

Blätter
für
Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Senffert,

nun in Verbindung mit

Christian Carl Glüd und Carl Friedrich v. Dollmann

herausgegeben

von

Friedrich Steppes.

Neue Folge VII. Band.

Der gesammten Folge XXVII. Band.

Erlangen, 1862.

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

Druck von **Junge & Sohn** in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

sieben und zwanzigsten Bande der Blätter
für Rechtsanwendung.

Neue Folge VII. Band.

	Seite
Ablösung: die Frage, ob sich der Forstberechtigte die Forst- rechtsablösung durch Erlegung des Kapitalwerthes nach Art. 30 Nr. 2 des Forstgesetzes gefallen lassen müsse, kann als präjudizielle zum besonderen Austrag gebracht werden	389
Teilweise Ablösung einer Forstholzberechtigung	377
Kompetenz zur Verlautbarung eines Forstrechtsablösungs- vertrages	168
Abstand vom eingewendeten Rechtsmittel: dessen Wirkung auf die Vollstreckbarkeit des bereits vorher erlassenen, aber noch nicht verkündeten richterlichen Ausspruches in seinen Nebenpunkten	299
Abweisung der Klage von der Gerichtsschwelle; Statthaftig- keit einer Remonstration dagegen	382
Actio Pauliana, s. Paulianische Klage.	
Abhäsion: deren Konnexität mit der Verufung	272
Adjudikationsbescheid: geht durch denselben das Eigen- thum der Sache auf den Käufer über?	268
Advokaten, s. Anwälte.	
Aktiva: Kompetenz bei der Exekution in Aktiva des Schuld- ners, welche in einem anderen Gerichtsbezirke ausstehen	161
Aktuar: dessen Stellvertretung durch zwei Gerichtsbeisitzer	314
Amortisation von Coupons au porteur ist unsittlich, wenn sie auch einer auf den Namen lautenden Obligation beigegeben waren	415
Analphabetentestament: nothwendige Rogation des oo- tavus subscriptor; unitas actus	64
Anwälte: Verbindlichkeit der als Insinuationsmandatare be- stellten oder auftretenden zur Ablösung der Gerichtstaren	403
Appellation, s. Verufung.	
Armenrecht: zur Lehre hiervon. Indefensibilitätsseib	192

	Seite
Augsburger Stadtrecht: bedurften nach demselben Frauenpersonen bei Errichtung ihres letzten Willens eines Geschlechtsvormundes oder f. g. Beiständers?	81
Ungiltigkeit nicht gerichtlich protokollierter Verträge nach der hochstift.-augsb. Protokollierrordnung	84
Bamberger Recht, f. Eheleute. Geschäfte. Gütergemeinschaft.	
Baulast, kirchliche, f. Kirchenbaulast.	
Bayerisches Recht, f. Bürgschaft. Ehe- u. Erbverträge. Forstrechte. Heirathsgut. Injurien. Muttergut. Watergut. Züchtigungsrecht.	
Bayreuther Recht, f. Kirchenbaulast.	
Benefizialerben: Kompetenz bezüglich der Wechselsforderungen gegen dieselben	362
Berufung und Berufungssumme in Handelsachen, welche den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind	275
Ueber Berufung zur dritten Instanz in diesen Sachen	369
Berufungsfrist im Exekutionsprozeß gegen ein unter Exekutionsandrohung zur Zahlung verurtheilendes Erkenntniß	385
Berufungssumme, f. o. Berufung.	
Beschwerde: deren Unhaltbarkeit zur dritten Instanz in Hypothekenmattersachen	80
Beschwerde eines zurückgewiesenen Steigerers	22
Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages. Kompetenz des pfälz. Kassationshofes	72, 86
Besitzhandlungen, f. Provokation.	
Besitzklage wegen Gutrechtes	208
Dauer der Besitzklage bei Realrechten	374
Besoldungen standesherrlicher Beamten sind Reallasten der standesherrlichen Güter	85
Beweiskraft der Kurzettel	16
Beweislast in Betreff der Fintrede, welche aus einer Nebenbestimmung eines zweiseitigen Vertrages abgeleitet wird	220
Beweislast, wenn von dem Forstberechtigten, nach erfolgter Ermäßigung des Streubezugsquantums von Seite der Forstbehörde, auf dem Rechtswege ein größeres Streuquantum verlangt wird	265
Bezirksgerichtszugriff: Zuständigkeit in derselben Verlassenschaftsache	196
Bürgschaft: zu Th. IV Kap. 10 §. 7 Nr. 1 des bayer. Landrechts	401
S. a. Kompetenz.	
Condictio indebiti, f. Zinsen.	
Constitutum possessorium bei dem Faustpfande	405
Coupons au porteur, f. Amortisation.	
Darlehen: unter welcher Voraussetzung kann für dasselbe eine Bürgschaftseinstellung verlangt werden? (Bayer. Recht.)	401

	Seite
Diebstahl: zu Art. 276 des StGB. v. 10. Nov. 1861, die Rückfallsstrafen betr.	343
Disziplinäreinschreitung: hiezu ist die Obervormundschaft gegen einen den Prozeß des Mündels führenden Anwalt nicht befugt	240
Domizilveränderung: wird durch die Ernennung eines Pfarrers zu einer anderen Pfarrei für sich allein noch nicht bewirkt	177
Dos, s. Heirathsgnt.	
Ediktallabung: inwiefern ist deren Erlassung an unbekannte Gläubiger durch die Verlassenschaftsbehörde ohne Antrag der Erben zulässig?	17
Ehegatten: von dem Vermögensrechte der in das Gebiet des Bamberger Landrechts ziehenden	97, 113
Sondergut der Ehegatten. Fränkisches Recht	61
Ehe- und Erbverträge: Ungiltigkeit nicht protokollierter Nebenabreden. (Bayer. Recht)	150
Eid: ein nothwendiger kann dem accessorischen Intervenienten auferlegt werden	237
Eidesunfähigkeit wegen Verbrechens; deren Beginn	112
Eigentums-Übergang an Grundstücken ohne Traditionsakt nach Münchener Statutarrecht	85
(Berichtigung hiezu S. 112.)	
Wird Eigentums-Übergang durch den Abjudikationsbescheid bewirkt?	268
Einzelrichter: ist er zuständig, in einer Verlassenschafts- sache auf Ableistung des Manifestationseides zu erkennen?	108
Eltern, s. Geschäfte.	
Emphyteuse: Entscheidung des phälz. Kassationshofes: ob in dem gegebenen Falle eine Emphyteuse oder ein Zeitpacht anzunehmen sei	72, 86
(Berichtigung hiezu S. 240.)	
Erbe, dessen Klagerrecht wegen einer gegen seinen Erblasser nach dessen Tode verübten Injurie. (Bayer. Recht)	223
S. auch Benefizialerben.	
Erbtheilung, s. Prozeß.	
Erbverträge, s. Ehe- und Erbverträge.	
Erfüllungsort: wenn im Vertrage hierüber nichts mit Worten bestimmt ist	57
Ersizung von Forstrechten	378
Exekution in Aktiva des Schuldners, welche in einem anderen Gerichtsbezirke ausstehen; desfallige Kompetenz	161
Ueber Hilfsvollstreckung durch Strafandrohung	384
Exekutivprozeß, s. Verufungsfrist.	
Extrajudizialbeschwerde: deren Unzulässigkeit gegen Zwischenverfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	47
Faustpfand, dessen Besitzübertragung durch ein constitutum possessorium. Wirksamkeit derselben außer dem Konkurse	405

	Seite
Firma: deren Uebernahme ist an sich ohne Belang bezüglich der Haftung für die vorhandenen Geschäftsschulden . . .	131, 153
Forderungen, vorgemerkt, s. Lokation.	
Form gerichtlicher Prozesse	314
Forstberechtigung, s. Forstrechte.	
Forstgesetz: gesetzliche Kraft der Bestimmungen im Art. 30 Ziff. 2 desselben	267
Im Art. 23, 25, 26, 28, 33	261, 265
Den Gerichten ist im Art. 25 die Kompetenz eingeräumt, sowohl über die Entschädigungs- als über die Ermäßigungsfrage zu entscheiden	288
Forstholzberechtigung: deren theilweise Ablösung . . .	377
Forstrechte: die Frage, ob sich der Forstberechtigte die Ablösung des Forstrechtes durch Erlegung des Kapitalwerthes nach Art. 30 Ziff. 2 des Forstgesetzes gefallen lassen müsse, kann als präjudizielle zum besonderen Austrag gebracht werden	389
Kompetenz zur Verlautbarung des Forstrechtsablösungsvertrages, wenn das berechtigte Anwesen und die belastete Waldung in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen . . .	168
Gegen den Ausspruch auf Ermäßigung von Forstberechtigungen durch die Forstpolizeibehörde steht jedem Betroffenen der Civilrechtsweg offen	221
Untheilbarkeit der Forstberechtigung im Falle der Zertrümmerung des belasteten Waldes. (Gem. u. bayer. Recht.) . . .	331
Zur Eröffnung eines Forstrechtes zum Brennholzbezuge ist eine 30jährige Ausübung erforderlich	378
Forstrechtsstreitigkeiten: über das Verhältniß der Gerichte zu den Forstpolizeibehörden bei denselben	261
Frachtgeschäft: Haftung eines frachtführenden Fluß- und Kanalschiffers aus dem Konnossemente	40
Fränkisches Recht, s. Gütergemeinschaft. Reclamatio uxoria. Sondergut. Testament.	
Frauenspersonen: bedurften sie nach Augsburgerischem Stadtrecht bei Errichtung ihres letzten Willens eines Geschlechtsvormundes oder s. g. Weiskänders?	81
Frift: zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach fränk. Rechte	127
Ueber Verlängerung der ersten Frist zur Klagebeantwortung	353
Funktionszulage über den Anspruch eines quieszirten Patrimonialbeamten hierauf für Dienstleistungen während der Quiesgenz	148
Gehaltsverkürzung: Kompetenz bezüglich desfalliger Klage eines vom Staate übernommenen Standesherrlichen Beamten	183
Geistliche: ob sie in Bayern gleich den Staatsdienern pragmatische Rechte haben? Entscheidung des pfälz. Kassationshofes hierüber	276
S. auch Pfarrer.	

	Seite
Gerichtbarkeit, freiwillige: Unzulässigkeit von Extrajudizialbeschwerden gegen Zwischenverfügungen in dahin gehörenden Sachen	47
Gerichtstaren: Verbindlichkeit der Instruktionsmandatare zu deren Ablösung	403
Geschäfte, gefährliche und sehr schädliche im Sinne des Bamberger Landrechts	142
Geschäftsschulden: über Haftung für vorhandene aus der Uebnahme der Firma	131, 153
Geschlechtsvormundschaft über Frauenpersonen nach Augsburger Stadtrechte	81
Gesepanwendung in den, den Stadt- und Landgerichten zugewiesenen Handelsachen	274
Gewohnheit, s. Kirchenbaulast.	
Grundstücke: Eigentumsübergang an denselben nach Rülhener Statutrecht	86
(Berichtigung hiezu S. 112.)	
Gütergemeinschaft: Kinder, welche dieselbe nach Bamberger Rechte mit dem überlebenden Ehehelle fortsetzen, können einen von demselben abgeschlossenen Kaufvertrag wegen angeblicher Pflichtheilsverletzung nicht anfechten	391
S. a. Geschäfte	
Sondergut eines Ehegatten bei allgemeiner Gütergemeinschaft. Fränk. Recht	61
Sind einfach verwaisste unabgetheilte Kinder nach dem Fränk. Rechte Mitgenossen der Gütergemeinschaft?	171
Güterrechte, eheliche, s. Ehegatten.	
Haftung eines frachtführenden Fluß- und Kanalschiffers aus einem Konnossemente	40
Haftung aus der Uebnahme einer Firma	131, 153
Haftungspflicht für die Nachlassschulden bei der Watergutsauszeichnung. (Bayer. Recht)	189
Hand- und Spanndienste bei Baufällen an Stadtkirchen. (Bayreuther u. Preuß. Recht)	203
Handelsgerichte: Mittheilungen aus deren Praxis	129, 131, 153, 324, 327, 396
Handelsgefehbuch: zu Art. 64 Abs. 2 des Gesetzes über dessen Einführung	273, 369
Zu Art. 23 u. 113 des allg. deutschen Handelsgefehbuches	153
Zu Art. 347 u. 349 desselben	289, 307
Handelsachen: über Verfahren, Gesepanwendung, Berufung und Berufungssumme in den an die Stadt- und Landgerichte gewiesenen	274
Insonderheit von der Berufung zur dritten Instanz in diesen Sachen	369
Handelschulden, s. Geschäftsschulden.	
Handlung: die Uebnahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Delang bezüglich der Haftung für vorhandene Geschäftsschulden	131, 153

	Seite
Heerergänzungsgesetz: zu den §§. 73—83 desselben, die Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens widerspenstiger Kontribuirter betr.	176
Heirathsgut: kann ein solches nach der Verheirathung der Tochter vom Vater gefordert werden, wenn er ein solches nicht versprochen hat? (Gem. u. Bayer. Recht.) . . .	408
Hilfsvollstreckung, s. Exekution	
Hutrecht: als Ausfluß des Eigenthumsrechtes. Zulässigkeit der ordentlichen Befehlslage	208
Hypotheken, s. Lokation.	
Hypothekenamtsachen: in diesen gibt es keine dritte Instanz	80
Indefensibilitäts Eid	192
Injurien: wegen der an dem Erblasser nach dessen Tode verübten steht den Erben auch ohne Verwandtschaft mit demselben ein Klagerrecht zu. (Bayer. Recht.)	223
Bei Verhandlung und Entscheidung der Injurienachen nach StGB. v. 1861 Art. 262 mit 264 und Einf.-Ges. Art. 61—63 haben die Stadt- und Landgerichte Stempel nicht anzuwenden	245
(Berichtigung hiezu S. 304.)	
Insinuationsmandatare und Advokaten: deren Haftung für die Gerichtstaren	403
Instanz: keine dritte in Hypothekenamtsachen	80
Verurtheilung zur dritten Instanz in Handelsachen, welche den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind	369
Intervenant, accessorischer: demselben kann ein nothwendiger Eid auferlegt werden	237
Inzidentrestitution, s. Restitution.	
Irrthum: Rückforderung irrthümlich gezahlter Zinsen . . .	145
Judeneid: über dessen Form in den vormalig preuß. Gebietsheilen Bayerns	410
Kassationshof für die Pfalz: Kompetenz desselben	72, 86
S. auch Pfalz.	
Kathedralkirchen-Verwaltung, s. Streitkonsens.	
Kauf: ein von dem Überlebenden Ehegatten abgeschlossener kann von den mit ihm nach Bamberger Recht in fortgesetzter Gütergemeinschaft stehenden Kindern auf den Grund angeblicher Pflichttheilsverletzung nicht angefochten werden . . .	391
Zur Lehre von der stillschweigenden Genehmigung käuflich gelieferter Waaren nach den Bestimmungen des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches	289, 307
S. auch Lieferungskauf.	
Käufer: Folgen dessen Verzuges in Abnahme der Waare. Denunciation des beabsichtigten weiteren Verkaufes . . .	121
Kaufmännische Korrespondenz, s. Korrespondenz.	

	Seite
Kirchenbaulast: über Totalgewohnheit hinsichtlich derselben nach dem Preuß. Landr. II, 11. §. 710 und die necessitatis opinio als Erforderniß derselben	103
Kirchenbaulast. Wendung der kleinen Bausätze. Hand- und Spanndienste bei Stadtkirchen. (Bayreuth. u. Preuß. Recht.)	203
Klagabweisung, s. Abweisung.	
Klagenhäufung in Handelssachen	363
Klagenhäufung in Handelssachen	373
Kompetenz: für die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, der in dem vorhergegangenen und bei einem anderen Gerichte anhängig gewesenen Prozesse des ersteren gegen des letzteren Bürgen diesem als accessorischer Interveniens beigefanden hat	163
Kompetenz bei der Exekution in Aktiva des Schuldners, welche in einem anderen Gerichtsbezirke ausstehen	161
Kompetenz zur Verlautbarung eines Vertrages über Forstrechtsablösung, wenn das berechnigte Anwesen und die belastete Waldung in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen	168
Ueber das Verhältniß der Gerichte zu den Forstpolizeibehörden bei Forstrechtsstreitigkeiten	261
Kompetenz der Gerichte nach §. 25 des Forstgesetzes	288
Kompetenz bezüglich der Klage eines vom Staate übernommenen landesherrlichen Beamten wegen Gehaltsverfälschung	183
Kompetenz der Handelsgerichte bezüglich der Wechselsforderungen gegen Benefizialerben	362
Kompetenz des Kassationshofes für die Pfalz bezüglich einer Beschwerde über irrige Vertragsauslegung	72, 86
Kompetenz in Streitigkeiten über Kriegskostenforderungen	346
Kompetenz bezüglich der reclamatio uxoria nach fränk. Rechte	252
Kompetenz in der Verlassenschaftssache eines Bezirksgerichts-accessiten	196
Desgl. in der Verlassenschaftssache eines zu einer anderen Pfarrei ernannten, aber vor dem Aufzuge verstorbenen Pfarrers	177
Ist der Einzelrichter zuständig, in einer Verlassenschaftssache auf den Manifestationseid zu erkennen?	108
Kompetenz bezüglich der Uebertretungen von beurlaubten Soldaten	359
Kompetenz beim Zusammenflusse von Verbrechen und Vergehen, wenn bezüglich des Vergehens schon ein Verweisungskenntniß erging	357
Kompetenz zur Beschlußfassung auf eine nicht gemischtgerichtlich geführte Voruntersuchung, in welcher ein Soldat als Auskunftsperson vernommen wurde	199
Kompetenz zur Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens gegen einen Angeschuldigten, dessen Verbrechensoffen bereits rechtskräftig abgeurtheilt wurden	201

	Seite
Kompetenzkonflikt: gegen die oberrichterliche Entscheidung desselben ist eine Richtigkeitsbeschwerde an das Oberappellationsgericht unzulässig	180
Kompetenzkonflikte unter Gerichten: oberrichterliche Entscheidungen hierüber	161, 177, 196, 357
Konfordat: durch dasselbe sind die Verwaltungsorgane der Metropolitane- und Kathedraalkirchen in Bayern von der Verpflichtung zur Erholung des kuratelmäßigen Streitkonfenses nicht befreit worden. (Entscheidung des Kassationshofes f. d. Pfalz.)	24, 33
Konkurrenz, f. Zusammenfluß.	
Konnossement: Haftung daraus beim Frachtgeschäft	40
Konskribirte, widerspenstige: Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe deren Vermögens	176
Körperverletzungen, welche mehr als fünfstägige Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht zur Folge haben und mit Waffen, aber ohne überlegten Entschluß, verübt werden, sind als Uebertretungen strafbar	225, 305
Korrespondenz, kaufmännische: Einwilligung in eine proponirte Vertragsmodifikation aus Unterlassung rechtzeitiger Antwort abgeleitet	396
Kreditpapiere: Lieferungskauf hierüber	137
Kriegskostenforderungen: Kompetenz bei desfalligen Streitigkeiten	346
Kuratelbeendigung durch Verehelichung. Statutenkollision	380
Kurzzeittel: deren Beweiskraft	16
Lebtwillige Verfügung, f. Testament.	
Lieferungskauf über Staats- und Kreditpapiere; Lieferungszeit	137
Lokalgewöhnheit hinsichtlich der Kirchenbaupflicht. (Preuß. Recht.)	103
Lokation vorgemerkter Forderungen	10
Eventuelle Lokation im Konkurse	19
Manifestationseid: ist der Einzelrichter in einer Verlassenschaftsache zuständig, auf dessen Ableistung zu erkennen? Die Stieffinder können wegen des Mutterguts eine eidliche Manifestation von dem überlebenden Ehemanne nicht verlangen (bayer. Recht)	108 217
Metropolitankirchen-Verwaltung, f. Streitkonfens.	
Mitgift, f. Heirathsgut.	
Mora, f. Verzug.	
Münchener Statutarrecht: den Eigenthumsübergang an Grundstücken betr.	85
(Berichtigung hierzu S. 112.)	
Muttergut der Kinder. Frage über desfalligen Manifestationseid. (bayer. Recht)	217

	Seite
Nebenurkunden zu Ehe- und Erbverträgen, welche in die hierüber gerichtliche Urkunde nicht aufgenommen wurden, sind ungültig. (Bayer. Recht.)	150
Beweislast über Nebenbestimmungen eines zweiseitigen Vertrages	220
Nichtgebrauch, s. Verjährung.	
Nichtigkeit: ist ein Erkenntniß unter allen Umständen unheilbar nichtig, welches einer am Streite nicht theilnehmenden Person einen Erfüllungsseid auflegt?	318
S. auch Verträge.	
Nichtigkeitsbeschwerde gegen die obergerichtliche Entscheidung eines Kompetenzkonflikts an das Oberappellationsgericht ist überhaupt, folglich auch von Seite der Staatsanwaltschaft unzulässig	180
Obervormundschaftsbehörde: ist nicht befugt, wider einen den Prozeß eines Mündels führenden Anwalt disziplinär einzuschreiten	240
Ort der Vertragserfüllung, wenn hierüber im Vertrage nichts ausdrücklich bestimmt ist	57
Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens eines widerspenstigen Konstruirten	176
Patrimonialbeamter: hat ein quieszирter Anspruch auf Funktionszulage für Dienstleistungen während der Quieszenz?	148
Paulianische Klage: über den bei derselben nach den gegebenen faktischen Verhältnissen entsprechend einzurichtenden Klagvortrag nebst Klagpetitum	193
Pfalz: Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz 24, 33, 72, 86,	276
Pfarrer: dessen Ernennung zu einer anderen Pfarrei bewirkt für sich allein noch keine Domizilveränderung	177
Pflichttheilsverletzung: auf den Grund einer angeblichen können Kinder, welche nach Bamberger Recht mit dem überlebenden Eheheile die Gütergemeinschaft fortsetzen, einen von demselben abgeschlossenen Kaufvertrag nicht anfechten	391
Präjudizialfrage bei Ablösung von Forstrechten	389
Preussisches Recht, s. Kirchenbausest. Prozeß. Verjährung.	
Protokolle, gerichtliche: deren Form. Stellvertretung des Aktuars durch zwei Gerichtsbeisitzer	314
Provokation zu einer dinglichen Klage; deren Erfolg, wenn beide Theile Besitzhandlungen nachweisen	44
Prozeß: die Bestimmungen des Preuss. Landrechts Th. I Tit. 17 §. 131 sind nicht geeignet, Abänderungen an der Lage eines bereits anhängigen herbeizuführen	23

	Seite
Prozeßstrafen: können durch Abstand von dem eingewendeten Rechtsmittel nicht vermieden werden, wenn bereits darauf erkannt war	299
Reallasten: als solche haften die Besoldungen standesherrlicher Beamten auf den standesherrlichen Gütern	85
Realrechte: Dauer der Besitzklage auf Schutz in deren Ausübung	374
Rechtsgeschäfte, s. Geschäfte.	
Rechtsmittel: Abstand von demselben, s. Abstand	
Reclamatio uxoria des fränk. Rechts: vor welchem Gerichte hat die Ehefrau die Reklamationsklage anzubringen?	252
Geht zur Begründung der Reklamation ein schon wirklich entstandener Schaden?	336
Findet die Reklamation nur bei Verträgen über liegende Güter Anwendung?	363
Nach welchem Maßstabe ist der merkliche und schwere Nachtheil zu bemessen?	250
Reemonstration: deren Statthaftigkeit gegen ein die Klage von der Gerichtsschwelle abweisendes Erkenntniß	382
Restitution: von dem Verhältnisse der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayer. Recht . . 49, 65, 209, 231, 241,	257
(Berichtigung hierzu S. 256.)	
Revision: deren Unzulässigkeit gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, wenn auf die Klage zwar ein Verfahren, aber nicht gegen den Beklagten selbst eingeleitet war	316
Die Bestimmung des §. 54 Ziff. 8 der Prozeßnovelle von 1837 findet auch gegen Steigerer Anwendung	22
Rückblick auf das Jahr 1861	1
Rückfallsstrafen beim Diebstahle, zu Art 276 des StGB. v. 10. Nov. 1861	343
Scheidung von Tisch und Bett: deren Wirkung bezüglich des eheberrlichen Züchtigungsrechts. (Bayer. Recht.)	352
Soldaten, beurlaubte: Zuständigkeit bezüglich der Uebertretungen derselben	359
Sondergut: in wie fern ein solches für einen nach fränk. Rechte in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten begründet werden könne?	61
Staatspapiere: über die Lieferungszeit bei Lieferungsge- schäften über dieselben	137
Standesherrliche Beamte: deren Besoldungen sind Reallasten der standesherrlichen Güter	85
Kompetenz bezüglich der Klage eines vom Staate übernommenen standesherrlichen Beamten wegen Gehaltsverlängerung	183
Statutenkollision: die Kuratelbeendigung durch Vertheilung betr.	380

	Seite
Stempel: über deren Nichtanwendung in Injurienfachen bei Stadt- und Landgerichten	245
(Berichtigung hiezu S. 304.)	
Stillſchweigen: zur Lehre von der ſtilſchweigenben Genehmigung käuflich gelieferter Waaren nach den Beſtimmungen des allg. deutſchen Handelsgesetzbuches	289, 307
Kaufmänniſche Korreſpondenz; Einwilligung in eine propo- nirte Vertragſmodifikation aus unterlaſſener rechtzeitiger Beantwortung des beſaßigen brieflichen Antrages ab- geleitet	396
Strafgeſetzbuch v. 10. Nov. 1861: zu Art. 234 Ziff. 3 und Art. 237 deſſelben	225, 305
Zu Art. 262 u. 264	245
Zu Art. 276	343
Streitkonſens: von der landesgeſetzlichen Verpflchtung des kuraelmäßigen ſind die Verwaltungsorgane der Metro- politan- und Kathedralkirchen in Bayern durch das Kon- ſordat nicht befreit worden. (Entſcheidung des Kaſſations- hofes für die Pfalz.)	24, 33
Streitſumme: deren Berechnung, wenn mehrere Erben ge- meinschaftlich einen Anſpruch ihres Erblassers gerichtlich geltend machen	363
Streu bezug: Beweislaſt, wenn nach beſſen forſtpolizeilicher Ermäßigung ein größeres Quantum im Rechtswege ver- langt wird	265
Testament: Rogation des octavus ſubſcriptor bei dem eines Analphabeten. Unitas actus bei einem ſchriftlichen Testamente	64
Bedurften nach Stadt Augſburgiſchem Rechte Frauenper- ſonen bei Errichtung ihres letzten Willens eines Ge- ſchlechtsvormundes oder ſ. g. Weiſländers?	81
Frift zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach fränk. Rechte	127
Tradition, ſ. Eigenthumsübergang.	
Uebergabe: iſt zum Eigenthumserwerbe an Grundſtücken nach Münchener Statutarrecht nicht erforderlich	85
(Berichtigung hiezu S. 112.)	
Uebertretungen beurlaubter Soldaten: beſaßige Kom- petenz	359
Unitas actus bei einem ſchriftlichen Testamente	64
Watergut: Haftungsplcht für die Nachlaßſchulden von Seite der gegen Auszeichnung deſſelben den Gesamtnach- laß übernehmenden Wittwe. (Bayer. Recht.)	189
Verbrechen und Vergehen, ſ. Zuſammenfluß.	
Verhehlchung: Statutenkollifion bezüglich der dadurch bewirkten Kuratelbeendigung	380

	Seite
Verjährung durch Nichtgebrauch von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können. (Preuß. Recht.) *)	337
Verlassenschaftssachen: inwiefern ist die Erlösung einer Erbfallabgabe an unbekannte Gläubiger durch die Verlassenschaftsbehörde ohne Antrag der Erben zulässig?	17
Ist der Einzelrichter in einer Verlassenschaftssache zuständig, auf Ableistung des Manifestationseides zu erkennen?	108
Zuständigkeit in der Verlassenschaft eines Bezirksamtsgerichtsaccessisten	196
Desgl. in der Verlassenschaft eines zu einer anderen Pfarrei ernannten, aber vor dem Aufzuge gestorbenen Pfarrers	177
Vermögensrecht der Ehegatten, welche in das Gebiet des Bamberger Landrechts ziehen	97, 113
Vertrag: über den Ort dessen Erfüllung, wenn hierüber im Vertrage nichts mit Worten bestimmt ist	57
Ein wegen Mangels gerichtlicher Protokollierung nichtiger Vertrag wird auch durch Handlungen, welche auf dessen Erfüllung gerichtet sind, nicht gültig	84
S. auch Kompetenz.	
Verzug: Folgen desselben in Abnahme der Waaren von Seite des Käufers. Denunziation des beabsichtigten weiteren Verkaufes	121
Vormerkung einer Forderung im Hyp.-B., s. Lokation.	
Voruntersuchung, nicht gemischtgerichtl., in welcher ein Soldat als Auskunftsperson vernommen wurde; Kompetenz zur Beschlussfassung über dieselbe	199
Waaren: von der stillschweigenden Genehmigung gelieferter nach den Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches	289, 307
Die Zusendung unbestellter Waaren verpflichtet den Empfänger nicht, sie anzunehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders zu stellen	324
Der Empfänger bestellter Waaren muß die mit denselben erhaltenen unbestellten annehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders stellen	327
Wechselforderungen gegen Benefizialerben gehören zur Kompetenz der Handelsgerichte	362
Wechselsachen: gehören die bis zu 150 fl. vor die Stadt- und Landgerichte?	274, 275
Werthpapiere: über die Lieferzeit beim Lieferungs-geschäft über dieselben	137
Wiederaufnahme des Strafverfahrens: desfallige Kompetenzfrage	201

*) Dieser Mittheilung ist die Chiffre des Verfassers: „v. L.“ beizufügen.

Wittwe: deren Haftungspflicht für die Nachlassschulden, wenn sie gegen Ausgelung des Vaterguts den Gesamtnachlass übernimmt. (Bayer. Recht.)	189
Würzburger Recht, f. Fränkisches Recht.	
Zeitpacht: Streitfrage, ob dieser oder eine Emphyteuse vorliege. Entscheidung des Kassationshofes für die Pfalz hierüber	72, 86
(Berichtigung hiezu S. 240.)	
Zeugniß: welchen Personen in Bayern diesseits des Rheins das Recht zusteht, sich desselben in Strafsachen zu entschlagen?	321
Zinsen: Rückforderung irrtümlich gezahlter	145
Züchtigungsrecht: das eheherrliche erlischt durch Scheidung von Tisch und Bett. (Bayer. Recht.)	352
Zusammenfluß von Verbrechen und Vergehen. Kompetenzfrage	357
Zuständigkeit, f. Kompetenz.	
Zwischenverfügungen: Unzulässigkeit von Extrajudicialbeschwerden gegen dieselben in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	47

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung und Prioritätsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. a) Die Ernennung eines Pfarrers zu einer anderen Pfarrei bewirkt für sich allein noch keine Domizilveränderung. 177. b) Kompetenz für die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, der in dem vorhergegangenen und bei einem anderen Gerichte anhängig gewesenen Prozesse des ersteren gegen des letzteren Bürgen diesem als accessorischer Interventent beigestanden hat. 163. c) Vor welchem Gerichte ist die der Ehefrau im Fränk. Rechte wegen nachtheiliger Rechtsgeschäfte des Mannes gestattete Reklamationsklage anzubringen? 252. d) Zuständigkeit in der Verlassenschaftssache eines Bezirksgerichtsassessors. 196. — §. 9. Kompetenz zur Verlautbarung eines Forstrechtsabfindungsvertrages, wenn das berechnigte Anwesen und die belastete Waldung in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. 168. — §. 11. Kompetenz bezüglich der Klage eines vom Staate übernommenen Landesbesitzlichen Beamten wegen Gehaltsverfälschung. 183. — §. 13. a) Von den an die Stadt- und Landgerichte gewiesenen Handelsachen. 273. b) Gehören auch Wechselfachen bis zu 150 fl. an die Stadt- und Landgerichte? 274, 275. c) Zuständigkeit der Handelsgerichte be-

züglich von Wechselforderungen gegen Benefizialerben. 362. d) Umfang der Kompetenz der Gerichte in Forstrechtsachen nach Art. 25 des Forstgesetzes. 288. e) Ueber das Verhältniß der Gerichte zu den Forstpolizeibehörden bei Forstrechtsstreitigkeiten. 261. f) Kompetenz in Streitigkeiten über Kriegskostenforderungen. 346. g) Unzulässigkeit einer Richtigkeitsbeschwerde gegen die oberrichterliche Entscheidung eines Kompetenzkonflikts. 180. — §. 17. Kann der Einzelrichter in einer Verlassenschaftsache auf den Manifestationsseid erkennen? 108.

Zweites Kapitel. §. 4. Form gerichtlicher Protokolle. Stellvertretung des Aktuars durch zwei Gerichtsbeisitzer. 314. — §. 5. a) Die Obervormundschaftsbehörde ist nicht befugt, gegen einen den Prozeß eines Mündels führenden Anwalt disziplinar einzuschreiten. 240. b) Haftung der als Insinuationsmandatare bestellten oder auftretenden Anwälte für die Gerichtskosten. 403.

Drittes Kapitel. §. 1. Verfahren in den an die Stadt- und Landgerichte gewiesenen Handelsachen. 274. — §. 4. a) Ordentliche Besitzklage wegen Gutrechtes. 208. b) Dauer der Besitzklage auf Schutz in der Ausübung eines (deutschen) Realrechtes. 374. — §. 5. Wirkung beiderseitig nachgewiesener Besitzhandlungen auf die Provokation zu einer dinglichen Klage. 44. — §. 6. a) Gegen die von der Forstpolizeibehörde ausgesprochene Ermäßigung von Forstberechtigungen steht jedem Betheiligten der Rechtsweg offen. 221. b) Die Verwaltungsorgane der Metropolitankirchen und Kathedralkirchen in Bayern sind durch das Konkordat von der landesgesetzlichen Verpflichtung zur Erholung des kuratelmäßigen Streitkonflikts nicht befreit worden. 24, 33. — §. 8. Vom Armenrechte. Inhabilitätsseid. 192. — §. 9. Auf die Lage eines bereits anhängigen Prozesses sind die Bestimmungen des Preuß. Landr. Th. I Tit. 17 §. 131 ohne Einfluß. 23.

Viertes Kapitel. §. 5. Erfolg der Provokation zu einer dinglichen Klage, wenn beide Theile Besitzhandlungen nachweisen. 44. — §. 7. Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens eines widerspenstigen Kontribuirten. 176. — §. 9. Unächte Klagenhäufung. 363.

Fünftes Kapitel. §. 3. Inwiefern ist die Ediktalladung unbekannter Gläubiger durch die Verlassenschaftsbehörde ohne Antrag der Erben zulässig? 17. — §. 8. Haftung der Insinuationsmandatare für die Gerichtskosten. 403. — §. 11. Restitution gegen Kontumazialerkenntnisse. 212.

Sechstes Kapitel. §. 3. Die Frage, ob sich der Forstberechtigte die Ablösung des Forstrechtes durch Erlegung des Kapitalwerthes nach Art. 30 Nr. 2 des Forstgesetzes gefallen lassen müsse, kann als präjudizielle zum besonderen Austrag gebracht werden. 389. — §. 11. Ueber Verlängerung der ersten Frist zur Klageantwortung. 353.

Neuntes Kapitel. §. 1. a) Beweislast im Betreff einer aus einer Nebenbestimmung eines zweiseitigen Vertrages abgeleiteten Einrede. 220. b) Beweislast, wenn von dem Forstberechtigten nach erfolgter Ermäßigung des Streubezugsquantums von Seite der Forstpolizeibehörde auf dem Rechtswege ein größeres Streuquantum verlangt wird. 265.

Elftes Kapitel. §. 3. Beweisraft der Kurzzeitel. 16.

Dreizehntes Kapitel. §. 1. a) Dem Interventienten kann ein nothwendiger Eid auferlegt werden. 287. b) Form des Eideselides in den vormalig preussischen Gebietstheilen Bayerns. 410. c) Beginn der Eidesunfähigkeit wegen Verbrechens. 112. — §. 5. a) Die Voraussetzung der Zulässigkeit des Manifestationseides ist bezüglich des Muttergutes der Stieftinder nicht gegeben. 217. b) Kompetenz der Verlassenschaftsbehörde zu dessen Auflage. 108.

Fünfzehntes Kapitel. §. 3. a) Unzulässigkeit einer Extrajudizialbeswerde gegen Zwischenvorfürungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 47. b) Berufungssumme in Handels- sachen, welche den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind. 274, 275. — §. 4. Wohin geht die Berufung in diesen Sachen? 274, 275. — §. 9. Konnexität der Abhän- gung mit der Berufung. 272. — §. 10. Ueber die Wirkung des Abstandes von einem eingewendeten Rechtsmittel auf die Vollstreckbarkeit des bereits vorher erlassenen, aber noch nicht verkündeten richterlichen Ausspruches in seinen Neben- punkten. 299. — §. 12. a) Unzulässigkeit der Anhebung der drit- ten Instanz in Hypothekensachen. 80. b) Ueber Zulässigkeit einer Berufung zur dritten Instanz in Handels- sachen, welche den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind. 369.

Sechzehntes Kapitel. §. 1. Von dem Verhältnisse der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation. 49, 65, 209, 231, 241, 257. (Verichtigung S. 256.) — §. 2. Ist ein Erkenntniß unter allen Umständen nichtig, welches einer am Streite nicht theilnehmenden Person einen Erfüllungseid aufliegt? 318.

Siebenzehntes Kapitel. §. 4. Nichtanwendung von Stempeln in Injurien- sachen nach Art. 262 u. 264 des StGB. v. 1861 und Art. 61—63 des Einf.-Ges. bei den Stadt- und Landgerichten. 245. (Verichtigung. 304.)

Achtzehntes Kapitel. §. 3. a) Kompetenz bei der Execu- tion in Aktiva des Schuldners, welche in einem anderen Gerichts- bezirke ausstehen. 161. b) Ueber Hilfsvollstreckung durch Straf- androhung. 384. — §. 7. Wird durch den Abjudikationsbescheid ein Eigentumsübergang bewirkt? 268.

Neunzehntes Kapitel. §. 19. Ueber den Klagvortrag und die Klagebitte bei der Paulianischen Klage. 193.

Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

Zu §. 15. Lokation vorgemerktter Forderungen. 10. — Zu §. 20. Eventuelle Lokation. 19. — Zu §. 21 Nr. 1. Wirksam- keit der Uebertragung des Besizes eines Faustpfandes durch ein constitutum possessorium außer dem Konkurse. 405.

B. Novelle vom 17. November 1837.

§. 29. ff. Ueber Verlängerung der ersten Frist zur Klagbe- antwortung. 353. — §. 52 Nr. 1 und §. 54 Nr. 1. Revisions- unzulässigkeit gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkennt-

nisse, wenn auf die Klage zwar ein Verfahren, aber nicht gegen den Beklagten selbst eingeleitet war. 316. — §. 54 Nr. 3. Anwendung dieser Bestimmung auf einen Besitzstreit wegen Huthrechtes. 208. — §. 54 Nr. 8. Unstatthafte Beschwerde eines zurückgewiesenen Steigerers. 22. — §. 55. Statthaftigkeit einer Remonstration gegen Abweisung der Klage von der Gerichtsschwelle. 382. — §. 62. Ueber die Anwendung dieser Bestimmung in Handelsachen. 373. — §. 64 und §. 108. Berufungsfrist im Executionsprozeß gegen ein zur Zahlung unter Executionsandrohung verurtheilendes Erkenntniß. 385. — §. 102. Wird durch den Abjudikationsbescheid sofort ein Eigenthumsübergang bewirkt? 268. — §. 108 f. §. 64.

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

Art. 3, Nr. 15. Berechnung der Streitsumme, wenn mehrere Erben gemeinschaftlich einen Anspruch ihres Erblassers gerichtlich geltend machen. 363. — Art. 3 und 18. Kann der Einzelrichter in einer Verlassenschaftsache auf Ableistung des Manifestationsseides erkennen? 108.

D. Merkantil- und Wechselprozeß.

a) Zuständigkeit der Handelsgerichte bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben. 362. b) Ueber Verfahren, Gesek-anwendung, Berufung und Berufungssumme in den an die Stadt- und Landgerichte gewiesenen Handelsachen. 274. c) Insonderheit von der Berufung zur dritten Instanz in diesen Sachen. 369. d) Gehören Wechselfachen bis zu 150 fl. vor die Stadt- und Landgerichte? 274, 275. e) Beweiskraft der Kurszettel. 16.

E. Gesetz vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr.

Gegen die oberrichterliche Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes findet keine Nichtigkeitsbeschwerde an das Oberappellationsgericht statt. 180.

F. Französischer Civilprozeß.

Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages. Kompetenz des Kassationshofes. 72.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren. a) Gesetzliche Kraft der Bestimmungen des Forstgesetzes Art. 30, Ziff. 2. 267. b) Welches materielle Recht die Stadt- und Landgerichte bei den ihnen zugewiesenen Handelsachen anzuwenden haben. 274. c) Statutentollision bezüglich der Kuratelbeendigung durch Verehelichung. 380.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) **Eigenthum.** a) Eigenthumsübergang an Grundstücken ohne Traditionsakt nach Münchener Statutarrecht. 85. (Berichtigung 112.) b) Geht durch den Abjudikationsbescheid das Eigenthum der Sache auf den Käufer über? 268. c) Fultrecht als Ausfluß des Eigenthums. Zulässigkeit der ordentlichen Besitzklage. 208. — 2) **Emphyteuse.** Entscheidung, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen eine Emphyteuse oder ein Zeiypacht vorliege? 72, 86. (Berichtigung 240.) — 3) **Realrechte.** a) Dauer der Besitzklage bei Realrechten. 374. b) Verjährung durch Nichtgebrauch von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können. (Preuß. Recht.) 337. c) Untheilbarkeit der Forstberechtigung im Fall der Zertrümmerung des belasteten Waldes. (Sachst. u. Bayer. Recht.) 331. d) Zur Erhaltung eines Forstrechts zum Bezuge von Brennholz ist eine 30jährige Ausübung erforderlich. 378. e) Gegen den Anspruch auf Ermäßigung von Forstberechtigungen durch die Forstpolizeibehörde steht jedem Betheiligten der Civilrechtsweg offen. 221. f) Beweislast, wenn von dem Forstberechtigten nach erfolgter Ermäßigung des Streubezugsquantums von Seite der Forstpolizeibehörde auf dem Rechtswege ein größeres Streuquantum verlangt wird. 265. g) Theilweise Ablösung einer Forstholzberechtigung. 377. h) Umfang der richterlichen Entscheidung bei Ablösung von Forstrechten nach Art. 25 des Forstgesetzes. 288. i) Gesetzliche Kraft der Bestimmungen im Art. 25 Ziff. 2 des Forstgesetzes. 267. — 4) **Reallasten.** a) Die Besoldungen landesherrlicher Beamten sind Reallasten der landesherrlichen Güter. 85. b) Ueber Lokalgewohnheit hinsichtlich der Kirchenbaulast nach Th. II Tit. 11 §. 710 des Preuß. Landr. und die *opinio necessitatis* als Requisit derselben. 103. c) Kirchenbaulast. Wendung der kleinen Baufälle. Hand- und Spanndienste bei Stadtkirchen. (Bayreuth. u. Preuß. Recht.) 203. — **Hypothekrecht.** Zu §. 74 des Hyp.-Gesetzes. Ueber die Lokation vorgemerktter Forderungen. 10.

C. Obligationenrecht. 1) Allgemeine Gegenstände.

a) Rückforderung irrthümlich gezahlter Zinsen. 145. b) Coupons an porteur dürfen nicht amortisirt werden, wenn sie auch einer auf den Namen lautenden Obligation beigegeben waren. 415. — 2) **Verträge und vertragsähnliche Verhältnisse.** A) **Allgemeines.** a) Ein wegen mangelnder gerichtlicher Protokollierung nichtiger Vertrag wird auch durch Handlungen, welche auf dessen Erfüllung gerichtet sind, nicht gültig. 84. b) Ungültigkeit nicht protokollierter Nebenabreden. (Bayer. Recht.) 150. c) Beweislast in Betreff der Einrede, welche aus einer Nebenbestimmung eines zweiseitigen Vertrages abgeleitet wird. 220. d) Ueber den Erfüllungsort, wenn im Vertrage hierüber nichts mit Worten bestimmt ist. 57. — B) **Spezielles.** a) Ueber die Verbindlichkeit zur Bürgschaftsbefreiung nach Th. IV Kap. 10 §. 7 Nr. 1 des Bayer. Landr., insonderheit wegen eines Darlehens. 401. b) Besitzübertragung des Fauspfandes durch ein *constitutum possessorium*. Wirksamkeit derselben außer dem Konkurse. 405. c) Haftung eines frachtführenden Schiffers aus einem Konnossement. 40. d) Folgen des Verzuges des Käufers in Abnahme der Waaren. Denunziation

des beabsichtigten Weiterverkaufes. 121. e) Lieferungsgeſchäfte über Staats- und Kreditpapiere; Lieferungszeit. 137. f) Anſpruch eines quieszirtten Patrimonialbeamten auf eine Funktionszulage für Dienſtleiſtungen während der Quieſzenz. 148. — 3) Obligationen aus Rechtsverletzungen. Injurien gegen Verſtorbene; Klage des Erben. (Bayer. Recht.) 223. — 4) Vermiſchte Fälle. Ueber den Klagevortrag und die Klagebitte bei der Paulianiſchen Klage. 193.

D) Familienrecht. a) Nebenverabredungen zu Ehe- und Erbverträgen, welche in die hierüber gerichtlich errichtete Urkunde nicht aufgenommen wurden, ſind ungültig. (Bayer. Recht.) 150. b) Kann nach ſtattgefundener Verehelichung der Tochter vom Vater eine Mitgift gefordert werden, wenn er eine ſolche nicht verſprochen hat? (Gem. u. Bayer. Recht.) 408. c) Von dem Vermögensrechte der Eheleute, welche in das Gebiet des Bamberger Landrechtes ziehen. (Zum Bamberg. Landr. Th. I Kap. II Tit. II §§. 3—7) 97, 113. d) Begriff der „gefährlichen und ſehr ſchädlichen Geſchäfte“ nach dem Bamberg. Landr. Th. I Kap. II Tit. 10 §. 17. 142. e) Wegen angeblicher Pflichttheilsverletzung können die nach Bamberger Landrecht mit dem überlebenden Ehehülle in fortgeſetzter Gütergemeinschaft ſtehenden Kinder einen von demſelben abgeſchloſſenen Kaufvertrag nicht anfechten. 391. f) Inwiefern kann für einen nach Fränk. Rechte in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ein Sondergut begründet werden? 61. g) Sind einfach verwaiſte unabgetheilte Kinder nach dem Fränk. Rechte als Mitgenoſſen der Gütergemeinschaft anzusehen? 171. h) Reclamatio uxoria nach Fränk. Rechte. a) Vor welchem Gerichte iſt die Reklamationsklage anzubringen? 252. β) Findet die Reclamation nur bei Verträgen über liegende Güter Anwendung? 363. γ) Gehört zu deren Begründung ein ſchon wirklich entſtandener Schaden? 336. δ) Nach welchem Maßſtab iſt der merkliche und ſchwere Nachtheil zu beſtimmen? 250. i) Das eheherrliche Züchtigungsrecht nach Bayer. Landrechte Th. I Kap. VI §. 12 Nr. 3 erliſcht durch Scheidung von Liſch und Bett. 352. k) Geſchlechtsvormundſchaft nach Augsburger Stadtrecht. 81. l) Die durch Verehelichung einer minderjährigen Frauſenperſon nach dem Bayer. Landrechte beendigte Ruzatel kann nicht wieder auflieben, wenn dieſelbe an einen Ort überſiedelt, wo ſie nach dort geltenden Rechten noch als minderjährig zu betrachten wäre. 380. m) Die Obervormundſchaftsbehörde hat keine Diſziplinargewalt über einen den Prozeß eines Mündels führenden Anwalt. 240.

E. Erbrecht. a) Inwiefern iſt die Erklaſſung einer Erbitalladung an unbekannte Gläubiger durch die Verlaſſenſchaftsbehörde ohne Antrag der Erben zuläſſig? 17. b) Haftungspflicht für die Nachlaſſenſchulden von Seite der gegen Auszeigung des Vatergutes den Geſamtnachlaß übernehmenden Wittwe. (Bayer. Recht.) 189. c) Der überlebende Ehegatte und Vater, welcher das Muttergut ſeiner leiblichen Kinder ausgezeigt und daſſelbe ſeinen Stieffindern herauszugeben ſich erboten hat, kann nach Bayer. Rechte von den Stieffindern, welche dieſe Auszeigung nicht anerkannt haben, auf Herausgabe einer eiblichen Speziſifikation des mütterlichen bezw. ehe-

frühdichen Vermögens (eibliche Manifestation) nicht belangt werden. 217. d) Rogation des *octavus subscriptor* beim Testamente eines Analphabeten. *Unitas actus* bei einem schriftlichen Testamente. 64. e) Bedurften nach Stadt Augsburgerl. Rechte Frauenspersonen bei Errichtung ihres letzten Willens eines Geschlechtsvormundes oder f. g. Weisänders? 81. f) Fisk zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach Frankf. Rechte. 127.

III. Handelsrecht.

a) Folgen des Verzuges des Käufers in Abnahme der Waaren. Denunziation des beabsichtigten Weiterverkaufes. 121. b) Zur Lehre von der stillschweigenden Genehmigung käuflich gelieferter Waaren nach den Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches. (Art. 247 u. 249.) 289, 307. c) Die Zusendung unbestellter Waaren verpflichtet den Empfänger nicht, sie anzunehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders zu stellen. 324. d) Der Empfänger bestellter Waaren muß die mit denselben erhaltenen unbestellten annehmen, oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders stellen. 327. e) Kaufmännische Korrespondenz. Einwilligung in eine proponirte Vertragsmodifikation aus der Unterlassung rechtzeitiger Beantwortung des desfallsigen brieflichen Antrages abgeleitet. 396. f) Die Uebernahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Belang bezüglich der Haftung für die vorbandenen Geschäftsschulden. 131, 153. g) Haftung eines frachtführenden Fluß- oder Kanalschiffers aus einem Konossemente. 40.

IV. Staatsrecht.

Haben die Geistlichen in Bayern gleich den Staatsdienern pragmatische Rechte und welche? 276. S. auch unten Nr. VI.

V. Strafrecht und Strafprozeß.

A. Strafrecht.

1) StGB. v. 1813. Th. I Art. 24. Beginn der Eidesunfähigkeit wegen Verbrechens. 112.

2) StGB v. 1861. Art. 234 Ziff. 3 u. Art. 237. Körperverletzungen, welche mehr als fünfägige Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht zur Folge haben und mit Waffen, aber ohne überlegten Entschluß, verübt wurden, sind als Uebertretungen zu bestrafen. 225, 305. — Art. 262—264 und Einf.-Ges. Art. 61—63. Bei Verhandlung und Entscheidung der Injurienachen nach Maßgabe dieser allg. Gesetzesstellen haben die Stadt- und Landgerichte Stempel nicht anzuwenden. 245. (Berichtigung 304.) — Art. 276. Rückfallsstrafen beim Diebstahl. 343.

B. Strafproß.

1) StGB. v. 1813. Th. II. Art. 22. Kompetenz beim Zusammenflusse von Verbrechen und Vergehen, wenn bezüglich des Vergehens bereits ein Verweisungserkenntniß ergangen war. 357. — Art. 27. Zuständigkeit bezüglich der Uebertretungen von beurlaubten Soldaten. 359. — Art. 204. Von den Personen, welchen in Bayern diesseits des Rheins seit Einführung des StGB. v. 1861 das Recht zusteht, sich des Zeugnisses in Strafsachen zu entschlagen. 321.

2) Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848. Art. 55. Zuständigkeit zur Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens gegen einen Angeeschuligten, dessen Verbrechensgenossen bereits rechtskräftig abgeurtheilt wurden. 201.

3) Gesetz vom 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betr. Art. 2. Zuständigkeit zur Beschlußfassung auf eine nicht gemischtgerichtlich geführte Voruntersuchung, in welcher ein Soldat als Auskunftsperson vernommen wurde. 199.

VI. Heerergänzungsgesetz.

§. 73—83. Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens eines widerspenstigen Kontribuirten. 176.

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Rückblick auf das Jahr 1861. — Ueber die Fiktion vorgemerktter
Borstellungen. — Beweiskraft der Kurzzeitel.

Rückblick auf das Jahr 1861.

Ch. C. Glück, der Mitbegründer dieser Blätter, hat in der ersten Nummer des vorigen Jahrganges derselben das fünfundzwanzigjährige Bestehen unserer Zeitschrift besprochen und dabei überblickt, was in dieser Zeit die Gesetzgebung für das Rechtsleben in Bayern dießseits des Rheines geleistet hat. Dabei ist in freudig berebten Worten der Hoffnungen gedacht, welche in dieser Beziehung vom Lande für die nächste und weitere Zukunft gehegt wurden.

Das Vertrauen, welches der würdige Schriftsteller dem Regenten, den Räten der Krone und den Vertretern des Volkes entgegenbrachte, ist glänzend gerechtfertigt. Das Jahr 1861 hat jeder Anforderung vollkommen entsprochen, welche Vernunft und Billigkeit an dasselbe stellen konnten. Wir wollen hier die Geschenke zur Schau stellen, welche das alte Jahr dem neuen macht.

Im Strafrechte hat das neue Strafgesetzbuch die vielen Härten des früheren gemildert und die Strafbestimmungen mit unserer jetzigen Staatsverfassung, dem neuen Strafverfahren und dem heutigen Stande der Wissenschaft in Einklang gebracht. Das Strafrecht hat zugleich durch das Polizeistrafgesetzbuch eine Ergänzung erhalten, die um so dankenswerther ist, als die früheren Zustände

auf diesem Felde die Modifikation schmerzlich vermissen ließen. Außer einigen Bestimmungen des Einführungsgesetzes (Aufhebung des Gesetzes über die gewerbemäßigen Gutszertrümmungen u. A.) sind hier noch zu nennen die Gesetze über die Aufhebung der Straffolgen und über den Vollzug der Freiheitsstrafen. Die durch das letztgenannte Gesetz und die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Strafarten bedingte Reform unserer Strafanstalten und Gefängnisse wird zu den segensreichsten Früchten der neuen Legislation gehören.

Wäre es angemessen, dem Danke für so reiche Geschenke gleich wieder Bitten anzufügen, so würden wir auf eine zusammenhängende Revision der Strafbestimmungen gegen Uebertretungen bezüglich des Staatseinkommens (Einführungsgesetz Art. 3 Ziff. 2) hindeuten. Die Erfahrung lehrt, daß hier nicht nur Ungeeignetes und Veraltetes zu bessern und dem Zuviel in manchen Punkten abzuhelpfen ist, sondern daß auch beklagenswerthe Lücken auszufüllen sind.

Im Strafverfahren haben wir zwar nur Fragmentarisches zu verzeichnen. Aber es ist viel Wichtiges darunter. Alle zehn Abschnitte der besonderen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche und Polizeistrafgesetzbuche beziehen sich auf das Strafverfahren und wenn wir dabei nur beispielsweise auf die Kompetenzerweiterung der Gerichte, auf die Bestimmungen über die Untersuchungshaft, über das Verfahren in Uebertretungssachen und über die Bildung der Schwurgerichte in der Pfalz hinweisen, so ist ohne Weiteres klar, daß hier alles, was verändert ist, auch verbessert sein muß.

Eine Ergänzung der strafprozessualen Bestimmungen des Einführungsgesetzes bildet der Abschn. III

§. 30 des Landtagsabschiedes über die Untersuchung und Aburtheilung der Aufschlagsbetrugationen. Auch sind hier die Art. 127—143 des Notariatsgesetzes über das Verfahren bei Disziplinarübertretungen der Notare zu erwähnen.

Bei dem **Civilrechte** wollen wir zuerst einer Gabe des Jahres 1861 gedenken, welche zwar kein vollendetes gesetzgeberisches Werk, aber die Vorbereitung eines sehr wichtigen solchen enthält, des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches über das Hauptstück von den Rechtsgeschäften und den Theil von den Schuldverhältnissen. Seine Veröffentlichung beweist, mit welchem Eifer daran gearbeitet wird, eine in allen ihren Theilen abgeschlossene und auf zusammenstimmenden Grundsätzen beruhende Rechtsgesetzgebung zu vollenden.

Zunächst haben wir vorzuführen das Gesetz über die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Bayern hat damit auch dieses Werk nationaler Gesetzgebung ohne Aenderung, Bedingung und Vorbehalt angenommen, da die Bestimmungen des Einführungsgesetzes nur solche Punkte betreffen, welche nach dem Handelsgesetzbuche selbst der partikularen Gesetzgebung vorbehalten sind. Mögen andere Einzelstaaten, die bis jetzt noch zögern und sich bedenken, ja theilweise geradezu Aenderungen und Vorbehalte in Aussicht stellen, bald dem Beispiele Bayerns folgen.

Außer der Einführung des Handelsgesetzbuches konnte die Gesetzgebung für bürgerliches Recht während der Bearbeitung des oben angeführten Entwurfes eines vollständigen Gesetzbuches selbstverständlich nur bruchstückweise das Bestehende bessern, nur in einzelnen Punkten die Nachtheile beseitigen, unter denen der Rechtsverkehr durch die Verschiedenheit einer Unzahl von Statutarrechten leidet. Das Jahr 1861 war aber auch in dieser Beziehung nicht

unfruchtbar. Das XIII. Hauptstück des Strafgesetzbuches mit dem Abschnitte des Einführungsgesetzes über die Strafverfolgung wegen Ehrenkränkung und dem Art. 8 Ziff. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes verweist den größten Theil der Injurien aus dem Civilrechte in das Strafrecht. Im Notariatsgesetze und im Gesetze über die Zusammenlegung der Grundstücke sind einzelne civilrechtliche Bestimmungen enthalten, im erstgenannten z. B. über die Nichtigkeit ohne Notariatsurkunden abgeschlossener Verträge, welche Immobilien zum Gegenstande haben (Art. 14), über Testamentform (Art. 25, 60, 61). Außerdem sind zu nennen das Gesetz über die Verjährung der Forderungen aus Staatsschuldburkunden der Staatsschuldbentilgungsanstalt, dann der §. 28 des III. Abschn. des Landtagsabschiedes über einige Aenderungen im Civilrechte, insbesondere über die Geschlechtvormundschaft, über die Einstandsrechte, über die Form einiger Rechtsgeschäfte und über die Verletzung über die Hälfte. In Aussicht sind gestellt (a. a. O. §. 29) Gesetze über das Recht der Servituten und über die aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

Raum wird im ganzen Lande eine einzige urtheilsfähige Stimme sein, welche nicht die Reform des Civilprocesses als das Dringendste aller Bedürfnisse unseres Rechtslebens ansähe. Doch war es, wie einmal die gesetzgeberischen Arbeiten am Anfange des Jahres 1861 lagen, unmöglich, daß dieses Jahr auch in diesem Punkte schon die wirkliche Abhilfe brachte. Was geleistet werden konnte, ist geleistet worden. Dem Landtage wurde der Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorgelegt und bald wies

den die Gesetzgebungsausschüsse beider Kammern zusammenzutreten, um den Entwurf in Berathung zu nehmen. Deren Elaborat wird ohne Zweifel einem außerordentlichen Landtage zur Zustimmung vorgelegt werden, so daß recht bald der sehnlichste Wunsch Aller erfüllt werden wird, die es mit der Rechtspflege in Bayern gut meinen.

Doch sollte das Jahr 1861 uns auch im Civilprozeß nicht ganz unbeschenkt lassen. Im neuen Gesetze über die Gerichtsverfassung sind die prozessualen Bestimmungen desjenigen vom Jahre 1856 mit geringen Modificationen beibehalten und durch die Aufhebung der meisten bevorzugten Gerichtsstände (Art. 76) sehr erheblich vermehrt. Auch regelt der Art. 81 des Notariatsgesetzes provisorisch das Verfahren beim Vollzuge exekutorischer Urkunden.

Was endlich die Verfassung der Gerichte betrifft, so ist neben dem speziellen Gesetze über die Gerichtsverfassung das Gesetz über das Notariat zu nennen und anzuführen, daß im Einführungsgesetze zum Straf- und Polizeistrafgesetzbuche Bestimmungen enthalten sind, welche hieher gerechnet werden können. Endlich gehört hieher das Gesetz über die Anstellung von Assessoren bei den Landgerichten in der Pfalz¹⁾.

¹⁾ Wir können von der Gerichtsverfassung nicht sprechen, ohne manche Punkte zu berühren, welche damit enge zusammenhängen. Es mag trivial klingen, wenn an den Satz erinnert wird, daß die besten Gesetze nichts helfen, wenn sie schlecht angewendet werden. So allgemein gesagt, widerspricht Niemand dem Grundsatz. Sobald aber Konsequenzen aus ihm gezogen werden wollen, findet er sich oft verkannt. Fragen wir uns nur einmal mit spezieller Rücksicht auf die Rechtspflege, ob denn der Staat im Allgemeinen und der bayerische Staat insbesondere Alles

Wahrlich, es war ein gesegnetes Jahr, dieses Jahr 1861. Neben einer Fülle reifer Früchte, die

gethan habe, um die bestmögliche Anwendung seiner Gesetze zu sichern, so werden wir bald auf Zweifel stoßen. Wir würden zur Beantwortung der so formulirten Frage uns nicht mit der Untersuchung begnügen dürfen, ob die gehörige Anzahl von Gerichten in richtigem Instanzenverhältnisse errichtet, zweckmäßig über das Land vertheilt, mit der erforderlichen Anzahl von Vorständen, Richtern, Sekretären und ausreichendem subalternen Personale besetzt sei, ob genug und doch nicht zu viele Advokaten und Notare vorhanden seien, u. dgl. In diesen Beziehungen würden sich wohl bei dem, was besteht und bevorsteht, wenige sehr erhebliche Bedenken finden. Allein damit wäre auch die oben aufgeworfene Frage noch nicht erschöpfend beantwortet. Wir hätten offenbar noch ganz eigenthümliche Detailfragen zu stellen, von denen einige, wie sie uns eben unter die Feder kommen, bezeichnet werden sollen: Geben die Maturitätsprüfungen zum Uebertritte in die Praxis hinreichende Gewähr der Reife? — Ist die jetzige s. g. Vorbereitungspraxis entsprechend und genügend? — Ist es angemessen, daß die zweite Prüfung in den Kreisen abgehalten wird, wäre es nicht besser, nur Eine ständige Prüfungskommission am Sitze und unter der speziellen Aufsicht des Justizministeriums zu konstituiren? — Ist es angemessen, daß man zur zweiten Prüfung so viele Kandidaten zuläßt, als sich melden und von diesen Jedem, welcher sich nicht als gänzlich unbrauchbar darstellt, die Exspektanz auf den Staatsdienst gewährt; wäre es nicht zweckmäßiger, nur von Zeit zu Zeit für so viele, als in der nächsten Zeit Anstellung erhalten können, einen wahren Konkurs zu eröffnen, so daß nur die vorzüglichsten Kandidaten in der voraus bestimmten Zahl die Exspektanz erhielten, die übrigen beim nächsten Konkurs wieder mitwerben müßten? — Ließen sich nicht allen Einzelrichtern solche Anstellungsbedingungen (Besoldung, Rang und eventuelles Einrücken in die höheren dienstpragmatischen

von seinem Baume geerntet wurden, hat dieser gleich neue angelegt, die nur noch länger Pflege zur Zeitigung bedürfen; und daneben trieb er noch Blüthen und Knospen, die eben so herrliche Frucht versprechen!

Wir wollen diese Früchte nicht kritisch abschälen und zerschneiden; dgg. würde uns zu weit abführen von der Aufgabe dieser Blätter. Noch weniger wollen wir von jenen Früchten einen apologetischen Brei kochen. Aber mit einem freudigen, dankerfüllten Blicke sie zu betrachten, können wir uns nicht versagen.

Vortheile) gewähren, daß zu diesen Stellen nur vorzüglich qualifizierte, in der Praxis bereits gereifte Richter verwendet werden könnten? — Ist es nicht überhaupt ein Uebelstand, daß jeder Richter zu höherem Einkommen und zu höheren dienstpragmatischen Rechten nur durch Vorrücken in ein höheres Richteramt gelangen kann, und ließe sich demselben nicht ohne jede Schmälerung der Kronprerogative abhelfen? — Ist bei Beurtheilung des Fleißes und der Geschäftsgewandtheit der Richter auf die Zahl der erledigten Nummern ein entscheidendes Gewicht zu legen? — Ist es nicht jetzt schon und wird es nicht noch mehr dann, wenn der oberste Gerichtshof auch für die Civiljustiz Kassationshof werden wird, ein Uebelstand sein, daß die Richter an demselben, um die höheren dienstpragmatischen Rechte zu erlangen, sich bewerben müssen, aus dem obersten Gerichtshofe möglichst bald wieder heranzukommen? — Ist es zweckmäßig, die Gerichte nur so zu besetzen, daß die volle Arbeitskraft jedes einzelnen Mitgliedes gänzlich in Anspruch genommen ist, oder wäre es besser, wenn jedem Richter Zeit gewährt würde, in der Wissenschaft seines Berufes auch nach seiner ersten Anstellung noch fortzuschreiten? —

Es ist hier nicht der Raum gegeben, diese Fragen zu erörtern, aber sie angeregt zu haben, wird der Aufgabe unserer Zeitschrift nicht unangemessen erachtet werden.

Da sehen wir denn, wie das Handelsgesetzbuch und das etwas ältere Wechselrecht uns Bayern dießseits des Rheines und jene auf der anderen Rheinseite in hochwichtigen Zweigen die Wohlthat gleichen Rechtes mit Millionen anderer Deutschen genießen läßt. Das Strafgesetzbuch und das Polizeistrafgesetzbuch bieten gleiche Sühne den Uebertretungen des Gesetzes dießseits wie jenseits des Rheines. Im Strafverfahren stand schon seit 1848 das dießseitige Bayern der Pfalz nahezu gleich. Die Abweichungen des einen Verfahrens vom anderen sind nun noch bedeutend verringert worden durch viele Bestimmungen des Einführungsgesetzes, so daß wir in allen wesentlichen Punkten des Strafverfahrens gleiches Recht haben, wenn wir auch zur Zeit noch verschiedene Artikel dafür citiren. So ist es auch mit der Gerichtsverfassung, dem Rotariate, wohl bald auch mit der Advokatur. Gemeinsamen Zivilprozeß für beide Landestheile bringt die nächste, gemeinsames Civilrecht eine nicht ferne Zukunft. Bald werden alle Bayern gleiches Recht genießen in staatlichen, wie in bürgerlichen und peinlichen Sachen. Freuen wir uns dessen in dankbarer Erinnerung an Maximilian, den Geber der Verfassung und in dankbarer Verehrung Maximilians II., des verfassungstreuen Gebers der einigenden Gesetze. Möge gelingen, was Er so freudig unterstützt: die weitere Einigung der von Ihm regierten deutschen Stämme mit den übrigen im Rechte!

Welche Erndten bringen harte Arbeit. Harte Geistesarbeit erfordert es, daß die Gerichte, die zum Theile erst neu gebildet werden, während alle bisher schon bestandenen in ihrer Verfassung wesentliche Aenderungen erleiden, daß die Advokatur, welche von den Aenderungen der Gerichtsverfassung mit be-

troffen wird und daß erst neu zu gründende Notariat eine neue Gesetzgebung von oben bezeichnetem Umfange schon vom 1. Juli 1862 an anwenden. Aufgabe unserer Blätter ist es, neben dem, was sie bisher schon zu leisten hatten, auch diese Arbeit zu erleichtern. Dabei werden wir aber beachten müssen, daß bei der Assimilirung der Rechtszustände des biesseitigen Bayerns und der Pfalz die biesseitigen und die Pfälzer Gerichtsbeamten nicht mehr, wie bisher, gewissermaßen zwei besondere Stände oder Berufsarten bilden können, daß vielmehr die biesseitigen Juristen vom Rechtsleben der Pfalz und die Pfälzer vom biesseitigen Kenntniß nehmen müssen. Darum wollen wir hier erwägen, wie sich hiernach in Zukunft der Inhalt dieser Zeitschrift zu gestalten haben wird.

In Bezug auf das Civilrecht werden wir außer dem, was bisher schon Aufgabe der Blätter war, und außer der Besprechung der neueren civilrechtlichen Bestimmungen für das biesseitige Bayern bei sich ergebenden Anlässen in Zukunft neben den bemerkenswerthen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für das biesseitige Bayern auch Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz nach der Redaktion des Herrn Oberappellationsgerichtsrathes Damm, Mitgliedes des Kassationshofes für die Pfalz, mittheilen und französisches Recht, so wie den Entwurf des Obligationenrechtes vergleichend berücksichtigen. Ueber Handels- und Wechselrecht werden wir wie bisher selbstständige Erörterungen bringen und Entscheidungen bayerischer Gerichte, so weit möglich unter Hinweisung auf die Praxis der übrigen deutschen Gerichtshöfe mittheilen.

Bei Erörterungen prozessualen Inhaltes werden wir, wo sich der Vergleichung interessante Seiten bieten, das Verfahren in der Pfalz und den Entwurf der Prozeßordnung berücksichtigen.

Wie bisher und bis zum 1. Juli 1862 die

Erkenntnisse des ständigen Kriminalsenates des obersten Gerichtshofes in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Königreiches Bayern veröffentlicht sind, so wird dieß auch von dort an mit denen des neuen Kassationshofes für das ganze Königreich geschehen. Wir werden über alle Sparten des bayerischen Strafrechtes Erörterungen bringen, denen die praktische Richtung nicht fehlen wird. Bekanntlich bereiten oft lange Zeit hindurch zweifelhafte Rechtsfragen den Gerichten Schwierigkeiten, ehe sie zur Entscheidung des Kassationshofes gelangen. Die Besprechung solcher Fragen werden wir uns vorzugsweise angelegen sein lassen.

So werden wir auch unter der Herrschaft anderer Gesetze und im erweiterten Wirkungskreise die alte Aufgabe dieser Blätter zu lösen suchen: die Praxis mit dem Geiste der Wissenschaft zu beseelen und die Wissenschaft durch den Nachweis zu fördern, wie sich ihre Sätze in der Praxis gestalten. St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines¹⁾.

1.

Ueber die Lokation vorgemerakter Forderungen.

Bergl. Bd. XVII S. 139 Bd. XXIV S. 271.

Ueber die Anwendung der im §. 74 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 enthaltenen Bestimmung hat sich der oberste Gerichtshof bereits in mehreren Fällen ausgesprochen.

1) Die Lokation einer vorgemerkten in die II. Klasse gesetzten Forderung wurde angefochten, weil

¹⁾ Wir werden den seither unter der Gesamtüberschrift: „Mittheilungen aus der Praxis“ — gegebenen Stoff von nun an der leichteren Uebersicht wegen unter mehrere Rubriken vertheilen.

eine Hypothek nicht förmlich eingetragen, und vom Liquidanten der Nachweis, daß er ein Recht auf eine Hypothek erworben habe, nicht beigebracht worden sei, ferner weil der §. 74 nur dann Anwendung finden könne, wenn der förmlichen Eintragung nur der Mangel einer die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität entgegengestanden sei, während im vorliegenden Falle der ausdrückliche Wille beider Theile den förmlichen Eintrag gehindert habe, indem nur eine Vormerkung beantragt worden sei. Es wurde gebeten, die Forderung in die V. Klasse zu verweisen.

Diesem Antrage wurde keine Folge gegeben. Die Liquidität der Forderung ist unbestritten geblieben, es ist aber auch das Recht auf die Hypothek dargethan. In dem hypothekenamtlichen Protokolle v. 5. Juni 1847 erklärte der Schuldner L. B.: er bekenne dem J. H. die Summe von 6000 fl. schuldig zu sein, verspreche dieselbe jährlich mit 4% zu verzinsen, verpfände hiefür sein im Hyp.-Buche bereits beschriebenes Besizthum und bitte, darauf diese Summe vorzumerken. Der Schuldner, welcher seinem Gläubiger gegenüber erklärt, daß er die Verpfändung seines Grundvermögens zur Sicherheit seiner Forderung bewillige, räumt diesem ein Recht auf Eintragung einer Hypothek ein, er gewährt ihm durch sein Zugeständniß einen vertragmäßigen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek (§. 13 und 15), und mehr als der Nachweis eines solchen Rechtstitels wird nach §. 74 im Konkursverfahren bezüglich einer bereits vorgemerkten Hypothekensforderung nicht erfordert. Die Frage, ob eine Vormerkung oder Eintragung zu geschehen habe, berührt nicht sowohl das Hypothekenrecht als vielmehr das Verfahren in Hypothekensachen; in beiden Fällen muß ein Recht auf eine Hypothek schon begründet

sein. Dieses Recht zur Hypothek auf den Grund des erklärten Privatwillens des Schuldners wurde durch das in Bezug genommene Hyp.-Protokoll v. 5. Juni 1847 genügend dargethan; die Bezugnahme auf das Hyp.-Buch, in welchem die Hypothek vorgemerkt ist, begreift von selbst auch die Bezugnahme auf die in demselben allegirten den Einträgen zur Grundlage dienenden Hypothekenprotokolle.

Auf den Grund des durch erklärten Privatwillen zugestandenen Hypothekenrechtes war der Gläubiger zu jeder Zeit befugt, die förmliche Eintragung der Hypothek zu verlangen. Es ist weder vom Schuldner noch von den Gläubigern eingewendet worden, daß und welches rechtliche Hinderniß der förmlichen Eintragung der Hypothek entgegengestanden sei. Das Hypothekenbuch veröffenbart ein solches Hinderniß nicht; als Besitzer des Anwesens ist der Schuldner C. B. eingeschrieben, eine Dispositionsbeschränkung ist nicht vorhanden, das Darlehensgeschäft ist nirgends angefochten worden; ein Mangel an einem materiellen oder formellen Erfordernisse für den Hypothekeneintrag, welcher jedenfalls exceptionsweise hätte geltend gemacht werden müssen, ist überall nicht ersichtlich, es sind somit alle Voraussetzungen des §. 74 gegeben, unter welchen der vorgemerkten Hypothek die rechtliche Wirkung einer eingetragenen Hypothek beigelegt werden soll. Der §. 74 schreibt nicht vor, daß im Konkursprozeß noch ein solches Verfahren, wie im §. 110 verordnet ist, nachträglich statt zu finden habe; einem solchen Verfahren würden die ausdrücklichen Bestimmungen der §§. 118 und 73 entgegenstehen; der Sinn des §. 74 ist vielmehr der, daß, wenn im Konkursverfahren das Recht auf die Hypothek, d. i. der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek nachgewiesen werde, die vorgemerkte Hypothek die rechtliche Wirkung einer eingetragenen Hypothek in dem

Maße erlangt, als wäre sie am Tage der geschehenen Vormerkung bereits förmlich eingetragen gewesen.

OAGrf. v. 29. März 1853, Nr. 862^{1/2}.

2) Der Schuldner S. D. hatte sich dem Hypothekgläubiger M. S. gegenüber verbindlich gemacht, keine auf Privatwillen beruhende Hypothek zu bestellen, nachdem schon früher eine Hypothek für den Gläubiger P. vorgemerkt worden war; die Forderung des P. wurde in der II. Instanz in die 2. Klasse gesetzt. Der Ausspruch der II. Instanz wurde oberstrichterlich bestätigt.

Der Titel, auf welchen das angesprochene Hypothekenrecht gegründet wurde, ist ein vertragsmäßiger. Der Gemeinschuldner S. D. hatte längst vor erklärter Zahlungsunfähigkeit in dem gerichtlichen Protokolle v. 16. Sept. 1841 nicht nur die Richtigkeit der Forderung des P. zugestanden, sondern auch die Eintragung einer Hypothek auf sein Grundvermögen bewilliget; der alsbaldige Eintrag konnte nur aus dem Grunde nicht geschehen, weil das Hypothekenamt vorerst die Vernehmung des Hypothekgläubigers M. S. für nothwendig erachtete, da sich der Schuldner diesem Gläubiger gegenüber verbindlich gemacht hatte, keine auf Privatwillen beruhende Hypothek zu bestellen, widrigenfalls das demselben schuldige Kapital als aufgekündigt angesehen werde. Durch die geschehene Vormerkung hatte der Gläubiger ein bedingtes Hypothekenrecht, und zugleich die Sicherung des Ranges der Forderung gegen andere Gläubiger erlangt. Nachdem nun M. S. sich in dem vorgesezten Termine von 14 Tagen über das Eintragungsgeſuch des P., welches ihm unter dem Rechtsnachtheile mitgetheilt worden war, daß ansonst auf weiteres Anrufen des Betheiligten die geschehene Vormerkung in die förmliche Eintragung übergehen werde, nicht erklärt hatte, so war das Hinderniß, welches bisher noch der Eintragung

der Hypothek entgegenstanden war, beim Mangel eines von ihm erhobenen Widerspruches beseitigt, und es mußte die Zustimmung zur Eintragung angenommen werden. Alle diese Momente sind im Konkursverfahren durch die Hypothekenamtsakten, auf welche Bezug genommen wurde, nachgewiesen; daß erst im Jahre 1846 eingeschriebene Verbot konnte dem Gläubiger seine längst vorher im Jahre 1841 erworbenen Rechte nicht entziehen, es muß vielmehr die im Konkursverfahren sich ergebende Richtigstellung der Forderung und des Hypothekenrechtes auf den Zeitpunkt der geschehenen Vormerkung zurückbezogen werden. Denn im §. 30 ist bestimmt, daß, wenn die Anstände oder die Mängel gehoben sind, die Hypothek so angesehen werden soll, als ob sie schon am Tage ihrer Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre.

DAßGef. v. 28. Dezbr. 1848, Nr. 20⁴⁷/₄₈.

3) Die zu Gunsten des Gläubigers W. eingeschriebene Dispositionsbeschränkung des Schuldners S., vor Befriedigung jenes Gläubigers keine auf Privatwillen beruhende Hypothek zu bestellen, wurde nicht als Hinderungsgrund angesehen, der vorgemerkten Forderung des Gläubigers G. die rechtliche Wirkung einer eingetragenen Hypothek zuzuerkennen:

Daß Recht zur Hypothek durch erklärten Privatwillen des Schuldners ist durch die in Bezug genommenen Hypothekenprotokolle dargethan, inhaltlich welcher der Schuldner die Eintragung selbst verlangt, resp. in solche eingewilliget hat; daß entgegengestandene Hinderniß der förmlichen Eintragung, welches darin gefunden wurde, daß sich der Schuldner S. am 13. März 1834 zu Gunsten des Gläubigers W. verbindlich machte, vor dessen Befriedigung keine auf Privatwillen beruhende Hypothek zu bestellen, ist dadurch beseitiget worden, daß W. die

auf den Grund jener Erklärung des Schuldners bloß zu seinen Gunsten vorgemerkte Dispositionsbeschränkung im Konkurse für sich nicht geltend gemacht, mithin von seinem beßfalligen Rechte, die vorgemerkte Forderung des G. im Betreff der Priorität streitig zu machen, keinen Gebrauch gemacht hat. Bei hiedurch gehobenem Anstande ist die vorgemerkte Forderung so zu betrachten, als ob sie gleich anfänglich rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre (§. 30 des Hyp.-G.). Jene Dispositionsbeschränkung, welcher sich der Schuldner bloß zu Gunsten des gedachten Gläubigers unterworfen hat, welcher aber sich seines hiedurch erlangten Widerspruchsrechtes nicht bedient hat, kann dem Revidenten K., da bezüglich seiner eine gleiche *causa contradicendi* nicht vorhanden ist, keinen Grund zur Aufsechtung der Hypothekenforderung des G. geben: OÖ. Kap. XIX §. 6 Nr. 3 u. Ann. lit. c.

OAGrf. v. 26. Nov. 1842 Reg.-Nr. 274^{39/40}.

4) Durch den Mangel des grundherrlichen Konsenses wird die Anwendung des §. 74 nicht ausgeschlossen.

Das Hinderniß, wegen dessen am 3. März 1849 die definitive Eintragung der Hypothek für G. W. nicht erfolgte, war der Mangel des grundherrlichen Konsenses. Diesem Mangel kann aber das Gewicht nicht beigelegt werden, wie vom vorigen Richter geschehen ist. Abgesehen davon, daß hier eine *exceptio de jure tertii* gebraucht werden will, so hat mit dem Gesetze v. 4. Juni 1848 der grundherrliche Konsens angehört, ein Erforderniß zur Gültigkeit einer Hypothekenbestellung zu sein. Nur die materiellen Vortheile der früheren Grundbarkeit sind dem Grundherren geblieben, und diese müssen ein für allemal fixirt werden. Es stand mithin zur Zeit des 18. März 1849 dem wirklichen Eintrage der Hypothek für den Liquidanten kein Hinderniß

mehr entgegen, und sein Anspruch auf eine solche findet in dem §. 74 des Hyp.-Ges. seine rechtliche Begründung. Daß das Hypothekenobjekt schon vor der Eröffnung des Konkurses verkauft wurde, ist ohne allen Einfluß, indem der erlöste Kaufschilling nunmehr dasselbe repräsentirt, und die Rechte der Hypothekengläubiger sich auf diesen übertragen.

DABGrf. v. 2. Juni 1854, RNr. 360⁵³/₅₄.

§.

2.

Beweiskraft der Kurszettel.

Vgl. Bd. XIII S. 398 Nr. 8.

Implorant hatte nach rechtskräftigem Prälokute summarischen Nachweis darüber zu erbringen, welchen Kurs gewisse Kreditpapiere an einem bestimmten Tage zu B. — einem kleineren Handelsplatze, an dem sich keine Börse befindet, — hatten. Dieser Nachweis wurde angetreten durch drei Sachverständige, deren Angaben sich auf das gleichfalls als Beweismittel produzierte Kursblatt eines Frankfurter Senfals über den dortigen Kurs jener Papiere am entsprechenden Tage und die desfallsige Aufzeichnung in dem von den Sachverständigen selbst beigebrachten Handelsblatte: „der Aktionär“ — gründeten. Obgleich nicht widersprochen werden konnte, daß für B. der Frankfurter Kurs maßgebend sei, bestritt Implorat die Beweisführung, weil die Blätter, aus denen die Sachverständigen ihre Information entnommen, nur Privatangaben enthielten, daher nicht die Beweiskraft offizieller Börsenzettel hätten.

Der hier nur erforderliche summarische Nachweis wurde aber für hinreichend erbracht angenommen, da den Veröffentlichungen der angegebenen Art im Handelsverkehre Glaube geschenkt werde.

DABGrf. v. 14. Okt. 1861, RNr. 1372⁶⁰/₆₁.

77.

Dr. J. A. Seuffert's**Blätter für Rechtsanwendung**
zunächst in Bayern.

Inhalt: Inwieferne ist die Erlassung einer Ediktalladung an unbekannte Gläubiger durch die Verlassenschaftsbehörde ohne Antrag der Erben zulässig? — Eventuelle Kolation im Konkurs. — Forderung eines zurückgewiesenen Stelgerers. — Die Bestimmungen des allgem. Preuss. Landrechtes Ebt. 1 Ebt. 17 §. 131 sind nicht geeignet, Abänderungen an der Lage eines bereits anhängigen Prozesses herbeizuführen. — Die Verwaltungsgorgane der Metropolitan- und Kathedralkirchen in Papern sind durch das Konkordat vom 5. Juni 1817 von der landesgesetzlichen Verpflichtung zur Erhebung des kuratelenamtlichen Streitkonfessiones nicht befreit worden.

Inwieferne ist die Erlassung einer Ediktalladung an unbekannte Gläubiger durch die Verlassenschaftsbehörde ohne Antrag der Erben zulässig?

Sehr häufig pflegen die Verlassenschaftsbehörden auch bei Auseinanderlegung von Verlassenschaften, bei denen kein Minderjähriger theilhaft ist, und wobei keine Ueberschuldung indiziert ist, ohne Antrag der Erben von Amtswegen Ediktalladungen an die unbekannten Gläubiger, unter dem Präjudize zu erlassen, daß, im Falle sie nicht innerhalb bestimmter Frist ihre Ansprüche bei der Verlassenschaftsbehörde anmelden, hierauf bei Auseinanderlegung des Rücklasses keine Rücksicht genommen werden würde.

Insbondere wird von solchen Ediktalladungen dann Gebrauch gemacht, wenn die Erbschaftsantretung unter der Rechtswohlthat des Inventars geschah. Dieses Verfahren, in dessen Folge die Auseinanderlegung des Rücklasses verzögert und den mannigfaltigsten Verwickelungen eine neue Quelle eröffnet wird, wodurch überdieß die Kosten der Verlassenschaftsbehandlung meist nicht unbeträchtlich vermehrt werden, läßt sich nicht rechtfertigen.

Bei Verfügungen in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit, um welche es sich hier handelt,

gilt als oberster Grundsatz, daß die richterliche Einschreitung ohne Antrag der Parteien nur da stattzufinden hat, wo sie von den Gesetzen speziell geboten ist, daß sie außer diesen Fällen durch das Verlangen der betheiligten Privatpersonen bedingt und in jedem Falle durch den Zweck des einschlägigen Gesetzes und die Privatwillführ begrenzt ist¹⁾.

Die Auseinandersetzung einer Erbschaft, bei welcher kein Minderjähriger betheiligt und keine Ueberschuldung indiziert ist, gehört nicht zu jenen Geschäften, bei welchen der Richter von Amtswegen einzuschreiten hat, sondern seine Thätigkeit ist durch das Anrufen der Betheiligten bedingt, wie denn überhaupt die Vermuthung für die letztere Gattung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit streitet²⁾.

Es macht auch keinen Unterschied, wenn die Erben die Erbschaft nur mit der Wohlthat des Gesetzes und des Inventars antreten; denn es ist für diesen Fall nicht einmal die gerichtliche Inventarerrichtung im gemeinen Rechte vorgeschrieben, geschweige denn ein weiteres richterliches Einschreiten behufs Auseinandersetzung des Nachlasses³⁾. Ebensovienig folgt daraus, daß die Erben zu ihrer Sicherheit gerichtliche Inventarerrichtung beantragen, daß sie sich auch eine gerichtliche Ediktalcitation der unbekannten Nachlassgläubiger gefallen lassen müssen. Allerdings mag unter Umständen der Antrag auf Erlassung einer solchen Citation dem Erben zu seiner Sicherung gegen künftige Ansprüche unbe-

¹⁾ W. S. Puchta's Handb. des ger. Verfahrens in nicht streitigen Rechtsachen Tbl. I S. 29.

²⁾ Puchta a. a. O. S. 32, 49–54.

³⁾ Vgl. Mühlenthal in Glück's Romm. Bd. XLI S. 359 ff.; Seuffert's prakt. Pand.-Recht §. 572, Bd. III. S. 215 der III. Auflage.

kannter Gläubiger als rathsam erscheinen. Aber eben weil eine solche Ladung nur im Interesse des Erben selbst liegt, kann sie ihm wider seinen Willen nicht aufgedrungen werden. Es ist zwar eingewendet worden, daß die Ediktalladung der unbekannten Gläubiger den Zweck habe, denselben die Möglichkeit einer rechtzeitigen Prüfung der Richtigkeit des Inventars zu sichern. Allein eine solche Fürsorge für das Interesse von Gläubigern, die nicht freiwillig Schritte zur Wahrung ihrer Rechte thun, ist durch kein Gesetz gerechtfertigt.

Es muß auch in Abrede gestellt werden, daß eine gerichtliche Praxis für Edictalcitationen der Nachlassgläubiger in allen Fällen, wo eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wurde, besteht, vielmehr pflegt eine solche Edictalladung nur dann verfügt zu werden, wenn:

a) Minderjährige als Erben betheiligt sind, —
oder

b) eine Ueberschuldung der Nachlassmasse indigirt ist, oder

c) außer diesen Fällen die Erben freiwillig dem Gerichte die Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses, d. h. Befriedigung der Gläubiger und Vertheilung des Aktivrestes überlassen haben.

§.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Eventuelle Citation im Konkurse.

Das Appellationsgericht hatte eine Beschwerde der Ehefrau des Kreditars über die eventuelle Co-

kation ihrer Forderungen in die V. Klasse aus dem Grunde abgewiesen, weil die vorhandene Aktivmasse nicht einmal zur Befriedigung der Gläubiger der II. Klasse zureichend sei, es daher als nutzlos erscheine, wenn die Forderung eventuell auch in die IV. Klasse locirt würde. Dieser Ausspruch wurde oberstrichterlich aus nachstehenden Gründen abgeändert:

Wenn dieser Grundsatz rechtliche Billigung erhalten könnte, so würde dem Konkursrichter in allen Fällen, in welchen das Vermögen des Gemeinschuldners nur aus dem Erlöse des verpfändeten Grundvermögens besteht, welcher voraussichtlich über die II. Klasse nicht hinausreichen würde, auch die Befugniß eingeräumt werden müssen, über alle Forderungen, welche sich zur Lokation in eine nachfolgende Klasse eignen würden, die Erkenntnißfällung zu unterlassen. Allein in allen Fällen, in welchen die Voraussetzungen des §. 32 und 33 der Prioritäts-Ordnung v. 1. Juni 1822 nicht gegeben sind, kann jeder Gläubiger, um so mehr aber der Hypothekgläubiger, welcher zur Liquidation zugelassen wurde, verlangen, daß über seine Forderung nach dem ihr zukommenden Vorzugsrechte vollständig und nicht bloß theilweise erkannt werde. Es mag sein, daß die gegenwärtige Masse nicht so weit reicht, daß hiervon ein Theil auf die Forderungen der Gläubiger der vierten Klasse fällt; darum hat aber das Interesse der Gläubigerin noch nicht aufgehört, einen Ausspruch darüber zu erhalten, in welcher Klasse sie ihre Befriedigung in Ansehung desjenigen Forderungsbetrages zu erwarten habe, welcher aus dem Erlöse des ihr verpfändeten Grundvermögens in zweiter Klasse nicht berichtet wird. Das Prioritäts-Erkentniß und die darin enthaltene Klassifikation der Forderungen der Gläubiger gibt die unverrückbare Grundlage für den nachfolgenden Massevertheilungs-

plan; die Revidentin kann daher, wenn ihre Forderung nicht eventuell in die IV. Klasse eingesezt worden ist, auch auf den Masseheil keinen Anspruch machen, welcher den Gläubigern dieser Klasse zufallen wird. Dafür, daß der Gemeinschuldner nie mehr in dem Maße zu Vermögen gelangen werde, um die Massenforderung seiner Ehefrau bezahlen zu können, liegt keine Gewißheit vor; die Rücksicht auf die Unvermögenheit des Schuldners kann bei Erlassung eines Erkenntnisses niemals maßgebend sein, am wenigsten in einem Prioritätsurtheile, dessen Zweck ist, die Liquidität und Priorität der Forderungen mit Berücksichtigung der speziellen Objekte, auf deren Erlös sich das Vorrecht — wie bei den Hypotheken- und Faustpfandgläubigern — beschränkt, festzustellen, ohne zugleich damit eine Berechnung über die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit der ganzen Masse oder des Erlöses aus einzelnen Vermögenstheilen des Schuldners für die Tilgung der Forderungen der Gläubiger zu verbinden.

Nach dem erstrichterlichen Erkenntnisse ist der Massenforderung der Ehefrau das Vorzugsrecht in der IV. Klasse aberkannt und der unbezahlt bleibende Theil derselben in die V. Klasse gewiesen worden. In dieser Verfügung liegt eine gegründete Beschwerde für die Revidentin, weil der Ehefrau nach §. 23 Nr. 3 der Pr.-Ordn. in Ansehung ihres eingebrachten Vermögens der Vorzug in der IV. Klasse zusteht.

Der Umstand, daß für das eingebrachte Vermögen der Ehefrau bereits eine Hypothek eingetragen war, kann die eventuelle Lokation nicht hindern, weil im §. 20 a. a. O. ausdrücklich verordnet ist, daß jenen Gläubigern, deren Forderungen aus dem Verkaufspreise der hypothezirten Sache nicht bezahlt werden können, für Dasjenige, was sie in der II. Klasse nicht erhalten, in einer der folgenden

Klassen jener Platz anzuweisen sei, welcher der Forderung, abgesehen von der Hypothek, nach ihrer ursprünglichen Eigenschaft zukommt.

Es war daher die Forderung der R. G. in Ansehung desjenigen Betrages, welchen sie in der II. Klasse nicht erhält, in die IV. Klasse einzusetzen.

OABG. v. 17. März 1856, Reg.Nr. 704^{55/56}.
§ *.

2.

Beschwerde eines zurückgewiesenen Steigerers.

Bgl. Bl. f. RA. Bd. XIX, S. 369 ff.

In einem Erbtheilungsprozeß kam es zur gerichtlichen Versteigerung eines zur Masse gehörigen Wohnhauses. Eine Miterbin legte zwar das Meistgebot, das Haus wurde aber, da das Gericht sie für vermögenslos und unfähig, die Steigerungsbedingungen zu erfüllen, erklärte, Demjenigen zugeschlagen, welcher das nächstniedrige Gebot gelegt hatte. Mit ihrer Extrajudizialappellation in II. Inst. abgewiesen, erhob sie Beschwerde zum obersten Gerichtshofe, der dieselbe jedoch als unzulässig verworf, von der Erwägung ausgehend, daß das Erkenntniß der Vorinstanz, als in der Streitsache der Elisabetha R. gegen Karl R. und zwar als im Exekutionsverfahren ergangen zu betrachten sei; daß dieses Erkenntniß mit dem angefochtenen Dekrete der ersten Instanz gleichförmig sei; daß daher die Bestimmung des §. 54 Ziff. 8 des Prozeßgesetzes vom 17. Novbr. 1837 zur Anwendung zu kommen habe, wonach gegen gleichförmige Erkenntnisse und Beschlüsse der Vorinstanzen im Exekutionsverfahren eine Appellation an die dritte Inst. nicht stattfindet.

OABG. v. 10. Dezbr. 1861, Nr. 1630^{60/61}.

3.

Die Bestimmungen des allgem. Preuß. Landrechtes Tbl. I Tit. 17 §. 131 sind nicht geeignet, Abänderungen an der Lage eines bereits anhängigen Prozesses herbeizuführen.

Nach dem Tode des ursprünglichen Beklagten wurden nach O.D. Kap. III §. 3 Nr. 9 vom Kläger dessen Erben benannt, welche nun den Streit fortsetzten. Den sämtlichen Erben wurde der Haupteid *de credulitate* auferlegt und dieses Erkenntniß rechtskräftig. Als es aber zur Ableistung des Eides kommen sollte, brachte der Kläger vor, die Erben hätten in der Zwischenzeit seit ihrem Eintritte in den Prozeß die Erbschaft getheilt; er wolle sich nun vorerst nach der oben allegirten Vorschrift des Preuß. Landrechtes an den Mitbeklagten W.G. allein halten und verlange, daß dieser allein den Eid leiste. Dieser Antrag wurde von allen Instanzen verworfen und in den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen gesagt:

Die angezogene Bestimmung des Preuß. Landrechtes, wonach, wenn die Erben vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten in den Nachlaß sich getheilt haben, jeder Erbschaftsgläubiger die Wahl hat, ob er sich an die Erben insgesamt, oder an einen unter ihnen für das Ganze halten will, kann an den prozessualischen Grundsätzen über die Fortführung des Prozesses nach Maafgabe der durch die Kriegsbefestigung, die späteren Verhandlungen und beziehungsweise die Rechtskraft der ergangenen Judikate gewonnenen Grundlage nichts ändern, sondern allenfalls ihren Einfluß nur dann äußern, wenn es zur Hilfspollstreckung kommt und sich zeigen sollte, daß die Kläger in der Verwirklichung ihrer damals erst noch richtig zu stellenden Ansprüche gefährdet sind, oder wenn sie sich für gefährdet halten.

Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz *).

Die Verwaltungorgane der Metropolitan- und Kathedral-Kirchen in Bayern sind durch das Konkordat vom 5. Juni 1817 von der landesgesetzlichen Verpflichtung zur Erholung des kuratelamtlichen Streitkonsenses nicht befreit worden.

Nachdem bis zum Jahre 1841 die Verwaltung des Kathedralkirchenvermögens zu Speyer mit jener des Vermögens der dortigen Dom- (und Stadt-) Pfarrei vereinigt gewesen war, wurden die einzelnen Vermögensbestandtheile vermöge Ah. Entschließung vom 11. November jenes Jahres ausgeschieden. Hierbei ist der Bischof und das Domkapitel mit der Verwaltung des Kathedral-Kirchen-Vermögens betraut worden dergestalt, daß ihnen dieselbe „zur unbeschränkten, nur der obersten Aufsicht des Staates untergeordneten Disposition über die Verwendung der bezüglichen Fonds übergeben wurde“. Unter französischer Herrschaft war bekanntlich alles Kirchenvermögen sequestrirt, beziehungsweise konfiszirt worden und erst während des Kaiserreichs (1806) ist der Dom in Speyer sammt dem damals noch unveräußert vorhandenen Zugehör den Kultuszwecken zurückerstattet worden. Als unter der bayerischen Regierung

*) Wir bitten die Juristen rechts des Rheins, diese Abtheilung unserer Blätter nicht zu überschlagen. Sie werden darin häufig Ausführungen finden, welche auch für die diesseitige Praxis von Erheblichkeit sind. So würden z. B. die Betrachtungen über Verf. Urk. Tit. IV §. 9, über Beil. II zur BU. § 75 und über die Art. I, IV, XVI und XVII des Konkordats, welche bei dem hier zuerst mitgetheilten Urtheile maßgebend waren, auch bei Entscheidung der darin behandelten Streitfrage in einem diesseitigen Prozesse praktischen Werth haben.

der Dom zum Gottesdienste wiederhergestellt wurde, blieb der unmittelbar angrenzende, früher unter dem Namen der Immunität bekannte, dormalen in eine dem Publikum zugängliche Gartenanlage umgeschaffene Grund und Boden im Besitze des Staates. In neuerer Zeit haben Bischof und Kapitel Eigenthumsansprüche an fraglichem Grund und Boden erhoben, nämlich behauptet, daß derselbe eine Zugehör der schon unter der französischen Regierung restituirten Domkirche bilde. Es kam zur Klage, nachdem die k. Regierung der Pfalz, K. d. Finanzen, als Vertreterin des Fiskus die mehrjährigen außergerichtlich gepflogenen Verhandlungen mit der Erklärung abgebrochen hatte, daß der Rechtsweg betreten werden möge, wenn fernerhin auf den Eigenthumsansprüchen beharrt werden wolle.

Vom Fiskalat wurde die Klage mit mehreren Eintreden bekämpft, insbesondere auch mit der faktisch begründeten, daß versäumt worden sei, zur Klage die Ermächtigung der k. Regierung, K. d. Innern, zu erhalten. Die erste Instanz — k. Bezirksgericht Frankenthal — verwarf diese Eintrede in der Erwägung, daß allerdings, wären die desfalls angerufenen Gesetze — zwei französische Dekrete vom 30. Dez. 1809 und 6. Nov. 1813 — annoch in voller Wirksamkeit (nämlich nicht allein in Betreff der Pfarreien, sondern auch in Betreff der Bischöfe und Kapitel anwendbar), die Klage ohne Ermächtigung nicht hätte angestellt werden können, daß indessen jenen Gesetzen durch das mit der Verfassungsurkunde publizierte Konkordat v. 5. Juni 1817, wonach der Bischof mit dem Domkapitel zur selbstständigen Verwaltung des Vermögens der Kathedrale berufen ist, derogirt sei, was auch die angeführte Rh. Entschließung vom 11. Nov. 1841 anerkannt habe. Ueberdies wurde, um die Annahme, daß ein Streitkonsens nicht nothwendig sei, zu rechtfertigen, auf

die Thatsache hingewiesen, daß die k. Regierung es den Klägern ausdrücklich überließ, den gerichtlichen Weg zu betreten, was einer förmlichen Ermächtigung gleich komme, zumal die Distinktion zwischen Kammer der Finanzen und Kammer des Innern gegebenen Falles auf eine leere Subtilität hinauslaufen würde, auf welche bei Rücksicht auf die hohe Stellung und Würde eines Bischofs ein entscheidendes Gewicht ohnehin nicht gelegt werden dürfe.

Auf eingelegte Berufung wurde diese Entscheidung durch Urtheil des k. Appell.-Gerichtes der Pfalz vom 19. Juni 1860 reformirt, nämlich anlangend die Einrede der mangelnden Ermächtigung mit besonderer Betonung der Verfügungen des Dekretes vom 6. Nov. 1813 erkannt:

1) daß die angeblich in Betreff der höheren geistlichen Würdenträger abrogirten französischen Gesetze nicht schlechtthin unvereinbarlich seien mit der k. bayerischen Verfassungsurkunde und dem mit derselben publizirten Konfirkdate, daß jedenfalls die Annahme, als ob die Staatsgewalt sich bezüglich der Verwaltung der zu den Kathedralkirchen reffortirenden Güter und Fonds der beanstandeten Kognition über die Frage, ob ein Prozeß statthast sei oder nicht, entfflagen habe, — im Widerspruche stehen würde mit den verfassungsmäßigen Normen, wonach die Kirchen und Geistlichen in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens den Gesetzen des Staates unterworfen sind und die Verwaltung des Kirchenvermögens „nach den hierüber gegebenen Gesetzen unter dem königlichen obersten Schutze und Aufsicht steht“;

2) daß auch die vom ersten Richter als Beweis der geltend gemachten Abrogation der betr. französischen Gesetze angerufene allerhöchste Entschlieffung vom 11. Nov. 1841 die Auslegung nicht zu-

lasse, als ob hierdurch das damalige Staatsoberhaupt die behauptete Abrogation habe anerkennen wollen, und

3) daß die von der k. Regierung K. d. Fin. Namens des k. Merars abgegebene Erklärung, wonach in Erledigung der außergerichtlichen Reklamationen den Klägern die Betretung des Rechtsweges überlassen wurde, als ein Dokument förmlicher Prozeßermächtigung, welche der k. Regierung K. d. Inn. und in letzter Instanz dem Staatsrathe zustehe, sich nicht auffassen lasse.

Demgemäß wurde die Klage wegen Abganges der zu ihrer Anstellung erforderlichen administrativen Ermächtigung als unzulässig abgewiesen.

Giegegen wurde das Rechtsmittel der Kassation ergriffen. In der Refursschrift wurde geltend gemacht, das k. App.-G. habe, indem es auf Grund des französischen Dekrets vom 6. Nov. 1813 (Art. 53) die Nothwendigkeit des Streitkonsenses aussprach, eine gesetzliche Bestimmung zur Anwendung gebracht, deren rechtliche Wirksamkeit durch ein später erlassenes Verfassungsgesetz, nämlich durch das bayerische Konkordat in Verbindung mit der II. Verfassungsbeilage aufgehoben wurde; speziell seien durch das angefochtene Urtheil die Art. I, IV, XVI und XVII des Konkordates verletzt, wie nicht minder die Bestimmungen des §. 75 der II. Verfassungsbeilage falsch angewendet worden.

Bei der öffentlichen Verhandlung über diese Refurssbeschwerde hat der kgl. Generalstaatsprokurator v. Wigis, welcher Namens des k. Merars¹⁾

¹⁾ In Prozessen, wo der Fiskus Partei ist, kann nach franzöf. Rechte der Staatsprokurator zur Vertretung des Fiskus angegangen werden, was jenen Beamten indessen nicht hindert, im Interesse des Gesetzes das ihm kompetirende Gutachten abweichend von der

gleichwie gutachtlich als Vertreter des öffentlichen Ministeriums den Rekurs bekämpfte, auf die Nothwendigkeit hingewiesen, den Unterschied zwischen eigentlichem Kirchen-Vermögen und zwischen solchem, welches zur Ausstattung des höheren und niederen Klerus bestimmt ist, in's Auge zu fassen, zumal dieser Unterschied vom kgl. Bezirksgerichte gänzlich außer Acht gelassen und selbst in der II. Instanz nicht gebührend gewürdigt worden sei. Die Frage könne nicht darin bestehen — so wurde einleitungsweise bemerkt — ob etwa das die Verwaltung der Güter des Klerus normirende, im appellationsgerichtlichen Urtheile, gleichwie in der Rekurschrift vorzugsweise in Bezug genommene Dekret vom 6. November 1813 seit Publikation der Verfassungsurkunde in Betreff der Bischöfe und Domkapitel seine Wirksamkeit verloren habe; es sei vielmehr zu prüfen, ob das für die Verwaltung des Kirchenvermögens maassgebende Dekret vom 30. Dez. 1809, wonach die Kathedralkirchenverwaltungen gleichmäßig wie die Pfarrkirchenfabriken ohne Ermächtigung der Regierung rücksichtlich der Kirchengüter weder als Kläger noch als Beklagte vor Gericht auftreten dürfen, nach 1818 generell anwendbar geblieben sei. Denn wenn auch dem Konfodate unverkennbar die Absicht zu Grunde liege, den Bischöfen und Kapiteln in der Verwaltung der denselben zur standesgemäßen Ausstattung und Verussserfüllung zugesicherten Fonds freie Hand zu lassen, und wenn deshalb auch Zweifel obwalten mögen, ob der Bischof von Speyer und dessen Kapitel den in den Titeln II, III und IV des Dekretes von 1813 besprochenen Verwaltungsmaassregeln und Normen, soferne diese mit dem Begriffe einer „freien Verwaltung“ (Art. IV

Rechtsanschauung des Fiskalates abzugeben. Vgl. Bomhard, Civilrechtspflege der b. Pfalz, S. 89.

a. A. des Konfordates) sich nicht vereinbaren lassen, dormalen noch unterworfen seien, so gestatte dieß an und für sich doch nicht die Schlußfolgerung, daß dieselben Zweifel im Falle ihrer Begründung gleichermaßen der Zulässigkeit einer staatlichen Kuratel in Betreff der Verwaltung und Erhaltung des Speyerer Kathedralfabrikvermögens im Wege stehen müßten, indem die durch Natur und Bestimmung bedingte Verschiedenheit von Verwaltungsobjekten selbstverständlich verschiedene Verwaltungsgrundsätze zu bedingen geeignet sei. Hiernächst entwickelte der fgl. Generalstaatsprokurator in eingehender Weise die Gründe zur Annahme, daß weder in den älteren Kreisen des Königreiches noch in der Pfalz das Konfordat die Landesgesetzgebung rücksichtlich der Verwaltung des Kirchenvermögens, sei es direkt sei es indirekt, abgeändert habe, nachdem der zur Rechtsfertigung des Rekurses anwesende klägerische Anwalt (Abvokat Löw von Zweibrücken) in seinem mündlichen Vortrage unter Anderem auch geltend gemacht hatte, daß den diesseitigen Metropolitan- und Kathedralkirchenverwaltungen schwerlich zugemuthet werde, zu Prozessen von der hier fraglichen Gattung sich des Streitkonsenses zu versichern.

Durch das nachstehende Urtheil vom 16. Dez. 1861 (UB. Nr. 225) wurde nach dem Antrage des fgl. Generalstaatsprokurators der Rekurs für unbegründet erklärt:

„Die französischen Gesetze, welche bei Reorganisation der katholisch-kirchlichen Zustände seit Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts erlassen und in den Gebietstheilen der Pfalz während der Vereinigung derselben mit Frankreich publizirt worden sind, haben im Wesentlichen zum Gegenstande: eines Theils die Erhaltung und Verwaltung der zum Kultus bestimmten Gebäude — Kirchen — so wie des den Zwecken des Kultus dienenden Mobiliar- und Immo-

biliarvermögen, anderen Theils die Erhaltung und Verwaltung der den Pfarreien, Bisthümern, Kapiteln und bischöflichen Seminarien gehörenden Güter und Fonds.

Mit der Feststellung von Regeln in den bezeichneten Richtungen hat sich der Gesetzgeber des Näheren in zwei verschiedenen Dekreten befaßt. Durch das eine vom 30. Dez. 1809 datirende Dekret, welches in Vollziehung des Gesetzes vom 10. Germinal X die Kirchenfabriken freit, beziehungsweise deren Wirksamkeit normirt hat, ist bestimmt worden:

1) in welcher Weise und durch welche Mittel für die Erreichung der Kultuszwecke an den Sitzen der gewöhnlichen Pfarreien durch die aus geistlichen und weltlichen Mitgliedern bestehenden ständigen Kommissionen — Fabrikräthe und Ausschüsse — Sorge getragen, namentlich die Integrität der Pfarrkirchen und ihres Zugehöres, gleichwie der Pfarrhäuser überwacht werden soll (Kap. I—IV);

2) in welcher Weise die Metropolitan- und Kathedralkirchen sammt deren Zugehör, gleichwie die bischöflichen Paläste und Seminarien zu administrieren, insbesondere auch die eventuell nothwendigen Zuschüsse der Departementalkassen zu den Kosten der Erhaltung zu vermitteln seien (Kap. V).

Das andere vom 6. November 1813 datirende Dekret regulirt die Rechte und Pflichten der Pfarrer, Bischöfe, Kapitel und Seminarien in Betreff der Güter und Einkünfte, womit die Pfarreien, Bisthümer, Kapitel und Seminarien dotirt und von welchen die betr. Titulare und Anstalten Nugnießer sind; auch werden durch dieses Dekret Anordnungen über die Verwaltung, so wie die Vertheilung der Interkalargefälle der erwähnten Fonds in Stellen erledigungsfällen getroffen.

Es sind hienach die Verfügungen des Dekretes

von 1809 überall maßgebend, wo es sich handelt von der Erhaltung und Verwaltung der Bestandtheile des Kirchenvermögens, also entweder von Pfarrkirchen, so wie von Gütern und Fonds, die zu Pfarrkirchen gehören, oder von Kathedralkirchen und deren Appertinenzien, während die Verfügungen des anderen Dekretes — von 1813 — die Kirchen und deren Zugehör durchaus nicht betreffen.

Im Dekrete von 1809, welches im Kap. III mit der Ueberschrift: „Von der Verwaltung der Fabrikgüter“ — die Befugnisse und Pflichten der — wie erwähnt — aus weltlichen und geistlichen Mitgliedern zusammengesetzten Pfarrkirchenvorstände bespricht und solchergestalt die Verwaltungskompetenzregeln für die Fabrikräthe aufzählt, ist, — im Art. 77 — gesagt, daß letztere ohne Ermächtigung des Präsekturrathes (heute Regierung, R. d. J.) weder als Kläger noch als Beklagte Prozesse führen können und vermöge Kap. V, betitelt: „Von den Kathedralkirchen, bischöflichen Wohnungen und Seminarien“ — Art. 104 — ist es den bischöflichen, von der höchsten Staatsgewalt gebilligten Anordnungen der früheren Uebung entsprechend anheimgegeben, für die Verwaltung der Metropolitan- und Kathedral kirchenfabriken die Organe zu bezeichnen, wogegen — durch Art. 105 — alle, die innere Verwaltung der Pfarrfabriken betreffenden Regeln auf die Verwaltung der Kathedralfabriken anwendbar erklärt sind, so daß zwar allerdings die Bildung — die Zusammensetzung der Kathedralfabrikräthe von jener der Pfarrfabrikräthe abweicht, die Verwaltungskompetenz dagegen bei allen Kirchenfabriken eine gleiche, somit auch den Kathedralfabrikvorständen ohne staatliche Ermächtigung die Führung von Prozessen, welche das ihnen zur Verwaltung anvertraute kirchliche Ver-

mögen betreffen, nicht minder verboten ist, als die Veräußerung von Immobilienbestandtheilen dieses Vermögens (S. Art. 62 und Art. 77 des Dekretes und Journ. du Pal., Répertoire général, verbo: fabriques d'église Nr. 707 u. ff.).

Thatsächlich hat die den gegenwärtigen Rechtsstreit einleitende Klage keine Güter und Fonds, womit etwa der Bischof von Speyer oder das dortige Domkapitel oder das bischöfliche Seminar nuznießlich dotirt wäre, zum Gegenstande; die Klage bezieht das Erkenntniß, daß die an den Speyerer Dom unmittelbar angrenzende unter dem früheren Namen der Immunität bekannte Domanlage Eigenthum der Kathedralkirche zu Speyer, Appertinenz derselben und demgemäß der Kathedralkirchenfabrik zu restituiren sei. Die Natur, der Gegenstand und der Zweck der Klage bringen es also mit sich, daß, wenn und sofern das Dekret von 1809 fortwährend in Wirksamkeit besteht, die Nothwendigkeit der Klagermächtigung einem Zweifel nicht unterliegen kann, während es als schlechthin müßig sich darstellt, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klage von Lösung der Frage abhängig erscheinen zu lassen, wiefern das Dekret vom 6. November 1813, welches die Verwaltungsbefugnisse in anderer Beziehung als in Beziehung auf das Kirchenvermögen regulirt, welches nämlich beschränkende Bestimmungen in Betreff der Verwaltung der bischöflichen Mensen und der Einkünfte der Kapitel enthält (Art. 29, 49, 60 und 53), mit der neueren Gesetzgebung vereinbarlich sei.“

(Schluß folgt).

Dr. J. A. Gruffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Verwaltungorgane der Metropolitan- und Kathedralkirchen in Bayern sind durch das Konkordat vom 5. Juni 1817 von der landesgesetzlichen Verpflichtung zur Erholung des kuratelamtlichen Streitkonsenses nicht befreit worden. (Schluß.) — Haftung eines frachtsührenden Fluß- und Kanalschiffers aus einem Konnossemente. — Erfolg der Provokation zu einer dinglichen Klage, wenn beide Theile Besitzhandlungen nachweisen. — Unzulässigkeit von Extrajudizialbeschwerden gegen Zwischenverfügungen in Sachen der freiwilligen Vertheilbarkeit.

Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz.

Die Verwaltungorgane der Metropolitan- und Kathedral-Kirchen in Bayern sind durch das Konkordat vom 5. Juni 1817 von der landesgesetzlichen Verpflichtung zur Erholung des kuratelamtlichen Streitkonsenses nicht befreit worden.
(Schluß.)

„Anlangend nun die Frage, deren Entscheidung für die Würdigung der auf Grund mangelnder Ermächtigung vorgeschützt gewesenen Eintrede der Unzulässigkeit der Klage ausschließlich maassgebend erscheint, so soll nach den Ausführungen der Rekurschrift seit der Publikation der bayerischen Verfassungsgesetze, insbesondere des Konkordats von 1817, weil und sofern hiedurch das den Bischöfen nach kanonischen Satzungen gebührende Ansehen möglichst wiederhergestellt wurde, die Annahme, als ob die Bischöfe und Kapitel in der ihnen zugewiesenen Verwaltung des Kathedralvermögens irgendwie beschränkt werden dürften, nicht Platz greifen können. Bei den betreffenden Erörterungen wird in der Rekurschrift hingewiesen auf eine laut des angefochtenen Urtheils thatsächlich erfolgte allerhöchste Entscheidung vom 11. Novbr. 1841, wonach bei Gelegenheit der anbefohlenen Ausschreibung des Kathes

brälvermögens in Speyer von der dortigen Dom-
pfarrfabrik die Verwaltung der Kathedralfabrik dem
Bischofe und dem Domkapitel zur unbeschränkten,
nur der obersten Aufsicht des Staates untergeord-
neten Disposition über die Verwendung der bezüg-
lichen Fonds übergeben wurde.

Allein abgesehen davon, daß es, wie bereits
angebeutet wurde, dahin gestellt bleiben kann, ob
und wiefern das Dekret vom 6. Nov. 1813 sich
mit der neueren Gesetzgebung vereinbaren lasse, und
daß die etwa stattgehabte Aufhebung der die Ver-
waltung der bischöflichen Mensen und Kapitelgüter
betreffenden Bestimmungen dieses Dekretes nicht ohne
Weiteres auch eine Abolition des Dekretes von 1809
in Beziehung auf die Verwaltung des Kathedral-
kirchenvermögens in sich schließen würde, so sind
in der That die hier maachgebenden Verfügungen
der Verfassungsurkunde, beziehungsweise des Kon-
fordsats von 1817 der vom Kassationsrefurse em-
pfohlenen Auslegung in keiner Weise empfänglich.

Die Verfassungsurkunde besagt im Titel IV
§. 9: „Die Kirchen und Geistlichen sind in ihren
bürgerlichen Handlungen und Beziehungen, wie auch
in Ansehung des ihnen zustehenden Vermögens den
Gesetzen des Staates und den weltlichen Gerichten
unterworfen“, — und im §. 75 der zweiten Ver-
fassungsbeilage, welche zum näheren Verständnisse
der das Verhältniß zwischen Staat und Kirche nor-
mirenden Verfassungsbestimmungen dienen soll, ist
gesagt: „Die Verwaltung des Kirchenver-
mögens steht nach den hierüber gegebenen
Gesetzen unter dem königlichen obersten Schutze
und Aufsicht“.

Mit diesen generellen unzweideutigen Verfas-
sungsbestimmungen, wonach die Gesetze, welche in
den einzelnen Gebietstheilen des Königreichs rüch-
sichtlich der Verwaltung des gesammten Kirchen-

vermögens, also auch rücksichtlich des Vermögens der Kathedralkirchen in Wirksamkeit bestehen, ausdrücklich aufrecht erhalten erscheinen, ist das gleichzeitig publizierte Konkordat von 1817 durchaus nicht im Widerspruche. Dasselbe läßt nämlich eine vollständige Uebereinstimmung der päpstlichen Gewalt in dem Grundsatz erkennen, daß, sofern von der weltlichen Gewalt die kontraktuelle Pflicht eines besonderen Schutzes der katholischen Kirche und ihres Vermögens erschöpfend erfüllt werden soll, dieselbe den auf die Kirchengüter sich beziehenden Verwaltungsmaßregeln nicht absolut fremd bleiben dürfe.

Im Konkordate Art. IV a. E. ist gesagt: „Die Fonds, Einkünfte, beweglichen und unbeweglichen Güter der bischöflichen Kirchen und ihrer Fabriken sollen erhalten werden und wenn dieselben zur Unterhaltung der Kirchen, zu den Ausgaben für den Gottesdienst und zu den Gehältern der nöthigen Diener nicht zureichen, so werden Seine Majestät den Abgang decken.“

Hat hiernach der Staat für die Mittel zu den Zwecken des katholischen Kultus an den Kathedralkirchen bleibend einzustehen, so würde es kaum erklärlich sein, wenn im Sinne der deßfalls zu Stande gekommenen Uebereinkunft den an den erwähnten Kirchen als Verwaltungsorgane fungirenden geistlichen Würdeträgern die Befugniß hätte eingeräumt werden sollen, ohne irgend welche direkte oder indirekte Mitwirkung der Organe des Staates die Verwaltung des Kirchenvermögens zu betheiligen; erklärlich ist es dagegen, daß bei Publikation des Konkordats behufs entsprechender Vollziehung desselben der Staatsgewalt das von den übernommenen Pflichten unzertrennliche Recht vorbehalten wurde, nach Maßgabe der Landesgesetze in Betreff jener Verwaltung diejenige Aufsicht pflegen zu lassen, welche die integrale Erhaltung der Verwaltungsobjekte er-

heißt. Sofern mithin in dem einen oder dem andern Landestheile, wie speziell in der Pfalz vom positiven Gesetze die Führung von Prozessen über kirchliches Eigenthum einer Disposition über dessen Substanz gleichgestellt und aus dieser Ursache die staatliche Ermächtigung zu solchen Prozessen gleichmäßig wie zu Dispositionen über das Eigenthum zur Vorbedingung gemacht ist, kann von einem Widerspruche zwischen generellen Verfassungsbestimmungen, wodurch das fragliche Gesetz aufrecht erhalten wird, und zwischen den Stipulationen des Konkordats schlechterdings die Rede nicht sein und zwar um so weniger, als das Konkordat in keiner Weise und in keinerlei Beziehung sich mit Normirung der Verwaltung des Kirchenvermögens selbst befaßt hat, bei dem Zustandekommen desselben sonach nothwendig vorausgesetzt worden sein muß, daß dessfaß die Landesgesetzgebung maachgebend bleibe.

Nach diesen Betrachtungen ist die Ansicht offenbar irrig, als ob seit der Publikation des Konkordats von 1817, weil dasselbe sich die Wiederherstellung der bischöflichen Würde und des Ansehens der katholischen Kirche überhaupt zum Zwecke gesetzt, nur die Verwaltungen der Pfarrkirchenfabriken in der Pfalz den Vorschriften des Dekretes von 1809 unterworfen wären; während hievon die im Jahre 1841 freirte Kathedralfabrikverwaltung in Speyer vollständig hätte eximirt bleiben müssen. Es verträgt zudem auch die angeführte, aus Anlaß der Organisation der Kathedralfabrik ergangene allerhöchste Entschließung vom 11. Nov. 1841 keineswegs die ihr beigemessene Auslegung, als ob hiernach von der höchsten Staatsgewalt etwas Anderes, als wozu ihr der richtig erkannte gesetzliche Standpunkt den Beruf angewiesen hat, angeordnet worden wäre. Weil nämlich, wie erwähnt, die Bezeichnung der Organe der Kathedralfkirchenfabriken den bischöflichen, mit der höchsten

Staatsgewalt zu vereinbarenden Anordnungen anheimgegeben ist (Art. 104 des Dekretes von 1809), so läßt es sich nur als Gesetzesvollzug auffassen, sofern durch die fragliche Entschließung bei der neukreirten Kathedralsfabrik in Speyer der dortige Bischof und das Domkapitel die Verwaltung des Kathedralkirchenvermögens übertragen erhielten; wenn indessen hierbei gleichzeitig ausgesprochen wurde, die Verwaltung solle, was die Verwendung der bezüglichen Fonds anbelangt, eine unbeschränkte, nur der obersten Aufsicht des Staates untergeordnete sein, so liegt hierin nicht sowohl eine Exemption der Verwaltungsorgane von allen durch die neue Ordnung der Dinge, insbesondere durch vertragsmäßige Zugeständnisse von Seite des Staates an die Kirche bedingten Pflichten, als vielmehr eine förmliche Hinweisung auf die Nothwendigkeit, sich der legalen Aufsicht der Staatsgewalt in allen Fällen zu unterwerfen, in denen keine einfachen Verwaltungshandlungen sondern Dispositionen über die Substanz des zu verwal tenden Vermögens vorgenommen werden wollen.

War somit nach dem dormaligen Stande der Gesetzgebung und angesichts der im angeführten Urtheile konstatirten Thatsachen die Ermächtigung zur Klage nothwendig, kömmt es insbesondere nicht darauf an, ob und wiefern dem Dekrete vom 6. Nov. 1813 durch das Konkordat von 1817 derogirt worden sei, stellen sich folgererecht die rücksichtlich dieses Dekretes in der Rekurschrift niedergelegten Ausführungen geradezu als gegenstandslos dar, ist es nämlich gewiß, daß, wenn auch das fragliche Dekret bei Würdigung der Einrede, über deren Annahme Beschwerde geführt wird, außer Betracht hätte bleiben können, jene Einrede gleichwohl gesetzlich begründet war, — so erübrigt lediglich, den vorstehenden die Beschwerde genügend widerlegenden Erörterungen die Erinnerung

beizufügen, daß die Bestimmungen des Konfordsats, welche der Refurs als vorzugsweise verlegt bezeichnet, theils die Frage, von deren Lösung es sich handelt, entfernt nicht berühren, theils den Sinn nicht haben können, der ihnen beigelegt wird. Denn wenn der Art. IV a. A. die dem Klerus an den Metropolen und Kathedralen, nämlich den Erzbischöfen, Bischöfen, Kapiteln, Vikaren und sonstigen Präbendierten zur Ausstattung und zum Unterhalte nöthigen Einkünfte als Gegenstände freier Verwaltung jeder staatlichen Kontrolle bezüglich ihrer Verwendung entrückt wissen will, so ist damit, was bereits hervorgehoben wurde, den Landesgesetzen über die Verwaltung des Kathedralkirchenvermögens kein Abbruch geschehen, es müßten denn, wie nicht, mit jenem Vermögen die zur Dotation des höheren Klerus dienenden Fonds und Einkünfte identisch sein.

Wenn sodann durch Art. I der katholischen Religion im Königreiche die unversehrte Erhaltung mit allen ihr nach göttlicher Anordnung und nach kanonischen Satzungen gebührenden Rechten und Prärogativen zugesichert wird, so verträgt sich mit dieser Gewähr der Integrität und des Gedeihens der katholischen Religion so wie der Freiheit ihres Kultus der Vollzug eines jeden Landesgesetzes, welches den Schutz des katholischen Kirchenvermögens im Allgemeinen, speziell desjenigen bezweckt, für dessen Abgang die Staatskasse vermöge des oben angeführten Schlusssatzes des Art. IV unter gewissen Voraussetzungen einstehen muß; es kann sonach, sofern ein derartiges Landesgesetz als wirksam anerkannt wurde, mittelst solchen Auerkenntnisses weder der fragliche Art. I noch der Art. XVI, welcher die mit den Stipulationen des Konfordsats unvereinbarlichen Geseze, Verordnungen und Verfügungen aufgehoben erklärt, verlegt worden sein. Noch weniger endlich ist dies denkbar in Betreff des Art. XVII, wonach in Angelegenheiten, die in den

übrigen Artikeln nicht ausdrücklich besprochen sind, die Lehre der Kirche, so wie die bestehende und angenommene Disziplin derselben maßgebend bleiben, die beßfalls etwa vorkommenden Anstände aber im Wege der Vereinbarung beizulegen sind, — indem sich nicht absehen läßt, wie und in welcher Richtung bei Erledigung eines das Eigenthum einer Piegenschaft betreffenden Rechtsstreites, nämlich bei Würdigung der Frage, ob das Streitobjekt zum Kirchengute oder dem Fiskus gehöre, die Lehre beziehungsweise die Disziplin der Kirche ein Präjudiz soll bilden können, oder warum die in einem solchen Rechtsstreite wegen der Anwendbarkeit von Landesgesetzen sich darbietenden Zweifel denjenigen Anständen beizuzählen sein sollen, zu deren Beseitigung im Wege gütlichen Abkommens die Oberhäupter der Kirche und des Staates sich gegenseitig verpflichtet haben.

Demgemäß und weil — um schließlich auch noch einer bezüglichen Aufstellung des Rekurses zu gedenken — die gesetzlich nothwendige Prozeßermächtigung unmöglich darin sich finden ließ, daß, wie thatsächlich constatirt ist, die k. Regierungsfinanzkammer als Repräsentantin des k. Aers der Klage vorgängig, statt sich zu einer freiwilligen Ueberlassung der vindizirten Piegenschaft zu verstehen, den Klägern die Betretung des Rechtsweges anheimgestellt hat, eignet sich die Kassationsbeschwerde lediglich zur Abweisung.

A. d. Gr. verwirft das OAB. des Königreichs als Kassationshof für die Pfalz den gegen das Urtheil des k. Appellationsgerichts der Pfalz vom 19. Juni 1860 eingelegten Kassationsrekurs als unbegründet unter Verurtheilung der Kassationskläger in die Kosten und in die gesetzliche Geldstrafe von 70 fl. d.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Haftung eines frachtführenden Fluß- und Kanalschiffers aus
einem Konnossemente.

Vergl. allg. deutsch. Handelsgesetzb. Art. 413, 415 Abs. 2, Art. 419.

Der Schiffer B. G. übernahm im Mai 1859 die Verfrachtung von 500 Schäffel Weizen von Regensburg nach Frankfurt a. M., welche 500 Schäffel F. F. an F. S. zu Frankfurt verkauft hatte. B. G. unterzeichnete am 13. Mai 1859, angeblich ohne es gelesen zu haben, ein Konnossement, worin die Waare als trocken und gut bezeichnet war. Nachdem B. G. mit 335 Sch. in Frankfurt angekommen war, erklärte F. S. auf den Grund einer Expertise, welche diese Waare auswüchsig, schimmelig und übelriechend befunden hatte, dieselbe für nicht empfangbar, hielt sich wegen des Schadenersatzes an den Frachtschiffer und schlug auf seine Schiffe Arrest. Am 29. Juni 1859 wurde die Sache dadurch gütlich beigelegt, daß B. G. an seinem Frachtlohne 200 fl. nachließ.

B. G. trat hierauf klagend gegen F. F. auf und forderte von diesem den Ersatz dieses Verlustes und desjenigen Schadens, welchen er durch den erzwungenen Aufenthalt in Frankfurt erlitten hatte, mit 375 fl.

Der Beklagte machte geltend, daß B. G. in Folge der Unterzeichnung des Konnossements mit allen seinen Ansprüchen an den Käufer verwiesen sei, und daß, wenn die Waare schadhaft angekommen, dies durch Schuld des Frachtschiffers geschehen sei, welcher auf der Fahrt das Getreide zu wenden unterlassen habe.

Die erste Instanz legte dem Kläger den Be-

weiß auf, daß der vom Beklagten gelieferte Waizen wenigstens um 200 fl. weniger werth gewesen sei, als der kontraktmäßig zu liefernde, behielt aber zugleich dem Beklagten den Beweis vor, daß der im Monat Mai 1859 dem Kläger verladene Waizen zu 500 Sch. durch ungenügendes Wenden desselben von Seite des Klägers auf der Fahrt von Regensburg nach Frankfurt verdorben worden sei und hiedurch an seinem Werthe um 200 fl. verloren habe.

Die zweite Instanz entband den Beklagten vollständig von der Klage.

Vom obersten Gerichtshofe wurde jedoch der Kläger zu dem Beweise zugelassen, „daß die im Juni 1859 an F. S. zu Frankfurt gelieferten 335 Schäffel Waizen schon bei der Verladung auf des Klägers Schiffe zu Regensburg im Mai 1859 mit vielen Auswüchsen behaftet oder schimmelig oder übelriechend gewesen seien,“ — und rücksichtlich der Forderung zu 200 fl.: „daß diese 335 Schäffel Waizen wegen solcher Beschaffenheit um 200 fl. weniger werth gewesen seien, als ihr Werth im trockenen und gefunden Zustande betragen haben würde,“ so wie rücksichtlich der Forderung zu 375 fl.: „daß ihm durch den von F. S. zu Frankfurt auf seine Schiffe geschlagenen Arrest ein Schaden von 25 fl. täglich zugegangen sei.“

Hiezu sagen die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses: „Nach dem Abschlusse des Frachtkontraktes und vermuthlich auf den Grund einer Nebenbestimmung desselben ist von dem Frachtführer, wie dieß nach Analogie der Schifffahrt zur See und auf größeren Strömen, auch zuweilen bei der Schifffahrt auf kleineren Flüssen und auf Kanälen namentlich mit Getreide-Verladungen vorkommt, unbestritten am 13. Mai 1859 ein Konnossement ausgestellt worden. Ein solches Konnossement dient nicht nur dem

Befrachter, welchem es zunächst eingehändigt wird, als Quittung über den Empfang des Frachtgutes im Zusammenhange mit dem Versprechen des Schiffers, es am Orte seiner Bestimmung gehörig abzuliefern, sondern es gewährt auch dem designirten oder noch zu designirenden künftigen Inhaber, an welchen es durch den Befrachter gelangt, das sofort liquide Recht, von dem Schiffer die Ablieferung der ihm übergebenen Waare gegen Erfüllung der im Konnossemente selbst bezeichneten Frachtlohnleistung zu verlangen. Das Konnossement hat daher eine doppelte Eigenschaft; es erscheint einmal als Quittung oder als Geständniß des Schiffers, das Frachtgut in der von der Urkunde selbst näher bezeichneten Qualität und Quantität empfangen zu haben; sodann aber stellt es sich auch als Verpflichtungsurkunde dar und wirkt als Literal- oder Formalkontrakt, indem es das Versprechen des frachtführenden Schiffers enthält, an den künftigen Inhaber der Urkunde das Frachtgut in der beurkundeten Beschaffenheit und unter den in der Urkunde ausdrücklich bemerkten Modalitäten abzuliefern, ohne daß der Schiffer, sofern nicht Konnossementesklauseln oder Unglücksfälle eine Ausnahme machen, berechtigt wäre, dem die Ablieferung des Frachtgutes nach Maßgabe des Konnossements anlangenden Inhaber desselben die Einrede entgegenzusetzen, daß der Befrachter den betreffenden Gegenstand überhaupt nicht oder nicht so, wie im Konnossemente bemerkt worden, eingenommen oder daß er denselben wieder zurückerhalten habe. Voigt und Heinichen N. Archiv des Handelsrechts I. 345, 368; II. 107.

Es war demnach eine rechtliche Folge der Unterzeichnung des Konnossements vom 13. Mai 1859, welches den verfrachteten Weizen als trocken und gesund bezeichnete, daß sich F. S. zu Frankfurt, als Inhaber des Konnossements und Destinatar,

wegen des Mangels dieser Beschaffenheit der Waare und ihres daraus hervorgehenden Mindertwerthes an B. & hielt und dieser konnte der vermöge der Unterzeichnung des Konnossements übernommenen Verpflichtung, das Frachtgut in der darin bezeichneten Eigenschaft zu gewähren, durch keinen aus dem ursprünglichen Frachtkontrakte mit F. F. entlehnten Einwand entgegen.

Dadurch aber, daß B. & das Konnossement vom 13. Mai 1859 unterzeichnete, ist das durch den Frachtkontrakt zwischen ihm und F. F. begründete Rechtsverhältniß keineswegs gelöst und aufgehoben worden, so daß B. & schlechthin nur auf die Ansprüche verwiesen wäre, welche ihm das Konnossement an den künftigen Inhaber gab. Vielmehr hat B. & durch den Frachtkontrakt nur die Verpflichtung übernommen, das Frachtgut in der Quantität und Güte zu transportiren, wie er es empfangen hatte, und durch die Unterzeichnung des Konnossements, es mochte lauten wie immer, hat er vernünftigerweise gleichfalls keine andere und weitere Verpflichtung übernehmen, somit insbesondere nicht besseres Getreide, als er vom Befrachter empfangen hatte, an den Destinatar abzuliefern sich anheischig machen wollen, wenn er gleich etwa durch unvorsichtige Unterzeichnung des Konnossements, welches dem Frachtgute eine bessere Qualität beilegte, als es hatte, dem künftigen Inhaber oder Destinatar gegenüber sich auf eine formale und unausweichliche Art obligirte, für die im Konnossemente bezeugte Qualität einzustehen.

Demnach blieb auch F. F. dem Frachtführer B. & dafür verhaftet, daß das Frachtgut, über welches er den letzteren das Konnossement vom 13. Mai 1859 zu unterzeichnen bewogen und verpflichtet hatte, diejenigen Eigenschaften besitze, welche es auf Seite des Destinatars empfangbar

machen sollten, und insbesondere diejenigen, welche der Frachtführer auf Grund der Unterzeichnung des Konnossements als in diesem Augenblicke vorhanden anerkannt hatte und demgemäß gewähren mußte.

Der Beklagte F. F. hat sonach für allen Schaden einzustehen, welcher dem Kläger B. G. in Erfüllung der formalen, durch das Konnossement erzeugten, Gewährleistungspflicht zugegangen, während der zu gewährende Mangel in einer Handlung oder Unterlassung des Befrachters seinen Grund hat, und von dieser Schadloshaltungspflicht ist der letztere nicht durch den Umstand befreit, daß der frachtführende Schiffer in dem Konnossemente ein irriges Geständniß über die Qualität des in seine Schiffe eingeladenen Frachtgutes abgelegt hat, weil gegen ein solches Geständniß, das an sich kein Obligationsgrund ist, nach allgemeinen Rechts- und Beweisgrundsätzen immerhin ein Gegenbeweis zulässig ist.

Die nächste Folgerung aus dem bisher Erörterten ist, daß B. G. vom Beklagten Ersatz für den Minderwerth des Frachtgutes nach seiner Beschaffenheit im Momente der Befrachtung gegen die im Konnossemente bezeugte Qualität und zwar in dem Maße zu fordern berechtigt ist, in welchem er dem F. F. zu Frankfurt dafür hat aufkommen müssen.

DAAG. vom 9. Dez. 1861, Reg.-Nr. 104⁶¹/₆₂.
4/6.

2.

Erfolg der Provokation zu einer dinglichen Klage, wenn beide Theile Besitzhandlungen nachweisen.

Vgl. Seuffert's Archiv f. Entsch. d. ob. Ger. Bd. V. Nr. 79 S. 88.

Die gräflich von R.'sche Standesherrschaft hatte gegen die Gemeinde D. Provokationsklage erhoben, weil Letztere das Fischereirecht in einem die Gemeindemarkung durchfließenden Bache ausschließlich

für sich in Anspruch nahm, während dasselbe sich im Eigenthume und Besitze der Provokantin befinden sollte. Der klagenden Standesherrschaft wurde der Nachweis darüber aufgetragen, daß sie sich im Besitze des Rechtes der Fischerei in dem E. Bache und zwar in der die Gemeindeflur D. durchfließenden Strecke befinde. Sie lieferte den Beweis, daß sie in der Reihe von Jahren, in welche die Verühmungen der Gemeinde fielen, in der fraglichen Bachstrecke gefischt habe bzw. habe fischen lassen; aber auch die beklagte Gemeinde lieferte im Wege der Gegenbeweiskführung genügenden Nachweis, daß sie in derselben Jahresreihe gleiche Besitzhandlungen vorgenommen habe.

Die erste Instanz entband hierauf die Provokatin von der Provokationsklage und dieses Erkenntniß fand die Bestätigung des obersten Gerichtshofes aus folgenden Motiven:

Stellt man bei der Prüfung des ganzen Beweisverfahrens vorerst die Frage, unter welchen Bedingungen der im Provokationsprozeß von der einen oder der anderen Seite darzulegende Besitz als vorhanden anzunehmen sei, so ist unter Festhaltung des Standpunktes, daß es sich hier lediglich um eine vorläufige Untersuchung des Besitzstandes zum Zwecke der Ausmittlung der künftigen Parteistellung handelt, — zu erklären, daß nur der faktische Zustand der Ausübung des fraglichen Rechtes zur Zeit der Diffamation bzw. Provokation zu entscheiden und daß es auf die besonderen Eigenschaften des Besitzes nach Dauer, Titel und gutem Glauben nicht anzukommen hat, indem diese Fragen vielmehr erst dem künftigen possessorischen oder petitorischen Hauptprozeß vorbehalten bleiben (vgl. Seuffert, Komm. über die G.D. II. Aufl. Bd. II S. 161).

Wenn dem entgegen Appellantin unter Her-

vorhebung der Qualität des Besizes den Schwerpunkt ihrer Bekämpfung des erstrichterlichen Erkenntnisses in die Behauptung legt, daß klagender Theil jedenfalls im besseren Besitze des fraglichen Fischwassers sich befunden habe, und sich desfalls auf die Bestimmung der G.D. Kap. III §. 4 a. A. und die Ann. lit. a beruft, so ist zu bemerken, daß, während es, wie schon angedeutet, hier nur um den jüngsten Besitz sich handelt, eben nach den angeführten Vorschriften bei dem *possessorium momentaneum vel summariissimum* lediglich auf das *factum possessionis praesentaneae* gesehen wird ohne mindeste Rücksicht auf die Art und Weise, wie diese *possessio* erlangt worden sei.

Was nun die Resultate der beiderseitigen Beweisführungen selbst angeht, so hat sowohl die klagende Standesherrschaft, als auch die beklagte Gemeinde nachgewiesen, daß jede derselben bis zur Zeit der Klagestellung, und zwar auf Jahre zurück, in dem streitigen Fischwasser die Fischerei ausgeübt habe, und ist somit faktisch festgestellt, daß sowohl der Provokantin als auch der Diffamantin, sei es nun unter sich kollidirende oder alternirende, jedenfalls gleichmäßig relevante und maassgebende Besitzhandlungen zur Seite stehen.

Ist dies aber der Fall, so kann man auch weder sagen, daß beide Theile sich im gemeinsamen juristischen Besitze des streitigen Rechtes befinden, noch daß Ein Theil einen solchen Besitz für sich habe. Denn während hier nicht von einem gemeinschaftlichen Besitze, einem Mitbesitze Mehrerer die Rede sein kann, bei welchem der *animus possessionis* eines Jeden nur auf einen gewissen idealen Theil an der Sache gerichtet ist, und deren Besitz sich wechselseitig beschränkt, sondern ein Verhältniß in Sprache steht, bei welchem Jeder ganz besitzen will, so tritt hier die Rechtsregel entgegen, daß

aller Besitz ausschließend ist und der Erwerb des Besitzes durch eine Person seinen Verlust durch den bisherigen Besitzer voraussetzt. — Plures eandem rem in solidum possidere non possunt (vgl. Savigny, R. d. Besitzes, VI. Aufl. §. 11 S. 179; Buchta, Pand. VIII. Aufl. §. 129; Seuffert, pr. Pand.-R. IV. Aufl. §. 107 S. 136). So wenig aber hienach eine possessio duorum möglich ist, so wenig besitzt auch Einer derselben; denn der Besitz des Einen hebt den des Anderen auf, es hat Keiner den Besitz, der Besitz bleibt ein streitiger, ein solcher, der auf keiner Seite mit rechtlicher Wirksamkeit ausgeübt wird. Solchergestalt hat nun auch Provokantin nicht den ihr zum Nachweis auferlegten — ausschließlichen — Besitz für sich, und die Handlung der ihr ganz gleichstehenden Diffamantin ist keine unjusifizirliche mehr, auf deren Grund letztere zur Klagestellung gezwungen werden könnte. —

Im Einklange mit dieser rechtlichen Auffassung steht auch, was die OÖ. Kap III § 5 R. 14 hinsichtlich des hieher völlig verwandten possessorii summariissimi bestimmt, daß, wenn kein Theil den dort erfordernten Besitz genügend dargethan habe, oder etwa die Proben auf beiden Seiten gleich seien, man die Parteien ad possessorium plenum vel petitorium verweisen solle; dieß hat auch hier zu geschehen und es fällt somit selbstverständlich die Provokationsklage, und ist mit Recht die provozirte Gemeinde von derselben entbunden worden.

OABG. vom 10. Dez. 1861, RNr. 1539⁶⁰/₆₁.
77.

3.

Ungültigkeit von Extrajudizialbeschwerden gegen Zwischenverfügungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vgl. Ob. IX S. 376.

Der Guttsbesitzer F. hatte bei dem Bezirksgep

richte A. den Antrag gestellt, seine lebige großjährige Schwester B. wegen Geistesbeschränktheit und Verschwendung unter Kuratel zu stellen, war jedoch mit diesem Antrage abgewiesen worden. Auf eingelegte Beschwerde hob die II. Inst. den erstrichterlichen Beschluß auf und wies den Unterrichter an, nach genauer und vollständiger Instruktion der Sache weiteren Beschluß zu fassen. Eine gegen dieses Erkenntniß von B. zum obersten Gerichtshofe eingewendete Extrajudizialbeschwerde, durch welche die Wiederherstellung des erstrichterlichen Beschlusses bezweckt wurde, blieb ohne Erfolg. Durch die von der Vorinstanz angeordnete vollständige Instruktion der Sache, besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, ist über die Statthaftigkeit des gestellten Antrages noch nicht erkannt, sonach der Beschwerdeführerin noch kein merkliches Präjudiz, keine Beschwerde zugegangen. Der Richter kann nach gepflogener Instruktion je nach deren Ergebnis dem gestellten Antrage nicht bloß stattgeben, sondern denselben auch abweisen. Hiedurch erst ist der einen oder anderen Partei Veranlassung zur Beschwerdeführung gegeben. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz aber hat nur die Eigenschaft eines prozessleitenden Dekretes, wogegen nach §. 53 Nr. 2 der Prozeßnovelle vom 17. November 1837 eine selbständige Berufung unzulässig ist. Diese gesetzliche Bestimmung ist analog auf Extrajudizialbeschwerden anzuwenden, da auch bei diesen die nämliche ratio legis obwaltet und durch dergleichen Verfügungen dem Richter die Hände in Ansehung der definitiven Entscheidung nicht gebunden sind (GD. Kap. XV §. 3 Nr. 1. Seuffert's Komm. Bb. IV S. 76 Note 28).

DAAG. v. 10. Dez. 1861, RM. 42^{61/62}. 77.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. — Ueber den Erfüllungsort, wenn im Vertrage darüber nichts mit Worten bestimmt ist. — Ein Sondergut kann für einen nach Würzburger Pandrecht in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten durch Vermögenszuwendungen von Seiten Dritter, welchen keine Zuwendungsverpflichtung obliegt, begründet werden. — Rogation des ootavus subscriptor. Unius aotus vel einem schriftlichen Testament.

Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte *).

Von Professor Dr. C. Bolgiano.

In materieller Hinsicht ist zwischen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile und der Berufung auf den Grund neuen Vorbringens, dann zwischen dieser und der Incident-

* *) Bemerkung des Herausgebers. Wir geben hier den ersten Theil einer Abhandlung, welche in ihren Resultaten von dem merklich abweicht, was bisher in Theorie und Praxis des bayerischen Prozeßes über diese Lehre als feststehend angesehen wurde. Wir nehmen aber gerne diese Erörterung in unseren Blättern auf, da ihr Gegenstand, welcher im Jahre 18⁶⁰/61 Preisaufgabe der Münchener Juristenfakultät war, wichtig ist und auch nach Einführung einer neuen Prozeßordnung noch längere Zeit wichtig bleiben wird. Wenn auch der Hauptsatz der neuen Lehre: daß nämlich die Restitution gegen Urtheile nur gegen Endurtheile zulässig sei, — schwer zu widerlegen sein dürfte, so wollen wir doch die hier behandelten Fragen vorerst als offene ansehen und zu deren weiterer Besprechung hiemit auffordern. St.

restitution kein Unterschied, und ebensowenig zwischen den Arten der letzteren, der Restitution gegen das Versäumniß von präjudiziellen Terminen und gegen das von Fatalien, sowie zwischen diesen und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile. Denn überall wird die bereits eingetretene Präklusion wieder rückgängig gemacht, ferner wird durch die Berufung wie durch die *restitutio contra sententiam* ein Urtheil auf den Grund neuen Vorbringens rescindirt. Daher wird auch die Appellation *ex capite novorum Incidentrestitution* genannt. Vgl. Kreittmayr in der Anmerk. e zu Kap. XVI §. 1 der GO. und die Motive des Plenarbeschlusses vom 14. Dezember 1843 im Reg.-Bl. v. J. 1844 S. 42 Abs. 3; auch Rottmann, Handbuch des gerichtl. Verfahrens S. 381, Note 8.

Obgleich nun die genannten Rechtsmittel in materieller Hinsicht, d. h. bezüglich des Hauptzweckes, welchen der Implorant dabei verfolgt, in Nichts verschieden sind, so bestehen doch zwischen ihnen sehr bedeutende formelle Unterschiede. Weit entfernt, diese sämtlichen Differenzpunkte in einer müßigen Kasuistik erschöpfend zusammenzustellen (wobei namentlich die Unterschiede bezüglich des Interpositionsfatale, des Suspensiv- und Devolutiveffectes zur Berücksichtigung kommen müßten), sollen hier nur diejenigen Differenzpunkte besprochen werden, welche mit dem Kernpunkt — mit der Zulässigkeitsfrage — zusammenhängen, da dieselben von den Rechtslehrern, namentlich von Seuffert in seinem Kommentar, nicht aufgedeckt resp. nicht anerkannt worden sind. — Dabei soll hier im ersten Theile der Abhandlung die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung gegen Urtheile untersucht, in einem später folgenden zweiten Theile aber die gleiche Frage bezüglich der Incidentrestitution besprochen werden.

Die hier zunächst zu erörternde Frage läßt sich so formuliren:

Gegen welche Dekrete findet die *restitutio contra sententiam* statt? Wie unterscheidet sich also bezüglich der Zulässigkeit die *restitutio contra sententiam* von der Appellation?

Abgesehen davon, daß die Appellation ein ordentliches, die Restitution ein außerordentliches Rechtsmittel ist, daß also die Appellation ein Urtheil voraussetzt, daß noch nicht rechtskräftig ist, die Restitution dagegen immer eine *res judicata*, — so unterscheiden sich meines Erachtens beide Rechtsmittel bezüglich des Zeitpunktes, von dem an, beziehungsweise bezüglich des Dekretes, gegen welches sie stattfinden.

Die Restitution findet meines Erachtens erst nach beendeter Sache, also nur gegen das Endurtheil statt, die Appellation dagegen kann auch gegen Zwischenbescheide gebraucht werden.

Anderer Meinung auf dem Gebiete des gemeinen Prozeßes sind:

Genßler im Archiv Bd. IV S. 118 Note 24 und im Kommentar Bd. II S. 118.

Martin Vorlesungen, Bd. II S. 414 (Ausgabe von 1857).

Riedesel Vortr. an den vollen Rath des Reichskammergerichtes, Jena 1791 Nr. II §. 2;

und nach bayerischem Prozeßrecht:

Seuffert im Kommentar II. Aufl. Thl. IV. S. 164, S. 199 Nr. 8, Note 72 a. G. und in den Bl. f. RA. Bd. I S. 20 Nr. 5.

Seuffert lehrt nämlich bezüglich des Suspensiveffectes der Restitution:

„Ein Restitutionsgesuch, welches vor dem Endurtheil gegen einen in Rechtskraft übergegangenen selbständig appellablen Zwischenbescheid, d. B.

daß Beweisinterlokut gerichtet wird, hemmt den Fortgang des Verfahrens. — Ein Restitutionsgesuch nach ergangenem Endurtheile soll einen Aufschub der Exekution nur insofern bewirken 2c. 2c.“ —

Und in Note 72 a. E.:

„Soll die Nachbringung neuer Einreden erst geschehen, nachdem ein in Mitte liegendes Interlokut rechtskräftig geworden, so ist der Fall einer *restitutio contra sententiam* gegeben.“

Nach der Ansicht Genßlers, Martins und Seufferts findet also die Restitution nicht bloß gegen die Definitivsentenz, sondern auch gegen appealable Interlokute statt.

Dagegen lassen sich aber meines Erachtens folgende Gründe anführen:

1. Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Restitution gegen Urtheile gehört eine *læsion* und *justa causa restitutionis*.

Vgl. v. Bayer, gem. Civilpr. S. 1099.

Von einer *læsion* kann aber doch wohl nicht eher gesprochen werden, als bis der Prozeß verloren und also das Endurtheil ergangen ist. Sehen wir z. B., dem Kläger sei im Beweisinterlokut der Klagebeweis, dem Beklagten der Einredebeweis aufgelegt worden. Nun entdeckt Beklagter eine neue Einrede. Kann von einer *læsion* in der Person des Beklagten die Rede sein? Jetzt gewiß noch nicht! Denn es ist ja die große Frage, ob Kläger den Beweis der Klage liefern und ob Beklagter in diesem Falle mit dem Beweis seiner bereits vorgebrachten Einrede durchfallen, ob er also die neuentdeckte Einrede überhaupt nöthig haben werde. Erst dann, wenn Beklagter den Prozeß verloren, weil Kläger die Klage bewiesen, Beklagter aber die Einrede nicht beweisen konnte, kann von einer *læsion* des Letzteren gesprochen werden; erst jetzt entsteht daher für ihn das Bedürfniß der

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf Grund neuen Vorbringens.

Uebrigens braucht der Beklagte die Restitution gar nicht, denn er hat ja

a) die Berufung *ex capite novorum*, wenn er die *Nova* während des Laufs der Berufungsfrist entdeckt¹⁾, — und

b) die Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist, wenn er die *Nova* auffand, nachdem das *Interlocut* bereits rechtskräftig geworden.

Nur dann, wenn es an der Appellationssumme fehlt, kann er sich der eben genannten zwei Rechtsmittel nicht bedienen und muß daher abwarten, bis die ihn verurtheilende Definitivsentenz erfolgt. Zwar setzt die Restitution voraus, daß die *Nova* nach dem Urtheil aufgefunden werden; unser Implorant kann aber den *Noveneid* nicht dahin ableisten, er habe die Einrede erst nach dem Endurtheile entdeckt, sondern nur dahin, er habe sie erst nach dem Beweisinterlocute aufgefunden. Allein Letzteres gilt gewiß einer Kenntnißerlangung nach dem Endurtheile gleich, weil vor demselben die Einbringung der *Nova* unmöglich gewesen.

II. Aber auch positive Gründe sprechen für den aufgestellten Satz. Betrachten wir

A. zuerst das gemeine Recht, weil es als Grundlage des bayerischen anzusehen, so ergibt sich Folgendes.

¹⁾ Freilich ist die Frage äußerst bestritten, ob nach gemeinem Recht bloß *ex capite novorum* appellirt werden könne; vgl. v. Beyer a. a. O. S. 1028.

Nach bayerischem Rechte scheint jedoch wegen der allgemeinen Fassung des Kap. XV §. 5 Nr. 8 der O.D. das *beneficium novorum* keiner Einschränkung unterworfen zu sein. Dieser Ansicht ist auch Seuffert im Kommentar Thl. IV zu Kap. 15 §. 5 Note 55.

1) Daß das römische Recht die Restitution nur gegen das Endurtheil zuläßt, ist freilich natürlich; denn das römische Recht kennt keine appellablen Interlokute, kennt kein Beweisurtheil im heutigen Sinne.

2) Aber auch das kanonische Recht, welches doch die Quelle der s. g. interlocutiones mixtae ist, hat an den Bestimmungen des römischen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Wesentlichen nichts geändert. Ueberall wird bezüglich der Restitution gegen Urtheile das Endurtheil vorausgesetzt, sowohl im Titel de sentent. et re jud. als de i. i. rest. Vgl. c. 20 X. de sentent. et re judicat. (2,27): „cum sub praetextu novorum instrumentorum lites non debeant instaurari“; ferner c. 21. X. cod.: — — praetextu privilegii de novo reperti praedicta non debet sententia retractari“; endlich die Stelle über den Suspensiveffect der Restitution c. 6 X. de i. i. rest. (1,41): „— ne vero per excogitatum malitiam effectum sententiae in damnum Episcopi contingeret impediri, neve monasterium per executionem sententiae incurreret detrimentum etc.“

Aus dem Zusammenhalt dieser Stellen folgt offenbar, daß unter Sentenz das Endurtheil gemeint, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile also nur gegen das Endurtheil zulässig sein kann.

3) Auch die deutschen Reichsgesetze sprechen bloß vom Endurtheile.

a) Der Deputationsabschied von 1533 §. 4 verordnet, „daß, wenn jene Restitutionen aus Gefahrde oder bloß mit Bezug auf frühere Verhandlungen oder aus zwar neuen, jedoch unrichtmässigen und unerheblichen Ursachen gesucht würden, mit der Exekution vorgefahren und der Implorant in die Unkosten verurtheilt werden soll.“

b) Der Visitationsschied von 1533 §. 5 sagt: „Nachdem auch in dieser Visitation befunden, daß die Procuratores restitutionem wider erlangte Endurtheile vielfältig pflegen zu bitten, welches zur Verhinderung der Exekution und merklichem Schaden der gewinnenden Partei thut gereichen u. u.“

c) „Die Kammergerichtsordnung von 1555 Thl. 3 Tit. 52 wiederholte diese Stelle wörtlich. Endlich

d) der Gemeinbescheid vom 5. Jull 1669 beginnt mit den Worten:

„Nachdem man eine Zeit her wahrgenommen, daß fast in allen an diesem kaiserlichen Kammergerichte abgeurtheilten Sachen das beneficium restitut. in integr. mißbraucht u. u.“

Dagegen sagt freilich der Deputationsabschied von 1600 §. 138:

„Wann gegen einer interlocutori restitutio in integrum zu bitten, ist geschlossen, daß da ein Prokurator sonst apud acta, bieweil in solchen Punkten schleunig zu prozediren, ist einer besonderen Citation nicht vonnöthen, sondern solche Petitiones alsbald judicialiter summarie oder articulatum vorbracht werden mögen u.“

Es ist das die Stelle, worauf sich Wendler und Riedesel für die conträre Ansicht berufen, die jedoch — meines Erachtens — gegen die überwiegenden gegentheiligen Gründe um so weniger in Betracht kommen kann, als ja dabei nicht gesagt ist, daß die Restitution gegen das Interlokut als restitutio contra sententiam zu betrachten sei, vielmehr die Schlußworte: „jedoch daß iudicis arbitrio, ob den Partheien summarie oder articulatum zu handeln aufzuerlegen seyn soll, nichts benommen“ — eher auf die Behandlung einer solchen Restitution als Inzidentrestitution schließen lassen. Endlich

4) deutet auch das Restitutionsfatalis, welches bekanntlich in 4 Jahren besteht, offenbar an, daß die Restitution erst nach dem Endurtheil möglich ist.

B. Eine entscheidende positive Begründung findet der hier vertheidigte Satz auf dem Gebiete des bayerischen Prozeßrechtes, und zwar

1) zunächst in der Legaldefinition der Gerichtsordnung Kap. XVI §. 1 a. A. vgl. mit Nr. 11: „Restitutio in integrum fann principaliter sowohl als incidenter gesucht werden. Wenn man sich ihrer als ein remedium contra sententias bedient, so ist Folgendes zu beobachten *ic. ic.*“

„Was aber restitutionem in integrum betrifft, welche nur contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis oder sonst incidenter gesucht wird, so ist *ic. ic.*“

Kreittmahr stellt also hier die Restitution gegen Urtheile als Principalrestitution der Restitution gegen das Versäumniß von präjudiziellen Terminen oder Fatalien als Inzidentrestitution gegenüber. Offenbar folgt hieraus, daß die Inzidentrestitution durante lite erbeten wird, die Restitution gegen Urtheile dagegen erst nach rechtskräftig gewordenem Endurtheile möglich ist²⁾. Hierfür spricht auch der Umstand, daß Kreittmahr in der Anmerkung e zu Kap. XVI §. 1 auch die Appellation ex capite novorum eine Inzidentrestitution nennt. Denn das Charakteristische der Inzidentrestitution besteht ja darin, daß sie nachgesucht wird, ehe noch Rechtskraft eingetreten, so lange also der Prozeß noch in der Schwebe, die Periode der ordentlichen Rechtsmittel noch nicht vorüber ist.

²⁾ Denn die letztere enthält ja eine selbständige Klage — Restitutionsklage; — Oesterloh, Prozeß §. 259, Kind, quaest. for. Lips. Bd. 3, S. 431; eine solche ist aber durante lite nicht möglich.

2) Wie in den deutschen Reichsgesetzen, gerade so ist auch in den Quellen, woraus die Gerichtsordnung geschöpft wurde, nämlich:

a) im summarischen Prozeß von 1616,
 b) in den Kreittmayr'schen Anmerkungen, und
 c) in den dort citirten Schriften der Kommunisten immer nur von der Restitution gegen das Endurtheil die Rede.

3) Gleiches ist der Fall in der Gerichtsordnung selbst, ja sogar

4) in späteren Verordnungen, wie nun im Nachstehenden einzeln ausgeführt werden soll.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber den Erfüllungsort, wenn im Vertrage darüber nichts mit Worten bestimmt ist.

Vermöge eines von Magdeburg, Doos und Erlangen den 20. April 1860 datirten Vertrages traten die Gebrüder A. zu Magdeburg ihre gesammten Rechte und ihren Antheil an dem Unternehmen der sächsischen Bergbau- und Eisenhüttengesellschaft zu Zwickau an B. in Doos und C. in Erlangen ab. Diese verpflichteten sich dagegen, den Gebrüdern A. 25 Stück Vollaktien der genannten Gesellschaft zum Nominalwerthe von je 200 Thlr. bis Ende Juni 1860 auszuhandigen und zu übergeben (§. 4 des Vertrages). Sofern B. und C. den Gebrüdern A. diese 25 Aktien bis zum 30. Juni 1860 nicht gewähren würden, sollten nach §. 5 die letzteren die Befugniß haben, entweder die Lieferung

der Aktien oder die solidarische Zahlung der Summe von 2500 Thlr. oder die Zahlung des von zwei vereideten Mäklern berechneten Werthes der Aktien zu verlangen oder aber den geschlossenen Vertrag zu widerrufen. Im Falle eines Streites sollte der Vertrag nach s. sächsischem Rechte beurtheilt werden.

Am 25. Juni 1860 beschloß die Generalversammlung der Hüttengesellschaft, ihre Aktien stempeln zu lassen, ehe sie dem Verkehr übergeben würden; die Fertigung des Stempels nahm einige Tage in Anspruch und B. und C. übermachten erst am 7. Juli 1860 die 25 Aktien den Brüdern A. nach Magdeburg, welche jedoch, daran sich haltend, daß ihnen, weil die Lieferung nicht am 30. Juni 1860 geschehen sei, nunmehr das oben erwähnte Wahlrecht zukomme, die empfangenen 25 Aktien dem B. und dem C. zur Disposition stellten und am 6. Sept. 1860 gegen beide die Forderung von 2500 Thlr. einfügten.

Die Vertheidigung der Beklagten drehte sich um die Behauptung, daß die Kläger in mora accipiendi seien, weil sie weder in Person noch vertreten durch einen gehörig Bevollmächtigten bis zum 30. Juni 1860 zur Empfangnahme der bereit gehaltenen Aktien in Zwickau sich eingefunden hätten, und zwar hätte die Uebergabe und Empfangnahme der Aktien an diesem Orte statt finden sollen, weil

a) nach der Natur des Geschäftes Zwickau als der Sitz der Hüttengesellschaft der Erfüllungsort gewesen sei; weil

b) die im Vertrag enthaltene Stipulation des Ausshändigens und Uebergebens der Aktien eine Versendung derselben von selbst ausgeschlossen habe, und weil

c) nach dem Vertragsabschlusse die weitere Uebereinkunft durch ihren Bevollmächtigten mit

den Klägern dahin getroffen worden sei, daß die Uebergabe der 25. Aktien in Zwickau vor sich gehen solle.

Was nun die Behauptung betrifft, daß Natur und Inhalt des Vertrages vom 20. April 1860 die Einhändigung und Empfangnahme der Aktien im Orte Zwickau mit sich gebracht hätten, so erklärten die Entscheidungsgründe des in der Sache ergangenen oberstrichterlichen Erkenntnisses dieselbe in nachstehender Weise für ungegründet:

Wenn auch

1) die sächsische Hüttengesellschaft, deren Aktien in Frage sind, in Zwickau ihren Sitz hat und etwa die Uebertragung einer Aktie von einer Person auf die andere nach den Statuten der Gesellschaft, um rechtswirksam zu sein, besondere Einträge in ihren Büchern erheischt, worüber indessen die Vorträge der Parteien nicht das Mindeste haben verlauten lassen, so folgt daraus noch nicht, daß bei einem Vertrage über die Veräußerung und den Erwerb solcher Aktien die Absicht der Kontrahenten von selbst und nach der Natur der Sache auf Tradition der Aktien gerade nur in Zwickau gerichtet sein könne und müsse, indem der tägliche Verkehr in solchen Papieren dem offen widerspricht und die Tradition der in die Hände der Aktionäre übergegangenen und von diesen wieder veräußerten Aktien allenthalben geschehen kann, ohne daß die etwa der Tradition vorhergehende oder nachfolgende Eintragung der Veräußerung in die Bücher einer Aktiengesellschaft gerade die Tradition am Orte der Gesellschaft zur Bedingung machte.

2) Aus der in §§. 4 und 5 des Vertrages vom 20. April 1860 enthaltenen Festsetzung, daß die in Doos und Erlangen wohnhaften Beklagten den in Magdeburg domicilirenden Klägern die 25 Aktien auszuhändigen und zu übergeben und zu ge-

währen schuldig sein sollten, mit welch' letzteren Ausdrücke sicher nichts anderes als die Tradition und höchstens etwa eine vorausgehende Fürsorge für den Eintrag der Cession in die Bücher der Gesellschaft bezeichnet ist, folgt ebenso wenig, daß die Uebergabe an dem dritten Orte Zwickau bedungen worden sei, als aus der in §. 6 enthaltenen und der Willfür der Parteien anheim gestellten Stipulation (Thöl, Handelsrecht Bd. I S. 44, — Seuffert, Komm. zur G.D. Bd. I S. 306), daß im Streitfalle der Vertrag vom 20. April 1860 nach königlich sächsischem Rechte beurtheilt werden solle.

Vielmehr lassen alle diese Momente den Leistungsort unbestimmt, und nur insoferne als die Beklagten vertragsmäßig bis zum 30. Juni 1860 unbedingt und selbstthätig mit der Uebergabe und Auskhändigung der Aktien an die Kläger vorzugehen hatten, war es, wenn sie erfüllen und es nicht zu Weiterungen und zur Klage kommen lassen wollten, an ihnen, den Gegenstand der Leistung zu ihren Gläubigern zu bringen, sonach die 25 Aktien denselben in Magdeburg zu tradiren, wie dieß die gemeine, der Intention der Beklagten widersprechende, Regel erheischt, die sie hinwieder selbst anerkannten, als sie am 7. Juli 1860 die gestempelten 25 Aktien an die Kläger nach Magdeburg sandten.

Denn nach gemeinem Rechte, welches im Königreiche Sachsen in diesem Punkte ohne Aenderung zur Anwendung kommt, kann bei dem Mangel einer vertragsmäßigen Bestimmung über den Leistungsort in der Regel der Berechtigte beliebig an irgend einem gelegenen Orte Leistung fordern und der Verpflichtete bis zu erhobener Klage sie an irgend einem solchen vornehmen: l. 2 §. 3 Dig. de eo quod certo loco (13, 4), l. 39 Dig. de solut. (46, 3), Böcking, Pandekten §. 91.

Darüber nun läßt der Vertrag vom 20. April 1860 keinen Zweifel, daß die Beklagten bis zum 30. Juni 1860 als dies ad quem leisten sollten, und wenn es ihnen einerseits oblag, diese Frist einzuhalten, um nicht den nach §. 5 ihnen drohenden Nachtheil zu verwirken, anderseits aber der Vertrag sicher nicht dahin gedeutet werden kann, daß die Kläger etwa sich vom 26. bis zum 30. Juni 1860 in Doos oder in Erlangen oder in Zwissau oder an irgend einem dritten den Beklagten beliebigen Orte einfanden und die Tradition abwarten sollten, so blieb wohl nach dem Vertrage, für sich allein betrachtet, den Beklagten keine andere Wahl, als die Aktien den Klägern nach Magdeburg zu senden und solchergehalt Porto und Gefahr der Sendung zu tragen: Sittenis, prakt. Civilrecht Bd. II S. 176.

OABG. vom 11. Nov. 1861, RNr. 1705⁶⁰/₆₁.
⁴/₆.

2.

Ein Sondergut kann für einen nach Würzburger Landrecht in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten durch Vermögenszuwendungen von Seite Dritter, welchen keine Zuwendungsverpflichtung obliegt, begründet werden.

Die Frage, ob nach Würzburger Landrecht während des Bestandes der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft dem einen Eheheile ein Sondervermögen dadurch zu Theil werden könne, wenn ihm von einem Dritten, dessen Notherbe er nicht ist, ein Vermögen unter der ausdrücklichen Bestimmung testamentarisch zugewendet wurde, daß dasselbe nicht in die Gütergemeinschaft geworfen werden dürfe und dem andern Eheheile in keinem Falle irgend eine Disposition hierauf zustehen solle, —

wurde in allen Instanzen bejahend entschieden.

In den Entscheidungsgründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses wird darüber Folgendes ausgesprochen:

Mit Recht haben die Vorinstanzen die beklagte von der wider sie erhobenen Klage ihres getrennt von ihr lebenden Ehemannes auf Herausgabe des ihr von ihrem Oheime während stehender Ehe als Sondergut testamentarisch zugewendeten Vermögens entbunden. Allerdings ist durch die Einkindschaftung der Kinder des Klägers aus erster Ehe bei seiner Verehelichung mit der gegenwärtigen Beklagten allgemeine Gütergemeinschaft unter diesen beiden Eheleuten mit den daran geknüpften Folgen des fränkischen Landrechtes (sais. Landgerichtsordnung Thl. III Tit. 96 §. 5, Tit. 97 §. 6, Tit. 104 §. 2 und Tit. 108 §. 1 und 3) eingetreten, wonach alles zugebrachte und während der Ehe ererbte oder erworbene Vermögen, komme es woher es wolle, in die gemeinschaftliche Masse fällt. Ueberall ist jedoch der Grundsatz festgehalten, daß davon dasjenige Vermögen ausgenommen bleibt, welches der eine Eheheil vor oder bei Errichtung der allgemeinen Gütergemeinschaft als Sondergut sich vorbehalten hat, das dem Miteigenthums- und Mitbenützungsrechte des anderen Eheheiles entzogen sein soll, sowie dasjenige Vermögen, welches den Kindern während der Ehe von Dritten, deren Notherben sie nicht sind, unter der ausdrücklichen Bestimmung zugewendet worden ist, daß dieser Vermögensheil nicht den Eltern, sondern den Kindern mit oder ohne Nießbrauchsrecht der Eltern ausschließlich eigen sein und bleiben solle. Ersteres ist in Tit. 29 §. 1 und letzteres in Tit. 118 §. 5 und 7 a. a. O. ausdrücklich ausgesprochen. An erster Stelle ist zwar bloß von dem Vorbehalte die Rede, welchen ein Eheheil vor oder bei Eingehung der Gütergemeinschaft bezüglich eines Theiles seines Vermö-

genß selbst gemacht hat und an letzter Stelle ist bloß von Zuwendungen die Rede, welche während der Ehe bezw. während bestehender Gütergemeinschaft den Kindern von Dritten unter dem gebachten Vorbehalte gemacht worden sind. Allein aus letzter Bestimmung ergibt sich klar die Anerkennung des Grundsatzes, daß bezüglich aller Vermögenszuwendungen Dritter, welchen keine Zuwendungsverpflichtung obliegt, dasjenige respektirt werden muß, was diese Dritten bezüglich ihrer Vermögenszuwendung disponirt haben. Es liegt auch in der Natur der Sache, daß bei Vermögenszuwendungen durch letztwillige Verfügung jedem Dritten, welchem keine Zuwendungsverpflichtung obliegt, unbedingt freistehen muß, die Modalitäten zu bestimmen, unter welchen die Vermögenszuwendung statt haben soll, soferne nur dieselben nicht gegen die Gesetze oder gegen die guten Sitten verstoßen, da er unbeschränkter Herr und Eigenthümer seines Vermögens ist und daher auch darüber verfügen kann, wie er will. Die hier in Frage stehende Nebenbestimmung verstößt nun aber weder gegen die Gesetze, da eine solche Nebenbestimmung nirgends verboten ist, noch gegen die guten Sitten, und scheint vielmehr in letzter Beziehung gerade durch den zwischen den streitenden Eheleuten obschwebenden Ehescheidungsprozeß und die dadurch im Interesse der bedachten Ehefrau gebotene Vorsicht hervorgerufen worden zu sein. Nur wenn Anherren, Anfrauen oder andere Ascendenten, welche ihre Kinder als Nothherben ihrer legitima noch nicht vergnügt haben, bezüglich der letztwilligen Zuwendungen an ihre Enkel solche die Gütergemeinschaft beeinträchtigende Beschränkungen machen wollen, sind dieselben nach den Gesetzen (Tit. 118 §. 5 u. 7 a. a. O.) hierin insoferne beschränkt und gehindert, als sie solches nur aus erheblichen Ursachen und auf Erkenntniß des Gerichtes

thun dürfen, was selbstverständlich seinen Grund darin hat, weil die bedachten Enkel eben ihrer Großeltern Nothherben sind, rücksichtlich welcher auf Seite der Afszendenten eine Vermögenszuwendungsverpflichtung besteht. Eine solche Vermögenszuwendungsverpflichtung bestand aber hier auf Seite des Erblassers, eines Oheims der Beklagten, nicht . . .

DAßGef. v. 9. Febr. 1861, Reg.-Nr. 386⁶⁰/₆₁.

3.

Rogation des octavus subscriptor. Unitas actus bei einem schriftlichen Testament.

Daß der bei dem Testamente eines Analphabeten beigezogene octavus subscriptor gleich den Solennitätszeugen speziell zu dieser Handlung rogirt werden müsse, nahm der oberste Gerichtshof aus dem Grunde an, weil die kaisertliche Notariatsordnung von 1512 in §. 7 des von den Testamenten handelnden Titels II in den Worten: „auf sein Begehren“ — solches ausdrücklich verlange und weil auch der octavus subscriptor nach der Natur der Sache als Stellvertreter des Erblassers bei der Unterzeichnung des Testaments nur insofern gelten könne, als er von dem Erblasser darum ersucht worden sei. In der nämlichen Rechtsache wurde angenommen, daß Erforderniß der unitas actus gelte bei einem schriftlichen Testamente für die Zeit, da der Testator erklärt, daß die vorgelegte Skriptur sein letzter Wille sei, bis zur Unterschrift des Testators bezw. Subscriptors und des letzten Zeugen.

DAßGef. v. 5. April 1861, Reg.-Nr. 572⁶⁰/₆₁.

77.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. (Schluß). — Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages. Kompetenz des Kassationshofes. Beitracht. Unphoteuse. — Ungültigkeit der Abgebung der dritten Instanz in Hypothekenmattersachen.

**Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile
und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appel-
lation nach bayerischem Rechte.**

Von Professor Dr. G. Bolgiano.

(Schluß.)

Ad 2, a: Die Gerichtsordnung von 1616 oder der sog. summarische Prozeß spricht von der restitutio in integrum erst im Titel X, der von der Kraft und Wirkung des Endurtheiles handelt, und zwar im Art. 11, der von den die Exekution aufschiebenden Mitteln spricht, worunter auch die Restitution genannt wird. Baron Schmid wirft in seinem Kommentar zu Tit. X Art. 2 unter Nr. 7 und 9 folgende Fragen auf: Quod sint causae sufficientes ad impediendam executionem, et an restitutio in integrum? — Quando sententia executioni fuit demandata, antequam restitutio fuerit petita, an revocetur executio?

Ad 2, b und c: In den Anmerkungen zur Gerichtsordnung und den dort citirten Schriften der Kommunisten wird bezüglich der Restitution gegen Urtheile überall das Endurtheil vorausgesetzt. Dieß beweisen insbesondere die Beispiele, welche Arckimann unter Berufung auf Lehser, Mo-

fer, Thurner. u. A. wählt, um daran die Hauptsätze über die Restitution zu erläutern. Man vergleiche z. B. die Anmerkung zur G.D. Kap. XVI §. 1 lit. c, Abs. „Drittens“, — dann das in Note h daselbst angeführte Reichshofr.-Konkklusum vom 19. Mai 1728, — endlich die Ann. zum gleichen §. lit. k a. E. 1, wo überall nur Restitutionen gegen Endurtheile vorgeführt werden.

Ad 3 und 4: Auch die Gerichtsordnung und die nachher erschienenen Verordnungen haben augenscheinlich bloß das Endurtheil im Sinne.

Dies ergibt sich

a) aus der Vorschrift über den Suspensiv-Effekt der Restitution in G.D. Kap. XVI §. 1 Nr. 7 und

b) aus der Verordnung vom 24. September 1766.

Die Worte der Gerichtsordnung: „Hat die Restitution nur insoferne den Suspensiv-Effekt, als sie noch vor wirklicher Exekution gebührend interponirt wird“, deuten offenbar an, daß die Restitution erst nach dem Endurtheile stattfindet.

Auch die Verordnung vom 24. September 1766 spricht bloß vom Endurtheile; denn es heißt dort, daß die Restitution keine Suspensivkraft haben und den Vollzug eines rechtskräftigen Urtheiles nur dann hemmen soll, wenn Kaution geleistet werden kann: „— haben wir uns hiemit entschlossen, gedachtem beneficio restitutionis den in G.D. Kap. XVI §. 1 Nr. 7 sunbirten effectum suspensivum soweit zu benehmen, daß die executio rei judicatae hinfüro nicht mehr dadurch aufgehalten werden soll, soferne nur dem obsiegenden Theile hinreichende Kaution rc. rc.“ —

c) Aber nicht bloß aus den Wirkungen, auch aus den Voraussetzungen der Restitution läßt sich folgern, daß dieselbe nur gegen das

Endurtheil zulässig ist. Angenommen, es gäbe eine Restitution gegen Interlokute, angenommen ferner, es würden nach Fällung des Beweisinterlokutes neue Einreden entdeckt, so wäre zur Abänderung des letzteren in Folge eines Restitutionsgesuches der Nachweis der Novität nothwendig. Ein Beweis über die neuen Thatfachen selbst kann nur dann gefordert werden, wenn bereits das Endurtheil gefällt ist. Denn letzteres wird auf erwiesene Thatfachen hin gefällt, kann also selbstverständlich nur durch erwiesene Thatfachen geändert werden. Das Beweisinterlokut ergeht aber nur auf angegebene Thatfachen und kann folglich durch bloße Angabe von Thatfachen geändert werden. Der Beweis derselben ist gewiß nicht im Restitutionsprozeß, sondern erst im Hauptprozeß nothwendig; denn der Restitutionsprozeß ist ja zu Ende, wenn die Restitution ertheilt und das Beweisinterlokut in Folge davon abgeändert ist. Der durch das Restitutionsgesuch suspendirte Hauptprozeß kommt aber sofort wieder in Gang, so wie das in Folge der Restitution rejudicirte Beweisinterlokut bekannt gemacht ist. Nun verlangt aber die Gerichtsordnung in Kap. XVI §. 1 Nr. 2, daß die Nova „nicht nur an sich erheblich, sondern auch vollständig und genug erwiesen sind.“ Da also zur Restitution gegen Urtheile Beweis der neu aufgefundenen Thatfachen verlangt wird, so folgt daraus, daß die Gerichtsordnung bloß die Restitution gegen das Endurtheil im Sinne haben kann und daß also eine Restitution gegen Interlokute umstatthaft ist. Die Annahme der gegenstheiligen Ansicht würde unter Umständen Verletzungen des Eventualprinzipes, Prozeßverzögerungen und andere Inkonvenienzen nach sich ziehen. Es ist z. B. im Beweisinterlokute dem Kläger der Beweis der Klage, dem Beklagten der Beweis der

Einrede der Zahlung aufgebürdet. Nun entbedt der Beklagte, nachdem das Interlokut rechtskräftig geworden, eine neue Einrede. Wäre nun zur Restitution außer dem Beweis der Novität auch der Beweis der Einrede selbst nothwendig, so würde der letztere nicht gleichzeitig mit dem Beweis der Klage und der Einrede der Zahlung geführt, sondern ginge demselben voraus und hätte also — wenigstens im Falle seines Mißlingens — die Folge, daß nun erst im Hauptprozeße der Beweis der Klage und der Einrede der Zahlung angetreten werden müßte²⁾, was offenbar eine große Prozeßverzögerung involvirte.

d) Ein weiterer Beleg für den aufgestellten Satz liegt in den Vorschriften der Gerichtsordnung über die zweite Art der Restitution gegen Urtheile, über die Restitution wegen Minderjährigkeit. Die Gerichtsordnung sagt in Kap. XVI §. 1 Nr. 2: „Minderjährige selbst sollen sich der Restitution contra sententiam auf keine andere Weise als ex novis zu erfreuen haben, es zeige sich denn, daß zu ihrem wirklichen Nachtheile in processu etwas ihrerseits unterlassen oder andererseits gefährlicher Weise begangen worden sei.“

Und in der Anmerkung c sagt Kreittmayr: „— Die Läsion besteht nicht darin, daß die Sentenz widrig ausgefallen sei, indem sonst allezeit Restitution gesucht werden könnte, sondern daß zu ihrem merklichen Nachtheile im Prozesse etwas unterlassen oder gefährlicher Weise begangen worden sei.“

Offenbar versteht Kreittmayr unter der

²⁾ Ist die neu entdeckte Einrede die Kompensations-einrede, dann würde jene Folge auch dann eintreten, wenn der Beweis derselben im Restitutionsprozeße gelingen würde.

„Sentenz“ das Endurtheil; denn wenn die Restitution voraussetzt, daß die Sentenz „widrig“ ausgefallen und „zum wirklichen Nachtheile der Minderjährigen im Prozesse etwas unterlassen worden“, — so muß doch letzterer bereits benädigt sein; denn vorher kann von keiner Revision gesprochen werden.

Die Restitution der Minderjährigen ist also dadurch bedingt, daß sie den Prozeß verloren haben, daß folglich das Endurtheil ergangen sei. Dasselbe gilt auch von der Restitution des Prinzipals wegen Versäumniß des insolventen Anwalts. (GD. Kap. VII §. 10 a. E.)

Begreiflich kann auch hier bloß von einer Restitution gegen das Endurtheil die Rede sein; denn von Vergütung eines durch den Anwalt zugefügten Schadens und also von Anstellung der Negreßklage gegen ihn kann erst dann gesprochen werden, wenn der Prozeß wirklich durch die Schuld desselben verloren ging.

Mit dürren Worten sagt dies bezüglich des f. Fiskus die Novelle vom Jahre 1837 in §. 39 a. E. Derselbe soll bloß dann Anspruch auf die Restitution gegen Urtheile haben, „wenn der prozeßführende Fiskal gegen seine Instruktion oder Vollmacht etwas unterlassen hat, wovon der Verlust des Processes die Folge und die Erholung der Entschädigung für das Staatsärar wegen Insolvenz des Fiskals nicht möglich gewesen ist.“

Was nun von der zweiten und dritten Art der Restitution, nämlich von der Restitution der Minderjährigen und des Prinzipals wegen Versäumniß des insolventen Anwalts gilt, warum soll das nicht auch von der ersten Art der Restitution, von der Restitution auf den Grund neuen Vorbringens gelten? — Es steht fest, daß die Restitution der Minderjährigen nur nach verlorenem Prozesse möglich ist.

Und doch könnte sie ganz gut gegen einen Zwischenbescheid, z. B. gegen das Beweisinterlokut, nachgesucht werden. Nehmen wir das von Kreittmayr selbst angeführte Beispiel. Der Vormund hatte die Exzeptionsfrist versäumt und es wird nun gegen ihn in contumaciam auf Beweis erkannt. Warum sollte hier nicht Restitution gegen das Beweisinterlokut nachgesucht werden können? Ist nicht das ganze weitere Verfahren vom Beweisinterlokut bis zum Endurtheile aller Voraussicht nach ein vergebliches, wenn die Restitution bis zum Endurtheile aufgeschoben werden muß? — Allerdings! Allein die Läsion ist, wie Kreittmayr in der Anmerkung e sagt, „auch bei Minderjährigen ein Essentialstück der Restitution“ (bei den Minderjährigen also, wie bei den Großjährigen und umgekehrt), von einer Läsion kann aber erst nach ergangenem Endurtheile gesprochen werden.

Wenn nun gegen das Beweisinterlokut wegen schuldhafter Versäumniß der Exzeptionsfrist Seitens des Vormundes keine Restitution wegen Minderjährigkeit stattfindet, sondern erst gegen das Endurtheil, — so kann auch und zwar aus denselben Gründen wegen neu entdeckter Enttöden keine Restitution ex capite novorum dagegen zulässig sein; denn von einer Läsion des Beklagten kann erst nach seiner Verurtheilung die Rede sein.

Es wäre somit nachgewiesen, daß die Restitution gegen Urtheile — sowohl auf den Grund neuen Vorbringens als wegen Minderjährigkeit — nur gegen das Endurtheil, nicht gegen einen Zwischenbescheid nachgesucht werden könne.

Nur eine Stelle der Gerichtsordnung scheint entgegenzustehen, nämlich Kap. XIII §. 3 Nr. 6. „Sobald der Reinigungs- oder Erfüllungsseid einmal aufgetragen worden ist, kann derselbe von dem nämlichen Richter nicht mehr widerrufen werden,

aufser aus erheblichen *Novis*, welche sich erst nach geschehenem Auftrage hervorgethan haben.“

Offenbar ist hier von der Restitution gegen Urtheile, gegen einen Zwischenbescheid, die Rede, nämlich gegen das Interlokut, wodurch auf einen Notheib erkannt wird.

Jene Stelle bildet daher, wenn sie nicht paralyfirt oder als ein besonderer Ausnahmefall dargestellt werden kann, einen brillanten positiven Beleg für den hier bekämpften Satz, daß die Restitution gegen Urtheile auch gegen Interlokute Platz greife. Es fragt sich nur: kann sie hinweggeräumt, kann sie als besonderer Ausnahmefall dargestellt werden oder nicht? —

Ich glaube, sie kann es, und zwar auf folgendem Wege:

Bei Urtheilen auf einen Notheib ist die Restitution *ex capite novorum* Bedürfniß, was sie bei den übrigen Zwischenbescheiden nicht, wenigstens nicht in dem Grade ist. Denn fehlt die Berufungssumme und kann also gegen das den Reinigungs- oder Ergänzungseid auflegende Urtheil auf den Grund der neu entdeckten Beweismittel nicht appellirt werden, so würde der Grundsatz: „*juramenta superflua sunt evitanda*“ — verletzt, wollte man die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erst nach dem Endurtheile zulassen. Denn wenn die neuen Beweismittel geeignet sind, anstatt des Urtheiles auf den Eid ein Definitivkenntniß herbeizuführen, so ist natürlich der Notheib überflüssig. Ja, wenn die *Nova* den Uebergang von einem Notheib auf den andern zur Folge haben, so ist die Gefahr eines Meineides ganz nahe, wenn z. B. im Hauptprozeße der Kläger den Erfüllungseid abgibt und im Restitutionsprozeße dem Beklagten der Reinigungseid aufgelegt werden soll. Gegen das Urtheil auf einen Notheib ist also ausnahmungsweise, und zwar im Interesse der Eidesersparung

und Meineidsvermeidung, Restitution contra sententiam zulässig, und ebenso gegen das Urtheil auf den Schiedsreiz; es kann aber eben deshalb nicht gefolgert werden, daß auch gegen andere Interlokute, wie z. B. gegen das Beweisinterlokut, die Restitution contra sententiam zulässig sei. —

Aber auch auf einem anderen Wege könnte das aus Kap. XIII §. 3 Nr. 6 hergeleitete Bedenken beseitigt werden, nämlich durch die Annahme, daß hier nicht die Restitution gegen Urtheile, sondern die Restitution gegen das Versäumniß von Terminen gemeint sei. Meine Ansicht hier über kann ich aber erst im zweiten Theile dieser Abhandlung entwickeln.

Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz.

Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages.
Kompetenz des Kassationshofes. Zeitpacht. Emphyteuse.

Die Einwohner der Gemeinde Roschbach — Kantons Edenkoben — gehörten mit denen sieben anderer Gemeinden zur ersten Mittelhayngeraide, einer jener reichen und mächtigen Markgenossenschaften, die am Haardtgebirge unter dem generellen Namen „Geraide“ bis zum Anfange dieses Jahrhunderts von Alters her sich erhalten hatten. Im Jahre 1803 — nachdem bereits die französische Administration auf dem deutschen linken Rheinufer organisirt war — ließen die Vorstände dieser Geraide, damals betitelt „Verwaltungskommission der ersten Mittelhayngeraide“, eine namhafte Zahl von Geraidegütern, welche in den Gemarkungen von Roschbach, Burweiler und Dernbach liegen, auf einen fünfzig-

jährigen Pacht versteigern. In dem hierüber am 30. und 31. Januar, 1. und 2. Februar 1803 errichteten notariſchen Protokolle iſt einleitungsweiſe beurkundet, eß ſei auf Anſtehen der genannten Verwaltungskommiſſion unter Vorlegung deß in Betreff „der in Pſacht zu begebenden Geraidegüter“ erwirkten Beſchluffeß deß Unterpräſekten die Verſteigerung vorgenommen worden. In zwölf Artikeln werden ſodann die Verſteigerungs-„Bedingniſſe“ aufgeführt, welche beſagen:

1) „Werden die in Verſteigerung gegebenen Geraidegüter in einen fünfzigjährigen „Pſacht“ in der Art verſteigert, daß“

2) „nach Ablauf dieſer erſteren fünfzig Jahre Steigerer, wenn ſie wollen, fragliche Güter behalten, jedoch“

3) „muß Steigerer von jeder laufenden Ruthe jährlich an den Geraideeinnehmer noch außer dem Steigerungspreis auf den 11. November zwei Kreuzer entrichten.“

4) „Nach Ablauf von fünfzig Jahren von heute gerechnet muß der Steigerer ein weiteres Einſchreibgebühr von 4 fl. per Viertel oder Item, wie ſolche hiernach eingeführt ſind, in die Geraidekaſſe bezahlen.“

5) „Die Zahlung geſchieht in drei folgenden Terminen auf den 11. November 1803, 1804 und 1805 zu einem Drittel jedesmal unterziniſch.“

6) (— Bedingniß, wonach von dem Erlöſe vorab die Geraideſchulden abgetilgt, der Ueberreſt aber unter die ſämmtlichen Geraideortſchaften ausgetheilt werden ſoll. --)

7) „Waß die Ackerſtücke in der Burweilerer Gemarkung betrifft, ſo ſollen die Temporalbeſtänder ſolche annoch dieſeß Jahr nußen und treten Steigerer dieſer Stücke erſt künftigen Martini (1803) in Beſitz.“

(— Die 8. und 9. Bedingniß betreffen die Zahlung der Versteigerungskosten; auch wird hiernach für das angegebene Flächenmaaß nicht garantirt. —).

10) „Die Güter können nicht weiter zerstückelt werden.“

11) (— wird die Ratifikation der Unterpräfektur vorbehalten. —)

12) „Die Grundsteuer und sonstige auf die Güter fallenden Lasten und Abgaben zahlt die Geraidekasse jedes Jahr und für alle Zeit, es mag auch unter welcher immer einem Namen sein und geschehen, wie es wolle.

Hiernächst erscheinen die einzelnen Zuschläge mit Bezeichnung der Güter, Steigerer und Steigpreise protokolliert und den Zuschlägen, welche in Moschbach am letzten Versteigerungstage — 2. Februar 1803 — statt hatten, ist als weitere besondere „Bedingniß“ vorangestellt, „daß diejenigen, so das Gut dormalen in Bestand haben, solches annoch mit Einschluß gegenwärtigen Jahres zwei Jahre nutzen und genießen dürfen“ (bis Martini 1804) „jedoch den ausgehaltenen Pacht jährlich an den Geraideeinnnehmer abzuzahlen haben.“

Die Versteigerung, wobei im Ganzen 79,200 Franken erlöst wurden, erhielt die Genehmigung des Unterpräfekten und ist dieser Erlös bei der Registrirung mit 4% (der Kaufgebühr) besteuert worden.

Im Jahre 1820 wurde die Geraidegenossenschaft Mittelhangergeraide als solche aufgelöst, nachdem in Folge der neuen Ordnung der Dinge dieselbe längst schon ihrer ursprünglichen Selbstständigkeit entkleidet worden war. Das Geraidevermögen wurde nämlich unter Vermittelung und mit Zustimmung der k. Kreisregierung nach Maßgabe der Anzahl Feuerheerde in den 8 Gemeinden unter die einzelnen Theilhaber in Natur vertheilt dergestalt, daß das ausgeschiedene Eigenthum daran den politischen Ge-

melnden zugewiesen wurde mit der Stipulation, wonach die zur Zeit der Theilung auf langjährige Pachte „gegen Boden- oder Pachtzinsen begebenen“ Geraidegüter künftig den Gemeinden zuständig sein sollten, in deren Gemarkung sie lagen.

Auf diese Weise succedirte die Gemeinde Roschbach in alle Rechte der Mittelhangeraide, welche auf die in ihrer Gemarkung gelegenen Geraidegüter Bezug hatten und sich aus dem Versteigerungsakte vom Jahre 1803 ableiten lassen.

Als 50 Jahre vom Versteigerungstage an abgelaufen waren — 1853 — entstanden über die Auslegung des Versteigerungsaktes von 1803 ernstliche Zweifel. Die Gemeinde Roschbach, welche begreiflicherweise bei dem Besitze der inzwischen sehr werthvoll gewordenen Grundstücke nicht wenig interessiert war, glaubte alles Mögliche aufzubieten zu sollen, um die im Versteigerungsakte wurzelnden Ansprüche der dormaligen Besitzer zu beseitigen. Letztere und deren Vorgänger hatten sich bisher als die Eigenthümer gerirt, jedoch den nach Art. 3 der obigen Bedingnisse vorbehaltenen jährlichen Zins zu 2 Kreuzer per Ruthe regelmäßig wie es scheint — bezahlt, so daß ihnen gegenüber der Vorwurf ver säumter Vertragserfüllung nicht wohl Platz greifen konnte. Ueberdies wurde die Vorsicht gebraucht, daß man auf den kritischen Tag — 2. Februar 1853 — der Gemeinde förmlich erklären ließ, man wolle die Grundstücke gegen fernere Entrichtung des sog. Ruthenzinses behalten und sei auch bereit zur Zahlung von so vielmal 4 fl. als man Viertel oder Stem aus der Versteigerung — wonach gemäß Art. 4 der Bedingnisse nunmehr ein „weiteres Einschreibgebühr“ im erwähnten Betrage bezahlt werden müsse, — besitze. — Die Gemeinde nahm jedoch das mit dieser Erklärung verbunden gewesene Realoffert nicht an und suchte ihren Zweck zunächst durch

Anstellung einer Klage auf Nichtigkeit der Versteigerung von 1803 zu erreichen. Diese Klage wurde mit großem Kostenaufwande gegen die sämmtlichen Erben der Steigerer, sowie die dritten Besitzer der Grundstücke angestellt und zu deren Begründung geltend gemacht, die Versteigerung hätte, um rechtsbeständig werden zu können, vermöge eines zur Zeit bereits publizirt gewesenen französischen Gesetzes der Genehmigung des Staatsoberhauptes unterstellt werden sollen, was unterblieben sei. Die Klage wurde jedoch rechtskräftig wegen Verjährung abgewiesen.

Jetzt versuchte es die Gemeinde mit einer anderen Klage und zwar wurde zu dieser der Kostenersparung halber vorerst nur ein Besitzer von Geraidegütern — der Kiefer Johann Glaser von Hainfeld — als Beklagter außersehen. Mit Hinweisung auf den Inhalt des Versteigerungsbattes wurde vorgebracht, daß, weil Glaser diejenigen ehemaligen Geraidegüter, welche Michael Seither von Ramberg im Jahre 1803 um zusammen 611 fl. auf einen 50 jährigen Pacht ersteigert hatte, besitze und unterm 2. Februar 1853 erklärt habe, daß Pachtverhältniß erneuern zu wollen, derselbe nicht allein das offerirte Einschreibgeld mit je 4 fl. per Viertel gemäß Art. 4 der Bedingungen und den jährlichen Zins von je 2 fr. per Ruthe gemäß Art. 3 schulde, sondern auch verpflichtet sei, den Pachtsteigpreis mit 611 fl. für eine neue Pachtzeit von 50 Jahren zu bezahlen.

In Erwiderung auf die Klage wiederholte Glaser seine frühere Erklärung sammt Realoffert; dem Anspruche auf nochmalige Bezahlung des Steigpreises wurde im Wesentlichen entgegengehalten, daß der Versteigerungsbatt eine Eigenthumsübertragung gegen Zahlung einer Rente darthue.

Die erste Instanz — k. Bezirksgericht Landau — billigte das Exzeptionsystem; die Klage auf noch:

malige Zahlung des Steigpreises wurde als ungegründet verworfen in der Erwägung, daß der durch den Versteigerungsakt beurkundete Vertrag als ein Gemisch von Kauf und Emphyteusis oder Rentenkontrakt, wodurch das volle Eigenthum oder doch jedenfalls das Dominium utile auf die Steigerer überging, betrachtet werden müsse.

Auf eingelegte Berufung wurde dieses Urtheil reformirt. Ohne zu verkennen, daß der Versteigerungsakt von 1803 Bestimmungen enthalte, welche in Relation zu den konstituierenden Merkmalen eines Zeitpachtes sich als höchst singulär darstellen, nahm das k. A. G. der Pfalz an, daß jene Bestimmungen immerhin doch nicht mit dem Wesen und der Natur eines Zeitpachtes unvereinbar seien.

„Weil durch den Akt“ — so lassen sich die entscheidenden Betrachtungen zusammenfassen — „ausdrücklich nur eine Vergebung der versteigerten Güter auf einen fünfzigjährigen Pacht beurkundet wird und weil alle Versteigerungsbedingnisse im Ganzen und im Einzelnen sich durch die thatsächlichen Umstände, unter welchen die Versteigerung abgehalten wurde in dem Sinne erklären lassen, daß ein Eigenthumsübertrag nicht beabsichtigt war, muß nothwendig anerkannt werden, es sei nach Ablauf der ersten 50 Jahre von 1803 an die Nothwendigkeit einer vollständigen Erneuerung des Pachtes für den Fall eingetreten, daß die betreffenden Steigerer oder deren Rechtsnachfolger, was ihnen zu thun vorbehalten ist, nicht vom Vertrage abgehen, sondern die versteigerten Güter behalten zu wollen erklären. Mit hin kann Glaser, nachdem derselbe im Jahre 1853 die von ihm beziehungsweise seinen Rechtsvorgängern bis dahin besessenen Güter auf Grund des Erwerbstitels von 1803 behalten zu wollen erklärt hat, dieselbe nur behalten, wenn er sich den sämtlichen primitiven Versteigerungsbedingungen unterwirft, also

nicht allein die angebotenen Zahlungen leistet, sondern auch den Steigpreis nochmals bezahlt.“

Glafer ergriff den Kassationsrekurs, zu dessen Begründung sein Anwalt mehrere Kassationsmittel artikulirte, welche hauptsächlich dahin zielten, darzu-
thun, daß das k. K. sowohl das damalige Civil-
gesetz als auch insbesondere die älteren Gesetze, un-
ter deren Herrschaft die Versteigerung abgehalten
wurde, verlegt beziehungsweise irrig angewendet
habe. Die Gemeinde Roschbach bekämpfte den Re-
kurs zunächst mit der Einrede der Unzulässigkeit, in-
dem sie aufstellte, daß k. K. habe in seiner exclu-
siven Zuständigkeit, nämlich mittelst Würdigung der
thatsächlichen Momente und Intentionen, welche dem
Versteigerungsakte zu Grunde lagen, in unвідerruf-
licher Weise entschieden, was der Rekurs als Ge-
setzesverletzung bezeichne. Zur Sache selbst wurden
die im Urtheile niedergelegten Rechtsbetrachtungen
als die richtigen zu vertheidigen gesucht, wobei die
Frage zur Sprache kam, ob in loco contractus
früher das fürstbischöflich Speyerische Statutarrecht
oder das Churpfälzer Landrecht Geltung gehabt habe.

Am 7. Dezember 1860 wurde im Einflange
mit dem Gutachten des k. Generalstaatsprokurators
unter Verwerfung der Einrede der Unzulässigkeit das
angefochtene Urtheil kassirt und zwar aus folgenden

Gründen:

Wichtig ist allerdings, daß die in letzter In-
stanz erkennenden Gerichte bei der Auslegung von
Verträgen und Willensäußerungen insofern unab-
hängig sind, als hiebei unterlaufende irrige oder
falsche Auffassungen von Thatsachen gleichwie unrich-
tige Folgerungen hieraus einer weiteren Kritik nicht
unterliegen. Allein eben so unbestreitbar ist der Be-
ruf des Kassationshofes, sich mit der Prüfung der-
jenigen gerichtlichen Entscheidungen zu befassen, welche
den Charakter, das konstituierende Merkmal, die Be-

senheit eines Vertrages in seinen Beziehungen zu dem seine Gültigkeit und Wirksamkeit bedingenden Gesetze bestimmen; unbestreitbar ist nämlich, daß diejenigen Entscheidungen der Censur unterworfen sind, welche, während sie Thatfachen anerkennen, die einen gesetzlich distinguirten Vertrag konstituiren, gleichwohl aus den charakterisirenden Thatfachen andere Folgerungen ableiten, als welche das Gesetz an ihr Vorhandensein geknüpft hat.

Soferne demnach, wie gegebenen Falles geschieht, dem angefochtenen Urtheile der Vorwurf gemacht wird, es sei durch dasselbe angenommen worden, daß der Versteigerungsakt vom Jahre 1803 einen einfachen Zeitpacht enthalte, während die sämtlichen als bestehend anerkannten Thatfachen, wie solche im Akte beurfundet sind, in ihrem Zusammenhange aufgefaßt, die gesetzlichen Merkmale eines vom Zeitpacht wesentlich verschiedenen Vertrages dargeboten hätten, -- soferne beigefügt wird, es habe nach Maßgabe der im Urtheile konstatirten thatsächlichen Momente unter keiner Voraussetzung und zwar wenn selbst der Rechtsvorgänger des Kassationsklägers vermöge des Versteigerungsaktes Zeitpächter wurde, eine Verurtheilung zur nochmaligen Zahlung von 611 fl. Platz greifen können, -- genügt zur Beseitigung eines derartigen Vorwurfes keineswegs eine einfache Hinweisung auf die unumschränkte Befugniß des erkennenden Richters zur Interpretation jenes Versteigerungsaktes; vielmehr ist der Gehalt des Vorwurfes selbst des Näheren zu prüfen, weil, wäre derselbe begründet, alsdann nicht allein das Gesetz des Vertrages, sondern das die Folgen und die Wirksamkeit des Vertrages bedingende und beherrschende Gesetz selbst verletzt erscheinen würde.

(Schluß folgt.)

**Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.**

Unzulässigkeit der Anhebung der dritten Instanz in Hypothekensachen.

Vgl. Bb. XIII S. 317.

Der auf Grund des §. 94 Abs. 1 und 2 des Hypothekengesetzes bereits in früheren oberstrichterlichen Entscheidungen festgehaltene Satz, daß in Hypothekensachen eine Beschwerde zur dritten Instanz nicht statfinde, wurde in einem neuerlich ergangenen Erkenntniße des obersten Gerichtshofes wiederholt zur Geltung gebracht. Im gegebenen Falle hatte nämlich das Hypothekenamt auf gestellten Antrag die Eintragung einer Protestation im Hypothekenbuche verfügt, das Obergericht jedoch auf erhobene Berufung ausgesprochen, daß die von dem Hypothekenamte getroffene Verfügung aufzuheben und die eingereichte Protestation zurückzuweisen bezw. dieselbe wieder zu löschen sei. Eine bei dem Obergerichte selbst gegen dieses Erkenntniß angebrachte Richtigkeitsbeschwerde wurde verworfen. Gegen diesen Ausspruch wurde nun eine so betitelte Berufung zum obersten Gerichtshofe eingereicht, dieselbe jedoch als unzulässig abgewiesen, weil, wenn die Nullität eines vom Hypothekenamte erlassenen Beschlusses dargelegt und auf Grund desselben eine Aenderung nachgesucht werden wolle, solches, soweit thunlich, im Wege der einfachen Beschwerde oder aber im Wege der Remonstration zu geschehen habe, nimmermehr aber eine beßfallige Beschwerde, sei es nun in welcher Form immer, an das Gericht dritter Instanz gebracht werden könne, indem eine solche Beschwerde durch das in dem oben angeführten §. 94 Abs. 2 des Hyp.-Ges. enthaltene Verbot absolut ausgeschlossen und die Beschwerdeführung in Hypothekensachen durchaus nur auf zwei Instanzen beschränkt sei.

DAGE. v. 9. Juli 1861 Nr. 986⁶⁰/₆₁. 77.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Bedurften nach Stadt Augsburgerlichem Recht Frauenpersonen bei Errichtung ihres letzten Willens eines Geschlechtsvormundes oder sogen. Weisständers? — Ein wegen mangelnder gerichtlicher Protokollierung nichtiger Vertrag wird auch durch Handlungen, welche auf dessen Erfüllung gerichtet sind, nicht gültig. — Nach Münchener Statutarrecht geht das Eigenthum an Grundstücken durch gerichtliche Verbriefung des Veräußerungsvertrages und Umschreibung des Eigenthums im Grundbuche ohne einen weiteren Traditionsekt auf den Erwerber über. — Die Befolgungen der Beamten an kaiserlichen Domainenkanzleien sind Realakten der kaiserlichen Güter. — Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages. Kompetenz des Kassationshofes. Zeitspacht. Emphyteuse. (Schluß).

Bedurften nach Stadt Augsburgerlichem Recht Frauenpersonen bei Errichtung ihres letzten Willens eines Geschlechtsvormundes oder sog. Weisständers?

Die Pflegordnung der Stadt Augsburg v. J. 1779 enthält unter §. 46 ein Senatöbdekret vom 9. März 1641 folgenden Inhaltes:

„Wittfrauen und ledige majorennne Weibspersonen sollen verbunden sein, sich Weisstände zu nehmen und solche dem Oberpflegamt zur Bestätigung darzustellen. Ob ihnen nun gleich die Verwaltung ihres Vermögens, so lange sie sonst hiezu nicht untüchtig sind, selbst überlassen bleibt, so werden sie doch hiemit angewiesen, in gerichtlichen und außergerichtlichen wichtigen Sachen, Schließung wichtiger Kontrakten, Veräußerungs-, Verpfändung und Kapitalanlegungssachen, auch anderen bedenklichen Fällen, ohne Rath und Vorwissen ihrer Weisstände nichts vorzunehmen oder abzuschließen.“

Neue Folge VII. Band.

Die schon häufig in Frage gestandene Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung auf lektwillige Verfügungen der Frauenpersonen muß abgelehnt werden. Unverkennbar geht der Zweck, welchen der Gesetzgeber mit dem Gebote der Beiziehung eines sogen. Beistandes zu erreichen beabsichtigte, dahin, Frauenpersonen vor Nachtheilen zu schützen, die ihnen aus den im Gesetze hervorgehobenen Rechtsgeschäften entstehen könnten. Dagegen lag ihm die Absicht ferne, den Frauenpersonen in ihrem freien Verfügungsrechte über die ihrer Herrschaft unterworfenen Vermögenstheile lästige Schranken zu setzen. Unter die Kategorie der Rechtsgeschäfte letzter Richtung gehören nun aber ohne Zweifel solche streng einseitige Geschäfte wie die Testamenterrichtung oder die Uebergabe des letzten Willens an das Gericht im Falle des testamenti judici oblati. Bei diesen würde der Vollzug der wohlmeinenden Intentionen des Gesetzgebers in das Gegentheil umschlagen; denn gerade bei dieser Gattung von Rechtsgeschäften kommt es vornämlich darauf an, den Willen des Disponenten als vollkommen frei und von fremdartigen, die Selbständigkeit des Entschlusses gefährdenden Einflüssen ausgeschlossen zu erkennen. Während beim Abschlusse von Verträgen die Zuziehung von Beiständern eine Gewähr dafür bildet, daß die Frauenperson bei Eingehung des Rechtsgeschäftes den möglichsten Schutz gegen Uebervortheilungen genossen hat, läßt die Anwendung derselben Beschränkung auf Testamente oder Kodizille dem Zweifel an der Selbständigkeit des Entschlusses und der Abwesenheit fremder Einflüsse Raum.

Selbst wenn also nicht schon der Wortlaut der allegirten Gesetzesstelle diese Anschauung unterstützen würde, würde sie doch durch die Natur der Sache gerechtfertigt sein.

Hiefür spricht auch die Analogie der Vorschrift

des gemeinen Rechtes¹⁾, daß mündige Minderjährige, ungeachtet sie den Unmündigen in Absicht auf die Vormundschaft gleichgestellt sind, fähig sind zu testiren. Die vormundschaftliche Mitwirkung würde das Testament, zu welcher Handlung schlechterdings eigene, selbständige Einsicht erfordert wird, unförmlich machen²⁾.

Mit diesen Resultaten scheint denn auch Mittermaler übereinzustimmen, wenn er in seinem Privatrechte Bd. II §. 431 S. 504 und §. 460 S. 594 (VII. Aufl.) lehrt:

„An Orten, wo Geschlechtsvormundschaft besteht, kann ein Testament von einem Weibe nur unter Mitwirkung ihres Geschlechtsvormundes errichtet werden, was jedoch ohne besondere Vorschrift nicht anzunehmen ist“³⁾.

Wir bemerken zum Schlusse, daß zwar nach dem Landtagsabschiede vom 10. Nov. 1861 §. 28 Nr. 1 und letzter Abs. vom 18. Nov. 1861 an obige Bestimmung der Augsburgerischen Pflegordnung aufgehoben ist, daß aber vorstehende Erörterung dadurch nicht gegenstandslos wird, weil nach §. 28 a. a. O. lezt. Abs. lit. a bei den vor dem 18. Nov. 1861 errichteten Testamenten die besprochene Frage sich immer noch aufwirft. φ.

¹⁾ Im Zweifel ist die Zugiehung des Geschlechtsvormundes zu allen Rechtsgeschäften nöthig, wozu auch ein Mündel seinen Vormund oder Pfleger zugiehen müßte. Mittermaler's deutsches Privatr. Bd. II §. 431 S. 504 der VII. Aufl.

²⁾ Puchta's Pandekten §. 463.

³⁾ Vgl. auch Gerber's deutsches Privatrecht §. 246 S. 547 der III. Aufl.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ein wegen mangelnder gerichtlicher Protokollirung nichtiger Vertrag wird auch durch Handlungen, welche auf dessen Erfüllung gerichtet sind, nicht gültig.

Vgl. Bd. XX S. 66 ff. d. Erg.-Bl. Bd. XXV S. 67.

In dem Bd. XXVI S. 494 mitgetheilten Falle hatte die Beklagte vorgebracht, der Kläger könne den Kaufvertrag nicht mehr als nichtig anfechten, weil derselbe einerseits durch Tradition des verkauften Walbes, andererseits durch theilweise Zahlung des Kauffchillings und Ausstellung eines Schuldscheines für den Rest desselben vollzogen sei, Kläger sogar schon einige Nutzungen aus dem Walde gezogen habe. Die Verwerfung dieser Einrede motivirte der oberste Gerichtshof so:

Durch die Behauptung, daß der Kaufvertrag über fragliche Waldparzelle bereits vollzogen sei, kann die Klage nicht entkräftet werden. Denn bei nichtigen Verträgen kann von einem Vollzuge, einer Erfüllung derselben gar nicht gesprochen werden. Was in der Absicht geleistet wird, einen nichtigen Vertrag zum Vollzuge zu bringen, das ist sine causa hingegeben und kann deswegen zurückgefordert werden: fr. 6 de don. i. vir. et ux. (24,1); fr. 21 §. 1 i. f. de donat. (39,5); const. 18 de usur. (4,32.); — das Geleistete kann daher nicht als Erfüllung einer (ja gar nicht bestehenden) Verbindlichkeit angesehen werden.

Deswegen kann es auch nicht zur Aufrechthaltung des Kaufes führen, daß der Kläger bereits Nutzungen aus dem Walde zog. Diese Handlung verpflichtet den Kläger zwar zum Ersatze dessen, was aus dem Walde ohne Rechtsgrund in sein Vermögen gekommen ist, kann aber eine nichtige

Handlung nicht zu einem gültigen Vertrage umwandeln.

Auch kann dem Kläger keine Arglist zur Last gelegt werden, da er sich ja zum Erfasse des von ihm Bezogenen erböten hat.

Auch vom Gesichtspunkte des Verzichtes aus ist der Bezug von Rukungen aus dem Walde und die Anerkennung eines Schuldrestes auf Seite des Klägers unerheblich.

Ein Verzicht auf die *condictio sine causa* kann aus diesen Handlungen nicht gefolgert werden, da aus ihnen nicht der Wille hervorgeht, der Beklagten den Wald und daneben auch den Kaufschilling dafür zu überlassen. Jene Handlungen könnten daher nur als Verzicht auf die Protokollirung aufgefaßt werden, welcher Verzicht aber vom Gesetze als wirkungslos erklärt ist.

DAÖGrf. v. 28. Dez. 1861, R.Nr. 1596^{60/61}.
St.

2.

Nach Münchener Statutarrecht geht das Eigenthum an Grundstücken durch gerichtliche Verbriefung des Veräußerungsvertrages und Umschreibung des Eigenthumes im Grundbuche ohne einen weiteren Traditionsakt auf den Erwerber über.

Vgl. Bd. XIII S. 257 ff., S. 275 ff.

Der obige a. a. O. vertheidigte Sach ist aus den dort dafür angeführten Gründen auch vom obersten Gerichtshofe bestätigt worden.

DAÖGrf. v. 15. Juni 1849 R.Nr. 360^{48/49}.

3.

Die Besoldungen der Beamten an standesherrlichen Domainenkanzleien sind Reallasten der standesherrlichen Güter.

Vgl. Bd. XXVI S. 303.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof neuerlich wiederholt ausgesprochen im DAÖGrf. v. 16. Juli 1861 R.Nr. 1240^{60/61}.
77.

Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz.

Beschwerde wegen irriger Auslegung eines Vertrages.
Kompetenz des Kassationshofes. Zeitpacht. Emphyteuse.

(Schluß.)

Als die thatsächlichen Umstände, unter welchen das k. AG. annahm, daß der Rechtsvorgänger des Kassationsklägers, welchem bei der Versteigerung vom 2. Februar 1803 für 611 fl. mehrere Gutsparzellen auf 50jährigen Pacht zugeschlagen wurden, einfacher Zeitpächter — Temporalbeständer — jener Güter geworden und als solcher nach Ablauf von 50 Jahren die erwähnten 611 fl. nochmals zu zahlen verpflichtet sei, stellen sich, wie das angefochtene Urtheil unzweideutig entnehmen läßt, ausschließlich die „Bedingnisse“ dar, unter welchen die Mittelhaysgeraibe, deren Rechte die Gemeinde Roschbach verfolgt, vermöge des vorliegenden Versteigerungsaktes eine nicht unbedeutende Anzahl von Geraibegütern, um Mittel zur Schuldentilgung zu gewinnen, auf einen „Pacht“ von der erwähnten Dauer versteigerte.

Thatsächliche Grundlage der Entscheidung ist demnach eines Theiles, daß die Steigerer, welche

1) sich verpflichteten, einen in drei Jahresterminen — 1803, 1804 und 1805 — ähnlich einem Kaufpreise fälligen Preis für ihre respectiven Zuschläge zu zahlen (Versteigerungsbedingniß Art. 5), denen

2) als „Steigerern“ — wie sie durchweg benannt werden — zur Auflage gemacht wurde, die zur Zeit der Zuschläge noch zum Genuße der Güter berechtigten „Temporalbeständer“ ein Jahr, beziehungsweise zwei Jahre lang die Güter „nutzen“ zu lassen und den „Besitz“ erst an Martini 1803 beziehungsweise 1804 anzutreten (Versteigerungsbe-

dingniß Art. 7 und Einleitung zur Versteigerungsforsetzung vom 2. Februar 1803), welche

3) eine alljährliche Abgabe von 2 fr. per Ruthe jedenfalls 50 Jahre lang an die Geraidekasse zu entrichten sich verpflichteten (Versteigerungsbedingniß Art. 1 und 3), und welchen

4) das „weitere Zerstückeln“ der Grundstücke untersagt wurde (Versteigerungsbedingniß Art. 10), —

daß Eigenthum der ersteigerten Güter nicht zugeschlagen erhalten haben (Versteigerungsbedingniß Art. 1, 2, 12 und Einleitung des Versteigerungssaktes).

Dagegen ist anderen Theiles weitere thatsächliche Grundlage der Entscheidung:

5) daß den Steigern die Befugniß eingeräumt wurde, nach Ablauf der ersten 50 Jahre von der Versteigerung an gerechnet die ersteigerten Güter zu „behalten“ (Versteigerungsbedingniß Art. 2), „jedoch“

6) mit der Verpflichtung, die jährliche Abgabe von 2 fr. per Ruthe zu entrichten (Versteigerungsbedingniß Art. 3), und

7) ein weiteres Einschreibgebühr von 4 fl. per Viertel oder Item an die Geraidekasse zu bezahlen (Versteigerungsbedingniß Art. 4).

Reiht man an diese positiven thatsächlichen Momente das weitere negative, daß im Versteigerungssakte nirgends, weder direkt noch indirekt, die Rede ist von der Modalität einer Relokation, welche nach Ablauf der 50 jährigen Pachtzeit eintreten soll, daß den Steigern namentlich nicht zur Auflage gemacht wurde, für die ersteigerten Güter bei der ihnen anheingegebenen Option für die Fortexistenz des Vertragsverhältnisses andere Leistungen als die Fortentrichtung der 2 fr. per Ruthe und die Zahlung einer neuen Einschreibgebühr zu über-

nehmen, so war die Annahme einer Verbindlichkeit für die Steigerer zur nochmaligen Zahlung eines dem bereits gezahlten gleichen Steigpreises, sollte durch den Akt wirklich nur ein Temporalpachtverhältniß vereinbart worden sein, zunächst schon deshalb eine absolute Unmöglichkeit, weil diese Annahme das Bestehen von ganz anderen Thatfachen, von ganz anderen Willensäußerungen voraussetzt, als welche anerkannt sind. Soferne nämlich die Graideverwaltung thatsächlich mittelst der Versteigerungsverträge abgeschlossen hat, wonach es dem einseitigen Willen der Steigerer anheimgegeben ist, nach Ablauf von 50 Jahren die Güter als Pächter zu „behalten“, kann schlechterdings die Rede davon nicht sein, daß nach 50 Jahren zu dem einseitigen Willen der Steigerer noch ein anderer, das rechtliche Fortbestehen des primitiven Pachtverhältnisses vermittelnder und bedingender Wille hinzutreten müsse. Gleichwohl wurde diese Nothwendigkeit dadurch unterstellt, daß entschieden worden ist, nach Ablauf von 50 Jahren könne das primitive Pachtverhältniß nur in Folge einer Erneuerung fortgesetzt werden, genüge nämlich nicht die den Steigerern und nur diesen vorbehaltenen Kundgabe ihres Willens, zu bleiben, was sie vermöge der im Jahre 1803 stattgehabten beiderseitigen Vereinbarung geworden waren.

Diese Entscheidung, wonach es den Steigerern nicht freigestellt bleibt, zu thun, was ihnen vertragsmäßig freisteht, wonach das Erbieten derselben, die an die Option für das einfache Fortbestehen des vereinbarten Rechtsverhältnisses geknüpfte Bedingung zu erfüllen, keine Wirksamkeit haben soll, wonach vielmehr die Ausübung des Rechtes auf fortgesetzten Genuß der Pachtobjekte an die Bedingung eines nochmaligen Erwerbes des Rechtes selbst geknüpft erscheint, stellt sich nicht allein als

eine irrige, nur etwa die Intentionen der Kontrahenten von 1803 falsch auffassende dar, sondern sie enthält auch unverkennbar eine Verletzung des im bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1134) für den Richter ausdrücklich statuirten Verbotes, den zwischen den Parteien und deren Rechtsvorfahren zu Stande gekommenen Verträgen andere zu substituiren oder, was auf dasselbe hinausläuft, aus solchen Verträgen Folgerungen abzuleiten, welche denselben direkt widersprechen. Ueberdies war die Annahme einer Verbindlichkeit für die Steigerer zur nochmaligen Zahlung eines dem bereits gezahlten gleichen Steigpreises, wenn überhaupt, jedenfalls nur in der Unterstellung rechtlich möglich, daß die zur Zeit der Versteigerung geltenden Gesetze außer dem Zeitpachtvertrage (*locatio - conductio*) keinen anderen Pachtvertrag, speziell keinen solchen anerkannten, mit dessen Wesenheit und Natur alle im Versteigerungsakte niedergelegten Stipulationen vereinbar sind.

Daß letzteres der Fall nicht gewesen, daß vielmehr die — Zeit und Ort des Versteigerungsaktes beherrschende Gesetzgebung Verträge von der Gattung des in jenem verbrieften gekannt habe, nämlich Verträge, welche ohne die Folgen, womit der Kassationskläger durch das angefochtene Urtheil belastet wurde, zum Vollzuge kommen konnten, wird durch den Kassationsrefurs geltend gemacht. Derselbe enthält die Behauptung, daß Kassationskläger, wäre die frühere Gesetzgebung zu Rath gezogen⁶ worden, zur nochmaligen Zahlung des Steigpreises von 611 fl. als des Pachtpreises für weitere 50 Jahre unmöglich hätte verurtheilt werden können, und diese Behauptung ist in der That vollkommen richtig. Gleichviel, welche der beiderseitigen auf die früheren Territorialverhältnisse sich beziehenden Aufstellungen die richtige ist, gleichviel nämlich, ob in Roschbach

vor der Vereinigung mit Frankreich das Churpfälzer Landrecht in Wirksamkeit sich befand, oder ob dort als in einem Gebietstheile des Fürstbischofs von Speyer, wo für Vertragsverhältnisse das gemeine Recht maßgebend war, das letztere zur Anwendung kam, — immerhin war es vor der Publikation des französischen Civilgesetzbuches, somit im Jahre 1803, gemein- und statutarrechtlich gestattet, liegende Güter mittelst emphyteutischen Vertrages um einen jährlichen „Erbzins“, auch „Pacht“ genannt, mit der Wirkung zu „verleihen“, daß das Eigenthum bei dem Verleiher, dem Erbbeständer aber und dessen Erben der Gebrauch sammt Besserung am Gute, so lange sie den Erbzinß oder Pacht bezahlten und sonst die Vertragsbedingungen erfüllten, erblich und unwiderruflich verblieb: §. 3 J. de loc. et cond. (3, 25), fr. 1 §. 1 si ager vectig. (6, 3), C. 1, 2 de jure emph. (4, 66), Chutpf. Landrecht Abtheilung „von Kontrakten und Pandthierungen“ tit. V princ. und Abschn. I.

Im Einklange mit dem gemeinen Rechte, welches in dieser Beziehung durch die französischen Intermediärgeetze (vgl. insbesondere Art. 6 des Hypothekengesetzes vom 11. brumaire VII) keine Abänderung erlitten hat, gestattete das Churpfälzer Landrecht (a. a. O. Abschn. VIII), emphyteutische Verleihungen auf eine bestimmte oder unbestimmte Anzahl von Jahren oder auf die Dauer von Generationen aufzurichten, indem es überließ dem Willen der Kontrahenten anheimgestellt blieb, „sonsten allerlei Pacta, Abreden und Beding“ — „soferne sie sonsten ehrbar und billig sein“ — derartigen Verträgen einzuberleihen; dieselben mußten authentisch verbrieft und die in Erbverleihung gegebenen Güter erkenntlich beschrieben sein (a. a. O. Abschn. II und III).

Bringt man diese gesetzlichen Bestimmungen

in Relation zu dem Inhalte des in authentischer Form vorliegenden, eine Bezeichnung der Güter enthaltenden Versteigerungssaktes vom Jahre 1803, sagt man, ohne diesem Akte Etwas beizufügen, was darin gesagt ist, übersichtlich zusammen, so stellt sich die Mittelhanngeraide als der emphyteutische Verleiher der versteigerten Grundstücke und jeder einzelne Steigerer als der Erbbeständer derselben unverkennbar dar. Die Steigerer erwerben nämlich gegen Bezahlung der bezüglichen Stelzpreise zwar nicht das Eigenthum der versteigerten Güter, wohl aber das dem Widerruf von Seite der Eigenthümerin nicht unterworfenene Recht, dieselben, sobald die „Temporalbestände“ zu Ende gegangen sein würden, immerdar und ohne alle Zeitbeschränkung zu nutzen und zu genießen mit der Beschränkung, sie nicht weiter zerstückeln zu dürfen und mit der alleinigen Last, einen Zins von 2 fr. per Ruthe alljährlich zu bezahlen, wogegen die Geraidekasse für alle Zukunft die Grundsteuer, überhaupt alle Lasten und Abgaben übernimmt.

Während der ersten 50 Jahre ist das Pachtverhältniß obligatorisch in dem Sinne, daß ein Abgehen vom Vertrage von Seite der Steigerer („Dereliction“) nicht stattfindet; nach Ablauf von 50 Jahren bleibt es der Willkühr der Steigerer anheimgegeben, entweder das Pachtverhältniß ohne weiteres fortzusetzen, d. h. gegen Fortentrichtung des Ruthenzinses die Güter in Erbbestand — Erbpacht — zu „behalten“ oder letztere zur Verfügung der Geraidegenossenschaft abzutreten. Wollen die Steigerer nach 50 Jahren die Güter als Erbpächter wie vorher „behalten“, dann müssen sie ein „weiteres Einschreibgebühr“ von 4 fl. per Viertel oder Stem an die Geraidekasse bezahlen.

Nicht mehr und nicht weniger ist thatsächlich im Versteigerungssakte als Willensäußerung der Kon-

trahenten niedergelegt, und weil dies der Fall, durfte das AG. die Folgen und Wirkungen des durch den Akt freierten Rechtsverhältnisses nicht mit einem gänzlich unanwendbaren Maßstabe bemessen. Ohne nämlich die erwähnten statutar- und gemeinrechtlichen Bestimmungen über die wesentlichen Merkmale des emphyteutischen Pachtes — (bestehend in langbauernder, sei es perpetueller, sei es nicht perpetueller Ueberlassung des Nutzens und Genusses eines liegenden Gutes gegen alljährliche Zahlung einer Abgabe an den Eigenthümer, welche Bestimmungen sich, wie gezeigt, ohne irgendwelchen Zwang auf den erwähnten Akt anwenden lassen,) — zu verleugnen und zu verletzen, war die Annahme geradezu unmöglich, als ob das Pachtverhältniß, falls es nach 50 Jahren fortgesetzt werden will, gleich einem Zeitpachte von bestimmter einmaliger Dauer, von einer „benannten Anzahl Jahr“ (Churpf. Obr. a. a. O. princ.), gerade so erneuert werden müsse, als wenn dasselbe nach Ablauf von 50 Jahren erloschen wäre. Dagegen hat der Akt ausdrücklich (— verbiis: werden in einen fünfzigjährigen Pacht „in der Art“ ver steigert, daß nach Ablauf dieser ersten 50 Jahre Steigerer, wenn sie wollen, fragliche Güter „be halten“ —) das Pachtverhältniß als ein ununterbrochen stetiges betont (nämlich mittelst der Statuirung eines Zeitabschnittes); durch welche Bestimmung, auf deren oberflächlichen Wortlaut alles entscheidende Gewicht gelegt wurde, nur angezeigt ist, wann die Dereliktion der Güter unabhängig von der Zustimmung des Eigenthümers geschehen bezw. wann durch letzteren eine neue Recognition: (genannt „weiteres Einschreib-“) Gebühr (Churpf. Landr. a. a. O. Abschn. III, 2) erhoben werden dürfe.

Es bedarf durchaus nicht eines Eingehens auf

die Frage, wieferne etwa die dem Versteigerungsakte präsumtiv zu Grunde liegenden Intentionen die Annahme des Abschlusses eines Erbpachtes zu rechtfertigen geeignet seien, indem es genügt und für den heutigen Standpunkt der Beurtheilung genügen muß, auf die Nothwendigkeit der Erkenntniß hinzuweisen, daß die vom k. K. G. als existent anerkannten Thatfachen Angesichts der dieselben dominirenden Gesetzgebung nichts weniger als einen Zeitpacht, wohl aber so konkludent wie nur möglich denjenigen im römischen Rechte wurzelnden Vertrag darstellen, von welchem in den Institutionen im citirten §. 3 de locat. et conduct. (3, 25) gesagt ist: „Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam“, und bezüglich dessen in dem betreffenden ebenfalls citirten Gesetze des Kaisers Zeno es heißt: „Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam“ — L. 1 Cod. de jure emphyteutico (4, 66).

Uebrigens lassen sich die Merkmale des durch den Versteigerungsakt konstituirten, keine volle Eigenthumsübertragung und keinen einfachen Zeitpacht darstellenden, sondern ein Rechtsverhältniß von eigener Gattung begründenden, einer periodischen Erneuerung mittelst nochmaliger Zahlung des Auktionenpreises durchaus nicht bedürfenden Vertrages auch deshalb nicht verleugnen, weil, während die Auffassung des Vertragsverhältnisses

als Zeitpacht zum Zugeständnisse nöthigt, „daß einzelne Versteigerungsbedingungen in Beziehung auf ein Vergeben in bloßen Temporalpacht höchst singulär erscheinen“ — dieser Interpretationsmißstand gänzlich verschwindet, wenn das Vertragsverhältniß als Erbbestand — Erbpacht — anerkannt wird.

Alsdann ist, weil mit der wesentlichen Eigenschaft und der Natur des Erbbestandes (Erbpachtes) vollkommen vereinbarlich, nicht singulär:

1) die Stipulation, wonach die Mittelhaingeraibe sich für die ihrem Widerruf absolut unzugängliche Ueberlassung aller Nutz- und Genußrechte auf die Güter, außer der das Vorhandensein eines Erbbestandes bedingenden Leistung einer jährlichen Abgabe einen einmaligen **Preis** ausbezugen hat;

2) ebensowenig ist singulär der gänzliche Mangel einer Stipulation darüber, wie es zu halten sei, wenn während des Pachtes die Steigerer durch Elementar- und sonstige Schäden im Genuße ihrer Güter behindert oder beeinträchtigt werden, nämlich welche eintretenden Falles rückzahlenden Quoten des nach der Ansicht des k. AG. eine Pachtzins-totalsumme für 50 Jahre bildenden Steigpreises die Entschädigung zu bilden haben, ob zumal der bei Beschädigungen zu gewährende Nachlaß sich auch auf die 2 kr. per Ruthe eventuell erstrecken würde, welche, wie angenommen wird, gewissermaßen ein Supplement des Steigpreises als des Pachtzinses darstellen sollen;

3) nicht singulär ist die Verbindlichkeit einzelner Steigerer (— der Güter im Baun von Burweiler und Moschbach —), schon während der Jahre 1803 und 1804 in der Aussicht auf den Erwerb eines Quasieigenthumes, wie es der Erbbestand — Erbpacht — begriffsgemäß involvirt, ein Drittel, beziehungsweise zwei Drittel der Steigpreise zu be-

zahlen, obgleich sie in jenen Jahren weder natürliche noch Civilfrüchte beziehen, obgleich sie nämlich den Gütergenuss den „Temporalbeständern“ — wie die damaligen Zeitpächter der Güter im Gegensatz zu den „Steigerern“, als den neuen Kontrahenten genannt werden — überlassen müssen;

4) erklärlich ist, wenn bei der — mit dem wesentlichen Charakter der Emphyteuse unbezweifelten Vereinbarung — Uebernahme der „Grundsteuer und sonstigen Lasten und Abgaben“ von Seite der Geratbekasse, gesagt wird, diese Uebernahme geschehe „für alle Zeit, es mag auch unter welcher immer einem Namen sein und geschehen, wie es wolle“ —, wenn man erwägt, daß das durch den Versteigerungsaft statuirte Pachtverhältniß in Relation zu der Gütereigenthümerin den Charakter eines absolut perpetuirlichen hat;

5) ebenso erklärlich ist die den Steigerern gemachte Auflage, „die Güter nicht weiter zu zerstückeln“, weil, wenn auch gemein- und statutärrechtlich das Recht des Erbpächters im Allgemeinen nicht unberäuerlich ist: §. 3 Inst. de loc. et cond. (3, 25) und C. 3 C. de jur. emph. vgl. mit Churpf. Obr. a. a. O. Abs. VII — gleichwohl der fundus emphyteuticus ohne Zustimmung des Eigenthümers materiell unter mehreren Besitzern nicht vertheilt werden darf: L. 7 pr. Dig. comm. div. (10, 3);

6) endlich stellt sich als nicht singular, vielmehr gerade als eines der Hauptmomente der Nothwendigkeit exklusiver Annahme einer Emphyteuse die Bestimmung dar, wonach die Steigerer alljährlich 2 fr. „von jeder laufenden Ruthe“, sonach einen keineswegs nach dem präsumtiven Werthe des Früchtegenusses sich bemessenden Pachtzins, sondern einen wahren Recognitionzins, „Bodenzins“, (wie derselbe auch sprachgebräuchlich bei der

Theilung von 1820 benannt wurde), zu entrichten haben.

Soferne, wie geschehen, das k. KG. diesen grundsätzlichen Betrachtungen keinen Werth beigelegt und unterlassen hat, in den von ihm konstatirten Thatfachen, d. i. in den, im Versteigerungssakte niedergelegten Stipulationen die konstitutiven Merkmale eines Erbstandes — Erbpachtes — emphyteutischen Vertrages — anzuerkennen, vielmehr aus jenen Thatfachen Folgerungen abgeleitet hat, die mit den zur fraglichen Zeit in Wirksamkeit gewesenen vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen unvereinbarlich sind, wurden eines Theiles diese gesetzlichen Bestimmungen wie angedeutet verletzt, anderen Theiles die gesetzlichen Bestimmungen über Zeitpacht (pr. Inst. de loc. et cond. (3, 25), Thurf. Vdr. von Kontrakten zc. tit. 4) falsch angewendet, und muß hiewegen, abgesehen von der bereits oben gerügten in der Kassationschrift unter Ziff. VI geltend gemachten Gesetzesverletzung, somit aus doppeltem Grunde das betreffende Urtheil, ohne daß es im Hinblick auf den dem Kassationsreurse zu Grunde liegenden Zweck nöthig wäre, sich bei den sonstigen Beschwerden aufzuhalten, vernichtet werden.

Da nach dem Gesetze vom 25. August 1843 der pfälzische Kassationshof, wenn er kassirt, gleichzeitig als Revisionsgericht in den Fällen zu erkennen hat, in welchen eine weitere Instruction und Verhandlung nicht nothwendig ist, und ein solcher Fall wirklich vorlag, so erkannte der Kassationshof auch in der Hauptsache, indem er das Urtheil des k. BG. Landau einfach aus den nämlichen Gründen, aus welchen das Urtheil des k. KG. kassirt wurde, bestätigte.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Vermögensrechte der Eheleute, welche in das Gebiet des Bamberger Landrechtes ziehen. — Ueber Lokalgewohnheit hinsichtlich der Kirchenbaupflicht nach dem Preuß. RM. Ab. II Tit. XI §. 710 und die *uocantatis opinio* als Requisit derselben. — Ist der Einzelmrichter in einer Verlassenschaftssache zukünftig, auf Ablegung des Rationalsekretes zu erkennen? — Die Unfähigkeit zur Ablegung eines Eides nach Art. 24 Ab. I des StGB. von 1813 beginnt mit der Rechtskraft des Urtheiles, nicht erst mit dem Vollzuge der Strafe.

Von dem Vermögensrechte der Eheleute, welche in das Gebiet des Bamberger Landrechtes ziehen.

In der Doktrin des gemeinen Rechtes ist die Frage, welchen Einfluß auf die ehelichen Güterrechte eine Veränderung des Wohnortes der Eheleute haben könne, noch immer nicht unbestritten. Doch vereinigen sich die meisten Stimmen ¹⁾ in dem auch von der Praxis am häufigsten adoptirten Sage, daß, wie jede andere juristische Thatsache im Allgemeinen durch Veränderung des Domizils keinem anderen Rechte, als unter dessen Herrschaft sie entstanden, unterstellt werden kann, gerade so der an dem ersten Domizile der Ehegatten herrschende Güterstand, gleichviel ob vertragsmäßiger oder gesetzlicher, auch dann, wenn die Ehegatten in ein anderes Rechtsgebiet ziehen, nichtsdestoweniger unverändert fortzubauern hat. Es haben jedoch die Partikulargesetze, wo die allgemeine Gütergemeinschaft

¹⁾ Vgl. Savigny, System Bd. VIII S. 328 ff. Holzschuber, Theorie und Kasuistik Bd. I S. 82 ff. (Ausf. 2). Geigel in den Bl. f. RM. Bd. XX S. 209 ff. — A. M. Puchta, Pandekten §. 113 Note d.

den gesetzlichen Güterstand bildet, im Hinblick auf die Wirksamkeit derselben im Rechtsverkehre, nicht setzen für nöthig gefunden, obigen Satz in ihrem Gebiete hinsichtlich fremder Ansehnlinge etwas zu modifiziren. So hat gleich beim Pappenheimischen (Arnold, Beiträge Bd. I S. 630) und Preussischen Rechte (APL. §. 352 II, 1) auch das Bamberger Landrecht seine besonderen Vorschriften über diese Materie.

Dieselben finden sich in Ab. I Kap. II Tit. II §§. 3—7 (S. 150—152) und müssen auch heute noch zur Anwendung kommen, selbst wenn man die abh. Verordn. v. 11. Juni 1816 über die in Zivilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Gesetze als authentische Interpretation der G.D. betrachtet und darum für das biesseitige Bayern als allgemein maßgebend ansieht. Denn diese Verordnung enthält nichts über den hier besprochenen Kollisionsfall, es muß daher immerhin auf die Partikularrechte zurückgegangen werden²⁾.

Nach den bezeichneten Stellen des Bamberger Landrechtes nun sollen Eheleute, welche von außwärts in das Bambergische ziehen, zunächst bei Gericht, welches sie nöthigen Falles auch von Amts wegen dazu auffordern kann, eine Erklärung abgeben, wie sie es mit ihrem künftigen Güterstande ge-

²⁾ Vgl. Seuffert, Komm. Bd. I S. 304 Note 5 (Ausf. 2). Der Umstand, daß das Landrecht, auf dem etwas verworrenen Standpunkte des damaligen Staats- und Lehenrechtes stehend, bei jenen Bestimmungen „die Unterthanenschaft“ betont und auch zwischen Mann und Frau keinen Unterschied macht, kann denselben nichts an ihrer prinzipiellen Wichtigkeit und Gültigkeit benehmen, da keinerlei Gesetzesbestimmungen speziell auf dem Gerügten fußen und somit sich hieraus für die heutigen Verhältnisse keinerlei Inkonvenienzen ergeben.

halten haben wollen und soll es bei dem Inhalte dieser Erklärung sein Bewenden haben. Die Eheleute können bei derselben die Bambergische Gütergemeinschaft erwählen oder es bei ihrem bisherigen Güterstande belassen, oder darüber neue Dispositionen treffen. Das Gesetz enthält keine Vorschrift über zu beobachtende Förmlichkeiten; doch wird es in seinem Geiste liegen, daß eine Erklärung, durch welche die Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird, gegen Dritte nur dann wirksam ist, wenn sie wie die eigentliche Reklamation gegen die Gütergemeinschaft (Wt. Thl. I Kap. II Tit. III §. 15 S. 158) öffentlich bekannt gemacht wurde, da der Schutz des Publikums, die Hauptabsicht bei Erlassung jener singulären Bestimmungen, ohne Publikation der Erklärung unmöglich erreicht werden kann. Ueber den Zeitpunkt, da solche Deklaration geschehen muß, bestimmt der §. 5 a. a. O. (S. 151), daß dergleichen Eheleute sie sogleich zu der Zeit, „wo sie die hiesländische Unterthanenschaft annehmen (oder in dieselbe zurücktreten)“ abzugeben haben. Nach unseren jetzigen Zuständen und Begriffen muß unter diesem Ausdrucke der Zeitpunkt verstanden werden, wo die Ankömmlinge der Herrschaft des Bamberger Rechtes unterworfen werden, wo sie ihren Wohnsitz in seinem Gebiete zu nehmen anfangen.

Ist aber jene Erklärung, was wohl in der Praxis die Regel sein wird, unterblieben, oder ist sie nicht zu rechter Zeit abgegeben worden, so muß zwischen dem Verhältnisse der Ehegatten unter sich, ihren Kindern und Erben auf der einen, und dem Verhältnisse zu ihren Gläubigern auf der anderen Seite unterschieden werden. — In erster Beziehung sollen die Einwanderer ihren bisherigen Güterstand behalten; den Gläubigern gegenüber soll aber Haftung nach den Bestimmungen über Bambergische Gütergemeinschaft eintreten.

Weber in seiner Darstellung des Bambergisches Rechtes (Provinzial- und Statutarrechte Bd. I S. 23) will in Bezug auf das erste Verhältniß²⁾ wiederum einen weiteren Unterschied danach machen, ob Ehepacten vorhanden sind oder nicht, und lehrt, daß bloß für den Fall des Vorliegens von Ehepacten das bisherige Vermögensrecht der Ehegatten fortzubauern habe, während bei dem Mangel von Eheverträgen auch jene inneren Verhältnisse nach den Bambergischen Bestimmungen über Gütergemeinschaft zu beurtheilen seien. Allein dieß ist unrichtig, und muß vielmehr in beiden Fällen die gleiche Behandlung eintreten, in beiden der bisherige Güterstand für alle Fragen interner Natur aufrecht erhalten werden.

Vor Allem irrt Weber, wenn er glaubt, der Fall der Nichtexistenz eines Ehevertrages sei im Gesetze nicht vorgesehen, es bestehe in dieser Hinsicht eine erst durch Analogie und Doctrin auszufüllende Lücke desselben. Im Gegentheile ist, wenn auch im angeführten §. 5 bei der abzufordernden Erklärung nur die Pacta erwähnt sind, doch in den darauf folgenden §§. 6 und 7 bestimmt und klar ausgesprochen, daß solche Eheleute in den mehrgedachten Beziehungen nach etwa vorher errichteten Eheverträgen oder nach ihrem vorherigen Güterstande beurtheilt werden sollen.

Dieser letzte Beisatz kann aber nach grammatischer wie logischer Interpretation keinen anderen Sinn haben, als den, daß in Ermangelung von Eheverträgen die Gesetze des früheren Wohnortes

²⁾ In dem Inhaltsverzeichnis (S. XXXVI) lautet die Ueberschrift des einschlägigen §. 40 fälschlicher Weise: „Wenn zwei auswärtige, bereits verheirathete Personen in das Bambergische zurückkehren“, statt „gleichen“, wie es im Werke selbst (S. 22) richtig heißt.

maßgebend sein sollen. Eine entgegengesetzte Behandlung wäre ein völlig unmotivierter Eingriff des Gesetzgebers in bestehende wohlverordnete Rechte⁴⁾.

Ebenso, wie die Veranlassung der Weber'schen Aufstellung, muß auch die Art und Weise der Argumentation selbst beinahe eine oberflächliche genannt werden. Denn jener Autor nimmt hiebei an, in dem weiter folgenden §. 7 a. E. (S. 152) werde für dergleichen Eheleute in den fraglichen Beziehungen bestimmt, daß in Ermangelung von Ehepacten bloß für die Vergangenheit ihr früheres eheliches Güterrecht in Anwendung gebracht werden solle, während doch jener §. 7, wie schon sein Marginale zeigt, nicht auf die gewöhnlichen, sondern auf „besondere“ Fälle sich bezieht, und er offenbar in seiner hier zur Sprache kommenden zweiten Abtheilung nur eine transitorische Einführungsbestimmung wegen solcher ausländischen Eheleute, welche schon vor der Publikation des Landesrechtes — also vor dem Jahre 1769 — in das Bambergische Gebiet gezogen waren, enthält. Nur diese Eheleute sollten von der Pflicht der Erklärung über ihren künftigen Güterstand frei sein, und ganz allgemein (nicht bloß, wie Weber meint, für die Vergangenheit), und in allen ihren Verhältnissen, also auch ihren Gläubigern gegenüber, nach ihrem bisherigen Güterstande weiter leben dürfen. Von einer Subsumtion jetziger Kollisionsfälle unter diese spezielle Vorschrift kann somit in gar keiner Richtung die Rede sein.

4) „Nihil nimirum interest publici Bambergensis,“ — sagt Hanauer im Kommentar zum RM. I. Kap. II Tit. II §. 6 Abs. 1 (S. 128) — „quo jure bonorum conjuges inter se suosque liberos et haeredes vivant.“

Demnach darf, wie merkwürdiger Weise Wacker selbst in seinen ungefähr 25 Jahre früher erschienenen „Grundsätzen des Bamberger Landrechtes“ (Thl. I S. 37) anerkannt hatte^{*)}, auch für dieses Recht angenommen werden, daß bezüglich der inneren Verhältnisse der Ehegatten unter sich, ihren Kindern und Erben der frühere auswärt, selbst ohne besondere Ehepacten begründete Güterstand auch dann unverändert forterhalten wird, wenn diese Eheleute in das Gebiet des ehemaligen Hochstiftes ziehen, ohne rechtzeitig die vorgeschriebene Erklärung abzugeben.

Eine andere Beurtheilung greift dagegen, wie bemerkt, hinsichtlich des Verhältnisses solcher Eheleute zu ihren Gläubigern Platz, und zwar ohne Unterschied, ob Verträge über den Güterstand bestehen oder nicht. In Bezug hierauf soll nach der ausdrücklichen und unbestrittenen Vorschrift der §§. 6 und 7 a. a. O. (S. 151, 152) das eheliche Vermögen „nach Bambergerischer Art“ für gemeinschaftlich geachtet und für alle Schulden der Ehegatten, sowohl für die bereits zu jener Zeit contrahirten als für die erst nach der Hand erfolgenden verpflichtet sein.

Auf den ersten Anblick könnte es scheinen, als ob durch diese Vorschrift das gesammte Rechtsgebiet gleichsam in zwei Theile gespalten, und den oben besprochenen inneren Beziehungen, welche nach dem früheren Güterrechte sich richten, der gesammte Verkehr nach außen, der durchweg nach den Gesetzen der Bamberger Gütergemeinschaft beurtheilt würde, entgegengesetzt werden wollte. Allein es

*) Auch in diesem Werke findet sich die in Note 3 erwähnte falsche Ueberschrift im Inhaltsverzeichnis (S. III).

würde dies eine unzulässige analoge Ausdehnung des Gesetzes sein. In demselben ist lediglich von der Haftung gegenüber den Gläubigern die Rede, und nur die Billigkeitsrücksicht eines wirksamen Schutzes des mit solchen Eheleuten kontrahirenden Publikums konnte eine derartige mit dem strengen konsequenten Rechte in Widerspruch stehende, sohin abnorme Bestimmung hervorrufen. Eben deswegen muß aber bei den Worten des Gesetzes, bei der Haftung gegen Gläubiger, genau stehen geblieben werden, und kann keine analoge Ausdehnung auf andere, wenn auch sonstige oder ähnliche Verhältnisse stattfinden. Vortrefflich passen hieher die bekannten von Paulus und in fr. 14 de leg. (1, 3) und fr. 162 de R. J. (50, 17) aufbewahrten Aussprüche: „Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias“ – und: „Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi“⁶⁾).

Demgemäß gelangt bei allen Rechtsverhältnissen auch des äußeren Verkehrs, soweit hiebei nicht die gemeinsame Haftung der Eheleute gegen ihre Gläubiger in Frage kommt, die im Eingange des Aufsatzes allegirte gemeinrechtliche Doktrin wieder zur unbeschränkten Geltung: lediglich das frühere Güterrecht der Ehegatten ist das entscheidende. (Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber Folsgewohnheit hinsichtlich der Kirchenbaupflicht nach dem Preuß. P.D. Th. II Tit. XI §. 710 und die *necessitatis opinio* als Requisit derselben.

Aus dem obersterichterlichen Erkenntniße in einer

⁶⁾ Vgl. Savigny, System Bd. I S. 293 ff.

Streitsache, worin eine Kirchengemeinde um richterliche Anerkennung der ausschließenden Kirchenbaupflicht des k. Fiskus auf den Grund einer Lokalgewohnheit gebeten hatte, und worin dem k. Fiskus der Beweis oblag, daß vermöge einer Ortsgewohnheit die Baulast am Schul- und Mehnerhause zu P. der Gemeinde daselbst obliege, entnehmen wir Folgendes:

Um festzustellen, was dem k. Fiskus zu erweisen oblag, ist auf das Pr. RR. Th. II Tit. XI §. 710 zurückzugehen, worin verordnet ist: daß, wo in Ansehung der Kosten zum Baue und zur Unterhaltung der Kirchengebäude durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse, ununterbrochene Gewohnheiten oder besondere Provinzialgesetze gewisse Regeln bestimmt sind, es dabei auch ferner sein Verbleiben habe.

Ob nun gleich in diesem Gesetze sicher auch die eigentlichen Gewohnheitsrechte sanktionirt sind, welche in gewissen Gebieten hinsichtlich der Kirchenbaupflicht im Allgemeinen partikuläre Rechtsätze zur Anwendung und Geltung gebracht haben, so bleibt doch auch nach der Natur der Sache, welche die hergebrachten individuellen Rechtszustände einer Kirchengemeinde zu schonen und zu erhalten gebietet und nach der a. a. O. ausgesprochenen Gleichstellung des durch „ununterbrochene Gewohnheiten“ Erzeugten mit dem durch „Verträge“ und „rechtskräftige Erkenntnisse“ Begründeten, was eben nur in individuellen und subjektiven Rechtsverhältnissen bestehen kann, kein Zweifel, daß unter den „ununterbrochenen Gewohnheiten“ des §. 710 auch solche Zustände zu begreifen sind, welche seit langer Zeit ununterbrochen unter bestimmten bauernenden Rechtssubjekten (juristischen Personen) festgehalten worden sind und eine individuelle Kirche und Kirchengemeinde betreffen, ohne

daß hierin die Anwendung irgend eines in einem größeren oder kleineren Gebiete geltenden Rechts-
satzes Platz griffe.

Ein Requisit der ununterbrochenen Ge-
wohnheit oder des Herkommens in diesem Sinne
ist aber nicht gerade die unvordenkliche Zeit, an
welche bekanntlich das Pr. RR. die Entstehung von
Rechtsverhältnissen überhaupt nicht knüpft, sondern
höchstens nur die ungewöhnliche Verjährung
oder die rechtsverjährte Zeit, welche an an-
deren Stellen des Pr. RR. für bestimmte Rechtsver-
hältnisse als Requisit der „Gewohnheit“, der „Ob-
servanz“, der „hergebrachten Verfassung“
bezeichnet wird, wie Th. II Tit. VII §. 313, Tit. VIII
§. 41, Tit. XI §. 366. . . . Nun ist zwar unbestritten,
daß eine rechtswirksame Vofalgewöhnheit in Betreff
der kirchlichen Baulast gegen das Staatsärar, den
Patron, eine Stiftung oder die Ortsgemeinde nur
da angenommen werden kann, wo das eine oder das
andere dieser Subjekte die Kirchenbaulast opinione
necessitatis d. h. in der Meinung, hiezu rechtlich
verbunden zu sein, ununterbrochen geübt hat, wobei
davon abgesehen werden kann, wie ferne etwa ne-
benher diese Uebung zugleich einen dinglichen Cha-
rakter entwickelt und als der rechtsverjährrende Quasi-
besitz einer Reallastberechtigung der Kirchenstiftung,
um deren Zwecke es sich handelt, zu betrachten ist.
Man spricht also bei jener gleichförmigen und unun-
terbrochenen Uebung von einer necessitatis opinio,
gleichwie man von einer solchen bei dem eigentlichen
Gewohnheitsrechte spricht. Ein Unterschied besteht
nur darin, daß bei dem Gewohnheitsrechte die das-
selbe bezeugenden Handlungen aus dem Glauben
des Bestandes einer sie ergreifenden Rechtsregel
hervorgegangen sein müssen, während bei der Vofal-
gewöhnheit oder dem Herkommen, wodurch eine be-
stimmte Kirchenbaulast fixirt ist, die Meinung, daß

eine besondere Verpflichtung hiezu bestehe, obwaltet (*opinio obligationis*).

Mit Unrecht wendet aber das Urtheil der Vorinstanz den auf l. 39 Dig. de leg. (1, 3) gestützten Satz, daß ein erweislicher Irrthum das Entstehen eines rechtsverbindlichen Herkommens hindere, auf den vorliegenden Streitfall an, indem einerseits, wenn die Konsistorialordnung vom J. 1594 in der Erinnerung der Gemeinde P. geblieben sei, der Glaube, baupflichtig zu sein, in ihr nicht habe aufkommen und eine von der Konsistorialordnung abweichende Uebung wegen des Mangels eben dieses Requisites nicht zu einem rechtswirksamen Herkommen habe erwachsen können und indem anderseits, wenn die Konsistorialordnung bei der Gemeinde P. in Vergessenheit gerathen wäre, jene Uebung auf einen Rechtsirrtum zurückzuführen sei und darum gleichfalls den Charakter einer rechtswirksamen Zwalgewohnheit nicht zu erlangen vermocht habe.

Denn

a) allerdings können einzelne, irthümlich begangene so wenig wie erzwungene Handlungen zur Konstatirung des Gewohnheitsrechtes dienen (Keller Pandekten S. 8); der bei den ersten Handlungen denkbare Irrthum aber, daß eine Nothwendigkeit, unter deren Voraussetzung gehandelt wird, in der That nicht existirt, oder der Umstand, daß die Handelnden das von ihrer Handlungsweise abweichende Gesetz vergessen haben und sich über dessen Geltung im Irrthum befinden, schließt die Rechtswirksamkeit der Gewohnheit oder die Entstehung des Gewohnheitsrechtes nicht aus, womit sich denn vollkommen die von angesehenen Rechtslehrern gebilligte Auslegung der l. 39 l. c. verträgt, daß sie nichts anderes als das unzweifelhafte Erforderniß der Rationalität der Gewohnheit ausdrücke:

Sintenis, prakt. Civilrecht, Bb. I §. 3 Not. 42, Bösch, Vorlesungen 1c. Bb. I S. 90.

b) So wenig die zum Gewohnheitsrechte erforderliche *opinio necessitatis* durch einen Irrthum der eben bemerkten Art ausgeschlossen wird, so wenig wird es die zur ununterbrochenen Lokalgewohnheit erforderliche *opinio obligationis* dadurch, daß eine gesetzliche Vorschrift besteht, welche über die Kirchenbaupflicht im Allgemeinen eine andere, von jener Uebung abweichende Regel aufstellt. Der gleichen Lokalgewohnheiten können als wohlhergebrachte gelten, sie mögen nun *praeter legem* eingeführt sein, d. h. in Ermangelung einer das Rechtsverhältniß regelnden allgemeinen gesetzlichen Vorschrift, oder *contra legem*, d. h. mit dem Bewußtsein, daß eine solche Vorschrift Geltung habe oder nachdem dieselbe in Vergessenheit gerathen: Pr. RM. Th. II Tit. XI §. 710 vgl. mit §. VII des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 und dem Plenarbeschlusse des Obertribunals zu Berlin vom 15. Juni 1846 in dessen Entscheidungen Bb. 13 S. 97. Die Geltung der Konsistorialordnung macht also in keiner Weise die Entstehung der vom f. Fiskus behaupteten Lokalgewohnheit in Betreff der das Schul- und Kirchendienerhaus zu P. angehenden Baupflicht unmöglich, und zwar um so weniger, als jene Konsistorialordnung kein absolut gebietendes Gesetz ist, sondern Rechtsverhältnisse betrifft, welche in jedem individuellen Falle zum Gegenstande der Privatwillkühr der Betheiligten gemacht werden können.

Die von der *sent. a qua* hervorgehobene Art des Irrthums steht somit einer rechtlich anzuerkennenden Lokalgewohnheit hinsichtlich der fraglichen Baupflicht nicht entgegen, und nichts hindert die Thatsache, daß die Gemeinde P. die Baulast ununterbrochen in der Absicht oder Meinung

eine Verbindlichkeit zu erfüllen, getragen habe, — eine Thatfache, deren Probe keineswegs bloß durch daß die einzelnen Handlungen der Gemeinde begleitende Geständniß oder ihre Anerkennung zu liefern ist, — aus der Beschaffenheit der einzelnen Handlungen selbst und aus den Umständen, unter welchen sie vorgenommen wurden, zu erschließen.

LAGrf. v. 14. Februar 1862. Nr. 414^{61/62}.
4
6

2.

Ist der Einzelrichter in einer Verlassenschaftssache zuständig, auf Ableistung des Manifestationseides zu erkennen?

In der Verlassenschaftssache des B. hatte G. (die Mutter des Erblassers) gegen die Vollständigkeit und Richtigkeit des von dem k. Bezirksgerichte W. als Einzelrichteramte aufgenommenen Inventars Erinnerungen vorgebracht, und unter Bezugnahme auf die Bestimmung des bayerischen Landesrechtes Theil III. Kap. 1 §. 18 Nr. 19 den Antrag gestellt, der D. (Wittwe des Erblassers) den Manifestationseid aufzutragen. Die Letzte betritt nicht nur dem Bezirksgerichte in seiner Eigenschaft als Verlassenschaftsbehörde die Kompetenz, über den gestellten Antrag eine Entscheidung zu erlassen, weil die Streitfrage nicht vor dem Richter der freiwilligen sondern nur vor dem Richter der streitigen Gerichtsbarkeit ihre Erledigung finden könne, sondern erklärte auch eventuell, rechtlich nicht schuldig zu sein, den Manifestationseid zu leisten, weil die gesetzlichen Voraussetzungen zu dieser Eidesleistung nicht vorhanden seien. — Die Sache gedieh bis an den obersten Gerichtshof, welcher sich dahin aussprach, daß dem Einzelrichteramte die Zuständigkeit mangle, über diese Streitfrage zu verhandeln und zu entscheiden. Die vorliegende Streitsache kann den

im Art. 3 des Gesetzes v. 1. Juli 1856 bezeichneten Rechtsstreitigkeiten nicht beigerechnet werden, weil dort Klagen vorausgesetzt werden, deren Streitgegenstand entweder eine an sich schon nach Größe bestimmte Geldsumme oder doch eine Sache betrifft, deren Geldwerth gemäß Art. 7 durch eine nach Vorschrift der der G.D. Kap. XII §. 2 Nr. 3 vorzunehmende Schätzung ermittelt und festgesetzt werden kann. Die Formel, in welcher E. die Ableistung des Manifestationseides von D. verlangt, umfaßt ein zur Zeit völlig unbekanntes und unbestimmbares Object der Nachlassmasse; durch den Eid soll D. erst moralisch genöthigt werden, Verlassenschaftsgegenstände, wenn solche noch vorhanden sind, die im Inventare noch nicht verzeichnet sind, anzugeben.

Bei dem im Gesetze vom 1. Juli 1856 geordneten Kompetenzverhältnisse der dem Einzelrichtersamte zugewiesenen Rechtsachen der freiwilligen (Art. 18) und der streitigen (Art. 3) Gerichtsbarkeit hat es auf den von der Beschwerdeführerin E. in ihrer an den obersten Gerichtshof gebrachten Extrajudizialbeschwerde hervorgehobenen Unterschied nicht anzukommen, ob der Manifestationseid, von welchem hier die Rede ist, nach den Bestimmungen des Landrechtes Th. III Kap. 1 §. 18 Nr. 19 oder der G.D. Kap. XIII §. 5 zu beurtheilen sei. Die Prüfung der Frage, ob die thatsächlichen und rechtlichen Erfordernisse für den Manifestationseid nach der ersten oder zweiten Gesetzesstelle vorhanden sind, gehört bei der Behauptung des einen und bei dem Widerspruche des anderen Verlassenschaftsinteressen jedenfalls zur materiellen Beurtheilung der Sache und dieser kann sich nur der zu ständige Richter, welcher der Einzelrichter am Bezirksgerichte W. nicht ist, unterziehen.

Die Behandlung und Auseinandersetzung der Verlassenschaften gehört im Allgemeinen zu den Ge-

genständen der nicht streitigen Rechtspflege, welche nach Art. 18 a. a. O. bei den Bezirksgerichten durch Gerichtsbeamte als Einzelrichter zu besorgen sind, und es hat auch die Mutter G. zum Zwecke der Richtigstellung des Bestandes der Verlassenschaftsmasse den ausdrücklichen Antrag an die Verlassenschaftsbehörde zur Abnahme des Manifestationseides gestellt.

Wenn nun dieser auch unter gewissen Voraussetzungen die Befugniß nicht entzogen ist, zur Sicherung der Nachlassmasse gegen den Willen eines Interessenten provisorische Maßregeln zu verfügen, so wird doch hiedurch die Folgerung noch nicht gerechtfertiget, daß der Verlassenschaftsbehörde auch die Kompetenz zukomme, einen Interessenten zur Ableistung des Manifestationseides anzuhalten, nachdem er seine Verbindlichkeit hiezu ausdrücklich widersprochen hat.

Durch die Vorsehrung einer provisorischen Maßregel hat sich die Verlassenschaftsbehörde keine Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses angeeignet, es ist dadurch keiner bei der Verlassenschaftsache betheiligten Person etwas an ihrem Rechte zuerkannt oder aberkannt worden, die Betretung des ordentlichen Rechtsweges ist derselben zur Geltendmachung ihres Rechtes immer noch gestattet. Zu einer solchen unpräjudizirlichen Provisionalverfügung, wie sie durch den Drang der Umstände geboten sein kann, darf aber die Auflegung eines Manifestationseides schon in Rücksicht auf die Heiligkeit und Wichtigkeit der Handlung und auf die rechtlichen Folgen einer solchen Eideisleistung nicht gerechnet werden.

Ueber die Verbindlichkeit, einen solchen Eid zu leisten, steht nur dem Kollegialgerichte, nicht dem Einzelrichteramte, das Urtheil zu.

OBG. v. 27. Okt. 1860 Nr. 1717⁵⁹/60.

In anderer Gestaltung kam dieselbe Frage vor dem obersten Gerichtshof, als in einer Verlassenschaftssache ein Erbsinteressent von einem anderen, B. L. die Ableistung des Manifestationseides begehrte. Der Einzelrichter wies diesen Antrag, ohne den Gegner darüber zu vernehmen, ab. Auf Extrajudizialbeschwerde des Antragstellers erkannte das Appellationsgericht, gleichfalls ohne vorgängige Vernehmung des B. L., diesem sei der Manifestationseid abzunehmen und das Einzelrichteramt habe hiernach das Weitere zu verfügen.

Giegegen erhob nun B. L. Wichtigkeits- und eventuell Extrajudizialbeschwerde. Der oberste Gerichtshof sprach auf die Wichtigkeitsbeschwerde aus, das Erkenntniß des Appellationsgerichtes sei als vorzeitig erlassen aufzuheben und das Appellationsgericht anzuweisen, über den Antrag vorerst die Erinnerung des B. L. zu erholen und dann weiter zu verfügen. In den Gründen ist gesagt:

Nach dem Gerichtsverf.-Ges. v. 1. Juli 1856 Art. 18 ist das Einzelrichteramt die kompetente Verlassenschaftsbehörde und dessen Kompetenz erstreckt sich auch auf alle mit der Verlassenschaftsverhandlung zusammenhängenden Inzidentpunkte, in so lange solche nicht streitig sind. Zu diesen Inzidentpunkten ist zweifellos der Manifestationseid zu rechnen, welcher von einem Erbsprätendenten auf Begehren eines Interessenten geleistet werden soll, wie dieß aus der Bestimmung des Bayer. MR. Thl. III. Kap. I §. 18 (welche von der Inventirung der Erbschaft handelt), klar hervorgeht, worauf auch in der Anmerk. lit. e z. GD. Kap. XIII §. 5 Bezug genommen wird. Hiernach war das Einzelrichteramt befugt, über den Antrag auf Ableistung des Manifestationseides zu verfügen und hat durch die verfügte Abweisung dieses Antrages seine Kompetenz nicht überschritten, da ein Streit noch nicht

bestand. Erst wenn B. L. auf eine an ihn ergangene Aufforderung zur Leistung jenes Eides solchen aus erheblichen Ursachen verweigert hätte, und hierdurch dieser Punkt streitig geworden wäre, hätte das Einzelrichteramt hierüber nicht mehr entscheiden können, sondern diesen Punkt zur weiteren rechtlichen Austragung zum Bezirksgerichte selbst verweisen müssen.

Dagegen hätte das k. AG., nachdem dasselbe den Antrag für begründet hielt, doch hierüber den B. L. vorerst vernehmen und ihn dadurch in den Stand setzen sollen, von dem Rechte, diesen Eid aus erheblichen Ursachen zu verweigern, Gebrauch zu machen (Ann. lit. g zur G.D. Kap. XIII §. 5).

Demgemäß war das Erkenntniß als voreilig erlassen aufzuheben und das AG., wie geschehen, anzuweisen, wobei dasselbe in dem Falle, daß in Folge der Verhandlung der fragliche Punkt streitig werden sollte, die Sache an das k. Bezirksgericht X zu verweisen haben wird.

DAÖGrf. v. 31. März 1859 Nr. 501⁵⁰/₅₉.

3.

Die Unfähigkeit zur Ablegung eines Eides nach Art. 24 Th. I des StGB. von 1813 beginnt mit der Rechtskraft des Urtheiles, nicht erst mit dem Vollzuge der Strafe.

Diesen Satz hat der oberste Gerichtshof in dem unten bezeichneten Erkenntniße gegen die Ansicht der Vorinstanzen, welche wegen des Wortlautes obiger Gesetzesstelle die Unfähigkeit erst von der Zeit des Strafvollzuges an eintreten lassen, aufgestellt. Vgl. Art. 31 des StGB. von 1861.

DAÖGrf. v. 5. Oktober 1861 Nr. 1354⁶⁰/₆₁.

77.

Berichtigung. S. 85 Z. 11 v. u. statt „Eid“ lies: „Satz“.

Redakt.: Dr. Steppes. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Vermögensrechte der Eheleute, welche in das Gebiet des Bamberger Landrechtes ziehen. (Schluß.) — Folgen des Verzuges des Käufers in Abnahme der Waare. Denunciation des beabachtigten weiteren Verkaufes. — Recht zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach Würzburger Recht.

Von dem Vermögensrechte der Eheleute, welche in
das Gebiet des Bamberger Landrechtes ziehen.

(Schluß.)

Auf der anderen Seite aber wäre es eine ungerechtfertigte und nicht von dem Vorwurfe der Härte freizusprechende Einschränkung des Gesetzes, wollte man annehmen, daß das Bamberger Landrecht auf die Eheleute der fraglichen Kategorie nur soweit Anwendung finde, als dasselbe den Eintritt gemeinsamer Haftung, nicht aber, insoferne es deren Ausschuß statuirt. Es heißt in §. 6 a. a. O.: „nach Bambergischer Art“; also soll auch nur unter den vom Landrechte selbst festgestellten Voraussetzungen und mit den eben dort vorgezeichneten Modifikationen das Vermögen beider Eheleute für gemeinschaftlich geachtet werden. Eine bekannte Parodie läßt sich hier umkehren: Wer des Buches entgelten muß, soll sein auch genießen. Ist es zum Schutze des Publikums auch nothwendig, solche frühere Ausländer nicht besser als die ursprünglich Bambergischen zu behandeln, so wäre es doch blanke Willkür, sie ohne allen inneren Grund schlechter als die letzteren zu stellen.

Auch bei ihnen kann daher der Fall eintreten, daß eine Gütergemeinschaft mit den sonst gegen Gläubiger statthafter Wirkungen und Folgen gar nicht eintritt, wenn z. B. die Ehefrau beim Einzug in das Bambergische noch minderjährig war wegen RM. Th. I Anh. III Tit. II §. 30 (S. 125) und Kap. I Tit. 1 §. 4 (S. 21). Ebenso kann von solchen Eheleuten, wie von ursprünglich Bambergischen, die Gütergemeinschaft auch ausgeschlossen¹⁾ und gegebenen Falles wieder aufgehoben werden²⁾.

Was dagegen die Nothwendigkeit der Einwilli-

¹⁾ Dieß geschieht durch rechtzeitige gehörige Reklamation nach RM. Th. I Kap. II Tit. III (S. 154 ff.), wobei nicht entgegensteht, daß in Tit. II §. 3 u. 4 (S. 150 f.) die oben entwickelten Grundsätze von dem Eintritte gemeinsamer Haftung ausdrücklich für solche Eheleute, welche innerhalb der Reklamationszeit (Jahr und Tag von der priesterlichen Kopulation an) einwandern, vorgeschrieben sind. Denn da bei den im Bambergischen ursprünglich wohnhaften Eheleuten nach §. 2 a. a. D. (S. 150) die Gütergemeinschaft erst mit dem Ablaufe der Reklamationsfrist eintritt, so hätte die Meinung entstehen können, als sei um so weniger bei den gedachten fremden an jenen Güterstand zu denken, und deshalb bedurfte es der speziellen Hervorhebung, die aber keinen anderen Sinn hat, als daß Fremde und Einheimische sich einander gleich stehen sollen, d. h. daß bei beiden innerhalb der gedachten Frist wenigstens der Embryo der Bambergischen Gütergemeinschaft vorhanden ist.

²⁾ Bezüglich späterer Gläubiger äußert jedoch die Wiederaufhebung nur dann eine Wirkung, wenn zugleich alle früheren Schulden abgetragen sind: RM. Th. I Kap. II Tit. VIII §. 16 (S. 200). — Auch Hannover a. a. D. zu §. 6 Abs. 1 a. E. (S. 128) erwähnt, daß bezüglich der Wiederaufhebung der schon eingegangenen Gütergemeinschaft ursprünglich Bambergische und eingewanderte Ehepaare sich gleich stehen.

gung der Ehefrau zu Verträgen und Handlungen des Mannes⁹⁾ anlangt, so ist nach dem aufgestellten Principe solche nur dann anzuerkennen, wenn sie von Einfluß auf die gemeinsame Haftung gegen Gläubiger ist; außerdem aber muß diese Frage, wenn sie sich auch auf den Verkehr nach Außen bezieht, doch, weil sie alsdann in keinem Zusammenhange mit der Rücksicht auf den Schutz des Publicums steht, lediglich nach dem früheren Güterrechte der Eheleute beantwortet werden. Daher kann z. B. das Vermögen der Ehefrau wegen einer Bürgschaft des Ehemannes, zu welcher ihr Konsens nach Bamberger Recht¹⁰⁾ erforderlich war, aber nicht eingeholt wurde, nicht in Anspruch genommen werden. Dagegen ist der Ehemann trotz der Bestimmung des RM. Th. I Kap. II Tit. VII §. 4 Nr. 3 wohl befugt, auch ohne Zustimmung der Frau Immobilien zu veräußern, wenn dieß das frühere Recht gestattet.

Die in Vorstehendem entwickelten Regeln finden auf alle Auswärtige gleichmäßige Anwendung, ohne daß dabei zu unterscheiden wäre, ob sie zur Zeit ihrer Einwanderung bereits Jahr und Tag verheirathet waren, und ob sie schon früher die Absicht, in das Bambergische zu ziehen, hatten oder nicht¹¹⁾. Nur für solche Ehepaare, welche bei dem Abschlusse ihrer Ehe in Bambergischem wohnten, aber vor Vollendung der Reklamationsfrist fortzogen¹²⁾

⁹⁾ Vgl. hierüber Spieß, Handbuch des Bamberger Provinzialrechtes §§. 74—77.

¹⁰⁾ RM. Th. I Kap. II Tit. VII §. 12 u. 13 (S. 188).

¹¹⁾ RM. Th. I Kap. II Tit. II §. 4, 7 (S. 151 u. 152).

¹²⁾ Daß lediglich solche Eheleute, welche nach ihrer Verheirathung schon eine Zeit lang im Bambergischen gewohnt haben, und nicht geborene Bamberger, welche zum Behufe ihrer Verheirathung erst fortziehen, in dem im Texte angeführten §. 3 gemeint sind, ergibt

und wieder dahin zurückkehrten, bedarf es einer besonderen Vorschrift, da die stillschweigende Bamberger Gütergemeinschaft nach RM. Th. I Kap. II Tit. II §. 2 (S. 150) nur dann, wenn die Ehegatten ohne Reklamation Jahr und Tag im Bambergisches Gebiete selbst gelebt haben, eintreten kann (vgl. Hanauer a. a. O. zu §. 3, 4 S. 126). Die sonst vom Landrechte selbst anerkannte Regel, daß der Güterstand des ersten Wohnortes maßgebend sein solle, kann hier nicht durchgreifen, weil trotz des ersten Domizils im Bambergisches nach jener besonderen Vorschrift kein bambergisches Güterstand zur Entstehung gekommen ist, und so findet sich a. a. O. §. 3 (S. 150, 151) die positive Bestimmung, daß solche Eheleute, wenn sie binnen Jahr und Tag wieder zurückkehren, wie „nur ausländische Personen“ behandelt werden sollen. Nicht ohne Grund hätte man eine gegentheilige Disposition erwarten mögen, weil leicht Jemand, der am Anfange und Ende jener Frist im Bambergisches wohnte, so betrachtet werden kann, als hätte er sein Bambergisches Domizil gar nie aufgegeben. Um so weniger aber besteht ein Anstand, für den im Gesetze nicht vorgesehenen Fall, wenn die Eheleute zwar vor Ablauf des ersten Jahres nach dem im Bambergisches erfolgten Abschluß der Ehe auswanderten, aber erst nach Jahr und Tag zurückkehren, genau das Gleiche anzunehmen. Denn Personen dieser Kategorie erscheinen mit weit größerem Rechte als Ausländer, und liegt in obiger Annahme keine unzulässige analoge Ausdehnung, sondern lediglich eine der Natur der Sache entsprechende Konsequenz des Gesetzes.

sich aus RM. Th. II Anh. III §. 2 (S. 331), wonach ohne Rücksicht auf die Abstammung der Güterstand der Letzteren nach dem auswärtigen Rechte sich richten soll, und sie daher von vorneherein wie Ausländer erscheinen.

Wir dürfen auch bei der bekannten prinziplosen kasuistischen Fassung und dem etwas ungeschicklichen Style des Landrechtes wohl behaupten, daß durch den §. 3 a. a. O. nicht mehr als die Entscheidung einer besonders auffälligen Kontroverse gegeben, keinesweges aber für den nicht erwähnten Fall die gleiche Entscheidung ausgeschlossen werden wollte. Für Bambergische Eheleute, welche im ersten Jahre ihrer Ehe auswandern und früher oder später wieder einwandern, gilt daher als das den Güterstand normirende Gesetz nicht das Bambergische, sondern das des Landes, wohin sie ihren Wohnsitz verlegt hatten¹³⁾.

Selbstverständlich ist übrigens, daß rücksichtlich derjenigen Eheleute, die nach ihrer Verheirathung Jahr und Tag im Bambergischen gelebt haben, später von dort fortgezogen und nun dahin zurückgekehrt sind, kein Grund besteht, von der mehrallegirten Regel der Herrschaft des am ersten Domicil bestehenden Gesetzes abzuweichen. Diese müssen im Bambergischen, wie anderwärts, durchgängig nur nach Bambergischem Rechte beurtheilt werden.

Schließlich dürfte noch zu untersuchen sein, ob die bisher über die örtliche Kollision der Statuten vorgetragenen Prinzipien des Bamberger Landrechtes nicht auch auf die Feststellung der zeitlichen Grenzen der Gesetze sich analog anwenden lassen, eine

¹³⁾ Wären im §. 3 u. 4 a. a. O. die im ersten Jahre ihrer Ehe ausgewanderten Bamberger nicht so ausdrücklich den „nur ausländischen Personen“ gleichgestellt, so müßte man bezüglich ihrer wohl annehmen, sie lebten nach ihrer Rückkehr, wenn keine Ebeverträge vorliegen, in demjenigen Güterverhältnisse, welches nach Bamberger Recht eintritt, wenn die Gütergemeinschaft aus irgend einem Grunde ausgeschlossen ist.

Frage, welche keine müßige theoretische Klugelei bildet, sondern durch das Gesetz vom 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glaubensgenossen betr., eine höchst praktische geworden ist. Denn während früher die Juden im Bambergischen nach RM. Th. II Bdg. V Tit. III Al. II §. 5 (S. 388 f.) in ihren Ehen nicht an die Bambergische Gütergemeinschaft gebunden, sondern ihren eigenen Gebräuchen — dem sog. Ritualgesetze — überlassen waren, ist durch Art. 1 Abs. 2 u. 3 des erwähnten Gesetzes bekanntlich solche Ausnahmsbestimmung gefallen, und sind jetzt auch jüdische Eheleute bezüglich ihres Güterstandes nach dem Bamberger Rechte zu beurtheilen ¹⁴⁾).

Es läge nicht ferne, anzunehmen, daß jüdische Eheleute, deren Ehe noch unter der Herrschaft des alten Gesetzes geschlossen wurde, mit dem 16. Juli 1851 — nach Art. 3 des Gesetzes dem Beginne seiner Wirksamkeit — so gut wie förmlich in das Bambergische eingewandert wären und deshalb genau so, wie dergleichen Ankömmlinge, behandelt werden müßten. Allein zwischen beiden Kategorien besteht

¹⁴⁾ Savigny sagt in seinem System Bd. VIII S. 498: „Wenn etwa ein Gesetzgeber an die Stelle des Dotalrechtes die allgemeine Gütergemeinschaft einführen wollte, so würde er doch schwerlich unterlassen, an die jetzt vorhandenen zahlreichen Ehen zu denken und das Verhältniß des neuen Gesetzes zu denselben zu bestimmen.“ Bei dem oben angeführten Gesetze besteht zwar eine solche Unterlassung, jedoch ohne daß derselben ein Uebersehen zu Grunde läge. Die Frage wurde bei Verathung des Gesetzentwurfes angeregt, aber durch eine vom Ministertische aus gegebene, auf die allgemeinen Grundsätze über die rückwirkende Kraft der Gesetze verweisende Erklärung für erledigt erachtet. S. Mey in Dollmann's Gesetgebung d. Königr. Bayern 2c. Th. I Bd. I S. 483.

doch der wichtige Unterschied, daß das Ritualgesetz der Juden nach der angeführten Bestimmung des Landrechtes einem inländischen vom Landesherrn selbst ausgegangenen Gesetze gleich stand, während die sonstigen Rechte auswärtiger Einwanderer stets als der Ausfluß einer fremden Staatshoheit erscheinen, welche für das Inland nicht verbindlich sind und welchen auch nicht die Fiktion ihrer allgemeinen Bekanntheit zur Seite gestanden ist. Es dürfen deshalb die singulären Vorschriften, welche für die Kollision mit letzteren Rechten gegeben sind, nicht analog auf den in Rede stehenden Konflikt angewandt werden, und zwar nach den oben erwähnten Paulianischen Fragmenten schon vorneherein nicht eben wegen ihrer singulären Natur, wozu noch kommt, daß das Motiv jener Gesetzesbestimmungen (Schutz des kontrahirenden Publikums) auf unsere gegenwärtige Frage gar nicht paßt, weil der Gesetzgeber durch die Verordnung, daß eine jüdische Ehefrau auch ohne Gütergemeinschaft für alle Schulden des Mannes haften müsse (RR. a. a. O. §. 7 S. 389), in dieser Richtung ohnehin schon Vorsorge getroffen hat.

Auch nach gemeinem Rechte ist die Behandlung der beiden Kollisionssfälle, der örtlichen und der zeitlichen, über das eheliche Güterrecht eine Anwendung verschiedener Prinzipien, — nämlich auf der einen Seite eines stillschweigenden oder fingirten Vertrages, auf der anderen Seite des Verbotes der Rückwirkung neuer Gesetze, — wenn auch für die Subsumtion unter diese Prinzipien hier wie dort beinahe¹⁵⁾ die nämlichen Gründe angegeben werden können, so daß keinesfalls hieraus der Schluß abgeleitet werden darf, daß stets die zeitliche Kollision

¹⁵⁾ Ueber die Verschiedenheit vergl. Savigny a. a. O. S. 496 Not. k.

der Statuten gerade so wie die örtliche behandelt werden muß.

Demgemäß müssen wir, unbekümmert um die über letztere maßgebenden Vorschriften, rücksichtlich der ersteren auch im Gebiete des Bamberger Rechtes auf die gemeinrechtliche Doktrin zurückgreifen und demnach mit Savigny und den meisten Autoritäten ¹⁶⁾ annehmen, daß über den ehelichen Güterstand fortwährend das zur Zeit der abgeschlossenen Ehe geltend gewesene Recht zur Anwendung zu kommen habe, so daß trotz des Gesetzes vom 29. Juni 1851 bei jüdischen Eheleuten, deren Ehe schon vor demselben geschlossen wurde, ohne die Nothwendigkeit oder Zulässigkeit einer Erklärung im Sinne des angeführten §. 5 (S. 151) des Landrechtes und ohne Unterschied zwischen inneren Verhältnissen und der Haftung gegen Gläubiger, einfach das frühere eheliche Güterrecht derselben aufrecht zu halten ist. Dieß hat auch der oberste Gerichtshof durch das in Bd. XXIV S. 175 mitgetheilte Erkenntniß vom 6. Dezember 1855 anerkannt ¹⁷⁾.

Dr. Ortenau.

¹⁶⁾ Savigny a. a. D. S. 495 Note i, Holzschuher a. a. D. S. 46.

¹⁷⁾ Allerdings betraf der damals der obersterichterlichen Entscheidung unterstellte Streit nur ein inneres (erbrechtliches) Verhältniß. Allein, weil dieser Umstand, nach dem Mangel näherer Motive zu schließen, nicht besonders hervorgehoben wurde, so läßt sich wohl voraussetzen, daß man den obigen Satz als einen allgemeinen und ausnahmslosen hinzustellen beabsichtigte.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Folgen des Verzuges des Käufers in Abnahme der Waare.
Denunciation des beabsichtigten weiteren Verkaufes.

A. verkaufte am 17. März 1856 an B. circa 80 Schäffel Waizen um den Preis von 26 fl. per Schäffel und unter der Bedingung, daß der Käufer die Waare binnen 14 Tagen auf dem Gute des Verkäufers zu fassen habe. B., damals in Geldverlegenheiten, die ihn sogar zu einer am 26. April 1856 gerichtlich abgegebenen Insolvenzerklärung nöthigten, hielt den besagten Termin nicht ein, worauf A. die Quantität von 80 Schäffeln Waizen vom 23. April bis 3. Mai 1856 in verschiedenen Beträgen um geringere Preise anderweit verkaufte. Nachdem die Vermögensumstände des B. sich wieder gebessert hatten, erhob der Erbe des A. am 22. Okt. 1860 gegen ihn Klage und forderte eine dem Mindererlöse gleichkommende Schadloshaltung. Von der ersten Instanz definitiv, von der zweiten in der angebrachten Art mit seiner Klage abgewiesen, trug der revidirende Kläger auf Kondemnation des Beklagten an und machte geltend:

a) Mit Ablauf der kontraktmäßigen Lieferungs- oder Leistungszeit könne kein Theil mehr auf Vertragserfüllung klagen und der säumige Theil sei verbunden, daß an die Nichterfüllung sich knüpfende Interesse des anderen zu ersetzen;

b) der Verkäufer habe in concreto ein besonderes Interesse gehabt, daß die Frist zur Abfassung des erkauften Getreides eingehalten werde;

c) die Behauptung des Richters II. Instanz, daß der Verkäufer, bevor er den weiteren Verkauf der Waare ausführte, denselben dem Käufer hätte androhen sollen, sei ohne gesetzliche Begründung,

und die Forderung des Interesse aus dem Verzuge des Käufers hänge nicht von der späteren That-
sache jener Androhung ab.

Der oberste Gerichtshof erklärte jedoch des Klägers Revisionsbeschwerde für ungegründet und bestätigte das angefochtene Erkenntniß. — Die Entscheidungsründe des oberstgerichtlichen Urtheiles besagen in diesem Sinne Folgendes:

„Zwar ist nach dem in der Pragis anerkannten Grundsatz: „dies interpellat pro homine“ — der Käufer dadurch in Verzug gerathen, daß er die festgesetzte Zeit von 14 Tagen verstreichen ließ, ohne das erkaufte Getreide auf dem M.-Hofe abzufassen und dafür gleichzeitig den Kauffchilling zu entrichten, der, bei dem Schweigen des Vertrages über eine Kreditirung, mit der Tradition Zug um Zug zu zahlen war. Dabei vertrat die festgesetzte Zeit der Empfangnahme um so gewisser die Anforderung der Vertragserfüllung, als nach dem in diesem Punkte nicht widersprochenen Klagvortrage dem anfänglich ohne Fristbestimmung verabredeten und am 17. März 1856 schriftlich aufgesetzten Kaufvertrage die Fristbestimmung von 14 Tagen erst nachträglich beigelegt worden ist, so daß durch diese Nebenbedingung eines ursprünglich schon auf sofortige Erfüllung eingegangenen Vertrages der Käufer von der Unrechtmäßigkeit der Zögerung in der Abnahme des Getreides vollkommen überzeugt sein mußte. Keller Pandekten, §. 253.

Wenn ferner der Käufer in der Vertragserfüllung, sofern diese seinerseits in der Empfangnahme der Waare gegen Zahlung des Kaufpreises besteht, säumnig ist, so ist er im Allgemeinen verbunden, dem Verkäufer allen aus solcher Vertragsverletzung erwachsenen Nachtheil zu ersetzen: l. 68 in f. Dig. de contr. emt. (18, 1); l. 135 §. 2 Dig. de verb. obl. (45, 1).

Allerdings wird nun zuweilen behauptet, daß der Käufer nach klaren Gesetzen: l. 1 pr. Dig. de act. emt. vend. (19, 1), l. 10, 12 Cod. de act. emt. vend. (4, 49) — befugt sei, im Falle einer mora solvendi des Verkäufers entweder auf Erfüllung des Kontraktes und das aus dem Verzuge erwachsene Interesse oder lediglich auf sein gesamntes Interesse zu klagen, und nach dem Grundsatz, daß bei Bilateralkontrakten die Rechte beider Kontrahenten gleich seien, wird dem Verkäufer aus einer mora solvendi des Käufers die gleiche Befugniß zugesprochen.

Allein die angeführten Gesetzesstellen gewähren diese alternative Befugniß nicht allgemein und ermächtigen den Käufer wohl nur dann, ohne Forderung der Vertragserfüllung lediglich sein Gesamtinteresse einzuklagen, wenn ihm der Kaufsgegenstand unnütz geworden ist oder dem bei Abschluß des Vertrages beabsichtigten Zwecke nicht mehr entspricht (Bl. f. R. Bd. XVII S. 353). Der Grundsatz ferner, daß die Rechte der Kontrahenten gleich seien, ist zu allgemein und kann häufig bei der Verschiedenheit der Leistung und Gegenleistung nicht zur Anwendung kommen, gleichwie denn auch die Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufgegenstand zu tradiren, und die des Käufers, den stipulirten Kaufpreis zu zahlen, eine sehr verschiedene Stellung und folgeweise sehr verschiedene Befugnisse der beiden Kontrahenten bedingen.

Man muß daher bei Anwendung und näherer Ausführung des oben aufgestellten Satzes, daß der säumige Käufer schuldig sei, dem Verkäufer allen aus dem Verzuge erwachsenen Nachtheil zu ersetzen, daran festhalten, daß in der Regel, im Falle der Käufer die Annahme der Waare und die Zahlung des Kaufpreises verzögert, der Verkäufer auf Erfüllung und Schadloshaltung zu klagen habe, aus-

nahmsweise aber dann befugt sei, den Kaufgegenstand weiter zu veräußern und die Preisdifferenz so wie den sonstigen Schaden gegen den Käufer einzulagen, wenn durch längere Bewahrung der Kaufsache, welche nur auf weiteren, dem säumigen Käufer gewährten Kredit bezüglich der Forderung des *id quod interest* hinauslaufen würde, des Verkäufers Lage sich verschlimmerte: l. 1 §. 3, 4 Dig. de peric. et comm. rei vend. (18, 6); Bl. f. *RA.* Bd. XIII S. 385, Bd. XXI S. 397; Seuffert *Archiv* 10. Bd. 14 Nr. 122; *Sintenis* prakt. *Civilrecht* §. 93 *Not.* 103, 106; §. 116 *Not.* 54.

In dieser Weise hat das richterliche Ermessen einen weiten Spielraum, wie in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist: *quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est*, — l. 135 §. 2 in f. Dig. de verb. obl. (45, 1) — und die Zulässigkeit der *purgatio morae*, so lange noch *res integra* ist, mit sich bringt, — eine Zulässigkeit, die freilich bei dem eigentlichen Waarenhandel unter Kaufleuten oder bei kaufmännischen Lieferungskäufen ausgeschlossen zu werden pflegt, indem die dem Handelsgebrauche folgende Gerichtspraxis annimmt, daß nach eingetretener *mora* die Annahme der gegnerischen Leistung ebensowohl wie die eigene Leistung verweigert, zugleich aber die Preisdifferenz gefordert werden darf: *Sintenis* a. a. O. §. 116 *Not.* 71, §. 93 *Not.* 134.

Indessen erheischt die *bona fides*, nach welcher das wechselseitige Verhältniß des Käufers und Verkäufers sich zu richten hat, daß der Verkäufer, wenn er zum weiteren Verkaufe des Kaufgegenstandes ausnahmsweise bei einem gewöhnlichen Kaufkontrakte zu schreiten befugt ist, die Umstände wohl berücksichtige und mit strenger Vorsicht zu Werke gehe, um nicht, ohne Nutzen für sich selbst, dem Käufer einen positiven Schaden zuzufügen: l. 1 §. 3 in f.

Dig. de peric. et comm. rei vend. (18, 6):
 — vendere vinum bona fide, id est, quantum
 sine ipsius incommodo fieri potest, operam
 dare, ut quam minime detrimento sit ea res
 emtori. — Sintoniſ a. a. D. §. 93 Not. 103.

Demgemäß muß der Verkäufer, bevor er den
 weiteren Verkauf ausführt, auch dem offenbar säu-
 migen Käufer denselben als bevorstehend ausdrück-
 lich androhen, und er ist dieser Verbindlichkeit nur
 überhoben, wenn die Befugniß des Weiterverkaufs
 für den Fall der mora als eine ausdrücklich oder
 stillschweigend bedungene zu betrachten ist, oder
 wenn die Umstände von der Art sind, daß der säu-
 mige Käufer auf diese Folge seines Verzuges gefaßt
 sein mußte, insbesondere wenn die Beschaffenheit
 der Waare oder irgend ein dringendes Bedürfniß
 des Verkäufers durch Gefahr auf dem Verzuge eine
 schnelle Disposition über die Waare gebieten, so
 daß die Androhung ihren Zweck, den Käufer binnen
 einer nach Billigkeit vorgesezten Frist *re adhuc*
integra zur *purgatio morae* zu bestimmen, nicht
 mehr erreichen könnte.

Diese Vorschrift für das Verhalten des Ver-
 käufers ist nun freilich nicht ausdrücklich in der
 l. 1 §. 3 Dig. de peric. et comm. rei vend.
 (18, 6) ausgesprochen, indem diese Gesetzesstelle
 den Verkäufer mahnt, bevor er den verkauften Wein
 wegschüttet, dem säumigen Käufer eine denun-
 ciatio zugehen zu lassen. Es unterliegt aber keinem
 Bedenken, auch dann, wenn nach derselben Gesetze-
 stelle der Verkäufer in billiger, durch die bona fides
 gebotener Schonung statt der rigorosen Beseitigung
 der Waare, deren weiteren Verkauf wählt, wie nach
 den Begriffen der heutigen Zeit wohl unerläßlich
 ist, die Androhung dieses weiteren Verkaufes (*de-*
nunciatio) als ihm obliegend zu betrachten, und
 in der That geschieht dieß im Handel und Wandel

sowohl als in der Praxis der Gerichte: Voigt und Heineken N. Archiv des Handelsrechtes Bd. III S. 137; Thöl, Handelsrecht §. 87 Not. 5.

Legt man diese allgemeinen Grundsätze der Beurtheilung des vorliegenden Falles zu Grunde, so ist wohl anzunehmen, daß der Verkäufer A. ein Interesse und somit die Befugniß hatte, sich der erkauften Waare alsbald zu entledigen und sie weiter zu verkaufen. Denn

a) es liegt dem Oekonomien daran, bei heran nahender Erndte seine Getreideböden von den vorhandenen Getreidevorräthen zu räumen und zugleich das in denselben stehende Betriebskapital flüssig zu machen;

b) die damals schwankenden Vermögensverhältnisse des Käufers, die ihn zu der Insolvenzerklärung vom 26. April 1856 nöthigten, mithin ihn mit einem Konkurse bedrohten und in solchem Falle den Verkäufer mit seiner Interessenlage unter die Konkursgläubiger verwiesen hätten (Waher Konkursprozeß §. 32 Nr. 3), riethen dem Verkäufer, daß gegen seinen Käufer zu verfolgende Interesse auf das minimum zu beschränken und sich durch schleunigen weiteren Verkauf der Waare aus der Gefahr einer größeren Minderung ihres Preises zu setzen, insoferne zumal nicht zu erwarten war, daß die künftigen Konkursgläubiger gegen Zahlung des Kaufpreises und Ersatz des sonstigen, aus dem Verzuge entstandenen Schadens die Lieferung der Waare mittelst einer *purgatio morae* noch verlangen würden.

Allein davon, daß überhaupt eine Androhung des weiteren Verkaufes geschehen sei, hat der Kläger in seiner Klage nichts gesagt, und wenn er allerdings später eine solche behauptet hat und diese Behauptung noch in der Revisionschrift wiederholt, so geschieht dieß doch in zu allgemeinen Worten,

als daß hieraus eine rite erfolgte Denunciation mit Vorsetzung einer billigen und festen Frist zu entnehmen oder nur zu vermuthen wäre.“ — —

DAßGef. v. 1. März 1862 Nr. 461^{61/62}.
^{4/6}.

2.

Frist zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen nach Würzburger Recht.

(Vgl. Ob XI S. 63.)

1) Nach dem Wortlaute der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken vom J. 1618 Theil III Tit. LVII §. 1 u. 2 ist die Klage, durch welche ein Testament oder letzter Wille wie immer angefochten oder unwirksam gemacht werden will, innerhalb einer Jahresfrist anzustellen, und diese Frist ist von der Zeit an zu rechnen, zu welcher der Kläger von dem Testamente oder letzten Willen vollkommene Abschrift erhalten und den Testamentserben gerichtlich zu belangen Gelegenheit gehabt hat; nach Ablauf dieser Frist eines Jahres ist das Klagerrecht erloschen, der Betheiligte soll nicht weiter gehöret und zugelassen werden, außer er wäre aus guten beweislichen Ursachen und Ehehaften an der Klagestellung verhindert oder außer Landes abwesend gewesen.

In einer Verlassenschaftssache waren den Interessenten vollständige Abschriften des Testaments der Erblasserin am 28. und 29. August 1846 zugestellt worden, sie hätten sohin ihre Klage wegen Nichtigkeit dieses Testaments bis zum 28. bezw. 29. August 1847 bei Gericht übergeben sollen, die Klage wurde aber erst am 16. Sept. 1847 eingereicht und deßhalb aus dem Grunde eingetretener Verjährung in allen Instanzen abgewiesen. In den Gründen des oberstrichterlichen Erkenntnisses kommt vor: „Zur Vermeidung der Klageverjährung wird die

wirkliche Stellung der Klage binnen Jahresfrist von dem Tage an erfordert, da man vollständige Testamentsabschrift erlangt und den Testamentserben zu beklagen und vorzufordern, gerichtlich zu belangen, Gelegenheit gehabt hat. Es genügt daher nicht die Aeußerung des Willens, daß man das Testament anfechten wolle, auch nicht die Angabe der Gründe, aus welchen man es anfechten werde, noch die Protestation und Einwendungen, welche man der Immission des Testamentserben in den Nachlaß entgegensetzt, da nicht ein bloß negatives Verhalten und Opponiren, sondern nur ein positiver Angriff durch gerichtliche Klage dem Gesetze entspricht“.

DABErf. v. 22. Sept. 1851 RNr. 1274^{17/48}.

2) Im §. 3 a. a. O. ist der Richter ermächtigt, statt der gesetzlichen Frist von einem Jahre einen kürzeren Termin zur klagweisen Testamentsanfechtung zu bestimmen. In einer Verlassenschaftssache war bei der am 5. März 1828 erfolgten Eröffnung des Testaments den Anwesenden bekannt gemacht worden, daß derjenige, welcher dasselbe anfechten wolle, dieses innerhalb 6 Wochen unter dem Rechtsnachtheile thun müsse, daß er sonst mit einer etwaigen Klage gegen dasselbe nicht mehr gehört werde. Die Klage wegen Testamentsnichtigkeit wurde jedoch erst am 23. Januar 1829, also nach Ablauf der vorgesezten 6wöchentlichen Frist eingereicht, und in derselben wurde zugleich um Restitution gegen den Ablauf des vorgesezten Termins gebeten; gegen diese Klage brachte der Beklagte die Einrede der verjährten Klage vor. In allen Instanzen wurde der Beklagte — unter Verwerfung der Restitutionsgründe des Klägers — von der Klage entbunden.

DABErf. vom 11. Juni 1831 RNr. 502^{29/30}.
§.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Uebernahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Belang bezüglich der Haftung für die vorhandenen Geschäftsschulden. — Bei Lieferungsgeheimnissen über Staats- und Kreditpapiere gehört die Festsetzung eines bestimmten Lieferungspreises zu den Essentialien des Vertrages. Im Falle über die Lieferungszeit keine Vereinbarung getroffen wurde, ist anzunehmen, daß die Intention der Kontrahenten auf sofortige Erfüllung gerichtet war. — Begriff der „geschäftlichen“ und sehr schädlichen Geschäfte“ nach Hamburger Landrecht Rh. I Kap. II Tit. 10 §. XVII.

Mittheilungen aus der Praxis der Handelsgerichte.

Vorwort. Unter obiger Ueberschrift werden wir bis zur Organisation der neuen Handelsgerichte bemerkenswerthe Entscheidungen der jetzt schon in einzelnen Theilen des Königreichs bestehenden Handels- und Wechselgerichte mittheilen.

Wenn wir den Anfang mit Entscheidungen solcher Fälle machen, in welchen Fragen des materiellen Handelsrechtes nach den bisher für solche maßgebenden Rechtsregeln beurtheilt wurden, so dürfte vielleicht gefragt werden, wozu derlei Mittheilungen bei der demnächst in Aussicht stehenden Einführung eines neuen Handelsgesetzbuches dienen sollen? Allein abgesehen davon, daß das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vorzugsweise aus den Gewohnheiten des Handelsverkehrs hervorgegangen ist, gibt es eine Reihe dahin einschlägiger Fragen, welche dasselbe unentschieden läßt. In derlei Fällen sollen nach dem ersten Artikel des DGB. die Handelsgebräuche vor dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zur Anwendung gebracht werden. Ebenso wird bei vielen einzelnen Bestimmungen auf diese und insbesondere auf das lokale Ge-

wohnheitsrecht vorwiesen. So ist bei den allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte im Art. 279 vorgeschrieben, in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Nach Art. 334 soll der Schuldner bei Zahlung vor Verfall nicht berechtigt sein, den Diskonto abzugiehen, insofern ihn nicht (Uebereinkunft oder) Handelsgebrauch hiezu ermächtigen. Nach Art. 342 ist der Kaufpreis bei der Uebergabe der Waare zu entrichten, sofern nicht ein Anderes durch die Natur des Geschäftes bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist. Der Ortsgebrauch entscheidet gemäß Art. 285 in Ermangelung besonderer Vereinbarung über die Frage, ob die Arrha als Reugeld zu betrachten sei, — gemäß Art. 327 über die Auslegung allgemeiner Zeitbestimmungen der Vertragserfüllung wie Frühjahr oder Herbst, — gemäß Art. 339 über die Frist zur Erklärung (Genehmigung der Waare) beim Kauf auf Besicht oder auf Probe, — zufolge Art. 351 bezüglich der Verpflichtung, die Kosten der Uebergabe der verkauften Waare zu tragen, — nach Art. 352 darüber, ob bei Berechnung des Kaufpreises nach dem Gewichte der Waare die Tara abgezogen werden darf, — gemäß Art. 371 über die Frage, ob der Kommissionär bei nicht zur Ausführung gekommenen Geschäften die Auslieferungsprovision zu beanspruchen hat, u. s. w.

Hieraus dürfte zur Genüge zu entnehmen sein, daß die handelsrechtlichen Doktrinen und Gewohnheiten, aus welchen bisher die Entscheidung in Handelsachen geschöpft wurde, nicht ohne Weiteres sammt und sonders als antiquirt und werthlos zu betrachten sind. Vielmehr dürfte gerade jetzt, wo die bisher nur den 3 altbayerischen Kreisen und der

Stadt Nürnberg eigenthümlichen Handelsgerichte allen Provinzen unseres engeren Vaterlandes zu Theil werden sollen, die Mittheilung einiger Entscheidungen über häufig wiederkehrende Fragen aus der Handelsgerichtspraxis der letzten Jahre unter steter Bezugnahme auf die Bestimmungen des D. H. B. nicht unangemessen erscheinen.

Die Uebnahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Belang bezüglich der Haftung für die vorhandenen Geschäftsschulden.

1.

Ein Kaufmann hatte den „Schneidermeister und Kleiderhändler M. (vormals P.)“, welcher sein Geschäft in einem offenen Laden betrieb, wegen verschiedener, auf Credit und zum Handel käuflich gelieferter Tuch- und Schnittwaaren auf Zahlung des Kaufpreises belangt.

Dieser Klage setzte M. unter Vorlage der Originalfaktura die Behauptung entgegen, jene Waaren habe inhaltlich derselben nicht er, sondern die Schneidermeisterwitwe P., seine jetzige Frau, vor der Verheirathung mit ihm erhalten, sonach habe er hiefür nicht zu haften.

Gleichwohl erfolgte in erster Instanz ein verurtheilendes Erkenntniß gegen den Verklagten. In den Gründen [aus welchen wir das auf die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten Bezügliche als dem vorliegenden Zwecke fremd übergehen] wurde unter Bezug auf fr. 5 §. 15 et 16 D. de tribut. act. (14, 4) ¹⁾ und die in Thöl's § 39

¹⁾ §. 5 cit.: Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores.

Note 19 aufgeführten Abhandlungen geltend gemacht:

Die Waarenlieferungen im kaufmännischen Verkehr, zu welchen die in der Klage bezeichneten gehören, werden an den Abnehmer nicht (wie im gewöhnlichen Verkehr) für seine Person, sondern als Inhaber der von ihm geführten Firma gemacht, der kaufmännische Kredit gelte dem Handelsetabliſſement. Wenn daher zwischen dem Vorgänger und Nachfolger eines Etabliſſements nicht entgegenstehende Verträge abgeschlossen würden, welche jedoch den Gläubigern bekannt gemacht werden müßten, so hafte nach allgemeinem Handelsbrauche der Nachfolger für alle Schulden des von ihm übernommenen Geschäftes. (Erf. des k. Handelsgerichtes München l. J. vom 9. Mai 1859 in Sachen S. gegen M. wegen Waarenschuld.) —

Diese Ansicht wurde jedoch in zweiter Instanz als unrichtig bezeichnet und dem Kläger das die Behauptung der Expromission in sich schließende Repliksvorbringen zum Beweise auferlegt: „daß M. bei seiner Verheirathung mit der Wittve P. und bei Uebernahme des vormalß P.'schen Geschäftes sich dem Kläger gegenüber ausdrücklich verpflichtet habe, auch die aus der Geschäftsführung seiner Frau, der damaligen Wittve P. herrührenden, in der

Puto separatim eos in tributum vocari, unusquisque eorum enim merci magis, quam ipsi credidit. §. 16. Sed et si duas tabernas ejusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae verbi gratia, quam ad Bucinum habuit, ratiocinator, alius ejus, quam trans Tiberim, aequissimum puto, separatim tributionem facieudam, ne ex alterius re meroeve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant. —

Klagbellage aufgeführten Schuldbposten . . . zur Bezahlung zu übernehmen.“

Zur Motivirung wird angeführt:

Weber nach gemeinrechtlichen Grundsätzen noch nach Handelsübung bewirkt der bloße Uebergang einer Firma eine Vermögenssuccession. Auch haften neue²⁾ Gesellschafter für die Schulden der alten Gesellschaft, selbst wenn diese unter der alten Firma auftreten, nur dann, wenn sie nach Außen hin erklärt haben, daß sie die alten Schulden übernehmen wollen. Denn mit dem bloßen Auftreten der neuen Gesellschaft unter der alten Firma ist weiter nichts ausgesprochen, als daß sie von nun an durch den Gebrauch der alten Firma verpflichtet werden wollen. Vgl. Thöl H. 3. Ausg. Bd. I S. 178, insbesondere Note 18 c. daselbst.

Hieran reihte sich sodann eine Ausführung, daß es sich im konkreten Falle nicht einmal um eine Firma im kaufmännischen Sinne, sondern lediglich um den Erwerb eines realen Schnelberrechtes handle, daß nicht unter den Begriff eines kaufmännischen Geschäftes gebracht werden könne, wenn auch dem Schneider gestattet sei, seine auf Vorrath gefertigten Kleider in einem öffentlichen Laden feil zu bieten und zu verkaufen. (Erk. des k. Handelsappellationsgerichtes München vom 18. Juli 1859.)

2.

In einer anderen, gegen den Geschäftsnachfolger als Inhaber der Firma wegen Handelschulden des Vorgängers erhobenen Klagsache wird über die in der Ueberschrift angeregte Frage bemerkt:

Dadurch, daß ein Handels- oder Fabrikgeschäft unter einer vom Familiennamen des Geschäftsinha-

²⁾ S. dagegen Art. 113 des DGOB. unter Ziff. 3.

berß abweichenden Firma betrieben wird, wird daß-
selbe nicht zur juristischen Person erhoben, so
daß das Geschäft selbst ohne Rücksicht auf den je-
weiligen Inhaber als das berechnigte und verpflich-
tete Subjekt zu betrachten wäre. Die Firma ist
vielmehr nichts Anderes, als der kaufmännische Name,
der von mehreren Gesellschaftern oder auch von
einer einzelnen Person für die Betreibung ihres
Handelsgeschäftes angenommen wird und nur jene
Personen bezeichnet, die sich dieses Namens für die
Betreibung ihrer Handelsgeschäfte bedienen. Es kann
daher daraus, daß der Uebernehmer eines Handels-
geschäftes die von seinem Vorgänger gebrauchte
Firma fortführt, nicht gefolgert werden, daß der-
selbe auch in die Rechte und Verbindlichkeiten des
bisherigen Geschäftsinhabers eintrete. In der
Fortführung der Firma liegt an sich nichts weiter
als die Annahme eines Namens, den bisher ein
Anderer geführt, und die Erklärung, unter diesem
Namen fortan Dritten gegenüber Verpflichtungen
übernehmen und Rechte erwerben zu wollen.

Oben weil die Firma keine juristische Person
ist, muß deren Inhaber bei obwaltendem Streite
angegeben und nachgewiesen werden, wenn gegen
dieselbe geklagt werden will. (Erf. des k. Handels-
appellationsgerichtes München vom 8. April 1861
in Sachen J. A. K. gegen A. G., Handelsmann
in Rosenheim w. Baarenschuld.)

3.

M. B., Sohn des wegen einer Handelschuld
verklagten vormaligen Kaufmannes J. B. in Passau,
hatte angeblich mit Circulare vom 1. Juni 1859
den Geschäftsfreunden des letzteren die Uebernahme
der Handlung seines Vaters mit Activen und Pas-
siven angezeigt, (Kläger) Kaufmann G. daselbst
sich hiebei beruhigt, ja sogar Geschäftsverbindungen

mit M. B. eingegangen und von letzterem Zahlungen zu einem höheren Betrage angenommen, als die bis dahin dem B. Sohn gemachten Waarenlieferungen sich beliefen. Aus diesen klägerischerseits im Wesentlichen nicht beanstandeten thatsächlichen Momenten suchte B. Vater gegen die Klage des S. aus einer vor Abtretung des Geschäftes entstandenen Handelschuld die Einrede zu konstruiren, die Verbindlichkeit des früheren Besitzers sei durch Novation, zu welcher die unzweifelhafte Absicht noviren zu wollen genüge, erloschen, Kläger könne sich sohin nur mehr an den dormaligen Geschäftsinhaber halten.

Dieser Einwand wurde jedoch in beiden Instanzen verworfen und bemerkt:

Die Annahme eines neuen Schuldners statt des alten und unter Ueberirung desselben setzt als eine *novatio privativa* sowohl nach bay. W. Th. IV Kap. XV §. 4 als nach der vorherrschenden gemeinrechtlichen Doktrin eine ausdrückliche Zustimmung des Gläubigers oder doch mindestens solche konkludente Handlungen voraus, die eine andere Deutung nicht zulassen. Wider seinen Willen braucht man sich einen anderen Schuldner nicht gefallen zu lassen; vgl. insbesondere Holzschuher Kasuistik, Ausg. I Bd. II Abth. 2 S. 359 Nr. 1 und die dort angeführten Rechtsfälle³⁾.

³⁾ Unter Anderem ist daselbst unter Bezug auf Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II Nr. 58 angeführt: „Die mehrjährige Annahme der Zinsen von einem der Miterben des Schuldners involvirt noch keine Novation, durch welche die übrigen Miterben befreit würden. — Ferner ist daselbst folgender Fall erwähnt: N. trat sein gesamtes Vermögen gegen Uebnahme seiner Schulden und Verabreichung einer jährlichen Rente an seinen Verwandten D. ab, welcher sofort eine Ediktalladung der Gläubiger seines

Eine solche Zustimmung kann aber in dem bloßen Schweigen des klagenden Gläubigers auf das ihm geständigermassen mitgetheilte Circulare vom 1. Juni 1859 nicht gefunden werden. Das bloße Stillschweigen kann in der Regel überhaupt nicht als Einwilligung geedeutet werden, um so weniger da, wo es sich um einen Verzicht, hier des Gläubigers auf Ansprüche gegen den bisherigen Schuldner handelt.

Mit diesem Grundsatz stimmt auch die handelsrechtliche Doktrin überein: vgl. Thöl, *H.R.*, III. Ausgabe Bd. I §. 39 S. 175 u. 176, — und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger mit dem angewiesenen Liquidator sich in Verhandlungen eingelassen hat; vgl. auch Holzschuher a. a. O. S. 827 Nr. 4 und das Erf. des Obertribunals in Stuttgart vom 6. Juli 1853 in *Seuffert's* Archiv Bd. VII Nr. 21 S. 23. —

Noch weniger kann eine Zustimmung zur Entlassung des bisherigen Schuldners nach der Natur

Gedanten zum Zwecke eines gütlichen Abkommens veranlaßte. Da trat auch X. mit genereller Anmeldung auf, wurde aber wegen nicht rechtzeitiger Spezifikation und Liquidation präkludirt. N. kontrahirte in der Folge neue Schulden, wodurch eine neue Vorladung seiner Gläubiger veranlaßt wurde. Hier liquidirte X. auf das Genaueste, aber der Kontraktor setzte ihm nun die Einrede entgegen, daß er durch die Anmeldung seiner Forderung gegen die damaligen Cessionarien des N. diese zu Schuldner angenommen und somit eine Delegation eingegangen habe. Jedoch die Heidelberger Fakultät, an welche die Sache zur Entscheidung gelangt war, entschied, daß kein *factum concludens* vorhanden sei, aus welchem sich der *animus novandi* mit Nothwendigkeit ergebe; s. *Hepp* im *civillist. Archiv* Bd. XV S. 260.

der Sache in der Anknüpfung neuer Geschäftsverbindungen mit M. B. gefunden werden.

Eine Zustimmung des Gläubigers zu dem Vorschlage, den M. B. statt des Joh. B. als Schuldner sich überweisen zu lassen, folgt ferner nicht aus der Annahme allenfallsiger von Ersterem a Conto der Schuld des Letzteren geleisteten Zahlungen, da diese nicht nothwendig den Schluß involvirt, Kläger habe im Uebrigen seinen Rechten und Ansprüchen gegen Joh. B. entsagt. Endlich ist auch die Kontirung des Rechnungsguthabens auf R. M. B. ganz irrelevant, da dieß lediglich der Name der unverändert fortgeführten Firma ist. (Urf. des Handelsappellationsgerichtes M. vom 23. August 1860 in Sachen des Kaufmannes F. in Passau gegen den vormaligen Handelsmann Joh. B. in F. p. d. m. ⁴).

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Bei Lieferungsgeſchäften über Staats- und Kreditpapiere gehört die Feſtſetzung eines beſtimmten Lieferungstages zu den Eſſentialien des Vertrages. Im Falle über die Lieferungszeit keine Vereinbarung getroffen wurde, iſt anzunehmen, daß die Intention der Kontrahenten auf ſofortige Erfüllung gerichtet war.

Zwiſchen G. L. in Nürnberg und dem Prokuristen des Handlungshaуeſes S. F. in Fürth war

⁴) Vgl. auch das in Goldſchmidt's J. f. G. R. Bd. IV S. 1 (Erlangen bei F. Enke 1861) S. 138 bis 141 mitgetheilte Gutachten der Frankfurter Handelskammer vom 29. November 1858.

am 21. Januar 1859 ein Lieferungsvertrag abgeschlossen worden, wonach Ersterer sich verpflichtete, ultimo März desselben Jahres von besagtem Handlungshause 10,000 fl. österreichische Nationaldarlehensobligationen zum Kurse von $78\frac{1}{2}\%$ gegen den à 120 im $52\frac{1}{2}$ fl.-Fuß ausmachenden Betrag zu übernehmen. Im Monate März 1859 verlangte jedoch G. L., auf Besserung des Kurseß rechnend, daß die Lieferung erst einige Monate später erfolge, und wurde hienach auch von Seite des Handlungshauses F. am 1. und 2. Juli 1859 die Lieferung der bedungenen Papiere gegen Baarzahlung angeboten. G. L. verweigerte aber die Ausnahme. Am 15. März 1861 erhob nun das Handlungshaus gegen G. L. Klage auf Bezahlung der Differenz von 3780 fl. eventuell auf Bezahlung des Betrages von 9420 fl. gegen Empfangnahme der Obligationen; G. L. wurde jedoch in allen Instanzen von der Klage des F. entbunden.

Die Entscheidungsgründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses motiviren diesen Ausspruch in folgender Weise:

1) Es unterliegt keinem Bedenken, daß ein Punkt, der an und für sich zu den zufälligen Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte gehört, nach der eigenthümlichen Natur eines Vertrages mit Rücksicht auf dessen Bestimmung und Tragweite im Verkehrsleben die Eigenschaft eines wesentlichen Erfordernisses annehmen könne, wie solches mit der Verfallzeit beim Wechsel gesetzlich bestimmt ist. Dieser Fall tritt aber offenbar ein bei dem Lieferungskaufe auf Zeit, wie solcher im Effektenhandel sich ausgebildet und in eine stehende Form abgeschlossen hat, in Bezug auf eine genaue Festsetzung der Zeit, in welcher die Erfüllung verabredet ist und vor sich gehen soll. Denn dieser Zeitbestimmung wohnt hier weit weniger und seltener die Bedeutung inne, dem

Verkäufer anzuzeigen, in welchem Augenblicke der Käufer in den Besitz des erkauften Gutes gelangen müsse, um seiner Absicht gemäß darüber verfügen zu können, als dieselbe vielmehr bei dem offenkundigen Schwanken der Marktpreise und Kurse selbst maßgebend ist für den Werth der zu liefernden Sache und für den Einkaufspreis, um welchen sich der Verkäufer dieselbe bis zum Verfalltage erst verschaffen muß. Das ganze Interesse an dem Handel, die Bestimmbarkeit der bezielten Gewinne und erlittenen Verluste für diesen synallagmatischen oder auf den Umtausch gleicher Werthe berechneten Vertrag bewegt sich daher unabwiesbar um den Wendepunkt, genau zu wissen, an welchem Tage der Verkäufer zu liefern, der Käufer zu übernehmen habe. Bei dem überschwänglichen Einflusse, welchen zumal in Zeiten des Krieges oder politischer Krisen einzelne Glücksfälle oder der Aufschub weniger Tage auf die Bedeutung und die Erfolge eines solchen Lieferungsvertrages haben können, muß derselbe jeden festen Haltpunkt verlieren, sobald die getroffene Uebereinkunft nicht auch einen bestimmten Zeitpunkt aufgestellt hat, an welchem ihr Vollzug durch Umtausch zu geschehen hat.

2) Im gegebenen Falle entsprach der Schlußbrief vom 21. Jänner 1859 dieser Betrachtung durch den Zusatz, der Käufer übernehme die bestellten Staatspapiere am letzten Tage des folgenden Monats März; allein die später bloß mündlich getroffene Verlängerung um einige Monate, wie solche die Klage vorschützte, benahm wohl dem ersten Vertrage seine Wirkung, setzte aber einen erneuerten an dessen Stelle, dem es an jenem Erfordernisse einer genauen Bestimmung der Zeit für die bedungene Leistung gebrach. *Recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.* Fr. 72 pr. D. de contrah. emt. (18, 1). Die ganz

oberflächlich hingeworfene Angabe, man sei mündlich dahin übereingekommen, daß die Papiere um den bedungenen Kurs erst einige Monate nach der ursprünglich festgestellten Zeit geliefert werden sollten, versetzte einen ganz unerläßlichen Punkt des bezielten Rechtsgeschäftes in die Schwebe einer solchen Willkür und Unerfaßlichkeit, daß demselben von dort an bei dem Vermisfen eines wesentlichen Stückes zu seinem Rechtsbestande auch eine rechtliche Wirkung nicht mehr beigelegt werden kann. War, wie es scheint, ein bloßes Differenzgeschäft beabsichtigt, so fehlte es zu seiner Realisirbarkeit an dem einen Faktor, zu wissen, nach welchem Tage die fällige Kursdifferenz zu berechnen sei. Eine genaue Zeitbestimmung ist für den Lieferungskauf auf Zeit von jeder Art in dem Grade unentbehrlich, daß sich mit Fr. 115 D. de V. O. (45,1) sagen läßt: Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit cum id agebatur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio.

3) Die Klage zieht aus jener vorgeblichen Nebenabrede zum ersten Vertrage die Folge, hiedurch sei die Zeit der späteren Lieferung von dem Verlangen eines der beiden Theile abhängig geworden. Hiedurch wäre aber der wichtigste Punkt des Vertrages auf die Maßgabe eines so einseitigen Beliebens von Seite beider sich vertragenden Theile verstellt, daß man selbst eine hinlängliche Uebereinstimmung der Willensmeinungen hierin vermissen müßte. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. Fr. 108 §. 1 l. c.

4) Auf die Frage, ob der Ablauf von drei Monaten und einem Tage bis zum erfolgten Antrage der Klägerin nach gemeinem Sprachgebrauche noch in den Bereich der Zeitbestimmung „auf einige Monate später“ falle, hat unter solchen Umständen

gar nichts anzukommen, da keiner der Theile gleich vom Anfange an genau wissen konnte, worin sich seine Verpflichtung begrenze. Die mündliche Prolongation eines durch förmlichen Schlußbrief abgeschlossenen Geschäftes auf unbestimmte Zeit fällt aber überdies noch über die notorischen Gebräuche des Handels und die ersten Regeln des Verkehrs so weit hinaus und ist eben deshalb in dem Grade unglaublich, daß sich gleich von vorne herein in der Aufstellung jenes Vorganges die Elemente einer festen und ernst bemessenen Willenseinigung nicht erkennen lassen.

DAGE. vom 23. Nov. 1861 Nr. 1482⁶⁰/₆₁.

In einer anderen Rechtsache, in welcher es sich um die Erfüllung eines auf die Lieferung von 50 Stück österreichischer Kreditaftien zum Kurse von 170 abgeschlossenen Vertrages handelte, ohne daß eine Lieferungszeit bestimmt gewesen, und ohne daß von der einen oder anderen Seite vor der Anstellung der Klage ein Anerbieten der Lieferung der bedungenen Papiere oder der Bezahlung des vereinbarten Preises erfolgt wäre, kam der oberste Gerichtshof gleichfalls zur Abweisung der Klage, weil schon nach gemeinem Rechte die Stipulation als auf sofortige Erfüllung gerichtet angesehen werde, wenn in einem zweiseitigen Vertrage keine ausdrückliche Bestimmung über die Erfüllungszeit enthalten sei und sich die Festlegung einer solchen auch nicht aus den anderen Vertragsklauseln entnehmen lasse, dieß aber der Natur der Sache nach noch viel mehr auf die der Neuzeit angehörigen Kaufverträge über Staats- und Kreditpapiere seine Anwendung finden müsse, besonders wenn solche Käufe zum Behufe der Spekulation abgeschlossen worden seien, weil der Werth des Kaufobjektes außerordentlichen Schwankungen unterworfen sei; — daher es mit der inneren Natur solcher Kaufgeschäfte nicht in Einklang zu bringen

sei, wenn man noch Jahr und Tag nach dem Abschlusse und nach längst abgelaufener pactirter Erfüllungszeit eine Klage auf Erfüllung für statthaft erachten wollte.

DAÖGrf. v. 2. Dezbr. 1861 R.-Nr. 1706^{60/61}.
77.

2.

Begriff der „gefährlichen und sehr schädlichen Geschäfte“ nach Bamberger Landrecht Th. I Kap. II Tit. 10 §. XVII.

Das Bamberger Landrecht beschränkt in Th. I Kap. II Tit. 10 §. XVII die Rechte des überlebenden Elternteiles bei dem Vorhandensein von Kindern aus der vorhergegangenen Ehe hinsichtlich der während des Wittibstandes in Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen vorgenommenen Handlungen unter Lebenden dahin, daß diese Handlungen zu ihrer Gültigkeit an die Einwilligung der Kinder gebunden sind, wenn sich darin „gefährlichen und sehr schädlichen“ Geschäften unterzogen wird. Um die Auslegung dieser Bestimmung handelte es sich in einem Falle, wo der Vater während seines Wittwerstandes einen Vertrag abgeschlossen hatte, durch welchen er sich verpflichtete, sein gesaumtes Grundvermögen im Einzelnen auf fünfjährige Martinsfristen zu verkaufen, die sämtlichen Fristen aber binnen längstens drei Monaten vom Vertragsabschlusse an mit 20^{0/0} Nachlaß an den anderen Kontrahenten gerichtlich zu cediren, und für den Fall diese Cession binnen drei Monaten nicht erfolge, eine Entschädigung von 1000 fl. zu bezahlen, über welche Summe von ihm sofort ein binnen drei Monaten zahlbarer Solawechsel ausgestellt wurde. Die Kinder verlangten die Rescission dieses Vertrages, der Beklagte aber wollte unter Bezugnahme auf Pa-

nauer's Commentar zum Bamberger Landrecht §. 172 die Ansicht geltend machen, daß unter den zur Anwendung dieser Gesetzesstelle vorausgesetzten „gefährlichen und sehr schädlichen“ Geschäften nur aleatorische zu verstehen seien, zu denen man weder erzogen noch gebildet sei, und daß auch diese nur dann hierunter subsumirt zu werden vermöchten, wenn sie eine unverhältnißmäßige, der völligen Disipation nahe kommende Vermögensverminderung zur Folge haben könnten. Diese Ansicht fand jedoch die Billigung der oberen Instanzen nicht, welche beide bei Auslegung und Anwendung der oben angeführten gesetzlichen Bestimmung im Anschlusse an den Gesetzestext von einem allgemeineren Gesichtspunkte ausgingen. Das oberstrichterliche Erkenntniß spricht sich darüber folgendermaßen aus:

„Die vom Bamberger Landrechte Th. I Kap. II Tit. 10 §. XVII gebrauchten Ausdrücke „gefährlich und sehr schädlicher“ Geschäfte sind darin gleichbedeutend, daß beide auf einen gewissen Nachtheil, einen Verlust an dem — zwischen dem verwittweten Elternteile und den Kindern — gemeinschaftlichen Vermögen hingingen, und zwar ersterer, insoferne er die Annahme in sich schließt, daß solcher Verlust aus dem fraglichen Geschäfte leicht entstehen könne, letzterer, insoferne ein solcher schon in dem Geschäftsabschlusse selbst gelegen oder aus demselben ersichtlich ist. Auf welche Weise der Schaden drohen, und auf welche Höhe sich derselbe belaufen soll, um die obigen Eigenschaften eines Geschäftes als gegeben erscheinen zu lassen, ist im Gesetze nicht vorgesehen, kann auch nicht vorgesehen sein, indem hier lediglich die Natur der vorliegenden Verhältnisse zu entscheiden hat. Jedenfalls scheint das Bamberger Landrecht jenen Bezeichnungen einen gewissen weiten Spielraum geben zu wollen, weil dasselbe an der

allegirten Stelle ausdrücklich Bezug nimmt auf die Bestimmung des Tit. 7 §. IV a. a. O., daß die eheweiße Zustimmung überhaupt da erforderlich sei, wo sich der Mann in ungewisse und gefährliche Handlungen, oder in Geschäfte begeben, wozu er nicht erzogen sei, noch sonst hinlängliche Wissenschaft oder Fähigkeit besitze, womit auch der Hanauer'sche Kommentar übereinstimmt, wenn er zu dem vorgelegten §. 17 — auf S. 230 bemerkt: „tendunt enim ejusmodi actus et negotia non ad conservationem, sed dissipationem substantiae communis“, — und zu Tit. 7 §. 4 als Beispiele derartiger Geschäfte die Fälle auführt, wenn „maritus vellet tempore belli procuracionem magnae quantitatis commeatus militaris in se suscipere, se ultra necessitatem usus domestici in frequens commercium equorum intromittere, et qui varii alii casus similes occurrere possunt.

Mit Recht sagt daher Weber in seiner Darstellung des Bamberger Landrechtes §. 367 (Prov. und Statutarrechte Bd. I S. 221), daß neben jenen Beispielen doch hier überhaupt das Meiste dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleibe.“ —

Diesen Grundsätzen gemäß wurde der oben bezeichnete Vertrag als unter die von dem Gesetze für rescissibel erklärten „gefährlichen und sehr schädlichen“ Geschäfte fallend und daher als nicht zu Recht bestehend erachtet.

DAÖGf. v. 25. Novbr. 1861 Nr. 1504^{60/61}.
77.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Rückforderung irrthümlich gezahlter Zinsen. — Anspruch eines qualifizierten Patrimonialbeamten auf eine Funktionszulage für Dienstleistungen während der Auleszenz — Nebenverabredungen zu Ehe- und Erbverträgen, welche in die darüber vor Gericht errichteten Urkunden nicht aufgenommen wurden, sind ungültig. — Die Uebernahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Bezug bezüglich der Haftung für die vorhandenen Geschäftsschulden. (Schluß.)

**Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.**

1.

Rückforderung irrthümlich gezahlter Zinsen.

A. übernahm in dem im Jahre 1852 über ein Haus abgeschlossenen Kaufvertrage, dessen Protokollierung vor dem Hypothekenamte der Hypothekgläubiger B. beistand, die dem letzteren zustehende Hypothekforderung zu 8000 fl., welche im Hypothekenbuche auf das Haus als zu 4% verzinslich eingetragen war, ohne daß irgend eine diesen Zinsfuß betreffende Novation aus dem Protokolle ersichtlich wäre. Bei Entrichtung der ersten Zinsrate will A. auf die an den Gläubiger gerichtete Frage, wie hoch der Zinsfuß sei, die Antwort empfangen haben, daß er 4½% betrage. Nach diesem Zinsfuße verzinsten denn auch A. das besagte Kapital in siebenzehn Zinsterminen, bis am 5. April 1861 der Gläubiger ihm das Kapital kündete, worauf er am 15. April 1861 in einer gegen diesen erhobenen Klage die über 4% bisher bezahlten Zinsen als irrthümlich und indubite gezahlt zurückforderte, indem er behauptete, daß

er unter keiner größeren Zinsverbindlichkeit, als der frühere Besitzer des Hauses gehabt habe, Schuldner des B. geworden und von diesem auf die oben berührte Frage getäuscht und in Irrthum versetzt worden sei.

In die Prozeßverhandlungen wurde nun die Auslegung der vielbestrittenen Stellen: l. 26 pr. Dig. de cond. indeb. (12, 6) und l. 18 Cod. de usuris (4, 32) hereingezogen und behandelte insbesondere die zweite Instanz die erhobene *condictio indebiti* nach dem Wortlaute der letzteren Stelle als zulässig, wogegen der beklagte Gläubiger die Revision einwandte.

Hiedurch erhielt der oberste Gerichtshof, der übrigens die Klage aus anderen, hieher nicht gehörigen Gründen abwies, Veranlassung, in hypothetischer Weise über den Inhalt jener Gesetzesstellen und die Rückforderung indebite gezahlter Zinsen sich auszusprechen wie folgt:

Die Worte der l. 26 pr. Dig. de cond. indebiti (12, 6): „Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit. Sed si supra legitimum modum solvit, Divus Severus rescripsit, quo iure utimur, repeti quidem non posse sed sorti imputandum; et si sortem postea solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid, si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere“ — sagen in Verbindung mit l. 5 §. 2 und l. 102 §. 3 Dig. de solut. (46, 3), wonach die von einem unverzinslichen Kapitale indebite gezahlten Zinsen oder die in höherem Maße, als man schuldig war, irrthümlich gezahlten Zinsen stets auf das Kapital abge-

rechnet werden müssen und dasselbe mindern, nichts Anderes als Folgendes:

Zinsen, die innerhalb des erlaubten Maaßes sich halten, sie mögen nun wissentlich oder irrthümlich indebite gezahlt sein, müssen zuvörderst an dem schuldigen Kapitale abgerechnet werden. Wird ferner das Kapital auf solche Weise getilgt, so können die dasselbe überschreitenden wissentlich gezahlten Zinsen nach den allgemeinen Grundsätzen über die *condictio indebiti* freilich nicht zurückgefordert werden; wohl aber sind die über das Kapital hinaus irrthümlich gezahlten Zinsen mit der *condictio indebiti* wieder herein zu bringen.

Die l. 18 Cod. de usuris (4, 32) hingegen entscheidet lediglich die, wie es scheint, unter den römischen Juristen streitig gewesene Frage, ob die nach Tilgung des Kapitals wissentlich, aber über das gesetzliche Maaß gezahlten Zinsen zurückgefordert werden können, bejahend und zwar in so allgemeinen Ausdrücken, daß dadurch die Rückforderung sowohl der irrthümlich nach der Kapitalstilgung gezahlten Zinsen innerhalb des gesetzlichen Zinsfußes als der irrthümlich oder wissentlich nach jenem Zeitpunkte *supra modum legitimum* entrichteten Zinsen bestätigt ist. Witte, die Bereicherungsflagen x. S. 72 ff.; Sauteris, prakt. Civilrecht Bd. II §. 87 Anm. 58; Vangerow, Pand. Bd. I S. 128 ff.

Streng genommen hätte nun zwar der Kläger und Darlehensschuldner, statt die irrthümlich zu viel gezahlten Zinsen, quasi sortem indebitam, mit der *condictio indebiti* vom 15. April 1861 zurückzufordern, dieselben an dem ihm am 5. April 1861 aufgekündeten Kapitale als Zahlung in Abzug bringen und die Klage seines Gläubigers auf Kapitalergänzung abwarten sollen. Da indessen nach Hypothekenrecht die Rückzahlung des Ka-

pitales schnellig zu geschehen hatte und die Klage des Gläubigers auf Kapitalergänzung nur zur Exekution gegen den Schuldner unter Vorbehalt seiner Nachklage wegen der illiquiden Rückforderung der angeblich indebite gezahlten Zinsen geführt haben würde, so ist nach dem geltenden Prozeßrechte die Klage vom 15. April 1861 immerhin für zulässig zu erachten und die Verbindlichkeit zur Rückerstattung indebite empfangener Zinsen als eine selbständige zu behandeln, wobei die römische Vorstellung, daß indebite gezahlte Zinsen aller Art vor Tilgung des Kapitals nur als Abschlagszahlungen an diesem sich darstellen, verlassen wird.

DAÖGrf. v. 18. März 1862 Reg.-Nr. 526^{61/62}.
4/6.

2.

Anspruch eines quieszirten Patrimonialbeamten auf eine Funktionszulage für Dienstleistungen während der Quieszenz.

Vgl. B 31 in Dollmann's Gesetzbuch des Königr. Bayern m. Erl. Thl. I Bd. I S. 183 a. E.

Der Patrimonialbeamte H. zu M. war beim Uebergang der gutherrlichen Gerichtbarkeit an den Staat mit einem Gehaltsbetrage quieszirt worden, welcher auf erhobene Klage über angebliche Gehaltsverkürzung von den Gerichten als der ihm gebührende volle Aktivitätsgehalt anerkannt wurde. Nach mehreren Jahren wurde der Quieszent im Rechnungsfache wieder angestellt; während der Quieszenz war er eine Zeit lang als Rechnungsrevisor in A. verwendet worden. Er forderte später die Nachzahlung eines Tagelohnes von 1 fl. 20 fr., eventuell 1 fl. täglich als außerordentliche Funktionszulage für seine geleisteten Dienste und suchte diesen Anspruch vorzugsweise auf einen Ministerialerlaß vom 15. Dez. 1848 (Döllinger's Verordn.:

Samml. fortges. v. Strauß Bd. XXII S. 255) zu stützen. Die Gründe, des den Fiskus von der Klage entbindenden oberstrichterlichen Erkenntnisses sagen hierüber:

Soviel die Ministerialentschließung vom 15. Dez. 1848 als den Hauptstüppunkt der Klage des S. betrifft, so ist dieselbe nichts weiter, als eine ministerielle Vollzugsvorschrift zum Art. 1 des Ablösungsgesetzes und zu dem sich hieran knüpfenden §. 11 Abs. II Nr. 2 des Landtagsabschiedes vom 4. Juni 1848, welche daher im Widerstreite diesen gesetzlichen Bestimmungen auszuweichen hat. Dieselbe ist nur für die Organe der Staatsregierung als Verhaltensregel gegenüber den durch die Erlöschung der gutherrlichen Gerichtsbarkeit übernommenen Patrimonialbeamten erlassen, bietet aber diesen selbst, ehe sie auf einen Einzelnen aus ihrer Mitte in Anwendung gebracht und hiedurch ein verhältnismäßiges Verhältniß gegründet wurde, keinen Titel dar, sich darauf zu berufen oder auf ihren Vollzug zu dringen. Die beiden Staatsministerien, welche dieselbe erließen, konnten die Staatskasse gegen den Geist der einschlägigen Gesetze mit keiner weiter greifenden Haftung belasten. Hätten dieselben ein den übernommenen Beamten ungünstiges Normativ erteilt, so würde sich gewiß keiner der Letzteren haben abhalten lassen, aus den Gesetzen selbst die ihnen eingeräumten Ansprüche klagbar zu verfolgen. In gleicher Weise müssen dieselben auch in umgekehrter Richtung geschehen lassen, daß ihren darüber hinausreichenden Begehren die klare Vorschrift jener Gesetze, unverrückt von einer möglicher Weise irrigen Auffassung ministerieller Erläuterungen, auf welche noch keine besondere Zusicherung gebaut und angenommen wurde, entgegengehalten werde.

DAßErk. v. 14. Okt. 1861 N. Nr. 1565⁶⁰/₆₁.

3.

Nebenverabredungen zu Ehe- und Erbverträgen, welche in die hierüber vor Gericht errichteten Urkunden nicht aufgenommen wurden, sind ungültig.

(Bayer. Recht.)

In einem gerichtlichen Ehevertrage war zwischen den betreffenden Kontrahenten allgemeine Gütergemeinschaft errichtet worden, mit dem Zusatze, daß, wenn die Ehe kinderlos bleibe, von dem überlebenden Ehegatten an die Verwandten des Verstorbenen ein Rückfall von 300 fl. hinauszubezahlen sei.

Die Ehefrau starb wenige Jahre darauf und hinterließ ein neugeborenes Kind aus dieser Ehe, welches ihr nach einigen Wochen im Tode folgte. Mehrere Geschwister derselben verlangten nun als Intestaterben jenen Rückfall von dem Wittwer hinausbezahlt, behauptend, es sei vor und bei der Errichtung des Ehevertrages bedungen gewesen, daß der Rückfall von dem Ueberlebenden auch dann hinausbezahlt werden solle, wenn ein vorhandener Nachkomme dem zuerst Verstorbenen binnen eines Jahres im Tode nachfolge, und diese Klausel nur „aus Versehen“ in dem gerichtlichen Vertrage weggeblieben.

Die erste Instanz erachtete dieses Vorbringen für erheblich und legte es den Klägern zum Beweise auf, die zweite Instanz entband jedoch den Beklagten auf seine dagegen erhobene Berufung sofort von der Klage, weil Ehe- und Erbverträge nach dem bayer. Landrechte bei Vermeidung der Richtigkeit gerichtlich errichtet werden müßten, diese Vorschrift also auch die Ungültigkeit jeder in den Vertragsbrief absichtlich oder zufällig nicht aufgenommenen Nebenabrede nach sich ziehe.

Der oberste Gerichtshof billigte auf ergriffene

Revision der Kläger diesen Ausspruch, unter Beifügung folgender Gründe:

1) Die in Th. I Kap. VI §. 29 Nr. 3 und Thl. III Kap. XI §. 1 Nr. 10 des bayerischen Landrechtes für die Abfassung von Ehe- und Erbverträgen enthaltene Bestimmung ist im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffen, darf nicht umgangen werden und bringt von selbst mit sich, daß jede Nebenabrede, welche in dem gerichtlichen Vertrage nicht begriffen ist, auch nicht rechtsbeständig sein kann, sondern als nichtig in sich selbst zerfällt. Denn außerdem wäre jenes wichtige Erforderniß nur eine nutzlose Formalität und ein eitles Blendwerk. Die Absicht der Gesetze ging bei jener Vorschrift offenbar dahin, daß die Parteien dergleichen Verabredungen von so erheblichen Folgen jenen Ernst der Selbstbestimmung zuwenden und einen so bereiften Ausdruck ihres Willens verleihen, wie solche nur in der kundgebenden Mitwirkung der anfertigenden Obrigkeit eine genügende Bürgschaft finden. Von der Klausel eines Vertrages, welche dieser wesentlichen Förmlichkeit entbehrt oder sich ihr entzog, bleibt aber völlig ungewiß, ob sie bei einer geeigneten Belehrung über ihr Wesen oder einer gründlichen Anregung des Nachdenkens über ihre Bedeutung nicht wäre aufgegeben oder abgeändert worden, woraus sich von selbst ergibt, daß dieselbe gegen die Vorschrift der Gesetze nicht aufrecht erhalten werden kann, Const. 17 Cod. de fide instrum. (4, 21): *ut nulli liceat prius, quam haec ita processe- rint, vel a scheda conscripta . . . vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare.*

2) Offenbare Irrthümer, welche in der Aufnahme öffentlicher Urkunden mit unterliefen, wie Schreib- und Rechnungsfehler, Ungenauigkeiten in

Orts- oder Zeitangaben oder in der Bezeichnung von Personen oder Sachen müssen zwar immerhin, wenn nur erweislich, einer Berichtigung fähig bleiben; allein diese Voraussetzung findet sich im vorliegenden Falle nicht gegeben. Der Punkt, um den es sich handelt, daß nämlich der Rückfall von 300 fl. von dem überlebenden Ehegatten an die Erben des zuerst verstorbenen auch dann hinauszubezahlen sei, wenn ein etwa vorhandener Nachkomme des letzteren ihm binnen Jahresfrist im Tode folge, soll nur aus Versehen aus der Vertragsurkunde weggeblieben sein. Ob dieses Versehen darin bestand, daß die Theile jene Verabredung als Gegenstand ihrer Einigung selbst nicht angaben, oder daß der protokollirende Beamte sie nur seiner Urkunde einzuverleiben vergaß, ist nicht genau zu ersehen. Aber auch angenommen, daß Letztere wäre geschehen, so blieb der Wille der Parteien bis zum Abschlusse und zur Unterschrift des Vertrages noch immer frei und ungebunden. Selbst bei der Verlesung des Protokolles, welche, obwohl nicht vorgemerkt, nach Th. IV Kap. I §. 6 Nr. 3 des bayer. Landrechtes als geschehen allzeit präsumirt wird, konnte die Ehefrau und deren Vater, als sie jene früher verabredete Bestimmung vermißten, dorein willigen, sie fallen zu lassen, und ob dies ihre Absicht nicht gewesen, läßt sich nicht einmal durch eine eidliche Offenbarung des überlebenden Ehemannes ergründen, weil solches ein seinem Bewußtsein fremder Vorgang im Innern seiner Mitkontrahenten gewesen wäre. Der vielleicht allein erweisliche Umstand, daß man früher über diese Erweiterung des Rückfalles einig gewesen, würde also nicht genügen, dieselbe zu einem wahren und wesentlichen Vertragspunkte zu stampeln.

DAUERf. v. 7. Januar 1862 Nr. 335^{61/62}.
ß.

Mittheilungen aus der Praxis der Handelsgerichte.

Die Uebernahme einer Handlung oder Firma ist an sich ohne Belang bezüglich der Haftung für die vorhandenen Geschäftsschulden.

(Schluß.)

Nachschrift des Einsenders zu den oben von S. 131 an mitgetheilten Entscheidungen. In den obigen handelsrechtlichen Entscheidungen ist das Prinzip ausgesprochen, daß die Uebernahme der Handlung oder Firma eines Einzelkaufmannes an sich an der Haftung des bisherigen Geschäftsinhabers nichts ändere und auch gegen den neuen Erwerber noch keinen Anspruch, die alten Schulden zu bezahlen, begründe.

Es entsteht nun die Frage, ob diese Sätze auch noch nach Einführung des D.H.G.B. haltbar seien?

Das D.H.G.B. enthält zwar über die angeregte Frage keine ausdrückliche Bestimmung; allein in ersterer Richtung scheinen die in Art. 23 u. 113 ⁵⁾ ausgesprochenen Normen doch eine Schlußfolgerung auf die Haftung des Einzelkaufmannes in einem,

⁵⁾ Art. 23: „Die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig.“ —

Art. 113: „Wer in eine bestehende (offene) Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Aenderung erliden oder nicht. Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.“ — Eine ähnliche Bestimmung enthält Art. 166 bezüglich der Haftung des in eine bestehende Handelsgesellschaft eintretenden Kommanditisten mit seiner Vermögenseinlage.

jeuen gerichtlichen Entscheidungen widerstreitenden Sinne zu begründen.

In der That wurde auch bereits in der VI. Sitzung der Kommission zur Berathung eines A.D.G.B. vom 27. Januar 1857 zu dem, dem späteren Gesetzesartikel 23 entsprechenden Art. 27 des preussischen Entwurfes eines H.G.B. in der Erwägung, daß hienach jede zulässige Uebertragung einer Handlung an einen Anderen eine Uebertragung mit Aktiven und Passiven sein müsse und in einem solchen Falle der Eintretende nach entschiedener kaufmännischer Ansicht für alle Schulden der übernommenen Firma hafte, von einem Mitgliede beantragt, Vorschriften ähnlich denen in §. 31 u. 32 des österreichischen Entwurfes *) aufzunehmen.

Die Versammlung beschloß jedoch, die Debatte hierüber und über die weitere Frage, welche Folgen die Uebertragung einer Firma für den früheren Inhaber habe, zu vertagen (R.P. S. 41 u. 42).

In der CLXXI. Sitzung vom 22. Februar 1858 — bei der zweiten Lesung — wurden diese Fragen wieder aufgenommen, und zwei Anträge eingebracht, welche die Haftung dessen, der ein bestehendes Handelsgeschäft für alleinige Rechnung übernehme, ausdrücklich statuiren sollten. Nach dem

*) §. 31 des (revdirten) östreich. Entwurfes lautet: „Wer sich erklärt, eine schon bestehende protokollierte Handlung zu übernehmen, muß sich nach §. 14 protokolliren lassen, nach welcher Protokollierung er den Gläubigern des früheren Inhabers zur Erfüllung aller Handlungsverbindlichkeiten desselben verpflichtet ist, — er möge die Handlung unter der früheren oder einer veränderten Firma betreiben.“ Beil.-Bd. zu den H.R.Prot. S. VII. — (Art. 32 des §. 2 bestimmt eine Verjährungsfrist bezüglich der Ansprüche an den früheren Inhaber).

einen Vorschlage (R.P.-Beil. A. S. 1439) sollte der Uebernehmer eines Handelsgeschäftes, wenn er die alte Firma beibehalte oder in öffentlichen Blättern durch Circulare ic. bekannt mache, daß er ein bestehendes Handelsgeschäft übernommen habe, den vorhandenen Gläubigern des übernommenen Geschäftes als Solidarschuldner unter Ausschluß der Einrede der Theilung und der Vorausklage haftbar erklärt werden, und eine Ausnahme nur stattfinden, wenn und soweit aus der bekannt gemachten Anzeige die Absicht, sich den vorhandenen Gläubigern überhaupt nicht oder nur in beschränkter Weise verpflichten zu wollen, deutlich erhellte.

Zur Motivirung dieses Antrages wurde bemerkt, daß in der angezeigten Uebernahme eines Handelsgeschäftes eine Erklärung des Uebernehmenden in einem gewissen obligatorischen Sinne, eine Aufforderung an die Gläubigerschaft des Handelsgeschäftes liege, ihre Angelegenheiten mit dem Uebernehmenden zu ordnen, daß eine solche Uebernahme also gewissermaßen eine *adpromissio*, ein *constitutum debiti alieni* enthalte. Daß, was hiebei allein im Hinblick auf das gemeine Recht Bedenken erzeuge, liege darin, daß man einer solchen einseitigen Erklärung eine bindende Kraft ohne Acceptation der interessirten Gläubiger beilege. Aber die Supplirung einer solchen Acceptation könne man ohne Bedenken in Uebereinstimmung mit der Anschauung des Kaufmannsstandes in dem öffentlichen Bekanntwerden jener obligatorischen Erklärung finden.

Insbefondere wurde hiefür auch geltend gemacht, der Grundgedanke der Anlage A sei dem Principe nach schon in dem Art. 25 u. 112 des Entwurfes der Redaktionskommission angenommen worden (Art. 27 bezw. 89 des Preuß. Entw., Ges. Art. 23 u. 113). —

Ein zweiter Antrag — Weil. B a. a. D.¹⁾ — suchte die Haftung des Nachfolgers auf den Kontrakt mit dem früheren Geschäftsinhaber zurückzuführen. In der handelsüblichen Bekanntmachung der Uebernahme eines bestehenden Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven liege die Aufforderung an die Handelsgläubiger, die Verichtigung ihrer Ansprüche von dem neuen Inhaber entgegenzunehmen, sowie die Bereiterklärung des letzteren hiezu. Eine neue, selbständige Verbindlichkeit des Nachfolgers gegen die Gläubiger seines Vorgängers entstehe nun zwar aus dieser Bekanntmachung nicht, doch genüge letztere, um die Klage gegen den Nachfolger als Substituten des Schuldners (l. 3 D. X, 2) oder utiliter aus dem Vertrage richten zu können. Der frühere Geschäftsinhaber lasse nämlich einen dem Betrage der Passiven entsprechenden Theil der ihm nach dem Abtretungsvertrage gebührenden Kaufgelber zur Verichtigung der Handelsschulden in den Händen seines Nachfolgers, er mache dieses den Gläubigern bekannt (Uebernahme mit Aktiven und Passiven) und fordere darauf hin dieselben auf, dasjenige, was ihnen zukomme, von seinem Nachfolger einzufassiren.

Bei der Abstimmung über diese Anträge wurde nun zwar beschlossen, von Aufnahme von Bestim-

¹⁾ §. 19: „Wird die Uebernahme eines bestehenden Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven von den Beteiligten bekannt gemacht, so haftet der neue Geschäftsinhaber den bisherigen Handelsgläubigern nach Maßgabe seines mit dem früheren Geschäftsinhaber in Betreff der Uebernahme abgeschlossenen Vertrages. — Die Handelsgläubiger können auf Grund der Bekanntmachung unmittelbar gegen den neuen Geschäftsinhaber klagen.“

mungen über die Uebnahme von Handelsgeschäften Umgang zu nehmen, und insbesondere hiegegen geltend gemacht, daß keiner der vorgeschlagenen Rechtsätze Anspruch auf Anerkennung als allgemein zutreffende Regel habe, daß vielmehr die Uebnahme von Handelsgeschäften in den verschiedensten Abwechselungen vorkomme, und daß jedenfalls auch die Rücksicht hierauf sowie auf das Recht der Minderjährigen und Erben eines Kaufmannes eine große Menge einschränkender und modifizirender Bestimmungen erforderlich machen würde.

Gleichwohl aber dürfte es von Interesse sein, aus der gegentheiligen Auffassung Einiges hervorzuheben.

Gegen den Antrag B wurde insbesondere geltend gemacht, daß nach letzterem nicht bloß die Erklärung des Uebernehmers, wie sie nach außen kundbar werde, sondern auch der zwischen dem Uebernehmer und dem früheren Geschäftsinhaber geschlossene, regelmäßig geheim gehaltene Vertrag für die Modalitäten des Klagerrechtes maßgebend sein solle. Dieß werde die Wirkung haben, daß daneben Treue und Glaube unmöglich bestehen könne, wenn der Uebernehmer eines Handelsgeschäftes ungeachtet der öffentlichen Bekanntmachung, daß er das Geschäft eines Anderen mit Aktiven und Passiven acquirirt habe, den Gläubigern gegenüber sich darauf berufen dürfe, daß er nach Inhalt des Uebnahmevertrages für gar keine Schulden oder nur für die eine oder andere einzelne Schuld des früheren Geschäftsinhabers einzustehen habe.

Gegen den Antrag A wurde von verschiedenen Seiten angeführt: Art. 25^{*)} des Entwurfes der

*) Nun Art. 23 des DGB.

Reb. Kom. enthalte lediglich einen rechtspolizeilichen Satz, der den Uebertreter in Strafe bringen könne und insoferne gute Wirkungen haben werde, aber auf die Gültigkeit der Geschäfte keinen Einfluß übe. Art. 112 beruhe auf besonderen Verhältnissen der Handelsgesellschaften und könne deshalb nicht zur Konsequenz gezogen werden. Die rechtliche Anschauung aber, auf welcher Antr. A beruhe, habe sehr erhebliche Bedenken. Man könne nicht mit Grund behaupten, daß die Beibehaltung der alten Firma oder die Bekanntmachung der Uebernahme eines Handelsgeschäftes immer in der Absicht geschehe, sich für die Schulden des Vorgängers zu verpflichten. Die öffentliche Anzeige geschehe in der Regel nur in der Absicht, um die Kunden seines Vorgängers zu sich einzuladen. Selbst wenn angezeigt wurde, daß er die Passiven übernommen habe, heiße dieß oft nicht mehr, als daß die Schulden des früheren Inhabers bei dem neuen bezahlt würden, versteht sich, nur so lange, als der frühere die Mittel dazu biete. Dieß sei ähnlich dem Falle, wenn eine Aktiengesellschaft bekannt mache, daß Zinsen und Dividenden bei diesem oder jenem Banquier bezahlt würden. — Antrag A beruhe auf einer gesetzlichen Fiktion, deren man sich enthalten und dafür die jeweiligen, gewiß in den einzelnen Fällen sehr verschieden gemeinten Erklärungen der Kaufleute entscheiden lassen solle. —

Anlangend dagegen die Folgen der Uebertragung einer Firma für den früheren Inhaber, so wurde von keiner Seite bestritten, daß der alte Schuldner für die vorhandenen Geschäftsverbindlichkeiten nach wie vor verhaftet bleibe.

Im Antrage A war dieß im §. 4 ausdrücklich ausgesprochen. Nach Antrag B (§. 2) sollte diese Verhaftung des früheren Geschäftsinhabers so lange

bestehen bleiben, bis die Schuld getilgt sei oder die Gläubiger statt des früheren den neuen Geschäftsinhaber als Schuldner angenommen hätten *).

Faßt man schließlich die gepflogenen Verhandlungen kurz zusammen, so dürften sich nachstehende Folgerungen ergeben:

a) Bei der großen Divergenz von Meinungen, die sich im Schooße der Handelskonferenz selbst darüber, ob der Uebernehmer einer Handlung damit Schuldner der bisherigen Gläubiger des vorigen Inhabers werde, ergeben hat, wird man keineswegs zur Begründung jener Haftung sich auf eine allgemeine Anschauung des Kaufmannsstandes, auf eine Handelsübung berufen können.

b) Der Art. 23 des D.H.V. paßt nicht hierher und der Art. 113 läßt keine analoge Anwendung auf die vorliegende Frage zu. Letzterer spricht die Haftung des in eine bestehende Handelsgesellschaft eintretenden offenen Gesellschafters für die vorhandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten aus. Diese Bestimmung beruht hauptsächlich auf der Schwierigkeit, die alten und die neuen Schulden auseinanderzuhalten. Es läßt sich nicht immer, wenn ein Gesellschafter beitrtritt, eine Abrechnung mit den Gläu-

*) Letzteres sollte nach Ansicht des Proponenten als stillschweigend geschehen gelten, wenn aus dem geschäftlichen Verhältnisse die Absicht des Gläubigers, das zwischen ihm und dem früheren Geschäftsinhaber bestandene Schuldverhältnis fortzusetzen, hervorgebe. Beispielsweise war in den Motiven angeführt: wenn der Gläubiger nach Versall der Schuld Prolongation erteile oder bei einem Kontokorrent die neuen Debit- und Kreditposten ungetrennt auf das alte Konto eintrage u. s. w. Dieser Theil des Antrages kam jedoch nicht zur speziellen Debatte.

bigen vornehmen; ohne eine solche Abrechnung aber wäre es nicht möglich, zu ermitteln, für welche Schulden der neue Gesellschafter zu haften hat. Vgl. R.P. S. 280. — Bei der Uebernahme einer bestehenden Handlung des Einzelkaufmannes hiegegen besteht nicht das gleiche praktische Bedürfnis. Hier läßt sich eine Abrechnung und Aufschreibung der Schulden vor und nach der Uebernahme des Geschäftes sehr wohl durchführen¹⁰⁾.

c) Es dürfte nicht fehlgegriffen sein, die Ansicht der Mehrheit der Handelskonferenzkommission dahin zu interpretiren, daß die sub a erwähnte Frage als eine quaestio facti nach den Umständen zu beurtheilen sei, eine Haftung des Uebernehmers aber allein aus der Beibehaltung der alten Firma im Zweifel nicht gefolgert werden könne, und daß sie selbst aus seiner Bekanntmachung: er übernehme das Geschäft mit Aktiven und Passiven — nicht nothwendig gefolgert werden müsse. Für die Befreiung des früheren Inhabers durch einen solchen Akt hat sich, wie erwähnt, ohnedieß keine Stimme erhoben.

R.

¹⁰⁾ Auch bei Berathung des Art. 158 des Entwurfes der Red. Komm. — Art. 166 des DGB. — wurde von der Versammlung ausdrücklich erklärt, jene Bestimmung sei weder für den Fall gemeint, wenn ein stiller Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmannes hinzutrete und hiedurch erst eine Gesellschaft gebildet werde, noch für den, in welchem ein Einzelkaufmann das bisher von einem anderen betriebene Handelsgeschäft übernommen habe (R. P. CXXXIV S. 1108).

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Kompetenz bei der Exekution in Aktiva des Schuldners, welche in einem anderen Gerichtsbezirke ausstehen. — Kompetenz für die Klage des Mißbürgers gegen den Hauptschuldner, der in dem vorhergegangenen und bei einem anderen Gerichte anhängig gewesenen Prozesse des ersteren gegen des letzteren Fürgen diesem als accessorischer Interventient beigekommen hat. — Kompetenz zur Verlaubarung eines Vertrages über Ablösung von Höflichkeiten, wenn das berechtigte Anwesen und die belastete Walbung in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. — Sind einfach vermailete unabgetheilte Kinder nach den Bestimmungen des Würzburger Landrechtes als Mitgenossen der Gütergemeinschaft anzusehen? — Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens claus. wideripflichten Kontribuirten.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CXX.

Kompetenz bei der Exekution in Aktiva des Schuldners, welche in einem anderen Gerichtsbezirke ausstehen.

In einer bei dem Einzelrichteramte des Bezirksgerichtes Augsburg gegen den damals daselbst sich aufhaltenden Beklagten anhängig gewordenen und durch gerichtlichen Vergleich erledigten Schuldschlagsache sah sich der Kläger in der Folge, weil Beklagter das ihm in dem Vergleiche gemachte Zahlungsverprechen unerfüllt ließ, genöthiget, um Exekution nachzusuchen. Da der Beklagte inzwischen bei dem Bürger und Gewerbsmanne B. zu München in Dienste getreten war, so erwirkte Kläger bei dem bisherigen Prozeßrichter im Wege der Hilfsvollstreckung eine Verfügung, wodurch dem B. aufgetragen wurde, bei Vermeidung der Doppelzahlung die Schuldschlagsache von 20 fl. 18 fr. am Lohne des Beklagten abzuziehen und entweder an den Kläger oder an

daß Gericht zu bezahlen. Nachdem diese Verfügung dem B. zugestellt worden war, remonstrirte dieser bei dem Bezirksgerichte München l. d. Isar dagegen, mit dem Bemerken, daß das Bezirksgericht Augsburg zu deren Erlassung inkompetent gewesen sei und das Bezirksgericht München l. d. Isar nahm auch die desfallsige Kompetenz auf Grund der Gerichtsordnung Kap. XVIII §. 2 Nr. 2 für sich in Anspruch, wogegen das Bezirksgericht Augsburg, unter Bezugnahme auf die G.D. Kap. XVIII §. 3 Nr. 5 auf seiner Kompetenz beharrte. Dieser affirmative Kompetenzkonflikt wurde oberstrichterlich aus nachstehenden Gründen dahin entschieden:

daß zur Verfügung auf den klägerischen Exekutionsantrag das Bezirksgericht Augsburg zuständig sei.

In dem vorliegenden Falle kommen nicht die Bestimmungen der G.D. Kap. XVIII §. 2 Nr. 2, sondern jene §. 3 Nr. 5 zur Anwendung, weil es sich hier nicht um eine Exekution handelt, welche an einer Person oder an einem Gute vollzogen werden soll, die nicht unter dem Prozeßgerichte stehen, sondern einem anderen Gerichtszwange angehören; es ist vielmehr eine Exekution auf eine Aktivforderung in Frage, bei welcher das Prozeßgericht die Befugniß hat, dem Debitor des verlustigten Theiles bei Strafe doppelter Ersetzung den Auftrag zu ertheilen, diesem nichts mehr zu bezahlen, sondern das Geld entweder dem obsiegenden Theile selbst oder der Obrigkeit gegen Schein auszuliefern, und kann hiebei der Umstand, daß der Debitor des verlustigten Theiles in die Lage kommen könnte, diesem seine Schuld noch einmal zahlen zu müssen, um so weniger eine Beachtung verdienen, als das Prozeßgericht befugt ist, über die Kassirung der Obligation dem Schuldner einen Mortifikationsschein ausfolgen zu lassen.

Es kann daher keinem Bedenken unterliegen, daß das Prozeßgericht zur Erlassung einer solchen Verfügung, als zum Exekutionsvollzuge gehörig, zuständig erscheine.

DABE. v. 1. Juni 1861. Urtheilsbuch Nr. 107.

CXXI.

Kompetenz für die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, der in dem vorhergegangenen und bei einem anderen Gerichte anhängig gewesenen Prozesse des ersteren gegen des letzteren Bürgen diesem als accessorischer Interveniens beigestanden hat.

Franz Karl B. wurde dem Kaufmann Karl Christian C. an nach und nach empfangenen Darlehen die Summe von 19000 fl. schuldig, für deren Rückzahlung sammt Zinsen und Kosten des Schuldners Vater Alois B. Bürgschaft leistete. Der Schuldner gerieth späterhin in Konkurs und da bei dessen Ausgange der Gläubiger C. nur 290 fl. aus der Konkursmasse bekommen konnte, so erhob er gegen den Bürgen Alois B. bei dem Landgerichte W., als dessen Domizilgerichte, Klage auf Bezahlung der durch mehrjährige Zinsen und Kosten angewachsenen Forderung von 24,410 fl. In diesem Prozesse, welcher in der Folge wegen der durch das Gerichtsorganisationsgesetz vom 1. Juli 1856 eingetretenen Kompetenzveränderung an das Bezirksgericht Donauwörth zur Entscheidung gelangte, hatte der Beklagte Alois B. seinem Sohne Franz Karl B. den Streit verkündiget, wodurch dieser auch bewogen wurde, seinem verklagten Vater während der Durchführung des ganzen Processes als accessorischer Interveniens beizustehen. Der Kläger C. erlangte zwar bei dem Bezirksgerichte Donauwörth am 6. März 1860 ein obsiegliches Erkenntniß, welches die Erben des inzwischen verstorbenen Beklagten Alois B. ver-

urtheilte, an den Kläger die Summe von 24,120 fl. nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen; allein er konnte dennoch nicht zu seiner Befriedigung gelangen, weil der überschuldete Nachlaß des Alois B. hiezu keine ergiebigen Mittel darbot.

Der ursprüngliche Schuldner Franz Karl B. hatte unterdessen seinen Wohnsitz in einem zum Gerichtsprengel des Bezirksgerichtes München l. d. J. gehörigen Orte genommen, wo ihm die Leitung eines Fabrikgeschäftes übertragen worden war, und der Kaufmann E. erhob nunmehr gegen denselben bei diesem Gerichte Klage auf Bezahlung der kontrahirten Darlehensschuld, wobei er die obigen vorausgegangenen Umstände anführte und die Behauptung beifügte, daß derselbe sich nun in besseren Vermögensverhältnissen befinde.

Diese Klage wurde aber von dem Bezirksgerichte München l. d. J. von der Gerichtschwelle aus dem Grunde zurückgewiesen, weil dieselbe Streitsache bereits durch das Bezirksgericht Donaunwrth rechtskräftig entschieden sei, diese Rechtskraft sich auch auf den dermaligen Beklagten als Hauptschuldner und accessorischen Intervenienten erstrecke, sonach der Kompetenz des BG. München l. d. J. die Prävention von Seite des BG. Donaunwrth und die rechtskräftige Entscheidung im Wege stehe.

Nach Maßgabe dieses Bescheides reichte E. hierauf dieselbe Klage bei dem Bezirksgerichte Donaunwrth ein, er wurde aber auch da wegen Mangels der Kompetenz damit a limine abgewiesen und in den Motiven des Abweisungsbeschlusses bemerkt, daß der dermalige Beklagte bei dem ersten, gegen Alois B. als Bürgen durchgeführten Prozesse als accessorischer Intervenient gar nicht legitimus contradictor gewesen sei und überhaupt eine Konnexität beider Prozesse gar nicht bestehe.

Da dieser Abweisungsbeschluß, gegen welchen

der Kläger appellirte, in zweiter Instanz bestätigt wurde, so beantragte derselbe die oberstrichterliche Entscheidung des vorhandenen negativen Kompetenzkonfliktes, welche dahin erging:

daß zur Verhandlung und Entscheidung der bezeichneten Civilprozeßsache das Bezirksgericht München l. d. J. kompetent sei.

Die Gründe enthalten Folgendes:

1) die dormalen von Karl Christian C. gegen Franz Karl B. erhobene Klage ist nicht gegen den Beklagten als Erben oder Rechtsnachfolger seines Vaters Alois B., sondern als den aus dem Darlehensvertrage selbständig verpflichteten Hauptschuldner gerichtet; die durch das rechtskräftige Erkenntniß des Bezirksgerichtes Donauwörth v. 6. März 1860 ausgesprochene Verurtheilung der Erben des Alois B. zur Zahlung der gegen denselben als Bürgen eingeklagten Darlehensforderung sammt Zinsen und Kosten kann daher den dormaligen Beklagten, von welchem gar nicht feststeht, ja nicht einmal behauptet ist, daß er Erbe seines Vaters geworden sei, keinesfalls in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Alois B. berühren, sondern es könnte die Wirkung der Rechtskraft jenes Erkenntnisses nur allein aus der Eigenschaft des jetzigen Beklagten als Litisbeneficiarius im vorigen Prozesse abgeleitet werden. Allein auch in dieser Richtung kann sich

2) die gesetzliche Wirkung der Streitverkündigung nicht weiter erstrecken, als der Zweck reicht, zu dessen Erzielung dieser rechtliche Behelf gegeben und bestimmt ist. Durch die bayerr. G.D. ist die Streitverkündigung als wesentliche Vorbedingung für die Zulässigkeit des künftigen Regresses gegen einen Dritten nur auf die eigentlichen Eviktionsfälle beschränkt, dagegen auch in allen übrigen Entschädigungsansprüchen für zulässig erklärt. Im ersterem Falle wird der Regreß hierdurch gewahrt, im letz-

rem Falle lediglich bei künftiger Geltendmachung des Entschädigungsanspruches die Einnrede elidirt, daß in dem Streite nicht der Ordnung nach verfahren worden sei.

Dem Litisdenunzianten ist durch Nr. 3 §. 2 Kap. VIII der G.D. freigestellt, ob er dem Denunzianten nur beistandsweise in dem Streite assistiren oder solchen gänzlich auf sich nehmen wolle. In dem hier allein gegebenen ersteren Falle erhält der Denunziant nur allein die Befugniß und Berechtigung, für zweckmäßige Führung des Prozesses thätig zu werden und dem eigentlichen Beklagten sachdienliche Beihilfe an die Hand zu geben; er wird aber in keinem Falle weder Beklagter noch auch nur wahrer Streitgenosse (Blätter für Rechtsanwendung Bd. I S. 185 Nr. 1), für ihn treten lediglich die Bedingungen und Wirkungen der accessorisches Intervention ein; hier können aber nach der Natur der Sache durch das nach geschlossenem Prozesse zu erlassende Urtheil nur solche Streitpunkte entschieden werden, welche zwischen den Hauptparteien streitig waren, keineswegs aber solche, welche aus einem diesem Hauptprozeß gänzlich fremden Rechtsverhältnisse entstanden sind.

Im vorliegenden Falle nun hat der dormalige Beklagte in seiner auf die Streitverkündigung erfolgten Erklärung vom 27. pr. 30. April 1852 zu den Akten in Sachen des E. gegen Alois B. wegen Forderung aus einer Bürgschaft ausdrücklich erklärt: „er sei bereit, bei Verhandlung des vorliegenden Streites dem Beklagten beistandsweise zu assistiren“, und er ist auch in dieser Rolle des accessorisches Intervenienten während des ganzen Laufs des Prozesses verblieben. Das gegen den aus der Bürgschaft belangten Alois B. erlassene Erkenntniß konnte sonach nur allein die aus diesem Bürgschaftsvertrage streitig gewordenen Rechtsverhältnisse umfassen

und hat auch nicht im Mindesten die hievon gänzlich verschiedenen Ansprüche des E. gegen den damaligen accessorischen Intervententen, welche jetzt aus dem Darlehen geltend gemacht werden, berührt.

Es stellt sich sonach der von dem Bezirksgerichte München l. d. J. für seine Inkompetenz aufgestellte Grund der rechtskräftig entschiedenen Sache als völlig unstichhaltig dar.

Ebensowenig kann

3) die Kompetenz des Bezirksgerichtes Donauwörth als durch Konnexität beider Streitsachen begründet erachtet werden, indem hier zwei völlig verschiedene Klagfundamente bestehen, völlig verschiedene Personen hiedurch in Anspruch genommen werden und diese beiden Prozesse nicht in dem Verhältnisse der Haupts- zur Nebensache oder des Präjudizialpunktes zur Hauptsache stehen.

Wenn nach ausdrücklicher Bestimmung der G.D. selbst in dem Falle, wenn ein Litißdenunziant sich seinen Einspruch gegen den Entschädigungsanspruch des Denunzianten vorbehalten hat, die Klage desselben hierauf nicht mit der Hauptsache vermischt, sondern vor dem für den Denunzianten zuständigen Gerichte ausgetragen werden soll, so kann doch gewiß im vorliegenden Falle, wo der vormalige Litißdenunziant nicht von dem Denunzianten, sondern von einem außer diesem Regreßverhältnisse Stehenden belangt wird, keine solche Konnexität als bestehend angenommen werden, welche ein außerordentliches Forum zu begründen vermöchte.

Von einer Prävention des Bezirksgerichtes Donauwörth kann aber

4) ohnehin keine Rede sein, da hier das wesentliche Erforderniß mangelt, daß nämlich unbestrittenenmaßen die beiden Bezirksgerichte Donauwörth und München l. d. J., jedes einzeln, für diesen

Rechtsstreit zur Zeit der Einreichung der Klage gleichberechtigt gewesen seien, was ja mit dem eigenen Ausspruche des Bezirksgerichtes München l. d. J., „es erachte sich nicht für kompetent“, im direkten Widerspruche steht.

5) Die Erklärung des beklagischen Anwaltes, daß keines der beiden angegangenen Gerichte kompetent sei, bedarf keiner weiteren Widerlegung, da der Beklagte nicht in Abrede stellen konnte, daß das Bezirksgericht München l. d. J. sein *forum domicilii* sei und die weitere Einrede *litis alibi pendentis* von ihm nur im Wege der Vernehmlassung geltend gemacht werden kann.

Da sonach keine rechtlichen Gründe dafür bestehen, daß das ordentliche Forum des Beklagten durch einen faktisch und rechtlich begründeten außerordentlichen Gerichtsstand aufgehoben sei, so mußte, wie geschehen, die Kompetenz des Bezirksgerichtes München l. d. J. als *forum domicilii* für fundirt ausgesprochen werden.

DAÖG. v. 10. Juni 1861. Urtheilsbuch Nr. 108.

CXXII.

Kompetenz zur Verlautbarung eines Vertrages über Ablösung von Forstrechten, wenn das berechnigte Anwesen und die belastete Waldung in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen.

Mit zwei im Landgerichte Pegnitz gelegenen Anwesen waren Forstrechte in Staatswaldungen verbunden, welche sich im Bezirke des Landgerichtes Eschenbach befinden. Zwischen den Besitzern jener Anwesen und dem betreffenden Forstamte wurde hinsichtlich dieser Forstrechte eine Ablösung vereinbart, welche die Genehmigung des k. Staatsministeriums der Finanzen erhielt, und es sollte nunmehr die gerichtliche Verlautbarung der Ablösungsverträge

bewirkt werden. Daß deshalb zunächst angegangene Landgericht Pegnitz erachtete sich aber hiezu aus dem Grunde nicht kompetent, weil die Forstrechte durch die bereits erfolgte administrative Genehmigung der Kostentrennung derselben von den betreffenden Anwesen aufgehört hätten, Pertinenzien dieser Anwesen zu sein und sonach alle Notariatshandlungen hierüber zum Landgerichte Eschenbach ressortirten, in dessen Bezirke die Waldungen liegen, auf welche jene Forstrechte Bezug hatten. Aber auch das Landgericht Eschenbach, bei welchem sodann die Verlautbarung der Ablösungsverträge beantragt wurde, erklärte sich hiezu nicht für zuständig, indem dieses Rechtsgeschäft vor das Landgericht Pegnitz gehöre.

Der oberste Gerichtshof entschied diesen negativen Kompetenzkonflikt dahin:

daß das Landgericht Pegnitz zur Verlautbarung der fraglichen Forstrechtsablösungsverträge zuständig sei —

aus folgenden Gründen:

Allerdings sind die hier in Frage stehenden Forstrechte dinglicher Natur, da dieselben aber zweifelloß Pertinenzien der beiden Anwesen bilden, welche sich dormalen im Besitze der Bauern Johann R. und Wolfgang R. befinden, so sind offenbar alle auf diese Berechtigte bezüglichen Handlungen vor dem Gerichte, in dessen Bezirke die bezeichneten Anwesen liegen, insolange vorzunehmen, bis die Pertinenzeigenschaft durch einen rechtsbeständigen Akt zu existiren aufgehört hat, von welchem Zeitpunkte an erst der Gerichtsstand der gelegenen Sache in das Leben tritt. Durch den außergerichtlichen Abschluß eines Ablösungsvertrages über die bezeichneten Forstrechte zwischen dem k. Aerar und den berechtigten Anwesenbesitzern hat indessen die Pertinenzeigenschaft derselben noch nicht aufgehört, da nach Art. 23 des Taggesetzes vom 28. Mai 1852 über alle Ver-

träge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, öffentliche Urkunden errichtet werden müssen, und allen Behörden vor Entrichtung oder Hinterlegung der treffenden Taxen die Umschreibung des Erwerbs- oder Besitztittels über besagte Immobilien oder ihnen gleichgeachtete Rechte in den Grund- oder Hypothekenbüchern vorzunehmen ausdrücklich untersagt ist, die gerichtliche Verlautbarung des bezeichneten Vertrages daher den Schlußstein bildet, durch welchen derselbe erst seine volle Rechtswirksamkeit erlangt und die Lostrennung der Forstrechte von den betreffenden Gutskomplexen bewerkstelliget wird ¹⁾).

Die Bezugnahme auf die Justizministerialschließungen vom 20. Juni 1847 und 22. Dezember 1858 ist hieher schon aus dem Grunde ohne allen Einfluß, weil dieselben von einem ganz andern Falle handeln, nämlich davon, daß die projektierte Lostrennung eines Grundstückes von einem geschlossenen Gutskomplexe die administrative Genehmigung erhalten hat, wogegen von einer solchen keine Rede sein kann, wenn, wie hier, das k. Aerar beziehungsweise die dasselbe vertretende Behörde selbst als Kontrahent aufgetreten ist, als solche einen Vertrag vereinbart und dieser die Zustimmung der vorgesetzten Stelle erhalten hat.

DAGE. v. 19. Juli 1861. Urtheilsbuch Nr. 110.

¹⁾ Darüber, ob das allegirte Taggeß als civilrechtliche Entscheidungsquelle benützt werden könne, s. Bd. XXI S. 161 ff. und Bd. XXIII S. 202 der Bl. f. Rechtsanwendung.

**Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.**

1.

Sind einfach verwaifete unabgetheilte Kinder nach den Bestimmungen des Würzburger Landrechtes als Mitgenossen der Gütergemeinschaft anzusehen?

In einer Streitsache kam die oben aufgeworfene Frage dadurch zur oberstgerichtlichen Entscheidung, daß die beiden unteren Instanzen verschieden darüber erkannt hatten, ob unabgetheilte Kinder nach dem Tode des einen Aelternthelles in einem Nachstehende des überlebenden direct betheiligt und untüchtige Zeugen seien, oder ob sie nur als per indirectum interessirt und daher nur als exceptionmäßige Zeugen erachtet werden müssen.

Der oberste Gerichtshof entschied sich für die zweite Alternative aus folgenden Gründen:

Die von der Klägerin zur Erprobung des ihr aufgelegten Beweises als Zeugen benannten drei unabgetheilten Kinder stehen nicht als Mitgenossen in Gütergemeinschaft mit ihrer Mutter, der Klägerin, da sowohl nach den ausdrücklichen Bestimmungen der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Stiftes Würzburg und Herzogthumes Franken als nach deren Benefiz nur die Ehegatten, nicht aber auch die Kinder, weder die leiblichen noch die durch Einkindschaft rechtgemachten, die Genossen und Mit-eigenthümer der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft sind, deren Wesen darin besteht, daß alles von beiden Ehegatten in die Ehe gebrachte und darin erworbene Vermögen als ein beiden Gatten gemeinschaftliches Gesamtgut betrachtet und behandelt wird, soweit nicht durch besonderen Vertrag einzelne Theile ausgenommen sind. Dem Ehe-manne steht als Haupt der Familie die Disposition

und Administration über die zur Gemeinschaft gehörigen Güter und nur der Ehefrau bei Rechtsgeschäften zu ihrem merklichen Schaden die s. g. *reclamatio uxoria* zu (sais. Edg.-Ordn. Thl. III Tit. 96 §. 3 und Tit. 97 §. 3, dann Tit. 102 §. 2 und 3 und Verord. v. 28. März 1700, Ed.-Mand.-Stg. I S. 499), den Kindern aber weder ein Dispositionsk- noch Einspruchrecht, so daß diese faktisch und rechtlich weder als Mitbesitzer noch Miteigenthümer des unter der ehelichen Gütergemeinschaft begriffenen Gemein- und Gesamtgutes der Aeltern erscheinen (Schneidt, Thes. jur. franc. Heft 2 S. 198 und 227).

Selbst das den Kindern früher bezüglich der liegenden Güter zugestandene Versfangenschaftsrecht besteht nicht mehr, und so ließ es die k. Edg.-Ordn. in Tit. 39 §. 8 bei der alten Regel bewenden, „daß die noch unabgetheilten Kinder und Döchter nichts eigen haben, sondern alles der Eltern ist.“

Daher können diese Kinder einerseits über das, was sie erst auf der Aeltern Fall zu erwarten haben, und über ihren zwar gemachten, aber noch nicht empfangenen Voraus nicht testiren, wie sie auch schon früher nach §. 52 der Sammlung von Friesen über die von ihren Aeltern und Großältern zu gewartenden Anfälle zu verfügen nicht Macht noch Recht hatten; anderntheils wird alles, was sie erwerben und erlangen, nach Tit. 118 §. 3 der k. Edg.-Ordn. „der Aeltern eigen“, und haben diese mit solchen, wie mit ihren andern eignen Gütern zu gebahren, zu thun und zu lassen.

Hievon macht nur dasjenige Vermögen eine Ausnahme, welches die Kinder nach §. 5 und 7 dieses Tit., dann nach Tit. 39 §. 12 als Sondergut erwerben; Vgl. Seuffert die *Peculien* der

Hauskinder nach fränk. R. in Bl. f. RA. Bb. VIII S. 33, 73.

Hiermit stimmen auch die nach Bdg. vom 27. Juni 1782 Bd. M. Bb. III S. 267 ff. bei Einkindschaftungen an die Eltern und Kinder zu ergehenden Ermahnungen überein, daß sämmtliches Vermögen, so die angehenden Eheleute gegenwärtig besitzen oder noch erwerben werden, zusammen und gemeinschaftlich vermischt, zusammengestoßen und daraus eines wird, die einzukindschaftenden Kinder aber, so lange sie nicht abgetheilt werden, eigentlich noch kein Vermögen haben sollen.

Sobald die Eheleute in der Ehe erzeugte oder unirtte Kinder haben, sind nicht nur alle ihre Güter beiden Eheleuten gemein, d. h. gemeinschaftlich eigen, sondern vererben diese auch alle mit und gegeneinander nach der R. Eder. = Ordn. Zhl. III Tit. 39 §. 25 und Tit. 90 §. 1, Tit. 96 §. 5 u. f. w., und zwar so, daß bei dem Ableben eines von ihnen nicht die vorhandenen Kinder an dessen Stelle und in dessen Rechte am gemeinsamen Ehevermögen eintreten, sondern der überlebende Ehe theil ungetheilt und unzertrennt in allen Gütern sitzen bleibt, die Verwaltung und den Nießbrauch derselben allein hat und unter den Lebenden unbeschränkt darüber verfügt, ohne an der Kinder Zustimmung gebunden zu sein. Daher haben auch diese in des verstorbenen Vaters oder der Mutter Gut keinen benannten, d. h. eigenthümlichen Antheil so viel und so lang, bis die Theilung von dem Ueberlebenden anerbotten oder verwirkt ist.

Auch daraus, daß die Abtheilung nach Tit. 29 nicht nach dem Vermögensstande zur Zeit des Ablebens eines Theiles, sondern stets nach dem jetzmaligen Stande zur Zeit der Theilung erfolgt, sowie daß der Ueberlebende zur Errichtung eines Inventares oder zur Rechnungsstellung hiebei nicht verpflichtet

ist, ergibt sich klar, daß den unabgetheilten Kindern bis zur Abtheilung keinerlei wirkliche Miteigenthumsrechte an dieser ehelichen Vermögensmasse zustehen.

Auch durch Tit. 94, wonach, wenn Eheleute Kinder bereits abgetheilt, darnach aber noch leibliche oder unirte Kinder haben, alle nach jener Abtheilung zusammengebrachten Güter dem Ueberlebenden sammt seinen leiblichen und angenommenen Kindern in Kraft der Vererbung eigen und allein bleiben und er dieselben seinem Gefallen nach zu gebrauchen und zu genießen habe, wie oben verordnet, wurde durchaus nichts anderes, hiemit Widersprechendes bestimmt, sondern steht dieses damit im vollen Einklange, weil diese Bezeichnung „sammt seinen leiblichen und angenommenen Kindern“ sich nur auf die gesetzliche Vorbedingung der gegenseitigen Vererbung der Eheleute durch solche Kinder -- Tit. 39 §. 25, Tit. 90 §. 1 und Tit. 96 §. 5 -- bezieht, und unter Festhaltung und Wiederholung dieser Bestimmungen nur die verschiedenen Rechtsverhältnisse der bereits abgetheilten, ausgeschiedenen und der noch nicht abgetheilten, sohin noch zur Familiengemeinschaft gehörigen Kinder festgesetzt werden wollten; daher hieraus eine Mitgenossenschaft der noch unabgetheilten Kinder an der Gütermasse der Gütergemeinschaft im Sinne eines denselben bereits zustehenden Miteigenthumes um so weniger angenommen werden kann, als diese Annahme durch die klaren wiederholten Bestimmungen des Alleineigenthumes und der freien Dispositionsbefugniß des überlebenden Eheheiles ganz apodiktisch ausgeschlossen ist.

Noch weniger läßt sich ein solches vor der Abtheilung wirklich bestehendes Miteigenthumsrecht der Kinder ableiten aus den Bestimmungen des denselben als Pflichttheil statuirten Zweitheiles, aus

der Beschränkung der Testamentsfähigkeit der Eltern auf ihren Drittheil, aus dem Rechte der Kinder, unter gewissen Voraussetzungen auf die Abtheilung zu dringen, aus der in Tit. 90 §. 3 den Eltern auferlegten Pflicht, ihre Kinder zu alimentiren und auszusteuern u. s. w., aus der nach Tit. 35 §. 1 und 2 den Eltern eingeräumten Befugniß, ihre bereits abgetheilten Kinder wieder zu sich anzunehmen, aus den Bestimmungen des Tit. 80 §. 6 und Tit. 119 §. 13 über die Rechte der von ihren Eltern bereits abgetheilten, aber noch im gemeinschaftlichen und unvertheilten Besitze ihrer Güter befindlichen Geschwister, endlich aus den in Tit. 91 §. 5 und 6 für den Fall gegebenen Bestimmungen, wenn der Ueberlebende zur zweiten Ehe schreitet, ohne seine vorehelichen Kinder einzulindschaften oder abzutheilen.

Wenn daher die von Schelhaß in seiner Darstellung des heutigen Würzburger Landrechtes in der Note 4 zu §. 35 aus letzteren Bestimmungen abgeleitete und öfter ausgesprochene Annahme einer schon vor der Abtheilung bestehenden Gütergemeinschaft der Kinder mit den Eltern im Sinne eines wirklichen Miteigenthumsrechtes der Kinder ge-
 deutet werden will, so stellt sich dieses im Hinblick auf die klaren und gesetzlichen Bestimmungen über die eheliche Gütergemeinschaft nach Würzburger Recht als eine unstichhaltige Schlußfolgerung dar, deren Richtigkeit durch die oberstrichterliche Entscheidung in Sachen Heim gegen Wiener keineswegs bestätigt erscheint, deren Unrichtigkeit sich vielmehr insbesondere auch aus dem oberstrichterlichen in den Bl. f. RA. Bd. XIV S. 257 ff. mitgetheilten Erkenntnisse v. 5. Decbr. 1848 Reg.-Nr. 653⁴⁷/₄₈ ergibt.

Die Rechte der unabgetheilten Kinder an das elterliche Vermögen stellen sich in Wirklichkeit ledig-

lich theils als einzelne Ansprüche, theils als eventuelle An- und Erbrechte und Anwartschaften dar (vgl. Schwarz, die Gütergemeinschaft der Ehegatten nach fränk. R. §. 4, 22, 24, 33, 30, 34 und 37), daher auch solche Kinder in Rechtsstreiten ihrer Eltern nach O. Kap. X §. 12 nicht als an und für sich an deren Ausgang direkt betheiligt und deshalb beweisuntüchtig erscheinen und im vorliegenden Falle letzteres bei den fraglichen drei Kindern der Klägerin in Berücksichtigung der unbedeutenden Summe, um welches jedes einzelne allerdings indirekt interessirt erschien, mit Grund nicht angenommen werden konnte.

DAOErf. v. 13. Jan. 1862 R. = Nr. 239^{61/62}.
77.

2.

Passivlegitimation in Prozessen wegen Freigabe des Vermögens eines widerspenstigen Kontribuirten.

In Streitigkeiten wegen Freigabe des mit Beschlagnahme belegten Vermögens eines widerspenstigen Kontribuirten ist nicht der Fiskus, sondern die betreffende Heimathsgemeinde des Widerspenstigen passiv zur Sache legitimirt: §. 73, 74, 81—83 des Heer-Ergänz.-Ges. v. 15. Aug. 1828; §. 103, 105, 108—112 der Vollzugsinstruktion hiezu vom 13. März 1820 (Reg.-Bl. v. 1830 S. 441 u. f.).

DAOE. v. 26. Nov. 1861. Reg.-Nr. 51^{61/62}.
E.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Ernennung eines Pfarrers zu einer anderen Pfarrei bewirkt für sich allein noch keine Domizilsveränderung. — Wegen die oberrichterliche Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes ist eine Richterstellschwerde an das Oberappellationsgericht überhaupt, folglich auch von Seite der Staatsanwaltschaft, unzulässig. — Kompetenz bezüglich der Klage eines vom Staate übernommenen Landesberrlichen Beamten wegen Verfürgung des in seinem vorigen Dienstverhältnisse bezogenen Gehaltes, wenn derselbe, nachdem sein Gehalt von der Finanzstelle des Kreises, in welchem er zuerst in den Staatsdienst übertrat, regulirt worden war, in einen anderen Kreis mit anderweitem Gehaltsbezüge versetzt wurde. — Haftungspflicht für die Nachlassschulden von Seite der gegen Auszeigung des Vatergutes den Gesamtrücklass übernehmenden Witwe. — Zur Lehre vom Armenrechte (O. R. p. III §. 8). Indefensibilitätsdel.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CXXIII.

Die Ernennung eines Pfarrers zu einer anderen Pfarrei bewirkt für sich allein noch keine Domizilsveränderung.

Dem Priester Joseph R., bisher Benefiziat zu Bernbeuern im Landgerichte Füssen, wurde unter'm 22. Oktober 1860 die Pfarrei Waltenhofen im Landgerichte Schongau übertragen. Derselbe erkrankte jedoch wenige Tage nach dem Empfange seines Ernennungsdekretes und starb am 18. Februar 1861, ohne daß er bis dahin als Pfarrer zu Waltenhofen installiert oder an diesen Ort übersiedelt war, in dem Benefiziatenhanse zu Bernbeuern.

Das Bezirksgericht Kempten, in dessen Gerichtsprengel Bernbeuern gelegen ist, erachtete sich unter diesen Umständen zur Behandlung der Verlassenschaft des Verstorbenen zuständig und requirirte das Landgericht Füssen um Vornahme der Obfig-

nation, Erhebung der Verwandtschaftsverhältnisse und Uebersendung der gepflogenen Verhandlungen.

Das Bezirksgericht Weilheim machte ebenfalls seine Zuständigkeit zur Nachlassbehandlung geltend, weil der Ort Waltenhofen, als dessen Pfarrer der Verlebte gestorben sei, in seinen Gerichtsprengel gehöre.

Das BG. Kempten hielt jedoch seine Zuständigkeit aufrecht, weil der volle rechtliche Anspruch auf den Besiz eines Kirchenamtes erst durch die kanonische Konfirmation oder Institution erworben werde, diese erst mit der Einweisung (Installation) in den Possess des Kirchenamtes ihre Vollendung erhalte; bei dem Mangel dieser Vorbedingungen Pfarrer K. noch nicht den vollen rechtlichen Anspruch auf die Pfarrei Waltenhofen erlangt und sonach auch sein Domizil daselbst noch nicht erworben hatte.

Das BG. Weilheim erklärte hierauf, daß es dieser Ansicht nicht beitreten könne, weil jeder Pfründebeziher schon mit der Denomination ein jus ad rem erlangt habe, das Recht auf den vollen Genuß der mit dem Kirchenamte verbundenen Einkünfte schon mit dem Tage der Ernennung beginne und weil, wenn Pfarrer K. aus der Pfarrei Waltenhofen Renten anzusprechen hatte, demselben auch der animus der Uebersiedelung dahin imputirt werden müsse, wenn er auch durch Krankheit gehindert gewesen sei, seinen Posten anzutreten.

Von dem obersten Gerichtshofe wurde dieser affirmative Kompetenzkonflikt dahin entschieden:

daß das Bezirksgericht Kempten zur Vorahme der über den Rücklaß des Pfarrers K. von Waltenhofen zu pflegenden Verhandlungen zuständig sei.

Gründe: Daß die Obsequirung des Rücklasses eines Verstorbenen, so wie die hierüber weiter zu pflegende Verhandlung, von der ordentlichen Obrigkeit vorzunehmen und daß hierunter jene Obrigkeit

zu verstehen sei, worunter der Verstorbene sein Domizil, oder, soferne er eine gestreite Person gewesen, sein *forum privilegiatum* gehabt hat, ist im Cod. civ. Pars III Kap. 1 §. 17 Nr. 2 und 4 mit klaren Worten verordnet. Ebenso ist allseitig anerkannt, daß der verstorbene Priester K. in seiner Eigenschaft als Benefiziat zu Bernbeuern, woselbst er auch seinen ordentlichen Wohnsitz hatte, bei dem W.G. Rempfen, in dessen Bezirke die erwähnte Ortschaft liegt, seinen gestreiten Gerichtsstand gehabt habe.

Es kann sich daher im vorliegenden Falle nur darum fragen, ob derselbe schon durch die Annahme der landesherrlichen Ernennung zum Pfarrer in Waltenhofen daselbst sein Domizil erworben, oder wenigstens sein bisheriges Domizil in Bernbeuern aufgegeben habe? Diese Frage ist aber zu verneinen.

Unter Wohnort — Domizil — versteht das Gesetz denjenigen Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt genommen hat. Wesentliche Vorbedingung, damit ein Ort als Wohnort einer Person gelten könne, ist demnach, daß dieselbe ihren Wohnsitz daselbst wirklich aufgeschlagen habe (Cod. jud. Kap. I §. 3 und in notis lit. c).

Und ebenso ergibt sich hieraus, daß der einmal begründete Wohnsitz auch nicht lediglich durch die Absicht, künftighin an einem anderen Orte wohnen zu wollen, sondern nur durch die gänzliche Verlassung des bisherigen Aufenthaltsortes aufgehoben werden könne.

Der Priester K. hat seinen bisherigen ständigen Aufenthaltsort Bernbeuern bis zu seinem Tode nicht verlassen, nicht einmal Vorbereitungen zur Uebersiedelung nach Waltenhofen getroffen. Es erhellet daher hieraus zur vollsten Gewißheit, daß derselbe vor seinem Tode kein anderes Domizil begründet

und auch seinen bisherigen Wohnsitz nicht aufgegeben haben konnte.

Durch die erfolgte Ernennung (*nominatio seu designatio*) zum Pfarrer in B. erhielt Joseph R. zunächst nur einen persönlichen Anspruch auf das Amt; den vollen rechtlichen Anspruch auf den Besitz desselben (*jus in re*) hätte er aber erst durch die kanonische Konfirmation oder Institution erworben, welche mit der Einweisung in den Possess (*Installation*) ihre Vollendung erhält.

Dr. Permaneder Handbuch des Kirchenrechts. 2. Aufl. S. 388 und 447.

Es ist sohin diese Ernennung im vorliegenden Falle auf die hier zu entscheidende Frage ohne allen Einfluß.

Daß aber der Bezug von Renten aus der Pfarrei ohne geschehene Uebersiedelung auf dieselbe hieher vollständig irrelevant sich darstellt, bedarf nach dem bisher Angeführten keiner weiteren Erörterung.

DAÖG. v. 13. Sept. 1861. Urtheilsbuch Nr. 111.

CXXIV.

Gegen die oberrichterliche Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes ist eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Oberappellationsgericht überhaupt, folglich auch von Seite der Staatsanwaltschaft, unzulässig.

Die k. k. österreichische Finanzbezirksdirektion St. Pölten, bei welcher gegen Georg S. aus der Innstadt Passau eine Untersuchung wegen Einschmückung von Tabak nach Oesterreich anhängig geworden war, stellte an den Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte Passau den Antrag, gegen Michael S. aus Wegscheid wegen Mitwirkung bei der in Frage stehenden Handlung einzuschreiten und das Ergebniß mitzutheilen. Ueber die Zuständigkeit zur Einleitung

einer beßfälligen Untersuchung gegen den Michael S. aus Wegscheid entspann sich zwischen dem Einzelrichter des Bezirksgerichtes Passau und dem Landgerichte Wegscheid ein negativer Kompetenzkonflikt, zu dessen Entscheidung das Bezirksgericht Passau die Akten dem Appellationsgerichte von Niederbayern vorlegte, indem es von der Aufsicht ausging, daß dieser Gerichtshof nach Art. 14 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., das den streitenden Gerichten vorgesezte Obergericht sei.

Das AG. von Niederbayern sprach sich jedoch in einem hierauf erlassenen Erkenntniß dahin aus: daß es dem Bezirksgerichte Passau zukomme, über den in Rede stehenden Kompetenzkonflikt als gemeinsames Gericht zweiter Instanz gesetzlicher Ordnung nach zu entscheiden.

Das Bezirksgericht Passau erkannte sodann als Civilgericht II. Instanz am 27. Juni 1861 dahin: daß der Einzelrichter am Bezirksgerichte Passau zuständig sei, auf die Requisition der österreichischen Behörde um Einleitung einer Untersuchung gegen Michael S. von Wegscheid wegen Zolldefraudation die gesetzmäßige Verfügung zu treffen.

Gegen diesen Ausspruch meldete der Staatsanwalt am Bezirksgerichte Passau die Nichtigkeitsbeschwerde an, weil der Art. 14 des Gesetzes vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., beziehungsweise das organische Edikt vom 8. Juli 1808 unrichtig angewendet worden, indem das den beiden streitenden Gerichten zunächst vorgesezte Obergericht nicht das Bezirksgericht Passau, sondern das Appellationsgericht von Niederbayern sei; eventuell, weil der Art. 31 des Zollstrafgesetzes unrichtig angewendet worden, indem bei Uebertretungen der österreichischen Zollgesetze durch einen bayerischen Unterthan nur das §. 18 des Zollartels be-

stimmte eventuelle Forum domicilii eintreten könne, wornach der Einzelrichter am Landgerichte Wegscheid zur Führung der Untersuchung kompetent sei.

Diese Nichtigkeitbeschwerde wurde von dem obersten Gerichtshofe aus nachstehenden Gründen als unzulässig verworfen.

„Nach Art. 14 des Gesetzes v. 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., hat, wenn die Zuständigkeit zwischen zwei Gerichten streitig ist, darüber das den streitenden Gerichten zunächst vorgesezte Obergericht zu entscheiden. Diese Entscheidung ist sofort unanfechtbar, da gegen dieselbe im Gesetze nirgends irgend ein Rechtsmittel eingeräumt ist, und Beschwerden gegen Aussprüche der Gerichte überall nur dann als statthaft sich darstellen, wenn sie im Gesetze ausdrücklich als zulässig erklärt werden. Im vorliegenden Falle hat das Bezirksgericht Passau als Civilgericht II. Instanz, in Uebereinstimmung mit dem Appellationsgerichte von Niederbayern sich als das den beiden über ihre Zuständigkeit streitenden Einzelrichtern zunächst vorgesezte Obergericht erachtend, über den erhobenen Konflikt nach Anhörung des Staatsanwaltes Entscheidung erlassen; es erscheint durch diesen Ausspruch, welchem die streitenden Einzelrichter sofort sich zu fügen haben, der erhobene Zuständigkeitsstreit vollständig erledigt, und eine Beschwerde des Staatsanwaltes, welchem nur eine Antragstellung bei dem mit der Entscheidung befaßten Gerichte eingeräumt ist, gegen den ergangenen Ausspruch dieses Gerichtes als unzulässig.“

OABG. vom 20. September 1861. Urtheilsbuch Nr. 113.

CXXV.

Kompetenz bezüglich der Klage eines vom Staate übernommenen standesherrlichen Beamten wegen Verfözung des in seinem vorigen Dienstverhältnisse bezogenen Gehaltes, wenn derselbe, nachdem sein Gehalt von der Finanzstelle des Kreises, in welchem er zuerst in den Staatsdienst übertrat, regulirt worden war, in einen anderen Kreis mit anderweltem Gehaltsbezüge versetzt wurde.

G. A. F. wurde von dem Inhaber des Herrschaftsgerichtes G. in Mittelfranken durch Urkunde vom 1. Juni 1841 zum Herrschaftsrichter daselbst ernannt und ihm hiebei ein Standesgehalt von 1000 fl., welcher später auf 1200 fl. erhöht worden, dann ein in verschiedenen Geld- und Naturalbezügen bestehender Funktionsgehalt ausgewiesen. Nachdem das Herrschaftsgericht G. am 1. Oktober 1848 gegen Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Dezember 1831 an den Staat übergegangen und G. A. F. zum Vorstande der fgl. Gerichts- und Polizeibehörde G. bestellt worden war, wurden demselben in Folge der ergangenen Finanzministerialreskripte durch Entschlieöung der k. Regierungsfinauzkammer von Mittelfranken vom 25. Juni 1849 der volle bisher bezogene Standes- und Funktionsgehalt als Gehalt auf die Dauer der Dienstesfunktion festgesetzt und bis zur Auflösung der Gerichts- und Polizeibehörde G. oder bis zum Erlasse weiterer Entschlieöung bei dem Rentamte W. eingewiesen, von welchem er diesen Gehalt auch bis zum 1. Januar 1850 ausbezahlt erhielt.

Durch allerh. Reskript vom 22. Dezember 1849 wurde F. vom 1. Januar 1850 an zum Vorstande der Gerichts- und Polizeibehörde D. im Kreise Schwaben berufen und dessen Gehalt gemäß Entschlieöung der k. Regierung von Schwaben und Neuburg, K. d. J., vom 26. Dezember 1849, vorbehaltlich allenfallsiger

Mehrbezüge aus fröherer Dienstleistung, auf jährlich 900 fl. nebst den in der allegirten Entschlieöung speziell aufgeföhrten Funktionsnebenbezügen bestimmt.

Da sich F. durch die Anweisung dieser Funktionsnebenbezüge im Gegenhalte zu dem nach seinem fröheren Dienstvertrage vom 1. Juni 1841 ihm bewilligten Funktionsgehalte verkürzt erachtete, so erhob er hiegegen Reklamation, und nachdem er die Annahme einer ihm von der Regierungsfinanzkammer von Mittelfranken angebotenen Aversionalsumme abgelehnt hatte, so wurde er vom k. Staatsministerium der Finanzen zur weiteren Austragung seiner Ansprüche auf den Rechtöweg verwiesen.

F., welcher inzwischen Landrichter zu D. geworden war, klagte nunmehr bei dem Appellationsgerichte von Oberbayern gegen den k. Fiskus auf Verabfolgung seines fröheren Funktionsgehaltes und Nachzahlung des bisöherigen Minderungsbetrages. Dieser Gerichtöhof wies aber die Klage von sich ab, da die Kreisregierungen, R. d. Finanzen, das finanzielle Interesse des Staates zu vertreten, sofort auch, soweit nicht für einen Verwaltungözweig ein eigenes Fiskalat bestellt ist, die fiskalischen Prozesse zu föhren haben, nach dem Klagsvortrage aber weder die Regierung von Oberbayern mit dem Klagegegenstande in irgend einer Weise sich beschäftiget habe, noch die Beschwerde von einem Staatsorgane ausgegangen sei, für welches ein besonderes in München domizilirendes Fiskalat besteht, und sonach der Gerichtöhof nicht als das kompetente Prozeögericht erscheine.

F. reichte hierauf seine Klage bei dem Appellationsgerichte von Mittelfranken ein. Dieselbe wurde aber dort ebenfalls abgewiesen, indem dieser Gerichtöhof von der Ansicht ausging, daß die administrative Bescheidung der in Frage stehenden Besoldungsangelegenheit nicht in dem Wirkungskreise

der Regierungsfinanzkammer von Mittelfranken gelegen, diese Stelle auch nicht zur Zahlungsanweisung von Besoldungsbezügen für einen nicht in Mittelfranken angestellten Beamten berufen gewesen, sohin der k. Fiskus nach §. 4 und 6 der Verordnung vom 27. November 1825, die Auflösung des Generalfiskalates betr., im vorliegenden Falle nicht durch das Regierungsfiskalat von Mittelfranken als repräsentirt erscheinen könne.

Kläger wendete sich nun mit seiner Klage an das AG. von Schwaben und Neuburg; allein auch dieser Gerichtshof wies dieselbe wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes ab, indem er in den Motiven ausführte, daß als die zur Vertretung vorliegender Rechtsangelegenheit berufene Kreisfinanzkammer jene von Mittelfranken erscheine, weil in diesem Regierungsbezirke das Rechtsverhältniß, aus welchem Kläger seine Ansprüche ableite, seine Entstehung und bis zum Abgange des Klägers vom Amte in G. seine faktische Anerkennung gefunden, und die Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses zufolge der Vorenthaltung der kritischen Ansprüche bei der Versetzung des Klägers in den Kreis Schwaben und Neuburg nicht in die Amtssphäre der Regierung des letzteren Kreises übertragen worden sei, da diese nur mit dem veränderten neuen Aktivitätsgehalte, mit welchem der Kläger auf das Amt zu D. berufen wurde, zu thun habe. Hierbei wurde noch hervorgehoben, daß die Regierungsfinanzkammer von Mittelfranken sich auch der Instruktion der klägerischen Reklamation unbeanstandet unterzogen und sogar durch ein Vergleichsanerbieten sich als Repräsentantin des verpflichteten Rechtssubjektes gerirt habe, hieraus aber der Schluß zu ziehen sei, daß dem Fiskalate dieser Kreisregierung die Vertretung des Staates auf dem zu beschreitenden Rechtswege

zukomme, über dieses aber dem AG. v. Schwaben und Neuburg die Judikatur nicht zustehe.

Dieser zwischen den genannten drei Appellationsgerichten obgewaltete negative Kompetenzkonflikt wurde auf Anregung des Klägers dem obersten Gerichtshofe zur Entscheidung unterbreitet, dessen Ausspruch dahin erfolgte:

daß zur Verhandlung und Entscheidung der von E. A. F. gegen den k. Fiskus angebrachten Klage wegen Siftirung von Besoldungsbezügen das kgl. Appellationsgericht von Mittelfranken zuständig sei.

Gründe: Den Gegenstand der Klage bildet eine Verfürzung des Funktionsgehaltes, welcher dem Kläger vermöge seiner Ernennung zum Herrschaftsrichter in E. durch die Bestallungsurkunde vom 1. Juni 1841 verliehen worden, und in Folge des Ueberganges der Gerichtsbarkeit an den Staat im Jahre 1848 nach Art. 2 des Gesetzes vom 28. Dez. 1831 über die Rechtsverhältnisse der auf die Gerichtsbarkeit freiwillig verzichtenden Standes- und Gutsherren auf die Staatskasse zu übernehmen war, und dieselbe gründet sich lediglich auf die oben bezeichnete Urkunde und die vom Staate durch Uebernahme der Gerichtsbarkeit von E. übernommene Verpflichtung. Die Beurtheilung und administrative Bescheidung dieses Rechtsverhältnisses ressortirt aber zweifellos zu dem Wirkungskreise der Regierungsfinanzkammer von Mittelfranken, da dieselbe mit der Uebernahme der Gerichtsbarkeit des Herrschaftsgerichtes von E. innigst verbunden erscheint, ja einen wesentlichen Bestandtheil dieser Uebernahme bildet, diese aber von der k. Regierung von Mittelfranken, in dessen Bezirk E. gelegen ist, durchzuführen war. Die bezeichnete Regierungsfinanzkammer hat sich dieser Beurtheilung und administrativen Bescheidung auch dadurch unter-

zogen, daß sie in der Entschlieöung v. 25. Juni 1849 die Gehalte des Personals des vormaligen Herrschaftsgerichtes nach den in Mitte liegenden Dienstverträgen mit ihrer früheren Gerichtsherrschaft auf die Dauer der Dienstesfunktion festsetzte und den Empfangsberechtigten, worunter auch dem nunmehrigen Kläger, damals Vorstand der f. Gerichts- und Polizeibehörde G., bis zur Auflösung dieser Behörde oder dem Erlasse weiterer Entschlieöung bei dem Rentamte W. anwies. Gerade diese Entschlieöung bildet sogar die Veranlassung zu der die vorliegende Klage herbeiföührenden Beschwerde, weil die Regierungsfinanzkammer den in der Bestallungs- urkunde vom 1. Juni 1841 dem Kläger in seiner Eigenschaft als Herrschaftsrichter zugesicherten Funktionsgehalt demselben nicht als einen, ihm aus früherer Dienstleistung für die Dauer der Aktivität in gleicher Diensteskategorie geböuhrenden, und daher auch im Falle einer Berufung zu einer anderen Dienstleistung gleicher Kategorie rechtlich zustehenden, sondern als einen mit der Stelle eines Vorstandes der Gerichts- und Polizeibehörde G. verbundenen, überdieö revofabellen Funktionsbezug angewiesen hat.

Daö die kgl. Regierung von Schwaben und Neuburg in Folge der Berufung des Klägers zum Vorstande der Gerichts- und Polizeibehörde D. durch Entschlieöung vom 26. Dezember 1849 die in dieser Eigenschaft ihm zukommenden Funktionsbezüge in anderer Weise und in niedrigerem Grade bestimmte, vermag hinsichtlich der Zuständigkeit bezüglich des hier in Frage stehenden Anspruches einen Einfluö nicht zu äußern, weil diese Regierung sich nur mit dem neuen Aktivitätsgehalte zu befassen hatte, mit welchem der Kläger auf das Amt zu D. berufen worden und dieselbe überdieö ihm seine allenfallsigen Mehrbezüge aus früherer Dienstleistung ausdröcklich vorbehielt. Hierdurch konnte aber die

bezeichnete Entschleßung nicht nur eine Rechtsverletzung des Klägers bezüglich dieser Mehrbezüge nicht bewirken, sondern nur die Anregung dazu geben, daß durch die Regierungsfinanzkammer von Mittelranken unter Wiederaufnahme ihrer früheren kompetenzmäßigen Thätigkeit in Berücksichtigung des mit der neuen Dienstesstelle verbundenen Aktivitätsgehaltes die Größe des dem Kläger in Folge seiner früheren Dienstleistung als Herrschaftsrichter zu G. und der hierdurch erworbenen Privatrechte zustehenden Mehrbezuges festgestellt und dessen Auszahlung bei der betreffenden Kasse veranlaßt werde. Hat diese Stelle sich hiezu nicht oder nicht in geeigneter Weise verstanden, so war sie es, welche die erworbenen Privatrechte des Klägers beeinträchtigte, und die Vertretung dieser Handlungsweise ressortirt im Hinblick auf die §§. 87 und 120 der Formationsverordnung der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen vom 17. Dezbr. 1825 (Reg.-Bl. S. 1050) und die §§. 4 und 6 der Verordnung vom 27. November 1825 (Reg.-Bl. S. 922) zum Wirkungsfreife des Regierungsfiskalates von Mittelranken.

Der Umstand, daß die Abweisung der erhobenen Reklamation und die Verweisung des nunmehrigen Klägers auf den Rechtsweg von dem k. Staatsministerium der Finanzen ausgegangen, ist bezüglich der Zuständigkeit bei Vertretung des fiskalischen Interesses vollkommen unerheblich, weil diese nur nach Beantwortung der Frage bemessen wird, welcher Kreisregierung die administrative Beurtheilung des in Frage stehenden Gegenstandes primär zustand.

Da nun diese im vorliegenden Falle, wie gezeigt, der Regierungsfinanzkammer von Mittelranken zustand, sonach die Vertretung des fiskalischen Interesses in der gegenständigen Rechtsache dem Regierungsfiskalate dieses Kreises zukommt, so stellt sich hieraus von selbst das A.G. v. Mittelranken

als das zur Verhandlung und Entscheidung der fraglichen, einen persönlichen Anspruch beziehlenden Klage zuständige Gericht dar.

DABE. v. 9. Nov. 1861. Urtheilsbuch Nr. 116.

**Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.**

1.

**Haftungspflicht für die Nachlassschulden von Seite der gegen
Auszeigung des Watergutes den Gesamtrücklaß über-
nehmenden Wittwe.**

Obgleich nach bayerischem Rechte strenge genommen nur bei dem Muttergute von einer Auszeigung desselben die Rede sein könnte, so kommt es doch, namentlich in Folge der üblichen „Gutshaneirathung“ sehr häufig vor, daß die überlebende Wittwe gegen Uebnahme der Schulden und Auszeigung des Watergutes den übrigen Rücklaß, insbesondere das Gesamtanwesen, an sich zieht.

Es fragt sich nun, wer dann, wenn die vorhandenen Schulden in einem Inventar verzeichnet waren und nachträglich neue zum Vorscheine kommen, der Haftung für die letzteren sich zu unterziehen habe, welche Frage in einem solchen Falle gleichförmig in allen Instanzen zu Ungunsten der Wittwe, welche wegen der Bezahlung von neu aufgetauchten Schulden den Rückgriff auf die Kinder nehmen wollte, entschieden wurde, und zwar von dem obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen:

Indem durch Vertrag vom 4. Mai 1838 den zischen Kindern unter vor- und obervormundschaftlicher Genehmigung der väterliche Vermögensantheil in bestimmter Summe ausgeworfen und dafür hypothekarische Sicherheit auf dem Anwesen bedun-

gen wurde, dagegen die ganze Nachlassmasse auf die Wittve Z. überging, wurde dieser die den Kindern angefallene Verlassenschaft ihres verstorbenen Ehemannes von den Vertretern der letzteren um die dafür ausgeworfene und hypothekarisch versicherte Summe verkauft. Es trat daher die Wittve Z. durch jenen Kindesvertrag wie in alle Rechte, so in alle Verbindlichkeiten ihres verlebten Ehemannes ein, so daß, wie auch aus Th. IV Kap. 4 §. 7 Nr. 9 des bayer. Landrechtes sich ergibt, jeder Gläubiger des verlebten Müllers Z. unmittelbar an sie sich zu halten Berechtigung erlangte.

Danach steht fest, daß, wenn derselbe bei seinem Ableben verschiedenen Gläubigern größere Beträge noch geschuldet hat, die Haftung hierfür auf die Wittve Z. übergegangen ist, obwohl die betreffenden Posten in dem über den Nachlaß ihres Ehemannes errichteten Inventare nicht vorgetragen sind.

Es kommt somit die Frage an die Reihe, ob die Wittve Z. deshalb, weil von jenen Posten im Nachlassinventare keine Erwähnung geschah, an ihre erzielichen Kinder als die Verkäufer des Nachlasses Anspruch auf verhältnismäßige Minderung des Aufschillings für die Erbschaft erlangt habe.

Weber die Z.'schen Kinder, deren ältestes zur Zeit der Aufnahme des Nachlassinventares noch nicht volle 8 Jahre zählte, noch deren Vertreter befanden sich im Besitze des väterlichen Nachlasses, noch waren sie sonst in der Lage, denselben darlegen zu können.

Indem die Vormünder das Inventar für vollkommen richtig anerkannten, sprachen sie sich zwar dahin aus, daß, was darin unter der Aktiv- und Passivmasse aufgeführt ist, ihnen als Bestandtheil derselben bekannt geworden sei, nicht aber gaben sie dadurch die Erklärung ab, zu wissen, daß sonst

Nichts vorhanden sei, was zur Aktiv- oder Passivmasse gehöre, wie denn auch eine von den Vertretern der erstehelichen Kinder abgegebene Versicherung der Vollständigkeit des Inventars nicht behauptet werden konnte.

Es läßt sich sohin das Inventar als eine von den Vertretern der B'schen Kinder gemachte Zusicherung, daß lediglich die darin vorgetragenen Passiven von ihrem Vater hinterlassen worden seien, nicht erachten, sondern nur dann, wenn die Spezifikation vom Erbschaftsverkäufer ausgegangen oder von demselben die Richtigkeit der Spezifikation versichert worden ist, hat solcher deren Vollständigkeit dem Erbschaftskäufer zu gewähren (Bayer. R. a. a. O. und Anm. hiezu lit. n).

Der Nachtheil, daß beim Abschluß des Kindesvertrages v. 4. Mai 1838 von weiteren Nachlasspassiven, als den im Inventare vorgetragenen, keine Erwähnung gemacht wurde, hätte übrigens die Wittve J. allein auch schon um deswillen zu treffen, weil sie durch den Erbschafts Kauf die Haftung für alle Nachlasspassiven übernommen hat (R. a. a. O. Nr. 10), und somit, wenn sie sich dießfalls Ansprüche gegen ihre Kinder hätte sichern wollen, die fraglichen Posten oder die Haftung für alle nicht in das Inventar aufgenommenen Passiven zur Sprache hätte bringen müssen, als der Kindesvertrag von ihr eingegangen worden ist, wie sie selbst dann, wenn der Nichterwähnung der mehrgedachten Posten ein Versehen von ihrer Seite zu Grunde gelegen wäre, dessen Folgen allein zu tragen hätte — (R. Th. IV R. 1 §. 20 Nr. 4).

DAWG. v. 13. Dez. 1859 R. Nr. 1502 58/59.

ß.

2.

Zur Lehre vom Armenrechte (O.D. Kap. III §. 8).
Indefensibilitätseid.

In O.D. Kap. III §. 8 ist zwar die Verpflichtung des Anwaltes ausgesprochen, unvermögliichen Parteien, welche zum Armenrechte zugelassen worden sind, unentgeltlich zu dienen, es sei denn, daß ihm der Handel unrecht zu sein dünkt, und er solches mit einem Eide zu erhärten sich getraut, und nur für diesen Fall ist gestattet, daß er des Beistandes entledigt werde.

Alein diese Bestimmung hat durch die l. V.D. v. 23. März 1813, die Disziplinarvorschriften für die Advokaten des Königreiches betr., insoferne eine Abänderung erlitten, als in Nr. 2 dortselbst bestimmt ist, daß — sollte ein Advokat aus erheblichen Gründen gehindert sein, eine ihm von Amtswegen übertragene Rechtsache zu übernehmen, er die Verhinderungsurache dem Gerichte anzuzeigen, dieses dieselbe gehörig zu prüfen und entweder als ungenügend zu verwerfen, oder bei befundener Erheblichkeit die geeigneten weiteren Verfügungen zu treffen hat.

Von dieser Prüfung haben beide Vorinstanzen Gebrauch gemacht, die vorgetragene Verhinderungsurache für begründet und erheblich befunden und war sohin kein Grund gegeben, den aufgestellten Anwalt noch mit einem Eide zu belasten.

DAGE. v. 14. Jan. 1862 N. Nr. 296⁶¹/₆₂.
E.

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der actio Pauliana. — Zuständigkeit hinsichtlich der Behandlung der Verlassenschaft eines Kreisgerichtsaccrassen. — Zuständigkeit zur Beschlußfassung auf eine nicht gemüthsgerichtlich geführte Voruntersuchung, in welcher ein Soldat als Auskunftsperson vernommen wurde. — Zuständigkeit zur Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens gegen einen Angeklagten, dessen Verbrechen genossen bereits rechtskräftig abgeurtheilt wurden. — Kirchenbauiaß. Wendung der kleinen Baufälle. Hand- und Spanndienste bei Stadtkirchen. (Bayrisches und Preussisches Recht.) — Das Hutrecht als ein Ausfluß des Eigentumsrechtes. Inzestigkeit der ordentlichen Verhältnisse.

Zur Lehre von der actio Pauliana.

Nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung in Kap. XIX §. 19 Ziff. 2 und 3 hat die Anfechtung von Veräußerungen, welche von dem Schuldner gefährlich zum Nachtheile der Gläubiger vorgenommen worden sind, nicht immer dieselben Wirkungen und dem entsprechend auch verschiedene Voraussetzungen.

Immer wird eine von Seite des Schuldners gefährlicher Weise zum Präjudiz und Schaden der Gläubiger vorgenommene Veräußerung vorausgesetzt; außerdem aber ist zu unterscheiden zwischen onerosen und solchen Veräußerungen, bei welchen der Empfänger für das Empfangene keine Gegenleistung gemacht hat. Bei diesen ist in Folge der Rescission die veräußerte Sache einfach zu restituiren, bei onerosen Veräußerungen dagegen hat die Rescission des Veräußerungsvertrages, in Folge deren Alles in den vor der Veräußerung bestandenen Zustand

zurückzuersehen ist, die Wirkung, daß einerseits die vom Schuldner veräußerte Sache restituirt werden muß, andererseits aber auch die von dem Empfänger durch den Vertrag übernommenen Verbindlichkeiten aufgehoben werden und daß von demselben bereits Geleistete ihm zurückzuervergüten ist.

Nur dann hat auch bei onerosen Veräußerungen die Restitution ohne Rückvergütung des von dem Empfänger oder Besitzer für die veräußerte Sache Geleisteten zu geschehen, wenn dieser an der Gefährde einigen Theil hat.

Bei dieser Verschiedenheit der Wirkungen und Voraussetzungen der Anfechtung eines Veräußerungsvertrages mittelst der actio Pauliana muß auch der Klagevortrag und das Klagepetitum den gegebenen faktischen Verhältnissen entsprechend eingerichtet sein.

Handelt es sich demnach um Rescission einer onerosen Veräußerung, so muß

a) wenn der Erwerber nicht Theilnehmer an der Gefährde ist, sonach die Restitution der veräußerten Sache nur gegen Vergütung des dafür Geleisteten verlangt werden kann, das Petitum darauf gerichtet sein, den Vertrag für aufgehoben zu erklären, sofort den Beklagten zur Restitution gegen Vergütung des Geleisteten zu verurtheilen, und die Ausmittlung und Feststellung des Betrages der dem Beklagten zu leistenden Vergütung ist in diesem Falle gleichfalls Gegenstand der Streitverhandlungen und des richterlichen Erkenntnisses. Will dagegen

b) um Rescission des Vertrages und Restitution der veräußerten Sache ohne Vergütung gebeten werden, so gehört zur Begründung der Klage die gehörig substantiierte Behauptung, daß auch der Beklagte einigen Theil an der Gefährde habe.

Demnach erscheint es als durchaus unstatthaft, darüber, ob der Veräußerungsvertrag wegen einer in Mitte liegenden Beschädigung der Gläubiger und einer Gefährde des Schuldners zu rescindiren, und darüber, ob in Folge der Rescission die veräußerte Sache gegen oder ohne Vergütung des Geleisteten zu restituiren sei, zwei gesonderte Verhandlungen zu pflegen, wie dies in der Praxis schon mehrfach gehandhabt wurde. Denn abgesehen davon, daß Streitpunkte, welche zusammen gehören und zusammen verhandelt und entschieden werden können, nicht zum Gegenstande verschiedener Prozesse gemacht werden sollen, so kann auch, wenn es sich um Rescission eines onerosen Veräußerungsvertrages handelt, darüber, ob der Vertrag zu rescindiren sei, nicht entschieden werden, wenn nicht feststeht, daß der Kläger zur Vergütung des von dem Beklagten Geleisteten bereit ist, oder daß Letzterer an der Gefährde Theil genommen hat; denn wenn einerseits eine Theilnahme des Empfängers an der Gefährde nicht nachgewiesen werden kann, und andererseits der Kläger zu einer Vergütung des vom Beklagten Geleisteten, wozu er selbstverständlich nicht gezwungen werden kann, sich nicht verstehen will, so findet auch eine Rescission des Vertrages nicht statt. Immer hängt daher bei onerosen Verträgen die Entscheidung, ob der Vertrag rescindirt werden kann, von der Vorfrage ab, wie die Rescission verlangt werden könne und wolle. —

Wir haben die kurze Erörterung dieser Frage um so weniger für überflüssig gehalten, als selbst der oberste Gerichtshof früher der von uns bekämpften Ansicht huldigte. Es war auf Rescission eines onerosen Vertrages (Gutübergabe) wegen Gefährde des Veräußerers geklagt, ohne daß darüber das Geringsste vorgebracht war, ob auch der Erwerber an der Gefährde Theil genommen und ob er demnach

ohne Ersatz der Gegenleistungen oder nur gegen deren Ersatz herauszugeben habe. Die erste Instanz ließ die Klage zu und sprach die Ungiltigkeit des Vertrages aus, wogegen die zweite Instanz auf Berufung des Beklagten denselben von der Klage in angebrachter Art entband. Die dritte Instanz stellte aber durch Erf. v. 15. Juni 1850, RNr. 535 ^{49/50} das Erkenntniß der ersten Instanz wieder her, weil die Gefährde des Veräußerers klar vorliege und die Frage, ob der Erwerber daran Theil genommen und daher ohne Entschädigung das Gut herausgeben müsse, später ausgetragen werden könne.

Dagegen hatten in einem neueren Falle (RNr. 621 ^{57/58}) die beiden unteren Instanzen die Re- scission eines onerosen Gutübergabvertrages ausgesprochen, dabei aber die Frage, ob die Zurückgabe des Gutes gegen Ersatz des vom Uebernehmer bereits Geleisteten oder ohne Entgelt erfolgen solle, zur gesonderten Austragung verwiesen. Der oberste Gerichtshof dagegen, von den oben entwickelten Grundsätzen ausgehend, entband durch Erf. v. 26. Okt. 1858 den Beklagten von der Klage in angebrachter Art. just.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenz- konflikte unter Gerichten betr.

CXXVI.

Zuständigkeit hinsichtlich der Behandlung der Verlassenschaft eines Bezirksgerichtsaccessisten.

Zu Bamberg starb Leopold S., Accessist am dortigen Bezirksgerichte, Sohn eines zu Freising bediensteten Magistratsoffizianten. Nachdem die von ihm hinterlassenen Effekten unter gerichtliches Siegel gelegt worden waren, übersendete das Bezirks-

gericht die hierüber gepflogene Verhandlung an das Landgericht Freising zur weiteren kompetenzmäßigen Behandlung der Verlassenschaftssache. Auf den Grund einer vom Vater des Verlebten abgegebenen Erklärung, daß sein verstorbener Sohn bereits seit fünf Jahren vollständig aus seinem Brode getreten sei, indem er seitdem eine eigene Haushaltung geführt und von der Unterstützung eines Oheims gelebt habe, erachtete sich das Landgericht Freising zur Uebernahme der fraglichen Verlassenschaftsbehandlung nicht für zuständig. Der hierdurch entstandene negative Kompetenzkonflikt zwischen den beiden genannten Gerichten wurde oberstrichterlich dahin entschieden:

daß zur Vornahme der über den Rücklaß des Leopold S. zu pflegenden gerichtlichen Verhandlungen das Landgericht Freising zuständig sei.

Gründe: Nachdem, wie auch allseitig anerkannt ist, die Vornahme der über den Rücklaß eines Verstorbenen zu pflegenden Verhandlungen demjenigen Gerichte zukommt, bei welchem der Verstorbene seinen persönlichen Gerichtsstand hatte, so kann es sich im vorliegenden Falle vorerst nur darum fragen, ob Leopold S. dadurch, daß er in Bamberg, woselbst er gestorben, längere Zeit hindurch sich aufgehalten, dortselbst ein selbständiges Domizil begründet habe. Diese Frage muß aber entschieden verneint werden.

Unter Wohnort versteht man denjenigen Ort, an welchem eine Person ihren festen Aufenthalt genommen hat, und es erfordert das Gesetz, um den Aufenthaltsort als Wohnort erachten zu können, neben der actualis habitatio auch das Vorhandensein des animus perpetuo ibi habitandi.

Wenn nun Leopold S. auch mehrere Jahre lang und zwar bis zu seinem Tode sich fortwährend zu Bamberg aufgehalten hat, so ist doch die An-

nehme, daß er dortselbst sein Hauswesen dauerhaft festzusetzen beabsichtigt habe, durch seine Eigenschaft als Bezirksgerichts-Accessist um so mehr ausgeschlossen, als er überdies die zu seinem Unterhalte erforderlichen Mittel lediglich durch Unterstützung von Seite eines Verwandten bezog. Die Stellung eines Staatsdienstadspiranten bringt es von selbst mit sich, daß er sich an dem Orte, wo er sich im Vorbereitungsdienste befindet, nur zu einem speziellen Zwecke, nämlich zur Vollendung seiner praktischen Ausbildung behufs des künftigen Eintrittes in den Staatsdienst, und nur auf eine gewisse Zeit, nämlich nur so lange aufzuhalten beabsichtigt, bis ihm durch Berufung zu einem Staatsamte ein Ort zum Wohnsitz angewiesen werden wird. Dieser allgemeine Grundsatz findet im vorliegenden Falle um so gewisser Anwendung, als es dem Verlebten an allen zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes erforderlichen Mitteln gebrach, da mit dem jeden Tag möglichen Aufhören der ihm gewährten Unterstützung auch die Möglichkeit eines weiteren Aufenthaltes an dem von ihm gewählten Orte aufgehört haben würde, und ihm lediglich die Rückkehr zum elterlichen Unterhalte übrig geblieben wäre.

Kann nun nach den erhobenen Umständen nicht angenommen werden, daß derselbe in Bamberg seinen ständigen Aufenthalt genommen, ja, befand sich derselbe gar nicht in der Lage, sich überhaupt einen solchen erwählen zu können, so theilte er auch zur Zeit seines Todes noch den persönlichen Gerichtsstand seines in Freising bediensteten Vaters und es erscheint deshalb nur das Landgericht Freising als das in vorliegender Sache zuständige Gericht.

Daß die Rücklaßgegenstände sich in Bamberg befinden und daß dort auch die Mehrzahl der Gläubiger des Verlebten sich aufhält, mag wohl Veranlassung geben, daß dortige Gericht zu einzelnen

Handlungen, welche im Verlaufe der Nachlaßbes-
handlung erforderlich werden, zu requiriren, kann
aber auf die Beantwortung der Frage, welches Gericht
die kompetente Nachlaßbehörde sei, nicht den gering-
sten Einfluß äußern.

DAGE. v. 9. Nov. 1861. Urtheilssb. Nr. 117.

CXXVII.

Zuständigkeit zur Beschlußfassung auf eine nicht gemischt-
gerichtlich geführte Voruntersuchung, in welcher ein Soldat
als Auskunftsperson vernommen wurde.

Ueber die Zuständigkeit zur Beschlußfassung auf
die von einem Civiluntersuchungsgerichte wegen Ver-
brechens des ausgezeichneten Diebstahls geführte
Voruntersuchung, welche gegen eine Civilperson keine
Richtung genommen hatte, in deren Verlauf aber
ein Soldat als Auskunftsperson nach Art. 46 Nr. 4
des StPG. v. 10. Nov. 1848 vernommen wurde,
entspann sich zwischen dem betreffenden Bezirksge-
richte und dem Regimente, zu welchem der Soldat
gehörte, ein negativer Kompetenzkonflikt, dessen oberst-
richterliche Entscheidung am 27. April 1861 folgen-
dermaßen erfolgte:

In Erwägung

1) daß nach Art. 2 Abs. 1 u. 3 des Gesetzes
v. 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Unter-
suchungen betr., bezüglich einer bei einem Civilun-
tersuchungsgerichte oder bei einem Militärgerichte
eingekommenen Anzeige über das Zusammentreffen
von Civil- und Militärpersonen bei demselben Ver-
brechen oder Vergehen die beiderseitigen Gerichte
sofort sich zum Zwecke der Behandlung der Sache
in einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegensei-
tig zu benachrichtigen haben, daß dagegen

2) wenn eine zur Einschreitung gegen bestimmte

Personen geeignete Anzeige auf Militär- oder auf Civilpersonen allein Bezug hat, die Untersuchung ausschließlich auch nur von dem einschlägigen Militär- und Civiluntersuchungsgerichte einzuleiten ist, was nach Art. 59 Th. II des StGB. immerhin auch dann nur von diesem zu geschehen hat, wenn überhaupt Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit eines begangenen Verbrechens oder Vergehens gegeben, aber ein bestimmter Thäter noch nicht bekannt ist, da für die Zuständigkeit der Civiluntersuchungsgerichte zur Einleitung einer Untersuchung die Regel spricht, während die Kompetenz der Militärgerichte nach Art. 27 Th. II des StGB. die Anzeige von Militärpersonen als wenigstens wahrscheinlichen Thätern bei gemeinen Verbrechen oder Vergehen voraussetzt, sohin hierauf beschränkt ist; daß zwar

3) in der die Einleitung der vorliegenden Untersuchung veranlassenden Anzeige der beurlaubte Soldat N. N. als hier des Diebstahles verdächtig bezeichnet wurde, der Civiluntersuchungsrichter aber die hiesfür angegebenen Umstände nicht als solche erkannte, welche die Einleitung der Untersuchung in der Richtung gegen eine bestimmte Person rechtfertigen ließen, und deshalb die Vernehmung des Soldaten N. N. auch nur in der Eigenschaft einer Auskunftsperson auf Grund des Art. 46 Ziff. 4 des StPG. v. 10. Nov. 1848 bethätigt hat, daß daher

4) auch das Civiluntersuchungsgericht kompetenzmäßig nach diesem Ergebnisse der Voruntersuchung nur in Betreff der Frage über Betheiligung einer Civilperson sich auszusprechen und hiernach Beschluß zu fassen hatte, nicht aber bei veranlaßter Verneinung derselben solchen Beschluß umgehen und ihm die Richtung auf die Frage über etwaige Betheiligung einer Militärperson geben durfte, da eine Entscheidung hierüber nur dem betreffenden Militärgerichte zusteht, sohin letzterem für solchen Fall nur

Nachricht hievon unter Mittheilung der Akten zur eigenen Bemessung der Sache zu geben ist;

Auß diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur materiellen Beschlußfassung über die fragliche Voruntersuchung das Bezirksgericht A . . . zuständig sei.

Urtheilsbuch Nr. 147.

CXXVIII.

Zuständigkeit zur Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens gegen einen Angeschuldigten, dessen Verbrechen genossen bereits rechtskräftig abgeurtheilt wurden.

Auf eine von dem Bezirksuntersuchungsrichter zu Abensberg gegen Joseph Mayer von Grillheim und Genossen wegen mehrerer zum Theil auch in anderen Gerichtsbezirken verübter Diebstähle geführte Voruntersuchung erkannte das Appellationsgericht von Niederbayern bezüglich des Max Huber von Grillheim wegen Verbrechens des ausgezeichneten Diebstahles an den Eibesgruber'schen Eheleuten zu Alzing und Vergehens der Begünstigung eines ausgezeichneten Diebstahles bei den Niggel'schen Eheleuten zu Benharting auf Einstellung des eingeleiteten Strafverfahrens, hinsichtlich anderer Genossen aber auf Anklage vor dem Schwurgerichte, welche auch durch das in Rechtskraft getretene Urtheil des Schwurgerichtshofes von Niederbayern v. 24. Juli 1859 zu den darin bestimmten Strafen verurtheilt wurden.

Bezüglich der oben erwähnten beiden Fakta wurde späterhin von dem Bezirksuntersuchungsrichter zu Ebersberg, in dessen Bezirk der Ort Alzing gehört, die Untersuchung gegen Max Huber wieder aufgenommen und es erhob sich, nachdem dieselbe durchgeführt war, über die Zuständigkeit zur Be-

schlußfassung auf die wiederaufgenommene Voruntersuchung ein negativer Kompetenzkonflikt zwischen den Bezirksgerichten Wasserburg und Landshut, welcher durch oberstrichterliches Erkenntniß v. 4. Juni 1861, wie folgt, entschieden wurde:

In Erwägung, daß durch das oben angeführte einstellende Erkenntniß des AG. von Niederbayern das gegen Mag Huber eingeleitete Strafverfahren seine Erledigung gefunden hat, indem hierdurch die Thätigkeit des Strafrichters in dieser Richtung als beendet erklärt wurde, und daß die gemäß Art. 55 Abs. 2 des StPB. vom 10. Nov. 1848 nach der rechtskräftigen Aburtheilung der übrigen Genossen durch das Schwurgericht erfolgte Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens gegen Mag Huber wie jede neue Untersuchung zu behandeln ist, folglich auch die Frage der Zuständigkeit nach den zur Zeit der Wiederaufnahme bestehenden Verhältnissen beurtheilt werden muß;

In Erwägung, daß bei Beantwortung dieser Frage die Theilnahme anderer Genossen an dem zu untersuchenden Verbrechen, so weit hinsichtlich derselben bereits rechtskräftig wegen dieses Verbrechens eine Strafe erkannt worden, völlig außer Berücksichtigung zu bleiben hat, weil durch die gänzliche Erledigung der Sache gegen diese Genossen die Wirkung des Zusammentreffens mit anderen Verbrechen hinsichtlich der Führung der Untersuchung durch Ein und das nämliche Gericht beseitigt ist, und daher lediglich die Vorschrift des Art. 22 Abs. 1 Th. II des StGB. maßgebend erscheint;

In Erwägung, daß, nachdem das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls an den Eibeßgrubenbesitzer Ebeleuten zu Alzing im Bezirke des Bezirksuntersuchungsrichters zu Ebersberg begangen worden, und dieses auch das Vergehen der Begünstigung des ausgezeichneten Diebstahls an den Riggls-

schen Eheleuten zu Benharting nach sich zieht, der Bezirksuntersuchungsrichter zu Ebersberg zur Durchführung der wiederaufgenommenen Untersuchung gegen Mag. Huber hinsichtlich obiger Meate vollkommen zuständig war, hleraus aber nach Art. 47 d. StPG. v. 10. Nov. 1848 die Zuständigkeit des einschlägigen Bezirksgerichtes zur Beschlußfassung über die von dem bezeichneten Untersuchungsrichter geführte Voruntersuchung von selbst sich ergibt;

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Beschlußfassung auf die fragliche wiederaufgenommene Voruntersuchung das Bezirksgericht Wasserburg zuständig sei. 3/7.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Kirchenbauaß. Wendung der kleinen Baufälle. Hand- und Spanndienste bei Stadtkirchen. (Bayreuther und Preussisches Recht.)

In einer Rechtsache, in welcher eine protestantische der Herrschaft des preussischen Landrechtes unterstehende Kirchengemeinde gegen den kgl. Fiskus auf Leistung der Kosten des Neubaues und der Reparatur der Pfarrkirche, sowie der Häuser der protestantischen Pfarrer klagenb auftrat, war zwar festgestellt worden, daß die Geistlichen, welche die fraglichen Häuser als Amtswohnungen benützen, die daran sich ergebenden kleinen Baufälle zu wenden hätten; in Frage gezogen war aber, ob bezüglich des Begriffes „kleine Baufälle“ die markgräfl. bayreuthische Verordnung vom 25. Juni 1689 Anwendung

finde, nach welcher die Pfarrer jährlich 5 fl. fränkisch in ihre Wohnung ex propriis zu verbauen haben, oder ob sich die Pflicht der Pfarrer, die kleineren Baufälle ihrer Wohnungen zu bestreiten, nach dem Preuß. Landrecht Tgl. II Tit. 11 §. 784 bemesse.

Der oberste Gerichtshof entschied sich für die erste Alternative.

In den Gründen heißt es:

Nach Nr. II des Preuß. Patentess vom 29. November 1795, die Einführung des Pr. LR. in den Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth betreffend, behielten die bisher darin bestandenen Provinzialgesetzgebungen ihre gesetzliche Gültigkeit und sollte nur in deren Ermangelung das allgemeine Landrecht in Anwendung kommen, demnach mußte die allegirte Verordnung, deren ursprüngliche Gültigkeit nicht beanstandet ist, schon vor dem 1. Januar 1796 aufgehoben worden sein, wenn das Pr. LR. zur Anwendung kommen sollte.

Die zum Nachweise der Aufhebung der angeführten Verordnung von 1689 von Seite des kgl. Fiskus allegirte markgräfliche Verordnung vom 7. Januar 1777¹⁾ spricht aber keineswegs dafür, daß der Pfarrer alle in solcher speziell bezeichnete Re-

1) Nr. XX Abs. 2 derselben bestimmt, daß die Geistlichen vermöge Konsistorialregulativs vom 1. Juli 1761 die „kleinen Reparaturen“ an Treppen, Fußböden, Ofen, Schlössern, Schlüsseln, Angeln, Kloben, Riegeln, Fenstern und Fensterrahmen, es wäre denn, daß Letztere durch Wind und Wetter gebrauchter Vorrichtung ungeachtet Schaden gelitten hätten, oder wo nur ein oder etliche Ziegel abgefallen, andere dagegen sogleich eingestoßen, somit durch Nachlässigkeit zum Verderb keine Gelegenheit gegeben werden solle, de propriis zu bestreiten, sowie alle Schäden, so mit Plin- und Hersehen der Bücherschränke und anderer

paraturen — ohne Rücksicht auf den Kostenbetrag — aus eigenen Mitteln zu bestreiten habe; denn im Eingange derselben ist die Verbindlichkeit hiezu ebenfalls auf die kleineren Reparaturen beschränkt worden, was nicht hätte geschehen können, wenn dergleichen Reparaturen ohne Unterschied der veranlaßten Kosten den Geistlichen hätten aufgebürdet werden wollen. Die Verordnung von 1777 sagt nicht, was „kleine Reparaturen“ seien; es muß daher auf den durch die Verordnung von 1689 festgestellten Begriff derselben zurückgegangen werden, so daß anzunehmen ist, es habe daran nichts geändert werden wollen, daß Pfarrer für Reparaturen in ihren Pfarrhäusern jährlich nur 5 fl. fränkisch zu verwenden haben, eine Annahme, die durch Abs. 1 dieser Verordnung von 1777 bestätigt wird, wo bezüglich der den frommen Stiftungen obliegenden Baureparaturen an anderen Gebäuden für die Berechtigung zu deren Vornahme zwischen dem Kostenbetrage bis zu 5 fl. und darüber unterschieden wird, also wieder an dem Begriffe kleiner und größerer Baufälle festgehalten ist. Demgemäß muß die klägerische Aufstellung, daß die beiden Pfarrer zu N. in ihre Pfarrhäuser für Reparaturen jährlich nur 5 fl. fränkisch zu verwenden haben, als begründet angenommen werden.“

In derselben Rechtssache war unter Anderem auch noch streitig, wer die Kosten für die zum Neubau und zur Reparatur der Kultusgebäude in N. nothwendigen Hand- und Spanndienste zu tragen habe, wobei die klagende Kirchengemeinde von dem Fiskus die Uebernahme von zwei Dritttheilen dieser Kosten begehrte, während der Beklagte die Leistung

Veränderungen in Verdeckung der Wände und sonst verursacht werden, aus eigenen Mitteln zu repariren haben.

sämmtlicher dafür erlaufender Auslagen als eine Verbindlichkeit der Kirchengemeinde bezeichnete. Die erste Instanz hatte der Klägerin den Nachweis aufgetragen, „daß bei Bauten an Kirchen und den dazu gehörigen Pfarrhäusern in Städten des ehemaligen Fürstenthums Bayreuth, bei welchen der Landesherr subsidiär haupflichtig war, vor dem 1. Jänner 1796 ununterbrochen herkömmlich war, daß der Landesherr beim Eintreten seiner Baupflicht auch die sämtlichen Kosten für die nothwendigen Hand- und Spanndienste bei den Bauten trug.“ Auf ergriffene Berufung befreite jedoch der oberste Gerichtshof die Klägerin von dieser Beweislast und zwar aus nachfolgenden Gründen:

„Die Konsistorialordnung, auf welche sich berufen werden will, enthält in Art. VIII Nr. 4 nichts über Hand- und Spanndienste und hat nur die eigentlichen Baukosten an Material und Arbeitslohn vor Augen. Daß bei dem Mangel eines Provinzialgesetzes subsidiär zur Anwendung kommende Recht ist aber das preussische M. und nicht das allgemeine Kirchenrecht. Aus den §§. 720 u. 740 Zbl. II Tit. 11 des Pr. M. geht aber keineswegs hervor, daß die Kirchengemeinde M. zur Tragung von zwei Dritttheilen der Kosten für Hand- und Spanndienste verbunden sei und daß dieselbe, um von dieser Verbindlichkeit enthoben zu sein, eine ihr deshalb zur Seite stehende Gewohnheit beweisen müsse. Die §§. 714 und 719 a. a. O. unterscheiden ganz allgemein hinsichtlich der Hand- und Spanndienste bei Kultusbauten, daß sie bei Landkirchen als Naturalleistungen in jedem Falle den Eingepfarrten zur Last fallen, dagegen bei Stadtkirchen die Naturalleistung weg falle und die hieraus entstehenden Kosten zu den übrigen Kosten zu schlagen seien, also ein Unterschied von Baukosten gar nicht bestehe, sondern nur der Gelbbetrag der Kosten

in Berechnung zu kommen habe; dieser Gesamtbetrag der Kosten soll bei gänzlicher oder theilweiser Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens von dem Patron und den Eingepfarrten nach dem Maßstabe von $\frac{1}{3}$ und $\frac{2}{3}$ getragen werden, woraus sich ergibt, daß die Parochianen bei Stadtkirchen keineswegs in jedem Falle die Kosten der Hand- und Spanndienste allein zu tragen haben, wie die Pfarrgenossen einer Landkirche, sondern nur nach dem Maßstabe, als sie überhaupt zu Kultusbauten beitragspflichtig sind. Die Konkurrenzpflichtigkeit der Eingepfarrten mit dem Patron kennt aber die Konsistorialordnung nicht und damit ist es folgerichtig, daß die Mitglieder einer Stadtkirchengemeinde auch nicht zur Tragung von $\frac{2}{3}$ der durch Hand- und Spanndienste verursachten Kosten, welche nach dem Landrechte als besondere eigenthümlichen Bestimmungen unterworfenen Kosten gar nicht existiren, nach landrechtlichem Konkurrenzmaßstabe angehalten werden können, der für sie eine rechtliche Geltung nicht hat. Uebrigens hat der k. Fiskus die Qualität der Kirche zu R. als Stadtkirche dadurch selbst anerkannt, daß er nur $\frac{1}{3}$ der Baukosten übernehmen will. Die Klägerin kann hiernach zur Tragung von Hand- und Spanndiensten oder deren Kosten nicht gehalten sein und hat deshalb auch keine Verbindlichkeit zum Beweise einer beßfallsigen observanzmäßigen Befreiung. Wohl aber war dem k. Fiskus, den sonach auch die Kosten der Hand- und Spanndienste treffen würden, da er eventuell seinerseits das Bestehen einer Observanz behauptete, wonach die Eingepfarrten diese Dienste unentgeltlich leisten müssen, und diese Gewohnheit auch für Stadtkirchen in Anspruch genommen hat, beßfalls Beweis aufzutragen.“

DAßG. v. 21. Dez. 1859. Reg.-Nr. 511⁵⁸/₅₉.

2.

Das Hutrecht als ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes.
Zulässigkeit der ordentlichen Besitzklage.

Gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse über den jüngsten Besitz eines Hutrechtes wurde die Revision ergriffen. Bei der Prüfung ihrer Zulässigkeit war die Frage zu entscheiden, ob nach erfolgter Abweisung der Klage auf Schutz im jüngsten Besitze die ordentliche Besitzklage noch zulässig sei (Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837 §. 54 Nr. 3), wenn das Hutrecht ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes, nicht eine Grunddienstbarkeit sei.

Diese Frage wurde oberstrichterlich bejaht aus folgenden Gründen:

Daß von der klagenden Gemeinde R. in ihrer, Schutz im jüngsten Besitze eines Schafhutrechtes betreffenden Klage gegen die Gemeinde G. berührte Hutrecht wird weder nach dem Inhalte der Klage noch nach der auf solche abgegebenen Vernehmlassung als Ausfluß einer Grunddienstbarkeit, sondern lediglich als Ausfluß des Eigenthumsrechtes in Anspruch genommen. Denn in diesen beiden Prozeßhandlungen geschieht von einer Grunddienstbarkeit; mit keiner Silbe eine Erwähnung, vielmehr behauptete die klagende Gemeinde, daß ihr das Eigenthum an dem fraglichen Hutrasen zustehe und die beklagte Gemeinde erklärte denselben für ihr ausschließendes Eigenthum, so daß die zur Sprache gebrachten Besitzirungen lediglich auf der Kollision gegenseitiger Eigenthums-Ansprüche beruhen. In diesem Falle aber steht der Gemeinde, wenn sie mit ihrem Antrage auf Schutz im jüngsten Besitze abgewiesen ist, der Weg der ordentlichen Besitzklage noch offen. Denn diese ist nach der O. R. Kap. III §. 4 Nr. 2 nur bei eigentlichen Dienstbarkeiten ausgeschlossen.

DAGE. v. 29. Apr. 1845 Reg.-Nr. 1520 ^{43/44.}
§.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. — Der überlebende Ehemann und Vater, welcher das Muttergut seinen leiblichen Kindern ausgezigt und dasselbe seinen Stiefkindern herauszugeben sich erboten hat, kann nach bayer. Rechte von den Stiefkindern, welche diese Auszige nicht anerkannt haben, auf Herausgabe einer eiblichen Spezifikation des mütterlichen bezw. ehelichen Vermögens (eibliche Manifestation) nicht belangt werden. — Gemeinlast in Betreff der Einnahme, welche aus einer Nebenbestimmung eines zweiseitigen Vertrages abgeleitet wird. — Gegen den Auspruch auf Ermäßigung von Fortberechtigungen durch die Fortspossessionbehörde steht jedem Vertheiligten der Civilrechtsweg offen. — Wird nach dem Tode des Erblassers gegen diesen eine Injurie verübt, so steht dem Erben auch ohne Verwandtschaft mit dem Defuncten nach bayer. Landrechte ein Klagerrecht zur Seite. — An die Herren Mitarbeiter.

**Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile
und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appel-
lation nach bayerischem Rechte.**

Von Professor Dr. C. Volgiano.

Zweiter Theil.

Im ersten Theile dieser Abhandlung ¹⁾ habe ich die Voraussetzungen der Zulässigkeit der restitutio contra sententiam besprochen. In diesem zweiten Theile habe ich zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Inzidentrestitution zulässig ist und welche Wirkungen sie hat.

Die O. D. stellt in Kap. XVI §. 1 Nr. 11 einen Gegensatz auf zu der in den vorhergehenden Nummern besprochenen restitutio in integrum, welche principaliter gesucht wird, und deren man sich als ein remedium juris contra sententias bedient, und bezeichnet diese andere Gat-

¹⁾ S. oben S. 49 ff. u. S. 65 ff.

tung der Restitution als die *restitutio in integrum*, welche nur *contra lapsum fatalium*, *termini praejudicialis* oder sonst *incidenter* gesucht wird.

I. Ganz bestimmt ist durch diesen Gegensatz schon eine negative aber sehr wesentliche Voraussetzung der Inzidentrestitution bezeichnet. Der Prozeß darf noch nicht durch eine rechtskräftige Definitivsentenz beendet sein, wenn eine Inzidentrestitution nachgesucht werden will.

Man könnte zwar den Begriff der Inzidenz auch enger und zwar dahin fassen, daß Inzidentrestitution nur so lange stattfindet, als der betreffende Prozeß abschnitt noch nicht durch ein (rechtskräftiges) Urtheil abgeschlossen ist. Bei der *restitutio contra lapsum fatalium* ist dies auch richtig (s. die folgende Nr. II) und leicht daraus erklärlich, daß es eben nur in der Prozeßperiode der ordentlichen Rechtsmittel *fatalia* gibt, gegen deren Ablauf Restitution gesucht werden kann.

Bezüglich der übrigen Fälle der Inzidentrestitution (außer der *rest. c. laps. fatalium*) habe ich früher und noch bei Bearbeitung des ersten Theils dieser Abhandlung ²⁾ die Beschränkung der

²⁾ Diese frühere Ansicht hat einen Ausdruck auf S. 53 gefunden. Dort ist angenommen, die Parteien hätten dann, wenn zwar noch kein Definitivurtheil aber ein der Rechtskraft fähiges Interlokut vorliegt, nur entweder die Berufung *ex capite novorum* oder die Restitution gegen den Ablauf der Nothfrist. Nach dem, was im Verlaufe dieses zweiten Theils der Abhandlung erörtert werden wird, steht der Parteil aber auch die Inzidentrestitution allgemein zu. Damit fällt auch die a. a. O. aufgeworfene Frage hinweg, wie es im unterstellten Falle bei dem Mangel der Berufungssumme zu halten sei, und es ist nicht

Inzidentrestitution auf den betreffenden Prozeßabschnitt gleichfalls angenommen. Ich bin jedoch nunmehr überzeugt, daß die Inzidentrestitution im ganzen Laufe des Prozesses bis zu seiner Beendigung durch ein rechtskräftiges Definitivurtheil stattfindet, und sehe dieß als eine nothwendige Konsequenz des im ersten Theile erwiesenen Grundsatzes an, daß die Prinzipalrestitution nur gegen Endurtheile zulässig ist. Die Bedenken, welche gegen den erweiterten Begriff der Inzidenz aus der Rechtskraft mancher Zwischenbescheide, wie z. B. der Beweis- und Eidesinterlokute, abgeleitet werden können, sollen unten in Abth. V beseitigt werden.

II. Die G.D. benennt unter Nr. 11 a. a. O. zuerst die *restitutio contra lapsum fatalium*, die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf derjenigen Nothfristen, an deren Lauf die ordentlichen Rechtsmittel: — Berufung und Revision — gebunden sind. Sie kann vorkommen gegen vollständige wie gegen theilweise Versäumnisse. Wie schon erwähnt, kann diese Art der Inzidentrestitution nur in der Periode der ordentlichen Rechtsmittel vorkommen, weil es eben nur für diesen Prozeßabschnitt Fatalien gibt. Dabei kann nur noch die Frage aufgeworfen werden, wann denn die Periode der ordentlichen Rechtsmittel als jeweils geschlossen anzusehen ist. Diese Frage kann aber erst wieder unten im Abschn. VI behandelt werden, nachdem von der Berufung *ex capite novorum* gesprochen sein wird.

III. Zunächst spricht die G.D. a. a. O. von der *rest. contra lapsum termini*

mehr nothwendig, diese Frage durch das dajelbst vorgeschlagene sehr bedenkliche Auskunftsmittel zu beseitigen.

praejudicialis. Wie schon diese Bezeichnung ergibt, bezweckt sie nur die Reverssion der nachtheiligen Folgen eines Fristversäumnisses, die nachträgliche Gestattung einer Prozeßhandlung. Sie sucht nicht Abhilfe gegen eine richterliche Verfügung, sondern gegen den Ablauf einer Frist, der mit Rechtsnachtheil bedroht ist. Auch sie kann gegen gänzliche oder theilweise Versäumnisse gerichtet sein, indem entweder die betreffende Prozeßhandlung gar nicht vorgenommen wurde, und nun durch Inzidentrestitution die Erlaubniß erwirkt werden soll, die ganze Handlung erst nach Ablauf der präjudiziellen Frist vorzunehmen, oder aber die Handlung zwar rechtzeitig aber unvollständig vorgenommen war, so daß die Inzidentrestitution nur gesucht wird, um den nicht vorgebrachten Theil der Prozeßhandlung (z. B. eine einzelne Einrede, ein einzelnes Beweismittel) nachzutragen.

IV. Die von der *rest. contra sententiam* verschiedene in Nr. 11 der G.D. a. a. O. abgehandelte Restitution kann aber außer *contra lapsum fatalium* aut *termini praejudicialis* noch sonst *incidenter* gesucht werden.

Hiermit ist offenbar auch auf die von der G.D. nicht im Kap. XVI §. 1, sondern schon an einer früheren Stelle, im Kap. V §. 11 Nr. 7 besprochene Restitution gegen Kontumazialbescheide hingewiesen. Die G.D. sagt an der zuletzt genannten Stelle:

Es kann der nämliche Richter das Kontumazialerkenntniß²⁾ wieder aufheben, wenn der kondemnirte

²⁾ Formliche Kontumazialerkenntnisse werden in der Regel nur bei gänzlicher Versäumung einer präjudiziellen Frist erlassen. Aber auch bei theilweiser Versäumniß tritt eine flüschweigende Kontumazirung dadurch ein, daß der Richter im Prozeße fortichrei-

Theil zeigen kann, daß er den richterlichen Auftrag innerhalb des anberaumten Termins weder zu befolgen, noch vor Ausfluß desselben um weitere Dilation zu bitten, aus ehrhaften Ursachen verhindert gewesen sei. Doch soll die angebliche Entschuldigung nicht nur summarisch bewiesen, sondern auch längstens innerhalb 14 Tagen von der Zeit an, da das Hinderniß aus dem Wege geräumt ist, bei Gericht angezeigt und übrigens keine weitläufige Handlung darüber gestattet, sondern die Sache mit Vernehmung des Gegentheils oder auch nach Gestalt der Dinge *brevi manu* in möglichster Kürze verhandelt werden.

Diese Stelle hat weniger in der Praxis⁴⁾, als bei den Schriftstellern über bayerischen Prozeß in doppelter Richtung verschiedene Meinungen hervorerufen, zuerst darüber, welche Bedeutung dem darin aufgestellten Rechtsmittel zukomme, sodann über dessen Aufhebung durch die Novelle von 1837.

1) In erster Beziehung sehen Blochmann (Einleitung in den bay. Civilprozeß S. 111) und Hellmuth (Civilprozeß S. 39 Nr. 3) das Rechtsmittel als Remonstration an und von Stürzer nannte bei Verathung des Prozeßgesetzes von 1837 dasselbe ein einfacheres Mittel, um das Kontumazialerkenntniß wieder aufzuheben, als die Restitution im eigentlichen Sinne.

tet. Wenn z. B. eine Vernehmlassung rechtzeitig einkam, und dann der Richter sie zur Abgabe der Replik dem Gegner mittheilt, so ist dadurch zugleich ausgedrückt, daß der Beklagte mit allen von ihm nicht vorgebrachten Einreden ausgeschlossen sei.

- 4) Die Praxis hat von jeher das Rechtsmittel der *Od. Kap. V §. 11 Nr. 7* als eine Restitution und zwar als Inzidentrestitution betrachtet (Vl. f. *RM. Bd. V S. 190 Nr. 1, 2*), daneben aber gegen Kontumazialerkenntnisse, die auf einseitigen Antrag erlassen werden, Remonstration zugelassen (*Bd. VI S. 72; Bd. VII S. 289; Bd. X S. 67 a. a. O.*).

Mir scheint das Rechtsmittel, theoretisch betrachtet, eine Verbindung von Restitution und Remonstration zu sein. Gegen den Ablauf der Frist wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht und in Folge davon gegen das Kontumazialerkenntniß remonstrirt.

Diese Auffassung scheint mir dadurch gerechtfertigt, daß ja, wenn die Frist wirklich versäumt wurde, das Kontumazialerkenntniß mit Recht erlassen wurde, die Zurücknahme desselben daher nur in Folge einer Restitution geschehen kann. Die *restitutio contra lapsum termini praejudicialis*, als nur gegen den Ablauf der Frist gerichtet, ist aber mit einer Remonstration gegen das Kontumazialerkenntniß verbunden, welches wieder aufgehoben werden muß.

Allerdings kann es auch Fälle geben, wo der Richter ein Kontumazialerkenntniß, das er auf einseitigen Antrag des (Beyners⁵⁾) erlassen hat, auf bloße Remonstration des Kontumazirten wieder aufheben kann. Dies kann dann geschehen, wenn ein Versäumniß der Frist gar nicht vorlag, sondern nur irrthümlich angenommen wurde, etwa wegen eines unrichtigen Präsentatums oder wegen unrichtiger Bescheinigung des Zustellungstages eines Dekretes. Solche Fälle scheint Kreittmayr in der Ann. b zur G.D. Kap. XIV §. 9 im Auge zu haben, und auch in der Ann. f zu Kap. V §. 11 Nr. 7 spricht er neben dem Hauptfalle, wo der Richter das

⁵⁾ Der auch nach früherem Prozeßrechte sicher höchst seltene Fall, daß ein Kontumazialerkenntniß erst erlassen wurde, nachdem der Ungehorsame darüber, ob er ungehorsam sei, vernommen worden war, kann wohl nach §. 29 der Prozeßnovelle von 1837 nicht mehr vorkommen, wird daher von mir außer Betracht gelassen.

Kontumazialerkenntniß per viam restitutionis in integrum aufhebt, von einer Aufhebung desselben *mero jure*, womit wieder nur die zuletzt erwähnten Fälle bezeichnet sein können.

Dem im Texte der G.D. Kap. V §. 11 Nr. 7 vorgesehenen Falle aber, wo das Versäumniß der Frist wirklich vorliegt, das Kontumazialerkenntniß also mit Recht erlassen wurde, und dennoch von demselben Richter wieder aufgehoben werden kann, liegt nicht nur, wie oben gezeigt wurde, materiell eine *restitutio contra lapsum termini praejudicialis* verbunden mit einer Remonstration zu Grunde, sondern selbst formell ist hier eine Inzidentrestitution offenbar gegeben. Denn

a) die dabei zu beobachtenden Requisite sind jene der Inzidentrestitution nach Kap. XVI §. 1 Nr. 11, nämlich eine *justa causa restitutionis*, welche summarisch bewiesen werden muß: Anm. f zu Kap. V §. 11 Nr. 1 und 2.

b) Auch das Verfahren ist dasselbe. Die Restitution kann auch ohne Vernehmung des Gegentheiles *brevi manu* ertheilt werden.

c) Nach der G.D. war zwar das *Fatale* verschieden. Nach Kap. XVI §. 1 Nr. 11 betrug dasselbe immer so viel Zeit, als man vorher *re adhuc integra* gehabt hätte; in Kap. V §. 11 Nr. 7 dagegen ist eine feste Frist von 14 Tagen bestimmt. Es erklärt sich dies daraus, daß ja der Natur der Sache nach bei der Restitution gegen das Kontumazialerkenntniß das Hinderniß der Fristeinhaltung die ganze Frist hindurch obwalten mußte, weil sonst wenigstens um Verlängerung hätte gebeten werden können. — Aber auch jener Unterschied ist jetzt nicht mehr vorhanden, wo nach Proz.-Ges. von 1837 §. 38 Abs. 2 die Frist für alle Inzidentrestitutionen auf 14 Tage „von der Zeit an, da das Hin-

bernitz aus dem Wege geräumt ist“ („sich gehoben hat“), festgesetzt ist.

Auch Kreittmayr in der Anm. f zu Kap. V §. 11 Nr. 7 a. G. (S. 231 der Oktavausg. 3. 8—10 v. o. — S. 90 der Folioausg. 3. 5 u. 4 v. u.) bezeichnet das Rechtsmittel gegen Kontumazialerkenntnisse ganz bestimmt und ausdrücklich als Restitution und verweist bezüglich des dabei stattfindenden Verfahrens (oben lit. b) auf Kap. XVI §. 1 Nr. 11.

2) An die vorerörterte Kontroverse knüpft sich die andere an, ob die Stelle der G.D. Kap. V §. 11 Nr. 7 heute noch Geltung habe, oder durch das Proz.-Ges. von 1837 §. 38 aufgehoben sei. Gegen die fortdauernde Gültigkeit derselben erklärt sich Seuffert im Kommentar Bb. II S. 227 (der ersten Ausg., S. 293 der II.) und Blochmann a. a. O.; ihre fortdauernde Gültigkeit behauptete von Stürzer bei Verathung des Prozeßgesetzes von 1837; auch Hellmuth a. a. O. vertheidigt sie. Ich habe mich in meiner vergleichenden Darstellung des gem. deutschen und bayer. Civilprozesses S. 81 gegen die fortdauernde Gültigkeit der betreffenden Bestimmung der G.D. ausgesprochen.

Allein wenn man, wie oben gesehen, daß in der G.D. Kap. V §. 11 Nr. 7 zugelassene Rechtsmittel seinem Hauptbestandtheil nach als eine Inzidentrestitution auffaßt, so verschwindet eigentlich die ganze Streitfrage.

Man wird dann mit vollem Rechte behaupten können, jene Bestimmung der G.D. sei durch die Novelle vom Jahre 1837 zwar nicht aufgehoben, aber gleich der anderen im Kap. XVI §. 1 Nr. 11 modifizirt. Zulässig erscheint nämlich auch heute noch, wie jede andere Inzidentrestitution, auch die gegen Kontumazialerkenntnisse, aber ihre Erfordernisse und Voraussetzungen sind nicht mehr nach Kap. V §. 11 Nr. 7 der G.D. und den Anmerkun-

gen dazu, sondern nach §. 38 Abs. 1 und 2 der Novelle von 1837 zu beurtheilen, wie sich auch das Verfahren dabei nach dessen Abs. 3 richtet.

Der theoretische Satz, daß bei der Inzidentrestitution gegen Kontumazialbescheide neben dieser noch eine Remonstration in dem Rechtsmittel enthalten sei, leidet bei dieser Auffassung keine Aenderung. Die großen Bedenken aber, die sich gegen die Zulässigkeit einer Remonstration erheben ließen, wenn das Kontumazialerkenntniß nicht auf eine Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners, sondern auf die verspätete Vornahme der Handlung erlassen wurde, erledigen sich durch die gehörige Erwägung der im nächsten Abschnitte (V) über die Wirkungen der Inzidentrestitution vorzutragenden Grundsätze.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Der überlebende Ehemann und Vater, welcher das Muttergut seinen leiblichen Kindern ausgezeigt und dasselbe seinen Stieffindern herauszugeben sich erboten hat, kann nach bayer. Rechte von den Stieffindern, welche diese Auszeige nicht anerkannt haben, auf Herausgabe einer eidlischen Spezifikation des mütterlichen bezw. ehefräulichen Vermögens (eidliche Manifestation) nicht belangt werden.

a) Die Zulässigkeit des Manifestationsbeides oder der eidlischen Spezifikation fremder oder in Anspruch genommener Sachen ist nach der ausdrücklichen Bestimmung der Gerichtsordnung Kap. XIII §. 5 unter andern von der Voraussetzung abhängig, daß kein legales Inventar über die fraglichen Sachen stattgefunden habe, weil dessen Surrogirung hieburch

eben erst bewirkt werden soll, und hieran reiht sich von selbst das weitere Erforderniß, daß derjenige, von welchem jener Eid verlangt wird, sich zu der fraglichen Sachengemeinschaft in einem solchen Verhältnisse befunden habe, welches die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars mit sich brachte: Seuffert Comment. Bd II S. 333 lit. b (Ausg. II S. 421). Denn wo eine solche Verbindlichkeit ursprünglich nicht bestanden hat, da kann auch von einer Verpflichtung zu der bloß stellvertretenden eidlichen Manifestation konsequenter Weise keine Rede sein, gleichwie eine solche selbst bei dem Vorhandensein eines Inventars nur dann nicht ausgeschlossen ist, wenn dasselbe nicht legaliter errichtet wurde, oder wenn es an Unvollständigkeit leidet, Ann. zur O. a. a. O. lit. e.

Die Begründung der von den Stiefföhnen gegen ihren Stiefvater erhobenen Klage hängt daher vor Allem von der Beantwortung der Frage ab, ob der Beklagte verbunden war, nach dem Ableben seiner Ehefrau ein Inventar über deren Nachlaß herzustellen zu lassen?

b) Diese Frage ist zu verneinen. Nach Zhl. III Kap. 1 §. 17 Nr. 9 des bayr. LM. soll nemlich auf Absterben einer Ehefrau in Lebzeiten des Mannes keine Inventur vorgenommen werden, sondern was dieser letztere von seiner Ehefrau Mitteln den Rechten nach etwa auszuzeigen oder gar herauszugeben hat, das soll er gleichwohl selbst seiner Zeit redlich auszeigen respektive herausgeben. Ihre nähere Erklärung findet diese gesetzliche Vorschrift in der hiemit zusammenhängenden Bestimmung Zhl. I Kap. VI §. 37, welche dem überlebenden Ehemanne die Verbindlichkeit auflegt, auf Absterben seiner Ehefrau seinen eigenen Kindern von ihr das mütterliche Gut auszuzeigen, den etwa vorhandenen

vorehelichen Kindern derselben aber Alles hinzuzugeben, was sie ihm zugebracht hat.

War nun hienach der Beklagte nicht verpflichtet, über den Rücklaß seiner Ehefrau ein Inventar errichten zu lassen, so steht ihm von selbst eine erhebliche Ursache zur Seite, die von den Klägern verlangte eibliche Spezifikation dieses Rücklasses zu verweigern. Ihn schützt das Gesetz vor diesem Verlangen und die Anmerkungen a. a. O. lit. g haben diesen hier gegebenen Exemtionsfall zu allem Ueberflusse besonders hervorgehoben.

c) Die Ansicht der Vorinstanz, daß diese Begünstigung des überlebenden Ehemannes und beziehungsweise Vaters nur seinen leiblichen Kindern gegenüber Platz greife, dagegen auf das Verhältniß zu seinen Stiefkindern nicht ausgedehnt werden dürfe, entbehrt der zureichenden Begründung. Denn läßt sich auch nicht verkennen, daß die Motive, welche in Ansehung der leiblichen Kinder dem Gesetze zu Grunde liegen, auf das Verhältniß zu den Stiefkindern zum bei weitem größten Theile und namentlich in den wichtigsten Beziehungen keine Anwendung erleiden, so wäre doch zu einer solchen Auslegung des Gesetzes durch Erforschung seines Grundes eine Veranlassung überhaupt nur dann gegeben, wenn dessen Wortlaut irgend zweifelhaft wäre. Dieses ist aber nicht im mindesten der Fall. Es kann daher, da der Wortlaut eines Gesetzes stets vor allem entscheidet, und es dem Richter überhaupt untersagt ist, Unterscheidungen in dasselbe hineinzulegen, welche seinem Wortlaute fremd sind, jene beschränkende Intention dem Gesetzgeber um so minder beigemessen werden, als er in den angeführten Bestimmungen zwischen den leiblichen und Stiefkindern ganz ausdrücklich durch die Auflage der Verpflichtung zur bloßen Auszeige und beziehungsweise Herausgabe des eheträulichen, bezw. mütterlichen Vermögens

selbst unterschieden hat, ohne in Ansehung der Stiefkinder aus Anlaß der bei diesen bestehenden abweichenden Verhältnisse, die ihm doch am besten bekannt sein mußten, eine Ausnahme zu statuiren. Vergl. OABG. v. 6. Mai 1854 Nr. 458⁵³/₅₄.

d) Eine eibliche Manifestation des mütterlichen Nachlasses können sonach die Kläger von ihrem Stiefvater nicht verlangen, der Beklagte war daher von der erhobenen Klage zu entbinden. Den Stiefkindern dagegen bleibt nur der Weg offen, ihre Ansprüche an den Nachlaß ihrer Mutter mit einer förmlichen Erbschaftsklage geltend zu machen, wenn dieselben auf Verabfolgung eines Erbtheiles gerichtet werden wollen, der sich nach dem unbelasteten Werthe des von ihrer Mutter durch den Ehevertrag vom 23. Dezember 1813 dem Beklagten angeheiratheten Mühlenwesens berechne, welches im Jahre 1813 einen Werth von 1613 fl. gehabt haben, im Jahre 1852 aber um 26,500 fl. veräußert worden sein soll.

OABG. v. 18. Juni 1856 Reg.-Nr. 228⁵⁵/₅₆.
§.

2.

Beweislast in Betreff der Eintrede, welche aus einer Nebenbestimmung eines zweiseitigen Vertrages abgeleitet wird.

Daß auf einer gewissen dem A. zugehörigen Waldfläche zum Schlage bestimmte Stammholz wurde im Ganzen dem B. um die Summe von 800 fl. verkauft. Der auf Zahlung dieses Kaufpreises belangte Käufer behauptete in der Vernehmung, daß der Verkäufer ihm ein Schlagquantum von 90 Klastern gewährleistet, der Schlag jedoch nur ein Erträgniß von $64\frac{1}{4}$ Klastern geliefert habe, und daß er demgemäß befugt sei, die Kaufsumme zu 800 fl. im Verhältniß von $25\frac{3}{4}$ zu 90 zu mindern, als worauf sein aus dem Kaufvertrage ent-

springendes Interesse nach dem Pr. R. Th. I Tit. XI §§. 211, 170, 171 sich beschränkt.

In dieser Behauptung sah der oberste Gerichtshof eine Einrede, wodurch der Käufer das Recht auf Schadloshaltung gegen den Verkäufer aus einer Nebenbestimmung des Kaufvertrages geltend mache, und drückte sich über die mit dieser Anschauung zusammenhängende Beweislast in dem Erkenntnisse, welches sich damit zu befassen hatte, folgendermaßen aus:

Ein Kaufvertrag besteht aus Hauptbestimmungen, ohne welche er nicht gedacht werden kann, und mag außerdem noch mancherlei Nebenbestimmungen oder Verabredungen in sich fassen. Klagt einer der Kontrahenten auf Erfüllung einer Hauptverbindlichkeit, so muß für ihn die Behauptung und der Beweis jener Hauptbestimmungen ausreichend sein, und wenn sein Gegner aus den Nebenbestimmungen des Vertrages ein besonderes Recht für sich ableitet, so ist er verpflichtet, im Falle des Widerspruches, den Beweis der Nebenbestimmungen zu liefern. Keineswegs aber kann in einem solchen Falle dem Kläger zugemuthet werden, den Beweis der Negation zu erbringen, daß der Vertrag ohne jene Nebenbestimmungen abgeschlossen worden sei, so daß alsdann seinem Gegner frei stünde, die Affirmation im directen Gegenbeweise darzuthun: Archiv f. civilist. Praxis Bb. VII S. 361, Beyer, Civilprozeß S. 737.

DAOGrf. v. 22. April 1861 Reg.-Nr. 508⁶⁰/₆₁.

3.

Gegen den Ausspruch auf Ermäßigung von Forstberechtigungen durch die Forstpolizeibehörde steht jedem Betheiligten der Civilrechtsweg offen.

(Forstgesetz, erl. von Brater in: von Dollmann, Gesetzgebung u. Thl. II Bb. I S. 448 Nr. 4 vgl. mit S. 441 lit. β.)

Für eine Anzahl von Forstberechtigten war der

bisherige Streubezug in Anwendung des Art. 25 Abs. 1 des Forstgesetzes v. 28. März 1852 auf eine Reihe von Jahren bedeutend gemindert worden, und es traten deshalb jene wider den Waldbesitzer auf Fortleistung des von ihnen früher empfangenen vollen Streuquantums klagend auf.

Die von dem Verpflichteten hiebei entgegen gesetzte Einrede der Inkompetenz der Gerichte, welche sich darauf gründete, daß diesen irgend eine Kognition über die bereits von den Administrativbehörden entschiedene Ermäßigungsfrage gar nicht mehr zukomme, wurde auch oberstrichterlich verworfen, „weil der Umstand, daß sich der Vorbehalt des Rechtsweges gegen den Ausspruch der Forstpolizeibehörde gemäß Abs. 4 a. a. O. nicht bloß auf die Entschädigung, sondern auch auf die Ermäßigung beziehe, klar aus dem folgenden Absage erhellte, worin dem Waldbesitzer die Befugniß, Ermäßigung mittelst Klage auf dem Rechtswege zu verlangen, ausdrücklich eingeräumt und ebenso den Forstberechtigten die Betretung des Rechtsweges gestattet sei,“ und dabei bezüglich des weiteren Einwandes des Beklagten über mangelhafte Begründung der Klage noch bemerkt, „daß, nachdem gemäß der Vorschrift in Abs. 1 a. a. O. Forstberechtigungen nur dann ermäßigt werden dürfen, wenn sie die nachhaltige Bewirthschaftung des Waldes beeinträchtigen, bei Betretung des Rechtsweges gegen einen Ermäßigungsbeschluß der Forstpolizeibehörde die dießfallige Klage durch die Behauptung genügend substantzirt sei, daß auch bei der ungeschmälerten Ausübung der Forstberechtigung der Wald noch nachhaltig bewirthschaftet werden könne, oder, was dasselbe, daß die betreffende Walbung ohne Beeinträchtigung nachhaltiger Bewirthschaftung den vollen Bezug der in Anspruch genommenen Streufuder gestatte, wobei es sich von selbst verstehe, daß die Berechtigten

auch den Beweis hierüber zu führen hätten, einmal, weil die Kläger nach B.D. Kap. 9 §. 1 den Grund ihrer Klage erproben müßten, und sodann, weil der Beklagte den durch Art. 24 a. a. O. ihm gewährten Schutz der nachhaltigen Bewirthschaftung seines Waldes durch den nach Art. 25 gefaßten Beschluß der Forstpolizeibehörde, welcher ein Provisorium zu seinen Gunsten feststelle, wirklich erlangt habe, und hierin nach Art. 33 so lange zu sichern sei, bis auf dem Rechtsweg eine andere Entscheidung eingetreten.

DAGE. v. 18. März 1861 Reg.-Nr. 540⁶⁰/₆₁.
ß.

4.

Wird nach dem Tode des Erblassers gegen diesen eine Injurie verübt, so steht den Erben auch ohne Verwandtschaft mit dem Defuncten nach bayer. Landrechte ein Klagerecht zur Seite.

Den Motiven eines reformirenden oberstrichterlichen Erkenntnisses entnehmen wir Folgendes:

Aus der Bestimmung des bayer. M. Thl. IV Kap. XVII §. 11 geht hervor, daß dem Erben als solchem, wenn nach dem Tode des Erblassers gegen diesen eine Injurie verübt worden ist, ein Klagerecht zusteht, und daß dem Erben nicht nebenbei noch die Qualität eines gewissen Verwandtschaftsgrades mit dem Defuncten zur Seite stehen muß, ergibt sich aus dem ganzen Inhalte obiger Bestimmung um so gewisser, als dieselbe nur von den Ansprüchen des Erben handelt, und nirgends von denjenigen mittelbar Injuriirten, worüber §. 3 l. c. statuiert, Erwähnung macht.

Wenn daher in den Anmerkungen zu §. 11 lit. c. (Nr. 2 b) auch noch desjenigen Erben, welcher Defuncten so nahe angegangen hat, daß jener selbst per indirectum affrontirt wird, gedacht ist, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß — wie die Vorinstanz

angenommen hat, — das bloße Erbschaftsverhältniß an sich zur Klagestellung nicht berechtigt, sondern der Erbe außerdem noch in einem besonderen nahen Verhältnisse zum Erblasser gestanden sein müsse, und zwar deshalb nicht, weil dem mittelbar Injuriirten ohne dieß schon ein Klagerrecht *proprio nomine* zusteht, — während nach obenangeführter Gesetzesbestimmung dem Erben nur dann ein Klagerrecht eingeräumt ist, wenn nach des Erblassers Tod gegen diesen eine Injurie verübt worden ist, und diese Gesetzesbestimmung somit völlig illusorisch wäre, wenn der Erbe noch außerdem die Qualität der Verwandtschaft besitzen müßte.

DAGE. v. 30. Juli 1860 Reg.-Nr. 1130⁵⁹/₆₀.
E.

An die Herren Mitarbeiter.

Den Verkehr zwischen denjenigen Herren Mitarbeitern an diesen Blättern, welche dem obersten Gerichtshofe angehören, mit der Redaktion wird von nun an Herr Oberappellationsgerichtsfekretär G e r b e r vermitteln.

Sonstige Mittheilungen für die Blätter für Rechtsanwendung und Zuschriften an deren Redaktion können unter folgenden Adressen aufgegeben werden:
Herrn Oberappellationsgerichtsrath Dr. Gluck,

M ü n c h e n, Louisenstraße Nr. 12/II.
„ Hofrath und ö. o. Professor der Rechte Dr.
v o n D o l l m a n n,

M ü n c h e n, Schellingstraße Nr. 23/II.
„ Bezirksgerichtsassistenten J u c h,

M ü n c h e n, Schillerstraße Nr. 40/o.
Der Verlagsbuchhandlung von Palm & Enke
(A d o l p h E n k e),
E r l a n g e n.

Appellationsgerichtsdirektor Dr. S t e p p e s ,
P a s s a u.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Körperverletzungen, welche mehr als fünfstägige Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht zur Folge haben und mit Waffen, aber ohne überlegten Entschluß, verübt werden, sind als Uebertretungen zu bestrafen. — Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Incidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. (Fortsetzung). — Nicht bloß demjenigen, welcher wegen der Fälsch. zur Gewährungsselbstung, sondern auch demjenigen, welcher wegen der Fälsch. zur Schadloshaltung accessorisch intervenirt, kann der Richter einen nebensächlichen Eid antworten. — Die Oberverwaltungsbehörde ist nicht befugt, wider einen den Prozeß eines Mündels führenden Anwalt disziplinar einzuschreiten. — Berichtigung.

Körperverletzungen, welche mehr als fünfstägige Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit nicht zur Folge haben und mit Waffen, aber ohne überlegten Entschluß, verübt werden, sind als Uebertretungen zu bestrafen.

Die Art. 234—237 des neuen Strafgesetzbuches haben eine Fassung, welche es zweifelhaft macht, ob Körperverletzungen, welche mit Waffen¹⁾, aber nicht mit vorbedachtem Entschlusse, verübt wurden und nur eine fünf Tage nicht übersteigende Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursachten, als Vergehen mit Gefängniß bis zu zwei Jahren zu bestrafen oder nur als Uebertretungen mit den im Art. 237 bestimmten Strafen zu belegen seien.

¹⁾ Bei den übrigen in Art. 234 Ziff. 3 genannten Erschwerungsgründen hat unsere Frage keine Bedeutung. Verabredete Verbindung zweier oder mehrerer Personen zu einer Körperverletzung und Aufpassen, um eine solche zu begehen, setzen überlegten Entschluß geradezu voraus, und auch die Anwendung von Gift läßt sich schwer ohne solchen denken.

Auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, sie für Vergehen zu erklären wegen der Worte im Art. 237: „sofern nicht gemäß Ziff. 3 des eben angeführten Artikels“ (234) „eine schwerere Strafe verwirkt ist,“ — und weil der Art. 235 nur für die in Art. 234 Ziff. 1 und 2 objektiv definirten Fälle eine Herabsetzung der Strafe wegen Mangels des überlegten Entschlusses zuzulassen scheint.

Diese Auffassung wird durch zwei Erwägungen unterstützt. Einmal geht die in Art. 234 Ziff. 3 angedrohte Strafe nach Art. 17 bis auf einen einzigen Tag herab, läßt also dem Richter genugsames Bemessen auch für sehr geringe und durch das Zusammentreffen mildernder Umstände erleichterte Fälle. Daß dabei auch die nur eintägige Strafe immer Vergehensstrafe bleibt, könnte man geneigt sein, im Hinblick auf StGB. Art. 29 und Einf.-Ges. Art. 21 nicht hoch anzuschlagen, so daß eine einfache, mit nachwirkenden Straffolgen nicht verbundene Vergehensstrafe für eine wenn auch gering beschädigende, doch immerhin erschwerte Mißhandlung nicht zu hoch erschiene.

Dazu kommt, daß die Körperverletzungen im Uebertretungsgrade, sofern sie nicht in einer Schlägerei verübt wurden, nur auf Antrag des Verletzten oder seines gesetzlichen Vertreters bestraft werden. Einem Messerstiche oder Säbelhiebe läßt sich aber nicht ansehen, ob er mit überlegtem Entschlusse oder im Auswallen des Zornes zugefügt wurde. Daher werden Untersuchungsrichter und Staatsanwalt oft in Verlegenheit kommen, ob eine Untersuchung von Amtß wegen einzuleiten oder ein Antrag auf Strafverfolgung abzuwarten sei. Auch bei der Aburtheilung einer als prämeditirt verwiesenen That können die Gerichte in Bedenken über die Behandlung der Sache gerathen, wenn die Verhandlung den Mangel der Prämeditation ergibt, ein Strafantrag des Ver-

legten aber nicht vorliegt. Alles dieses konnte für den Gesetzgeber weitere Gründe abgeben, auch der nichtprämeditirten Körperverletzung mittelst Waffe den Charakter des Vergehens zu belassen. —

Diese Erwägungen sind jedoch nicht durchschlagend, und schon eine nähere Betrachtung des Wortlautes der gesetzlichen Bestimmungen und der Stellung der einzelnen Artikel zu einander ergibt, daß die Körperverletzungen der bezeichneten Art nur als Uebertretungen mit den im Art. 237 angedrohten Strafen zu belegen sind.

Vor Allem haben wir das Marginale zu Art. 234 in's Auge zu fassen, wonach dieser und die folgenden Art. bis zu Art. 239 (der von fahrlässigen Körperverletzungen handelt) die vorsätzlichen Körperverletzungen mit Strafen bedrohen, also sowohl die prämeditirten als die nichtprämeditirten.

Der Art. 234 enthält die Aufzählung derjenigen Fälle von Körperverletzungen, welche, wenn sie mit überlegtem Entschlusse zugefügt sind, als Verbrechen (Ziff. 1) oder als Vergehen (Z. 2 und 3) zu bestrafen sind. Mit Vergehensstrafen sind bedroht diejenigen rechtswidrig, ohne die Absicht zu tödten und mit überlegtem Entschlusse zugefügten Körperverletzungen, welche nicht einen der unter Ziff. 1 bezeichneten Nachtheile bewirken, aber entweder eine Krankheit bezw. Arbeitsunfähigkeit von mehr als 5 bis zu 60 Tagen verursachen (Ziff. 2), oder bei noch geringerer Beschädigung durch Waffengebrauch oder einen anderen unter Ziff. 3 angeführten Umstand erschwert sind.

Im Art. 235 folgen alsdann die Strafbestimmungen für die ohne überlegten Entschluß verübten Körperverletzungen, welche ihrer schweren Folgen wegen bei überlegter Ausführung Verbrechen (Art. 234 Ziff. 1) oder Vergehen (Art. 234 Ziff. 2)

sind, nicht aber auch eine Strafandrohung für die unvorbedachten Körperverletzungen mit den geringsten nachtheiligen Folgen (bis zu 5 Tagen Krankheit u.), welche nur erschwerender Umstände wegen (Art. 234 Ziff. 3) Vergehen sind. Der Art. 236 enthält dann für alle Fälle des Art. 234 einen Strafschärfungsgrund.

Noch fehlt es also an Strafbestimmungen:

a) für die nicht durch Waffengebrauch u. erschweren vorsächlichen Körperverletzungen, welche nur eine fünftägige oder geringer dauernde Beschädigung bewirkten, mögen sie nun mit oder ohne überlegten Entschluß verübt sein;

b) für die vorsätzlich ohne überlegten Entschluß verübten Körperverletzungen von gleicher geringer Wirkung, welche durch die im Art. 234 Ziff. 3 aufgezählten Vorbereitungen oder Mittel erschwert sind.

Diese zwei bezw. drei Klassen von Körperverletzungen faßt nun Art. 237 Abs. 1 zusammen und bedroht sie mit der allgemeinen Uebertretungsstrafe des Art. 1.

Denn betrachten wir den Wortlaut des Art. 237 Abs. 1, ohne vorerst auch den Zwischensatz: „sofern nicht verwirkt ist“ — näher in's Auge zu fassen, aber mit Hinblick auf das Marginale zu Art. 234, so bezieht sich die Strafandrohung auf alle Arten vorsächlich ohne die Absicht, zu tödten, verübter Körperverletzungen, welche nicht den Tod, einen bleibenden Nachtheil, oder einen vorübergehenden Nachtheil von mehr als fünftägiger Dauer zur Folge haben.

Nun schließt aber der Zwischensatz: „sofern nicht gemäß Ziff. 3 des eben angeführten Artikels“ (234) „eine schwerere Strafe verwirkt ist“ — nur die prämeditirten mit Waffe u. verübten Körperverletzungen von den Bestimmungen des Art. 237 aus, da ja eben der Art. 234 Ziff. 3 nur für den

Fall prämeditirter Körperverletzung mit Waffe u. die Gefängnißstrafe bis zu zwei Jahren androht. Die Worte: „sofern nicht verwirkt ist“ — sind daher ganz gleichbedeutend mit denen: sofern nicht wegen einer mit überlegtem Entschlusse und mit Waffe verübten That Gefängnißstrafe verwirkt ist.

Fällt hienach der in der Ueberschrift bezeichnete Fall unter den Wortlaut des Art. 237 Abs. 1, so besteht auch keine Lücke im Gesetze, welche uns etwa berechtigte, die Bestimmung des Art. 234 Ziff. 3 nach einem muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers auf die nicht prämeditirten Körperverletzungen mit Waffen auszubehnen. Es läßt sich aber auch aus der Entstehungsgeschichte der Art. 234 ff. nachweisen, daß der Gesetzgeber die in der Ueberschrift bezeichneten Körperverletzungen nur mit einer Uebertretungsstrafe bedrohen wollte.

Der Entwurf von 1856, der für Uebertretungen eine Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten mit möglicher Verbindung einer Geldstrafe bis zu 300 fl. projektirt hatte, nahm alle Körperverletzungen ohne mehr als achttägige nachtheilige Folgen unter die Uebertretungen auf. Nachdem man sich über ein geringeres Maximum der Uebertretungsstrafen verständigt hatte, beantragte Dr. Bölk in seinem Vortrage vom 27. Mai 1857 (Verhandl. des Gesetzgeb.-Aussh. d. K. d. Abg. i. J. 18^{56/57} Bd. I S. 345 ff.), den Vergehensbegriff bei der Körperverletzung zu erweitern, setzte statt: „über 8 Tage“ — „über fünf Tage“ — und nahm die vorbedachte Körperverletzung mit Waffen, nächtlichem Aufpassen oder verabredeter Verbindung ohne jene Folge unter die Vergehen, die derartige nicht vorbedachte aber unter die Uebertretungen auf. Dr. Bölk formulirte seine Artikel in diesem Sinne vollständig deutlich, insbesondere ist aus dem von ihm vorgeschlagenen Art. 235

(a. a. O. S. 348 Sp. 1) mit aller Bestimmtheit zu entnehmen, daß die Körperverletzung mit nur fünftägiger oder kürzerer Dauer der Krankheit u., auch wenn mit Waffen, aber ohne vorbeachteten Entschluß verübt, als Uebertretung zu bestrafen sei. So gingen die Bölk'schen Propositionen mit hieher nicht relevanten Modificationen aus dem Gesetzgebungsausschusse der Kammer der Abgeordneten mit allseitiger Zustimmung hervor (Sitzung v. 3. Juli 1857, Berh. d. Gesetz.-Aussh. d. K. d. Abg. i. J. 18⁵⁷/₅₈ Bd. II S. 53 f.). Bei dieser Berathung kam insbesondere auch das oben erwähnte Bedenken zur Sprache, welches entsteht, wenn erst die öffentliche Verhandlung den Mangel der Prämeditation ergibt und kein Antrag des Verletzten vorliegt. Dasselbe wurde aber nicht für hinreichend erheblich erachtet.

Der Entwurf von 18⁵⁹/₆₀ brachte die Bölk'schen Artikel lediglich in eine andere Fassung. Materiell wollte daran gar nichts geändert werden, als der Zusatz: „gänzliche oder theilweise“ — je vor dem Worte „Arbeitsunfähigkeit“ (vgl. Motive z. Art. 237). Der Referent über den Entwurf, Dr. Weiss, in seinem ersten Vertrage über den besondern Theil bezeichnet diese Abweichung und hebt dann die materielle Uebereinstimmung des Entwurfes mit den früheren Ausschufsanträgen hervor, indem er zum Art. 237 des Entwurfes (nun Art. 234 des Gesetzes) sagt:

„Im Uebrigen stimmt der vorliegende Artikel mit dem überein, was der Ausschuf früher beschlossen hat; nur ist die Stellung und die Form der einzelnen Bestimmungen in diesem und den folgenden Artikeln geändert. Durch diese Aenderung, wenn ihr zugestimmt wird, gewinnt das Gesetz an Kürze, keineswegs an Klarheit und Uebersichtlichkeit. Ich will jedoch in dieser Beziehung keinerlei Anstand erheben.“

Zum jetzigen Artikel 237 (im Entwurfe 240) aber sagt er:

„Ich bin mit diesem Artikel ganz einverstanden. Insbesondere habe ich auch gegen die im Abs. 1 im Vergleiche zum früheren Ausschußbeschlusse vorgeschlagene höhere Strafe um deßwillen nichts zu erinnern, weil allerdings ziemlich grave Fälle vorkommen können, welche nach Art. 240“ (nun 237) „Abs. 1 zu bestrafen sind, wie z. B. eine mittelst Anwendung von Waffen verübte Körperverletzung, welche eine fünftägige Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht hat. Diese Körperverletzung ist nämlich nur dann Vergehen, wenn sie zugleich mit überlegtem Entschlusse verübt wurde.“

Weber bei der Berathung noch bei der Feststellung des Gesetzes hat irgend ein Organ der Gesetzgebungsfaktoren gegen die derartige, als prinzipiell zu Grunde gelegte Ausscheidung irgend etwas geäußert.

Hienach wird der in der Ueberschrift aufgestellte Satz vollständig erwiesen sein. Die kurze Besprechung dieser Frage aber hielten wir für nothwendig, da die Kommentatoren des neuen StGB. theilweise die entgegengesetzte Ansicht aufstellen, von der sie aber wohl zurückkommen werden. .. gn ..

Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte.

Von Professor Dr. C. Volgiano.

Zweiter Theil.

(Fortsetzung.)

V. Die im III. und IV. Abschn. betrachteten Arten der Inzidentrestitution finden, wie oben unter I schon aufgestellt ist, während des ganzen Laufes

des Prozeßes (incidenter) bis zum Definitivurtheile Statt. Ich bin nun in meinen Erörterungen über das Wesen der Inzidentrestitution so weit vorgeschritten, daß ich jenen Satz noch näher begründen und damit zugleich die im ersten Theile dieser Abhandlung vertheidigte Meinung über die Zulässigkeit der *restitutio contra sententias* nur gegen Definitivsentenzen noch mehr befestigen kann.

Was hat denn wohl die Theorie und die Praxis zu der Meinung veranlaßt, daß gegen einen selbständig appellablen, aber rechtskräftig gewordenen Zwischenbescheid nur auf dem Wege der *restitutio contra sententiam* Abhilfe gesucht und erlangt werden könne? — Offenbar der Hinblick auf die Rechtskraft des Zwischenbescheides. Die Inzidentrestitution erschien stark genug, ein einfaches Fristversäumniß aus dem Wege zu räumen. Lag aber ein *cum plena causae cognitione* erlassener und auf dem Wege der Berufung nicht mehr abzuändernder Zwischenbescheid, etwa ein rechtskräftiges Beweisinterlokut in Mitte, so hielt man dafür, es sei mit der bloßen Beseitigung des Fristversäumnisses noch nicht Alles abgethan, es müsse vielmehr auch noch das mit dem starken Ball der Rechtskraft, die aus Schwarz Weiß macht, umgebene Interlokut demolirt werden, und hiezu hielt man das leichte Feldgeschütz der Inzidentrestitution nicht geeignet, glaubte vielmehr dagegen den Belagerungspark der *restitutio contra sententiam* auffahren zu müssen.

Ich glaube indeß, auf überzeugende Weise darthun zu können, daß dieses Bedenken im Geseze nicht begründet ist.

Die O.D. verbietet im Kap. XIV §. 9 Nr. 1 dem Richter, einen von ihm *cum cognitione causae* erlassenen Bescheid abzuändern oder umzustoßen. Aber dieses Verbot ist kein unbedingtes. Es ist nur

auf den Fall beschränkt, da kein rechtmäßiges *remedium juris* eingewendet wird.

Zur Erläuterung dieser Vorschrift fügt dann die *GD.* den §. 10 an, theilt die *remedia juris*, wodurch eine Sentenz wieder umgestoßen werden kann, in *ordinaria* und *extraordinaria* und zählt unter die *remedia juris extraordinaria* die *restitutio in integrum*. Dabei wird die *restitutio in integrum* im Allgemeinen, ohne Unterscheidung der einzelnen Arten, als *remedium juris*, wodurch eine Sentenz wieder umgestoßen werden kann, bezeichnet und darauf hingewiesen, daß von diesem Rechtsmittel in Kap. XVI gehandelt werde, wo dann auch in §. 1 die beiden Arten der Restitution, die Restitution gegen Definitivurtheile und die Inzidentrestitution, aufgeführt und normirt werden.

Hienach rechnet denn die *GD.* ganz deutlich und entschieden auch die Inzidentrestitution unter die *remedia juris*, wodurch *cum cognitione causae* erlassene Bescheide geändert oder umgestoßen werden mögen, und es ist klar, daß ihr diese Wirkung gerade in Bezug auf rechtskräftige Bescheide zukommen muß. Denn die *restitutio in int.*, insbesondere auch die Inzidentrestitution, ist ja ein außerordentliches Rechtsmittel, und diese Klasse von Rechtsmitteln findet eben gegen rechtskräftige Bescheide Statt, so daß die *GD.* in Kap. XIV §. 11 Nr. 2 den allgemeinen Begriff der Rechtskraft ⁶⁾ selbst dahin feststellt, daß die Sentenz nicht

⁶⁾ Der allgemeine Begriff der Rechtskraft, d. h. der Begriff derjenigen Rechtskraft, deren sowohl Endurtheile als Interlokute fähig sind, konnte auch nicht anders bezeichnet werden. Nur bei den Definitivsentenzen hat die Rechtskraft noch die Wirkung der Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses nach *GD.* Kap. XVIII §. 1.

mehr anders als durch ein außerordentliches Rechtsmittel umgestoßen werden kann. Es ist hiemit vollkommen erwiesen, daß die restitutio i. i. im Allgemeinen die Wirkung hat, dem Richter die Abänderung oder Umstößung eines rechtskräftigen Erkenntnisses zu gestatten, und die rest. contra sent. unterscheidet sich von der Inzidentrestitution in diesem Punkte nur dadurch, daß die rest. contra sent. allein zur Umstößung eines rechtskräftigen Definitivurtheiles führen kann, während die Inzidentrestitution nur die Kraft besitzt, die Aenderung interlokutorischer Bescheide herbeizuführen.

Gegen den so eben geführten Beweis könnte man sich etwa darauf berufen wollen, daß Kreittmayr dreimal die Inzidentrestitution in einen Gegensatz zum remedium juris zu setzen scheint, einmal im Texte des Kap. XVI §. 1 im Eingange, dann in der Anm. lit. a dazu gegen das Ende und endlich im Eingange zur Anm. lit. m. Hieraus könnte man folgern, Kreittmayr habe trotz des deutlichen Inhaltes des Kap. XIV §. 10 die Inzidentrestitution nicht unter die remedia juris extraordinaria gerechnet, ihr folglich auch nicht die Wirkung beigelegt, einen causa cognita erlassenen Bescheid umzustößen. Allein abgesehen davon, daß diese Folgerung bei der häufig nachlässigen Schreibweise Kreittmayr's an sich nicht auf sehr festem Grunde ruht, so stehen ja an allen drei Stellen neben den Worten: „als ein remedium juris“ — auch die Worte: „contra sententias“. Wenn also richtig ist, was ich im ersten Theile dieser Abhandlung aus äußeren und inneren Gründen hinlänglich erwiesen zu haben glaube, daß nämlich unter restitutio contra sententias von Kreittmayr und in der von ihm verfaßten O.D. nur die Restitution gegen Endurtheile verstanden wird, so ist auch offenbar, daß an jenen drei Stellen der Nachdruck

nicht auf die Worte: „als ein *remedium juris*“ — sondern auf die Worte: „*contra sententias*“ — zu legen ist, daß also durch jene Gegenüberstellung Kreittmayr der Inzidentrestitution nicht die Eigenschaft eines außerordentlichen Rechtsmittels und dessen Wirkung gegen rechtskräftige Bescheide (Zwischenbescheide), sondern nur die Kraft absprechen wollte, Endurtheile umzustößen.

Wollte man den Satz, daß die Inzidentrestitution ein wahres Rechtsmittel sei, und zwar ein außerordentliches mit der Kraft, rechtskräftige Zwischenbescheide umzustößen, nicht anerkennen, so gelangte man mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 53 Z. 3 der Prozeßnovelle von 1837 zu wahrhaft haarsträubenden Konsequenzen. Nach dieser gesetzlichen Bestimmung sind auch einfache Dekrete und einfache Zwischenbescheide der Rechtskraft fähig und werden ihrer theilhaftig, sobald die Verwahrung dagegen versäumt ist. Wenn man nun der Inzidentrestitution die Wirkung eines außerordentlichen Rechtsmittels versagt, so wäre entweder in sehr vielen Fällen der Inzidentrestitution jede Wirksamkeit versagt und damit dem Verletzten jede Rechtshilfe gegen ein unverschuldetes Versäumniß abgeschnitten, oder man müßte dem bestbegründeten Satze, daß die *restitutio contra sententiam* nur gegen das Endurtheil gerichtet sei, wieder umstoßen und nun dieses Rechtsmittel nicht bloß gegen das Beweis- und Eidesinterlokt, sondern auch gegen einfache Zwischenbescheide und bloß prozeßleitende Dekrete zulassen.

Ein Beispiel möge klar machen, welches die praktischen Folgen dieser Theorien wären. Angenommen, einer Klage wird die Einrede der Kompensation entgegengesetzt. Der Kläger, der die Klage als Erbe des ursprünglichen Gläubigers angestellt hat, setzt dieser Einrede in der Replik bloßen Wider-

spruch entgegen und der Richter verfügt den Aktenschluß, weil hienach die Erholung einer Duplik nicht mehr nöthig ist. Dieß anerkennend legt keiner der streitenden Theile Verwahrung gegen den Aktenschluß ein. Nachdem die Frist zur Verwahrung abgelaufen, das Erkenntniß aber noch nicht erlassen ist, entdeckt der Kläger auf eine Weise, die ihn zur Inzidentrestitution vollkommen berechtigen würde, daß die Forderung, mit welcher kompensirt werden will, vom Erblasser längst gezahlt ist. Wäre nun die Inzidentrestitution nicht im Stande, die Rechtskraft des Dekretes auf Aktenschluß aufzuheben, so müßte entweder die *restitutio contra lapsum termini praejudicialis ad replicandum* ohne Wirkung bleiben und auf Grund der Akten, wie solche zur Zeit des Aktenschlusses lagen, erkannt werden, wo dann die bestbegründete wahre Replik der Zahlung dem Kläger verloren geht, oder man müßte die *restitutio contra sententiam* an Hand nehmen, um das rechtskräftige Dekret auf Aktenschluß umzu stoßen!

Erkennt man dagegen die von mir aufgestellten Sätze über die Voraussetzungen und Wirkungen der *restitutio contra sententias* und der Inzidentrestitution an, so ist klar, daß der Richter, indem er dem Kläger gegen das Versäumniß rechtzeitigen Vortrages der Zahlungsreplik Inzidentrestitution ertheilt, zugleich den rechtskräftig verfügten Aktenschluß wieder aufheben kann.

Muß man aber diese Wirkung der Inzidentrestitution bei den nach §. 53 Z. 3 der Novelle von 1837 rechtskräftig gewordenen Bescheiden anerkennen¹⁾, so muß man ihr die ganz gleiche Wirk-

¹⁾ Die Praxis der bayerischen Gerichte hat dieß faktisch, ohne sich des wahren Grundes dafür bewußt zu werden, gethan, was zwar gerechtfertigt, aber ge-

ung auch bezüglich der rechtskräftigen Beweisinterlofute^{*)} zugestehen. Denn die Rechtskraft, welche nach §. 53 Z. 3 a. a. O. dem Dekrete auf Aktenschluß zukommt, und die Rechtskraft, welche nach G. O. Kap. XIV §. 11 Nr. 1 und 3 dem Beweisinterlofute zukommt, ist ganz die gleiche; die eine Rechtskraft wie die andere ist die ebenda Nr. 2 beschriebene, welche darin besteht, daß der Bescheid anders als durch ein rechtmäßiges remedium juris extraordinarium nimmermehr umgestoßen werden kann.

Von diesem Standpunkte aus ist denn auch die Vorschrift der G. O. Kap. V §. 11 Nr. 7 nichts Singuläres, sondern einfache Anwendung der Grundsätze über Inzidentrestitution auf eine gewisse Art von Zwischenbescheiden, die Kontumazialbescheide.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Nicht bloß demjenigen, welcher wegen der Pflicht zur Gewährschaftsleistung, sondern auch demjenigen, welcher wegen der Pflicht zur Schadloshaltung accessorisch intervenirt, kann der Richter einen nothwendigen Eid auftragen.

Ein oberstrichterliches Erkenntniß äußert sich hierüber in folgender Weise:

Die revidirende Partei legt ein besonderes Ge-

genüber der Prozß, zur Abänderung eines Beweisinterlofutes eine rest. contra sent. zu verlangen, nicht konsequent ist.

*) Von den Eidesinterlofuten wird noch unten im Abschn. VIII die Rede sein.

wicht darauf, daß nur demjenigen accessorisch Intervenienden ein nothwendiger Eid vom Richter auferlegt werden könne, welcher durch eine Litisdenunziation wegen künftiger Gewährungsfleistung zur Vertretung aufgerufen worden ist.

Nun ist zwar richtig, daß die *GD.* Kap. VIII §. 2 lediglich den Regreß aus der Gewährungsfleistung an die Bedingung knüpft, daß derjenige, welchem die Eviktion eines von einem Dritten erworbenen Rechtes droht, um sich den Regreß an diesen Dritten zu sichern, rechtzeitig demselben den Streit verkünden müsse. Allein die *GD.* verwehrt darum einem Streittheile nicht, einem Dritten auch dann den Streit zu verkünden, wenn dieser Dritte für den Verlust des Streitobjectes oder das Unterliegen im Prozesse jenem aus irgend einem anderen Geschäfte oder Grunde als einem solchen, welcher die Gewährungsfleistung mit sich bringt, nämlich wegen Schadloshaltung im Allgemeinen haftet. Auch in solchem Falle muß sich der Gegner mit und ohne Litisdenunziation die accessorische Intervention des Dritten gefallen lassen und ist verbunden, den accessorisch Intervenienden, wenn derselbe ein rechtliches Interesse an dem Siege des von ihm Unterstützten hat, als dessen Streitgenossen, namentlich mit den Befugnissen, welche diesem die *GD.* Kap. XV §. 2 u. Anm. einräumt, anzusehen. Geht man nun auf die Frage ein, ob solch' einem accessorischen Intervenienden auch ein nothwendiger Eid auferlegt werden dürfe, so begegnet man in der *GD.* zwar nur der ausdrücklichen Bestimmung, daß, wenn die Klage *ex jure cesso* herrührt, nicht nur *cessionarius*, sondern gestalten Dingen nach auch *cedens* schwören soll (Kap. XIII §. 1 Nr. 3), und im Uebrigen dem doktrinellem Grundsätze, daß der Eid einem Dritten nicht aufgetragen werden dürfe, wenn derselbe das Geschäft, aus welchem der Streit

entstand und über welches jetzt der Eid geleistet werden soll, für die Partei besorgt hatte, z. B. einem Mandanten, Geschäftsführer (Arnold, über Eidesleistung durch Stellvertreter S. 82).

Allein, wenn solch' ein Dritter auf Litißdenunziation in dem Prozesse accessorisch intervenirt hat, und nicht nur zwischen dem Litißdenunzianten und dem Litißdenunziaten die causa der Haftung des letzteren feststeht, sondern auch der Gegner das Geschäft anerkennt, welches dieser für den Litißdenunzianten zu besorgen hatte oder besorgte, so darf sich der Richter für befugt erachten, nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände den nothwendigen Eid, welchen aus eigenem Wissen der Litißdenunziant leisten kann, der Litißdenunziant hingegen nicht, dem ersteren als Streitgenossen des letzteren aufzutragen. Denn beide, der Intervenient und der Streittheil, welchem er Beistand leistet, bilden unter solcher Voraussetzung gleichsam Eine Person und verfolgen ein und dasselbe untheilbare Interesse. Auch kommt im Falle des Streites über ein durch den Mandatar oder den Geschäftsführer — mit nachfolgender Ratihabition des Geschäftsherrn — vollzogenes Geschäft, soferne dem Mandatar oder dem Geschäftsführer der nothwendige Eid aufgetragen wird, doch nur zur Anwendung, was die O. R. Kap. XIII §. 1 Nr. 3 rücksichtlich der Eidesleistung durch den Cedenten anordnet, weil, ohngeachtet heutzutage die Klage aus dem vom Mandatar oder Geschäftsführer abgeschlossenen Vertrage gegen den anderen Kontrahenten dem Mandanten oder Geschäftsherrn direkt zugestanden wird, doch dem Prinzip und der doktrinellen Konstruktion gemäß eine stillschweigende Cession der kontraktlichen Forderung an den Mandanten oder Geschäftsherrn und deren Kundgabe an den anderen Kontrahenten anzunehmen ist (Wangerow, Pand. Bd. III S. 315). Hiezu

kommt endlich, daß, vorausgesetzt, der accessorische Intervenient habe anerkannt als Mandatar oder Geschäftsführer zu handeln gehabt oder handeln wollen, die Eidesleistung durch ihn bei Entscheidung des Streites nicht anders in die Wagschale fällt, als wenn er den Eid eines Zeugen geschworen hätte, und als solcher hätte er doch, wenn nicht Streitverkündung und Intervention vorausgegangen wäre, probuzirt werden und nach Umständen vollwichtiges Zeugniß ablegen können (Arnold a. a. O. S. 9, 89 vergl. mit Römer, Entsch. des OAG. zu Lübeck Bd. IV S. 371. Bl. f. RA. Bd. XIV S. 335).

OAGrf. vom 15. Mai 1860 Nr. 784⁵⁹/₆₀.
4/6.

2.

Die Obervormundschaftsbehörde ist nicht befugt, wider einen den Prozeß eines Mündels führenden Anwalt disziplinar einzuschreiten.

Wenn die Obervormundschaftsbehörde über den Stand eines Rechtsstreites, bei welchem ein Mündel betheiligt ist, von dem durch das Prozeßgericht aufgestellten Anwalte der Kuratel Aufschluß erhalten will, so steht es der Kuratelbehörde nicht zu, die Entsprechung einer solchen Aufforderung durch Strafen oder Strafanandrohung zu erwirken, da derselben in diesem Falle keine Kompetenz über den Rechtsanwalt zukommt. —

OAG. v. 22. Juni 1861 Nr. 1214⁶⁰/₆₁.
E.

Berichtigung. S. 88 Z. 10, 11 v. o. statt: „mittelfst der Versteigerungsverträge“ — lies: „mittelfst der Versteigerung Verträge.“

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. (Fortsetzung). — Bei Verhandlung und Entscheidung der Injurien- sachen nach St.G.B. von 1861 Art. 262 mit 264 und Eins.-Ges. Art. 61–63 haben die Stadt- und Landgerichte Stempel nicht anzuwenden. — Nach welchem Maßstabe ist der merkliche und schwere Nachtheil bei der reclamatio uxoria des Würzburger Landrechtes zu bemessen? — Zur Lehre von der reclamatio uxoria des Würzburger Landrechtes. Vor welchem Gerichte hat die Ehefrau die Restitutionsklage anzubringen? — Berichtigung.

**Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile
und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appel-
lation nach bayerischem Rechte.**

Von Professor Dr. C. Volgiano.

Zweiter Theil.

(Fortsetzung.)

VI. Nach O.D. Kap. XV §. 5 Nr. 8 soll wahrhaft neues Vorbringen in der Berufungsinstanz nur dann beachtet werden, wenn die Behelfe erst nach der Sentenz hervorgekommen sind oder in Erfahrung gebracht wurden. Dieses Vorbringen neuer Thatfachen und Beweismittel in der Berufung ist, materiell betrachtet, nichts Anderes, als eine Restitution. Darum bezeichnet auch Kreittmayr in der Ann. e zu Kap. XVI §. 1 d. O.D. das Vorbringen neuer Thatfachen in der Appellation ganz bestimmt und ausdrücklich als restitutio in integrum, welche man in appellatione zugleich incidenter mit begehren könne, und der Plenarbeschuß des obersten Gerichtshofes vom 14. Dez. 1843 (Reg.-Bl. v. 1844 S. 35 ff.) und auf denselben gegründete oberstrichterliche Erkenntnisse bezeichnen es

gleichfalls als Inguidentrestitution. In den Motiven des Plenarbeschlusses (S. 42 a. a. O.) heißt es:

„Das Gesuch um Zulassung von neuen Beweismitteln in appellatorio ist zwar auch ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Beweisfrist (Anmerk. ad Cod. jud. Cap. 16 §. 1 lit. e); allein es folgt als Accessorium des ordentlichen Rechtsmittels dem Prinzipale, und hat eben darum dieselbe Nothfrist, welche dem Prinzipale vorgeschrieben ist...“

Vgl. hiezu die oberstrichterlichen Erkenntnisse in den Bl. f. M. Bd. XIX S. 111, Bd. XX S. 48 u. 206, Bd. XXII S. 79 u. 414, Bd. XXIV S. 408.

Entsteht das Novum oder wird es in Erfahrung gebracht erst, nachdem die Berufung gegen das Erkenntniß aus anderen Gründen ergriffen und die Berufungsfrist abgelaufen ist, so daß das Novum auch nicht mehr in einem Nachtrage zur Berufungsschrift rechtzeitig vorgebracht werden kann, so ist, wie auch der angeführte Plenarbeschluß in den Motiven (S. 43 a. a. O.) ausspricht, die restitutio contra lapsum termini fatalis nachzusuchen, auf welchem Wege dann nachträglich der Oberrichter, an welchen die Hauptsache durch rechtzeitige Berufung devolvirt ist, auch noch mit dem neuen Vorbringen incidenter befaßt wird.

An eben dieser Stelle der Motive des Plenarbeschlusses findet sich denn auch die oben (in Abth. II S. 211) vorbehaltene Frage entschieden, wie lange gegen den Ablauf der Berufungsfrist Restitution nachgesucht werden kann. Es wird dort gesagt, derjenige, welcher im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels sich an den Oberrichter gewendet hat, könne auf dem Wege der Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungs- oder Abhäsionsfrist die nova so lange nachbringen, als der Oberrichter noch nicht erkannt hat.

Es besteht kein durchgreifender theoretischer Grund, diesem Ausspruche des obersten Gerichtshofes entgegenzutreten.

VII. Sind die bis jetzt von mir aufgestellten Grundsätze richtig:

daß die Prinzipalrestitution (*rest. contra sententiam*) nur gegen rechtskräftige Definitivurtheile zulässig sei,

daß die Inzidentrestitution dem Richter gestatte, einen rechtskräftigen Zwischenbescheid abzuändern,

daß an einen Obergerichter *nova* nur dann und so lange, als er durch ein ordentliches Rechtsmittel mit der Hauptsache befaßt ist, incidenter gebracht werden können,

so ergibt sich, daß die bei dem Richter, welcher die präjudizielle Frist ertheilt hat, also in der Regel bei dem Richter erster Instanz, nachzusuchende Inzidentrestitution das einzig zulässige Rechtsmittel zur Heilung der durch vollständige Versäumung oder unvollständige Benützung präjudizieller Fristen erlittenen prozeßualen Beschädigung selbst dann ist, wenn ein rechtskräftiger Zwischenbescheid in Mitte liegt. Wird z. B. während des Laufes der Berufungsfrist gegen das Beweisinterlokut eine neue Einrede entdeckt, und ist die Berufungssumme gegeben, so fragt es sich, ob die Berufung aus einem andern Grunde schon ergriffen war, oder nicht. Im ersten Falle muß natürlich das *Novum*, nöthigenfalls mittelst der *restitutio contra lapsum t. fatalis* an den Obergerichter gebracht werden. Ist die Berufung noch nicht ergriffen, so wird elektiv die Appellation *propter nova* und die Inzidentrestitution bei dem Richter erster Instanz koncurriren, weil man dem Beklagten die Befugniß nicht wird versagen können, das Interlokut rechtskräftig werden zu lassen und nun von der Inzidentrestitution Gebrauch zu machen. Wird die neue Einrede nach

unbenütztem Ablaufe der Berufungsfrist gegen das Beweisinterlokut, etwa erst im Laufe des Beweisverfahrens, entdeckt, so findet allein die Inzidentrestitution bei dem Richter erster Instanz Statt. Gleiches ist der Fall, wenn die Berufungssumme nicht vorhanden ist und die neue Einrede am dritten oder auch am neunzigsten Tage nach der Publikation des Beweisinterlokutes, nur noch vor dem Enderkennnisse in Erfahrung gebracht wird; vgl. oben S. 21 Note 3 im letzten Satze.

VIII. Ich kann nun auch zu der am Schlusse des ersten Theiles dieser Abhandlung unentschieden gelassenen Frage zurückkehren: ob die in der O. Kap. XIII §. 3 Nr. 6 bezeichnete Restitution als *restitutio contra sententiam* oder als Inzidentrestitution zu betrachten sei?

Nach dem, was oben im Abschn. V des zweiten Theiles dieser Abhandlung (S. 231 ff.) erörtert wurde, besteht nun nicht der mindeste Anstand, die Restitution, von der in §. 3 Nr. 6 a. a. O. gesprochen wird, als Inzidentrestitution aufzufassen. Weber im Texte der O. noch in der dazu gehörigen Anm. lit. g ist ausgesprochen oder auch nur angedeutet, daß die Restitution, mittelst welcher ein neues Beweismittel oder ein neuer thatsächlicher Grund gegen die Zulassung einer Person zum Eide in der Absicht eingeführt wird, durch den neuen Beihelf eine Abänderung des Eidesinterlokutes zu bewirken, als Prinzipalrestitution vorgebracht werden müsse. Da wir nun bewiesen haben, einerseits, daß die Prinzipalrestitution nur gegen Definitivurtheile gegeben ist, andererseits, daß die Inzidentrestitution im ganzen Laufe des Verfahrens bis zum Endurtheile zulässig ist und daß das Inmitteliegen eines der Rechtskraft fähigen und wirklich rechtskräftigen Interlokutes kein Hinderniß der Anbringung einer Inzidentrestitution bildet, indem

auch die Inzidentrestitution als *remedium juris extraordinarium* die Wirkung hat, ein rechtskräftiges Interlokut durch den Richter, der es erlassen hat, wieder umzustossen, — so muß die Restitution der G.D. Kap. XIII §. 3 Nr. 6 als Inzidentrestitution betrachtet werden. Indem aber diese Stelle der G.D. ausdrücklich hervorhebt, daß dieses Rechtsmittel den nämlichen Richter, der einen Notheid auferlegt hat, ermächtigt, denselben zu widerrufen, bildet sie zugleich einen glänzenden Beleg für die Richtigkeit der oben im Abschn. V dieses zweiten Theiles meiner Abhandlung aufgestellten Grundsätze. — —

So hat denn die in diesem zweiten Theile enthaltene Erörterung über das Wesen und die Wirkungen der Inzidentrestitution auf jedem Schritte dazu geführt, den im ersten Theile aufgestellten Satz: daß die *restitutio contra sententias* (Prinzipalrestitution) nur gegen definitive Urtheile gegeben sei, zu bekräftigen. Die ganze Untersuchung hat vollständig erwiesen, daß während des ganzen Laufes des Prozesses bis zum Endurtheile die Inzidentrestitution ausreicht, um Abhilfe gegen unverschuldete Versäumnisse zu gewähren, daß dagegen ein rechtskräftiges Endurtheil nur auf dem Wege der Prinzipalrestitution, durch einen neuen Prozeß, wieder umgestossen werden kann.

(Schluß folgt.)

Bei Verhandlung und Entscheidung der Injurien-sachen nach StGB. von 1861 Art. 262 mit 264 und Einf.-Gef. Art. 61—63 haben die Stadt- und Landgerichte Stempel nicht anzuwenden.

Obiger Satz geht aus den Gesetzen so klar hervor, daß es Zeitverschwendung scheinen könnte,

ihn hier besonders zu besprechen. Indes handeln ihm mehrere Stadt- und Landrichter zuwider, indem sie nicht nur zur Aufnahme der Klage, zum Protokolle und Urtheile Stempel verwenden, sondern auch verlangen, daß schriftliche Klagen u. von den sie einreichenden Betheiligten oder deren Anwälten auf Stempel geschrieben seien. Wir müssen daher den aufgestellten Satz so kurz als möglich begründen und wollen hier einleitend nur noch bemerken, daß die Richter, indem sie Stempel anwenden, allerdings der Gefahr einer Stempelstrafe entgehen, dagegen aber sich die Unannehmlichkeit zuziehen, den Betheiligten die angewendeten Stempel ersetzen zu müssen.

Die unrichtige Ansicht gründet sich offenbar darauf, daß man ~~der~~jenigen Injurien, wegen deren eine gerichtliche Einschreitung nur auf Klage der Beleidigten erfolgt, eine privatrechtliche oder doch eine aus strafrechtlicher und civilrechtlicher gemischte Natur zuschreibt. Hierzu könnte man sich für berechtigt halten theils eben wegen der zur Erwirkung der Sühne der Injurie nöthigen Klage, theils weil sich auch sonst in dem durch die Art. 61 ff. des Einf.-Ges. normirten Verfahren der Kläger dem Beklagten als Partei gegenübersteht, sodann weil insbesondere der Kläger sogar persönlich in die Kosten verurtheilt werden kann, weil der Art. 61 Abs. 3 einen Antrag auf Kostenkaution gegen den ausländischen Kläger zuläßt und der Art. 63 die Bestimmungen bezüglich des Armenthaltes für anwendbar erklärt, endlich weil ein Abhäsionsverfahren wegen Civilansprüchen Statt findet¹⁾.

Alle diese einzelnen formellen Abweichungen

¹⁾ Es folgt dies aus der im Art. 3 Ziff. 8 des Einf.-Ges. ausgesprochenen Aufrechterhaltung des Art. 6

von dem gewöhnlichen Verfahren in Strafsachen können aber nicht hinreichen, um demselben einen anderen Charakter zu verleihen, als es seiner inneren und materiellen Natur nach hat. Das Verfahren über Injurien ist aber ein Strafverfahren, Injurien sind Strafsachen, keine Polizeisachen, keine Polizeistrafsachen, keine Civilsachen. Es ergibt sich dieß daraus, daß Injurien mit öffentlichen Strafen, nicht mit Privatstrafen, bedroht sind (wodurch sie sich von den Civilsachen unterscheiden), und daß sie, auch wo sie vom Vergehen zur Uebertretung herabsinken, nicht Polizeiübertretungen werden (wie dieß mit den geringsten Injurien durch die Presse früher der Fall war), da sie weder im Polizeistrafgesetzbuche behandelt, noch in Spezialgesetzen als Polizeiübertretungen bezeichnet sind (PStGB. Art. 1), sondern im Strafgesetzbuche behandelt sind. Der rein strafrechtliche Charakter der hier in Frage stehenden Injurien, folgerichtig auch die strafprozeßuale Natur des Verfahrens, welches deren Bestrafung bezweckt, ergibt sich unmittelbar aus den Art. 61 und 64 des Einfl. Ges. vergl. mit Art. 262¹ des StGB. Neben vielem Anderen, was in den Verhandlungen vorkommt, spricht noch ganz entschieden dafür eine Aeußerung des Ref. Weiß in seinem II. Vortrage ü. d. Entw. d. StGB. (Berh. d. R. d. Abg. von 18⁵⁹/₆₁ Beil. Bd. II S. 375):

des Preßgesetzes, indem kein Grund abzusehen ist; warum die Adhäsion wegen der Civilansprüche nur bei Injurien durch die Presse, nicht bei allen Injurien Platz greifen sollte. Daß demungeachtet das Verfahren ein Strafverfahren bleibt, ist im Art. 8 Abs. 2 u. 3 des Preßges. klar ausgesprochen, weil der Richter als Strafrichter, nicht als Civilrichter über die Civilansprüche mit zu entscheiden hat.

„Das Strafgesetzbuch erklärt die Ehrenkränkungen für öffentlich strafbare Handlungen. Die hier in Rede stehende Verfolgung findet nicht blos vor dem Strafgerichte Statt, sondern sie ist auch ihrer Natur nach eine wirkliche Strafverfolgung, da der überführte Beklagte nicht in eine Entschädigung zum Vortheile des Klägers, sondern in eine öffentliche Strafe verurtheilt wird. Durch den Umstand, daß man in solchen Fällen aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht eine Verfolgung von Amtswegen eintreten läßt, sondern eine Klage des Verletzten verlangt, wird an der Natur der Verfolgung durchaus nichts geändert.“

Die Klage ist daher keine Civilklage, sondern strafrechtliche Anklage, der Kläger nicht Civilpartei, sondern Partei in einer Strafsache, der Kläger wird nicht in Civilprozeßkosten, sondern in Strafprozeßkosten verurtheilt, nur für solche Strafprozeßkosten stellt der ausländische Kläger Kaution, nur wegen solcher Strafprozeßkosten wird das Armenrecht ertheilt (vergl. die angef. Verh. Weil.-Bd. III S. 341 Sp. 2 — Äußerung des Dr. Barth). Daß hieran die Adhäsionsbefugniß nichts ändert, ist schon oben in der Note 1 bemerkt.

Daß nun aber in Strafsachen niemals Stempel anzuwenden sind, ist ohnehin bekannt. Vergl. Boße in: Gesetzgeb. d. Königr. Bayern erl. von v. Dollmann Th. II Bd. II S. 501 Alinea 1 und die dort angeführten JMG. v. 1. Okt. 1829, 30. Apr. 1842 u. 23. Nov. 1854 (Geret Bd XXVIII S. 122). — Es können daher auch in Injurienstrafsachen keine Stempel angewendet werden. Insbesondere kommt es auch deswegen, weil Injurienstrafsachen reine Strafsachen, nicht Polizeistrafachen sind, darauf nicht an, ob sonst und jetzt in Polizeistrafachen Stempel anzuwenden waren bzw. anzuwenden sind.

Daß der Grundsatz unbedingter Stempelfreiheit der Strafsachen auch dann keine Ausnahme erleidet,

wenn der beleidigte Kläger adhäsionsweise Schadensersatz oder Schmerzensgeld (Einf.-Gef. Art. 64) verlangt, dafür dürfte sich außer dem oben schon bezeichneten Grunde nach Folgendes anführen lassen.

Nach StGB. v. 1813 Th. II Art. 7 Ziff. 2 hatten die Strafgerichte die Befugniß und Pflicht, ihr Erkenntniß auch auf die aus der Uebertretung oder dem Prozesse entstandenen privatrechtlichen Forderungen an Kosten, Wiedererstattung, Schadensersatz oder Genugthuung zu erstrecken. Diese Vorschrift enthält etwas dem jetzigen Adhäsionsprozeß offenbar sehr Aehnliches. ... Schreiber dieser Zeilen war zwar vor dem 1. Jan. 1849 nie Richter in Strafsachen. Allein nach den vielen älteren Kriminalakten, die ihm von da an zu Gesicht kamen, und nach eingezogenen Erkundigungen glaubt er behaupten zu dürfen, daß es damals Niemanden einfiel, zu den Protokollen, in denen der Beschädigte über Wiedererstattung oder Schadensersatz vernommen wurde, oder zu den Strafurtheilen, wodurch der Angeklagte zugleich zu solcher Wiedererstattung oder Schadensersatz verurtheilt wurde, Stempel anzuwenden. Der Grund hiefür, daß die Vernehmung strafprozessuale Vernehmung blieb, obgleich darin ein privatrechtlicher Nebenpunkt der strafrechtlichen Untersuchung behandelt wurde, und daß das Strafurtheil Strafurtheil blieb, obgleich es den privatrechtlichen Nebenpunkt mit entschied, muß heute noch eben so durchschlagen, wie er vor 14 Jahren durchschlug.

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Nach welchem Maßstabe ist der merkliche und schwere Nachtheil bei der *reclamatio uxoria* des Würzburger Landrechtes zu bemessen?

Zur Begründung einer Revisionsbeschwerde wurde die Behauptung zu rechtfertigen gesucht: die durch das eingegangene Rechtsgeschäft zugefügte Verletzung müsse eine beträchtliche sein; zur Bemessung einer solchen Beschädigung kenne aber die Wissenschaft keinen anderen Maßstab, als die bei einer Verletzung über die Hälfte geltenden gesetzlichen Bestimmungen.

Der oberste Gerichtshof verwarf diesen Grund aus folgender Erwägung:

Das Rechtsmittel, welches der mit ihrem Ehemanne in allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau nach dem Würzburger Landrechte Theil III Tit. 102 §. 2 und nach der Verordnung vom 28 März 1700 verliehen ist, um die Aufhebung eines von ihrem Ehemanne in rechtsgültiger Weise abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu erwirken, wenn durch dasselbe dem gemeinschaftlichen Vermögen der Eheleute ein merklicher und schwerer Nachtheil zugeht, würde alle praktische Bedeutung verlieren, wenn ein großer Schaden nur dann als vorhanden angenommen werden würde, wenn eine Verletzung über die Hälfte vorliegt. Es würde überflüssig und zwecklos gewesen sein, der Ehefrau durch eine besondere Verordnung ein Rechtsmittel zu gewähren, welches bereits nach dem im vormaligen Fürstenthume Würzburg geltenden gemeinen Rechte auch dem Ehemanne und sogar jedem Käufer und Verkäufer zusteht, wenn ein Theil bei dem Kaufgeschäfte über die Hälfte des

wahren Gutswerthes verletzt worden ist; es würde sich ferner auch kein zureichender Grund auffinden lassen, warum die Ehefrau zur Geltendmachung ihres Rechtes an einen präklusiven Termin von 6 Wochen gebunden sein sollte, während dem Ehemanne zu gleichem Zwecke die gemeinrechtliche Verjährungsfrist offen stehen würde.

Das Reklamationsrecht der Ehefrau ist überdies nicht auf Kaufgeschäfte des Ehemannes beschränkt, es findet, mit Ausnahme der Darlehensverträge¹⁾ und Viehhandelschaften auch bei anderen Rechtsgeschäften statt, bei welchen die Grundsätze von Verletzung über die Hälfte gar nicht zur Anwendung kommen. Wie will bei einer vom Ehemanne übernommenen Bürgschaft die Berechnung des Schadens nach dem Maßstabe einer Verletzung über die Hälfte angestellt werden? Die Verletzung über die Hälfte

1) Vdg. v. 22. Mai 1758. Mand. C. Bd. II S. 727, und Vdg. v. 22. Julius 1777 M. C. Bd. III S. 153. Dieses Rechtsmittel kann nach einem obersterichterlichen Erkenntnisse vom 5. Juli 1845 Reg.-Nr. 616^{42/43} bei Darlehen aus dem Grunde nicht geltend gemacht werden, weil nicht durch das Darlehen an sich, sondern durch die Art der Verwendung desselben allein eine Beschädigung für die Ehefrau entstehen kann. Diese Verwendungswelse aber ist nur Sache des Darlehensnehmers, nicht des Darlehensgläubigers. Sollte aber in der Art des Darlehengebens selbst eine Beschädigung liegen, falls wucherliche Verträge oder andere nachtheilige Verabredungen dabei statt gefunden haben, so sind dafür andere Rechtsmittel vorhanden und es bedarf auch nicht der ehedrlichen Reclamation.

Auch wird die *reclamatio uxoria* gegen Vergleiche nach der Gerichtspraxis ausgeschlossen. Vergl. Bl. f. RM. Bd. XXIII S. 254. — OAG. v. 7. Juli 1856 MR. 1141 ^{54/55}. OAG. v. 2. März 1857 MR. 1046 ^{55/56}. OAG. v. 15. November 1844 MR. 1219 ^{42/44}. —

setzt ein Rechtsgeschäft voraus, bei welchem der eine Theil eine Leistung, der andere Theil eine Gegenleistung übernimmt, beide Leistungen aber bei ihrer Vergleichung bezüglich ihres Werthbetrages zu einander in einem solchen Mißverhältnisse stehen, daß der Eine nicht einmal die Hälfte von dem erhält, was er dagegen gibt.

Es ist daher unstatthaft, bei dem eheweiblichen Reklamationsrechte die Lehre von der Verletzung über die Hälfte zur Berechnung der Schadengröße in Anwendung zu bringen. Vergl. Schneidt, thes. jur. franc. Sectio I opusc. XXII p. 1594.

Da in der Verordnung v. 28. März 1700 ein arithmetisches Verhältniß nicht angegeben ist, nach welchem die Größe des Schadens zu berechnen ist, und da bei der Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse der Kontrahenten die Aufstellung eines allgemeinen Maßstabes für alle eintretenden Fälle nicht wohl möglich war, indem eine zu Verlust gehende Geldsumme für den Armen einen bedeutenden Vermögensnachtheil bringen kann, während dieselbe für den Reichen ohne merklichen Einfluß ist, so ist es in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen, unter Berücksichtigung aller obwaltenden Verhältnisse auszusprechen, ob die Verletzung von der Art sei, daß ein merklicher Nachtheil zugefügt werde, wenn das von dem Ehemanne abgeschlossene Geschäft zum Vollzuge gelangen werde.

DAWG. v. 2. Sept. 1861 Reg. N. 1040 ⁶⁰/₆₁.
§. *.

2.

Zur Lehre von der *reclamatio uxoria* des Würzburger Landrechtes. Vor welchem Gerichte hat die Ehefrau die Reklamationsklage anzubringen?

Von dem Beklagten wurde die gerichtsabweisende Einrede auf die Behauptung gegründet,

daß die Reklamationsklage bei dem Gerichte des Wohnortes der als Reklamantin aufgetretenen Ehefrau — also der Klägerin und nicht des Beklagten — anzubringen gewesen wäre.

Diese Behauptung findet in den Gesetzen keine Rechtfertigung. In dem Landrechte Th. III Tit. 102 §. 2 ist nur gesagt: das Weib mag das, was der Mann zu merklichem und schwerem Nachtheile kontrahirt hat, auf Erkenntniß der Obrigkeit widerstreben, — und in der Landesverordnung vom 28. März 1700 ist bestimmt: daß die Ehefrau die Läsion vor dem gehörigen Richter innerhalb 6 Wochen von der Zeit der Wissenschaft des Kontraktes klagbar anzubringen und zu erweisen habe.

Es wurde auf Schelhaß' Darstellung des Würzburger Landrechtes §. 38 S. 72 Bezug genommen, worin vorkommt: die Klage der Ehefrau auf Reszission ist bei dem Gerichte ihres Wohnortes geltend zu machen. Zur Begründung dieser Ansicht wurde daselbst auf Schneidt thes. jur. franc. Abschnitt I Heft 9 S. 1601 Note g hingewiesen. Schneidt wirft dort die Frage auf: wer der (gehörige) zuständige Richter sei, ob der Richter des Wohnortes, des Vertrages oder der ordentliche Richter der reklamirenden Ehefrau? Er sagt: wenn es in der Landesverordnung heiße: das Weib solle es klagbar anbringen, so sei klar, daß in diesem Falle die Ehefrau die Klägerin, derjenige aber, welcher mit dem Manne kontrahirt habe, der Beklagte sei; da es nun anerkannte Prozeßregel sei, daß der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten zu folgen habe, so werde in diesem Falle der Richter des Beklagten der zuständige sein.

Wenn aus dieser Aeußerung Schneidt's gefolgert werden will, es sei seine Ansicht gewesen, daß die Ehefrau, wenn sie als Klägerin auftrete, die Reklamationsklage bei ihrem ordentlichen Richter

und nicht vor dem Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen habe, so wird gerade das Gegentheil von dem angenommen, was Schneidt ausdrücklich erklärt und als einen im Prozeßrechte feststehenden allgemeinen Grundsatz anerkannt hat, daß die Klagestellung vor dem Gerichtsstande des Beklagten zu geschehen habe (*actor sequitur forum rei*).

Auch der von Schneidt a. a. O. angeführte Rechtsfall läßt nicht schließen, daß seine Meinung eine andere gewesen sei. Ein Würzburger Unterthan hatte ein im Mainzer Landesgebiete, sohin im Auslande, gelegenes Wohnhaus in einer öffentlichen Versteigerung erkaufte; die Ehefrau des Steigerers reklamirte zwar bei ihrem ordentlichen Richter im Würzburgischen, dieser aber theilte die Reklamation der Ehefrau dem Mainzer Gerichte mit und deduzirte, daß der Ehefrau nach der Würzburger Landesverordnung ein Reklamationsrecht zum Zwecke der Reszision eines von dem Ehemanne eingegangenen nachtheiligen Rechtsgeschäftes zustehe. Das ausländische Gericht bestand aber demungeachtet auf Aufrechthaltung des Kaufes und verurtheilte den Ehemann zur Bezahlung des Strichschillings unter Androhung des Rechtsnachtheiles, daß, wenn keine Zahlung geleistet werde, das Haus von Neuem der Versteigerung ausgesetzt und der Windererlös beigetrieben werden würde. Dieser Erfolg trat ein. Der Mainzer Richter implorirte das Würzburger Amt um Exekution. Als dieses die Exekution erkannte, appellirte sowohl die Frau als auch der Ehemann, jene als Intervenientin, an die Würzburger Regierung (Obergericht). Von diesem Gerichte wurde aber das Urtheil der vorigen Instanz der Reklamation der Ehefrau ungeachtet bestätigt.

Diesem Erkenntnisse des Würzburger Oberge-

richtes scheinen nach dem damaligen Gerichtsgebrauche keine Entscheidungsgründe beigefügt gewesen zu sein, denn Schneidt bemerkt hiezu: es scheine der Grund dieses bestätigenden Erkenntnisses der Würzburger Regierung, wie er glaube, darin gelegen zu sein, daß das Urtheil des Mainzer Gerichtes in Rechtskraft übergegangen gewesen sei, weil ein Rechtsmittel an den höheren Mainzer Richter nicht eingewendet worden sei. Denn wäre dieses geschehen, so zweifle er nicht, daß wegen der Reclamation der Ehefrau von dem Mainzer Appellationsgerichte reformatorisch hätte erkannt werden müssen, nämlich insoweit, als das Vermögen des Ehemannes unzureichend gewesen wäre. Diesem scheine auch der Umstand nicht entgegen zu stehen, daß in dem Mainzer Landrechte die reclamatio uxoria nicht begründet sei, denn nicht die Frau habe geklagt, sie sei nicht die Hauptbeflagte gewesen, es habe also, insoweit es sich um ihr Vermögen gehandelt habe, vor dem Würzburger Gerichte geklagt und nach den bei diesem Gerichte geltenden Gesetzen entschieden werden sollen.

Hieraus geht genugsam hervor, daß die Hauptklage bei dem Mainzer Prozeßgerichte anhängig war, daß die Reclamation der Ehefrau, obgleich das Würzburger Amt dieselbe vorwörtlich unterstützt hatte, von dem Mainzer Gerichte abschlägig verbeschieden worden war, und daß die Ehefrau diesen Bescheid in Rechtskraft hatte übergehen lassen. Als in der Folge um Vollzug der Exekution gegen den Ehemann nachgesucht wurde, und die Ehefrau in der Exekutionsinstanz ihr Reklamationsrecht (als Intervenantin) bei dem Würzburger Amte geltend zu machen suchte, wurde ihr Antrag unberücksichtigt gelassen; die Hauptsache war bereits von dem ausländischen Gerichte rechtskräftig entschieden.

Nachdem sofort im Civilgesetze nirgends vorge-

geschrieben ist, daß die Reklamationsklage der Ehefrau vor dem Gerichte ihres Wohnortes anzustellen sei, so muß die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes nach den Prozeßgesetzen über den Gerichtsstand beurtheilt werden. Bei persönlichen Klagen ist der allgemeine Gerichtsstand des Wohnortes (*forum domicilii*) begründet, und dieser bestimmt sich nach dem Wohnsitz des Beklagten.

An das Gericht, vor welchem die angefochtenen Verträge abgeschlossen worden sind (*forum contractus*), konnte im vorliegenden Falle die Sache nicht hingewiesen werden, theils weil es nach der O. Kap. I §. 6 in des Klägers Willkühr gestellt ist, ob er in *foro contractus* vel *domicilii* klagen wolle, und die Klägerin den Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten gewählt hat, theils weil in dem Falle, wenn auf Vernichtung (Rescission) eines Kontraktes geklagt wird, das *forum contractus*, ausgeschlossen ist, theils weil sich Inländer dieses Forums niemals gegen einander bedienen, sondern vor ordentlicher Obrigkeit klagen sollen, wenn nicht die Bezahlung vermöge ausdrücklichen Bedinges an einem gewissen Orte zu geschehen hat, eine Voraussetzung, welche in diesem Falle nicht gegeben war.

Es ist also der allgemeine Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten mit Recht von der Klägerin gewählt worden.

DAOGrf. vom 7. Juni 1861 Nr. 887^{60/61}.
§*.

Berichtigung. S. 213 B. 4 v. o. statt: „ehraften“ lies: „ehschaften“.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte. (Schluß). — Ueber das Verhältniß der Gerichte zu den Forstpolizeibehörden bei Forstrechtsstreitigkeiten. — Wem liegt die Beweisführung ob, wenn von den Forstberechtigten nach erfolgter Ermäßigung des Streubezugsquantums von Seite der Forstpolizeibehörde auf dem Rechtswege ein größeres Streuquantum verlangt wird? — Gesetzliche Kraft der Bestimmungen des Forstgesetzes vom 28. März 1852 Art. 30 Ziff. 2. — Wirkung des f. g. Adjunktionsbescheides. Geht durch denselben das Eigenthum der Sache auf den Käufer über? — Konneptität der Adhäsion mit der Perufung.

Von dem Verhältniß der Restitution gegen Urtheile und der Inzidentrestitution unter sich und zur Appellation nach bayerischem Rechte.

Von Professor Dr. C. Volgiano.

Zweiter Theil.

(Schluß.)

Nachschrift des Herausgebers.

Wir nehmen keinen Anstand, zu den vom Herrn Verfasser vorstehender Abhandlung erörterten Sätzen in allen wesentlichen Punkten unsere Zustimmung zu erklären. In wenigen Punkten nur sind wir abweichender Ansicht und wollen diese hier gleich andeuten.

Die Annahme (Zweiter Th. Abschn. 4 Nr. 1 S. 213 ff.), bei der Restitution gegen Kontumazialbescheide (O. Kap. V §. 11 Nr. 7) laufe neben der Inzidentrestitution noch eine Demonstration her, scheint uns unnöthig. Wir halten dieselbe für eine einfache Inzidentrestitution, die ja nach des Herrn Verfassers eigener Ansicht (a. a. O. Abschn. V S. 231 ff.) ohnehin die Wirkung hat, den Richter zur Umstoßung des von ihm erlassenen Bescheides

Neue Folge VII. Band.

zu ermächtigen. Die Ansicht, die Inzidentrestitution müsse noch von einer Remonstration gegen den Kontumazialbescheid begleitet sein, scheint uns daher theoretischer Luxus; praktische Bedeutung hat die Frage ohnehin nicht.

Sodann dürfte die im ersten Theile der Abhandlung (S. 53 Note 1) aufgeworfene Frage: ob nach bayerischem Rechte bloß *ex capite novorum* appellirt werden könne, wenn die Partei, welche das *novum* geltend machen will, durch das Urtheil an sich nicht beschwert ist, — wohl zu verneinen sein. Denn da nach des Herrn Verfassers eigener im zweiten Theile der Abhandlung ausgesprochener Meinung die Inzidentrestitution durch das Inmitteliegen eines selbständig appellablen Zwischenscheids nicht ausgeschlossen ist, so dürfte es nicht nothwendig sein, der Partei die Befugniß einzuräumen, den Oberrichter bloß wegen des aufgefundenen *Novums* mit einer Berufung zu belästigen, da ihr ja auf dem einfacheren Wege der bei dem Richter erster Instanz nachzusuchenden Inzidentrestitution geholfen werden kann. Von großer praktischer Erheblichkeit ist indeß diese Streitfrage nicht *).

*) Wir wollen hier noch eine auf das Vorbringen neuer Beweise in der Appellation bezügliche Frage besprechen. Dieses Vorbringen hat, wie der Herr Verfasser S. 241 unter VI in Uebereinstimmung mit dem dort angeführten obertrichterlichen Plenarbeschlusse ausführt, die Natur einer Inzidentrestitution, eines incidenter in der Berufung angebrachten Restitutionsgesuches gegen den Ablauf präjudizeller Fristen. — Nun verordnet aber die Prozeßnovelle von 1837 §. 38 ganz allgemein, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen nur dann stattfindet, wenn nachgewiesen wird, daß der Einhaltung der Frist eine rechtserhebliche, d. h. eine

Dagegen legen wir den vom Herrn Verfasser mit so viel Scharfsinn und Konsequenz durchgeführten Hauptsätzen: daß die *restitutio contra sentent.* nur gegen Definitivsentenzen zulässig sei, daß dagegen auch auf den Grund erwirkter Inzidentrestitution der Richter einen von ihm *cum causae cognitione* erlassenen (selbständig appellablen) Zwischenbescheid abändern könne, — eine große Wichtigkeit für die Praxis bei.

Vorerst werden dadurch, daß im ganzen Laufe des Prozesses bis zur Rechtskraft des Definitivurtheiles nur Inzidentrestitutionen, keine Prinzipalrestitutionen, zugelassen werden, die Rechtsstreite abgekürzt. Denn die Frist zur Anbringung der Prinzipalrestitution beträgt vier Monate, die zur Geltendmachung der Inzidentrestitution nur 14 Tage.

Dann wird dadurch die Möglichkeit, mit der Restitution zu chikaniren, bedeutend verringert.

solche Ursache im Wege gestanden sei, welche die rechtzeitige Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder Beweismittel des angewendeten größten Fleißes ungeachtet unmöglich machte. — Wer daher *Nova* in der Berufungsinstanz einführen will, der wird dazu nicht mehr auf Erbieten zum *Noveneide* und Ableistung desselben zugulassen sein, sondern er wird zu diesem Zwecke den Beweis darüber anzutreten und zu führen haben, daß es ihm des angewendeten größten Fleißes ungeachtet unmöglich war, das *Novum* vor dem durch Appellation anzufechtenden Urtheile beizubringen. Dies scheint uns auch ein obersterichterliches Erkenntniß auszusprechen, dessen Inhalt in diesen Blättern Bd. XX S. 206 angegeben ist. — Bei Prüfung dieses allerdings schwierigen Beweises werden die Obergerichte nicht zu strenge verfahren und bei Unvollständigkeit desselben den Appellanten zum Erfüllungseide zulassen dürfen. Vergl. *Seuffert*, *Kommentar ü. d. G.D. Bd. IV S. 207* der II. Ausg.

Wenn im Laufe des Prozesses nicht mehr auf den Grund eines leichtsinnig geschworenen Noveneides ein *judicium restitutorium* eingeschoben werden kann, während dessen der Hauptprozeß ruht, sondern vor Allem ein wirklicher Beweis geführt werden muß, daß der nachgeschobene Behelf größten Fleißes ungeachtet unmöglich eher beigebracht werden konnte, während welcher Beweiserhebung das Hauptverfahren seinen Fortgang nimmt, so taugt auch ein Restitutionsgesuch nicht mehr zur bloßen Verzögerung des Prozesses.

Dabei kann es denn auch nur auf den ersten Blick als sonderbar erscheinen, daß die Einbringung der bloßen Inzidentrestitution einen so harten Beweis erfordert, während die Prinzipalrestitution gegen Definitivurtheile auf den Noveneid zugelassen wird. Denn bei näherer Betrachtung ergibt sich, daß eine Prinzipalrestitution zwar allerdings leichter einzuführen, aber schwerer durchzuführen ist, als eine Inzidentrestitution, indem bei der ersten das *Novum* nur im Falle besonders erheblichen Einflusses desselben auf die Hauptsache und nach erbrachtem vollständigen, durch Eid nicht zu ergänzenden Beweis desselben beachtet wird. — Konsequenter wäre allerdings das Gesetz, welches auch schon zur Einführung der Prinzipalrestitution mindestens eben so strengen Beweis der Neuheit des Vorbringens forderte, als bei der Inzidentrestitution. Allein wir laboriren eben dabei an den Folgen fragmentarischer Gesetzgebung, bei der Mißstände, wie der besprochene, nie ganz zu beseitigen sind.

Zum Schlusse erklären wir uns wiederholt bereit, den Gegenstand in diesen Blättern weiter zu erörtern, wenn gegen oder für die vorgetragene Lehre erhebliche neue Gründe vorgebracht werden.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber das Verhältniß der Gerichte zu den Forstpolizeibehörden bei Forstrechtsstreitigkeiten.

Vgl. Brater in d. Gesetzgebung d. Königr. Bayern, erf. von v. Dollmann, Th. II Bd. 1 S. 440 ff.

Die Zuständigkeit der Gerichte ist unter allen Umständen begründet, wenn der Streit das Recht selbst oder dessen Umfang zum Gegenstande hat (Art. 27 a. E. des Forstgesetzes v. 28. März 1852); in dieser Beziehung enthält das Forstgesetz keine Kompetenzänderung.

Temporär unzuständig sind die Gerichte in den in den Artikeln 23, 25, 26 u. 28 angeführten Fällen, indem unter den gegebenen Voraussetzungen die Entscheidung der Forstpolizeibehörde der Betretung des Rechtsweges vorausgehen muß (Art. 33).

Mehrere Forstberechtigte, welchen jährlich Redestreu in einer bestimmten Zahl von Fuhren vertragsmäßig zu verabreichen war, hatten seit einigen Jahren das volle Quantum aus der Staatswaldung nicht erhalten; sie verlangten für das Jahr 1858/59 die Nachlieferung. Der erhobenen Klage wurde vom k. Fiskus der Einwand entgegengesetzt: es sei bereits seit einigen Jahren die Nothwendigkeit einer Reduktion des Bezugsquantums eingetreten, es sei deshalb gemäß der Bestimmung des Art. 25 bereits ein förmlicher Reduktionsantrag bei der Forstpolizeibehörde gestellt worden; die Streitsache sei daher der civilrichterlichen Kognition insoweit entzückt, bis die Entscheidung der Forstpolizeibehörde erfolgt sei, weil nach Art. 25 Abs. 4 erst dann die Betretung des Rechtsweges statfinde, wenn ein

Betheiligter durch diese Entscheidung sich an seinem Rechte für verlegt erachte.

Die Kläger erklärten das bisherige Verfahren der Forstbehörde für unbefugte und eigenmächtige Handlungen, weil bei einem anerkannten Rechte das vertragsmäßig bewilligte Quantum an Reststreu insolange an die Berechtigten abgegeben werden müsse, bis von der zuständigen Forstpolizeibehörde über die einzutretende Ermäßigung eine Entscheidung erlassen worden sei, und weil die Ermäßigung nur für die Zukunft festzustellen sei, niemals aber auf schon verfallene Leistungen zurückwirken könne.

Die Klage wurde zur Zeit abgewiesen. Den Forstbehörden ist die kulturmäßige Behandlung der Staatswaldungen anvertraut; in ihren Pflichten liegt es, Eingriffe, durch welche die nachhaltige Ertragsfähigkeit der Waldungen sowohl für den Eigenthümer derselben als für den Servitutberechtigten gehindert oder unmöglich gemacht wird, zur rechten Zeit durch die geeigneten Vorkehrungen zu verhindern; sie sind daher berechtigt und verbunden, das Streurechen in den Waldungen ganz einzustellen, wenn ein entbehrlicher Streuvorrath nicht mehr vorhanden ist, oder zu beschränken, wenn der vorhandene Vorrath nicht zureichend ist, jedem Forstberechtigten das ihm gebührende Quantum verabfolgen zu können, so daß jeder eine entsprechende Abmilderung hieran zu leiden hat. Es gebietet daher schon die Natur der Sache, der ferneren Ausübung einer solchen Servitut, von welcher der Satz gilt, daß sie mit Schonung (*civiliter*) ausgeübt werde, in dem Falle rechtzeitig Einhalt zu thun, wenn bei fortgesetzter Ausübung das dienstbare Object in einen solchen Zustand gebracht wird, daß dasselbe ganz oder theilweise zu Grunde geht und hiemit dem Servitutberechtigten selbst Abbruch geschehen würde.

Diese Anordnungen sind von den Forstbehörden getroffen worden, die Beschwerdeführung vor den Administrativbehörden ist erfolglos geblieben, die weitere Untersuchung und Entscheidung der Sache ist vor die zuständige Forstpolizeibehörde gebracht worden, es ist daher ein voreiliger und undienlicher Vorwurf, die Verfügungen des Forstamtes, durch welche für das Jahr 1858/59 eine geringere Quantität Streu verabreicht wurde, für eine eigenmächtige und widerrechtliche Anordnung zu erklären, indem die Forstpolizeibehörde erst noch entscheiden wird, ob das Forstamt innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehandelt und die Abgabe der geforderten 122 Fuhren Streu mit Recht verweigert habe oder nicht.

Nachdem die Kläger zugestehen, daß am 9. Okt. 1859 der Antrag auf Reduktion der Streuabgabe bei der Forstpolizeibehörde gestellt worden sei, und nachdem die Klage erst am 3. Dez. 1859 bei dem k. Appellationsgerichte übergeben worden ist, so ist jener Antrag auch so rechtzeitig bei der Forstpolizeibehörde angebracht worden, daß der Entscheidung derselben ein präjudizieller Einfluß auf die Vertretung des Rechtsweges vor den Gerichten eingeräumt werden muß (Art. 23 Abs. 2, Art. 25 Abs. 4 und Art. 33).

Der Umstand, daß die Streuabgabe für das Jahr 1858/59 schon verfallen war, als der Antrag auf Ermäßigung des abzugebenden Streuquantums eingebracht wurde, ist ohne alle Erheblichkeit für die Zuständigkeit der Gerichte. Die Streu, welche forstordnungsmäßig verabfolgt werden konnte, ist den Klägern angewiesen worden; glauben die Kläger einen Anspruch auf Entschädigung für die in diesem Jahre erlittene Ermäßigung begründen zu können, so mögen sie sich der geeigneten Rechtsmittel bedienen.

Es konnte daher dem Klagantrage, den f. Fiskus zur Nachlieferung von 122 Fuhren Streu für das Jahr 1858/59 zu verurtheilen, nicht stattgegeben werden; die Klage war zur Zeit abzuweisen.

DAOE. vom 4. Febr. 1861 Nr. 348^{60/61}.
§*.

In einem anderen oberstrichterlichen Erkenntniß kommt Folgendes vor: Es steht nicht entgegen, daß der f. Fiskus seinen Antrag auf Ermäßigung der Forstabgabe erst nach Beendigung des Etatsjahres 1858/59 und einige Tage nach der Imploration v. 8. Okt. 1859 angebracht hat. Denn bei der Frage, ob der Wald gewisse Naturalabgaben ertragen könne, kommt es nicht darauf an, ob dieselben schon früher fällig waren oder nicht, sondern darauf, ob der Wald die in Frage stehenden und noch nicht prästirten Reichnisse gegenwärtig zu leisten vermöge. Nach dem Sinne und Geiste des Gesetzes, welches im Interesse der Wälder eine Devastirung derselben zu Gunsten von Servituten verhindern wollte, ist es gleichgültig, ob die Devastirung wegen nachträglicher Leistungen oder wegen der Prästirung erst jetzt verfallener oder in sicherer Aussicht stehender Forstabgaben zu befürchten sei; genug, wenn die beanspruchten Prästationen noch nicht geleistet sind und durch forstpolizeiliche Untersuchung (vorbehaltlich des Rechtsweges und der Entschädigung) noch unschädlich gemacht werden können. Der f. Fiskus konnte daher dermal noch die vorerstige Kompetenz der Civilgerichte vorläufig beseitigen und die vorgängige Ausmittelung des Bezugsquantums bei der Forstbehörde verlangen. Vgl. Brater in der Gesetzgebung d. Königr. Bayern, erf. von v. Dollmann, Th. II Bd. 1 S. 440. DAOE. v. 29. Dez. 1859, Regg.-Bl. v. J. 1860 S. 79. Uebrigens stellt sich die Inkompetenz der

Gerichte nach Art. 25 des FG. nur als eine vorläufige dar, weshalb die Abweisung der Imploration von der Gerichtsschwelle auch nur zur Zeit erfolgen konnte.

DAWG. v. 1. Mai 1860 RNr. 859^{59/60}.
§.

2.

Wem liegt die Beweisführung ob, wenn von den Forstberechtigten nach erfolgter Ermäßigung des Streubezugsquantums von Seite der Forstpolizeibehörde auf dem Rechtswege ein größeres Streuquantum verlangt wird?

Den Forstberechtigten war der Schutz im Besitze des Bezuges von 170 Fuhren Streu zuerkannt worden; der Waldeigenthümer stellte hierauf bei der Forstpolizeibehörde nach Art. 25 Abs. 2 des Forstgesetzes vom 28. März 1852 den Antrag auf zeitweise Ermäßigung jenes Streuquantums. Von den Forstpolizeibehörden wurde ausgesprochen, daß der Streuananspruch für den Zeitraum von 12 Jahren jährlich auf 42 Fuhren zu reduzieren sei.

Die Forstberechtigten betraten den Rechtsweg und verlangten die jährliche Abgabe von 170 Fuhren Streu, indem aus den Waldungen dieses jährliche Streuquantum ohne Beeinträchtigung ihres Rechtsanspruches und ohne Nachtheil für den Waldstand verabfolgt werden könne; sie beantragten eventuell, die Ermäßigung auf 80 Fuhren jährlich und auf die Dauer von 6 Jahren zu beschränken.

Die erste und zweite Instanz trugen dem beklagten Waldeigenthümer den Beweis auf: daß die nachhaltige Bewirthschaftung der Waldungen durch die von den Klägern angeprochenen Streuabgaben zu 170 Fuhren in dem Maße beeinträchtigt werde, daß eine Ermäßigung derselben auf 42 Fuhren für die Dauer von 12 Jahren nothwendig sei.

Auf die Revision des Beklagten erkannte der oberste Gerichtshof: die Kläger haben zu beweisen,

daß die Waldungen des Beklagten ohne Beeinträchtigung nachhaltiger Bewirthschaftung den vollen Bezug der von den Klägern jährlich in Anspruch genommenen 170 Fuhren Streu oder wie viel weniger über 42 Fuhren gestatten.

Die Erwägungen sind: den Beweis zu führen liegt nicht dem Beklagten, sondern den Klägern ob, weil nach OÖ. Kap. IX §. 1 der Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß und gegenüber der zum Grunde der vorliegenden Klage dienenden Behauptung, daß aus den Waldungen des Beklagten ohne Beeinträchtigung ihrer nachhaltigen Bewirthschaftung 170 Fuhren Streu an die Kläger abgegeben werden können, die gegentheilige Behauptung des Beklagten, daß es seinen Waldungen schädlich wäre und deren nachhaltige Bewirthschaftung beeinträchtigen und unmöglich machen würde, wenn er denselben in den nächsten 12 Jahren mehr als 42 Fuhren Streu jährlich entzöge, nicht als eigentliche Einrede, sondern lediglich als Verneinung des Klaggrundes erscheint.

Der Schutz im Besitze, welchen die Kläger erlangt haben, befreit sie nicht von der Beweislast hinsichtlich ihres dermaligen Klagegrundes, weil auch der Beklagte den durch Artikel 24 des Forstgesetzes ihm gewährten Schutz in der nachhaltigen Bewirthschaftung seines Waldes durch den nach Art. 25 gefaßten Beschluß der zuständigen Forstpolizeibehörde wirklich erlangt hat und dabei nach Art. 33 so lange geschützt bleiben muß, bis auf dem Rechtswege eine andere Entscheidung erfolgt sein wird. Die durch den Art. 25 zunächst der Forstpolizeibehörde übertragene Entscheidung über den Ermäßigungsantrag des Verpflichteten hat, wenn sie zu dessen Gunsten ausfällt, die Wirkung eines Provisoriums, welches den Forstberechtigten in die Nothwendigkeit versetzt, binnen 3 Monaten abschließender Frist als Kläger den Rechtsweg zu be-

treten und als solcher auch seinen faktischen Klagesgrund — die von dem Waldbesitzer bei der Forstpolizeibehörde in Widerspruch gezogene Möglichkeit der nachhaltigen Bewirthschaftung der Waldung — gegenüber der durch den forstpolizeilichen Beschluß geschehenen Konstatirung des Gegentheiles zu beweisen.

DAAG. v. 18. März 1861 Nr. 540^{60/61}.
§.

3.

Gesetzliche Kraft der Bestimmungen des Forstgesetzes vom 28. März 1852 Art. 30 Ziff. 2.

In einer Prozeßsache wegen Ablösung von Forstrechten wurde die Gültigkeit der Bestimmung des Forstgesetzes v. 28. März 1852 im Art. 30 Ziff. 2 über zwangsweise Ablassung von Forstrechten gegen Geld aus dem Grunde bestritten, daß das Forstgesetz nicht unter Beachtung der Vorschriften des Titel X §. 7 zur Verfassungsurkunde zu Stande gekommen sei, welche bei Erlassung des Art. 30 Ziff. 2 a. a. O. hätten beobachtet werden müssen, weil diese gesetzliche Vorschriften eine Abänderung der Bestimmungen der Verfassungsurkunde Tit. IV §. 8 über die Sicherheit und Abtretung des Eigenthums enthalten. Dieses Vorbringen wurde oberstrichterlich folgendermaßen widerlegt:

Die Richter sind zwar zur Beobachtung der Staatsverfassung verpflichtet, sie stehen aber nicht über sondern unter den Gesamtfaktoren der Gesetzgebung, so daß, wenn diese einmal ein Gesetz zur Darnachachtung für die Staatsangehörigen gefaßt und förmlich publizirt haben, kein Richter mehr die Befugniß besitzt, die Rechtsverbindlichkeit solcher Normen in Frage zu stellen und allenfalls den Vollzug erlassener Gesetze wegen Formmängeln, welche die Faktoren der Legislatur bei ihrem Zusammen-

wirken vermeintlich sich zu Schulden kommen ließen, eigenmächtig zu verweigern. Die Unabhängigkeit der Gerichte reicht nicht über die Gesetzgebung hinaus und bewegt sich nur im Kreise der gegebenen Gesetze. Da das Forstgesetz vom Jahre 1852, wenn auch nicht mit den Formen eines konstitutionellen Gesetzes im engeren Sinne, von dem Staatsoberhaupt mit Beirath der Stände des Reiches erlassen und förmlich publizirt worden ist, so kann an der Verbindlichkeit der Gerichte nicht gezweifelt werden, die Vorschriften desselben unbeirrt in Anwendung zu bringen¹⁾.

DAZ. v. 5. October 1860 Nr. 1612⁵⁹/₆₀.

§.

4.

Wirkung des f. g. Abjudikationsbescheides. Geht durch denselben das Eigenthum der Sache auf den Käufer über? Seuffert's Kommentar u. d. bayer. GD. 2. Aufl. Bd. 4 S. 332 und Note 67.

In einem in Bd. 18 dieser Blätter (S. 321 u. ff.) enthaltenen Aufsätze ist unter Bezugnahme auf Seuffert's Kommentar u. d. GD. 1. Aufl. Bd. 4 S. 281 oben u. Note 69, dann ein Erkenntniß des f. AG. von Oberbayern vom 12. März 1850 entgegen der von Lehner in seinem Handbuche des bayer. Hypoth.-Rechtes Bd. II §. 158 u. 241 aufgestellten Ansicht, — die oben aufgeworfene Frage verneint.

Der oberste Gerichtshof hat sich jedoch in einem Erkenntniße vom 26. Mai 1860 Nr. 758⁵⁹/₆₀ im gegentheiligen Sinne ausgesprochen. Aus den Motiven heben wir Folgendes hervor:

¹⁾ Wie wesentlich verschieden die hier entschiedene Frage von der in diesen Blättern Bd. V S. 45 Nr. 2 und S. 151 besprochenen sei: ob eine von der Regierung einseitig erlassene oder verkündete Vorschrift überhaupt als Gesetz zu betrachten sei, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

— — — Maßgebend ist die Bestimmung im Landrechte Th. II Kap. 6 §. 12 Nr. 11, wonach die Wirkung einer rechtmäßigen Pfandveräußerung die ist, daß das Eigenthum von dem Debitor auf den Käufer kommt, und alle auf dem veräußerten Pfande gelegenen Hypotheken erlöschen.

Zwar ist im Th. II Kap. 2 §. 5 a. E. gesagt, daß bloße Paktten und Konventionen für sich allein das Eigenthum von Einem auf den Anderen niemals transferiren mögen, ferner im Thl. IV Kap. 3 §. 9 Nr. 1 hinsichtlich des Kaufvertrages, daß die Wirkung eines solchen darin bestehe, daß der Verkäufer verpflichtet sei, die verkaufte Sache zu transferiren, und im §. 10 Nr. 6, daß der Käufer das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe erwerbe, während in Th. IV Kap. 4 §. 16 der Gantkauf ausdrücklich unter den Arten des Kaufvertrages aufgezählt ist.

Allein der in diesen Gesetzesstellen ausgedrückte allgemeinen Regel gegenüber erscheint die angeführte spezielle Vorschrift bezüglich der Pfandveräußerung gerade als eine Ausnahmsbestimmung, wonach bei der Zwangsveräußerung das Eigenthum unmittelbar durch das Abjudikationsdekret auf den Acquirenten übergeht und es der sonst erforderlichen Tradition nicht bedarf.

Insoferne nämlich die Uebergabe den Zweck hat, dem Empfänger die Herrschaft über die Sache einzuräumen, und ihn in den Stand zu setzen, beliebig auf dieselbe einwirken zu können, kann bei der im Wege der Hilfsvollstreckung geschehenen Veräußerung dieser Zweck von Seite des bisherigen Eigenthümers gar nicht erreicht werden. Denn derselbe begibt sich nicht durch einen Akt seines freien Willens der ihm zustehenden Rechte, sondern wird zur Abtretung gezwungen; mit der Abjudikation an den Meistbietenden hört sein Besitz auf, ein juristischer zu sein, er übt bloß im fremden Namen

eine Detention aus, die ihm der neue Eigenthümer kraft der ihm durch das Zuschlagsdekret ertheilten Befugnisse jeden Augenblick entziehen kann. Diese Wirkung der Adjudikation ergibt sich auch aus den Bestimmungen der §. 102 u. ff. des Proz.-Ges. v. 17. November 1837, insbesondere des §. 105, wonach der Ansteigerer, der nicht innerhalb der in den Steigerungsbedingungen festgesetzten Frist oder, wenn keine bedungen ist, längstens in 14 Tagen vom Tage der Eröffnung des Zuschlagsdekretes an, oder in der §. 104 Abs. 2 bewilligten weiteren Frist, den Kaufschilling erlegt, unter allen Umständen die Kosten der auf Anrufen des oder der Gläubiger abzuhaltenen, weiteren Versteigerungstagfahrt zu tragen und für den Mindererlös zu haften hat, was nicht der Fall sein könnte, wenn das Adjudikationsdekret nicht die vollständige Eigenthumsübertragung zur unmittelbaren Folge hätte.

Dem Gesetze liegt überhaupt die Ansicht zu Grunde, daß die unter öffentlicher Autorität vorgenommenen Versteigerungen für sich selbst Eigenthumsrechte begründen, und daß sie möglichst aufrecht zu erhalten seien, weshalb nach O. R. Kap. 18 §. 7 Nr. 11 gegen Adjudikationen liegender Güter im Exekutionsverfahren restitutio in integrum und Rescindirung oder Annullirung des Gantkaufes, wenn der pactirte Gantschilling in Richtigkeit ist, unter keinerlei Vorwand mehr Platz greifen soll.

e.

Nachschrift des Herausgebers. Vorstehendes Erkenntniß macht den Herausgeber in der Ansicht, welche er in Bd. 18 S. 321 ff. unter Zustimmung Seuffert's vertheidigt hat, keineswegs wankend, auch nicht bezüglich des bayerischen Rechtes.

O. R. Th. II Kap. VI §. 12 Nr. 11 beweist für die hier streitige Frage gar nichts. Weber das Pandrecht, noch die Anmerkungen sagen ein Wort davon, daß durch die Pfandveräußerung das Eigen-

thum unmittelbar, ohne hinzukommende Tradition auf den Käufer übergehe. Gesetz und Anmerkungen dürfen daher auch nur so verstanden werden, daß durch Veräußerung des Pfandes das Eigenthum desselben überhaupt, unter den Voraussetzungen jeder Eigenthumsübertragung, auf den Käufer übergehe. Eine solche Bestimmung war keineswegs überflüssig, da ja der Eigenthümer in den Verkauf selten willigt, der Kaufvertrag von einem Nicht-eigenthümer abgeschlossen wird, ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung also zweifelhaft hätte erscheinen können, ob ein Unterpfandsverkauf überhaupt Eigenthum übertrage. Daß vom R. d. a. a. O. nur dieser Zweifel beseitigt werden wollte, ergibt die in den Anm. dazu Nr. 6 lit. d vorkommende Verweisung auf Lauterbach Coll. Pand. lib. XX. tit. 5 §. 10, wo auch nur jener Zweifel gelöst, aber nirgends gesagt wird, daß der Eigenthumsübergang unmittelbar ohne Tradition stattfinde.

Daß auch bei Erlassung des Proj.:Ges. v. 1837 nicht daran gedacht wurde, den Satz zu sanktioniren, daß der gerichtliche Zuschlag Eigenthum (oder gar juristischen Besitz, wie die obigen Entscheidungsgründe anzunehmen scheinen) unmittelbar übertrage, ergibt sich:

1) aus dessen §. 106, der ja eben gesetzliche Vorsorge für den Fall trifft, daß der Eigenthümer des verkauften Gutes, der Schuldner, dasselbe nicht gutwillig tradirt;

2) aus den Verhandlungen über §. 102, wo in der Ausschußberathung der R. d. Abg. der Regierungskommissär bemerkte, daß der Käufer des Gutes des Zuschlagsdekretes bedürfe, um in den Besitz des Gutes zu gelangen (Beil. Bd. VI S. 420), sowie über §. 105, wo bei der Berathung in der R. d. Abg. v. Harßdorf, ohne von irgend einer Seite Widerspruch zu erfahren, geradezu aussprach, durch den Adjudikationsbescheid gehe, wenn die

Tradition dazu gekommen, daß Eigenthum auf den Käufer über (Prot.-Bd. X S. 410);

3) aus dem Umstande, daß die R. d. Reichsräthe unter Zustimmung der R. d. Abg. (Prot.-Bd. XX S. 329) den in den §. 106 gekommenen Ausdruck: Adjudikationsbescheid — mit dem: Zuschlagsbefret — vertauschte, offenbar um nicht die Ansicht hervorzurufen, daß das Zuschlagsbefret die Wirkungen einer wahren adjudicatio habe.

St.

5.

Konnexität der Adhäsion mit der Berufung.

Beklagter hatte einer Klage auf Alimentation eines außerehelichen Kindes als zwei Einreden opponirt: daß Klägerin vor dem Beischlafe mit ihm schon von einem Anderen schwanger gewesen sei, und: daß sie mit mehreren anderen Mannspersonen zu thun gehabt habe.

Die I. Instanz legte dem Beklagten im Tenor des Erkenntnisses Beweis über die erste Einrede auf, verwarf aber in den Entscheidungsgründen jenes Erkenntnisses die zweite Einrede der mehreren Zuhälter.

Beklagter ergriff gegen diese Verwerfung die Berufung, welcher nun die Klägerin darüber adhärirte, daß Beklagter zum Beweise der Einrede schon vorhanden gewesener Schwangerschaft zugelassen wurde.

Der oberste Gerichtshof sprach sich für die formelle Zulässigkeit dieser Adhäsion aus, weil die Einrede schon vorhanden gewesener Schwangerschaft mit der der mehreren Zuhälter zusammenfalle, sonach beide Beschwerden einen inneren Zusammenhang hätten und einen und denselben Streitpunkt beträfen, auch die Verwerfung der letzteren Einrede in den Entscheidungsgründen eine Unterentscheidung eines und desselben Erkenntnisses bilde.

DASt. vom 10. Dezbr. 1860 Nr. 117⁶⁰/₆₁.
Wkd.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zum Art. 64 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches betr. — Haben in Bayern die Geistlichen gleich den Staatsdienern pragmatische Rechte und welche? — Dem Gerichten ist im Art. 25 des Justizgesetzes die Kompetenz eingeräumt, sowohl über die Entschädigungs-, als über die Ermäßigungsfrage zu entscheiden.

Zum Art. 64 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches betr.

Von vielen Seiten wurden an den Herausgeber Anfragen bezüglich der Kompetenz gestellt, welche durch den in der Aufschrift bezeichneten Artikel den Stadt- und Landgerichten dießseits des Rheines in Handelsfachen eingeräumt ist. Obgleich sich die Antworten auf jene Fragen schon in der Zeitschrift des Anwaltsvereines f. Bayern Bd. II Nr. 10 vorfinden, glauben wir doch die Sache auch in diesen Blättern besprechen zu sollen, da jene Zeitschrift in die Hände weniger Richter kommt. Wir können dabei auch nicht verschweigen, daß sich die Antworten auf die Anfragen durch ein aufmerksames Lesen des Gesetzes und ein kurzes Nachschlagen in den Verhandlungen der Gesetzgebungsausschüsse und Kammern der Reichsr. u. Abgeordn. über das angeführte Einführungsgesetz ¹⁾ ganz klar und unzweifelhaft ergeben, daher wir denn auch die Begründung unserer Antworten nur andeuten, nicht

¹⁾ Wir citiren dieselben nach der amtlichen Ausgabe in 8.

ausführen²⁾). — Die einzelnen Anfragen sind nachstehende:

1) Welches materielle Recht haben die Stadt- und Landgerichte bei ihren Entscheidungen über die ihnen durch Art. 64 Abs. 2 zugewiesenen Sachen anzuwenden, das einschlägige Civilgesetz, oder die Bestimmungen des a. d. Handelsgesetzbuches?

2) Welches Verfahren greift Platz?

3) Gehören auch Wechselfachen bis zu 150 fl. an die St.- und LGerichte?

4) Wohin geht die Berufung?

5) Welches ist die Berufungssumme?

Als Antworten ergeben sich:

ad 1: Es ist das a. d. Handelsgesetzbuch, subsidiär sind die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht anzuwenden. Denn die an die St.- und LG. zugewiesenen Sachen bleiben Handelsfachen, für welche das bezeichnete Recht nach a. d. HGB. Art. 1 gilt. Vergl. Einf.-Ges. Art. 64 Abs. 2 mit Art. 63 pr., mit Art. 73 i. b. W. „bei Streitigkeiten über Handelsfachen“, und mit Art. 76 in den Eingangsworten, sodann Verh. Vb. II S. 137 Abs. „Auf Anregung“ u.

ad 2: Da sich nach HGBEinf.-Ges. Art. 70 Abs. 1 nur das Verfahren vor den Handelsgesichten nach den hiefür bestehenden besonderen Gesetzen richtet, so haben die St.- und LG. sich bezüglich des Verfahrens lediglich nach den Vorschriften des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 14 u. 15 zu richten, also, wo nicht eine der

²⁾ Die uns vorerst bedenklich erscheinende Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen in den Fällen des Art. 64 Abs. 2 Berufung zur dritten Instanz zulässig sei — so wie einige andere damit zusammenhängende Punkte behalten wir besonderer Besprechung bevor.

im Art. 15 bezeichneten summarischen Prozeßarten Platz greift, im mündlichen Verhöre zu verfahren. Vgl. Verh. Bd. II S. 137 Abs. „Auf Anregung“ a. E. und S. 171.

ad 3: Die Verneinung dieser Frage ergibt sich mit aller Bestimmtheit aus den Eingangsworten des Abs. 2 Art. 64 im Zusammenhange mit den Art. 62, 63 und 67.

ad 4: Nur die Berufungen und Beschwerden gegen Erkenntnisse und sonstige Beschlüsse der Handelsgerichte gehen nach HGBEinf.:Ges. Art. 58 Abs. 1 an das denselben vorgesezte Handelsappellationsgericht. Daraus folgt von selbst, daß Berufungen gegen die Erkenntnisse der St. und LG. auch in Handelsfachen nach Ger.:Verf.:Ges. vom 10. Nov. 1861 Art. 30 an die Bezirksgerichte gehen, nicht an das Handelsappellationsgericht (denn dieses ist nur zweite Instanz über den Handelsgesichten, ist den St. und LG. nicht vorgesetzt), auch nicht an die Handelsgerichte erster Instanz, weil diesen das Gesetz nirgends die Kompetenz einräumt, in zweiter Instanz zu erkennen, und sie als Handelsgerichte den St. und LG. nicht vorgesetzt sind. — Was die Verhandlungen betrifft, so bestand zwischen dem Gesetzgeb.:Ausfch. der K. d. Reichsräthe und dem der K. d. Abgeordn. eine Differenz, indem der erste die Berufungen auch von den St. und LG. an das HandelsAG. weisen und eine Summe von 150 fl. auch für solche Berufungen erfordern wollte, während nach dem anderen die Berufung an das Bezirksgericht mit der dafür geltenden Beschwerdesumme (50 fl.) gehen sollte. In gemeinschaftlicher Sitzung erhielt die Ansicht des Ausfch. d. K. d. Abg. die Majorität: Verh. Bd. II S. 160—184.

ad 5: Da Art. 70 Abs. 4 d. HGBEinf.:Ges. nur die Berufungen gegen die Erkenntnisse der

Handelsgerichte an eine Summe von 150 fl. bindet, so gilt für die Berufungen vom St. und LG. an das BG. nach Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 79 Abs. 1 die Berufungssumme von 50 fl. Bezüglich der Verhandlungen gilt das zu 4 Bemerkte; vgl. insbesondere Bb. II S. 172.
St.

Entscheidungen des Kassationshofes für die Pfalz.

Haben in Bayern die Geistlichen gleich den Staatsdienern pragmatische Rechte und welche?

Die obige Frage ist nicht neu, sondern mehrmals schon im dießseitigen und jenseitigen Bayern Gegenstand gerichtlicher Behandlung gewesen; erst in jüngster Zeit hat sie indessen eine ihrer Wichtigkeit entsprechende Erörterung gefunden. In dem neuesten Falle hatte unsere Frage als eine prinzipale und als die alleinige — d. h. ohne daß sie durch eigenthümliche Nebenumstände irgendwie alterirt gewesen wäre — zur Lösung sich dargeboten. Daher erscheint eine ausführliche Besprechung des Streitfalles, wobei die spezifisch-pfälzische Gesetzgebung nur rücksichtlich der Prozeßformen zur Anwendung kam, gerechtfertigt. — Nachstehendes ist der Sachverhalt.

Der im Jahre 1826 zum protestantischen Pfarrer ernannte Konrad Schmitt fungirte als solcher seit dem Jahre 1842 auf der Pfarrei Mörzheim. Im Jahre 1857 soll sich derselbe bei den wegen der s. g. Gesangbuchsfrage in der Pfalz entstandenen kirchlichen Wirren fortbauend betheiligt haben, obgleich dieß von höherer Stelle den Geistlichen überhaupt untersagt und Schmitt persönlich verwehrt worden war. Am 29. Juni 1857 erging eine allerhöchste Entschließung, durch welche Schmitt we-

gen „seines beharrlichen Ungehorsams gegen die Anordnungen der vorgesetzten Kirchenbehörde“ vom Pfarramte enthoben und ihm ein aus dem geistlichen Pensionsfond der Pfalz zu schöpfender „Sustentationsbezug“ von jährlichen 300 fl. ausgesetzt wurde. Nachdem der hiergegen im Administrativwege ergriffene Rekurs abweisend beschieden worden war, erhob Schmitt im Jahre 1859 Klage gegen die k. Regierung der Pfalz als die gesetzliche Vertreterin des k. Alerars. Primär wurde die Zuerkennung des ganzen pensionsmäßigen Standesgehaltes der Pfarrei Mörzheim im Betrage von 881 fl. 10 kr. verlangt; eventuell wurde die Klage auf $\frac{9}{10}$ dieser Summe beschränkt unter Hinweisung darauf, daß Kläger zur Zeit seiner Entlassung im dritten Jahrzehent seiner Anstellung sich befand.

Die Klage stützte sich im Wesentlichen auf die Behauptung:

1) daß der dem Kläger durch seine Ernennung vom Jahre 1842 überwiesene pensionsmäßige Standesgehalt die primär verlangte Summe betragen habe und

2) daß vermöge §. 30 der Beilage II zur Verfassungsurkunde in Verbindung mit der auch auf Geistliche anzuwendenden Beilage IX ib. der Kläger nur durch richterlichen Spruch seines Standesgehaltes hätte verlustig erklärt werden können, derselbe daher der lediglich auf administrativem Wege verfügten Entlassung gegenüber ein Recht auf Fortbezug dieses Gehaltes oder doch von $\frac{9}{10}$ hiervon habe.

Dieser Anspruch wurde aus mehrfachen Gründen bestritten. Nach verhandelter Sache erging ein Urtheil des k. Bezirksgerichtes Landau vom 4. April 1860, welches die Klage als unbegründet abweist in der Erwägung, daß, wenn auch die Staatsverfassung den Geistlichen im Allgemeinen pragmatische

Rechte verleihe, dieselben dennoch den Staatsdienern nicht vollständig gleichgestellt, daß namentlich ihre Pensionsansprüche nur nach der Beförderungsordnung von 1820 zu bemessen seien, daß nach dem hier in analoge Anwendung zu bringenden §. 35 dieses Normativs¹⁾ der Kläger nur auf $\frac{1}{3}$ seines fassionsmäßigen Einkommens Anspruch machen könne, daß somit ein Grund zur Klage nicht vorliege, sofern der durch das Entlassungsdekret ausgeworfene Sustentationsbezug von 300 fl. das Drittel der Fassion übersteige.

Auf eingelegte Berufung wurde dieses Urtheil vom k. App.-Ger. der Pfalz unterm 5. Febr. 1861 reformirt und das k. Aerar verurtheilt, dem Kläger vom 29. Juni 1857 an gerechnet als „Entschädig-

¹⁾ Der in Bezug genommene §. 35 der „Beförderungsordnung“ der protest. Geistlichen des Königreiches Bayern“ besagt: daß Geistliche, die wegen einer durch Alter oder Krankheit entstandenen Dienstunfähigkeit ihr Amt freiwillig niederlegen wollen, ihre Resignation ganz unbedingt erklären müssen und in diesem Falle Anspruch auf einen lebenslänglichen Ruhegehalt haben, welcher: 1) aus dem Ertrage der resignirten Stelle geschöpft werden, 2) in der Regel den dritten Theil des reinen Einkommens derselben betragen, 3) nach dem Tode des Resignirenden unmittelbar an die Stelle zurückfallen, 4) in keinem Falle über 500 fl. steigen und 5) nur dann in dem vollen Dritttheile des Einkommens gereicht werden soll, wenn der für den Amtsnachfolger übrig bleibende Ertrag dadurch nicht unter 400 fl. herabfällt. — Der folgende §. 36 verfügt wörtlich: „Geistliche aber, die durch eigene Schuld und Verwahrlosung zur Rote schwach oder untüchtig herunterfallen, haben auf eine solche Unterstützung oder Ruhegehaltsverwilligung keinen Anspruch, sondern es soll ihnen vielmehr ein bleibender Wistar auf ihre eigenen Kosten gesetzt werden.“

ung“ einen jährlichen Gehalt von 793 fl. 3 kr. nebst Zinsen der Rückstände vom Tage der Klage, so weit sie damals schon fällig waren, von den späteren aber vom Verfalltage an zu bezahlen, jedoch mit Abzug der bereits geleisteten Zahlungen und unter der Auflage, dem Kläger den nämlichen Gehalt auch in Zukunft und so lange fort zu entrichten, als keine Aenderung in den dienstpragmatischen Verhältnissen desselben eintreten wird.

Das k. App.-Ger. führte hierzu an, daß sich zwar weder das Religionsbisthum noch das Staatsdienerebisthum (Beil. II u. IX der BU.) dahin aussprechen, daß die Pfarrer gerade mit denjenigen Rechten bedacht sein sollen, welche den Staatsdienern in engeren Sinne zugewendet sind, und verwarf daher die Theorie, welche die Pfarrer mit den Staatsdienern auf ganz gleiche Linie stellt und ihnen aus diesem Grunde die den letzteren rücksichtlich des Gehaltes zustehenden pragmatischen Rechte gleichfalls zuweisen will. Allein es zog aus §. 30 des Religionsbisthums in Verbindung mit der Konsistorialordnung vom 8. Sept. 1809 und der Beförderungsordnung von 1820 Folgerungen, welche im nachstehenden Erkenntnisse des Kassationshofes (unten S. 286 Nr. 1 u. 2) angeführt sind und wonach es den Kläger zu einem angemessenen Entschädigungsanspruche berechtigt erklärte.

Die k. Regierung der Pfalz ergriff hiergegen den Kassationsrekurs, indem geltend gemacht wurde, daß mehrfache Gesetzesverletzungen beziehungsweise irrige Gesetzesauslegungen unterlaufen seien. Insbesondere wurde hervorgehoben, daß die durch die Verfassungsurkunde ausdrücklich als fortbestehend und wirksam anerkannte Konsistorialordnung vom 8. Sept. 1809 die angeblich illegale k. Entschließung vom 29. Juni 1857, durch welche Pf. Schmitt mit Gewährung eines Sustentationsbezuges von 300 fl.

vom Pfarramte entlassen worden, als eine vollkommen legale erscheinen lasse. Bei der öffentlichen Verhandlung war der Kassationsbeklagte durch den f. Advokaten Gulden von Zweibrücken vertreten, welcher das Mögliche aufgeboten hat, um seinem Klienten den errungenen Sieg zu sichern. Die f. Regierung hatte die Begründung des Rekurses dem f. Generalstaatsprokurator am Kassationshofe, Herrn Bigis, überlassen. Nachdem derselbe in einem eingehenden die Kassation begutachtenden klaren Vortrage, wobei insbesondere die kritischen rechtsgeschichtlichen Momente beleuchtet wurden, die im angefochtenen Urtheile entwickelten Gründe als unhaltbar bezeichnet hatte, erging in einer späteren Sitzung — am 9. Mai 1862 — das folgende Erkenntniß:

Gründe:

Die Fassung der einzelnen Bestimmungen der f. Verordnung v. 1. Jan. 1805, insbesondere des Art. XXV (also lautend: „alle diese Bestimmungen über das Verhältniß der Staatsdiener in Beziehung auf ihren Stand und Gehalt und auf das hiermit in Verbindung stehende Regulativ der Pensionen und Umzugsgebühren erstrecken sich auf die gesammte Staatsdienerschaft, welche sich entweder zum Centraldienste des Hofes und des Ministeriums oder zum Provinzialdienste in allen seinen Zweigen reihet, mit gleicher Anwendung“) stellen es außer Zweifel, daß diese Dienstespragmatik auf die Geistlichen keine Anwendung zu finden hatte. Es ist diese Annahme um so unumstößlicher, als

1) auch in den früheren Verordnungen über das Pensionswesen vom 14. Juni, 24. Juli, 10. Septbr. und 7. Okt. 1803, sowie vom 26. Januar, 20. und 29. Juli 1804, von welchen die fragliche ältere Dienstespragmatik nur eine systematische, vervollständigte Zusammenstellung bildet, und in welchen die verschiedenen Klassen der Staatsdiener ein-

jeln aufgezählt sind, der Geistlichen keine Erwähnung geschieht; als

2) nach §. 24 derselben Pragmatik alle Pensionen, welche in den vorhergehenden §§. bewilligt sind, aus Staatsmitteln geleistet werden, während eine besondere früher ergangene Verordnung vom 17. Febr. 1803 bezüglich der Pensionen der Geistlichen besagt, „daß den verdienten Pfarrern, welche dem Hirtenamte wegen Alter und Gebrechlichkeit nicht mehr vorzustehen im Stande sind, von den pfarramtlichen Einkünften eine angemessene lebenslängliche Pension in so lange zu bestimmen sei, bis die Organisation einer geistlichen Versorgungsanstalt zu Stande gekommen sein wird“; als endlich

3) die Geistlichen vermöge ihres Berufes und Wirkungskreises keine Staatsdiener und Staatsbeamten sind, sondern nur als Diener der Kirche indirekt zur Erreichung des Staatszweckes mitwirken.

An diesem Verhältnisse der Geistlichen im Allgemeinen und der protestantischen insbesondere, beziehungsweise an der Nichtanwendbarkeit der Dienstespragmatik auf sie wurde auch durch die Konstitution von 1808 und das mit derselben erschienene Religionsedikt zu Tit. I. §. 6 und 7 Nichts geändert, wie sich dies schon daraus ergibt, daß hierin keine Bestimmungen sich vorfinden, durch welche die Geistlichen bezüglich ihrer etwaigen pragmatischen Rechte den Staatsdienern gleichgestellt worden wären. Ganz unwiderleglich hiefür spricht aber die Thatfache, daß jener Konstitution und jenem Edikte nachgängig am 8. Sept. 1809 eine allerhöchste Verordnung — die s. g. Konsistorialordnung — erschienen ist, welche für die protestantischen Geistlichen ein ganz eigenthümliches Besoldungs- und Pensionirungssystem einführt und nach ihrem ganzen Inhalte nicht anders aufgefaßt werden kann, als daß durch sie für die pro-

testamentliche Geistlichkeit eine besondere Pragmatik, wie sie bisher gefehlt hatte, geschaffen werden sollte. Diese Konsistorialordnung bestand nun in ihren pragmatischen Bestimmungen im Jahre 1818 noch in voller Geltung und ist in dieser Richtung durch die Verfassungsurkunde und deren Beil. IX (das Staatsdienerebik) weder ganz noch theilweise außer Wirksamkeit gesetzt worden, weil hierin keine Verfügung, ja nicht einmal eine Andeutung zu finden ist, daß der Geber der Verfassung die ihrem Wortlaute und ihrem Geiste nach nur für die Staatsdiener und Staatsbeamten erlassene Dienstespragmatik auch auf die Geistlichen ausdehnen wollte.

Eine dahin gehende Folgerung oder auch nur die Annahme, daß beabsichtigt worden sei, den Geistlichen eine namentlich bezüglich ihres Einkommens und ihrer Pensionsansprüche mehr gesicherte Stellung zu geben, kann auch nicht durch die Berufung auf den §. 30 des Religionsediktes (Beil. II der BU.), nach welchem „die zur Feier des Gottesdienstes und zum Religionsunterrichte — von den im Staate anerkannten Religions- und Kirchengesellschaften — bestellten Personen die Rechte und Achtung öffentlicher Beamten genießen“, begründet werden. In dieser Gesetzesstelle findet sich nämlich nur eine Bestimmung wiederholt, welche schon im Religionsedikte zu Tit. I §. 6 und 7 der Konstitution vom Jahre 1808 mit den Worten enthalten war „die zur Feier ihres Gottesdienstes und zum Religionsunterrichte bestellten Personen genießen die Vorzüge und Achtung öffentlicher Beamten.“ Nachdem jedoch diese Bestimmung im Hinblick auf die obigen Erörterungen, namentlich auf das von der Konsistorialordnung und die in derselben enthaltene gesonderte Pragmatik Gesagte, unmöglich den Sinn haben konnte, daß hiedurch den Geistlichen die pragmatischen Rechte der Staatsdiener ganz oder

theilweise verliehen werden sollten, kann auch dem vorerwähnten §. 30 diese Tragweite nicht zugestanden werden. Von erheblichem Belange kann es nicht sein, daß in diesem §. der Ausdruck „Rechte“ anstatt des im älteren Edikte gebrauchten Wortes „Vorzüge“ vorkommt; denn erstlich ist bei nicht im mindesten veränderter Stellung der Geistlichen in diensthlicher Beziehung kein einigermaßen triftiger Grund ersichtlich, aus welchem jenen nunmehr die den Staatsdienern ausschließlich auch schon früher bewilligten pragmatischen Rechte ebenfalls hätten zugestanden werden sollen; sodann muß angenommen werden, daß eine so wichtige materielle Aenderung, würde sie beabsichtigt gewesen sein, im Staatsdieneredikte selbst ausgesprochen worden wäre und nicht bloß einen Ausdruck im Religionsedikte durch ein zweideutiges Wort gefunden hätte; endlich aber erhellt aus dem Zusammenhalte des als vorzugsweise kritisch betonten §. 30 mit dem folgenden §. 36, daß durch die Bestimmung des ersteren den Geistlichen der öffentlichen Kirchengesellschaften lediglich eine bevorzugte Stellung gegenüber den Dienern der Privatkirchengesellschaften eingeräumt werden wollte, daß daher der in dem einen §. vorkommende Ausdruck „Rechte“ synonym mit dem im anderen §. stehenden Ausdruck „Vorzüge“ gebraucht worden ist.

Ganz entscheidend gegen die Annahme, daß durch den erwähnten §. 30 eine derartige wesentliche Neuierung durch irgendwelche Gleichstellung der Geistlichen mit den Staatsdienern rücksichtlich der pragmatischen Rechte bewirkt werden sollte, spricht übrigens die Thatsache, daß in dem gleichzeitig mit der Verfassung von 1818 erschienenen Anhange zum §. 103 des Religionsediktes und zwar in den §. 11 und 19 jenes Anhangs die Bestimmungen der Konsistorialordnung in Betreff der Disziplin

über die Geistlichen und der Ansprüche derselben im Falle der Pensionirung so wie in Betreff der Dienstentsetzung und Entlassung mit oder ohne Pension u. s. w., wie sie in den §§. 35 — 38 daselbst enthalten sind, ausdrücklich aufrecht erhalten wurden, wie denn auch in der Beförderungsordnung von 1820 so wie in einer ganzen Reihenfolge späterer Verordnungen der Standpunkt festgehalten ist, daß eine besondere Pragmatik für die Geistlichen fortbestehe²⁾.

Haben in dieser Weise die Bestimmungen der Konsistorialordnung für die protestantischen Geistlichen in den Gebietstheilen des Königreiches diesseits des Rheines noch ihre gesetzliche Gültigkeit, so kann auch nicht bezweifelt werden, daß sie auf die protestantischen Geistlichen der Pfalz ihre ausschließliche Anwendung finden müssen, weil in der für den Rhein-

²⁾ Im §. 11 des „Anhangs“ zum §. 103 des Religionsediktes ist der Wirkungskreis des Oberkonsistoriums und der Konsistorien besprochen. Hierzu gehört unter anderen die Aufsicht über Disziplin, Amtsführung und Betragen der Geistlichen. Der §. schließt mit der Verfügung, daß in Ansehung des Geschäftskreises der Konsistorien es im Allgemeinen bei den Bestimmungen belassen werde, welche hierüber in den früheren Edikten, namentlich: . . . b) in den Instruktionen für das Generalkonsistorium zc. zc. vom 8. Sept. 1809 (der Konsistorialordnung) enthalten sind. — Im §. 19 ist verfügt, daß die allerhöchste Entschliehung zu erhalten sei . . . e) über alle Anstellungen und Beförderungen in geistlichen Amtestellen, Versetzungen, Degradationen, Suspensionen vom Amte, Pensionirungen, Entsetzungen oder Ausschließungen vom geistlichen Amte. — Den Wortlaut der Konsistorialordnung §. 35 — 38 s. im Regierungsblatte v. 1809 S. 1501 und 1502, wobei an die Stelle des Generalkonsistoriums in der Pfalz seit 1848 das dortige Konsistorium getreten ist.

kreis mit der Verkündung der Verfassung erlassenen k. Verordnung vom 28. Juni 1818 im Art. V Ziff. 6 verfügt ist, daß die Pfarrer so wie in den übrigen Kreisen zu behandeln seien, weil hierbei für die katholischen eine Emeritenanstalt in Aussicht gestellt wurde, während die protestantischen auf einen besonders zu bildenden Pensionsfond verwiesen worden sind, und weil im Vollzuge dieser Verordnung wirklich auch die Bildung eines besonderen unter die Aufsicht des Konsistoriums gestellten Pensionsfondes zu Stande kam, aus welchem die Geistlichen ihre nach der Vorschrift der Konsistorialordnung in jedem gegebenen Falle festzusetzende Pension beziehen.

Auch im §. 18 der Vereinigungsurkunde sind die bereits bestehenden Verordnungen, insbesondere die Konsistorialordnung, als gültig nochmals anerkannt worden. Der dieser Anerkennung beigefügte Zusatz: „in so weit solche nicht durch die später gegebene Konstitution des Königreiches modifizirt oder aufgehoben worden sind“ — ist abgesehen von seiner unbestimmten Fassung für den gegebenen Fall ohne alle Erheblichkeit, nachdem, wie gezeigt, die pragmatischen Bestimmungen der Konsistorialordnung durch den Anhang zur Beil. II der BU. als fortgültig erklärt worden sind, sonach einen Bestandtheil der Verfassung selbst bilden²⁾.

²⁾ Zum besseren Verständniß dieser den §. 18 der Verein.-Urk. betreffenden Betrachtung, wodurch ein Einwand des Kass.-Beklagten erledigt wird, diene die Erinnerung, daß die Vereinigung der beiden protestantischen Konfessionen im Rheinkreise durch k. Entschließung vom 10. Oktober 1818 genehmigt und verkündet wurde. Im §. 18 a. a. O., überschrieben „Disziplin gegen Geistliche“ ist ein fast wörtlicher Abdruck der §§. 35 und 38 der Konsistorialordnung enthalten, insbesondere ist darin die Stelle: „Ueberhaupt soll

Nach diesen Bestimmungen, insbesondere nach dem angeführten §. 38, dessen Wortlaut klar und nichts weniger als zweideutig ist, kann aber ein Geistlicher, soferne ihm eine Pension ausgeworfen wird, auf dem Disziplinarwege ohne Richterspruch durch eine königliche Entschliehung seines Dienstes entlassen werden.

Im Widerspruche mit vorstehenden Erörterungen wurde durch das angefochtene Urtheil entschieden:

1) daß nach §. 30 des Religionsediktes den Geistlichen in Beziehung auf die Stabilität des Dienstes und auf den Fortbezug der damit verbundenen Vortheile gleiche Rechte wie den Staatsdienern zustehen;

2) daß die Entlassung der Geistlichen vom Dienste nur durch einen Richterspruch erfolgen könne, daß daher die obgleich mit Pension erfolgte Entlassung des Kassationsbeklagten auf dem Administrativwege eine Beeinträchtigung von dessen verfassungsmäßigen Rechten involvire, welche ihn zu einem Entschädigungsanspruche berechtige.

Hiermit hat aber das erkennende Gericht die vorerwähnten Gesetzesstellen irrig ausgelegt, beziehungsweise verlegt; insbesondere erscheint der in Bezug genommene §. 30 des Religionsediktes irrig ausgelegt, während die §§. 35—38 der Konsistorial-

die Entlassung eines Geistlichen ohne Pension oder die Degradation nie anders als nach vorhergegangener gerichtlicher Untersuchung und Verurtheilung des Straffälligen stattfinden" — ausgenommen. Es ist also, da die Konsistorialordnung vor der Verfassung im Rheinkreise nicht bekannt war und mit deren Publikation eine wörtliche Verkündung von jener nicht vorgenommen wurde, gerade die Verein.-u. dasjenige Patent, wodurch die bei Verkündung der Verfassung nur implicite verkündeten §§. 35—38 a. a. O. thatsächlich zu Jedermanns Kenntniß kamen.

ordnung vom 8. Sept. 1809 verletzt wurden, was die Kassation des Urtheiles zur Folge haben muß.

Demgemäß und weil die Aktenlage der Art beschaffen ist, daß es zur Entscheidung über die Sache selbst keiner weiteren Instruktion bedarf, hat der oberste Gerichtshof als Revisionsgericht über die Berufung des Klägers und nunmehrigen Kassationsbeflagten gegen das Urtheil des k. Bezirksgerichtes Bandau vom 4. April 1860 zu erkennen. Diese Berufung stellt sich als unbegründet dar.

Den in den §§. 34 und 35 der Beförderungsordnung von 1820 wiederholt vorgesehenen Fall der freiwilligen Resignation ausgenommen, ist für die pragmatischen Rechte der protestantischen Geistlichen aus ihrer dienstlichen Stellung, insbesondere für die Stabilität ihrer Funktion und ihre Pensionsverhältnisse die Konsistorialordnung ausschließlich maßgebend. Nach Tit. I lit. C §. 16 ff. a. a. O. haben die Geistlichen keinen Anspruch auf einen bestimmten nach ihrem Einkommen während der Aktivität sich berechnenden Pensionsbezug, wird derselbe vielmehr in jedem einzelnen Falle auf den Antrag der vorgesetzten kirchlichen Behörde durch eine allerhöchste Entschließung festgesetzt. Aus der Thatfache einer angeblich ungenügenden Ausmessung einer Pension kann demgemäß dem betreffenden Geistlichen kein Klagerrecht erwachsen, hiergegen kann lediglich auf dem Wege der Reklamation bei allerhöchster Stelle Abhilfe gesucht werden.

Diese für die Pensionirung im Allgemeinen geltenden Grundsätze sind nun aber auch dann in Anwendung zu bringen, wenn ein Geistlicher auf dem Disziplinarwege mit Pension entlassen wird, was nach §§. 37, 38 der Konsistorialordnung ohne vorgängige richterliche Untersuchung und Verurtheilung gesetzmäßig durch kön. Entschließung erfolgen kann. Somit wurde Pf. Schmitt durch die allerhöchste Entschließung vom 29. Juni 1857 in seinen Rech-

ten in keinerlei Weise beeinträchtigt, nachdem ihm mittelst derselben ein mit einem Pensionsbezüge gleichbedeutender Sustentationsbezug von 300 fl. ausgesetzt worden ist; woraus denn weiter folgt, daß seine gegen das Staatsärar erhobene Klage jedes rechtlichen Fundamentes entbehrt und daß seine Berufung gegen das dieselbe abweisende Urtheil als unbegründet zu verwerfen ist. A. d. Gr. kassirt das OAG. d. R. als Kassationshof für die Pfalz das Urtheil des k. AG. der Pfalz v. 5. Febr. 1861 z., verwirft zugleich als Revisionsgericht erkennend die Berufung z. als unbegründet unter Verurtheilung in die Kosten z. d.*

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Den Gerichten ist im Art. 25 des Forstgesetzes die Kompetenz eingeräumt, sowohl über die Entschädigungs- als über die Ermäßigungsfrage zu entscheiden.

Vgl. Brater in: d. Gesetzgeb. d. Königr. Bayern erl. von v. Dollmann Th. II Bd. I S. 441 unter β.

Die Zuständigkeit der Gerichte nach Artikel 25 des Forstgesetzes wollte von dem Revidenten auf die Entschädigungsfrage beschränkt werden. Diese Kompetenzbeschränkung wurde für unrichtig erklärt. Denn daß sich der Vorbehalt des Rechtsweges gegen den Ausspruch der Forstpolizeibehörde im vierten Absätze des Art. 25 nicht bloß auf die Entschädigung, sondern auch auf die Ermäßigung bezieht, ergibt sich klar aus dem folgenden Absätze, worin dem Waldbesitzer die Befugniß, Ermäßigung mittelst Klage auf dem Rechtswege zu verlangen, ausdrücklich eingeräumt, und ebenso den Forstberechtigten die Betretung des Rechtsweges gestattet ist.

OAG. v. 18. März 1861 Nr. 540⁶⁰/₆₁.
§.

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Zur Lehre von der stillschweigenden Genehmigung käuflich gelieferter Waaren nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. — Ueber die Wirkung des Abstandes von einem eingeworbenen Rechtsmittel auf die Vollstreckbarkeit des bereits vorher erlassenen, aber noch nicht verkündeten richterlichen Ausspruches in seinen Nebenpunkten. — Berichtigung.

**Zur Lehre von der stillschweigenden Genehmigung
käuflich gelieferter Waaren nach den Bestimmungen
des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.**

Nach kaufmännischer Übung hat beim Kaufe vertretbarer Sachen der Empfänger die von auswärts auf Bestellung zugesandte Waare sofort nach ihrer Ankunft zu untersuchen und von allenfalligen Bemängelungen derselben dem Absender ungesäumt Anzeige zu erstatten; außerdem gilt die Waare als stillschweigend genehmigt. Der Grund dieser Verpflichtung beruht auf der Natur des Verkehrs, auf dem guten Glauben und der Diligenz, welche Handelsleute in einem Geschäftsverhältnisse gegenseitig zu beobachten haben. Bei Käufen dieser Art wird die Waare vom Besteller nur der Gattung nach bezeichnet; dieselbe liegt beim Geschäftsabschlusse als Spezieß noch gar nicht vor, die Auswahl und Individualisirung ist dem Verkäufer überlassen. Der bei Ausscheidung der zur Erfüllung bestimmten Individuen nicht gegenwärtige Käufer setzt jedoch hierbei voraus und darf nach der Natur des Vertrages verlangen, daß die zu liefernde Waare jene Eigenschaften besitze, welche sie ihrer Gattung nach besitzen soll. Abgesehen von besonderen Verabredungen

darf er gute Mittelwaare erwarten. Eine mit mangelhaften oder nicht vertragsmäßig beschaffenen Individuen versuchte Erfüllung ist er zurückzuweisen berechtigt. Andererseits hat aber der Verkäufer ein wesentliches Interesse, in thunlichster Bälde zu erfahren, ob die von ihm ausgeschiedene Spezies die Billigung des Käufers erlangt hat, ob letzterer sie behalten will oder nicht. Er muß hierüber baldigst Gewißheit erlangen, theils, um in der Lage zu sein, noch zeitig anderweit über dieselbe verfügen zu können, theils, weil durch Ablauf einer längeren Zeit ihm der Beweis, daß die Waare im vertragsmäßigen Zustande geliefert (empfangbar) sei, erschwert und bei veränderlichen Waaren vielleicht unmöglich gemacht würde. Nicht minder würde der Käufer, wenn ihm freistünde, alle Fehler der Waare zu beliebiger Zeit, ohne Einschränkung auf eine kurze Frist, noch geltend zu machen, die Möglichkeit haben, vom Steigen der Preise Vortheil zu ziehen, beim Fallen derselben aber sich auf die Fehler der Waare zu berufen, um vom Vertrage zurückzutreten. Ein ordentlicher Kaufmann wird es auch niemals unterlassen, die ihm gelieferte Waare alsbald, so weit er es nach deren Natur kann, zu untersuchen, um sich von deren vertragsmäßiger Beschaffenheit zu überzeugen, und er wird von den vorgefundenen Mängeln ebenso ungesäumt dem Verkäufer Nachricht geben. Daß er dieses thue, liegt in der Meinung der Kontrahenten.

Brinckmann, *Hd.* §. 74, insbesondere Note 20. — Goldschmidt, *Ztschr. f. Hd.* IV Nr. 33 u. 38. — Motive zum Entwurfe eines *HGB.* für die Preussischen Staaten, Berlin 1857, S. 141.

Dieser Handelsgebrauch hat denn auch im Art. 347 des b. *HGB.* eine gesetzliche Anerkennung gefunden, nachdem insbesondere mehrere Konferenz-

mitglieder aus dem Kaufmannsstande unter Anderem hiefür geltend gemacht hatten, daß, wenn man die Pflicht der Untersuchung nicht aussprechen und somit dem Käufer das Recht lassen wollte, zu jeder späteren Zeit den Verkäufer wegen Mangelhaftigkeit der Waare in Anspruch zu nehmen, der Kommissions- und Zwischenhandel wegen der Schwierigkeit des Regresses an die Vormänner gar nicht mehr bestehen könne (Prot. S. 645 Sitzung LXXII).

Der allegirte Gesetzesartikel verpflichtet nun den Käufer bei Waarensendungen von auswärts („von einem anderen Orte“) zur Untersuchung der Waare „ohne Verzug nach der Ablieferung, so weit dieses nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist“. Die Prüfung hat sich ebenso wohl auf den Abgang vertragmäßig bedingener Eigenschaften, als auch auf die ohne besondere Verabredung, schon nach gesetzlicher Bestimmung in Betracht kommenden Fehler der Waare zu erstrecken (Prot. S. 666 u. 1391). — Ergeben sich in der einen oder anderen Richtung Mängel, so ist bei Vermeidung der Annahme der Genehmigung dem Verkäufer ¹⁾ sofort Anzeige hievon zu erstatten.

¹⁾ Ob einem Dritten an Stelle des Verkäufers diese Anzeige rite geschehen kann, wird nach den Bestimmungen über Stellvertretung zu beurtheilen sein. In einem Erkenntnisse des H.G. Passau v. 7. März 1862 I. S. W. g. Pf. p. d. m. wurde angenommen, daß dem Geschäftsreisenden des Verkäufers glittig zur Disposition gestellt werden könne, da derselbe zu allen Handlungen befugt erscheine, welche in das ihm übertragene Handelsgeschäft seines Prinzipales einschlagen. — In einem Erkenntnisse des (vormal.) H.G. München v. 2. Aug. 1858 I. S. R. g. W. wurde es für genügend erachtet, wenn die Mißbilligungsanzeige an den (am Wohnorte

Eine besondere Form der Mißbilligungsanzeige ist nicht vorgeschrieben. Daß in erster Lesung (Art. 290) aufgenommene Erforderniß der Schriftlichkeit wurde bei der zweiten Lesung als unzulässig und unpraktisch wieder beseitigt (Prot. S. 1383).

Eben so wenig ist eine allgemein gültige positive Frist, innerhalb deren die Besichtigung und Anzeige erfolgen müsse, vorgesehen. Der Entwurf erachtete eine derartige Bestimmung bei der Verschiedenheit der Fälle und der Mannigfaltigkeit der hier in Betracht kommenden Umstände für unmöglich (Motive z. preuß. Entw. S. 141 letzte Zeile). Aus demselben Grunde fand auch ein in den Konferenzberathungen eingebrachter Antrag, eine Frist von 8 bis 14 Tagen für die Untersuchungspflicht des Käufers vorzuschreiben, keine Unterstützung (Protok. zweiter Les. S. 1383).

Die Beurtheilung, ob rechtzeitig reklamirt sei oder ein Verzug²⁾ vorliege, soll vielmehr dem

des Waarenempfängers aufgestellten) Agenten des Verkäufers erfolge, da es im Verhältnisse einer Agentenschaft liege, daß die dem Agenten gegebene Nachricht so anzusehen sei, als ob solche dem Mandanten selbst gegeben sei; — vgl. hierüber Art. 47 u. 49 des d. HGB.

- ²⁾ Die Prüfung der Waare und Anzeige der Mängel hat im Allgemeinen, wo dieses thunlich ist, so gleich nach der Entgegennahme der Ablieferung zu geschehen. Erf. des DAB. München v. 26. Oktbr. 1852 in Seuffert's Archiv VI Nr. 27; vgl. auch Prot. S. 1363 zu Art. 323. — Nach einem Erkenntniß des DAB. zu Lübeck v. 20. Febr. 1858 (Goldschmidt, Ztschr. f. HR. IV S. 442) soll indeß der Satz, daß der Käufer alsbald zu reklamiren habe, nicht dahin zu verstehen sein, daß der Empfänger nothwendig mit erster Gelegenheit schreiben müsse, sondern nur die Bedeutung haben, daß Käufer nicht eine Zeit hingehen lassen dürfe, welche bei geordnetem Geschäftsbetriebe als unmoti-

billigen Ermessen des Richters überlassen bleiben. Man wollte durch den Ausdruck „ohne Verzug“

virter Verzug von seiner Seite erscheinen und den Verkäufer theils durch die Erwartung, daß die Waare angenommen sei, täuschen, theils in seinen, anlässlich der Reklamation etwa zu ergreifenden Maßregeln benachtheiligen würde; vgl. auch in Seuffert's Archiv XIV Nr. 126 das Wolfenbüttler Kass.-Erl. v. 20. Dezbr. 1859. — Im Uebrigen werden Ort und Zeit, Eigenschaft und Quantität der zu untersuchenden Waare, Kommunikationsmittel, Geschäftsgang zc. bei Beurtheilung der Rechtzeitigkeit der Reklamation vom Richter mit in Betracht zu ziehen sein. Eine Waare, welche ohne Schaden längere Zeit aufbewahrt werden mag, wird eine so schnelle Rückäußerung des Käufers nicht verlangen, als eine dem Verderben leicht ausgesetzte oder einem raschen Wechsel des Preises unterworfen; Seuffert's Archiv II 169; Brindmann, H.R. S. 301 Note 19. — Je nachdem es sich um eine größere oder geringere Quantität, um Waaren in fester oder lockerer Packung handelt, wird die Untersuchung bald mit geringen, bald mit erheblichen und zeitraubenden Umständen verbunden sein. Es wird sich daher in jedem einzelnen Falle diejenige Zeit als die den etwaigen Reklamationen des Käufers gesetzte darstellen, in welcher je nach Beschaffenheit der Waare und den sonstigen begleitenden Umständen vom Käufer die Vornahme einer ordnungsmäßigen Untersuchung der Waare (und Erklärung der Mißbilligung) erwartet werden konnte. Dr. Bärmann im R. Archiv f. H.R. von Dr. Voigt und Heineken, Bd. II (1859) S. 176. —

In einem in Seuffert's Archiv IV Nr. 23 mitgetheilten Erkenntniß des OLG. zu Lübeck vom 14. Mai 1850, in welchem bemerkt ist, daß der von Einzelnen aufgestellte Grundsatz, die Anzeige vorgefundener Fehler müsse sofort mit umgehender Post erfolgen, ein dem Schuldner einzuräumendes modicum tempus keinesweges ausschließe, — ward im betreffenden Falle eine, am 9. oder 10. Tage nach Entgegennahme der Waare erfolgte Ablehnung

offen halten, daß die Prüfung der Waare nicht früher, als dieses möglich geworden, und somit bei jener, welche wegen ihrer Beschaffenheit³⁾ oder wegen der Art ihrer Verpackung⁴⁾ nicht sofort

noch für zeitig genug erachtet. Es wurde hiefür angeführt, daß ein spezieller Grund, weshalb gerade hier besondere Eile nothwendig gewesen wäre, weder geltend gemacht noch abzusehen sei, während anderseits es dem Käufer zu gute kommen müsse, daß der Empfang der Waare in die Meßzeit (zu Frankfurt) fiel, wo Kaufleute von der Kategorie des daselbst wohnhaften Beklagten besonders in Anspruch genommen seien, so wie, daß die erhaltene Partie Waaren 41 Stücke mit dem Längenmaasse von 1617 Ellen betrug, wie denn auch, daß zu einer gehörigen Untersuchung eine bloße Vergleichung der äußeren Theile der einzelnen Stücke mit den Mustern nicht genügen konnte, sondern daß diese auseinander genommen werden mußten, um zu sehen, ob sich nicht inwendig sonstige Fehler zeigten und ob die einzelnen Stücke in sich selbst von ganz gleicher Qualität seien (vgl. übrigens Note 6).

³⁾ Mängel verkauften Oeles, Thranes, wie der meisten Flüssigkeiten, der Pottasche und ähnlicher zur Fabrication bestimmter Substanzen lassen sich häufig nur nach genauer chemischer Untersuchung derselben oder bei der Verarbeitung erkennen. Hier würde es dem Grunde jenes Handelsgebrauches — der gegenseitig geschuldeten *bona fides* — widersprechen, wollte man den Käufer für die Unterlassung einer Untersuchung verantwortlich machen, welche ohne erhebliche und zeitraubende Arbeiten nicht anzustellen ist. N. Arch. f. G.R. a. a. O. S. 175. — Seuffert's Archiv VIII Nr. 39.

⁴⁾ Eine erhebliche Beschränkung der rechtlichen Folgen des Stillschweigens ist für die Fälle anzunehmen, wo Waaren Gegenstand des Handels sind, welche in unveränderter Packung weiter verkauft zu werden pflegen. Denn in solchen Fällen kann der Verkäufer nicht auf eine sofortige Erklärung des Käufers über die demselben unbekannt bleibende Beschaffenheit der Waare rechnen und darf dem Käufer

gründlich untersucht werden könne, erst bei der Verwendung oder beim Auspacken, also in einer Zeit statthabe, in welcher dieß möglich geworden: Sitzung LXXII Prot. S. 647.

Ueberhaupt ist die nach der Ablieferung vom Käufer zu bethätigende Untersuchung nur vorgeschrieben „soweit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist.“ Es handelt sich hierbei nicht um eine scrupulöse Untersuchung, sondern um eine dem ordentlichen Geschäftsgebrauche entsprechende. Was durch eine solche, also z. B. durch Eröffnung einer oder der anderen Kiste, durch die Probe einer gewissen, durch den Handelsgebrauch bereits bestimmten Anzahl Flaschen an Mängeln nicht ermittelt werden kann, ist als heimlicher (verborgener) ⁵⁾ Fehler zu betrachten: Prot. S. 643. —

nicht angefohlen werden, eine Untersuchung der Waare vorzunehmen, da mit einer solchen für ihn der Nachtheil der Zerstörung der Originalverpackung verbunden sein würde. — Welche Waaren in unveränderter Packung weiter verkauft zu werden pflegen, ist nach der jedesmaligen Beschaffenheit des Handelsverkehrs zu bestimmen; die Möglichkeit eines Wechsels muß hier anerkannt werden und die in Rede stehende Qualifikation ist nicht einmal für alle Käufer dieselbe. R. Arch. a. a. O. S. 172. — Unter Originalverpackungen werden solche Gefäße verstanden, in denen von Anfang an die Waare verkauft und selbst dann übergeben zu werden pflegt, wenn eine Versendung derselben gar nicht Statt hat: Konf.-Prot. S. 1393. —

⁵⁾ Der Ausdruck „heimlicher oder verborgener Fehler“ ist hier der Kürze halber mit Rücksicht auf den bisherigen doktrinellen Sprachgebrauch beibehalten; s. Brindmann HR. a. a. O. S. 307. — Aus dem Entwurfe wurde er durch die Konferenzberatungen, um Irrungen vorzubeugen, entfernt, weil man unter dem Ausdruck „verborgen, nicht erkennbar“ eigentlich nur diejenigen Fehler sich denke, welche man

Gleichgültig ist hiebei, ob die Nichterkennbarkeit durch die besondere Natur der Waare oder durch die besondere Art ihrer Verpackung bedingt ist — (Aeußerung des Referenten in der Konf. Sbg. vom 22. Mai 1857 Prot. S. 652). Derlei bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbare Mängel *)

überhaupt mit den Sinnen nicht wahrnehmen könne, während nach der richtigen Bedeutung des Gesetzes darunter auch solche zu begreifen seien, welche zwar an sich keine verborgenen seien, jedoch aus besonderen Gründen, z. B. weil die Waare in einer nicht füglich zu beseitigenden Verpackung sich befinde, nicht sofort bemerkt werden könnten: Prot. S. 652 h u. 653.

- *) Je nach den thatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falles, der Art der Waare, der Verpackung, der Quantität, der Bestimmung derselben können sich dieselben Mängel bald als heimliche, bald als offenbare, nicht vom Käufer zu übersehende darstellen. Die Eigenschaften eines gelaufenen Packen Tabaks lassen sich leichter erkennen, als die von 100 Packen. Bei größeren Quantitäten wird nur die Untersuchung einzelner Packen (Ballen) verlangt werden können; welchen andere erheblich von den untersuchten Packen ab, so kann deren fehlerhafte Beschaffenheit auch später vom Käufer gerügt werden. Finden sich z. B. im Inneren der einzelnen Stücke verkauften Tuches, dessen gute Beschaffenheit erst durch Auseinanderschlagen und sorgfältige Untersuchung sich ermitteln läßt, schadhafte Stellen, so darf ein solcher Mangel nach der Entdeckung geltend gemacht werden, da dem Käufer (im Großhandel) füglich nur zur Pflicht gemacht werden kann, sich von der äußeren Beschaffenheit der einzelnen Stücke Tuch zu überzeugen. Dresdener DAGE. in Seuffert's Archiv II Nr. 22. — Dr. Bärmann a. a. O. des R. Arch. S. 174, welcher hiebei auf Grund von Entscheidungen des DAGE. zu Lübeck beifügt: Ist der Bestimmungsort der Waare vom Empfangsorte verschieden und es erklärte Absicht des Käufers, die

können auch noch später — vorbehaltlich der in Art. 349 Abs. 1 statuirten Präklusivfrist — geltend gemacht werden. Hierbei gilt jedoch, ähnlich wie bei der nach Ablieferung der Waare vorzunehmenden Untersuchung, die Pflicht unverzüglicher Anzeige nach der Entdeckung, widrigenfalls die Waare auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 347 Abs. 3).

Gegen diese Haftung aus den später entdeckten (verborgenen) Mängeln sollen den Verkäufer auch nicht besondere örtliche Gewohnheiten schützen, wornach (wie z. B. bisher in Hamburg) nach einmal erfolgter Annahme der Waare auch wegen verborgener Mängel keine Reklamation mehr erhoben werden kann. Die Aufrechthaltung dieser besonderen örtlichen Gewohnheiten wurde als unthunlich, als einseitig nachtheilig für alle jene, welche mit den an einem solchen Orte wohnenden Personen Handel trieben, abgelehnt: Prot. S. 649--653.

Ingleichen wurde ein Antrag, die Waaren in allen Fällen als genehmigt anzusehen, und somit das Reklamationsrecht des Käufers auszuschließen, wenn der Verkäufer Veränderungen damit vorgenommen habe, als zu weit gehend abgelehnt. Man machte hiegegen geltend, daß es viele Waaren gebe, deren verborgene Fehler⁷⁾ man erst

Waare sofort, z. B. durch Ueberladung von Bord zu Bord, vom Empfangsorte nach dem Bestimmungsorte weiter zu senden, so braucht der Käufer erst nach Ankunft der Waare am Bestimmungsorte eine ordnungsmäßige Untersuchung derselben vorzunehmen.

7) In einem Erkenntnisse des Obertribunales zu Stuttgart vom 28. März 1854 (Seuffert's Archiv VIII Nr. 39) ist hierüber erwähnt: „Wenn die verborgenen Fehler der Waare erst durch den Verbrauch oder die Verarbeitung (in concreto Palmöl zu Seife) erkannt werden können: so steht der ganze

dann wahrnehmen könne, wenn man Veränderungen

oder theilweise Verbrauch der Waare, insofern er der Entdeckung voranging, der Geltendmachung der Rechtsansprüche des Empfängers nicht im Wege. Er kann in einem solchen Falle den noch vorhandenen Rest der Waare zurückgeben und hinsichtlich des verbrauchten Theiles der Lieferung Minderung des Preises und sein volles Interesse verlangen. — Allein anders ist es, wenn, wie im gegebenen Falle, die Beklagten das, was sie von der Waare verarbeitet, nicht auf einmal in Angriff genommen und verbraucht, sondern es nach und nach in verschiedenen Quantitäten zu verschiedenen Seifensuben verwendet haben. Schon durch das Ergebnis des ersten Subes und die dabei am Palmöle wahrgenommenen Erscheinungen mußten die Beklagten (denen als Fabrikanten einige Sachkenntnis zugutragen ist und überdies ein Chemiker zur Seite steht) bei gehöriger Umsicht gegen die Brauchbarkeit des Palmöles mindestens mißtrauisch werden und sich dringend veranlaßt finden, sich hierüber mittelst einer durch einen Techniker vorzunehmenden Untersuchung der aus den einzelnen Fässern gezogenen Muster Gewißheit zu verschaffen, bis dahin aber sich jeder weiteren Verwendung des Oeles zur Fabrikation zu enthalten. Wenn sie gleichwohl fortfuhren, eine Waare, die schon nach der ersten Probe ihnen höchst verdächtig erscheinen mußte, auf Gefahr wiederholten Mißlingens eigenmächtig und ohne Rücksprache mit dem Absender zu Zwecken ihrer Fabrikation bis auf einen geringen Rest zu verwenden, so haben sie auf ihre eigene Gefahr gehandelt und sind rechtlich so zu beurtheilen, als hätten sie schon vor der Verarbeitung die Ueberzeugung von der Fehlerhaftigkeit der Waare gehabt."

Nur eine Bestätigung der allgemeinen Regel über stillschweigende Billigung ist es, wenn ein Erkenntnis des OLG. zu Darmstadt vom 29. Jänner 1856 in Seuffert's Archiv X Nr. 255 sich dahin ausspricht, daß der Empfänger durch die Annahme und den Verbrauch der Weine als die Qualität und den Preis derselben billigend erachtet werden müsse.

mit denselben vorgenommen, oder dieselben ganz oder theilweise verbraucht habe, sowie daß Veränderungen an der Verpackung mitunter nothwendig seien, wenn die ursprüngliche Verpackung einen Schaden erlitten habe: Prot. S. 653. —
(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Ueber die Wirkung des Abstandes von einem eingewendeten Rechtsmittel auf die Vollstreckbarkeit des bereits vorher erlassenen, aber noch nicht verkündeten richterlichen Ausspruches in seinen Nebenpunkten.

Es ist eine bekannte Sache, auf wie schwachen Füßen oft die Bewahrung des Amtsgeheimnisses steht; ein oberstrichterliches Erkenntniß, welches heute erlassen wird, muß erst durch drei Instanzen wandern, ehe es zur Verkündigung an die davon betroffenen Parteien kommt; eine große Anzahl von Personen aus allen Klassen des öffentlichen Dienstes bis zum Gerichtsboten herab gelangt daher zur Kenntniß seines Inhaltes, bevor dasselbe durch seine förmliche Publikation nach ein oder zwei Monaten zur Rechtskraft und einem nicht mehr bezweifelten Rechtsbestande gelangt. Wenn ein solcher Ausspruch in der Zwischenzeit auch mit all' seinen Folgen in der Schwebe bleiben soll, und diese gleich Seifenblasen durch den erklärten Abstand der widrig davon berührten Partei wieder von sich abgewendet werden können, so wird ein großer Theil der zur Verhinderung frivoler oder unzulässiger Rekurse vorgeschriebenen Repressivmittel völlig illusorisch. Die Gerichtsordnung hat selbst einen Fingerzeig dafür gegeben, daß die unter den Parteien auf privativem

Wege herbeigeführte Erledigung einer anhängigen Streitsache auf die durch das inzwischen gefällte Urtheil veranlaßte Verurtheilung in Nebenpunkten ohne Einfluß bleiben soll. Dieselbe verordnete nämlich Kap. XVII §. 1 Nr. 9, falls die Parteien sich vor der Obrigkeit unterer Instanz oder extrajudicialiter verglichen, während die causa bei der höheren Instanz anhängig sei, so solle man dieser zu dem Ende, damit sie nicht weiter hierin verfare, schleunige Nachricht davon ertheilen, widrigenfalls die erforderlichen Relationsporteln und andere verursachte Kosten und Kanzleitag zu erstatten haben. Was daher an pecuniären Folgen als Wirkung eines gestellten Anrufens einmal verursacht ist, das soll durch die spätere Beseitigung der Ursache, welche den höheren Richter mit der Sache befaßt hatte, nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Diese Bestimmung gründet sich sogar auf eine Stelle im §. 56 des Reichabschiedes von 1559. Es ist überdies wesentlich in der Natur eines Repressivmittels gelegen, daß, sobald die straffällige Handlung einmal begangen ist und sogar deren Folgen eingetreten sind, eine auf einen früheren Standpunkt zurücktretende Purgation der in Frage stehenden Uebertretung die Impunität nicht mehr zu erstreben vermöge. Die einfache Bemerkung, eine Verletzung der Amtsverschwiegenheit dürfe! nicht vermuthet werden, und könne überdies als einfache Vermuthung keine Wirkung thun, läßt sich im Angesichte jener legalen Anhaltspunkte nicht durchgreifend finden, um das Ansehen der Gerichte in der Ausübung der ihnen zustehenden Gerichtszucht einer schmerzlichen Verkennung und einer die öffentliche Ordnung störenden Vereitlung bloßzustellen.

Der oberste Gerichtshof hat dieselbe Ansicht bereits vor mehreren Jahren in nachstehendem Falle

ununtwunden ausgesprochen. In einer Streitsache hatte der Beklagte, gegen welchen ein Provisorium für die Dauer des Prozeßes verfügt war, drei Beschwerden hintereinander an den obersten Gerichtshof gerichtet; alle drei wurden hier unzulässig, ungegründet und frivol befunden, daher durch ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 15. Sept. 1845 abgewiesen, die rekurrirende Partei selbst in die Kosten und in 100 fl. Prozeßstrafe, und deren Anwalt in 25 fl. Frivolitätsstrafe verurtheilt. Da diese letztere Strafverfügung von der ersten Instanz zufällig früher an den davon betroffenen Anwalt zugestellt wurde, als das Erkenntniß an die Partei, so konnte jener hieraus den unglücklichen Ausfall seiner Rekurse leicht abnehmen; er erklärte daher nicht nur auf der Stelle den Abstand von seinen Beschwerden, sondern vertweigerte auch einige Tage darauf die Annahme des ihm an Eröffnungsstatt zugefertigten oberstrichterlichen Erkenntnißes.

Auf diesen Zwischenfall hin wurden die Akten dem obersten Gerichtshofe nochmals zur Verfügung vorgelegt, ob denn sein Erkenntniß bei so veränderten Umständen noch publizirt werden solle. Der oberste Gerichtshof erließ hierauf unterm 22. Nov. 1845 folgende Entschließung:

„In der Erwägung, daß zwar jedem Rekurrenten freisteht, auf den Erfolg eines von ihm eingewendeten Rechtsmittels zu verzichten, soferne er hiedurch nicht Befugnisse beeinträchtigt, welche seinem Gegentheile hieraus bereits erwachsen sind, z. B. das Recht zu adhäriren;

daß jedoch die für die gerichtlichen Ausfertigungen angelegten Tag- und Stempelgebühren eine Art von Retribution für die veranlaßte Judikatur als eine richterliche Mühewaltung bilden, welche durch einen nach gefälltem Urtheile erklärten Ver-

nicht dem f. Kerare als bereits angefallen nicht mehr entzogen werden können;

In der Erwägung, daß auf gleiche Weise der Ausspruch über die dem Gegentheile zuerkannten Prozeßkosten durch einen solchen Verzicht nicht berührt wird, weil Jedermann nur auf eigene Rechte verzichten, aber hiedurch nicht die Lage seines Gegners verschlimmern kann;

Erwogen, daß die Prozeß- und Frivolitätsstrafen, in welche der Reurrent und sein Anwalt verurtheilt wurden, eine ernstbemessene Ahndung für die ordnungswidrige Art und Weise bezielten, wie dieselben durch ausgesuchte Umtriebe den Vollzug der Rechtskraft bisher aufzuhalten wußten; daß sowohl dieser Aufenthalt für den Gegentheile, als auch die Behelligung des obersten Gerichtshofes mit unzulässigen und ungegründeten Rekursen eine strafbare Handlung bilden, welche am 15. Sept. l. J. als dem Tage der ergangenen Erkenntnisse konsumirt war, sohin durch den später erklärten Verzicht nicht mehr ungeschehen gemacht, also auch deren Folgen durch eine Art thätiger Reue nicht mehr abgewendet werden konnten;

Erwogen, daß es außerdem eine Partei oder ein Anwalt in ihrer Macht hätten, durch eine sich auf Umwegen verschaffte voreilige Kenntniß von dem Inhalte einer solchen Strafverfügung die richterliche Disziplinalgewalt in ihren repressiven Aeußerungen völlig zu lähmen;

Aus diesen Gründen seien die drei beiseitigen Erkenntnisse vom 15. Sept. l. J. dem Anwalte des Beklagten nach Vorschrift der G.D. Kap. V §. 8 an Eröffnungsstatt zuzustellen, und soweit dieselben den Punkt der Gerichtskosten, den Kostenersatz an den Gegner und die gegen Parteien und Anwälte verhängten Strafen betreffen, in gewöhnlicher Ord-

nung des erklärten Verzichtes unerachtet zu vollziehen.“

DAÖEntschl. v. 22. Nov. 1845 RNr. 1331^{44/45}.

Wir lassen dieser älteren Entscheidung eine aus neuerer Zeit folgen, worin dieselben Grundsätze angewendet wurden.

Ein Anwalt hatte Namens des Beklagten gegen einen Beschluß des Unterrichters, wornach aus angeführten Gründen von der beantragten Abschätzung eines Anwesens Behufß des Zwangsverkaufes Umgang genommen worden war, eine Extrajudicialappellation und eventuelle Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht mit der Bitte, den fraglichen Beschluß aufzuheben und die Schätzung des Anwesens anzuordnen. Die zweite Instanz wies diese Beschwerden als unzulässig ab, verurtheilte den Beschwerdeführer in die Kosten der zweiten Instanz, und strich die angelegten Verfaßgebühren für die Schrift zu Gunsten der Advokaten-Wittwen- und Waisenkasse. Bevor noch das Erkenntniß der zweiten Instanz dem Anwalte insinuirt worden war, hatte derselbe bei dem Untergerichte eine Erklärung, wornach er seine Beschwerden zurücknahm, eingereicht mit der Bitte, die an das Obergericht eingesandten Akten zurückzuverlangen. Auf diese dem Obergerichte mitgetheilte Erklärung konnte dieses jedoch eine Rücksicht nicht mehr nehmen, weil das die Beschwerden abweisende Erkenntniß bereits erlassen und dem Untergerichte zugestellt worden war. Eine Remonstration des Anwaltes gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz mit der Bitte, dieses Erkenntniß auf Grund der eingereichten Verzichtserklärung auf die Beschwerden außer Wirksamkeit zu setzen, wurde abgewiesen, worauf sich beschwerend an den obersten Gerichtshof gewendet wurde. Dieser ließ nun dem Anwalte auf seine Beschwerde, worin geltend gemacht wurde, daß Ez-

trajudizialbeschwerde und Nullitätsquerel, für welche das gestrichene Deservit beansprucht worden, zur Zeit der Fällung des Erkenntnisses der zweiten Instanz bereits zurückgenommen gewesen wären, — die Abweisung bedeuten und kommt in den Gründen Folgendes vor:

Es ist Amtspflicht der Gerichte, die Thätigkeit der Anwälte zu überwachen und so oft ein pflichtwidriges Verhalten wahrgenommen wird, gegen dieselben disziplinar einzuschreiten, insbesondere also Deservitenansätze für unzulässige, frivole oder sonst offenbar grundlose Rechtsmittel abzustreichen (vgl. Ziff. 11 und 12 der Allerh. Verordnung v. 23. März 1813, Moriz, Nov.-Sammlg. zur bay. G.D. Bd. II S. 155 ff.).

Wenn nun gegebenen Falles die Extrajudicialappellation und Nullitätsquerel gegen die erstrichtliche Verfügung vom 13. Dez. 1861 offenbar unzulässig und frivol erscheint, so mußte das angerufene Appellationsgericht pflichtgemäß den Abstrich des hierfür angelegten Deservites verfügen, gleichviel, ob dieser Gerichtshof Erkenntniß in der Hauptsache zu erlassen hatte oder wegen erklärter Zurücknahme jener Beschwerden von solchem Erkenntniß in der Hauptsache Umgang nehmen konnte. Denn es besteht kein Grund, warum für offenbar unzulässige und überdies frivole Beschwerden Deserviten als passirlich deshalb zugelassen werden sollten, weil Beschwerdeführer diese seine unzulässige und muthwillige Beschwerde zurückzunehmen erklärt hat, zumal wenn Schriftverfasser durch seine Beschwerde den beabsichtigten Zweck, nämlich Verzögerung der Execution, wie dieses hier der Fall ist, erreicht hat.

DAÖG. vom 29. Juli 1862 Nr. 1171^{61/62}.
ch.

Berichtigung. S. 246 Z. 16 v. o. statt: „diejenlgen“ lies: „denjenlgen“.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Nochmals über Körperverletzung mit Waffe. — Zur Lehre von der Rückwirkenden Genehmigung lauslich gefellierter Waaren nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. (Schluß.) — Die Form gerichtlicher Protokolle. Stöberverletzung des Aduars durch zwei Gerichtsbefitzer. Zu O. D. Kap. II §. 4. — Revisionsunzulässigkeit gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, wenn auf die Klage zwar ein Verfahren, aber nicht gegen den Beklagten selbst, eingeleitet war. — Ist ein Erkenntnis unter allen Umständen unheilbar nichtig, welches einer am Streite nicht theilnehmenden Person einen Erfüllungseid auflagt? —

Nochmals über Körperverletzung mit Waffe.

Bgl. oben S. 225 — 231.

In Nr. 15 der Bl. f. RA. Jahrgang 1862 ist der Satz durchgeführt, daß Körperverletzungen mit Waffen, welche ohne überlegten Entschluß zugefügt werden und eine mehr als fünftägige Arbeitsunfähigkeit nicht im Gefolge haben, bloß als Uebertretungen zu bestrafen seien. Diese Ansicht ist vollkommen richtig und spricht für dieselbe außer den von dem Verfasser der Abhandlung angeführten Gründen noch folgende Erwägung. Aus Art. 234 Ziff. 2 u. 3 geht hervor, daß der Gesetzgeber eine Körperverletzung, welche eine mehr als fünftägige Arbeitsunfähigkeit im Gefolge hatte, im Allgemeinen schwerer strafen wollte als eine Körperverletzung mit Waffen, wobei eine solche Folge nicht eintrat. Denn ersten Falles bewegt sich die Strafe zwischen 4 monatlichem und 5 jährigem Gefängnisse, während im zweiten Falle bloß zwischen eintägigem und zweijährigem Gefängnisse erkannt werden darf. Nach Art. 235 Abs. 2 ist derjenige, welcher, durch eine von dem Verletzten ihm selbst oder seinen Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung

ung gereizt, dem Andern eine Verletzung beibringt, welche eine mehr als fünftägige Arbeitsunfähigkeit im Gefolge hat, mit Gefängniß bis zu einem Jahre oder mit Geld bis zu zweihundert Gulden zu bestrafen. Wie es in dem Falle zu halten sei, wenn auf Grund einer solchen Reizung eine Mißhandlung mit Waffen zugefügt wird, die eine mehr als fünftägige Arbeitsunfähigkeit nicht im Gefolge hat, darüber enthält Art. 235 keine Bestimmung. Würde nun angenommen, daß für solche Fälle die Strafe des Art. 234 Ziff. 3 Platz greife, so hätten wir einen Strafrahmen von eintägigem bis zweijährigem Gefängnisse ohne Ermächtigung des Richters, auf Geldstrafe zu erkennen; wir hätten daher eine schwerere Strafe als in dem Falle, daß eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 5 Tagen eingetreten ist, während augenscheinlich das Gesetz bei Verletzungen, die eine so große Arbeitsunfähigkeit im Gefolge haben, eine schwerere Bestrafung fixiren wollte. Wird aber die Ansicht adoptirt, welche in Nr. 15 dieser Blätter entwickelt ist, dann erscheint das Gesetz ganz consequent; es ist auch bei unüberlegten Verletzungen mit Waffe ohne größeren Erfolg die Strafe eine geringere als bei schwererem Erfolge. Das Stadtgericht München I. d. J. Abtheilung für Strafsachen hat in der Untersuchungssache gegen den Maurer Hoffmann wegen Körperverletzung am 24. Juli 1862 gleichfalls diese mildere Ansicht seinem Erkenntnisse zu Grunde gelegt, ohne daß die Staatsanwaltschaft dagegen appellirt hätte.

**Nur Lehre von der stillschweigenden Genehmigung
häuslich gelieferter Waaren nach den Bestimmungen
des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches.**

(Schluß.)

Die Geltendmachung der sogen. verborgenen Mängel findet indeß ihre Beschränkung in den Bestimmungen des Art. 349 des d. HGB. Hiernach soll wegen der erst nach sechs Monaten seit der Ablieferung der Waare an den Käufer entdeckten Mängel dem letzteren weder eine Klage, noch eine Einrede mehr gestattet sein, so weit nicht etwa eine ausdrückliche gegentheilige Verabredung oder ein Betrug des Verkäufers in Mitte liegt (Art. 349 Abs. 5 u. Art. 350).

Zugleich wurde der mit der eben berührten Beschränkung bezeichnete sechsmonatliche Zeitraum überhaupt als Verjährungsfrist für die Klagen, welche wegen Mangelhaftigkeit der erkauften Waare dem Käufer gegen den Verkäufer, sei es aus dem ädilitischen Edikte^{*)}, sei es aus dem Kaufkontrakte, gegeben sind, bestimmt. Die Aufnahme einer solchen kurzen Verjährungsfrist erschien als ein Bedürfniß des Handelsverkehrs. Um dem Verkäufer die Gewißheit über die endliche Erledigung eines Geschäftes zu ermöglichen, soll das Recht des Käufers, Ausstellungen gegen die Beschaffenheit der Waare zu machen, auf eine kurze Zeit beschränkt werden (Motive zum preuß. Entw. S. 143. — Prot. S. 659 bis 661).

Der Beginn dieser sechsmonatlichen Verjährungsfrist berechnet sich nach dem Zeitpunkte der Ablieferung der Waare an den Käufer, nicht

^{*)} Vgl. hierüber Seuffert's Pand. §. 266 a. G. Bd. II Ausgabe III S. 86.

nach dem der Uebergabe (wie es im Entwurfe hieß). Dieser letzte Ausdruck wurde um deswillen vermieden, weil unter Umständen (Art. 261 des Entw., Art. 345 des d. HGB.) die Ueberantwortung der Waare an den Spediteur oder Frachtführer als Uebergabe gilt, sohin, wenn die Verjährung von der Uebergabe an laufen würde, beim Handel auf große Entfernungen die sechsmonatliche Frist von der Zeit einer nach dem angezogenen Artikel erfolgten Uebergabe an schon abgelaufen sein würde, ehe sich Käufer in der Lage sähe, eine Untersuchung vornehmen zu können (Prot. S. 662 u. 665).

Den Eintritt der Verjährung von Entdeckung der Fehler („dem Wissen der Nichtempfangbarkeit“) abhängig zu machen, wie von einer Seite beantragt war, wurde um deswillen nicht beliebt, weil alsdann die Gewißheit über die endliche Erledigung des betreffenden Handelsgeschäftes niemals erreicht würde. Denn der Verkäufer könne nie wissen, durch wie viele Hände die Waare seit deren Verkauf, gegangen, ob sie endlich verbraucht und die Möglichkeit der Entdeckung von Fehlern abgeschnitten sei oder nicht (Prot. S. 661 u. 665).

Was dagegen die Zulässigkeit der einredeweisen Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Waare gegen den Verkäufer betrifft, so enthält der Artikel 349 im Abs. 3 insbesondere noch die Bestimmung:

„Die Einreden sind erloschen, wenn die im Art. 347 vorgeschriebene sofortige Absendung der Anzeige des Mangels nicht innerhalb 6 Monaten nach der Ablieferung an den Käufer geschehen ist. Ist die Anzeige in dieser Weise erfolgt, so bleiben die Einreden bestehen.“

Diese Bestimmung sollte zunächst für den vorliegenden Fall die civilrechtliche Kontroverse entscheiden, ob mit der Klage auch die Einreden ver-

jähren, und einem Zwange des Käufers zur Klagestellung, sei es auch nur in Gestalt einer provocatio ex lege si contendat, vorbeugen (Motiv S. 143, Prot. S. 664).

Um die bezeichneten Einreden zu wahren, ist hienach nur vorgeschrieben, daß der Käufer die im Art. 347 ihm aufgetragene sofortige Anzeigebestimmung betreffend, bei der Untersuchung unmittelbar nach der Ablieferung erkennbaren, bezw. der später entdeckten verborgenen Mängel erstattet habe. Ist dieses geschehen, so hat er sich das Recht gesichert, die Einreden wegen Mangelhaftigkeit der Waare auch noch nach Ablauf der für die klagweise Verfolgung der betreffenden Ansprüche vorgesezten sechsmonatlichen Verjährungsfrist geltend machen zu können.

Hierbei muß aber im Hinblick auf Art. 349 Abs. 1 festgehalten werden, daß es sich nicht um Mängel handeln darf, welche erst nach 6 Monaten seit der Ablieferung entdeckt wurden. Bezüglich dieser ist — abgesehen von gegentheiliger Verabredung so wie von einem Betruge*) des Verkäufers — jeder Rechtsanspruch an sich ausgeschlossen. Mit Bezug auf letztere, erst nach Ver-

*) Vgl. Art. 350 des d. HGB. Der Ausdruck „Betrug“ ist hier nicht bloß im strafrechtlichen, sondern auch im weitergehenden civilrechtlichen Sinne (dolus) zu verstehen (Prot. S. 1461). — Als Beispiel wurde bei einer anderen Gelegenheit erwähnt, wenn etwas ganz Anderes gesendet werde, als die verkaufte Waare, wie Steingrau in einem Pfefferballen (Prot. S. 650). — Der Grund dieser Ausnahmsbestimmung liegt darin, daß der Verkäufer ein Handeln wider Treu und Glauben dem Käufer vorzuwerfen nicht befugt ist, wenn er selbst durch sein arglistiges Verfahren, indem er wissentlich eine kontraktwidrige Waare lieferte, den Käufer getäuscht hat (N. Arch. a. a. D. S. 173).

lauf von 6 Monaten entdeckte, Mängel ist der Passus zu verstehen: „(Die Einreden sind erloschen,) wenn die im Art. 347 vorgeschriebene sofortige Anzeige des Mangels nicht innerhalb 6 Monaten nach der Ablieferung an den Käufer geschehen ist.“ — Der Sinn dieser Worte kann weder der sein, daß neben der im Art. 347 vorgeschriebenen unverzüglichen Anzeige noch eine weitere Anzeigepflicht binnen 6 Monaten von der Ablieferung an bestehe, noch der, daß es zur Verpetuirung der Einreden (im Gegensatz zur klagweisen Geltendmachung der Mängel) genüge, wenn nur überhaupt innerhalb 6 Monaten nach Empfang der Waare die Anzeige der Mängel an den Verkäufer abgesendet werde.

Dieses ergibt sich klar, wie aus dem Wortlaute des Art. 349 Abs. 1 u. 3, so insbesondere auch aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung.

Der entsprechende Art. 266 des preuß. Entw. und ebenso der korrespondirende Art. 292 der I. Lesung enthielt nämlich keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß Mängel der Waare, welche erst nach 6 Monaten seit der Ablieferung entdeckt werden, nicht mehr geltend gemacht werden können, sondern lediglich die Norm: daß (alle) die Klagen gegen den Verkäufer w. M. d. W. in 6 Monaten nach der (Uebergabe) Ablieferung verjähren; dasselbe gelte von den Einreden, wenn nicht die Anzeige des Mangels an den Verkäufer innerhalb 6 Monaten nach der Ablieferung erfolgt sei. Hiegegen wurde nun namentlich in der CLXVII. Sitzung v. 15. Februar 1858 bei der II. Lesung von einem Mitgliede erinnert, die Bestimmung des Abs. 3 des Art. 290 I. Lesung (Art. 347 des d. HGB.): „ergeben sich später solche Mängel“ finde nach der unzweifelhaften Intention des Gesetzes ihre

nothwendige Begrenzung in dem nicht bezw. nicht klar ausgesprochenen Gedanken, daß die erst nach 6 Monaten seit der Ablieferung vorgefundenen Mängel weder klags- noch einredebeweise mehr geltend gemacht werden können. Bezüglich der Klagen gegen den Verkäufer liege nun zwar ein Bedürfnis, dieses klar auszudrücken, nicht vor, weil die Verjährungsfrist mit derjenigen Frist zusammenfalle, innerhalb welcher die Mängel der Waare entdeckt sein müßten, wenn auf Grund derselben dem Käufer überhaupt ein Anspruch gegeben sein solle. Dagegen sei es in Bezug auf die Einreden unumgänglich nöthig, der gedachten Intention des Gesetzes einen bestimmteren Ausdruck zu geben, als dieses im Art. 292 Abs. 2 durch die Worte geschehen: „wenn nicht . . . abgesendet worden ist.“ Von der Verjährung einer Klage oder Einrede lasse sich nur im Falle der versäumten Geltendmachung eines bestehenden Rechtsanspruches reden. Ein Versäumnis des Käufers liege aber nicht vor, wenn derselbe behufs Erhaltung seiner Einrede zur unverzüglichen Anzeige des entdeckten Mangels verpflichtet sein solle und dieser Verpflichtung in concreto Genüge geleistet habe. Andererseits lasse sich ein bestehender, der Verjährung unterworfenener, Rechtsanspruch nicht denken, wenn ein solcher bei versäumter unverzüglicher Anzeige des Mangels gar nicht erwachsen sei. Es erscheine daher zur Vermeidung einer, der Absicht des Gesetzes widerstreitenden, Auslegung des Art. 292 Abs. 2 (1. Vers.) geboten, die Unstatthaftigkeit von Einreden wegen der erst nach 6 Monaten aufgefundenen und angezeigten Mängel nicht als Folge eingetretener Verjährung eines (gar nicht existent gewordenen) Anspruches, sondern lediglich als Folge des an die Spitze des Artikels zu bringenden Satzes darzustellen: „daß wegen der erst nach 6 Monaten vorgefundenen und folglich auch erst nach

diesem Zeitraume anzeigbaren Mängel weder eine Klage, noch auch eine Einrede gegeben sei.“

Eine diesem Gedanken entsprechende Normirung des Art. 292 I. Ves. wurde denn auch von jenem Mitgliede der Redaktionskommission zur Würdigung anheim gegeben und von dieser, nachdem über fraglichen Vorschlag zwar nicht abgestimmt, aber auch kein eigentlicher Widerspruch dagegen eingelegt worden war, im Wesentlichen übereinstimmend hiemit in der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes vorgenommen (vgl. Art. 326 II. Ves. mit Art. 266 des preuß. Entw. u. Art. 292 I. Ves.).

Hieraus ergibt sich, daß einerseits die rechtliche Geltendmachung der Mangelhaftigkeit der Waare auch zu ihrer einredeweisen Begründung die unverzügliche Anzeige eines bei der sofortigen geschäftsordnungsmäßigen Untersuchung derselben nach Empfang wahrnehmbaren, bezw. eines binnen 6 Monaten nach der Ablieferung entdeckten verborgenen Mangels voraussetzt, andererseits aber bei allen, innerhalb 6 Monaten nach Ablieferung der Waare entdeckten, Mängeln deren rechtzeitige Bekanntgabe im Sinne des Art. 347 des d. HGB. dem Käufer das Recht der einredeweisen Geltendmachung perpetuirt.

Uebrigens soll nach Abs. 4 u. 5 des angeführten Art. an den besonderen Gesetzen und Handelsgebräuchen, welche für einzelne Arten von Gegenständen ¹⁰⁾ eine kürzere Verjährungsfrist bestimmen, nichts geändert, und ebensowenig,

¹⁰⁾ Wie im Entwurfe S. 143, so wurde auch in den Konf.-W. öfter erwähnt, daß die Währschaftsgesetze der einzelnen Länder und die örtlichen Handelsgebräuche in Bezug auf die Untersuchungs- und Anzeigepflicht beim Viehhandel von den Bestimmungen des Art. 347 nicht berührt werden. (Prot. S. 1384 u. 1390.)

wie bereits oben angedeutet, die vertragmäßige Festsetzung der Haftbarkeit des Verkäufers auf eine kürzere oder längere Frist denn 6 Monate ausgeschlossen sein. Insbesondere wurde auch ein Erlass der Untersuchungspflicht ausdrücklich für zulässig erklärt: Prot. S. 666.

In der vorstehenden Erörterung ist immer vorausgesetzt, daß es sich um Waaren handelt, welche auf Bestellung zugesendet werden. Nicht selten kommt es jedoch im Handelsverkehre vor, daß ein Kaufmann dem anderen Waaren mit Preisnote zusendet, die entweder überhaupt nicht bestellt wurden oder doch das Maasß der Bestellung überschreiten. Es fragt sich, ob auch hier die Pflicht zur sofortigen Dispositionsstellung für den Empfänger bestehe, wenn sein Schweigen nicht für Billigung und Annahme gelten soll. Diesen Fall, welcher vom vorausgehenden wesentlich verschieden ist, hat das d. HGB. nicht ausdrücklich vorgesehen¹¹⁾,

¹¹⁾ Zu Art. 324 II. Ref. (347 des Ges.) hatte zwar Mecklenburg unter Ziffer 345 der Zusammenstellung der Erinnerungen gegen den Entwurf aus zweiter Lesung bemerkt: „Der Art. 324 verlangt eine Untersuchung der gelieferten Waare nur in Bezug auf die Qualität, nicht auch, wenigstens nicht ausdrücklich, in Bezug auf die Quantität. — Zur Vermeidung von Streitigkeiten kann es indessen nur angemessen erscheinen, dem Empfänger zugleich die Pflicht aufzuerlegen, die empfangene Waare auch in Bezug auf die Quantität, d. h. ob die verabredete, oder die in der Faktura angegebene Quantität auch richtig geliefert sei, zu untersuchen und eventuell seine desfallsigen Einreden dem Verkäufer rechtzeitig anzuzeigen. Es wäre daher ein entsprechender Zusatz zu Art. 324 zu machen.“ — Der desfallsige Antrag wurde jedoch nicht zur Verhandlung gezogen, vielmehr unter die ausgeschiedenen Erinnerungen verwiesen, welchen gegenüber an dem Konferenzentwurfe

baher hierüber nach Art. 1 des d. GGB. die Handelsgebräuche und nur in deren Ermangelung das gemeine Recht zur Anwendung kommen. Wir werden darum in der nächsten Nummer dieser Blätter einige Entscheidungen aus der bisherigen Gerichtspraxis über die Auffassung dieser Frage wiedergeben und sie mit einigen Bemerkungen begleiten.

R.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die Form gerichtlicher Protokolle. Stellvertretung des Aktuars durch zwei Gerichtsbeisitzer. Zu G.D. Kap. II §. 4.

Das Protokoll eines Patrimonialgerichtes im Allgemeinen und insbesondere im gegebenen Falle ein solches, welches auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit über einen abgeschlossenen Vertrag aufgenommen wurde, bleibt wirksam, wenngleich im Hinblick auf G.D. Kap. II §. 4¹⁾ statt des Aktuars von dem protokollierenden Beamten zwei Zeugen beigezogen wurden. Die Bemerkung, daß diese Form zur Antiquität geworden, genügt nicht, um der betreffenden Verhandlung den Rechtsbestand einer

festgehalten wurde, sei es, weil die erhobenen Bedenken sich von den Grundlagen und Prinzipien des Entwurfes zu weit entfernten, sei es, weil sie als unerheblich oder nicht näher formulirt erschienen; s. S. 90 und 98 der angef. Zusammenstellung.

¹⁾ Vergl. Org. Gb. u. d. gutsherrl. Gerichtsbarkeit v. 16. Aug. 1812 §. 166 Abs. 2.

gerichtlichen Verlautbarung abzusprechen, weil die Seltenheit ihres Vorkommens in neuerer Zeit noch keineswegs die Bedingnisse einer wahren desuetudo in sich begreift oder zu ersetzen vermag. Aus dem §. 42 des gutsherrlichen Ediktes Beil. VI z. III., wonach bei Patrimonialgerichten die Stelle des Actuars durch einen verpflichteten Schreiber ersetzt werden kann, läßt sich nicht die Folge ziehen, daß jene in der G.D. zugelassene Form dadurch wieder aufgeschlossen werden wollte; denn der bemerkte §. gibt bloß eine Vorschrift für die Gerichtsverfassung, und bemerkte in dieser Beziehung, wie die ordentliche Bestellung eines Patrimonialgerichtes beschaffen sein müsse, zieht aber den Fall nicht in den Kreis seiner Betrachtung, wenn auskömmliche ein Schriftensführer zu einer Verhandlung gar nicht verwendet, sondern die Beurkundung darüber von dem Gerichtshalter selbst niedergeschrieben wurde. Ja, es bedarf zu jener Gültigkeit nicht einmal der bestimmten Anführung, daß der gewöhnliche Schreiber des Patrimonialgerichtes damals verhindert gewesen sei, weil die G.D. a. a. O. diesen Umstand nicht als wesentlich verlangt, sondern ihre Billigung, zu einem Verhöre Gerichtsbeisitzer beizuziehen, nur besonders dann ausspricht, wenn der Richter keinen Schreiber bei sich habe²⁾.

DAGE. v. 21. Januar 1859 Nr. 1302^{57/58}.

²⁾ Anderer Meinung ist bekanntlich Seuffert im Kommentar u. d. G.D. Kap. II §. 4, II. Aufl. Bd. I S. 342. Obige Frage hat natürlich auch durch die Veränderungen in der Gerichtsverfassung ihr Interesse nicht verloren, da immer noch Fälle vorkommen, wo die Gültigkeit vor 1848 vorgenommener Handlungen gutsherrlicher Gerichte in Frage kommt.

2.

Revisionsunzulässigkeit gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, wenn auf die Klage zwar ein Verfahren, aber nicht gegen den Beklagten selbst, eingeleitet war.

Eine Frau stellte während des Ehescheidungsprozesses mit ihrem Manne gegen denselben Klage auf Sequestration ihres beweglichen Vermögens, weil sie Gefahr besorgte, daß der Ehemann dasselbe während jenes Prozesses veräußern werde, führte für ihre Besorgniß mehrere Thatfachen an und bezog sich zum Beweise dieser Thatfachen auf Urkunden und Zeugen.

Die I. Instanz fand die Gefahr eines Verlustes durch die Urkunden nicht genügend bescheinigt und ordnete deshalb vor weiterer Verfügung in der Sache die Vernehmung der benannten Zeugen, jedoch ohne Zuziehung des Beklagten, an. Hievon hatte dieser auf außergerichtlichem Wege Wissenschaft erhalten, weshalb derselbe gegen jenes Verfahren Remonstration mit eventueller Nichtigkeitsbeschwerde einreichte. Die I. Instanz nahm aber die angeordnete Zeugenvernehmung ohne Zuziehung der Streiththeile vor, theilte nun die Klage dem Beklagten mit, wies jedoch solche zugleich *a limine judicii* ab, verwarf auch die Remonstration des Beklagten und legte dessen eventuelle Nichtigkeitsbeschwerbe mit einer Berufung der Klägerin gegen jene Klagsabweisung der II. Instanz zur Entscheidung vor.

Diese bestätigte den die Klage abweisenden erstinstanzlichen Beschluß und erklärte hiernach die Nichtigkeitsbeschwerbe des Beklagten für gegenstandslos.

Die Klägerin beschwerte sich gegen jene Bestätigung bei dem obersten Gerichtshofe, wurde aber damit von demselben aus folgenden Gründen abgewiesen:

Die Klage ist durch erstinstanzlichen Beschluß a limine judicii abgewiesen und dieser Beschluß durch zweitinstanzliches Erkenntniß bestätigt, es liegen sonach bezüglich jener Zurückweisung der Klage von der Gerichtschwelle zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse vor, gegen welche gemäß §. 52 Nr. 1 und §. 54 Nr. 1 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 eine Revision nicht stattfindet.

Zwar hat die I. Instanz durch die unmittelbare Entschließung auf jene Klage eine Zeugenvernehmung angeordnet und solche auch vorgenommen, beides jedoch ohne Zuziehung des Beklagten, und erhielt dieser auch die Klage erst mit dem dieselbe a limine judicii abweisenden Beschlusse mitgetheilt.

Die diesem Beschlusse vorausgegangene Entschließung enthält bloß eine richterliche Anordnung zur Ergänzung der der Klage noch abgängigen Bescheinigung der angeblich vorhandenen Gefahr eines Verlustes, sie ist nicht gegenüber dem Beklagten erlassen und betrifft nicht die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung desselben. Es ist sonach damit noch nicht ein Verfahren gegen den Beklagten selbst eingeleitet worden. Der die Klage abweisende Beschluß I. Instanz hat deshalb die prozeßualische Natur eines einfachen auf einseitigen Antrag einer Partei ohne Vernehmung des Gegentheiles ergangenen Dekretes (Gönnert Kommentar üb. d. Prozeßgesetz v. 22. Juli 1819 Seite 260 Nr. 2, Seite 296 Nr. 1), gegen welches nach §. 52 Nr. 1 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 nur deshalb Berufung stattfindet, weil dergleichen abweisende Dekrete der Wesenheit nach wahre Sentenzen in der Hauptsache sind (Gönnert a. a. O. S. 299); eine Revision hat aber gegen solche in II. Inst. bestätigte Dekrete gemäß §. 54 Nr. 1 jenes Gesetzes nicht statt.

Auch die vom Beklagten eingereichte Remonstration und eventuelle Nichtigkeitsbeschwerde vermögen nicht die Statthaftigkeit der Revision zu begründen, denn die Einmischung des Beklagten in den Streit erfolgte nicht auf gerichtliche Veranlassung, wurde mit dem zweitinstanzlichen Erkenntnis ganz gegenstandslos und hat überhaupt auf die Frage der Statthaftigkeit der Revision keinen prozessualischen Einfluß.

DAUERf. v. 30. Nov. 1861 Nr. 62^{61/62}.
Wrb.

3.

Ist ein Erkenntnis unter allen Umständen unheilbar nichtig, welches einer am Streite nicht theilnehmenden Person einen Erfüllungsseid auflagt?

J. G. erhob gegen den Eisenbahnbau-Akkordanten Daniel S. Klage auf Bezahlung einer Forderung von 272 fl., zeigte aber nach einiger Zeit an, daß Daniel S. gestorben und dessen Eltern, Georg und Anna Maria S. und dessen Geschwister Georg und Maximiliana S. als seine Erben zu betrachten seien, nachdem die übrigen (sieben) Geschwister des Daniel S. sich der Erbschaft desselben entschlagen hatten. Zur Klagsbeantwortung aufgefordert, ließen die vom Kläger als Erben des Beklagten namhaft gemachten Personen sich auch auf den Streit ein und traten den ihnen bezüglich der der Klage opponirten Einrede der Kompensation und bezüglich der Widerklage rechtskräftig auferlegten Beweis außer anderen Beweismitteln auch durch Gebieten zum Erfüllungsseide, abzuleisten durch den Streitgenossen Konrad S., einen Bruder des verstorbenen Daniel S., der allein gutes Wissen von der Sache habe, an. Diesem Vorbringen gegenüber bestritt der Kläger in seiner Beweiserklärung lebiglich die Zulänglichkeit des Schwures dieses

Einen der Streitgenossen für alle Streitgenossen, nicht aber die Qualität des Konrad S. als eines Streitgenossen und Mitbeklagten. Das Erkenntniß der ersten Instanz, wodurch dem Kläger wegen Mangels eigenen Wissens der Beklagten der Reinigungseid aufgelegt wurde, erfuhr auf die von den Beklagten eingelegte Berufung, der gegenüber der Kläger wieder nur die Zulänglichkeit des Schwures des Konrad S. für alle Streitgenossen bekämpfte, ohne dessen Qualität als Streitgenosse und Mitbeklagter zu berühren, in II. Instanz eine Abänderung dahin, daß, den Anträgen der Beklagten stattgebend, auf Ableistung des Erfüllungseides durch Konrad S. für alle Streitgenossen erkannt wurde. Nachdem dieses Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hatte, erklärte sich auch Konrad S. bei der zur Eidesabnahme anberaumten Tagesfahrt zur Leistung des ihm aufgelegten Erfüllungseides bereit, wogegen jetzt erst der Kläger dem Konrad S. die Qualität als Beklagter streitig machte und, nachdem in Folge dessen die Eidesabnahme unterblieben war, gegen das zweitinstanzliche Erkenntniß aus dem Grunde die Nichtigkeitsbeschwerde erhob, weil hierdurch dem Konrad S. als einem der beklagten Streitgenossen der Erfüllungseid über ein Moment des Eintretens und Widerlagsbeweises für die ganze beklagtische Streitgenossenschaft aufgelegt wurde, während doch dieser Konrad S. in Wirklichkeit weder Beklagter überhaupt noch Streitgenosse der Beklagten sei.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde wurde jedoch von dem obersten Gerichtshofe verworfen.

Das außerordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, besagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe, setzt zufolge *OD. Kap. XIV §. 11* und *Kap. XVI §. 2* eine unheilbare Nichtigkeit der

hiemit angefochtenen Sentenz, hervorgegangen aus dem Defekte der Citation oder der Jurisdiction, voraus. Von einem Defekte der Citation oder der Jurisdiction kann aber nach der — oben geschilderten — Aktenlage weder bezüglich des Klägers oder der wirklichen Beklagten noch auch selbst bezüglich des Konrad S. die Rede sein. Allerdings ist hier eine Verletzung der Bestimmung der G.D. in Kap. XIII §. 1, 2 und 3 gegeben, wornach der Parteieneid, sei es der Haupteid oder einer der nothwendigen Eide, nur den im Streite wirklich befangenen Personen, mit einziger Ausnahme des hier nicht gegebenen Falles der Cession, aufgelegt und abgenommen werden darf. Auch wäre hier die Offizialthätigkeit des Richters in doppelter Hinsicht in Anspruch genommen gewesen, insoferne nämlich, als es sich hier um die Legitimation des Konrad S. als eines Mitbeklagten handelte, und insoferne, als der Richter bei der Auflage nothwendiger Eide an die Anträge der Parteien nicht gebunden ist. Allein derartige Verletzungen positiver, ja selbst prohibitiver Gesetzesbestimmungen, wie solche Außerachtlassungen hinsichtlich der richterlichen Offizialthätigkeit, begründen, wenn sie sich nicht unter eine der beiden Kategorien des Defektes der Citation oder der Jurisdiction, unter welcher letztere auch die Verstöße gegen die res judicata zu zählen sind, reihen lassen, immer nur heilbare Nichtigkeiten, bezüglich deren zufolge §. 2 Nr. 4 a. a. O. nur im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels oder nach Umständen der Restitution Abhilfe erzielt werden kann.

DABG. vom 30. Novbr. 1861 Nr. 1185⁶⁰/₆₁.
77.

Dr. J. A. Senffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: In Bayern diesseits des Rheines steht vom 1. Juli 1862 an das Recht, sich des Zeugnisses in Strafsachen zu entschlagen, den im StGB. v. J. 1861 Art. 61 benannten Personen zu. — Die Zusendung unbestellter Waaren verpflichtet den Empfänger nicht, sie anzunehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders zu stellen. — Der Empfänger bestellter Waaren muß die mit denselben erhaltenen unbestellten annehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders stellen. — Untheilbarkeit der Fortberechtigung im Falle der Zertrümmerung des besetzten Hauses. — Gehört zur Begründung der reclamatio uxoris des Würzburger Landrechtes ein schon wirklich entstandener Schaden?

In Bayern diesseits des Rheines ¹⁾ steht vom 1. Juli 1862 an das Recht, sich des Zeugnisses in Strafsachen zu entschlagen, den im StGB. vom J. 1861 Art. 61 benannten Personen zu.

Der erste Theil des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 statuirte eine allgemeine Pflicht, vorbereitete oder angefangene Verbrechen und Vergehen zu verhindern, insbesondere sie durch Anzeige bei der Obrigkeit zu verhindern (Art. 78). Diese Denunziationspflicht erstreckte sich, wenn durch die Unterlassung der Anzeige die Untersuchung und Bestrafung erschwert oder vereitelt wurde, bei den schwereren Verbrechen selbst auf die schon vollendeten (Art. 88). Durch Unterlassung der Anzeige wurde der vom Verbrechen Wissende, wenn er schon bei der Vorbereitung oder dem Anfange des Verbrechens seine Kenntniß erlangt

¹⁾ In der Pfalz gibt es kein Recht, sich des Zeugnisses zu entschlagen: C. d'instr. crim. Art. 80 ff.; die dem Beschuldigten nahe stehenden Personen dürfen dort gar nicht vernommen werden: Art. 322 a. a. D.

hatte, als Gehülfe dritten Grades (Art. 78), wenn er seine Kenntniß erst nach der Vollenbung erlangt hatte, als Begünstiger dritten Grades strafbar (Art. 88).

Gewisse, dem Verbrecher nahe stehende Personen, welche das Gesetz (Art. 79) bestimmt bezeichnete, waren von dieser Denunzationspflicht entbunden (Art. 79 u. 89). Es wurden ihnen selbst positive Begünstigungen, welche nur den Schutz der Person des Verbrechers zum Zwecke haben, nachgesehen (Art. 89). Dieselben Personen waren nach StGB. v. 1813 Thl. II Art. 204 Nr. 1 von der Verbindlichkeit zum Zeugnisse in peinlichen Sachen befreit.

Die vorerwähnten Bestimmungen des ersten Theiles des StGB. v. 1813 sind mit diesem ganzen Theile durch Art. 2 Nr. 1 des Einführungsgesetzes aufgehoben und ist im Art. 17 Abs. 1 desselben Gesetzes bestimmt, daß, wo bestehende Gesetze auf Bestimmungen des bisherigen Strafrechts verweisen, diese Verweisung nunmehr auf die entsprechenden Vorschriften der neuen Strafgesetzgebung zu beziehen ist.

Das StGB. v. J. 1861 spricht zwar keine allgemeine Verpflichtung aus, eine erst nach ihrer Vollenbung zur Kenntniß dritter Personen gekommene mit Strafe bedrohte Handlung der Obrigkeit anzuzeigen, aber es erklärt gleichfalls gewisse, dem Uebertreter nahe stehende, im Art. 61 bestimmt bezeichnete Personen für straffrei, wenn sie die strafrechtlich verpönte Handlung nur zu dem Zwecke begünstigten, um den Verbrecher vor Entdeckung oder gerichtlicher Verfolgung zu schützen. Auch statuiert das neue StGB. (Art. 62) die Pflicht, gewisse bestimmt bezeichnete Arten von Verbrechen selbst durch Anzeige bei der Obrigkeit zu verhindern, und entbindet von dieser Pflicht nur wieder die im Art. 61 bezeichneten Personen.

Die Art. 79 u. 89 des alten StGB. sind daher durch die Art. 61 und 62 des neuen subrogirt. An die Stelle des Art. 79 des alten StGB. Thl. I, auf welchen im Art. 204 Nr. 1 Thl. II verwiesen ist, tritt nach Einf.:Ges. Art. 17 Abs. 1 auch bezüglich der Zeugenpflicht der Art. 61 des neuen StGB. Seit dem ersten Juli 1862 können sich hienach auch folgende, im Art. 79 d. a. StGB. nicht, aber im Art. 61 d. n. StGB. genannte Personen: die Verschwägerten im zweiten Grade der Seitenlinie nach bürgerlicher Berechnung (die Geschwister der Ehegatten und die Ehegatten der Geschwister), Adoptivältern und Adoptivkinder, Pflegeältern und Pflegekinder, Vormund, Nebenvormund und Mündel — der Zeugschaft ent schlagen.

So einfach die hier vorgetragenen Sätze sind, so wurden sie doch in der Praxis schon verkannt. Man wollte auch nach dem 1. Juli 1862 in einem Falle, wo der Ehemann der Schwester des Beschuldigten sich des Zeugnisses gegen diesen entschlagen wollte, nur den im Art. 79 d. a. StGB. genannten Personen dieses Recht gestatten, und führte als Gründe dafür an, daß der Art. 204 Thl. II des StGB. v. 1813, dem gemäß nur die Verschwägerten I. Grades sich der Zeugschaft ent schlagen können, durch kein Gesetz aufgehoben sei, und daß die in demselben enthaltenen Bestimmungen, als den Strafprozeß regelnde, durch Art. 17 des Einf.:Ges. nicht betroffen würden.

Der erste Grund ist unerheblich. Allerdings ist nicht Art. 204 aufgehoben, aber der darin in Bezug genommene Art. 79 ist aufgehoben und ihm der Art. 61 substituirt. — Der andere Grund ist einfach unrichtig. Art. 17 Abs. 1 spricht ganz allgemein von „bestehenden Gesetzen oder Verordnungen“; man darf daher schon seinem Wortlaute nach die den Strafprozeß betreffenden Gesetze nicht von

seiner Disposition ausschließen. Ferner hat der Gesetzgeber im Einführungsgesetze in so vielen anderen rein prozessualen Materien Aenderungen am bestehenden Rechte vorgenommen, daß man wohl annehmen darf, er habe auch bezüglich der Zeugschaftspflicht das Verfahren der neuen Gesetzgebung anpassen wollen. Endlich sind die Bestimmungen des Art. 204 im Zusammenhalte mit Art. 79 bzw. 61 nicht rein prozessuale. Sie schreiben nicht bloß dem Richter vor, wie er bei Vernehmung der Zeugen zu verfahren habe, sondern sie gewähren jedem Staatsbürger eine Befugniß, die ihm nicht durch restriktive Interpretation des Art. 17 verkümmert werden darf.

St.

Mittheilungen aus der Praxis der Handelsgerichte.

1.

Die Zusendung unbestellter Waaren verpflichtet den Empfänger nicht, sie anzunehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders zu stellen.

Vgl. oben S. 289 ff. u. S. 305 ff.

Ein Kaufmann war als Käufer einer ihm vom Kläger zugesandten Partie Waaren auf Zahlung des Preises der Waaren verklagt. Der Beklagte behauptete, bei dem Kläger gar keine Bestellung gemacht zu haben. Der Kläger suchte auf Grund angeblicher kaufmännischer Usance zu debuziren, aus dem Mangel einer in handelsüblicher Frist erfolgten Ablehnung folge auch ohne vorgängige Bestellung die Acceptation des in der Zusendung liegenden Offertes der Waaren. Hiegegen wurde in der ergangenen Entscheidung hervorgehoben:

Die Aufstellung des Klägers ist unrichtig.

Denn die Annahme einer stillschweigenden Acceptation setzt die Pflicht des Beklagten voraus, die Waare zu untersuchen und rechtzeitig zur Disposition zu stellen. Eine solche rechtliche Verbindlichkeit läßt sich aber nur dann als gegeben erachten, wenn der Empfänger die Bestellung gemacht oder wenigstens dem Lieferanten einen allgemeinen Auftrag erteilt hat, ihm von Zeit zu Zeit Waaren zuzusenden, was jedoch hier nicht behauptet ist. Daß Beklagter schon früher Waaren vom Kläger bezogen hatte, somit ein Geschäftsverkehr bestand, hätte zwar Ersterem, wenn ihm an der Fortsetzung der Geschäftsverbindung gelegen gewesen wäre, als Beweggrund dienen können, die Waaren zu untersuchen und sich zu erklären, ob er sie behalten wolle oder nicht. Eine rechtliche Verpflichtung hiezu kann aber hieraus deshalb nicht abgeleitet werden, weil eine solche Geschäftsverbindung dem Lieferanten noch kein Recht gibt, dem Empfänger Rechtsnachtheile vorzusetzen oder ihn zu einem positiven Widerspruche zu nöthigen: *Holzschuher, Kasuistik* Bd. II 2. S. 625 Nr. 7. — *Erk. des O. G. Passau* vom 7. März 1862 in Sachen W. g. P. p. d. m.

In ähnlicher Weise spricht sich eine obergerichtliche Entscheidung in einer anderen Sache über diese Frage aus:

Es besteht zwar für den Empfänger bestellter Waaren die Verpflichtung, dieselben, wenn er an ihnen gegründete Mängel entdeckt zu haben glaubt, sofort oder binnen kürzester Frist dem Absender zur Disposition zu stellen. Eine solche Verbindlichkeit besteht jedoch nicht in Bezug auf Waaren, welche Jemand zugesandt erhält, ohne sie bestellt zu haben. Dergleichen angebotene Gegenstände hat er weder zurückzusenden, noch eine positive Sorgfalt auf sie zu verwenden: *Thöl, H.R.,* *Ausg. III* Bd. I S. 242 Nr. 3. — So lange der

Empfänger solche Waaren nicht ausdrücklich annimmt, liegt kein perfectes Handelsgeschäft und deshalb auch auf seiner Seite keine Zahlungsverbindlichkeit vor. Ein Handelsgebrauch, welcher in der Unterlassung rechtzeitiger Dispositionsstellung eine thatsächliche Annahme der unbestellten Waare erkennt, besteht nicht ¹⁾).

(Erf. des (vormal.) HAppG. München vom 10. Juni 1861 i. S. R. g. W. wegen Waarenschuld. R.

¹⁾ Eine gegentheilige Ansicht ist niedergelegt in einem Erf. des OAG. zu Dresden v. 18. October 1859 (Goldschmidt, Ztschr. f. HR. (1861) IV Nr. 5 S. 395 und Seuffert's Archiv v. J. 1860 XII Nr. 218). Dasselbst wird der Empfänger unbestellter Waaren im kaufmännischen Verkehre ganz allgemein zu einer ungesäumten Erklärung für verbunden erachtet, dafern die Annahme, daß er die Waare behalten und den ihm dafür in Rechnung gestellten Preis bezahlen wolle, als beseitigt angesehen werden soll.

Diese Auffassung dürfte jedoch in ihrer Allgemeinheit nicht gerechtfertigt erscheinen. — Daß außer dem Falle einer bestehenden Geschäftsverbindung der Empfänger zu einer Antwort nicht verpflichtet ist, sein Stillschweigen mithin nicht als Annahme gedeutet werden darf, dafür spricht die Analogie des Art. 323 des d. HGB. Wenn dort, — abgesehen von dem nicht hieher passenden Falle eines vorgängigen Anerbietens des Beauftragten — nur das Bestehen einer Geschäftsverbindung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten den letzteren zur ungesäumten Rückäußerung über den gewordenen Auftrag unter dem Präjudize der Annahme desselben verpflichtet: so muß dies noch in weit höherem Maße von bloßen Anerbietungen gelten. Denn dort ist der Beauftragte für die Geschäftsbeforgung in der Regel einen Entgelt (Provision etc.) zu fordern berechtigt, hier dagegen läßt sich im Allgemeinen ein Interesse des Adressaten an der Annahme der

2.

Der Empfänger bestellter Waaren muß die mit denselben erhaltenen unbestellten annehmen oder rechtzeitig zur Disposition des Absenders stellen.

Vgl. oben S. 289 ff., S. 305 ff. u. S. 324 ff.

Auf die Klage eines Glaswaarenfabrikanten gegen einen Glasermeister wegen käuflich gelieferter

Waare nicht voraussetzen; vgl. auch Brindmann, HR. S. 24 c.

Aber selbst im Falle einer Geschäftsverbindung dürfte eine Verpflichtung dessen, dem unbestellte Waaren zum Kaufe zugesendet werden, zur sofortigen ablehnenden Antwort, um nicht als einwilligend in den Kauf zu gelten, sich mit Grund nicht behaupten lassen. Für diese Ansicht sprechen die Motive des preuß. Entw. zu Art. 240 (323 a. a. O.), wenn daselbst unter Bezug auf Thöl's HR. I S. 57 Nr. 4 bemerkt wird: „In der Regel kann dem, welchem eine Vertragsofferte gemacht wird, nicht zugemuthet werden, daß er dieselbe beantworten müsse, und wenn auch die Rücksicht, welche Kaufleute im Verkehre unter einander zu beobachten pflegen, sie zumelst zu einem Erwiderungsschreiben veranlassen wird, so kann doch hierin keine Rechtspflicht gefunden und die Unterlassung der Beantwortung im Allgemeinen weder als Annahme noch als Ablehnung des Antrages angesehen werden. Dieser Grundsatz, welcher hin und wieder in Zweifel gezogen ist, wird durch die, im angezogenen Art. des Entw. in Betreff von Auftragserteilungen enthaltene Ausnahmsbestimmung anerkannt.“

Es besteht auch in der That ein wesentlicher Grund in der Natur der Sache, warum Anträge sich in dieser Beziehung nicht gleich den Aufträgen beurtheilen lassen. Bei Aufträgen darf, wenn zwischen beiden Theilen bereits eine Geschäftsverbindung besteht, der Auftraggeber mit Fug und Recht vertrauen, daß der Auftrag werde angenommen oder seine Ablehnung ohne Bödern werde erklärt werden:

Waaren hatte Beklagter eingewendet, er habe lediglich um 30—50 fl. Waare bestellt und deshalb die gesandten Waaren, welche eine Rechnung von 659 fl. entzifferten, dem Absender sogleich nach Empfang zur Disposition gestellt. In Würdigung dieses Einwandes wurde dem Kläger der Beweis, daß Beklagter die fakturirten Waaren bestellt, und letzterem eventuell für den Fall des Mißlingens dieses Beweises die behauptete Dispositionsstellung zum Beweise auferlegt.

Gründe: Dem Kläger obliegt der Beweis der Waarenbestellung in dem von ihm behaupteten Umfange. Wird dieser erbracht, so fehlt es dem Beklagten an einem Grunde, die Waaren zur Verfügung des Absenders zu stellen; er muß sie annehmen und den Preis bezahlen. Für den Fall jedoch, daß Kläger eine Bestellung im fraglichen Umfange nicht darthun kann, kommt es noch darauf an, ob Beklagter die Waaren rechtzeitig zur Verfügung gestellt habe. Denn wäre dieß nicht geschehen, dann hätte Beklagter gleichfalls die ganze Sendung

Motive a. a. O. S. 125. Bei bloßen Anerbietungen ist nicht ein solches Vertrauen, sondern nur der Wunsch auf Seite des Offerenten vorauszusetzen, daß auf das Anerbieten eingegangen werde: Brindmann a. a. O. lit. B Note 19. —

Nicht hieher gehören jedoch die in der nächsten Mittheilung aufzuführenden Fälle, in denen es sich nur um ein Uebermaß des bestellten Quantum handelt, und selbstverständlich kann auch die Entgegennahme der unbestellten Sendung, soferne sie nicht bloß als eine vorläufige Einstellung in den Gewahrsam des Empfängers behufs näherer Einsichtnahme oder im Interesse des Absenders sich darstellt, sondern von Umständen begleitet ist, welche auf ein Behalten schließen lassen, — die thatsächlich ausgebrückte Vertragsacceptation enthalten; vgl. Senf-fer's Archiv VIII Nr. 36.

ung anzunehmen, weil nach der hier geltenden Handelsübung rechtlich angenommen werden müßte, der Waarenempfänger habe die Mehrsendung genehmigt. Wird der Beweis der Dispositionsstellung, den Beklagter hienach noch zu liefern hat, erbracht, so ist die Nichtannahme der Waaren nicht nur bezüglich der nicht bestellten Glaswaaren, sondern bezüglich der ganzen Sendung¹⁾ gerechtfertigt, weil bei der verschiedenen Art und Preiswürdigkeit der gesandten Waaren der Empfänger nicht beliebig um den bestellten Betrag auswählen durfte, durch einen derartigen Angriff der Sendung vielmehr Gefahr laufen mußte, das Recht der Dispositionsstellung zu verwirken.

Erk. des k. O. O. München I./J. v. 14. Oktober 1857 i. S. S. g. S.

In einem anderen Falle hatte Beklagter seiner Angabe zufolge von einer Cigarrensendung zu 7600 Stück nur 3—4000 Stück bestellt, übrigens weder die ganze Lieferung noch auch den Mehrbetrag über die Bestellung zur Disposition gestellt. Es erfolgte ein verurtheilendes Erkenntniß. Diesem entgegen wollte Beklagter dem klagenden Absender den Beweis überbürdet wissen, „daß die, über die als bestellt zugestandenen 3—4000 Stück weiter ge-

¹⁾ Vgl. über diese Frage die Erörterung von Prof. Dr. Heinrich Fick im Archiv f. d. W. u. H. R. VIII S. 21 u. 129 ff. über „die Stellung einer nur theilweise fehlerhaften Waarensendung zur Disposition des Verkäufers beim f. g. Distanceskauf“ — und die Besprechung dieser Schrift von Dr. Goldschmidt (in dessen Ztschr. f. H. R. III S. 298), welcher bemerkt: die Beantwortung dieser Frage hänge offenbar davon ab, ob das Kaufobjekt als ein einheitliches Ganzes oder als theilbar zu erachten sei.

lieferten Cigarren gleichfalls bestellt worden seien“, — indem ein Handelsmann nicht schuldig sei, ohne Bestellung zugesandte Waare anzunehmen und sie daher jederzeit zurücksenden könne.

Diese Beschwerde wurde jedoch für ungerechtfertigt erklärt und bemerkt:

Es ist zwar im Allgemeinen der vom Beklagten geltend gemachte Grundsatz, daß ohne Bestellung zugesendete Waaren nicht binnen einer gewissen Zeit zur Disposition gestellt werden müssen, sondern auf Wag und Gefahr des Absenders unberücksichtigt liegen gelassen werden können, richtig. Derselbe erleidet jedoch eine Modification für den Fall, wenn Absender und Empfänger in kaufmännischer Geschäftsverbindung²⁾ mit einander stehen und die Zusendung nicht bestellter Waaren zugleich mit der Uebersendung bestellter Waaren erfolgt. In letzterem Falle muß es als Handelsgebrauch anerkannt werden, daß der Empfänger verpflichtet sei, die nicht bestellten Waaren dem Absender rechtzeitig, d. h. binnen der im Handelsverkehre üblichen Frist zur Disposition zu stellen, wenn er sie nicht annehmen will.

Ein solcher Fall liegt hier vor. Beklagter gibt selbst zu, daß er vor den im Oktober 1860 erhaltenen 7600 Stück Cigarren 3—4000 Stück bestellt hatte. Er bekennt weiter, daß er sich bis zum Januar 1861 im Besitze dieser Cigarren befunden habe, ohne den Kläger davon zu advertiren, daß er einen Theil nicht annehmen wolle; ja er räumt sogar ein, daß in der Faktura, welche er mit den Cigarren erhalten hat, ein Reklamationsstermin von 4 Wochen bestimmt gewesen sei. Diese Thatfachen begründen im Hinblick auf den erwähnten Handelsgebrauch

²⁾ Vgl. Art. 323 Abs. 2 des d. SGB. und die Note 1 zur vorigen Mittheilung a. G. (oben S. 328).

die Verbindlichkeit für den Beklagten, dem klagenden Verkäufer für die ganze erhaltene Cigarrensendung zu haften, ohne Rücksicht, ob ein Theil derselben nicht bestellt war.

Erk. des (vormal.) AppG. München vom 14. Oktober 1861 in Sachen des Fabrikanten R. in M. gegen Kaufmann R. in D. w. Baarenschuld. R.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Untheilbarkeit der Forstberechtigung im Falle der Zertrümmerung des belasteten Waldes.
Gemeines und bayer. Recht.

Im Jahre 1837 ging das adelige Gut R. in den Besitz eines Käufers über, der rasch zur Zertrümmerung desselben schritt und insbesondere die in 326 Tagwerk bestehenden Gutswaldungen in vielen Parzellen veräußerte. Die bäuerlichen Gutbesitzer und Grundholden zu R. machten mehrere Forstrechte auf diese Gutswaldungen geltend. Nur mit einem Theile dieser Forstrechter gelang es im Laufe der Zeit dem Zertrümmerer, sich über eine Ablösung der Forstrechte in Geld zu einigen. Einige Forstrechter erwarben selbst durch Kauf Waldparzellen und verhielten sich seitdem hinsichtlich ihrer Forstrechtsansprüche auf die übrigen Parzellen still. F. B. aber, welcher 58 Tagw. 55 Dez. aus den Gutswaldungen käuflich an sich gebracht hatte, fand sich bewogen, gegen einige Forstrechtsprätendenten mit der actio negatoria aufzutreten, unterlag jedoch damit, indem durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 11. Aug. 1860 bestätigt wurde, daß die vier Beklagten berechtigt seien, aus den dem Kläger gehörigen, vormals gutherrlichen Waldungen, jeder jährlich 4 Fuhren Weichstreu, so wie auch Klaubholz,

soviel als 4 Klafter Scheitholz betragend, gegen einen jährlichen Waldzins im Betrage von 1 fl. zu beziehen.

Die fraglichen vier Forstrechter, welche übrigen, gleich anderen Hofbesitzern zu K., selbst Parzellen aus den ehemals gutsherrlichen Waldungen erworben hatten, wollten nun den errungenen Sieg benutzen und die Ausübung ihrer Forstrechte in denjenigen Parzellen durchsetzen, welche F. P. bei Erhebung der *actio negatoria* besessen hatte. Sie stießen aber bei diesem Bemühen auf Schwierigkeiten, zumal F. P. noch während des Prozesses den größten Theil des Waldbesizes, dessen Servitutensfreiheit er erstreiten wollte, bereits wieder veräußert hatte.

Im Nov. 1860 traten nun dieselben vier Forstrechter mit einer Klage auf Entschädigung für die ihnen pro praeterito entgangenen Forstrechtsbezüge gegen F. P. auf. Die Vertheidigung des Beklagten drehte sich hauptsächlich um folgende Punkte:

Die Forstrechte der Kläger lasteten nicht ausschließlich oder vorzugsweise auf den von ihm zur Zeit der Anstellung der *actio negatoria* besessenen Waldparzellen, sondern auf den sämtlichen ehemals gutsherrlichen Waldungen. Daher auch er allein pro praeterito nach dem bayer. VM. II Kap. 7 §. 6 zur Entschädigung nicht verhalten werden könne. Vielmehr hätten die sämtlichen Besitzer der parzellirten Waldung für die Entschädigung nach dem Verhältniß ihrer Antheile zu haften. Seit dem Jahre 1853 besitze er von der ursprünglich erworbenen Waldfläche nur noch gegen 17 Tagwerke, nach deren Verhältniß zum ehemaligen Ganzen, d. i. zu 326 Tagwerk, er seit dieser Zeit lediglich in Anspruch genommen werden könne. Ohngeachtet des zur Zeit der einzelnen Veräußerungen schwebenden Prozesses über die Servitutensfreiheit der 58 Tagw. 55 Dez. Wald, könne er doch nicht als doloser

Verkäufer oder fictus possessor betrachtet werden. Da die Kläger selbst im Besitze von Parzellen aus den ehemals gutherrlichen Wäldungen sich befanden, so seien ihre Forstrechte theilweise durch Konfusion erloschen.

In diesem Entschädigungsprozesse wurden vom obersten Gerichtshofe nachstehende Grundsätze zur Geltung gebracht:

„Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht, wenn ein mit Forstrechten unbestritten im Ganzen belasteter Wald getheilt worden ist und die Theile in den Besitz mehrerer Eigenthümer übergegangen sind, dem in Anspruch genommenen Besitzer einer Parzelle die Entrede, daß der Genuß der Forstrechte etwa nach dem Verhältnisse der Größe der einzelnen Waldparzellen, oder ihres dermaligen Bestandes, oder der Ertragsfähigkeit ihres Bodens ausgeschlagen werden müsse, keineswegs zu. Denn es ist kein Grund abzusehen, warum nicht solche deutsche Forstgerechtsame, wie das Recht auf Klaubholz und das Streurecht, auch nach der Theilung der dienenden Sache, wie vorher, als Einheiten und untheilbar fortbestehen sollten. Vermöge dieses Begriffes erfassen aber jene Gerechtsame schon ursprünglich das gesammte dienende Objekt in allen seinen durch menschliche Willkür zu vollziehenden Abtheilungen in gleicher Weise, wenn auch die Servitut nicht allezeit und auf jedem beliebigen großen oder kleinen Theile ausgeübt werden kann. Derlei Forstgerechtsame können demnach vermöge ihrer rechtlichen Natur nach vollzogener reeller Theilung des dienenden Waldes nach dem Verlangen der Forstberechtigten zeitweilig oder für immer auf einem bestimmten abgetrennten Theile ausgeübt werden, soweit dieser Theil eben an sich ihr rechtliches Bedürfniß zu decken im Stande ist. Es wird zwar nach einer Walzertrümmerung nicht immer oder nur selten zu solch' einer ausschließenden

Belastung der einen Parzelle für die Zukunft kommen, weil es in vielen oder den meisten Fällen im Interesse der Forstrechter liegen wird, sich ihre Gerechtsame durch zeitweilige Uebung auch in den anderen Parzellen zu erhalten. Indessen steht dieses in ihrem Willen. Ferner kann zwar der Eigenthümer der dienenden Waldparzelle verlangen, daß der Forstberechtigte seine Gerechtsame civiliter d. h. mit Schonung und Billigkeit innerhalb der forstpolizeilichen Vorschriften und der anerkannten forstwirthschaftlichen Schranken ausübe, und dieß ist sogar ein Punkt, worin das ökonomische Interesse des Eigenthümers des dienenden Waldes und des Forstberechtigten übereinstimmen, weil beide auf den möglich größten und nachhaltigen Gewinn aus ihren Nutzungen angewiesen sind, die, wenn sie auch einander einschränken, beiderseits durch die wirthschaftliche Pflege des Waldes bedingt sind. Es wäre jedoch ein rechtlicher Irrthum, wenn man in der Vorschrift des Gesetzes, daß der Forstberechtigte seine Gerechtsame civiliter auszuüben habe (Vd. Thl. II Kap. 7 §. 6 Nr. 2 u. Anm. Nr. 2 a. E.), die Anordnung finden wollte, daß, falls ein belasteter Wald getheilt worden, der Forstberechtigte seine Gerechtsame fortan nur in sämtlichen Parzellen zugleich nach gewissen Maten auszuüben habe, daß also seine ursprünglich einheitliche Servitut in so viele Servituten als Parzellen getheilt sein solle. Denn jene Vorschrift regelt nur die Ausübung einer in quanto et quali feststehenden Servitut nach Billigkeit und der Natur der Sache, und läßt die Frage, ob und wiefern noch andere dienende Objekte aus irgend einem Rechtstitel zur Tragung der Last herbeizuziehen seien, ganz unberührt.

Aus diesem Allen folgt endlich auch, daß, wenn der Forstberechtigte selbst eine Parzelle des belasteten Waldes erwirbt, hiedurch ein völliges oder theil-

weist das Erlöschen seiner Servitut nicht bewirkt wird, sondern, daß er trotz dieses Erwerbes die Befugniß behalte, seine Gerechtsame auf dem in dem Besitze Dritter befindlichen Reste des belasteten Waldes geltend zu machen: Elvers, die römische Servitutenlehre, Bd. II S. 854 ff.

Nur wenn der Forstberechtigte die ihm kraft seiner Gerechtsame zukommende Jahresnutzung bereits ganz oder theilweise aus einer Waldparzelle gezogen hat und dann nochmals für dieselbe Nutzungsperiode eine andere Parzelle des belasteten Waldes in Anspruch nimmt, kann der Eigenthümer dieser letzteren solch' einem Anspruche mit der *exceptio doli* begegnen, da das dienende Grundstück wie ein im obligatorischen Verhältnisse stehender Schuldner zu betrachten ist, nach erfolgter Theilung gleichsam so viele Korrealschuldner, als Theile sind, existiren und somit die Leistung des einen *correati* den anderen befreit, was zumal von Forstgerechtsamen, wie die in Frage stehenden, gesagt werden darf, weil sie in Wahrheit darin bestehen, daß sie dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks einen Theil der Früchte oder einen Vermögenstheil entziehen und diesen dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks zuwenden. Elvers a. a. O. S. 851. Böcking Pand. Bd. II S. 214, 219; Bd. I S. 231 Note 3.

Die bisherige Ausführung läßt sich in die Worte zusammenfassen, daß die Theilung des dienenden Grundstücks jedem Stücke die über das ungetheilte Ganze bestandene Servitutlast beläßt (Böcking a. a. O. Bd. II S. 227, 287, Note 67), daher denn der Abweisung der in concreto erhobenen Klage nicht beigestimmt werden kann."

DAÖGrf. v. 3. Mai 1862, Nr. 758⁶¹/₆₂.

⁴/₆.

2.

Gehört zur Begründung der reclamatio uxoria des Würzburger Landrechtes ein schon wirklich entstandener Schaden?

Hierüber besagen die Gründe eines oberstrichterlichen Erkenntnisses:

Es ist nicht absolut erforderlich, daß ein Schaden schon wirklich eingetreten — daß die Zahlung geleistet, daß Ehevermögen hiedurch bereits verringert, der Bürgschaftsvertrag schon vollständig erfüllt worden ist; es genügt, daß der Vertrag solche vermögensnachtheilige Bestimmungen enthält, welche, wenn sie vollzogen werden, den Verlust eines beträchtlichen Vermögenstheiles zur nothwendigen Folge haben. Die Reklamation der Ehefrau ist nicht sowohl ein Rechtsmittel, durch welches derselben zum Erfasse des bereits entstandenen Schadens wieder geholfen werden soll, als vielmehr ein Rechtsmittel, durch welches ein dem gemeinschaftlichen Ehevermögen drohender merklicher Schaden abgewendet werden soll. Durch dieses Rechtsmittel soll die Rescission des nachtheiligen Vertrages bewirkt werden, es hat daher nicht darauf anzukommen, ob der perfekte Vertrag bereits erfüllt ist oder nicht¹⁾.

DAGE. v. 7. Juni 1861 RMr. 887⁶⁰/₆₁.

§*.

¹⁾ Das Landrecht sagt Theil III Tit. CII §. 2: „Würde der Ehemann ohne des Weibes Wissen und Bewilligung etwas zu merklichem und schwerem Nachtheile kontrahiren, handiren, oder sich obligiren und verbinden, soll solches dem Weibe ohne Schaden sein.“ Hiermit stimmen die Worte der Wdg. vom 28. März 1700 überein: „Kontrakte, welche zu des Weibes merklichem Schaden und schwerem Nachtheile gereichen würden.“

Dr. J. A. Seuffert's
Blätter für Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Verjährung durch Nichtgebrauch von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, nach Preussischem Landrechte. — Zu Art. 276 des Strafgesetzbuches vom 10. Nov. 1861. Rückfallsstrafen beim Diebstahle. — Kompetenz in Streitigkeiten über Kriegsloosforderungen. — Das eheberrliche Bückigungsrecht nach bayerischem Landrechte Zbl. I Kap. VI §. 12 Nr. 3 erlischt durch Scheidung von Eisk und Bett.

Ueber die Verjährung durch Nichtgebrauch von Rechten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, nach Preuss. Landrechte.

Das Preussische Landrecht nimmt einen Besitz von Rechten, auch selbst von obligatorischen, an und bestimmt (I, 7 §. 80), daß der Erwerb des Besitzes von affirmativen Rechten eintritt, wenn eine Handlung von einem Anderen als Schuldigkeit gefordert und von diesem auch geleistet wird, — wie hinwieder der Besitz eines solchen Rechtes verloren geht (§. 126 a. a. O.), wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert und der Andere sich dabei beruhigt.

Hier ist es nun ganz nahe gelegt, diese Grundsätze bei der Frage von der erlöschenden Verjährung insbesondere solcher Rechte anzuwenden, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können und auf eine Leistung des Verpflichteten gerichtet sind, daher ein Anfordern voraussetzen, z. B. des Rechtes auf Leistung der subsidiären Kirchenbaupflicht oder der Hand- und Spanndienste von Seiten der

Eingepfarrten einer Landkirche u. dergl. Es schien solche Anwendung in besonderer Betrachtung der Bestimmungen §§. 113 u. 130 a. a. O., daß der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet werde, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhelle, und daß er durch die bloße Nichtausübung in der Regel noch nicht verloren gehe, so sehr gerechtfertigt, daß mehrfältig die klag- oder exceptionsweise geltend gemachte Behauptung des Verpflichteten, es sei ein solches Recht durch Verjährung erloschen, als unsubstanziert angefochten und verworfen worden ist, weil es an der Angabe fehle, daß der Berechtigte die Erfüllung der Pflicht gefordert, sich aber auf erfolgte Verweigerung Seitens des Verpflichteten hiebei beruhigt habe (*usucapio libertatis* des gemeinen Rechtes, s. Bl. f. RA. Bd. 19 Ergbl. S. 45).

Diese Ansicht ist aber in ihrer Anwendung auf das preußische Landrecht zunächst schon um deswillen unrichtig, weil sie sich nicht mit den Bestimmungen der §§. 543—45 I, 9 dieses Gesetzbuches vereinbaren läßt, wonach der Anfang der Verjährung bei Rechten der angegebenen Art von der Zeit an eintritt, da sich eine Gelegenheit zu deren Ausübung ergeben hat und die Verjährung vollendet ist, wenn seit dem Anfange wenigstens noch zwei solche Gelegenheiten vorgekommen sind. Der Anfang der Verjährung anderer Rechte findet an dem Tage Statt, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte. Diese ganz allgemeine Bestimmung läßt auch keine Unterscheidung zu zwischen Rechten, welche auf einem Anfordern beruhen und anderen Rechten. Nicht aber diese Bestimmung allein, sondern auch die allgemeine Bezeichnung der Extinctivverjährung als Verjährung durch Nichtgebrauch (I, 9 §. 535 ff.) im Gegensatz zur Bezeichnung der Acquisitivverjährung als Verjährung durch Besitz

(§. 579 ff. a. a. O.) führt darauf hin, daß bei der erlöschenden Verjährung nicht der Verlust des Besizes im oben angedeuteten Sinne zum Ausgangspunkte gemacht werden soll, sondern der Nichtgebrauch (non usus des gem. Rechtes), und es sprechen die §§. 500, 502 verglichen mit 503, 508, 509 dieses ganz deutlich aus. Nach diesen Bestimmungen ist Verjährung vorhanden, wenn durch den Ablauf einer bestimmten Zeit wegen unterlassener Ausübung gewisser Rechte eine Veränderung an denselben vermöge des Gesetzes entsteht. In der Regel ist der Nichtgebrauch des Rechtes hinreichend, den Verlust eines Rechtes herbeizuführen und den Verpflichteten von der daraus fließenden Verbindlichkeit frei zu machen. Soll dagegen ein neues Recht durch Verjährung erworben werden, so ist außer dem Nichtgebrauche des entgegenstehenden Rechtes auch der Besitz und die Ausübung dieses neuen Rechtes nothwendig. Auch das Recht, jährliche Leistungen und Abgaben von der Person oder dem Grundstücke eines Anderen zu fordern, kann durch bloßen Nichtgebrauch verjährt werden u. s. w.

Das preuß. Landrecht kennt also bei der Verjährungsfrage keine *usucapio libertatis*¹⁾). Das preuß. geheime Obertribunal und die Gesetzkommision hatten sich, schon bevor dieses Gesetzbuch verabschiedet worden, für die Ansicht entschieden, daß Rechte auf wiederkehrende Leistungen, und zwar nicht bloß das Recht auf einen einzelnen Rückstand, sondern das Hauptrecht selbst, durch den bloßen Nichtgebrauch verloren gehe und es nicht erforderlich sei, daß dasselbe von dem angeblich Verpflichteten in Abrede gestellt und vom Berechtigten innerhalb

¹⁾ Vgl. Bl. f. RR. Bd. 16 S. 73.

Verjährungsfrist keine Klage erhoben werde. Diese Ansicht ist es auch, die in das Landrecht selbst mit übergegangen ist ²⁾. Wenn auch hier nur von wieserkehrenden (kontinuierlichen) Leistungen die Rede ist, so haben doch die angegebenen Bestimmungen §. 543 u. 545 I, 9 den Unterschied, der in dieser Beziehung bestehen soll zwischen den nur bei gewissen Gelegenheiten auszuübenden (diskontinuierlichen) und anderen, auf die angegebene Weise ausgeübt, damit aber auch zugleich ausgesprochen, daß die Extinktivverjährung aller Rechte ohne Unterschied jenem allgemeinen Grundsatz unterworfen sein soll. Das Moment, welches in der Verjährungslehre des gemeinen Rechtes die *usucapio libertatis* bildet, ist dasjenige, durch welches im Sinne des pr. RM. I, 7 §. 126 der Besitz von Rechten verloren wird. Vielich macht zu I, 7 §. 130, wonach der einmal erlangte Besitz eines Rechtes durch die unterlassene fernere Ausübung in der Regel nicht verloren geht (wobei diese Gesetzesstelle auf den Titel von der Verjährung verweist), die ganz richtige Bemerkung, daß dieser Paragraph ein allgemeines Gesetz enthalte, daß aber die unterlassene Ausübung dem Verpflichteten es möglich mache, durch Verjährung von der Verpflichtung frei zu werden. An die Stelle des *factum contrarium*, durch welches der Verlust des Besitzes herbeigeführt wird, tritt bei der erlöschenden Verjährung der Nichtgebrauch während der Verjährungszeit. Während dieser Zeit bleibt der Berechtigte im Besitze seines Rechtes; er verliert solchen aber nach vollendeter Verjährungszeit von selbst durch das Erlöschen seines Rechtes. Es geht also im Sinne des pr.

²⁾ Bornemann, Darst. des pr. Civilr. 2. Aufl. Bd. 2 S. 100. Vielich, Kommentar Bd. II S. 289 ff.

RM. der Verlust des Besizes nicht der Verjährung voraus, sondern er folgt ihr nach.

Umgekehrt ist der Fall sehr wohl denkbar, daß es sich von der Verjährung eines Rechtes durch Nichtgebrauch handeln kann, in dessen Besiz der Berechtigte gar nie gekommen ist. Wenn ein durch Gesetz eingeräumtes Recht durch einen speziellen Rechtstitel aufgehoben worden ist, so kann auf den Universalsuccessor des Berechtigten der Besiz dieses Rechtes auch nicht übergehen. Hat dieser nun eben deshalb seit längerer als Verjährungszeit gar niemals dieses Recht in Anspruch genommen, obwohl hinreichend Gelegenheit dazu vorhanden gewesen, so könnte, wenn es ihm nun plötzlich einfiele, auf Grund des Gesetzes das Recht geltend machen zu wollen, und der früher Verpflichtete die Beweismittel zur Erprobung jenes speziellen Erlöschungstitels nicht zur Hand hätte, dem Kläger nach jener Theorie die Verjährungseinrede gar nicht entgegengesetzt werden; der Beklagte wäre verloren.

Keiner der bekannten Autoren über das preuß. Civilrecht, Bornemann, Bielig, Koch, Daniel, zählt die *usucapio libertatis* oder sonst etwas Anderes, als was der Wortlaut der §§. 543–545 bei der erlöschenden Verjährung von Rechten vorschreibt, unter den Erfordernissen derselben auf. Dagegen hat die hier geltend gemachte Ansicht die Anerkennung der Praxis der preuß. Gerichte für sich.

Einem Patron, welcher nach Landr. II, 11 §. 720 gemeinschaftlich mit den Eingepfarrten den Ausfall an den Kirchenbaukosten bei Unzureichtheit des Kirchenvermögens zu tragen gehabt hätte, welcher aber gegenüber der Gemeinde die Befreiung von dieser Last behauptete, legte das Oberlandesgericht zu Breslau am 4. Dez. 1834 lediglich den Beweis auf, daß sich innerhalb Verjährungszeit drei Bauten an Kirchen- und Pfarrgebäuden er-

eignet haben, daß diese Kosten von der Gemeinde bestritten worden und das Kirchenärar jedesmal unzulänglich gewesen sei²⁾. Es wurde also auch hier nicht die Substanzirung durch die Behauptung einer *usucapio libertatis* gefordert.

Das Kreisgericht in Marienburg und in zweiter Instanz das Appellationsgericht in Marienwerder hatte in einem analogen Falle die Verjährung durch Nichtgebrauch nicht für ausreichend erklärt, weil eine qualifizierte Verjährung erforderlich sei. Das Obertribunal in Berlin hat aber am 31. Jan. 1853 die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erklärt, weil, wenn man den Grundsatz vom Verluste des Besizes eines Rechtes nach §. 126 I, 7 auf den Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch anwenden wollte, die erlöschende Verjährung in allen Fällen davon abhängig sein würde, daß der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert und der Andere sich dabei beruhigt habe. Ein solcher Grundsatz würde aber mit den über die Verjährung durch Nichtgebrauch gegebenen Vorschriften geradezu in Widerspruch stehen. — Die Verjährung durch Nichtgebrauch sei vielmehr der Regel nach von dem Besitze ganz unabhängig, der §. 126 a. a. O. auf ein solches Verhältniß nicht anwendbar. Wenn daher als Ausnahme von dieser Regel eine den Besiz aufhebende Thatfache hinzutreten müsse, damit die Verjährung wirksam werde, so beruhe dieses auf einem besonderen Rechtsgrunde, welcher eben deshalb besonders dargethan werden müsse, am wenigsten aber, wie unpassender Weise von dem Appella-

²⁾ Gräff, Mönne u. Simon, Ergänzungen und Erläut. des preuss. RM. Bd. V S. 644 sub c (dritte Aufl. Bd. IV S. 586).

tionrichter geschehen sei, durch Berufung auf den §. 126 a. a. O. entbehrlich gefunden werden könne⁴⁾.

Nach diesen Grundsätzen erkannte auch der oberste Gerichtshof in Bayern am 8. Juli 1862, Reg.-Nr. 1066^{61/62} in einem Falle, da von Eingepfarrten die Freiheit von der ihnen nach dem Gesetze obliegenden Pflicht der unentgeltlichen Leistung von Hand- und Spanndiensten bei Kultusbauten auf Grund der Verjährung durch Nichtgebrauch behauptet und zur Rechtfertigung auf eine Reihe von Baufällen Bezug genommen wurde, bei denen das Kirchenräth unbemittelt war und das Staatsräth die sämtlichen Baukosten bestritt, ohne daß sie zu unentgeltlicher Leistung von Diensten beigezogen worden wären. Die erste Instanz hatte hier wieder diese Eintrede aus obigem Grunde als unsubstantiirt verworfen, dagegen wurde auf Verweis erkannt, daß von den angeführten Baufällen an den Kultusgebäuden zu B. wenigstens drei innerhalb 44 Jahren, von dem ersten angefangen, sich ereignet haben und daß die hiebei nothwendigen Hand- und Spanndienste von dem k. Aerare bestritten worden seien.

In Art. 276 des Strafgesetzbuches vom 10. Nov. 1861.
Rückfallsstrafen beim Diebstahle.

Wenn beim Diebstahle ein Rückfall der im Eingange des oben angeführten Art. 276 bezeichneten Art vorliegt, soll der neuerdings begangene Diebstahl, „wenn er nach Art. 282 Ziff. 1 und 2 strafbar wäre“, mit Zuchthaus bis zu zwölf Jahren bestraft werden.

⁴⁾ Stritzherz, Archiv für Rechtsfälle Bd. 8 S. 268 ff.

Es ist uns ein Verweisungskenntniß bekannt geworden, welches diese Stelle so auslegt, daß der neuerdings begangene Diebstahl auch bei vorliegendem, dem Art. 276 entsprechenden Rückfalle nur dann mit Zuchthaus zu bestrafen sei, wenn die beiden in Ziff. 1 und 2 des Art. 282 aufgestellten Merkmale zusammentreffen, also der Diebstahl durch Einbruch, Einsteigen oder rechtswidrigen Gebrauch von Schlüsseln verübt wurde und der Werth des also Gestohlenen die Summe von zehn Gulden übersteigt.

Zu dieser Auslegung haben offenbar die Schlusssätze des Art. 276 verleitet. Nach denselben soll beim Rückfalle der neuerliche Diebstahl mit Zuchthaus von 8—20 Jahren bestraft werden, „wenn derselbe nach Art. 274 oder 275 strafbar wäre.“ — Weil hier Art. 274 mit Art. 275 durch das allerdings geeignetere Wort: „oder“ verbunden ist, glaubte man dem vorausgehenden Worte: „und“ einen anderen, kumulativen Sinn beilegen zu müssen.

Die Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten v. J. 1859/61 ergeben aber, daß diese Auslegung unrichtig ist. Der Art. 280 des Entwurfes (nun Art. 276 d. StGB.) hatte an der einschlägigen Stelle die Fassung: „nach Art. 286“ (nun Art. 282 des StGB.) — ohne den jetzigen Zusatz: „Ziff. 1 und 2“ (Verh. d. R. d. Abg. in den J. 1859/61, Beil.-Bd. II S. 35). Der Referent des Gesetzg.-Aussch., Dr. Weiß, bemerkte in seinem ersten Vortrage über den besondern Theil des StGB. hiezu:

„Im Art. 280 sind unter den nach Art. 286 strafbaren Diebstählen offenbar nur diejenigen gemeint, welche in Ziff. 1 und 2 des Art. 286 bezeichnet sind. Zur Vermeidung von Zweifeln ist dieses im Art. 280 ausdrücklich zu sagen.“

Er beantragte demgemäß, statt: „nach Art. 286“ — zu setzen: „nach Art. 286 Ziff. 1 u. 2“ (a. a. O.

§. 193). Diesem Antrage wurde ohne Einspruch gegen seine Motivirung beige stimmt (angef. Verh. Beil., Bd. III §. 68).

Eben diese Motivirung läßt aber deutlich erkennen, daß durch den Zusatz: „Ziff. 1 und 2“ nur die Ziff. 3 des Art. 286 (jetzt 282) ausgeschlossen, keinesweges aber bestimmt werden wollte, daß die erschwerenden Umstände der Ziff. 1 und der Ziff. 2 vereinigt sein müssen, wenn der Art. 276 Anwendung finden soll. Man wollte nur einer Auslegung vorbeugen, nach welcher auch Diebstähle, die an sich nur als Uebertretungen strafbar wären, durch den Rückfall zu Verbrechen erhoben werden.

Das System, welches Art. 276 im Zusammenhalte mit Art. 282 Ziff. 3 aufstellt, ist demnach folgendes: Jeder Diebstahl, der an sich schon Verbrechen wäre (Art. 274 und 275), wird durch den Rückfall (Art. 276) ein schweres, mit Zuchthaus nicht unter acht Jahren strafbares Verbrechen; jeder Diebstahl, der an sich — gleichviel ob durch den Betrag (Art. 282 Ziff. 1) oder durch die Qualifikation des Einbruches, Einsteigens oder rechtswidrigen Gebrauches von Schlüsseln (Art. 282 Ziff. 2) — Vergehen wäre, wird durch den Rückfall (Art. 276) einfaches Verbrechen; jeder Diebstahl, der an sich Uebertretung wäre (Art. 283), wird durch den Rückfall (Art. 282 Ziff. 3) Vergehen.

Dieses System ist vollkommen konsequent und nähert sich mehr, als unsere Gesetzgebung vor 1861¹⁾

¹⁾ Im StGB. v. 1813 war die höhere Strafbarkeit des zweiten und dritten Diebstahles in den strengen Strafen des Rückfalles im Allgemeinen mit enthalten; durch den Art. 2 des Ges. v. 29. Aug. 1848 u. d. Abänder. des I. Th. d. StGB. war sie fast gänzlich aufgehoben.

dem gemeinen deutschen Strafrechte²⁾ mit seinen steigenden Strafen für den zweiten und dritten Diebstahl. Dagegen kommt man mit der von uns bekämpften Auslegung zu einem Resultate, welches offenbar nicht Wille eines vernünftigen Gesetzgebers sein kann. Denn für den einfachen Diebstahl im Betrage zwischen 10 und 1000 fl. (Art. 282 Z. 1 vergl. mit A. 274 Z. 6) und für den Diebstahl mit Einbruch u. dgl. unter 100 fl. (A. 282 Z. 2 vergl. m. A. 274 Z. 2) wäre nach der gerügten Interpretation gar keine Straferhöhung wegen des Rückfalles im Gesetze ausgesprochen, während alle anderen Diebstähle, selbst die geringsten durch den Rückfall in einen bedeutend höheren Grad der Strafbarkeit aufsteigen. St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Kompetenz in Streitigkeiten über Kriegskostenforderungen.

In den Jahren 1800 und 1805 war das Direktorium des schwäbischen Mitterkantonß Donau genöthigt, den fürstlich S.'schen, zu diesem Kanton gehörigen Herrschaften J. und K. Kriegslieferungen für die französischen Armeen aufzulegen. Nachdem ein Theil des Kantonß, und zwar der diese Herrschaften begreifende, an die Krone Bayern gefallen war, reclamirte der Besitzer der besagten Güter den Ersatz des Werthes jener Lieferungen aus der bayerischen Staatskasse, jedoch ohne Erfolg. Die Güter gingen später an einen anderen Besitzer über, und dieser, die durch Cession bewirkte Erwerbung

²⁾ Vgl. CCC. Art. 161, 162.

der Erfassungsforderung behauptend, trat am 27. Sept. 1834 mit einer hierauf gerichteten Klage gegen den k. Fiskus vor dem Appellationsgerichte für den Markreis auf. Eine nach Vernehmung des Staatsrathes ergangene Entschliehung vom 21. Juli 1836 erklärte jedoch in dieser Sache als einer Kriegskassenperäquationssache die Civilgerichte für unzuständig. Der hiemit an die Administrativbehörden verwiesene Cessionar wandte sich alsbald an das k. Landgericht Ulertissen, worauf indessen die Sache wieder ruhen blieb, bis der Rechtsnachfolger jenes Cessionars sie am 29. Juni 1858 von Neuem in Anregung brachte. Nun erklärten sich aber das Landgericht und auf eingewandte Berufung die k. Regierung von Schwaben und Neuburg für inkompetent, weil nach ihrer Ansicht der Reklamant einen anderen Gegenstand verfolgte, als derjenige war, worüber die königl. Entschliehung vom 21. Juli 1836 implicite die Administrativbehörden zu erkennen für befugt erklärt hatte. Der Reklamant glaubte nun die Entscheidung eines verneinenden Kompetenzkonfliktes in Anspruch nehmen zu können. Allein am 6. Dez. 1860 erkannte der oberste Gerichtshof, daß ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden nicht vorliege, sofort der gestellte Antrag auf Entscheidung eines solchen abzuweisen sei. Hierauf erhob der Cessionar H. eine neue Klage gegen den k. Fiskus vor dem k. Appellationsgerichte von Oberbayern und suchte sie auf verschiedene Civilrechtsätze zu stützen. Der k. Fiskus entgegnete, es sei bereits rechtskräftig entschieden, daß über den vorliegenden Streitgegenstand die Verwaltungsbehörden zu erkennen befugt seien, und setzte für den Fall, daß er mit der *exceptio rei judicatae* in solchem Sinne nicht durchreichen würde, die Einrede der Inkompetenz der Gerichte der erhobenen Klage entgegen. Daß

k. App.-Gericht erkannte den k. Fiskus für schuldig, sich auf den Streit einzulassen und legte dem Kläger Beweis auf. Hiegegen ergriff der k. Fiskus die Berufung, worauf der oberste Gerichtshof aussprach, daß der k. Fiskus auf die Klage sich einzulassen nicht schuldig und dieselbe angebrachtermaßen abzuweisen sei.

Nachdem in den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntniß dargethan worden war, daß von einer *exc. rei judicatae* über die Unzuständigkeit der Gerichte auf dem Grunde der königl. Entschließung vom 21. Juli 1836 nicht die Rede sein könne, wurde über die Begründung der Klage und die damit zusammenhängende Einrede der Inkompetenz der Gerichte Folgendes bemerkt:

„Nach der Verordnung vom 3. Jan. 1807, die Gerichtsbarkeit für Rechtsstreite über Kriegslasten betr. (Rgbl. v. J. 1807 S. 53), gehören Streitigkeiten sowie einseitige Beschwerden über die Auflegung der Kriegslasten, z. B. die Einquartierungen, Lieferungen, Vorspanne und sonstigen dergleichen Requisitionen, über die Vertheilung dieser Kriegslasten, über die Bestimmung und Regulirung des Repartitionsfußes und über Prägravirung gegen diesen, wie auch die dessfalligen Entschädigungsansprüche, in den Umfang der administrativen Staatsgewalt.

Hiezu bildet den Gegensatz der weitere mit den Worten: „Wenn die Streitigkeiten wegen solcher Kriegslasten u.“ beginnende Absatz der Verordnung. Hiernach ist

a) dem Einzelnen, welcher der Regierungsgewalt gegenüber über die Heranziehung zu Kriegslasten, über die provisorische oder momentane Vertheilung derselben, über die Festsetzung des Repartitionsfußes und über die ihm bei dessen Anwendung zugefügte Prägravirung Beschwerde zu führen hat,

oder welcher pro praeterito für die bereits getragene Ueberlastung eine Entschädigung unmittelbar aus der Staatskasse oder durch Vermittlung der Pärquation mit den übrigen Pflichtigen in Anspruch nimmt, lediglich der administrative Instanzenzug eröffnet und es ist selbst dann keine Justizsache gegeben, wenn durch die Gesetze eine bestimmte Grundlage für die Vertheilung der Kriegslasten und das dabei zu beobachtende Verfahren festgestellt, die hiezu beauftragte Verwaltungsbehörde aber von der gesetzlichen Grundlage der Vertheilung oder des Verfahrens zur Beeinträchtigung eines Einzelnen abgewichen ist.

b) Streitigkeiten der Unterthanen unter sich über die Anwendung des festgesetzten Repartitionsfußes hinsichtlich der Veranschlagung ihrer Besitzungen, der Heranziehung zu einzelnen Arten von Kriegslasten, der Preisbestimmung u., insbesondere auch über die Ausgleichung der in der Vergangenheit getragenen Kriegslasten und über die für die Ueberbürdung zu leistende Entschädigung sind gleichfalls durchgängig der Kognition der Verwaltungsbehörden zugewiesen.

c) Wenn die angezogene Verordnung diejenigen Streitsachen, wozu die Kriegslasten nur die Veranlassung und zwar die durch einige Beispiele erläuterte Veranlassung geben, der Entscheidung der Justizbehörden vorbehält, so zeigen eben diese Beispiele und der in dem vorhergehenden Theile der Verordnung hervorgehobene Gegensatz, daß darunter nur solche Streitigkeiten verstanden sind, in welchen gerade die Frage außer Spiel bleibt, ob und in welchem Maße der Einzelne vermöge des Unterthans- oder Korporationsverbandes, worin er steht, und des diesen Verband regelnden öffentlichen Rechtes die Kriegslast zu tragen hatte. Nur solche streitige Rechts-

verhältnisse sind damit den Justizbehörden zugewiesen, zu deren Entstehung die Kriegslasten die äußere Veranlassung abgegeben haben und welche an sich aus privatrechtlichen Verträgen oder Handlungen entsprungen sind.

Diese Unterscheidungen sind auch festgehalten und als noch geltend bezeichnet in den oberstrichterlichen Erkenntnissen vom 26. April 1853 (Regbl. S. 655) und 15. Dez. 1856 (Regbl. S. 16).

Die von H. erhobene Klage gegen den k. Staatsschuldentilgungsfiiskus ermangelt nun aber, wenn sie auch den k. Fiskus als privatrechtlichen Schuldner behandelt wissen will, doch des hiezu erforderlichen Thatbestandes und läßt vermöge ihres Vorbringens in Zweifel, ob sie ihren Grund nicht in dem Verwaltungs- oder öffentlichen Rechte suche.

Die in der Klage und umständlicher in der Replik enthaltene Geschichtserzählung läßt annehmen, daß die von den Kommando's der französischen Armeen unter Androhung militärischer Exekution ausgegangenen Requisitionen dem Mitterkanton Donau galten und daß die von dem Kantone auf die ehemals fürstl. S.'schen Herrschaften J. und K. ausge schlagenen Lieferungen an die französischen Kommissäre, wofür gegenwärtig der Kläger als Rechtsnachfolger des Fürsten v. S. Schadloshaltung aus der Staatskasse fordert, den Zweck hatten, jene Requisition ganz oder zum Theile zu befriedigen. Unter solcher Voraussetzung fielen nun offenbar die fraglichen Requisitionen den sämtlichen, dem Kanton Donau einverleibten Mittergüter zur Last. Daß Kantonsdirektorium trug die verschiedenen Kriegslieferungen im Drange der Noth vermöge seiner Steuergewalt den Besitzern der im Kanton begriffenen Mittergüter auf (Gönnér deutsch. Staatsrecht §§. 265, 270 I) und zwar nach einem etwa schon früher für solche Zwecke vereinbarten Repartitions-

fuße, oder unter Vorbehalt der späteren Ausgleichung, sei es nach dem schon bestehenden oder nach einem erst noch zu schaffenden Vertheilungsmaßstabe. Nichts Anderes als der Vorbehalt einer künftigen Peräquation unter die sämmtlichen Pflichtigen war möglicher Weise oder wahrscheinlich gemeint, wenn, wie der Kläger behauptet, das Kantonsdirektorium bei Ausschreibung der besagten Lieferungen Entschädigung dafür zugesichert hat. Denn es ist nicht anzunehmen, daß nach der Ritterordnung die den Einzelnen auferlegten und von ihnen vollzogenen Kriegslieferungen sofort als Gegenstand eigentlicher Kantonsschulden sich darstellten, da doch unter der obigen Voraussetzung die versprochene Ersatzeleistung nicht auf eine Obligation des gesamten Kantons gegen diese Einzelnen als Dritte zurückgeführt werden konnte, und einzig die sämmtlichen Mitglieder des Kantons unter sich als Schuldner und Gläubiger angesehen werden mußten, wenn anders die Lieferungen von ihnen ungleich getragen worden waren. Vielmehr war dann, da in Wahrheit jeder Einzelne an der Kriegslast unmittelbar zu tragen hatte, daß von der Direktorialgewalt geleitete öffentliche Rechtsgeschäft der Peräquation das Natürliche und Angemessene.“

Es folgt dann eine Widerlegung der in erster Instanz erfolgten Aufstellung, daß die Ersatzverbindlichkeit des Kantons für die auf Requisition der französischen Armee gemachten Lieferungen aus einem Mandate oder einer Geschäftsführung abzuleiten seien, wobei noch gesagt ist:

„Es ist klar, daß ein in Folge solchen feindlichen Begehrens von der Obrigkeit dem einzelnen Unterthan ertheilter Auftrag oder Befehl zu einer gewissen Kriegslieferung keine privatrechtliche Verbindlichkeit der Obrigkeit erzeugt, dem Unterthan,

welcher dem Gebote gehorcht hat, Ersatz zu leisten. Und ebenso wenig kann die von einem Unterthan auf unmittelbare Requisition des Feindes bewirkte Kriegslieferung an diesen einen Ersatzanspruch an die Obrigkeit oder Staatsgewalt, gleich als läge eine negotiorum gestio vor, begründen, da in solchem Falle doch von der Beforgung eines Privatgeschäftes der Obrigkeit oder Staatsgewalt durch den der feindlichen Macht nachgebenden Unterthan nicht die Rede sein kann."

DAGE. v. 17. Juni 1862, RNr. 1009^{61/62}.
4/6.

2.

Das eheherrliche Züchtigungsrecht nach bayerischem Landrechte Zbl. I Kap. VI §. 12 Nr. 3 erlischt durch Scheidung von Tisch und Bett.

Ein durch bischöfliches Toleranzdekret zeitlich von seiner Ehefrau nach Wohnung, Tisch und Bett geschiedener Mann hatte nach vollzogener Trennung seiner Ehefrau Injurien zugefügt und wollte, deshalb verklagt, die Absicht der Ehrenkränkung durch Berufung auf das ihm zustehende Züchtigungsrecht beseitigen. Der oberste Gerichtshof nahm jedoch an, daß dieses Züchtigungsrecht, da es dem Ehe manne nur „in domesticis“ zustehe und das Gesetz nur eine Unterordnung der Ehefrau unter den Mann in häuslichen Angelegenheiten ausspreche, durch das häusliche Zusammenleben bedingt, daher mit dem Aufgeben desselben erloschen sei.

DAGE. v. 25. Juli 1862 RNr. 1174^{61/62}.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die erste bloß dilatorische Frist zur Beantwortung der Klage darf weder in gleicher dilatorischer noch in peremptorischer Eigenschaft verlängert werden. — Der hinsichtlich eines Verbrechens begründete Gerichtsstand zieht auch das Vergehen an sich, wegen dessen gegen denselben Angeklagten bereits von einem anderen Gerichte ein Verweisungs Erkenntniß ergangen war. — Zuständigkeit bezüglich der Uebertretungen von beurlaubten Soldaten. — Die Handelsgerichte sind auch bezüglich der Befehlshorderungen gegen Benefizialerben zuständig. — Hinsel die *reclamatio uxoris* des Würzburger Landrechts nur bei Verträgen über liegende Güter Anwendung? — Berechnung der Streifsumme, wenn mehrere Erben gemeinschaftlich einen Anspruch ihres Erblassers gerichtlich geltend machen.

Die erste bloß dilatorische Frist zur Beantwortung der Klage darf weder in gleicher dilatorischer noch in peremptorischer Eigenschaft verlängert werden.

Wenn der Beklagte auf die erste dilatorische Ladung mit einem Frist- oder Verlegungsgesuche einkommt, so ist nach Seuffert's Kommentar, zweite Auflage, Bd. II S. 360 Note 16 diesem Gesuche stattzugeben, jedoch nunmehr die Ladung in peremptorischer Eigenschaft mit Androhung des Präjudizes zu erlassen.

Es möge mir erlaubt sein, gegen dieses Verfahren einige Bedenken auszusprechen.

1) Nach der O. D. Kap. 6 §. 16 Ziff. 3 soll man nach verstrichener (erster dilatorischer) Frist von Amtswegen weiter nicht vorschreiten, sondern zuvörderst *accusationem contumaciae* von dem gehorsamen Theile erwarten. Diese Vor-

Neue Folge VII. Band.

schrift der O.D. ist weder durch das Prozeßgesetz vom 22. Juli 1819 noch durch die Novelle vom 17. November 1837 abgeändert worden. Es erscheint daher der Richter gesetzlich nicht befugt, ohne Antrag des Klägers die mit der peremptorischen Ladung verknüpfte Ungehorsamsfolge dem Beklagten anzudrohen.

2) Bei der Verlängerung der Frist in peremptorischer Eigenschaft würde der gehorsame Beklagte, welcher rechtzeitig noch vor Ablauf der Frist um deren Verlängerung nachsucht, schlimmer daran sein, als der ungehorsame, welcher die richterliche Aufforderung zur Beantwortung der Klage gänzlich unbeachtet und die ihm hiezu vorgesezte Frist stillschweigend verstreichen läßt. Denn während jenem die neue Frist in Gemäßheit der Bestimmung der O.D. Kap. 6 §. 16 Ziff. 6 von dem Tage an gerechnet wird, wo die vorige erloschen ist, fängt sie diesem erst von dem Tage an zu laufen, an welchem ihm die wiederholte Ladung gehörig behändigt worden ist. Es wirkt sonach dieses Verfahren gleich einer Prämie für den Ungehorsam — ein Erfolg, der vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigt worden ist.

Noch weniger dürfte das entgegengesetzte Verfahren, die Verlängerung der Frist in gleichbedeutender Eigenschaft, dem Gesetze entsprechen.

1) Nach §. 29 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 sind alle Fristen und Termine mit alleiniger Ausnahme der ersten Frist zur Klagebeantwortung kraft des Gesetzes peremptorisch. Jede verlängerte Frist ist eine neue Frist, sohin die erste verlängerte Frist bereits die zweite Frist. Diese Auffassung findet nicht bloß im gewöhnlichen Sprachgebrauche, sondern in der O.D. selbst ihre Begründung, da in der eben citirten Stelle Kap. 6 §. 16 Ziff. 6 der verlängerte Termin ausdrücklich

ein neuer Termin genannt wird. Ist nun nach der obigen klaren gesetzlichen Bestimmung nur die erste Frist zur Beantwortung der Klage dilatorisch, so kann die, wenn auch durch ein Fristgesuch veranlaßte, zweite Frist, jedenfalls nicht mehr dilatorisch sein.

2) Die Bestimmungen des IV. Abschnittes des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 über Fristverlängerungen und Terminsverlegungen beziehen sich, wie aus dem §. 33 desselben Gesetzes sich ergibt und in den Bl. f. R. u. W. VI S. 88 u. flg. aus den ständischen Verhandlungen in überzeugender Weise nachgewiesen ist, ausschließlich auf die peremptorischen Fristen und Termine — ein deutlicher Beweis, daß der Gesetzgeber die Verlängerung oder Verlegung der dilatorischen Fristen und Termine überhaupt entweder für unnöthig oder für unstatthaft hielt.

3) Widerstrebt sie offenbar dem Geiste des Gesetzes. Die strengen Vorschriften bezüglich der Zulässigkeit der Fristgesuche und die Strafbestimmungen gegen die Anwälte, welche ungegründete Fristgesuche stellen, sowie gegen die Richter, welche sie bewilligen, lassen keinen Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers, Verzögerungen vorzubeugen und den schleppenden Gang des Verfahrens möglichst zu beschleunigen. Die Verlängerung der dilatorischen Frist zur Klagebeantwortung in dilatorischer Eigenschaft, welcher dann später noch ebenso viele Verlängerungen der peremptorischen Frist nachfolgen können, würde aber selbstverständlich das gerade Gegentheil zur Folge haben,

Nach der bisherigen Erörterung stellt sich sohin jede Verlängerung der dilatorischen Frist zur Vernehmlassung als unzulässig dar, und erübrigt demnach nur, das deßfallige Gesuch des Beklagten abzuweisen und den Antrag auf wiederholte per-

emtorische Ladung von Seite des Klägers abzuwarten.
Dr. A. Hierl.

Nachschrift des Herausgebers. Man könnte gegen die Ansicht des Herrn Verfassers den Einwand erheben, daß ja nach der O. Kap. VI §. 16 Nr. 3 u. 4, vgl. mit Kap. V §. 11 Nr. 2, welche Vorschriften nach der Ausführung in diesen Blättern Bd. XXIV S. 339 ff. heute noch gelten, die peremtorische Frist ad excipiendum eine abgekürzte von höchstens 14 Tagen sein soll. Hieraus könnte man folgern, daß nach obigen Sätzen der Beklagte mit der Frist für seine Vernehmung schlimmer daran sei, als der Kläger mit der Frist ad replicandum und er selbst mit der minder wichtigen Frist ad duplicandum, da bei der Replik und Duplik gleich die erste, in der Regel dreißigtägige Frist der Verlängerung fähig ist, während bei der viel wichtigeren Klagsbeantwortungsfrist nur Erstreckungen abgekürzter Fristen Platz greifen.

Alein es ist zu erwägen, daß der Beklagte, wenn er die erste Frist zur Vernehmung nicht einhalten kann, schon durch die bloß dilatorische Eigenschaft derselben einen Vorsprung gewinnt. Denn wegen dieser Eigenschaft, und da §. 29 lit. b des Proz.-Ges. v. 1837 offenbar nur für peremtorische Fristen gilt, kann er auch nach dem Ablaufe der Frist noch mit seiner Vernehmung einkommen und selbst im Falle eines alsbald nach Ablauf der dilatorischen Frist gestellten Kontumazialantrages¹⁾ kommt die zu dessen Verbescheidung nöthige Zeit dem Beklagten zu Gut, da die peremtorische als neue, unverlängerte Frist erst von der Zustellung der sie

¹⁾ Ein vor Ablauf der Frist gestellter Kontumazialantrag ist abzuweisen, nicht etwa liegen zu lassen und ihm dann nach Ablauf der Frist zu entsprechen.

eröffnenden Verfügung an, die verlängerte Frist für die Replik und Duplik dagegen nach **GD. Kap. VI §. 16 Nr. 6** schon vom Auslauf der vorigen an läuft. Zudem ist für die Verlängerungen der Fristen *ad re- et duplicandum* nirgends vorgeschrieben, daß sie von gleicher Dauer, wie die ursprüngliche Frist sein sollen, vielmehr an der zuletzt angezogenen, nirgends aufgehobenen Stelle der **GD. (Kap. VI §. 16 Nr. 6)** ausdrücklich verordnet, daß der ertheilte neue Termin nach Möglichkeit abgeführt werden soll.

Eine formalistische Härte wird in der genauen Befolgung aller dieser Vorschriften über die Fristen und deren Verlängerungen nicht gefunden werden können. Denn ein wirkliches und darum erweisliches unverschuldetes Hinderniß der Einhaltung der Frist findet nach der Vorschrift des **Proz.-Ges. v. 1837 §. 36** die vollste und billigste Berücksichtigung, während der Mißbrauch, der häufig mit den Fristgesuchen getrieben wird, keine Rücksicht verdient.

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

CXXIX.

Der hinsichtlich eines Verbrechens begründete Gerichtsstand zieht auch das Vergehen an sich, wegen dessen gegen denselben Angeeschuldigten bereits von einem anderen Gerichte ein Verweisungserkenntniß ergangen war.

Philipp Mutschler wurde wegen eines in in Augsburg begangenen Diebstahlsverbrechens von dem dortigen Bezirksgerichte in dessen öffentliche Sitzung verwiesen. Da aber ein schon früher von dem Bezirksgerichte München rechts der Isar gegen

denselben wegen Vergehens der unerlaubten Selbsthilfe ergangenes Verweisungserkenntniß vorlag, so entstand zwischen diesen beiden Gerichten ein Konflikt über die Zuständigkeit zur Verhandlung und Aburtheilung des erwähnten Vergehens.

Dieser Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe am 16. April 1862, wie folgt, entschieden:

„In Erwägung, daß das Bezirksgericht München r. d. J. am 23. Januar 1862 die Sache gegen Philipp Mutschler wegen eines am 3. November v. J. in der Vorstadt Au verübten Vergehens der unerlaubten Selbsthilfe, das Bezirksgericht Augsburg aber am 23. März 1862 die Sache gegen den nämlichen Beschuldigten wegen eines am 9. Dezember v. J. zu Augsburg begangenen Diebstahlverbrechens in seine öffentliche Sitzung verwiesen;

In Erwägung, daß nach Art. 22 Abs. 1 Th. II des StGB. der ordentliche Gerichtsstand des Angeeschuldeten bei dem Gerichte ist, in dessen Bezirke das Verbrechen begangen wurde, daß nach Art. 108 Th. I des StGB. über mehrere noch nicht bestrafte Handlungen eines und desselben Uebelthäters von demselben Gerichte in einem und demselben Urtheile zu erkennen und nach Art. 109 a. a. O. für sämtliche Uebertretungen eine Gesamtstrafe auszusprechen ist;

In Erwägung, daß dem vom Bezirksgerichte München r. d. J. erlassenen Verweisungserkenntniße nur die Wirkung zukommt, daß über die dort bezeichnete Anschuldigung öffentlich verhandelt und abgeurtheilt werden muß, daß dasselbe aber der gemeinsamen Aburtheilung dieser Anschuldigung mit der Anschuldigung wegen Diebstahlverbrechens vor dem nach Art. 22 Th. II des StGB. zuständigen Gerichte nicht entgegensteht, weil durch das spätere

Einsetzen der Verweisung wegen Verbrechens sich die Kompetenzverhältnisse wesentlich geändert haben und bei der Verurtheilung wegen Diebstahlverbrechens das Vergehen der unerlaubten Selbsthilfe nur einen erschwerenden Strafzumessungsgrund bilden kann;

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß auch zur Verhandlung und Aburtheilung der wegen Vergehens der unerlaubten Selbsthilfe gegen Philipp Mutschler vorliegenden Anschuldigung das Bezirksgericht Augsburg zuständig sei.“

Urtheilsbuch Nr. 158.

CXXX.

Zuständigkeit bezüglich der Uebertretungen von beurlaubten Soldaten.

Gegen den beurlaubten Soldaten Franz Fröhlich vom k. Infanterie-Regimente erging wegen Uebertretung der Störung des Hausfriedens und der Mißhandlung von dem Landgerichte Weiden ein Strafkenntniß, gegen welches derselbe die Berufung an das Bezirksgericht Weiden ergriff. Da aber Fröhlich bald nach deren Einlegung bei seinem Regimente vom Urlaube wieder eingerückt war, so erachtete sich das Bezirksgericht Weiden zur Aburtheilung der Sache nicht für zuständig. Der hierüber zwischen diesem Gerichte und dem k. Infanterie-Regimente entstandene Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshof, wie folgt, am 14. Oktober 1862 entschieden:

„In Erwägung, daß durch §. 29 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Dezember 1825 (Reg.-Bl. S. 1067), dann die Entschlüsse des k. Ministeriums des Innern vom 10. Juli 1826, 19. Ja-

nuar 1827, 17. November 1838 und 11. August 1842 (Döllinger, Verord.-Sammlung Bd. X S. 470, 471 ff.; Bd. XXV S. 168, 170 ff.) die Zuständigkeit der unteren bürgerlichen Verwaltungsbehörden über die beurlaubten Soldaten hinsichtlich der von ihnen im Urlaube verübten Polizeiübertretungen ausdrücklich anerkannt worden;

In Erwägung, daß unter Polizeiübertretungen im Sinne der damaligen Gesetzgebung im Hinblick auf Art. 2 Abs. 4 Th. I des StGB. v. J. 1813 sowohl die, Rechtsgefährdungen betreffenden, als die auf Rechtsverletzungen beruhenden strafbaren Handlungen, soweit letztere nicht als Verbrechen oder Vergehen sich darstellen, begriffen sind, und daß die Gesetzgebung des Jahres 1861 hieran nichts geändert hat;

In Erwägung, daß gemäß Art. 3 Nr. 5 des Einführungsgesetzes vom 10. November 1861 die Verordnungen, welche die Bestrafung militärischer Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen u. betreffen, ausdrücklich als aufrecht bleibend bezeichnet sind, und nach Art. 34 des angeführten Gesetzes die Bestimmungen über die Zuständigkeit der Militärgerichte und Militärbehörden in Strafsachen unverändert in Kraft bestehen;

In Erwägung, daß demnach die nach Art. 31 des oben bezeichneten Einführungsgesetzes an die Stelle der bisherigen Verwaltungsbehörden zur Aburtheilung der Uebertretungen (ohne Unterschied ihres rechtgefährdenden oder rechtsverletzenden Charakters, sonach ohne Unterschied, ob selbe im Strafgesetzbuche oder im Polizeistrafgesetzbuche behandelt werden) berufenen Einzelrichter (Stadt- oder Landgerichte) auch hinsichtlich der von beurlaubten Soldaten verübten Uebertretungen in ganz gleicher Weise, wie früher die Verwaltungsbehörden, als zuständig sich darstellen, und die Anwendung des Gesetzes vom

1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betreffend, auf Uebertretungen mit Rücksicht auf die im Art. 1 dieses Gesetzes ausdrücklich erklärte Beschränkung auf Verbrechen oder Vergehen völlig ausgeschlossen ist;

In weiterer Erwägung, daß der Soldat Fröhlich zur Zeit der am 5. August 1862 gefällten Aburtheilung wegen einer als Uebertretung strafbaren Handlung noch beurlaubt war, und daß nach Einlegung der Berufung gegen das vom Landgerichte Weiden kompetenzmäßig erlassene Urtheil geschehene Eindrücken zum I. Infanterie-Regimente die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Weiden als II. Instanz nicht zu beseitigen vermag;

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Aburtheilung über die Berufung des Soldaten Franz Fröhlich gegen das von dem Landgerichte Weiden wider ihn wegen Störung des Hausfriedens und Mißhandlung am 5. August 1862 erlassenen Urtheile das Bezirksgericht Weiden zuständig ist.

Urtheilsbuch Nr. 166.

Die den Civilbehörden in Uebertretungssachen beurlaubter Soldaten eingeräumte Kompetenz ist jedoch wesentlich an die Bedingung geknüpft, daß sich der beschuldigte Soldat zur Zeit der Aburtheilung noch im Urlaube befindet. Auf Veranlassung zweier Kompetenzkonflikte hat sich der oberste Gerichtshof hierüber am 12. und am 30. August 1862 gleichförmig in nachstehender Weise ausgesprochen:

„In Erwägung, daß der Soldat N. N. zur Zeit der in Frage stehenden Schlägerei zwar beurlaubt war, nunmehr aber längst bei seinem Regimente eingerückt ist;

In Erwägung, daß nach Art. 27 Th. II des StGB. vom Jahre 1813, welcher gemäß Art. 66

des Einführungsgesetzes vom 10. November 1861 auch hinsichtlich der zur Zuständigkeit der Einzelrichter gehörigen Uebertretungen zur Anwendung kommt, Militärpersonen ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten haben;

In Erwägung, daß zwar nach den Entschlüssen des k. Staatsministeriums des Innern vom 19. Januar 1827 und 17. November 1838 (Döllinger B.: S. Bd. X S. 471 und Bd. XXV S. 168) die Ausübung der Polizeigewalt über beurlaubte Soldaten den Polizeibehörden in der dort bestimmten Weise zugestanden worden, daß dieselben aber, wie aus ihrem Inhalte klar hervorgeht, hierbei die Beurlaubung der Beschuldigten als auch zur Zeit der Aburtheilung noch fortbauern voraussetzen und daß die bezeichnete Bestimmung, als Ausnahme von der allgemeinen Regel, strengstens zu interpretiren ist.

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zum weiteren Verfahren gegen den Soldaten N. N. wegen Theilnahme an der am vorgefallenen Schlägerei das betreffende Regiment zuständig ist.“

Urtheilsbuch Nr. 163 und 164.

CXXXI.

Die Handelsgerichte sind auch bezüglich der Wechselforderungen gegen Benefizialerben zuständig.

Hiefür hat sich der oberste Gerichtshof bei Entscheidung von zwei neuerlichen Kompetenzkonflikten in Uebereinstimmung mit den bereits früher erlassenen und im Bd. XXI S. 212 ff. vollständig mitgetheilten Erkenntnissen, aus denselben Gründen, wie damals, wiederholt am 21. Februar 1862 ausgesprochen.

Urtheilsbuch Nr. 122 und 123.

3/7.

Entscheidung des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Findet die *reclamatio uxoria* des Würzburger Landrechtes
nur bei Verträgen über liegende Güter Anwendung?

Vgl. Bd. XXIII S. 255 Abs. 1.

Unter dem Ausdrücke „Güter“, wie er im Th. III
Tit. 102 der kaiserl. RdO. gebraucht wurde, sind
nicht ausschließend „liegende Güter“ zu verstehen.
Wenn bei Rechtsgeschäften zwischen Eheleuten, oder
zwischen Eltern und Kindern von Gütern im Allge-
meinen die Rede ist, so hat das Wort „Güter“ die
Bedeutung von „Vermögen“ (*bona*). Im §. 4
a. a. O. geschieht von liegenden Gütern im Gegen-
satz von Gütern im Allgemeinen, welche der Ehe-
mann hinterlassen hat, Erwähnung; die hinterlassenen
Güter des Ehemannes begreifen sein nachgelassenes
Vermögen. Die Ausdrücke: Heirathsgüter, zuge-
brachte Güter, gewonnene und erworbene Güter,
Widerlegungsgüter, gemeine (gemeinschaftliche) Gü-
ter Tit. XCVIII §. 1. 2. 4 u. 5, Tit. CIV §. 1.
2. 8, Tit. CIII §. 1 u. 2, Tit. CIV §. 2 haben
überall nicht die Bedeutung von liegenden Gütern
(Immobilien) sondern von Vermögen überhaupt.

DAOE. v. 7. Juni 1861. Nr. 887 ⁶⁰/₆₁.
§*.

Entscheidungen der Appellationsgerichte ¹).

Berechnung der Streitsumme, wenn mehrere Erben gemein-
schaftlich einen Anspruch ihres Erblassers gerichtlich geltend
machen.

Bernhard H. hatte dem Sebastian H. ein Dar-
lehen von 900 fl. gegeben. Nach Bernhard H.'s

¹) Wenn wir unsere Leser von der Rechtsprechung der
Gerichte höchster Instanz in Kenntniß erhalten
wollen, so dürfen wir von nun an appellationsgericht-
liche Entscheidungen nicht außer Beachtung lassen,
da diese Gerichtshöfe als dritte und letzte Instanz
für alle Rechtsachen, welche in erster zur Zuständig-

Tode fiel seine Erbschaft an Verwandte in sieben Stämmen. Vier dieser Erbstämme stellten bei dem Bezirksgerichte D. Klage gegen Sebastian S. und baten, denselben zur Heinzahlung ihres Antheiles an dem Kapitale mit 514 fl. 8 kr. zu verurtheilen.

Die Klage wurde a limine abgewiesen, weil nicht das Bezirksgericht, sondern das betreffende Landgericht nach Ger.-Verf.-Ges. v. 1. Juli 1856 Art. 3 Nr. 15 kompetent sei ²⁾.

seit der Stadt- und Landgerichte gehören, durch Art. 43 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 bestellt sind. Auch werden wir von nun an wieder, wie es in früheren Jahrgängen häufiger geschah, zuweilen bemerkenswerthe Entscheidungen mittheilen, welche von Appellationsgerichten in zweiter und letzter Instanz erlassen wurden.

- ²⁾ Eine ähnliche Entscheidung hat der oberste Gerichtshof erlassen. Gegen die zwei einzigen Erben des ursprünglichen Schuldners eines Darlehens von 1000 fl. klagte der Darleiher den nach seiner Behauptung bestehenden Rest zu 300 fl. i. J. 1860 ein und zwar so, daß er solidarische Haftung der Erben nicht in Anspruch nahm, sondern bat, zu erkennen: Beklagte seien schuldig, die 300 fl. nebst Zinsrückstand je zur Hälfte zu bezahlen. Diese Klage reichte der Gläubiger, da der eine Erbe in D., im unmittelbaren Sprengel des Bezirksgerichtes D., der andere aber in P., Landgerichtes D. (Bezirksgerichtes D.), wohnte, unter Bezugnahme auf Art. 3 Ziff. 15 des Ger.-Verf.-Ges. v. 1. Juli 1856 und die WD. v. 9. Aug. 1810 bei dem Appellationsgerichte ein, welches sich aber ohne weitere Einleitung des Verfahrens für inkompetent erklärte, weil die Sache, als 300 fl. betragend, vor das Bezirksgericht als Kollegialgericht gehöre und beide Erben im Gerichtssprengel des Bezirksgerichtes D. wohnten. Auf die vom Kläger ergriffene Berufung bestätigte der oberste Gerichtshof den Bescheid, indem er unter Bezugnahme auf die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe bemerkte: die Behauptung des Appellanten, daß zwei Klagen, jede zu 150 fl., vorlägen und daher Art. 9 des Ger.-Verf.-Ges. v. 1. Juli 1856 zur Anwendung

Auf Berufung des Klägers erklärte das AG. von Niederbayern das Bezirksgericht für kompetent aus folgenden Gründen:

Das k. BG. D. hat sich deswegen für unzuständig erachtet, weil jeder der vier klagenden Erbstämme nur einen Erbanspruch von 128 fl. 32 fr. einlege, diese Beträge aber zur einzelrichterlichen Kompetenz gehörten und nicht zusammengerechnet werden dürften, um den im Ger.-Verf.-Ges. vom 1. Juli 1856 Art. 3 Nr. 15 festgesetzten Betrag zu erreichen.

Diese Argumentation ist unrichtig. Das angeführte Gesetz im Art. 3 Nr. 15 verweist an den Einzelrichter nur diejenigen Klagen, welche in der Hauptsache nicht über einhundert fünfzig Gulden betreffen. Es bezieht die Zuständigkeit des Einzelrichters nach dem Werthe des Streitgegenstandes.

Die hier von einer Streitgenossenschaft angestellte Darlehensklage betrifft in der Hauptsache einen Geldbetrag von 514 fl. 8 fr., der Gegenstand des durch die Klage anhängig gemachten Rechtsstreites ist eine Geldsumme von 514 fl. 8 fr., wie schon die Klagbitte ergibt, welche darauf gerichtet ist, daß der Beklagte zur Zahlung dieser Summe verurtheilt werde.

Erbansprüche werden hier nicht geltend gemacht. Denn es ist keine Erbschaftsklage gestellt, es bildet ein Erbrecht nicht den Grund der vorwürfigen Klage. Es ist eine Darlehensklage gestellt, die Klage ist

komme, sei nicht richtig. Nach dem Klagvertrage und der Klagbitte, welche dahin gehe, die Beklagten zur Zahlung der libellirten 300 fl. zu verurtheilen, liege lediglich eine gegen die Erben des ursprünglichen Schuldners gerichtete Klage im Betrage von 300 fl. vor, welche daher zum Kollegialgerichte kompetire.

DAAG. v. 25. Juli 1860. Nr. 1312⁵⁹/40.

auf Rückzahlung eines von Bernhard H. dem Sebastian H. gegebenen Darlehens gerichtet und dieses Darlehen erzeugte nur Eine Verbindlichkeit zur Rückzahlung und nur Eine Klage auf eben diese Rückzahlung.

Der Umstand, daß die jetzt in Gemeinschaft klagenden Personen Erben des Bernhard H. geworden sind, dient ihnen nicht zum Grunde der von ihnen gegen Sebastian H. angestellten Klage, sondern er gibt ihnen nur die Legitimation, die Darlehensklage ihres Erblassers gegen Sebastian H. anzustellen. Die Erbenqualität der Kläger macht sie zwar zu Successoren in das Klagerecht des Bernhard H., ändert aber an dem Klagerecht selbst, welches sich immer aus der Person des Bernhard H. ableitet, nicht das Mindeste, indem ja die Erben desselben dessen Person repräsentiren, nur sein Klagerecht als Nachfolger in dasselbe geltend machen.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß nicht die Gesamtheit der Bernhard H.'schen Erben den Anspruch gegen Sebastian H. gerichtlich verfolgen, und daß daher nicht das ganze Darlehen zu 900 fl., sondern nur ein Bruchtheil desselben mit 514 fl. 8 kr. eingeklagt wird, da ja auch Bernhard H. befugt gewesen wäre, das Darlehen nur zu vier Siebentheilen mit 514 fl. 8 kr. einzuklagen.

Es kann sich daher auch nicht auf die Rechtsregel, daß unter Erben die Erbschaftsforderungen ipso jure getheilt seien, berufen werden. Getheilt ist nur das nomen, das durch die Darlehensklage zu realisirende Kapital, und auch dieses erscheint nur rücksichtlich der Erben in soferne nämlich getheilt, als jeder derselben den seiner Erbportion entsprechenden Bruchtheil desselben in Empfang zu nehmen hat. Rücksichtlich des Schuldners aber bleibt es ein Kapital von 900 fl., es geht keine Novation vor, kraft deren der Darlehensschuldner nun nicht

mehr Ein Darlehen von 900 fl., sondern sieben Darlehen von je 128 fl. 34 $\frac{1}{2}$ fr. schuldete. Eben darum theilt sich auch die Eine Darlehensklage auf 900 fl. nicht in sieben Darlehensklagen auf je 128 fl. 34 fr.

Allerdings würde die Sache vor den Einzelnrichter gehören, wenn nur ein einziger Erbstramm in der Lage wäre, seinen Antheil am gemeinschaftlichen Kapital von 900 fl. mit 128 fl. 34 fr. gerichtlich beizutreiben. Dieß wäre aber ebenso der Fall gewesen, wenn Bernhard H. selbst nur $\frac{1}{7}$ seiner Forderung eingeklagt hätte, etwa weil das Uebrige bezahlt, oder nachgelassen war oder weil die Kündigung des Darlehens vorerst nur zu $\frac{1}{7}$ erfolgt und angenommen war. Darum bestehen aber doch nicht mehrere Klagen, sondern die Eine Klage wird eben nur theilweise gerichtlich anhängig gemacht (in judicium deduzirt).

Muß demnach die von den Klägern gemeinschaftlich angestellte Klage als eine einzige, auf ein Streitobjekt von 514 fl. 8 fr. gerichtete angesehen werden, so kann die Kompetenz des Einzelrichters auch nicht aus dem Art. 9 des Ger.:Verf.:Ges. v. 1. Juli 1856 abgeleitet werden. Denn dieser Artikel spricht ja schon seinem Wortlaute nach nur von dem Falle, wo mehrere Klagen gehäuft werden, nicht aber von dem, wo mehrere Personen gemeinschaftlich nur eine einzige Klage anstellen, nur ein einziges, ihnen gemeinschaftlich zustehendes Klagerecht gerichtlich verfolgen. Auch verweist Art. 9 auf die Gerichtsordnung und zwar offenbar auf deren Kap. IV §. 9, wo gleichfalls nur im Falle einer Mehrheit von Klagen von einer Klagenhäufung gesprochen wird und gesprochen werden konnte, da der Begriff der Häufung eine Mehrheit der zu häufenden Objekte voraussetzt. Die Klagenhäufung ist daher immer eine objektive in dem Sinne, daß mehrere (verschie-

dene) Klagen dazu erfordert werden, sei es nun, daß die verschiedenen Klagen einer Person gegen eine oder mehrere Personen zustehen, oder daß verschiedene Personen verschiedene Klagen gegen eine oder mehrere Personen haben. Von diesen Fällen wahrer Klagenhäufung sind aber offenbar durchaus und grundsätzlich verschieden die Fälle, wo nur eine einzige Klage existirt und geltend gemacht wird, aber mehrere Personen als Kläger auftreten, weil die eine Klage ihnen nur in Gemeinschaft zusteht, und es wird daher auch in den Anmerkungen zu *GD. Kap. IV §. 9 lit. c* dem Falle, wo drei verschiedene Personen drei verschiedene Klagen gegen eine Person häufen wollen, der hier gegebene Fall entgegengesetzt, wo die drei Kläger „cohaerendes sind“ also nur als Theilhaber an demselben Klagerrechte auftreten.

Wenn Schriftsteller über den gemeinen und bayerischen Prozeß, um im Systeme einen Platz für die Erörterung der Lehre von der Streitgenossenschaft zu gewinnen, jene beiden oben unterschiedenen und in der That grundverschiedenen Fälle unter dem Namen der subjektiven Klagenhäufung zusammenstellen, so mag die theoretische Richtigkeit dieser Doktrin dahin gestellt bleiben. Der Art. 9 des *Ger.-Verf.-Ges.* aber darf darum nicht auf diejenigen Fälle einer f. g. subjektiven Klagenhäufung ausgedehnt werden, wo in der That nur eine Klage mit einer Mehrheit sie ausübender Personen vorliegt; es darf nicht solchen rein doktrinellen und formellen Auffassungen das gute Recht der Beklagten darauf, daß über ihre, 150 fl. übersteigenden Schuldigkeiten von einem kollegial besetzten Gerichte abgeurtheilt werde, geopfert werden.

Es war daher die Inkompetenzklärung des f. Bezirksgerichtes nicht gerechtfertigt. . . .

NRWGE. v. 19. Juli 1862. Nr. 333 *GD.*
St.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zum Art. 64 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches betr. Dritte Instanz. Klagenhäufung. — Dauer des Beschlages auf Schutz in der Ausübung eines deutschen Realrechtes. — Theilweise Ablösung einer Forstholzberechtigung. — Zur Eröffnung eines Forstrechtes zum Bezuge von Brennholz ist eine 30jährige Ausübung erforderlich. — Die durch die Vererblichung einer minderjährigen Frauensperson nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechtes beerblichte Kuratel kann nicht wieder aufheben, wenn dieselbe an einen Ort übersteht, wo sie nach den daselbst geltenden Gesetzen noch als minderjährig zu betrachten wäre. — Statthaftigkeit einer Demonstration gegen ein die Klage von der Gerichtsschweife abweisendes Erkenntnis. — Ueber Hilfsanwaltschaft durch Strafandrohung.

Zum Art. 64 Abs. 2 des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches betr. Dritte Instanz. Klagenhäufung.

Vgl. oben S. 273 ff.

Bei Bearbeitung der a. a. O.¹⁾ veröffentlichten Bemerkungen zum Art. 64 Abs. 2 des Einf.-Ges. d. a. d. HGB. schlen uns die Frage erheblichen Bedenken unterworfen, ob in den an die Stadt- und Landgerichte verwiesenen geringeren Handelsachen eine Berufung zur dritten Instanz zulässig sei? Eine genauere Prüfung der Frage hat uns zu der Ueberzeugung geführt, daß allerdings Fälle gegeben sind,

¹⁾ Zu S. 275 ad 3 — können wir noch hinzufügen, daß auch in den Verh. des Gesetzgeb.-Aussch. d. R. d. Abg. ausdrücklich anerkannt wurde, die St.- u. LG. seien in Wechselsachen auch unter 150 fl. nicht kompetent: Verh. Bd. II S. 138 zu Art. 67.

in welchen eine Berufung zur dritten Instanz in Handelsfachen des diesseitigen Bayern zulässig ist.

Solche Fälle liegen vor, wenn der nach Art. 64 Abs. 2 vor einem Stadt- oder Landgerichte verfolgte handelsrechtliche Anspruch in der Hauptsache (der Streitgegenstand ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten und Rugungen) gerade 150 fl. an Geld oder Gelbeswerth beträgt und die Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz ungleichförmig sind. Es beruht dies darauf, daß nach Art. 64 Abs. 2 des HGBEinf.-Ges. die Stadt- oder Landgerichte, an deren Sitz nicht zugleich ein Handelsgericht besteht, in Handelsfachen zuständig sind, wenn der Streitgegenstand in der Hauptsache nicht über 150 fl. beträgt, während nach Art. 79 Abs. 1 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 schon der Betrag von 150 fl. die Berufungssumme zum Appellationsgerichte als dritter Instanz bildet, wenn ein Bezirksgericht als zweite Instanz ein mit dem der ersten Instanz ungleichförmiges Erkenntniß erlassen hat.

Ferner können sich nach Art. 64 Abs. 3 des HGBEinf.-Ges. im Zusammenhalte mit dem Proz.-Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 54 Nr. 4 Berufungen zur dritten Instanz wegen Provisorien ergeben, so wie bezüglich der im HGBEinf.-Ges. Art. 63 Nr. 10 bezeichneten Sachen, wenn sie nach Art. 64 Abs. 3 das. an ein Stadt- oder Landgericht kommen. Denn diese Sachen sind entweder als Exekutionen zu betrachten, wo dann das angef. Proz.-Ges. §. 54 Nr. 8 anschlägt, oder als Akte der nichtstreitigen Rechtspflege, wo Extrajudizialappellationen zur dritten Instanz gelangen können.

Die Bedenken, welche wir früher gegen die Zulässigkeit der Berufung zur dritten Instanz auch in den obigen Fällen hegten, waren entsprungen aus der Erwägung, daß es nach HGBEinf.-Ges. Art. 58 Abs. 1 in den wichtigsten, möglicher Weise Millio-

nen betragenden Handelsprozessen nur zwei Instanzen gibt, daß es daher auf den ersten Blick allerdings befremdet, daß in Handelsbagatellsachen Berufungen zur dritten Instanz vorkommen können. Will man aus den Landtagsverhandlungen über das HGB-Einf.-Ges. erforschen, wie denn Regierung und Rammern die Sache betrachteten, so findet man sich gänzlich verlassen. Die Frage über die dritte Instanz in Handelsbagatellsachen ist nirgends berührt. Von einer Berufung zur dritten Instanz ist nie die Rede; wo von Berufungen, von der zweiten Instanz gesprochen wird, geschieht dies in einem Zusammenhang, der die Zulässigkeit einer Berufung an die dritte Instanz weder anerkennt, noch ausschließt. Vgl. z. B. Verh. Bd. II S. 171 u. 183.

Hienach dürfte die Behauptung, daß Berufungen zur dritten Instanz in Handelsbagatellsachen zulässig seien, noch einiger Begründung bedürfen, diese aber auch in folgenden Erwägungen finden.

Vor Allem schließt die Bestimmung des Art. 58 Abs. 1 die Berufung zur dritten Instanz in den obigen Fällen nicht aus. Abs. 1 a. a. O. bestimmt nur, daß die Handelsappellationsgerichte (jetzt das H.-App.-Gericht) in zweiter und letzter Instanz entscheiden über Berufungen und Beschwerden gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Handelsgerichte. Von dieser Bestimmung werden daher die Sachen, welche nach Art. 64 Abs. 2 u. 3 an die Stadt- und Landgerichte gelangen, in keiner Weise betroffen. Denn die Stadt- und Landgerichte sind keine Handelsgerichte. Vielmehr werden sie, als unter den „gewöhnlichen Gerichten“ begriffen, den Handelsgerichten geradezu entgegengesetzt und zwar unzähligemal in den Motiven des Gesetzentwurfes, den Verhandlungen der Gesetzgebungsausschüsse und der Rammern, aber auch im Gesetze selbst: s. Art. 76 Abs. 1. —

Auch sind die Bezirksgerichte keine Handels-

appellationsgerichte; sie haben daher in den Fällen unseres Art. 64 Abs. 2 u. 3 nicht nach §§§Einf.: Ges. Art. 58 Abs. 1 in zweiter und letzter Instanz, sondern nach Ger.: Verf.: Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 30 einfach in zweiter Instanz zu erkennen, wobei sie nach Art. 43 das. die Appellationsgerichte als dritte Instanz über sich haben, wenn die im Art. 79 Abs. 1 das. bestimmte Berufungssumme vorhanden ist. — Die Vorschriften über den Instanzenzug sind aber prozessuale, und da die gewöhnlichen Gerichte, denen Handelsfachen zugewiesen sind, bezüglich des Verfahrens die für die gewöhnlichen Gerichte, nicht die für die Handelsgerichte geltenden Bestimmungen anzuwenden haben (s. oben S. 274 ad 2), so kann an der Zulässigkeit einer Berufung zur dritten Instanz in den oben bezeichneten Fällen nicht gezweifelt werden.

Daß in den wichtigeren, mehr als 150 fl. bzw. 300 fl. betragenden Handelsprozessen eine Berufung an die dritte Instanz abgeschnitten ist, während sie bei den geringeren, an die gewöhnlichen Gerichte gewiesenen Handelsfachen bei dem Vorhandensein der sonstigen gesetzlichen Erfordernisse Statt findet, erklärt sich daraus, daß über jene wichtigeren Sachen sowohl in erster als zweiter Instanz kollegial besetzte Gerichte unter Zuziehung von Beisitzern aus dem Handelsstande urtheilen. In dieser Besetzung fand man offenbar eine Garantie für die Gebiegenheit der Urtheilssprüche der zweiten Instanz, welche die Einföhrung einer dritten handelsgerichtlichen Instanz entbehrlich machte, während jene Garantie bei den gewöhnlichen Gerichten mit Einzelrichtern in erster und nur drei rechtsgelehrten Richtern in zweiter Instanz nicht in gleichem Maße gegeben ist, daher man es für diese unter den gesetzlichen Voraussetzungen bei der dritten Instanz beließ.

Wie die obige Aufzählung der Fälle, in wels

chen in Handelsfachen Berufungen zur dritten Instanz vorkommen können, ersieht leicht, werden solche Berufungen sehr selten vorkommen. Dabei könnte jedoch die Frage aufgeworfen werden, ob jene Aufzählung vollständig sei.

Nach Proj.:Ges. v. 17. Nov. 1837 §. 62 ist die Zusammenrechnung der Gegenstände mehrerer kumulirter Klagen zum Zweck der Appellation unter Umständen zulässig. Wenn es daher gestattet wäre, mehrere Klagen in Handelsfachen, deren Gegenstände einzeln den Betrag von 150 fl. nicht übersteigen, aber in der Zusammenrechnung mehr als diese Summe betragen, in einer Klagschrift zu vereinigen und mit der so kumulirten Klage ein Stadt- oder Landgericht zu befaßen, so könnten sich hieraus weitere und häufigere Fälle zulässiger Berufungen zur dritten Instanz ergeben, selbst bei gleichförmigen Erkenntnissen erster und zweiter Instanz, wenn z. B. vier Klagen gleichen Ursprunges gehäuft werden, deren jede auf Zahlung von 100 fl. gerichtet ist.

Alein wir halten bei derartigen Klagenhäufungen die Stadt- und Landgerichte nicht, sondern nur die Handelsgерichte für kompetent. Denn nach Art. 11 des Ger.:Verf.:Ges. v. 10. Nov. 1861 ist die Zuständigkeit der Stadt- oder Landgerichte durch den Umstand, daß gehäufte Klagen im Einzelbetrage bis zu 150 fl. zusammen mehr als diese Summe betragen, nur in dem Falle einer Häufung mehrerer nach Art. 8 Ziff. 15 a. a. O. an ein Stadt- oder Landgericht gehöriger Klagen nicht ausgeschlossen. Wo also Klagen gehäuft werden, welche nicht nach Art. 8 Ziff. 15 des Ger.:Verf.:Ges. v. 10. Nov. 1861, sondern nach HGB:Einf.:Ges. Art. 64 Abs. 2 an ein Stadt- oder Landgericht gehören, da schließt der Umstand, daß die mehreren Klagen zusammen den Betrag von 150 fl. übersteigen, die Zuständigkeit des Einzelrichters aus, die kumulirte Klage muß an das Han-

delßgericht gebracht werden, welches in erster Instanz entscheidet. Ob gegen dessen Erkenntniß eine Berufung zum Handelsappellationsgerichte als zweite und letzte Instanz gegeben sei, richtet sich nach den Bestimmungen der einschlägigen Merkantilprozeßordnung über die Berechnung der Berufungssumme und, wo solche besondere Bestimmungen fehlen, danach, ob die Voraussetzungen des §. 62 Abs. 2 des Proz.-Ges. v. 17. Nov. 1837 für die Zusammenrechnung gegeben sind oder nicht. Von einer Berufung an die gewöhnlichen Appellationsgerichte als dritte Instanz kann aber bei solchen gehäuften Klagen wegen Inkompetenz der Stadt- und Landgerichte keine Rede sein. Hienach werden die Fälle, wo die Appellationsgerichte der diesseitigen Kreise als dritte Instanzen in Handelsfachen zu urtheilen haben, zu den großen Seltenheiten gehören. St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Dauer der Besitzklage auf Schutz in der Ausübung eines
(deutschen) Realrechtes.

Es ist eine Streitfrage, welcher Zeitraum von der letzten Rechtsausübung bis zur Klagstellung ohne Nachtheil für das possessorische Rechtsmittel verlaufen könne und ob, wenn die Fortentrichtung einer Reallast verweigert worden ist, Anlaß zu einem *remedium retinendae* oder *recuperandae possessionis* vorhanden sei ¹⁾).

Es besteht hierüber weder eine positive Gesetzesvorschrift, noch eine feste Gerichtspraxis, noch eine übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer.

¹⁾ Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 53.

In einem oberstrichterlichen Erkenntniße über einen Forstrechtsprozeß wegen verweigerter Holz- und Torfabgabe kommt vor:

Es ist anerkannt, daß bei deutschen Realrechten, vermöge welcher der Berechtigte von dem Verpflichteten eine Leistung zu fordern hat, ein Besß — als Verhältniß physischer Einwirkung auf eine körperliche Sache — nicht stattfinden kann; in Rechtssysteme wird ein analoger Besß angenommen, welcher aus dem Dasein der die Ausübung des Rechtes enthaltenden Thatfachen, verbunden mit der Absicht, das fragliche Recht durch dieselben geltend zu machen, hergeleitet wird. Der Forstberechtigte, welcher von dem Verpflichteten verlangt, ihm das Holz im Walde zum Fällen und den Platz auf einem Grundstücke zum Torf- oder Wasenstiche anzuweisen, wie solches in den vorausgegangenen Jahren geschehen sei, hat durch dieses Ansuchen wohl die Absicht zu erkennen gegeben, von einem Rechte Gebrauch zu machen. Wenn aber der Verpflichtete dem Ansuchenden nicht nur eine abschlägige Antwort ertheilte, sondern auch erklärte, daß er einen derartigen Rechtsanspruch nicht anerkenne, und wenn er thatsächlich die Anweisung eines Platzes zum Holzfällen und zum Torfstechen verweigerte, wenn sodann die Kläger sich hiebei beruhigten und im nächstfolgenden Jahre auf ihr erneuertes Ansuchen eine gleiche thatsächliche Zurückweisung erfuhren, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß nun nicht mehr eine bloße Besßstörung sondern eine zwei Jahre andauernde Unterbrechung des Besßstandes stattgefunden habe. Der Verpflichtete hat gethan, was ihm in einem solchen Falle zu thun möglich war, um den Berechtigten die Ausübung ihres Rechtes unmöglich zu machen; er hat den bisherigen faktischen Zustand aufgehoben; die Berechtigten sind thatsächlich außer Besß gesetzt, es ist ihnen kein Holz

und kein Forstlager angewiesen worden. Zu einer gewaltsamen Besitzentziehung (*dejectio*) war dem Beklagten keine Veranlassung gegeben, weil die Kläger nicht in den Wald eingebracht waren, um Holz zu fällen, indem sie sich schon die Zurückweisung durch Worte haben gefallen lassen.

Mit dem Grundsatz: *animo retinetur possessio* — reichen die Kläger nicht aus, weil der Beklagte dadurch, daß er Dasjenige, was er den Klägern hätte verabreichen sollen, zwei Jahre lang vorenthalten hat, einen anderen thatsächlichen Zustand — ein *factum contrarium* herbeigeführt hat.

Der Einwand, daß sich die Kläger jedenfalls in einem älteren Besitze befunden hätten als der Beklagte, wenn man auf Seite des Beklagten den jüngsten Besitz annehmen wollte, ist ohne rechtliche Bedeutung, denn in der O. Kap. III §. 4, wo von dem älteren Besitze die Rede ist, wird die Voraussetzung unterstellt, daß jeder der streitenden Theile bezüglich des streitigen Rechtsgegenstandes in neuer Zeit Besitzhandlungen vorgenommen zu haben behauptete; diese Voraussetzung mangelt hier, denn nur die Kläger verlangen eine Leistung von dem Beklagten, der Beklagte dagegen sucht sich von dieser Leistung zu befreien.

Durch Bezugnahme auf das Grundsteuerkataster, in welches die behaupteten Forstrechte und der Erwerbstitel eingetragen sind, vermögen die Kläger die Besitzklage nicht zu begründen. Rechtszuständigkeit und Rechtsausübung sind wesentlich von einander verschieden. Der Eintrag eines Rechtes in öffentliche Bücher kann zwar dazu dienen, die Existenz eines solchen Rechtes darzuthun, nicht aber den Nachweis zu liefern, daß das Recht nach erfolgtem Eintrage noch fortwährend ausgeübt worden sei, und daß sich der Berechtigte auch noch im Besitze seines Rechtes befinde.

Nach diesen Erwägungen verdient diejenige Rechtsansicht den Vorzug, gemäß welcher bei Leistungen, welche alle Jahre nur einmal in einem bestimmten Zeitraume zu geschehen haben, die Besitzklage ausgeschlossen ist, sobald nach der letzten geschehenen Leistung die zweite Leistungszeit herangekommen ist.

DAßGef. v. 17. März 1862 Reg.-Nr. 196⁶¹/₆₂.
§*.

2.

Theilweise Ablösung einer Forstholzberechtigung.

Ein Forstberechtigter hatte jährlich 20 Klafter Fichten- und 2 Klafter Buchenholz — als Brennholz — zu beziehen. Der gutsherrliche Waldbesitzer beabsichtigte, die 20 Klafter Fichtenholz abzulösen, das Buchenbrennholz von 2 Klafter aber wie bisher noch abzugeben, weil dieser geringere Bezug ihm in der forstwirthschaftlichen Behandlung seines Waldes keine hindernde Last sei. Der Forstberechtigte verweigerte auf diese theilweise Ablösung einer Forstberechtigung sich einzulassen, weil dem Waldbesitzer ein solches Recht in dem Forstgesetze vom 28. März 1852 nicht eingeräumt worden sei. Die Voraussetzung eines früher bestandenen Grundbarkeitsverhältnisses zwischen dem berechtigten und belasteten Gute (Art. 30 Ziff. 2 des FG.) war von keinem Theile in Zweifel gezogen.

In den drei Instanzen wurde dem klagenden Gutsherrn das Recht der Ablösung jener 20 Klafter Fichtenbrennholz zuerkannt.

Das Forstgesetz hat im Art. 30 den Grundsatz aufgestellt, daß die Ablösung der in ein bestimmtes Maß umgewandelten Forstberechtigung, welche auf vorinals grundbaren Gütern ruhte, auf den Antrag des Verpflichteten einzutreten habe. Der Kläger

will nicht etwa nur einen Theil von den 20 Klästern Fichtenholz, sondern die ganze Quantität zu 20 Klästern ablösen. Es machen zwar diese abzulösenden 20 Kläster Fichtenholz einen Theil des Brennholzes aus, welches der Beklagte zu beziehen hat, allein dieser Bezug bildet doch ein selbständig ablösbareß Objekt der Holzberechtigung; denn es ist sowohl die Quantität der Klästerzahl, als auch die Art und Qualität des abzugebenden Brennholzes genau bestimmt, und es läßt sich auch bei dem Ablösungsgeschäfte selbst der Geldanschlag des jährlichen Bezuges sowie der Kapitalwerth für diese 20 Kläster Fichtenholz in selbständiger Weise ermitteln, ohne daß es nothwendig wäre, die Ablösung auch auf die übrigen 2 Kläster Buchenholz zu erstrecken, für welche bei der Verschiedenheit des Werthes zwischen Fichten- und Buchenholz sogar ein anderer Maßstab anzulegen sein würde. Aus der Bestimmung des Art. 30 Abs. 3 geht hervor, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, den Verpflichteten in der Befugniß zur Ablösung der Forstberechtigungen in der Weise zu beschränken, wie von dem Beklagten beabsichtigt wird, weil daselbst dem klagenden Waldbesitzer freigestellt ist, die Klage nicht nur gegen Alle, sondern auch gegen Mehrere, welchen Forstberechtigungen am Walde zustehen, zu verbinden, und die Klage auf Ablösung aller oder einzelner darauf ruhenden Forstberechtigungen zu richten.

DAßGef. v. 6. Juni 1862. Reg.-Nr. 971⁶¹/₆₂.
§*.

3.

Zur Erkennung eines Forstrechtes zum Bezuge von Brennholz ist eine 30 jährige Ausübung erforderlich.

Nach Artikel 34 des Forstgesetzes v. 28. März 1852 können neue Forstberechtigungen vom Tage

der Verkündung dieses Gesetzes¹⁾ an nicht mehr erworben werden. Durch diese gesetzliche Bestimmung sind jedoch die Prozesse über Forstberechtigungen, welche in der Vorzeit bereits entstanden sind, nicht beseitigt. Die Frage: in welcher Zeit ein Forstrecht zum jährlichen Bezuge einer bestimmten Quantität Brennholz durch Ersizung erworben werde, kam in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse zur Entscheidung. Vom klagenden Theile wurde behauptet, daß die ordentliche Ersizungsbauer von 10 Jahren für Servituten genügend sei; vom beklagten Theile wurde geltend gemacht, daß beim Mangel eines Titels nur die undenkliche Verjährung Platz greife.

Beide Meinungen wurden für unrichtig erklärt. Das römische Recht kennt die Forstrechte, wie sich dieselben im deutschen Rechte ausgebildet haben, insbesondere das Recht nicht, Brennholz aus einem fremden Walde zu beziehen. Forstrechte dieser Art haben nicht durchgängig alle Merkmale der streng römischrechtlichen Prädialservituten, denn sie stehen oftmals Gemeinden, Stiftungen u. dgl. ohne alle Rücksicht auf ein herrschendes Gut zu, und während es zum Begriffe jener Servituten gehört, daß der Eigenthümer der dienenden Sache lediglich etwas zu dulden oder zu unterlassen hat, muß bei vielen Forstrechten der Verpflichtete mit seiner Thätigkeit vorgehen. Bei Forstrechten, welche in der Abgabe von Scheit- und Wellenholz bestehen, muß der Besitzer des dienenden Waldes zur Ausübung des Rechtes selbstthätig mitwirken. Denn dem Holzberechtigten kommt die Befugniß nicht zu, das Holz im Walde, wo und wie es ihm beliebt, zu fällen und wegzuschaffen; die Anordnungen hiezu gehen von dem Eigenthümer

¹⁾ Der Tag der Verkündung dieses Gesetzes ist der 1. Januar 1853, Bdg. v. 14. Juli 1852, Reg.-Bl. Nr. 37.

des Waldes aus und haben sich nach forstwirthschaftlichen Grundsätzen zu richten; es muß die Zeit der Holzfällung bestimmt und der Ort, an welchem diese zu geschehen hat, angewiesen werden; dem Kläger liegt ob, selbst die Stämme zu fällen und das Brennholz aufzuarbeiten. Rücksichtlich des Erwerbes solcher deutscher Forstrechte können daher die Grundsätze des römischen Rechtes über Ersetzung von Servituten in 10 Jahren unter Anwesenden keine Anwendung finden. Forstrechte werden zwar von einigen Autoren den deutschrechtlichen Servituten beigezählt; allein daraus folgt noch nicht, daß in Bezug auf ihre rechtliche Beurtheilung rücksichtlich ihrer Erwerbung durch Verjährung die Grundsätze des römischen Rechtes zu gelten haben.

Deutsche Realrechte, welche in jährlich wiederkehrender Ausübung des Berechtigten bestehen, erfordern aber zu ihrem Erwerbe nicht die Unvordenklichkeit, sondern nur einen 30 jährigen Zeitablauf²⁾; die undordenkliche Verjährung ist auf solche Realrechte anwendbar, welche nicht in regelmäßig bestimmten Zeitabschnitten, sondern nur bei besonderen thatsächlichen Veranlassungen ausgeübt werden, welche zu völlig unbestimmten Zeiten und oft in 10 — 20 Jahren nicht eintreten³⁾.

DAßGef. v. 17. März 1862. Nr. 196^{61/62}.
§*.

4.

Die durch die Verehelichung einer minderjährigen Frauensperson nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechtes beendigte Kuratel kann nicht wieder aufleben, wenn dieselbe an einen Ort übersiedelt, wo sie nach den daselbst geltenden Gesetzen noch als minderjährig zu betrachten wäre.

Der ledigen minderjährigen N. wurde nach dem

²⁾ Vergl. Ergänz.-Bl. f. RN. Bd. XVIII. S. 61. Ueber den Verlust solcher Realrechte durch erlöschende Verjährung in 30 Jahren vgl. Bl. f. RN. Bd. XIII S. 262, Bd. XVI S. 74, Bd. XXIII S. 79.

³⁾ Bl. f. RN. Bd. XX S. 10.

Ableben ihres Vaters, welcher an einem Orte, wo das Bayerische Landrecht gilt, gelebt hatte, ein Vatergut von 8000 fl. ausgesetzt, welches hypothekarisch auf dem von der Mutter fortbesessenen Anwesen versichert wurde.

Während ihrer Minderjährigkeit verehelichte sich N. an einen Bürger der Stadt M., woselbst die gesetzlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts Geltung haben.

N. stellte nun bei dem Landgerichte ihres früheren Wohnortes den Antrag, sie aus der Vormundschaft zu entlassen, ihr das Vatergut zu überweisen und die deponirten Hypothekenurkunden ihrem Ehemanne hinauszugeben.

Dieser Antrag wurde vom Landgerichte als Kuratelbehörde abgewiesen und auf ergriffene Beschwerde diese landgerichtliche Verfügung von der zweiten Instanz bestätigt und zwar aus dem Grunde, weil die minderjährige N. sich nach einem Orte verehelicht habe und da wohne, woselbst das gemeine Recht gilt, nach welchem die sich verehelichende minderjährige Frauensperson durch die Verehelichung nicht volljährig wird.

Der oberste Gerichtshof dagegen erkannte auf ergriffene weitere Beschwerde solche für begründet und wies das Landgericht als Kuratelbehörde an, die deponirten Hypothekenurkunden an die Beschwerdeführerin und deren Ehemann hinauszugeben.

In den Gründen wird mit Rücksicht auf obige tatsächlichen Verhältnisse ausgeführt, daß die Kuratel über N. lediglich nach den Bestimmungen des Bayerischen Landrechtes zu beurtheilen sei, da ihr Vater und sie selbst bis zu ihrer Verehelichung unter der Herrschaft des Bayerischen Landrechtes ihren ständigen Wohnsitz gehabt hätten, und wird sodann bemerkt:

Das Bayerische Landrecht Theil I Kap. VI

§. 12 Nr. 4 und Kap. VII §. 36 Nr. 7 bestimmt, daß die Kuratel einer minderjährigen Ehefrau nach geschehener Verehelichung alsogleich aufhört und mit der potestate maritali, unter welcher die Ehefrau während der Ehe zu stehen hat, verwechselt wird, und es ist demnach die gerichtliche von dem k. Landgerichte über die R. geführte Kuratel von dem Zeitpunkte der Verehelichung der Letzteren an kraft des Gesetzes als erloschen zu betrachten.

Hieran ändert der Umstand, daß R. durch ihre Verehelichung ihren früheren Wohnsitz aufgegeben und nunmehr in der Stadt R., wo die Bestimmungen des gemeinen Rechtes zur Anwendung zu kommen haben, ihr Domizil, bzw. ihren Gerichtsstand begründet hat, durchaus nichts, da eine Person, die nach dem Gesetze ihres bisherigen Wohnortes bereits volljährig geworden ist, durch Uebersiedelung an einen anderen Ort, nach dessen Gesetz sie allenfalls noch als minderjährig zu betrachten wäre, nicht in den Stand der Minderjährigkeit zurücktritt: Seuffert, Komm. Bd. I S. 309 (Ausg. II), Savigny, System Bd. VIII S. 166—168, Bl. f. RA. Bd. XIV S. 406.

DAÖGrf. v. 28. März 1862 RMr. 107^{61/62}.
ch.

5.

Statthaftigkeit einer Demonstration gegen ein die Klage von der Gerichtschwelle abweisendes Erkenntniß.

Bl. f. RA. Bd. VI S. 315, Bd. VIII S. 31.

In einer Rechtsache wurde die Klage vom Untergerichte abgewiesen, weil es den Belangten nicht für den rechten Beklagten ansah. Auf ergriffene Berufung bestätigte die zweite Instanz den angefochtenen Bescheid, jedoch aus einem völlig verschiedenen Motive. Hiegegen reichten nun die Kläger

in II. Inst. eine, Rechtsdeduktionen enthaltende Remonstration ein, welche jedoch als formell unstatthaft zurückgewiesen wurde, wobei der Gerichtshof auf §. 19 u. 20 der Proz.-Nov. v. 1819 u. v. Gönnér's Autorität (Kommentar über das f. b. Gesetz v. 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der G.D. betreffend, von Dr. v. Gönnér S. 248 — 250, 299 u. 300) hinwies.

Diese Ansicht fand jedoch die Billigung des obersten Gerichtshofes, an den die Sache nunmehr im Berufungswege gelangte, nicht. Den oberstgerichtlichen Motiven entnehmen wir Folgendes:

Auß der Vorschrift der G.D. Kap. 14 §. 9 Nr. 1 u. den Anmerk. hiezu lit. b, ferner auß §. 1 Anmerk. lit a u. §. 11 a. a. O. erhellt, daß derselbe Richter seine auf einseitigen Parteiantrag ohne vorgängige Vernehmung des Gegentheiles erlassene Verfügung, oder sein publizirtes Erkenntniß auf eingeholte bessere Information in Folge erhobener Remonstration wieder zurücknehmen oder modifiziren kann. Diese Gesetzesbestimmung ist weder durch die Prozeß-Novelle vom 22. Juli 1819 Abschn. VIII, noch durch jene vom 17. Novemb. 1837 Abschn. VI aufgehoben worden (Seuffert's Komment. zu G.D. 2. Aufl. B. II. S. 227 Ziff. 6 Note 5 a). Hienach kann die fragliche Remonstration auch nicht für unzulässig erkannt werden, zumal eine solche besonders dann zugelassen ist, wenn dem Remonstranten nach Beschaffenheit des Falles möglicher Weise kein anderes Rechtsmittel zu Gebote stehen sollte, und bei dem unbestreitbaren Fortbestande des vorerwähnten prozeßrechtlichen Grundsatzes diese Vorschriften unter gleichen Umständen auch für das Obergericht Geltung haben.

DAZ. v. 30. April 1860 Nr. 678 ⁵⁹/₆₀.

6.

Ueber Hilfsvollstreckung durch Strafandrohung.

Die Androhung von Geldstrafen ist nur dann das geeignete Exekutionsmittel, wenn das nach dem rechtskräftigen Urtheile zu prästirende Factum ausschließlich von der Willensbestimmung und Thätigkeit des Verurtheilten abhängt. Wird dagegen die Mitwirkung anderer Personen erfordert, so kann die Strafandrohung nur auf jene Bestandtheile der Verbindlichkeit gerichtet werden, welche in Handlungen des Verurtheilten bestehen.

Bei einem Tauschvertrage hatte sich der eine Kontrahent verbindlich gemacht, die Hypotheken für die Muttergüter seiner Kinder auf das von ihm eingetauschte Gut übertragen und auf dem vertauschten Anwesen löschen zu lassen. Nachdem er zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit rechtskräftig verurtheilt war, wurde ihm im Exekutionsverfahren unter Androhung von Geldstrafen aufgetragen, die Hypotheken für die Muttergüter auf dem eingetauschten Anwesen eintragen und auf dem vertauschten löschen zu lassen. Der oberste Gerichtshof beließ es bei dieser Verfügung, jedoch nur soweit dieselbe den Eintrag der Hypotheken auf dem eingetauschten Anwesen beziente, weil nur dieser Eintrag auf einseitigen Antrag des Schuldners erfolgen könne, wogegen die Löschung der Hypotheken auf dem vertauschten Gute von der Einwilligung seiner Kinder bzw. der Kuratelbehörde abhängt.

77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Berufungsfatale gegen ein nach durchgeführtem Exekutionsprozeß den Beklagten zur Zahlung unter Exekutionsandrohung verurtheilendes Erkenntniß. — Die Frage, ob sich der Forstberechtigte die Abholzung des Forstgrundes durch Erlegung des Kapitalwertes nach Art. 30 Nr. 2 des Forstgesetzes gefallen lassen müsse, kann als präjudizelle zum besonderen Austrag gebracht werden. — Auf den Grund einer angeblichen Pflichttheilverletzung können Kinder, welche nach bamberger Landrecht mit dem überlebenden Ueberballe in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben, einen von demselben abgeschlossenen Kaufvertrag nicht anfechten. — Kaufmännische Korrespondenz. — Einwilligung in eine proponirte Vertragomodifikation aus der Unterlassung rechtzeitiger Beantwortung des desfallsigen brieflichen Antrages abgeleitet.

Berufungsfatale gegen ein nach durchgeführtem Exekutionsprozeß den Beklagten zur Zahlung unter Exekutionsandrohung verurtheilendes Erkenntniß¹⁾.

Es ist in neuester Zeit in der Praxis die Ansicht geltend gemacht worden: gegen Erkenntnisse, welche nach durchgeführtem Exekutionsprozeß den Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages „bei Vermeidung der Exekution“ verurtheilen, betrage das Berufungsfatale nicht dreißig, sondern nur vierzehn Tage.

Diese Ansicht scheint uns so entschieden unrichtig, daß wir für nöthig halten, vorsichtige Anwälte und Parteien auf dieselbe aufmerksam zu machen,

¹⁾ Bei dieser Erörterung ist eine Mittheilung des Herrn Mitarbeiters sz. mit dessen Zustimmung benützt.

zugleich aber auch ihre Widerlegung in Nachstehendem zu versuchen.

Die neue Lehre will gegründet werden auf die Bestimmung des Proz.-Ges. v. 1837 §. 64 Nr. 1 und auf die Erwägung, daß der Verurtheilung im Executivprozeß sogleich die Executionsandrohung beizufügen sei, daß daher, weil mit der die Execution androhenden Verfügung das Executionsverfahren beginne²⁾, Erkenntnisse des bezeichneten Inhaltes als im Executionsverfahren erlassen anzusehen seien.

Wir haben vor Allem daran zu erinnern, daß der Obersatz, auf dem diese Schlußfolgerungen beruhen, ein bestrittener ist. Wir wollen diesen Streit nicht in unsere Erörterung ziehen; aber darauf dürfen wir aufmerksam machen, zu welchen Konsequenzen die Bestrittenheit jenes Satzes führt. Wenn der Richter erster Instanz der Autorität Seuffert's³⁾ und Kleiner's⁴⁾ folgt und die Execution androht, so läuft nur eine vierzehntägige Berufungsfrist, dagegen eine dreißigtägige, wenn er nach der Lehre Gertt's⁵⁾ und der berühmtesten Rechtslehrer über gemeinen Civilprozeß⁶⁾ nach durchgeführtem Executivprozeß die Verurtheilung des Beklagten ohne Executionsbedrohung ausspricht.

Abgesehen hievon ist der Satz, daß mit der Executionsandrohung das Executionsverfahren be-

²⁾ Es wird sich dabei auf Seuffert's Komm. ü. d. O.D. Bd. IV S. 77 (der I. Ausg., S. 88 der II.) bezogen.

³⁾ Komm. ü. d. O.D. Bd. II S. 58 der I., S. 73 der II. Ausg., woselbst in der Note bezeugt ist, daß Seuffert's Lehre in der Praxis keineswegs allgemein befolgt werde.

⁴⁾ Bl. f. R.N. Bd. XX S. 97 ff.

⁵⁾ Executivprozeß S. 173 Note 10.

⁶⁾ Bl. f. R.N. a. a. O. Note 2.

ginne, unrichtig. Der §. 1 der G. O. Kap. XVIII läßt klar entnehmen, daß zum Beginn des Exekutionsverfahrens zweierlei gehört, nämlich ein in Rechtskraft erwachsenes Urtheil und die vorläufige Androhung der Vollstreckung desselben. Darum sagt auch Seuffert an der Stelle seines Kommentars, auf welche die Gegner Bezug nehmen (s. oben Note 2), das Exekutionsverfahren beginne mit dem Befehle, dem Urtheile Genüge zu leisten, und verweist dadurch deutlich genug auf das erste Erforderniß jeder Exekution, die Rechtskraft des zu vollziehenden Urtheils, daß er dann zu Kap. XVIII §. 1 (Bd IV S. 222 der I. Ausg., S. 266 f. der II. Ausg.) noch besonders hervorhebt.

Hieraus ergibt sich denn, daß die Exekutionsandrohung in Urtheilen der hier fraglichen Art eine ganz andere Bedeutung hat, als die Exekutionsandrohung, welche nach eingetretener Rechtskraft des Urtheiles auf Anrufen des obsiegenden Theiles erfolgte. Nur die letztere leitet unbedingt und definitiv die Exekution ein. Die Bedrohung damit im Urtheil auf den Exekutivprozeß ist dagegen eine bloß eventuelle, eine durch den Eintritt der Rechtskraft des Ausspruches in der Hauptsache vorerst noch bedingte. Sie ist gar nicht dazu bestimmt, das Exekutionsverfahren unmittelbar zu beginnen, sie enthält nur den Ausspruch, daß die Exekution nach eingetretener Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses durch die (ausdrücklich oder stillschweigend) vorbehaltene Nachklage nicht mehr aufgehalten werden könne.

Das vom obersten Gerichtshofe in einem analogen Falle, bei dem Mandatsprozeße aufgestellte Prinzip¹⁾, daß die dem Ausspruche über die Schuldigkeit selbst beigefügte Exekutionsbedrohung

¹⁾ Bl. f. R. A. Bd. XXIV S. 239.

die Sache noch nicht in das Exekutionsverfahren versetze, daß daher der Verklagte befugt sei, den Ausspruch über seine Verbindlichkeit zur Zahlung der geforderten Summe in den gewöhnlichen Fatalien anzusechten, muß auch in der vorwürflichen Frage Anwendung finden.

Zudem ist es eine falsche Auffassung der Bestimmungen des Proz.: Ges. v. 1837 §. 64 Nr. 1 und §. 108, wenn man annimmt, es könnten gar keine dreißigtägigen Berufungsfristen und gar keine Berufungen zur dritten Instanz gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse in einer Sache mehr vorkommen, welche einmal in das Exekutionsstadium gediehen sei. Vielmehr sind die Worte: „gegen Erkenntnisse im Exekutionsverfahren“ — gleichbedeutend mit denen: „gegen Erkenntnisse, welche das Exekutionsverfahren betreffen.“ Es ergibt sich dieß aus der ratio legis. Die Bestimmung des §. 64 Nr. 1 ist in den Motiven des Gesetzentwurfs nur dadurch gerechtfertigt, daß die Fragen, deren Beantwortung im Exekutionsverfahren zur Sprache kommen, in der Regel nicht von besonderer Schwierigkeit seien und daß gerade hier die Beschleunigung dringendes Bedürfnis sei⁸⁾. Hieraus ergibt sich evident, daß nur gegen jene Bescheide die vierzehntägige Berufungsfrist läuft und die Revision beschränkt ist, welche das Exekutionsverfahren zum Gegenstand haben, welche den modum et ordinem executionis betreffen. Es ist dieß auch in Theorie und Praxis in verschiedenen Richtungen anerkannt⁹⁾.

Endlich verstößt die neue Lehre auch gegen

⁸⁾ Moritz, Realcommentar S. 566.

⁹⁾ Bgl. Pl. f. Rh. Bd. V S. 357; Bd. VI S. 104, 120; Bd. IX S. 377 Nachschr.; Bd. X S. 112; Bd. XIV S. 158; Bd. XV S. 95, 107.

den Grundsatz gleicher Behandlung der Parteien. Wenn die erste Instanz den Beklagten von der Exekutionsklage entbindet, so hätte der Kläger eine dreißigtägige Berufungsfrist; wenn dann die zweite Instanz den Beklagten verurtheilt und Exekutionsbedrohung anhängt, so hätte dieser nur eine vierzehntägige Nothfrist zur Revision. Ja, wenn die erste Instanz den Beklagten theilweise von der Exekutionsklage entbindet, theilweise ihn zur Zahlung unter Exekutionsbedrohung verurtheilt, ließe gegen ein und dasselbe Urtheil der einen Partei eine dreißigtägige, der anderen nur eine vierzehntägige Nothfrist!

St.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die Frage, ob sich der Forstberechtigte die Ablösung des Forstrechtes durch Erlegung des Kapitalwerthes nach Art. 30 Nr. 2 des Forstgesetzes gefallen lassen müsse, kann als präjudizelle zum besonderen Austrag gebracht werden.

Im Art. 30 des Forstgesetzes ist verordnet: ausnahmsweise kann die Ablösung der in ein bestimmtes Maaß umgewandelten Forstberechtigungen auf den Antrag des Verpflichteten eintreten. — Von einem Guts- und Waldbesitzer wurde die vollständige Ablösung der Forstrechte durch ein Geldäquivalent beabsichtigt; die Güter der Forstberechtigten standen zu dem Besitzer des belasteten Waldes vormalß im Grundbarkeitsverbande; die Forstberechtigten weigerten sich auf eine Ablösung in Geld einzugehen; der Antragsteller wurde vorerst auf den Rechtsweg verwiesen.

Bei den gerichtlichen Verhandlungen entstand

für das beabsichtigte Ablösungsgeschäft die Streitfrage: ob eine solche erzwungene Geldablösung überhaupt Platz greife?

Die oberstrichterliche Erwägung war: diese Frage ist für die Ablösungsverhandlungen präjudiziell; wird sie verneint, so fallen alle weitschichtigen und kostspieligen Vorbereitungen und Feststellungen für das Ablösungsgeschäft von selbst hinweg.

Da einerseits das Prozeßgesetz unter Umständen auch gestattet, solche Vorfragen vor allem zu erledigen, G.D. Kap. VI §. 3, und andererseits die Beklagten bei den Administrativverhandlungen in Abrede gestellt haben, daß eine Geldablösung gegen den Willen der Forstberechtigten stattfinden könne, so war der Gutsherr so veranlaßt als berechtigt, den gegenwärtigen Präjudizialstreit anhängig zu machen.

Es relevirt nicht, daß zum Theil der Umfang und die Gemessenheit der Forstrechte, sowie das behauptete Gegenreichniß bestritten ist, und daß somit noch weitere Punkte in quanto et quali festzustellen sein werden, ehe die gegenwärtig entschlebene Präjudizialfrage ihre praktische Bedeutung gewinnen kann. Denn die Natur eines solchen Vorstreites weist von selbst auf die Reservirung weiterer Feststellungen hin und der Präjudizialstreit erledigt eben nur die hervorgehobene Präjudizialfrage.

Da es sich übrigens bermal nur um einen Ausspruch über diejenigen Forstrechte handeln kann, welche von dem Kläger zur Zeit als Gegenstand der Geldablösung bezeichnet worden sind, und da nach Inhalt des Art. 30 nur diejenigen der in der Klage bezeichneten Forstrechte, welche gemessen sind, als reif zur Umwandlung und Ablösung in Geld erscheinen, so war der Urtheilssatz dahin zu fassen: die Beklagten seien schuldig, sich die Ablösung der ihnen in der Waldung des klagenden Gutsherrn zu-

stehenden in der Klagebeilage verzeichneten Forstrechte, soweit dieselben bereits in ein bestimmtes Maß umgewandelt und unstreitig sind, nach Maßgabe des Art. 30 Ziff. 2 des Forstgesetzes gefallen zu lassen.

DAWGrf. v. 5. Okt. 1860 RNr. 1612⁵⁹/60.
§.

2.

Auf den Grund einer angeblichen Pflichttheilsverletzung können Kinder, welche nach Bamberger Landrecht mit dem überlebenden Eheheile in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben, einen von demselben abgeschlossenen Kaufvertrag nicht anfechten.

Die Baueröwittwe A., welche mit ihrem Ehemanne in allgemeiner Gütergemeinschaft nach Bamberger Landrecht gelebt und diese Gütergemeinschaft mit ihren acht Kindern auf Ableben des Vaters fortgesetzt hatte, verkaufte ihr gesamntes Grundvermögen und Mobiliar an ihren jüngsten Sohn Johann A. um den Kaufpreis von 5700 fl. und behielt sich hiebei die holz- und lichtfreie Wohnung, sowie die Nutzung einer Kuh und des halben Gartens auf Lebenszeit bevor. Zugleich wurde bedungen, daß der nach Abzug der Schulden verbleibende Kaufschillingserst von 3850 fl. auf dem erkauften Anwesen gegen vierprozentige Verzinsung hypothekarisch versichert werden solle.

Vier ihrer Kinder suchten nun diesen Kaufvertrag deshalb an, weil sie durch den zu geringen Kaufpreis — es betrage nämlich der Werth des Kaufobjektes wenigstens 9000 fl. — in ihrem Pflichttheil verletzt seien, und beantragten primär die Rejzission dieses Kaufvertrages, eventuell Sicherstellung ihrer bereinstigen Erbtheile.

Diese Klage wurde in allen Instanzen definitiv

abgewiesen. Das oberstrichterliche Erkenntniß spricht sich über das hier obwaltende Rechtsverhältniß in folgender Weise aus:

Die sog. Bamberger Gütergemeinschaft ist ihrer Natur und ihren Wirkungen nach von dem gleichen Rechtsverhältnisse, wie solches durch das gemeine Recht geregelt ist, völlig abweichend. Solange die beiden in Gütergemeinschaft stehenden Eheleute sich am Leben befinden, steht keinem derselben ein volles Eigenthum an dem Ehevermögen zu, sondern beide besitzen, genießen, verwalten und erwerben in der Art gemeinschaftlich, daß keiner der Eheleute allein irgend einen Theil dieses Vermögens durch einen Willensakt unter Lebenden oder durch eine Verfügung für den Fall des Todes auf einen Dritten übertragen kann, mit Ausnahme jener Handlungen, welche nur Ausfluß der Vermögensverwaltung sind und bei welchen dann das Gesetz ausdrücklich die Fälle behandelt hat, in welchen der eine Eheleile an die Zustimmung des anderen Eheleiles gebunden ist.

Hieraus ergibt sich nun aber die nothwendige rechtliche Folge, daß, wenn Einer der Eltern stirbt, den vorhandenen Kindern keineswegs sogleich ein Vermögenstheil des Verlebten zum Eigenthum als Erbtheil zufällt, sondern dieselben nur an die Stelle des durch den Tod aus der Gütergemeinschaft Getretenen und in dessen aus diesem Verhältnisse hervorgehenden Rechte einrücken; sie können sonach, so lange noch Einer ihrer Eltern in underrücktem Wittibstande lebt, weder Auszeigung eines bestimmten Vater- oder Mutterguts, noch eine Sicherheitsleistung für das ihnen erst nach dem Tode beider Eltern erbweise anfallende Vermögen — mit alleiniger Ausnahme des unten berührten im Gesetze vorgesehenen Falles — verlangen. Solange das Ableben beider Eltern noch nicht eingetreten ist, besteht auch für die Kinder noch gar kein Pflichttheil und

kann sonach auch von einer Verletzung desselben keine Rede sein.

Sowie dagegen das Bamberger Landrecht die Rechtsverhältnisse der in Gütergemeinschaft stehenden Eheleute, so lange beide noch am Leben sind, feststellt und bestimmt, in welchen Fällen die Eheleute zu Handlungen, welche das gemeinschaftliche Vermögen betreffen, die gegenseitige Einwilligung bedürfen, — in welchen Fällen solche einseitige Handlungen angefochten und revoziert werden können und welche Rechtsmittel jedem Eheheil zur Wahrung seiner aus der Gütergemeinschaft entspringenden Rechte gewährt sind, ebenso ist dieses Verhältniß auch für den vorliegenden Fall, wo die Mutter noch lebt und deren Kinder an die Stelle ihres Vaters in die Gütergemeinschaft eingetreten sind, durch das Gesetz geregelt.

Es liegt schon in der Natur der Sache, daß die Mitwirkung der Kinder bei der Verwaltung des ihnen und ihrer Mutter gemeinschaftlichen Vermögens nicht die gleiche sein kann, wie solche ihrem verlebten Vater zugestanden hatte, sondern daß solche eine durch das Verhältniß, wonach die überlebende Mutter das Haupt der Familie geworden, beschränkte sein muß. Hieraus folgt aber nothwendig, daß die Freiheit der Disposition des überlebenden Eheheiles eine größere werden muß, als solche bei Lebzeiten des anderen gleichberechtigten Eheheiles war, da selbstverständlich die meisten jener Fälle hinwegfallen, in welchen die Zustimmung des anderen Eheheiles zur Gültigkeit einer Handlung erfordert wurde.

Von diesen im Hanauer'schen Kommentar S. 220 und in v. Weber's Darstellung der Privatrechte Bd. I S. 316 umfassend entwickelten Grundsätzen geleitet, hat sonach der Gesetzgeber in Th. I Kap. II Tit. X §§. 17 und 18 des Bamberger Landrechtes genau jene Handlungen der zur

Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens be-
rufenen Wittve bezeichnet, rücksichtlich welcher allein
wegen der aus solchen offen hervorgehenden Gefahrde
für das gemeinschaftliche Vermögen dieselbe an die
Einwilligung der Kinder gebunden ist.

Solche sind nach den oben allegirten Para-
graphen 17 und 18:

a) ungebührliche Schenkungen aus gemein-
schaftlicher Habe;

b) Wegweisung einer dem gemeinschaftlichen
Vermögen zubringlichen Errungenschaft;

c) Unternehmung gefährlicher und sehr schäd-
licher Geschäfte;

d) das Eingehen von Bürgschaften oder Selbst-
zahlungen für Dritte, ausgenommen in Handlungs-
und Gewerbsfachen.

In diesen Paragraphen ist namentlich auf
Tit. VII und §. 3, 4, 11, 13 ausdrücklich Bezug
genommen, in welchen die gegenseitigen Rechte der
in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute selbst geregelt
sind. In diesen Gesetzesstellen, namentlich in §. 3,
wo es sich um Schenkungen handelt, ist aber mit
bestimmten Worten ausgesprochen, daß hierunter nur
Schenkungen an Dritte verstanden seien. Dieses
gilt sonach unzweifelhaft auch bezüglich der in die
Gütergemeinschaft eingetretenen Kinder und für die
oben bezeichneten Fälle. Bringt man nun aber noch
mit diesen gesetzlichen Bestimmungen jene des §. 19
a. a. O. in Verbindung, worin dem überlebenden
Ehethete ausdrücklich gestattet ist, ohne Einwilligung
der Kinder unbewegliche Sachen zu verkaufen und zu
vertauschen, obgleich keine andere unbewegliche Sache
dafür angeschafft wird, — erwägt man, daß diese
Bestimmung ganz allgemein ohne Beschränkung auf
einen Theil der in gemeinschaftlichen Besitze stehen-
den Immobilien gegeben ist, daß sich sonach ein
solcher Verkauf auch selbstverständlich auf alle diese

Immobilien erstrecken kann, (v. Weber a. a. O. S. 332), — erwägt man ferner, daß es jedem der verwittweten Eltern unbenommen ist, ohne Einwilligung sämtlicher Kinder Einem oder Allen im Wittibstande seine Güter zu übergeben (v. Weber a. a. O. §. 560 Ziff. 1); erwägt man endlich, daß für den in §. 21 a. a. O. vorgesehenen Fall, wonach den Kindern wegen lieberlichen, sehr unbedachtsamen Haushaltes der Eltern der Antrag auf gerichtliche Einschreitung, Sicherung u. s. w. gestattet ist, die Klage nicht die mindeste Beregung oder Begründung enthält, — so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Wittwe A. gesetzlich berechtigt war, den fraglichen Kaufvertrag mit ihrem Sohne abzuschließen, und daß solcher unter keiner gesetzlichen Begründung, am wenigsten aber wegen angeblicher Verletzung noch gar nicht bestehender Pflichttheile angefochten werden kann.

Unstichhaltig ist die Bezugnahme der Kläger auf §. 7 Tit. VI Anh. II Th. I des Bamberger Landesrechtes, indem in dieser Stelle nicht von dem hier vorliegenden Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen der Wittve und den Kindern, sondern von einem Erbanfall ab intestato die Rede ist, und es auch hier aus dem Zusammenhange dieses §. 7 mit dem darauf folgenden §. 8 klar wird, daß selbst im Falle einer offenbaren Bevortheilung Eines Kindes gegen die Uebrigen durch die Eltern diesen übrigen Kindern keineswegs das Recht eingeräumt worden ist, die jene Bevortheilung enthaltende Handlung der Eltern durch Anfechtung rechtsunwirksam zu machen, sondern daß sie nur befugt sind, wegen bereinigtiger Kollationspflicht des Bevortheilten Sicherung zu verlangen.

DAßGef. v. 27. Jän. 1862 Reg.-Nr. 231⁶¹/₆₂.

Mittheilung aus der Praxis der Handelsgerichte.

Kaufmännische Korrespondenz. Einwilligung in eine proponirte Vertragsmodifikation aus der Unterlassung rechtzeitiger Beantwortung des desfallsigen brieflichen Antrages abgeleitet.

Die Dampfschiff-Fahrts-Gesellschaft N. u. Comp. in L. hatte sich mit Zuschrift vom 25. September 1860 verpflichtet, dem Bräuer M. in N. im Laufe des Monats Oktober jenes Jahres 500—600 Schäffel slowakischer Gerste um den Preis von 15 fl. 20 kr. pr. bay. Schäffel nach N. zu liefern. Hievon hatte sie auch bis zum 22. Okt. 400 Schäffel richtig abgeliefert. Den Rest versprach N. unter'm 27. dess. Mts. mit Bezug auf den damaligen ungünstigen Wasserstand „sobald als möglich nachzusenden.“ Nachdem jedoch bis zum 10. Dez. eine weitere Lieferung nicht erfolgt war, forderte M. an diesem Tage die genannte Gesellschaft unter Erinnerung an den für den Monat Oktober bedungenen Lieferungsstermin brieflich auf, baldmöglichst ihrer Verbindlichkeit nachzukommen und die restigen 200 Schäffel Gerste, wie dieß der dermalige Wasserstand erlaube, nach N. zu senden; jedenfalls erwarte er umgehend Nachricht, um nicht nochmals durch Ungeßigkeit in seinen Einkäufen benachtheiligt zu werden. Hierauf erfolgte sofort unter'm 12. Dezember Rückäußerung, daß es unmöglich sei, im Jahre 1860 noch etwas zu liefern, daß aber M. „gleich mit Aufgang des Wassers im künftigen Jahr“ seine 200 Sch. Gerste erhalten werde.

Diese Eröffnung blieb ohne Antwort. Erst am 1. März 1861 schrieb M. an N. u. Comp. in L., nahm auf die Briefe vom 10. und 12. Dez. 1860 Bezug, beschwerte sich über die verzögerte Lieferung der Gerste, wodurch er Nachtheil erleide, da die Preise bis auf 10 fl. pr. bay. Schäffel gesunken seien, und fügte bei: „Sie werden dadurch wohl selbst einsehen, daß ich unter diesen Verhält-

nissen die besagten 200 Sch. Gerste nicht um jenen im Sept. vor. J. accordirten Preis annehmen werde, als wenn selbe zur rechten Zeit, nämlich im Okt. vor. J. eingetroffen wären. — Berichten Sie mir umgehend Ihre Meinung und den jetzigen Preis für die Gerste.“

Durch diese Mittheilung sah sich die Gesellschaft zur Klage veranlaßt mit der Bitte, den Beklagten M. zur Annahme der wiederholt offerirten 200 Sch. slowakischer Gerste um den Preis von 15 fl. 20 kr. pr. Schäffel oder zum Erfasse des ihr durch Nichtannahme jenes Quantums Gerste im Monate März 1861 zugegangenen Schadens zu verhalten.

Vom Beklagten wurde die Verpflichtung hiezu bestritten und insbesondere geltend gemacht, daß er in die spätere Lieferung nicht ausdrücklich eingewilligt habe, eine stillschweigende Einwilligung aber nicht angenommen werden könne, da er am 1. März 1861 der klagenden Gesellschaft ausdrücklich bekannt gegeben, daß er den Vertrag nicht mehr halte, und nach den maßgebenden Bestimmungen des bayer. LR. das bloße Stillschweigen zur Annahme eines Konsenses nicht genüge.

In I. Instanz wurde diese Ausführung des Beklagten auch adoptirt und auf Klagentbindung erkannt. In II. Instanz dagegen erfolgte ein den Beklagten nach der Klagbitte verurtheilendes Erkenntniß, und entnehmen wir den desfallsigen Motiven Folgendes:

Wichtig ist, daß, wie auch die Vorinstanz angenommen hat, das vorliegende Sachverhältniß nach der gegenseitig anerkannten Korrespondenz beider Theile zu beurtheilen ist und hienach von den Kontrahenten der Monat Oktober 1860 als fester Termin für die Ablieferung der in Rede stehenden 600 Sch. Gerste an den Beklagten festgesetzt ward. Ebenso muß mit dem angefochtenen Erkenntniß I. Inst. angenommen werden, daß Beklagter wider Willen sich eine spätere Lieferung nicht gefallen

zu lassen brauchte. Vielmehr wäre derselbe an sich vollkommen berechtigt gewesen, dem Verkäufer die nicht innerhalb jener Frist abgelieferte Waare heimzuschlagen. Vergl. Thöl., *HR.* §. 87 Nr. 2 (III. Außg. S. 376) und Bluntschli in den *Bl. f. RA.* Bd. XVII S. 353—359. Allein M. hat von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, sondern im Gegentheile bezüglich der noch ausstehenden 200 Sch. Gerste in einen späteren Lieferungstermin, in eine Prolongation der ursprünglich für den Monat Oktober 1860 bestimmten Frist auf die Zeit des Wiederbeginnes der Schifffahrt im Frühjahr 1861 gewilligt. Allerdings liegt eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten in dieser Beziehung nicht vor. Aber eine stillschweigende Einwilligung desselben muß, wie vom Appellanten mit Recht geltend gemacht wurde, aus dem Mangel einer Erinnerung gegen die desfallige Mittheilung des Verkäufers vom 12. Dez. 1860 gefolgert werden. Die Folgen dieses Stillschweigens sind, da es sich um einen Gegenstand des kaufmännischen Verkehrs handelt, nicht nach den Bestimmungen des bayr. *OR.* Th. IV. Kap. I §. 5. — wie der Richter I. Inst. annimmt — sondern nach kaufmännischer Anschauung, nach Handelsrecht zu beurtheilen. Will man nun auch nicht mit der älteren handelsrechtlichen Jurisprudenz annehmen, daß Nichtbeantwortung eines brieflich gemachten Vorschlages unter Kaufleuten schlechthin als Genehmigung anzusehen sei, so muß doch unzweifelhaft derjenige, welcher in einem bestehenden Geschäftsverhältnisse die Nichtbeantwortung einer, die Vollführung des Geschäftes betreffenden Mittheilung als Ablehnung oder Mißbilligung des gemachten Vorschlages angesehen wissen will, sich auf den guten Glauben, welcher im kaufmännischen Verkehre hauptsächlich maßgebend ist, berufen können. Es kann ihm daher nicht gestattet werden, sich in einer Lage zu erhalten, in

welcher er sein künftiges Benehmen und die Billigung oder Mißbilligung der von dem anderen Theile ergriffenen Maßregeln nach dem Ausfalle des Geschäftes einzurichten im Stande ist, während er diesen über den einzuschlagenden Weg in Ungewißheit läßt; vgl. Brinckmann, *HR.* §. 24 C. 66 ff., insbesondere Note 10 und 11.

Diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall angewendet, war Bierbrauer M., nachdem er unter'm 10. Dez. 1860, also lange nach dem vereinbarten Ablieferungstermine, die klagende Gesellschaft „baldmöglichst ihrer Verbindlichkeit nachzukommen“ aufgefordert und dadurch zu einer späteren Annahme der Gerste sich bereit erklärt hatte, wohl verpflichtet, auf die sofortige Antwort des Verkäufers: „daß die Ablieferung wegen der Schifffahrtsverhältnisse erst mit Aufgang des Wassers im künftigen Jahre geschehen könne“, — sich alsbald ablehnend zu äußern, wenn er der Deutung entgehen wollte, daß ihm auch um diese Zeit noch die Ablieferung des restigen Quantums Gerste genehm sei. Es lag dies um so näher, als bekanntermaßen noch im März und selbst im April gebraut zu werden pflegt, und daher vom Kläger nicht ohne Grund vorausgesetzt werden durfte, daß auch zu dieser Zeit noch die Waare den Zwecken des Abnehmers entsprechen werde.

Daß nun der Brief M.'s vom 1. März 1861 — nahezu 3 Monate nach der gegentheiligen Mittheilung vom 12. Dez. — keinenfalls mehr als rechtzeitiges Ablehnen der in letzterer proponirten Vertragsmodifikation betrachtet werden könne, bedarf nach der ganzen Sachlage keiner besonderen Ausführung.

Uebrigens ist gerade dieser Brief der sprechendste Beleg für die Richtigkeit der hier niedergelegten Auffassung und gegen die Annahme einer redlichen Absicht Seitens des Käufers. Hätte M. sich nicht selbst zur Annahme der 200 Sch. „gleich mit Aufgang des Wassers“ verbunden erachtet, so hätte er

gar keine Veranlassung zu jenem Briefe gehabt. Auffälligerweise wird aber in diesem Schreiben nicht gegen die Pflicht zum Empfange der Gerste an sich, sondern nur gegen deren Berechnung zu dem im vorausgegangenen Herbst vereinbarten Preise mit Bezug auf das inzwischen eingetretene Weichen der Gerstenpreise protestirt.

Daß aber ungeachtet dieses Umstandes M., sich den früher vereinbarten Kaufpreis gefallen lassen muß, folgt aus der eigenen Ausführung des Beklagten. Darnach stellt sich die Lieferung jener 200 Schäffel nur als ein Theil der im Herbst zuvor gemachten Bestellung von 600 Schäffel Gerste zum Preise von 15 fl. 20 fr. pr. Sch. dar, nur mit der Modifikation, daß bezüglich jener 200 Schäffel, wie erwähnt, mit stillschweigender Genehmigung des Käufers die Lieferzeit auf einen späteren Termin hinausgerückt wurde. Es liegen nicht zwei gesonderte Kaufgeschäfte vor, eines über 400, das andere über 200 Sch. Gerste, sondern ein einziges auf Ablieferung von 600 Schäffel zu dem vereinbarten Preise von 15 fl. 20 fr. per Sch. Nur wenn eine Preisverabredung nicht vorläge, wären die Marktpreise zur Zeit der Ablieferung entscheidend. — Wollte M. den möglichen Nachtheilen eines Sinkens der Gerstenpreise entgehen, so hätte er sich eben auf die Zuschrift des Klägers vom 12. Dez. versehen, entweder die Restlieferung ablehnen oder doch sich eine andere Preisberechnung vorbehalten sollen. In Ermangelung dessen aber muß nach kaufmännischer Rechtsüberzeugung angenommen werden, daß er in Folge stillschweigender Genehmigung des späteren Lieferungstermines auch verpflichtet war, die fraglichen 200 Sch. Gerste zu Aufgang der Schifffahrt 1861 noch um 15 fl. 20 fr. per bay. Schäffel anzunehmen. —

Erk. des (vormal.) Handels-App.-Gerichts München v. 23. April 1862. R.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zum bayerischen Landrechte Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1. — Injuncti-
onsmandatare und die als solche bestellten oder aufstretenden Anwälte
sind selbst dann zur Ablösung der Gerichtseigenen verpflichtet, wenn sie
von der Partei keinen Voransch in Händen haben. — Uebertragung des
Besitzes des Hauspfandes durch ein constitutum possessarium. Wirk-
samkeit derselben außer dem Konkurse. — Kann nach Ratgefundener
Verehelichung der Tochter vom Vater eine Mitgift gefordert werden,
wenn er eine solche nicht versprochen hat? — Form des Zubeisides
in den vormals preussischen Gebietskreisen Bayerns. — Coupons au
porteur dürfen nicht amortisirt werden, wenn sie auch einer auf den
Namen lautenden Obligation beigegeben waren.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zum bayerischen Landrechte Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1.

N. hatte von einem Verwandten ein nicht un-
beträchtliches Darlehen unter Gestattung der Rück-
zahlung in Fristen erhalten. Nachdem die Forderung
durch Erbgang und Cession in andere Hände gekom-
men war, klagte der neue Gläubiger auf Stellung
eines tauglichen Bürgen oder alsbaldige Rückzahlung
des ganzen Darlehensrestes. Beklagter bestritt seine
Verbindlichkeit hiezu, brachte aber auch gegen die
Existenz und Größe der Forderung viele Einwend-
ungen vor. Ueber letztere erkannten die beiden er-
sten Instanzen auf Beweis, indem sie die Verbind-
lichkeit zur Bürgschaftsbestellung in der oben ange-
führten gesetzlichen Bestimmung gegründet erachte-
ten. — Der oberste Gerichtshof erkannte auf Ent-
bindung des Beklagten von der Klage in angebrachter
Art aus nachstehenden Gründen:

Neue Folge VII. Band.

Beklagter bestreitet, daß die Gesetzesstelle: RM. Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1 auf sein Schuldverhältniß anwendbar sei, da dieses aus einem Darlehen entspringe, wofür die Stelle: Th. IV Kap. II §. 3 Nr. 8 maßgebend sei, welche bestimmt, daß der Schuldner nur auf den Fall einer zu besorgenden Verlustgefahr kautionspflichtig werde. — Diesem muß auch beigestimmt werden.

Das Klageobject betrifft ein Darlehen, folglich ist die auf das Darlehen gerichtete Gesetzesstelle: RM. Th. IV Kap. II §. 3 Nr. 8 vorzugsweise hieher anwendbar, und da die Klägerin unterlassen hat, auf Seite des Beklagten eine Verlustgefahr zu debuziren, so erscheint die Klage auf Bürgschaftsstellung nicht gehörig substantzirt. — Zwar verordnet das RM. Th. IV Kap. X §. 7 Nr. 1, daß jeder Schuldner auf Begehren des Gläubigers seine Schuld zu verbürgen habe; allein diesem steht nicht nur entgegen, daß schon vorausgehend beim Darlehen die Pflicht zur Bürgenstellung an eine bestimmte Voraussetzung geknüpft wurde, sondern auch, daß die allegirte Gesetzesstelle Kap. X §. 7 Nr. 1 nur im restriktiven Sinne auszulegen ist und dadurch mit der für das Darlehen getroffenen Bestimmung in Harmonie geräth. Der Bellsatz: daß der Debitor bei Vermeidung der Exekution Bürgschaft zu leisten habe, läßt unzweideutig erkennen, daß der §. 7 eine bereits exekutionsreife Schuld im Auge habe, welchem entsprechend die Anmerkungen zu dieser Gesetzesstelle besagen: „es sei dieß — nämlich die Bürgschaftsbestellung — keine absolute, sondern nur eine hypothetische und solche Nothwendigkeit, welche den Fall voraussetzt, daß der Schuldner den Gläubiger nicht auf andere verzügliche Art von dem Halse zu bringen weiß.“ Ebenso deutet Lauterbach, auf welchen hier verwiesen ist, im Coll. P. lib. 46 Tit. 1 §. 4 und

17 auf einen drohenden Schaden und auf Verlustgefahr hin, und im alten Landrechte von 1616 ist im Tit. XIII nur der Fall der Flucht oder des Fluchtverdachts behandelt.

Auf solche Grundlage ist die vorwürfige Klage nicht gebaut; sie war daher in angebrachter Art abzuweisen, und es muß der Klägerin überlassen bleiben, ihre Forderung im gewöhnlichen Wege zu verfolgen, ohne schon jetzt auf Bürgschaftsleistung oder Zahlungsbefehl unter Exekutionsandrohung recurriren zu können.

DAßGef. v. 26. Sept. 1862. Nr. 1323^{61/62}.
77.

2.

Insinuationsmandatare und die als solche bestellten oder auftretenden Anwälte sind selbst dann zur Ablösung der Gerichtstagen verpflichtet, wenn sie von der Partei keinen Vorchuß in Händen haben.

So lange der Ansaß und die Erhebung der Gerichtstagen den Gerichten überlassen ist, liegt es in der Natur der Sache, im eigenen Interesse der Parteien und gehört es zu den Erfordernissen eines geregelten Geschäftsganges, daß die Empfangnahme amtlicher Zustellungen von der Entrichtung der darauf haftenden Tag- und Stempelgebühren nicht getrennt werde.

Die Insinuationskosten für die Parteien würden sich verdoppeln, wenn die gerichtliche Verfügung und der Auftrag zur Erlegung der dafür erwachsenen Gerichtsgebühr zwei verschiedenen Personen zugestellt werden wollten.

Den mit der Expedition und Sportelperzeption beauftragten Beamten kann nicht zugemuthet werden,

ihre eigene Thätigkeit und die ihres Hilfspersonales durch solche doppelte Zustellungen zu zersplittern.

Die OÖ. Kap. V §. 8 Nr. 9 und Kap. VII §. 1 schreibt den nicht am Gerichtssitze wohnenden Parteien die Bestellung eines Insinuationsmandatars vor und selbst die am Gerichtssitze wohnenden Parteien, welche durch Anwälte vertreten sind, bitten meistens selbst oder durch ihre Anwälte darum, daß die Zustellungen an diese geschehen, wodurch die Anwälte den Insinuationsmandataren gleichgestellt werden.

Wer ein Mandat übernimmt, hat Alles zu besorgen, was nach der Natur des übernommenen Geschäftes zu demselben gehört. Der Insinuationsmandatar kann sich daher der Ablösung der auf den Zustellungen haftenden Gerichtsgebühren nicht entziehen, auch nicht durch die Anführung, daß er mit einem Vorschuß hiezu nicht versehen sei. Es ist seine Sache, sich einen solchen bei Uebernahme des Mandates zu verschaffen, das Mandat abzulehnen oder zu kündigen, wenn ihm der Vorschuß oder dessen Ergänzung verweigert wird.

Die hier entwickelten Grundsätze hat der oberste Gerichtshof schon oft zur Anwendung gebracht. Erst jüngst geschah dieß wieder in einem Falle, wo der Anwalt einer am Gerichtssitze wohnenden klagenden Partei in der Klageschrift gebeten hatte, Insinuanda ihm, dem Anwalt, zustellen zu lassen, diese auch angenommen und die Gerichtsgebühren dafür erlegt hatte, später aber, ohne seine frühere Bitte zurückzunehmen, die Insinuationen zwar annahm, die Entrichtung der Gebühren aber verweigerte, weil er nicht mit Kostenvorschuß versehen sei.

DAÖErf. v. 25. Okt. 1862. Nr. 26 ⁶²/₆₃.

3.

Uebertragung des Besitzes des Faustpfandes durch ein *constitutum possessorium*. Wirksamkeit derselben außer dem Konkurse.

Diese Materie ist in den Bl. f. R.A. Gegenstand wiederholter Erörterungen geworden, vergl. Bd. 12 S. 85 f., bes. S. 87. — Bd. 25. S. 1–10, S. 17–24 und S. 279 f. Die dort vertheidigte Ansicht hat auch neuerdings die Billigung des obersten Gerichtshofes gefunden, welcher sich in einem reformirenden Erkenntnisse über diese Frage in nachstehender Weise verbreitet:

„Das Hypothekengesetz hat ausschließlich die Hypotheken zu seinem Gegenstand und befaßt sich mit dem Faustpfande, dem *pignus* im engeren Sinne gar nicht. Es findet sich in dem Hypothekengesetze weder eine ausdrückliche daselbe betreffende Bestimmung noch eine solche, welche damit in unmittelbarem Zusammenhang gebracht werden könnte. Der in §. 1 des Gesetzes aufgestellte Begriff einer Hypothek schließt von demselben Alles aus, was das *pignus* im engeren Sinne betrifft, und zwar deshalb, weil (wie auch in v. Gönner's Kommentar Bd. I S. 103 und 109 ausdrücklich gesagt ist) das Hypoth.-Ges. mit dem *pignus* im engeren Sinne sich nicht befaßt. Will man behaupten, daß der Faustpfandvertrag nach dem Hypothekengesetze nur mehr mittelst wirklicher Uebergabe der Sache an den Gläubiger eingegangen werden könne, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, eine solche Vorschrift zu geben, so kann sich nicht auf die Prinzipien des Hypothekengesetzes, der Spezialität der Hypotheken, der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches, den Ausschluß der Mobilien von den Hypotheken, den Ausschluß der generellen und stillschweigenden Hypotheken berufen werden.

Die Oeffentlichkeit des Hypothekeninstituts, lediglich durch das Hypothekenbuch vermittelt, betrifft nur dasjenige, was, die Hypotheken angehend, in das Hypothekenbuch eingetragen ist, und was sich zur Eintragung in dasselbe geeignet hätte, aber nicht eingetragen wurde. Können Mobilien nicht mehr Gegenstand einer Hypothek sein mit Ausnahme des im §. 34 deshalb Verordneten, so ist weder mittelst der Oeffentlichkeit der Hypotheken noch mittelst des Ausschlusses der Mobilien eine den Pfandvertrag angehende Verfügung getroffen. Dem *pignus* im engeren Sinne hängt das Merkmal der Spezialisirung von selbst an, und ein mittelst des *constit. possess.* bestelltes Faustpfand erscheint weder als Generalhypothek noch als stillschweigende Hypothek. — Es kann sich ebensowenig auf v. Dönners Kommentar berufen werden. In vielen Stellen desselben ist allerdings gesagt, daß der Pfandvertrag als ein Realkontrakt seiner unveränderlichen Natur nach durch die wirkliche Uebergabe der Sache die Perfektion erlange; faßt man aber alle diese Stellen sowohl in der Einleitung als in der Erörterung des Gesetzes selbst in die Augen, so geht daraus hervor, daß die über den Pfandvertrag aufgestellten Betrachtungen den Zweck haben, einerseits das *pignus* im engeren Sinne als die Grundlage desjenigen hervorzuheben, was auch mittelst der Hypothek dem Gläubiger zur Sicherheit für seine Forderung zu verschaffen sei, und ein Mittel aufzufinden, wodurch bewirkt werde, daß hierin die Hypothek daselbe leiste, was dem *pignus* eigen ist, anderntheils den Begriff des *pignus* dem Begriffe, den Erfordernissen und Wirkungen der Hypothek nach dem über diese im Hypotheken-Gesetze aufgestellten Systeme gegenüber zu stellen, und die Verschiedenheiten beider anschaulich zu machen; daß daher aus dem Commentare zu viel bewiesen werden wollte,

wenn angenommen würde, es habe eine Aenderung an den Bestimmungen angedeutet werden wollen, nach welchen der Pfandvertrag nach den bis zur Erlassung des Hyp.-Gesetzes bestandenen Gesetzen gültig eingegangen werden konnte. In dem von der Vorinstanz in Bezug genommenen §. 6 der Einleitung ist von nichts Anderem die Rede, als daß eine *ficta traditio* einem Hypothekensysteme, wie es durch das Hypoth.-Gesetz geschaffen werden sollte und geschaffen worden ist, nicht zur Grundlage dienen könnte. — Aus Seite 81 und 110 Bd. I des Kommentares geht aber auch noch überdies hervor, daß dort nur ausgesprochen werden wollte, daß es für die Zukunft keine Hypothek an Mobilien mit Ausnahme des im §. 54 vorgesehenen Falles gebe, und daß unter wirklicher Uebergabe auch die *traditio* mittelst des *const. possess.* verstanden sei.

Die Bestimmung der Prior.-Ordn. §. 21. Nr. 1 kann hieher nicht anschlagen, weil nach §. 59, 61 und 68 des Hypothekengesetzes (Komm. B. I S. 494) nur das den Hypotheken eingeräumte Vorzugsrecht auch außer dem Konkurse Geltung und Wirksamkeit hat, somit den weiteren Bestimmungen der Prior.-Ordn. eine Anwendung außer den Konkursen nicht gesichert ist.

Hat demnach das *const. poss.* seine Gültigkeit bei dem Pfandvertrage und außer dem Konkurs nicht verloren, so hängt die weitere Entscheidung über die Sache ab von dem, was zu erweisen ist, und je nach dem Ergebnisse des Beweises von den Bestimmungen des Landrechtes über *constit. poss.* und über die an verschiedene Gläubiger nach einander geschehene Verpfändung derselben Sache: *VR. Thl. II Kap. 5 §. 7; Kap. 6 §. 8 Nr. 3.*

DAGE. v. 31. Dezbr. 1861. RR. 1645^{61/62}.

4.

Kann nach stattgefundener Verhehlchung der Tochter vom Vater eine Mitgift gefordert werden, wenn er eine solche nicht versprochen hat? (Gem. u. Bayer. R.)

Diese Frage wurde in Sachen A. gegen M. wegen Forderung von der I. und II. Instanz verneint, in dritter dagegen bejaht. Der oberst-richterlichen Entscheidung sind folgende Erwägungen unterstellt:

Dasjenige, was Kreittmahr in den Noten zum B. R. Thl. I Kap. 6 §. 13 Nr. 2 — 9 anführt, nämlich, die Pflicht zur Dotirung cessire, wenn der Bräutigam sich vor der Ehe nicht gehörig vigilirt habe, enthält einen Ausspruch, für welchen keine Norm im Texte des Gesetzbuches besteht, so daß zu einem Kommentar zu diesem gar keine Veranlassung vorlag. Daß, was Kreittmahr a. a. O. aufstellt, daß eine unterlassene Vigilirung Seltenß der Brautleute vor der Ehe und ein Vorkommen des Bräutigams mit der Braut ohne gehörige Vigilirung vor der Ehe einen Verzicht auf die das enthalte, ist unrichtig, weil der Grund unrichtig ist, den Kreittmahr für diesen Satz aufstellt. Der Grund liegt nämlich in demjenigen, was Lense, Med. ad Pand. spec. 303, V 5 p. 196 anführt, woselbst gelehrt wird: Zweck der Dotirung sei die Verhehlchung der Tochter; sei dieser Zweck aber erfüllt, weil die Tochter einen Bräutigam fand, ohne daß ihr vor der Ehe ein Heirathgut bestimmt wurde, so falle mit dem Zwecke auch der Grund der Dotirung und die Nothwendigkeit einer solchen hinweg.

Diese singuläre Anschauung Lense's, welcher sich Kreittmahr in den Annotationen anschloß, ohne durch den Text des Gesetzbuches dazu veranlaßt zu sein, hat in der Literatur längst ihre wohlbegründete Verwerfung erfahren. —

Zweck der Dotirung ist nicht bloß die Ermög-
lichung einer Verheirathung der Tochter, sondern
Zweck der Dotirung ist vorzugsweise, die Mittel
zur Bestreitung der Lasten der Ehe zu ge-
währen. Diese Lasten eines gesonderten Haus-
haltes beginnen erst wirksam und fühlbar zu werden
nach vollzogener Ehe. Es würde sich daher mit
dem Zwecke der das ein ungerechtfertigter Wider-
spruch ergeben, wenn der Satz aufgestellt werden
völte, daß nach vollzogener Eheirathung ein Grund
zur Dotirung nicht mehr bestehe: Glück, Comment.
Bb. 25 S. 77 §. 1231.

Ueber die juristische Unhaltbarkeit des von Leh-
ser aufgestellten Axioms besteht keine verschiedene An-
schauung in der neueren Literatur; vgl. Schweppe,
Band. Bb. 4 §. 679. — Thibaut, Band. §. 443. —
Braun, Erörter. Bb. 2 S. 300. — Holzschuher,
Kasuiistik Bb. 1 S. 524.

Es hat daher bei dem landrechtlichen und ge-
meinrechtlichen Prinzipie sein Verbleiben, daß der
Vater verbunden ist, seine Tochter zu dotiren, und
daß nur dann diese Dotationspflicht wegfällt, wenn
Thatfachen vorliegen, bei deren Bestehen der Text
des Gesetzes selbst den Vater dieser Pflicht über-
hebt. Daraus, daß bei dem Mangel einer vor der
Eheirathung getroffenen Vereinbarung keine Klage auf
eine vertragmäßig konstituirte das stattfindet, ein-
geengt auf einen bestimmten, durch die Vereinbar-
ung fixirten Betrag, folgt nicht, daß auf Verab-
reichung einer das gar keine Klage aus allgemei-
nen rechtlichen Gesichtspunkten stattfindet, da in die-
sem Falle das richterliche Ermessen ebenso die Höhe
der das bestimmt, wie dasselbe den Konsens zur
Eheirathung supplirt, falls der Vater denselben aus
unthatthaften Gründen verweigert. — —

DAGE. v. 8. Novemb. 1861. Nr. 1677⁶⁰/₆₁.

Entscheidungen der Appellationsgerichte.

1.

Form des Judeneides in den vormalß preußischen Gebietstheilen Bayerns.

In der Konkursfache eines jüdischen Glaubensgenossen handelte es sich darum, ob der Kridar den von den Gläubigern beantragten Manifestationseid in der Synagoge oder im Gerichtsfocale abzuleisten habe. Die Entscheidung hierüber war von der Frage abhängig: ob die Bestimmungen der preuß. Gerichtsordnung Th. I Tit. 10 §. 317 ff., wonach ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß Partei-Eide der Juden in der Synagoge abgeleistet werden sollen, in den vormalß preußischen Gebietstheilen des Königreichs Bayern, mit Hinsicht auf das Erläuterungs-Reskript v. 29. November 1810 (Nov. zur bay. G.D. Bd. I S. 24 ff.) noch subsidiär in Anwendung zu bringen seien?

Diese Frage wurde durch ein den erstrichterrlichen Beschluß abänderndes Erkenntniß des Appellationsgerichtes von Mittelfranken vom 1. Februar 1862, welches sich dahin aussprach: daß der Kridar den Manifestationseid nicht in der Synagoge, sondern bei Gericht zu schwören habe, aus nachstehenden Gründen verneinend¹⁾ entschieden:

In dem Erläuterungs-Reskripte vom 29. November 1810, die Einführung des bayerischen Judiziar-Codex in den ehemaligen preuß. Besitzungen des Rezat- und Mainkreises betreffend, wurde bestimmt, daß es in Ansehung derjenigen Gegenstände, über

¹⁾ Diese Verneinung dürfte, theoretisch betrachtet, erhebliche Bedenken gegen sich haben. Es dürfte Angesichts der G.D. v. 29. Nov. 1810 kaum zu rechtfertigen sein, die bei Gelegenheit des Zeugeneides gegebene historische Notiz der Anmerkun-

welche der bayer. Judizialkodex keine Bestimmungen enthält, und welche auch aus den in demselben aufgestellten Grundsätzen nicht beurtheilt werden können, ferner in jenen Theilen der preuß. Prozeßordnung, welche mit den dem allgemeinen preuß. Landrechte eigenthümlichen Rechts-Instituten und Grundsätzen im wesentlichen Zusammenhange stehen, bei der preuß. Prozeß-Ordnung sein Bewenden behalte.

Letztere hat nun im §. 317 Theil I Tit. 10 verordnet, daß alle Haupteide der Juden in der Synagoge oder Schule abgeleistet werden sollen, und in den folgenden Paragraphen die Art dieser Eideleistung ausführlich und genau normirt.

Daß diese Anordnungen nicht mit irgend welchen eigenthümlichen Rechts-Institutionen des allg.

gen g. G.D. über die Form des Judeneides nach dem Konzept der Kammergerichtsordnung der ganz bestimmten Vorschrift der preuß. G.D. über die Parteieide der Juden vorzuziehen.

Gleichwohl glaubten wir die Entscheidung aufnehmen zu sollen, da uns eine neuere speziell für das vormalig preuß. Gebiet erlassene Entscheidung des obersten Gerichtshofes über die Frage nicht bekannt ist. Wir können nur anführen, daß ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 17. Dez. 1825 bestehen soll, welches ein appellationsgerichtliches, obige Frage bejahendes Erf. bestätigt.

In Beziehung auf die Gebietstheile, wo die preuß. G.D. keine subsidiäre Anwendung findet, hat aber der oberste Gerichtshof von der älteren bis in die neueste Zeit die Ansicht konsequent beibehalten, daß der Judeneid in der Regel vor Gericht abzuleisten, jedoch der Synagogeneid da zulässig sei, wo die besonderen Umstände des Falles eine Gewissensscharfung veranlassen; vgl. Bl. f. R.A. Bd. XVII S. 313 ff. und eine Zusammenstellung vieler älteren und neueren oberstr. Erf. im D.A.A. Nr. 1857/58.

Dieser konstanten Praxis assimiliert nun obiges Erkenntniß die der vormalig preußischen Gebietstheile. St.

preuß. Landrecht^{es} im Zusammenhange stehen, bedarf keiner weiteren Ausführung; sie sind rein prozessualer Natur und haben ihren Grund lediglich in der Absicht des Gesetzgebers, Garantien zu schaffen, daß der Eidschwur des Israeliten mit derselben Gewissenhaftigkeit geleistet werde, wie der des Christen.

Es fragt sich also nur, ob der bayer. Judiziarcode^x über diesen Punkt keine Bestimmungen enthält, und ob letzterer auch nicht aus den in demselben aufgestellten Grundsätzen beurtheilt werden kann?

Dies muß aber sicherlich bejaht werden.

In der bayer. OD. Kap. XIII §. 1 ist unter Ziff. 4 ganz allgemein bestimmt: der Eideschwur soll wissentlich, wohlbedächtig und in gewöhnlicher Form geschehen.

Ferner heißt es eben so allgemein unter Ziff. 6 weiter: „die wirkliche Beeidigung soll bei gerichtlichen Eidschwüren allezeit vor gelesenem Gerichte, wo die Streitsache hängt, oder von dem hiezu requirirten Richter vorgenommen werden.“

Es ist also hier ganz allgemein angeordnet, daß die Beeidigung vor Gericht erfolgen soll und hinsichtlich der Eide der Israeliten ist nichts Abweichendes bestimmt. Daraus wird nun freilich häufig geschlossen, daß die bayer. OD. bezüglich der Eidesleistung der Juden eine Lücke enthalte. Dieser Schluß kann aber nicht für richtig erachtet werden. Denn es läßt sich nachweisen, daß der Gesetzgeber bei diesen Bestimmungen die Eide der Israeliten nicht außer Acht gelassen hatte, daß er vielmehr auch daran gedacht haben mußte. Denn in den Anmerkungen zu diesen Stellen lit. e und g verweist Kreittmayr hinsichtlich der gewöhnlichen Form zu schwören und wie die Beeidigung zu geschehen pflege, ausdrücklich auf die OD. Kap. X §. 14 und auf die Anmerkungen dazu.

An dieser Stelle der OD. ist die gewöhnliche

Eidesformel für den Zeugenbeweis normirt, in den Anmerkungen aber ist dann angegeben, wie dieselbe bei Protestanten zu ändern ist, und dann heißt es weiter:

„Die Juden stehen der allgemeinen Sage nach in dem Irrwahn, daß sie die denen Christen geleisteten Eidschwüre nicht binden oder wenigstens von ihren Rabbinern wiederum aufgelöst werden können. Deswegen sind in dem Kammergerichts-Ord.-Konzept Th. I Tit. 98 solcher Beeidigung halber folgende praecautiones vorgeschrieben.“ Diese Versicherungsmaßregel bei Abnahme des Judeneides und die Eidesformel hiebei sind dann näher angegeben.

Offenbar war es hiebei die Absicht des Gesetzgebers, dem Richter diese praecautiones an die Hand zu geben, damit er davon da, wo er es für nothwendig erachtet, Gebrauch mache, ohne diese Abnahme des Judeneides einzufür allemal bestimmt vorschreiben zu wollen. Der Gesetzgeber begnügte sich also, im Kobez selbst nur die „gewöhnliche“ Eidesformel und die gewöhnliche Art der Eidesleistung zu bestimmen, hinsichtlich der Ableistung der Judeneide aber den Richter auf etwa weiter nothwendige Vorsichtsmaßregeln in den Anmerkungen aufmerksam zu machen. Diese Hinweisung auf die in der Reichskammergerichts-Ord. normirte Form des Judeneides beruhte aber offenbar auf den nämlichen Gründen, welche den spezialisirten Bestimmungen der preuß. Ger.-Ordn. über die Eide der Juden zu Grunde liegen; hier wie dort will eine Garantie dafür an die Hand gegeben werden, daß die Eidschwüre der Israeliten mit derselben Gewissenhaftigkeit geleistet werden, wie die der Christen.

Beiden Gesetzgebern lag derselbe Zweck vor Augen, aber die Mittel, deren sich beide zur Erreichung dieses Zweckes bedienen, sind verschiedene. Während Kreltmann sich begnügt, den Richter

auf die bei Eidesleistung der Israeliten etwa nothwendig werdenden praecautiones hinzuweisen, wird in der preuß. Ger.-Ordn. diese Eidesleistung selbst auf das Genaueste normirt.

Es drängt sich daher vielmehr der entgegengesetzte Schluß an, daß, weil Kreittmahr bei den Bestimmungen, welche er in der G.D. über die Art der Eidesleistung traf, recht wohl des Juden- eides gedacht, aber gleichwohl bezüglich desselben keine bestimmte Eidesform unabänderlich festgestellt, vielmehr dem Richter in den Anmerkungen nur gewisse praecautiones anempfohlen, er auch dem richterlichen Ermessen in dieser Beziehung keine abgegränzte Schranke setzen wollte.

Von einer Lücke des Gesetzes, die auch nicht aus den in demselben aufgestellten Grundsätzen sich ergänzen ließe, kann daher wohl kaum die Rede sein; und es besteht also kein Grund, auf die Bestimmungen der preuß. Ger.-Ordn. als anzuwendend des Prozeßrecht zurückzugreifen.

Hienach bleibt es dem richterlichen Ermessen überlassen, ob eine mehr oder minder feierliche Eidesleistung anzuordnen ist, und es kann auf gestellten Antrag, dann aus beizubringenden besonderen Gründen, wonach eine erhöhte Gewissensschärfung im einzelnen Falle indiziert erscheint, allerdings eine solche durch Abnahme des Eides in der Synagoge und durch Beiziehung des Rabbiners angewendet werden.

Damit stimmen denn auch die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes so wie die Bestimmungen des Justizministerialreskripts vom 27. Juni 1833 überein: Seuffert's Komm. ü. d. G.D. Bb. III S. 362 Note 34 der 2. Aufl.; Seuffert's Archiv Bb. I S. 143 - 144; Arends, Sammlung Bb. II S. 409; DABG. v. 31. Juli 1847 Nr. 157^{11/42}; — Bl. f. RA. Bb. 24 S. 57 Note 13; DABG. v. 3. Juli 1856 Nr. 234^{56/56}. —r.

2.

Coupons au porteur dürfen nicht amortisirt werden, wenn sie auch einer auf den Namen lautenden Obligation beigegeben waren.

Eine bayerische Grundrentenablösungsobligation, welche auf den Namen einer Pfarrpfündestiftung lautete und mit Coupons au porteur versehen war, wurde einem Gerichte übergeben und ging bei diesem zu Verlust.

Es wurde das Amortisationsverfahren eingeleitet und zum Schlusse desselben ein Erkenntniß veröffentlicht, welches die fragliche Obligation mit (ihrer Verfallszeit nach bezeichneten) Coupons für kraftlos erklärte.

Hiegegen erhob das Fiskalat der Staatsschuldentilgungskommission Beschwerde, weil auch die Coupons für kraftlos erklärt wurden. Dieser Beschwerde wurde statt gegeben aus folgenden Gründen:

Die Frage, ob überhaupt Papiere au porteur dem Amortisationsverfahren unterliegen können, hängt mit jener zusammen, ob sie Gegenstand der Windikation sein können. Da der Inhaber solcher Papiere ihrem Begriffe nach auch für den Eigenthümer anzusehen ist, hat sich die Praxis in Bayern längst dahin entschieden, daß eine Windikation solcher Papiere unstatthaft sei (v. Zuerlein, Zeitschr. f. Th. u. Pr. III S. 189), und das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch schließt im Art. 307 vgl. mit Art. 306 die Windikation aus, wenn auch die Papiere gestohlen oder verloren waren, wodurch begreiflicher Weise dem früheren Besitzer an seinen Rechten dem Diebe gegenüber nichts vergeben wurde.

Ist aber die Windikation von derlei Papieren unzulässig¹⁾, so können sie, eben weil der jedes

¹⁾ Vgl. hierüber auch Bl. f. RA. Bd. X S. 69, Bd. XV S. 325.

malige Inhaber als deren Eigenthümer gilt, wodurch der Anspruch des früheren Besitzers von selbst ausgeschlossen ist, nicht amortisirt werden.

Auch die allgemeine Verordnung vom 10. October 1810 (Reg.-Bl. S. 953) spricht in ihren §§. III u. IV nur von Staatsobligationen, welche auf Namen lauten, und wurde in der allgemeinen Verordnung v. 17. August 1813 (Reg.-Bl. S. 1081), um Mißverständnissen zu begegnen, ausgesprochen, daß bei verlorenen oder dem Eigenthümer entwendeten Staatsobligationen au porteur ein Amortisationsverfahren nicht statfinde, ausgenommen wenn von der emittirenden Behörde auf besondere Veranlassung dieselben durch Vormerkung auf dem Instrumente selbst auf bestimmte Inhaber überschrieben worden waren.

Wenn auch die hier in Frage stehende Grundrentenablösungsobligation auf Namen ausgestellt ist, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die derselben beigegebenen Coupons au porteur lauten, weil nach der Bekanntmachung der kgl. Staatsschuldenentilgungskommission vom 7. April 1849 Nr. II (Reg.-Bl. S. 301) lediglich Coupons au porteur den auf Namen gestellten oder vinkulirten Obligationen beigelegt worden sind.

Die den Grundrentenablösungsobligationen beigelegten Coupons sind öffentliche Urkunden, durch welche die Verpflichtung der kgl. Grundrentenablösungskasse ausgesprochen ist, zur bestimmten Verfallzeit eine gewisse Summe auszuführen, und zwar an den Inhaber des betreffenden Coupons; bezüglich ihrer müssen daher über Amortisation dieselben Bestimmungen zur Anwendung kommen, welche bezüglich der öffentlichen Fondsobligationen au porteur gelten.

NBAGrf. v. 29. Oct. 1862. Nr. 2172 BGStr.

77.

Redakt.: Dr. Steppes. Berl.: Palm & Enke (Adolph Fale) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Beilage

zu den

Plättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 22. Februar.

Nr. 1.

Bei **Palm & Enke** in **Erlangen** ist so eben erschienen und durch jede Buchhandlung zu erhalten:

Das Gesetz, die **Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafgesetzbuches** für das Königreich Bayern betreffend, vom 10. November 1861, erläutert von Dr. **Carl Nisch**, a. o. Professor der Rechte an der k. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg. Erstes Heft. (Art. 1 — 37.) Preis 1 fl. 40 kr. rhn.

Das 2. und letzte Heft dieses Kommentars wird ebenfalls Ostern erscheinen. Das **Gerichtsverfassungsgesetz**, bearbeitet von Herrn Bezirksgerichtsdirektor **Nehm**, wird noch im Laufe dieses Monats veröffentlicht und wohl auch ein Theil des von Herrn Hofrath und Prof. Dr. v. **Dollmann** commentirten **Strafgesetzbuches**, während das **Polizeistrafgesetzbuch**, bearbeitet von Hrn. Prof. Dr. **Edel**, das **Notariatsgesetz**, erl. v. Hrn. OAGDir. v. **Link**, das **Handelsgesetzbuch**, erl. v. Herrn Bezirksgerichtsrath **Kuz**, binnen Kurzem unter die Presse gelangen. Die Herren Abonnenten der „Dollmann'schen Gesetzgebung“ erhalten sämtliche Gesetzeskommentare zugesandt wie auch das eben erschienene

Repertorium zum Strafprozeßgesetz vom 10. November 1848 einschließig der Modificationen durch die Gesetzgebung des Jahres 1861, bearbeitet von Herrn Staatsanwalt **Seel**,

welches auch als Separatabdruck für 2 fl. 48 kr. rhn. durch jede Buchhandlung zu erhalten ist.

Döllinger's Verordnungsammlung

im Gebiete der inneren Staatsverwaltung Bayerns, 21 Abtheilungen mit Register (in 35 gut gehaltenen Pappbänden) soll billigst verkauft werden und erbittet man Franko-Offerten durch

Palm & Enke in **Erlangen**.

Im Verlage von Joh. Ambr. Barth in Leipzig sind so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Holtenhoff, (F. von). Die Kürzungsfähigkeit der Freiheitsstrafen und die bedingte Freilassung der Sträflinge in ihrem Verhältnisse zum Strafmaße und zu den Strafzwecken. 8. geh. Preis 20 Ngr.

Schüd, (C. E.). Die Einzelhaft und ihre Vollstreckung in Bruchsal und Moabit. Mit Grundrissplänen in Steindruck und Tabellen. 8. geh. Preis 24 Ngr.

Sundelin, (B.). Die Einigung des deutschen Strafprozessrechts auf der Grundlage der neuesten Partikulargesetze. [Aus der „Allg. Deutschen Strafrechtszeitung, 1861“ besonders abgedruckt]. gr. 8. geh. Preis 12 Ngr.

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

Blätter für gerichtliche Anthropologie.
Für Aerzte und Juristen von **S. B. Friedreich.**
13. Jahrgang. 1862. 1. Heft. — fl. 40 kr. oder 12 Sgr. Preis des ganzen Jahrganges von 6 Heften 4 fl. — kr. oder 2 Rthlr. 12 Sgr.

Friedr. Korn'sche Buchhandlung in Nürnberg.

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

Das Notariatswesen

im Königreich Bayern biesseits des Rheins.

1. Heft: Das Notariatsgesetz vom 10. November 1861.
16. brosch. 18 kr.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815, herausgegeben von Dr. J. L. Klüber. 9 Bde. gr. 8. geh. 33 fl. 48 kr. rhn. od. 21 Thlr. 9 Ngr. — Ganz vollständige Exemplare werden bei baarer Zahlung zum halben Ladenpreise abgegeben.

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 29. März.

Nr. 2.

Bei der jüngst erfolgten Ausgabe des ersten Heftes des von Hrn. Hofrath und Professor Dr. v. Dollmann bearbeiteten Kommentars zu dem neuen

Strafgesetzbuch

für das

Königreich Bayern

vom 18. November 1861

Könnten wir uns durch den Namen und die bisherigen kriminalistischen Leistungen des Herrn Verf. einer empfehlenden Befürwortung überhoben halten. Es sei nur angedeutet, daß der Kommentar eine möglichst eingehende und erschöpfende Bearbeitung des Gesetzbuches sich zur Aufgabe gesetzt hat und daß er diese Aufgabe in wissenschaftlichem und praktischem Geiste zugleich zu lösen sucht. Er begnügt sich daher nicht mit einer Zusammenstellung der für die Auslegung brauchbaren Anhaltspunkte aus den Motiven und den Ausschußverhandlungen, sondern sucht durchgehend den Zusammenhang des neuen Rechtes mit dem bisherigen sowie die Entstehungsgeschichte des letzteren nachzuweisen, und die Jurisprudenz analoger Rechtsbildungen sowie die Ergebnisse der neuesten Doktrin zur Erklärung zu verwenden. — In der Form der Darstellung strebt der Kommentar jene Uebersichtlichkeit und Bündigkeit an, welche einer raschen Orientirung Vorschub leistet. — Der Kommentar möchte daher neben den gleichzeitig erscheinenden Arbeiten über das n. StGB. einen selbständigen Werth um so mehr in Anspruch nehmen, als der Hr. Verf. bekanntlich an der Redaktion des Entw. v. J. 1855 einen nicht unbedeutenden Antheil hatte und denselben auch bei den Verhandlungen des Geset-

gebungsausschusses d. K. d. Abg. v. J. 1856/57 zu vertreten mitberufen war.

Es umfaßt dieses erste 250 Seiten starke Heft Art. 1—51 und kostet dasselbe 2 fl. rhn. od. 1 Thlr. 6 Ngr.; die Fortsetzung wird so bald als möglich folgen. Die Herren Abonnenten der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Mar II mit Erläuterungen“ erhalten das Strafgesetzbuch zugesandt und erfolgt auch die Uebersendung der übrigen Gesetzeskommentare stets sofort nach Erscheinen.

Palui & Enke in Erlangen.

In gleichem Verlage ist erschienen:

Samhaber, Dr. Franz, Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht. Gr. 8. XII u. 278 Seiten. Geh. 2 fl. rhn. od. 1 Thlr. 6 Ngr.

Die Lehre von der Correalobligation gehört anerkanntermaßen zu den interessantesten und schwierigsten Stoffen des gemeinen Civilrechtes, zugleich zu denjenigen, welche, wenn gleich in den letzten Jahren lebhaft verhandelt, dem Abschlusse keinesweges nahe stehen, vielmehr weiterer Untersuchung dringend bedürfen, deren Resultate nun ein durch seine bisherigen schriftstellerischen Leistungen bereits vortheilhaft bekannter Autor in obiger für Theoretiker wie Praktiker gleich wichtigen Schrift darlegt. Das heutige Recht, insbesondere alle neueren Civilgesetzbücher und Entwürfe, haben neben den rein romanistischen Erörterungen in dem Werke gebührende Beachtung gefunden.

Bei G. L. Lang in Speyer ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Die Rechtsirrhümer des Judeneides.

Notizen zur neuen Prüfung einer alten Frage.

56 Seiten in Umschlag. Preis 21 kr.

**Interessant für Juristen und für jeden gebildeten
Israeliten!**

Druck von **Junge u. Sohn** in Erlangen.

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 31. Mal.

Nr. 3.

So eben ist erschienen das 2. Heft des Kommentars
über das

Gesetz, die Einführung

des

Strafgesetzbuches

und des

Polizeistrafgesetzbuches

für das

Königreich Bayern

betreffend,

vom 10. November 1861,

von

Dr. Carl Risch,

a. o. Professor der Rechte an der königl. Julius-Maximilians-
Universität zu Würzburg.

Lex.-8. geh. 2 fl. 24 fr. rhn. oder 1 Thlr. 14 Ngr.

Mit diesem Hefte ist das Einführungs Gesetz vollständig
und zugleich der III. Band des III. Theiles der „Gesetz-
gebung Bayerns“ abgeschlossen. — Die Kommentare über
folgende Gesetze der neueren Epoche sind theils unter
der Presse, theils in der Bearbeitung begriffen und wer-
den — wie das Einführungs Gesetz — demnächst in zwei
verschiedenen Formen — als Fortsetzungen der kommen-
tirten „Gesetzgebung“ und als selbstständige Werke — in
rascher Folge erscheinen:

Polizeistrafgesetzbuch, erläutert von Herrn Pro-
fessor und Landtags-Abgeordneten Dr. Edel in
Würzburg;

Notariatsgesetz, erläutert von Herrn Oberappella-
tionsgerichtsdirektor E. von Zink in München;

Handelsgesetzbuch mit dem I. bayerischen Einführungs-Gesetze, erläutert von Herrn Ministerialassessor J. Loh in München (erstem Sekretär der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches);

Arrondirungsgesetz, erläutert von Herrn Professor Dr. Gerstner in Würzburg.

Ferner erlaubt sich die Verlags-handlung zur Kenntniß zu bringen, daß binnen Kurzem ein

Repertorium zum Forstgesetz

zur Veröffentlichung gelangt, welches in ähnlicher Weise wie das „Repertorium zum Strafprozeßgesetz“ bearbeitet ist und sowohl als für sich bestehendes Werk wie auch als Beilageheft zur „Gesetzgebung Bayerns“ ausgegeben wird.

Als Fortsetzung der kommentirten „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II.“ und als selbstständiges Werk auch einzeln verkäuflich erschien vor einigen Wochen:

G e s e t z

vom 10. November 1861,

die

Gerichtsverfassung

betreffend,

erläutert

von

Karl Rehm,

I. Bezirksgerichts-Direktor.

Mit einem Anhang, enthaltend: A. Königlich Allerhöchste Verordnung zum Vollzuge des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Gerichtsverfassung betreffend. B. Beilage der Allerhöchsten Verordnung vom 24. Febr. 1862 zum Vollzuge des Gesetzes vom 10. Nov. 1861, die Gerichtsverfassung betreffend. C. Königlich Allerhöchste Verordnung vom 24. Febr. 1862, die Einrichtung der Distriktsverwaltungsbehörden betreffend, nebst Beilage.

Lex.-8. (XII u. 173 Seiten). geh. 1 fl. 36 kr. rhn. oder 28 Ngr.

Bestellungen auf vorstehende Kommentare sowie auch auf die „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II.“ besorgt jede Buchhandlung.

Erlangen den 31. Mai 1862. **Palm & Enke.**

Bei **Georg Franz** in München ist erschienen und zu haben:

Gerichtseinteilung im Königreich Bayern diesseits des Rheins

nach der k. Verordnung vom 24. Febr. 1862.

Alphabetisch nach Gemeinden und bisherigen Gerichtsbezirken.
Groß Placatformat zum Aufhängen an der Wand. Preis 15 fr.

Tabellarische Uebersicht der Entschädigungen für Geschworne, Sachverständige und Zeugen

nach der königl. Verordnung vom 5. Januar 1862.

$\frac{1}{2}$ Bogen 16. Preis 6 fr.

Berechnung der Notariats- Gebühren

im Königreich Bayern diesseits des Rheins.

Nach den Prozentsätzen der k. Verordnung vom
19. Januar 1862.

Als Tabelle an die Wand. Preis 15 fr.

Dieselbe auf starker Pappe, lackirt mit Messingzeigern zum
Stellen 1 fl. 30 fr.

Bei Bestellungen von Auswärts ist die Verpackung in einem
Kistchen nöthig, welche besonders berechnet wird.

☞ Diese Tabellen dienen bei dem Gebrauche nicht nur zur
Zeitersparniß, sondern sie befördern auch die richtige Anwendung der
bezeichneten Verordnungen, werden daher auf jeder Kanzlei und in
jedem Bureau nützlich sein.

Bei **G. L. Lang** in Speyer ist erschienen und durch
alle Buchhandlungen zu beziehen:

Die Rechtsirrhümer des Judeneides.

Notizen zur neuen Prüfung einer alten Frage.

56 Seiten in Umschlag. Preis 21 fr.

Interessant für Juristen und für jeden gebildeten
Israeliten!

Im Verlage von G. S. Lange in Darmstadt ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen;

Schwurgerichtsverhandlungen in Anklagesachen gegen Hofbuchdrucker **G. H. Jacoby** in Darmstadt, **wegen Vergiftung seiner Ehefrau.** Mit dem Portralt Jacoby's und einer color. Abbildung eines Theils der inneren Magenwand der vergifteten Frau Jacoby. gr. 8. geh. 2 fl. 42 fr.

Als **Nachtrag** zu dieser aller Orten von Juristen und Gerichtsärzten mit ungetheiltem Beifall aufgenommenen Schrift erschien ferner in gleichem Verlage:

Verhandlungen vor dem Großherzogl. Cassationshof über die von G. H. Jacoby verfolgte **Richtigkeitsbeschwerde.** gr. 8. geh. 12 fr. Auch diese Broschüre verdient in hohem Grade die Beachtung der Herren Juristen.

Einladung zum Abonnement

auf die

„Süddeutsche Zeitung.“

Die „Süddeutsche Zeitung“, die in München unter der Redaktion von R. Brater als Morgen- und Abendblatt erscheint und in den meisten Richtungen zweimal täglich versendet wird, ist durch zahlreiche Korrespondenzverbindungen, sowie durch sorgfältige Auswahl und Verarbeitung des politischen Stoffs in den Stand gesetzt, ihren Lesern einen raschen und vollständigen Ueberblick der Tagesgeschichte zu bieten.

Die politische Tendenz der „Süddeutschen Zeitung“ ist bekannt. Das Blatt wird fortfahren, den Grundsätzen einer liberalen Politik im Innern, der kraftvollen Geltendmachung der Rationalinteressen nach Außen, der Einigung Deutschlands in einer bundesstaatlichen Verfassung als Organ zu dienen, und sich dabei die Vermittlung süd- und norddeutscher Auffassungen zur besondern Aufgabe machen.

Der Preis ist bei dem Umfang von 1 $\frac{1}{2}$ Bogen täglich auf 2 fl. 45 fr. (1 Thlr. 17 Sgr.) für das Quartal festgesetzt, wozu außerhalb Bayerns der übliche Postaufschlag (und Stempel) kommt. Alle Postbehörden nehmen Bestellungen an.

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Beilage

zu den

Plättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 14. Juni.

Nr. 4.

Dr. Edel's Kommentar zum Polizeistrafgesetzbuch.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist so eben erschienen und
durch jede Buchhandlung zu erhalten:

Das **Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern** vom 10. Nov. 1861. Mit Erläuterungen von **Carl Edel**, beider Rechte und der Staatswirthschaft Doctor und ordentlichem Professor an der **Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg**. Erstes Heft (Art. 1—19). Lex.-8. 1 fl. rhein.

Die Fortsetzung ist unter der Presse und wird bis Anfangs Juli der Kommentar in annähernd 30 Bogen vollständig vorliegen.

In demselben Verlage sind folgende Gesetzbearbeitungen kürzlich erschienen: das **Gerichtsverfassungsgesetz**, erläutert von **R. Rehm**, 1. Bezirksg.-Director (1 fl. 36 kr.); das **Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch und Polizeistrafgesetzbuch**, erl. von Prof. Dr. **Risch** (4 fl. 4 kr.); das **Strafgesetzbuch**, erl. v. Hofrath u. Prof. Dr. v. **Dollmann** 1. Heft (Art. 1—51) 2 fl. rhn., während das **Notariatsgesetz**, erl. v. **Dr. Dir. v. Bink**, u. d. **Handelsgesetzbuch**, erl. v. **J. Buch**, 1. Ministerialassessor, erstem Sekretär der Kommission z. Berathung eines allg. deutsh. Handelsgesetzb., sich unter der Presse befinden und demnächst zur Ausgabe gelangen; der Kommentar über das **Arrendirungsgesetz** von Prof. Dr. **Gerstner** wird jedenfalls im Laufe dieses Jahres noch veröffentlicht werden. — Die Herren Abonnenten auf die „**Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. mit Erläuterungen**“ erhalten sämtliche Kommentare als Bestandtheile dieses Werkes zugesandt.

Bei **Georg Franz** in München, Perusgasse Nr. 4, ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Das bayerische Strafrecht. **I. Bändchen.**

Gesetz v. 10. November 1861. Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafgesetzbuches. Ges. v. 10. Juli 1861 u. R. Brdg. v. 4. Sept. 1861. Aufhebung der Straffolgen. Königl. Verordnung vom 5. Jänner 1862. Entschädigung der Geschwornen, Sachverständigen und Zeugen in Strafsachen.

Correcter Abdruck der amtlichen Ausgabe
und Anmerkungen dazu.

Mit Königl. Allerhöchster Genehmigung.

16. brosch. 30 Kr. Ausgabe auf Schreibpapier in gr. 8. mit breitem Rand 1 fl.

Das II. Bändchen, enthaltend das **Strafgesetzbuch**, ist ebenfalls ganz genau nach der amtlichen Ausgabe abgedruckt und mit sehr umfangreichen Anmerkungen für die praktische Benützung versehen.

Das III. Bändchen wird das **Polizeistrafgesetzbuch** und ein **Sachregister** zu allen drei Bändchen enthalten und auch bald nach dem Erscheinen der amtlichen Ausgabe folgen.

Soeben erschien im Verlage der **v. Jenisch & Stage'schen** Buchhandlung in Augsburg:

Rittermaier, Sundelin, Berner und Barth
über die

Neue bayerische Strafgesetzgebung, nebst Anhang.

Med. 8. br. 1 fl.

Rittermaier hat die von Sundelin, Berner und Barth veröffentlichten Kritiken des bayerischen Strafgesetz-Entwurfes als vielfach sehr wohlbegründete und richtige bezeichnet und auf dieselben aufmerksam gemacht; sie sind daher hier nebst seinen eigenen Bemerkungen über den Entwurf in einer Sammlung vereinigt und für den Gebrauch handhablich gemacht worden, was gewiß allen bayerischen Praktikern dieses Faches erwünscht ist. Den Anhang bilden Bemerkungen über die ersten und wesentlichsten Hauptstücke des bis jetzt erschienenen Theiles des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern.

In sämmtlichen Buchhandlungen in Bayern zu haben. —

Bei **Georg Franz** in München ist erschienen und zu haben:

Gerichtseintheilung
im Königreich Bayern dießseits des Rheins
nach der k. Verordnung vom 24. Febr. 1862.
Alphabetisch nach Gemeinden und bisherigen Gerichtsbezirken.
Groß Placatformat zum Aufhängen an der Wand. Preis 15 fr.

Tabellarische Uebersicht
der Entschädigungen für Geschworne, Sachverständige und Zeugen
nach der königl. Verordnung vom 5. Januar 1862.
 $\frac{1}{2}$ Bogen 16. Preis 6 fr.

**Berechnung der Notariats-
Gebühren**

im Königreich Bayern dießseits des Rheins.
Nach den Prozentsätzen der k. Verordnung vom
19. Januar 1862.

Als Tabelle an die Wand. Preis 15 fr.
Dieselbe auf starker Pappe, lackirt mit Messingzeigern zum
Stellen 1 fl. 30 fr.

Bei Bestellungen von Auswärts ist die Verpackung in einem
Kistchen nöthig, welche besonders berechnet wird.

Diefe Tabellen dienen bei dem Gebrauche nicht nur zur
Zeitersparniß, sondern sie befördern auch die richtige Anwendung der
bezeichneten Verordnungen, werden daher auf jeder Kanzlei und in
jedem Bureau nützlich sein.

Verlag von **H. Charisius** (Lüderich'sche Buchhandlung) in
Berlin.

Die
H a b e a s - C o r p u s - A c t e

und
Vorschriften zum Schutz der Person in den deutschen
Strafprozeß-Gesetzen.

Von
Paul Sundelin,
Staats-Anwalt.
1862. 6 Bogen N. 8°. Preis 15 Sgr.

Bei **Georg Franz** in München ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Das **zweite** Bändchen des Werkes:

Strafrecht des Königreichs Bayern, enthaltend:

Das Strafgesetzbuch.

Correcter Abdruck der amtlichen Ausgabe und Anmerkungen hiezu.

25 Bogen in bequemen Taschenformat aus neuer Schrift auf gutem Papier. Preis 1 fl. 30 kr.

In 790 mit Sorgfalt vom rein praktischen Standpunkte aus bearbeiteten Anmerkungen sind nicht nur Erläuterungen aus den Landtags-Verhandlungen von 1856/58 und 1859/61 zugefügt, sondern auch Unterstellungen des neuen gegenüber dem früheren Strafgesetzbuche bezeichnet und zu den wesentlich nicht geänderten Bestimmungen jene Stellen der Anmerkungen zum St.-G.-B. von 1813 sowie der bisherigen Präjudizien des obersten Gerichtshofes hervorgehoben, welche, und soweit sie noch Bedeutung für die Auslegung und Praxis haben.

Das **erste** Bändchen enthält das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch und dem Polizei-Strafgesetzbuch mit 195 Noten, ferner das Gesetz vom 10. März 1861 und d. R. V. vom 4. Sept. 1861 über Aufhebung der Straffolgen, sowie die R. V. vom 5. Januar 1862, Entschädigung der Geschwornen, Sachverständigen und Zeugen in Strafsachen.

Das **dritte** demnächst erscheinende Bändchen wird das **Polizeistrafgesetzbuch** ebenfalls mit Anmerkungen und ein Sachregister zu den drei Bändchen enthalten.

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

Blätter für gerichtliche Anthropologie.

Für Aerzte und Juristen von **J. W. Friedreich.**

13. Jahrgang. 1862. 1. Heft. — fl. 40 kr. oder

12 Sgr. Preis des ganzen Jahrganges von 6 Heften

4 fl. — kr. oder 2 Rthlr. 12 Sgr.

Friedr. Korn'sche Buchhandlung in Nürnberg.

Druck von **Junge u. Sohn** in Erlangen.

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 26. Juli.

Nr. 5.

v. Zink's Kommentar zum Notariatsgesetze.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist so eben erschienen und
durch jede Buchhandlung zu erhalten:

Gesetz vom 10. Nov. 1861, das Notariat betref-
fend, erläutert von E. von Zink, königl. Oberap-
pellations-Gerichts-Direktor. Erstes Heft (Art. 1—
52). Ver. 8. 1 fl. 48 kr. rhn.

Das zweite Heft dieses Kommentars zum Notariatsgesetze
wird ungesäumt nachfolgen.

In demselben Verlage sind folgende Gesetzbearbeitungen
fürzlich erschienen: das **Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch**
und **Polizeistrafgesetzbuch**, erl. von Prof. Dr. Risch (4 fl. 4 kr.);
das **Strafgesetzbuch**, erl. v. Hofrath u. Prof. Dr. v. Dollmann
1. Heft (Art. 1—51) 2 fl. rhn.; das **Polizeistrafgesetzbuch** für
das Königreich Bayern vom 10. Nov. 1861. Mit Erläuterungen
von Prof. Dr. Edel 1. — 5. Heft (Art. 1—231) 5. fl. 48 kr.;
das **Gerichtsverfassungsgesetz**, erläutert von R. Rehm, l.
Bezirksg.-Director (1 fl. 36 kr.); während das **Handelsgesetz-**
buch, erl. v. J. Buch, l. Ministerialassessor, erstem Sekretär
der Kommission z. Berathung eines allg. deutsch. Handelsgesetzb.,
sich unter der Presse befindet und demnächst zur Ausgabe ge-
langt; der Kommentar über das **Kirchordnungsgesetz** von Prof.
Dr. Gerstner wird jedenfalls im Laufe dieses Jahres noch ver-
öffentlicht werden. — Die Herren Abonnenten auf die „Gesetz-
gebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. mit Erläute-
rungen“ erhalten sämtliche Kommentare als Bestandtheile dieses
Werkes zugesandt.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu erhalten:

Die
Vollziehbarkeitsklausel
 der
Notare

von

J. Chr. von Arnold,

den bayer. Staatsrath i. a. D. und Appellationsgerichts-Präsidenten in Rubensand.
 gr. 8. (36 S.) geh. 16 kr. rhn. oder 6 Mgr.

 Wichtiges Werk für Verwaltungsbeamte, Anwälte,
 Magistrate etc. 

Unter der Presse befindet sich bei Carl Junge in
 Ansbach:

H a n d b u c h
der bayerischen Distrikts-Verwaltungs-
Behörden

von **Carl Max**, königl. Regierungsdirector in Ansbach.
 gr. 8. Gesammtumfang circa 40 Bogen. Preis der kürzlich er-
 schienenen 8 Bogen flarken 1. Lieferung 34 kr. Alle Buchhand-
 lungen nehmen Bestellungen auf dieses nicht nur für alle Beamte
 und Aspiranten des administrativen Dienstes, sondern auch für
 Magistrate, Gemeindeverwaltungen, Anwälte und Richteramt-
 personen u. s. w. unentbehrlichen Werthes an.

In der J. Lindauer'schen Buchhandlung in München ist
 erschienen:

Die neuen bayerischen Straf-
gesetzbücher.

Eine

 alphabetisch geordnete Zusammen-
 stellung 

aller in dem Strafgesetzbuch, Polizeistrafgesetzbuch
 und Einführungsgezet enthaltenen Strafen und
 Bestimmungen von E. J. Zandbeuer. Preis 2 fl.
 elegant in Leinwand gebunden 2 fl. 24 kr.

Diese Ausgabe enthält den Inhalt sämtlicher Verordnungen
 und Strafbestimmungen in alphabetischer Ordnung, sowohl
 unter den in den Gesetzbüchern selbst vorkommenden, als auch un-
 ter den diesen entsprechenden und im Volke gebräuchlichen Aus-
 drücken vollständig und correct abgedruckt. Für die sorgfältige
 Ausführung bürgt der bekannte Name des Verfassers. Bequemes
 Format und deutlicher, schöner Druck empfehlen das Werk.

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Beilage

zu den

Plättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 1. November.

Nr. 6.

Neue Gesetzeskommentare.

Bei **Palm & Enke** in Erlangen sind kürzlich erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Dollmann, Hofrath u. Professor Dr. E. Fr. v., das **Strafgesetzbuch** für das Königreich Bayern vom 10. Novbr. 1861. Mit Erläuterungen. Erstes Heft (Art. 1—51) Lex.-8. (250 Seiten) geh. 1 Thlr. 6 Ngr. od. 2 fl. rhn.

Odel, Professor und Landtagsabgeordneter Dr. E., das **Polizeistrafgesetzbuch** für das Königreich Bayern vom 10. November 1861. Mit Erläuterungen. 2. Auflage. Lex.-8. (XIV u. 680 Seiten) geh. 4 Thlr. 4 Ngr. oder 6 fl. 36 fr. rhn.

Lug, J., Ministerialassessor, erster Sekretär der Kommission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches, **allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch** mit dem k. bayerischen Einführungsgeetze, erläutert. Erstes Heft (Einleitung, Einf.-Gesetz Art. 1—29) Lex.-8. (94 Seiten m. Form.) 16 Ngr. oder 48 fr. rhn.

Pözl, Professor Dr. J., die bayerischen **Wassergesetze** vom 28. Mai 1852, erläutert. Neue Ausgabe. Lex.-8. (466 Seiten) geh. 2 Thlr. 8 Ngr. od. 3 fl. 36 fr. rhn.

Rehm, Bezirksgerichtsdirektor K., Gesetz vom 10. November 1861, die **Gerichtsverfassung** betreffend, erläutert. Lex.-8. (XII u. 173 Seiten) geh. 28 Ngr. oder 1 fl. 36 fr. rhn.

Risch, Professor Dr. E., das Gesetz, die **Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafgesetzbuches** für das Königreich Bayern betreffend, vom 10. November 1861, erläutert. Lex.-8. (VI u. 483 Seiten) geh. 2 Thlr. 16 Ngr. oder 4 fl. 4 fr. rhn.

Sink, LUG-Direktor E. v., Gesetz vom 10. November 1861, das **Notariat** betreffend, erläutert. Erstes Heft (Art. 1—52) Lex.-8. (210 Seiten) geh. 1 Thlr. 6 Ngr. oder 1 fl. 48 fr. rhn.

- Repertorium zum **Forstgesetz** vom 28. März 1852, herausgegeben von der Redaktion der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen“. Lex.-8. (VI u. 152 Seiten) geh. 24 Ngr. od. 1 fl. 20 fr. rhn.
- Repertorium zum **Estrafprozeßgesetz** vom 10. November 1848 einschließig der Modifikationen durch die Gesetzgebung vom Jahre 1861, herausgegeben von der Redaktion der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen“. Lex.-8. (XI u. 331 Seiten) geh. 1 Thlr. 18 Ngr. od. 2 fl. 48 fr. rhn.
- Vorstehende Werke wurden auch als Bestandtheile der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen“ ausgegeben und allen Abonnenten auf diese Sammlung zugesandt.
-

In demselben Verlage sind erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

- Arnold, Dr. F. Chr. von, das gerichtliche Verfahren gegen Geistesranke und Verschwender. gr. 8. geh. 12 Ngr. oder 36 fr. rhn.
- — der Gerichtsstand der Standesherrn im Königreich Bayern in Straßachen. gr. 8. geh. 5½ Ngr. oder 20 fr. rhn.
- — über Umfang und Anwendung des Begnadigungsrechtes. gr. 8. geh. 5½ Ngr. oder 20 fr. rhn.
- — die Einflagung der Hypothekapitalzinsen in Bayern und der Ewiggeldrenten in München. Nebst einer Erörterung über die Ausdehnung des Ewiggeldinstitutes auf das Königreich Bayern und über Wiederbelebung des deutschen Rentenkaufes. gr. 8. geh. 16 Ngr. oder 52 fr. rhn.
- — über Fideißeistung durch Stellvertreter im Civilprozeß. gr. 8. geh. 12 Ngr. oder 36 fr. rhn.
- — die christliche Fideißeformel. gr. 8. geh. 4 Ngr. oder 12 fr. rhn.
- — über Beschränkung der Deflorations- und Alimentsations-, dann der Injurienklagen. gr. 8. geh. 8 Ngr. od. 28 fr. rhn.
- — praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiete. gr. 8. geh. 2 Thlr. 18 Ngr. od. 4 fl. rhn.
- — die Vollziehbarkeitsklausel der Notare. gr. 8. geh. 6 Ngr. oder 16 fr. rhn.
- — das Zinsenversprechen in eigenen Wechselfn, nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung und nach legislativen Grundsätzen erörtert. gr. 8. geh. 8 Ngr. od. 24 fr. rhn.
-

Bei **Palm & Enke** in Erlangen ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Zur Lehre
von der

Correalobligation

im römischen und heutigen Recht.

Von

Dr. Franz Samhaber.

gr. 8. XII u. 278 Seiten. geh. 1 Thlr. 8 Ngr. od. 2 fl. rhn.

Die Lehre von der Correalobligation gehört anerkanntermaßen zu den interessantesten und schwierigsten Stoffen des gemeinen Civilrechts, zugleich zu denjenigen, welche, wenn gleich in den letzten Jahren lebhaft verhandelt, dem Abschlusse keinesweges nahe stehen, vielmehr weiterer Untersuchung dringend bedürfen, deren Resultate nun ein durch seine bisherigen schriftstellerischen Leistungen bereits rühmlichst bekannter Autor in obiger für Theoretiker wie Praktiker gleich wichtigen Schrift darlegt. Das heutige Recht, insbesondere alle neueren Civilgesetzbücher und Entwürfe, haben neben den rein romanistischen Erörterungen in dem Werke gebührende Beachtung gefunden.

Im Verlage der **Hahn'schen Hofbuchhandlung** in **Hannover** ist so eben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Das

internationale

Privat- und Strafrecht

von

Dr. L. Bar,

Königlich Hannoverschem Gerichts-Assessor.

gr. 8. 1862. geh. 3 Rthlr. 20 Gr.

Bei **G. Franz** in München ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

**Aphorismen über den neuesten Entwurf einer
Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
für das Königreich Bayern.** 8 Bogen in 8. brosch.
fl. 1 12 fr. od. 20 Sgr.

Den Gesetzentwurf von dem doppelten Standpunkte der diesseitigen wie der pfälzischen Rechtspflege aus betrachtend, untersuchen die Aphorismen, ob und welchen Werth derselbe für diese, welchen für jene hat, was demselben zum Vorwurfe gemacht wird, und in welchen Beziehungen Modificationen eintreten dürften. — Gehört auf die Resul-

tate der sich gegenüberstehenden Systeme des gemeinen deutschen und des französischen Civilprozeßverfahrens trachten die Aphorismen ferner gewisse Vorurtheile und Antipathien zu beseitigen, so daß die Schrift sowohl unter dem rein prozessualistischen wie unter dem politischen Gesichtspunkte aufgefaßt, für den diesseitigen wie für den pfälzischen Juristen und Landtagsabgeordneten um so interessanter sein dürfte, als sie das erste ausführlichere Urtheil enthält, welches über diese wichtigste aller Gesetzesvorlagen des gegenwärtigen Ministeriums laut geworden ist.

Döllinger's Verordnungsammlung 
im Gebiete der inneren Staatsverwaltung Bayerns 21 Abtheilungen mit Register (in 35 gut gehaltenen Pappbänden) ist um **35 fl.** baar zu beziehen durch
Palm & Enke in Erlangen.

In der Rob. Schöne'schen Buchhandlung in Eisenberg ist soeben erschienen und in allen Buchhandlungen vorrätzig zu haben:

Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn von Dr. Hesse, Gerichtsamtmann.
2. Bd. 2. Abth. (Schluß des Werkes). Das Nachbarrecht in seinen konkreten Beziehungen.
gr. 8 brosch. 26 Ngr.

Dr. G. H. v. Schubert's 
Schriften,

welche durch ihren reichen Inhalt an Gemüth und Geist verbunden mit ächt christlicher Darstellungsweise sich zu **Weihnachtsgeschenken** für jeden Stand und jedes Alter vorzüglich eignen, können durch jede Buchhandlung bezogen werden und stehen Verzeichnisse der bei **Palm & Enke in Erlangen** erschienenen auch einzeln verkäuflichen Werke dieses gefeierten Schriftstellers, dessen letztes größeres Werk, seine **Selbstbiographie**, ein kompetenter Beurtheiler treffend als ein „monumentum aere perennius für alle Zeiten“ bezeichnet, zu Diensten.

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1862.

Samstag, den 29. November

Nr. 7.

Dr. Gerstner's Kommentar zum Arrondirungsgesetz.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist so eben erschienen und durch jede Buchhandlung zu erhalten:

Gesetz vom 10. Nov. 1861, die Zusammenlegung von Grundstücken betreffend. Mit Erläuterungen von Dr. L. Joseph Gerstner, außerordentlichem Professor an der kgl. bayer. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg. Mit 5 lithographirten Tafeln. Lex.-8. 1 fl. 28 fr. rhn. od. 28 Mgr.

Die Herren Abonnenten auf die „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II. mit Erläuterungen“ erhalten diesen Kommentar als 6. Heft des III. Bandes von Theil I dieser Sammlung zugesandt.

Im Verlage der **Friedr. Korn'schen** Buchhandlung in **Nürnberg** ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu haben:

Die Umgestaltung des Civilprozesses in Deutschland.

In den Grundsätzen erörtert von
Dr. Fr. Ehr. von Arnold,
königl. bayer. Staatsrath i. a. D. und Appellationsgerichtspräsidenten im Ruhestand.
gr. 8. geh. Nthlr. 1 — oder fl. 1 36 fr.

Nun complet.

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

Das Notariatswesen

in Bayern diesseits des Rheins.

I. Band. In 5 Heften erschienen.

Zusammenbrochirt 1 fl. 48 fr., gut gebunden 2 fl. 6 fr.

Ferner ist erschienen und versandt:

Formularbuch **zu Notariatshandlungen und Urkunden** **der bayerischen Staatsbürger und** **Notare.**

1. u. 2. Lieferung à 20 fr.

Das 3. und 4. Heft wird in circa 14 Tagen folgen und die Vollendung möglichst betrieben.

Sehr empfehlenswerth für die Jugend.

Im Verlag von G. R. Sauerländer in Marau
erschieden und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Alz nüt, Henriette, Kinderfreunden und Kinderleiden.

Weihnachtsgabe in Erzählungen für die Jugend. In

Carton gebunden mit illustrirtem Umschlag. 16. 1 fl.

Das Büchlein enthält liebliche, ganz im naiven Geiste der entwickelteren Kinderwelt gehaltene Erzählungen, die durch ihren verständigen Gehalt und durch den aus ihnen hervorblickenden Schweizer-Ton gewiß vielfach ansprechen. Die Verfasserin, eine Freundin der Ottilie Wilbermuth, hat das Büchlein den Kindern der Lesern gewidmet.

Weisner's, Friedr., kleine Reisen in der Schweiz,

für die Jugend beschrieben. Neu bearbeitet und heraus-

gegeben von J. W. Straub. Erstes Bändchen. 16.

Sauber cartonnirt. 36 fr.

Dieses beliebte Buch wurde jüngst in einer Versammlung von Lehrern als eine der besten Jugendschriften erwähnt, und der Wunsch nach neuer Veröffentlichung ausgesprochen. Dieß war die Veranlassung zu vorliegender Bearbeitung durch einen tüchtigen Schulmann, und in welchem liegt eine vollgültige Empfehlung des Buches selbst.

Das Ganze wird vier Bändchen umfassen, wovon jedoch jedes für sich wieder ein Ganzes bildet und eine besondere Reise enthält. Bis jetzt ist nur das erste Bändchen erschienen.

Gutermeyer, Otto, Frisch und fromm. Der Ju-

gend gewidmete neue Erzählungen, Lieder, Fabeln, Mär-
chen, Schwänke, Räthsel und Sprüche. 8. Elegant car-
tonnirt. 1 fl. 12 fr.

Eine schöne, sinnige Weihnachtsgabe in poetischer Form für Alle, die an Erziehung, Geist, und Gemüthsleben der Jugend Theil und Interesse nehmen und ebenso passend für Erwachsene, wie für die reifere Jugend.

