelsverkehre oder im gemeinen Verkehre gang und gäbe sind, — worauf auch schon die Bezeichnung des Gegenstandes als Waare hinweist.

Wird die vorgespiegelte oder unterschobene Sache im Verkehre für eine Waare ganz anderer Art angesehen, so ist die Strafbarkeit anzunehmen, sollte auch die Waare vom technologischen oder naturwissenschaftlichen Standpunkte aus derselben Gattung einzuverleiben sein. — Zwei Uhren, von welchen die eine ein silbernes, die andere ein goldenes Gehäuse hat, gehören technologisch zu derselben Gattung von Waaren, obgleich der Stoff ein verschiedener ist. Ein Klumpen Erz und eine Statue in Erz gehören verschiedenen Gattungen von Waaren an, sind aber stofflich nicht verschieden; nach dieser Betrachtungsweise würde also eine betrügerische Verwechslung nicht unter des Art. 259 2. Satz fallen. Gleichwohl wird im gemeinen Leben Niemand zweifeln, daß beides Waaren verschiedener Art sind, und jeder, dem das eine für das andere

unterschoben wird, wird sich für gröblich getäuscht erachten.

Diese im Kaufverkehre vorherrschende Anschauung hat der Richter bei der Auslegung der vorliegenden Bestimmung zu berücksichtigen, während Täuschungen über die Qualität, welche die Substanz der Sache selbst nicht alteriren, eben so von dem strafbaren Betrage ausgeschlossen bleiben, als Täuschungen über die Quantität.

Nur der gesundheitsgefährliche Verkauf von gefälschten Nahrungsmitteln durch die Kaufleute u. s. w., dann bei Täuschungen über die Quantität der Gebrauch von falschem Maße oder Gewichte oder Mißbrauch von öffentlichen Stempeln kann in der einen und anderen Beziehung wiederum die Strafbarkeit begründen. Art. 262, IV; 265, I.

4) Für ausnahmsweise strafbar ist endlich noch der betrügerische Verkauf eines Gegenstandes erklärt, wenn der Käufer wegen verheimlichter Rechte eines Dritten oder aus anderen Rechtsgründen kein sicheres Eigenthumsrecht erlangen kann.

Dieser Fall ist so oft gegeben, als der Käufer dem Verkäufer ein hinsichtlich der Sache bestehendes Rechtsverhältniß betrüglich verheimlicht, vermöge dessen ihm die Sache von einem Dritten abgestritten werden kann.

Dahin gehört der Verkauf einer fremden Sache oder auch der eigenen Sache, wenn der Verkäufer die ex tunc wirkende Resolutivbedingung verheimlicht, unter welcher er selbst das Eigenthum der Sache erworben hatte, oder wenn er den Käufer über das Verhältniß täuscht, vermöge dessen die Sache einem Veräußerungsverbote unterliegt, oder wenn er das einem Dritten zustehende Retraktrecht oder sonst durch Eintragung in's Hypothekenbuch dinglich gemachte Einstandsrecht verheimlicht, ver-

möge dessen der Dritte die Sache dem Käufer abnehmen kann.

Weiter und insbesondere gehört hieher die Verheimlichung der auf der Sache liegenden Pfand- oder Hypothekrechte ³⁰⁾, des einem Dritten daran zustehenden superfiziarischen oder emphyteutischen Rechtes, des Ususfructus oder Usus — da durch den dinglichen Anspruch des Berechtigten auch in den letzteren Fällen die Erwerbung eines sicheren d. h. durch keine dinglichen Ansprüche in seiner Substanz beeinträchtigten Eigenthumsrechtes gehindert ist.

Dagegen kann die Verheimlichung des einem Dritten an der Sache eingeräumten persönlichen Verkaufrechtes, aus welchem der Dritte nur persönliche Ansprüche gegen Denjenigen ableiten kann, welcher ihm dasselbe bestellt hat, eben so wenig die Strafbarkeit nach Art. 259 Satz 2 begründen, als die Verheimlichung anderer Servituten, welche zu keiner Besizentziehung führen.

Noch weniger können solche Fälle hieher gezogen werden, wenn der Fortbestand oder Fortgenuß des Eigenthumes, wie der Verkäufer weiß und verheimlicht, durch andere als Rechtsgründe z. B. in Folge bevorstehender Elementarereignisse gefährdet ist; dergleichen fällt unter die Kategorie von

³⁰⁾ L. 3 §. 1 D. stellion. (47, 20). *Maxime autem in his stellionatus locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permulaverit vel in solum de-derit* —. Allerdings macht die Deffentlichkeit des Hypothekenbuches die Vereitelung einer Täuschung hinsichtlich des Hypotheknexus, dem die Sache unterworfen ist, leicht. Allein durch die Leichtigkeit, die Täuschung zu erkennen, wird nach unserem StGB. die Strafbarkeit des Betruges nicht beeinflusst. Num. II S. 229, 230.

Mängeln der Sache und begründet eine Täuschung in dieser Beziehung keine Strafbarkeit. —

Daß die in Art. 259 S. 2 hervorgehobenen Betrügereien auch dann strafbar sind, wenn sie, soweit dieses überhaupt möglich ist, bei der Erfüllung eines Kaufvertrages vorkommen, ist in den Ann. S. 247 Z. 3 bemerkt. —

Müßte nun die Absicht des Gesetzgebers dahin angenommen werden, daß nur die in dem unserer Betrachtung vorliegenden Gesetze ausdrücklich namhaft gemachten Fälle als strafbar hervorgehoben sein sollen, so müßte die ganze Bestimmung als unvollständig und lückenhaft bezeichnet werden, indem bei anderen gegenseitigen Verträgen ebenfalls Betrügereien vorkommen können, deren innere Gleichartigkeit auch gleiche Behandlung bedingt. — Die Ann. lassen indessen keinen Zweifel übrig, daß der Gesetzgeber in Art. 259 Satz 2 einen allgemeinen Gedanken eben nur in besonderer Beziehung auf die wichtigeren und häufigeren Vorkommnisse im Verkehrsleben ausdrücklich aussprechen wollte, und daß daher die Anwendung desselben auf ganz gleichgeartete Fälle auch bei anderen gegenseitigen Verträgen zulässig ist. Die Ann. bezeugen nämlich, daß, was der Art. 259 Satz 2 von Sachen verordnet, mit gleicher Kraft auch von Leistungen und Diensten gelte, soferne sich Jemand zu Diensten und Leistungen, von denen er wußte, daß er sie nicht leisten könne, in der Absicht, den Anderen zu beschädigen, verpflichtet. In Motivirung dieses Satzes sprechen sie das allgemeine Prinzip aus, daß wie zweiseitige Verträge Sachen oder Handlungen zum Gegenstande haben können, so auch der gleiche Betrug an Dem, was Gegenstand eines zweiseitigen Vertrages ist, gleiche Wirkungen hervorbringen müsse. — Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die in dem bezeichneten Artikel er-

währten Betrügereien, soferne sie in gleicher Art bei dem Tausche, der Sachen- und Dienstmiethen, bei der Societät, überhaupt bei (Jurimixtae) Kontrakten auf Leistung und Gegenleistung vorkommen, auch hier einer Strafe unterliegen, und wir werden demnach berechtigt sein, die vom Gesetzgeber beabsichtigte Ausnahmestimmung von Art. 258 Satz 1 dahin zu formuliren:

Bei Eingehung oder Erfüllung gegenseitiger Verträge ist der Betrug so oft strafbar, als er darauf abzielt, den Betrogenen um die vertragssmäßige Gegenleistung ganz und gar zu pressen, indem wissentlich eine Leistung versprochen wird, welche der Betrüger zu beschaffen gar nicht im Stande ist, oder indem der Betrüger an dem ihm übergebenen Gegenstande die vertragssmäßigen Rechte oder Vortheile gar nicht oder doch nicht auf die vertragssmäßige Zeit erlangen kann, oder indem endlich Leistungen ganz anderer Art versprochen oder gemacht werden, als der Betrogene gemäß der Uebereinkunft anzunehmen berechtigt ist ³¹⁾.

³¹⁾ Man hat die Fälle des Art. 259 S. 2 auf den gemeinsamen Gesichtspunkt zurückgeführt, daß darin eine Verleitung zu einer vermeintlichen Vertragshandlung enthalten sei. — Soll hierunter die Verleitung zu einem von Hause aus nichtigen und ungültigen Vertrage verstanden sein, so ist dieses nicht zutreffend, wie schon daraus hervorgeht, daß der über eine fremde oder verhypothekirte Sache abgeschlossene Kaufvertrag bekannten Rechts ein gültiger rechtswirksamer Kauf ist, soferne nicht die Sache eine res furiva ist und beide Theile darum wissen. Vgl. Arndts, Ab. üb. d. Pand. §. 300. — Hiemit fällt auch die weitere Bemerkung, daß der 2. Satz des Art. 259 im Sinne des Gesetzgebers überhaupt hätte wegbreien können, ohne daß in der Verpönung des Betruges eine Lücke entstanden wäre, weil alle eine Verleitung zu einer nur vermeintlichen Vertragshandlung enthaltenden Betrugsfälle schon unter dem

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Die Art der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages unter den Kontrahenten der beste Interpretationsbehelf zur Begründung des wahren Sinnes einer dunklen Stelle desselben.

Otto Bähr in seinem Buche „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ bemerkt (S. 181), die Anerkennung übe neben ihrer rechtbegründenden Wirksamkeit (im Gebiete der Obligationen und einiger den Obligationen ähnlichen Verhältnisse) noch die rein faktische Kraft eines Beweis- oder Interpretationsmomentes in den mannichfaltigsten Verhältnissen aus. Ueber die Anerkennung als Interpretationsmoment äußert er sich sodann näher in folgender Weise (S. 182—3):

„Nahe verwandt mit der beweisenden ist die interpretative Kraft der Anerkennung. Während erstere in der Gestaltung unseres Processes wirklich objektive Schwierigkeiten findet, scheitert die letztere oftmals an der subjektiven Abneigung unseres Juristenstandes, rein menschlichen Momenten in seinen Erwägungen Rechnung zu tragen. Wenn z. B. die Leistungen aus einem Pachtvertrage anfangs mehrere Jahre hindurch in einem gewissen Umfange entrichtet sind, und es tritt dann einer der Kontrahenten mit der Behauptung auf, daß in dem Pachtbrieфе etwas Anderes stehe und danach eine Leistung in einem anderen, größeren oder geringeren, Umfange fortan zu entrichten sei: so steht ihm allerdings die durch die Annahme oder

Art. 256 des StGB. als gemeiner Betrug enthalten seien. — Es kommt hinzu, daß wenigstens die eine und andere der im 2. Satze des Art. 259 aufgeführten Täuschungen auch als *dolus incidens* vorkommen kann. — A. M. Cucumius im Arch. f. Kr.R., N. F., Jahrg. 1837, S. 520 f.

Hingabe der bisherigen Leistung bethätigte Ansicht über den Umfang der Verpflichtung (die Anerkennung) rechtlich nicht entgegen; denn er hat durch jene Annahme oder Hingabe auf ein Mehr- oder Weniger für die Zukunft nicht Verzicht geleistet. In ihrer faktischen Wirksamkeit wird aber auch hier die Anerkennung nicht außer Betracht bleiben dürfen. Ist nämlich die Bestimmung des Pachtvertrages, auf welche es ankommt, von zweifelhaftem Sinne, so bildet ohne Zweifel das in den bisherigen Leistungen enthaltene Anerkenntniß das gewichtigste Moment für die Annahme, daß der Pachtvertrag von vorn herein keinen anderen Sinn gehabt habe. Der Richter wird daher wohl thun, die Interpretation, welche auf diese Weise die Parteien selbst ihrem Vertrage gegeben, sich anzueignen, selbst dann, wenn er vielleicht bei völlig freier Beurtheilung eher zu einer gegentheiligen Interpretation gelangt sein würde. Erkenntniße, welche sich solchen Interpretationsmomenten verschließen, setzen sich mit den Rechtsanschauungen des Lebens und der bona fides des Verkehrs in den bedauerlichsten Widerspruch.“

Der oberste Gerichtshof hat in jüngster Zeit im Sinne vorstehender Ausführung ein Erkenntniß erlassen. Der Fall war folgender:

In der Dienstesinstruktion eines herrschaftlichen Revierjägers kam bezüglich seiner dienstlichen Ergänzungen in einem besonderen Punkte die Stelle vor: „Daß nöthige Pulver, Blei, Garne, sowie alle Jagdbedürfnisse erhält er gleichfalls“. Derselbe versah diesen Dienst über 30 Jahre lang, ohne eine Reklamation auf dem Grunde jener Zusicherung bei seiner Gutsherrschaft zu erheben. Erst nach seinem Tode stellten seine Erben eine lange Rechnung von Ersakposten auf, um die er angeblich verkürzt sein sollte, nämlich für einen Hühnerhund zu 44 fl., den er alle 6 Jahre, einen Zwilling, den er alle 10 Jahre, eine Jagdtasche, die er alle 8 Jahre neu gebraucht, aber nicht erhalten habe, ferner für das Hundefutter, Hundesteuer und Beschaugeld.

Der beklagte Gutsherr, gleichfalls ein Nachfolger Desjenigen, der den Jäger angestellt hatte, widersprach seine Verpflichtung, jene Gegenstände unter dem Titel der Jagdbedürfnisse überhaupt, gleichwie insbesondere in der angegebenen Quantität und Qualität zu liefern, suchte sich auch später mit der Einrede der Verjährung zu schütten. Beide Vorinstanzen legten daher den klagenden Erben den entsprechenden Beweis auf. Der oberste Gerichtshof dagegen entband den Beklagten auf dessen Revisionsbeschwerde von diesem Theile der Klage, und zwar den wesentlichsten Punkten der Entscheidungsgründe zufolge in Anbetracht, daß Dasjenige, was in einem Vertrage minder klar ausgedrückt oder unbestimmt gelassen ist, durch die Mobalität der von beiden Seiten beliebten Erfüllung desselben seine verlässigste Erklärung findet; — daß der verlebte Ehegatte und Vater der Kläger, indem er sich sein Leben und seine vieljährige Dienstzeit über mit dem ihm gelieferten Schießbedarfe zufrieden stellte, seine Ansicht und Absicht auf unzweideutige Weise kund gab, daß ihm ein Mehreres nicht gebühre und von ihm nicht ausbedungen werden wollte; — daß es bei seinen gering bemittelten Vermögensumständen um so natürlicher gewesen, wenn er je glaubte, auch Gewehre und Hunde verlangen zu können, mit diesem Begehren gegen seine Gutsherrschaft selbst hervortreten, als dieses nicht Emolumente, sondern nur Requisite waren, um seinen Dienst selbst erfüllen zu können; — in Betracht, daß das Unterlassen dieses Begehrens zur rechten Zeit die Gutsherrschaft völlig außer Stand setzte, das vorwaltende Bedürfnis zu prüfen, und das Maß, in welchem Abhilfe zu gewähren sei, selbst zu bestimmen; — daß aber in keinem Falle den Erben des Bediensteten zusteht, jene von dem letzteren so schlußbündig dargelegte Beruhigung zu widerrufen oder über deren Folgen

hinzugehen; — in schließlichem Betrachte, daß hier von einem Verzicht auf Etwas, was Jemanden gebührte, gar nicht die Rede ist, sondern nur von dem durch die sprechendsten Umstände selbst geoffenbarten Auerkennnisse, zu der betreffenden Forderung gar nicht berechtigt zu sein; — daß es mithin auch, von diesem Standpunkte aus aufgefaßt, einer erlöschenden Verjährung, welche ohnedies nicht zur rechten Zeit geltend gemacht wurde, und des hiezu erforderlichen Zeitablaufes gar nicht bedarf, um von der nachhaltigen Passivität des Erblassers einen Grund abzuleiten, dem Erben bezüglich einer erst willkürlich hervorgeführten Prätention Stillschweigen aufzuerlegen.

DAUERf. vom 24. April 1858. Reg.-Nr. 67⁵⁷/58.

2.

Kombinirte Berufungssumme im Konkursprozeß.

Vgl. Bb. XIX S. 80.

Mehrere Gläubiger eines Kredits, deren Forderungen einzeln genommen die erforderliche Appellations- oder Revisionssumme nicht erreichen, können durch die Annahme eines gemeinschaftlichen Anwaltes nicht in eine Art Genossenschaft zusammentreten, um nun mit der kombinirten Summe, welche ihr Anwalt vertritt, über jenes formale Erforderniß hinwegzukommen.

Dieser Satz wurde nochmals ausgesprochen durch
DAUERf. vom 22. März 1858. Reg.-Nr. 461⁵⁷/58.

Nachtrag: S. 118 Note 2 füge bei: „Bb. 21 S. 222“.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Verspätung eines Beweismittels. Unterlassung sofortiger Präklusion von Seiten des Richters. Beruhigung des Gegners bei dessen Gebrauche. — Oberichterliches Amt, wenn in der Vorinstanz auf sich widersprechende Eide erkannt worden ist. — Devolutivesset der Appellation. Erkenntnis ultra petita. — Kollision der Gesetze. Bürgschaften der Bauern. Erforderniß obrigkeitlicher Verbriefung oder Protokollirung nach bayerischem Landrecht. — Unbedingte Geltung der Nationalitätstermine bei Klagen auf außerordentliche Patenschaft und Kindsnahrung nach preussischen Rechte. — Reclamatio uxoris des sächsischen Rechtes gegen Vergleich. — Nachtrag zu S. 208.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Verspätung eines Beweismittels. Unterlassung sofortiger Präklusion von Seiten des Richters. Beruhigung des Gegners bei dessen Gebrauche.

Vgl. Kommentar u. d. G.D. Aufl. 2 Bb. II S. 358.

Der Kläger hatte zu seinem Hauptbeweisantritte in gewahrter Frist einen ersten und mehrere Monate nach deren Ablauf einen zweiten Nachtrag eingereicht, worin noch einige Urkunden auszugsweise vorgelegt wurden, ohne hiefür förmlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen. Daß Untergericht theilte diesen zweiten Nachtrag einfach dem Beklagten zur Erklärung mit, welcher sich, wie gewöhnlich, die Erklärung über die Urkunden bis zur Originalproduktion vorbehielt. Diese letztere ging später ohne Widerrede vor sich; auch in seiner Deduktionschrift brachte der Beklagte nicht die min-

Neue Folge III. Bb.

beste Einwendung gegen die Zulässigkeit jener Beweise vor. Erst in dem Endurtheile sprach die erste Instanz die Präklusion jener Urkunden als verspätet aus, was auch das k. Appellationsgericht auf eingelegte Berufung bestätigte. Der oberste Gerichtshof ließ dagegen unbedenklich die fraglichen Urkunden als Beweismittel zu, und zwar in Betracht, daß nach §. 29 der Novelle von 1837 die Folge des Ungehorsams nicht von Amtswegen ausgesprochen werden soll, das Untergericht aber den ihm dargebotenen Anlaß, als der verspätete Nachtrag einlief, ungenützt vorübergehen ließ, hierauf den Ausschluß zu bedenken; daß auch der Beklagte hiergegen nichts erinnerte, die Produktion ohne Widerrede vor sich gehen ließ, in seiner Deduktion keine Verspätung rügte; — daß daher das unterlaufene Versäumniß eines rechtzeitigen Gebrauches durch die nachhaltige Acquieszenz des Gegners für bedeckt und geheilt gelten muß, was sich als Folge um so nothwendiger darstellt, als eine (unter den vorwaltenden Umständen) doch so leicht zu erwirkende Restitution, wäre sie nachgesucht worden, nach §. 38 Abs. 3 der angeführten Novelle von der Gegenpartei stillschweigend bewilligt werden konnte. Aus diesen Gründen zog der Gerichtshof die in beiden Vorinstanzen präkludirten Beweise sogleich mit in den Umkreis seiner Würdigung, da die Sache keiner weiteren Erörterung mehr bedurfte¹⁾).

OA. Erf. vom 27. März 1858. Reg.-Nr. 1893^{56/57}.

¹⁾ Vgl. Kommentar über die OD. Aufl. 2 Bd. 4 S. 102.

2.

Oberrichterliches Amt, wenn in der Vorinstanz auf sich widersprechende Eide erkannt worden ist.

Durch rechtskräftiges Interlokut war 1) den Klägern der Beweis auferlegt worden, daß sie den Beklagten mehrere Gelder vorgestreckt hätten, und daß dieselben ihnen in Folge dessen laut Abrechnung vom 14. Januar 1847 — 2262 fl. schuldig geworden seien; — 2) eventuell den Beklagten der (vermeintliche Einrede-) Beweis: a) daß sie von dieser Summe 2000 fl. auf dem Grunde eines Abrechnungsvertrages vom 31. Oktober 1843 erhalten haben, — und b) daß die weiteren 262 fl. der Anschlag für die von den Klägern auf das D.'sche Anwesen gebrachten Effekten gewesen sei.

Nach durchgeführtem Beweisverfahren legten die beiden ersten Instanzen den Klägern über ihren Beweis und den Beklagten über den ihrigen den Erfüllungs Eid auf. Die Kläger (und nur diese) beschwerten sich darüber, daß sie nicht bezüglich der den Beklagten zum Beweise ausgesetzten Thatfachen zum Haupteide, eventuell zum Reinigungseide zugelassen worden seien. In Würdigung und Verbescheidung dieser Beschwerde bemerken die oberstgerichtlichen Entscheidungsgründe:

Der den Beklagten unter 2 a, b des Interlokutes vom 15. Sept. 1849 eventuell aufgelegte vermeintliche Exzeptionsbeweis hat Thatfachen zum Gegenstande, welche das direkte Gegentheil der den Klägern zum Beweise aufgelegten Thatfache bilden, indem der Klagebehauptung gegenüber, daß den Beklagten von den Klägern 2262 fl. vorgestreckt, d. i., wie in der Replik ausdrücklich erläutert, dargeliehet worden seien, die Behauptung der Beklagten, daß sie 2000 fl. zur Erfüllung des Vertrages

vom 31. Oktober 1843 erhalten hätten, und daß 262 fl. bloß für die von den Klägern auf ihr Anwesen gebrachten Effekten angerechnet worden seien, offenbar nur einen Widerspruch des behaupteten Darlehens enthielt. Diesem zufolge haben nun auch der Erfüllungs Eid, zu welchem die Kläger in erster Instanz zugelassen worden, und der Erfüllungs Eid zu 2 a, b, zu welchem die Beklagten zugelassen sind, sich direkt widersprechende Thatsachen zum Gegenstande, und ist die Ableistung dieser Eide, wie sie nach dem Erkenntnisse der Vorinstanzen stattzufinden hätte, offenbar unzulässig; da hiernach die Beklagten, wenn die Kläger den ihnen aufgelegten Eid geleistet haben, eine Thatsache beschwören sollen, welche mit der von den Klägern beschworenen Thatsache absolut unvereinbar ist, so daß nothwendig entweder der von den Klägern oder der von den Beklagten geleistete Eid ein Meineid sein mußte.

Nachdem nun einerseits die Beklagten, welchen die Ableistung des den Klägern aufgelegten Eides bei dem ihnen zu 2 a, b freigelassenen Eide keinesfalls einen Nachtheil bringen konnte, gegen die Zulassung der Kläger zum Erfüllungs Eide keine Beschwerde geführt haben, sonach eine Abänderung des Abs. 1 des Erk. vom 30. September 1852 wegen in Mitte liegender Rechtskraft nicht statthaft ist, andererseits aber die rechtskräftige Zulassung der Kläger zum Erfüllungs Eide für die Würdigung der Beweisführung der Beklagten nicht maßgebend sein, und die Zulassung derselben zum Erfüllungs Eide, nachdem sie mehr als halben Beweis erbracht haben, und auch die übrigen Voraussetzungen der *W.D. Kap. 13 §. 3 Ziff. 1—4* gegeben sind, nicht ausschließen konnte; mußte der Widerspruch zwischen den beiden Parteien aufgelegten Erfüllungs Eiden durch eine Aenderung in der Reihenfolge und Eben-

tualität der Eidesleistung, nämlich dadurch beseitigt werden, daß zuerst die Beklagten den ihnen unter 2 a, b aufgelegten Erfüllungseid, und die Kläger erst dann, wenn die Beklagten diesen Eid nicht leisten, den ihnen unter Ziff. 1 dieses Erkenntnisses aufgelegten Eid zu schwören haben, wogegen dieser letztere Eid in dem Falle, wenn der Eid von den Beklagten geleistet wird, wegzufallen hat.

Eine Abänderung zum Nachtheile der Revidenten liegt in dieser Aenderung der Reihenfolge und Eventualität der Eidesleistung nicht, da in dem Falle, wenn die Beklagten den ihnen aufgelegten Eid leisten, auch nach dem Erkenntnisse der Vorinstanzen zu Gunsten des Beklagten erkannt werden müßte, folglich die Kläger dadurch, daß sie nunmehr in diesem Falle zu dem für sie noch nutzlosen Eide gar nicht zugelassen werden, in keine nachtheiligere Lage gesetzt sind; — in dem Falle dagegen, wenn die Beklagten den ihnen aufgelegten Eid nicht leisten, hat es ohnehin bei der Eidesauflage unter Ziffer 1 des erstgerichtlichen Erkenntnisses sein Verbleiben, und darin, daß sich die Beklagten zuerst darüber, ob sie den Eid leisten wollen, zu erklären haben, liegt offenbar keine den Klägern nachtheilige Aenderung des zweitgerichtlichen Erkenntnisses.

DAErf. vom 19. Nov. 1855. Reg.-Nr. 4⁵³/₅₄.
β. κ*.

3.

Devolutivbeft der Appellation. Erkenntniß ultra petiti.

Vgl. oben S. 33 ff., S. 172 ff.

Hierüber äußern sich die Motive einer oberstgerichtlichen Entscheidung wie folgt:

Klagender Theil hat das Erkenntniß zweiter Instanz als nichtig angefochten, indem er glaubt,

daß ein defectus jurisdictionis deshalb vorliege, weil der Appellationsrichter auf die nur Aenderung des Einredebeweisthemas verlangende Berufungsbitte des Beklagten dessen Einreden sofort als durch Zugeständniß hergestellt angenommen, und daher auf Entbindung von der Klage erkannt habe. Es soll hiedurch die zweitrichterliche Kompetenz, welche sich nicht über das objectum gravaminis hinaus erstreckt, überschritten worden sein. Allein daraus, daß die zweitrichterliche Kompetenz sich nicht über das objectum gravaminis hinaus erstreckt, folgt nicht, daß der Appellationsrichter sich streng an das gravamen selbst halten müsse, — nicht günstiger, als der Appellant beantragte, für solchen in dem an die höhere Instanz devolvirten Punkte sprechen könne.

In keinem Erkenntnisse, und namentlich nicht in einem Erkenntnisse erster Instanz kann einer Partei etwas Anderes oder mehr zugesprochen werden, als sie beantragte. Allein dieses ist nur von dem Parteiantrage bezüglich der Sache selbst, von dem erstrebten Endziele zu verstehen, so daß, wenn der Beklagte noch ein Verfahren aus Rücksicht auf seine Einrede für nöthig erachtet, der Richter, der solches nicht mehr für nöthig hält, um die Einrede als vollkommen hergestellt auszusprechen, auf sofortige Entbindung von der Klage erkennen kann, weil ja diese Entbindung das Endziel des Beklagten ist, um dessen willen er die Einrede vorbrachte.

GD. Kap. XIV §. 7 Nr. 2 und Kreittmayr's Annotationen dazu III. b. Seuffert's Kommentar Bd. 1 S. 306—7 (Ausg. 2 S. 386—7).

Durch die Berufung wird die Sache nach Maßgabe der erhobenen Beschwerde sammt Allem, was von solcher abhängt, an den höheren Richter devolvirt (GD. Kap. XV §. 9 Nr. 1). In Folge des Devolutiveffektes hat er bezüglich des Objectes der Beschwerde dieselbe Gewalt, wie

der Erstrichter; er kann die Beschwerdebite überschreiten, wenn diese von dem gravamen abhängt, er kann insbesondere, wenn der durch eine Einrede die Klagentbindung bezweckende Beklagte zu diesem Zwecke eine Verbesserung des Einredebeweisthemas begehrt, und er einen Beweis nicht mehr für nöthig erachtet, die Einrede sofort als bewiesen, und darauf gebaut sofort Klagentbindung aussprechen.

Kreittmayr's Annotationen zur oben citirten Stelle
lit. b. Seuffert's Kommentar Bd. 4 S. 96—7
(Ausg. 2 S. 112—3).

Ein solcher Ausspruch hängt offenbar von der gegen das Einredebeweisthema gerichteten Beschwerde ab. Man kann dem Richter nicht zumuthen, darüber, wie das Beweisthema zu fassen, oder welches Moment noch zum Beweise auszusetzen sei, ein Urtheil zu fällen, wenn nach seiner Ueberzeugung jedes zur Begründung der Einrede erforderliche Moment bereits liquid hergestellt ist.

DAUGEr. v. 7. August 1857. Reg.-Nr. 1136⁵⁶/₅₇;
β. κ*.

4.

Kollision der Geseze. Bürgschaften der Bauern. Erforderniß obrigkeitlicher Verbriefung oder Protokollirung nach bayerischem Landrecht.

Vgl. Bd. XII S. 236, Bd. XIX S. 268.

Ein Bauer aus einem Gerichtsbezirke, wo das bayerische Landrecht gilt, hatte an einem auswärtigen Orte, welcher unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes steht, eine schriftliche, aber außergerichtliche Bürgschaft eingegangen, und wurde aus dieser beim forum domicilii belangt.

Derselbe setzte der Klage die Einrede entgegen, daß der Bürgschaftsvertrag nach dem bayer. Landrechte zu beurtheilen sei, und sich als nichtig und

kräftlos darstelle, weil nach diesem Gesetze die Bauersleute nur vor der ordentlichen Obrigkeit rechtsverbindliche Bürgschaften eingehen können.

Der Kläger berief sich in seiner Replik auf den Umstand, daß die Bürgschaft an einem Orte eingegangen worden sei, wo das gemeine Recht gelte, und daß, wenn es sich um die Form eines Vertrages handle, das Gesetz des Eingehungsortes maßgebend erscheine, also hier das gemeine Recht, welches eine obrigkeitliche Verbriefung des Bürgschaftsvertrages nicht vorschreibe.

Das Appellationsgericht nahm, ohne Angabe besonderer Gründe, als feststehend an, daß das bayerische Landrecht der Entscheidung zu Grunde zu legen sei, erklärte aber dennoch den Beklagten für haftbar, weil ihm als Gemeindevorsteher wohl zuzutragen sei, daß er die Folgen einer Bürgschaft mit nöthiger Umsicht zu würdigen und zu beurtheilen vermöge, und weil sofort das bloß für unfährene Bauern statuirte Ausnahmengesetz auf ihn keine Anwendbarkeit äußere.

Auf eingewendete Revision entband jedoch der oberste Gerichtshof den Beklagten von der Klage, und unterstellte seiner Entscheidung bezüglich der Anwendung des bayer. Landrechtes sowie bezüglich der Gültigkeit der Bürgschaft folgende Motive:

Der Kläger glaubt die Ansicht begründen zu können, daß gemäß der G.D. Kap. 14 §. 7 Nr. 8 hier nicht das bayerische Landrecht, sondern das gemeine Recht bei der Entscheidung zur Grundlage zu dienen habe.

Allein diese Vorschrift der G.D. ist nur da anwendbar, wo es sich lediglich um die Form des Rechtsgeschäftes handelt; dieselbe läßt sich aber nicht auf Fälle beziehen, wo die Eingehung eines Vertrages den Untergebenen eines Bezirkes in einer anderen als der vorgeschriebenen Form verboten

ist, und wo sofort zugleich die Fähigkeit des Handelnden zur Eingehung des Rechtsgeschäftes in Frage kommt.

Die rechtliche Wirkung solcher Prohibitivgesetze besteht in der absoluten Ungiltigkeit jener Rechtsgeschäfte, welche wider dieselben vorgenommen wurden, und in der Vornahme der Handlung an einem anderen Orte, wo dieses Gesetz nicht gilt, würde eine Entsagung auf die Wirkungen des Prohibitivgesetzes liegen, welcher Verzicht außer der Befugniß der Parteien steht, und schon nach allgemeinen Rechtsprinzipien nicht gestattet ist. Es kann daher in Fällen dieser Art nur das Gesetz des Wohnortes maßgebend sein.

Const. 5 de leg. (1, 14). Seuffert's Kommentar Aufl. 1. Bd. 1 S. 248 Noten 42, 43, 45 und S. 234 Nr. 6.¹⁾ Bl. f. R. Bd. 13 S. 236. Glüd's Kommentar Bd. 1 §. 14 S. 107.

Das Nämliche ergibt sich im vorliegenden Falle auch schon aus der Bestimmung der Gesetzesstelle cod. civ. p. IV cap. 10 §. 4 Nr. 1, daß die Verbriefung des Vertrages vor des Bürgen ordentlicher Obrigkeit zu geschehen habe.

Wie die Anmerkungen hiez u lit. b und der Baron Schmid'sche Kommentar näher ausführen, ist hiernach nicht jede Obrigkeit, sondern nur die ordentliche zu einer solchen Verbriefung kompetent, — eine Vorschrift, welche sich daraus erklärt, daß der Verbriefung eine Certioration über Verhältnisse vorauszugehen hat, welche nur der ordentlichen Obrigkeit genügend bekannt sein können.

Hat demnach lediglich das bayerische Landrecht hier in Anwendung zu kommen, so läßt sich die Ungiltigkeit des außergerichtlichen Bürgschaftsvertrages v. 24. Febr. 1856 nicht bezweifeln. Denn das allegirte Gesetz erklärt unter Nr. 1 u. 2 die

¹⁾ Aufl. 2 S. 321—22 Note 60.

außergerichtlichen, vor der ordentlichen Obrigkeit nicht verbrieften, beziehungsweise nicht protokollierten Bürgschaften bei gemeinen schlechten Bürgern und Bauern ausdrücklich und mit dem Beifügen für ungiltig und kraftlos, daß sich dessen der Bürge weder verzeihen, noch der Gläubiger sich auf dergleichen unwirksamen Verzicht berufen mag.

Daß die Worte: „gemeine schlechte“ bloß auf Bürger, und nicht auch auf Bauern zu beziehen sind, erläutert sich ganz deutlich aus dem älteren Landrechte vom Jahre 1616, woraus diese Bestimmung entnommen ist und welches in Tit. 14 Art. 7 sich wörtlich dahin ausdrückt:

„Da ein Bauersmann oder ein gemeiner schlechter Bürger für Jemand Borg würdet, solche Borgschaft soll nichtig und kraftlos seyn &c.“

Hierin wird der Bauersmann ohne weitere Ausscheidung dem gemeinen schlechten Bürger gegenüber gestellt.

In ganz gleichem Sinne spricht sich hierüber Baron Schmid in seinem Kommentar zu obiger Gesetzesstelle S. 891 mit den Worten aus: *Si colonus aut vulgaris et vilis civis pro altero sodejubeat etc.*

Am nämlichen Orte wird der Begriff eines Bauern im Allgemeinen aufgestellt, aber des Unterschiedes zwischen einem angesehenen und geringen Bauer mit keiner Silbe erwähnt, während gleich darauf näher erläutert wird, was unter einem vornehmen und was unter einem gemeinen schlechten Bürger zu verstehen sei.

Wäre nach dem Gesetze zwischen vornehmen und gemeinen Bauern eben so, wie zwischen vornehmen und gemeinen schlechten Bürgern zu unterscheiden, so würde der Verfasser des Kommentars nicht unterlassen haben, diesen Unterschied besonders hervorzuheben und bemercklich zu machen.

Es läßt sich daher obige Gesetzesstelle ihrem Sinne und Wortlaute noch nicht anders auffassen, als daß außergerichtliche, von der ordentlichen Obrigkeit nicht verbriefte Bürgschaften der Bauersleute ohne Ausnahme und ohne allen Unterschied der letzteren kraft des Gesetzes nichtig und wirkungslos seien.

Wo aber das Gesetz nicht unterscheidet, darf nach einer bekannten Interpretationsregel auch der Richter keine Auscheidung treffen, daher das Gericht voriger Instanz mit Unrecht angenommen hat, daß der Beklagte, obschon dem Bauernstande angehörig, in die Kategorie derjenigen Bauersleute, welche der Gesetzgeber durch dieses besondere Statut vor Nachtheil wahren wollte, dennoch und zwar deshalb nicht einzureihen sei, weil er das Amt eines Gemeindevorstehers bekleide, und ihm so viel Einsicht zugetraut werden dürfe, um die Folgen eines Bürgschaftsverhältnisses erwägen und würdigen zu können.

Durch die Uebernahme des bloß vorübergehenden Amtes eines Gemeindevorstehers ist der Beklagte aus dem Bauernstande nicht getreten, sondern diesem vor- wie nachher angehörig geblieben, und wenn, wie die Vorinstanz hervorhebt, das bayerische Landrecht in §. 4 und 5 a. a. O. solcher Personen erwähnt, von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich so leicht nicht hintergehen lassen, so hat solches, wie die Wortstellung deutlich zu erkennen gibt, lediglich Bezug auf den Begriff eines vornehmen Bürgers, und darf auf den Stand der Bauern nicht ausgedehnt werden.

Allerdings läßt sich nicht verkennen, daß seit den Jahren 1616 und 1756, wo die betreffenden Gesetze erlassen wurden, die Zeit- und Kulturverhältnisse sich geändert und mannigfache Umgestaltungen erlitten haben, so daß die dortmals ergangenen Gesetzesbestimmungen nicht mehr ganz auf sie anwendbar erscheinen. Insbesondere steht dermalen

der Bauernstand wenigstens theilweise auf einer höheren Bildungsstufe, als es in jenen früheren Zeiten der Fall war.

Allein diese und ähnliche Rücksichten mögen geeignet sein, den Gesetzgeber zu veranlassen, die veralteten Satzungen abzuändern und den jetzigen Zeitverhältnissen besser anzupassen. Dieselben können aber den Richter nicht berechtigen, von dem Buchstaben und klaren Wortlaute des ihm zur Richtschnur dienenden positiven Gesetzes abzuweichen, da nur im Zweifel, wo das Gesetz dunkel lautet, ihm gestattet ist, auf die geschichtliche Veranlassung und auf sonstige Motive der Gesetze zurückzugehen und denselben hiernach im Wege der logischen Interpretation engere oder weitere Grenzen zu ziehen . . .

DAAG. vom 7. Juni 1858. Reg. Nr. 550 ⁵⁷/₅₈.

μ.

5.

Unbedingte Geltung der Nativitätstermine bei Klagen auf außereheliche Waterschaft und Kindesnahrung nach preussischem Rechte.

In einer nach preussischem Rechte zu entscheidenden Rechtsache fragte es sich, ob in dem Falle, wenn eine außerehelich geschwängerte Weibsperson vor dem 210. Tage nach dem Vollzuge des kritischen Bellschlafes von einem unreifen lebenden Kinde entbunden wurde, außer der Klage auf Entschädigung und Ersatz der Tauf- und Kindbettkosten auch Klage auf Waterschaft und Kindesnahrung gestellt, sofort auch in dieser Richtung der der Geschwädten in §. 1090 Tit. I Thl. II des Allg. LR. vorbehaltene Beweis der Frühgeburt zugelassen werden könne. Oberstrichterlich wurde diese Frage aus folgenden Gründen verneint:

Der §. 618 Thl. II Tit. 2 des preussischen Landrechtes verweist wegen Untersuchung und Beurtheilung der Frage, „ob ein uneheliches Kind von dem angegebenen Vater erzeugt sei“, auf die in Thl. II Tit. 1 Abschn. 11 enthaltenen Grundsätze. Hier wird — §. 1027 — als Regel vorangeschickt: „daß der Schwängerer die Geschwächten zu entschädigen und das Kind zu versorgen habe“. Nachdem sofort in den §§. 1028—1043 die erste, in den §§. 1044—1088 die zweite Art der der Geschwächten gebührenden Entschädigung abgehandelt ist, wird im §. 1089 als Grundbedingung aller gesetzlichen Entschädigungsarten das Erfolgssein der Niederkunft der Geschwächten innerhalb des 210. und 285. Tages nach dem Beischlafe festgesetzt. Diese Vorschrift muß in Folge obiger Hinweisung auch für die Waterschaft gelten.

Wenn gleichwohl der folgende §. 1090 eine Ausnahme davon zu machen scheint, so ist doch solche ausdrücklich nur zu Gunsten der Geschwächten bezüglich der in den speziell allegirten §§. 1028 und 1029 bestimmten Entschädigungsart ¹⁾ geschehen, läßt sich daher auf Waterschaft und Versorgung des Kindes nicht ausdehnen, weil die nahegelegene Mitallegation des §. 1027 unterblieben ist, Ausnahmen strenger Interpretation unterliegen, und daher nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber eine eben erst aufgestellte Regel von so durchgreifender Wirkung durch eine in ihrer Erfassung so schwankende Ausnahme habe umstoßen wollen, ohne sich darüber mit voller Bestimmtheit auszusprechen.

Es kommt aber auch noch hinzu, daß die Anwendung fraglicher Ausnahme auf vorliegenden Fall

¹⁾ Ingleichen bezüglich der Ausstattung.

deßhalb zweifelhaft wird, weil der §. 1090 durch den Gebrauch des Ausdruckes „Frucht“ kein lebensfähiges Kind im Auge zu haben scheint, während das Kind der Klägerin, so weit die Akten reichen, zur Zeit der Klagestellung sich noch am Leben befand.

Mit der Auffassung, daß rechtzeitiger Erfolg der Niederkunft nach §. 1089 unumstößliche Vorbedingung der Vaterschaft sei, daher ein Beweis dagegen aus der unreifen Beschaffenheit des Kindes nicht zugelassen werden dürfe²⁾, stimmen auch die Kommentatoren des preussischen Rechtes,

Bornemann Bd. V S. 357 und Gräfit cons. Bd. III S. 223 Nr. 7,

überein, und verdient endlich das Verufen der Revidentin auf die Gleichheit des Grundes für Mutter und Kind, bez. auf eine Inkonssequenz der Gesetzgebung keine Beachtung, weil die wichtigen Folgen, welche sich an die Vaterschaft knüpfen, wohl einen Unterschied zu rechtfertigen vermögen und die vermeintliche Inkonssequenz wegfällt, wenn der Gesetzgeber kein lebensfähiges Kind im Auge hatte.

OMGE. vom 3. Oktober 1857. Reg. Nr. 1351^{56/57}.
ß. K. *

6.

Reclamatio uxoria des fränkischen Rechtes gegen Vergleiche.

Hierüber verbreiten sich die Motive einer obersterichterlichen Entscheidung in folgender Weise:

²⁾ D. h. daß der Beweis des rechtzeitigen Erfolges der Niederkunft nicht durch den Beweis der unreifen Beschaffenheit des (vor dem 210. Tage nach dem Weischnase geborenen) Kindes ersetzt werden könne.

Mit Recht hat die Vorinstanz angenommen, daß eine reclamatio uxoria gegen den zwischen dem Ehemanne der Klägerin und M. N. abgeschlossenen Vergleich unstatthaft sei. Wiewohl, wie in der Vorinstanz gezeigt, das weibliche Reklamationsrecht nicht bloß bei Veräußerung von Immobilien eintritt, sondern auch gegen andere vom Ehemanne abgeschlossene, den Eheleuten nachtheilige Verträge geltend gemacht werden kann, und obgleich ein Vergleich auch als eine Art von Vertrag im weiteren Sinne des Wortes zu betrachten ist; so müssen doch Vergleiche — auch ohne daß eine besondere Ausnahme im Gesetze ausdrücklich gemacht wird — ihrer eigenthümlichen Natur und den bezüglich ihrer geltenden gesetzlichen Bestimmungen gemäß als über das weibliche Reklamationsrecht erhaben betrachtet werden.

Durch den Vergleich soll eine Streitigkeit, gleichwie durch Urtheil, definitiv entschieden, der Prozeß beendet werden, jede weitere Verhandlung darüber ausgeschlossen sein, wie die Sache durch Urtheil hätte entschieden werden müssen, wenn sie nicht verglichen worden wäre.

Eine solche Verhandlung würde aber nöthig werden, wenn darüber Erkenntniß erlassen werden wollte, ob der Vergleich für einen der Transigenten evident nachtheilig sei. Der Vergleich soll nicht, wie andere Verträge, auf dem Grunde eines Irrthumes oder einer Läsion angefochten werden können; eine solche Aufsechtung ist aber die Tendenz des reklaminirenden Eheweibes.

Es läßt sich dagegen nicht einwenden, daß die Unantastbarkeit des Vergleiches nur zwischen den Transigenten selbst zu gelten habe, den Dritten Dritter jedoch, hier des Eheweibes, keinen Eintrag thun könne.

Das Gesetz gibt zwar dem Eheweibe ein selbst-

ständiges, selbst gegen den Willen des Ehemannes geltend zu machendes Reklamationsrecht, wodurch dessen Vermögensadministrationsrecht moderirt werden soll.

Alein bei bestehender Gütergemeinschaft muß in Folge der Gemeinschaftlichkeit und Untrennbarkeit der Vermögensrechte und des Interesse jeder Schritt des einen Eheheiles als gemeinschaftlicher beider Eheleute betrachtet werden.

Gleichwie der Ehemann den Vergleich nicht für sich allein, sondern zugleich für seine Ehefrau abgeschlossen hat, wird auch die Reclamation gegen den Vergleich nicht im gesonderten Interesse des Eheweibes sondern zugleich auch für den Ehemann erhoben.

Mit Unrecht wird in der Revisionschrift aufgestellt, es könne auf diese Art das weibliche Reklamationsrecht dadurch gänzlich frustirt werden, daß man einen nachtheiligen Vertrag mit dem Namen Vergleich bezeichne. Es hat nicht darauf anzukommen; wie die Interessenten eine Uebereinkunft bezeichnen, sondern darauf, was sie ihrer Natur und ihrem Wesen nach ist, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine Uebereinkunft, welche den Namen Vergleich nicht verdient, wodurch z. B. der Verklagte dem Kläger mehr einräumt, als die Klage verlangt, auch die gesetzliche Begünstigung der Vergleiche, namentlich die Befreiung von der *reclamatio uxoria* nicht anzusprechen hat.

DABGrf. vom 21. April 1857. Reg.-Nr. 231⁵⁶/57.
β. κ.*

Nachtrag: G. 206 füge nach der Ueberschrift bei: „Vgl. Bb. V G. 276.“

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der Verletzung über die Hälfte. — Gerichtsstand für Rückkaufklagen. — Verkauf einer fremden Sache. — Wirklichkeit eines Vertrages, durch welchen eine Leistung zu Gunsten eines Dritten stipulirt wird. — Ina separationis der Erblassergläubiger. Umfang der Zuständigkeit der Verlassenschaftsbehörde. — Rechtsverhältnis des in einem offenen kaufmännischen Geschäft angestellten Kommiss.

Zur Lehre von der Verletzung über die Hälfte.

Bei einem Vertrage, wodurch eine Sache gegen eine Gegenleistung erworben oder weggegeben wird, ist der über die Hälfte verletzte Kontrahent berechtigt, auf Reszission des Vertrages und Zurückgabe der gegenseitigen Leistungen zu klagen. Der Beklagte kann aber die Reszission abwenden, wenn er dem Kläger die Differenz der bedungenen Gegenleistung und des wahren Werthes vergütet, beziehungsweise nachläßt ¹⁾.

Das Gesetz läßt dem wegen übermäßiger Verletzung in Anspruch genommenen Kontrahenten die freie Wahl, ob er anstatt zu restituiren die Differenz ausgleichen wolle, — wie die Worte „si emtor elegerit“ in der const. 2 de rescind. vend. ausdrücklich entnehmen lassen. Es besteht in dieser Hinsicht auf Seite des Beklagten keine obligatio alternativa, welche in fr. 128 de V. O. (45, 1)

¹⁾ Const. 2 und 8 de reso. vend. (4, 44). Vgl. Bl. f. R. u. Wb. 22 S. 368.

mit den Worten bezeichnet wird: „*utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem*“, sondern eine *facultas alternativa*, vermöge welcher dem Verpflichteten gestattet ist, statt Dessen, was in obligatione ist, etwas Anderes ratione solutionis zu leisten, wie dieses z. B. bei der *noxae datio* der Fall ist ²⁾. Die Klagbitte kann daher nicht alternativ, sondern nur auf Vertragsreszission, wofern Beklagter sich nicht zur Lösonsvergütung verstehen wollte, gerichtet werden.

Hiernach erscheint die Klage auf Vertragsreszission wesentlich dadurch bedingt, daß der Beklagte zur Zeit ihrer Anbringung sich noch in der Lage befinde, von der ihm gesetzlich gestatteten Wahlbefugniß Gebrauch machen zu können.

Es unterliegt folglich keinem Zweifel, daß dem Käufer die Klage auf Vertragsreszission wegen erlittener *laesio enormis* in dem Falle versagt ist, wenn er die Sache anderweit veräußert und einem Anderen tradirt hat, weil er nun seinerseits die Zurückgabe der empfangenen Sache nicht mehr bewirken kann und den Käufer außer Stand gesetzt hat, von der demselben gesetzlich zustehenden Wahlbefugniß Gebrauch machen zu können ³⁾.

Ebensowenig kann aber auch die nur auf Vertragsreszission gehende Klage von dem verletzten Verkäufer gegen den Käufer mit Erfolg angestellt werden, wenn dieser das Kaufsobjekt, bevor gegen ihn geklagt wurde, anderweit veräußert hat, weil ihm die Zurückgabe desselben, sofern er solches

²⁾ Fr. 6 §. 1 de re jud. (42, 1). Seuffert, *Pr.* §. 230 a. E. (3. Ausgabe). Glük, *Pand. Roman.* Bd. XVII §. 1029 S. 73. v. Wangerow, *Leitsaden* §. 611 Nr. IV.

³⁾ Glük a. a. O. §. 1030 Nr. 9 S. 86. Seuffert, §. 272 Nr. 7 lit. a.

nicht auf's neue wieder erworben haben sollte, nicht mehr möglich und somit auch die Voraussetzung weggefallen ist, unter welcher er von der ihm gesetzlich gestatteten Wahlbefugniß Gebrauch machen könnte.

Der verletzte Verkäufer ist zwar in dem Falle, wenn der Käufer die Veräußerung arglistig, um die Ansprüche desselben zu vereiteln, vorgenommen hat, allerdings zu einer Klage gegen den Käufer berechtigt, diese kann aber alsdann nicht auf Vertragsrescission, sondern nur auf vollständige Entschädigung gerichtet werden ⁴⁾.

Streitig aber ist die Rechtsfrage, ob eine Entschädigungsforderung des Verkäufers auch in dem Falle begründet sei, wenn die Veräußerung von Seite des Käufers im guten Glauben geschah?

Mehrere Rechtslehrer sind der Ansicht, daß in diesem Falle dem Verkäufer mit Hinsicht auf fr. 14, fr. 26 §. 12 und fr. 65 §. 8 de cond. indeb. (12, 6). eine Entschädigungsklage gegen den Käufer insoweit, als dieser durch die Veräußerung wirklich bereichert worden ist, zu gestatten sei ⁵⁾.

Die in Bezug genommenen Gesetzesstellen enthalten jedoch keine dispositive Entscheidung der vorwürflichen Frage. Daß fr. 14 steht mit fr. 13 §. 1 in Verbindung, worin vorkommt, daß ein Mündel, welcher ein Darlehen ohne Ermächtigung des Vormundes erhalten und sich dadurch bereichert hat, daß nach erreichter Mündigkeit bezahlte Darlehen

⁴⁾ Glüd, §. 1031 S. 112. Seuffert, §. 272 Nr. 7 lit. b.

⁵⁾ Glüd a. a. D. S. 114. v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilrechts Bd. II §. 147 §. 199 5. Ausg. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. II Abth. 2 S. 611 zu 23. v. Bangerow a. a. D. Nr. V S. 332. Unterholzner, Schulverb. Bd. II S. 248 Note m. Sintonis, prakt. g. Civ.-R. Bd. III S. 640 (Nr. V a. C.).

nicht als ein *indebitum* zurückfordern könne, und in fr. 14. wird als Grund hievon angegeben, weil es nach dem Naturrechte billig sei, daß Niemand mit dem Schaden eines Anderen reicher werde.

In fr. 26 §. 12 wird erörtert, ob und inwiefern ein Freigelassener für die dem Patron in der Meinung einer Schuldigkeit geleisteten Dienste Entschädigung verlangen oder Das, was er dem Patron statt der Dienste in Geld bezahlt hat, mit der *condictio indebiti* zurückfordern könne. Im Verlaufe dieser Erörterung kommt der Satz vor:

„interdum licet aliud praestemus, aliud condecimus: ut puta fundum indebitum dedi, et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes“.

Der Inhalt des fr. 65 §. 8 lautet:

„Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus: si nesciens, non teneberis, sed propter operas ejus liberti, et ut hereditatem ejus restituas“.

Diese Gesetzesstellen erscheinen zur Unterstützung jener Meinung nicht dienlich. Was insonderheit die in fr. 14 cit. als Entscheidungsgrund angeführte und auch in fr. 206 de regul. jur. (50, 17) enthaltene Regel, daß sich Niemand durch den Schaden eines Anderen bereichern soll, anbelangt, so ist dieselbe, wie bereits v. Savigny⁶⁾ bemerkt hat, so allgemeiner und unbestimmter Natur, daß sie eine unmittelbare Anwendung auf die Beurtheilung praktischer Rechtsfragen gar nicht zuläßt, sondern lediglich auf die Entstehung mancher Rechtsregeln Einfluß gehabt hat, so daß sie höchstens als einzelnes Element in wirklich praktischen Regeln enthalten ist, wo sie nur in Verbindung mit sehr

⁶⁾ System Bd. III S. 451.

konkreten Voraussetzungen Leben und Wirksamkeit erhält.

Wollte man jener Regel nach ihrer buchstäblichen Fassung praktische Anwendbarkeit einräumen, so würde man bei deren konsequenten Durchführung zu dem Resultate gelangen, daß jeder theuere Kauf und jeder wohlfeile Verkauf, weil durch ihn der eine Kontrahent mit dem Schaden des anderen bereichert wird, ohne Weiteres angefochten werden könne. Damit wäre aber nicht nur die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf der Möglichkeit des Gewinnes und Verlustes durch freien Austausch beruht, untergraben, sondern man käme auch mit anderen Stellen des römischen Rechtes, welche eine Uebersvortheilung im Handel und Wandel für erlaubt erklären¹⁾, geradezu in Widerspruch.

Nicht jede Bereicherung, wenn sie auch einem Anderen zum Nachtheile gereicht, begründet daher schon an sich einen Anspruch desselben auf Vergütung, sondern nur unter der Voraussetzung, wenn sie eines rechtlichen Grundes ermangelt. Der Mangel eines Rechtsgrundes für die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines anderen Vermögens bildet die allgemeine, auf der natürlichen Billigkeit beruhende Grundlage aller Konditionen²⁾. Wo also Etwas aus dem Ver-

¹⁾ fr. 22 §. 3. locati (19, 2): „Quemadmodum in omendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus juris est“. — Fr. 16, §. 4. de minorib. (1, 4.): „Idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“.

²⁾ fr. 66 de cond. ind. (12, 6), fr. 65 §. 4 eod. fr. 25 de acq. rer. amotar. (25, 2.) Savigny, System

mögen oder aus Vermögensrechten des Einen in das Vermögen eines Anderen gekommen ist, und die für Letzteren auf Kosten des Ersteren eingetretene Vermögensvermehrung eines rechtlichen Grundes ermangelt, sei es, daß dieser gleich ursprünglich gefehlt hat oder erst in der Folge wegfiel, da ist es recht und billig, daß hierin liegende Unrecht wieder aufzuheben, durch Zurückgabe, Erstattung oder überhaupt durch Beseitigung des zugegangenen Nachtheiles^{*)}).

Der unter der erwähnten Voraussetzung geltende und zu den Konditionen führende Grundsatz, daß sich Niemand durch den Schaden eines Anderen bereichern soll, kann aber auf einen zweiseitigen Vertrag, namentlich auf ein Kaufgeschäft, keine passende Anwendung finden, wenn auch der eine Kontrahent dadurch, daß ihm der andere die Sache zu wohlfeil verkauft oder zu theuer abgekauft hat, auf Kosten desselben bereichert wurde, weil Daß, was der eine Kontrahent vermöge des eingegangenen zweiseitigen Vertrages für seine Leistung von dem anderen Kontrahenten über den wahren Werth des Gegebenen als Gegenleistung empfangen hat, nicht als eine Bereicherung anzusehen ist, die eines rechtlichen Grundes ermangelt. Die juristische causa oder der Rechtsgrund, vermöge dessen die Gegenleistung empfangen wurde, besteht vielmehr hier in dem eingegangenen wechselseitig verpflichtenden Vertrage, und wenn auch der benachtheiligte Kontrahent hinsichtlich des wahren Werthes des Kaufsobjectes, soferne dieser ihm unbekannt blieb, in einem Irrthume befangen war, so betrifft dieser Irrthum doch nicht die juristische causa selbst, bezüglich welcher ein Mangel nicht zu

Wd. V §. 525. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Wd. II §. 877.

*) Geuffert's P. R. §. 335 a.

ersehen ist, sondern nur die materielle Werthschätzung der Sache, die außer dem Rechtsgebiete liegt ¹⁰⁾).

Hiernach verdient die schon von Peter de Toullieu ¹¹⁾ und im Bd. IV S. 126 dieser Blätter ausgeführte Ansicht den Vorzug, nach welcher dem Verkäufer keine Entschädigungsfrage zu gestatten ist, wenn der Käufer das Kaufsobjekt in Folge einer im guten Glauben — ohne Arglist — vorgenommenen weiteren Veräußerung nicht mehr restituiren kann.

In einem zur oberstrichterlichen Entscheidung gekommenen Rechtsfalle handelte es sich insonderheit von der Frage, ob die Klage auf Vertragserzission auch durch eine zwar in gutem Glauben aber nur theilweise geschehene weitere Veräußerung und Tradition des Kaufsobjektes ausgeschlossen werde?

Der Gegenstand des beiderseits erfüllten Kaufvertrages war eine Waldung; die Käufer derselben verkauften alsbald alle auf deren Grund und Boden stehenden Bäume, behielten aber das Eigenthum des Grund und Bodens für sich, und die Käufer der Bäume hatten, bevor Klage erhoben war, bereits den dritten Theil des Holzes gefällt. Die Verkäuferin der Waldung klagte nun wegen angeblich erlittener Verletzung über die Hälfte gegen ihre Käufer und bat, daß denselben, soferne sie sich nicht zu einer dem Werthe der Waldung angemessenen Erhöhung des stipulirten Kaufpreises verstehen sollten, die Restitution des Kaufsobjektes gegen Rückempfang des bezahlten Kaufgeldes auferlegt werde, womit die Nebenbitte verbunden wurde, die Beklagten zur Vergütung aller aus dem Kaufsobjekte gezoge-

¹⁰⁾ Savigny, System Bd. III S. 360 u. Note e. Bd. V S. 526.

¹¹⁾ Glüd a. a. O. S. 112.

nen Früchte und seit der Uebergabe eingetretenen Werthsminderungen *praevia liquidatione* zu verurtheilen. Die Beklagten bestritten, unter Widerspruch der von der Klägerin behaupteten enormen Läsion, die Statthaftigkeit der Klage vorzüglich aus dem Grunde, weil von ihnen bereits vor deren Anbringung das sämtliche Holz der erkauften Walzung anderweit veräußert und in Folge dessen auch schon der dritte Theil derselben abgetrieben worden, die Beklagten daher nicht mehr in der Lage seien, das Kaufsobjekt vollständig zurückzugeben, folglich auch nicht von der ihnen gesetzlich gestatteten Wahlbefugniß Gebrauch machen zu können. Diese in erster Instanz für begründet erachtete Einrede wurde in zweiter und dritter Instanz verworfen und auf den von der Klägerin zu liefernden Beweis der enormen Läsion erkannt. Das oberstichterliche Erkenntniß vom 9. Februar 1857 (Reg.-Nr. 246⁵⁵/₅₆) enthält in den Gründen folgende Ausführung:

„Die Aufstellung, daß die Klage auf Vertragsverzißion auch durch eine theilweise Veräußerung und Tradition des Kaufsobjektes ausgeschlossen werde, ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig, weil nach Beschaffenheit des konkreten Falles immer auf das Verhältniß des weiter veräußerten und tradirten Theiles zum Ganzen und hiernach besonders darauf Rücksicht zu nehmen ist, ob dadurch eine wesentliche Veränderung in der Substanz des Kaufsobjektes oder nur eine dieselbe nicht alterirende bloße Abminderung bewirkt worden sei. Zwei Drittel der fraglichen Walzung befinden sich noch im unveränderten Zustande und es ist sonach dieselbe zum größten Theile noch wirklich vorhanden. Da die hierauf befindlichen Bäume, weil sie noch auf dem Grunde und Boden stehen, keinen von diesem getrennten Körper bilden, noch nicht Eigenthum der Holzkäufer geworden sind, wenn ihnen auch dieselben überwiesen worden sein

sollten, — indem sogar die Zahlung des Kauffschillinges für sich allein noch keinen Uebergang des Eigenthumes bewirken konnte, fr. 40 de act. emt. vend. (19, 1), — so sind die Beklagten immer noch als Besitzer der zum größten Theile vorhandenen Waldbung zu betrachten, deren Substanz dadurch, daß der dritte Theil des Holzes von dessen Käufern abgetrieben wurde, zwar eine Schmälerung, aber keine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung erlitten hat. Durch den bloß theilweise erfolgten Holzabtrieb ist den Beklagten, im Falle Klägerin wirklich eine enorme Läsion erlitten haben sollte, die Möglichkeit nicht entzogen, das Kaufsobjekt gegen Rückempfang des Kauffschillinges an die Klägerin zurückzugeben, oder statt dessen, wenn sie von der ihnen zustehenden Wahlbefugniß Gebrauch machen wollen, die entsprechende Werthvergütung zu leisten. Der erwähnte Umstand vermag daher die erhobene Reszissionsklage, an deren Natur und Eigenschaft durch die ihr beigelegte (obenerwähnte) Nebenbitte Nichts geändert wurde, nicht auszuschließen. In dieser Hinsicht ist auch kein erheblicher Unterschied darin zu finden, ob die Veräußerung des dritten Theiles des Holzes der Waldbung, welcher nicht mehr vorhanden ist, als ein den Beklagten zu Theil gewordener Fruchtbezug oder als eine von ihnen durch Deterioration herbeigeführte Werthsminderung der Waldbung betrachtet wird, weil die Verbindlichkeit sowohl zur Restitution der gezogenen Früchte und Nutzungen als auch zur Vergütung allenfallsiger der Sache zugefügten Beschädigungen eine natürliche Folge jeder Vertragsreszission ist, wobei es übrigens der Billigkeit entspricht, daß mit den Früchten die vom Kaufgelbe bezogenen oder zu erheben gewesenen Zinsen verhältnißmäßig kompensirt werden.“¹²⁾

³/₇.

¹²⁾ Gl. 14 d. a. a. O. §. 1031 und Ob. XX §. 1111 C. 71.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Gerichtsstand für Lösungsklagen.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung lauten, wie folgt:

Der Beklagte hat der Klage auf Lösung einer Hypothek die gerichtsab lehrende Einrede entgegen gesetzt, welche von der ersten Instanz verworfen, von der zweiten Instanz begründet erachtet wurde, und es fragt sich daher, ob die gegenwärtige Klage auf Lösung einer Hypothek vor dem persönlich Forum des Beklagten oder vor dem Gerichtsstande der gelegenen Sache anzubringen ist. Wenn es sich um die Bestimmung des Gerichtsstandes handelt, dann entscheidet über die rechtliche Natur und Eigenschaft der Klage der Rechtsgrund, aus welchem geklagt wird. Der Kläger hat nun seine Klage auf Lösung der Hypothek auf die Erlösung der Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden war, durch Schenkung und Kompensation gegründet, sohin auf ein persönliches Rechtsverhältniß. Wenn der Kläger das persönliche Rechtsverhältniß — die Schenkung oder die Kompensation — nachweist, dann folgt hieraus die Lösung der Hypothek von selbst, und es handelt sich daher lediglich um die Feststellung eines persönlichen Rechtsverhältnisses, der Gegenstand des Streites betrifft einen rein persönlichen Rechtsanspruch und hierüber kann nur der ordentliche Richter des Wohnortes des beklagten Theiles entscheiden. Der Klage liegt die Behauptung zum Grunde, daß der früher bestandene Rechtsgrund weggefallen sei, die Klage erscheint daher als die *condictio indebiti* ¹⁾, gerichtet auf die Befrei-

¹⁾ Vielmehr *condictio sine causa* — vgl. *const. 2 de cond. ex lege et sine causa* (4, 9).

ung von der durch Eintrag ohne Rechtsgrund bestehenden Obligation, sohin als eine Klage, die nur ein persönliches Recht zum Gegenstande hat. Es kann daher der Klage nur die Eigenschaft einer persönlichen Klage beigelegt werden, woraus sich ergibt, daß sie nicht vor das Forum der gelegenen Sache, sondern vor den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten gehört ²⁾).

DAGE. vom 5. Juni 1858. Reg.-Nr. 781²⁷/₅₈.

2.

Verkauf einer fremden Sache.

Nach fr. 34 §. 3 de contrah. emt. (18, 1) soll der Verkauf einer Sache nichtig sein, wenn beide Theile wußten, daß sie gestohlen sei. Allein daraus folgt nicht, daß der Verkauf über jede Sache ungültig sei, welche nach gutem Wissen beider Theile nicht im Eigenthume des Verkäufers ist. Die Wissenschaft des Käufers schließt bloß den Regreß desselben im Falle der Eviction aus; er soll das Gegebene nicht zurückfordern können,

const. 27 de evict. (8, 45) ¹⁾,

²⁾ Vorstehendes Erkenntniß stimmt mit Dem überein, was Lehner in seinem Lehrbuch der bayer. Hyp. u. Ordn. §. 203 S. 262—3 über die Gerichtszuständigkeit bei Lösungsklagen ausführt. — In einem früheren (in Bd. 18 Erg.-Bl. S. 13 ff. mitgetheilten) Erkenntnisse entschied sich der oberste Gerichtshof in einem dem obigen gleichgearteten Falle für die Zuständigkeit des forum rei sitae. — Vgl. auch Bd. 11 S. 341 ff. Eine nochmalige Erörterung der vorwürflichen Frage bleibt vorbehalten. — Red.

¹⁾ Vgl. Glüß Komment. Bd. 16 S. 33 ff. Wangerow, Lehrbuch d. Pand. Bd. III §. 610 Anm. 5.

und gerade daraus, daß das Gesetz nur die Existenzleistung ausschließt und die Rückforderung des Kaufschillings nicht gestattet, ist zu schließen, daß ihm die Ansicht von einer Ungültigkeit des ganzen Kaufgeschäftes fremd sei.

DAßGef. vom 5. Juni 1857. Reg.-Nr. 1277⁵⁵/₅₆.
ß. κ.*

3.

Rechtliche Wirksamkeit eines Vertrages, durch welchen eine Leistung zu Gunsten eines Dritten stipulirt wird.

Bgl. Bb. XV S. 152, Bb. XXII S. 320.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir, was folgt:

Nach einer entschiedenen deutschrechtlichen Praxis sind auch solche Verträge, durch welche eine Leistung zu Gunsten eines Dritten versprochen und acceptirt wird, gültig, und werden aus denselben, ohne daß es einer Cession des Forderungsrechtes bedarf, dem Dritten Rechte erworben, und zwar nicht bloß dann, wenn der eine Kontrahent im Auftrage des Dritten, sondern auch dann, wenn er als dessen negotiorum gestor gehandelt hat, insofern im letzteren Falle der zu Gunsten des Dritten abgeschlossene Vertrag von diesem genehmigt wird.

Mevius decis. IV dec. 112 Nr. 5; Stryk usus mod. pand. lib. II tit. 14 de pactis §. 12; Kreittmayr in den Anmerk. zum bayer. LR. Tit. IV Kap. 1 §. 13; Glück, Kommentar Bb. 4 §. 343 S. 564—5; Wangerow, Lehrbuch Bb. 3 §. 608 S. 294—5 (Auff. 6 S. 319).

Die Genehmigung der (zwischen M. S. und dem Beklagten abgeschlossenen) Uebereinkunft vom 18. Oktober 1849 von Seiten des Klägers ist aber, abgesehen von der ausdrücklichen Behauptung desselben, daß M. S. diese Uebereinkunft mit seiner vorgängigen Einwilligung und nachträglichen Ge-

nehmung abgeschlossen habe, jedenfalls thatsächlich dadurch erfolgt, daß Kläger die Urkunde über die Uebereinkunft vom 18. Oktober 1849 in Empfang genommen und dieselbe gegen den Beklagten geltend gemacht hat.

Ob. u. d. G. vom 3. Juni 1853. Reg.-Nr. 518⁵¹/62.
 . . . h . . .

4.

Jus separationis der Erbschaftsgläubiger. Umfang der Zuständigkeit der Verlassenschaftsbehörde.

Wgl. Wb. XX S. 185.

Das kgl. Landgericht N. hatte in seiner Eigenschaft als Verlassenschaftsbehörde bei der Ausantwortung des Rücklasses des A. B. an die Erbschaftskäufer auf den Antrag eines Erbschaftsgläubigers einen der Forderung dieses Gläubigers entsprechenden Betrag bis auf weitere Verfügung in deposito behalten. Die hiegegen von den Erbschaftskäufern erhobene Extrajudizialbeschwerde hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen des — das Erk. des App.-Ger. bestätigenden — oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir Folgendes:

Die Erbschaftskäufer bestreiten vor Allem der Verlassenschaftsbehörde die Befugniß, eine solche Maßregel zu treffen. Allein mit Unrecht. . . . Wenn die Verlassenschaftsbehörde auf Antrag eines Erbschaftsgläubigers bei der Extradition des Rücklasses einem der Forderung jenes Gläubigers entsprechenden Betrag bis auf weitere Verfügung, — worunter nichts Anderes verstanden werden kann, als bis der Civilrichter über die Differenz zwischen den Erbschaftskäufern und dem Erbschaftsgläubiger entschieden haben wird, — zurückbehalten hat, so hat die Verlassenschaftsbehörde sich keine Entschlei-

bung eines streitigen Rechtsverhältnisses angemacht, vielmehr diese Entscheidung dem Civilrichter vindicirt; sie hat dem Gläubiger seine Forderung weder zuerkannt noch aberkannt, sohin nicht über Mein und Dein der Betheiligten entschieden, sondern lediglich eine provisorische Maßregel zur Sicherung der Ansprüche des Gläubigers getroffen, wozu dieselbe berechtigt war, da ihr die Sicherung der Ansprüche sowohl der Erben als der Erbschaftsgläubiger obliegt, insoweit es, ohne sich eine Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses anzumäßen, geschehen kann.

Die von der Verlassenschaftsbehörde vorgenommene provisorische Maßregel erscheint aber auch als begründet. Nach gemeinem Rechte kann nämlich der Gläubiger seine Befriedigung aus der Masse verlangen und ist nicht schuldig, nach Vertheilung der Masse die einzelnen Erben zu belangen. Gegen nämlich die Gläubiger des Erblassers Besorgniß, daß sie durch Zusammenwerfung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen des Erben beeinträchtigt werden könnten, so können sie verlangen, daß der Nachlaß ihres Schuldners von dem Vermögen des Erben gesondert und vorzugsweise zu ihrer Befriedigung verwendet werde. Jeder Gläubiger hat das Recht, diese Absonderung zu verlangen, und das *beneficium separationis* dient dem Gläubiger als Hülfsmittel, um nicht mit den Gläubigern des Erben zusammengeworfen zu werden.

Fr. 1 de separ. (42, 6). Seuffert's Pand. N. S. 573; Holzschuher, *Rasulistik* Bd. II Abthl. 1 S. 747.

Hiebel kommt es übrigens nicht darauf an, wie die Vermögensverhältnisse des Erben beschaffen sind, ob er solvent ist oder nicht, und ob für den Gläubiger eine Verlustgefahr zu befürchten ist; es genügt vielmehr, wenn der Gläubiger die Besorgniß

hegt, daß er bei der Zusammenverfung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen des Erben beeinträchtigt werden könnte, und die Separation des Nachlasses von dem Vermögen des Erben kann auch dann verlangt werden und ist auch dann gesetzlich begründet, wenn das Vermögen des Erben nicht mit Schulden belastet oder überschuldet ist.

Seuffert's Archiv Bd. II Nr. 312
S. 392.

Ebenso ist es nicht nothwendig, daß die Forderung des Erbschaftsgläubigers liquid sei. Denn auch den Gläubigern, die eine Forderung unter Zeitbestimmung besitzen, oder die nur eine bedingte Forderung haben und deshalb noch nicht auf ihr Geld klagen können, wird die Sonderung bewilligt, weil die gemeinsame Sicherheitsmaßregel zu ihrem Besten dienen soll.

Fr. 4 de separ. (42, 6) Holzschuher
Rasuitik Bd. II Abthl. 1 S. 747.

Uebrigens ist die Deservitenforderung auch bescheinigt; denn es ist aus den Vorakten ersichtlich, daß der k. Advokat F. dem Erblasser in den von ihm bezeichneten Prozessen Patrozinanz geleistet hat, und es bedarf eigentlich nur mehr der Festsetzung des Deservitoriums durch den Civilrichter.

Ebenso ist auch die Besorgniß des Erbschaftskäufers, daß durch die Separation bezw. durch die Deponirung die Partierollen geändert und ihm zum Nachtheile und gegen seinen Willen die Rolle des Klägers aufgebürdet werde, ungegründet, da ihm das Mittel der Provokation zu Gebote steht.

Die Separation ist zwar dann unstatthaft, wenn der Erbe die Erbschaft verkauft hat und kein Verdacht des Betruges vorliegt, weil Das, was der Erbe in gutem Glauben gethan hat, aufrecht erhalten zu werden pflegt.

Fr. 2 de separ. (42, 6).

Mein diese gesetzliche Bestimmung findet hier beßhalb keine Anwendung, weil der Gläubiger schon am 19. Juli 1850, sohin gleich nach dem am 20. März 1850 erfolgten Ableben des Erblassers und schon ehe noch der Erbschafts Kauf geschehen war seine Forderung angemeldet und um Befriedigung aus der Masse gebeten hatte.

DABGrf. vom 24. April 1857. Reg.-Nr. 685⁵⁶/₅₇.

W . . . r.

5.

Rechtsverhältniß des in einem offenen kaufmännischen Geschäfte angestellten Kommiß.

Wenn auch der Kommiß in einem offenen kaufmännischen Geschäfte wohl befugt ist, die in dem Geschäfte vorhandenen Waaren zu veräußern, und hierdurch seinen Dienstherrn rechtlich verbindlich zu machen, so geht doch diese Befugniß nicht so weit, fällige Forderungen anzuerkennen und solche durch Ueberlassung von Waaren zu decken. Diese letztere Befugniß folgt nicht von selbst aus seiner Stellung als Kommiß, kann ohne Hinzutritt von besonderen Umständen nicht präsumirt werden, und der Forderungsberichtigte kann nicht ohne Weiteres aus dem Auerkenntnisse der Forderung und aus der Ueberlassung von Waaren zur Deckung der Forderung Rechte gegen den Dienstherrn des Kommiß ableiten. Der Dienstherr wird aus den Handlungen des Kommiß nur dann dem Dritten gegenüber rechtlich verbindlich, wenn dieser bei Eingehung des Geschäftes mit dem Kommiß nach Lage der Sache mit Recht annehmen konnte, daß dieser zum Abschlusse des Geschäftes mit ihm berechtigt sei.

Grf. des DAB. zu Dresden vom 12. Juni 1857.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung
N. F. Bd. 17 S. 176—7.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Advokaten-Disziplinarvorschriften sind auf Fiskale nicht anwendbar. — Berufungsformalien bei Erkenntnissen in der Liquidationsinstanz. — Adhäsion in Enteignungssachen. — Umtausch der zu einem Fideikommiß gehörigen Grundrenten. Ablösungs-Schuldbriefe gegen ausländische Staatspapiere. — *Exceptio de jure tertii*. Einstandsrecht nach bayerischem Landrechte. — Familienstand außerehelicher Kinder nach Würzburger Landrecht. Uebereinkunft, die Verschweigung des Namens des außerehelichen Vaters betr. — Versprechen eines Ehemannes, mit seiner Ehefrau Würgschaft leisten zu wollen. (Ramb. R.)

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Advokaten = Disziplinarvorschriften sind auf Fiskale nicht anwendbar.

Als Ausfluß der Gerichtspolizei sind zweierlei Prozeßstrafen denkbar: 1) solche, welche gegen die Parteien selbst sowohl, als deren Vertreter jeder Art, z. B. Verwandte, Vormünder, Fiskale, verhängt werden können, weil die Handhabung der Ordnung des gerichtlichen Verfahrens die Strafverfügung nöthig macht, wie dieß z. B. bei ungebührlichem Benehmen vor Gericht, ungeeigneter und anstößiger Schreibart der Fall ist. Dagegen gibt es 2) auch Prozeßstrafen, welche nur durch die besondere Stellung der rezipirten öffentlichen Anwälte und die den Gerichten über dieselben zustehende Disziplin bedingt und daher auf Vertreter anderer

Nicht anwendbar sind, namentlich nicht auf Fiskalbeamte. Auf diese die bestehenden Disciplinarsvorschriften für die Advokaten anzuwenden ist durch kein Gesetz und keine Verordnung vorgeschrieben oder erlaubt, und es passen auch auf Fiskale jene Disciplinarsvorschriften und namentlich die durch solche angeordneten Advokatenstrafen wegen Frivolität von Prozeßhandlungen und offenkundiger Unstatthaftigkeit ergriffener Rechtsmittel nicht. Von solchen die Anwälte im Interesse der Rechtspflege und der Rechtssuchenden abzuhalten, ist Zweck jener Strafen, welcher Zweck auch nur bei rezipirten öffentlichen Anwälten durch sie erreicht werden kann.

Dieselben sind berechtigt wie verpflichtet, frivole Prozesse und frivole einzelne Prozeßhandlungen zu unterlassen, selbst wenn die Klienten solche verlangen.¹⁾ In solcher unabhängigen Stellung, welche es möglich macht, lediglich nach eigener Rechtsanschauung, eigenem Rechtsgefühle und Gewissen zu handeln, befinden sich die Fiskalbeamten nicht, da sie vermöge ihres Amtes verpflichtet sind, der Weisung ihrer Vorgesetzten, welche auch in wichtigeren Fällen stets erteilt wird, selbst gegen ihre Ueberzeugung Folge zu leisten, z. B. eine nach ihrer Ansicht unbegründete Klage zu erheben, einen nach ihrer Meinung bestenfalls begründeten flagrant verfolgten Anspruch gegen den Fiskus zu bekämpfen.

Die im §. 65 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 angeordnete Strafverhängung wegen formeller Unstatthaftigkeit einer Berufung, welche von der Vorinstanz gegen die Person des k. Fiskalbeamten in vorwürfiger Sache ausgesprochen wurde, kann zwar sowohl gegen die Parteien selbst als gegen die Anwälte stattfinden²⁾; allein die Anwendung derselben

¹⁾ Vgl. Bd. 12, S. 32.

²⁾ Allg. Befehl. v. 25. Jan. 1844 (Reg.-Bl. S. 113 ff.).

auf die letztgenannten ist lediglich Folge der auf Fiskalbeamte nicht passenden Disziplinargewalt der Gerichte über die rezipirten Advokaten und die Handhabung der Disziplinarverordnungen in Bezug auf die gegen solche auszusprechenden Disziplinarstrafen wegen frivoler Rechtsmittel.

DAöErk. vom 24. Juli 1858. Reg. Nr. 526 ⁵⁷/₅₈.
β. κ.*

2.

Berufungsformalien bei Erkenntnissen in der Liquidationsinstanz.

Prozeßgesetz vom 17. November 1837 §. 54 Nr. 2 und Nr. 8. Kommentar ü. d. G.D. Ausg. 2 Bd. IV S. 90; Bl. f. R.A. Bd. XIV S. 158.

Die formelle Zulässigkeit einer Revision wurde oberstrichterlich auf Grund nachstehender Erwägungen anerkannt:

Daß ein Erkenntniß im Liquidationsverfahren, welches in Gemäßheit rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache (im gegebenen Falle des Ausspruches der Verbindlichkeit der Beklagten zur Zahlung der Frohngelder) zur Feststellung der seit Martini 1834 erwachsenen Rückstände gepflogen wurde, nicht als ein Erkenntniß im Exekutionsverfahren erscheint und daher die Bestimmungen des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 §. 54 Nr. 8 und §. 108 auf solches keine Anwendung finden, ist nicht zu bezweifeln. Denn die Exekution setzt ja eine gewisse und liquide Schuld, sowohl was das Quantum als das Quale betrifft, voraus — G.D. Kap. 18 §. 1, Anmerk. hiezu lit. f. —, und dieses innerhalb der im vorausgegangenen Erkenntnisse in der Hauptsache bestimmten Gränzen und nach Maßgabe desselben herzustellen, ist eben der Zweck der f. g.

Liquidationsinstanz, welche daher nur als eine Vorbereitung für das Exekutionsstadium, nicht aber als dieses selbst sich darstellt.

Martin, Vorles. Bb. 2 S. 107.

Auch die Bestimmung des §. 54 Nr. 2. des angeführten Prozeßgesetzes ist auf derartige Erkenntnisse nicht anwendbar. Denn dortselbst handelt es sich nur um Erkenntnisse, welche nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache bloß die Zinsen, Schäden, Kosten und Früchte betreffen.

Es sind dieß bloße Accessorien der Hauptsache, welche der gestellten Klage ex natura sua anhängig sind, auf welche das Gesuch der Klage nicht gerichtet zu sein braucht, welche vielmehr der Richter von Amtswegen zuzuerkennen hat.

O. Kap. 4 §. 7, Anmerk. hiezu lit. f, bezgl. zu Kap. 14 §. 7 lit. d.

Dahin gehören aber die Rückstände nicht. Letztere hätten an sich sogleich mit aufgeklärt werden können, wenigstens bis zur Zeit der Klagestellung, während erstere ihrer Natur nach erst am Schlusse des Prozesses verzeichnet werden können.

Das Liquidationsverfahren für die eine und die andere Art ist daher an sich ein verschiedenes,

Martin a. a. O. S. 352, und können demnach die Bestimmungen für das eine, zumal die die Berufung beschränkenden, analog auf das andere nicht übertragen werden.

Vgl. OAVkten Reg. Nr. 279⁵⁷/58.

β. κ.

3.

Abhängen in Enteignungssachen.

In einer Enteignungssache hatte der Expropriat gegen das zweitrichterliche Urtheil, wodurch ihm ein (nach Maßgabe des Art. V. des Expr.-Ges.) spezis-

fizirtes Entschädigungsquantum zuerkannt war, Revision eingelegt, und um Erhöhung mehrerer Ansätze der Entschädigungssumme gebeten. Die Gegenpartei, welche ihrerseits nicht revidirt hatte, adhärirte nunmehr der Revision des Expropriaten und beantragte die Minderung an der er Ansätze der Entschädigungssumme. Die formelle Zulässigkeit dieser Abhäsion wurde oberstrichterlich aus folgenden Gründen anerkannt:

Die Werthbestimmung ist ein Ganzes für alle dabei in Betracht kommenden einzelnen Bestandtheile. Es fließt Alles ex eodem negotio (O. D. Kap. 15 §. 9 — Anmerk. lit. c) — aus der richterlichen Auffuchung einer Totalsumme für alle verschiedenartigen Beschädigungen. Daß im Urtheilsfatze die einzelnen Faktoren aufgeführt werden, für die entschädigt wird, ist zufällig und unerheblich; es bleibt immerhin der Anspruch des Expropriaten ein Ganzes, und die einzelnen Theile bilden nicht ein Aggregat verschiedener Ansprüche, sondern Faktoren oder Beweisgründe für die Totalsumme.

Es besteht also auch für die Abhäsion volle Konnexität mit der Revision, und es kann hierüber um so weniger ein Bedenken bestehen, als die entschädigungspflichtige Partei, erwartend, Expropriat werde eben so wenig revidiren als sie selbst, erst dann zur Abhäsion Veranlassung erhielt, als sie die Revision jenes der Gefahr bloß stellte, wegen Steigerung der Entschädigung in einzelnen Posten eine höhere Totalsumme als die 2. Instanz erkannt, zahlen zu müssen, welchen Folgen sie dadurch zu begegnen trachtete, daß sie anderseits im Wege der Abhäsion in Punkten, die nach obigen Erwägungen als konnex gelten müssen, eine Minderung der Summe anstrebt, in welche sie die vorige Instanz verurtheilt hat.

O. U. G. Erf. vom 28. Mai 1858 in Sachen Ostbahngesellschaft w. Orthuber. Reg. Nr. Nr. 854⁵⁷/₅₈.

— h. —

Umtauſch, der zu einem Fideiſſommiſſe gehörigen Grundrentenablöſungſchuldbriefe gegen ausländiſche Staatspapiere.
 Hierüber äußern ſich oberſtrichterliche Entſcheidungsgründe in folgender Weiſe:

Die Beſchwerde gegen die appellationsgerichtliche Entſchließung vom . . . , wodurch der Antrag des Freiherren v. M. auf Umtauſchung der zu dem Fideiſſommißvermögen gehörigen Grundrentenablöſungſchuldbriefe gegen k. k. öſterreichiſche Nationalanlehensobligationen abgewieſen worden iſt, wurde damit zu begründen verſucht, daß 1) die beantragte anderweitige Anlegung der zum Fideiſſommiß gehörigen Aktivkapitalien weder eine Veräußerung, noch eine Veränderung in der Subſtanz des Fideiſſommißvermögens, ſondern nur ein Verwaltungsakt, ſohin eine Genehmigung des Fideiſſommißgerichtes dazu geſetzlich nicht erforderlich ſei; daß aber 2) auch in dieſem Falle ein materieller Grund, die Genehmigung zu verſagen, nicht vorhanden wäre.

Dieſe Gründe vermögen aber nicht, die Beſchwerde zu rechtfertigen.

Tauſch iſt eine Art von Veräußerung und durch die Vertauſchung eines Aktivkapitales gegen ein anderes wird, wenn auch nicht quantitativ, doch qualitativ die Subſtanz verändert.

Daß eine ſolche Veränderung, wie inſbeſondere die beantragte Umtauſchung der Grundrentenablöſungſchuldbriefe, nicht ein bloßer Verwaltungsakt iſt, welchen der Fideiſſommißbeſitzer ohne Genehmigung des Gerichtes vornehmen kann, ergibt ſich aus folgenden Beſtimmungen des Fideiſſommißediktes.

Nach §. 43 Nr. 2 müſſen die Schuldbriefe über die zum Fideiſſommiß gehörigen Kapitalien auf den Namen des Fideiſſommiſſes als Gläubiger ge-

stellt, und bei Gericht zur Verwahrung hinterlegt werden ¹⁾).

Nach §. 49 ist zum Ankaufe eines Gutes aus den vorhandenen Fideikommisskapitalien die Genehmigung des Gerichtes erforderlich. Wenn also Fideikommisskapitalien ohne diese Genehmigung selbst zum Ankaufe von Realitäten nicht verwendet werden dürfen, so darf dieß um so weniger zur Umtauschung gegen andere Schuldbriefe geschehen.

Durch jede solche Verwendung werden die fraglichen Aktivkapitalien selbst veräußert und tritt etwas Anderes an ihre Stelle: es geschieht also eine Veränderung an der Vermögenssubstanz, wozu der erwähnte §. 49 die Genehmigung des Gerichtes vorschreibt.

Die Verweigerung dieser Genehmigung im gegenwärtigen Falle ist aber auch vollkommen gerechtfertigt. Auf die in Folge des Abloßungsgesetzes vom 4. Juni 1818 entstandenen Abloßungskapitalien eines Fideikommisses finden die §§. 67 und 68 des Fideikommissgesetzes Anwendung, worin die Verwendung von Abloßungskapitalien zum Ankaufe fruchtbringender Realitäten und — bis dieß geschehen kann — verzinßliche Anlegung derselben gegen hypothekarische Sicherheit vorgeschrieben ist. Anlegung solcher Kapitalien in Staatspapieren kennt das Fideikommissgesetz überhaupt nicht.

Gegenwärtig besteht allerdings in Folge des Gesetzes vom 4. Juni 1818 ein großer Theil des Fideikommissvermögens in k. b. Grundrenten-Abloßungs-Schuldbriefen: allein eine Umtauschung derselben gegen ausländische Staatspapiere wäre dem §. 68 des Fideikommissgesetzes nicht entsprechend.

DAUERf. vom 24. Juli 1858. Reg.-Nr. 1023⁵⁷/₅₈.
B. K^{te}.

¹⁾ Bgl. Bd. 10 S. 253.

5.

Exceprio de jure tertii, Einstandsrecht nach bayerischem
Ländrechte.

Oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

Unbestritten und aktenmäßig wurde das den Blutsverwandten des Verkäufers nach dem bayer. RM. Thl. IV Kap. 5 §. 2 ff. zuständige Einstandsrecht durch eine leibliche Schwester des Andreas G. noch im Laufe der Verjährungsfrist angemeldet und eingeklagt, wie namentlich das Verhandlungsprotokoll vom 5. Sept. 1856 und das Dekret vom 27. Jan. 1857, welches die Notifikation über den Einlauf der Einstandsklage vom 16. Okt. 1856 enthält, ferner das Zugeständniß in der Nebenverantwortung der Kläger (B. u. Konf.) vom 11. Dezember 1856 klar entnehmen lassen.

Da nun das Einstandsrecht dem Einstehrer das Recht gewährt, den ursprünglichen Käufer auszuschließen, an die Stelle des letzteren einzutreten, und nun den Gegenkontrahenten des Verkäufers zu bilden, so erscheint dieser bei dem Streite zwischen dem Käufer und Einstehrer offenbar konsekutive mit betheiligt, woraus folgt, daß die aus diesem Rechtsstreite gezogenen Eingelenke keine reinen Einreden de jure tertii sind, sondern, weil sie das jus agendi des Einen oder des Anderen gegen den Verkäufer selbst betreffen, auch von dem letzteren zur Vertheidigung gebraucht werden mögen. WD. Kap. 6 §. 5.

Wäre der Streit zwischen den Käufern und der Einstehrerin (J. M.) bereits zu Gunsten dieser entschieden, so hätte es prozeßualisch augenfällig keinen Anstand, dem Verkäufer zu gestatten, daß er dem allenfalls dennoch auf der Käuferfüllung bestehenden B. u. Konf. die zerstörlische Einrede entgegensetze, es sei nicht dieser, sondern J. M. nun als Käufer

rin und ausschließend Klagberechtigte anzusehen, obwohl die Bertheidigung des Verkäufers hierbei ebenfalls auf das Recht eines Dritten gestützt wäre. Demselben Grundsatz gemäß kann dem Beklagten Andreas S. nicht benommen sein, hier, wo das Ergebnis des Rechtsstreites zwischen den Käufern und der Einstekerin noch nicht feststeht, eine dilatorische statt einer peremptorischen Einrede auf die Existenz eines solchen präjudiziellen Prozesses zwischen den Kaufsprätendenten zu basiren.

Die Behauptung, als könne das Einstandsrecht vor der Extradition des Kaufsobjektes an den ursprünglichen Käufer gar nicht geltend gemacht werden, findet nach bayer. Rechte durch die Bestimmungen des §. 4. Nr. 2 und 5 a. a. O. seine Widerlegung, gemäß welchen der Einsteker gehalten ist, sein Einstandsrecht innerhalb der festgesetzten Frist unter Ansdereim auch schon von dem Tage der Insinuation oder des Anbotes an. bei Strafe des Verlustes zu suchen.

Diesem gemäß und der Natur der Sache nach kann es weder dem Einsteker verweigert werden, die Extradition des betreffenden Kaufsobjektes unmittelbar vom Verkäufer zu verlangen, wenn selbe an den ursprünglichen Käufer noch nicht bewirkt worden sein sollte, noch dem Verkäufer, die Extradition an den ursprünglichen Kontrahenten unbedingt oder zur Zeit zu versagen, wenn allenfals dieser durch den Einsteker ganz verdrängt worden ist, oder darüber ein Rechtsstreit schwebt.

Dieß um so minder, wenn der Verkäufer bereits aktenuäßig Kenntniß erhalten hat, daß das Einstandsrecht nach dem Gesetze geltend gemacht worden ist und der Rechtsstreit darüber sich im Laufe befindet. Das bayer. Landrecht erklärt das ursprüngliche Recht des Käufers als ein revokables, ordnet die möglichste Erhaltung des status quo an, und

bestimmt, daß alles zum Nachtheil des Einstellers
Vorgenommene unter Umständen sogar nichtig sein
sollte und der verursachte Schaden gutgemacht wer-
den müsse (a. a. O. S. 10. und Anmerk. Nr. 1);
die zeitweise Verwerfung des Klageanspruches des B.
n. Konf. kann daher hier keine Aenderung erleiden.
DAGEG. vom 30. Juli 1858. Reg.-Nr. 1111⁵⁶/24.

6.

Familienstand außerehelicher Kinder nach Würzburger Landrecht. Uebereinkunft, die Verschweigung des Namens des außerehelichen Vaters betr.

Bgl. Bl. f. N. N. Bd. 9 S. 97 ff.; Bd. 15 S. 348 ff.; Bd. 17
S. 33 ff. Scuffert's Archiv Bd. 6 Nr. 167.

Den Motiven einer oberstichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

Beklagte will in dem Vertrage vom: 10. Januar 1854 eine causa turpis aus dem Grunde finden, weil durch solchen Kläger seine Pflichten gegen sein außereheliches Kind verletzt, dessen Familienstand zu unterdrücken beabsichtigt habe. Eine solche Ansicht ist da durchaus falsch, wo, wie in vorworflicher Sache, das fürstl. Würzburgische Landrecht Geltung hat. Nach solchem kann von dem Familienstande eines außerehelichen Kindes dem Vater gegenüber keine Sprache sein. Dieser hat nicht die geringste väterliche Gewalt über das Kind und dieses auf den väterlichen Nachlaß weder ein Noth- noch ein Intestat-erbrecht; es wird nur mit gewissen Modifikationen Erbe der Mutter, wie sich aus Thl. III Tit. 82 §. 1 der fränk. L.O. ergibt.

Nach der fürstl. Würzburg'schen Verordnung vom 9. April 1791 über Erbrecht und Einkindschaft außerehelicher Kinder (R. M. G. Bd. 3 S. 473 ff.) braucht, wenn ein außereheliches Kind bei Berechnung

Uthung der Mütter mit einem Andern als dem Vater verehelicht werden soll; die Zustimmung des Letzten gar nicht eingeholt zu werden, was doch der Fall sein müßte, wenn ihm gegenüber das Kind einen Familienstand hätte.

Die außereheliche Vaterschaft führt nach französischem Vandrechte nur eine Alimentationspflicht mit sich, welche jedoch nicht verletzt wird, wenn, wie hier, die Mutter in den Stand gesetzt wird, das Kind allein zu ernähren und diese Pflicht dem Vater gegenüber übernimmt. Der Kläger hat dadurch, daß er unter der Bedingung des Verschwelgens seiner Vaterschaft der Mutter ein schuldenfreies Haus verschaffte, dieselbe allerdings in den Stand gesetzt, das Kind allein zu ernähren. Sie würde auch dadurch, daß sie dem Vertrage vom 10. Januar 1854 gemäß handelte, eine Pflicht, den Schwängerer der obervormundschaftlichen Behörde zu bezeichnen, nicht verletzt haben.

Diese Pflicht hat ihren Grund in der nöthigen Fürsorge für Alimentation des Kindes, und muß daher wegfallen, wenn diese Rücksicht die Erforschung des Vaters nicht erheischt oder gar widerrieth. Hätte die Beklagte, trennend von dem mit dem Kläger getroffenen Uebereinkunft, vor der Behörde erklärt, daß sie den Schwängerer nicht nennen dürfe, wenn sie nicht des für sie gezahlten Kauffchilling für das Haus Nr. 348 verlustig werden, bez. solchen zu ersetzen gehalten sein wolle, so würde die obervormundschaftliche Behörde ihrer Pflicht nicht dadurch zu nahe getreten sein, daß sie von Erforschung des Vaters Umgang genommen, dagegen das von der Beklagten acquirirte schuldenfreie Haus zur Sicherung der Existenz des Kindes bestimmt hätte.

Ist demnach auch die außereheliche Erzeugung des Kindes als unsittliche Handlung zu betrachten, so ist es doch nicht eine Uebereinkunft, durch welche

die Verschweigung der Unsittheit, des Vaters, unter Umständen, wie die vorliegenden, bezweckt wird.
 OUGerf. vom 10. Juli 1858. Reg.-Nr. 359⁵⁷/58.

Bamh. N.

7.

Bamh. N.

Versprechen eines Ehemannes, mit seiner Ehefrau Bürgschaft leisten zu wollen. (Bamh. N.)

Nach dem Bamberger Landrecht Thl. I Kap. 2 Tit. 7 §. XII soll „der Ehemann nicht befugt sein, für Jemanden, wer der auch sei, ohne ausdrückliche Bewilligung des Weibes sich für einen Bürgen herzustellen, obschon ihm von dem Hauptschuldner eine Rückbürgschaft gestellt werden wollte.“ Das Weib soll nach §. XIII a. a. O. „im Fall der von sich geben wollenen Einwilligung solches entweder vor Gericht, Notario und Zeugen oder vor zweien ehrlichen Männern thun, und von diesen die Bürgschaft mit dem Anhange, daß sie wirklich darenin gewilligt habe, unterschreiben lassen, oder auch selbst eigenhändig unterschreiben u. s. f.; außerdem aber und wo sich der dritte Mitcontrahent auf keine obgedachte Weise vorsieht, soll die weibliche Einwilligung für unerwiesen und als nicht gegeben geachtet, und ordentlicher Weise keine andere Probe hierüber mehr zugelassen werden.“

In einem gegebenen Falle hatte der Beklagte (N.) dem Kläger, wie dieser vorbrachte, das Versprechen gegeben, daß wegen eines von letzterem an die N—r'schen Eheleute auszahlenden Darlehens von ihm und seiner Ehefrau Bürgschaft geleistet werde. Dieses Versprechen war insoweit erfüllt worden, als der Beklagte eine die Zustimmung seiner Ehefrau enthaltende Bürgschaftsurkunde ausgestellt hatte, — worauf auch die Auszahlung des Darlehens an die N—r'schen Eheleute erfolgt war. Erst nach fünf Jahren wurde der Gläubiger gewahr, daß er durch die empfangene Bürg-

schäftsurkunde, da sie der Vorschrift des §. XIII cit. nicht entsprach, nicht gesichert sei, und trat nun gegen den Ehemann klagend auf, mit der Bitte, es wolle der Beklagte richterlich angehalten werden, die versprochene Bürgschaftsleistung auf eine den Gesetzen entsprechende Weise zu bewirken, und die hierüber auszufertigende Urkunde dem Kläger zuzustellen. In erster Instanz wurde auf Beweis erkannt, daß gegen in zweiter und dritter Beklagter von der Klage entbunden. Die Motive der oberstgerichtlichen Entscheidung lauten wie folgt:

... Kläger glaubt den Beklagten mit der gestellten Klage um deswillen verfolgen zu können, weil dieser es gewesen, welcher ihm — dem Kläger — das Versprechen gegeben habe, daß wegen des fraglichen Kapitals von ihm und seiner Ehefrau Bürgschaft geleistet werde, weil es sich ferner von selbst verstehe, daß diese versprochene Bürgschaft so geleistet werden müsse, daß sie formell und materiell gültig sei, und daß hiefür zu sorgen, also sein Versprechen zu erfüllen, lediglich dem Beklagten als dem Versprechenden obliege, und dieß um so mehr, als nach dem Bamberger Landrechte die Bürgschaft eines Ehemannes nur bei erfolgter Einwilligung der Ehefrau in dieselbe rechtsgültig sei, und ohne diese Einwilligung eine rechtsbeständige Bürgschaftsleistung auch von Seiten des Ehemannes — also hier des Beklagten — nicht vorliege; weil endlich das Versprechen, Bürgschaft leisten zu wollen und die Bürgschaftsleistung selbst wesentlich von einander verschieden, jenes an die Formalitäten der letzteren nicht gebunden sei, und daß sowohl nach dem römischen als nach dem heutigen deutschen Rechte eine Stipulation rechtsgültig auch darüber eingegangen werden könne, es dahin bringen zu wollen, daß ein Dritter etwas gebe oder leiste, sohin das Klagerrecht gegen den Versprechenden gesetzlich begründet sei.

Die Verträge können ihrer Natur nach nur die eigentlichen Sachen und Handlungen der Passzenten zum Gegenstande haben. Den Dritten, dessen Sache oder Handlung den Gegenstand des von anderen Personen geschlossenen Vertrages ausmacht, bindet dieser nicht. Wohl aber können dergleichen Verträge unter den Kontrahenten selbst nach Umständen eine vollkommene Verbindlichkeit bewirken. Was insbesondere den Vertrag über fremde Handlungen betrifft, so ist der Vertrag verbindend, wenn der Promittent über die fremden Handlungen zu schalten befugt ist, wenn er sie bei Strafe versprochen, oder wenn das Versprechen dahin geht, daß man sich bemühen wolle, den Dritten zu einer Handlung zu bewegen, und in diesem letzteren Sinne werden, wenn die beiden ersten Fälle nicht vorliegen, heutigen Tages die Verträge, welche die Handlung eines Dritten zum Gegenstande haben, genommen und verpflichtet also den Promittenten, allen möglichen Fleiß anzuwenden, den Dritten dahin zu veranlassen, daß er leiste, was verlangt wird.

§. 3, 21 Inst. de inutil. stipul. (3, 20) ff. 38 §. 2 des verb. obl. (45, 1). Tribaut, System §. 158; Höpfner, Kommentar §. 737; Leysen, modif. ad Pand. spec. 521.

Nach diesen Grundsätzen kann M. allerdings als der rechte Beklagte angesehen werden. Dagegen stellt sich die gegen ihn erhobene Klage als durchaus ungegründet dar, und derselbe wurde durch das AG Erf. mit Recht von der Klage entbunden, denn

1) wenn der Beklagte, wie Kläger behauptet, versprochen hat, in Gemeinschaft mit seiner Frau für das fragliche Darlehen Bürgschaft leisten zu wollen, so ist er seinem Versprechen bereits nachgekommen, er hat unter Zustimmung seiner Frau die versprochene Bürgschaft geleistet, wie das eigene

Vorbringen des Klägers und die der Klage abschriftlich beigelegte Bürgschaftsurkunde vom . . . beweist, und von einem bloßen erst noch zu erfüllenden Versprechen, Bürgschaft leisten zu wollen, kann daher keine Rede sein. Die Urkunde vom . . . enthält die Bürgschaftsleistung selbst und nicht ein bloßes Versprechen.

2) Der Kläger hat mit der Art und Weise, in welcher die Bürgschaftsleistung geschehen ist, sich zufrieden erklärt, was daraus hervorgeht, daß er im Vertrauen auf die ihm durch dieselbe geleistete Sicherheit, das fragliche Darlehen seiner eigenen Aufgabe zufolge den H. v. s. Eheleuten gegeben und die demselben beigelegte Bürgschaftsurkunde angenommen und dabei sich über fünf Jahre beruhigt hat. Wenn er nun erst nach Ablauf eines so langen Zeitraumes die Ueberzeugung gewonnen, daß ihm die Bürgschaft in der Form, wie sie ausgestellt wurde, die beabsichtigte Sicherheit nicht gewähre, und wenn sie ihm wirklich diese Sicherheit wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten nicht gibt, so trifft ihn der etwa hieraus erfolgende Nachtheil durch sein eigenes Verschulden, und es kommt der Grundsatz zur Anwendung: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* — fr. 203 de reg. jur.

3) Die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten sind lediglich nach dem Rechtsgeschäfte, wie es zu Stande gekommen, zu beurtheilen, und Kläger hat kein Recht, wegen Erwirkung eines den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden, ihm die gewünschte Sicherheit versiehenden Bürgschaftsinstrumentes klagend aufzutreten. Ein dergleichen Antrag verstößt gegen den Grundsatz: *vigilantibus jura sunt scripta* —; er verstößt insbesondere gegen den Zweck, welcher den Gesetzgeber bei seiner Anordnung, daß die Bürgschaften der Frauen oder

ihre Zustimmung in die Bürgschaften ihrer Männer nur unter bestimmten Förmlichkeiten rechtlich wirksam sein sollen, geleitet hat. Es sind diese Förmlichkeiten zum Schutze der Weiber gegen Beschädigung angeordnet. Diese sollen wegen ihrer eigenthümlichen Gutmüthigkeit und Bereitwilligkeit, für fremde Verbindlichkeiten gut zu sprechen, wegen ihres Mangels an Ueberlegung und Beurtheilung des Rechtsgeschäftes, dessen nachtheilige Folgen erst künftig sich ergeben, gegen die Uebnahme von Bürgschaften gewarnt, sie sollen von dieser so viel als möglich abgehalten werden. Mit dieser Absicht des Gesetzgebers verträgt es sich nun aber offenbar nicht, wenn der Richter dazu mitwirken soll, daß die Frau die fehlerhaft und unverbindlich eingegangene Bürgschaftsleistung verbessere, daß sie ein ihr nachtheiliges Rechtsgeschäft zu Stande bringe und dadurch dem Kläger es möglich mache, auf den Grund einer nun gültig gewordenen Bürgschaft ihr Vermögen in Anspruch zu nehmen.

So wenig bei anderen Verträgen deren Rechtsbestand die Gesetze von der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten abhängig gemacht haben, in dem Falle, daß diese nicht gehörig gewahrt worden, der eine Kontrahent gegen den anderen auf eine nochmalige, den vorgeschriebenen Formen angemessenere Aufnahme des Vertrages klagen kann; ebensowenig und noch weniger kann bei der von den Gesetzen beabsichtigten Sicherstellung der Frauen eine verbesserte förmliche Bürgschaftsleistung derselben mittelst Klage erwirkt werden.¹⁾

DUOErk. vom 10. Mai 1844. Reg.-Nr. 915⁴¹/₄₂.
β. κ*.

¹⁾ Vgl. Bb. 12 Erg.Bl. S. 36.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entwährung nach Preuss. Rechte. — Die Feststellung einer an sich unstreitigen Gleichheit als einer auf dem Fehlen einer Wartung lastenden dauernden Last gehört auf den Rechtsweeg. — Erstreckung der Klaußdanklage auf im Hauptprozeß nicht Mitverklagte. — Einrede der „Verjährung.“ Substanzierung derselben. — Gleichförmigkeit der Erkenntnisse der zwei Vorinstanzen. — Recht der einzelnen Mitelgenußhaber, Theilung der gemeinschaftlichen Sache zu verlangen. Unwirksamkeit einer auf Ausschluss desselben gerichteten Verabredung.

Ueber die Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen erlittener Entwährung nach Preuss. Rechte.

Darüber, ob die kurzen Verjährungsfristen, welche in dem Preussischen Landrechte Thl. I Tit. 5 §§. 343 u. 344 zur Geltendmachung der Ansprüche auf Gewährleistung wegen der Fehler einer Sache bestimmt sind, auch in eigentlichen Eviktionsfällen Anwendung finden, bestehen entgegengesetzte Ansichten ¹⁾).

In nachstehender Erörterung soll gezeigt werden,

¹⁾ Die Affirmative nehmen an: die Revisoren — Gesetzrevision. Pens. XIV. Motive zu §§. 300—308 des Entw. S. 126; Siewert, Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten allg. Preuss. Landesgesetze. Heft 7 S. 69; Grävell, Generaltheorie der Verträge nach Preuss. Recht. S. 273 Note*; Bielig, Kommentar Bd. I S. 713; Koch, Recht der Forderungen. Bd. II S. 409. — Die Negative vertheidigen Bornemann, system. Darstellung des Preuss. Civilrechts. Bd. II S. 615; Daniels, Lehrb. des gem. preuss. Privatrechts. Bd. II S. 209 S. 313.

daß der Anspruch auf Entschädigung wegen erlittener gänzlicher oder theilweiser Eviction jenen kurzen Verjährungsfristen nicht unterliegt, dieselben vielmehr bei theilweiser Eviction nur dann zur Anwendung kommen, wenn aus derselben ein Mangel des Ganzen geltend gemacht und deshalb die Aufhebung des Vertrages verlangt wird.

Das Landrecht hat in den Tit. 5 Thl. I, welcher von Verträgen im Allgemeinen handelt, auch die Materie von der Gewährleistung aufgenommen. In dem §. 318 daselbst ist der Grundsatz als Regel aufgestellt, daß bei allen lästigen Verträgen ein Theil dem anderen dafür haften muß, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages bedienen könne. Als Folge dieses Grundsatzes wird im §. 323 a. a. O. erwähnt, daß der Geber auch wegen der Ansprüche eines Dritten auf die vermöge des Vertrages gegebene Sache Vertretung leisten muß, insoferne der Empfänger dadurch sich der Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages zu bedienen gehindert wird.

Die Ansprüche eines Dritten können nun entweder auf die Sache selbst gerichtet sein, indem er sie ganz oder zum Theil als Eigenthum an sich nehmen will, oder es kann durch den Anspruch des Dritten dem Erwerber der Sache bezüglich derselben auch nur eine Befugniß entzogen oder eine Last aufgebildet werden.

In der ersterwähnten Beziehung, wenn der Dritte seinen Anspruch auf die Sache im Wege Rechts realisirt und sie dem Empfänger ganz oder zum Theil abstreitet, ist der eigentliche Fall einer Entwährung (Evictio) gegeben.

Die Aufnahme des §. 323 in den Tit. 5 wurde, wie die Materialien des Landrechtes nachweisen, durch ein Monitum gegen den Entwurf veranlaßt, welches darin bestand, daß es darin an den

nöthigen Bestimmungen für die eigentliche Eviktionsleistung fehle. Auf den Vorschlag von Suarez vereinigten sich die Redaktoren dahin, daß bloß der Vollständigkeit wegen ein Paragraph desselben Inhaltes, wie jetzt der §. 323 cit. lautet, eingeschaltet, auf ein Detail aber in dem Titel 5. nicht eingegangen werde, sondern bezüglich der Vertretungsleistung wegen der Ansprüche Dritter die näheren Bestimmungen bei den verschiedenen Arten der Verträge festzusetzen seien, was denn auch in dem §. 324 a. a. O. ausdrücklich bemerkt wurde²⁾.

Der weitere Inhalt des Tit. 5 von §. 325 bis 332 handelt sodann von der Gewährleistung wegen fehlender sowohl vorbedingener, als auch gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften; ferner wegen der Sache anklebender Lasten (§. 333 — 336), und von der Gewährleistung bei einem Inbegriffe von Sachen (§. 339 — 342).

In allen diesen Beziehungen ist unter den in den vorerwähnten Gesetzstellen enthaltenen näheren Bestimmungen dem Empfänger bei befundener Fehlerhaftigkeit der Sache die Befugniß eingeräumt, entweder ganz vom Vertrage abzugehen, oder wegen des geminderten Werthes der Sache Vergütung zu fordern.

Diesem vorgängig ist in den §§. 343 u. 344 die Zeit bestimmt, binnen welcher der Uebernehmer einer Sache seine Rechte wegen der Fehler und Mängel derselben verfolgen muß, widrigenfalls Verjährung eintritt (§. 345).

Die §§. 343 u. 344 haben ihre Gestaltung durch ein Monitum gegen den §. 244 des Entwurfs erhalten, welcher dahin lautete:

„Die dem Empfänger wegen fehlerhafter Beschaffenheit der Sache zukommenden Rechte muß derselbe bei Land-

2) Bornemann Bd. II S. 589 Note *.

gütern innerhalb dreier Jahre, bei städtischen Grundstücken innerhalb eines Jahres, bei beweglichen Sachen innerhalb dreier Monate nach dem Tage des Empfanges ausüben.“

Hiegegen wurde unter Anderem erinnert, daß der hier bestimmte terminus a quo „nach dem Tage des Empfanges“ bei unbeweglichen Sachen nicht annehmbar erscheine. Es sei möglich, daß eine Eigenschaft des Grundstückes erst nach Jahren als fehlend entdeckt wird; so könne z. B. bei einem Landgute zur Zeit des Verkaufes die Jagd, Hütung, das Patronat u. s. w. wirklich ausgeübt sein, aber erst verschiedene Jahre nachher bestritten und anerkannt werden. Auch bei städtischen Grundstücken könne dies in Ansehung gewisser Immunitäten oder Dienstbarkeiten der Fall sein. In dieser Rücksicht dürfte bei Immobilien der term. a quo zur Anstellung der Regreßklage erst vom Tage des entdeckten Fehlers festzustellen sein.

Ena'r'e; erwiderte: er würde unterscheiden natürliche Fehler der Sache selbst oder Mängel äußerer Eigenschaften, die nicht von Natur zur Sache gehören, sondern nur als ein Zubehör derselben anzusehen sind. In Ansehung der natürlichen die Sache selbst betreffenden Fehler wäre es bei dem Texte zu belassen. Sei aber die Rede von Mängeln, die nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften derselben betreffen, wohin alle von den Monenten angeführten Fälle gehören, so glaube er allerdings, daß die fraglichen Fristen erst vom Tage des entdeckten Fehlers zu laufen anfangen können.

Hiernach wurde §. 244 des Entwurfes in den jetzigen §. 343 des Landrechtes geändert und der §. 344 hinzugefügt³⁾. Beide Gesetzesstellen lauten folgendermaßen:

³⁾ Bornemann Bd. II S. 597—600.

§. 343. „Die Rechte, welche dem Uebernehmer einer Sache wegen natürlicher die Sache selbst betreffender Fehler zukommen, muß derselbe, bei Landgütern innerhalb dreier Jahre, bei städtischen Grundstücken innerhalb eines Jahres, bei beweglichen Sachen aber innerhalb sechs Monate, nach dem Empfange der Sache, ausüben.“

§. 344. „Wegen solcher Mängel hingegen, welche nicht die Sache selbst, sondern nur äußere Eigenschaften, Befugnisse oder Lasten derselben betreffen, muß der Uebernehmer seine Rechte bei Landgütern innerhalb eines Jahres, bei städtischen Grundstücken innerhalb sechs, und bei beweglichen Sachen innerhalb dreier Monate, nach der von dem Mangel erlangten Kenntniß, geltend machen.“

Aus dem Vorbemerkten ergibt sich, daß bei der Diskussion über den §. 244 des Entwurfs und bei Verabfassung des §. 344 des Landrechtes solche Ansprüche Dritter, die auf die Substanz der Sache selbst gerichtet sind und zur Eviktion des Vertragsobjectes führen, außer Berührung geblieben sind, und nicht daran gedacht wurde, durch den §. 344 eine Bestimmung hinsichtlich der Frist zur Verfolgung des Rechtes auf Eviktionsleistung, d. i. auf Schadloshaltung wegen erlittener Entwährung der Sache, zu treffen, was auch mit dem im §. 324 Tit. 5 ausgesprochenen Vorbehalte, daß die näheren Bestimmungen über Gewährleistung wegen der Ansprüche eines Dritten bei den verschiedenen Arten der Verträge festgesetzt werden sollen, im offenbaren Widerspruche gewesen wäre.

Unter den Rechten, zu deren Geltendmachung die in den §§. 343 u. 344 bestimmten kurzen Verjährungsfristen festgesetzt wurden, können vielmehr nur diejenigen verstanden werden, von denen in den vorhergehenden Gesetzstellen gesprochen wird, nämlich von der dem Empfänger der Sache, unter den dort bestimmten Voraussetzungen, gestatteten Befugniß,

entweder auf gänzliche Vertragsaufhebung, oder auf Preisminderung zu bringen.

Dafür, daß man bei jenen kurzen Verjährungsfristen, welche die §§. 343 u. 344 festsetzen, wirklich nur die zu dem einen oder anderen Zwecke dienenden s. g. *abilitischen Klagen* — die *actio redhibitoria* oder Wandelungsklage, und die *actio quanti minoris* oder Minderungsklage, vor Augen hatte, spricht evident die von *Suarez* bei der Schlussrevision zur Rechtfertigung der mehrerwähnten beiden §§. dahin gemachte Aeußerung:

„Die Präskriptionsfristen bei der *actio redhibitoria* und *quanti minoris* sind *de jure romano*, je nachdem die *viliis* Kaution geleistet worden oder nicht, resp. 2 und 6 Monate, und 6 und 12 Monate. Darauf, ob Kaution geleistet worden oder nicht, kann es wohl so sehr nicht ankommen, als darauf, ob der Käufer von dem Fehler früher oder später unterrichtet sein könne, und dieses hängt wiederum davon ab, inwiefern der Fehler in der Sache selbst, oder nur in einem Mangel äußerer zufälliger Eigenschaften liegt, da im ersten Falle der Fehler eher, als im letzteren, entdeckt werden kann.“ Hiernach sind in diesen §§. die Fristen bestimmt ⁴⁾).

Die im §. 324 Tit. 5 für die einzelnen Arten der Verträge vorbehaltene Festsetzung der näheren Bestimmungen über Gewährleistung wegen der Ansprüche Dritter ist denn auch bei dem Kaufkontrakte im Tit. 11 Thl. I des Landrechts geschehen. Es sind hinsichtlich Dessen, was bei erfolgter Eviction der Verkäufer dem Käufer zu leisten habe, beziehungsweise was Letzterer gegen den Ersteren wegen einer erlittenen Entwährung beanspruchen könne, zwei Fälle unterschieden:

1) Die Sache ist dem Käufer gänzlich entzogen worden; hier ist der Verkäufer dem Käufer zur Schadloshaltung verbunden, welche nach den Um-

⁴⁾ Bornemann Bd. II S. 616.

ständen abgestuft ist, und unter gewissen Voraussetzungen sogar hinwegfällt. §. 154—163 Tit. 11.

2) Es ist nur ein Theil, oder ein Pertinenzstück, oder eine mitverkaufte Gerechtigkeit dem Käufer einvinzirt worden; hier ist dem Käufer eine alternative Befugniß eingeräumt.

a) Er kann von dem ganzen Vertrage zurücktreten, wenn er die Sache durch deren eingetretene Mangelhaftigkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche nicht mehr dienlich findet, und die Zurückgabe des Ueberrestes an den Verkäufer zu bewerkstelligen vermag.

Es finden deshalb die Vorschriften des Tit. 5 §. 325 ff. Anwendung. §. 164—168 Tit. 11.

b) Kann oder will er nicht von dem Vertrage zurücktreten (welch' Ersteres der Fall wäre, wenn er sich außer Stand gesetzt hätte, die Zurückgabe des Ueberrestes der Sache an den Verkäufer zu bewirken), so beschränkt sich sein Anspruch nur auf Schadloshaltung wegen des einvinzirten Theiles oder Zubehöres, nach den Grundsätzen, die in den §§. 154—163 für den Fall der Entwährung des Ganzen aufgestellt sind. §. 169—174 Tit. 11.

Will und kann der Käufer von der sub a erwähnten Befugniß Gebrauch machen, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er mit der ihm zu diesem Zwecke zustehenden Wandelungsklage (actio redhibitoria) innerhalb der im Tit. 5 §. 344 bestimmten Frist auftreten muß, weil das Pandrecht Tit. 11 §. 164 ausdrücklich auf die beschaffigen Vorschriften des Tit. 5 verweist.

Dagegen kann der Käufer wegen seiner Ansprüche auf Entschädigung wegen erlittener Eviktion, er mag nun dieselbe im Falle sub 1 für Entwährung der ganzen Sache, oder im Falle sub 2 b nur für den einvinzirten Theil derselben verlangen, nicht an die im Tit. 5 §. 344 bestimmte kurze Frist gebunden sein, weil er sich zur Verfolgung

seines Entschädigungsanspruches der Wandelungs-
klage, in Ermangelung deren Voraussetzungen, wo-
zu die Möglichkeit der Zurückgabe des Kaufobjectes,
resp. dessen Ueberrestes gehört, nicht bedienen könnte.

Es ist ihm vielmehr desfalls die Kontrakt-
klage (*actio empti*) gegeben, welche aber nicht der
kurzen Verjährung, wie die *actio redhibitoria*,
sondern der gewöhnlichen 30 jährigen Präskription
unterworfen ist.

Eben deshalb wurde auch in den §§. 154—163
und 169 Tit. 11 nicht auf die Vorschriften des
Tit. 5 hingewiesen. Eine besondere oder spezielle
Bestimmung der Zeit zur Anbringung der Kontrakt-
klage auf Entschädigung war aber im Tit. 11 um
so weniger zu treffen nothwendig, weil eben in
Ermangelung einer desfalligen speziellen Bestim-
mung die allgemeinen Vorschriften über den Zeit-
raum der Verjährung durch Nichtgebrauch, welche
im Tit. 9 § 546 auf 30 Jahre regelmäßig fest-
gesetzt ist, und nach dem Systeme des Landrechts
auch die gewöhnliche Klagenverjährung unter sich
begreift, einzutreten hat.

Auf den Fall gänzlicher Eviction kann der im
§. 344 Tit. 5 gebrauchte Ausdruck „Mangel äußerer
Eigenschaft einer Sache“ schon in der Erwägung
keine passende Anwendung finden, weil darin, daß
der Käufer die Sache nicht behalten konnte, weil
sie einem Dritten gehörte und daher der Verkäufer
über dieselbe rechtsgiltig nicht eigenmächtig verfügen
konnte, kein Mangel an der Sache, sondern viel-
mehr ein Mangel des Rechts auf Seite des Ver-
käufers zu deren Verkauf liegt. Sie wird dadurch,
daß sie dem Käufer evingirt wurde, nicht zu einer
fehlerhaften für ihn, und sie nimmt durch die
Veränderung ihres Besitzers keine veränderte Be-
schaffenheit an, wodurch sie sich als mangelhaft
darstellte.

Dagegen kann ein Mangel äußerer Eigenschaft im Sinne des §. 344 Tit. 5 auch in Fällen eintreten, die außer dem Bereiche einer eigentlichen Eviction liegen, z. B. wenn sich bei einem als freies Eigenthum verkauften Grundstücke in der Folge zeigt, daß es im Lehn- oder Grundbarkeitsverbande steht, und der in dieser Hinsicht theilhaftige Dritte nicht die Herausgabe der Sache, sondern bloß die Anerkennung dieses Abhängigkeitsverhältnisses beansprucht und durchsetzt.

Eine nur theilweise Eviction kann nun zwar allerdings einen Mangel im Sinne des §. 344 Tit. 5 begründen. Allein es kann hieraus, in Berücksichtigung, daß das Gesetz in diesem Falle den Käufer nicht auf die Befugniß zum Rücktritte vom Vertrage ausschließlich beschränkt, sondern ihm, wenn er nicht zurücktreten kann oder will, einen dem theilweisen Verluste entsprechenden Entschädigungsanspruch freiläßt, noch keineswegs gefolgert werden, daß er wegen Verfolgung des letzteren an dieselbe kurze Frist gebunden sei, welche ihm zur Geltendmachung jener ersterwähnten Befugniß vorgeschrieben ist, zumal da der rationelle Grund für die kurze Verjährung der ädilitischen Klagen bei der im obigen Falle stattfindenden Kontraktssklage nicht anschlügt.

Hiernach verdient die Meinung, daß der Anspruch auf Evictionsleistung d. i. auf Schadloshaltung wegen erlittener gänzlicher oder theilweiser Entwährung der Sache den kurzen Verjährungsfristen, welche die §§. 343 u. 344 Tit. 5 festsetzen, nicht unterliege, den Vorzug.

Für diese Ansicht hat sich auch der oberste Gerichtshof in einem Erkenntnisse vom 28. Februar 1857 (Reg. = Nr. 1685^{55/56}) und wiederholt in einem Erkenntnisse vom 8. Juni 1858 (Reg. = Nr. 120^{56/57}) ausgesprochen, dessen Entscheidungsgründe mit vorstehender Erörterung übereinstimmen.

In gleicher Weise würde die vorwürfige Rechtsfrage, nachdem über dieselbe verschiedenartige Erkenntnisse des kgl. Preussischen Geheimen Obertribunals ergangen waren⁵⁾, bereits durch einen Plenarbeschluß dieses obersten Gerichtshofes des Königreichs Preußen vom 21. Juni 1817 entschieden, dessen Tenor folgendermaßen lautet:

„Wird durch Eigenthumsansprüche eines Dritten dem Uebernehmer einer Sache die letztere ganz entzogen, so können dem Anspruche desselben an den Uebergeber von dem Letzteren die kurzen Verjährungsfristen des §. 344 Tit. 5 nicht entgegen gesetzt werden. — Ist ein Theil der Sache entwährt, so findet die kurze Verjährung nur in dem Falle Anwendung, wenn der Uebernehmer aus der Entwährung einen Mangel des Ganzen nach §. 164 Tit 11 Thl. I des Landrechts geltend macht⁶⁾.“

Mittheilungen aus der Praxis...

1.

Die Feststellung einer an sich unstreitigen Reichniss als einer auf dem Behenten einer Markung haftenden dauernden Last gehört auf den Rechtsweg.

Vgl. Bd. XXII S. 113 ff.

Das Kloster Mb. war seit den ältesten Zeiten im Besitze des Großzehenten auf der Flurmarkung

⁵⁾ Ergänzungen u. Erläut. des Preuß. Landr. Bd. 1. S. 264, 3. Ausg.

⁶⁾ Dieser Plenarbeschluß nebst Motiven findet sich abgedruckt in den Entscheidungen des kgl. Preuß. Geh. Obertribunals Bd. XV S. 3—17. — Vgl. auch Koch Lehrb. des Preuß. gem. Privatrechts. 2. Aufl. Bd. II §. 563 S. 222.

E., entrichtete auch an die dortige protestantische Pfarrei eine jährliche Abgabe an Getraide unter dem Namen einer Pfarrkompetenz. Der Nachfolger des im Jahre 1802 säkularisirten Klosters war damit fortgefahren; die Pfarrei weigerte sich aber im Jahre 1851, den auf sie treffenden Antheil an dem Ablosungskapitale für den fixirten Zehent nach Art. 34 des Ablosungsgesetzes anzunehmen, weil die ihr gebührende Pfarrkompetenz nicht auf dem Zehentrechte ihres Dorfes, sondern auf allen Gütern des aufgelösten Klosters gehaftet habe und die Abgabe aus dem Zehentstadel des Klosters nur eine zufällige Modalität der Perzeption gewesen sei. Der Zehentherr erhob daher eine Klage gegen die Pfarrei bei dem einschlägigen Gerichte, mit der Bitte, zu erkennen, die von ihm zugestandene Getraideabgabe ruhe als ständige Last auf seinem Zehentrechte. Alle drei Instanzen hielten die Gerichte rechtmäßiger Weise mit dieser Streitfrage befaßt. In den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt hierüber vor:

An der Eigenschaft dieses Streites als Justizsache kann im Hinblick auf Art. 20 des Ablosungsgesetzes nicht der geringste Zweifel bestehen, weil die Beeigenschaftung der streitigen Reichthümer als einer den Großzehent zu E. behaftenden dauernden Last in den Bereich ihres rechtlichen Bestandes und Umfanges im Sinne jener Stelle fällt.

DAÖGrf. vom 12. Juni 1858. Reg.Nr. 432⁵⁶/57.

2.

Erstreckung der Liquidationsklage auf im Hauptprozeße nicht Mitverlagte.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

Die Beklagten wollen . . . auf den Grund der

Einrede der unrechtlichen Beklagten um deswillen von der Klage entbunden sein, weil die Liquidationsklage nicht nur gegen die im Possessorienprozeß beteiligten Ausspannvieh-Besitzer von G. gerichtet sei, sondern auch gegen solche, die zur kritischen Zeit kein Ausspannvieh besaßen. Dieses Begehren ist jedoch grundlos. Die frühere Klage ist gegen die Ortsnachbarn zu G., insbesondere die mit Zugvieh versehenen Gemeindeangehörigen gerichtet und in dieser Richtung ist dem Kläger der Schutz im ordentlichen Besitze des jährlichen Frohnbeßels zu 124 fl. 41 $\frac{1}{4}$ kr. zuerkannt worden. Dieser Besitzstand affiziert aber offenbar nicht bloß die damals vorhandenen Frohnpflichtigen und Ortsangehörigen der betreffenden Kategorie als Einzelne, sondern in ihrer Gesamtheit, indem hier deutlich ein Fall vorliegt, wo bei völliger Gleichheit des Sach- und Rechtsverhältnisses die *actus possessionis* ihre Wirksamkeit auf die Nachfolger gleicher Kategorie erstrecken und den im Besitze Geschützten der Nothwendigkeit entheben, gegen jeden neu Eintretenden einen neuen Prozeß zu beginnen.

Kreittmayr in den Anmerk. zum bayer. RM. Thl. II Kap. 5 §. 13 lit. e; Leyser *medit. ad pand. spec.* 453.

OUöGrf. vom 3. August 1858. Reg.Nr. 279⁵⁷/₅₈.
β. κ.

3.

Einrede der „Vergütung.“ Substanzierung derselben.

Vgl. Bd. XXI S. 342.

Das Wort „Vergütung“ ist an und für sich nicht identisch mit „Zahlung.“ Denn während das Wort „Zahlung“ nur eine einfache, stets das gleiche wesentliche Moment enthaltende Handlung ausdrückt, stellt das Wort „Vergütung“ einen in mannichfalti-

gen Momenten sich bewegenden, mit anderen Worten einen zusammengesetzten Begriff dar; woraus folgt, daß die konkreten Momente des bezüglichen Vorganges vorhanden sein und behauptet werden müssen, um einestheils den Richter in den Stand zu setzen, zu bemessen, ob hieraus sich der Begriff „Bergütung“ konstruiren lasse, anderentheils um der Gegenseite den Nachweis oder doch wenigstens vorerst die Behauptung möglich zu machen, daß die vom Exzipienten angegebenen Momente oder doch einzelne derselben gar nicht oder anders, als dieser angegeben, existiren, und daß daher auch der von diesem konstruirte Begriff selbst nicht vorhanden sei.

Erk. des N.G. von Oberfranken vom 30. Oktober 1855 in Sachen A. gegen A. wegen Forderung — 18⁵⁵/₅₆ A. Nr. 1.

v. G.

4.

Gleichförmigkeit der Erkenntnisse der zwei Vorinstanzen.

Wgl. Wb. V S. 111 Nr. 5; Wb. XX Erg.-Bl. S. 48.

In einer Rechtsache hatte die erste Instanz die vom Beklagten compensando und reconveniendo geltend gemachte Gegenforderung zu 436 fl. 30 fr. ad separatum verwiesen, die zweite Instanz dagegen solche in der angebrachten Art abgewiesen. Die Revision des Beklagten wurde wegen Mangels der gesetzlichen Revisionssumme verworfen, indem der oberste Gerichtshof aus folgenden Gründen die Gleichförmigkeit der Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen annahm:

1) Beide Erkenntnisse haben dem Beklagten über seine Gegenforderung keinen Beweis auferlegt, worüber sich derselbe in seiner Berufung wie Revision beschwert, sondern verweisen jene Gegenforderung aus den gegenwärtigen Streitverhandlungen. 2) Die

erste Instanz hat zwar die Gegenforderung des Beklagten aus dem formellen Grunde der mangelnden Gleichartigkeit und Verwandtschaft derselben mit der klägerischen Forderung ad separatum verwiesen; die Abweisung jener Gegenforderung von Seiten der zweiten Instanz in angebrachter Art enthält aber auch den Ausspruch, daß dieselbe in der Art und Weise ihrer Geltendmachung — wegen Mangels der zu ihrer Substanzirung erforderlichen Requisite — formell unstatthaft sei, daher beide Erkenntnisse ihrer Wesenheit nach in der Bez. bez. Abweisung der Gegenforderung des Beklagten übereinstimmen, nämlich darin, daß beide das im Streite befangene materielle Recht derselben selbst völlig unentschieden lassen und vielmehr einer weiteren Verhandlung unter den streitenden Theilen vorbehalten. 3) Beide Erkenntnisse haben endlich eine und dieselbe Wirkung, daß Beklagter nun seine Gegenforderung gesondert bez. neuerdings eintragen muß.

DAßGef. vom 9. Aug. 1858. Reg.Nr. 712⁵⁷/58.
Wtd.

5.

Recht der einzelnen Mitelgenthümer, Theilung der gemeinschaftlichen Sache zu verlangen. Unwirksamkeit einer auf Ausschluß desselben gerichteten Verabredung.

In einer Rechtsache handelte es sich um die Gültigkeit einer Vertragsbestimmung, wonach eine den Pächzienten gemeinschaftlich zugehörende Grundfläche fortan als Weide benützt werden und es keinem einzelnen Theilhaber gestattet sein sollte, den ihm treffenden Antheil zur Kultur oder Separativweide herauszuverlangen, vielmehr die Abtheilung dieses Kommuneigenthumes nur dann sollte stattfinden dürfen, wenn zwei Dritttheile der Theilhaber dieselbe vereinst verlangen würden. Während in erster und zweiter Instanz das fragliche Uebereinkommen für

rechtswirksam erachtet wurde, wurde in dritter Instanz angenommen, daß daselbe nicht zu Recht bestehe. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

... Daß bayerische Landrecht Thl. III Kap. 1 §. 14 im Eing. ¹⁾ stellt den allgemeinen Grundsatz auf, daß man nicht gehalten sei, beständig in Communion zu bleiben, und daß insbesondere auch einem Miterben in Ansehung der gemeinschaftlichen Erbschaft nicht zugemuthet werden könne, wider seinen Willen die Gemeinschaft fortzusetzen, selbst wenn solches ausdrücklich also pactirt worden sei.

... Der Grund zu dieser gesetzlichen Bestimmung liegt sehr nahe und ist in den Anmerkungen zur betreffenden Stelle als etwas sehr Einleuchtendes hervorgehoben: man wolle nämlich ewigen Zänkereien, wozu die Communion Veranlassung gebe, vorbeugen. Es ist immer etwas sehr Mißliches, die auf ein und daselbe Object gerichteten Interessen Mehrerer, die daran berechtigt sind, im Einklange zu erhalten. . . Läßt daher die Beschaffenheit des Objectes oder die Gesamtheit von Sachen und Rechten, welche den Gegenstand der Gemeinschaft bilden, an sich eine Theilung zu, so muß es nach obigen Gesetzesbestimmungen erwünscht sein, dieselbe zu ermöglichen. . . Deswegen die ausdrückliche Vorschrift, daß sogar ein entgegenstehendes Pactum die Auseinandersetzung nicht zu hindern vermöge und daß die Theilhaber in ihrem eigenen wohlverstandenen Interesse sich nicht auf immer die Hände binden können.

Wenn nun in den Anmerkungen unter Ziff. 3 a. a. D. ²⁾ gesagt ist, daß die Theilung mittelst Vertrages auf eine Zeit lang gehindert werden möge, daß die in Gemeinschaft stehenden

¹⁾ Bgl. Nr. 14 §. 2 comm. divid. (10, 3).

²⁾ Bgl. Nr. 14 §. 2 cil.

Personen nicht ohne besonders erhebliche Ursache vor Ablauf des festgesetzten Termines einseitig von der Kommunion sollen abgehen können . . . so darf diese Beschränkung des sehr vernünftigen Prinzipes nicht über die gezogene Gränze ausgedehnt und damit der vom Gesetze beabsichtigte Vortheil geradezu veretelt werden. . . .

Nach der angeführten Bestimmung (in dem Vergleiche vom 1. Juli 1848) hat der Einzelne kein Recht, nach Ablauf einer gewissen Periode auf Theilung zu bringen; ob eine solche stattfinden werde, hängt von der ganz ungewissen Thatsache ab, daß zwei Drittheile der Theilhaber sich in der gleichen Willensbestimmung, in dem Entschlusse begegnen, die Gemeinschaft nicht mehr länger fortzusetzen, sondern jedem Theilhaber die ihm gebührende Parzelle zuzumessen.

Allerdings ist damit eine perpetuirliche Kommunion nicht in dem Sinne gegeben, daß nicht unter einer gewissen Voraussetzung die Gemeinschaft aufhören könnte; allein Niemand vermag zu bestimmen, ob diese Voraussetzung jemals und wann sie eintreten werde, und deswegen kann von einem bestimmten Termine, bis wohin die Auseinandersetzung gültig verschoben werden kann, von einer sicheren und schon zum Voraus bekannten Zeitgränze, wie sie die Anmerkungen im Auge haben, nicht die Rede sein.

Der Vergleich stellt sich somit in dem bemerkten Punkte als rechtlich unwirksam dar und der Kläger kann — sein Miteigenthumsrecht vorausgesetzt — wie jeder andere Theilhaber, dem die Gemeinschaft nicht mehr behagt, die Theilung verlangen.

DAUERf. vom 7. Juli 1858. Reg.-Nr. 641⁵⁷/₅₈.

μ.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Anerkennung von Servitutrechten Dritter an ararialischem Boden durch die als Abgeordnete des Staates bei der Steuer-Liquidations-Kommission erschienenen Beamten. — Verjährung der Schmerzensgeldklage nach gemeinem Rechte. — Waterschaftsklage. — Eherebe der mehreren Inhaber. — Zur Lehre von der Grundtheilung nach römischem Rechte. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Anerkennung von Servitutrechten Dritter an ararialischem Boden durch die als Abgeordnete des Staates bei der Steuer-Liquidations-Kommission erschienenen Beamten.

In einem das Recht des Streubezuges aus einer Salinenwaldung betreffenden Prozesse sollte Kläger nach dem rechtskräftigen Beweisinterlokute beweisen, daß er und bez. seine Besitzvorfahrer die Befugniß, in dem egl. Salinenforste Baumburgerwaldung jährlich bis zum Betrage von 6 Fuder, 6 Bürgen Laubstreu zu sammeln, als Pertinenz zu dem ihnen gehörigen Anwesen, dem s. g. Köckengute, seit unvordenklicher Zeit ausgeübt haben. Dem beklagten egl. Salinenfiskus war der Beweis der von ihm behaupteten vergünstigungsweisen Gestattung auferlegt.

Nach geschlossenem Beweisverfahren legte die erste Instanz, indem sie den klägerischen Beweis bis auf das Quantum der Streu für gelungen, den Beweis der vergünstigungsweisen Gestattung aber nur für weniger als halb geliefert erachtete, 1) dem Kläger den Reinigungseid bezüglich der vergünsti-

gungsweise Gestattung; — 2) falls dieser geleistet würde, dem Vertreter des kgl. Fiskus den Reinzugsseid über das Streuquantum auf. Gegen dieses Erkenntniß ergriffen beide Streittheile die Berufung.

Kläger verlangte, daß sein Beweis auch in Ansehung des Quantum als vollständig gelingen angenommen werde. Zur Rechtfertigung dieser Berufungsbitte machte er vornehmlich geltend, daß bei den im Vollzuge des Grundsteuergesetzes gepflogenen Liquidationsverhandlungen die abgeordneten Vertreter des kgl. Salinenärars seine Befugniß zum Streuzüge in dem von ihm beanspruchten Umfange ausdrücklich anerkannt hätten. Außerdem nahm derselbe noch Bezug auf die erhobenen Zeugnisaussagen und auf die vom Beklagten selbst im Auszuge vorgelegten Forstgeldrechnungen aus neuerer Zeit. Eventuell bat Kläger um Zuerkennung des Erfüllungsseides.

Der beklagte kgl. Salinenfiskus verlangte in seiner Berufung zunächst auf dem Grunde vollständig gelieferten Beweises der vergünstigungsweisen Gestattung Entbindung von der Klage. Eventuell gründete derselbe das nämliche Petitum auf die Unvollständigkeit des klägerischen Beweises.

Oberstrichterlich wurde der primären Berufungsbitte des Klägers Folge gegeben, hiernach die Eidesaufgabe unter Ziffer 2 des Erkenntnisses erster Instanz gestrichen, im Uebrigen aber dasselbe bestätigt. In den Motiven wird vorerst bemerkt: „Wenn auch die (vom Beklagten als exzeptionmäßig bezeichneten) zwei Zeugen nicht als ganz exzeptionisfrei betrachtet werden können, und durch die Aussagen der (vernommenen) fünf Zeugen allein der Beweis des unvorbedenklichen Bezuges der Raubstreu nicht vollständig geliefert wäre, so wird dieser Beweis doch ergänzt durch die vom Fiskalate selbst produzierten Rechnungsauszüge, welche übereinstimmend mit den Zeugnisaussagen befunden, daß nicht nur der Kläger, son-

betn auch sein Gutsvorfahrer; und zwar dieser schon im Jahre 1779 die Streu bezogen hat.“
 Die Motive führen sodann — in Widerlegung der befalligen Behauptung des Beklagten — aus, daß sei auch als erwiesen anzunehmen, daß Kläger und seine Vorfahrer das Streusammeln als eine dem Gute selbst ankehrende Befugnis ausgeübt hätten, und fahren fort, wie folgt:
 „Dazu kommt noch, daß nach Inhalt der vom Kläger produzierten und vom Fiskalat formell anerkannten Steuer-Liquidationsprotokolle vom 4. August 1829, 2. April und 15. Juni 1830, daß Laub- und Dägen- oder Moos-Streusammlungsrecht im Salinenforste Baumburger Wald im Durchschnitte zu sechs Fuder und sechs Bürden als Pertinenz seines Gutes liquidirt und von den über diese Liquidation vernommenen Regierungs-Abgeordneten anerkannt worden ist. Das Fiskalat hat zwar gegen die Rechtswirksamkeit dieser Anerkennung eingewendet, daß fragliches Streurecht nicht Gegenstand der Liquidation gewesen sei und die Vollmacht jener Abgeordneten sich nicht darauf erstreckt habe, auch über dieses Recht eine anerkennende Erklärung abzugeben. Allein wenn gleich die Forstnebennutzungen nach dem Grundsternergesetze vom 15. August 1828 §. 5 lit. c. der Besteuerung nicht unterliegen, so schreibt doch die Instruktion für die Liquidirung, Katastrirung und Einschreibung der definitiven Grundsteuer vom 19. Januar 1830 im §. 17 Abs. 2. (Reg.-Bl. S. 316) vor, daß Weiderechte, Laubrechte, Streurechte, Fischelesen u. dgl. Servituten oder Berechtigungen bei den Berechtigten, sowohl als auch bei dem Besizer des dienenden Grundes in der Anmerkungscolonne vorgetragen werden müssen, und im §. 1 (Reg.-Bl. S. 301), daß zum Behufe der Herstellung des Grundsteuerkatasters, welches zugleich als allgemeines Grund-Enal- und Lager-

buch zu gelten hat, von jedem Grundstücke alle Realasten und Reicherisse jeder Art erhoben, und urkundlich aufgenommen werden müssen; und der §. 38. Abs. 2 (S. 335) verpflichtet die fgl. Rent-, Forst- und Kameralämter, dem Liquidirungs-Geschäfte volle Aufmerksamkeit und gehörig mitwirkende Thätigkeit zu widmen, damit hierdurch sowohl die Rechte des Staates, als auch die Verbindlichkeiten und Rechte der fgl. Grund- und Zehentholden oder Servitutberechtigten gleich Anfangs und für immer verlässlich begründet werden. — Hiernach kann es nicht bezweifelt werden, daß die als Abgeordnete des Staates bei der Steuer-Liquidations-Kommission erschienenen Beamten auch dazu ermächtigt waren, über die vom Kläger angemeldeten Forstservituten in den Salinenwaldbungen eine rechtsverbindliche Erklärung abzugeben.

So wenig also auf den Grund einer Mangelhaftigkeit des klägerischen Beweises auf Entbindung von der Klage erkannt werden durfte, ebenso wenig konnte diesem fiskalischen Berufungsappetitum nach dem Ergebnisse des, dem fgl. Fiskus auferlegten Beweises über bloß vergünstigungsweise Gestattung des Streubezuges stattgegeben werden; denn abgesehen davon, daß die produzierten Urkunden nicht mit Bestimmtheit entnehmen lassen, ob die im Jahre 1712 vergünstigungsweise ertheilte Bewilligung das Laubrechen selbst und nicht bloß die Art der Ausübung des schon früher bestandenem Rechtes des Streubezuges und die Errichtung von Laubhütten zum Gegenstande hatte, so steht dem fiskalischen Beweise des Prefariums die Anerkennung des Rechtes in den Steuer-Liquidations-Protokollen geradezu entgegen¹⁾.

1) Diese Stelle ist offenbar nicht dahin zu verstehen, daß der fiskalische Beweis des Prefariums gegenüber

Wohl begründet ist dagegen die Berufungsbeschwerde des Klägers darüber, daß bezüglich des Streuquantums auf den Reinigungsseid erkannt worden ist. Denn durch die Steuer-Liquidations-Protokolle ist bereits festgestellt, daß dieses Quantum jährlich im Durchschnitte sechs Fuder und sechs Bünden an Laub-, Dagen- oder Moosstreu betrage und nach Inhalt seiner Berufung nimmt auch Kläger das in der Klage geforderte Quantum nicht in

der Anerkennung des Rechtes in den Steuerliquidationsprotokollen auch dann unerheblich sein würde, wenn er vollständig erbracht wäre: Die fragliche Anerkennung kann jedenfalls nur als Beweisgrund (vgl. die Nachschrift), nicht als Rechtstitel für den Kläger in Betracht kommen, und zwar letzteres schon aus dem prozeßualen Grunde nicht, weil ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß nicht auf Grund des Nachweises der vertragmäßigen Anerkennung der Servitut erfolgen kann, nachdem der Klaggrund der unvordenklichen Ausübung zum Beweise gestellt ist (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 363). Hiernach muß aber auch dem durch die Anerkennung des Streubezugsrechtes von Seiten der Vertreter des Salinenärars ergänzten Beweise der Klagspartei gegenüber der — durch das Beweisergebniß ohnehin ausdrücklich vorbehalten — Gegenbeweis der bloß vergünstigungsweisen Gestattung in rechtlichen Betracht kommen, und, wenn er vollständig erbracht ist, zur Entbindung von der Klage führen. Daß dieses in Wirklichkeit auch die Ansicht des obersten Gerichtshofes gewesen sei, ergibt sich unzweideutig daraus, daß er die erstgerichtliche Ansetzung des Reinigungsseides in Ansehung des Prefariums bestätigte. Die Annahme, daß auch der vollständig erbrachte Beweis des Prefariums gegenüber der Anerkennung des Rechtes durch die Vertreter des Salinenärars unerheblich sei, hätte nothwendig zu einer Streichung dieser Eidesauflage und sofortiger Verurtheilung des Beklagten führen müssen. — G.

Laubstreu allein; sondern in Laub- u. Drogen- oder Moosstreu zusammen in Anspruch.

DUOert. v. 20. Jan. 1858. Neg. Nr. 1563⁵⁶/₅₇.

Sp.

Nachschrift des Herausgebers. Otto Bähr in seinem Buche „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ bemerkt von der beweisenden²⁾ Kraft der Anerkennung (§. 182) Folgendes:

„Für deren Berücksichtigung liegt eine besondere Schwierigkeit in den Verhältnissen des modernen Prozesses, welcher von vorneherein die tatsächliche Begründung der Rechtsverhältnisse begehrt und dann die einzelnen rechtbegründenden Thatfachen zu Beweis stellt³⁾; demnach aber für Beweismittel, welche, wie in der Regel die Anerkennung, auf den Bestand des Rechtes im Allgemeinen gerichtet sind, keine passende Stelle darbietet. Man wird hier, will man anders den Ansprüchen des Lebens gerecht werden, von der prinzipiellen Schärfe unseres Prozesses etwas aufgeben müssen. Dieses geschieht, indem man der Anerkennung, ungeachtet die speziellen zu Beweis gestellten Thatfachen durch sie nicht bewiesen werden, doch eine adminikulirende Kraft für die Beweisführung im Ganzen einräumt; ein Verfahren, welches nicht selten zur Förderung wahrer Gerechtigkeit von den höheren Gerichten geübt ist⁴⁾.“

Im gegebenen Falle sollte nun Kläger nach dem rechtskräftigen Beweisinterlokute die unbewiesene Ausübung des Streubezugsrechtes im Salinenforste Baumburgerwald beweisen. Hiernach war die

²⁾ S. Note 1. Ueber die interpretative Kraft der Anerkennung s. oben S. 237 ff.

³⁾ Vgl. übrigens Kommentar über die O.D. Aufl. 2 Bd. 2 S. 185 — 6, III; Bd. 3 S. 9.

⁴⁾ Vgl. Bähr a. a. O. S. 194—5 (§. 50 a. E.); Geuffert's Archiv Bd. 4 Nr. 150. — S. auch Krit. Ueberschau d. d. Geschg. u. Rechtsw. Bd. 5 S. 63 III. g.

Anerkennung dieses Rechtes durch die bei den Grundsteuer-Liquidationsverhandlungen als Vertreter des Salinenärars erschienenen Beamten an sich nicht geeignet, einen Beweisgrund für den Kläger abzugeben, auch wenn man mit dem obersten Gerichtshofe annimmt, daß diese Beamten zu derselben ermächtigt gewesen seien⁵⁾. Allein eine administrende Kraft

- ⁵⁾ Die gegentheilige Ansicht des AG. ist folgendermaßen motivirt: Abgesehen davon, daß das (in den Liquidationsprotokollen enthaltene) Geständniß der damaligen Vertreter des kgl. Aerars nicht die vom Kläger zu erprobende Thatsache des wirklichen Streubezugs seit unvordenklicher Zeit, sondern die Existenz der Berechtigung zu diesem Bezuge zum Gegenstande hat, — kann solchen gelegentlich des Vollzuges des Grundsteuergesetzes vom 15. August 1826, abgelegten Geständnissen der Vertreter des kgl. Aerars nur insoferne Beweiskraft beigemessen werden, als dieselben sich auf die Gegenstände der durch dieses Gesetz vorgeschriebenen Liquidation erstrecken, weil der Natur der Sache nach der Umfang der diesen Vertretern ertheilten Vollmacht auf die diese Gegenstände betreffenden Verhandlungen beschränkt ist. Gegenstand dieser Liquidationsverhandlungen können aber nur solche thatsächliche und rechtliche Verhältnisse sein, welche auf die Steuerpflicht und Steuergröße von Einfluß sind. Hiernach erscheint aber das Streurecht als Gegenstand der Liquidation nicht, da dasselbe nach §. 5 lit. c des alleg. Ges. als bloße Forstnebennutzung von der Grundsteuer freibelassen wird und demnach auch der Entgang dieser Nutzung für den Besitzer des mit einer deraußigen Dienstbarkeit belasteten Waldes keine Minderung der Grundsteuer zur Folge haben kann. Hieraus ergibt sich auch, daß es in Ansehung der Steuerverhältnisse einerlei ist, ob der Bezug einer Forstnebennutzung Ausfluß des Eigenthums oder einer Dienstbarkeit ist, sowie denn auch in den §. 55—60 des mehrerwähnten Gesetzes das Streurecht unter den als steuerbare Objekte in Betracht kommenden Dienstbarkeiten nicht aufgezählt und überdies durch die Bestimmung des §. 57 hinlänglich angedeutet ist, daß die Erträgnisse aus

war ihr auf dem Grunde dieser Annahme für die Beweisführung, welche sich zunächst auf andere Beweismittel gründete, immerhin einzuräumen, wie dieses auch im oberstrichterlichen Erkenntnisse namentlich in der Richtung geschehen ist, daß das Quantum des Streubezuges als durch die mehrerwähnte Anerkennung voll erwiesen angenommen wurde.

2.

Verjährung der Schmerzensgeldklage nach gemeinem Rechte.

Die in Bd. 15 S. 175—6 dieser Blätter ¹⁾ nach einem oberstrichterlichen Erkenntnisse ausgeführte Ansicht über Verjährung der Schmerzensgeldklage binnen einem Jahre ist auch in mehreren neueren Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes festgehalten. Die Gründe eines derselben sagen:

Die Schmerzensgeldklage kann keineswegs auf Schadenersatz gerichtet und ex lege Aquilia abgeleitet werden; sie ist vielmehr als Privatpönalklage anzusehen und nach den Bestimmungen über die ästimatorische Injurienklage, die gemeinrechtlich in der kurzen Frist eines Jahres erlischt, zu beurtheilen. Denn körperliche Schmerzen bewirken eben so wenig als der Seelenschmerz bei der Injurie einen Vermögensverlust; es kann daher wegen der Schmerzen auch kein Schadenersatz entrichtet werden, sondern die Leistung, wodurch das durch Zufügung der Schmerzen gestiftete Unrecht ausgeglichen wird, hat durchaus den Charakter einer Pri-

nuzbaren Servituten den Erträgen aus den korrespondirenden Benützungarten des Eigenthums in Ansehung der Steuerverhältnisse durchgängig gleich behandelt werden wollten. — — —

¹⁾ Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 220; Bd. 8. Nr. 138.

vatstrafe. Hierfür spricht auch die Erwägung, daß die deutschen Gerichte ihre Befugniß, auf Leistung eines Schmerzgeldes zu erkennen, aus der peinlichen Gerichtsordnung Art. XX §. 1 a. E. ableiten, diese Stelle aber, wie auch der §. 2 ebenbas. und Art. XXI, zwischen Schmerzgeld und Schadensersatz ausdrücklich unterscheidet, wobei die zwei ersten Stellen den Schaden mit den Kosten, die Schmerzen aber mit der Schmach zusammenstellen.

Ist aber das Schmerzgeld eben so wie der Ästimationsbetrag für Injurien Privatstrafe, so ist es nur konsequent und angemessen, die Klage auf Schmerzgeld auch nur in der kurzen, für die ästimatorische Injurienklage geltenden Verjährungsfrist zuzulassen, da alle Gründe für Beschränkung der einen Klage eben so für die Beschränkung der anderen sprechen.

DAUERf. vom 2. März 1858. Reg.-Nr. 810⁵⁶/₅₇.
 Vgl. Reg.-Nr. 1756⁵⁴/₅₅, 337⁵⁶/₅₇, 1443⁵⁶/₅₇.
 St.

3.

Waterschaftsklage. Einrede der mehreren Zuhälter.
 (Gem. R.)

Hierüber entnehmen wir aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen was folgt:

Die Beschwerde des Beklagten, daß die zweite Instanz den im erstinstanzlichen Erkenntniß ihm zur Zerstörung der Waterschaftsklage nachgelassenen Beweis seiner Einrede der mehreren Zuhälter gestrichen, ist gegründet.

Die Rechtslehrer waren und sind noch darüber einig, daß in dem Falle, wenn die Mutter eines außerehelichen Kindes innerhalb der kritischen Zeit mit mehreren Mannspersonen fleischlichen Umgang gepflogen, die Waterschaft zu dem Kinde ungewiß ist, daher die auf diesen Umstand gegründete Einrede die Waterschaftsklage zerstört.

Nur darüber bestand nach gemeinem Rechte eine Meinungsverschiedenheit, ob in jenem Falle zur Ernährung des außerehelichen Kindes keiner der Konkubanten oder nur Derjenige derselben, gegen welchen die meisten Indizien sprechen, verbunden ist, oder ob jeder derselben für seinen Antheil beizutragen hat.

Kreittmayer, Anmerk. zum B. G. B. Thl. I Kap. 1 §. 9 Nr. 4 und die dort angezogenen Rechtslehrer.

Blöß diese Meinungsverschiedenheit hat nun der oberstrichterliche Plenarbeschluß vom 23. Juni 1841 über die Ehre der mehreren Zuhälter (Reg. Bl. S. 636 ff.) und zwar dahin entschieden, daß die Klage auf Ernährung eines außerehelichen Kindes durch diese Ehre nicht aufgehoben wird, dabei aber deren gemeinrechtlich schon festgestandene Rechtserheblichkeit gegen die Waterschaftsklage unverührt gelassen.

Zwar kommt in dessen Motiven vor, daß auf einen Beischlaf mit der Mutter des Kindes in der gesetzlich angenommenen Zeit die Rechtsvermuthung der Waterschaft zu bemessen sich gründe; dieselben führen aber dieses nur als Basis der Alimentationspflicht, nicht der Anerkennung der Waterschaft an.

In Uebereinstimmung hiemit unterscheidet gleichfalls der weitere oberstrichterliche Plenarbeschluß vom 5. Juni 1855 (Reg. Bl. S. 678 ff.), die zivilrechtlichen Ansprüche eines außerehelich geborenen Kindes gegen den Beihälter der Mutter betr., zwischen der Klage auf Ernährung eines außerehelichen Kindes und der auf Anerkennung der Waterschaft zu solchem, indem derselbe in seinen Motiven ausführt, daß bei einem außerehelichen Geschlechtsumgange der Mutter des Kindes mit anderen Mannspersonen als dem Beklagten während der gesetzlichen Zeit die Waterschaft und demnach auch ein Verwandtschaftsverhältniß desselben zu jenem Kinde nicht angenom-

men werden könne, seine Verblindlichkeit, solchem Alimentationsbeiträge zu leisten; aber dennoch besteshe. Die zweite Instanz hat demnach den fraglichen Plenarbeschluß vom 23. Juni 1841 über die Einrede der mehreren Zuhälter unrichtig auch auf die Klage bezüglich der Anerkennung der Vaterschaft in Anwendung gebracht.

Der O. O. G. E. r. k. vom 12. Mai 1857 (Reg.-Nr. 152⁵⁶/₅₇) vgl. mit O. O. G. E. r. k. vom 11. Juli 1856 (Reg.-Nr. 629⁵⁵/₅₆). In gleichem Sinne hat sich der oberste Gerichtshof in den weiteren Rechtsfällen Reg.-Nr. 1054⁴⁷/₄₈, 797⁵⁴/₅₅ und 241⁵⁷/₅₈ ausgesprochen. Wfb.

Im entgegengesetzten Sinne erkannte der oberste Gerichtshof unter'm 4. Januar 1858 (Reg.-Nr. 1683⁵⁶/₅₇).

Gründe: Der Plenarbeschluß vom 23. Juni 1841 hat zwar in seinem Tenor nur die damals streitige Frage entschieden, daß nach gemeinem Rechte die Klage auf Ernährung eines außerehelichen Kindes durch diese Einrede nicht aufgehoben werde; aber aus den obigem Plenarbeschlüssen unterstellten Motiven geht unzweideutig hervor, daß auch die Klage auf Vaterschaft durch die Einrede der mehreren Zuhälter nicht entkräftet werden könne.

Es ist nämlich in diesen Motiven der Grundsatz aufgestellt, daß Derjenige, welcher geständig oder überwiesen ist, in der gesetzlich entsprechenden Zeit der Mutter des Kindes beigezohnt zu haben, für den Vater desselben zu erachten sei. Denn, heißt es daselbst Nr. 2--4, auf einen solchen Beischlaf gründe sich die Rechtsvermuthung der Vaterschaft, und diese Rechtsvermuthung bleibe gegen den geständigen oder überwiesenen Beizähler so lange wirksam, als ihr Grund, nämlich die Annahme, daß er das Kind erzeugt haben könne, aufrecht bestehe, was so lange der Fall sei; als keine Gewißheit für das Gegentheil vorliege. Eine solche Gewißheit

gehe aber nicht und könne nicht hervorgehen aus der Thatfache, daß die Kindsmutter zur entscheidenden Zeit auch anderen Mannspersonen den Beischlaf gestattet habe, weil es Dem ungeachtet noch immer möglich sei oder bleibe, daß das Kind aus der Beiwohnung des Beklagten entsprungen sei.

Diesem kann die Behauptung, daß während der Empfängnißperiode noch ein anderer mit der Klägerin den Beischlaf gepflogen und sie geschwängert habe, für sich allein nicht hinreichen, die Vaterschaftsklage zu zerstören; es müßte vielmehr der Beklagte, um darzuthun, daß er nicht Vater sei, eine solche Thatfache anführen, aus welcher mit Gewißheit die Schlußfolgerung sich ergäbe, daß er das Kind nicht könne erzeugt haben. Es hätte also derselbe z. B. behaupten müssen, daß es wegen Impotenz außer seiner Möglichkeit gelegen sei, das Kind zu erzeugen.

Ganz in diesem Sinne sprechen sich die Motive Nr. 5 und 6 weiter dahin aus, es bleibe rücksichtlich eines jeden Konkubenten die Möglichkeit vorhanden, daß gerade sein Beischlaf die Schwängerung bewirkt habe, soferne der Einzelne nicht zu erweisen vermöge, daß das Kind aus seinem Beischlaffe nicht habe hervorgehen können. Die bloße Ungewißheit, ob der Beklagte oder ob einer der anderen Beihälter der Erzeuger des Kindes sei, soll laut derselben Motive die Annahme nicht rechtfertigen, daß keiner aus ihnen für den Vater geachtet werden dürfe.

Hiermit steht auch der Schlußsatz des erwähnten Plenarbeschlusses insoweit im Einklange, als derselbe das Gesamteresultat der oberstrichterlichen Entscheidung in den Worten zusammenfaßt, daß dem Kinde gegenüber, für welches Alimentation gefordert werde, die Einrede der mehreren Beihälter völlig unerheblich sei, wornach diese Einrede nur dem Verlangen der Mutter auf Zahlung einer De-

florationsgebühr mit Erfolg entgegengesetzt werden kann.

Da nun die Einwendung des Beklagten, nicht Vater des Kindes zu sein, nicht in der oben dargelegten Art, sondern bloß durch die Behauptung der mehreren Beihälter thatsächlich begründet worden ist, so mußte sie als bezüglich der Vaterschaft unerheblich verworfen werden.

4.

Zur Lehre von der Grundtheilung nach fränkischen Rechte.
Vgl. Bb. III S. 118.

Dem J., welcher mit seiner Ehefrau E. in allgemeiner Gütergemeinschaft nach Würzburger Landrecht lebte, soll von seinem Vater A. die Grundtheilung angeboten worden sein und ersterer dieses Anbieten auch angenommen haben. Noch vor dem Vollzuge der Grundtheilung starb J. mit Hinterlassung seiner Wittve E. und eines Kindes, welches jedoch bald darauf auch mit Tod abging. Nun verlangte die Wittve E. den Vollzug jener Grundtheilung, wozu aber deren Schwiegervater A. ihr das Recht bestritt.

Die zweite Instanz sprach auch der Wittve E. jedes Recht an dem Vermögen ihres Schwiegervaters A. und sofort zu dem gestellten Antrage auf Vollzug jener Grundtheilung ab, weil sie selbst ein Erbberechtigter in Beziehung auf die Theilungsmasse des A. nicht sei, daher ihr die Legitimation zu jenem Antrage abgehe.

Dieser Ansicht trat jedoch der oberste Gerichtshof entgegen.

Das Würzburger Landrecht entscheidet die Streitfrage, wem der an einer Theilungsmasse einem Theilungsinteressenten gebührende Antheil an-

falle, wenn dieser Theilungsinteressent noch während der Grundtheilung mit Tod abgeht, im Zfl. III Tit. 32. §§. 5—8 dahin, daß solche Erbfälle so zu beurtheilen sind, als wäre die Grundtheilung schon wirklich geschehen, spricht daher den daraus einem inzwischen mit Tod abgegangenen Theilungsinteressenten gebührenden Antheil Demjenigen zu, welcher ein Erbrecht auf den Nachlaß dieses Theilungsinteressenten hat. Dabei macht dasselbe aber nicht, wie von der zweiten Instanz geschehen, eine Unterscheidung darin, ob der Erbe des verlebten Theilungsinteressenten selbst ein Erbberechtigter bezüglich der Grundtheilungsmasse ist oder nicht, sondern es bestimmt vielmehr in jenem §. 5, daß bezüglich des Antheiles, welcher dem verlebten Theilungsinteressenten daran gebührt, die Intestaterbfolge darauf eintritt, führt die einzelnen Fälle hievon in dem weiteren §§. 6, 7, 8 an, und stellt hierbei insbesondere im §. 6 den Grundsatz fest, daß jener Antheil auch einer Person erblich anfallen könne, welche nicht selbst erbberechtigt zur Grundtheilungsmasse ist.

Wenn aber diese gesetzlichen Bestimmungen den Antheil des verlebten Theilungsinteressenten zusprechen, dem erteilen sie damit zweifellos auch das Recht, die Legitimation zu dem Antrage auf Vollzug der eingeleiteten Grundtheilung, auf Ausmittelung und Ueberweisung des jenem Theilungsinteressenten zustehenden Antheiles an der Theilungsmasse.

Hatte nun A. seinem Sohne S. die Grundtheilung angeboten und dieser solche angenommen, so war hiemit dem S. ein vertragmäßiges Recht auf diese Grundtheilung geboren und von da an dieselbe bezüglich der darauf eintretenden Erbfälle vermöge jener gesetzlichen Bestimmungen als bereits (realiter) wirklich vollendet zu betrachten, sofort dieses vertragmäßige Recht auf Grundtheilung und der daraus resultirende Antheil nicht allein ange-

fallen; sondern auch erworben; und zufolge Zhl. III Tit. 96 §. 5. des Würzburger Landrechtes in die zwischen ihm und seiner nunmehrigen Wittve G. vermöge Vererbung durch ein Kind bestandene allgemeine Gütergemeinschaft übergegangen.

Die Wittve G. wurde nach dem Tode ihres Ehemannes J. gemäß Zhl. III Tit. 90 §. 1 des Würzburger Landrechtes Alleineigenthümerin des gesamten gemeinschaftlichen ehelichen Vermögens; worunter auch jenes bereits erworbene Recht auf Grundtheilung und der daraus resultirende Antheil des J. begriffen war, und hatte sie nur bei Lebzeiten dem damals noch lebenden Kinde in den gesetzlichen Fällen zwei Dritttheile von jenem gemeinschaftlichen Vermögen abzutreten.

Schneidl, elem. jur. franc. §. 100 p. 171: „*adsint liberi non separati, tunc enim superstes communionem solus continuant.*“

Mit dem Tode jenes Kindes aber verblieb dieses gemeinschaftliche Vermögen der Mutter desselben der Wittve G. vermöge ihres Alleineigenthumsrechtes.

Schneidl l. c.: „*Turbato mortalitatis ordine solvitur conjugalit bonorum communitio etiam universalis, quando omnes liberi communes salo superstitum anteveriunt; tunc enim omnia bona superstes retinet jure dominii solitarii.*“

Der oberste Gerichtshof erklärte demnach den von der Wittve G. auf Vollzug der fraglichen Grundtheilung gestellten Antrag an sich für gegründet.

Dabei bestand übrigens eine weitere Streitfrage noch darüber, ob der Anfang der Grundtheilung von der Zeit des Anbieters des Waters M. hiezu oder von der der Annahme dieses Anbieters von Seiten des Sohnes J. zu rechnen sei.

Die beiden Vorinstanzen hatten den Anfang der Grundtheilung von der Zeit des Anbieters hiezu gerechnet und war deshalb auch von der ersten Instanz der Wittve G. bloß der Beweis jenes An-

bietens auferlegt worden. Dieser Ansicht trat jedoch der oberste Gerichtshof gleichfalls entgegen.

Das Würzburger Landrecht unterscheidet bei den von den Aeltern angebotenen Theilungen in den §§. 9, 10, 11 Tit. 32 Thl. III, ob die Kinder die angebotene Theilung verweigert oder angenommen haben. Im ersteren Falle, von welchem die §§. 10 und 11 handeln, und wo erstrichterliche Entscheidung über die Verweigerung der Theilung von Seiten der Kinder zu erfolgen hat, ist zwar die Wirkung der die Theilung aussprechenden Entscheidung auf die Zeit des Anbietens zu retrotrahiren und demnach der Anfang der Theilung von da an zu rechnen. Im zweiten Falle (§. 9) aber, wo die Theilung auf Vergleichung der Kinder und Aeltern, sonach vertragmäßig erfolgt, kann nach der rechtlichen Natur eines Vertrages ihr Anfang von selbst erst von der Zeit der Annahme des Anbietens gerechnet werden.

Schneidl, thes. jur. franc. sect. I opusc. 28 §. 7 p. 1946: „Totalis divisio iterum alia est voluntaria, alia necessaria: voluntariam utriusque partis, filiorum nempe et parentum consensus, absolvit; offertur scilicet et acceperatur.“ §. 16 p. 1962: „Cum divisio oblata et acceptata — fictione juris pro jam completa ac perfecta realiter habeatur.“

Aus diesen Erwägungen und unter weiterer Bezugnahme auf

Schellhaff, Beiträge zur deutschen Gesetzkunde Hft. 1. §. 58; Weber, Prov. u. Stat. R. Bd. 3, Thl. 1. §. 198,

legte der oberste Gerichtshof durch Erf. v. 14. März 1857 (Reg.-Nr. 737⁵⁵/₅₆) der Wittive G. darüber Beweis auf, daß A. seinem Sohne J. die Grundtheilung angeboten und dieser solche angenommen habe. Wfb.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Mit welcher Besitzänderung wird das für das Obereigenthum und das Recht der Erhebung einer Besitzänderungs-Abgabe festgesetzte Äquivalent fällig? — Der §. 64 des Hypothekengesetzes findet auch bei theilweise erloschenen Hypotheken Anwendung. — Einräumung des Pfandes einer erloschenen Hypothek bei gleichzeitiger Löschung derselben ist Hypothekenlosung. — Ueber das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München. —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Mit welcher Besitzänderung wird das für das Obereigenthum und das Recht der Erhebung einer Besitzänderungs-Abgabe festgesetzte Äquivalent fällig?

(Art. 15 Abs. 3 und 4 des Bodenentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848.)

Diese Frage wurde in einem oben S. 139—140 mitgetheilten OLG. Erf. dahin beantwortet, daß die Fälligkeit erst mit der nächsten handlungbaren Besitzänderung eintrete. In einer aus dem unterfränkisch-aschaffenburgischen Kreise an den obersten Gerichtshof gelangten Rechtsache, in welcher die zweite Instanz gleichfalls dieser Ansicht beigepflichtet hatte, sprach jedoch der oberste Gerichtshof durch Erf. vom 19. Juli 1858 (Reg.-Nr. 244⁵⁷/₅₈) sich dafür aus, daß unter dem Ausdruck „nächsten Besitzveränderung“ im Abs. 3 des Art. 15 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes jede nach dem Erscheinen

dieses Gesetzes eintretende Besitzänderung zu verstehen sei, und stellte das die Beklagten zur Zahlung des fixirten Handlohn-Äquivalentes verurtheilende erstinstanzliche Erkenntniß wieder her. Aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung ist Folgendes hervorzuheben:

Beim Zusammenhalten der fraglichen Bestimmung im Abs. 3 des Art. 15 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes mit dem weiteren Inhalte eben dieses Absatzes und den einschlägigen Verordnungen und Instruktionen muß sich für die fiskalische Behauptung, daß das fixirte Handlohn-Äquivalent mit jeder nach dem Erscheinen dieses Gesetzes eintretenden Besitzänderung fällig sei, als die richtige ausgesprochen werden.

Bei denjenigen handlohnbaren Gütern, bei welchen schon nach der betreffenden vor dem Grundlasten-Ablösungsgesetze bestandenen Handlohnordnung das Handlohn in allen Besitzänderungen zu entrichten war, unterliegt es von selbst keinem Zweifel, daß auch das fixirte Handlohn-Äquivalent mit jeder nächsten Besitzänderung nach Erlass jenes Gesetzes fällig wird.

Dagegen ist dieses bei solchen handlohnbaren Gütern in Frage gestellt, bei welchen nach der betreffenden vor dem Grundlasten-Ablösungsgesetze bestandenen Handlohnordnung manche Besitzänderungen handlohnfrei sind.

Im Abs. 3 des Art. 15 dieses Gesetzes folgt auf die Bestimmung, daß das fixirte Handlohn-Äquivalent mit der nächsten Besitzänderung nach Erlass jenes Gesetzes fällig sei, unmittelbar die weitere, daß die Art der Festsetzung der Besitzänderungs-Bezeichnungen (Handlohn) sich nach den Bestimmungen der Verordnung vom 19. Juni 1832, die Fixirung und Ablösung des Handlohnes und anderer unständiger Besitzveränderungs-Gefälle des

Staates betr.) (Reg.-Bl. S. 389 ff.) und den darauf bezüglichen Erläuterungs-Reskripten zu richten habe.

Die hier in Bezug genommene Verordnung vom 19. Juni 1832 besagt im §. 4 Abs. 2 und §. 5 Abs. 3, daß da, wo manche Besitzänderungsfälle ganz handlohnfrei sind, ein fixes Quantum festgesetzt werden muß, welches bei jeder Besitzveränderung, sie mag durch Kauf, Tausch oder Erbschaft geschehen, zu entrichten ist¹⁾.

Gleiche Bestimmung wie diese enthalten die auf jene Verordnung bezüglichen Finanzministerial-Erläuterungs-Reskripte vom 3. März 1833 Nr. 2 und 6, vom 16. desselben Monats und vom 29. Dezember 1834 §. 2 Nr. 7.

Derstner, Entwicklung des Ges. vom 4. Juni 1848; die Aufhebung der Standes- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit u. s. f. betr., Bd. 1 S. 164 Nr. 12, S. 163 Nr. 13, S. 171 Nr. 18.

Indem nun das Grundlasten-Ablösungsgesetz in demselben dritten Abs. seines Art. 15, in welchem es das fixirte Handlohn-Äquivalent mit der nächsten Besitzänderung nach seinem Erlasse für fällig erklärt, auf die Verordnung vom 19. Juni 1832 nebst den einschlägigen Erläuterungs-Reskripten und hiemit auch auf diejenige hierin enthaltene Art der Fixation, wobei die früher handlohnfrei gewesenen Besitzänderungen in Komputation zu kommen haben, Bezug nimmt, setzt dasselbe in der dieser Bezugnahme unmittelbar vorausgehenden Bestimmung über jenen Termin der Fälligkeit des fixirten Handlohn-Äquivalentes voraus, daß bei den Fixationen durch die Komputation der früher handlohnfrei gewesenen Besitzänderungen die hierüber vor

¹⁾ Soferne nicht ein Turnus nach festen Zeitabschnitten und bestimmten Größen regulirt wird.

dem Erscheinen des Grundlasten-Ablösungsgesetzes bestandenen Anfallsnormen abgeändert und solche Fixa ermittelt werden, welche für alle Besitzänderungen, sonach auch für die nach Erlaß jenes Gesetzes eintretende nächste Besitzänderung passen, woraus von selbst folgt, daß das Grundlasten-Ablösungsgesetz im Abs. 3 des Art. 15 unter der nächsten Besitzänderung nach seinem Erlasse jede darauf eintretende nächste Besitzveränderung verstanden hat und verstehen mußte; denn es liegt in der rechtlichen Natur der Sache, daß der Termin der Fälligkeit des fixirten Handlohn-Äquivalentes nicht im Widerspruche mit jener stattzufindenden Art der Fixation auf eine Besitzänderung beschränkt werden konnte, welche nach Maßgabe der betreffenden vor jenem Gesetze zwar bestandenen, aber eben durch die Art der Fixation abgeänderten Anfallsnormen eine handlohnbare war.

Jene Voraussetzung des Gesetzes bei Bestimmung des Termines der Fälligkeit des fixirten Handlohn-Äquivalentes wurde auch verwirklicht, und da, wo manche Besitzänderungen handlohnfrei sind, die obige Vorschrift der Verordnung vom 19. Juni 1832 und deren Erläuterungsreskripte zum Vollzuge gebracht.

Die Ministerial-Instruktion vom 17. Juni 1848 zum Vollzuge des Abl.-Ges., insbes. die Fixirung unständiger Grundlasten betr. (Reg.-Bl. S. 649 ff.), schreibt nämlich im §. 13 unter Bezug auf die §§. 4 und 5 der Verordnung vom 19. Juni 1832 vor, daß bei Fixationen, wo handlohnfreie Besitzänderungen mit in Frage kommen, diese in Komputation zu bringen sind und ein fixes in jedem künftigen Falle zu entrichtendes Handlohnquantum regulirt werden soll. Namentlich wurden die kgl. Distriktpolizeibehörden und Rentämter des unterfränkisch-erschaffenburgischen Regie-

rungsbezirktes durch ein autographirtes Ausschreiben dieser Regierung vom 15. Januar 1849, Nr. 3987, den Vollzug des Abl.-Ges. insbesondere die Fixirung der Handlöhne betr. (auszugsweise bekannt gemacht durch ein weiteres Ausschreiben vom 27. Juni 1852 in dem einschlägigen Kreis-Intelligenzblatte von 1852, Nr. 74, S. 55 ff.), unter Nr. IV, 3 angewiesen, bei der individuellen Fixirung darauf zu sehen, ob nach der bestehenden Handlohn-Obervanz neben den handlohnbaren auch handlohnfreie Besitzveränderungen vorkommen, in diesem Falle ein Fixum zu ermitteln, welches für alle Besitzveränderungen passe und sogleich bei der nächsten nach dem Erscheinen des Ablösungsgesetzes eintretenden Besitzveränderung erhoben werden könne, und da für die Würzburger Handlohn-Obervanz im Allgemeinen als Verhältniß der handlohnfreien zu den handlohnbaren Besitzveränderungen anzunehmen sei, daß unter zwei Besitzveränderungen eine handlohnbare und eine handlohnfreie sei, in dem Falle, wo ein Fixum nach der Verordnung vom 19. Juni 1832 für bloß handlohnbare Fälle ermittelt wurde, solches um die Hälfte zu moderiren, damit es für alle Fälle anwendbar sei.

Deßhalb hat auch die Kammer der Abgeordneten des Landtages von 1850, wie aus dem Vortrage des Abgeordneten Dr. von Hermann hervorgeht, den Antrag verworfen, die fragliche gesetzliche Bestimmung dahin zu interpretiren, daß der im Art. 15 Abs. 4 des Grundlasten-Ablösungsgesetzes gebrauchte Ausdruck „nächster Besitzveränderungsfall“ sich nur auf den nächsten Besitzveränderungsfall beziehe, in welchem gemäß der früheren Rechtsverhältnisse ein Handlohn zu entrichten war.

Verh. d. K. d. Abg. von 1850 Weil.-Bd. 3 S. 594, 621.

Der im Abs. 4 des Art. 15 jenes Gesetzes

gebrauchte Ausdruck ist, übrigens nur eine Wiederholung des ganz gleichen im Abs. 3, daher von jenem dasselbe gilt wie von diesem.

Die Beklagten haben nicht eingewendet, daß die Fixationen, auf welche der egl. Fiskus seine Klageposten gründet, nicht auf die bemerkte gesetzlich vorgeschriebene Weise beschäftigt worden, und dabei etwa handlohnfrei gewesene Besitzänderungen außer Komputation geblieben sind.²⁾, sondern es ergibt sich vielmehr aus den Streit- und Abtheilungsakten theils, daß die betreffenden Güter in allen Besitzveränderungsfällen, ohnehin, schon handlohnbar waren, theils bei der Fixation die handlohnfrei gewesenen Besitzänderungen wirklich in Komputation genommen wurden, und der Berechnung der Fixationssumme ein Mittelprozent durch Herabsetzung des zehnprozentigen Handlohnes auf die Hälfte zu Grunde gelegt worden ist.

Daß von der zweiten Instanz angezogene Finanzministerial-Reskript vom 2. Juli 1849 (Gerstner a. a. O. S. 307 Nr. 8) ist deshalb nicht maßgebend, weil theils der darin angeführte Fall für gar keine Besitzänderung angesehen wird, theils daraus nicht ersichtlich ist, ob man solche

²⁾ Nach dieser Stelle der obersterichterlichen Motive ist es zwar Sache des Beklagten, seine Einwendung zu machen, wenn bei der betreffenden Fixation auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise nicht verfahren und etwa handlohnfrei gewesene Besitzänderungen nicht in Komputation genommen worden sein sollten; indessen wird es in den Fällen, wo handlohnfrei gewesene Besitzänderungen bei der Fixation in Frage gekommen, für den Handlohnberechtigten ratsam sein, schon in der Klage die Art der Fixation und daß dabei die handlohnfrei gewesenen Besitzänderungen in Komputation genommen wurden, umständlich darzulegen. — D. C.

Fixationen im Auge hatte, bei welchen die früher handlohnfrei gewesenem Besizänderlingen in Komputation gekommen sind.

Wfb.

1844. 1845. 1846.

2. 3. 4.

1847. 1848. 1849. 1850. 1851. 1852.

Der §. 84. des Hypothekengesetzes findet auch bei theilweise erloschenen Hypotheken Anwendung. Einräumung des Ranges einer erloschenen Hypothek bei gleichzeitiger Lösung derselben im Hypothekenbuche.

Im Auf dem Hause des J. G. waren an erster Stelle für die Kreditkasse zu M. 4500 fl., an zweiter Stelle für W. D. 900 fl. im Hypothekenbuche eingetragen.

Am 15. Dezember 1847 erschien J. G. bei dem Hypothekenamte, wies sich durch eine Quittung darüber aus, daß er der Kreditkasse 1435 fl. zurükbezahlt habe, und erklärte, daß er den Rang der für diese 1435 fl. bestellten, nun erloschenen Hypothek dem W. D. für ein von demselben erhaltenes Darlehen gleichen Betrages einräume.

Von dem Hypothekenamte wurde auch wirklich ein Kapital von 1435 fl. für W. D. in gleichem Range mit dem Kapitalreste der Forderung der Kreditkasse zu M. im Hypothekenbuche eingetragen, dagegen von dem Kapitale der Kreditkasse der Betrag von 1435 fl. wegen Zahlung gelöscht.

In dem später über das Vermögen des J. G. ausgebrochenen Konkurse wurde W. D. mit seiner Forderung von 1435 fl. in erster und zweiter Instanz in der zweiten Klasse in gleichem Range mit der Forderung der Kreditkasse vor der Forderung des W. D. sortirt, und diese Votation auf Beschwerde des letzteren auch in dritter Instanz bestätigt. Die Gründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 29. Oktober 1853 (Neg.-Nr. 1482^{51/52}) enthalten hierüber Nachstehendes:

Der §. 84 des Hyp.-Gef. bestimmt: „Der Schuldner kann nach Erlöschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem anderen, auch einem neuen Gläubiger, jedoch für keine größere Summe einräumen“¹⁾.

Ist die Löschung einer Hypothek im Hypothekenbuche eingetragen, so rücken die folgenden Gläubiger nach Ordnung ihrer Eintragung vor.

Als J. G. am 15. Dezember 1847 beim Hypothekenamte für die Forderung des W. B. zu 1435 fl. Hypothek bestellte, war von der Forderung der Kreditskasse der Betrag von 1435 fl. zwar bereits durch Zahlung erloschen, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöscht. J. G. konnte daher nach klarer Bestimmung des Abs. 1 des alleg. §. den Rang dieses erloschenen, aber noch nicht gelöschten Theiles der Forderung dem W. B. einräumen; er hat dieses auch nach Inhalt des Hypothekenprotokolles vom 15. Dezember 1847 gethan, und es hat daher das Hypothekenamt mit Recht die B'sche Forderung im gleichen Range mit der Forderung der Kreditskasse im Hypothekenbuche eingetragen, und haben die Vorinstanzen dieselbe mit Recht nach der Priorität vom 4. Dezember 1845 vor der erst am 16. Juli 1846 eingetragenen Forderung des W. B. locirt.

Als Gründe, aus welchen die Einräumung des Ranges der Forderung der Kreditskasse unstatthaft gewesen sein soll, werden von den Revidenten geltend gemacht:

1), daß der §. 84 Absatz 1 nur bei vollständiger, nicht aber bei bloß theilweiser Erlöschung

¹⁾ Vgl. Archiv für civil. Praxis Bd. 41. S. 55 ff.

einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung anwendbar sei; und

2) daß, wenn diese Bestimmung Anwendung finden solle, die erloschene Forderung nicht, wie hier geschehen, gelöscht werden dürfe, indem, wenn einmal die Löschung einer Forderung im Hypothekenbuche eingetragen sei, nach Abs. 2 die Vorrückung der nächststehenden Hypothek Platz greife;

Allein diese Gründe sind unstichhaltig.

Zu 1. Daraus, daß im §. 84 nicht ausdrücklich gesagt ist, daß die Bestimmung des Abs. 1 auch dann, wenn eine Forderung nur theilweise erloschen ist, Anwendung finde, kann nicht gefolgert werden, daß dieses nicht der Fall sei, da das Gesetz ganz allgemein von Erlöschung einer Hypothek spricht, und theilweise erloschene Hypotheken auch theilweise gelöscht werden können (§. 162 des Hyp. Ges.); da ferner Motive zu der aufgestellten einschränkenden Auslegung der fraglichen gesetzlichen Bestimmung nicht vorliegen und namentlich der Grund des Gesetzes auch bei bloß theilweiser Löschung einer Hypothek obwaltet.

Der Grund des Gesetzes liegt in der Erwägung, daß durch eine derartige Einräumung des Ranges einer erloschenen, aber noch nicht gelöschten Hypothek die Rechte der bereits eingetragenen Gläubiger nicht verletzt werden, und daß der Schuldner nach §. 45 des Hyp. Ges. das Recht behält, über die als Hypothek unterstellte Sache in so weit zu verfügen, als es nicht zum Nachtheile der eingetragenen Hypotheken, d. h. der durch den Eintrag erworbenen Rechte gereicht. Dieser Grund des Gesetzes ist aber auch bei bloß theilweiser Erlöschung einer Hypothek jedenfalls in Ansehung der nachfolgenden Hypotheken gegeben, indem dadurch, daß an die Stelle des bisherigen Gläubigers für einen Theil der Hypothek ein anderer tritt, die Summe

der vorausgehenden Hypotheken nicht vergrößert, so nach die durch den Hypothekeneintrag erworbene Sicherheit nicht verringert wird?).

Zu 2. Das Hypothekengesetz enthält keine Bestimmung darüber, in welcher Form die Einräumung des Ranges einer erloschenen Hypothek im Hypothekenbuche einzutragen sei, und nur die Instruktion schreibt in §. 29 vor, daß der Fall des §. 84 in Beziehung auf den Eintrag gleich einer Cession behandelt werden solle. Diese Form ist hier allerdings nicht beobachtet worden; allein dieser unwesentliche Umstand kann den bestens begründeten Rechten des Gläubigers W. nicht zum Nachtheile gereichen, und es ist irrig, wenn Revident aus der Form des Eintrages folgern will, daß hier der Abs. 2 des §. 84 gegeben gewesen sei.

Der Abs. 1 dieses §. hat, verglichen mit Abs. 1, keinen anderen Sinn, als daß, wenn eine Hypothek im Hypothekenbuche einfach gelöscht wird, ohne daß der Schuldner von dem ihm nach Abs. 1 zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, die nachfolgenden Gläubiger vorrücken. Allein dieses war hier nicht der Fall: der Schuldner hat von dem ihm nach Abs. 1 zustehenden Rechte Gebrauch gemacht, und es wäre Sache des Hypothekenaufsetzers gewesen, dem Antrage desselben die geeignete, der Instruktion entsprechende Form zu geben. Da jedoch auf dem Grunde eines und desselben Antrages des Schuldners in einem und demselben Eintrage gleichzeitig die Löschung der 1435 fl. für den alten und der Eintrag dieser Summe für den neuen Gläubiger bewirkt worden ist, so ist dem Wesen nach das Nämliche geschehen,

2) Vgl. übrigens Gönner's Kommentar zum Hypothekengesetz Bd. 1 S. 580 lit. c; Bl. f. R. Bd. 20 S. 253—4.

als, wie wenn der Eintrag ganz nach dem Formulare der Instruktion vorgenommen worden wäre.

h . .

3.

Ueber das Erbrecht der bürgerlichen Ehegatten in München ¹⁾.

Die Frage, ob nach Münchener Stadtrecht die in kinderloser unverdingter Ehe lebenden bürgerlichen Ehegatten ohne gegenseitige Zustimmung testvollig zu disponiren befugt seien, — welche in einem, in Bd. XVII S. 327 ff. dieser Blätter mitgetheilten obersterichterlichen Erl. vom 6. Juli 1852 bejahend entschieden wurde, — war neuerlich wiederholt Gegenstand obersterichterlicher Entscheidung.

Die Gründe des am 27. Juli 1858 ergangenen sich gleichfalls für Bejahung dieser Rechtsfrage aussprechenden Erkenntnisses (Reg.-Nr. 1676³⁶/₅₇) sind nachstehende:

Das Statut der Stadt München in Betreff des gegenseitigen Erbrechtes der in kinderloser, unverdingter Ehe lebenden bürgerlichen Ehegatten, welches, schon früher im Herkommen begründet, in dem sog. Privilegium Albertinum von 1500 die landesherrliche Bestätigung erhielt,

Anmerkungen zum bayer. RR. Thl. I Kap. 6 §. 35 Note 3; Uer., das Stadtrecht von München S. 193, kann allerdings nach seinem Wortlaute nicht wohl anders aufgefaßt werden, als daß dieses Erbrecht nur durch Vertrag ausgeschlossen werden könne, dagegen den Ehegatten die Befugniß, dasselbe durch einseitige testwillige Verfügung aufzuheben und zu

¹⁾ Vgl. H. Haas, Erörterungen über einige Streitfragen des bayer. Civ. R. bezüglich des Erbrechtes der Ehegatten (Leipzig 1856), insbes. S. 67 ff.

beschränken? nicht zusehe, und es läßt sich gegenüber der klaren und unbedingten Bestimmung des Statutes, daß bei kinderloser Ehe der überlebende Ehegatte, wenn nicht das Vorhandensein eines Ehevertrages (Gebings) nachgewiesen werden könne, das von dem Verstorbenen hinterlassene Vermögen, Nichts ausgenommen, unmittelbar in Kraft des Stadtrechts erben und dessen mit Ausschluß Anderer habhaft sein und bleiben solle, nicht annehmen, daß die Befugniß der Ehegatten, über ihren Rücklaß anderweitig durch letztwillige Disposition zu verfügen, als sich von selbst verstehend stillschweigend vorbehalten worden sei.

Wo die Gesetze ein nur subsidiär, in Ermangelung einer letztwilligen Disposition — ab intestato — eintretendes Erbrecht festsetzen, erwähnen sie dieser Voraussetzung, daß Eintreten der gesetzlichen Erbfolge immer ausdrücklich, wie das Landrecht von 1756 in Thl. III Kap. 12 §. 1 Ziff. 1, das Landrecht von 1616 in Tit. 40 Art. 1, 2, 3, Tit. 41 Art. 1 und 3, die Reformation des Landrechtes von 1518 in Tit. 46 Art. 1, 2, 3, Tit. 47 Art. 1, 3. Namentlich besagt dieses letztere, wenige Jahre nach der landesherrlichen Bestätigung des fraglichen Lokal-Statutes erlassene Gesetz in den allegirten Artikeln ausdrücklich, daß die Erbfolge der Kinder, Aeltern, Geschwister eintrete, wenn ein Vater, eine Mutter, ein Kind u. s. w. „on Geschäft“ d. i. ohne letztwillige Verordnung mit Tod vergehe, daß der nächst gesippte Freund erbe, wenn „kein Geschäft vorhanden“ sei, und dieser Voraussetzung wäre gewiß auch in dem Privilegium Albertinum erwähnt worden, wenn die Erbfolge des überlebenden Ehegatten nur subsidiär, nämlich falls der zuerst sterbende Ehegatte „on Geschäft“ mit Tod abgehen würde, eintreten sollte.

Dazu kommt, daß in dem Statute des einen der beiden Successionsgründe, welche die gesetzliche Erbfolge ausschließen, nämlich der durch Beding (Vertrag), begründeten Erbfolge, ausdrücklich Erwähnung geschieht, woraus nach bekannter Auslegungsregel um so mehr gefolgert werden muß, daß die in dem Statute ausgesprochene ausschließende Erbfolge des überlebenden Ehegatten nur in dem einzigen Ausnahmefalle, wenn durch Ehevertrag etwas Anderes bestimmt worden wäre, nicht Platz greifen sollte.

Allein für die gegenwärtige Bedeutung und Tragweite des nach Münchener Statutarrecht den kinderlosen, unverdingter Ehe lebenden Ehegatten zustehenden Erbrechtes ist der Umstand entscheidend, daß dieses Erbrecht in der in München vermög. Wohnheitsrechtes früher bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft seinen Grund hatte.

Es ist durch die von Nuer angestellten Forschungen, namentlich durch die von demselben aus dem Münchener Stadtarchive mitgetheilten Gerichtsbriefe von 1467 und 1484 (S. LXXX und LXXXI des alleg. Werkes) dargethan, daß gegen Ende des 15. Jahrhunderts die besonders in den deutschen Städten eingeführte allgemeine Gütergemeinschaft auch in München als Wohnheitsrecht Geltung erlangt hatte. Insbesondere wurde nach dem Gerichtsbriefe von 1467 in einem Urtheile des kais. Kammergerichtes vom 21. April 1467 auf dem Grunde vollführter Weisung anerkannt, daß zu München Stadtrecht sei,

daß wenn zwei verheirathete Personen miteinander die Decke beschließen und Jahr und Tag bei einander ersitzen, dann ihr Gut, so sie hätten oder dar nach erbten, Ein Gut wäre, und dieselben Personen eine die andere nach ihrem (kinderlosen) Abgange ohne Eintrag erbe,

Wiederholter Nachweis dieses Wohnheitsrechtes

wurde nach dem Gerichtsbrieſe von 1487 auch in einem andern damals geführten Rechtsſtreite geliefert, und durch dieſe Gerichtsbrieſe iſt das damalige Beſtehen einer wahren allgemeinen Gütergemeinschaft, kraft welcher ſämmtliches von den Ehegatten in die Ehe gebrachte und während der Ehe erworbene Vermögen Ein Gut wurde, und zwar mit der Folge des Ueberganges des Gesamtvermögens auf den überlebenden Ehegatten bei kinderloſer Ehe, vollſtändig nachgewieſen. Hiernach kann nun kein Zweifel darüber beſtehen, daß das in dem Privilegium Albertinum beſtätigte Erbrecht der Ehegatten, welches dort als ein „von je herkömmliches und in ſtetem Gebrauche gewesenes“ bezeichnet iſt, lediglich ein Ausfluß der damals noch beſtandenen Gütergemeinschaft war, indem in den meiſten Statuten die Succeſſion der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden kinderloſen Ehegatten als Erbfolge aufgefaßt iſt.

ſ. H. o. r. n, Entl. in das deutſche Privatrecht S. 309.

Hieraus ergibt ſich aber auch, daß einerſeits in dem landesherrlich beſtätigten Statute den in un- verdingter, kinderloſer Ehe lebenden Ehegatten die Befugniß, zum Abbruche des im Statute feſtgeſetzten Erbrechtes über ihren Rücklaß einſeitig leſtwillig zu verſügen, nicht vorbehalten werden konnte, und warum anderſeits die Unſtatthaftigkeit einer das Erbrecht des überlebenden Ehegatten excluſivenden oder ſchmälernden leſtwilligen Diſpoſition nicht ausdrücklich ausgeſprochen wurde. Erſteres konnte nicht geſchehen, weil durch die allgemeine Gütergemeinschaft jede einſeitige leſtwillige Verſügung, durch welche die in Folge der Gütergemeinschaft dem überlebenden Ehegatten zuſtehenden Rechte verletzt worden wären, nothwendig ausgeſchloſſen war, und eben deßhalb wurde es, als der fragliche Gewohnheitsrechtsſatz landesherrlich beſtätigt wurde, als ſich von ſelbſt verſtehend betrachtet, daß den Ehegatten die Befugniß einſeitiger leſtwilliger Diſpoſition nicht zuſtehe,

woraus sich das Stillschweigen des Privilegiums über diesen Punkt erklärt, — während, wenn das Herkommen des Erbrechts der in unverdingter, kinderloser Ehe lebenden Ehegatten mit Ausschluß der Befugniß zu einseitiger lektwilliger Disposition neben dem Systeme der Gütertrennung bestanden hätte, gewiß nicht unterlassen worden wäre, ausdrücklich zu bemerken, daß den Ehegatten auch nicht die Befugniß zustehe, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten durch lektwillige Disposition auszuschließen oder zu schmälern.

Das Erbrecht der Ehegatten nach dem Privilegium Albertinum war demnach zur Zeit seiner Bestätigung durch den Landesherrn und schon früher, als es lediglich als Gewohnheitsrecht bestand, allerdings kein Intestaterbrecht im Sinne des heutigen Rechts; es war Folge und Ausfluß der damals zwischen den in unverdingter Ehe lebenden Ehegatten bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft, und schloß aus diesem Grunde die Befugnisse des Ehegatten zu einseitiger lektwilliger Verfügung aus. Allein eben deshalb, weil das durch das Privilegium Albertinum bestätigte Herkommen nicht in einem von der Gütergemeinschaft unabhängigen ausschließenden Erbrechte der kinderlosen Ehegatten bestand, weil der Ausschluß der Befugniß der Ehegatten zu einseitiger lektwilliger Disposition lediglich in der zwischen den Ehegatten bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft, mit welcher auch das gegenseitige Erbrecht derselben im Zusammenhange stand, seinen Grund hatte, kann, nachdem dieser Grund jetzt weggefallen ist, das nunmehr unabhängig von der allgemeinen Gütergemeinschaft bestehende Erbrecht der Ehegatten auch nicht mehr die nämliche Bedeutung und Tragweite wie früher haben.

Das Gewohnheitsrecht, kraft dessen in München zwischen den in unverdingter Ehe lebenden

Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft bestand; ist durch entgegenstehende Gewohnheit längst außer Wirksamkeit getreten, und nur das mit der Gütergemeinschaft im Zusammenhange gestandene herkömmliche Erbrecht der kinderlosen Ehegatten besteht noch. Dieses Erbrecht kann gegenwärtig als ein aus der allgemeinen Gütergemeinschaft fließendes offenbar nicht beträchtet werden, wenn es auch in dieser seinen Ursprung hatte. Hieraus folgt aber, daß dem Erbrechte des Ehegatten gegenwärtig auch nicht mehr jene Wirkungen beigelegt werden können, welche es lediglich in Folge seines Zusammenhanges mit der allgemeinen Gütergemeinschaft hatte, und eine solche war der Ausschluß der Befugniß der Ehegatten zu einseitiger letztwilliger Disposition. In dem heutigen Systeme des bayerischen Rechtes kann das in Frage stehende Erbrecht, welches unbestritten eine wahre Universal-Succession begründet, nur als ein gesetzliches im Sinne des Landrechtes Thl. III. Kap. 12 aufgefaßt werden, welches nur in Ermangelung eines Erbvertrages oder einer letztwilligen Verfügung Platz greift, und daher (abgesehen von dem Rechte der Notherven und den Bestimmungen über Pflichttheil) die Befugniß eine von den Bestimmungen des Gesetzes abweichende Erbfolge durch letztwillige Verfügung anzuordnen; nicht ausschließt, und in diesem Sinne scheint das Erbrecht der Ehegatten auch in der Praxis des Kreis- und Stadtgerichtes München früher, bis Auer in dem allegirten Werke (S. LXXXV) eine abweichende Ansicht aufstellte, stets aufgefaßt worden zu sein.

Wgl. Bl. f. N. N. Bd. XIII. S. 359 ff.

. . . h

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ist zur Anwendung des Art. 207 Echl. I des StGB. bezüglich der Stiefeltern uneheliche Affinität hinreichend? — Rontweden für die Spottentlage. — Voraussetzungen und Wirkungen des den Erbschaftsgläubigern zustehenden jus separations. — Berechnung der Verurtheilungssumme in Goldstrassaden. — Darlehen, Späterer Bindungsvertrag.

Ist zur Anwendung des Art. 207 Echl. I des StGB. bezüglich der Stiefeltern uneheliche Affinität hinreichend?

Diese Frage wurde durch ein in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 4 S. 501 ff. mitgetheiltes Erkenntniß des ständigen Kriminalsenates des obersten Gerichtshofes vom 24. Oktober 1857 bejahend entschieden. F. H. R., welcher die bei ihm wohnende K. S. fleischlich benützt hatte, war vom Appellationsgerichte, welches ihn als Pflegevater der K. S. betrachtete, unter der Anschuldigung des Verbrechens des Mißbrauches rechtlicher Privatgewalt in die öffentliche Sitzung verwiesen worden. Der oberste Gerichtshof verwarf die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, indem er zwar den Gesichtspunkt des Pflegevaters im gegebenen Falle nicht für zutreffend, gleichwohl aber das Gesetz für richtig angewendet aus dem Grunde erachtete, weil, wie aktenmäßig feststehe, F. H. R. früher mit der Mutter der K. S., der H. P., außer-ehelich einen Sohn gezeugt habe, sonach als Stief-

Neue Folge III. Bd.

vater der R. G. im Sinne des Art. 207 Thl. I des StGB. zu betrachten sei.

Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung drängen sich erhebliche Bedenken auf.

Der Art. 207 Thl. I des StGB. lautet in der einschlägigen Stelle:

„Stiefeltern, welche ihre Untergebenen zur Unzucht mißbrauchen, sollen nebst der Unfähigkeit zu allen öffentlichen Aemtern und Würden mit ein- bis vierjährigem Arbeitshause bestraft werden.“

Es wird keiner Anführung von sprachlichen Autoritäten bedürfen, um die nicht bloß gewöhnliche, sondern ausschließliche Bedeutung des Wortes „Stiefeltern“ dahin festzustellen, daß hierunter lediglich der Ehegatte des rechten Elternteiles zu subsumiren ist ¹⁾, und wird schon nach dem

1) Ein kgl. sächsisches Gesetz vom 8. Februar 1834, die Bestrafung der fleischlichen Vergehungen u. s. w. betr., bedroht im §. 21 mit Strafe „... Schwiegereltern und Schwiegerkinder, welche miteinander Unzucht treiben, ingleichen Stiefeltern, welche mit ihren Stiefkindern sich dieses Verbrechens schuldig machen — — — Stieffinder, welche sich ihren Stiefeltern zur Unzucht hingeben.“ Hiezu bemerkt Wächter in seinen Abhandlungen (Bd. 1 S. 372 Note 8): „Aus dieser Bezeichnung, deren sich das Gesetz bedient, geht hervor, daß es nur die legitime, d. h. durch eine Ehe begründete Schwägerschaft im Auge haben kann. Denn durch jene Ausdrücke werden niemals Verhältnisse der illegitimen Schwägerschaft bezeichnet.“ — Im Entwurfe des GB. über Verbrechen und Vergehen für das K. Bayern von 1854 Art. 212 heißt es allerdings: „Der Beischlaf zwischen Schwieger- oder Stiefeltern und ihren Schwieger- oder Stiefkindern soll, insofern das Schwägerschaftsverhältnis durch eine (noch bestehende oder bereits aufgelöste) Ehe begründet ist, ... bestraft werden.“ Allein die unterstrichenen Worte

gewöhnlichen Sprachgefühle behauptet werden dürfen, daß die grammatische Interpretation der Hereinziehung der illegitimen Schwägerschaft oder der Bestrafung desjenigen, welcher mit der Mutter der Geschwächten, bez. derjenigen, welche mit dem Vater ihres Beihälters bloß außerehelich den Beischlaf gepflogen hatte, geradezu entgegensteht.

Zu demselben Ergebnisse führt aber auch die logische Interpretation.

Zuvörderst ist auf den inneren Zusammenhang der Gesetzgebung hinzuweisen.

Wie sowohl Art. 204 als die Marginalien zu dem in Rede stehenden Art. ausweisen, wollte hier der Gesetzgeber nur eine Strafandrohung gegen den Mißbrauch einer rechtlichen Privatgewalt geben. Als rechtliche Privatgewalt darf nun allerdings nicht bloß eine in den positiven Rechten begründete Herrschaft betrachtet werden, sondern ist hierunter jedes im allgemeinen Sinne des Wortes rechtmäßige, wenn auch nur in der Natur der Sache liegende Ueberordnungsverhältniß, welchem auf Seite des Untergebenen die moralische Pflicht zum Gehorsame gegenüber steht, aber ebenso auf der Seite des Berechtigten selbst die Pflicht der Liebe, sittlichen Ueberwachung und Heranbildung entspricht, zu verstehen. Dieses war sicherlich der Gedanke des Entwurfes, namentlich bei den Art. 206 und 207. Nicht der Inzest als solcher sollte mit Kriminalstrafe belegt werden²⁾, sondern, wie sich die *Annex*

wurden wohl nur beigefügt, um jeden denkbaren Zweifel über die beschränkte Absicht des Gesetzgebers von vorneherein auszuschließen.

2) Wäre dieses beabsichtigt gewesen, so hätte die Konsequenz erfordert, auch die Deszendents im Falle des Beischlafes mit Ascendents — ihre Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt — mit Strafe, wenn auch mit geringerer, zu belegen.

ungen z. StGB. Bd. 2 S. 90 ausdrücken, lediglich die sträfliche Verletzung der Persönlichkeit eines Untergebenen durch Mißbrauch eines sonst rechtmäßigen Ansehens und einer Gewalt über denselben. Dieser Gedanke trifft auch — mit einer einzigen, gleich zu erwähnenden Ausnahme — bei allen Kategorien, die in den gedachten Artikeln aufgeführt sind, zu. Bei leiblichen Aszendenten leidet die Sache ohnehin keinen Zweifel; aber jene Autorität wohnt nach der gewöhnlichen Ordnung der Familie und des bürgerlichen Lebens nicht minder den Pflege- und Stiefelstern oder den Vormündern, wenn diesen auch eigentliche elterliche Rechte über das Kind nicht zustehen, nicht minder aber auch den Schullehrern oder Erziehern, obgleich gerade bei diesen von einer juristischen, die Persönlichkeit beschränkenden Herrschaft nie die Rede sein kann, doch unzweifelhaft inne.

Eine Ausnahme macht allerdings die an die Spitze des Art. 207 gestellte Bestimmung, wonach auch leibliche eheliche Geschwister, die miteinander Unzucht treiben, der dortselbst angedrohten Strafe unterliegen. Allein, wie aus den Anmerkungen Bd. 2 S. 92 hervorgeht, ist dieses ein erst bei der Berathung beigefügter Zusatz, nachdem der Entwurf in Konsequenz des Grundsatzes, daß nur solche dem Sittengesetze widerstreitende Handlungen Strafe nach sich ziehen sollen, welche zugleich eine Rechtsverletzung involviren³⁾, diesen Punkt gänzlich übergangen hatte. Man schaltete nun zwar diese Strafbestimmung, da man keine bessere Stelle im Gesetzbuche für sie wußte und ein gewisser Gedankenzusammenhang mit dem ursprünglichen Entwurfe allerdings besteht, an dem fraglichen Orte ein; keines-

³⁾ Vgl. Anmerk. Bd. 1 S. 25.

falls wollte jedoch, wie erwähntermassen sowohl Art. 204 als die Marginalien beweisen, und wie sich ferner daraus ergibt, daß die Descendenten, welche mit ihren Ascendenten Unzucht treiben, von Strafe frei belassen sind⁴⁾, durch diese lediglich äußere Zusammenstellung das ursprüngliche System und der eigentliche Gedanke des Entwurfes in Ansehung der Verwandten und Verschwägerten in aufsteigender Linie aufgegeben werden⁵⁾.

Es läßt sich nun aber sicherlich nicht behaupten, daß dem außerehelichen Zuhälter der Mutter gegenüber den von einem anderen gezeugten Kindern irgend welches moralisches Ansehen, irgend welche rechtmäßige Gewalt zukomme. Selbst während der

⁴⁾ Vgl. Note 2.

⁵⁾ Wenn nach dem Cod. jur. bav. crim. von 1751 der Inzest prinzipiell als solcher bestraft wurde, so kann nach dem Gesagten daraus für das geltende Recht nichts gefolgert werden. — Uebrigens ist im §. 3 Cap. VI P. 1, — welche Stelle im obersterichterlichen Erkenntnisse dafür in Bezug genommen ist, daß bereits nach dem Cod. jur. bav. crim. von 1751 der Beischlaf mit der Tochter einer außerehelichen Konkubentin als Inzest strafbar gewesen sei, — bloß gesagt, daß es für den Thatbestand des Verbrechens des Inzestes unter Verschwägerten gleichgültig sei, ob die Geburt eine eheliche oder uneheliche, d. h. ob das Verwandtschaftsverhältniß, welches zwischen dem einen Konkubenten und dem Ehegatten des anderen besteht, ein eheliches oder außereheliches sei, nicht auch, daß die auf außerehelicher Konkubenz beruhende Schwägerschaft der ehelichen gleichbehandelt werden sollte. Für Letzteres kann lediglich der §. 1 ebenbas. in Betracht kommen, woselbst es im Eingange heißt: „Fleischliche Vermischung zwischen so nahen Blutsverwandten oder verschwägerten Personen, daß nach geistlichen Rechten keine gültige Ehe unter ihnen bestehen mag, wird folgendermassen gestraft u. s. w.“

Dauer einer eigentlichen wilden Ehe wird er diesen Kindern gegenüber beinahe wie ein verhaßter Eindringling erscheinen; vollends aber, wenn ohne Konkubinat nur ein Beischlaf früher oder später stattgefunden hat, wird er ihnen als ein gänzlich Fremder, der, um einen bezeichnenden Volksausdruck zu gebrauchen, ihnen nicht das Geringste „einzureden“ hat, mit Recht gelten, und sind diese Kinder gewiß niemals als seine Untergebenen anzusehen. Es kann deshalb dessen Beischlaf mit einer Tochter seiner Zuhälterin nicht als eine Verführung im Sinne des Gesetzes, nicht als ein Mißbrauch eines sonst rechtmäßigen Ansehens betrachtet werden.

Hiernach kann aber auch nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber, indem er Stiefeltern, welche ihre Untergebenen zur Unzucht mißbrauchen, mit Strafe belegte, auch die durch außerehelichen Beischlaf begründete Affinität im Auge gehabt habe; die extensive Interpretation des Art. 207, soweit er von Stiefeltern spricht, stellt sich somit als unzulässig dar. Von der Beziehung des Art. 207 auf den unehelichen Affinen im Wege analoger Ausdehnung kann ohnehin nicht die Rede sein, da es unstatthaft ist, einen Fall, der vom positiven Strafrechte nicht mit Strafe bedroht ist, im Wege der Analogie einer solchen zu unterwerfen⁶⁾; es kommt dazu, daß es in unserem Falle geradezu an der wesentlichen Voraussetzung jeder Analogie, an der Gleichheit des Grundes fehlen würde.

Noch mögen folgende Bemerkungen Platz finden.

Nach dem kanonischen Rechte⁷⁾ wie nach dem ihm folgenden bayerischen Landrechte⁸⁾ wird — im Ge-

⁶⁾ Art. 1 des StGB. Thl. I. Anmerk. Bd. 1 S. 66.

⁷⁾ Cap. 5 X de big. non ordin. (1, 21); cap. 3 X de spons. (4, 1); can. 18 C. 27 qu. 2.

⁸⁾ Thl. I Kap. 4 §. 6 Nr. 9.

geiſſe zum moſaiſchen⁹⁾ und römischen¹⁰⁾ Rechte — Schwägerschaft allerdings auch durch außerehelichen Beischlaf¹¹⁾ begründet, und ist nach dem Concilium Tridentinum¹²⁾ wie nach dem bayer. RM.¹³⁾ die Ehe unter unehelichen Affinen des ersten und zweiten Grades verboten, sonach der Begriff des Inzestes, ſofern man darunter jeden Beischlaf unter Personen, die ſich wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nicht ehelichen dürfen, versteht¹⁴⁾, auch dann gegeben, wenn Personen miteinander Unzucht treiben, von denen die eine mit einem Verwandten ersten oder zweiten Grades der anderen früher außerehelichen Beischlaf gepflogen hat.

Allein abgesehen davon, daß ein Inzest im engeren Sinne, d. h. ein felonell strafbarer nach gemeinem Rechte keineswegs in allen Fällen, in welchen wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nach kanonischem Rechte ein Ehehinderniß besteht, insbesondere aber unter Verschwägerten dann nicht anzunehmen sein dürfte, wenn die Schwägerschaft in außerehelichem Beischlaf ihren Grund hat¹⁵⁾, —

.....

11)

9) Die Eheverbote in Lev. c. 18 v. 17 und cap. 20 v. 14 setzen förmliche Ehen mit der Mutter oder Tochter voraus. Eben-häuser c. XV §. 13.

10) Bgl. fr. 4 §. 3 sq. de grad. (38, 10).

11) Der bloße Beischlaf genügt; daß Schwängerung erfolgt sei, ist nicht erforderlich.

12) Sess. 24 cap. 4 de ref. matr. — Weiter ging noch das ältere kanonische Recht. Bgl. Wächter, Abh. Bd. 1 S. 181 — 2; Permaneder, Handb. des Kirch. R. S. 400. Ueber das gemeine protestantische Kirchenrecht vgl. Brendel, Handb. des Kirch. R. Bd. 2 §. 345 Note g.

13) Zfl. I Kap. 6 §. 9 Nr. 4.

14) Fr. 39 §. 1 de ritu nupl. (23, 2).

15) Bgl. Roßhirt, Lehrb. des Krim. R. §. 217. Wächter, Abhandl. Bd. 1 S. 181 — 4; Mittermaier

so ist, in Betracht zu ziehen, daß manche Partikularrechte die auf außerehelicher Konkubenz beruhende Schwägerschaft überhaupt nicht, also auch nicht als Ehehinderniß anerkennen. So namentlich das allg. preussische Landrecht.

Die §§. 43 und 44 Tit. 1 Thl. I lauten, wie folgt:

§. 43. Die Verbindung, welche durch Heirath zwischen dem einen Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen entsteht, heißt Schwägerschaft.

§. 44. Stiefverbindungen bestehen, im Sinne des Gesetzes, nur zwischen einem Ehegatten und den aus einer sonstigen Ehe erzeugten Kindern des anderen.

Der §. 5 Tit. 1 Thl. II hatte bereits im gedruckten Entwurfe nachstehende Fassung:

Stief- oder Schwiegereltern dürfen sich mit ihren Stief- oder Schwiegerkindern ohne Unterschied des Grades nicht heirathen.

Wie nun aus den Materialien hervorgeht, trug zwar Suarez in der revisio monitorum zum abgedruckten Entwurfe auf Abänderung dieses §. an, und brachte statt desselben folgende Vorschrift in Vorschlag:

Wer mit einer Manns- oder Frauensperson auch außer der Ehe sich fleischlich vermischt hat, darf die Blutsverwandten derselben in auf- und absteigender Linie nicht heirathen.

Allein dieser Vorschlag wurde abgelehnt und die Fassung des Entwurfes beibehalten¹⁶⁾. Dieses war auch völlig consequent gegenüber der Begriffsbestimmung von Schwägerschaft im §. 43 cit. und von Stiefverbindungen insbesondere im §. 44 cit. Durch den aus einer Kabinettsordre vom 17. Januar 1803 hervorgegangenen §. 62 zu §. 9 Tit. 1 Thl. II

in Feuerbach's Lehrbuch, Ausg. 14, §. 461 Note II, §. 463 Note IV.

¹⁶⁾ Wagnemann, syst. Darst. des preuss. Civ. R. Bd. 5 S. 21 ff.

wurde nun allerdings ausgesprochen, daß Ehen zwischen dem einen Ehegatten und den mit einem anderen Vater oder Mutter vor dieser Ehe erzeugten unehelichen Kindern des anderen in der Regel zu den verbotenen gehören¹⁷⁾. Allein hiedurch wurde keine Ausnahme von dem Principe, daß uneheliche Affinität außer Berücksichtigung bleibt, begründet, geschweige dieses Prinzip aufgegeben. Denn zwischen dem einen Ehegatten und dem unehelichen Kinde des anderen besteht durch Ehe begründete Affinität, sie sind verschwägert im Sinne des §. 43 cit. Eine Aenderung enthielt der §. 62 des Anhanges lediglich gegenüber dem §. 44 cit. Indem dieser §. ausspricht, daß Stiefverbindungen im Sinne des Gesetzes nur zwischen einem Ehegatten und den aus einer sonstigen Ehe erzeugten Kindern des anderen bestehen, schließt er obigen Fall ehelicher Affinität von der rechtlichen Berücksichtigung, insbesondere von der Subsumtion unter das Eheverbot des §. 5 Tit. 1 Zbl. II aus¹⁸⁾, während nunmehr der §. 62 des Anhanges in dieser Richtung etwas Anderes festsetzt¹⁹⁾.

¹⁷⁾ Dispens in außerordentlichen Fällen war in Aussicht gestellt. — In Preußen wurde der §. 62 des Anhanges durch Verordnung vom 22. Dezember 1843 (preuß. Ges. Bl. 1844 S. 47) ersetzt, welche lautet: „Die Wiederverheirathung einer Person, deren eheliche Verbindung durch den Tod oder durch richterlichen Ausspruch aufgelöst worden, mit Ascendenten oder Descendenten ihres früheren Ehegatten ist auch dann verboten, wenn das Verhältniß zu dem letzteren auf einer unehelichen Zeugung beruht. Eine Dispensation von diesem Verbote findet nicht Statt.“

¹⁸⁾ Der Auffassung und dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens ist es an sich nicht zuwider, den Ehegatten im Verhältnisse zu den unehelichen Kindern des anderen als Stiefvater, Stiefmutter zu bezeichnen. Vgl. Neue Jahrb. für sächs. Strafrecht. Bd. 9 S. 219.

¹⁹⁾ Ueber die fortwährende Anwendbarkeit der obigen Be-

Nach dem Gesagten ergibt sich nun vom Standpunkte der Ansicht, daß der Beischlaf mit dem Kinde derjenigen Person, mit welcher früher außerehelicher Beischlaf gepflogen wurde, als Inzest der Strafe des Art. 207 unterliege, folgende Alternative:

Entweder müssen wir Das, was in dem Herrschaftsgebiete des gemeinen oder bayerischen Rechtes Verbrechen ist, in dem des preussischen Landrechtes für criminell nicht verfolgbar erklären, oder aber wir müssen in den Gebietstheilen, in welchen preussisches Recht gilt, den außerehelichen Beischlaf zwischen Personen, welche ohne Dispens sich ehelichen können, als einen Verbrechensstrafe nach sich ziehenden Inzest behandeln.

Daß Letzteres nicht geschehen könne, leuchtet von selbst ein. Ein Inzest ist nicht gedenkbar unter Personen, deren Ehe aus dem Gesichtspunkte der Verwandtschaft oder Schwägerschaft Nichts in Wege steht.

Aber auch Ersteres, wofür, wie es scheint, der oberste Gerichtshof sich entscheidet, stellt sich als bedenklich dar, nachdem doch das StGB. von 1813 im ganzen Königreiche (diesseits des Rheins) unbeeinträchtigt von der Verschiedenheit der Civilrechte gleichmäßige Anwendung finden soll²⁰⁾.

Diese Verschiedenheit der Civilrechte auch in vorwärtiger Materie ist zweifelsohne dem Gesetzgeber von 1813 nicht unbekannt gewesen. Geseht nun auch, er habe, verlassend den Standpunkt des Entwurfes, in den Art. 206 und 207 den Inzest schon als solchen mit Strafe belegen wollen, so war es doch schwerlich seine Absicht, auch in solchen Fällen

Stimmungen des preuss. Rechtes in den bayerischen Gebietstheilen, in denen überhaupt preuss. Recht gilt, vgl. Arnold, Beiträge Bd 1 S. 68 Note 1.

²⁰⁾ Promulgations-Edikt vom 16. Mai 1813 Art. 3.

Kriminalstrafe wegen Inzestes eintreten zu lassen, in welchen nach dem in einem Theile des Landes geltenden Rechte ein Inzest überhaupt nicht angenommen werden konnte ²¹⁾. S. D.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Kompetenz für die Spolienklage.

Das Bezirksgericht L. hatte die Spolienklage des F. F. gegen J. M. abgewiesen, weil dieselbe nach Art. 3 Ziff. 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 1. Juli 1856 an das zuständige Einzelrichteramt des Landgerichtes M. gehöre, indem es sich hierbei um eine provisorische Rechtshilfe handle. Eine Spolienklage — war in den Motiven näher ausgeführt — sei in keiner Weise auf Erwirkung eines definitiven Rechtszustandes gerichtet, sondern beziele nur, ohne Rücksicht darauf, ob der Spoliirte wirklich ein Besitz- oder Eigenthumsrecht an der Sache habe, und sogar unbeschadet etwaiger Besitzrechte des Spolianten, eine lediglich vorläufige Wiederherstellung des früheren faktischen Besitzstandes, bezwecke also nur provisorischen Schutz gegen jedenfalls unerlaubte Selbsthilfe.

Das Landgericht M. wies jedoch die Klage gleichfalls ab, weil der Werth der spoliirten Wiese

²¹⁾ Näher wäre es unter der bemerkten Voraussetzung gelegen, den Beischlaf unter unehelichen Geschwistern, deren Ehe miteinander wohl nach allen Rechten verboten ist, als Verbrechen zu qualifiziren, was nicht geschehen ist. S. auch Note 2. —

nach der Klage 500 fl. betrage und die Spolienklage nicht unter Art. 3 Ziff. 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes falle.

Darauf erhob der Kläger nach Art. 14, 18 und 19 des Ges. über die Kompetenzkonflikte vom 28. Mai 1850 den Kompetenzkonflikt, und beantragte auszusprechen, daß das Bezirksgericht L. zur Verhandlung seiner Spolienklage zuständig sei. Zur Begründung dieses Antrages führte er aus, daß im Art. 3 Ziff. 14 des Ges. vom 1. Juli 1856 weder von allen Besitzklagen noch von der Spolienklage insbesondere, sondern nur von Klagen, welche den jüngsten Besitz betreffen, die Rede sei, auch bei der Spolienklage es sich nicht um eine provisorische Rechtshilfe und „vorsorgliche Verfügung“ handle, da dieselbe nicht Schutz gegen zu besorgende Gewaltthätigkeit, sondern Restitution eines spoliirten Objectes bezwecke, demzufolge aber und mit Rücksicht darauf, daß die spoliirte Wiese einen Werth von 500 fl. habe, seine Klage der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit anheimfalle, für welche übrigens auch im Zweifel die Vermuthung streite.

Unter'm 24. April 1858 sprach denn auch das Appellationsgericht von Niederbayern aus den vom Kläger angeführten Gründen aus, daß die erhobene Spolienklage sich zur Verhandlung und Entscheidung durch das Bezirksgericht L. eigne¹⁾.

L. G.

¹⁾ Vgl. Bl. f. N. N. Bd. 4 S. 188. Die durch §. 1 Ziff. 8 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 zum beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhöre verwiesenen „Klagen wegen offenbar kundiger Frevel, Vergewaltigungen und Attentate“ finden sich im Art. 3 Ziff. 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 1. Juli 1856 nicht aufgeführt. — S.

2.

Voraussetzungen und Wirkungen des den Erbschaftsgläubigern zustehenden jus separationis.

Hierüber enthält ein Bescheid des OLG. zu *Stoß* vom 7. Dezember 1846 folgende, von dem oben S. 269 — 272 mitgetheilten OLG. Erf. abweichende Ausführung:

Es leidet keinen Zweifel, daß das *beneficium separationis* allen Erbschaftsgläubigern ohne Unterschied gewährt wird; dagegen aber steht denselben das Recht auf diese Gewährung keineswegs schon allein wegen dieser ihrer Qualität als Erbschaftsgläubiger, vielmehr lediglich insofern zu, als für ihre Erbschaftsforderung durch eine Konkurrenz mit den eigenen Gläubigern des Erben die Gefahr einer mindestens nicht vollständigen Befriedigung entspringen, ihre Lage in dieser Richtung *deterioris conditionis* geworden sein sollte.

Fr. 1 §. 1, 2 de separ. (42, 6).

Grund und Wirkung des Gesetzes bestätigen dieses. Der Grund des Gesetzes beruht nämlich in der Beseitigung eben dieser Unbilligkeit, welche für die Erbschaftsgläubiger, *qui defuncti fidem secuti sunt*, darin enthalten sein würde, wenn denselben aus der durch die erfolgte Erbschaftsantretung begründeten Befugniß der eigenen Gläubiger des Erben, nunmehr auch das Vermögen des Erblassers zur Befriedigung ihrer Forderungen in Anspruch zu nehmen, ein Nachtheil erwüchse; und ebenso beschränkt sich die Wirkung darauf, daß nunmehr in Bezug auf die Kreditoren des Erblassers und diejenigen des Erben, ungeachtet der erfolgten Erbschaftsantretung die Sachlage so betrachtet wird, *ac si hereditas adita non fuisset*. Die Kreditoren des Erblassers können ihre Befriedigung nur aus der Erbmasse verlangen, und die Kreditoren

des Erben jenen die Separation erlangt habenden Erbschaftsgläubigern gegenüber nur das eigene Vermögen des Erben in Anspruch nehmen, so daß also das fragliche beneficium überall nur in Bezug auf dieses gegenseitige creditorische Verhältniß gewährt wird, keineswegs aber dem Erben selbst, gegen den dasselbe nachgesucht wird, die sonstigen Befugnisse zur freiesten Disposition und Nutzung der Erbmasse irgend entzieht. Hieraus erhellt von selbst, daß das Vorhandensein von eigenen Gläubigern des Erben zu den wesentlichen faktischen Grundlagen jenes beneficii gehört. In keinem Falle darf es an der Behauptung und Nachweisung fehlen, daß eigene Kreditoren des Erben, mit welchen jene Konkurrenz zu befürchten stehe, vorhanden seien.

In seinen sonstigen durch die Antretung der Erbschaft begründeten Dispositions- und Nutzungsrechten wird der Erbe selbst durch die erkannte Separation in keiner Weise beschränkt und ist somit nach wie vor berechtigt, die von ihm angetretene Erbschaft, bei dem etwaigen Mangel sonstigen Vermögens, zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse zu benutzen. Läuft der Erbschaftsgläubiger dadurch Gefahr, an seiner nach dem Tode des Erblassers nunmehr gegen den Erben geltend zu machenden Forderung einen Verlust zu erleiden, so stehen demselben lediglich diejenigen Sicherungsmittel zu, welche überhaupt bei unvermögenden Schuldnern für den Fall einer solchen Gefahr gesetzlich gestattet sind.

Wuchsa und Wudde, Entscheidungen des OLG. zu Rostock Bd. 2 S. 277—8.

3.

Berechnung der Berufungssumme in Zollstrafsachen.

Ueber die Berechnung der Summe von 400 fl., welche nach §. 36. des Zollstrafgesetzes von 1837

bei Berufungen zur dritten Instanz dießseits des Rheins erfordert wird, entnehmen wir den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses vom 18. September 1858 (Reg.-Nr. 1027^{57/58}) Nachstehendes:

„In die Beschwerdesumme können die Geldbuße und der geschätzte Betrag der konfiszirten Gegenstände, soweit Beides den Appellanten trifft, aus dem Grunde zusammengerechnet werden, weil nach Art. 1 und 2 des allegirten Gesetzes die Geldbuße und die Konfiskation zusammen die Strafe der Kontrebande bezw. Defraudation ausmachen.

Dagegen ist in der Beschwerdesumme weder die nachzuholende Zollgebühr, noch sind in dieselbe die Untersuchungskosten einzurechnen. Es ergibt sich dieß schon aus der Vergleichung der civilprozessualischen Vorschriften über die Berechnung der Berufungssumme mit dem §. 35 Abs. 1 des Zollstrafgesetzes, wo Zollgebühr und Untersuchungskosten deutlich als Nebensachen bezeichnet sind.

„Vgl. den §. 13 des Zollstrafgesetzes von 1834, als welchem entsprechend der §. 35 Abs. 1 des jüngsten Gesetzes bei dessen Verathung bezeichnet wurde. — Verh. d. K. d. Abg. v. 1837 Beil. Bd. 7 S. 430 unten.

Die Unzulässigkeit der Einrechnung der Zollgebühr und der Untersuchungskosten in die Berufungssumme ergibt sich aber auch aus der älteren Spezialgesetzgebung. Schon die A. WD. vom 8. August 1810 (Reg.-Bl. S. 641) über die Kompetenzregulirung des K. Geheimen Rathes bestimmt im Tit. I Art. 2 und 3, daß bei Mauthdefraudationen in die „gravirliche Summe“ von 400 fl., welche zu Rekursen an die dritte Instanz nothwendig ist, nur Strafen eingerechnet werden dürfen. Hiemit stimmen alle späteren Zoll- und Zollstrafgesetze überein, wie die Einsicht derjenigen von 1811 §. 139 (Reg.-Bl. S. 1391), von 1819 §. 79 und 80 (Ges.

Bl. S. 138), wo im §. 79 die Unzulässigkeit der Einrechnung der Zollgebühr ausdrücklich hervorgehoben ist, von 1828 §. 113 vgl. mit §. 108 (Ges.-Bl. S. 229) und von 1834 §. 18 vgl. mit §. 13 (Ges.-Bl. S. 161) entnehmen läßt:

Das Gesetz von 1837 ist im §. 36 Abs. 2 mit dem §. 18 des Ges. von 1834 gleichlautend bis auf das Wort „Beschwerdesumme“, welches im jüngsten Gesetze statt des im älteren vorkommenden „Straffsumme“ gebraucht ist. Allein daß damit keine Abänderung an den bis dahin geltenden Grundsätzen über die Berechnung der Berufungssumme in Zollstrafsachen beabsichtigt wurde, geht mit voller Gewißheit schon daraus hervor, daß im Vortrage des Referenten im Ausschusse der R. der Abg. die Annahme der betreffenden Stelle des Gesetzesentwurfes aus dem Grunde proponirt wurde, weil der §. 36 „ganz übereinstimmend mit dem §. 18 des alten Gesetzes“ sei, und daß dann auf diesen Vortrag hin der §. 36 sowohl in den Ausschüssen als in der Kammer selbst unbeanstandet angenommen wurde.

Verh. der R. d. Abg. Beil. Bd. 7 S. 431 und 437;
Prot. Bd. 11 S. 109 und 342—4.

St.

4.

Darlehen. Späterer Zinsvertrag.

Daß Versprechen der Verzinsung eines Darlehens, wenn solches auch erst nach dem Empfange des letzteren erfolgte, wird im Zweifel auf den Zeitpunkt des Empfanges des Darlehens und nicht auf den der Ertheilung jenes Versprechens bezogen.

Beschluß des OLG. zu Cassel v. J. 1842 (7736). Heuser, Annalen Jahrg. 5 S. 566.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Anhalt: Bemerkungen über Intestaterbfolge nach Nürnberger Recht. — Authentizität des Gerichtes der gelegenen Sache bei Klagen auf Eintragung einer vorgemerkten Hypothek gegen den dritten Besitzer. — Gemeinshaftlichkeit der Beweislast. — Verdictigungen.

Bemerkungen über Intestaterbfolge nach Nürnberger Recht.

Obwohl es schon Siebenkees, Intestaterbfolge nach Nürnbergischen Rechten §. 56 S. 81, für räthlich erklärte, im Falle ein verwittweter Ehegatte, der in befunderter versamelter Ehe gelebt hatte, zur zweiten Ehe schreitet, die Realtheilung mit den Kindern erster Ehe zu vollziehen, so wird doch meistens hiervon abgesehen. In Anbetracht, daß nach dem Nürnberger Recht (Reform. v. 1564 Thl. II Tit. 33 Ges. 4 §. 4 — Siebenkees a. a. O. §. 48 S. 73) der Vollzug der Realtheilung für die Kinder die Begründung einer separata oeconomia zur nothwendigen Folge hat, und den überlebenden Ehegatten der Verbindlichkeit, seinen unabgesonderten Kindern Kost und andere Nothdurft zu verabreichen, insoweit enthebt, als jene im Zusammenhange mit seiner Nahrung und Niesung des Kindervermögens steht, ist in der That sowohl für die Interessenten selbst, als für die

Kuratelbehörden Grund vorhanden, mit der nach Ableben des ersten Ehegatten vorgenommenen Papiertheilung sich auch bei eintretender Wiederverheirathung des überlebenden Gatten zu begnügen. Die Ansprüche der erstehelichen Kinder werden durch die Liquidation derselben, welche bei Gelegenheit der Papiertheilung auf Grund der erfolgten Inventarisirung des vorhandenen Vermögens vorgenommen wird, sowie durch besondere Sicherstellung des so berechneten Pupillarvermögens für hinreichend gewahrt erachtet. Bei späteren Nachlassregulirungen in Folge eines Todesfalles unter den Gatten der zweiten Ehe pflegt dann nach verbreiteter Praxis einfach der in jener Nachlassregulirung den Kindern erster Ehe berechnete Anspruch vorneweg an der vorhandenen Vermögensmasse in Abrechnung gebracht zu werden, soferne nicht eine sog. Ueberloosung aus den Vermögensobjekten, an welche die erstehelichen Kinder Anspruch haben, oder überhaupt eine Werthsdifferenz durch Kauf, Gutsübernahme oder sonst wie bereits konstatirt ist.

Dieses Verfahren hat zwar den Vortheil, daß es neuerliche, oft schwierige Liquidationen umgeht, allein es stehen demselben wichtige theoretische Bedenken entgegen. Zum Nachtheile der erstehelichen Kinder kann es vornehmlich dann gereichen, wenn der Fall gegeben ist, daß ein Ehegatte Kinder aus seiner vorigen verfallenen Ehe in die zweite bringt, diese ebenfalls bekindert, wieder durch den Tod seines zweiten Gatten ohne Vorhandensein von Testament oder Ehepacten gelöst wird, und nun die Erbansprüche der zweitehelichen Kinder an ihren verstorbenen parens festzustellen sind. Dieser Fall hat auch sonst, weil er von den Bestimmungen des Nürnberger Rechtes nicht ausdrücklich berührt wird (Siebenkees §. 124 S. 163 fg.), in der Praxis bereits zu Bedenklichkeiten Anlaß gegeben

und dürfte daher einer näheren Erörterung mit besonderer Berücksichtigung der Rechte der erstehelichen Kinder werth sein.

Wenn die erste Ehe von den Gatten ohne Gesding eingegangen wird, so betrachtet das Nürnberger Recht bekanntlich dieselbe als eine „versammte“. Der Güterstand, welcher in einer solchen Ehe Platz greift, begründet die allgemeine Gütergemeinschaft und beruht auf den Prinzipien der *communio juris*, indem die Gatten als Miteigenthümer nach Hälften des gesammten Vermögens betrachtet werden. Nürnb. Reform. v. 1564 Tit. 28 Ges. I §. 3.

Gengler, Lehrb. des deutschen PR. Bd. 2 S. 999 ff.;
Beseler, System. des deutschen PR. Bd. 2 S. 438;
v. Weber, Prov.- und Statutarrechte Bayerns Bd. 2
S. 675 ¹).

Das Verhältniß, welches nach Lösung der versammten Ehe zwischen dem überlebenden Gatten und seinen Kindern eintritt, bewirkt zweifelsohne eine Continuation der Gemeinschaft; ob aber die Nürnberger Reformation eine wahre Prorogation der Gütergemeinschaft habe statuiren wollen, ist bereits von älteren Nürnbergischen Juristen bestritten und von einem Autor der Gegenwart (Gengler, a. a. O. S. 1001) mit Recht als bedenklich erklärt worden ²). Die Auffassung jenes Verhältnisses als wahre fortgesetzte Gütergemeinschaft wurde indessen durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch sanktionirt, wobei jedoch nicht außer Acht zu lassen ist, daß diese Prorogation nach den deutlichen Bestimmungen der Reformation immerhin einen sehr anomalen Charakter an sich trägt.

¹) S. auch M. Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränkischem Rechte, 1858, S. 82, 112.

²) Vgl. Schwarz, a. a. O. S. 131.

Eine vorzügliche Beschränkung erleidet diese fortgesetzte Gütergemeinschaft des Münchberger Rechtes in Rücksicht auf den Umfang der Kommunionssmasse. Während im Stadium der Kommunionfortsetzung begriffsgemäß die Gemeinschaft in demselben Umfange wirksam sein, somit das Mämlche ergreifen sollte, wie vor Eintritt der Prorogation; während also die eigentliche prorogirte allgemeine Gütergemeinschaft eine Gemeinschaft nicht allein der bereits in die Kommunion gezogenen Habe, sondern auch alles weiteren Erwerbes des überlebenden Ehegatten ³⁾ ist, beschränkt das Münchberger Recht die fortzusetzende Gemeinschaft auf dasjenige versammte Vermögen, welches im Momente des ersten Todesfalles unter den Ehegatten nach Tilgung der gemeinen Schulden noch vorhanden ist ⁴⁾. An diesem steht die eine ideelle Hälfte dem überlebenden Gatten, die andere den Kindern zu. Ausgenommen von der prorogirten Gemeinschaft ist jeder anderweitige Sondererwerb, den der überlebende Ehegatte oder die Kinder machen.

³⁾ Ueber die Frage, ob und welcher Erwerb der Kinder in die prorogirte Gemeinschaft zu fallen habe, differiren nicht allein die Ansichten der Theoretiker; sondern auch die Bestimmungen der Partikularrechte. Denglcr, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. Erl. 1859 S. 235; Wigand, die Provinzialrechte von Paderborn und Corvey, Leipzig, 1832, Bd. 1 S. 34 fg.; Gerber, System des deutschen Privatrechts §. 236, Note 7 (5. Aufl.); Blunt sch li, deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 274 fg.

⁴⁾ Nach der Darstellung von Weber, a. a. O. Bd. 2 S. 700 fg. bekäme der überlebende Ehegatte die eine Hälfte des Vermögens jure domini und setzte in Bezug auf die andere mit seinen Kindern die Gemeinschaft in der Art fort, daß sich die Prorogation nur auf diese Hälfte erstreckte. Dieses ist aber eine offenbar unrichtige Auffassung.

Selbst die Revenuen der Communionsmasse kommen nicht wieder derselben zu gut, indem der Gatte gegen alleinige Bestreitung der Lasten des Haushaltes, der Erziehung und Aussteuer der Kinder an der denselben zuständigen Hälfte Weisig, Nukung und Nießung, daher selbstverständlich auch den ausschließlichen Bezug der Renten seiner Hälfte zu beanspruchen hat.

Nürnberg. Reform. Thl. II Tit. 33 Ges. 4 §. 1 u. 2; Siebenkees, a. a. O. S. 63 ff.; Lahnner, Einl. in die Nürnbergischen Rechte S. 137 ff.; Weber, a. a. O. Bd. II S. 701.

Während sonach die Gütergemeinschaft bei Lebzeiten beider Gatten eine allgemeine ist, modifizirt sie sich bei dem Ableben des einen Gatten zu einer bloßen Spezial (Partikular)-Gemeinschaft.

Es wird nun leicht ersichtlich, welche Bedeutung der Zeitpunkt des Todes eines Gatten hat. Aus dem Vermögensstande bei demselben ergibt sich der Umfang der Prorogationsmasse, d. h. entscheidet sich, auf welches Vermögen die fortgesetzte Gemeinschaft sich erstreckt. So wird es auch begreiflich, daß und warum eine Inventarisirung des Nachlasses vorgenommen werden muß, während es andererseits zu erklären ist, warum die Nürnberger Reformation die Aufnahme eines Inventariums nirgends ausdrücklich anordnet, aber immer stillschweigend voraussetzt.

Der Vermögensstand zur Zeit des ersten Todesfalles unter den Gatten, bez. das aufgenommene Inventar bildet sonach die Grundlage für die Ansprüche, welche die Descendenz des verstorbenen Gatten an das in den Händen des parens superstes befindliche Vermögen geltend machen kann. Nichts destoweniger ist jener Zeitpunkt im Falle wirklich stattfindender Fortsetzung der oben skizzirten Gemeinschaft für die endliche Entzifferung des Kindervermögens nicht allein maßgebend. Nach strenger

Rechtskonsequenz muß die Kommunionssmasse sowohl hinsichtlich des darauf bezüglichen Gewinnes als des Verlustes, sowohl in Ansehung des Zuges als des Abganges den Theilhabern völlig gemeinsam sein. Diesem natürlichen Verhältnisse hat freilich die Nürnb. Reform. Thl. II. Tit. 33 Ges. 4 §. 3 durch die ausdrückliche Bestimmung Abbruch gethan, daß Alles, was an der Fahrniß durch täglichen Gebrauch abgenützt oder beschädigt werde, vom überlebenden Ehegatten nach Maßgabe des aufgerichteten Inventares ersetzt werden solle⁵⁾. Allein andere Veränderungen im Bestande der Fahrniß fallen auch nach Nürnberger Recht den Kindern pro parte zu gut und zur Last (Siebenkees, a. a. O. S. 77). Ab- oder Zugang an den Forderungen alterirt ebenfalls die Kommunionssmasse. Veränderungen der Immobilarsubstanz sind selten und nur in geringer Ausdehnung möglich. Bedeutender als alle diese substantiellen Veränderungen sind die Modifikationen, welche die Werthsschwankungen dem inneren Gehalte der Kommunionssmasse beibringen. Jede Werthsdifferenz involvirt aber nothwendig ein Steigen oder Sinken des in die Gemeinschaft gezogenen Gesamtvermögens und somit auch des Anspruchs der Kinder.

Solche Modifikationen der Ansprüche der erstehenden Kinder bleiben bis zu dem Zeitpunkte möglich, wo die Gemeinschaft mit dem verwitweten Gatten gelöst und damit das Kindervermögen, das bisher bloß quotiell bestimmt war, quantitativ fixirt und abgeschiedet wird. Wollen daher die Vermög-

⁵⁾ Es erklärt sich dieses aus dem statthabenden eigenthümlichen sog. *ususfructus pro onere alendi liberis*, durch welchen keine Konsumtion der Substanz herbeigeführt werden darf. Vgl. Reform. Thl. II Tit. 33 Ges. 4 §. 3 mit dem unmittelbar davorstehenden §. 2.

enstheile der erstehelichen Kinder ihrem Werthe und Betrage nach festgestellt werden, so darf man sich nicht mit dem Ansätze begnügen, welcher bei Gelegenheit der Papiertheilung gemacht wurde, sondern hat vielmehr jenen mit Rücksicht auf die möglicherweise inzwischen eingetretenen Veränderungen der Ansprüche nach dem Zeitpunkte der Kommunionsauflösung zu revidiren⁶⁾. Diese tritt nun mit Nothwendigkeit durch Wiederverehelichung ein, selbst stillschweigend, wenn bei Gelegenheit derselben eine förmliche Auseinandersetzung und Realtheilung nicht vorgenommen wurde.⁷⁾

6) Wenn wir sonach annehmen, daß zur Berechnung des Kindervermögens nach Aufhebung der prorogirten Gemeinschaft es nicht genügend sei, allein den Vermögensstand zur Zeit des Todes des zuerst verstorbenen Gatten in's Auge zu fassen, so divergiren wir theilweise von der in den Bl. f. R. U. Bd. 15 S. 108 aufgestellten Maxime. Theilweise nur, weil es nach der obigen Ausführung ebenso unzulässig erscheint, lediglich auf den Zeitpunkt der wirklichen Theilung zu recurriren, als es ungenügend ist, ausschließlich jenen zu berücksichtigen. Die anerkannte Nothwendigkeit der Inventarisirung kann nach den oben über dieselbe gemachten Bemerkungen hiegegen keinen Beweis dafür machen, daß lediglich auf die Zeit der Inventarserrichtung gesehen werden müsse. Ebenso wenig beweist aber jene Bestimmung über Konservirung der Fahrniß nach dem Inventarstande in der beliebten Richtung Etwas, indem, wie erwähnt, diese Norm im Beisitzrechte wurzelt und ihre Erklärung findet.

7) Den Grund dieser Kommunionsauflösung sucht man häufig bloß in der Rücksicht auf die Nachtheile, welche durch die Vermischung von zweierlei Vermögen den erstehelichen Kindern zugehen könnten. Siebenkees, a. a. O. S. 73 flg. Ein tieferer Grund liegt indessen darin, daß die Prorogation auf der Fiktion des Fortlebens des verstorbenen Gatten und der Fortdauer der ersten Ehe beruht, diese Fiktion aber mit dem Bestande einer zweiten Ehe absolut unverträglich ist.

Das Kommunionvermögen scheidet sich ipso jure in zwei selbstständige Hälften aus, und der dem Wittwer zustehende Besitz und Nießbrauch erlischt mit der Berrückung des Wittwenstuhles. Reform. Tit. 33. Ges. 4. §. 2. Nach einer schon oft konstatierten Observanz (Siebenkees, a. a. O. S. 74; Weber, a. a. O. S. 714) geschieht es übrigens sehr häufig, daß mit Unterlassung einer ausdrücklichen Realtheilung der zur zweiten Ehe schreitende Wittwer auch seine erstehelichen Kinder in seiner Vere- und Pflege behält. In diesem Falle hört zwar ebenso- gut wie bei äußerlich vollzogener Realtheilung die prorogirte Gemeinschaft auf; jedoch muß man dann als Äquivalent für das *onus alendi liberos* den Nießbrauch am Kindervermögen als fortbestehend gelten lassen. Die Revenuen des letzteren kommen daher auch weiterhin dem *parens binubus* allein zu Gute, und fließen als Allernährer desselben in die zweite eheliche Gütermasse.

Die zweiten Ehen gelten nun nach Münch. Recht, sobald ersteheliche Kinder vorhanden sind, nicht mehr als versammt, sondern als ipso jure verdingt (Siebenkees S. 130, Vahner S. 44) und beruhen sonach auf dem Principe der Gütersonderung. Obwohl der Einfluß römischer Rechtsideen in den Normen des Münch. Rechtes über verdingte Ehen sich deutlich kund gibt, dürfte das System der Münch. Ref. (namentlich in Anbetracht von Tit. 28. Ges. 2 und Ges. 5) nichts desto weniger jener deutschen Form der ehelichen Güterstände, welche von Gerber (Syst. §. 227, §. 230 – 232) als Gütereinheit, treffender aber von Gengler (d. DPrR. in seinen Grundzügen, 2. Aufl. S. 222) als Münz- blattsystem bezeichnet wird, einzuverleiben sein. Das- neben besteht das Institut der Errungenschaftsgemeinschaft (Tit. 33. Ges. 9), und zwar in jener beschränkteren Form, nach welcher das während der

Ehe von einem Gatten einseitig ererbt oder ihm angefallene Gut nicht als Kollaboration behandelt wird. —

Nach diesen Anhaltspunkten ist der Eingangs erwähnte Fall zu normiren. Vor allem handelt es sich darum, die bei Eingehung der zweiten Ehe nicht fixirten Ansprüche der erstehelichen Kinder zu liquidiren. Es wird deshalb zunächst zu eruiren sein, ob und inwieferne die Ansprüche derselben zur Zeit der Wiederverheirathung von dem Anschlage bei der früheren Papiertheilung quantitativ verschoben geworden sind. Die Lösung dieser Frage ist von der Untersuchung bedingt, ob die Kommunionssmasse, insoweit als es nach den oben gemachten Bemerkungen auf die Ansprüche der Kinder überhaupt von modificirendem Einflusse sein kann, der Substanz oder dem Werthe nach zur Zeit der Auflösung der Gemeinschaft durch Verrückung des Wittwenstuhles verändert war. Von dem augenblicklichen Stande des Vermögens zu dieser Zeit gebührt den erstehelichen Kindern die Hälfte, deren Betrag aus dem vorhandenen Gesamtvermögen vorneweg auszuscheiden ist. Die andere Hälfte kommt als *Mut des conjux binubus* gegenüber der zweiten Ehe in Betracht. Das während der Dauer derselben formell geeinte Vermögen der Gatten scheidet sich bei dem Tode des einen nun wieder in seine ursprünglichen Bestandtheile. Dem überlebenden Gatten muß sein Eingetragenes sammt dem in zweiter Ehe Ererbten und Angefallenen als separates Vermögen berechnet und das gleiche bezüglich des Verlebten gethan werden. Bleibt nach Abzug aller dieser Vermögensbestandtheile noch ein weiteres Vermögen übrig, so ist dasselbe als Gewinnung anzusehen und zwischen dem Ueberlebenden und dem Nachlasse halbscheidig zu theilen, indem es in den Quellen des Münch. Rechtes nicht begründet ist, beim Vorhandensein erst-

ehelicher Kinder die Gemeinschaft der Collaboration auszuschließen und dem parens binubus (in anderen Fällen dem Nachlasse desselben) die ganze Gewinnung zukommen zu lassen.⁹⁾ Weber, a. a. O. S. 716.

Sollte übrigens statt einer Gewinnung sich eine eheliche Einbuße, eine Verrungenschaft entziffern, so müßte diese, wie aus der Nürnberg. Reform. Tit. 33 Ges. 2 §. 1 vgl. mit Ges. 9, sowie Tit. 28 Ges. 6 §. 3 arg. a contr. sich deutlich ergibt, zunächst vom Vermögen des Mannes, mag derselbe nun der Ueberlebende oder der Verstorbene sein, getragen werden⁹⁾, es müßte denn sein, daß die Frau entweder an der Einbuße selbst Schuld trägt (Tit. 33 Ges. 8), oder nach Tit. 28 Ges. 6 mit dem Manne wegen gemeinsamen Gewerbesbetriebes in einer eigentlichen partikulären Gütergemeinschaft säße. Siebenkees §. 35 S. 56; §. 83 S. 108, §. 121 S. 161; Weber §. 50 u. 51 S. 685 ff., §. 90 S. 706.

In letzterem Falle haften Mann und Frau mit ihrem Separatvermögen sogar „samtlich und ir jedes in sonderheit“, so daß hier gerade in Umkehrung jener Regel der Frau die Tilgung der sämtlichen Einbuße zur Last fallen kann.

⁹⁾ Ob die von Siebenkees S. 136 und Weber S. 717 erwähnte Observanz, im vordersten Stande und bei Kaufleuten, welche viel wagen müssen, die Frau an der Gewinnung nicht Theil nehmen zu lassen, mit den Anschauungen und Verhältnissen der Gegenwart noch zu vereinbaren und nicht vielmehr als eine consuetudo aevo contraria zu betrachten ist, dürfte sehr zu erwägen sein. Nach Gerber, System §. 234 S. 570 würde freilich eine solche Observanz eine Schattenseite der Errungenschaftsgemeinschaft theilweise verbessern und deshalb aufrecht zu erhalten sein.

⁹⁾ Hierin liegt ein Unterschied von der Behandlung nach Ansbacher Recht. Luz, Intestaterbfolge §. 31 S. 63.

Das eingebrachte und sonstige separate Vermögen des Verstorbenen bildet nun sammt der Hälfte der allenfallsigen Gewinnung die Erbmasse, an welcher in unserem Falle lediglich die Kinder der zweiten Ehe partizipiren.

Gegen die Ansicht von Siebenkees, §. 124 S. 164, möchte übrigens hiebei dem überlebenden Gatten eine statutarische Portion in dem Betrage eines Kindstheiles zuzusprechen sein. Die Reformation enthält nämlich in Tit. 33 Ges. 6 für zweite Ehen die Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte, falls nur ersteheliche Kinder vorhanden sind, neben den Kindern erster Ehe einen Kindstheil erben solle, benimmt aber in Ges. 7 den Anspruch auf die statutarische Portion für den Fall, daß erst- und zweiteheliche Kinder vorhanden sind. Hiebei setzt nun die Reformation immer voraus, daß der Verstorbene der binubus gewesen und der Ueberlebende Stiefparens der erstehelichen Kinder ist. Jetzt handelt es sich aber um den anderen Fall, daß der conjux binubus auch seinen zweiten Gatten überlebt. Dieser Fall ist nun in der Reformation nicht berührt und deshalb stellt Siebenkees für denselben einen statutarischen Erbanspruch des überlebenden Gatten in Abrede.

Für die Ansicht von Siebenkees spricht auf den ersten Anschein die Erwägung, daß der Anspruch auf die statutarische Erbportion sich nicht von selbst versteht, sondern durch ausdrückliche Rechtsnorm positiv begründet sein muß, daß aber eine solche Norm für besagten Fall nicht vorliegt. Da indessen derselbe vom Gesetze überhaupt nirgends in Erwägung gezogen wurde, somit durchweg mit Hilfe der Gesetzesanalogie zu entscheiden ist, so ist bezüglich der statutarischen Portion mit jenem Argumente Nichts bewiesen, vielmehr die Frage offen, ob der Gesetzgeber, falls er den übersehenen Fall

berührt haben würde, wohl consequent eine statutarische Portion zugelassen oder abgesprochen hätte? Man wird sich für die Annahme des ersteren entscheiden müssen. Der Grund, warum das Gesetz beim Vorhandensein erst- und zweitehelicher Kinder den berührten Erbsanspruch negirt, findet Siebenkees S. 158 sehr richtig in der Absicht, die Ansprüche der Kinder erster Ehe, welche schon durch die in zweiter Ehe erzeugten Kinder geschmälert sind, mit weiterer Beeinträchtigung zu verschonen. Darum gewährt das Gesetz auch die statutarische Gebühr, wenn zur Erbschaft des Verstorbenen bloß ersteheliche Kinder, d. h. nur vollbürtige Geschwister berufen sind; benimmt sie aber, wenn halbbürtige Geschwister bei der Erbschaft ihres gemeinsamen Aszendenten konkurriren. In unserem Falle sind nun als Erben des Verstorbenen bloß seine eigenen Kinder vorhanden, da die erstehelichen Kinder des überlebenden Gatten gegenüber von dessen verstorbenem zweiten Gatten keine Erbrechte haben. Da also nur vollbürtige Geschwister mit einander berufen sind, so ist der Ausschluß der statutarischen Portion nach Tit. 33 Ges. 7 hierher nicht anwendbar. Freilich ist von dem Falle des alleg. Ges. 6 der unsrige insofern verschieden, als der Ehegatte dort mit seinen Stiefkindern, hier aber mit seinen leiblichen Kindern konkurriren würde. Es muß sich deshalb weiter fragen, ob das Gesetz das Erbrecht des Ehegatten nur neben Stiefkindern habe begründen wollen, oder ob es dasselbe auch neben leiblichen Kindern zugelassen haben würde, wenn es an diesen Fall überhaupt gedacht hätte. Scheinbar nicht, indem es bei verdingten ersten Ehen, wo also auch der Ueberlebende leiblichen Kindern gegenüber steht, von einem Kindstheile desselben Nichts bemerkt. Allein die verdingten ersten Ehen sind von den zweiten wesentlich darin verschieden, daß

erstere nur durch Ehepacten, letztere aber schon kraft des Gesetzes verdingt werden. Während nun bei jenen die Frage, ob der überlebende Gatte an den Nachlaß des Verstorbenen einen Anspruch haben solle, ihr Bejahung oder Verneinung (letztere jedenfalls durch Stillschweigen) in den Ehepacten erhält, hat es bei zweiten Ehen, falls kein Heirathsgebing errichtet worden, das Gesetz, welches wie dort das Heirathsgebing so hier selbst die Verdingtheit der Ehe begründet, übernommen, einen solchen Anspruch des verwittweten Gatten zu begründen. Wurde deshalb bei einer zweiten Ehe eine Heirathsabrede getroffen, sohin die Ehe auch freiwillig verdingt, so kann der Wittwer, wenn ihm weniger als ein Kindstheil stipulirt wurde, nach Tit. 33 Ges. 6 §. 2 nur diesen geringeren Betrag, folgerichtig, wenn ihm Nichts festgesetzt wurde, gar Nichts fordern. Siebenkees, S. 132, ist daher selbst auf der richtigen Spur, wenn er in dem Kindstheile des Ueberlebenden ein Aequivalent für Dasjenige sieht, was ihm bei Errichtung eines Heirathsgebings (d. h. wenn die Ehe auf Grund von Ehepacten verdingt wäre) zugewendet worden wäre. So gut nun aber der Wittwer bei einer ersten oder zweiten ausdrücklich verdingten Ehe Das, was ihm in einer Heirathsabrede bedungen wurde, seinen eigenen Kindern gegenüber in Anspruch nimmt, kann auch bei der Lösung einer zweiten Ehe, welche nur kraft des Gesetzes wegen der Existenz erstehelicher Kinder eine verdingte geworden ist, dem überlebenden conjux binubus ein Kindstheil neben seinen eigenen zweiehelichen Kindern zugesprochen werden. Den erstehelichen geht, weil sie an den Verstorbenen überhaupt kein Erbrecht haben, dadurch kein Nachtheil, sondern vielmehr ein Vortheil zu, indem die Erbgebühre ihres Ascendenten im bereinstigen Nachlasse desselben auch ihnen verhältnißmäßig zu Gute kommt. Es ist daher die Gewährung einer solchen statutori-

schen Portion auch der Intention des cit. Ges. 7, die Benachtheiligung der erstehelichen Kinder durch die Existenz der zweiten Ehe zu mildern, durchaus entsprechend.

Inwieferne die Eingangß gemachte Aeußerung, daß der hier in's Auge gefaßte Fall leicht zu einer Benachtheiligung der erstehelichen Kinder führen könne, begründet ist, dürfte nunmehr klar sein. Wenn nämlich bei der Nachlaßregulirung nach Lösung der zweiten Ehe die Ansprüche der erstehelichen Kinder ohne Rücksicht auf eine nicht schon konstatierte Erhöhung während der Gemeinschaftsfortsetzung, nur nach der Halscheid des Ansages zur Zeit der Lösung der ersten Ehe in Anrechnung gebracht werden, so erleiden nicht allein jene, sondern auch der überlebende conjux binubus hinsichtlich seiner Communionshälfte, welche er in die zweite Ehe infizierte, eine Benachtheiligung; während der Betrag, um welchen das Vermögen der erstehelichen Kinder und das Mat ihres parens zu niedrig angesetzt ist, der Errungenschaftsmasse und somit theilweise den zweitehelichen Kindern zufließt *).

Dr. Staubinger.

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Zuständigkeit des Gerichtes der gelegenen Sache bei Klagen auf Eintragung einer vorgemerkten Hypothek gegen den dritten Besitzer.

Wgl. Bd. 5 S. 260.

Der Kläger — heißt es in oberstrichterlichen Motiven — verlangt die Eintragung einer auf dem Gute des Beklagten wegen einer Schuld des

*) Wir geben die vorstehende Ausführung mit dem Wunsche und Vorbehalte, den in derselben behandelten wichtigen Fragen des Nürnberger Rechtes noch weitere Erörterung zuzuwenden. — Red.

Vorbesizers bereits vorgemerkten Hypothek. Nach §. 55 des Hyp.-Ges. haftet der dritte Besizer auch für die im Hypothekenbuche vorgemerkten Forderungen ebenso, wie für eingetragene; jedoch kann die Forderung gegen ihn erst dann geltend gemacht werden, wenn das Recht auf die Hypothek außer Zweifel gesetzt ist, und deren wirklicher Eintragung kein rechtliches Hinderniß mehr im Wege steht.

Die Klage, welche — um diese Eintragung zu erwirken — gegen den dritten Besizer angestellt wird, kann keine andere, als eine dingliche sein, weil der dritte Besizer nach den §. 54 und 56 des Hyp.-Ges. nicht persönlich, sondern nur mit der Sache haftet, also auch die im §. 55 für vorgemerkte Forderungen ihm auferlegte Haftung nur in Ansehung der Sache ihm obliegt. Gegen ihn kann nur das dingliche Recht wirken; hinsichtlich dieser Wirkung aber sind die unter den Hypotheken vorgemerkten Forderungen nach §. 55 den Hypotheken gleich gestellt, sohin in Beziehung auf den dritten Besizer als Realrechte zu betrachten und als solche zu behandeln, wenn gleich deren Wirksamkeit noch von einer Suspensiv-Bedingung, nemlich der Vollziehbarkeit der Hypothek-Eintragung abhängig ist.

Ö ö n n e r ' s Kommentar z. Hyp.-Ges. Bd. I S. 349 und 350.

Demnach konnte die von A. B. gegen K. K., als Besizer des Gutes U., gestellte Klage, als eine dingliche mehr auf dieses Gut als auf die Person des Beklagten gerichtet, gemäß G.D. Kap. 1 §. 9 nur bei dem Landgerichte K., in dessen Bezirke das Gut U. liegt, angebracht und durfte also wegen Unzuständigkeit des Gerichtes nicht abgewiesen werden.

DAÖGrf. vom 11. Okt. 1858. Reg.-Nr. 155⁵⁷/₅₈.

ß. K. *

2.

Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

Die Motive einer oberstrichterlichen Entscheidung enthalten Folgendes:

Werden gleich Zeugen und Urkunden durch die Realproduktion gemeinschaftlich, so daß sie auch gegen den Produzenten beweisen können, und durch sie sogar voller direkter Gegenbeweis für den Probaten geliefert werden kann, so kann eine solche Gemeinschaftlichkeit doch nur insoferne unbedingt eintreten, als bezüglich derselben faktischen Frage, über welche die Zeugen oder Urkunden benannt wurden, für den Produzenten ein Beweisbehelf erzielt werden soll. Keineswegs aber können z. B. die für das klägerische Beweissthema vorgeschlagenen Beweismittel eo ipso auch für das Einredebeweissthema gelten, und keineswegs wird Beklagter durch die Realproduktion ermächtigt, diese Beweismittel für seine Einrede zu benützen, nachdem er sie für solche vorzuschlagen unterlassen hat.

Nur dann, wenn die klägerischen Beweismittel erst durch die Realproduktion etwas Günstiges für den Einredebeweis ergeben, könnte der Beklagte auf dem Grunde einer für ihn vorhandenen Novität diese Beweismittel per modum restitutionis für sich anrufen¹⁾.

DAUGrf. vom 4. Okt. 1858. Reg.-Nr. 361⁵⁷/₅₈.

β. κ. *

1) Vgl. indessen Kommentar über die GD. 2 Aufl. Bd. 3 S. 79 Note 2, S. 199; Bayer's Vorträge Aufl. 8 S. 933—4.

Berichtigungen: S. 341 Note 5 B. 7 v. u. statt „sollte“ l. „solle“; S. 344 B. 20 v. o. streiche „ab=“; S. 345 Note 18 B. 1 v. u. statt „Bd. 9“ l. „Bd. 8“.

Blätter.

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Nichtigkeit wegen Mangels der persona standi in judicio. Erforderniß des eheherrlichen Streitkonsenses nach bayer. R. — Aus, wenn der Beweisfall bloß auf das Dasein des klageweise verfolgten dinglichen Rechts gerichtet ist, im Beweisverfahren ein spezieller Ansehungsgrund dargezogen werden? — Zur Lehre von der probatio per acquiescentiam. — Veräumung der Frist zur Abgabe der Replik. Stellung einer neuen Klage in demselben Betreffe. — Zu §. 65 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837. — Vergleich vor dem Vermittlungsamte der Gemeinde. Erforderniß schriftlicher Aufzeichnung. — Keine Haftpflicht des arglistigen Verkäufers einer fehlerhaften Sache für die durch sie verursachten Schäden. — Verblindlichteln des Verurtheilten von Mündelknechten dem Wirthsmanne gegenüber, insbesondere beim Vorhandensein eines Nebenmiethers. — Ermäßigung der Vormerkung einer Hypothek von Seiten des Schuldners. Wieweit kann der Gläubiger den wirklichen Hypothekensirag verlangen? —

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Nichtigkeit wegen Mangels der persona standi in judicio. Erforderniß des eheherrlichen Streitkonsenses nach bayer. R.

Wgl. Bd. 4 S. 174 ff., Bd. 12 S. 299 ff.

Aus den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

Nach bayer. R. Thl. I Kap. 6 §. 27 Nr. 1 u. 2 hat unter anderen auch ein Rechtsstreit der Ehefrauen über Vermögensrechte, wenn derselbe ohne des Mannes Wissen und Willen geführt worden ist, und es sich nicht um Receptigüter handelt, auf Seite der Frau keine Kraft.

Die Anmerkungen des B. v. Kreittmayr hiezu erläutern unter Nr. 2 unter Bezug auf das ältere Landrecht von 1616, daß solche Handlungen nichtig seien und der actus weder durch den Tod

Neue Folge III. Bd.

der Ehefrau noch durch ihre Renunziation, noch durch den Tod des Ehemannes salvirt werde.

Diese Bestimmung ist nicht bloß für den Ehemann, sondern auch zu Gunsten der Frau gegeben, für welche das bayer. Rdt. überhaupt in mehrfacher Rücksicht vorsorgend eingetreten ist, während es dem Ehemanne die Verwaltung und Nutznießung, sowie unter gewissen Beschränkungen auch die Veräußerungsbefugniß des eheweirlichen Vermögens überließ und die Frau der potestas maritalis unterwarf.

Diesem gemäß und nachdem die bayer. G.D. Kap. 3 §. 6 anordnet, daß bei Gericht nur solche Personen zugelassen werden sollen, welche ihrer selbst mächtig sind, beziehungsweise personam standi in judicio besitzen, was bei den Ehefrauen, wie die Anmerkungen z. a. D. Nr. 5 ausdrücklich enthalten, nicht der Fall ist, haben die Gerichte das Recht wie die Pflicht, Nichtigkeiten im Prozesse, welche durch einseitige Zulassung der Ehefrauen zu den Streitverhandlungen entstanden sind, zu beseitigen, es mag die Veranlassung hiezu von dem Ehemanne durch förmliche Stellung der Nullitätsklage oder durch Anrufen des Rechtsschutzes von Seite der gefährdeten Ehefrau selbst oder sonst auf genügende Weise gegeben worden sein. Diese Beseitigung nichtiger Prozeßakte erfolgt durch Annullirung der betreffenden Verhandlungen nebst darauf gebauten Erkenntnissen, wenn solches verlangt wird, weil sonst die gesetzlich erforderliche Vertretung der Ehefrau nicht mehr nachgeholt und die volle Rechtsvertheidigung derselben durch ihren Ehevogt nicht herbeigeführt werden kann. Im gegebenen Falle wurde die Wirthsehefrau Therese Pr. über die Schuldbforderungsklage vom 13. Juni 1854, welche, soviel dormalen aus den Parteivora bringen erhellt, kein Rezeptizgut der Beklagten betrifft, ohne Beziehung ihres Ehemannes vernommen

men: und die Exzeption und Duplik ohne denselben abgegeben. Das Untergericht suchte zwar diese Nullität zu heben, nachdem es vom Anwälte der Beklagten darauf aufmerksam gemacht worden war, und die Zustimmung des Ehemannes nachträglich von kurzer Hand zu erhalten; derselbe verweigerte jedoch unterm 24. November 1854 die Genehmigung der von seiner Frau gepflogenen Verhandlungen, woraus folgt, daß dieselben als nichtig aufzuheben gewesen wären und die Reassumption der Sachverhandlung unter Beiziehung des Ehemannes als Vertreters der Beklagten hätte beschäftigt werden sollen. Da dieses nicht geschehen und das kgl. App.-Ger. auch die deshalb eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen hat ¹⁾, so war in dritter Instanz im Nachgange der erhobenen Beschwerde auf Vernichtung der betreffenden Streitverhandlungen, wie geschehen, zu erkennen und somit insbesondere auch dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten die Gelegenheit zu gewähren, die Verteidigung derselben in ausreichender Weise zu füh-

1) In den Motiven des OGerf. ist unter Anderem gesagt: Es ist zwar richtig, daß Kläger die Adzitation des Ehemannes hätte beantragen können, und daß die erste Instanz sogleich beim Einlangen der Klage und jedenfalls früher, als sie es gethan hat, nach O.D. Kap. 8 §. 4 Nr. 5 von Amtswegen hätte verfahren sollen. Allein, da sie es noch nachträglich gethan und Adzitat sich einfach darauf beschränkt hat, den Streitkonsens zu verweigern, ohne die Handlungen seiner Ehefrau zu ergänzen oder zu verbessern, wozu ihm durch die adzitierte Verfügung vom 14. Nov. 1854 hinreichende Gelegenheit geboten war, so kann von einem Mangel der Citation oder auch nur von einer Beschränkung des rechtlichen Gehöres nach O.D. Kap. 16 §. 2 keine Rede sein. — —

ren, sowie hiebei zugleich seine eigenen eheherrlichen Rechte zu wahren²⁾).

OVGEf. vom 6. Mai 1856. Reg.-Nr. 593⁵⁵/56.

— b.

2.

Muß, wenn der Beweisatz bloß auf das Dasein des klageweise verfolgten dinglichen Rechtes gerichtet ist, im Beweisverfahren ein spezieller Entstehungsgrund dargethan werden?

Vgl. Bd. 9 S. 394 ff., Bd. 12 S. 286.

Nach den Kreittmahr'schen Anmerkungen lit. c zu Kap. 4 §. 7 Nr. 3 der OD. ist zur Begründung einer dinglichen Klage die Anführung des allgemeinen Klagegrundes genügend.

Wenn nun in Folge hievon der allgemeine Klagegrund auch nur zum Beweise auferlegt wurde, so fragt es sich, ob in einem solchen Falle nicht erforderlich sei, daß wenigstens im Beweisverfahren der spezielle Klagegrund, der Erwerbsgrund des eingeklagten dinglichen Rechtes, dargethan werde. Kreittmahr a. a. O. stellt zwar dem Kläger frei, den allgemeinen Klagegrund bei Abfassung der Beweisartikel zu extendiren und solche auf den speziellen Klagegrund zu richten; allein er erklärt denselben dazu nicht für verbunden, und es gibt Beweismittel, welche wohl bezüglich des Rechtes

²⁾ Die einfache Verweigerung des eheherrlichen Streitkonfenses würde, wenn die Ehefrau beklagt ist, wohl keine Beachtung finden können. Würde solchenfalls der Ehemann nicht zugleich für die Zufriedenstellung des Klägers sorgen, so müßte der Prozeß gegen die Ehefrau seinen Fortgang nehmen. Vgl. Kommentar über die OD. Aufl. 2 Bd. 2 S. 114—5 Note 6. —

selbst volle Beweiskraft haben, ohne daß sie doch den Erwerbstitel von dem Rechte enthalten, wie dieses gemäß Kap. 11 §. 2 Nr. 1 der G.D. bei den Grund- Urbar- Saal- und Lagerbüchern der Fall sein kann.

Auf Grund dieser Erwägungen sprach sich der oberste Gerichtshof in einem Erk. vom 30. Oktober 1858 (Reg.-Nr. 114^{57/58}) dafür aus, daß bei binglichen Klagen, wenn nur der allgemeine Klagegrund zum Beweise auferlegt wurde, auch im Beweisverfahren nicht erforderlich sei, den speziellen Klagegrund darzuthun.

Gleichen Grundsatz enthalten drei frühere Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes vom 13. Dezember 1856 (Reg.-Nr. 904^{55/56}), vom 12. Dezember 1857 (Reg.-Nr. 1169^{56/57}) und vom 13. Juli 1858 (Reg.-Nr. 1839^{56/57}).

(Wfd. und μ .)

3.

Zur Lehre von der probatio per aequipollens.

Vgl. oben S. 42, 107.

Der klagenden Gemeinde F., welche auf einem Grundstücke des Beklagten für ihre Mitglieder ein Gutrecht auf Grund des verjährenden Erwerbes in Anspruch nahm, war ihrem Vorbringen gemäß der Beweis auferlegt, daß die grundbesitzenden Gemeindeglieder vor dem 1. Oktober 1853 dreißig Jahre hindurch mit ihrem Vieh das Gutrecht auf der Flurmarkung von F. im Ganzen ausgeübt haben, und daß das in Frage stehende Grundstück des Beklagten zu dieser Flurmarkung gehöre.

Erstereß wurde durch die vernommenen Zeugen vollständig dargethan. Dieselben ergaben zugleich vollständigen Beweis dafür, daß die 30 jährige Ausübung des Gutrechtes speziell auf dem in Frage stehenden Grundstücke des Beklagten geschehen sei.

Bei dieser Sachlage würde es vom obersten Gerichtshofe für unerheblich erachtet, daß kein vollständiger Beweis dafür vorlag, daß das fragliche Grundstück des Beklagten zur Flurmarkung von F. gehöre. Wir entnehmen aus den Motiven der oberstrichterlichen Entscheidung Folgendes:

Die vorliegende Beweisaufgabe — der Erwerb des Gutrechtes durch Verjährung von Seite der Klägerin auf der ganzen Flurmarkung von F. und des Umstandes, daß das in Frage stehende Grundstück des Beklagten zu dieser Flurmarkung gehöre, — geschah nur in Folge der gesetzlichen Vermuthung, daß, was vom Ganzen gilt, auch von den Theilen zu gelten habe.

Der gedachte Umstand sollte nur den Schluß vermitteln, daß dann das auf der Markung im Ganzen durch Verjährung erworbene Gutrecht auch auf dem Grundstücke des Beklagten durch Verjährung erworben sei.

Die selbständige und direkte Erprobung dieser Erwerbungsart des eingeklagten Gutrechtes muß mindestens dieselbe Geltung haben, wie der durch einen Schluß vermittelte Beweis desselben, indem sonst die zu Gunsten der Klägerin bestehende Präsumtion zu deren Nachtheil gereichen würde, was der gesetzlichen Vorschrift, wornach die Verordnungen, welche die Begünstigung einer Person bezwecken, nicht zu deren Schaden verkehrt werden sollen,

Allg. preuß. R. Einkelt. §. 55; fr. 3 §. 5 de Carb. ed. (37, 10), entgegen wäre.

DNBGrf. vom 16. Okt. 1858. Reg.-Nr. 924⁵⁴/₅₅.

In gleichem Sinne entschied der oberste Gerichtshof am 11. Dezember 1852 in der Rechtsache Reg.-Nr. 840⁵⁰/₅₁. Der gegen einen Zehentholben klagend

den Zehentherrschaft war der Beweis auferlegt, daß die Acker, von denen der Zehent begehrt wurde, einen Bestandtheil der Markung von St. bilden, indem, wenn Jemanden das universelle Zehentrecht auf einer Markung zusteht, was Beklagter bezüglich der Markung von St. gegenüber dem Kläger eingeräumt hatte, die Vermuthung dafür spricht, daß jedes innerhalb der Markung liegende Grundstück zehentpflichtig sei. Bei Beurtheilung des Beweisergebnisses stellte sich nun heraus, daß zwar der zum Beweise ausgesetzte Umstand des Zugehörens der fraglichen Acker zur Markung von St. nicht vollständig dargethan, wohl aber durch Zeugen nachgewiesen war, daß von den fraglichen Ackern seit unvordenklicher Zeit der Zehent gereicht worden sei. Dieses wurde für genügend erachtet, hiernach sofort definitiv zu Gunsten der klagenden Zehentherrschaft erkannt.

β. κ.

4.

Veräumung der Frist zur Abgabe der Replik. Stellung einer neuen Klage in demselben Betreffe.

G.D. Kap. 4 §. 13.

In einer Rechtsache war auf die Klage ein bedingtes Mandat an die Beklagten ergangen, und hatten letztere Erinnerungen gegen die Klage vorgebracht, zugleich eine eventuelle Widerklage erhoben, worauf durch richterliches Dekret dem Kläger unter Mittheilung der Duplikate eine Frist von 14 Tagen zur Gegenerinnerung auf die Exzeption und zur Erinnerung auf die Widerklage unter dem Nachtheile des Ausschlusses vorgestreckt worden war. Gegen dieses Dekret kam Kläger — jedoch erst nach Ablauf von 14 Tagen — mit einer Verwahrung und gleichzeitiger Nichtigkeitsbeschwerde ein, welche

letztere indessen durch oberrichterliches Erkenntniß rechtskräftig abgewiesen wurde. Von Seiten der Beklagten erfolgte nach Umfluß einiger Zeit der Antrag, das angebrohte Präjudiz des Ausschlusses der Replik und der Konventionsexzeption zu verwirklichen und die Akten zum Spruche auszusetzen. Inzwischen hatte aber Kläger eine neue Klage in demselben Betreffe eingereicht, und war bereits zur Verhandlung derselben Tagssahrt anberaumt worden. Das Prozeßgericht wies den erwähnten Antrag der Beklagten zurück, weil Kläger inzwischen eine neue Klage gestellt und dadurch auf eine weitere Fortführung gegenwärtiger Sache (d. h. des älteren Rechtsstreites) faktisch verzichtet habe, dieses aber nach O.D. Kap. 4 §. 13 um so mehr als zulässig erscheine, als noch kein rechtskräftiges Interlokut in Mitte liege und die Widerklage nur eventueller Natur sei. Auf Berufung der Beklagten erfolgte bestätigendes Erkenntniß der zweiten Instanz. Obersterichterlich wurde jedoch auf weitere Beschwerde der Beklagten erkannt, der Kläger sei mit seiner Konventionsreplik und mit der Konventionsexzeption auszuschließen und das Gericht erster Instanz habe nach Lage der Akten in der Sache zu erkennen, was Rechtens ist. Wir theilen aus den Motiven Folgendes mit:

... Durch die neue Klagestellung darf in keinem Falle der prozeßrechtliche Stand der Sache zum Nachtheile des Beklagten verändert werden. — So wenig der Beklagte schuldig ist, auf die neue Klage sich einzulassen, solange er nicht wegen seines bisherigen vergeblichen Kostenaufwandes volle Entschädigung erhalten hat, noch weniger ist er dazu verbunden, wenn er in dem bisherigen Prozesse bereits besondere prozeßrechtliche Vortheile dem Kläger gegenüber erworben hat, welche er bei der Zulassung der neuen Klage aufgeben müßte. Zu diesen be-

sonderen Prozeßrechten der Beklagten gehört im vorliegenden Falle die Versäumung der peremptorischen Frist zur Abgabe der Replik und bez. Exzeption von Seiten des Klägers, indem diese die rechtliche Folge hat, daß Kläger mit seinen Erinnerungen gegen die Exzeption des Beklagten und mit seinen Einreden gegen deren Widerklage ipso facto ausgeschlossen ist und der Richter nach den Akten, wie sie liegen, sein Urtheil in der Sache selbst zu erlassen hat. — Daß die vom Kläger für sich angezogene Stelle der G.D. (Kap. 4 §. 13) in dem hier angegebenen Sinne anzuwenden ist, beweisen noch andere spezielle Bestimmungen der G.D., als Kap. 3 §. 9 Nr. 1, Kap. 10 §. 9, Kap. 11 §. 5 Nr. 9, Kap. 15 §. 10 Nr. 1. Dafür erklärt sich auch v. Stürzer in seinen Bemerkungen zum Civilgerichtsverfahren S. 377 B. Nr. 2, dann Seuffert's Kommentar Bb. 2 S. 169 (Ausf. 2 S. 214) und Bl. f. N.N. Bb. 3 S. 223 und Bb. 11 S. 335.

DAÖErf. vom 11. Mai 1855. Reg.-Nr. 599⁵⁴/55.
B.

5.

Die erste Instanz hatte den gestellten Antrag auf Erlassung eines Inhibitorium wegen Mangels der gesetzlichen Vorbedingungen und hiedurch sich ergebender Unzuständigkeit von ihrem forum zurückgewiesen, die zweite Instanz aber dem gestellten Antrage in jeder Beziehung stattgegeben, und es verlangten nunmehr die Beklagten in revisorio, daß der klägerische Antrag definitiv oder doch in der angebrachten Art abgewiesen werde. Der oberste Gerichtshof wies jedoch — im Einklange mit früher-

ren Entscheidungen ¹⁾ die Revision als unzulässig abzuweisen. Gründe: Nach den Bestimmungen des §. 55. des Proz.-Ges. v. 17. Nov. 1837 hat eine Berufung gegen die Beschlüsse, welche nur auf den Antrag eines Theiles ergangen sind, auf Seite des anderen Theiles nicht Statt, bis derselbe gegen den Beschluß remonstrirt, die Demonstration aber fruchtlos geblieben ist. Da nun das Erf. des AG. an die Stelle der erstrichterlichen Verfügung getreten, die letztere aber auf den Antrag des einen Theiles ergangen ist, so mußte nach obiger Bestimmung von Seiten des anderen Theiles vorerst eine Demonstration ²⁾ erhoben werden, wenn von diesem eine weitere Beschwerde statthaft erscheinen soll, weshalb bei dem Mangel einer solchen das Berufungsrecht bedingens den Demonstration, wie geschehen, erkaunt werden mußte.

DAErf. vom 11. Oktbr. 1858. Reg.-Nr. 965⁵⁷/58.
β. n.

6.

Vergleich vor dem Vermittlungsamte der Gemeinde.
fordernd schriftlicher Abfassung.

(Art. 12 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 1. Juli 1856.)

Der Beklagte, wegen einer Injurie belangt, hatte die Einrede der verglichenen Sache vorgeschützt, behauptend, daß vor dem gemeindlichen Vermittlungsamte ein Vergleich dahin zu Stande gekommen sei, daß er, Beklagter, dem Kläger eine

¹⁾ Vgl. Bd. 10 S. 14, S. 127—8.

²⁾ Die Demonstration ist bei dem Richter erster Instanz anzubringen. Vgl. Kommentar über die GD. Aufl. 2 Bd. 4 S. 12 Note 22; 1. f. M. Bd. 9 S. 343 ff.; Bd. 10 S. 14—5.

Ehrenerklärung zu leisten habe. Der Kläger gestand den Abschluß des Vergleiches zu, bestritt aber dessen Gültigkeit, weil die Ehrenerklärung von Seiten des Beklagten nicht geleistet worden sei.

Die Gerichte erster und zweiter Instanz erachteten bei obigem Zugeständnisse des Klägers die Einrede der verglichenen Sache für begründet und erkannten auf Entbindung des Beklagten von der Klage.

In Folge eingewendeter Revision verwarf aber der oberste Gerichtshof diese Einrede, und änderte den Ausspruch der Vorinstanzen dahin ab, daß Kläger die eingeklagte Injurie zu beweisen habe. Wir entnehmen den oberstrichterlichen Motiven, was folgt:

Nach Art. 12 des Gesetzes vom 1. Juli 1856; die Gerichtsverfassung betr., sind die vor dem Vermittlungsamte der Gemeinden schriftlich errichteten Vergleiche auch ohne die in der G.D. Kap. 17 §. 1 Ziff. 9 und 10 vorgeschriebene Fertigung oder gerichtliche Protokollirung rechtsverbindlich erklärt, indem ihnen die Kraft eines außergerichtlichen Vertrages, der klagbar verfolgt werden kann, beigelegt werden soll

Im gegebenen Falle hat der Beklagte weder behauptet noch dargethan, daß der Vergleich schriftlich errichtet worden sei.

Daß mit der Klage vorgelegte magistratische Zeugniß reicht zur Dokumentirung der schriftlichen Errichtung nicht hin, indem letztere eine Urkunde voraussetzt, welche die Vergleichspunkte enthalten und überdieß sowohl von den Parteien als von den das Vermittlungsamt ausübenden Personen unterzeichnet sein muß.

Vortrag des I. Ausschusses der R. d. U. v. 26. Mai 1856 §. 26 Nr. 2¹⁾.

¹⁾ Ed. I. Erläuterung des Ger.-Verf. = G., Aufl. 2
S. 111.

Ebenso wenig genügt es, daß beide Streittheile das Zustandekommen des Vergleiches zugestehen; denn ein Vergleich, welcher ohne die vorgeschriebenen Förmlichkeiten eingegangen wurde, besteht nicht zu Recht, auch wenn er durch Zeugen oder in anderer Art, wie im gegebenen Falle durch Geständniß, bewiesen vorliegt. **OD. Kap. 17 §. 1 Nr. 11.**

Der Kläger hat zwar den Vergleich wegen Mangels der vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht speziell beanstandet, sondern dessen Gültigkeit bloß im Allgemeinen bestritten. Allein die rechtliche Würdigung der Erfordernisse eines Vergleiches bleibt jederzeit dem Richter vorbehalten, und das Geständniß einer Partei über das Jus ist gemäß **OD. Kap. 12 §. 1 Nr. 3** ohnehin kraftlos.

Es stellt sich daher der vom Beklagten vorgeschützte Vergleich wegen Mangels der vorgeschriebenen Form, nämlich wegen fehlender schriftlicher Errichtung als rechtsunwirksam dar. . . .
OD. Erf. vom 1. Oktbr. 1858. Reg.-Nr. 1032⁵⁷/58.

II.

7.

Keine Haftpflicht des arglistigen Verkäufers einer fehlerhaften Sache für die durch sie verursachten Schäden.

V. hatte von **H.** einen Stier eingetauscht, welcher an der Lungenfäule fiel. **V.** trat nun gegen **H.** klagend auf und verlangte unter Anderem auch Ersatz für den Schaden, welcher ihm durch Ansteckung seines übrigen Viehstandes von jenem gefallenem Stiere zugegangen sei; ohne jedoch dabei zu behaupten, daß **H.** die Krankheit gekannt habe, mit welcher der gefallene Stier behaftet gewesen.

Mit diesem Anspruche wurde der Kläger oberstrichterlich zurückgewiesen.

Manche Rechtslehrer — sagen unter Anderem die Motive — nehmen an, daß der Veräußerer

fehlerhafter Sachen, wenn er den Fehler auch nicht gekannt hat, doch dem Erwerber alle durch solche ihm zugegangenen Schäden ersetzen müsse¹⁾, jedenfalls dann, wenn der Veräußerer die Sache nicht statt des Schadensersatzes dem Erwerber überlassen wolle²⁾.

Die Gesefzstellen, worauf diese Ansicht gegründet wird, geben jedoch dem Erwerber kein Klagrecht auf Ersatz aller ihm durch die fehlerhafte Sache zugegangenen Schäden, sondern beßhalb nur ein Retentionsrecht auf die erworbene Sache.

Fr. 29 §. 3, fr. 31 pr. de aed. (21, 1.)

Daß fr. 13 pr. de act. emti vend. (19, 1) spricht vielmehr bestimmt aus, daß Derjenige, welcher Vieh mit ihm unbekannten Mängel veräußerte, nur den Werth des Viehes zu ersetzen hat, und bloß Derjenige, welcher die Mängel kannte, verbunden ist, dem Erwerber auch die demselben durch solches Vieh zugegangenen Schäden zu ersetzen, wobei insbesondere des Schadens gedacht wird, welcher dem Erwerber, wie im vorliegenden Falle v. behauptet, dadurch zugegangen ist, daß das erhaltene kranke Vieh dessen übrigen Viehstand angesteckt hat — — —³⁾.

DAÖErf. v. 11. Jan. 1856. Reg.-Nr. 1004⁵⁴/55.
Wfb.

¹⁾ Mühlensbruch, Lehrb. d. Pand. R. §. 401 Note 11.

²⁾ Tribaut, System des Pand. R. §. 195; Glück, Kommentar Bd. 20 S. 86; Westphal, vom Kaufe §. 474.

³⁾ Weitere Bezugnahme auf fr. 45 de contrah. emt. (18, 1); const. 1 de aedil. act. (4, 58): „Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque (idem) fugitivus abest: non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum, quod per eum tibi accidit, competens iudex (ut jam pridem placuit) praestari jubebit“.

In gleichem Sinne erkannte das OAG. zu Genä am 10. Februar 1842. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 25.

8.

Verbindlichkeiten des Vermiethers von Räumlichkeiten dem Miethsmanne gegenüber, insbesondere beim Vorhandensein eines Nebenmiethers.

Es handelte sich im gegebenen Falle um die Frage, ob der Nebenmiether eines Fruchtspeichers, welcher dem Miether der anstoßenden Räumlichkeit deren Benützung verwehrt, diesem ersatzpflichtig für den hieraus entstandenen Schaden, bez. entgangenen Gewinn sei ¹⁾).

Hierüber nun besagen die Entscheidungsgründe eines oberichterlichen Erkenntnisses, was folgt:

Nach gemeinem Rechte muß der Vermiether einer Sache dafür einstehen, daß dem Miether die Benützung derselben möglich sei.

Fr. 15 §. 1, 2 in f., fr. 24 §. 4, fr. 25 §. 2, fr. 33 loc. cond. (19, 2).

Giefür ist aber nur der Vermiether haftbar, und zwar nicht nur, wenn die überlassene Benützung der vermiethteten Sache durch das eigene Verschulden des Vermiethers, sondern auch, wenn sie nur durch ein äußeres, von dem Willen des Vermiethers nicht abhängiges Ereigniß dem Miether entzogen oder geschwächt wird. Diesen Grundsatz sprechen nicht nur die bereits oben angeführten Pandektenstellen, sondern auch namentlich eine prägnante in fr. 33 pr. l. c. enthaltene Entscheidung eines Falles bestimmt aus.

¹⁾ Vgl. Kommentar über die O. Aufl. 2 Bd. 1 S. 187 Note 139.

Der Nebenmiether einer Lokalität dagegen ist an und für sich keineswegs verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß der Miether einer anstoßenden Räumlichkeit diese bequem benützen könne, daß er insbesondere einen ungehinderten und stets offenen Eingang hierzu habe, und daß dieser Nutzen aus seiner Miethe ziehe. Vielmehr ist es Sache des Vermiether's, hiesfür Sorge zu tragen.

Nur wenn der Nebenmiether dem Miether der anstoßenden Räumlichkeit eine besondere und ausdrückliche Zusicherung dessfalls gemacht hat, so ist er für die Folgen der Nichterfüllung dieser Zusicherung haftbar.

Erk. des O.G. von Oberfranken in Sachen P.
gegen D. vom 15. April 1856. P. Nr. 19.
(v. F.)

9.

Bewilligung der Vormerkung einer Hypothek von Seiten des Schuldners. Woherne kann der Gläubiger den wirklichen Hypothekeneintrag verlangen?

Oberstrichterlichen Entscheidungsgründen entnehmen wir Folgendes:

Der §. 30 des Hyp.-Ges. gibt zu entnehmen, daß eine Forderung sich gar nicht zur Vormerkung eigne, wenn nicht durch sie der Rechtstitel zur Hypothekerverbung an sich begründet wird; folglich gesteht derjenige, der die Vormerkung einer Forderung gestattet, auch deren Eintrag zu, sobald die Anstände gehoben sind, welche den wirklichen Eintrag bisher verhinderten. . . Diesem steht nicht entgegen der §. 15 des Hyp.-Ges., wornach der Gläubiger aus einem Vertrage nur dann den Hypothekeneintrag verlangen kann, wenn die Hypothek ausdrücklich bedungen wurde, weil hier im (gerichtlichen) Vertrage vom 2. Juni 1845 wenigstens die Vormerkung ausdrücklich bedungen war, und

diese (wie bemerkt) den seinerzeitigen Eintrag unter gewissen Voraussetzungen schon in sich schließt. Es kann daher zur Umwandlung der Vormerkung in Eintrag bei zugesicherter und vollzogener Vormerkung nur mehr darauf ankommen, ob die gegebene Voraussetzung eingetreten sei.

Als Beklagter hypothekenamtlich aufgefordert worden war, binnen acht Tagen mit seiner Erinnerung gegen die beantragte Umwandlung beim Hypothekenamte einzukommen, bestand der vom Beklagten erhobene Anstand nur in der nicht beseitigten Einrede des nicht erhaltenen Geldes. Demzufolge gab sich die Willensmeinung zum Hypothekeneintrag dahin zu erkennen, daß der Eintrag nur vom Ausgang dieser Einrede abhängig sein solle, bis wohin der Eintrag suspendirt bleiben mußte. Mit Verwerfung dieser Einrede in dem nachhin rechtshängig gewordenen Prozesse ¹⁾ hörte der Suspendiungsgrund auf, und es konnte der Gläubiger auf Grund der Vormerkung und jenes rechtskräftigen Erkenntnisses . . . gesetzlich auf Eintrag der vorgemerkten Forderung bringen. Diesem entgegen kann Beklagter . . . jetzt nicht neuerliche Anstände erheben Es erscheint somit der vorinstanziell auferlegte Beweis (daß sich Beklagter verpflichtet habe, für das in Frage stehende Darlehen auf seinem Grundstücke Hypothek eintragen zu lassen) als überflüssig, da sich die Verpflichtung zur Hypothekeneintragung bereits aus den oben vorgetragenen Umständen ergibt.

DAßErf. v. 26. Jan. 1857. Reg.-Nr. 224⁵⁶/57.

E.

¹⁾ Der jetzige Beklagte hatte gegen den jetzigen Kläger mit der quer. non num. pec. geklagt, von welcher Klage letzterer schließlich entbunden wurde.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das bezirksgerichtliche Ungehorsamsverfahren. — Erlöschung realer Gewerbsrechte durch Nichtgebrauch. Durch Ausübung eines Theiles der Gewerbsbefugnisse wird das Recht in seiner Gesamtheit salvirt. — Zur Lehre von der provocatio ex lege Diffamari.

Ueber das bezirksgerichtliche Ungehorsamsverfahren.

Von Herrn Staatsanwalt Stenglein in München.

Bei den dürftigen Bestimmungen, welche das Strafprozeßgesetz vom 10. Nov. 1848 (Abthl. IV Tit. 3) über das Ungehorsamsverfahren bei den zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte (Kreis- und Stadtgerichte) gehörenden Verbrechen und Vergehen enthält, haben sich mehrfache Zweifelsfragen ergeben, die wenigstens theilweise bisher von der Doktrin nicht behandelt worden sind.

Die folgende Ausführung bezweckt, einen Beitrag zur Lösung derselben zu liefern. In drei Abschnitten soll vorerst von dem Verfahren gegen Abwesende bis zur Verhandlung und Aburtheilung im Ungehorsamsverfahren, sodann von dieser Verhandlung selbst, endlich von dem Einspruche und dem durch denselben veranlaßten Verfahren gesprochen werden.

I.

Verfahren gegen Abwesende bis zur Verhandlung und Aburtheilung im Ungehorsamsverfahren.

Die Verhandlung im Ungehorsamsverfahren setzt vor Allem voraus, daß die Voruntersuchung

vollständig durchgeführt sei¹⁾, insbesondere alle Mittel, die Vernehmung des Beschuldigten zu bewirken, erschöpft seien.

Ist in Verbrechenfällen die Abwesenheit des Beschuldigten festgestellt²⁾, so ist der Richter durch Art. 340, 275 der StPM. angewiesen, von den in den Art. 411—418 Thl. II des StGB. bezeichneten Mitteln behufs Vorgerichtstellung des Beschuldigten Gebrauch zu machen. Diese Mittel sind nach Verschiedenheit der Umstände Hausdurchsuchung, gerichtliche Nachweise, Erlass von Hilfschreiben oder Steckbriefen.

Hierbei fragt es sich, wie gegen einen Abwesenden, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, in dem Falle vorzugehen sei, wenn ein Grund zur Verhaftung nicht vorliegt³⁾.

In den Art. 411—418 ist für diesen Fall Vorfrage nicht getroffen; wohl aber im Art. 117 Thl. II des StGB. verordnet, daß gegen den Ungeschuldigten mit öffentlicher Ladung (Ediktal-Citation) verfahren werden solle.

Wenn nun auch dieser Art. 117 im Art. 368 der StPM. für aufgehoben nicht erklärt wurde, so

1) Von dem Falle des Art. 74, 310 der StPM. ist hier abgesehen.

2) Sei es gleich im Anfange oder in einem späteren Stadium der Voruntersuchung. Vgl. übrigens Art. 35 der StPM.

3) Ein Fall, der freilich nur selten vorkommen wird. Meistens werden Gründe für die Annahme vorhanden sein, daß der Beschuldigte, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, sich durch Flucht der richterlichen Gewalt entzogen habe oder entziehen wolle, und dann ist gegen ihn, auch wenn er zu den Kategorien des Art. 114 Thl. II des StGB. gehört, Verhaftung und Erlassung von Steckbriefen gerechtfertigt.

dürfte doch derselbe nicht mehr für anwendbar erachtet, vielmehr angenommen werden, daß derselbe nur aus Versehen stehen geblieben sei. Dafür spricht, daß Art. 340 (bez. 275) nur auf Art. 411—418, nicht auch auf den Art. 117 Thl. II des StGB. hinverweist, daß ferner im unmittelbar folgenden Art. 341 die Ediktalladung mit dem Verweisungserkenntnis in Verbindung gebracht, also nur am Schlusse der Voruntersuchung zugelassen ist.

Ist nach dem Gesagten eine Ediktalladung im Stadium der Voruntersuchung für unstatthaft zu erachten, so muß eben im vorausgesetzten Falle die Voruntersuchung, so gut es ohne Vernehmung des Beschuldigten geht, durchgeführt und sodann nach Art. 47 ff. der StPM. verfahren werden (Art. 340, 276 der StPM.). Findet das Bezirksgericht genügende Gründe, die Sache mit dem Besatze, daß wegen Verbrechens zu verfahren sei, in die öffentliche Sitzung zu verweisen, so ist nunmehr nach Art. 341 der StPM. die Ediktalladung zu erlassen.

In Vergehensfällen ergibt sich eine andere Schwierigkeit.

Der Art. 465 Thl. II. des StGB., welcher verordnete:

Ist der Angeeschuldete abwesend, so werden Hülfsschreiben an den Richter seines Aufenthaltsortes erlassen, um denselben zur Gerichtsstellung aufzufordern.

Ediktalladungen, richterliche Racheile, Steckbriefe können wider den Abwesenden nur in den im Art. 461 bestimmten Fällen Statt finden.

Ueberdies kann eine Ediktalladung, wie auch die Einrückung eines Steckbriefes in öffentliche Blätter nur durch das Civilstrafgericht beschloffen werden. —

Ist durch Art. 368 der StPM. aufgehoben und vergebens sieht man sich nach einem Erfatze in der Strafprozeßnovelle um.

Sicherlich erfolgte jedoch die Aufhebung des Art. 465 lediglich darum, weil man in Vergehens-

fällen völlig von einer Ediktalladung Umgang nehmen wollte und weil Abs. 3 dieses Artikels zur neuen Gesetzgebung nicht mehr paßte. Daß im Uebrigen der Inhalt des Art. 465 nicht mehr zur Anweisung kommen solle, war wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde daraus folgen, daß der Untersuchungsrichter nicht einmal das Recht hätte, in Vergehensfällen Hilfschreiben an den Richter des bekannten Aufenthaltsortes des Beschuldigten zu erlassen! In der That hat auch die Praxis allgemein und unbedenklich in Vergehensfällen, wenn Gefangenschaft des Beschuldigten nach Art. 461 gerechtfertigt war, von dem Mittel richterlicher Mächte und von Steckbriefen Gebrauch gemacht *).

Wird nach durchgeführter Voruntersuchung die Verweisung des abwesenden Beschuldigten wegen Verbrechens beschlossen, so ist, wie bereits erwähnt, eine weitere Vorbedingung der Verhandlung im Ungehorsamsverfahren die Erlassung von Ediktalien in vorgeschriebener Form (Art. 341, 343).

Die Ediktalien sind nicht mit den Mitteln zu verwechseln, welche der Untersuchungsrichter hat, um des Beschuldigten habhaft zu werden. Diese sollen bereits im Stadium der Voruntersuchung erschöpft sein, und wären, wenn sie vom Untersuchungsrichter nicht angewendet worden sein sollten, vom Verweisungssenat im Exekutionswege anzuordnen. Der Zweck der Ediktalien ist daher nicht, den Beschuldigten zu Verhaft zu bringen, wovon die Ediktalladung in ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Form mit keiner Sylbe Erwähnung thut.

*) Steht fest, daß der Erlaß von Steckbriefen in Vergehensfällen durch die Aufhebung des Art. 465 cit. nicht ausgeschlossen werden wollte, so kann derselbe im Hinblick auf Art. 482 Zht. II d. StGB. — nunmehr auf Art. 414 ebd. gegründet werden.

Uelmehr wollte der Gesetzgeber, indem er in schwereren Fällen, d. h. in Verbrechenfällen, die Ediktalladung des abwesenden Beschuldigten anordnete, eine erhöhte Garantie dafür erzielen, daß dem Beschuldigten auch wirklich die Verweisung in die öffentliche Sitzung und die bevorstehende Aburtheilung bekannt werde. Es sollte die Zustellung des Ladungsdekretes nach Art. 308 nicht genügen, sondern eine öffentliche Ladung erfolgen, zudem aber vom Stande der Sache dem Vormunde, Ehegatten oder einem nahen Verwandten des Beschuldigten Kenntniß gegeben werden (Art. 343 a. E., 280).

Vom Erfolge der Ediktalladung hängt es nun ab, ob das eigentliche Ungehörigkeitsverfahren (Art. 345 der StPM.), eintrete oder nicht.

Wenn der Beschuldigte in der vorgesezten Frist zur Haft gebracht wird oder sich vor dem Bezirksgerichte stellt, so wird, wie Art. 344 der StPM. vorschreibt, zur Verhandlung der Sache nach den Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens geschritten.

Hierbei wirft sich die Frage auf, ob dem Angeeschuldigten das Recht zustehe, vorerst die Publikation des Verweisungs Erkenntnisses zu verlangen, mit der Folge, daß ihm von der Publikation an eine dreitägige Frist zur Einlegung der Berufung bez. Nichtigkeitsbeschwerde läuft⁵⁾. Für die Ver-

⁵⁾ Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß nicht die Voruntersuchung von Neuem aufzunehmen und so dann in geheimer Sitzung wiederholt zu erkennen ist. Es stehe dieses mit anderen Worten, dem Beschuldigten ein Einspruchsrecht gegen das Verweisungs Erkenntniß einräumen, welches bei dem Mangel irgend einer gesetzlichen Bestimmung auf dem Wege bloßer Interpretation nicht geschaffen werden darf. Ist einmal die Verweisung beschlossen, so gilt für dieselbe Instanz die Voruntersuchung als durchge-

neinung dieser Frage läßt sich anführen, daß das Gesetz eine förmliche Publikation des Verweisungserkenntnisses an den nach Erlassung der Ediktalladung Erschienenen oder zur Haft Gebrachten nicht anordnet, vielmehr bestimmt, daß zur Verhandlung der Sache nach den Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens geschritten werden solle, unter Verhandlung der Sache aber regelmäßig das öffentliche Aburtheilungsverfahren zu verstehen sei ⁶⁾. Allein hiergegen ist zu erinnern, daß eine Verhandlung und Aburtheilung im gewöhnlichen Verfahren (in Verbrechenfällen) überall nur erfolgen könne, nachdem dem Beschuldigten das Verweisungserkenntniß publiziert (Art. 305), die dreitägige Frist zur Einlegung der Berufung bez. Nichtigkeitsbeschwerde verstrichen oder die Berufung bez. Nichtigkeitsbeschwerde verworfen (Art. 306), hierauf die Ladung in die öffentliche Sitzung unter Mittheilung des Verzeichnisses der in die öffentliche Sitzung vorzuladenden Zeugen erfolgt ist (Art. 306, 311), und von Zu-

führt, gleichviel, ob der Verdächtige vernommen oder seine Vernehmung durch Abwesenheit verhindert wurde. (Die Verweisung der Sache aus der öffentlichen Sitzung an den Untersuchungsrichter ist keine Rückkehr in das Stadium der Voruntersuchung, sondern es handelt sich hierbei lediglich um eine Information, welche sich der aburtheilende Senat erholt, und welche, wenn sie nicht durch Zeugenladung herzustellen ist, durch den Untersuchungsrichter erhoben, deren Ergebnis aber sofort in die öffentliche Sitzung gebracht werden muß. Vgl. v. Stengel, die wiederbelebte Instanzenklassung §. 12 S. 57 ff.)

⁶⁾ Vgl. Art. 306, 309, 313, 314, 315. In einem engeren Sinne bedeutet „Verhandlung“ die öffentliche Verhandlung vom Verhöre des Beschuldigten incl. bis zum Schlusse des Plaidoyers. Vgl. Art. 154, 170 Abs. 5 Art. 319.

stellung der Ladung an wenigstens 3 Tage verflossen sind (Art. 309). Zudem der Gesetzgeber für den Fall, daß der edictaliter Geladene sich gestellt hat oder zur Haft gebracht worden ist, einfach die Verhandlung der Sache nach den Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens anordnet, war es wohl seine Absicht, daß erst dann zur Verhandlung und Aburtheilung geschritten werde, wenn allen Vorbedingungen einer solchen Verhandlung und Aburtheilung im gewöhnlichen Verfahren Genüge geleistet ist. Es kann sich daher nur fragen, ob nicht die Edictalladung selbst die Stelle der Publikation des Verweisungserkenntnisses vertrete. Diese Frage ist aber sicherlich zu verneinen. Die Edictalien enthalten lediglich die Formulirung der Anklage nach ihren Hauptmerkmalen, während die Publikation des Verweisungserkenntnisses in der Mittheilung einer vollständigen Abschrift desselben besteht (Art. 305). Zudem soll der Beschuldigte bei Zustellung des Erkenntnisses, welches ihn wegen Verbrechens in die öffentliche Sitzung verweist, über das ihm zustehende Rechtsmittel aufmerksam gemacht werden, wovon in dem Edictalaus schreiben Nichts vorkommt.

Dem allen zufolge werden wir anzunehmen haben, daß dem Beschuldigten, wenn er sich stellt oder zur Haft gebracht wird, vorerst das Verweisungserkenntniß bekannt zu geben sei, welches er dann im Wege der Berufung⁷⁾ oder Nichtigkeitsbeschwerde anfechten kann.

⁷⁾ Mit der Berufung können Ersuchungsanträge verbunden werden. Der Beschuldigte hat also Gelegenheit, gegenüber einer mangelhaft geführten Voruntersuchung seine Rechte zu wahren. Würde man dem Beschuldigten, welcher sich nach Erlassung der Edictalien gestellt hat oder zur Haft gebracht worden ist, das Rechtsmittel der Berufung gegen den Verwei-

Ob, wenn der Beschuldigte sich stellt oder zur Haft gebracht wird, die in der Ediktalladung vorgezeichnete Frist von 30 Tagen noch im Laufe oder bereits abgelaufen sei, kann keinen Unterschied machen. Allen Ablauf dieser Frist knüpft sich allerdings die Folge, daß nunnmehr nach Art. 345 der St.P.R. zur Verhandlung im Ungelohsamverfahren geschritten werden kann. Ist aber diese noch nicht vor sich gegangen, wenn der Beschuldigte sich stellt oder zur Haft gebracht wird, so muß zweifelsohne zur Verhandlung der Sache nach den Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens geschritten werden, welche hinwiederum voraussetzt, daß den Bestimmungen der Art. 305, 306, 309, 311 der St.P.R. Genüge geleistet sei. Das Gesagte muß selbst dann gelten, wenn der Beschuldigte erst in der öffentlichen Sitzung erscheint. Verzichtet freilich derselbe in diesem Falle nach erfolgter Publikation des Verweisungs Erkenntnisses auf die Aufsechtung desselben, sowie auf das aus Art. 309 sich für ihn ergebende Recht, Vertagung zu verlangen, so kann natürlich die Verhandlung und Aburtheilung auf der Stelle vor sich gehen. —

Bei der bisherigen Erörterung wurde vorausgesetzt, daß die Abwesenheit des Beschuldigten schon im Laufe der Voruntersuchung festgestellt, sonach gemäß Art. 341 die Ediktalladung zugleich mit dem Verweisungsbeschlusse erlassen worden sei.

Möglichst stellt sich aber, wenn der Beschuldigte nicht in Haft ist, seine Entfernung erst später heraus. Art. 342 bestimmt nun, daß, wenn der Beschuldigte vor Zustellung der an ihn erlassenen

sungsbeschlusse versagen, so läßt darin in dem Falle eine nicht zu billigende Härte, wenn die Vernehmung des Beschuldigten in der Voruntersuchung ohne dessen Verschulden unterblieben ist.

nen Ladung sich entfernt oder auf die ihm zugestellte Ladung nicht in der öffentlichen Sitzung erscheint, unter Aussetzung der Verhandlung ein Verhaftsbefehl und, wenn dieser ohne Erfolg geblieben ist, eine Ediktalladung zu erlassen sei.

Hierbei fragt es sich, wer diese nachträgliche Ediktalladung zu erlassen habe. Für die Zuständigkeit des Gerichtsvorstandes scheint zu sprechen, daß alle regelmäßigen Vorbereitungs-handlungen, insbesondere alle Ladungen vom Gerichtsvorstande ausgehen, auch die Frage, ob die Voraussetzungen der Ediktalladung gegeben seien, nicht leicht eine zweifelhafte sein kann. Dagegen kommt zu erwägen, daß das Erlassen der Ediktalladung die wichtigste Vorbereitung zum Ungehorsamsverfahren ist, daß in den Fällen, in welchen sich die Einleitung des Ungehorsamsverfahrens schon am Schlusse der Voruntersuchung als nothwendig erwiesen hat, das Gericht die Ediktalien zugleich mit dem Verweisungserkenntnisse erläßt und eine gemäß Art. 342 erfolgende Ediktalladung sich gewissermaßen als ein Nachtrag zum Verweisungserkenntnisse darstellt. Mit Rücksicht hierauf, vornehmlich aber nach Analogie des Art. 292 Abs. 2 dürfte sich die Annahme rechtfertigen, daß die nachträgliche Ediktalladung vom Gerichte, vertreten durch einen in geheimer Sitzung beschließenden Senat, auszugehen habe. Im zweiten Falle des Art. 342 könnte sich der Zweifel ergeben, ob nicht zur Erlassung der Ediktalien derselbe Senat zuständig sei, welcher für die öffentliche Sitzung niedergesetzt war und wegen Richterscheitens des Beschuldigten den Verhaftsbefehl erließ. Allein in der Regel endigt die Funktion eines Senates mit Abhaltung der Sitzung, für welche er vom Gerichtsvorstande bestellt war. Dieses erleidet eine Modifikation nur in den Fällen, in welchen bereits in die materielle Verhandlung des Falles eingegangen wurde

und deshalb die spätere Sitzung nur als eine Fortsetzung der ersten erscheint. Der Gerichtsvorstand hat also zum Zwecke der Erlassung der nachträglichen Ediktalladung einen neuen Senat zu berufen.

Erscheint der ediktaliter geladene Beschuldigte oder wird er zur Haft gebracht, bevor die vorgesezte Frist abgelaufen oder doch bevor die Verhandlung und Aburtheilung im Ungehorsamsverfahren wirklich erfolgt ist, so ist zur Verhandlung der Sache nach den Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens zu schreiten, sobald alle Vorbedingnisse desselben erfüllt sind. Selbstverständlich bedarf es der Publikation des Verweisungserkenntnisses nicht mehr, wenn dasselbe dem Beschuldigten vor seiner Entfernung bereits zugestellt war.

Nach Umfluß der in der Ediktalladung vorgesezten dreißigtägigen Frist steht, wie bereits erwähnt wurde, der sofortigen Verhandlung und Aburtheilung in Abwesenheit des Beschuldigten Nichts im Wege.

Eine nochmalige Ladung des Beschuldigten nach Art. 308 ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; die Verhandlungen der Befehlgebungsaußschüsse der Kammern ergeben vielmehr, daß die Frage, ob nochmalige Ladung zu erfolgen habe, in Erwägung gezogen, schließlich aber verneint wurde⁸⁾.

Vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit dürfte sich freilich eine nochmalige Ladung nach Art. 308 empfehlen. Mancher Beschuldigte, welcher aus den öffentlichen Blättern oder durch Mittheilung seines Vormundes, Ehegatten oder eines Verwandten Kenntniß davon erhalten hat, daß er unter Anschuldigung eines Verbrechens in die öffentliche Sitzung verwiesen

⁸⁾ Verh. d. GOU. d. R. d. RM. Bd. 3 S. 272 ff. Weh. Bd. 2 S. 134 ff., Verh. d. GOU. d. Abg. Prot. Bd. 1 S. 359, 361, 379. S. auch Bl. f. RM. Bd. 15 S. 373.

sei und die Aburtheilung in seiner Abwesenheit zu gewärtigen habe, falls er sich nicht in dreißigtägiger Frist stellen würde, stellt sich gleichwohl aus dem Grunde nicht, um nicht der Untersuchungshaft zu unterliegen; er ist aber vielleicht geneigt, ohne weitere Aufsechtung des Verweisungsbeschlusses vor den aburtheilenden Richtern Rede und Antwort zu stehen. Nun enthält aber die Ediktalladung nicht die Bekanntgabe des Sitzungstages; der Beschuldigte erfährt also durch dieselbe nicht, an welchem Tage die Verhandlung und Aburtheilung vor sich gehen werde. Allerdings kann er nun selbst oder durch Andere Erkundigung am Gerichtsbrette einziehen, an welchem die einzelnen Verhandlungen und der Zeitpunkt, in welchem sie stattfinden, im Voraus bekannt gegeben zu werden pflegen. Mit größerer Sicherheit wird man jedoch darauf rechnen können, daß der Sitzungstag dem Beschuldigten bekannt geworden sei, wenn eine nochmalige Ladung unter Angabe des Sitzungstages nach Art. 308 erfolgt ist.

In Vergehensfällen findet eine Ediktalladung nicht Statt. Ist der Beschuldigte abwesend, so wird die Abschrift des Verweisungsbeschlusses, gegen den ein Rechtsmittel nicht Platz greift, und das Ladungsdekret gleichzeitig einer der in Art. 308 Abs. 2 u. 3 genannten Personen zugestellt, welche Zustellung nach Abs. 5 ebendasselbst dieselbe Wirkung hat, als ob sie an den Beschuldigten selbst erfolgt wäre. (Art. 356).

II.

Verhandlung und Aburtheilung in Abwesenheit des Beschuldigten.

Bereits in Bd. XV dieser Blätter S. 369 ff. ist die wesentliche Verschiedenheit dargelegt worden, welche zwischen dem Ungehorsamsverfahren bei den mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohten

Verbrechen und dem Ungehorsamsverfahren bei den übrigen Verbrechen und den Vergehen stattfindet.

In Verbrechensfällen der ersteren Art wird das im Ungehorsamsverfahren erlassene verurtheilende Erkenntniß nicht rechtskräftig außer durch freiwillige und ausdrückliche Unterwerfung des Verurtheilten unter dasselbe. Letzterer kann, wenn er später — gleichviel in welchem Zeitpunkte — wieder betreten wird oder sich freiwillig stellt, verlangen, daß ein neues ordentliches Verfahren stattfinde, von Neuem erkannt werde.

Mit Rücksicht hierauf war es nicht erforderlich, für die Kontumazialverhandlung alle Garantien des gewöhnlichen Verfahrens festzuhalten. Abgesehen von der Nichtzuziehung von Geschworenen⁹⁾ findet daher eine persönliche Vernehmung der Zeugen in der öffentlichen Sitzung nicht Statt; vielmehr erfolgt die Aburtheilung lediglich auf Grund der in den Voruntersuchungsakten enthaltenen Beweise.

Anders verhält es sich im bezirksgerichtlichen Ungehorsamsverfahren¹⁰⁾.

Zwar gilt auch hier der Satz, daß ein in Abwesenheit des Beschuldigten erlassenes verurtheilendes Erkenntniß nicht in Rechtskraft übergehe, wenn sich der Verurtheilte nicht freiwillig demselben unterwirft. Letzterer hat das Recht, gegen das verurtheilende Erkenntniß Einspruch zu erheben und wiederholte Urtheilsfällung zu verlangen. Allein für die Erhebung des Einspruches ist vom Gesetze eine Frist vorgelegt, nach deren Ablauf angenommen wird, daß er sich dem in seiner Abwesenheit ergangenen Urtheile unterwerfe. Nach Ablauf der Frist

⁹⁾ Geschworene werden in Abwesenheit des Beschuldigten niemals zugezogen.

¹⁰⁾ Ebenso im Ungehorsamsverfahren bei den zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehörenden geringeren Verbrechen und Vergehen.

geht also das Urtheil, wenn es nicht angefochten wurde, in Rechtskraft über¹¹⁾). Demzufolge muß aber in der dem Urtheile vorausgehenden Verhandlung so genau und gründlich, als dieses in Abwesenheit des Beschuldigten geschehen kann, verfahren, das Prinzip der Mündlichkeit möglichst aufrecht erhalten, die Zeugen müssen also persönlich geladen und vernommen werden.

Es hat mit einem Worte der Urtheilsfällung die ordentliche Verhandlung vorauszuweichen, soweit die Abwesenheit des Beschuldigten Abweichungen nicht nothwendig mit sich bringt.

Ueber letztere kommt Folgendes zu bemerken. An die Stelle des Aufrufes des Beschuldigten tritt naturgemäß die Konstatirung, weshalb in Abwesenheit des Beschuldigten zur Verhandlung geschritten werde¹²⁾). Ergibt sich hierbei ein wesentlicher Mangel, so ist es Pflicht des Staatsanwaltes, die Vertagung auf Grund des Art. 313 zu beantragen; das Gericht muß dieselbe nöthigenfalls ex officio aussprechen; denn ein Mangel in der Ladung des Beschuldigten begründet immer die Vermuthung, daß er nicht erscheinen konnte. Statt des Verhöres des Beschuldigten können Aussagen verlesen werden, welche derselbe etwa im Laufe der Voruntersuchung abgelegt hat. Das Prinzip der Mündlichkeit scheint zwar dagegen zu sprechen¹³⁾). Allein es ist zu erwägen, daß im gewöhnlichen Verfahren es keinem Anstande unterliege, dem Beschuldigten frühere Aussagen vorzuhalten, derselbe aber durch seinen Ungehorsam unmöglich in eine bessere Lage kommen und Geständnisse, welche er vielleicht abgelegt hat, un-

¹¹⁾ Vgl. übrigens Art. 318 Abs. 2.

¹²⁾ Vgl. Art. 282.

¹³⁾ Die Vorbedingungen, an welche das Gesetz (Art. 166) die Möglichkeit knüpft, Aussagen von Zeugen zu verlesen, sind bekanntlich sehr streng.

wirksam machen dürfe.. Selbst wenn man also einen Nachtheil des Beschuldigten darin finden wollte, würde dieses als Folge des Ungerhorsams gerechtfertigt sein. Die herrschende Praxis, welche die Verlesung gestattet, ist demgemäß völlig zu billigen.

Daß dem für den Beschuldigten etwa aufgetretenen Vertheidiger alle Befugnisse zustehen, wie dem Vertheidiger eines anwesenden Beschuldigten, derselbe also nicht auf den Vortrag der Vertheidigung nach geendigtem Beweisfahren beschränkt, vielmehr befugt sei, auch während des Beweisverfahrens darauf bezügliche Anträge zu stellen, dürftefüglich nicht zu bezweifeln sein.

III.

Vom Einspruche.

Der im Ungerhorsamsverfahren vom Bezirksgerichte Verurtheilte hat das Recht, innerhalb bestimmter Frist gegen das Urtheil Einspruch zu erheben (Art. 347, 358 Abs. 2 der St. P. O.)¹⁴⁾.

In Folge des Einspruches hat, wofern nur

¹⁴⁾ Es genügt nach dem Wortlaute dieser Artikel die bloße Anmeldung des Einspruches auf der Kanzlei des Bezirksgerichtes innerhalb der gesetzlichen Frist. Die spezielle Angabe der Beschwerdepunkte braucht damit nicht verbunden zu werden, so wenig als mit der Anmeldung der Verufung oder Nichtigkeitsbeschwerde von Seiten eines Verurtheilten. Der Gesetzgeber wollte — wie sich die Motive zum Gesetzentwurfe, die Rechtsmittel gegen die vom Kassationshofe erlassenen Urtheile betr., (Verh. d. G. M. d. K. d. M. Weis. Bd. 1 S. 380) ausdrücken, — die Lage des Angeklagten den überwiegenden Angriffskräften des anklagenden Staates gegenüber möglichst erleichtern. — Ob die Anmeldung des Einspruches durch einen Anderen als den Verurtheilten zu ihrer Wirksamkeit Spezialbevollmächtigung des ersteren durch den letzteren nach erlassenen Erkenntnisse oder doch Genehmigung von Seiten des Verurtheilten vor Ablauf der Einspruchs-

der Beurtheilte an dem zur Verhandlung bestimmten Tage erscheint, nach Art. 352 der StPM. eine neue Verhandlung und Urtheilssfällung stattzufinden.

Das durch diesen Art. vorgezeichnete Verfahren ist aber nicht das ordentliche kontrabiktorische Verfahren; es findet nicht eine vollständige Wiederholung der früheren Verhandlung Statt; vielmehr charakterisirt sich die neue Verhandlung als eine durch den Einspruch veranlaßte Fortsetzung und Ergänzung der früheren¹⁵⁾.

Gleichwie nach Art. 319 der StPM. dem Gerichte gestattet ist, sich eine im Laufe des Beweisverfahrens indizirte, jedoch augenblicklich nicht zu Gebote stehende Aufklärung dadurch zu verschaffen, daß die nöthigen Beweismittel in einer späteren Sitzung herbeigeschafft werden, so kann auch der Beschuldigte, wenn er im Ungehorsamsverfahren verurtheilt wurde, verlangen, daß seine Vernehmung nachgeholt, und unter Berücksichtigung derselben das Urtheil erlassen werde¹⁶⁾.

(Schluß folgt.)

frist voraussetze, ist bestritten, und auch die Praxis des obersten Gerichtshofes hierin nicht gleichförmig. In einem früheren Erk. vom 23. März 1853 (Sib. Ver. Bd. 5 S. 85 ff.) wurde die Frage verneint, dagegen in einem neueren v. 26. April 1858 (Ztschr. f. G. u. R. Bd. 5 S. 172 ff.) wohl mit Recht bejaht. Vgl. unten Note 21.

- ¹⁵⁾ Anders verhält es sich, wenn der im schwurgerichtlichen Ungehorsamsverfahren (Art. 287) Beurtheilte erklärt, sich dem Urtheile nicht unterwerfen zu wollen. In diesem Falle wird gegen ihn von Neuem in der gewöhnlichen Form verfahren (Art. 294 Abs. 1); es findet also das vollständige ordentliche Verfahren gegen ihn Statt, als ob früher eine Verhandlung gar nicht vor sich gegangen wäre (vgl. jedoch Art. 294 a. E.).

- ¹⁶⁾ Vgl. Erk. d. o. O. v. 10. Mai 1856 (Ztschr. f. G. u. R. Bd. 3 S. 226 B. 6 u. 7 v. o.).

Mittheilungen aus der Praxis.

1.

Erlöschung realer Gewerbbrechte durch Nichtgebrauch. Durch Ausübung eines Theiles der Gewerbbbefugnisse wird das Recht in seiner Gesamtheit salvirt.

Vgl. Bd. 19 S. 254.

Den Motiven einer oberstrichterlichen Entscheidung entnehmen wir Folgendes:

Anlangend die Befugniß, Weißbier und Meth zu schenken, so wurde selbe nach den vorgelegten Urkunden nicht als selbstständiges Recht erworben, wird auch nicht als solches in Anspruch genommen, sondern nur als Bestandtheil des mit diesen besonderen Befugnissen versehenen Weinschenkrechts.

Es konnte daher bei der Ausübung dieses letzteren auch die erstere nicht erlöschen, da die Betreibung eines Theiles der aus der Gesamtsame sich ergebenden Befugnisse das Recht in seiner Gesamtheit salvirte.

DAOGrf. v. 10. Nov. 1857. Reg.-Nr. 493⁵⁶/₅₇.

— n.

2.

Zur Lehre von der provocatio ex lege Diffamari.

Vgl. Bd. VI S. 384, Bd. VII S. 304, Bd. XV S. 352.

Wenn der Provokat zwar nach Umfluß der ihm vorgesehten zerstörliehen Frist, aber noch bevor der Ungehorsam vom Provokanten akkusirt und das Kon- tumazialerkennniß erlassen worden ist, die Hauptklage angestellt hat, so kann derselben die Einrede der Präklusion nicht entgegengesetzt werden.

Dieser Satz fand neuerdings Anerkennung durch DAOGrf. vom 28. Februar 1857. Reg.-Nr. 1459⁵⁵/₅₆. M.

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

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das bezirksgerichtliche Ungehorsamsverfahren.

Ueber das bezirksgerichtliche Ungehorsamsverfahren.

Von Herrn Staatsanwalt Stenglein in München.

(Schluß.)

Die Einspruchsverhandlung beginnt damit, daß der Verurtheilte zur Begründung seines Einspruches aufgefordert wird (Art. 352 Abs. 1). Richtung und Umfang der weiteren Verhandlung bestimmen sich zunächst nach der Art und Weise, wie diese Begründung erfolgt ist. Die auf Vorschlag des Verurtheilten vorgeladenen Zeugen werden vernommen, die übrigen von demselben beantragten Entlastungsbeweise erhoben.

Aber auch der Staatsanwalt ist nach Art. 351 der St. P. O. berechtigt, Zeugen in die öffentliche Sitzung vorladen zu lassen. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß der Anklagebeweis immer von Neuem zu führen sei. Dieses ist keineswegs der Fall. Allein durch das Vorbringen und die Beweisführung des Beschuldigten kann ein Zurückkommen auf den früher bereits geführten Anklagebeweis mehr oder weniger veranlaßt sein; so, wenn der Beschuldigte einen Alibi Beweis versucht hat, die widerholte Vernehmung der Zeugen, welche in der früheren Verhandlung die Anwesenheit des Beschul-

Neue Folge III. Bb.

digten am kritischen Orte zur kritischen Zeit bekundet haben, oder doch die durch Art. 352 Abs. 2 gestattete Verlesung ihrer Aussagen aus den Untersuchungsakten und den Bemerkungen des Protokollführers¹⁷⁾. Zudem muß es der Staatsbehörde frei stehen, gegen den vom Verurtheilten versuchten Entlastungsbeweis einen neuen Belastungsbeweis zu führen. Eine noch weiter gehende Befugniß der Staatsbehörde wird alsbald zu erwähnen sein.

Nach geschlossener Verhandlung hat das Gericht von Neuem zu erkennen. Hierbei wirft sich die Frage auf, ob das Gericht bei Fällung des neuen Urtheiles völlig freie Hand habe, hiernach auch ein Urtheil erlassen könne, welches dem Beschuldigten ungünstiger ist, als das frühere¹⁸⁾. Für Verneinung dieser Frage läßt sich anführen, daß nach Art. 338 Abs. 1 das Urtheil erster Instanz auf die Berufung des Verurtheilten nicht zu dessen Nachtheil abgeändert werden dürfe, und diese Vorschrift auf den Fall des Einspruches analoge Anwendung finden müsse. Allein diese Argumentation erweist sich bei näherer Prüfung als unstatthaft. Berufung und Einspruch sind wesentlich von einander verschieden¹⁹⁾. Durch die Berufung eines Verurtheilten wird der höhere Richter angegangen, das erstinstanzliche Erkenntniß zum Vortheile des Beschwerdeführers abzuändern; er thut dieses oder verwirft die Berufung, je nachdem

17) Aus dem Grundsatz der Mündlichkeit folgt, daß Aussagen von solchen Zeugen, welche in der früheren Sitzung nicht persönlich vernommen wurden, — abgesehen von den Ausnahmefällen des Art. 166 und 167 der StPr. — nicht verlesen werden dürfen.

18) Geständnisse des Beschuldigten in diesem oder jenem Punkte oder die Persönlichkeit desselben für sich allein können dem Gerichte ein strengeres Urtheil, als das frühere, für angemessen erscheinen lassen.

19) Vgl. Stz. = B. Bd. 5 S. 87 ff. Note.

er die Beschwerde begründet findet oder nicht. Dagegen durch den Einspruch wird dasselbe Gericht, welches das verurtheilende Kontumazialerkenntniß erlassen hat, mit wiederholter Urtheilssfällung befaßt. Das neu zu erlassende Urtheil hat keinen Bezug zu dem früheren Urtheile; dieses wird nicht abgeändert oder durch Verwerfung des Einspruches bestätigt, sondern es wird von Neuem erkannt, als ob das frühere Urtheil gar nicht erlassen wäre²⁰⁾, wodurch dann letzteres von selbst außer Wirksamkeit tritt. Hiernach ist aber auch anzunehmen, daß das Gericht in keiner Weise durch das frühere Urtheil gebunden, vielmehr befugt wie verpflichtet sei, dasjenige Urtheil zu erlassen, welches es nach dem Ergebnisse der die frühere Verhandlung ergänzenden Einspruchsverhandlung für gerechtfertigt erachtet, mag dasselbe im Verhältnisse zum früheren dem Beschuldigten günstig sein oder nicht²¹⁾.

²⁰⁾ Daher ist auch, wie dieses vom obersten Gerichtshofe mehrfach ausgesprochen wurde, die Urtheilsformel „der Einspruch wird verworfen“, abgesehen von dem Falle formeller Unzulässigkeit des Einspruches (vgl. unten S. 421), unstatthaft. Vgl. Erf. v. 17. Juni 1853 (Vertig III S. 24—5), v. 30. Nov. 1855 (Ztschr. für O. u. R. Bd. 2 S. 460), vom 9. Febr. 1856 (ebendaf. Bd. 3 S. 45). Zulässig ist es, daß in den Motiven des neuen Urtheiles auf die Motive des früheren Bezug genommen werde. Erf. d. O. G. v. 23. April 1858 (Zeltschr. f. O. u. R. Bd. 5 S. 168).

²¹⁾ In diesem Sinne sprach sich der oberste Gerichtshof aus im Erf. vom 26. Febr. 1852 (SB. Bd. 4 S. 43—4), dann im Erf. vom 26. April 1858 (Zeltschr. f. O. u. R. Bd. 5 S. 174), im letzteren bei Beantwortung der Frage, inwieferne für den Verurtheilten ein Anderer wirksamen Einspruch erheben könne — s. oben Note 14 a. E. — Vgl. jedoch auch Erf. v. 23. März 1853 (SB. Bd. 5 S. 87).

Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die Staatsbehörde die Einspruchsverhandlung benützen könne, um Mängel des früheren Anklagebeweises, in Folge deren ein der Anklage nicht völlig entsprechendes Erkenntniß ergangen ist, zu ergänzen. Man setze den Fall, die Anklage habe auf das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls gelautet, das Gericht habe jedoch die Auszeichnung nicht für völlig bewiesen erachtet, und daher den abwesenden Beschuldigten nur wegen einfachen Diebstahlsverbrechens verurtheilt. In solchem Falle kann die Staatsbehörde die Vernehmung von neuen Zeugen verlangen, durch deren Aussagen die Auszeichnung konstatiert werden soll: eben so, wie sie im Falle des Art. 319 die Zwischenzeit benützen kann, um neue Beweise für die Anklage herbeizuschaffen.

Im Einzelnen kommt noch Folgendes zu bemerken:

1) Da die Einspruchsverhandlung nur eine Fortsetzung der früheren ist, so müssen in derselben die nämlichen Richter den Gerichtshof bilden, welche das erste Urtheil erlassen haben: gerade so, wie im Falle des Art. 319 dieselben Richter wieder fungiren müssen ²²⁾).

Wenn dieselbe Besetzung nicht mehr möglich sein sollte, so müßte eine vollständige Reassumirung der Verhandlung erfolgen; denn nur derjenige Richter, welcher der ganzen Verhandlung beigewohnt hat, darf an der Urtheilsfällung Theil nehmen.

2) Der Staatsanwalt wird gegen ein nach Art. 352 erlassenes Erkenntniß auch dann die Berufung ergreifen können, wenn dasselbe mit dem früher erlassenen materiell übereinstimmt, und von ihm gegen letzteres die Berufung nicht eingelegt war; denn durch das neue Urtheil ist von selbst das

²²⁾ Vgl. Zeitschr. f. G. u. R. Bd. 4 S. 143.

frühere außer Wirksamkeit gesetzt, es gilt juristisch nicht mehr für existent, so daß also auch der Nichtgebrauch eines Rechtsmittels gegen dasselbe keinen Einfluß zu äußern vermag²³⁾). Zudem ist es wohl möglich, daß die Staatsbehörde denselben Ausspruch, welchen sie nach dem Ergebnisse der ersten Verhandlung für gerechtfertigt hielt, nach dem Ergebnisse der zweiten Verhandlung nicht mehr für gerechtfertigt erachtet.

Konsequent müßte man nun im entgegengesetzten Falle, wenn nämlich die Staatsbehörde gegen das erste Erkenntniß Berufung einlegte, behaupten, daß die Staatsbehörde, wenn sie sich bei dem nach Art. 352 erlassenen Erkenntniß nicht beruhigen will, in allen Fällen nochmals die Berufung anmelden müsse, selbst dann, wenn das neue Urtheil mit dem früheren übereinstimmt. Allein Art. 349 spricht nur von einer Aussetzung der Verhandlung über die Berufung bis zur Erledigung des durch den Einspruch veranlaßten Verfahrens, ohne zu unterscheiden, in welcher Weise letzteres erledigt wird; wir werden hiernach annehmen müssen, daß eine wiederholte Anmeldung der Berufung nicht geboten sei. Passen freilich die früher aufgestellten Beschwerdepunkte nicht zum neuen Urtheile, so muß der Natur der Sache nach die Staatsbehörde, wenn sie das neue Urtheil im Wege der Berufung angreifen will, nochmals die Berufung in der gesetzlichen Frist und Form anmelden; wie dieses in allen Fällen rathsam sein wird, in welchen das neue Urtheil nicht völlig übereinstimmt mit dem früheren *).

²³⁾ Vgl. Erf. d. o. O. v. 28. Septbr. 1850, vom 17. Juni 1853 (S. Bd. 5 S. 224; Fertig. III S. 24—5).

*) Die Motive zum Art. 349 (Art. 47b des G., das Verf. bei der Aburtheilung von Verbrechen und Ver-

3) Mit der Verhandlung über den Einspruch kann die Verhandlung über eine neue Anschulldigung; bezüglich welcher die Sache in die öffentliche Sitzung verwiesen worden, nicht verbunden werden. Daß dieser Satz, wenn auch nicht wörtlich in der StP.N. ausgesprochen, doch unverkennbar aus der Natur der Sache, aus dem Systeme des jetzigen Strafverfahrens und unmittelbar aus den Bestimmungen der Art. 352 und 354 der StP.N. hervorgehe, ist bereits in einem Erk. des ständigen Kriminalsenates des obersten Gerichtshofes vom 10. Mai 1856 (Ztschr. für G. u. N. Bd. 3 S. 223) ausführlich dargelegt worden. Den oberstrichterlichen Motiven mag noch Folgendes beigelegt werden: Würde der Reat,

gehen durch die K. u. StG. betr., — Verh. d. OÖM. d. K. d. Abg. Bell. Bd. 2 S. 78) sagen: „Gegen ein im Ungehorsamsverfahren erlassenes Erkenntniß, durch welches der Angeschuldigte verurtheilt wird, sind zwei Rechtsmittel zulässig, nämlich die Berufung von Seiten des Staatsanwaltes und der Einspruch von Seiten des Verurtheilten. Wird ein Urtheil durch beide Rechtsmittel angefochten, so muß das devolutive Rechtsmittel zurückstehen, weil durch das zweite Urtheil, welches von dem Kr.- u. StG. nach der durch den Einspruch hervorgerufenen Verhandlung gefällt wird, das erste durch die Berufung angefochtene Urtheil beseitigt werden kann.“ Der Gedanke dieser Stelle ist wohl der: das Rechtsmittel der Berufung müsse zurückstehen, weil, wenn der Verurtheilte an dem zur Verhandlung über den Einspruch bestimmten Tage erscheine, von Neuem erkannt werden müsse und durch das neue Urtheil das frühere beseitigt werde, somit möglicherweise die vom Staatsanwalt erhobene Berufung gegenstandslos werde. Demzufolge dürfte aber Anlaß gegeben sein, aus dem Art. 349 der StP.N. nur so viel zu folgern, daß es im Falle eines nach Art. 354 erlassenen Erkenntnisses einer erneuten Berufungsanmeldung von Seiten des Staatsanwaltes nicht bedürfe. (Vgl. SB. Bd. 4 S. 44—6 Note.)

auf den sich der Einspruch bezieht, ein Vergehen, dagegen der andere ein Verbrechen sein, so müßte der Gerichtshof aus fünf Richtern gebildet werden, daher auch eine vollständige Reassumtion der früheren Verhandlung eintreten, während doch die Einspruchsverhandlung im Sinne des Gesetzes nur die Fortsetzung der früheren Verhandlung vor demselben richterlichen Senate sein soll.

4) Der Einspruch findet nach Art. 347 Abs. 1 nur gegen ein verurtheilendes Erkenntniß Statt, daher nicht gegen einen nach Art. 321 oder 322 erlassenen Zwischenbescheid. Für den Fall des Art. 322 ist dieses auch durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 11. Mai 1857 (Ztschr. f. G. u. R. Bd. 4 S. 192) bereits anerkannt. Der Einspruch würde hier in der That gar keine Bedeutung haben, da dem abwesenden Beschuldigten in der weiteren öffentlichen Verhandlung ohnehin Gelegenheit gegeben ist, seine Vertheidigung persönlich vorzubringen.

Daselbe oberstrichterliche Erkenntniß läßt aber gegen einen nach Art. 322 erlassenen Zwischenbescheid das Rechtsmittel der Berufung zu, weil derselbe jedenfalls einem nach Art. 49 Ziff. 3 und Art. 60 Abs. 2 erlassenen Verweisungs-Erkenntniß, daß wider den Beschuldigten wegen Verbrechens zu verfahren sei, gleichgeachtet werden müsse, in welchem Falle demselben das Rechtsmittel der Berufung ausdrücklich zugesichert sei, weshalb aus dem Stillschweigen des Art. 322 über ein dem Beschuldigten zustehendes Berufungsrecht ein Ausschluß desselben nicht gefolgert werden könne²⁴⁾.

Alein die Prämisse, daß ein nach Art. 322 erlassener Zwischenbescheid einem Erkenntniß, wodurch Jemand unter Anschuldigung eines Verbrechens in

²⁴⁾ Wgl. St.-Ber. Bd. 2 S. 424 ff.; Bl. f. R. Bd. 17 S. 385 ff.

die öffentliche Sitzung des Bezirksgerichtes verwiesen wird, gleichkomme, kann vom Standpunkte des geltenden Rechtes nicht zugegeben werden. Die Sache ist bereits in die öffentliche Sitzung des Bezirksgerichtes verwiesen; eine neue Verweisung ist daher nicht veranlaßt, sondern nur, weil ein Senat von drei Richtern nicht über ein Verbrechen aburtheilen kann, die Wiederholung der Verhandlung vor einem aus fünf Richtern bestehenden Senate²⁵⁾. Nur diese ist denn auch im Art. 322 vorgeschrieben. Es wird, wenn die Voraussetzung dieses Art. gegeben ist, nicht die Sache in die öffentliche Sitzung mit dem Besätze verwiesen, daß wegen Verbrechens zu verfahren sei, sondern der Zwischenbescheid ist, dem Wortlaute des Art. 322 entsprechend, einfach dahin zu fassen, daß die Verhandlung vor einem aus fünf Richtern bestehenden Senate zu wiederholen sei. Nun hat der Beschuldigte kein Recht, in einer nach Auffassung des Gesetzes weniger Garantien bietenden Form abgeurtheilt zu werden. Andererseits treten die gesetzlichen Folgen einer Verweisung wegen Verbrechens (Art. 59 der St.M.) nicht ein, da gezeigtermaßen der nach Art. 322 erlassene Zwischenbescheid nicht ein Verweisungserkenntniß ist. Es kann daher, wie dieses auch in früheren Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes²⁶⁾ angenommen ist, dem Beschuldigten nicht gegen einen nach Art. 322 erlassenen Zwischen-

²⁵⁾ Würde in Folge der Konkurrenz einer Anschuldligung wegen Verbrechens der Senat von Anfang an aus fünf Richtern gebildet gewesen sein, so stände der Umstand, daß das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, die im Verweisungserkenntniß als Vergehen bezeichnete That sei ein Verbrechen, der sofortigen Aburtheilung nicht im Wege.

²⁶⁾ Erf. vom 13. April und 25. August 1850. S.B. Bd. 2 S. 151, 424.

bescheid das Rechtsmittel der Berufung zugestanden werden²⁷⁾.

²⁷⁾ Man beruft sich wohl auch, um die Appellabilität eines nach Art. 322 erlassenen Zwischenbescheides zu rechtfertigen, auf Art. 328 der St. Pr. O., wodurch ganz allgemein — vgl. Verh. d. O. A. d. K. d. Abg. Beil. Bd. 2 S. 74. — das Rechtsmittel der Berufung gegen Urtheile der Bezirksgerichte (Str. u. St. G.) eingeräumt sei (Sitz. Ber. Bd. 2 S. 324 ff.; Bl. f. R. Bd. 17 S. 385 ff.). Zugegeben nun auch, daß der Art. 328 nicht mit Rücksicht auf den folgenden Art. 329 bloß auf verurtheilende und freisprechende Urtheile zu beziehen sei, so liegt es doch in der Natur der Sache und ist durch Art. 329 anerkannt, daß der Beschuldigte nicht gegen einen solchen Bescheid Berufung ergreifen könne; der für ihn gar keinen Nachtheil begründet. Dieses ist aber von einem nach Art. 322 erlassenen Zwischenbescheide obiger Ausföhrung zufolge zu behaupten. Die durch einen solchen Bescheid begründete bloße Möglichkeit einer Verurtheilung wegen Verbrechens kann nicht für genügend erachtet werden, um ein sofortiges Beschwerderecht zu begründen. — Im Gesekentwurf, die Revision des St. Pr. O. vom 10. Nov. 1848 betr., hat allerdings der Art. 322 (neu 320) — auf Grund derselben Argumentation, welche in den Motiven des obertrichterlichen Entf. vom 11. Mai 1857 hervortritt (vgl. Bl. f. R. Bd. 17 S. 388), — folgende veränderte Fassung erhalten:

„Wenn bei der Berathung sich herausstellt, daß die als ein Vergehen in die öffentliche Sitzung verwiesene That ein zur Aburtheilung durch das Str. u. Stadtgericht geeignetes Verbrechen sei, so ist die Sache mit dem Beisatze, daß wegen eines Verbrechens zu verfahren sei, in die öffentliche Sitzung zu verweisen. Verzichtet der Unbeschuldigte auf die ihm hiegegen zustehende Berufung, so kann die Verhandlung sogleich vor einem aus fünf Richtern bestehenden Senate wiederholt werden.“

Es dürfte jedoch dem Referenten über jenen Ent-

5) Anlangend das Verhältniß zwischen Einspruch und Berufung im Falle eines den abwesenden Beschuldigten verurtheilenden Erkenntnisses des Bezirksgerichtes, so hat bekanntlich der oberste Gerichtshof konstant die Ansicht befolgt, daß eine Wahl zwischen Einspruch und Berufung nicht stattfinde, vielmehr der Verurtheilte vom Rechtsmittel der Berufung erst dann Gebrauch machen könne, wenn er Einspruch erhoben und hierauf vom Gerichte ein Erkenntniß nach Art. 352 oder 354 ergangen ist.

Diese Ansicht wird im Erk. v. 27. Dez. 1850 (Sitz.-Ber. Bd. 2 S. 485 — 6) folgendermaßen ausgeführt:

Das Unehorsamsverfahren sei bei den nicht zur Kompetenz des Schwurgerichtes gehörenden Strafsachen positiv in einer Weise regulirt, daß dadurch die Wahl des Verurtheilten zwischen dem Rechtsmittel der Berufung und jenem des Einspruches bestimmt ausgeschlossen erscheine. Nachdem nämlich im Art. 347 gesagt sei, daß der Verurtheilte das Recht habe, gegen das in contumaciam wider ihn erlassene verurtheilende Erkenntniß Einspruch zu erheben, verfüge der folgende Art. 348, daß, wenn von diesem Rechte nicht innerhalb der hiefür festgesetzten Frist Gebrauch gemacht werde, das Urtheil in Rechtskraft übergehe. Diesem Kausalzusammenhange, wornach die Unterlassung des Einspruches, als die bestimmte Ursache, die Rechtskraft des Urtheiles, als die schlechthin nothwendige Folge, nach sich ziehen solle, — würde es offenbar widerstreiten, wenn irgend ein Umstand, dessen Uebersehen im Gesetze sich schwer entschuldigen ließe, jene so wichtige Wirkung zu vereiteln vermöchte.

wurf, v. Maurer, beizustimmen sein, wenn er in seinem Vortrage (S. 128) bemerkt, daß eine Berufung, nachdem die Sache bereits schon in öffentlicher Sitzung verhandelt worden, keinen Zweck mehr habe und daher nur dazu benützt werden könnte, die Sache herumzuziehen und unnöthiger Weise große Kosten zu machen.

Daß der Gesetzgeber einer möglichen Berufung von Seite des Verurtheilten in diesem Stadium des Verfahrens keinen Raum habe geben und davon nicht die Suspension der Rechtskraft abhängig machen wollen, ergebe sich überdies genügend aus Art. 319, worin neben dem Einspruche des Verurtheilten die damit zusammen-treffende Berufung des Staatsanwaltes erwähnt und gesagt sei, daß die Verhandlung über die letztere bis zur Erledigung des durch den Einspruch veranlaßten Verfahrens ausgesetzt bleibe. Erst im Art. 355 sei von einer Berufung des Verurtheilten die Rede, und zwar als zustehend nicht gegen das erste mittelst Einspruches anzufechtende Kontumazialurtheil, sondern gegen das auf den Einspruch erlassene zweite Erkenntniß, was abermals beweise, daß der Beschuldigte, so lange er das Recht des Einspruches habe, sich nicht statt dessen des Rechtsmittels der Berufung solle bedienen können.

Das Erf. vom 26 Februar 1852 (Sitz.-Ber. Bd. 4 S. 41 ff.) beruht im Wesentlichen auf nachstehenden Erwägungen:

Das StPG. vom 10. November 1848 erachte die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten bei der öffentlichen Verhandlung für wesentlich. . . .²⁸⁾ Hieraus erkläre sich die gesetzliche Bestimmung, daß ein auf die in Abwesenheit des Angeeschuldigten gepflogene Verhandlung erlassenes Erkenntniß nur durch eine freiwillige Unterwerfung desselben rechtskräftig werde, welche Unterwerfung bei den schwereren Verbrechen ausdrücklich erklärt werden müsse (Art. 293), bei den geringeren Verbrechen und Vergehen aber aus dem unbenutzten Umflusse einer dem Beschuldigten zur Erklärung gegönnten Frist gefolgert werde (Art. 348 und 358). In beiden Fällen sei die Folge der erklärten Nichtunterwerfung (des Einspruches) keine andere, als daß nunmehr ein neues ordentliches Contradiktorisches Verfahren²⁹⁾ stattzufinden habe (Art. 293 und 344).

²⁸⁾ Hinweisung auf die Bestimmungen der Art. 275, 276, 340, dann 188, 303.

²⁹⁾ Vgl. indessen oben S. 399.

Schon hieraus ergebe sich, daß dem Beschuldigten, ehe ein solches ordentliches Verfahren stattgefunden habe, kein, nur für dieses Verfahren gegebenes Rechtsmittel zustehen könne. Bei den mit Todes-, Ketten- oder Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen sei dieses in Art. 289 ausdrücklich ausgesprochen und daselbe gelte auch bei den zur Kompetenz der Kr.- und StG. gehörenden geringeren Verbrechen und Vergehen. Denn hätte hier der Gesetzgeber etwas Abweichendes, wie die Wahl zwischen dem Rechte des Einspruches und der Berufung, statuiren wollen, so hätte es hiezu einer ausdrücklichen Bestimmung um so mehr bedurft, als auch hier derselbe legislative Grund die Ausschließung der Berufung gegen Kontumazialerkenntnisse rechtfertige.

In dem ganzen Tit. III der IV. Abthl. des StBG., welcher von dem Ungehorsamsverfahren in den zur Kompetenz der Kr.- u. StG. gehörigen Straffällen handle, finde sich aber nirgends eine Bestimmung, welche dem Verurtheilten gegen ein nach Art. 345, bez. 356 erlassenes Urtheil das Recht der Berufung einräumte; im Gegentheile sei demselben dieses Rechtsmittel in Art. 355 für den Fall gestattet, wenn in Folge des Erscheinens des Beschuldigten eine neue Verhandlung und Aburtheilung erfolge, oder wenn es wegen des wiederholten Richterscheins desselben bei dem früheren Erkenntnisse verblieben sei (Art. 352 und 354).

Stehe hiernach dem Beschuldigten gegen ein gemäß Art. 345 erlassenes Urtheil das Berufungsrecht nicht zu, so könne auch von einer Wahl zwischen diesem und dem Einspruche keine Rede sein. Die für das ordentliche Verfahren gegebenen allgemeinen Vorschriften, insbesondere die Bestimmung des Art. 328, daß Beschwerden gegen die Urtheile der Kr.- u. StG. auf dem Wege der Berufung geltend zu machen sein, können auf das speziell regulirte Ungehorsamsverfahren nur insofern Anwendung finden, als dasselbe durch das Erscheinen des Beschuldigten bei der wiederholten Verhandlung in ein ordentliches übergegangen sei, oder das Gesetz deshalb eine spezielle Bestimmung enthalte; nur in diesem Sinne sei der Art. 355 aufzufassen.

Hiegegen mögen folgende Bemerkungen gestattet sein:

a) Das OPG. vom 10. November 1848 achtet allerdings das persönliche Gehör des Beschuldigten als wesentlich; es nimmt an, daß „durch dessen Stattfinden (nach erfolgter Verurtheilung im Ungehorsamsverfahren) gleichsam die ganze Grundlage der Entscheidung erschüttert werde, dergestalt, daß dasselbe Gericht sich mit der nochmaligen Prüfung und Entscheidung der Sache befassen könne“, während regelmäßig „dem Richter bei der nothwendigen Voraussetzung, daß er seine Jurisdiktion gewissenhaft geübt habe, nicht zugemuthet werden kann, wegen angeblichen Irrthums in Auffassung der tatsächlichen Verhältnisse oder in Subsumtion derselben unter das Gesetz eine nochmalige Prüfung vorzunehmen und je nach dem Ergebnisse eine andere Entscheidung zu fassen.“³⁰⁾ Darauf beruht die gesetzliche Gestattung des Einspruches gegen ein im Ungehorsamsverfahren erlassenes verurtheilendes Erkenntniß; allein es läßt sich daraus nicht die Unstatthaftigkeit der Berufung folgern. Immerhin ist das Urtheil der ersten Instanz auf Grund einer ordentlichen Verhandlung erlassen worden; es handelt sich nur um Ergänzung und Berichtigung derselben durch nachträgliches persönliches Gehör des Beschuldigten. Diese Ergänzung und Berichtigung kann aber auch in zweiter Instanz erfolgen. Das Rechtsmittel der Berufung dient im Strafprozeß nicht bloß dazu, um die erlassene Entscheidung als solche anzufechten, sondern auch, wie sich unzweideutig aus Art. 330 ergibt, dazu, um vor dem höheren Richter die Grundlage der früheren Entscheidung zu berichtigen und hiedurch ein anderes Erkenntniß zu veranlassen.

³⁰⁾ Aus dem Erk. d. o. O.G. vom 27. Dezember 1850 (Sitz.-Ber. Bd. 2 S. 484—5).

b) Im Tit. 3 der Abthl. 4 der StPM. sollten sicherlich nur die Abweichungen des Ungehorsamsverfahrens von dem regelmäßigen in Anwesenheit des Beschuldigten eintretenden Verfahren angegeben, nicht alles Das wiederholt werden, was in dem einen wie dem andern Falle gleichmäßig gilt. So weit daher nichts Besonderes im Tit. 3 verordnet ist, müssen die Bestimmungen der Tit. 1 u. 2 auch im Ungehorsamsverfahren zur Anwendung kommen³¹⁾. Nun ist im Tit. 2 Art. 329 ganz allgemein der Grundsatz ausgesprochen, daß gegen ein Urtheil (des Bezirksgerichtes), welches eine Strafe ausspricht, dem Verurtheilten die Berufung zustehe. Andererseits ist dem nach Art. 345 Verurtheilten im Tit. 3 nicht ausdrücklich das Recht der Berufung abgesprochen. Hiernach muß ihm dieses Recht auf Grund des Art. 329 beigelegt werden. Es kann nicht in Betracht kommen, daß ihm dasselbe nicht ausdrücklich eingeräumt ist. Auch dem Staatsanwalt ist gegen ein nach Art. 345 erlassenes verurtheilendes Erkenntniß nicht in einem besonderen Satze das Berufungsrecht erst eingeräumt, sondern nur Art. 349 eine Bestimmung für den Fall getroffen, daß der Verurtheilte von dem anomalen Rechte des Einspruches Gebrauch machen, zugleich aber der Staatsanwalt die Berufung ergreifen würde. Für den Fall, daß entweder der Verurtheilte allein, oder der Verurtheilte und der Staatsanwalt das Urtheil im Wege der Berufung anfechten würden, war eine besondere Bestimmung nicht veranlaßt. Es verstand sich von selbst, daß solchenfalls die Akten dem Appellationsgerichte vorzulegen seien, und dieses den Vorschriften des Tit. 2 gemäß zu verfahren habe.

c) Auch Art. 348 Abs. 1 rechtfertigt nicht den Schluß, daß der nach Art. 345 Verurtheilte das

³¹⁾ So z. B. die Bestimmungen der Art. 319—326.

Rechtsmittel der Berufung nicht habe, da die Berufungsfrist kürzer ist, als die Frist zur Erhebung des Einspruches, somit, wenn letztere verstrichen ist, ohne daß der Verurtheilte Einwendungen gegen das Urtheil erhoben hat, dieses allerdings — woferne nicht der Staatsanwalt die Berufung eingewendet hat³²⁾ — in Rechtskraft übergegangen ist.

d) Ebensowenig dürfte das aus Art. 355 entnommene Argument zutreffend sein. Die Bedeutung des Art. 355, soweit er sich auf Art. 354 bezieht, ist einfach die, die Möglichkeit wiederholten Einspruches auszuschließen; es sollte gegen den Ausspruch, daß es bei dem früheren Urtheile sein Verbleiben habe, nicht wiederum ein Einspruch, sondern nur die Berufung zulässig sein³³⁾.

e) Aus Art. 289, welcher dem durch schwurgerichtliches Kontumazialerkenntniß Verurtheilten das Recht der Nichtigkeitsbeschwerde abspricht, kann für den Ausschluß des Berufungsrechtes des nach Art. 345 Verurtheilten gleichfalls Nichts gefolgert werden. Gerade, daß eine entsprechende Bestimmung im Art. 3 der Abthl. 4 fehlt, läßt darauf schließen, daß dem im bezirksgerichtlichen Ungehorsamsverfahren Verurtheilten das Rechtsmittel der Berufung nicht benommen werden wollte: um so mehr, als die Vorschrift des Art. 289 ihre besondere Erklärung darin findet, daß

³²⁾ Der Art. 348 Abs. 1 nimmt auf das Berufungsrecht des Staatsanwaltes so wenig Rücksicht als auf das des Verurtheilten. Dasselbe gilt vom Art. 358 Abs. 2.

³³⁾ Vgl. die entsprechende Bestimmung im Art. 360 Abs. 2. — Die herrschende Ansicht geräth mit sich selbst in Widerspruch, indem sie einerseits läugnet, daß der Verurtheilte gegen das nach Art. 345 erlassene Erkenntniß die Berufung habe, andererseits ihm gestattet, unmittelbar gegen dieses Erkenntniß die Berufung einzulegen, sobald auf den erhobenen Einspruch ein Urtheil nach Art. 354 ergangen ist. Vgl. unten Nr. 6 S. 420 ff.

der Verurtheilte im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde — wenigstens der Regel nach³⁴⁾ — nichts Anderes erstreben könnte, als was er durch einfache Erklärung, sich dem Urtheile nicht unterwerfen zu wollen, sofort erreicht, nämlich neue Verhandlung und Entscheidung der Sache im gewöhnlichen Verfahren.

f) Das französische Recht (Code d'instr. crim. art. 187, 203) läßt dem im Defautverfahren Verurtheilten die Wahl zwischen Opposition und Berufung³⁵⁾. In den Regierungsmotiven zu den Gesezenthwürfen, aus welchen die Strafprozeßnovelle vom 10. November 1848 hervorgegangen ist, sind erhebliche Abweichungen vom französischen Strafverfahren meist hervorgehoben und motivirt. In Bezug auf unsere Frage ist eine solche Abweichung nicht konstatiert. Mit Rücksicht hierauf dürfte auch auf ein Paar Stellen der Regierungsmotive³⁶⁾, welche zwar nicht ausdrücklich dem Verurtheilten das Recht der Berufung vor erhobenem Einspruche absprechen, deren Wortlaut aber immerhin geeignet ist, die Annahme, daß Berufung nicht statfinde, zu unterstützen, — kein entscheidendes Gewicht beizulegen sein, umsoweniger, als dieselben auch eine andere Erklärung zulassen. Der Gesezgeber ging wohl von der Annahme aus, daß das Recht des Einspruches für den Verurtheilten vortheilhafter sei, als das der Berufung, indem nach erfolglosem Einspruche der Verurtheilte noch eine höhere Instanz angehen

24) Woferne er nämlich nicht im Falle ist, die Anwen-
dung des Art. 249 Nr. 1 (Vernichtung des Urtheiles
ohne weitere Verweisung der Sache) beantragen zu
können. Untergeordnete Differenzpunkte ergeben sich
durch die Bestimmungen der Art. 248 Nr. 1 vorl. Abs.
Nr. 2 a. G.; Art. 295 Abs. 2.

35) Mag. Rogron, Code d'instr. crim. p. 366.

20) Verh. d. Güter. d. K. d. Nbg. Well. Bd. 2 S. 72, 78 (vgl. oben S. 406.)

kann, nicht aber nach Verwerfung der Berufung, welchenfalls nur mehr die Nichtigkeitsbeschwerde möglich ist. Hiernach setzte er voraus, daß der Verurtheilte in allen Fällen — selbst dann, wenn die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen³⁷⁾ —, wenn er das Urtheil anfechten wolle, dieses im Wege des Einspruches thun werde. So erklärt es sich, daß die Regierungsmotive selbst da vom Berufungsrechte des Verurtheilten keine Erwähnung thun, wo der Vollständigkeit wegen Anlaß gegeben war, von demselben zu sprechen.

Dem allen zufolge dürfte der bereits früher in dieser Zeitschrift (Bd. 16 Ergbl. S. 1 ff.) vertheidigten Ansicht der Vorzug zu geben sein, wornach der im Ungehorsamsverfahren Verurtheilte, ohne vom Rechte des Einspruches Gebrauch gemacht zu haben, sofort sich des Rechtsmittels der Berufung bedienen, mit anderen Worten zwischen Einspruch und Berufung wählen kann³⁸⁾.

Vom Standpunkte der herrschenden Theorie ergibt sich noch die Frage, ob die gegen ein nach Art. 345 oder 356 erlassenes Erkenntniß vom Verurtheilten angemeldete Berufung gänzlich unwirksam sei oder als Einspruch Geltung behalte. Wir glauben uns für letzteres aussprechen zu müssen. In der Berufungsanmeldung liegt jedenfalls die Erklärung, sich bei dem Urtheile nicht beruhigen, sondern ein Rechtsmittel dagegen gebrauchen zu wollen. Dieses genügt aber für den Einspruch, für welchen eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist³⁹⁾, der

³⁷⁾ Vgl. unten Note 42.

³⁸⁾ Anlangend die Frage, wann die Berufungsfrist zu laufen anfangt, so dürfte sie dahin zu beantworten sein, daß der Lauf der Berufungsfrist gleichzeitig mit dem der Einspruchsfrist (Art. 317) beginnt.

³⁹⁾ Vgl. Stb.-Ver. Bd. 5 S. 87 ff. Note.

Nichtgebrauch des gesetzlichen Ausdruckes darf dem Verurtheilten nicht zum Nachtheile gereichen.

6) Wenn der Verurtheilte an dem zur Verhandlung bestimmten Tage nicht erscheint, so wird, wie Art. 354 vorschreibt, erkannt, daß es bei dem früher erlassenen Urtheile sein Verbleiben habe.

Eine wiederholte Verhandlung und Urtheilsfällung findet nicht statt. Sobald konstatiert ist, daß der Verurtheilte, obwohl gehörig geladen, nicht erschienen, auch nicht der Nachweis geliefert sei, daß es demselben unmöglich sei, sich bei der Verhandlung einzufinden ⁴⁰⁾, hat das Gericht den vom Gesetze vorgezeichneten Ausdruck zu erlassen, selbst wenn inzwischen Thatsachen, welche die Richtigkeit der früheren Entscheidung in Frage stellen, zur amtlichen Kenntniß gekommen oder die den Senat bildenden Richter zu einer anderen Rechtsansicht, als die ist, welche dem früheren Urtheile zu Grunde liegt, gelangt sein sollten.

Nach Art. 355 soll nun gegen ein nach Art. 354 erlassenes Urtheil innerhalb gesetzlicher Frist Berufung zulässig sein. Gründe der Aufhebung können es sein, daß der Verurtheilte nicht gehörig geladen war, oder daß der durch Art. 354 vorgezeichnete Ausdruck ungeachtet des gelieferten Nachweises der Unmöglichkeit des Erscheinens erlassen worden sei. Findet das O. den einen oder den anderen Grund für gerechtfertigt, so muß es gemäß Art. 337 sofort auf das frühere Urtheil zurückgehen, und dieses entweder abändern oder durch Verwerfung der Berufung bestätigen. Das Gleiche wird der Fall sein, wenn der Verurtheilte zwar nicht mit einem genügenden Vertagungsgeſuch in erster In-

⁴⁰⁾ Ist dieser Nachweis geliefert, so muß nach Art. 313 die Vertagung ausgesprochen werden.

stanz eingekommen ist, in zweiter Instanz jedoch darthun kann, daß es ihm unmöglich gewesen sei, an dem zur Verhandlung über den erhobenen Einspruch bestimmten Tage in der bezirksgerichtlichen Sitzung zu erscheinen. Denn wenn dieses bereits in erster Instanz konstatirt gewesen wäre, so hätte nicht ein Urtheil nach Art. 354 erlassen werden können, es hätte vielmehr die Vertagung der Sache ausgesprochen werden müssen (Note 40). Die Berufung dient aber, wie früher bemerkt wurde, nicht bloß dazu, um die erstrichtliche Entscheidung als solche anzugreifen, sondern auch dazu, um in zweiter Instanz durch Vorbringen neuer Thatfachen und Beweise die Grundlage der angefochtenen Entscheidung zu berichtigen und hiedurch ein Urtheil des höheren Richters zu erzielen, welches nach Maßgabe dessen, was in erster Instanz konstatirt war, vom Gerichte erster Instanz gar nicht erlassen werden konnte.

Kann aber von Seiten des Staatsanwaltes oder des Verurtheilten die Berufung unmittelbar gegen das frühere Urtheil eingelegt werden, kann letzteres vom AG. auch dann einer Prüfung unterstellt werden, wenn es das nach Art. 354 erlassene Urtheil für gerechtfertigt erachten muß?

Diese Frage ist einer genaueren Erwägung bedürftig.

Daß der Staatsanwalt, wenn gemäß Art. 354 erkannt worden ist, nicht befugt sei, unmittelbar gegen das frühere Urtheil die Berufung jetzt erst einzulegen, ist wohl niemals in Zweifel gezogen worden. Der Staatsanwalt ist, wie klar aus dem Gesetze hervorgeht, berechtigt wie verpflichtet, gegen ein nach Art. 345 (oder 356) erlassenes Erkenntniß, welches er nicht für gerechtfertigt erachtet, in den nächsten 24 Stunden die Berufung einzulegen, welche nur, wenn vom

Verurtheilten Einspruch erhoben wird, einstweilen ausgesetzt bleibt. Hat er in dieser Frist die Berufung nicht eingewendet, so kann er, wenn später ein Urtheil nach Art. 354 erlassen wird, nicht nachträglich gegen das frühere Erkenntniß Beschwerde führen.

Anlangend dagegen den Verurtheilten, so hat die Praxis bisher durchgängig ihm die Berufung gegen das nach Art. 345 (oder 356) erlassene Urtheil einerseits vor erhobenem Einspruche versagt, andererseits nach erfolgtem Ausspruche, daß es bei demselben sein Verbleiben habe, gestattet.

Wir glauben nicht bloß ersteres, sondern auch letzteres beanstanden zu sollen.

Der Wortlaut des Art. 355 läßt die Berufung nur gegen das nach (Art. 352 oder) Art. 354 erlassene Urtheil zu. Das UG. kann also im Wege der Berufung zunächst nur mit der Frage befaßt werden, ob mit Recht das BG. ausgesprochen habe, daß es bei dem früher erlassenen Urtheile sein Verbleiben habe. Diese Frage ist aber zweifellos zu bejahen, wenn der Beschwerdeführer nicht im Stande ist, den Beweis zu liefern, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, welche das Gesetz für einen solchen Ausspruch statuirt, nicht gegeben gewesen seien. Ist der Verurtheilte ungeachtet richtiger Ladung an dem zur Verhandlung bestimmten Tage ohne Noth ausgeblieben, so ist der Ausspruch, daß es bei dem früher erlassenen Urtheile sein Verbleiben habe, dem Gesetze gemäß, daher vom UG. durch Verwerfung der Berufung aufrecht zu erhalten, selbst wenn daselbe die Ueberzeugung gewonnen haben sollte, daß das frühere Urtheil auf einer irrigen Auffassung oder mangelhaften Kenntniß der thatsächlichen Verhältnisse oder auf irriger Gesetzesanwendung beruhe. Auch das BG. hätte aus diesem Grunde nicht von dem durch Art. 354 vorgezeichneten Ausspruche Umgang

nehmen können. Kann aber das nach Art. 354 erlassene Urtheil des BG. nicht abgeändert werden, so ist von selbst die oberichterliche Würdigung des früheren Urtheiles ausgeschlossen.

Nach dem Gesagten stellt sich der Fall, wenn der Verurtheilte nach rechtzeitig erhobenem Einspruche an dem zur Verhandlung bestimmten Tage ohne genügenden Grund ausbleibt, auf gleiche Stufe mit dem Falle, wenn der Einspruch zu spät erhoben worden ist. Es genügt nicht, daß der Verurtheilte, wenn er sich für den Einspruch entscheidet, denselben innerhalb der gesetzlichen Frist oder doch, sobald es ihm möglich ist, anmelde; vielmehr muß er auch auf Ladung an dem zur Verhandlung bestimmten Tage erscheinen, wenigstens darf er nicht freiwillig ausbleiben. Der Einspruch ist oder wird rechtlich unwirksam, wenn der Verurtheilte zu spät ihn anmeldet hat oder an dem zur Verhandlung bestimmten Tage, obwohl er geladen ist und erscheinen kann, doch nicht erscheint⁴¹⁾. Im ersteren Falle wird vermuthet, der Verurtheilte habe auf das Recht des Einspruches verzichtet; im letzteren Falle gibt der Verurtheilte durch sein freiwilliges Ausbleiben thatsächlich zu erkennen, daß er von dem erhobenen Einspruche abstehe. In dem einen wie in dem anderen Falle ist anzunehmen, daß er sich dem verurtheilenden Erkenntnisse unterworfen habe; das Gericht hat nicht zu einer neuen Verhandlung und Urtheilsfällung zu schreiten, sondern einfach den Einspruch zu verwerfen. Dieses geschieht im letzteren Falle nach Vorschrift des Art. 354 dadurch, daß ausgesprochen wird, es habe bei dem früher erlassenen Urtheile sein Verbleiben.

⁴¹⁾ Vgl. Code d'instr. crim. art. 188: L'opposition emportera de droit citation à la première audience: elle sera non avouée si l'opposant n'y comparait pas.

Wir glauben das Ergebniß vorstehender Ausführung (Nr. 5 und 6) nicht bloß als in den Gesetzen begründet, sondern auch als praktisch befriedigend bezeichnen zu dürfen. Nicht dasselbe kann von der herrschenden Ansicht gesagt werden. Dieselbe gestattet einerseits dem im Ungehorsamsverfahren Verurtheilten, welcher glaubt, von dem Vorbringen seiner Vertheidigungsgründe in erster Instanz sich keinen Erfolg versprechen zu dürfen, nicht, sich sofort an den höheren Richter zu wenden; andererseits gestattet sie ihm, wofern er auf freiem Fuße ist, ohne Nachtheil in der Hauptsache von der bezirksgerichtlichen Sitzung, in welcher über den Einspruch verhandelt werden soll, wegzubleiben. Die Folge ist, wie bekannt, nicht selten eine resultatlose, das Ansehen des Gerichtes herabwürdigende Prozedur.⁴²⁾

⁴²⁾ In Verbrechensfällen wird die Frage, ob ein Wahlrecht zwischen Einspruch und Berufung statfinde, nur selten praktisch, weil es meist nur in der Richtung gegen einen Landesabwesenden, welcher vielleicht von der Untersuchung gar keine Kenntniß erhalten hat, zur wirklichen Verhandlung im Ungehorsamsverfahren kommt, ein solcher aber auch nicht die Berufungsfrist einhalten kann, während die Einspruchsfrist an sich länger und gegen den Ablauf derselben Restitution möglich ist. Ein wegen Verbrechens im Ungehorsamsverfahren Verurtheilter wird aber auch, wenn er sich nachher stellt, wohl meist in Haft zu nehmen sein, so daß es, wenn er Einspruch erhoben hat, nicht von seinem Belieben abhängt, von der Sitzung, in welcher über den Einspruch verhandelt werden soll, wegzubleiben. Anders verhält es sich in Vergehensfällen, in welchen eine Verhandlung im Ungehorsamsverfahren darum häufiger ist, weil der auf freiem Fuße befindliche Beschuldigte nicht zum Erscheinen in öffentlicher Sitzung angehalten werden kann. Die Erfahrung zeigt nun, daß Beschuldigte, welche im ersten Termine ausgeblieben sind und nach ihrer Verurtheilung Einspruch erheben, fast immer

Schließlich ist noch die Frage zu beantworten, ob ein nach Art. 354 erlassenes Urtheil dem Verurtheilten besonders publizirt werden müsse. Vom Gesetze ist eine solche besondere Publikation nicht ausdrücklich vorgeschrieben und dürfte dieselbe in der That auch nicht für erforderlich erachtet werden. Daß der Verurtheilte zur Einspruchsverhandlung gehörig geladen worden, muß vorausgesetzt werden. Bleibt er gleichwohl aus und stellt er auch nicht rechtzeitig einen Vertagungsantrag gemäß Art. 313, so erfolgt ohne Untersuchung von Thatfachen ein richterlicher Auspruch, dessen Inhalt derselbe genau kennen muß. Die Mittheilung einer Abschrift desselben würde nur eine bedeutungslose Formalität sein.

Wenn ein in der Sitzung anwesender Beschuldigter sich vor der Publikation des Urtheils entfernt, so braucht das nachher erlassene Erkenntniß demselben nicht durch Mittheilung einer Abschrift besonders publizirt zu werden ⁴³⁾, obwohl er den Inhalt desselben nicht schon im Voraus kennen kann. Um so weniger dürfte eine besondere Urtheilspublikation in unserem Falle als nothwendig zu betrachten sein.

Demgemäß wird die Berufungsfrist sofort von Verkündung des Urtheils in öffentlicher Sitzung an zu laufen anfangen.

Würde freilich der Verurtheilte nachweisen können, daß er zur Einspruchsverhandlung nicht richtig geladen gewesen, so müßte die Berufungsfrist von

auch an dem zur Verhandlung des Einspruches bestimmten Tage ausbleiben. Der Einspruch wird eben nur erhoben, um der herrschenden Ansicht, welche Berufung vor erhobenem Einspruche nicht zuläßt, zu genügen; andererseits bleiben die Verurtheilten an dem zur Verhandlung bestimmten Tage aus, weil sie nach der herrschenden Ansicht dadurch in der Hauptsache keinen Nachtheil erleiden.

⁴³⁾ Vgl. Stf.-Ber. Bd. 5 S. 90.

dem Tage an berechnet werden, an welchem ihm von dem nach Art. 354 erlassenen Urtheile zuerst offizielle Mittheilung gemacht wurde.

Dieses sind die Punkte, welche einer Besprechung zu bedürfen schienen; möge dieselbe der Rechtspflege zum Nutzen gereichen.

Anzeige.

Von Neujahr 1859 an wird Herr Oberappellationsgerichtsrath Dr. Steppes die Hauptredaktion der Blätter für Rechtsanwendung übernehmen.

Die vom 1. April 1857 bis jetzt eingesandten Beiträge, welche bisher weder zum Abdrucke gelangt noch den betreffenden Herren Einsendern zurückgestellt worden sind, wurden vom Unterfertigten an Herrn OAG.-Rath Dr. Steppes ausgeantwortet.

Die Herren Einsender älterer nicht zum Abdruck gelangter Beiträge, welche deren Rücksendung wünschen, werden ersucht, dieselben in Bälde vom Unterfertigten zurückzufordern.

München im Dezember 1858.

Prof. Dr. G. A. Seuffert.

Berichtigung.

S. 95 B. 4 von oben statt „S. 121 und 122“ I. „S. 321 und 322.“

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

