

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christ. Carl Glück,

nun herausgegeben

von

Friedrich Steppes.

Neue Folge XII. Band.

Der gesammten Folge XXXII. Band.

Erlangen, 1867.

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.



Alphabetisches Register

zum

zweihunddreißigsten Bande der Blätter für
Rechtsanwendung.

Neue Folge XII. Band.

	Seite
Ablösung, s. Forstrechte.	
Abtretung des Hypothekenobjectes, in wieferne sie den dritten Besitzer desselben von seiner Haftung befreit	161
Abtretung des Vorranges der Hypothek: Unterlassene Eintragung im Hypothekenbuche	218
Actio confessoria: ob die für ein Servitutrecht übernommene Gewährschaft zu deren Anstellung berechtigt	127
Actio emti, s. Kauf.	
Actio legis Aquiliae. Compensation der culpa (Berichtigung S. 160.)	56
Actio negatoria, s. Negatorienklage.	
Actio Pauliana, s. Paulianisches Rechtsmittel.	
Actio de pauperie, Compensation der culpa (Berichtigung S. 160.)	56
Actio redhibitoria bei dem Verkaufe einer theilweise fremden Sache	301
Actio tutelae	183
Adjudication: hat der Adjudikator den auf dem Gute haftenden Austrag zu übernehmen? S. auch Pfandbriefe.	33, 49
Administration, gerichtliche, eines Familienfideicommisses, kann nicht durch freiwillige Unterwerfung des Fideicommissbesizers unter dieselbe herbeigeführt werden	43
Advokaten: Kompetenz zur disziplinaren Einschreitung gegen dieselben; Verjährung ihrer Disziplinarverfehlungen	401
Anerkennung: ob die eines Miteigentümers, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, auch die übrigen Miteigentümer bindet?	205

	Seite
Anfechtung, s. Paulianisches Rechtsmittel.	
Anmerkungen zum bayerischen Landrechte, deren Bedeutung für die Auslegung des Gesetzbuches	199
Anstellung: der Stand eines bayerischen Staatsdieners kann nur durch ausdrückliche und förmliche Anstellung erworben werden	273
Anwaltskosten: die Klage eines Anwalts gegen seine Partei auf Zahlung von Deferviten, welche in einem wegen geringfügigkeit des Betrages vor einem Landgerichte geführten Handelsprozeße erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war	141
Aquilisches Verschulden, Kompensation desselben	56
Ausgewanderte: Kompetenz zur Bestimmung, an wem ihnen angefallene Erbtheile ausgeantwortet werden sollen	206
Ausländer: Kautio derselben für die Prozeßkosten; Wirkung des desfallsigen Begehrens auf die Verbindlichkeit zur Einlassung auf den Streit in der Hauptsache	46
Austrag, Auszug: ob er als Reallast des Gutes von demjenigen, dem dasselbe adjudiziert wird, zu übernehmen ist	33, 49
Bäcker, in wieferne sie als Kaufleute zu erachten sind	225
Bamberger Recht s. Verträge, Wirthshäuser.	
Baulast an Kultusgebäuden: Befreiung von derselben auf den Grund der Verjährung. Substanziung der desfallsigen Klage	215
Desfallsige actio negatoria utilis und Beweislast bei derselben	102
Legitimation zur desfallsigen Negatorienklage	136
Forum rei sitae für die Streitigkeiten über die dazu zu leistenden Hand- und Spanndienste	313
Bayerisches Recht, s. Anmerkungen, Austrag, Ehe, Forderung, Furcht, Intestaterbfolge, Kauf, Konkurs, Lucra nuptialia, Nichtigkeitsklage, Pfandrecht, Verjährung, Zwang.	
Beamte, standesherrliche, s. Nebenbezüge, Verjährung.	
Bedingung: Bedeutung dieses Ausdrucks	373
Zur Lehre von den Bedingungen	398
Beweislast, wenn richtige Zinszahlung Bedingung für die zeitweise Unauskündbarkeit des Kapitals ist	406
Beschädigung der Nachbarn durch Erzeugung von Dampf bei berechtigter Ausübung einer Brennerei	410
Besitz an einem Theile der Sache	297
S. auch Quasibesitz, Erbschaftsbesitz.	
Besitzer, dritter, eines Hypothekenobjectes, dessen Haftung	161
Besoldungen, s. Nebenbezüge.	
Bestandvieh: Weidenausübung damit	213
Betrug, s. Versuch, Kompetenz.	

	Seite
Beweislast bei der Provokation zur Negatorienklage . . .	105
Desgleichen, wenn bei richtiger Zinszahlung zeitweise Un- auffündbarkeit des Kapitals zugesichert war . . .	406
Desgleichen bei der <i>condictio furtiva</i> . . .	87
Bodenentlastungsgesetz, s. Grundlastenablösungs- gesetz.	
Brodverkauf in Niederlagen: Fällige Streitig- keiten gehören vor die Handelsgerichte	225
Bürgschaft der Frauen durch Wechselausstellung	10
Cession: über stillschweigende als Erklärungsgrund der Gül- tigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter	119
Ob zur Cession von Hypothekforderungen notarielle Ver- briefung erforderlich?	340, 369
In wie ferne die Verpfändung einer Forderung als be- dingte Cession zu betrachten ist? (Berichtigung S. 32.)	97, 113, 234
Haftung pro nomine bono bei der Cession	332
Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg	165
(Berichtigung S. 224) Beilage zu Nr. 26.	
Clausula cassatoria s. Cassatorische Klausel.	
Condictio furtiva: Beweislast bei derselben	87
Condictio indebiti: Kompetenz bei der Rückforderung einer zur Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung .	109
Condictio sine causa in Postreklamationsfällen: Natur der beschlagnahmten Beschwerde und Kompetenz der Gerichte .	393
Culpa, s. Fahrlässigkeit, Compensation.	
Dampf, Beschädigung durch solchen	410
Darlehen: erfordert die Hingabe eines solchen gegen das Versprechen der Bestellung einer Hypothek zur Klagbarkeit eine notarielle Urkunde?	337
Desgleichen das Versprechen eines Darlehens für den Fall der Bestellung einer Hypothek	339
Datio in solutum, s. Hingabe an Zahlungsstatt.	
Deklaration: primatische vom 27. Dez. 1806 und bezw. v. 27. März 1812 über die dem Herrn Fürsten von Thurn und Taxis bewilligten Rechte	169
Beilage zu Nr. 26 S. 5.	
Delegation nach Art. 59 des Gerichtsverfassungsgesetzes v. 10. Nov. 1861	416
Disziplinarfachen: Wo sind die Rekurse der Staats- diener wegen Disziplinarverfügungen einzureichen? . . .	61
Kompetenz in Disziplinarfachen der Advokaten und Ver- jährung der Disziplinarverfehlungen derselben	401
Domkapitel ist nicht gleichbedeutend mit Ordinariat . . .	287
Dos et donatio propter nuptias, Rückfälligkeit der Virilportion an derselben als poena secundarum nap- tiarum	305

	Seite
Ehe , zweite: über den Umfang der <i>lucra nuptialia</i> in Anwendung auf die Nachtheile derselben	305, 321
Berichtigung S. 368.	
Ehefrau : über das Erbrecht einer geschiedenen in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht	289
Berichtigung S. 336.	
Ehemann , Verfügungsrecht des überlebenden nach Würzburger Recht	154
Eheverträge : über die Zuwendungen in solchen in Bezug auf die Nachtheile der zweiten Ehe	321
Berichtigung S. 368.	
Eid , s. Haupteid.	
Eigenthum : von der Beschädigung durch Ausübung desselben	410
Eigenthum an Forderungen	7, 100
Einführung der Zeugen in den Sitzungssaal bei der öffentlichen Verhandlung vor dem Schwurgerichte : über die Zeit derselben	403
Einspruch gegen die einem beurlaubten Soldaten zugesetzte Strafverfügung , dessen Wirkung auf die Kompetenz	261
Einlassung auf die Klage : ist sie nothwendig, wenn vom klagenden Ausländer Kaution verlangt wird?	46
Eintrede des Irrthums gegen eine notarielle Urkunde	37, 74
Eintrag im Hypothekenbuche : in wie ferne er bei der Abtretung des Vorranges einer Hypothek nothwendig ist	218
Zuwieferne ist die Eintragung der Cessionen im Hypothekenbuche nothwendig	374
Ist die Eintragung solcher dinglicher Rechte, welche Real-servituten sein können, aber nur als persönliche konstituiert wurden, in das Hypothekenbuch nöthig	129
Wirkung der Unterlassung des Eintrages von Personal-servituten und Realkassen in das Hypothekenbuch gegenüber dem dritten Besitzer	133
Wirkung des Eintrages des Wohnungsrechtes in das Hypothekenbuch	244
Einzelrichter : Ablehnung seiner Zuständigkeit gegen einen beurlaubten Soldaten wegen angeblich vorliegenden Thatbestandes eines Vergehens	47
Wirkung der Zustellung einer Strafverfügung desselben an einen beurlaubten Soldaten	261
Zuständigkeit desselben für die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Deserviten, welche in Handelsvagatellprozeßen erwachsen sind	141
Entschädigung bei Schadenszufügung durch Sachen , insbesondere durch Maschinen nach franzöf. Recht	81
Berichtigung S. 144.	
Desgleichen durch Thiere nach bayerr. Recht	56
Berichtigung S. 160.	
Erbeinsetzung eines bischöflichen Ordinariates	280
Erbsfolge , s. Intestaterbsfolge.	



	Seite
Erbrecht der geschiedenen Ehefrau in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht	289
Erbchaftsbefug: Immission in denselben <i>ex L. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll.</i>	251
Erbchaftsklagen: Forum für solche gegen Miterben nach außergerichtlich vertheilter Erbschaft	159
Erbtheilung, <i>s. Theilung.</i>	
Erbvertrag: über die Nachtheile der zweiten Ehe in Beziehung auf Zuwendungen durch Erbverträge des Ehegatten	322
Transmissionsrecht aus einem solchen	269
Error, <i>s. Irrthum.</i>	
Erekution: nach Erlassung des Erkenntnisses auf Eröffnung des Konkurses können die Handelsgerichte keine Partikularerekutionen mehr vollziehen	91
Auch nicht nach Erlassung des Zahlungsverbotes als Vorbereitung zur Konkursöffnung	145
Gerichtsstand für Interventionen zu Beanspruchung des Eigenthums der Erekutionsobjekte	264
Erekutivprozeß: Urkundlicher Nachweis der Tradition des Kaufobjektes, wenn in demselben auf Zahlung des Kaufpreises geklagt ist	140
Verweisung einer anderwärts als Klage angebrachten Einrede <i>ad separatim</i>	211 Note 1
Erekutorische Urkunden, <i>s. Urkunden.</i>	
Expropriation <i>s. Zwangsabtretung.</i>	
Fabriken: Kompetenz in Streitigkeiten über Verträge wegen Fertigung von Arbeiten durch dieselben	28
Fahrlässigkeit: Kompensation derselben	56
Ueber die Regresspflicht der Notare wegen fahrlässiger Geschäftsbehandlung	17, 33, 49
Familienfideikommiss: freiwillige Unterwerfung des Besitzers unter die gerichtliche Administration derselben	43
Durch das Fallen der Kurse der zu einem solchen gehörigen Staatspapiere entstehende Verluste treffen die Substanz desselben	345
Kaufpfand, <i>s. Pfandrecht.</i>	
Fideikommiss, <i>s. Familienfideikommiss.</i>	
Fiduziarerbe: Verpflichtung desselben zur Errichtung eines Inventars	187
Förmlichkeiten, <i>s. Schenkung. Testament.</i>	
Forderungen: wie sind die auf Uebertragung einer Sache gerichteten nach bayerischem Rechte im Gläubigerkonkurse zu befriedigen?	177
Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gem. und bayert. Rechte	1
(Berichtigung E. 32.)	
Ueber das <i>pignus nominis</i> im Konkurse der Gläubiger	97, 113
Verpfändete Wechselforderungen und deren Vorzugsrecht im Konkurse	234



	Seite
Forstpolizeibehörden: deren Ausspruch über einen Antrag auf Ermäßigung einer Forstberechtigung darf nicht durch Fortsetzung der Exekution in anhängigen Forstrechtsprozessen vorgegriffen werden	328
Forstrechte sind durch den Art. 2 des Grundlastenablösungsgesetzes nicht aufgehoben, wenn ihnen auch Frohnen als Gegenreichtnisse anfleben	158
Forstrechte früher leibrechtswise grundbarer Güter, deren Grundbarkeit schon vor Erlassung des Forstgesetzes durch vertragmäßige Entschädigung des Grundherrn aufgehoben wurde, unterliegen der Ablösbarkeit nicht	360
Wirkung des Antrages auf Ermäßigung eines Forstrechtes	328
Forum, s. Gerichtsstand	
Fränkisches Recht, s. Ehefrau. Erbrecht. Grundtheilung. Gütergemeinschaft. Verfügungsrecht.	
Französisches Recht, s. Entschädigung.	
Frauenpersonen: deren Verbürgung durch Wechsellausstellung	10
Frohngegenleistungen, s. Forstrechte.	
Furcht: ist die desfallige Nichtigkeitsklage nach bayer. Landr. auch gegen den schullosen Paciscenten zulässig?	199
Gantmasse, s. Pfandbriefe.	
Gehalt, s. Nebenbezüge.	
Gemischtgerichtliche Untersuchungen, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Gerichtsbarkeit, standes- und gutherrliche	165
Beilage zu Nr. 26 S. 3.	
Fürstlich Thurn- und Taxis'sche Gerichtsbarkeit zu Regensburg	165
Beilage zu Nr. 26.	
Gerichtsstand: die Interventionsklage, durch welche auf einige im Hauptprozeße gepfändete Mobilien von Interventionisten Anspruch erhoben wird, ist am Gerichte der gelegenen Sache anzubringen	264
Streitigkeiten über die von den Parochianen zu Kirchenbauten angesprochenen Hand- und Spanndienste gehören vor das Gericht, in dessen Bezirk das Kultusgebäude liegt	313
Erbschaftsklagen gegen Miterben können nach außergerichtlich vertheilter Erbschaft nicht mehr bei dem forum universale hereditatis angebracht werden	159
Gerichtsverfassungsgesetz v. 10. Nov. 1861:	
Zu dessen Art. 1 und 73—77	173
Beilage zu Nr. 26 S. 18.	
Zu dessen Art. 59	416
Gewährschaft: die für ein Servitutrecht übernommene berechtigt nicht zur Anstellung der actio confessoria	127
S. auch Kauf.	

	Seite
Giro: Wechselverpfändung ohne solches	234
Glasschleifwerk s. Fabrik.	
Grundlagengesetz v. 4. Juni 1848: zu dessen Art. 1	172
Beilage zu Nr. 26 S. 15, 17.	
Grundlastenablösungsgesetz v. 4. Juni 1848:	
Zu dessen Art. 1	172
Beilage zu Nr. 26 S. 12.	
Zu dessen Art. 2 und 18	158
Grundtheilung nach fränkischem Rechte: über das Recht, dieselbe bei der Ehescheidung zu verlangen	290
(Berichtigungen S. 336.)	
Verwirkung des Zweiteils nach Th. III Tit. XXXI §. 17 der kais. Landgerichtsordnung s. d. Herzogth. Franken	381
Gütergemeinschaft des fränkischen Landrechtes: Auf- hebung derselben durch Trennung der Ehe	289
(Berichtigungen S. 336.)	
Verfügungsrecht des Überlebenden Ehemannes bei derselben	151
S. auch Grundtheilung.	
Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit der For- derung	332
Haftung des dritten Besitzers für die auf der Sache ruhenden Hypotheken	161
Haftung der Notare aus beschädigenden Amtshandlungen	17, 33, 49
Haftung für den durch Maschinen und überhaupt durch Sachen verursachten Schaden nach französischem Rechte	81
Haftung der Schöpleute in Hypothekensachen	336, 413
Halbbürtigkeit, s. Intestaterbfolge.	
Handelsgerichte, s. Kompetenz in Civilsachen.	
Haupteid: eigenes Wissen des Delaten bei dessen Zu- schiebung	408
Hingabe an Zahlungsstatt: Ansechtbarkeit derselben durch das Paulianische Rechtsmittel	108, 314
Hoffsuprecht	168
Beilage zu Nr. 26 S. 3.	
Hypothek: Abtretung des Vorranges derselben	218
Haftung des dritten Besitzers der Sache für dieselbe	161
Ansechtbarkeit derselben durch das Paulianische Rechtsmittel	78
S. auch Darlehen.	
Hypothekenbuch, s. Eintrag.	
Hypothekenschäher, s. Schöpleute.	
Hypotheken- und Wechselbank, bayerische, s. Pfand- briefe.	
Hypothekforderung: ist zur Cession einer solchen notarielle Verbriefung erforderlich?	340, 369
Hypothekschuldner: kann er auf dem Hypothekenobjekte Realservituten konstituiren?	131

	Seite
Illiquide Gegenforderungen, s. Kompensation.	
Immission, s. Eigenthum. Erbschaftsbesitz.	
Indossament, s. Giro.	
Insinuation: Einfluß der Unterlassung gerichtlicher Insinuation der Schenkung auf Dritte	232
Intabulation, s. Eintrag.	
Intervention: Gerichtsstand für die Interventionsklage, wodurch Anspruch auf Exekutionsobjekte erhoben wird	264
Intestaterbfolge: bei derselben ist auch nach bayerischem Rechte der Unterschied zwischen vollbürtigen und halb- bürtigen Seitenverwandten auf den zweiten Grad der Ver- wandtschaft zum Erblasser beschränkt	316
Inventar: Verpflichtung des Fiduziarverben zur Errichtung eines solchen	187
Irrthum: Einrede des Irrthums gegen einen notariell verbrieften Vertrag	37, 74
Irrthum über Rechtslage bei Amtshandlungen der Notare	17, 33, 49
Irrthümliche Voraussetzung der Staatsdiener-eigenschaft in Reskripten	273
Juristische Persönlichkeit in privatrechtlicher Bedeutung ist einem bischöflichen Ordinariate nicht zuzusprechen	280
Justiz: und Verwaltungssachen	328, 393
Das Nähere s. unter: Forstpolizeibehörden. Kom- petenz in Civilsachen.	
Kassatorische Klausel in Verträgen	176
Kauf: Verkauf mit Vorbehalt der Wiederverwertung	298
Ob der auf einem verkauften Anwesen haftende Ausstrag ohne besondere Stipulation auf den Käufer übergehe	49
Nachweis der Tradition des Kaufobjekts	140
Verkauf einer fremden Sache (actio redhibitoria)	301
Verjährung der actio empti, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem ädilischen Edikte gestellt sein könnte	59
Kautiön: befreit das Verlangen einer solchen vom ausländischen Kläger den Beklagten von der Streiteinlassung?	46
Kirchenbau, s. Bauplast.	
Kirchenvermögen und dessen Verwaltungsorgane	281
Klage: Abweisung derselben wegen Zuvielforderung	400
Klagerechte der Ehegatten gehören zur Gütergemein- schaft des fränkischen Rechtes	156
Klagenverjährung, s. Verjährung.	
Kodizillarklausel in Testamenten, welche wegen mangelnder Testamentsfähigkeit des eingesetzten Erben mit Richtig- keit behaftet sind	287
Kompensation mit illiquiden Gegenforderungen	209
Kompensation der culpa	56



	Seite
Kompetenz in Civilsachen:	
Streitigkeiten über die zu Kultusgebäuden angesprochenen Hand- und Spanndienste der Parochianen gehören vor das Gericht, in welchem das Gebäude liegt	313
Interventionsklagen, durch welche im Hauptprozeße gepfändete Mobilien in Anspruch genommen werden, gehören vor das Gericht der gelegenen Sache	264
Gerichtsstand für die hereditatis petitio mit eventueller Erbtheilungsklage nach außergerichtlicher Vertheilung der Erbschaft	159
Zuständigkeit in Postreklamationsfällen	393
Desgleichen bei höher strafbaren Disziplinarübertretungen der Advokaten	401
Zuständigkeit zur Bestellung der Kuratel über ein von einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses geborenes vom Ehemanne nicht anerkanntes Kind	253
Das Verlassenschaftsgericht ist zuständig, zu bestimmen, an wen die Ausgewanderten angefallenen Erbtheile ausgcantwortet werden sollen	206
Zuständigkeit des Handelsgerichtes für die Forderung eines Bäckers für Brod, welches er einem Anderen zum Verkauf in Niederlage gegeben hatte	225
Desgleichen für die Entschädigungsklage gegen den Eigenthümer einer Glasschleiffabrik aus einem Vertrag, wodurch derselbe die Verwendung des Schleiswerkes zu bestimmten Arbeiten für den Milikontrahenten versprochen hatte	28
Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Deserviten, welche in einem wegen Geringfügigkeit des Betrages vor einem Landgerichte geführten Handelsprozeße erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war	141
Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes für die Klage gegen einen Photographen auf Bezahlung der demselben zu seinem Geschäftsbetriebe gelieferten Materialien	222
Desgleichen für die Rückforderung einer in der Voraussetzung eines nachmals nicht zustande gekommenen Realitätenkaufes durch Ausstellung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung	109
Schon von der Erlassung des Erkenntnisses auf Konkursöffnung an, auch ohne Ausschreibung der Ediktstage sind die Handelsgerichte nicht mehr befugt, Exekutionen am Vermögen des Konkurschuldners zu vollstrecken	91, 96
Ebenso, wenn vom ordentlichen Gerichte des Schuldners wegen dessen Ueberschuldung als Vorbereitung zur Eröffnung des Konkurses ein Zahlungsverbot erlassen und die Beschlagnahme des Vermögens unter Einstellung aller Partikularrekutionen angeordnet wurde	145



	Seite
Nachdem ein Gericht erster Instanz seine vom Beklagten bestrittene Zuständigkeit durch Erkenntniß ausgesprochen und keine Partei mit der in der Hauptsache eingewendeten Berufung deshalb Beschwerde geführt hat, kann die Entscheidung des Obergerichtes sich nicht mehr auf die Kompetenzfrage erstrecken	227
Kompetenz in Strafsachen:	
Zuständigkeit zur Einschreitung wegen eines Betrugsversuches durch Versendung eines gefälschten Briefes . .	191
Kompetenz zur Einleitung der Voruntersuchung wegen mehrerer in verschiedenen Gerichtsbezirken begangener, gemäß Art. 321 des StGB. als eine einzige That zu bestrafender Betrügereien	358
Ein Untersuchungsrichter kann bei dem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen seine Zuständigkeit durch ersten Zugriff nur dann begründen, wenn die That, wegen welcher er zuerst eingeschritten, für sich allein betrachtet zu seiner Kompetenz gehören würde	257
Der vom Untersuchungsrichter an die Gendarmerie erlassene Auftrag, eine Haussuchung vorzunehmen, und bei entsprechendem Befunde die betreffende Person zu verhaften, kann nicht als ein für die Begründung der Zuständigkeit entscheidender Haftbefehl erkannt werden . .	385
Die nach rechtskräftiger Aburtheilung wegen eines Verbrechens gegen den Verurtheilten gerichtete Einschreitung wegen eines vor jener Verurtheilung begangenen Vergehens steht den nach dem Orte der begangenen That zu bestimmenden Gerichten zu	69
Die in einer Untersuchung wegen Verbrechens begründete Kompetenz erstreckt sich auf alle vor gänzlicher Erledigung dieser Untersuchung gegen dieselbe Person sich ergebenden Anschuldigungen	318
Soldaten haben auch wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit gegen das Heeresergänzungsgesetz ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten	65
Eine Untersuchung wegen Schlägerei gegen zwei beurlaubte Soldaten, von denen der eine im Vergehens-, der andere im Uebertretungsgrade theilhaftig ist, kann nicht als gemischtgerichtliche behandelt werden	67
Zuständigkeit zum Abschlusse einer vom bürgerlichen Untersuchungsrichter gegen einen beurlaubten Soldaten in der Voraussehung eines Vergehens lediglich durch Feststellung des Thatbestandes eröffneten Voruntersuchung	353
Die Durchführung einer anhängigen gemischtgerichtlichen Untersuchung wegen Vergehens muß sich gegen den deselben mitverdächtigen Soldaten auch auf ein diesem allein zur Last gelegtes Verbrechen auf Ansuchen des Militärgerichtes erstrecken	71

	Seite
Die Genehmigung der Strafeinschreitung gegen einen Soldaten, welcher als vermeintlicher Civilist gemeinschaftlich mit einer wirklichen Civilperson in Untersuchung gezogen wurde, kann vom Militärgerichte auch nach Einstellung des Strafverfahrens noch erfolgen	62
Nachdem bezüglich einer That, welcher ein beurlaubter Soldat verdächtig ist, der militärische Untersuchungsrichter ausgesprochen hat, daß er keinen Grund zur Einleitung einer Voruntersuchung wegen Verbrechen oder Vergehens finde, kann der betreffende Einzelrichter seine Zuständigkeit nicht mehr wegen angeblich vorliegenden Thatbestandes eines Vergehens ablehnen	47
Die Zustellung einer Strafverfügung an einen beurlaubten Soldaten begründet die Zuständigkeit des Civilgerichtes, wenn auch der Beschuldigte vor der Verhandlung über seinen Einspruch wieder bei seiner Militärabtheilung eingerückt ist	261
Ein Kompetenzkonflikt liegt nicht vor, wenn das bürgerliche Gericht die Kompetenz ablehnt und von mehreren beteiligten Militärgerichten das eine sich für kompetent erklärt, während das andere auf der Zuständigkeit des Civilgerichtes besteht	355
Kompetenzkonflikte unter Gerichten, Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in solchen:	
1) in Civilsachen: 28, 91, 109, 141, 145, 206, 222, 225, 227, 253, 264. Das Nähere s. unter Kompetenz in Civilsachen.	
2) in Strafsachen: 47, 62, 65, 67, 69, 71, 191, 257, 261, 318, 353, 355, 358, 385. Das Nähere s. unter Kompetenz in Strafsachen.	
Konkurs der Gläubiger: über die Wirkung des Pfandrechtes an Forderungen in demselben	1, 97, 113.
Wie sind in demselben Forderungen, welche auf Uebertragung einer Sache gerichtet sind, zu befriedigen?	177
Wenn aus einer Gantmasse Pfandbriefbarlehen zurückzahlen sind oder von der Hypotheken- und Wechselbank dem Adjudikatar stehen gelassen werden, hat dann die aus dem niedrigen Kurse der Pfandbriefe entspringenden Vortheile der Adjudikatar oder die Gantmasse zu beziehen?	387
Einstellung der von Handelsgerichten verfügten Partikularerklationen durch das Erkenntniß auf Eröffnung des Konkurses auch ohne Ausschreibung der Edictstage	91
Desgleichen durch das als Vorbereitung zur Eröffnung des Konkurses erlassene Zahlungsverbot mit Beschlagnahme des Vermögens des Schuldners	145
S. auch Partikularkonkurs.	
Konstriktion s. Militärkonstriktion.	
Konvaleszenz der Rechtsgeschäfte	376
Kündbarkeit eines Kapitals, bedingte Beweislast	406

	Seite
Kultusgebäude, s. Baualt.	
Kuratel: freiwillige Begebung unter dieselbe	44
Wirkung der Aufhebung einer Kuratelbestellung <i>ex tunc</i> . Der Kurand ist dabei nicht auf die <i>actio tutelae</i> und die <i>restitutio in integrum</i> beschränkt	183
Zur Bestellung der Kuratel über das von einer Ehefrau während des Scheidungsprozesses geborene, vom Ehe- manne nicht anerkannte Kind ist das Gericht des Wohn- ortes des Mannes kompetent	253
Kurator, derselbe ist zu Verfügungen über das Vermögen des Kuranden von Todes wegen nicht befugt	185
Landgerichte, s. Einzelrichter.	
Legatäre als Zeugen bei Uebernahme eines Testamentes nach Art. 61 des Notariatsgesetzes	300
Legitimation, s. Gewährrschaft.	
Leibredbare Güter: die ehemaligen solchen zustehenden Forstrechte fallen nicht unter die Bestimmung des Forstge- setzes Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2, wenn der Grundverband schon vor der Erlassung dieses Gesetzes durch Vertrag abgelöst und aufgehoben war	360
Leptwillige Verfügungen über das Vermögen des Kur- anden stehen dem Kurator nicht zu	183
Bedeutung des Ausdruckes „nächste Verwandte“ in lept- willigen Verfügungen	193
Litiskonfestation, s. Einlassung.	
Litispendenz, Replik derselben gegen die Einrede der Kom- pensation mit illiquiden Gegenforderungen	209
Loosnummerntausch unter Konstriptionspflichtigen	395
Lucra nuptialia, über den Umfang derselben in Anwend- ung auf die Nachtheile der zweiten Ehe	305, 321 (Berichtigung S. 368.)
Mängel, formelle, der nach der Vorschrift des Notariatsge- setzes Art. 61 errichteten Testamente	248, 300, 315
Gewähr der Mängel beim Kauf s. Kauf.	
Maschinen, s. Entschädigung.	
Meliorationen, in wieferne der dritte Besitzer des Hypo- thekenobjektes bei dessen Abtretung an Hypothekgläubiger Erfolg derselben verlangen kann	163
Militärgerichte, Militäruntersuchungsrichter, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Militärkonstription: vom Loosnummerntausch bei der- selben	395
Miteigenthum: ob die Anerkennung eines Miteigen- thümers, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, auch die übrigen Miteigenthümer verbindet?	205
Nachbarschaft, s. Eigenthum.	
Nachlaßvertrag erzeugt eine Einrede	247

	Seite
Nachteile der zweiten Ehe: über den Umfang der <i>lucra nuptialia</i> in Anwendung auf dieselben . . .	305, 321
Nächste Verwandte, s. Verwandte.	
Näherrecht, s. Retrakt.	
Nebenbezüge: was ist im Sinne der IX. Verfassungsbeilage darunter zu verstehen?	80
Negatorienklage: Provokation zu derselben	102
Passivlegitimation zur Negatorienklage in Beziehung auf Kirchenbaulast	136
Nichtigkeit der Verträge, Voraussetzungen und Wirkungen derselben	373
Nichtigkeit der Cessionen von Hypothekforderungen wegen Mangels notarieller Verlautbarung	340, 369
Nichtigkeit der Verträge, welche ein Kurator abschloß, dessen Bestellung nachmals als nichtig <i>ex tunc</i> aufgehoben wird	188
Nichtigkeit der Schenkungen wegen mangelnder Insinuation	232
Nichtigkeit der Testamente wegen formeller Mängel	251
Nichtigkeitsklage wegen Furcht und Zwang, ist sie nach bayer. Landr. auch gegen den schullosen Passizenten zulässig?	199
Notare, Regreßpflicht derselben	17, 33, 49
(Berichtigungen S. 160.)	
Notariatsgesetz: Art. 14. Unanwendbarkeit auf Darlehen, wenn bei deren Hingabe Errichtung einer Hypothek versprochen wurde	337
Art. 14. Unanwendbarkeit auf das Versprechen, gegen Hypothekerrichtung ein Darlehen zu geben	339
Art. 14. Ist zur Cession von Hypothekforderungen notarielle Verlautbarung nothwendig	340, 369
Art. 14. Unanwendbarkeit desselben auf das nachträgliche Versprechen, für die Einbringlichkeit einer bereits durch notariellen Vertrag cedirten Hypothekforderung haften zu wollen	334
Art. 14. Nachträgliche Abreden zu perfecten Immobilienverträgen	244
Art. 14. Einfluß der Simulation 139 (Berichtigung S. 160.), 245, 368	
Art. 14. Mangel an Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen Erklärung. Einrede des Irrthumes	37, 74
Art. 46. Haftung der Notare	17, 33, 49
Art. 61 und 148. Die gewöhnlichen Förmlichkeiten einer jeden Notariatsurkunde werden für den Uebernahmsakt des mystischen Testaments noch keine wesentlichen, weil die in Art. 61 vorgeschriebenen Förmlichkeiten nach Art. 148 bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten sind	248
Art. 61. Ein Negatar als Zeuge bei dem Uebernahmsakte eines solchen Testaments	300

	Seite
Bezeichnung des Taufnamens des Testators	315
Art. 80 und 81. Zur Lehre von den executorischen Urkunden	406
Nummerntausch, s. Loosnummerntausch.	
Essentialität der Schwurgerichtshandlungen	403
Offizialprüfung der Kompetenz ist ausgeschlossen, wenn ein nach kontradiktorischer Verhandlung erlassenes Erkenntnis im Kompetenzpunkte rechtskräftig geworden ist	227
Oktinariat, bischöfliches: Erbeinsetzung eines solchen. Mangel juristischer Persönlichkeit	280
P actum de non petendo, s. Nachlaßvertrag.	
Partikularererkution, s. Ererkution.	
Partikularkonkurs findet nicht statt wegen Forderungen auf Herausgabe einer Sache	181
Paulianisches Rechtsmittel: Anfechtung der Hingabe an Zahlungsstatt durch dasselbe	108, 314
Voraussetzungen der Anfechtung einer Hypothekbestellung durch dasselbe	78
Pauperies: Unterschied der beschuldigten Klage von der aquillischen	57
Pensionsbezüge: Verjährungsfrist für die eines standesherrlichen Beamten	79
Nebenbezüge dabel	80
Person, s. Juristische Persönlichkeit.	
Petitorium, Uebergang von demselben zum Possessorium ordinarium	188
Pfalz, s. Delegation, Entschädigung.	
Pfandbriefe: Wenn aus einer Santmasse Darlehen in solchen zurückzuzahlen sind, oder von der Hypotheken- und Wechselbank dem Adjudikator stehen gelassen werden, hat dann die aus dem niedrigen Kurse der Pfandbriefe entspringenden Vortheile der Adjudikator oder die Santmasse zu beziehen?	387
Pfandrechte an Forderungen, sein Vorzug im Konkurs	1, (Berichtigung S. 32.), 97, 113, 234
Photograph: Gerichtstand für die Klage gegen einen solchen auf Bezahlung der zu seinem Geschäftsbetriebe gelieferten Materialien	222
Pia causa, s. Stiftung.	
Pignus nominis, s. Pfandrecht.	
Plus petitio, s. Zuvielforderung.	
Possessorium ordinarium nach vorher angestelltem Petitorium	198
Postreklamationsfälle: Natur der Beschwerde und Zuständigkeit der Gerichte bei denen nach §. 7 Nr. I lit. e der V.D. v. 31. Juni 1817	393
Prävention, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Priorität, s. Pfandrecht.	

	Seite
Privilegien: Widerruflichkeit derselben	170
Beil. zu Nr. 26 S. 4.	
Provokation zur Negatorienklage	102
Prozeßkostenkaution der Ausländer: Kontumazial- folgen, wenn der Antrag auf Stellung derselben verworfen wird	46
Quasibesitz bei der Kirchenbanlast	102
Rangabtretung, s. Abtretung.	
Reallast: Untheilbarkeit derselben	106
(Berichtigung S. 224.)	
Ist der Antrag als Reallast zu betrachten?	49
Rechtswirksamkeit: dessen Folgen bei Amtshandlungen der Notare	17, 33, 49
(Berichtigung S. 160.)	
Rechtskraft im Kompetenzpunkte	227
Rechtswirksamkeit im Verfahren gegen Winkelagenten	352
Rechtswirksamkeit in Postreklamationsfällen	393
S. auch Paulianisches Rechtswirksamkeit.	
Regreßpflicht der Notare wegen Amtshandlungen	17, 33, 49
(Berichtigung S. 160.)	
Regreßpflicht der Schöffen in Hypothekensachen. Beweis der Unrichtigkeit der Schätzung. Berechnung des Scha- dens, wenn vom Einlösungsrechte Gebrauch gemacht war	413
Vorausklagung des Hauptschuldners bei der Regreßklage gegen Schöffen	336
Regula Catoniana	376
Refurt: wo ist der des Staatsdieners wegen einer Diszi- plinarverfügung anzubringen?	61
S. auch Postreklamationsfälle.	
Remedium ex L. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. coll., s. Erbschaftsbesitz.	
Reszission, s. Paulianisches Rechtswirksamkeit.	
Restitution Minderjähriger, wenn die Kuratelbestell- ung als nichtig aufgehoben wurde	183
Retrakt. Wiederkaufsrecht. Veräußerungsverbot	298
Richterliches Amt in Prüfung des Kompetenzpunktes	227
Rückforderung einer in der Voraussetzung eines nach- mals nicht zu Stande gekommenen Realitätenkaufes durch Auszahlung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahl- ung. Kompetenz	109
Sachen: Vom Besitze an einem Theile derselben	297
Forderung auf Uebertragung einer Sache im Konkurse	177
S. auch Entschädigung.	
Schaden, s. Beschädigung, Entschädigung.	
Schöffen in Hypothekensachen, Haftung derselben: Vor- ausklagung des Hauptschuldners	336

	Seite
Bemessung der Schätzung nach dem Ergebnisse der Zwangs- versteigerung oder durch sonstigen Beweis	413
Schenkung: Einfluß der Unterlassung gerichtlicher Insinua- tion derselben auf Dritte	232
Verlust der von Ehegatten herrührenden durch die zweite Ehe. (Berichtigung S. 368.)	305, 321
Schlägerei: Kompetenz, wenn in derselben beurlaubte Sol- daten theils im Vergehens-, theils im Uebertretungsgrade betheiligt sind	67
Schwurgericht: wann bei der öffentlichen Verhandlung vor demselben die Zeugen in den Sitzungssaal einzuführen sind?	403
Seitenverwandte: Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen bei der Intestaterbfolge nach bayerischem Rechte	316
Separationsrecht bezüglich verpfändeter Forderungen 1, 97, Desgleichen wegen Forderungen auf Herausgabe einer Sache	113 181
Servituten: reale als persönliche bestellt. Eintrag der- selben in das Hypothekenbuch	129
Ob der Hypothekschuldner Realservituten am Hypothekenob- jekte bestellen könne?	131
Wirkung der Unterlassung des Eintrages von Personalser- vituten in's Hypothekenbuch	133
Die für ein Servitutsrecht übernommene Gewährschaft be- rechtigt nicht zur Anstellung der actio confessoria	127
Simulation: Einfluß derselben in Beziehung auf Art. 14 des Not.-Ges. 139, (Berichtigung S. 160) 245,	368
Soldaten, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Staatsdiener: kann in Bayern der Stand eines solchen auch auf andere Weise, als durch ausdrückliche und förm- liche Anstellung erworben werden?	273
Nebenbezüge bei deren Besoldung	80
Wo sind deren Rekurse in Disziplinarsachen einzureichen?	61
Staatspapiere, s. Familiensideikommiß.	
Stadtgerichte, s. Einzelrichter.	
Standesherrliche Beamte, s. Verjährung.	
Standes- und gutsherliche Gerichtsbarkeit, s. Gerichtsbarkeit.	
Statutarische Portion: wie sie von den Nachtheilen der zweiten Ehe betroffen wird?	307
Stiftungen: Erbeinsetzung derselben	283
Syndikatsklage: die Grundsätze derselben sind auf die Haftung der Notare aus Amtshandlungen anwendbar	17
Kaufname, s. Testament.	
Testament: mit Einsetzung eines bischöflichen Ordinariates als Erben	280

	Seite
Testament nach Art. 61 des Notariatsgesetzes: über die bei einem solchen zur Vermeidung der Nichtigkeit zu beobachtenden Förmlichkeiten	248
Ein Legatar als Zeuge bei dem Uebernahmsakte eines Testaments vorbezeichneter Art	300
Bezeichnung des Taufnamens des Testators	315
Beschaffenheit des Testaments, aus welchem die Immission des eingesetzten Erben ex L. ult. Cod. d. Ed. D. Hadr. toll. begehrt wird	252
Gegenseitige und korrespondirende Testamente	325
S. auch letztwillige Verfügungen.	
Theilung der Erbschaft: Einfluß auf den Gerichtsstand	159
Thiere: Beschädigung durch solche	56
(Berichtigung S. 160.)	
Tburn und Taxis: Civilgerichtbarkeit dieses kaiserlichen Hauses zu Regensburg	165
(Berichtigung S. 224). Beilage zu Nr. 28.	
Tradition: urkundlicher Nachweis derselben bei der Refusivklage auf Zahlung des Kaufpreises	140
Transmission aus einem Erbvertrage	269
Uebertretungen s. Kompetenz in Strafsachen.	
Untheilbarkeit der Realasten	106
Berichtigung S. 224.	
Untersuchung, Untersuchungsrichter, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Urkunden, vollziehbare: Verfahren. Nachweis der den Vollzug bedingenden Nebenumstände	406
Veräußerungsverbot, vertragmäßiges	298
Verbrechen, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Verfügungserbe des Ehemannes nach Würzburger Statutarrecht	154
Vergehen, s. Kompetenz in Strafsachen.	
Verjährung der actio emti, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem ädilitischen Edikte gestellt sein könnte	59
Verjährung als Befreiungsgrund von der primären Kirchenbaulast. Substanjirung der Klage	215
Verjährung von Fuhrlöbnen	304
Verjährungsfrist für die Pensionsbezüge eines Landesherrn-Beamten	79
Verjährung der Disziplinarverfehlungen der Advokaten	401
Verkauf, s. Kauf.	
Verlassenschaftsbehörde: Zuständigkeit derselben, wenn Erbtheile an Ausgewanderte auszuantworten sind	206
Vermögensaußändigung: Verbot derselben an Unteroffiziere und Soldaten	217
Versuch beim Betrüge	191
Vertilgung: zur Lehre von deren Auslegung	395
Verträge in Wirthshäusern abgeschlossen. Bamberger Recht. Verträge zu Gunsten Dritter	25 119

	Seite
Kassatorische Klausel in Verträgen	176
Recht der Uebergang der einer Forderung anklebenden Hypothek vom Lebenden auf den Cessionar auf stillschweigendem Verträge?	370
S. auch zum Art. 14 des Notariatsgesetzes.	
Verwaltungssachen, s. Justizsachen.	
Verwandte, nächste: Auslegung dieses in einer letztwilligen Verfügung vorkommenden Ausdruckes	193
Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten. Bayer. R.	316
Verweisung, s. Delegation.	
Verwirkung des Zweitheiles, s. Grundtheilung.	
Vindikation der von einem Kurator, dessen Bestellung nachher als nichtig ex tunc aufgehoben wurde, verkauften Sache	183
Vogtei	168
Vollbürtigkeit, s. Verwandte.	
Vollziehbare Urkunden, s. Urkunden.	
Voraussetzung, irrige, in Restriptionen, welche sich auf Anstellungen beziehen	276
W echsel: Verbürgung einer Frauensperson durch Ausstellung eines solchen	10
Verpfändete Wechselforderungen und deren Vorzugsrecht im Konkurse. Wechselverpfändung ohne Giro	234
Rückforderung der bezahlten Wechselvaluta. Kompetenz	109
Weiderecht, dessen Ausübung durch Bestandvieh	213
Wert des Hypothekenobjektes: Bemessung desselben bei der Regreßklage gegen Schöpfleute	413
Widerspenigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz. Kompetenz	65
Wiederkaufsrecht. Retraktionsrecht. Veräußerungsverbot.	298
Willenserklärung bei Verträgen	74
Winkelagentie: Rechtsmittel bei dem bedingten Verfahren	352
Wirthshäuser: Verträge in solchen abgeschlossen. Bamberger Recht	25
Wohnungsrecht: inwiefern dasselbe ein dingliches oder persönliches Recht ist	241
Würzburger Recht, s. fränkisches Recht.	
Z ahlung, pünktliche, als <i>clausula cassatoria</i>	176
Nachträgliche Bestimmungen über die Zahlung von Immobilienkauffchillingen	244
S. auch Hingabe an Zahlung statt Rückforderung.	
Zahlungsverbot, richterliches, wegen Ueberschuldung: Sicherung der Partikularerestitionen durch dasselbe	145
Zeugen: bei Testamenten	300
Einführung derselben in den Sitzungssaal bei Schwurgerichtsverhandlungen	403
Zuständigkeit, s. Kompetenz.	

	Seite
Zweifelsforderung dem Gegenstande nach	400
Zwang: ist die beschlagnahmte Nichtigkeitsklage nach bayerischem Landrechte auch gegen den schuldblosen Paciscenten zulässig?	199
Zwangabtretung: verbindet die Anerkennung eines Miteigentümers, daß ein dieselbe begründender Fall vor- liege, auch die übrigen Miteigentümer?	205
Zweiteil, s. Grundtheilung.	

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung.

Erstes Kapitel. §. 9. a) Gerichtsstand bei Streitigkeiten über die Verpflichtung der Mitglieder einer Kirchengemeinde zu Hand- und Spanndiensten bei der Unterhaltung von Kultusgebäuden. 313. b) Die Interventionklage, durch welche auf einige im Hauptprozeße gekündete Immobilien Anspruch erhoben wird, ist am Gerichte der gelegenen Sache anzubringen. 264. — §. 10. Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Deleriten, welche in einer wegen Geringsfügigkeit des Betrages vor einem Einzelrichteramt geführten Handelsprozeße erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war. 141. — §. 13. a) Ueber die Auscheidung der Kompetenz zwischen den ordentlichen und den Handelsgerichten s. unten die Abtheilung G über Handels- und Wechselprozeß. b) Justiz- und Verwaltungssachen: a) Zuständigkeit der Gerichte in Postreklamationsfällen. 393. ß) Temporäre Suspension des Vollzuges rechtskräftiger Erkenntnisse durch einen bei der Forstpolizeibehörde gestellten Antrag auf Ermäßigung des Forstrechtes. 328. — §. 14. Forum universale hereditatis. 159. — §. 17. a) Kompetenz zur Bestellung der Kuratel über ein von einer mit ihrem Ehemanne im Ehescheidungsprozeße stehenden Frau geborenes Kind. 253. b) Zuständigkeit des Verlassenschaftsgerichtes zur Bestimmung darüber, an wen die Erbtheile nach Amerika ausgewandelter Interessenten ausgeantwortet werden sollen. 206. — §. 18. E. unten Abth. E zum Ger.-Verf.-Ges. Art. 59. — §. 22. Ueber staats- und grundherrliche Gerichtsbarkeit, insbesondere über die fürstlich Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte zu Regensburg. 165. Beilage zu Nr. 26.

Zweites Kapitel. §. 5. a) Kompetenz zu Disziplinarereinschreitungen gegen Advokaten. Verjährung der Disziplinarverfehlungen. 401. b) Kompetenz zur Weitreibung von Advokatengebühren.



ren, welche in Handelsprozessen vor Einzelrichtern erwachsen sind 141. — §. 8. Rechtsmittel im Verfahren gegen Winkelagenten. 352.

Drittes Kapitel. §. 3. a) Ueber den urkundlichen Nachweis der Exaction bei der Executivklage auf Zahlung des Kaufpreises. 140. b) Ueber die exceptio litis pendens im Executivprozeß. 211 Note 1. — §. 4. Uebergang vom Petitorium zum Possessorium ordinarium. 188. — §. 9. Replik der Litispending gegen die Kompensation durch illiquide Gegenforderungen. 209.

Viertes Kapitel. §. 3. a) Verjährung der actio emti, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem ädilitischen Edikte gestellt sein könnte. Gem. u. bayer. R. 59. b) Verjährungsfrist für die Pensionsbezüge eines landesherrlichen Beamten. 79. c) Dergleichen für Fuhrlöhne eines Oekonomietesiers. 304. — §. 5. Provokation zur Regatorienklage. 102. — §. 7. Von der Zuverlässigkeit dem Gegenstande nach. 400.

Sechstes Kapitel. §. 3. Wenn der Beklagte vom Kläger als Ausländer Kautions verlangt, ohne sich in der Hauptsache einzulassen, so treffen ihn die Kontumazialfolgen selbst dann nicht, wenn der Kautionsvertrag verworfen wird. 46.

Siebentes Kapitel. §. 10. E. Kap. I §. 10.

Achtes Kapitel. §. 4. E. Kap. I §. 9 lit. b. — §. 5. E. Kap. VI §. 3.

Neuntes Kapitel. §. 14. a) Beweislast bei der Provokation zur Regatorienklage. 105. b) Beweislast, wenn bei richtiger Zinszahlung zeitweise Unaufkündbarkeit des Kapitals zugesichert war. 406. c) Beweislast bei der *condictio furtiva*. 87.

Dreizehntes Kapitel. §. 2. Eigenes Wissen des Delaten bei Zuschreibung des Haupttheils. 408.

Fünfzehntes Kapitel. §. 6. Wo sind die Rekurse der Staatsdiener wegen Disziplinarverfügungen einzurichten? 61. — §. 11. Nachdem ein Gericht erster Instanz seine vom Beklagten bestrittene Zuständigkeit durch Erkenntniß ausgesprochen und keine Partei mit der in der Hauptsache eingewendeten Berufung deshalb Beschwerde geführt hat, kann die Entscheidung des Obergerichtes sich nicht mehr auf die Kompetenzfrage erstrecken. 227.

Sechszehntes Kapitel. §. 1. Restitution des Kuranden, wenn eine Kuratelbestellung als nichtig *ex tunc* aufgehoben wurde. 183. — §. 2. E. Kap. XV §. 11. — §. 3. Anwendung der Grundsätze über die Syndikatklage auf die Regresspflicht der Notare wegen ihrer Amtshandlungen. 17, 33, 49.

Siebenzehntes Kapitel. §. 4. Kompetenz zur Beitreibung von Anwaltskosten. 141.

Achtzehntes Kapitel. §. 7. a) Wenn aus einer Gantmasse Pfandbriefdarlehen zurückzahlen sind, oder von der Hypotheken- und Wechselbank dem Abjudikator stehen gelassen werden, hat dann die aus dem niedrigen Kurse der Pfandbriefe entspringenden Vortheile der Abjudikator oder die Gantmasse zu beziehen? 387. b) Gehört ein nur als Hypothek in das Hypothekenbuch eingetragener Austrag zu den Lasten, welche ohne desfallige besondere Bedingung auf den Abjudikator übergehen? 33, 49. — §. 8.



a) Sistirung der Exekution in Forstrechtsprozessen durch einen bei der Forstpolizeibehörde gestellten Antrag auf Ermäßigung der Berechtigung. 328. b) Gerichtsstand für die Interventionsklage, durch welche auf einige im Hauptprozeße gepfändete Mobilien Anspruch erhoben wird. 264.

Neunzehntes Kapitel. §. 3. a) Schon von der Erlassung des Erkenntnisses auf Eröffnung des Konkurses an, auch ohne Ausschreibung der Ediktstage, sind die Handelsgerichte nicht mehr befugt, Exekutionen am Vermögen des Santschuldners zu vollstrecken. 91. b) Ebenso, wenn als Vorbereitung zur Eröffnung des Konkurses vom ordentlichen Gerichte des Schuldners ein Zahlungsverbot erlassen und die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile so wie die Einstellung aller Partikularerexekutionen angeordnet worden ist. 145. — §. 17. S. §. 3. — §. 19. a) Auch die Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt für eine wirklich bestehende Schuld kann durch das paulianische Rechtsmittel rescindirt werden. 108, 314. b) Voraussetzungen der Anfechtung einer Hypothekenbestellung durch das paulianische Rechtsmittel. 78.

B. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 2. a) Wie sind nach bayerischem Rechte Forderungen, welche auf die Uebertragung einer Sache gerichtet sind, im Konkurse der Gläubiger zu befriedigen? 177. b) Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Rechte und nach bayerischem Landrechte, und über dessen Stellung im Konkurse der Gläubiger. 1, 97, 113, 234.

§. 7. S. §. 2. a.

§. 21. S. §. 2. b.

§. 25. S. §. 2.

C. Prozeßgesetz vom 22. Juli 1819.

§. 8. Ueber die Verbindlichkeit zur Einlassung auf die Klage bei dem Begehren einer Kautions vom ausländischen Kläger. 46.

D. Prozeßgesetz vom 17. Nov. 1837.

§. 92, 105. S. zur GD. Kap. XVIII §. 7 a.

E. Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 1. Einfluß dieser Gesetzesstelle auf die Rechtsbeständigkeit der Thurn- und Taxl'schen Civilgerichte zu Regensburg. 173. Vell. zu Nr. 26. S. 18.

Art. 59. Unanwendbarkeit der Bestimmung Abs. 1, wenn eine Klage gegen mehrere Beklagte gerichtet ist, von welchen einige im diesseit-rheinischen Bayern, andere in der Pfalz wohnen. 416.

Art. 73—77 f. zum Art. 1.

F. Notariatsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 14. a) Ein Darlehen ist auch dann ohne Notariatsakt rechtsbeständig, wenn es gegen das Versprechen der Bestellung einer Hypothek abgegeben wurde. 337. b) Das Versprechen der Hingabe eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek ist auch ohne notarielle Verbriefung gültig. 339. c) Ist die Cession von Hypothekforderungen ohne notarielle Verbriefung nichtig? 340. 369. d) Ueber die Haftung des Lebenden für die Einbringlichkeit einer cedirten Forderung. Verpflichtung zu solcher Haftung, nach der notariell verlaubtarten Cession eingegangen. 332. e) Nachträgliche Abreden zu perfecten Immobilisarverträgen. 244. f) Einfluß der Simulation in Beziehung auf Art. 14 des Not.-Gef. 139 (Berichtigung S. 160). 245. 368. g) Mangel an Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen Erklärung. Einrede des Irrthumes. 37, 40, 74.

Art. 46. Ueber die Regreßpflicht der Notare. 17, 33, 49.

Art. 61. a) Ueber die Wirkung des Mangels der gewöhnlichen Förmlichkeiten jeder Notariatsurkunde bei der Uebernahme verschlossener Testamente. 248. b) Ein Legatar, beim Uebernahmsakte eines solchen Testaments als Zeuge zugezogen, thut der Gültigkeit desselben keinen Eintrag. 300. c) Bezeichnung der Taufnamen des Testators in einem solchen Testamente und der Uebernahmsurkunde 315.

Art. 80, 81. Zur Lehre von den vollziehbaren Urkunden. 106.

Art. 148. S. Art. 61.

G. Handels- und Wechselprozeß.

a) Zuständigkeit der Handelsgerichte für die Entschädigungs-klage gegen den Besitzer einer Glasschleissfabrik, welcher die Verwendung des Schleiswerkes zu bestimmten Arbeiten für den Mitkontrahenten versprochen hatte. 28. b) Desgleichen für die Forderung eines Bäckers für Brod, welches er einem Anderen zum Verkauf in Niederlage gegeben hatte. 225. c) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Deserviten, welche in einer wegen Veringfügigkeit des Betrages vor einem Landgerichte geführten Handelsprozeße erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war. 141. d) Unzuständigkeit der Handelsgerichte für den Anspruch gegen einen Photographen auf Bezahlung der demselben zu seinem Geschäftsbetriebe gelieferten Materialien. 222. e) Desgleichen für die Rückforderung einer in der Voraussetzung eines nachmals nicht zu Stande gekommenen Realitätenkaufes durch Ausstellung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung. 109. f) Eisirung des erektiven Zugriffes der Handelsgerichte auf das Vermögen eines Schuldners nach Erlaßung des Erkenntnisses auf Konkurseröffnung. 91. 96. g) Desgleichen nach ergangenen Zahlungsverboten und Vermögensbefehlagnahme im Ververfahren zur Eröffnung des Konkurses. 145.



II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

a) Berichtigung des Textes des bayerischen Landrechtes durch die Anmerkungen. 199. b) Revokabilität der Privilegien. 170. Weil. zu Nr. 26 § 4. c) Verjährung der *actio empti*, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem ädilitischen Edikte gestellt sein könnte. Gem. u. bayer. R. 59. d) Verjährungsfrist für die Pensiondebüße eines landesherrlichen Beamten. 79. e) Dergleichen für Fuhrlohnforderungen. 304. f) Vollbürtige und halbbürtige Verwandte. 316. g) Die Nähe der Verwandtschaft wird ausnahmslos nur nach Graden bestimmt. 195. h) Aemter oder Behörden sind nicht als solche schon juristische Personen. 280. i) Konvaleszenz nichtiger Rechtsgeschäfte. 376. k) Besitz an einem Theile der Sache. 297. l) Quasibesitz bei der kirchlichen Baulast. 104.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Eigenthum. a) Beschädigung durch Eigenthumsausübung (*Eryugung von Damvi*). 410. b) Verbindet die Anerkennung eines Miteigenthümers, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, auch die übrigen Miteigenthümer? 205. c) *Rei vindicatio*, wenn eine Sache von einem Kurator veräußert wurde, dessen Bestellung als nichtig *ex tunc* aufgehoben wurde. 183.

2) Servituten. a) Können Realervituten vom Eigenthümer auf einem mit Hypotheken belasteten Objekte mit voller Wirksamkeit konstituiert werden? 131. b) Die für ein Servitutenrecht übernommene Gewährhaft berechtigt nicht zur Anstellung der konfessorischen Klage. 127. c) Provoation zur Negatorienklage. 102. d) Widerrechtsausübung mit Bestandrecht. 213. e) Nothwendigkeit des Eintrages von Personalservituten in das Hypothekenbuch. 129. f) Folge der Unterlassung dieses Eintrages. 133. g) Rechtliche Natur der Wohnungsrechte, insbesondere der bei Gutsübergaben vorbehaltenen. 241.

3) Deutsche Realgerechtsame und besondere Güterverhältnisse. a) Untheilbarkeit der Reallasten. 106. b) Unter die Frohngegenreichtnisse, welche durch Art. 2 des Grundlastenablösungsgesetzes aufgehoben sind, können Forstrechte, welchen Frohnen als Gegenleistungen anfleben, nicht gerechnet werden. 158. c) Geht der Austrag mit dem Gute auf den Käufer über? 33, 49. d) Befreiung von der primären Kirchenbaulast auf den Grund der Verjährung. Substanziierung der beschlüssigen Klage. 215. e) *Actio negatoria utilis* bezüglich der Kirchenbaulast. Provoation zu derselben. 102. f) Passivlegitimation zur Negatorienklage in Beziehung auf Kirchenbaulast. 136. g) Hand- und Spanndienste der Mitglieder der Kirchengemeinde. Gerichtsstand bei Streitigkeiten über die Verpflichtung zu denselben. 313. h) Die Administration eines Familienfideikommisses nach §. 71 u. 72 der VII. Verfassungsbek.

lage kann nicht durch freiwillige Unterwerfung des Fideikommissbesizers unter dieselbe herbeigeführt werden. 43. i) Wenn durch das Fallen der Kurse der zu einem Familienfideikommiss gehörigen Staatspapiere Verluste entstehen, so treffen diese die Substanz des Fideikommisses, nicht die Rücknießer desselben. 345. k) Sind die den Besitzern ehemals leibrechtbarer Güter, deren Grundverband schon vor 1848 durch Vertrag aufgelöst wurde, zustehenden Festsrechte zwangsweise ablösbar? 360. l) Natur der Wohnnadsrechte, welche bei der Uebergabe der Bauerngüter von den Eltern an ein Kind vorbehalten werden. 241. m) Retraktrecht. Wiederkaufsrecht. Verkaufungsverbot. 298.

4) Pfand-, insbesondere Hypothekenrecht. a) Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Rechte und nach bayerischem Landrechte. 1. b) Ueber das pignus nominis im Konkurse der Gläubiger. 97, 113, 234. c) Ueber die Anwendung des § 22 Nr. 5 u. 7, dann des § 45 des Hypothekengesetzes v. 1. Juni 1822. 129. d) Eintrag der Wohnnadsrechte in das Hypothekenbuch. 241. e) Umschreibung der Cessionen im Hypothekenbuche. 374. f) Einräumung des Ranges einer erloschenen, aber noch nicht gelöschten Hypothek an einen anderen Gläubiger nach §. 84 des Hypothekengesetzes. 218. g) Von der Haftung des dritten Besitzers für die auf der Sache ruhenden Hypotheken. 161. h) Voraussetzungen der Anfechtbarkeit einer Hypothekenbestellung durch das paulianische Rechtsmittel. 78. i) Negativklage gegen Schlichteute. Vorausklagung des Hausknechts. 336. k) Haftung der Schlichteute in Hypothekensachen. 414. l) Pfandbriefdarlehen in Contmassen. 387.

C. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Gegenstände. a) Verbot des Bamberger Landrechtes, Verträge in Wirtschaftshäusern abzuschließen. 25. b) Furcht und Zwang. Ist die Nichtigkeitklage nach bayer. Landrechte auch gegen den schuldlosen Paciscenten zulässig? 199. c) Mangel an Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen Erklärung. Einrede des Irrthums gegen einen notariell verbrieften Vertrag. 37. d) Mangel an Uebereinstimmung des vor einem Notar erklärten und des von demselben protokollierten Willens. 74. e) Nichtigkeit und Rescissibilität der Verträge. 373. f) Simulirte Vertragsbestimmungen. 245, 368. g) Ueber die für Verträge über Immobilien vorgeschriebene Form s. oben unter I F zum Notariatsgesetze Nr. 14. h) Auslegung der Verträge. 395. i) Verträge zu Gunsten Dritter. 119. k) Bedeutung des Wortes: Bedingung. 373. l) Wirksamkeit der Bedingungen bei Verträgen. 395. m) Nützige Einzahlung als Bedingung für die zeitweise Unausstündbarkeit einer Schuld. 176, 406. n) Kompensation durch illiquide Gegenforderungen. 209. o) Wirkung des pactum de non petendo. 246. p) Bedingte Cession einer Forderung. Verpfändung derselben. 1, 97, 113, 234. q) Form der Cession von Hypothekforderungen. 340. 369. r) Haftung des Gebenten für die Güter einer gebirten Hypothekforderung. 332.

2) Einzelne Obligationen aus Verträgen und vertragähnlichen Verhältnissen. a) Versprechen der Hingabe eines Darlehens. 339. b) Darlehen unter dem Versprechen der Hypothekbestellung 337. c) Darlehen in Pfandbriefen gegeben. 387. d) Pünktliche Zinszahlung als *clausula cassatoria*. 176, 40^c. e) Nachträgliche Verabredung über Regulirung der Fristen zur Zahlung des Kaufschillings eines Immobile. 241. f) Kauf eines subhastirten Anwesens. Geht der Auszug auf den Käufer über? 33, 49. g) Verkauf mit dem Rechte des Käufers zum Wiedererwerbe. 298. h) Verkauf einer fremden Sache *actio redhibitoria*. 301. i) Urkundlicher Nachweis der Tradition bei der Exekutionsklage auf Zahlung des Kaufpreises. 140. k) Verjährung der *actio emti.* wenn statt derselben auch eine Klage aus dem abilitischen Edikte gestellt sein könnte. 59. l) Immobilienkauf mit Verschweigung der bedungenen Aufgabe in der Notariatsurkunde. 245. m) Ueber Anstellung im Staatsdienste 273. n) Regresspflicht der Schätzleute in Hypothekensachen 336, 413. o) Unterlassung gerichtlicher Insinuation einer Schenkung. Einfluß auf Dritte. 232. p) Schenkungen unter Ehegatten. Einfluß der zweiten Ehe. 305, 321. q) Verbürgung einer Frau mittelst Wechselausstellung. 10.

3) Obligationen aus unerlaubten Handlungen und den übrigen Entstehungsgründen. a) Beweislast bei der *condictio furtiva*. 87. b) Zur Lehre von der *actio legis aquiliae* und der *actio de pauperie*. Kompensation der culpa. 56. c) Paulianisches Rechtsmittel zur Aufhebung einer Hypothekbestellung. 74. d) Desgleichen zur Aufhebung der Hingabe an Zahlungsstatt. 108, 314. e) Anwendung der Grundsätze über die Syndikatsklage auf die Regresspflicht der Notare. 17, 33, 49. f) Von der Haftung für den durch Maschinen und überhaupt durch Sachen verursachten Schaden nach französischem Rechte. 81. g) Beschädigung durch Thiere. 56. h) Kompetenz bei der Rückforderung einer in der Voraussetzungen eines nachmalig nicht zu Stande gekommenen Realitätenkaufes durch Ausstellung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung. 109. h) *Condictio sine causa*. Postreklamationsfälle. 393.

D. Familienrecht.

a) Ueber den Umfang der *lucra nuptialia* in Anwendung auf die Nachtheile der zweiten Ehe. 305, 321. b) Verfügungsrecht des Ehemannes nach dem Würzburger Statutarrechte 154. c) Voraussetzungen der Verwirkung des Zweitbeiles nach Tb. III Tit 31 §. 17 der kais. Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken. 381. d) Ueber das Erbrecht einer geschiedenen Ehefrau in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht 289. e) Kompetenz zur Bestellung der Vormundschaft über das von einer mit ihrem Ehemanne im Ehescheidungsprozesse stehenden Frau geborene, vom Manne nicht anerkannte Kind. 253. f) Wenn eine Kuratelbestellung als nichtig *ex tunc* aufgehoben wurde, ist der Kuratel nicht auf die *actio tutelae* und die *restitutio in integrum* be-



(schränkt. 183. g) Bei dem Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen für eine *curs honorum* kann dieselbe nicht durch freiwillige Unterwerfung unter dieselbe herbeigeführt werden. 44.

E. Erbrecht.

a) Ueber die Förmlichkeiten der nach Art. 61 des Notariatsgesetzes errichteten Testamente. 148. b) Ein Legatar, zum Uebernahmsakte eines solchen Testaments als Zeuge zugezogen. 300. c) Taufname des Testators bei solchen Testamenten. 315. d) Wechselseitige Testamente. 325. e) Erbeinsetzung eines bischöflichen Ordinariates. 280. e) Auslegung des in einer letztwilligen Verfügung vorkommenden Ausdrucks: „nächste Verwandte“. 193. f) Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten bei der Intestaterbsfolge nach bayerischem Landrechte. 316. g) *Portio statutaria*. 307. h) Erbrecht einer geschiedenen Ehefrau in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht. 289. i) Erbverträge unter Ehegatten. 322. k) Transmissionsrecht aus einem Erbvertrage. 269. l) *Forum universale hereditatis*. 159. m) Ein äußerlich erkennbarer Fehler, welcher die Immission des eingesezten Erben *ex l. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll.* verhindern soll, muß ein solcher sein, welcher das Testament ungültig macht. 251. o) Die Bestimmung, an wen die Erbtheile nach Amerika ausgewandelter Interessenten anderbändigt werden sollen, steht der Verlassenschaftsbehörde zu. 206. p) Unwirksame Kodizillarklausel. 287. q) Verpflichtung des Fideuziarerben zur Errichtung eines Inventars. 187.

III. Handels- und Wechselrecht.

a) Sind Photographen Kaufleute? 222. b) Der fabrikmäßige Betrieb eines Glasbleiwerkes durch Poliren roher Gläser gegen bedungenen Arbeitslohn ist ein Handelsgeschäft. 28. c) Der Verkauf von Brod in eigenen Predniederlagen für Rechnung des Bäckers gegen vertragemäßige oder ortsübliche Provison ist ein kaufmännisches Kommissionsgeschäft. 225. d) Immobilienkäufe sind keine Handelsgeschäfte, wenn auch die Verkäufer Kaufleute sind und für den Kaufpreis Wechsel ausgestellt werden. 109. e) Verkürzung einer Frauensperjen mittels Wechselausstellung. 10. f) Wechselverpfändung ohne Giro. 234.

IV. Staatsrecht.

a) Anerkennung, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, von Seite eines Mitzeigenthümers. 205. b) Bischöfliche Ordinariate. Successionsfähigkeit derselben. 287. c) Wie wird der Stand eines bayerischen Staatsdieners erworben? 273. d) Nebenbezüge der Beamtengehälter. 80. e) Rechtsmittel der Postbeamten in Reklamationsfällen und Kompetenz dabei. 393. f) Wo



sind die Rekurse der Staatsdiener wegen Disziplinarverfügungen einzureichen? 61. g) Sind die Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg seit dem 1. Juli 1862 noch zur Ausübung der Gerichtsbarkeit befugt? 165. Beilage zu Nr. 26. h) Rechtsverhältnisse beim Loosnummerntausch der Konfiskirten. 395. i) Verbot der Vermögensaußhandigung an Unterofficire und Soldaten. 217.

V. Strafrecht und Strafprozeß.

1) Strafgesetzbuch von 1813 Th. II Art 22. a) Zuständigkeit zur Einsperrung wegen eines Betrugversuches durch Versendung eines gefälschten Briefes. 191. b) Desgleichen wegen mehrerer Betrügereien, welche gemäß Art. 321 des StGB. v. 1861 als eine einzige That zu bestrafen sind. 358. c) Vorauslegung der durch Prävention begründeten Zuständigkeit. 257. d) Beschaffenheit des Verhaftsbefehles, welcher die Zuständigkeit begründen soll. 385. e) Kompetenz bei von derselben Person verübten Verbrechen und Vergehen 69 f) Folgen der wegen eines Verbrechens begründeten Kompetenz. 318.

Art. 27 mit dem Gesetze über gemischtgerichtliche Untersuchungen.

a) Kompetenz der Militärgerichte wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit. 65. b) Kompetenz der Militärgerichte wegen einer Schlägerei gegen zwei beurlaubte Soldaten, wenn der eine im Vergehens-, der andere im Uebertretungsgrade theilhaft ist. 67. c) Zuständigkeit zum Abschlusse einer Untersuchung gegen einen beurlaubten Soldaten. 353. d) Nachträgliche Gruchmigung einer bereits eingestellten Untersuchung durch die Militärgerichte. 62. e) Wirkung der Erklärung des militärischen Untersuchungsrichters, daß zur Einsperrung gegen einen beurlaubten Soldaten wegen Verbrechens oder Vergehens kein Grund vorliege. 47. f) Begründung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Uebertretungssachen durch Zustellung der Strafverfügung an einen beurlaubten Soldaten. 261. g) Vermeyntlicher Kompetenzkonflikt zwischen bürgerlichen und militärischen Strafgerichten. 355

2) Strafprozeßgesetz v. 10. Nov. 1848. Art. 148 und 150. Zeit der Einführung der Zeugen in den Sitzungssaal bei der öffentlichen Verhandlung vor dem Schwurgerichte. 403.

Art. 230 u. ff. Die Rechtsmittel des Strafprozeßgesetzes finden keine Anwendung beim Verfahren wegen Winklagentie. 352.





Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Rechte und nach bayerischem Landrechte. -- Verbürgung einer Frauenerbenin mittels Wechsellausstellung.

Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Rechte und nach bayerischem Landrechte.

Nach fr. 18 de pign. act. (13, 7), fr. 20 de pign. (20, 1) und Const. 4 quae res pign. (8, 17) können zwar Forderungen verpfändet werden; allein das Pfandrecht selbst ist kein dingliches, sondern dessen Wirkung besteht nur darin, daß dem Pfandgläubiger eine actio utilis d. i. die Forderungsklage des Verpfänders (Glück, Kommentar Bd. 14 S. 23 und Note 68) gegen den Schuldner seines Schuldners vom Gesetze eingeräumt ist.

Es ist dem Pfandgläubiger hienach die Klage des verpfändenden Gläubigers gegen den Schuldner kraft des Gesetzes als cedirt zu erachten, und zwar unter der suspensiven Bedingung, daß die Forderung des Pfandgläubigers zur Verfallzeit nicht befriedigt werden sollte (Seuffert, Lehrbuch der Pand. §. 195 Nr. 3).

In dieser Weise muß das Rechtsverhältniß auch nach dem bayerischen Landrechte aufgefaßt werden, weil dasselbe über das Pfandrecht an Forderungen keine speziellen Bestimmungen enthält und daher die rechtliche Natur sowie die Wirkungen derselben nach dem subsidiär geltenden gemeinen Rechte beurtheilt werden müssen.

Nach der oben bezeichneten Natur des Forderungspfandes ist dasselbe kein eigentliches Pfandrecht, wie die Hypothek oder das Faustpfand, son-

Neue Folge XII. Band.

dern eine bedingte Veräußerung an einen Gläubiger des Forderungsberechtigten, und somit kommen nur die Grundsätze von Cessionen und Bedingungen zur Anwendung.

Mit dem eigentlichen dinglichen Pfandrecht hat jenes uneigentliche Pfandrecht nur den Zweck der Sicherung einer Forderung und die Wirkungen bei der Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Pfandschuldner gemein, indem in letzterem Falle das Recht aus der Cession hinwegfällt.

Diese Auffassung der juristischen Natur jenes Pfandrechts in der angegebenen Weise ist nun aber für sämtliche Gebietstheile Bayerns diesseits des Rheins von wichtiger Bedeutung.

Denn müßte dasselbe als dingliches Pfandrecht betrachtet und in allen Beziehungen als solches beurtheilt werden, so wäre dasselbe als Hypothek anzusehen, als solche hätte aber dieses Pfandrecht in Gemäßheit des §. 1 und 3 des Hypothekengesetzes seine ganze Wirksamkeit verloren.

Denn nach diesen Vorschriften kann eine Hypothek nur noch auf unbewegliche Sachen und die diesen Sachen gleichgeachteten dinglichen Rechte, welche fruchttragend sind, und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, bestellt werden.

Nach gemeinem und bayerischem Rechte muß übrigens selbst dann, wenn dem Pfandgläubiger die Schuldburkunde eingehändigt wird, der Gesichtspunkt einer eventuellen Veräußerung aufrecht bleiben, weil das Gesetz der Verpfändung überhaupt und ohne Rücksicht auf jenen Umstand nur die Eigenschaft und Wirkung einer bedingten Cession beilegt.

Was insbesondere das bayerische Landrecht betrifft, so würde die Einhändigung des Schuldscheines nicht als Faustpfand aufgefaßt werden können, weil ein solches nach Landrecht Thl. II Kap. VI §. 1 den Besitz der Pfandsache voraussetzt, im gegebenen Falle aber die Pfandsache eine persönliche



Forderung ist, bei welcher ein Besitz nicht möglich ist (Seuffert, Lehrbuch der Pand. §. 113).

Eine Forderung selbst kann man einem Anderen nicht ausantworten, was nach Pandrecht a. a. O. zum Wesen des Pfandrechtes gehört, und wenn auch eine Forderung eine res incorporalis ist, und an einer solchen im Allgemeinen ein Besitz stattfindet (P.R. Ehl. II Kap. V §. 2), so ist dieß doch nach klarer Vorschrift des Pandrechtes Ehl. II Kap. III §. 8 Glog. nur von dinglichen Rechten zu verstehen, bei welchen eine Ausübung vorkommt, während eine solche an Forderungen eines Anderen undenkbar ist.

Die Aushändigung der Urkunde enthält nicht die Ueberlassung der Forderung, sondern nur die Uebergabe des Beweismittels für die Forderung, damit sich der Pfandgläubiger als solcher legitimiren könne, wenn es zur Geltendmachung des Pfandrechtes kommt, sowie zu dem weiteren Zwecke, um der eventuellen Cession einen symbolischen Ausdruck zu geben, und den cedirenden Gläubiger zu hindern, die Forderung selbst einzuziehen.

Da es gesetzlich feststeht, daß die Verpfändung der Forderung kein dingliches Pfandrecht, sondern nur eine eventuelle Cession begründet, so läßt sich auch aus jener Aushändigung der Schuldbriefe keine Umwandlung des Cessionaktes in ein wahres dingliches Pfandrecht folgern.

Eine Ausnahme von der rechtlichen Natur eines Forderungspfandes findet nach §. 53 Abs. 2 des Hypothekengesetzes nur bei Hypothekenforderungen statt.

Hier erhält die Verpfändung die Eigenschaft eines wirklichen dinglichen Pfandrechtes, weil ja die verpfändete Forderung vermöge der ihr zur Selbsteinstehenden Hypothek auch für sich selbst eine dingliche Natur hat. Denn nach §. 54 des Hypothekengesetzes haftet das Hypothekenobjekt selbst für die Ver-

*

friedigung, wenn es sich auch in den Händen eines anderen Besitzers befindet, und es steht dem Gläubiger sonach wegen Befriedigung mit seiner Forderung eine dingliche Klage zu (§. 57 jenes Gesetzes).

Wird nun eine solche Forderung verpfändet, so ist das Pfandrecht des Pfandgläubigers nicht ein Faustpfand, sondern eine wirkliche Hypothek als Asterhypothek, weil ja eine solche Verpfändung den Zweck hat, daß für den Fall, wo dieselbe geltend gemacht werden kann, der Gläubiger des Hypothekengläubigers aus dem Hypothekenobjekte vor dem letzteren befriedigt werde, und weil jede Asterverpfändung die Natur desjenigen Pfandrechtes hat, welches den Gegenstand derselben bildet.

Allerdings hat eine solche Verpfändung eine doppelte Natur, nämlich jene einer ersten Verpfändung hinsichtlich der Forderung an sich, und eine Asterverpfändung in Beziehung auf das Hypothekenrecht; allein da sich bei einer Verpfändung von Hypothekforderungen die Verpfändung des persönlichen Anspruches von der Verpfändung der Hypothek nicht trennen läßt, und die Hauptsicherheit des zweiten Gläubigers gerade in der mit der Forderung verbundenen Hypothek besteht, so muß eine solche Verpfändung ganz die Natur einer Asterhypothek annehmen.

Demnach tritt, wenn das Pfandrecht wirksam wird, der Asterhypothekengläubiger (der Gläubiger des Hypothekengläubigers) für den Betrag seiner Forderung, soweit sie nicht die Forderung des letzteren übersteigt, an die Stelle des ersten Hypothekengläubigers.

Wäre die Verpfändung einer Hypothekforderung, weil nach §. 32 der Instruktion zum Hypothekengesetze vom 13. März 1823 dem Pfandgläubiger die Hypothekurkunde auszuhändigen ist, ein Faustpfand, so würde daraus folgen, daß dieser Pfandgläubiger im Konkurse allen anderen auf demselben

Objekte wenn auch später eingetragenen Hypothekengläubigern nachstehen müßte, weil nach §. 21 des Prioritätsgesetzes vom 1. Juni 1822 Faustpfandgläubiger erst in der dritten Klasse befriedigt werden, was aber bei der Verpfändung von Hypothekforderungen offenbar unrichtig wäre. Hiernach ist die Ansicht in Lehner's Lehrbuch des Hypothekenrechts Th. II §. 49 Abs. 2 Nr. 1 lit. a offenbar nicht gerechtfertigt, indem er hier als Gegenstand des in der dritten Klasse zu befriedigenden Faustpfandes auch das Asterpfand an einer Hypothekforderung bezeichnet. Wäre dieses richtig, so würde ja der Asterpfandgläubiger nicht in die Rechte des eigentlichen Hypothekgläubigers eintreten, was doch nach fr. 13 §. 2 de pign. (20, 1) und Const. 1 si pign. pign. datum sit (8, 24) die Wirkung des Asterpfandes ist, sondern er würde, wie oben erwähnt, erst nach den Hypothekgläubigern aus dem nach Befriedigung derselben übrigbleibenden Massevermögen seine Zahlung erhalten, während er doch gerade das Recht hat, aus dem dem Asterverpfänder verhypothekirten Gute an dessen Stelle befriedigt zu werden.

Da aber nach dem jetzt geltenden Rechte außer der Hypothek, wie diese nach §. 1 und 3 gesetzlich normirt ist, kein anderes als ein Faust- oder Nutzungspfand mehr besteht, und das Pfandrecht an einer Hypothekforderung weder als Faust- noch als Nutzungspfand gelten kann, so läßt sich ein solches Pfandrecht nur als eine Asterhypothek auffassen, da sie ja für den Pfandgläubiger alle Wirkungen hervorbringt, wie sie der Hypothek des ersten Gläubigers zukommen.

Ist nun aber eine Chirographarforderung verpfändet, welche, wie gezeigt, nach dem gemeinen Rechte wie nach dem bayerischen Landrechte nur die Eigenschaft und Wirkung einer eventuellen Cession hat, so entsteht die Frage, welche Berücksichtigung eine solche Verpfändung im Konkurse der Gläubiger finden muß.

Daß ein solches Pfandrecht nicht die Natur einer Hypothek, auch nicht jene eines Faustpfandes habe, ist oben bereits erörtert, es kann also die Befriedigung weder in der zweiten noch in der dritten Klasse nach dem Wortlaute der §§. 15 und 21 Nr. 1 in Anspruch genommen werden.

Den Vorzug in der vierten Klasse nach §. 23 Nr. 8 hätte ein solcher Gläubiger, wie jeder andere Chirographargläubiger nur dann, wenn er schon vor Eröffnung des Konkurses die Auspfändung oder die gerichtliche Einweisung in die ihm verpfändete Forderung erlangt gehabt hätte.

Unmöglich kann aber daraus, daß die Prioritätsordnung dieses uneigentlichen Pfandrechtes sowie eines Vorzuges in den einzelnen Klassen der Rangordnung nicht erwähnt, die Folgerung gerechtfertigt werden, daß dasselbe im Konkurse der Gläubiger ganz wirkungslos sei, und daher der Pfandgläubiger nur in der fünften oder sechsten Klasse mit den Chirographargläubigern seine Befriedigung zu erhalten habe. Denn da das Gesetz diesem Pfandrechte jedenfalls die Wirkung einer eventuellen Cession der verpfändeten Forderung einräumt, so hat es ihm doch eine vorzugsweise Befriedigung der Forderung aus einem speziellen Vermögenstheile des Schuldners sichern wollen, und diese Sicherung, wenn auch vielleicht nicht in Ansehung dritter Personen, welche etwa die verpfändete Forderung vom Verpfänder inzwischen erworben haben, doch jedenfalls gegenüber dem Pfandschuldner und dessen Schuldner eingeräumt.

Der Mangel der Eigenschaft eines eigentlichen dinglichen Pfandrechtes kann hiernach seine Wirkungen höchstens in Ansehung eines dritten Forderungsberechtigten äußern, benimmt aber dem Pfandrechte nicht seine rechtlichen Folgen in jeder anderen aus seiner eigenthümlichen Natur von selbst hervorgehenden Beziehung.

In Folge dieses im Gesetze begründeten Ge-

sichtspunktes hat der Pfandgläubiger nach §. 3 Nr. 6 der Prioritätsordnung hinsichtlich der verpfändeten Forderung das Separationsrecht anzusprechen.

Dieses Recht tritt nämlich nach der allegirten Gesetzesstelle in Ansehung desjenigen Massevermögens ein, auf dessen Eigenthum dritte Personen aus einem bedingten oder künftigen Rechte einen Anspruch haben, vorbehaltlich der Rechte, welche bis zum Eintritte der Bedingung oder des bestimmten Falles hinsichtlich der Früchte begründet sind.

Dieser Fall ist da, wo das Pfandrecht an Forderungen die Natur einer bedingten Cession derselben hat, entschieden gegeben.

Die Forderung ist zwar vor ihrer Fälligkeit noch im Eigenthum des Creditors und beziehungsweise der Konkursmasse; allein auch im Falle des §. 3 Nr. 6 der Prioritätsordnung ist der Gemeinschuldner noch Eigenthümer der Sache, bezüglich welcher einem Dritten ein eventuelles Recht zusteht, und da das Gesetz ausdrücklich das Eigenthum unter der suspensiven Bedingung überträgt, daß der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit nicht Zahlung leihe, so liegt offenbar ein Anspruch aus einem bedingten Rechte vor, und zwar um so gewisser, als auch bei einem bedingten Pfandrechte der Eintritt der Bedingung auf den Anfang des Schwebens derselben zurückbezogen wird: fr. 11 §. 1 qui pot. in pign. (20, 4).

Die Wirksamkeit dieses besonderen Pfandrechtes besteht nämlich nach gemeinem Rechte und namentlich auch nach bayerischem Rechte, wie oben gezeigt wurde, darin, daß mit dem Eintritte der erwähnten Bedingung der Pfandgläubiger Eigenthümer der verpfändeten Forderung wird, indem ihm das Gesetz die Forderungsberechtigung des bisherigen Gläubigers einräumt, sohin sie dem letzteren entzieht. In Folge jeder Cession einer Forderung

erlischt nach der jetzigen Anwendung der römischen Bestimmungen über Cessionen (Seuffert's Lehrb. der Pandekten §. 297 Eing. und Note 4, dann bayerr. Pandrecht Thl. II Kap. 3 §. 8 Nr. 1 und 8) das Recht des bisherigen Forderungsberechtigten, und geht auf den neuen Gläubiger über; folglich wird die Eigenschaft eines Pfandrechtes an der Forderung mit dem Eintritte obiger Bedingung in das Eigenthum an der Forderung selbst verwandelt.

Was aber das Eigenthum einer körperlichen Sache ist, das ist die Berechtigung in Ansehung einer unkörperlichen Sache, namentlich einer Forderung, weil auch ein solches Recht einen Bestandtheil des Vermögens bildet — fr. 49 de verb. signif. (50, 16) — und nach bayerrischem Pandrecht Thl. II Kap. II §. 2 und Anmerk. hiezu lit. b sogar ausdrücklich auch einen Theil des Eigenthums selbst bildet.

Das Angehören eines solchen Rechtes ist dem Eigenthum ganz analog, nur im spezifisch römischen Sinne läßt sich eine Forderungsberechtigung nicht wohl als Eigenthum bezeichnen (Seuffert's Lehrbuch §. 120 Note 4).

In §. 3 Nr. 6 der Prioritätsordnung ist aber des Eigenthums nicht in solch' spezifischem Sinne erwähnt, weil ja von Vermögen im Allgemeinen die Rede ist, hiezu aber selbst nach der citirten Gesetzesstelle des römischen Rechtes auch Forderungen gehören.

Aus der Bestimmung des §. 3 Nr. 6 a. a. O. wird es nun erklärlich, warum in den 6 Rangklassen für die Befriedigung der Forderungen der Gläubiger das Pfandrecht an Forderungen nicht erwähnt ist. Dieser Grund liegt entschieden darin, daß der Gesetzgeber dieses Pfandrecht nicht als wahres Pfandrecht im Sinne der Hypothek und des Faustpfandes auffaßt, sondern lediglich als eine bedingte Veräußerung, wie dieß auch dem gemeinen und



bayerischen Rechte entspricht (vgl. Anm. zu Zhl. II Kap. III §. 8 Nr. 2). —

Ist die Bedingung der Cession bei Eröffnung des Konkurses schon eingetreten, so ist die Forderungsberechtigung auf den Schuldner bereits übergegangen, und es bedarf sonach der Geltendmachung des Separationsrechtes im Konkurse nicht mehr, und wäre sogar ein solcher Anspruch nach §. 2 Abs. 2 der Prioritätsordnung unstatthaft, weil in jenem Falle der verpfändete Theil der Forderung nicht mehr zur Masse gehört.

Es ist zwar in Gemäßheit dieses Separationsrechtes der Gläubiger, welchem eine Forderung verpfändet ist, gegen andere Pfandgläubiger im Vortheile; allein dieser Umstand kann die einmal im Gesetze begründeten Folgen der besondern Natur jenes Pfandrechtes nicht aufheben, besonders da die Prioritätsordnung für die Befriedigung des Pfandgläubigers nicht in anderer Weise gesorgt hat, und demgemäß auch in der Gant jene Wirkungen dieses Pfandrechtes eintreten müssen, welche ihm das Civilrecht ausdrücklich eingeräumt hat.

Dagegen bleibt, da der in die Forderungsberechtigung selbst bereits eingetretene Pfandgläubiger nach Const. 4 quae res pign. (8, 17) nur bis zum Betrage seiner eigenen Forderung Cessionar des früheren Gläubigers wird, die Gantmasse hinsichtlich des Mehrbetrages der cedirten Forderung über den Betrag der Forderung des Pfandgläubigers nach wie vor forderungsberechtigt.

Beträgt aber die cedirte Forderung weniger als die Forderung des Pfandgläubigers, so bleibt der letztere in Ansehung des Mehrbetrages seiner eigenen Forderung einfacher Gläubiger der Masse, und ist, sofern ihm nicht nach der Natur dieser Forderung ein Vorzug in der ersten oder vierten Klasse gebührt, in der fünften, beziehungsweise sechsten Klasse zu lociren.



Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Verbürgung einer Frauensperson mittels Wechselfaustellung.

Eine unverheirathete Frauensperson, welche am 20. Dez. 1864 einen Solawechsel ausgestellt hatte, wurde im Wechselprozeße in contumaciam zur Zahlung der Wechselfumme von 1000 fl. verurtheilt. Sie hatte dann eine Nachklage gegen den Wechselgläubiger auf Zurückgabe des Wechsels und auf Aufhebung der zur Zahlung von dem Gläubiger bereits erwirkten Sperre und Exekutionsmaßregeln erhoben, gegründet auf die Behauptung, daß durch den Wechsel nach der getroffenen Verabredung für eine Forderung des Gläubigers an den Bruder der Wechselfschuldnerin zu 281 fl. Bürgschaft geleistet worden sei, daß aber diese Bürgschaftsleistung für die Klägerin wegen der ihr nach dem Vellejanischen Rathschlusse zustehenden weiblichen Rechtswohlthat unverbindlich sei.

Diese Klage wurde zugelassen, der Beklagte wurde mit seinen Einreden ausgeschlossen, die Klage für abgeläugnet erachtet, und der Klägerin der Beweis aufgetragen, daß sie den fraglichen Wechsel auf den Grund ihrer vorgängigen Verbürgung für ein von dem Beklagten ihrem Bruder B. gegebenes Darlehen von 281 fl. ausgestellt habe.

Wie in der Berufung so auch in der Revision wurde von dem Beklagten der Rechtsgrund der erhobenen Klage bestritten und behauptet: es könne in einer von Prinzipien beherrschten Gesetzgebung nicht vorkommen, daß ein Geschäft, welches nach der Wechselordnung und nach dem Einführungsge-
setze gültig eingegangen sei, unter Berufung darauf, daß es den Erfordernissen einer andern viel früheren Gesetzgebung (den Bestimmungen des bayerischen Landrechtes) nicht entspreche, als nichtig an-

gefochten werden könne. Es wurde um Entbindung von der Klage gebeten.

Die Revisionsbeschwerde des Beklagten fand oberstrichterlich folgende Würdigung:

1) Nach dem Klagevortrage bestand das verabredete und abgeschlossene Rechtsgeschäft, dessen Rechtsgiltigkeit von der Klägerin bestritten wird, nicht darin, sich als Wechselschuldnerin zu verpflichten und zu dem Ende einen Wechsel in aller Form Rechtens auszustellen, sondern darin, für eine in 281 fl. bestehende Darlehensforderung des Beklagten zu Gunsten ihres Bruders B., als Schuldners, Bürgschaft zu leisten; sie wollte sich dem Beklagten gegenüber nicht selbständig zur Hauptschuldnerin für eine Summe von 1000 fl. machen, sondern mit dem Gläubiger ihres Bruders in Bezug auf dessen Kapitalschuld zu 281 fl. nur einen accessorischen Vertrag eingehen.

Ist diese Thatsache wahr, so wurde bei Ausstellung der Urkunde vom 20. Dez. 1864 der vorgängig gepflogenen Verabredung und insbesondere der bestimmt erklärten Absicht der Klägerin in zweifacher Weise entgegenhandelt:

- a) es wurde statt einer Bürgschaftsurkunde ein Wechselbrief ausfertigt,
- b) es wurde statt einer Bürgschaftsschuld von 281 fl. eine Wechselschuld von 1000 fl. in die Urkunde eingeschrieben.

Bei Beurtheilung eines streitigen Rechtsgeschäftes ist die wahre Absicht der Kontrahenten, welche bei Eingehung desselben vorhanden war, sowohl für die rechtliche Auslegung als für die rechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes maßgebend.

Wird das Rechtsgeschäft seiner Form und seinem Inhalte nach in einer anderen Weise beurkundet als dasselbe von den Parteien verabredet und eingezungen worden ist, und als es seiner Beschaffenheit und Natur nach beurkundet werden sollte, so kann demselben in der beurkundeten Art eine rechtswirksame Verbindlichkeit aus dem Grunde nicht beigemessen werden, weil es an dem wesentlichsten Erfordernisse — an der Einwilligung der Kontrahenten — mangelt. Ein Bekenntniß, daß sich die Klägerin für die Schuld ihres Bruders zu 281 fl. in Form eines Wechsels habe verbürgen, und einer wechselfähigen Verbindlichkeit habe unterworfen wollen, ist in der Klage nirgends zu finden. War sonach gemäß der erklärten Absicht der Klägerin kein Wechselgeschäft, sondern nur eine Bürgschaftsleistung verabredet worden, so kann auch der im Wechselprozeße



eingeklagten Forderung in der Wirklichkeit nicht die Eigenschaft einer Wechselforderung beigelegt werden. Rechtswirksame Geschäfte werden durch die Einkleidung in Wechselform keineswegs unumstößlich rechtsverbindlich. Es kann zwar der Fall eintreten, daß der Wechselgeber von dem Wechselgerichte zur Zahlung der im Wechselbriebe ausgedrückten Summe trotz des dagegen erhobenen Widerspruches verurtheilt wird, allein der verurtheilte Wechselschuldner ist deswegen noch nicht völlig rechtlos gestellt, und es ist ihm noch nicht in allen Fällen jede weitere Rechtshilfe abgeschnitten. Die Eigenthümlichkeit des Wechselinstitutes kann den Mißbrauch der Wechselform zur Erreichung rechtswidriger Zwecke nicht rechtfertigen, und es hat dieses auch in der Absicht des Gesetzgebers nicht gelegen, als er dieses formale Institut zur Erleichterung des Verkehrs anerkannte und sanktionirte¹⁾.

2) Im Wechselprozesse ist der Beklagte in seiner Verteidigung gegen die Wechselklage wesentlich beschränkt. Denn nach Vorschrift des Art. 82 der allg. d. Wechselordnung kann der beklagte Wechselschuldner sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen; er kann überdies nur diejenigen Einreden geltend machen, welche nach den Bestimmungen des Wechselprozesses sogleich völlig liquid gemacht werden können, nicht diejenigen, welche erst durch ein weitläufiges Beweisverfahren erprobt werden können; der Wechselprozeß darf durch dieselben keine unstatthafte Verzögerung erleiden²⁾.

Zu den aus dem Wechselrechte selbst hervorgehenden Einwendungen gegen die Wechselforderung gehört die Berufung einer Frauensperson auf die Rechtswohlthat des Bellejanischen Rathschlusses nicht. Diese Einrede findet in der allg. d. W.O. weder unmittelbar noch mittelbar ihre rechtliche Begründung; sie betrifft weder die Form des Wechsels noch den Inhalt der Wechselerklärung; sie ist nicht gegen die Rechttheit des Wechsels gerichtet und hat auch die Nichtbeachtung einer wechselfähigen Solennität oder einer wechselprozessualen Vorschrift nicht zum Gegenstande.

Die besagte Einrede gehört vielmehr zu denjenigen, welche aus dem Civilrechte entnommen sind. Die Rechtswohlthaten, welche den Frauen in Absicht auf eingegangene

¹⁾ Seuffert, Archiv Bd. XII S. 256; Bd. XV S. 469.

²⁾ Bluntzschli in v. Dollmann's Gesetzbuch Bd. I S. 124—125.

Rechtsgeschäfte zustehen, sind durch das allgemeine Civilrecht geschaffen und ihnen verliehen, das Wechselrecht hat sie nicht in sich aufgenommen und kennt sie nicht.

Die Berufung auf diese civilrechtliche Bestimmung hat im vorliegenden Falle ihre rechtliche Grundlage aber auch in dem unmittelbaren Rechtsverhältnisse gefunden, in welches die Klägerin zu dem Beklagten selbst durch die mit demselben unmittelbar gepflogene Verhandlung getreten ist, denn ihm gegenüber will sie sich zur Verbürgung seiner Forderung bereit erklärt haben; der ausgestellte Wechsel ist von dem Wechselnehmer noch nicht auf einen anderen Inhaber übergegangen; derselbe befindet sich noch in den Händen des ursprünglichen Wechselgläubigers, welcher die Wechselklage erhoben hat.

Die damals beklagte Wechselschuldnerin würde deshalb berechtigt gewesen sein, der Wechselklage die beiden in der Nachklage vorgebrachten Thatfachen einredeweise entgegenzusetzen:

- a) Der Wechselinhaber handle unredlich gegen sie, indem er eine Wechselschuld gegen sie einklage, während sie doch nur eine Bürgschaftschuld von 281 fl. ohne wechselfähige Verpflichtung übernommen habe;
- b) die Bürgschaftserklärung sei für sie rechtsunwirksam, weil sie die Rechtswohlthat des Bellejanischen Rathschlusses für sich in Anspruch nehme.

Wenn diese Vertheidigungsgründe würden zu ihrer Liquidmachung noch ein weiteres Beweisverfahren nothwendig gemacht haben, daher im Wechselprozeße unberücksichtigt geblieben sein, weil durch illiquide Eintreden der Wechselprozeß nicht aufgehalten werden darf.

Es muß daher der verurtheilten Wechselschuldnerin die Betretung des Rechtsweges im ordentlichen Prozeßverfahren möglich bleiben, um einen Rechtsanspruch, welchem sie im Wechselprozeße seiner eigenthümlichen Beschaffenheit nach nicht die geeignete Berücksichtigung verschaffen konnte, in einem besonderen Prozeßverfahren zur rechtlichen Austragung zu bringen. Diese Befugniß ist dem verurtheilten Wechselschuldner im Kap. III §. 4 lit. c und d der W.-Gerichtsordnung ausdrücklich vorbehalten, indem daselbst bestimmt ist, daß jene exceptiones im Wechselprozeße zulässig seien, welche so beschaffen sind, daß sie aus dem Wechselbriebe oder Wechselrechte selbst fließen, daß aber alle anderen Einwendungen zur besonderen Ein- und Ausführung hinzuweisen seien, wodurch jedoch die Exekution der erkannten Wechselschuld keineswegs gehemmt werde.

3) Die Bezugnahme auf die Bestimmung des Art. 81 Abs. 1 der a. d. W. O. ist unbedenklich. Denn die Anwendung dieser Vorschrift setzt voraus, daß der Wechsel von zwei Personen unterschrieben wurde, von denen die Eine sich nur als Bürge benannt hat. Wenn nun auch in dem in Art. 81 vorgesehenen Falle der Beisatz „als Bürge“ wechselseitlich keinen Unterschied begründen und der Bürge als Mitaussteller der Wechselerklärung betrachtet werden soll, welchem das *beneficium divisionis* oder *excussionis* verweigert ist, so kann doch hieraus die Folgerung nicht gezogen werden, daß in einem anderen Falle, in welchem eine Frauensperson allein einen Wechsel unterschrieben hat und zur Zahlung des Wechselbetrages verurtheilt worden ist, diese nicht zu der Nachklage zugelassen werden dürfe, welche auf die Behauptung gegründet wurde, daß das wahre Rechtsgeschäft, welches mit dem Wechselinhaber eingegangen worden sei, nicht die Kontrahierung einer Wechselschuld von 1000 fl., sondern nur die Uebernahme einer Bürgschaftsverbindlichkeit für eine Forderung des Wechselgläubigers im Betrage von 281 fl. zum Gegenstande gehabt habe.

4) Von den vom Revidenten in der Revision in Bezug genommenen in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II S. 483 und Bd. X S. 218 abgedruckten Erkenntnissen wurde das erste von dem k. Wechsel- und Merkantilgerichte II. Instanz Freising am 28. Dez. 1854, das zweite von dem k. Handelsappellationsgerichte Nürnberg am 9. Februar 1863 erlassen. Wenn in diesen von den Wechselgerichten ergangenen Erkenntnissen der von der beklagten Frauensperson aus dem SC. Vellej. abgeleiteten Einrede kein den Fortgang des Wechselprozesses hemmender Einfluß eingeräumt worden ist, so kann in diesen Entscheidungen kein Präjudiz für die dem obersten Gerichtshofe vorliegende Rechtsfrage gefunden werden. Die Frage, ob der im Wechselprozesse gar nicht vorgebrachte aus dem Civilrechte entnommene Verteidigungsgrund der Klägerin vor dem ordentlichen Richter in einer Nachklage zur Geltung gelangen könne, betrifft keine Wechselklagsache; durch die bejahende Entscheidung wird also die Zuständigkeit der Wechselgerichte nicht beeinträchtigt, wenn gleich bei der Beurtheilung und Entscheidung jener Frage die Rücksicht auf die Bestimmungen der a. d. W. O. und des Wechselprozesses nicht ganz unangewandt werden kann.

Weber das Einführungsgezet v. 25. Juli 1850 noch das Gesetz v. 5. Okt. 1863, einige Bestimmungen der allg. d. W. O. betr., enthält in Bezug auf die Verbürgung der



Frauen eine Bestimmung, durch welche denselben die ihnen im bayerischen Landrechte verliehenen civilrechtlichen Begünstigungen entzogen worden sind.

Es haben auch bereits mehrere deutsche Gerichtshöfe in den von ihnen erlassenen Erkenntnissen sich dahin ausgesprochen, daß die a. d. W. die Anwendbarkeit des 8C. Vellej. bei Wechselgeschäften der Frauenspersonen nicht ausschliesse, daß vielmehr bei der Beurtheilung in jedem Falle die besonderen bestehenden partikularrechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen seien, und daß von Frauenspersonen in Kraft der ihnen durch den Vellejanischen Rathschluß verliehenen civilrechtlichen Befugniß der Rechtsbestand einer vertragmäßig übernommenen Bürgschaft in einem besonderen Verfahren mittels einer Nachklage geltend gemacht werden könne. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. XII Nr. 191 S. 257 und 262; Bd. XVIII Nr. 41 und 41*; Zeitschrift f. GG. u. Kpf. Bd. X S. 220 Note 5²⁾.

Durch Zulassung einer derartigen Nachklage wird die den Frauenspersonen im Art. 1 der a. d. W. gewährte

2) Die preussischen Gerichte wenden den Grundsatz an, daß gegen die Rechtsgiltigkeit einer von Seite einer Frauensperson durch Wechsellausstellung übernommenen Verbindlichkeit ein Einwand aus den Bestimmungen des Civilrechtes über Interzessionen der Frauenspersonen überall nicht, selbst nicht dem ersten Wechselnehmer gegenüber, entnommen werden könne. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. XII S. 261; Bd. VII S. 268 Note 1; Bd. XIV Nr. 60 S. 90.

Die OAGerichte zu Darmstadt und Dresden lassen die exceptio ex 8C. Vellej. unbedingt, das Obertribunal zu Stuttgart und das OAG. für Frankfurt wenigstens dem unmittelbaren Kontrahenten gegenüber zu; ebenso Renau d, Lehrb. S. 202 Note 13. Auch das OAG. zu Kassel läßt die Einrede zu, wenn sie dem Kontrahenten, als Kläger, entgegengesetzt wird. Zeitschr. f. GG. u. Kpf. Bd. X S. 220 Note 5. Seuffert, Archiv Bd. XVIII Nr. 41* S. 66. — Das OAG. zu Cassel läßt die Einrede gegen jeden Wechselinhaber zu, welchem bei dem Uebergange des Wechsels auf ihn bekannt war, daß die Frau durch das Accept in der Wirklichkeit eine ihr fremde Schuldverbindlichkeit übernommen und solchergestalt gesetzlich anderer Weise intervenirt habe. Seuffert, Archiv Bd. XIX Nr. 184 S. 298.

Wechselfähigkeit nicht beschränkt, insoferne die Wechselausstellung ihre eigenen Rechtsgeschäfte und die aus derselben für sie unmittelbar hervorgehende Schuldverbindlichkeit betrifft; insoferne aber das Wechselinstitut als ein Mittel benützt werden will, für die Schulden Anderer Bürgerschaft zu leisten und das wahre Rechtsgeschäft unter dem Scheine der Wechselform zu verdecken, ist den Frauenspersonen nicht unterjagt, gegen dergleichen Interzessionen die ihnen vom Civilgesetze verliehenen Rechtsmittel zu gebrauchen.

Bermöge des SC. Vellej. sind Interzessionen unverheiratheter Frauenspersonen nicht verboten und nicht ipso jure null und nichtig, wie die Verbürgungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner (Vdr. Tpl. IV Kap. X §. 26 Nr. 7 und Ann. §. XXVIII Nr. 1), sondern das Gesetz hat ihnen das Rechtsmittel der Exceptio gegen die Interzession eingeräumt. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Frauenspersonen die ihnen verliehene Rechtswohlthat auch mittels Klagestellung zur Geltung bringen können, nicht nur um das schon Geleistete wieder zurückzufordern, sondern auch um sich von der Erfüllung der eingegangenen Bürgschaftsverbindlichkeit loszusagen.

Durch eine solche Klage wird der Bürgschaftserklärung die *justa causa* entzogen; mittels der *condictio sine justa causa* kann die Klägerin die Zurückgabe der über die nicht zu Recht bestehende Forderung ausgestellte Schuldburkunde, sowie die Aufhebung der vom beklagten Gläubiger bereits erwirkten Maßregel, durch welche die künftige Zahlungsleistung gesichert werden soll, erlangen.

Ist die zum Beweise ausgesetzte Thatsache wahr, daß der Wechsel für die Verbürgung einer nur in 281 fl. bestehenden Darlehensforderung ausgestellt wurde, so ist für den diese Forderung übersteigenden Mehrbetrag von 719 fl. gar kein Schuldgrund — *causa debendi* — vorhanden. Der Bürgin liegt keine größere Schuldverbindlichkeit ob, als sie der Hauptschuldner mit seinem Gläubiger eingegangen hat. Eine *sine causa* gezahlte Summe kann, wenn sie auch durch einen Wechsel gedeckt wäre, in der Nachklage zurückgefordert werden. Bl. f. RA. Bd. XXIX S. 156; Bd. XXVI S. 388. Seuffert, Archiv Bd. XIV Nr. 187 S. 316.

DAGE. v. 16. Nov. 1866 Reg.-Nr. 46⁶⁶/₆₇.
§*.

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: An die Leser. — Ueber die Regresspflicht der Notare im Allgemeinen und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen Rechtsfalles. — Verträge in Wirthshäusern abgeschlossen. — Herrn der Denunziation der Gesslen (bezw. Verpändung) einer Forderung an den debitor cessus. — Die Entschädigungsklage gegen den Eigentümer eines fabrikmäßig betriebenen Glasbleiwertes wegen eigenmächtiger Aufhebung eines Vertrages, wodurch er sich auf eine bestimmte Reihe von Jahren verpflichtet hatte, sein Werk zu bestimmten Arbeiten für seinen Mitkontrahenten zu vertragsmäßig festgesetzten Preisen zu verwenden, gehört zum Handelsgerichte. — Verichtigung.

An die Leser.

Die Verzögerung der Ausgabe des Titelblattes und Registers zu Bd. XXXI, dann der Nummern 2 und 3 des Bd. XXXII und des Ergänzungsbandes hat ihren Grund lediglich in einer Wohnortsveränderung und Erkrankung des Herausgebers. Es ist Vorsorge getroffen, daß das Rückständige in kurzer Zeit nachgeliefert wird.

Dr. Steppes.

Ueber die Regresspflicht der Notare im Allgemeinen und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen Rechtsfalles.

I.

Nach Art. 1 und 11 des Notariatsgesetzes sind die Notare öffentliche Beamte und als solche mit der nicht streitigen Rechtspflege betraut, so weit diese nicht den Gerichten vorbehalten ist.

Demgemäß ist die Haftung der Notare aus beschädigenden Amtshandlungen nach den in der Gerichtsordnung Kap. XVI §. 3 über die Syndikats-

Neue Folge XII. Band.



klage aufgestellten und nach allgemeiner Annahme auch auf die nicht streitige Rechtspflege sich erstreckenden Grundsätzen zu beurtheilen.

Dieses Gesetz fordert zur Begründung der Haftung ein schuldhaftes Verfahren, ohne sich über den Grad der zu prästirenden culpa auszusprechen, wie dieses auch im Art. 46 des Not.-Ges. der Fall ist, indem dieser den Notar zwar für jeden durch Verletzung oder Nichterfüllung seiner Amtspflichten verursachten Schaden verantwortlich macht, der Ausdruck: „jeden Schaden“ aber nicht den durch jedes, auch das geringfügigste, Versehen bewirkten, sondern den vollständigen d. i. den das gesammte Interesse einschließenden Schaden bezeichnet.

Wo das Gesetz von culpa schlechtthin spricht, begreift es regelmäßig die culpa lata und levis.

Nach der im gemeinen Rechte jetzt geltenden Theorie, welche eine die Sorgfalt eines klugen und fleißigen Hausvaters noch übertreffende Sorgfalt nicht kennt, und Alles, was ungeachtet dieser hausväterlichen Sorgfalt sich ereignet, unter die Zufälle rechnet, fällt die culpa levissima von selbst hinweg, während sie nach jener Theorie, welche beim Erscheinen der bayerischen Gerichtsordnung die meistverbreitete gewesen und auch in das bayer. Landrecht übergegangen ist, in dem gesezten Falle, wenn nämlich das Gesetz von culpa schlechtthin spricht, als nicht mitbegriffen angenommen wird. *W. Th. IV Kap. I §. 20 Anmerk. Nr. 5.*

Man kann sich demnach, um einerseits die Haftung des Notars auf dolus und culpa lata zu beschränken, nicht auf die betreffenden Stellen des römischen Rechtes und die deutschen Reichsgesetze berufen, weil, abgesehen davon, daß dieselben die der freiwilligen Gerichtsbarkeit gebührende Rücksicht völlig unbeachtet lassen, die Gerichtsordnung a. a. O.



eine weitergehende Bestimmung enthält; so wie man andererseits, um jene Haftung nach bayer. Rechte auf culpa levissima auszudehnen, nicht die Vorschriften vom Mandatsvertrage heranziehen kann, weil der Notar zu denjenigen, welche seine Thätigkeit in Anspruch nehmen, in keinem Mandats- und überhaupt in keinem Vertragsverhältnisse steht. Denn wenn schon die Wahl des Notars den Beteiligten überlassen ist und er von diesen für seine Thätigkeit bezahlt werden muß, so befindet er sich hiedurch in einer dem Vertragsverhältnisse der Rechtsanwälté nur ähnlichen, keinesweges aber gleichen Lage, indem er nicht, wie der Rechtsanwalt, im ausschließenden Interesse einer Partei arbeitet, sondern seine Geschäfte im Namen des Staates ausübt.

Faßt man nun das schuldhafte Versehen, welches die G.D. a. a. O. voraussetzt (vgl. auch Anmerk. zum bayer. W. Th. V Kap. XXIV §. 8 lit. a), in dem ebenentwickelten Sinne auf, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Notar durch eine Vernachlässigung der ihm durch das Notariatsgesetz besonders auferlegten Handlungen haftbar wird; wenn er z. B. bei Aufnahme eines letzten Willens (Art. 60) die Vorlesung desselben unterläßt, wenn er (Art. 62) mit ihm unbekanntem Personen ohne Zuziehung von Identitätszeugen verhandelt, oder wenn er (Art. 72) in den Urkunden Radirungen vornimmt u. dergl.

Ebenso wird er haftbar für Uebereilungen oder Unaufmerksamkeiten, wenn er z. B. eine Thatsache, von welcher er keine genügende Kenntniß besitzt, als wahr bezeugt; wenn er eine mit dem Originale nicht übereinstimmende Abschrift als gleichlautend bestätigt, oder wenn er Depositen zur unrechten Zeit oder an unrechte Personen hinausgibt, u. dergl.

Nicht so einfach ist dagegen die Sache, wenn

*



der Notar wegen mangelnder Geseßkenntniß haftbar gemacht werden soll.

Zwar wird im Allgemeinen Unwissenheit in Geschäften des gewählten Berufes als culpa angenommen, und nicht zu bezweifeln ist es, daß der in pr. Inst. de oblig. quae quasi ex del. (4,5) und fr. 5 §. 4 de oblig. et act. (44,7), dann fr. 6 de extraord. cognit. (50,13) gleichmäßig vorkommende Ausdruck „licet per imprudentiam“, weil dieses Wort nicht bloß Unflugheit, Unüberlegtheit, Unvorsichtigkeit, sondern auch Unwissenheit oder mangelhafte Kenntniß in Beziehung auf Fachwissenschaften bezeichnet, von einem Mangel an jurisprudentia zu verstehen ist; allein einer nicht geringen Schwierigkeit begegnet man bei der Frage, wo denn die Grenze der imputablen und nicht imputablen Unwissenheit zu finden sei?

Es leuchtet nämlich von selbst ein, daß nicht jeder Mangel an Geseßkenntniß und nicht jeder Rechtsirrtum als Verschulden angerechnet werden könne. Denn „omnium habere memoriam et penitus in nullo errare, divinitatis magis, quam mortalitatis est.“

Hievon geht auch die G. O. Kap. II §. 2 aus, wodurch der Richter die Geseße „nach seinem besten Verständniß“ anzuwenden verpflichtet ist, so wie denn auch nach §. 5 der Rechtsanwalt, welchen das bestehende Vertragsverhältniß zum größten Fleiße und zur größten Aufmerksamkeit verbindet, hiebei „nach seiner besten Einsicht“ zu handeln hat.

Betrachtet man nun den sehr großen Umfang der Rechtswissenschaft und erwägt man, daß die Geseßbücher nicht bloß aus einfachen und klaren Sätzen bestehen, sondern in manchen Stücken unklar und unbestimmt abgefaßt sind, auch nicht selten zu einander, wenn auch nicht gerade in wirklichen,



doch in scheinbaren und nur schwer zu lösenden Widerspruch treten, daß mancher Rechtsatz im Gesetze selbst gar nicht mit Worten ausgesprochen, sondern nur das Ergebniß einer sorgfältigen Vergleichung verschiedener, in einander greifender und oft nur an unvermuthbaren Orten aufzufindender Gesetzstellen ist, daß häufig auch die Subsumtion der gegebenen Thatfachen unter die Gesetze große Schwierigkeiten bereitet, daß die Ansichten der bewährtesten Schriftsteller, der juristischen Fakultäten und der obersten Gerichtshöfe über gleiche Fragen oft sehr verschiedener Art sind, und daß es selbst begabte Menschen mit dem größten Fleiße nicht dahin zu bringen vermögen, daß nicht hier und da eine Lücke ihrer Rechtskenntniß zum Vorscheine komme, — so ist es nur eine Anforderung unabweißbarer Billigkeit, daß man denjenigen, welche die Rechtswissenschaft praktisch betreiben, auch die den angeführten Erwägungen entsprechende Rücksicht gewähre.

Hieraus folgt nun zwar nicht, daß, wie einzelne Rechtslehrer annehmen, mangelhafte Rechtskenntniß überhaupt nicht als Verschulden anzurechnen sei; es folgt aber, daß von einer culpa levis, für welche obiger Erörterung zufolge ex syndicatu einzustehen ist, beim Notar, wie beim Richter, nur dann die Rede sein könne, wenn er sich nicht einmal die allgemeinen auf klaren und einfachen Vorschriften beruhenden und deshalb unbestrittenen Rechtsätze eingeprägt hat, wenn er nicht weiß, was ein Jurist ganz gewöhnlichen Schlages zu wissen pflegt, wenn er z. B. bei einer Erbtheilung die Enkel des ohne Testament verstorbenen Erblassers, nicht wissend, daß sie ihren verstorbenen parens repräsentiren, unberücksichtigt läßt; wenn er bei Errichtung eines Testaments den Testator, welcher seine Kinder präterirt, darüber (vgl. Art. 45 des Not.-Ges.), daß dieses nicht angehe, nicht zu belehren vermag,

weil er es selbst nicht weiß, oder wenn er bei Verkündung der Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann von der Auth.: „si qua mulier“ Umgang nehmen zu können glaubt und dergl.

Es hängt zwar, wie überhaupt bei Feststellung des Verschuldensgrades, in den einzelnen Fällen das Meiste vom richterlichen Ermessen ab; es läßt sich aber doch im Allgemeinen sagen, daß eine Rechtsunkunde der ebenbezeichneten Art so groß ist, daß sie sich mehr der culpa lata nähert, als daß sie für gänzlich schuldlos oder nach bayert. Rechte nur für culpa levissima gelten könnte.

Dagegen wäre eine strengere Behandlung, nach welcher der Notar auch in verwickelteren eine tiefere Rechtskenntniß erfordernden Fällen für Irrungen einzustehen hätte, nicht bloß aus obigen Erwägungen, sondern auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil solche Irrungen (Art. 46 d. Not.-Ges.) nicht mehr unter den Begriff verletzter Amtspflicht fallen, und weil durch eine solche größere Strenge, indem der zur Ausmessung der Verschuldensgrade gesetzlich gebotene Maßstab der Sorgfalt eines klugen und fleißigen Hausvaters hier unbrauchbar und ein anderer Maßstab nicht vorhanden ist, der Notar der reinen Willkür der Richter überliefert, und der Beruf der Notare zu einem so gefährlichen gemacht würde, daß ihn ein kluger Mensch gar nicht mehr ergreifen könnte.

Die Richter müssen schon durch unbefangene Betrachtung ihres eigenen Berufes abgehalten werden, die bezeichnete (auch in Seuffert's Komm. z. B.D. Bd. IV S. 229 (II. Ausg.) vergl. mit Bl. f. N.A. Bd. VIII S. 352 angenommene) Gränze zu überschreiten. Denn sie würden hiedurch ganz derselben Gefahr ausgesetzt, und es bliebe ihnen dann nicht einmal ein vernünftiges Wort der Entgegnung; fr. 1 quod quisque juris in alt. (2, 2): „quis

enim aspernabitur, idem jus sibi dici, quod aliis dixit?“

So wie man einmal jene Gränze verläßt, hat man auch schon den Kampf um Meinungsverschiedenheiten über Auffassung und Beurtheilung der Rechtsverhältnisse aufzunehmen.

Es ereignet sich nicht selten, daß, nachdem die zweite Instanz das erstrichterliche Urtheil wegen unrichtiger Gesetzanwendung abgeändert hat, in dritter Instanz die erstrichterliche Auffassung als richtig erkannt wird. Daß durch die res judicata geschaffene formale Recht soll den Kampf um Meinungsverschiedenheiten beendigen; dieses Ziel wäre aber nicht zu erreichen, wenn die Meinungsverschiedenheit selbst wieder als culpa aufgefaßt und zum Grunde einer besonderen Klage erhoben werden dürfte.

Hienach müßte dem Notare, welchem eine nicht unbedingt verwerfliche Rechtsansicht als culpa an gerechnet wurde, unbenommen sein, die Syndikatsklage gegen den Richter zu stellen, und wer möchte im Falle einer Verurtheilung diesem verargen, wenn er nun seinerseits gegen den letzten Richter in derselben Weise klagend aufträte?

Man sieht, daß die Sache kein Ende hätte, und daß also die hier bekämpfte Theorie einer größeren Strenge praktisch unmöglich wäre.

Freilich darf man offenbare Verstöße nicht als Rechtsansichten behandeln.

Es ist folgender Fall vorgekommen: Ein Miethsmann, welcher plötzlich seine Wohnung verlassen hatte, ohne das Miethzinskratum für die bedungene Kündigungszeit zu bezahlen, erwiderte auf die deshalb gegen ihn erhobene Klage, er habe sich nun selbst ein Haus gekauft, und sei also nach dem Sage: „Kauf bricht Mieth“ zur Zahlung der eingeklagten Forderung nicht verbunden. Der Richter, welchem diese Argumentation einleuchtete, entband

ihn von der Klage, und die hiegegen gemachte Syndikatsklage blieb erfolglos, weil, wie geltend gemacht wurde, der Richter für seine Rechtsansichten nicht verantwortlich sei.

Daß solche Verkehrtheiten nicht unter dem un- verdienten Titel von Rechtsansichten einen Freibuß erhalten sollen, bedarf keiner Erörterung.

Die culpa lata oder levis ist aber nicht die einzige Bedingung der Entschädigungsverbindlichkeit; selbstverständlich muß, wenn der Notar wegen einer fahrlässigen Handlung bezahlen soll, gerade aus dieser der Schaden entsprungen sein.

Ist daher die culpa bei einem Rechtsgeschäfte vorgekommen, welches der gerichtlichen Prüfung und Bestätigung unterlag, so kann, wenn die culpa des Notars aus der mitgetheilten Urkunde ersichtlich war, und die gerichtliche Bestätigung dennoch erfolgte, der etwa entstandene Schaden, weil er ohne jene Bestätigung nicht hätte entstehen können, auch nicht dem Notare zur Last gelegt werden.

Ebenso wenig ist eine Entschädigungsverbindlichkeit des Notars vorhanden, wenn es der Beschädigte selbst an dem nöthigen Fleiße fehlen ließ. Denn es gehört schon zu den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz, daß Niemand aus einer fremden Handlung, deren Folgen er bei gehöriger Aufmerksamkeit selbst hätte abwenden können, zu einem Entschädigungsanspruche berechtigt ist; fr. 11 pr., fr. 30 §. 4, fr. 52 pr. ad. leg. Aquil. (9,2); fr. 56 §. 3 de eviction. (21,2); fr. 203 de reg. jur. (50,17).

Auch ist es ein für die Syndikatsklage bestehender Grundsatz, daß, so lange die Entschädigung bei einem Anderen, z. B. im Falle unrichtiger Erbtheilung bei dem hiedurch begünstigten Miterben, erholt werden kann, ein Ersatzanspruch gegen den No-



tar nicht besteht; Anmerk. 3. *GD. Kap. XVI §. 3 lit. d.*

Was den Umfang des Schadens betrifft, so hat zwar der Notar, wie schon bemerkt, nach *Not. Ges. Art. 46* jeden Schaden zu ersetzen, woraus aber, wie in anderen derlei Schadensfällen, nicht folgt, daß der entgangene Gewinn nach unsicherer Berechnung — *fr. 29 §. 3 ad leg. Aquil. (9, 2)* — sondern nur dann ersetzt werden müsse, wenn er zu einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit gebracht ist.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheins.

1.

Verträge in Wirthshäusern abgeschlossen.

(Bamberger Landrecht.)

Es ergab sich die Streitfrage: ob die Giltigkeit eines Vertrages, welchen ein Bierbrauer und Wirth in seinem Wirthshause mit einem anderen Wirth über die Verleitgabe des Bieres abgeschlossen zu haben behauptete, nach den in der Bambergischen Verordnung vom 3. November 1770¹⁾ gegebenen Vorschriften zu beurtheilen sei? Die oberstrichterliche Bejahung dieser Frage wurde so motivirt:

„Die *VD. v. 1770* macht keinen Unterschied zwischen den Personen, welche in einem Wirthshause einen Vertrag abschließen, es hat also auch nicht darauf anzukommen, ob der Vertrag zwischen Gästen allein oder zwischen dem Wirth selbst und seinen

¹⁾ Weber, Grundsätze des Bamberger Landrechtes Theil II S. 677; Spieß, Handbuch des Bamberger Provinzialrechtes S. 202.

Gästen eingegangen wurde, und welches die Absicht der Personen gewesen sei, aus welcher sich dieselben im Wirthshause eingefunden haben. Nicht sowohl die persönlichen Verhältnisse der Kontrahenten als vielmehr die besondere Beschaffenheit des Ortes, an welchem der Vertrag beredet und zum Abschlusse gebracht wurde, haben den Gesetzgeber zu der Erlassung der erwähnten Verordnung bewogen. Die Wahrnehmungen, daß bei Zusammenkünften in den Wirthshäusern Verträge zu Stande gekommen waren, deren Rechtsgiltigkeit in der Folge durch die Einwendung angefochten wurde, daß bei jener Gelegenheit durch den Genuß der Getränke die Konsensfähigkeit beeinträchtigt, die freie Ueberlegung und Einwilligung beschränkt oder ganz gehindert worden sei, waren der Grund, aus welchem verordnet wurde, daß Verträge, welche in den Wirthshäusern eingegangen würden, vor 2 ehrlichen Männern abzuschließen seien, welche zu bezeugen hätten, daß der Handel mit beider Theile sichtbarlich guter Vernunft, folglich ohne Verauschung, geschehen sei, daß aber außerdem die Klage abzuweisen sei. Der Grund des Gesetzes, den Einwand einer Partei, bei dem Vertragsschlusse in der Trunkenheit gehandelt zu haben, sogleich von vorneherein abzuschneiden, paßt eben so gut auf den Wirth, welcher sich in seinem Wirthschaftslokale mit den Gästen in ein Rechtsgeschäft einläßt, als auf seine Gäste selbst.

Die Bestimmung der Verordnung, „daß Verträge, wenn sie an solchen Orten (in Gast-, Schenk-, Zech- und Wirthshäusern) geschehen oder nach bewandten Umständen zu geschehen hätten, vor 2 ehrlichen Männern zu Stand gebracht werden sollen“ weist zweifellos darauf hin, daß auch der Wirth, wenn er in seinem Wirthshause mit seinen Gästen Kontrakte abschließt, von dieser Vorschrift nicht ausgenommen ist.

Wollte man dem Wirth die Privilegium der Freiheit von dieser gesetzlichen Bestimmung zugestehen, so kann doch der andere Kontrahent, welcher in dem Wirthshause den Vertrag mit abgeschlossen hat, dieses Privilegium nicht für sich in Anspruch nehmen, und da es unzulässig ist, ein und dasselbe Rechtsgeschäft zu theilen und bezüglich seines Rechtsbestandes dieselbe Verordnung für den einen Kontrahenten für unanwendbar, für den andern aber für anwendbar zu erklären, so kann auch eine Ausnahme für den Wirth nicht für begründet erachtet werden.“

Es wurde dann noch ausgeführt, daß auch keiner der in der W. aufgestellten Ausnahmefälle vorliege.

DAOE. v. 20. Nov. 1866 Reg.-Nr. 40^{66/67}.
§.*

2.

Form der Denunziation der Cession (bezw. Verpfändung) einer Forderung an den debitor cessus.

A. hatte eine Forderung gegen B., welche er gegen diesen bereits eingeklagt hatte, an seinen Gläubiger C. verpfändet, worauf dieser zu den Akten jenes Prozesses in der Meinung, derselbe sei bereits rechtskräftig zu Gunsten des Klägers A. entschieden, unter abschriftlicher Anlage des gerichtlichen Protokolles, in welchem die Verpfändung erfolgt war, den Antrag stellte, den B. zu beauftragen, daß er bei Vermeidung doppelter Zahlung nicht an A., sondern nur an C. Zahlung leiste. Dieser Antrag wurde jedoch dem B. nur zur Wissenschaft mitgetheilt und C. benachrichtigt, daß über die Forderung des A. an B. noch keine Rechtskraft bestehe, sondern erst auf Beweis erkannt sei.

Als es später zum Prozesse des C. gegen B.

kam, erklärte der oberste Gerichtshof — unter Anerkennung des Grundsatzes, daß (nach gemeinem Rechte) in der Verpfändung einer Forderung eine Cession derselben liege, — jenen Vorgang im früheren Prozesse des A. gegen B. für eine genügende Anzeige von der Cession an den debitor cessus, da für eine solche Denunziation keine bestimmte Form vorgeschrieben sei, sondern es nur darauf ankomme, daß der Cessionar dem debitor cessus glaubwürdige Kenntniß von der stattgefundenen Cession verschaffe. OABGrf. v. 5. Nov. 1866 Reg.-Nr. 1169⁶⁵/₆₆.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Entschädigungsklage gegen den Eigenthümer eines fabrikmäßig betriebenen Glasschleifwerkes wegen eigenmächtiger Auflösung eines Vertrages, wodurch er sich auf eine bestimmte Reihe von Jahren verpflichtet hatte, sein Werk zu bestimmten Arbeiten für seinen Mitkontrahenten zu vertragsmäßig festgesetzten Preisen zu verwenden, gehört zum Handelsgerichte.

Michael Scheuerer zu Herrmannsried hatte mit dem Handlungshause S. Arnstein und Söhne in Fürth einen sogenannten Verpachtungsvertrag geschlossen, durch welchen er sein Glasschleif- und Polir-Werk in Herrmannsried dem gedachten Handlungshause auf 6 Jahre in der Art zur Verfügung stellte, daß er sich verbindlich machte, die sämtlichen, von diesem gelieferten rohen Spiegelgläser zu vertragsmäßig festgesetzten Preisen zu schleifen und zu poliren.

Gleichzeitig hatte Scheuerer vom Handlungshause S. Arnstein und Söhne ein Darlehen erhalten, dessen Rückzahlung in der Art bedungen

worden war, daß der in jedem Halbjahre von Scheuerer für Schleifen und Poliren von Gläsern zu Verdienst gebrachte Betrag zur Hälfte baar entrichtet, zur Hälfte als Abschlagszahlung am Darlehen abgerechnet, der am Schlusse der sechsjährigen Dauer des Vertrages (der sogenannten Pachtzeit) noch bestehende Rest aber baar bezahlt werden sollte.

Da Scheuerer am Ende Juli 1865 von diesem Vertrage einseitig zurückgetreten ist, erhob das Haus S. Arnstein und Söhne bei dem k. Handelsgerichte Regensburg am 4. Nov. 1865 Klage auf Schadensersatz in einem Betrage von 3000 fl. mit der Bitte, den Beklagten zur Zahlung dieser Summe, eventuell, da der Vertrag seit 18. August 1865 aufgelöst sei, von dieser Zeit an bis Ende Dezember 1869, dem Ablaufe der Pachtzeit, auf 53 Monate zur Zahlung von $\frac{1}{53}$ der Gesamtsumme für jeden Monat mit 56 fl. 36 $\frac{12}{53}$ fr. nebst 6 $\frac{0}{10}$ Verzugszinsen aus dem jeweils fälligen Betrage zu verurtheilen.

Ebenso wurde aus obigem Vorschusse der noch bestehende Rest von 258 fl. 47 fr. eingeklagt und gebeten, den Beklagten zu dessen Zahlung sammt Verzugszinsen zu verurtheilen.

Das Handelsgericht Regensburg wies indeß diese Klage von dort zurück, weil Beklagter nach Behauptung der Kläger die Fortsetzung des Pachtens unmöglich gemacht habe und diese nun eine Entschädigung von demselben verlangen, es sich also nicht mehr um ein Handelsgeschäft handle, auch dem Beklagten die Rolle eines Kaufmannes nicht zugestanden, und damit auf dessen Seite ein Handelsgeschäft schon an sich nicht angenommen werden könnte.

Am 30. Nov. 1865 legten die Kläger dem k. Bezirksgerichte Neunburg v./R. dieselbe Klage vor, welche hier auch zur Verhandlung ausgesetzt wurde. Nach durchgeführtem Schriftenwechsel sprach

jedoch das Bezirksgericht am 10. Nov. 1866 aus, daß der Beklagte nicht schuldig sei, vor diesem Gerichte auf die gegnerische Klage sich einzulassen, und hob in den Gründen insbesondere hervor, daß nicht ein Pachtschilling für die Ueberlassung und Benützung des Glaßschleifwerkes an die Kläger sondern ein Honorar für die geschliffenen Gläser in der Art bedungen wurde, daß sich dieses nach dem Maße der veredelten Gläser zu bestimmen hatte — ein Vertragsverhältniß, welches, da der Geschäftsbetrieb des Beklagten als ein fabrikmäßiger zu erachten ist, im Art. 272 Ziff. 1 des allg. d. Handelsgesetzbuches als eine Handelsache bezeichnet ist, deren rechtliche Differenzen durch das Handelsgericht zu entscheiden sind.

Der Anwalt des Handelshauses S. Arnstein und Söhne regte nun den Kompetenzkonflikt an, welcher nach erfolgter Instruktion dahin entschieden wurde, daß der oberste Gerichtshof das Handelsgericht Regensburg für zuständig erklärte, indem er diesen Ausspruch folgendermaßen motivirte:

Nach Inhalt des Pachtvertrages vom 9. Febr. 1864 hat zwar der Schleifwerksbesitzer Scheuerer von Herrmannsried sein Schleif- und Polirwerk daselbst mit 36 englischen Polirpföcken und 8 Wasserständen, sohin ein Immobile an das Handlungshaus S. Arnstein und Söhne zu Fürth auf 6 Jahre verpachtet.

Es ist aber für den Gebrauch des Polirwerkes kein fixer Pachtschilling bestimmt worden. Vielmehr wurde dieser in den mit dem Verpächter zugleich abgeschlossenen Dienstmiethes-Vertrag vollständig verflochten.

Denn hienach hatten die Pächter die rohen Gläser dem Verpächter in einer während der ganzen Pachtzeit immer ausreichenden Anzahl zu liefern, während dieser die bearbeiteten Gläser im polirten



Zustande den Pächtern wieder zurückzusenden hatte und nun für jedes der Gläser von einer vorausbestimmten Größe — dem sogenannten Judenmaße — 3 Kreuzer als Arbeitelohn erhielt, dann gleichzeitig für die nämliche im rohen Zustande ihm vorher zugesendete Stückzahl von derselben Größe — dem Judenmaße — 1 Kreuzer per Stück als Pacht empfing, so daß die Dienstmiethe des Scheuerer, wornach er den Pächtern bestimmte Dienste für einen in Geld festgesetzten Lohn zu leisten hatte, den wesentlichsten Vertragsbestandtheil ausmacht, da auch die Pachtvergütung nur nach Maßgabe des Bedarfes der zum Poliren ihm zu liefernden Rohgläser, somit lediglich von seinen persönlichen Dienstleistungen abhängig, gewährt worden ist.

Der Umstand, daß im Vertrage ein Immobile als Gegenstand eines Pachtens vorgeschoben wurde, kann demnach hier nicht, sondern nur die Dienstleistung des Verpächters, als die Grundlage des ganzen Vertrages in Betracht kommen.

Was nun diese Beschäftigung des Verpächters selbst betrifft, so ist sie nicht damit besetzt, rohe Materialien vollständig verarbeitet und brauchbar unmittelbar in die Hände der Konsumenten abzuliefern, wie solches Verfahren in der Regel den Kreis des Handwerkes umschließt, sondern sie erfährt nur einen Theil der Bearbeitung gewisser Materialien (hier lediglich das Poliren der rohen Gläser, um sie für anderweitige Bestimmungen derselben insbesondere als Spiegelgläser verwendbar zu machen) zu dem Zwecke, um auf solche Weise mit Hilfe des Maschinen-Mechanismus eine größere Waarenmenge zu produziren, als sonst bei handwerksmäßiger Bearbeitung derselben Gegenstände möglich wäre, so daß hienach die Beschäftigung des Verpächters vielmehr als eine fabrikmäßige sich darstellt, welche über den Umfang des Handwerkes hinausgeht.

Demzufolge muß, da Scheuerer diese Beschäftigung gewerbemäßig betreibt, seine Gewerbethätigkeit auch als ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 272 Ziff. 1 des a. d. HGB. in Betracht kommen.

Zwar handelt es sich hier nicht um Erfüllung eines Vertrages in Ansehung eines Handelsgeschäftes, sondern um Entschädigung wegen, wie behauptet wird, widerrechtlich erfolgter einseitiger Auflösung eines solchen Vertrages.

Allein nach Art. 62 des Einf.:Ges. zum allg. d. HGB. sind alle Differenzen in Bezug auf Handelsachen der Zuständigkeit der Handelsgerichte unterstellt, wobei es der Natur der Sache nach gleichgiltig erscheint, ob sie unmittelbar aus dem betreffenden Handelsgeschäfte entstanden sind oder als nothwendige Folge desselben sich ergeben; es kann demnach vorliegend in keiner Hinsicht gegen die handelsgerichtliche Zuständigkeit ein Bedenken aufkommen.

Eine Aenderung dieses Rechtsverhältnisses vermag aber auch dadurch nicht begründet zu werden, daß mit dem erwähnten Pachtvertrage zugleich ein Darlehensgeschäft zwischen den Kontrahenten abgeschlossen wurde, und nun ein Restbetrag dieses Darlehens von den Pächtern zugleich mit eingeklagt wird, da auch dieses Rechtsgeschäft in Ansehung der Lösung desselben ganz mit den Pachtbestimmungen verwoben und überdies der Verpächter dem Obigen gemäß auch als Kaufmann nach Art. 4 des a. d. HGB. zu erachten ist, dessen Verträge überhaupt selbst im Zweifelsfalle gemäß Art. 274 daselbst als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig gelten.

Entf. d. OGH. v. 8. Febr. 1867, UB. Nr. 58.

— f —

Verichtigung:

§. 1 B. 6 v. u. statt: „derselben“ lies: „desselben“.

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: Ueber die Regresspflicht der Notare im Allgemeinen und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen Rechtsfalles. (Fortf.) — Mangel an Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen Erklärung. Einrede des Zeitraumes. Art. 14 des Notarstatutgesetzes. — Die Administration eines Familienfideikommisses nach §. 71 und 72 der VII. Verfassungsbekanntmachung kann nicht durch freiwillige Unterwerfung des Fideikommissbesizers unter dieselbe verbeizugsfähig werden. — Wenn der Beklagte vom Kläger als Ausländer Kautionsverlangt, ohne sich in der Hauptsache einzulassen, so treffen ihn die Kontumazialfolgen selbst dann nicht, wenn der Kautionsantrag verworfen wird. — Nachdem bezüglich einer That, welcher ein beurlaubter Soldat allein verdächtig ist, der militärische Untersuchungsrichter ausgesprochen hat, daß er keinen Grund zur Einleitung einer Voruntersuchung wegen Verbrechens oder Vergehens Andre, kann der betreffende Einzelrichter seine Zuständigkeit nicht mehr wegen angeblich vorliegenden Thatbestandes eines Vergehens ablehnen.

**Ueber die Regresspflicht der Notare im Allgemeinen
und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen
Rechtsfalles.**

(Fortsetzung.)

II.

Von den im I. Abschnitte aufgestellten Grundsätzen weicht die gerichtliche Entscheidung eines jüngst vorgekommenen Rechtsfalles so vielfach und so wesentlich ab, daß wir denselben mittheilen und prüfen wollen.

Der Fall, welcher zur leichteren Veranschaulichung in möglichster Vereinfachung und mit Abrundung der betreffenden Summen gegeben wird, ist folgender:

Der Notar F. hatte von einem Bezirksgerichte den Auftrag erhalten, ein Anwesen im Exekutionswege zu versteigern, und zwar ohne besondere Bedingung, sondern lediglich unter Beobachtung der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen.

Auf diesem Anwesen waren nachstehende Posten in der hier aufgeführten Reihenfolge hypothekarisch versichert.

Neue Folge XII. Band.



A. mit Kapital	11,200 fl.
B. mit einem lebenslänglichen Naturalaus- strage und dem hiefür bestellten Kautionskapitale von	4,800 fl.
C. mit Kapital	1,500 fl.
D. " "	1,600 fl.
E. " "	400 fl.
F. " "	2,000 fl.
	<hr/> Summa 21,500 fl.

Nachdem die erste Versteigerung erfolglos geblieben war, legte bei der zweiten, bei welcher der Notar erklärte, daß der Käufer unabhängig vom Meistgebote den Naturalausstrag des B. fortentrichten müsse, der Gläubiger C das Meistgebot von 16,000 fl., um welches ihm das Anwesen auch adjubizirt würde, und zwar ohne Ueberbürdung des erwähnten Ausstrages, weil die Verbindlichkeit des Käufers zur Uebernahme desselben in das Versteigerungs-Protokoll nicht aufgenommen war, dieses vielmehr ausdrücklich sagte, daß der Käufer das Anwesen schuld- und hypothekefrei erhalte, weshalb dieser auch die Verbindlichkeit zur Fortentrichtung des Ausstrages anzuerkennen und zu erfüllen verweigerte.

Als der Notar dieses erfuhr, machte er dem Gerichte die Anzeige, daß er die Bedingung der Ausstrags-Uebernahme den Steigerern mehrmals bekannt gegeben, die Aufnahme dieser Bedingung in das Versteigerungsprotokoll aber als unnöthig deshalb unterlassen habe, weil der Ausstrag als Real-last zu betrachten sei, und als solche schon selbstverständlich mit dem Gute auf den Käufer übergehe.

Als aber der Käufer nichts desto weniger bei seiner Weigerung blieb, stellten D., E. u. F. gegen den Notar auf Bezahlung ihrer Kapitalien gerichtliche Klage, welche sie darauf gründeten, daß bei

der Versteigerung von den anwesenden Steigern in Gegenwart und unter Mitwirkung des Notars das Uebereinkommen getroffen worden sei, daß der Naturalaustrag für B. unabhängig vom Streichschillinge in der bisherigen Weise fortentrichtet werden müsse, daß aber der Notar von diesem Uebereinkommen im Versteigerungsprotokolle keine Erwähnung gemacht habe, in dessen Folge das Anwesen dem C. ohne obige Bedingung adjudiziert worden, und zu ihrer, der Kläger, Befriedigung nach Zurückbehaltung der zur Deckung des Austrages erforderlichen 4800 fl. eine Masse nicht mehr verblieben sei.

Auf diese Klage wurde der Notar durch sämtliche Instanzen verurtheilt, dem D. 1600 fl., dem E. 400 fl. und dem F. 1300 fl. gegen Abtretung der Rechte derselben an dem zurückgehaltenen Austragskautionskapitale von 4800 fl. zu bezahlen.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe ¹⁾ (die Gründe der Vorinstanzen sind dem Einsender unbekannt) sagen Folgendes:

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn die in der Klage behauptete Bedingung nicht gesetzt worden wäre, die Kläger in Kraft der durch den früheren Eintrag im Hyp.-Buche begründeten Priorität des Naturalaustrages, und weil das dem öffentlichen Verkaufe unterstellte Anwesen frei von den darauf haftenden Hypotheken auf den neuen Erwerber überzugehen hatte (Hyp.-G. §. 76 Nr. 6 und §. 81), die Sicherung des Naturalaustrages durch eine vom Kaufschillinge abzuziehende Kapitalsumme nicht hindern konnten, und Befriedigung aus letzterer erst dann hätten aussprechen können, wenn der Rechtsgrund für Fortentrichtung des Austrages erloschen wäre; und eben so gewiß ist, daß der Notar weder in den ihm vom Prozeßgerichte gegebenen Verstei-

¹⁾ OABG. v. 17. Nov. 1866 Reg.-Nr. 944⁸⁶/66.

gerungs-Direktiven noch im Gesetze selbst eine Veranlassung hatte, jene Bedingung der Uebernahme des Austrages von Seite des Steigerers in das Versteigerungsprotokoll aufzunehmen; — allein, nachdem diese Bedingung in der Versteigerungstagsfahrt zur Sprache gebracht worden war, so durfte im Protokolle davon nicht Umgang genommen werden.

Hier ist nun ganz gleichgiltig, ob der Notar jene Bedingung aus eigenem Antriebe oder aus Veranlassung der Steigerungsinteressenten setzte. Durch Aufstellung dieser Bedingung hat er nicht bloß bei den Steigerungslustigen, sondern auch bei den theiligten Gläubigern die Meinung hervorgerufen, daß der gesammte Streichschilling für die eingetragenen Gläubiger verwendet, der Naturalaustragsberechtigte aber an den Steigerer verwiesen bzw. die Austragsrechte auf dem zu verkaufenden Gute, wie bisher, forthaten würden.

In dieser durch die Aeußerung des Notars hervorgerufenen Meinung hatten die nach dem Austragsberechtigten im Hyp.-Buche eingetragenen Gläubiger keine Veranlassung, durch Mitsteigern einen höheren Kaufpreis zu erzielen oder das Einlösungsrecht auszuüben, sofern das erzielte Meistgebot ohne Rücksicht auf den Austrag zur Deckung ihrer Forderungen ausgereicht hätte. Die Feststellung jener Bedingung war somit von hoher Wichtigkeit für die Kläger. Indem nun der Notar die Aufnahme dieser so wichtigen Bedingung in das Versteigerungs-Protokoll unterließ und dadurch veranlaßte, daß der Käufer die nur mündlich gesetzte Bedingung nicht erfüllte, die Fortentrichtung des Naturalaustrages verweigerte, hat er sich ein Versehen zu Schulden kommen lassen, welches seine Haftungsverbindlichkeit nach Not.-Ges. Art. 46 zur Folge hat. Vgl. WC. Kap. XVI §. 3 und Anmerk., dann Scuffert's Komm. hiezu.

Daß jene Bedingung, sollte sie für die Stei-



gerer eine rechtsverbindliche Wirkung haben, in die Notariatsurkunde aufgenommen werden mußte, kann nach Not.-Ges. Art. 14 keinem Zweifel unterliegen. Denn die Versteigerung, welche der Notar in Kraft des richterlichen Auftrages als Zwangsveräußerung vornimmt, hat die Natur eines Kaufvertrages, welcher von dem erequirenden Gerichte mit dem das Meistgebot legenden Steigerer über das Eigenthum der zu veräußernden unbeweglichen Sache durch Vermittelung des Notars abgeschlossen wird. Solche Verträge sind aber, wie alle darauf bezüglichen, das dingliche Recht an der unbeweglichen Sache betreffenden Vereinbarungen nichtig, wenn sie nicht durch die Notariatsurkunde konstatirt sind.

Nachdem nun die vom Notar errichtete Versteigerungsurkunde jene Bedingung nicht enthält, nachdem weiter gleichgiltig ist, ob der Notar sich bei Aufstellung der Bedingung in einem Irrthume befand, da es, wie gezeigt, für seine Haftungsverbindlichkeit genügt, daß er durch jene Aufstellung die Kläger zu einer für sie schädlichen Unterlassung verleitete, so erscheint die in den Vorinstanzen geschehene Verurtheilung des Notars vollkommen gerechtfertigt.“

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Mangel an Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen Erklärung. — Einrede des Irrthumes. — Art. 14 des Notariatsgesetzes.

G. K. cedirte an J. H. eine Hypotheksforderung von 4976 fl. und erklärte sich nach Inhalt des über die Cession aufgenommenen Notariats-Instrumentes haftbar für die Bonität der Forderung.

Nachdem sich diese als uneinbringlich herausgestellt hatte, klagte der Cessionar gegen den Cedenten auf Schadloshaltung, wogegen letzterer erinnerte, er habe eine Haftung für die Güte der Forderung nicht übernommen, und habe die Notariatsurkunde erst dann unterschrieben, nachdem ihm der Notar auf ausdrückliches Befragen erklärt hatte, daß die in der Urkunde erhaltene Stelle: „unter Haftung für Existenz, Liquidität und Bonität der Forderung“ nur die Bedeutung habe, daß die Hypothek richtig sei.

Diese Einwendung wurde von allen drei Instanzen verworfen. Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Unzweifelhaft können auch die in Gemäßheit des Art. 14 des Notariatsgesetzes errichteten Urkunden mit der Einrede des Irrthumes angefochten werden; nur wird hiezu nach Zbl. IV Kap. I §. 25 des hier zur Anwendung kommenden bayert. Landesrechtes ausdrücklich erfordert, daß der Irrthum nicht von einem Dritten, sondern von dem gegentheiligen Kompaziszenten dolo vel culpa veranlaßt sei, indem derselbe sonst mehr dem Irrenden als einem Anderen zur Last fällt.

In solcher Art muß daher die Einrede des Irrthumes substantzirt sein.

Belanglos ist also das allenfallsige pflichtwidrige Verhalten des amtirenden Notars, weil dieser gegenwärtig nicht verklagt ist, sondern nur als Dritter erscheint, und weil der von einem Dritten veranlaßte Irrthum hier eine Berücksichtigung nicht finden kann.

Im Uebrigen reduziert sich das zur Begründung der Einrede des Irrthumes und Betruges Vorgebrachte lediglich auf die Behauptung:

„daß der Beklagte bei Aufnahme der Stelle der Notariatsurkunde:

„„unter Haftung für Existenz, Liquidität und Bonität der Forderung““
 den amtierenden Notar um Erklärung dieser Ausdrücke gefragt und von diesem die Antwort erhalten habe, deren Bedeutung gehe dahin, daß die Hypothek richtig sei, welche Aeußerung des Beklagten und Erklärung des Notars der Kläger gehört habe, ohne ihnen entgegenzutreten.“

In diesem Vorbringen lassen sich jedoch genügende Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger den Irrthum des Beklagten dolose vel culpose veranlaßt habe, mit Sicherheit nicht erblicken.

Weder der Wortlaut noch der Sinn des Vorbrachten deutet darauf hin; und wenn auch nach fr. 7 §. 9 de pactis (2, 14) derjenige, welcher den Irrthum des anderen Kontrahenten kennt, solchen aber nicht hebt, sondern zu seinem Vortheile benützt, eben dadurch betrügerisch handelt, so fehlt es hier doch immerhin an solchen Merkmalen eines Betruges.

Beklagter behauptet nicht, daß Kläger in arglistigem Einvernehmen mit dem Notare gestanden sei und absichtlich dessen unrichtige Auslegung herbeigeführt habe.

Ebensowenig erhellt aus dem Exzeptionsvortrage, daß Kläger den Irrthum des Beklagten wohl kannte und solchen, um hieraus Vortheil zu ziehen, absichtlich nicht beseitigte.

Das bloße Schweigen des Klägers zu obigem Vorgange kann auch einen anderen Grund gehabt haben und ist überhaupt nicht geeignet, den Kläger zu verdächtigen, da dieser zur Belehrung seines Mitkontrahenten nicht verpflichtet war, es vielmehr Sache einer jeden Partei ist, ihre Rechte zu wahren und sich nöthigenfalls bei Rechtsverständigen Rath zu erholen.

Demgemäß ist die Einrede des Irrthumes

nicht genügend substantiirt und kann daher auch nicht zum Beweise ausgesetzt werden.“

OABG. v. 13. Nov. 1866 Reg.-Nr. 58⁶⁶,₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Vorstehens des Erkenntniß führt zu erheblichen Bedenken. Man vermißt die nöthige Unterscheidung zwischen zwei wesentlich verschiedenen Dingen, nemlich zwischen dem Willen und dessen Erklärung, zwischen der Eingehung und der Beurkundung des Rechtsgeschäftes. Die Sache ist so behandelt, als ob Beklagter vorgebracht hätte, er habe zwar die Haftung für die Güte der Forderung übernommen, sei aber hiezu durch einen vom Notar in ihm erzeugten Irrthum veranlaßt worden; in welchem Falle nach P.R. Thl. IV Kap. I §. 25 dann gleichwohl, je nachdem der Notar betrüglich gehandelt hätte oder nicht, zunächst dieser allein dem Beklagten haftbar geworden, oder letzterer für seinen Irrthum sich selbst verantwortlich geblieben wäre.

Allein die Sache verhält sich ganz anders.

Der Beklagte widerspricht ausdrücklich, die Haftung pro nomine bono übernommen, und behauptet, die Urkunde erst dann unterschrieben zu haben, nachdem er den Notar über die Bedeutung der gebrauchten Fremdwörter befragt und hierauf die Erklärung erhalten hatte, daß dieselben nur die Haftung für die Richtigkeit der Hypothek bezeichnen.

Besteht dieser Hergang in Wahrheit, so ergibt sich, daß dem Beklagten der Wille gemangelt habe, seine Haftbarkeit pro nomine bono durch die Unterschrift der Urkunde zu erklären.

Wenn also der Beklagte nicht bezweckt, eine thatsächlich übernommene Haftung vermöge der civilrechtlichen Wirkungen des Irrthumes rückgängig oder unschädlich zu machen; wenn seine Verteidigung vielmehr dahin geht, zu zeigen, daß es an der nöthigen Uebereinstimmung zwischen dem



wahren Willen und dessen urkundlicher Erklärung mangle, daß der Wille, welcher nach dem an der Urkunde gebrauchten Ausdrucke anzunehmen wäre, in der That gar nicht vorhanden gewesen sei, so ist von einem die Eingehung des Rechtsgeschäftes veranlassenden Irrthume, für welchen allein die Vorschriften der angezogenen Landrechtsstelle gelten, hier gar nicht die Sprache, sondern es handelt sich um einen derjenigen Fälle, welche, weil sie eigentlich außer dem Gebiete der Lehre vom Irrthume liegen, und weit bei ihnen der Irrthum nur ein begleitender Umstand, der positive Grund des Schutzes aber die bloße Abwesenheit des Willens ist, Savigny im Syst. d. heut. röm. R., Bd. III S. 263 u. 440 (siehe auch Bl. f. RA. Bd. VII S. 268), als Fälle des unächtigen Irrthumes bezeichnet.

Die Behandlung dieser Fälle, welche von den Fällen des ächten Irrthumes sorgfältig zu trennen sind, kann je nach den Umständen eine verschiedene sein; im vorliegenden Falle ist die Sache (Savigny a. a. O. S. 267) einfach und klar.

Das Dasein des Willens, dessen Abwesenheit der Beklagte behauptet, ist hier durch die Notariatsurkunde bewiesen, und es ist demnach dem Beklagten als Bedingung des Rechtssieges die Aufgabe gestellt, die Beweisraft dieser Urkunde zu zerstören.

Hierzu genügt nach dem bestehenden Prozeßrechte, dessen Grundsätze hier allein entscheiden, der Nachweis, daß, wie Beklagter behauptet, der Inhalt der Urkunde im fraglichen Punkte unwahr und die Unterschrift derselben durch eine falsche Erklärung dieses Inhaltes herbeigeführt, sohin gleichsam erschlichen sei; und es hat hiebei nicht noch darauf anzukommen, ob das Mißverständniß bezüglich des gebrauchten Ausdruckes durch den Notar oder den



Kläger oder durch beide, ob dasselbe mit oder ohne dolus vel culpa bewirkt worden und ob es vom Beklagten mit Leichtigkeit hätte vermieden werden können.

Demgemäß dürfte die Vertheidigung des Beklagten keineswegs mangelhaft substanzirt sein und derselbe gerechten Anspruch gehabt haben, zum Gegenbeweise, welcher hier durch Art. 14 des Not.-Gesetzes sicher nicht ausgeschlossen wäre, dahin zugelassen zu werden:

„daß er bei Aufnahme der Notariatsurkunde den Willen, für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung zu haften, nicht erklärt und die Urkunde erst dann unterschrieben habe, nachdem ihm der Notar auf Befragen erklärt hatte, daß der in derselben vorkommende Ausdruck:

„unter Haftung für Existenz, Liquidität und Bonität der Forderung“

nur jene Haftung für die Richtigkeit der Hypothek bezeichne.“ — —

Der hier mitgetheilte Fall ist an sich ohne rechtswissenschaftliches Interesse; er erhält aber dasselbe durch die dabei zur Anwendung gebrachten Grundsätze, aus deren fortgesetzter Uebung mancherlei Gefahren entspringen müßten.

Inßbesondere aber drängt sich die Frage auf, ob denn die Handlungen des Notars, als des zu seinem Vertrauensamte vom Staate berufenen, übrigens durch die freie Wahl der Parteien herangezogenen, gesetzlichen Organes, aus dessen Munde beide Kontrahenten sprechen, ohne Weiteres d. h. ohne nähere Begründung aus den Eigenthümlichkeiten eines konkreten Falles als Handlungen eines Dritten betrachtet und deshalb aus dem zwischen den Kontrahenten entstandenen Rechtsstreite als nicht hieher gehörig weggewiesen werden dürfen?

Rm.



2.

Die Administration eines Familienfideikommiſſes nach §. 71 und 72 der VII. Verfaſſungsbeilage kann nicht durch freiwillige Unterwerfung des Fideikommiſſbeſizers unter dieſelbe herbeigeführt werden.

Obiger Satz wird in einem oberſtrichterlichen Erkenntniſſe durch nachſtehende Erwägungen begründet:

Dem Beſizer eines Familienfideikommiſſes ſtehen alle Rechte eines Nutzungseigenthümers zu. Es iſt ihm daher ohne Genehmigung des Fideikommiſſgerichtes zwar kein Eingriff in die Subſtanz des Fideikommiſſes und keine Belaſtung deſſelben mit Schulden geſtattet, in der Verwaltung und dem Genuſſe deſſelben iſt er dagegen im Allgemeinen ſo wenig beſchränkt, wie der wahre Eigenthümer (§. 44 deſ Ediktes über die Familienfideikommiſſe).

Die §§. 71 und 72 dieſes Ediktes erklären es zwar für zuläſſig, daß das Fideikommiſſ von dem Gerichte in Administration geſetzt werde, aber nur auf Anruſen der Intereſſenten oder des Fideikommiſſvertreterers wegen erwieſener übler Wirthſchaft des Beſizers oder wegen Nichterfüllung ſeiner darauf haftenden Leiſtungen.

Nicht auf Grund einer dieſer Vorausſetzungen wurde aber hier die Einleitung einer Administration beantragt, ſondern von dem Fideikommiſſbeſizer ſelbſt, welcher ſich der ihm zuſtehenden Verwaltung freiwillig entſchlagen und nur aus dieſem Grunde eine Administration durch zwei der damit einverſtandenen Anwärter eingefezt wiſſen will, welche indessen nothwendig eine gerichtliche nach Art einer vormundſchaftlichen Vermögensverwaltung ſein müßte.

Dieſen Fall hat das Fideikommiſſedikict nicht vorgeſehen und ebensowenig das hieher gehörige durch

dieſes Edikt übrigenſ ſ ohnehin vielfach abgeänderte Kapitel X Th. III deſ bayer. Landrechtſ.

Es iſt jedoch nicht zu bezweifeln, daß eſ außer den in dieſen Spezialgeſetzen ausdrücklic erwähnten Fällen auch noch andere gibt, in welchen die Administration eineſ Familienfideikommiſſeſ einzutreten hat, wie z. B. wenn der Beſitzer unfähig iſt, die Verwaltung zu führen. Für ſolche Fälle ſind aber lediglic die allgemeinen geſetzlichen Beſtimmungen und ſo inſbeſondere die Vorſchriften maßgebend, nach welchen unter gewiſſen Vorausſetzungen eine obervormundſchaftliche Obſorge durch die Behörden deſ Staatſeſ einzutreten hat.

Dieſe iſt aber auf die eigentlichen Kuratelfälle beſchränkt und ſetzt ſtetſ eine vorgängig Unterſuchung und Konſtatirung deſ Zuſtandeſ deſjenigen voraus, um deſſen Perſon oder Vermögenſverwaltung eſ ſich handelt. Eine ſolche Unterſuchung provoziren zu wollen, iſt aber der Antragſteller weit entfernt. Seine freiwillig Entſchlagung der Verwaltung ſoll genügen, die von ihm beantragte Administration herbeizuführen.

Allein eine freiwillig Begebung unter Kuratel, auf welche die Beſchwerdeſchrift hinweiſt, kennt weder daſ bayeriſche Landrecht, noch daſ ſubſidiär zur Anwendung kommende gemeine Recht. Wenn dieſelbe hie und da vorkommt, ſo beruht dieſelbe entweder auf einem bloßen Privatübereinkommen, wodurch daſ Gericht alſ obervormundſchaftlic Behörde überhaupt nicht mit der Sache befaßt wird (vgl. oberſtr. Erf. in Bd. XXI S. 477 der Bl. f. RA.), oder ſie iſt nur ſcheinbar eine ſolche, weil etwa die Rotorietät einer näheren Unterſuchung und Konſtatirung überhebt, und jedenfalls kann keine Verpflichtung der Gerichte beſtehen, ſich der obervormundſchaftlichen Kontrolle einer Vermögenſverwaltung lediglic auf Grund einer freiwillig Begebung

zu unterziehen. Denn wohin ſollte eſ führen, wenn eſ jedem Privaten beliebig freiftünde, ſich der Verwaltung ſeines Vermögens zu entſchlagen und die Auſſicht und Kontrolle derſelben mit der damit verbundenen Verantwortlichkeit und Haftung den Behörden des Staates zuzufchieben?

Da, wo eſ ſich nicht um die Subſtanz eines Familienfideikommiſſes, ſondern nur um die dem Fideikommiſſbeſitzer zuſtehende Verwaltung deſſelben handelt, ſteht aber derſelbe, abgesehen von den in dem Fideikommiſſedikte ſpeziell vorgesehenen Fällen und von der durch die Fideikommiſſeigenſchaft begründeten Kompetenz eines höheren Gerichtes, mit jedem anderen Privatmanne auf gleicher Stufe.

Das I. Appellationsgericht hat daher die lediglich auf Grund einer freiwilligen Begebung beantragte Einleitung einer Administration mit Recht abgelehnt.

In der Beſchwerdeſchrift wird zwar auch geltend gemacht, daß nach dem geſtellten Antrage auch die Vorausſetzungen des Artikel 72 des Fideikommiſſediktes als gegeben anzunehmen ſeien; allein ein Vorſchreiten auf den Grund dieſer Geſetzesſtelle würde einen förmlichen Antrag der Betheiligten, ſei eſ der Gläubiger oder der Anwärter, vorausſetzen, und ein ſolcher kann in dem bloßen Einverständnis der letzteren mit dem geſtellten Antrage um ſo weniger gefunden werden, als in demſelben eines mehrjährigen Zurückbleibens mit Zinszahlungen zwar erwähnt, aber hieraus keinerlei Konſequenz gezogen, vielmehr eine zufriedenſtellende Ordnung dieſer Angelegenheit für die Zukunft in Auſſicht geſtellt wird.

Wenn endlich in der Beſchwerdeſchrift noch vorgebracht wird, daß man auf Umwegen, nämlich durch Dereliktion oder ſchlechte Administration oder unbegründete Anſchuldigung und fiktives Zugeständniß einer ſolchen doch wieder dahin kommen könne, daß die Anwärter oder Fideikommiſſvertreter den §. 71

des Ediktes zur Anwendung brächten, so ist hierauf nur zu erwidern, daß die Möglichkeit einer Umgehung der Befehle den Richter von der Anwendung derselben nicht abhalten darf.

DAÖGrf. v. 3. Dez. 1866 Nr. 1204⁶⁵₁₆₆
11.

3.

Wenn der Beklagte vom Kläger als Ausländer Kautions verlangt, ohne sich in der Hauptsache einzulassen, so treffen ihn die Kontumazialfolgen selbst dann nicht, wenn der Kautionsantrag verworfen wird.

Bat. Bd. V S. 134.

Obige Entscheidung hat der oberste Gerichtshof so motivirt:

„Im Prozeßgesetze vom 22. Juli 1819 §. 8 Nr. I ist vorgeschrieben, daß der Beklagte vor Leistung der einem Ausländer gegenüber verlangten Prozeßkostenkaution nicht schuldig ist, auf die Klage zu antworten. — Die Ansicht, daß durch die Bestimmung des §. 24 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837, wonach der Beklagte die Einlassung auf die Klage nur dann verweigern darf, wenn er eine gerichtsablehnende Einrede vorzubringen hat, obige Gesetzesstelle der Novelle vom Jahre 1819 außer Wirksamkeit gesetzt sei, ist irrig. Denn das Gesetz vom Jahre 1837 enthält keine Bestimmung, wonach der §. 8 Nr. I des Gesetzes vom Jahre 1819 aufgehoben wäre; im Gegentheile sind im §. 27 jene Einreden genau bezeichnet, welche bei Strafe des Ausschlusses zugleich und auf einmal vorgebracht werden müssen, worunter Einreden in der Hauptsache bei dem durch den Kautionsantrag herbeigeführten Zwischenverfahren nicht begriffen sind.

Demnach ist die Bestimmung des §. 8 Nr. I der Novelle von 1819 auch heut zu Tage noch gültig, und die Ansicht im Kommentar von Seuffert Bd. II S. 323 Note 6b und Blätter für RA.

Bd. VI S. 70 Note 6, daß, wenn die exceptio cautionis ohne Grund entgegengesetzt wurde, dieselbe Folge wie bei anderen Präjudizialeinreden eintritt, hat die Praxis nicht für sich.“

DAZ. v. 9. Nov. 1866 Nr. 1181^{65/66}.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Nachdem bezüglich einer That, welcher ein beurlaubter Soldat allein verdächtig ist, der militärische Untersuchungsrichter ausgesprochen hat, daß er keinen Grund zur Einleitung einer Voruntersuchung wegen Verbrechens oder Vergehens finde, kann der betreffende Einzelrichter seine Zuständigkeit nicht mehr wegen angeblich vorliegenden Thatbestandes eines Vergehens ablehnen¹⁾.

Wegen eines am 10. Sept. 1866 im Fiedler'schen Wirthshause zu Teuschnitz von mehreren beurlaubten Soldaten verübten Exzesses, wobei die öffentliche Ruhe gestört und der zur Herstellung der Ordnung einschreitende Gemeinbediener Georg Müller überfallen und durch einen Faustschlag am Auge verletzt wurde, war vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Kronach Voruntersuchung eingeleitet, die Sache aber, da sich der Verdacht wegen der an dem Gemeinbediener verübten Gewaltthätigkeit ausschließlich gegen den beurlaubten Soldaten Mathäus Förtisch gerichtet hatte, an das k. 13. Infanterie-Regiment abgegeben worden, welches jedoch die Untersuchungsführung ablehnte, weil nicht ein Vergehen nach Art. 138 des StGB., sondern nur eine Uebertretung der Mißhandlung vorliege, wegen deren die Aburtheilung des beurlaubten Soldaten dem bürgerlichen Gerichte zustehe.

¹⁾ Vergl. hiezu Bl. f. N. Bd. XXX S. 25 und im Ergänzungsbd. zu Bd. XXXI u. XXXII Nr. CLXXXV der älteren Serie von Kompetenzkonfliktentscheidungen.

Das kgl. Landgericht Ludwigstadt, bei welchem der Vertreter der Staatsanwaltschaft gegen sämtliche Exzedenten Strafantrag gestellt hatte, sprach nach Verhandlung der Sache mit Urtheil vom 28. Nov. 1866 seine Unzuständigkeit wegen vorliegenden Thatbestandes eines Vergehens aus und beschloß die Anregung eines Kompetenzkonfliktes.

Bei Entscheidung desselben sprach sich der oberste Gerichtshof für die Kompetenz des k. Landgerichtes Ludwigstadt aus, und zwar in Erwägung, daß grundsätzlich die Prüfung, ob nach Beschaffenheit der That Veranlassung zur Eröffnung einer Voruntersuchung gegeben sei, der Zuständigkeit des betreffenden Untersuchungsrichters anheimgegeben ist, weshalb auch das einschlägige k. Regiment, indem es nach seiner Auffassung des Sachverhaltes den Thatbestand eines Vergehens für nicht gegeben erachtete und aus diesem Grunde zur Einleitung einer Untersuchung nicht veranlaßt zu sein glaubte, sich nicht für unzuständig erklärt, sondern innerhalb seiner Zuständigkeit die That nach ihrer materiellen Seite gewürdigt hat;

In Erwägung, daß gegenüber dieser kompetenzmäßigen Entscheidung der Militärbehörde das kgl. Landgericht Ludwigstadt nicht berufen war, in eigener Kompetenz zu erwägen, ob die vom zuständigen Militärrichter über die Vergehenseigenschaft der That ausgesprochene Ansicht als die richtige erscheine oder nicht, sondern als Strafgericht in Uebertretungssachen sich nur noch mit der Frage zu befassen hat, ob und in wie weit die gegen den beurlaubten Soldaten Matthäus Förttsch und Genossen angezeigte That wenigstens mit einer Uebertretungsstrafe beahndet werden könne.

Erf. d. OGH. v. 11. Febr. 1867, UB. Nr. 74.

— f —

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: Ueber die Regreßpflicht der Notare im Allgemeinen und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen Rechtsfalles. (Schluß.) — Zur Lehre von der *actio legis aquiliana* und der *actio de pauperie* bei Beschädigung eines Menschen durch ein Thier. Kompensation der culpa. — Verjährung der *actio empti*, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem keltischen Rechte gestellt sein könnte. Gemeines und bayerisches Recht. — Wo sind die Rekluse der Staatsdiener wegen Disziplinarverfügungen einzureichen? — Die Strafabwehrung der bürgerlichen Verträge gegen einen Soldaten, welcher als vermeintlicher Verräther gemeinschaftlich mit einer weiblichen Person in Untersuchung gezogen worden ist, kann, wenn auch der Stand des Soldaten erst nach Einstellung des Strafverfahrens gegen die Person ermittelt worden ist, dem Militärgerichte noch genehmigt werden.

Ueber die Regreßpflicht der Notare im Allgemeinen und mit besonderer Betrachtung eines jüngst entschiedenen Rechtsfalles.

(Schluß.)

III.

Die außerordentliche Strenge, mit welcher hier der Notar behandelt wurde, ist mit dem Gesetze und namentlich mit der vom obersten Gerichtshof selbst angeführten Gerichtsordnung Kap. XVI §. 3 (und dem gleichfalls citirten Seuffert'schen Commentare) kaum vereinbar.

Im Hinblick auf Hyp.-Ges. §. 99 Nr. 2, §. 137 und Prior.-Ordn. §. 12 Nr. 3 u. 9 (vgl. Hyp.-Ges. §. 22 Nr. 5 und Instr. §. 16 u. 28 Nr. 5, dann Bödner's Komm. Bd. I S. 261, 496 u. 571) beruht die Ansicht des Notars, nach welcher der Ausstrag als Reallast zu betrachten wäre, allerdings auf einem Rechtsirrtum. Wenn aber vorzügliche Schriftsteller des deutschen Privatrechts den Ausstrag seiner Natur nach als Reallast erklären; wenn der oberste Gerichtshof (Bl. f.

Neue Folge XII. Band.



RA. Bd. XXV S. 397) zugeben muß, daß über die rechtliche Natur des Austrages unter den Rechtslehrern verschiedene Ansichten bestehen, und wenn er (Bl. f. RA. XII S. 14) in Ermangelung eines unmittelbaren Ausspruches des Gesetzes erst durch Vergleichung verschiedener Gesetzstellen zu dem Schlusse gelangt, daß der Austrag nach bayer. Gesetzgebung nur als persönliche Leistung anzusehen sei; wenn sich ein durch seine Rechtskenntnisse hervorragendes Mitglied des obersten Gerichtshofes veranlaßt sah, über diese Frage (Bl. f. RA. Bd. XII S. 12) eine besondere Erörterung zu schreiben und dabei die Rechtsansicht derer anzuführen, welche behaupten, daß der Austrag auch im bayer. Gesetze als ein seiner Natur nach dingliches Recht betrachtet sei; und wenn überdies das bayer. LR. (nach diesem war der vorliegende Fall zu entscheiden) im Th. IV Kap. VII §. 15 Nr. 4, wo von der Nothwendigkeit der Erholung des grundherrlichen Konsenses gehandelt wird, den Austrag in unmittelbarer Verbindung mit den Grunddienstbarkeiten anführt, und mit denselben auf gleichem Fuße behandelt, was sehr wohl zu der Vermuthung führen kann, daß der Austrag hier als Reallast gedacht sei, so ist jener Irrthum des Notars gewiß ein sehr verzeihlicher und es stünde ganz gut um die Rechtspflege in Bayern, wenn — auch die Obergerichte nicht ausgenommen — keine schwereren Sünden begangen würden.

Gewöhnlich werden die Reallasten, weil sie als Eigenschaften des Kaufobjektes mit diesem übergehen, vom Versteigerungskommissär (Ödner's Rom. z. GB. Bd. I S. 570) den Kauflustigen zur Kenntniß gebracht, damit dieselben hienach ihre Angebote einrichten können; es war also vom Notar, der nun einmal den Austrag als Reallast betrachtete, ganz consequent gehandelt, wenn

er erklärte, daß der Käufer den Ausdrag neben Entrichtung des Meistgebotes zu leisten habe; und ebenso war es lediglich eine Konsequenz seiner Rechtsansicht, wenn er diese Erklärung nicht in das Versteigerungsprotokoll aufnahm, und in demselben den schuld- und hypotheksfreien Uebergang des Gutes konstatarie, weil es weder nöthig noch gebräuchlich ist, der Uebernahme der Reallasten im Versteigerungsprotokolle besonders zu erwähnen, und weil nach der Rechtsansicht des Notars der Ausdrag keineswegs als Hypothekschuld, sondern in der Eigenschaft einer Reallast übergehen sollte.

Demnach reduzirt sich Alles, was der Notar gefehlt hat, auf den bezeichneten und, wie gezeigt, sehr verzeihlichen Rechtsirrtum, und es ist daher in seinem ganzen Verfahren jener Verschuldungsgrad, welcher zur Begründung einer Negreßverbindlichkeit nach *GD. Kap. XVI §. 3* erforderlich wäre, nicht aufzufinden.

Aber selbst angenommen, daß dieses Verfahren den Vorwurf der größten culpa verdiene, wäre die Beurtheilung des Notars noch immer nicht gerechtfertigt.

Die Erklärung desselben hinsichtlich der Ausdragsübernahme läßt sich nach zwei verschiedenen Gesichtspunkten auffassen, nämlich als bloße Aeußerung seiner persönlichen Rechtsansicht, oder als förmliche Versteigerungsproposition.

Im ersteren Falle ist die Sache höchst einfach. Denn die Aeußerung einer Rechtsansicht hat ebenso wenig als ein bloßer Rath einen obligatorischen Charakter.

Niemand hatte sich an die subjektive Meinung des Notars zu kehren, und jeder der Betheiligten war verbunden, sein Rechtsverhältniß unabhängig von dieser Meinung selbst wahrzunehmen.



Die Kläger hatten den Notar nicht als ihren Sachwalter bestellt, als welcher er ihnen nach Umständen wegen culpa in contrahendo hätte haftbar werden können. Derselbe hat sich auch nicht durch besonderen Vertrag verbindlich gemacht, für die Folgen seiner Rechtsansicht, wenn ihr nachgelebt würde, einzustehen, noch ist irgendwo behauptet oder angezeigt, daß er dieselbe in betriegerischer Absicht ausgesprochen habe, und es ist somit keiner der Ausnahmefälle vorhanden, in welchen allein ein Entschädigungsanspruch wegen einer geäußerten Rechtsansicht möglich wäre; bayer. LM. Th. IV Kap. IX §. 3 Nr. 1, Anmerk. Nr. 3; §. 6 Inst. de mandato (3, 26); fr. 2 §. 6 mandati vel contra (17, 1); fr. 47 de reg. jur. (50, 17).

Hat dagegen der Notar die Verbindlichkeit des Käufers, den Austrag neben der Kaufschillingseintrichtung zu leisten, als förmliche Versteigerungsproposition aufgestellt, so war, weil nach der rechtlichen Natur des Versteigerungskaufes jedes Angebot im Anschlusse an die Versteigerungspropositionen und mit Unterwerfung unter dieselben geschieht, der Käufer auch verbunden, die Austragsreichnisse zu übernehmen.

Es ist zwar richtig, daß der Versteigerungskauf nicht minder als jeder andere Kauf über Immobilien den Bestimmungen des Not.-Ges. Art. 14 unterliegt; allein der oberstrichterlichen Aufstellung, daß die mehrerwähnte Bedingung aus dem Grunde, weil sie nicht in das Versteigerungsprotokoll aufgenommen wurde, ohne alle rechtsverbindende Wirkung gegen den Steigerer sei, ist schwerlich beizustimmen; denn obschon mündliche Nebenbedingungen, welche bei Verlautbarung eines Vertrages dem Notar verschwiegen wurden, in der Regel nichtig sind, so ist doch wohl die Behauptung zu rechtfertigen, daß, wenn irgend ein Vertragspunkt als

übereinstimmender Wille der Kontrahenten dem Notar wirklich verlautbart, durch dessen Versehen aber in die Vertragsurkunde nicht aufgenommen wurde, sohin eine (vergl. Bl. f. RA. Bd. XXIX S. 285) intellektuelle Fälschung des wahren Vertrages vor sich ging, der Beteiligte berechtigt sei, auf Ergänzung der Urkunde und Erfüllung des betreffenden Vertragspunktes zu dringen und nöthigenfalls Klage zu erheben, wie dieses auch schon vom obersten Gerichtshofe erkannt worden ist¹⁾. Diese Berechtigung prägt sich mit besonderer Schärfe im vorliegenden Falle aus, in welchem der Notar selbst es war, der den in der Urkunde umgangenen Punkt aufgestellt und den ganzen Vertragsvorgang geleitet hat.

Hieraus und weil (vergl. §. 117 der Instruk. z. Not.-Ges.) durch das Versteigerungsprotokoll in Verbindung mit dem Zuschlagsdekrete dem Art. 14 des Not.-Ges. genügt wird, und erst das Zuschlagsdekret, welches eine genaue Bezeichnung des Kaufgegenstandes und die Angabe des Kaufpreises so wie der sonstigen Vertragsbedingungen zu enthalten hat, die Stelle der Erwerbserkunde vertritt, folgt unzweifelhaft, daß die Kläger dieses Dekret, so wie sie aus demselben erfahren, daß dem Käufer die Uebernahme des Austrages nicht auferlegt sei, anfechten, die Ergänzung desselben nach dem wahren Versteigerungsvorgange durch jedes zulässige Rechtsmittel verfolgen und auf diese Weise die Erfüllung der dem Käufer obliegenden Austragsverbindlichkeit herbeiführen mußten.

Versäumten sie dieses, so steht ihnen nach den oben angeführten Grundsätzen über den Schadensersatz ein Klagerecht gegen den Notar nicht zu, son-

¹⁾ Eine oberstgerichtliche Entscheidung dieser Art hoffen wir demnächst mittheilen zu können. D. R.

bern sie haben sich den erlittenen Schaden selbst zuzuschreiben.

Zu dem nämlichen Ergebnisse führt die Unthätigkeit der Kläger selbst dann, wenn man mit dem obersten Gerichtshofe annimmt, daß der Käufer, weil die mehrgedachte Bedingung nicht protokolliert wurde, auch zur Erfüllung derselben nicht habe angehalten werden können. Denn durfte der Käufer die Erfüllung der Bedingung wegen mangelnder Beurkundung verweigern, dann konnten die Kläger mit vollem Rechte sagen, daß nun ein übereinstimmender Wille nicht vorhanden, sohin der ganze Kauf nichtig sei; fr. 9 pr. de contrah. emt. (18, 1): „sive in ipsa venditione dissentient, sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est.“

Die Kläger waren also eben so berechtigt als bemüht, daß dem Käufer den Austrag nicht überbindende Zuschlagsdekret anzufechten und anstatt der abgehaltenen nichtigen eine neue Versteigerung zu verlangen (vergl. Bl. f. RA. Bd. XXX S. 360 u. 400; Bd. XXXI S. 219).

Legt man aber das Verschulden des Notars in den Umstand, daß er die mehrerwähnte Bedingung ohne und gegen die Anweisung des Gerichtes, also unbefugterweise, aufgestellt habe, so kann man ihn begreiflich auch nicht so verantwortlich machen, als habe er die Nichterfüllung der Bedingung verschuldet; es läßt sich dann höchstens sagen, daß er durch die Aufstellung derselben das Meistgebot herabgedrückt habe.

Wenn aber die Gläubiger diese Aufstellung für eine unbefugte und schädliche hielten, so mußten sie die Weglassung derselben und eine bestimmte Erklärung, daß der Käufer den Austrag nicht zu übernehmen habe, schon bei der Versteigerung verlangen, jedenfalls aber, wenn sie hiezu keine Gele-

genheit hatten, oder wenn ihnen der Notar nicht willfahrt, dasselbe Verlangen unter Protestation gegen den Zuschlag und mit der Bitte um Anordnung einer neuen Versteigerung beim Gerichte stellen, widrigenfalls sie nach den oben erwähnten allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzes und insbesondere nach *lr. 4 §. 9 de damno infect. (39, 2)* ihrer Entschädigungsansprüche verlustig gingen.

Die Frage, ob die Syndikatsklage wegen Unterlassung möglicher Berufung oder anderer Rechtsmittel ausgeschlossen werde, ist bekanntlich eine sehr bestrittene, und es mag sein, daß aus der eben citirten Digestenstelle eine vollgiltiges Argument zur Bejahung derselben (in *Seuffert's Komm. a. a. D. Not. 6* wird sie bejaht) deshalb nicht zu ziehen sei, weil der römische Municipalmagistrat nicht selbstständige Justiz administrierte, sondern nur aus Auftrag handelte; aber gerade ein Verhältniß dieser Art ist hier gegeben; denn es handelt sich nicht um ein gegen das Verfahren des Notars im Instanzenzuge zu ergreifendes Rechtsmittel, sondern um die Statthaftigkeit einer sehr wesentlichen Versteigerungsproposition, deren Feststellung oder Beseitigung dem Gerichte, in dessen Auftrag der Notar versteigerte, nicht minder als die Prüfung und Bestätigung des ganzen Versteigerungaktes oblag.

Schließlich ist aus den oberstrichterlichen Gründen noch die Behauptung hervorzuheben, es sei gleichgiltig, ob sich der Notar bei Aufstellung jener Bedingung in einem Irrthum befunden habe oder nicht, indem es genüge, daß er durch dieselbe die Kläger zu einer schädlichen Unterlassung verleitet habe; wenn aber der Irrthum des Notars gleichgiltig ist, und wenn nach den Erkenntnißgründen die schädliche Unterlassung, zu welcher die Kläger verleitet wurden, darin bestand, daß sie weder das Einlösungsrecht ausübten, noch durch Mitsteigern einen

höheren Kaufpreis erzielen, so ist der Notar in die Vergütung eines nicht nur völlig und erschuldeten sondern überdies auch völlig unerwiesenen Schadens verurtheilt, weil das Einlösungsrecht nur unter der Voraussetzung eines entsprechenden, hier gar nicht einmal behaupteten Mehrwerthes des einzulösenden Anwesens den Klägern von Nutzen gewesen wäre, und weil sie ohne diesen Werth durch eine Ueberbietung des Angebotes von 16000 fl. sich nur selbst geschadet hätten.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rhines.

1.

Zur Lehre von der *actio legis aquiliae* und der *actio de pauperie* bei Beschädigung eines Menschen durch ein Thier.
Kompensation der *culpa*.

Vgl. Bd. XII S. 253.

Der Hausknecht eines Wirthes aderte auf besondere Anordnung seines Dienstherrn mit den beiden als bissig bekannten Pferden desselben, und wurde hiebei von einem dieser Pferde, als sie unruhig geworden und er dieselben beim Zügel packte, in den Arm gebissen, in Folge dessen zu Boden geworfen und ihm der Arm so abgedrückt, daß dieser amputirt werden mußte.

Wegen des erlittenen Schadens verlangte der Hausknecht Vergütung der Kurkosten und des Arbeitsentganges und führte in seiner Klage an, daß der Dienstherr zu dieser Entschädigung verpflichtet erscheine, da die beiden Pferde ortsbekannt bössartig



und bissig seien, und er, Kläger, in der Eigenschaft eines Pferdebeknechts nicht gedungen war, sondern aus besonderem Auftrage des Beklagten die Arbeit des Ackers verrichten mußte.

Der Beklagte vertheidigte sich lediglich mit dem Vorgeben, daß Kläger ihm zugegangenen Schaden selbst verschuldet habe, weil er gegen seine, des Beklagten, ausdrückliche Anordnung, die beiden ihm als bissig bekannten Pferde zusammengespannt und dieselben weder mit einem Maulkorbe noch mit einem Rückbehangzügel versehen habe, bei dessen nachträglich versuchter Anlegung er sodann gebissen worden sei.

Von den Gerichten erster und zweiter Instanz erfuhrt diese Klage eine verschiedenartige Beurtheilung, vom obersten Gerichtshofe aber wurde dieselbe aufrecht erhalten, und zwar aus nachstehenden Gründen:

„Die hier gestellte Klage ist die *actio legis aquiliae*, welche wegen des durch ein Thier angerichteten Schadens gegen den Eigenthümer des Thieres oder einen Dritten, soferne dieser oder jener in *culpa* ist, Platz greift, während in Fällen, wo das Thier ohne Veranlassung eines Menschen Schaden zufügte, gegen dessen Eigenthümer die *actio de pauperie* stattfindet. Bayer. LR. Th. IV Kap. XVI §. 7 und Ann. lit. a u. b.

Inhaltlich der Klage wird nun dem Beklagten deshalb ein Verschulden zur Last gelegt, weil ortsbekannt seine Pferde bössartig und bissig seien, und weil Kläger, obschon nicht als Pferdebeknecht gedungen, aus ausdrücklichem Auftrage des Beklagten am kritischen Tage mit diesen Pferden ackern mußte.

Kann auch in der Uebertragung dieser Arbeit ein Verschulden des Beklagten nicht gefunden werden, so war es ihm doch obgelegen, hiebei solche Vorsichtsmaßregeln vorzusehren, welche geeignet er-



schießen, einen Unglücksfall wie den vorgekommenen zu verhüten.“

Nun wird ausgeführt, worin der Beklagte in dieser Beziehung gefehlt habe und dann fortgefahren: „Hiernach hat der Beklagte offenbar diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, welche sonst jeder fluge und aufmerksame Hausvater zu beobachten pflegt und in obacht nehmen muß, wenn er sich nicht mindestens einer culpa levis schuldig machen will. Bayer. O.R. Th. IV Kap. I §. 20 Nr. 3 und Anm. Nr. 5.

Die erhobene aquilische Klage ist daher genügend gerechtfertigt um so mehr, als zu deren Begründung nicht gerade dolus oder culpa lata erfordert wird, sondern schon culpa levis und sogar levissima ausreicht. B. O.R. Th. IV Kap. XVI §. 6 u. 7 und Anm. Nr. 2.

Zwar suchte der Beklagte in seiner Vernehmlassung gegen jede Entschädigungsverbindlichkeit mit der Einrede sich zu schützen, daß Kläger die ihm zugegangene Verletzung schuldhaft selbst veranlaßt habe.

Diese Einrede ist von großer Erheblichkeit, weil derjenige, welcher am Schaden selbst Schuld trägt, nach bekannten Rechtsgrundsätzen jeden Anspruch auf Entschädigung verliert (O.R. Th. IV Kap. XVI §. 7 u. Anm. Nr. 3 lit. d.; Th. IV Kap. I §. 20 Nr. 4). Allein die vom Beklagten vorgebrachten Thatumstände erscheinen nicht geeignet, dieselbe genügend zu begründen.“

Dieses wird näher nach den attemmäßigen Thatumständen erörtert und dann gesagt: „Bei solcher Sachlage kann dem Kläger mit Rücksicht auf den besondern Vorgang, nach welchem das Verhalten desselben zunächst beurtheilt werden muß, ein Verschulden seinerseits nicht zur Last gelegt werden. Will man aber dennoch den Kläger

nicht von allem Verschulden hinsichtlich der erlittenen Beschädigung freisprechen, so muß dieses sein Verschulden schon in Anbetracht der Thatfache, daß der Beklagte das Zusammenspannen der Pferde und die Unterlassung des Anlegens des Maulkorbes und Rückbehangzügels nachher ungehindert geschehen ließ, immerhin weit geringer angeschlagen werden, als das Verschulden des Beklagten und es kommt dann der Grundsatz zur Anwendung, daß die Verbindlichkeit zur Entschädigung denjenigen trifft, auf dessen Seite die größere Verschuldung liegt. Fr. 11 pr. 1, fr. 5 pr. ad leg. aquil. (9, 2).“

DABE. v. 27. Nov. 1866 Reg.-Nr. 83⁶⁶/₆₇.

μ.

2.

Verjährung der actio empti, wenn statt derselben auch eine Klage aus dem ädilitischen Edikte gestellt sein könnte. Gemeines und bayerisches Recht.

Vgl. Bd. XI S. 369 ff. u. 385 ff.; Bd. XIX S. 31 Nr. 3.

Für die dreißigjährige Dauer der Kontraktsklage im oben bezeichneten Falle hat sich der oberste Gerichtshof ¹⁾ mit nachstehender Motivirung ausgesprochen:

„Nach gemeinem Rechte gilt als Grundsatz, daß die Eigenthümlichkeiten der ädilitischen Klage, namentlich auch bezüglich der kurzen Verjährungs-

¹⁾ Wohl nicht ganz im Einklange mit dem Grundsatz, welchen derselbe in den im Bd. 29 a. a. D. mitgetheilten Entscheidungsgründen aufgestellt hat. Zu der dortigen Entscheidung der Frage ist auch zu vergleichen: Seuffert, Archiv Bd. X Nr. 30 S. 45.

frist, nur dann ihre nothwendige Anwendung finden, wenn das Klagrecht sich bloß auf das ädilitische Edict gründet und im früheren Rechte nicht bestand, z. B. wenn *contra ignorantem* geklagt wird.

War der Verkäufer im bösen Glauben, so wird die *actio emti* mit ihren gewöhnlichen Wirkungen gestattet (s. Holzschuber, Theorie Bd. II Abth. 2 R. 5 §. 9; Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 32 S. 47).

Dieser Grundsatz findet auch im bayer. Landrechte seine Anerkennung, jedenfalls was die rechtlichen Mängel einer Sache, die Rechtsansprüche dritter Personen, betrifft.

Nach Th. IV Kap. III §. 10 Nr. 2 ist es Vertragspflicht des Verkäufers, die verkaufte Sache frei von Pfandschaften, Dienstbarkeiten und sonstigen fremden Rechten zu übergeben, und in den Anmerkungen Kreittmayr's hiezu (Nr. 6 lit. d) ist erklärt, daß, wenn der Verkäufer vom Bestehen einer verschwiegenen Servitut Kenntniß hatte, er *actione emti venditi* auf Schadloshaltung hafte und im Falle der Unkenntniß *ex aedilitio edicto et quanti minoris*. In den Anmerkungen zum bayer. Landrechte §. 23 Nr. 4 a. a. O. ist auf obige Stelle wieder hingewiesen und es fällt daher nicht in's Gewicht, daß die Anmerkungen zu §. 25 (Nr. 12 lit. d) allgemein lauten und von der dort gemachten Unterscheidung, ob der belangte Veräußerer die dingliche Last (den rechtlichen Mangel der Sache) gekannt habe oder nicht, hier nichts gesagt ist.

Was an obbesagter Stelle von den Servituten gesagt ist, gilt *argumento a majori* von den Hypotheken und ähnlichen Lasten, welche bloß die Sicherung von Forderungen bezwecken, deren Zubehör sie bilden und durch deren Zahlung sie jederzeit beseitigt werden können.



Bei Lasten dieser Art, wozu auch der streitige Bodenzins gehört, richtet sich die Klage des Käufers nicht direkt auf Minderung des Kaufpreises wegen Minderwerthes der Sache, sondern auf Erfüllung der Vertragspflicht auf Grund des §. 10 Nr. 2 lit. c und erst eventuell auf Entschädigung. Da nun im vorliegenden Falle außer Zweifel steht, daß die Verkäufer Kenntniß von der streitigen Bodenzinslast hatten, so kann von Verjährung die Rede nicht sein.

DABG. v. 6. Nov. 1866 Nr. 66^{66/67}.

77.

3.

Wo sind die Rekurse der Staatsdiener wegen Disziplinarverfügungen einzureichen?

Nach §. 15 der IX. Weil. zur Verf.-Urk. über die Verhältnisse der Staatsdiener muß der Rekurs gegen Disziplinareinschreitungen binnen drei Tagen bei der strafenden oder insinuirenden Behörde angezeigt und in acht bis vierzehn Tagen bei der unmittelbar höheren Amtsbehörde eingereicht werden.

Ein Appellationsgericht hatte eine disziplinäre Verfügung gegen einen Bezirksgerichtsbeamten erlassen und demselben diesen Beschluß durch den Direktor des betr. Bezirksgerichtes insinuiren lassen:

Bei diesem Direktor zeigte der Bestrafte am dritten Tage der Insinuation den Rekurs an, und übergab auch bei demselben die Rekursausführungsschrift, aber erst am letzten Tage der vierzehntägigen Rekursfrist, so daß die Schrift im regelmäßigen Geschäftsgange erst am dritten Tage nach Ablauf der Frist an das Appellationsgericht und am sechsten nach diesem Ablaufe an den obersten Gerichtshof gelangte.

Dieser erklärte demnach die Rekursbeschwerde für verspätet, da die unmittelbar höhere Amtsbe-

hörde, bei welcher der Refurs eingereicht werden muß, nicht der unmittelbare Vorstand des Refur-
renten, sondern die zur kollegialen Berathung orga-
nisirte vorgesetzte Amtsbehörde bilde, an welche nach
§. 14 die Akten eingesendet werden sollen, wie denn
auch hiemit harmonirend der Refurs gegen die von
einem k. Staatsministerium ergangene Strafverfüg-
ung bei dem k. Staatsrathe einzureichen sei.

DAOGef. v. 6. Nov. 1866 Nr. 38^{66/67}.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenz- konflikte unter Gerichten betr.

Die Strafeinschreitung der bürgerlichen Gerichte gegen einen
Soldaten, welcher als vermeintlicher Civilist gemeinschaft-
lich mit einer wirklichen Civilperson in Untersuchung gezo-
gen worden ist, kann, wenn auch der Stand des Soldaten
erst nach Einstellung des Strafverfahrens gegen die Civil-
person ermittelt worden ist, vom Militärgerichte noch ge-
nehmigt werden.

Wegen eines am 27. August 1865 zum Scha-
den des Bahnwärters J. Kastner zu Sauerlach
verübten Diebstahles im Vergehensgrade ist vom
Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München
r. J. gegen den Tagelöhner und beurlaubten Soldaten
Markus Recher aus Merching und die ledige Tag-
löhnerin Rosalia Erhard aus Weichenberg Vorunter-
suchung eingeleitet, dabei aber die Militärangehörig-
keit des Markus Recher nicht erhoben und deshalb
auch das bei gemischtgerichtlichen Untersuchungen
vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten worden.
Vom k. Bezirksgericht wurde demnach, ohne daß
die Akten vorher zur Erklärung an die zuständige
Militärbehörde gelangten, mit Beschluß vom 3. April
1866 das Strafverfahren gegen Rosalia Erhard

eingestellt, Marfus Recher aber wegen dieses Diebstahlvergehens zur Aburtheilung in die öffentliche Sitzung verwiesen und mit Kontumazialurtheil vom 28. April 1866 zu einer Gefängnißstrafe von 6 Monaten verurtheilt.

Nachdem dieses Urtheil, sobald der Aufenthalt des Beschuldigten bekannt geworden, diesem abschriftlich zugestellt worden war, meldete er den Einspruch an.

Da das k. 3. Infant.-Reg. erst nach Erlassung des Kontumazialurtheiles, aber vor Verhandlung des Einspruches Kenntniß von dem gegen den Soldaten Recher anhängigen Strafverfahren erlangt hatte, gab es mit Schreiben vom 28. August 1866 die Erklärung ab, daß es das vom k. Bezirksgerichte bisher gepflogene Verfahren nachträglich genehmige. Das k. Bezirksgericht erklärte jedoch ohne Rücksicht auf diese Genehmigung durch das im Einspruchsverfahren erlassene Urtheil vom 27. Oktober 1866 zwar den Einspruch als formell zulässig, sprach aber seine Unzuständigkeit zur Aburtheilung dieser Strafsache aus, verwies die Sache an die einschlägige Militärbehörde und lehnte, ohne die spätere Erklärung des Beschuldigten, daß er den Einspruch zurückziehe und die ihm zuerkannte Strafe antreten wolle, weiter zu berücksichtigen, durch Gerichtsbeschuß vom 10. Dez. 1866 auch die Strafvollstreckung ab.

Da nun auch das k. 3. Infant.-Reg. die Zuständigkeit in dieser Strafsache ablehnte, ergab sich zwischen demselben und dem k. Bezirksgerichte München r./S. ein verneinender Kompetenzkonflikt bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes München r./S. erklärte, und zwar

in Erwägung, daß bei der in Frage stehenden That eine Person aus dem Militärstande und eine

Civilperson als Beschuldigte zusammentrafen, mithin gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betr., die Voraussetzung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben war; daß zwar die vom Untersuchungsrichter unterlassene Benachrichtigung der zuständigen Militärbehörde in Ansehung der mitangeschuldigten Militärperson die Nichtigkeit der geführten Untersuchung und ebenso die vom Staatsanwälte nach geschlossener Voruntersuchung und vor der bezirksgerichtlichen Beschlußfassung unterlassene Einholung der erforderlichen Erklärung die Nichtigkeit der Beschlußfassung und Aburtheilung zur Folge hatte, diese Nichtigkeiten aber nach Art. 6 des allegirten Gesetzes dadurch wieder gehoben wurden, daß die zuständige Militärbehörde das vom bürgerlichen Strafgerichte gepflogene Verfahren nachträglich genehmigt hat;

in Erwägung, daß die nachträgliche Genehmigung dieselbe Wirkung nach sich zieht, als ob die erforderlichen Erklärungen der Militärbehörde in den vom Gesetze bezeichneten Abschnitten des Strafverfahrens rechtzeitig eingeholt und abgegeben worden wären, daß mithin das k. Bezirksgericht München r. J. nach Beseitigung der durch sein Verfahren herbeigeführten Nichtigkeiten auf dem Grunde der militärgerichtlichen Genehmigung ermächtigt und berufen war, das gegen die mitangeschuldigte Militärperson eingeleitete und bis zur Verhandlung des Einspruches gebiehene Strafverfahren in eigener Zuständigkeit noch vollends zum Abschlusse zu bringen.

Erk. d. O. G. v. 11. Febr. 1867, UB. Nr. 75.

— | —

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

Inhalt: Soldaten haben auch wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. — Eine Untersuchung wegen Schlägerei gegen zwei beurlaubte Soldaten, von denen zwar der eine im Vergehensgrade, der andere aber nur im Uebertretungsgrade betheilt ist, kann als gemischtgerichtliche nicht behandelt werden. — Die nach rechtskräftiger Aburtheilung wegen eines Verbrechens gegen den Verurtheilten gerichtete Einziehung wegen eines vor jener Verurtheilung begangenen Vergehens steht den nach dem Orte der begangenen That zu bestimmenden Gerichten zu. — Ein bürgerlicher Untersuchungsrichter, dem die Durchführung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegen einen mit Vertheilung eines Vergehens verdächtigen Soldaten übertragen worden ist, muß diese auf Ansuchen des Militärgerichtes auch auf ein dem Soldaten allein zur Last gelegtes Verbrechen erstrecken. — Mangel an Uebereinstimmung des vor dem Kaiser erklärten und des von demselben protokollierten Willens. Art. 11 des Kaisers-Befehles. — Voraussetzungen der Ansetzung einer Hypothekensicherung durch das paulianische Rechtsmittel. — Verjährungsfrist für die Pensionbezüge eines landesherrlichen Beamten. — Was ist unter Nebenbezügen im Sinne des IX. Beilage zur Verjähnungsurkunde zu verstehen?

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Soldaten haben auch wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten ¹⁾).

Der am 20. Dez. 1843 geborene Weinwebersohn Karl Langguth von Odenbach, Bezirksamtes Gusel, welcher bei der für das Jahr 1866 angeordneten außerordentlichen Aushebung zur Einreih-

¹⁾ In gleicher Weise wurde am nämlichen Tage ein Kompetenzkonflikt zwischen dem k. Bez.-Ger. Passau und dem k. 8. Infant.-Reg. vac. Seckendorf in der Sache gegen Jos. Kaim von Kastenbergl wegen Widerspenstigkeit gegen das Heerergänzungsgesetz entschieden. Weiter siehe hierzu Just.-Min.-Bl. v. 1865 S. 116 zc. und Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 191 Note 1, dann Ergänzungsbbd. zu Jahrg. 31 u. 32 S. 17. Bezüglich der Uebertretungen gegen das Heerergänz.-Ges. vergleiche man auch Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 189 zc. u. Just.-Min.-Bl. v. 1866 S. 215 ff.



ung in das Heer berufen und durch den obersten Rekrutirungsrath der Pfalz dem k. 13. Infanterieregimente zugetheilt worden war, ist unter der Beschuldigung, sich innerhalb des gesetzlichen Termines nicht gestellt zu haben, zufolge Vorladungsbefehles am 31. Oktober 1866 zur Sitzung des Zuchtpolizeigerichtes Kaiserlautern vom 6. November geladen worden, um sich daselbst wegen Widerspenstigkeit in Erfüllung seiner Militärpflicht zu verantworten.

In der anberaumten Sitzung wurde indessen die Aburtheilung der Sache auf den 20. Nov. vertagt. Inzwischen ist Langguth, welcher sich bereits am 5. November 1866 bei dem k. Bezirksamte Eufel sistirt hatte, am 7. dess. Monats bei dem in Zweibrücken garnisonirenden 1. Bataillon des 13. Infanterieregimentes verpflichtet, jedoch noch am nämlichen Tage beurlaubt worden.

Als in der Sitzung vom 20. Nov. Langguth, unter Vorlage seines Urlaubspasses auf die bezeichneten Thatfachen sich berief, erklärte sich das Zuchtpolizeigericht für unzuständig.

Das erwähnte k. Infanterieregiment, welchem die Akten nunmehr mitgetheilt wurden, lehnte aber gleichfalls seine Zuständigkeit ab, wodurch ein verneinender Kompetenzkonflikt entstand, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Kompetenz des k. 13. Infant.-Regimentes Kaiser Franz Joseph v. Oesterreich aussprach, und zwar in Erwägung, daß nach Lit. IX §. 7 der Verfassungs-Urkunde die Militärpersonen in Dienstsachen, dann wegen Verbrechen und Vergehen unter den Militärgerichten stehen; daß diese Zuständigkeit der Militärgerichte sich auch auf das Vergehen der Widerspenstigkeit erstreckt (§. 69 des Heerergänzungsgesetzes von 1828 und Art. 8 des Einführungsgesetzes von 1861) und daß eine gegentheilige Annahme insbesondere nicht

aus dem §. 84 des Heerergänzungsgesetzes abgeleitet werden kann, indem hiedurch lediglich bestimmt wird, daß die Judikatur wegen der Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz den Berichten im Gegensatz zu den mit der Sammlung der Beihilfe beauftragten Konstriptionsbehörden zustehen, ohne daß hiemit ein besonderer Gerichtsstand wegen Beschaffenheit des Gegenstandes in dem Sinne angeordnet wäre, daß die allgemeinen Grundsätze über die Zuständigkeit in Strafsachen eine Ausnahme erleiden müßten;

in Erwägung, daß, nachdem der Beschuldigte Vangguth bereits seit dem 7. Nov. 1866 in das Heer eingereiht worden ist, derselbe wegen des ihm zu Last liegenden Vergehens nur von dem Militärgerichte abgeurtheilt werden und hiegegen nicht in Betracht kommen kann, daß gegen Vangguth bereits vor seiner Einreihung das Strafverfahren bei dem k. Zuchtpolizeigerichte Kaiserlautern eingeleitet gewesen ist, indem die Rechtshängigkeit überall keine Wirkung zu äußern vermag, wo die ausschließliche Jurisdiktion der Militärstrafgerichte über Militärpersonen in Frage steht.

Erf. d. OGH. v. 11. Febr. 1867, UB. Nr. 78.

2.

Eine Untersuchung wegen Schlägerei gegen zwei beurlaubte Soldaten, von denen zwar der eine im Vergehensgrade, der andere aber nur im Uebertretungsgrade theilhaft ist, kann als gemischtgerichtliche nicht behandelt werden.

Der Maurergeselle Matthias Schulz hat am 21. Okt. 1866 in einer Schlägerei zu Niedenburg, wobei die beurlaubten Soldaten Joseph Miggel und Jakob Biersack gegen ihn theilhaft waren, Miß-

handlungen mit der Folge einer nicht mehr als fünf Tage dauernden Arbeitsunfähigkeit erlitten, diese als Uebertretung strafbare That aber die Eigenschaft eines Vergehens dadurch angenommen, daß Joseph Riggel erst im Januar zuvor wegen Betheiligung an einer Schlägerei eine achttägige Arreststrafe erstanden hatte.

Daß k. 1. Chevaugleger-Regiment leitete die Untersuchung zwar gegen Joseph Riggel ein, wollte aber in Ansehung des nur im Uebertretungsgrade betheiligten Jakob Biersack die Aburtheilung dem k. Landgerichte Niedenburg überlassen, welches sich jedoch für unzuständig erklärte, da die beiden Theilnehmer an derselben That auch denselben Gerichtsstand zu theilen hätten.

Vom k. 1. Chevaugleger-Regiment wurde hierauf dem Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Regensburg die Führung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung angeschlossen, welcher aber, weil bei der That keine Civilperson betheiligt ist, seine Zuständigkeit gleichfalls ablehnte.

Der hiernach gegebene verneinende Kompetenzkonflikt fand am obersten Gerichtshofe seine Erledigung dahin, daß die Militärgerichte für kompetent erklärt wurden, und zwar

in Erwägung, daß sich gemäß Art. 24 Th. II des StGB. von 1813 die Zuständigkeit eines Gerichtes über alle Theilnehmer der verschiedenen Grade erstreckt, daß mithin die von der einschlägigen Militärbehörde gegen den Soldaten Riggel wegen Vergehens der Schlägerei eingeleitete Voruntersuchung auch die mit dieser That zusammentreffende, wenn auch nur im Uebertretungsgrade strafbare Theilnahme des Soldaten Jakob Biersack zu umfassen hat;

in Erwägung, daß eine gemischtgerichtliche Untersuchung nach Art. 1 des einschlägigen Gesetzes vom 1. Juni 1856 nur unter der Voraus-

setzung veranlaßt ist, daß bei demselben Verbrechen oder Vergehen Civil- und Militärpersonen als Beschuldigte zusammentreffen, im vorliegenden Falle aber nur Soldaten beschuldigt sind und die Betheiligung einer Civilperson nirgends angeregt worden ist;

in Erwägung, daß zwar die Uebertretungen beurlaubter Soldaten während ihres Urlaubes von den bürgerlichen Einzelgerichten abzuurtheilen sind, hiezu aber vorausgesetzt wird, daß es sich nur um Uebertretungen und nicht um ein Vergehen handelt, bei welchem nur der eine oder andere Theilnehmer im Uebertretungsgrade strafbar ist;

in Erwägung endlich, daß auch die weiter geltend gemachte Ansicht, daß der beurlaubte Soldat in Uebertretungssachen als Civilperson zu betrachten, im gegebenen Falle daher Grund zur Einleitung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegeben sei, als gänzlich haltlos erscheint, indem der Soldat auch während des Urlaubes nicht aufhört, Soldat zu sein.

Erk. d. O.G. v. 11. Febr. 1867, UB. Nr. 79.

3.

Die nach rechtskräftiger Aburtheilung wegen eines Verbrechens gegen den Verurtheilten gerichtete Einschreitung wegen eines vor jener Verurtheilung begangenen Vergehens steht den nach dem Orte der begangenen That zu bestimmenden Gerichten zu ¹⁾.

Wegen eines am 16. April 1866 zu Gaspelmoor an dem Zimmergesellen Johann Engelschalt verübten Vergehens der Schlägerei, wegen dessen sich Verdacht gegen den Schustergesellen Franz Noth aus Diemantstein und den Tagelöhner Franz

¹⁾ Man sehe hiezu Bl. f. R. N. Bd. XXIII S. 102 ff., auch Zeitschr. für O. G. u. R. pfl. Bd. IV S. 507 ff.

Joseph Huber von da ergeben hatte, war vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München r/J. Voruntersuchung eingeleitet, wegen Unbekanntheit des Aufenthaltes der Beschuldigten aber weder eine Ladung verfügt, noch ein Verhör mit denselben abgehalten worden. — Das k. Bezirksgericht München r/J. hat nichtsdestoweniger mit Beschluß vom 16. Nov. 1866 beide Beschuldigte wegen Vergehens der Schlägerei zur Aburtheilung in die öffentliche Sitzung verwiesen, jedoch mit Urtheil vom 12. Dez., nachdem sich bei der Vorladung des Franz Roth zur öffentlichen Sitzung ergeben hatte, daß derselbe bereits am 13. Nov. 1866 vom Schwurgerichtshofe vom Schwaben und Neuburg wegen Verbrechens des Mißbrauches zum Weislafe und zweier Vergehen des Diebstahles zu fünfjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt worden war, seine Unzuständigkeit und die Abgabe dieser Sache an das k. Bezirksgericht Donauwörth ausgesprochen. Dieses hat aber seine Zuständigkeit gleichfalls abgelehnt.

Der solchergestalt gegebene verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden, daß das weitere Verfahren gegen Franz Roth wegen Schlägerei dem k. Bez.-Ger. München rechts der Isar zustehe, und zwar

in Erwägung, daß das gegen Franz Roth wegen Mißbrauches zur Unzucht und Diebstahles durchgeführte Strafverfahren durch Urtheil des Schwurgerichtshofes von Schwaben und Neuburg vom 13. und die Unterwerfung des Verurtheilten vom 14. Nov. 1866 rechtskräftig beendet, mithin zu der Zeit nicht mehr rechtshängig war, als die Untersuchung wegen Schlägerei durch Ladung des Roth ihre Richtung gegen denselben genommen hatte, weshalb die Zuständigkeit über das im Gebiete des k. Bezirksgerichtes München r/J. verübte Vergehen der Schlägerei nicht gemäß Art. 22 Abs. 3 Th. II des

StGB. von 1813 vom Standpunkte der Zusammengehörigkeit der Sache, sondern gemäß Art. 22 Abs. 1 a. a. O. lediglich nach dem Orte der begangenen That sich bemißt;

in Erwägung, daß demnach das k. Bezirksgericht München r/J. zuständig ist, in der bei ihm wegen Vergehens der Schlägerei rechtshängigen Strafsache zu entscheiden, oder — in so ferne hiezu nach Maßgabe einer allenfalls in Aussicht stehenden höheren Gesamtstrafe die eigene Kompetenz nicht ausreicht — die Sache gemäß Art. 321 des Strafprozeßgesetzes vom 10. Nov. 1848 an das k. Appellationsgericht von Oberbayern zu verweisen.

Erk. d. OGH. v. 19. Febr. 1867, UB. Nr. 80.

4.

Ein bürgerlicher Untersuchungsrichter, dem die Durchführung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung gegen einen mit Civilisten eines Vergehens verdächtigen Soldaten überlassen worden ist, muß diese auf Ansinnen des Militärgerichtes auch auf ein dem Soldaten allein zur Last gelegtes Verbrechen erstrecken¹⁾.

Wegen eines bei der Baueröwittwe Therese Kugler zu Anwalding, k. Landgerichtes Friedberg, vorgefallenen Verbrechens des Diebstahles war vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Michach Voruntersuchung eröffnet, die Sache aber, da sich der Verdacht wegen Verübung der That gegen Sebastian Stolz, Soldaten des k. 5. Jägerbataillons, gerichtet hatte, an das betreffende Militärgericht abgegeben worden. Dieses hatte die Untersuchung auch übernommen, übrigens wegen einiger Muthmaßung, daß bei diesem Diebstahle auch Civilper-

¹⁾ Siehe Bl. f. RA. Bd. XXIII S. 105 ff., Bd. XXVI S. 211 ff., Bd. XXX S. 28, Bd. XXXI S. 353 ff.

sonen wegen Begünstigung oder Fehlerei betheiliget sein könnten, die Führung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung angeregt und den Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Aichach um Erhebungen mit dem Vorbehalte angegangen, daß, sobald sich der Verdacht gegen die Civilpersonen nicht bestätigen sollte, die Zuständigkeit des Militärgerichtes wieder anerkannt werde. — Der Untersuchungsrichter hat hierauf auch einige Erhebungen gepflogen, durch welche indessen jeder Verdacht gegen die Civilpersonen beseitigt worden ist, in Folge dessen er die Akten an das k. 5. Jägerbataillon zur Einschreitung gegen den allein verdächtigen Soldaten Stolz zurückgegeben hat.

Mittlerweile war wegen eines von Sebastian Stolz gemeinschaftlich mit dem Schäfer Sebastian Kumbrecht im Orte Moth, k. Landgerichtes Burgau, verübten Vergehens der Schlägerei vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Augsburg mit zustimmender Erklärung des k. 5. Jägerbataillons gemischtgerichtliche Voruntersuchung eingeleitet, auf die Nachricht aber, daß gegen Stolz beim k. Bezirksgerichte Aichach eine Untersuchung wegen Verbrechens des Diebstahles geführt werde, dem dortigen Untersuchungsrichter überwiesen worden. Dieser hat zwar vorläufig seine Zuständigkeit anerkannt, in der Folge aber, als sich wegen des Verbrechens kein Verdacht der Mitbetheiligung einer Civilperson und damit keine Veranlassung zur Eröffnung einer gemischtgerichtlichen Untersuchung hervorgethan hatte, auch die Sache wegen Schlägerei an das k. 5. Jägerbataillon zur weiteren Verfügung abgegeben.

Das k. 5. Jägerbataillon hat nunmehr die in beiden Untersuchungen erlaufenen Akten zur gemischtgerichtlichen Behandlung an den Untersuchungsrichter in Augsburg übersendet und demselben die Einschreitung gegen Sebastian Stolz auch bezüglich des



Diebstahlverbrechens überlassen. Dieser erachtete sich zwar zur Führung der gemischtgerichtlichen Untersuchung wegen Schlägerei für zuständig, behauptete jedoch, daß der Weiterführung dieser Untersuchung eine Beschlußfassung in der Sache wegen des Verbrechens vorauszugehen habe.

Nachdem aber nun der Untersuchungsrichter zu Aichach sich ausdrücklich für unzuständig erklärt und die Veranlassung eines Beschlusses des k. Bez.:Ger. verweigert hatte, war ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen den Untersuchungsrichtern zu Augsburg und Aichach gegeben, bei dessen Entscheidung vom obersten Gerichtshofe die Zuständigkeit zur Durchführung der Untersuchung gegen Sebast. Stolz und Genossen wegen Schlägerei und gegen Sebast. Stolz allein wegen Verbrechens des Diebstahls dem Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Augsburg zugesprochen wurde, und zwar

in Erwägung, daß der Untersuchungsrichter in Aichach keinesfalls zuständig sein kann, weil derselbe wegen des bezüglichen Verbrechens eine gemischtgerichtliche Untersuchung nicht eingeleitet, sondern zur Bemessung der nur in Anregung gebrachten Frage, ob eine gemischtgerichtliche Untersuchung zu eröffnen sei, lediglich auf Requisition des Militärgerichtes vorläufige, ohne Ergebnis gebliebene, Erhebungen gepflogen hat, weshalb auch gar nicht abzusehen ist, worüber das k. Bezirksgericht Aichach in dieser von der Militärbehörde gegen einen Soldaten geführten Untersuchung hätte Beschluß fassen sollen, oder wozu ein besonderer Beschluß des Militärgerichtes dienlich gewesen wäre, da es dem bürgerlichen Strafgerichte die Fortführung der gemischtgerichtlichen Untersuchung in Ansehung der beiden, dem Soldaten zur Last gelegten, Handlungen überlassen hat;

in Erwägung, daß vielmehr die vom Untersuchungsrichter in Augsburg gegen den Soldaten Stolz

und eine mitbetheiligte Civilperson wegen Vergehens der Schlägerei geführte gemischtgerichtliche Untersuchung nothwendig auch die Durchführung der vom Militärgerichte diesem Untersuchungsrichter überlassenen Untersuchung wegen des dem Soldaten Stolz allein angeschuldigten Verbrechens des Diebstahles zu umfassen hat, da alle Verbrechen und Vergehen derselben Person und alle Theilnehmer hieron von dem nämlichen Gerichte untersucht und gleichzeitig von demselben Strafgerichte abgeurtheilt werden müssen, und der Grundsatz, daß die Zuständigkeit hinsichtlich des Verbrechens auch das Vergehen und dessen Theilnehmer nach sich zieht, im gegebenen Falle nicht Platz greift, weil dem nur in Ansehung des Soldaten zuständigen Militärgerichte gegen die beim Vergehen der Schlägerei mitbetheiligte Civilperson eine Gerichtsbarkeit nicht zusteht.

Erf. d. OGH. v. 19. Febr. 1867, NB. Nr. 81.

— | —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Mangel an Uebereinstimmung des vor dem Notar erklärten und des von demselben protokollirten Willens. Art. 14 des Notariats-Gesetzes.

Zwischen G. G. und J. D. wurde ein Gütertausch abgeschlossen, bei welchem Ersterer vom Letzteren die Zusicherung erhalten haben will, daß die von ihm eingetauschten Grundstücke ohne Einrechnung der unvertheilten Gemeindegrenze einen Flächenraum von wenigstens 116 Tagwerk enthalten, und daß er für diesen Flächenraum hafte.



Die über den Tauschvertrag aufgenommene Notariatsurkunde zählt, ohne diese Zusicherung zu verlautbaren, die eingetauschten Grundstücke mit spezieller Angabe ihres Flächeninhaltes auf, und dieselben entziffern allerdings einen Gesamtflächenraum von 116 Tgw.; es sind aber hierunter auch die zum vertauschten Gute nur zur Hälfte gehörigen Gemeintheile begriffen, so daß ohne dieselben ein Flächenraum von nur 99 Tgw. 76 Dez. verbleibt.

Unter der Behauptung, daß die erwähnte Zusicherung, welche in der Notariatsurkunde nicht vorkommt, bei Aufnahme derselben auch vor dem Notar erklärt worden sei, trat nun G. B. wegen des bezeichneten Abganges gegen J. D. klagend auf und verlangte, daß ihm Beklagter aus den ihm beim Tauschvertrage übrig gebliebenen Grundstücken den fehlenden Flächenraum zu ergänzen oder eine Entschädigung von 125 fl. pr. Tgw. zu leisten habe.

Beklagter widersprach die Klagsbehauptungen, worauf ihn die I. Instanz von der Klage entband, wogegen von der II. Instanz dem Kläger der Beweis der behaupteten Zusicherung aufgelegt wurde.

Der oberste Gerichtshof beließ es bei dem Erkenntnisse der I. Instanz.

Die Klage — so lauten die Gründe — stütze sich auf einen durch den Beklagten im Kläger erzeugten Irrthum über eine wesentliche Eigenschaft des Tauschobjektes. Eine solche Klage sei, wenn gehörig substantiirt, offenbar zulässig, weil Art. 14 d. Not.-Ges. an den allgemeinen Grundsätzen des bayer. V.R. Th. IV Kap. I §. 25 nichts geändert habe, weshalb der von einem Kontrahenten in dem anderen erzeugte error causam dans ein selbständiger Rechtstitel geblieben sei, welchem ein notariell verbrieftes Verbot nicht hindernd im Wege stehe.

Weil aber dem Kläger obgelegen wäre, sich vor der Unterschrift der Urkunde durch Zusammenzählung der in derselben mit ihrem Flächenraum speziell aufgeführten Grundstücke und Gemeindetheile von dem Gesamtflächenraume derselben zu überzeugen und weil diese von ihm unterlassene Zusammenzählung ganz leicht hätte bewerkstelligt werden können, so sei der unterlaufene Irrthum ein durch des Klägers eigene Fahrlässigkeit verschuldeter, und könne daher die angestellte Klage nicht begründen.

CMGG. v. 6. Nov. 1866 Reg.:Nr. 8⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Von den Bd. XXX S. 360, Bd. XXXI S. 219 mitgetheilten, gewiß richtig entschiedenen Fällen unterscheidet sich der gegenwärtige besonders dadurch, daß hier nach den Klagebehauptungen der wahre Wille der Kontrahenten dem Notare ausdrücklich erklärt, in jenen Fällen aber verschwiegen wurde.

Dagegen hat dieser Rechtsfall große Aehnlichkeit mit demjenigen, welcher in Nr. 3 des laufenden Jahrganges S. 37 ff. mitgetheilt ist.

Es läßt sich nicht annehmen, daß sich die Klage auf einen vom Beklagten im Kläger erzeugten Irrthum stütze; denn, wenn sich Kläger bei Eingehung des Tauschvertrages eine ausdrückliche Zusicherung geben ließ, daß das Tauschobjekt den vom Beklagten angegebenen Flächenraum auch wirklich einnehme, so ist dieses der deutlichste Beweis, daß er den wirklichen Bestand dieses Flächenraumes nicht irrthümlich vorausgesetzt habe.

Der Klagegrund kann nur in jener Zusicherung (dictum et promissum) liegen, indem der Kläger verlangt, daß dieselbe erfüllt oder daß Interesse geleistet werde.

Nun fragt sich aber, ob auf Erfüllung dieser Zusicherung, da sie, obgleich angeblich auch vor dem

Notar erklärt, in die Notariatsurkunde nicht aufgenommen ist, mit Erfolg geklagt werden könne?

Hier ist nun allerdings richtig, daß sich Kläger bei näherer Einsicht der Urkunde mit aller Leichtigkeit hätte überzeugen können, daß dieselbe die fragliche Zusicherung nicht enthalte und ihm ohne die Gemeindetheile nur einen Flächenraum von 99 Egw. 76 Dez. verschaffe, wonach sich wohl annehmen läßt, daß der Irrthum des Klägers, in welchem er die Unterschrift gegeben hat, ein von ihm selbst verschuldeter gewesen ist; allein dieses Verschulden möchte der Kläger schwer genug durch eine schwierigere Stellung im Prozesse büßen; den unmittelbaren, sofortigen Verlust seines Rechtes kann daselbe nicht zur Folge haben.

Wenn nämlich Kläger und Beklagter die mehrerwähnte Zusicherung und Haftung unter sich vereinbart, und wenn sie diese Vereinbarung auch vor dem Notare erklärt haben, so ist in der Notariatsurkunde, indem sie diesen wesentlichen Vertragspunkt verschweigt, der wahre Wille der Kontrahenten nur höchst unvollkommen ausgedrückt, und es fehlt daher die unbedingt notwendige Uebereinstimmung zwischen dem Willen und dessen urkundlicher Erklärung; und wenn nun gegen die Unvollständigkeit des Inhaltes der Urkunde Rechtshilfe gesucht wird, so liegt das entscheidende Moment in jenem Mangel an Uebereinstimmung und nicht in dem Irrthume, in welchem die Urkunde unterschrieben wurde, weshalb auch die Beschaffenheit dieses Irrthumes, ob er nämlich ein verschuldeter oder unverschuldeter gewesen sei, völlig gleichgiltig und unerheblich ist. Buchta, Pandekten und Pand.-Vorlesungen §. 65; Savigny, Syst. d. heut. röm. R. Bd. III S. 264 u. 446.

Die Vorschriften des bayern. Landrechtes Th. IV Kap. I §. 25 Nr. 3, welche sich nur auf die



Eingehung und nicht auf die Beurkundung des Rechtsgeschäftes beziehen, können also hier keine Anwendung finden, so wie denn überhaupt kein Gesetz besteht, durch welches, wenn Jemand selbst in größtem Leichtsinne eine gar nicht oder nur unaufmerksam gelesene Urkunde unterzeichnet, wegen dieses Leichtsinnes der Beweis der Unwahrheit bzw. Unvollständigkeit der Urkunde ausgeschlossen wäre.

Rm.

2.

Voraussetzungen der Anfechtung einer Hypothekenbestellung durch das paulianische Rechtsmittel.

Bgl. Bb. XIV S. 25; Bb. XIX S. 296; Bb. XXVIII S. 73.

In Uebereinstimmung mit dem Bb. XIV S. 25 besprochenen Erkenntnisse vom 15. Dez. 1845 Nr. 306⁴⁴/₄₅ hat der oberste Gerichtshof auch unlängst ausgesprochen:

daß, um dem paulianischen Rechtsmittel gegen die Bestellung einer Hypothek für eine schon bestandene Forderung stattgeben zu können, zwar immer die betrügerische Absicht, der *dolus* des Gemeinschuldners vorhanden sein müsse, daß aber neben dieser Absicht des Gemeinschuldners auf Seite desjenigen, für welchen die angefochtene Hypothek bestellt wurde, nur entweder ein bloß lukrativer Erwerb oder seine Theilnahme an der Gefahrde des Gemeinschuldners, nicht die beiden letzteren Voraussetzungen zusammen, vorliegen müssen;

und daß die Erwerbung des Hypothekenrechtes dann als eine lukrative anzusehen sei, wenn die Hypothek vom Schuldner für eine schon früher ohne Hypothekentitel bestandene Forderung, für ein

vetus creditum, freiwillig bestellt wurde, d. h. ohne vorausgegangene Kündigung oder Eintragung der Schuld, ohne daß der Gläubiger für die Hypothekbestellung eine Gegenleistung machte, Zahlungsnachricht für die fällige Schuld oder fristenweise Abtragung derselben gewährte.

DAÖG. v. 20. Nov. 1866 Reg.-Nr. 1261^{65/66}.
77.

3.

Verjährungsfrist für die Pensionsbezüge eines standesherrlichen Beamten.

In einem Rechtsstreite eines quieszirenden standesherrlichen Revierförsters gegen die Dienstherrenschaft wegen der Pensionsbezüge wurde darüber gestritten, ob die dreijährige oder die fünfjährige Verjährungsfrist Platz greife? Der oberste Gerichtshof entschied sich für die letzte Alternative. Art. 3 Ziff. 8 des Ges. über die Verjährungsfristen v. 26. März 1859 sei nicht anwendbar, weil in diesem Artikel die einzelnen Kategorien der Bediensteten, für deren Ansprüche die kurze Verjährungsfrist gelten soll, speziell aufgeführt sind, hiezu aber mit pragmatischen Rechten angestellte, und schon nach allgemeinem Sprachgebrauche der Beamtenkategorie angehörige standesherrliche Revierförster nicht gezählt werden können; daß vielmehr hier der Artikel 1 des allegirten Gesetzes in Anwendung komme, sohin nur die fünfjährige Frist zur Verjährung als ausreichend anzusehen sei.

DAÖGf. v. 26. Nov. 1866 Nr. 1245^{65/66}.
77.

4.

Was ist unter Nebenbezügen im Sinne der IX. Beilage zur Verfassungsurkunde zu verstehen?

Vgl. Bd. VII S. 143; Bd. XXX S. 121.

Das Unterscheidungsmerkmal zwischen eigentlichen Gehaltstheilen und bloßen Nebenbezügen muß darin gefunden werden, daß erstere eine stetige Quelle der Subsistenz als Äquivalent für den vom Beamten übernommenen Dienst im Allgemeinen zu bilden bestimmt sind, während die Nebenbezüge dieses Charakters entbehren, indem sie

1) entweder als Deckung für außerordentliche Dienstesbedürfnisse oder als Entschädigung für einen durch die Dienstesfunktion hervorgerufenen besonderen Aufwand dienen, oder

2) die Vergütung für besondere zum Dienste an und für sich nicht gehörige, sondern nur mit demselben in einem zufälligen äußerlichen Zusammenhange stehende Dienstleistungen bilden sollen, oder endlich

3) indem sie zwar für einzelne, der Sphäre des übertragenen Amtes an sich angehörige Dienstleistungen speziell gewährt sind, die Art und Weise der desfalligen Bewilligung aber mit Sicherheit entnehmen läßt, daß die Vergütung nur so weit, als vom Beamten die fraglichen Dienste wirklich geleistet werden, statt zu finden habe.

DAGUrt. v. 26. Nov. 1866 Nr. 1245^{65/66}.

77.



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

Inhalt: Von der Haftung für den durch Maschinen und überhaupt durch Sachen verursachten Schaden nach französischem Rechte. — *Condictio furtiva*. Beweiskraft bei derselben. — Eben von der Erlassung des Erkenntnisses auf Eröffnung des Konkurses an auch ohne Ausschreibung der Vollstreckungstage sind die Handelsgerichte nicht mehr befugt, Prefationen am Vermögen des Konkursquittenden zu vollstrecken.

Von der Haftung für den durch Maschinen und überhaupt durch Sachen verursachten Schaden nach französischem Rechte.

Das römische Recht hat bekanntlich bezüglich des Schadens, welcher durch Sachen verursacht ist, nur einige singuläre Bestimmungen und läßt eine Haftung ohne Nachweis einer aquilischen Verschuldung hauptsächlich nur eintreten in drei Fällen, nämlich bei der Haftung für Thiere (*actio de pauperie*), bei der Haftung für Gebäude (*cautio de damno infecto*) und bei der Haftung für ausgeworfene und ausgeschüttete Gegenstände (*actio de dejectis et effusis*). Auf Grund von fr. 7 §. 2 und fr. 9 §. 3 de damno infecto (39, 2) wird zwar auch eine auf alle Sachen sich ausdehnende Haftung angenommen; jedoch nur in sehr beschränktem Maße, nämlich in der Art, daß dem Beschädigten, soweit er sich im Besitze der beschädigenden Sache befindet, ein Retentionsrecht zugesprochen wird.

Audere und viel weiter gehende Grundsätze stellt in dieser Beziehung das französische Recht

Neue Folge XII. Band.



auf, Grundsätze, welche weit besser den jetzigen Verhältnissen sich anpassen und welche sich sehr praktisch erweisen in einer Zeit, wo das Bestreben, für Industrie und Verkehr die energischsten und schnellstwirkenden Mittel dienstbar zu machen, eine Menge gefährlicher Maschinen und Einrichtungen ins Leben gerufen und in Thätigkeit gesetzt hat. Im Hinblick auf diese praktische Bedeutung des Gegenstandes mag es vergönnt sein, jene Grundsätze hier in Kürze darzulegen und hiemit zugleich eine Interpretation der einschlägigen Verfügungen des französischen Rechtes, welches allerdings in manchen Punkten noch streitig ist, zu verbinden.

Art. 1384 Code civil sagt, daß derjenige, welcher eine Sache unter Aufsicht hat, d. h. der Besizer einer Sache, für den durch dieselbe verursachten Schaden haftet. — Diese Bestimmung stellt ohne Zweifel ein allgemeines Prinzip auf und es ist ihr Sinn der, daß bei allen Sachen ohne Ausnahme die Haftung für den Schaden, welchen sie verursachen, eintritt, ohne daß der Nachweis einer persönlichen Verschuldung, wie ihn die Art. 1382 und 1383 a. a. D. (die *lex aquilia* des französischen Rechtes) voraussetzen, geführt zu werden braucht.

Es wird zwar in Zweifel gezogen, ob diese Bestimmung wirklich eine allgemeine sein solle und wird behauptet, es sei mit derselben bloß ein Prinzip angedeutet, welches in den folgenden Artikeln 1385 und 1386 erst seine nähere Präzisierung finde; ihre Anwendung beschränke sich daher nur auf die Fälle dieser beiden Artikel, nämlich auf die Haftung für den durch Thiere und für den durch den Einsturz von Gebäuden verursachten Schaden.

Diese Auslegung wäre jedoch offenbar eine irrige. Man darf nur den Wortlaut jener Be-



stimmung mit dem Wortlaute der im nämlichen Sage enthaltenen anderen Bestimmung, welche von der Haftung für fremde Personen spricht und allerdings auf nähere Präzisierung hinweist, verglichen; man darf ferner ihr gegenüber den Wortlaut und Inhalt jener Artikel 1385 und 1386 in's Auge fassen, um sich zu überzeugen, daß diese letzteren nicht bestimmt sind, die Anwendbarkeit des Art. 1384 zu präzisiren, daß sie vielmehr nur bezwecken, das allgemeine Prinzip des Art. 1384 in theilweise erweiterter Weise auf zwei besondere Fälle anzuwenden, welche wegen ihrer praktischen Bedeutung und mit Rücksicht auf das ältere Recht besonders geregelt zu werden verdienen. Hierzu kommt, daß die Gründe des Gesetzes für alle Sachen gleichmäßig passen, und schließlich lassen die Worte, mit denen Bertrand de Grendille in seinem Berichte an das Tribunal den in Frage stehenden Artikel empfahl, keinen Zweifel, daß der Gesetzgeber eine allgemeine Verfügung im Sinne hatte.

Es fragt sich nun: „Welches ist die Tragweite dieser allgemeinen Verfügung?“

Selbstverständlich ist wohl, daß man aus den Schlussworten des Art. 1384, laut deren bloß die Eltern und Lehrherren den Nachweis der Nichtverschuldung führen dürfen, nicht folgern darf, es laste auf dem Besitzer einer Sache eine praesumptio juris et de jure der Verschuldung, welche sogar den Gegenbeweis ausschließen würde. Diese Schlussbestimmung hat ihrer Stellung und Wortfassung nach offenbar nur die Haftung für Personen vor Augen und kann zu Folgerungen in anderer Richtung nicht benützt werden.

Es erübrigt demnach nur, fragliche Bestimmung aus sich selbst, aus der Natur der Sache und aus den in den Art. 1385 und 1386 liegenden Anhaltspunkten zu erklären, und diese Erklär-

•

ung bietet sich, wie ich meine, in sehr einfacher, natürlicher und den Verhältnissen angemessener Weise dar.

Das Gesetz sagt, daß der Besitzer für den Schaden haftet, welcher verursacht ist: „par le fait des choses, qu'il a sous sa garde“. — Die Ausdrucksweise deutet an, daß diesem Satze jene Idee zu Grunde liegt, welche schon im römischen Rechte bei der *actio de pauperie* sowie bei der *cautio de damno infecto* obwaltete, — fr. 24 §. 2 (39, 2) — aus welcher sich dort die Beschränkung der Haftung auf die schadensstiftende Sache (das Thier, das Gebäude) herleitete, und welche auch in der Spezialbestimmung des Art. 1386 ihre ausdrückliche Anerkennung gefunden hat, — der Idee nämlich, daß, wenn man so sagen darf, eine Verschuldung der Sache den Schaden bewirkt haben müsse, daß gewissermaßen die Sache selbst der schuldhafte Theil sei.

Eine Verschuldung der Sache in diesem Sinne ist gegeben, wenn der Schaden durch die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache, oder auch, wenn er durch die gefährdende Lage oder Stellung, in welcher diese sich befand, herbeigeführt worden ist. — Nur unter solchen Voraussetzungen kann auch füglichweise davon gesprochen werden, daß die Sache den Schaden verursacht habe; denn außerdem liegt die Ursache entweder in jener Person, welche die Sache gebraucht, auf dieselbe eingewirkt hat, oder aber im Zufalle.

Setzt nun Art. 1384 eine in der Sache selbst liegende Verschuldung voraus, so ist klar, daß derjenige, welcher auf Grund dieses Artikels vom Besitzer einer Sache Schadensersatz verlangt, sich nicht begnügen darf, nachzuweisen, es habe die Sache beschädigend auf ihn oder seine Sachen eingewirkt, sondern daß er noch den ferneren Nachweis erbringen

muß, es trage die Sache selbst Schuld am Schaden.

Hat er diesen Beweis geführt, so spricht die in Art. 1384 begründete gesetzliche Präsuntion für ihn, in gleicher Weise, wie im Spezialfalle des Art. 1385, wenn es sich um Beschädigung durch die Schuld von Thieren handelt.

Dafür aber, daß die Sache selbst schuld sei, spricht, wie gesagt, eine gesetzliche Präsuntion nicht; diese Thatsache muß erwiesen werden, wobei allerdings menschliche Präsuntionen zur Beweisführung benützt werden können.

Beispiele werden die praktische Bedeutung dieser Prinzipien klar machen. — Nimmt man an, es sei durch den in einem Hause entstandenen Brand ein anderes Haus in Brand gesteckt worden, so ist klar, daß der einfache Nachweis dieses Kausal-Zusammenhanges nicht genügt, um den Besitzer des ersten Hauses haftbar zu machen und ihm den Beweis des Mangels einer Verschuldung aufzubürden. An einem Brande ist in der Regel nicht das Haus oder irgend eine darin verwahrte Sache schuld, sondern die Unvorsichtigkeit der Personen, welche das Haus bewohnen. Die Bestimmungen des Art. 1384 könnten daher nur dann mit Erfolg angerufen werden, wenn vorher erwiesen wäre, daß etwa Stoffe, die sich selbst entzündeten, oder die feuergefährliche Anlage des Hauses Ursache des Brandes gewesen sei.

Ebenso ist es bei Maschinen. Die Thatsache, daß durch die Explosion eines Dampfkessels oder irgend eines sonstigen von Dampf erfüllten Gefäßes Jemand beschädigt wurde, reicht an und für sich nicht hin, den Art. 1384 anwendbar zu machen. Denn jene Explosion kann, ganz abgesehen von höherer Gewalt, auch bloß in Folge übermäßiger oder schlecht-regeltem Dampfwicklung, d. h. in Folge einer

Unvorsichtigkeit oder Ungeschicklichkeit der mit Leitung der Dampfmaschine betrauten Personen oder selbst unberufener fremder Personen eingetreten sein, also ohne daß der Kessel oder das Gefäß die geringste Schuld trug. In diesem Falle können wohl andere Gesichtspunkte der Haftbarkeit Platz greifen, allein die Haftbarkeit auf Grund der in Frage stehenden Bestimmung des Art. 1384 ist nicht gegeben. —

Vorstehenden Erörterungen gemäß lassen sich die Prinzipien des französischen Rechtes in folgenden Sätzen kurz zusammenfassen:

Das Gesetz legt dem Besitzer einer Sache die besondere Pflicht auf, dafür zu sorgen, daß sie Niemanden beschädigen und macht ihn haftbar für Versäumung der bezüglichen Vorsichtsmaßregeln, welche selbstverständlich im Verhältnisse stehen müssen zur Gefährlichkeit der Sache.

Es geht noch weiter und stellt für den Fall, als eine in der Sache selbst liegende Verschuldung nachgewiesen ist, die Rechtsvermuthung auf, daß der Besitzer jene Pflicht versäumt habe.

In diesem Falle trifft Letzteren die Beweislast, daß er von der Schuld frei sei, daß vielmehr nur Zufall oder aber eigene Schuld des Beschädigten den Schaden herbeigeführt habe. —

Im Sinne der so eben dargelegten Prinzipien entscheiden denn auch die französischen Gerichte, namentlich in neuerer Zeit; jedoch wird man häufig eine scharfe prinzipielle Entwicklung vermissen, vielmehr in der Regel Faktisches und Rechtliches vermengt finden. Die Erklärung hievon ist hauptsächlich darin zu finden, daß der französische Richter bei Fragen dieser Art auch der praesumptio hominis einen sehr ausgedehnten Einfluß gestattet, namentlich in Fällen, wo die Sache, von der zunächst die Beschädigung ausgegangen, zu Grunde ging oder

wo aus sonstigen Ursachen eine genaue Ermittlung zur Unmöglichkeit geworden ist. Man geht hierbei von der gewiß nicht unrichtigen Erwägung aus, daß es demjenigen, welcher eine Sache in Besitz und unter Aufsicht hatte, eher zugemuthet werden kann, deren Beschaffenheit genau zu kennen und die wahre Ursache einer durch sie veranlaßten Beschädigung zu erforschen, als dem Beschädigten, welchen nur der Zufall mit der Sache in Verührung gebracht hat, und man ist geneigt, zu Gunsten des Letzteren auch starke Wahrscheinlichkeitsgründe als Beweis anzunehmen.

Es ist nun auch für den einzelnen Fall in der Regel ziemlich gleichgiltig, ob der Beweis auf Grund einer praesumptio juris oder auf Grund einer praesumptio hominis als geführt betrachtet wird; allein für die Rechtsmaterie überhaupt ist es doch von wesentlichem Belange, scharf zu unterscheiden, und diese Unterscheidung gewinnt namentlich dann eine hohe Bedeutung, wenn ein Urtheil mit Kassations-Rekurs angefochten ist und es sich fragt, ob eine faktische oder eine rechtliche Entscheidung gegeben sei.

W.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Condictio furtiva. Beweislast bei derselben.

J. M. behauptete, daß N. S., welche er beerbt habe, eben im Begriffe gewesen sei, sich mit einer Baarsumme von 3500 fl. zu J. S. zu begeben, als sie, vor dem Wohnhause desselben plötzlich vom Schläge gerührt, bewusstlos zusammengesunken sei, worauf sich J. S. ohne Weiteres jener Baarsumme bemächtigt und sie dem Pfarrer S.

mit dem Vorgeben überhändig habe, daß sie von N. S. zu einer Stiftung bei der Pfarrkirche bestimmt worden sei.

Der auf Wiederbeschaffung des Geldes beklagte J. S. erwiderte hierauf, N. S. habe ihm die fragliche Summe mit dem Auftrage übergeben, sie dem Pfarrer S. zu fraglichem Zwecke auszuhändigen.

Die erste Instanz legte dem Kläger den Beweis auf, daß die zugestandnermaßen erfolgte Besitznahme der der N. S. gehörigen 3500 fl. durch den Beklagten eine eigenmächtige gewesen sei.

In der hiegegen ergriffenen Berufung suchte Kläger darzuthun, daß ihm nicht eine Thatsache, sondern ein Begriff, welcher noch überdies in einer bloßen Verneinung bestehe, zum Beweise ausgesetzt sei. Ihm, dem Kläger, könne überhaupt kein Beweis obliegen, weil die Sache ganz einfach so liege, daß Beklagter, weil er über fremdes Geld verfügt habe, seine Verfügung durch den Beweis des behaupteten Auftrags rechtfertigen oder das Geld wieder beschaffen müsse.

Die zweite Instanz bestätigte das erstgerichtliche Erkenntniß, indem es die Klage als die *condictio furtiva* bezeichnete, wobei die eigenmächtige Besitznahme zum Klagegrunde gehöre, folglich vom Kläger zu beweisen sei, — welcher Beweis keineswegs auf einen bloßen Begriff, sondern auf eine Thatsache gehe, und wenn er auch eine Verneinung enthalte, vermöge besonderer civilrechtlicher Bestimmung, welche vor den Bestimmungen der Gerichtsordnung den Vorzug habe, den Kläger treffe.

Die vom Kläger hiegegen ergriffene Revision blieb gleichfalls erfolglos.

Es handelt sich hier — so sagen die oberstgerichtlichen Gründe — um eine Schadensklage aus einem Delikte. Ein solches ist durch die behauptete, mit Bewußtsein vorgenommene wider-



rechtliche, d. h. ohne einen die Eigenthümerin des Geldes verpflichtenden Rechtsgrund vollzogene, schadenbringende Einwirkung auf eine fremde bewegliche Sache gegeben, wobei es unerheblich ist, ob diese Einwirkung durch Anschauung der Sache oder durch Verfügung über die bereits im Inhaben des Handelnden befindliche Sache geschah. Die Behauptungen der Klage fallen daher unter den hier maßgebenden allgemeinen Begriff eines auf dem Boden des Civilrechtes zum Schadenersatz verpflichtenden Delictes, welchen allgemeinen Begriff auch das bay. P. R. Th. IV Kap. XVI §. 1 festhält. Es ist daher unerheblich, ob der gegenwärtige Fall unter die besonderen Bestimmungen des zum bay. P. R. a. a. O. §. 5 auschilfweise anwendbaren römischen Rechtes über das furtum und über die *condictio furtiva* subsumirt werden könne, bei welcher *condictio* die Bereicherung durch die *contractatio rei* in der Regel maßgebend ist. Es schließt aber auch die hinsichtlich des *animus lucri faciendi* in Frage kommende besondere Bestimmung des fr. 54 (56) §. 1 (47, 2) eine Anwendung der *condictio furtiva* auf den gegenwärtigen Fall nicht gerade aus. Es ist nämlich in dieser Gesetzstelle der Grundsatz ausgeprägt, daß die Zuwendung der widerrechtlich an sich genommenen Sache an einen Dritten der Verfolgung eines eigenen Vortheiles gleichstehe. In der Klage ist nun aber behauptet, daß vom Beklagten gegen Pfarrer S. gemachte Vorgeben sei völlig unbegründet gewesen, in welcher Voraussetzung hier die Zuwendung der Sache als in des Beklagten eigenem Namen an den Dritten erfolgt angesehen werden mußte.

Demnach ist die Klage lediglich durch die Behauptung der widerrechtlichen (eigenmächtigen) Besignahme der fraglichen Geldsumme durch den Beklagten begründet, in welchem Sinne die Vorin-

stanzen den Klagegrund zum Beweise ausgesetzt haben. Daß dieser Klagegrund aber thatsächlicher Natur und bei der bezeichneten Beurtheilung der Klage als Schadensersatzklage aus einem Delikte auch vom Kläger zu beweisen sei, bedarf gegenüber den Gründen der Vorinstanz keiner weiteren Ausführung.

Unbegründet ist insbesondere die Aufstellung des Klägers, es treffe ihn keinerlei Beweis, da das Eigenthum der verstorbenen N. S. an fraglicher Geldsumme so wie die Inbesitznahme dieses Geldes durch den Beklagten bereits gewiß sei. Vorerst ist eine eigenmächtige Ansichnahme von Seite des Beklagten durch die Behauptung des an ihn ergangenen Auftrages der N. S. bestimmt geläugnet, und abgesehen hiervon ist nicht die Eigenthumsklage, sondern die persönliche Ersatzklage angesetzt, von welcher ganz dasselbe gilt, was hinsichtlich der Beweislast bei der *condictio furtiva* in den Anmerk. zu §. 5 des bay. P. R. a. a. O. lit. f und i in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte gesagt ist, und wonach vom Kläger die Verübung des Deliktes durch den Beklagten als der persönliche Obligationsgrund zu beweisen ist.

Auch darüber, daß der vom Beklagten behauptete Auftrag der N. S. in das Gebiet des direktesten Gegenbeweises falle, kann ein Zweifel nicht bestehen. Ein solcher Auftrag ist nämlich eine die Eigenthümerin des Geldes verpflichtende Thatsache, welche die Widerrechtlichkeit der Handlung des Beklagten ausschließt. Dieser Thatsache gegenüber erscheint der Nachweis der vom Kläger aufgestellten Behauptung, jene Auftragsvertheilung der N. S. sei in einem unzurechnungsfähigen Zustande derselben erfolgt, als eine hier nothwendig zulässige *reprobatio reprobationis*.

DASE. v. 30. Nov. 1866 Nr. 101^{66/67}.

Rm.



Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Schon von der Erlassung des Erkenntnisses auf Eröffnung des Konkurses an, auch ohne Ausschreibung der Ediktstage, sind die Handelsgerichte nicht mehr befugt, Ezekutionen am Vermögen des Santschuldners zu vollstrecken.

Am 21. Aug. 1866 stellte das Handlungshaus Gebrüder Elvers in Hagen gegen das Handlungshaus Anton Bachmaier u. Komp. in München Klage bei dem k. Handelsgerichte München links d. Is. wegen einer Wechselsumme von 2034 fl. 45 kr. sammt Zinsen, Provision, Protest- und Retourkosten.

Nach entsprechendem Verfahren ertheilte das Handelsgericht dem Beklagten am 11. Okt. 1866 den Auftrag, den Kläger innerhalb drei Tagen bei Vermeidung der Sperre in Haupt- und Nebensache zu befriedigen.

Mittlerweile hatte aber schon am 21. Juni 1866 das Handlungshaus F. J. Bachmaier zu Passau bei dem k. Bezirksgerichte Passau ein Fristen- und Nachlaßgesuch eingereicht, welches durch Verfügung des ebengedachten Gerichtes v. 20. Juli 1866 als geeignet zur Mittheilung an die Gläubiger erklärt, der Vollzug aber wegen der durch den Krieg veranlaßten Verkehrsstörungen ausgesetzt wurde.

Am 1. Sept. 1866 erklärte darauf der bevollmächtigte Anwalt des Kaufmannes Wilhelm Simson in Passau und des Kaufmannes Anton Bachmaier in München, — der einzigen offenen Gesellschaft der Handelsfirmen F. J. Bachmaier in Passau und Anton Bachmaier u. Komp. in München, — die Insolvenz des Hauses F. J. Bachmaier bei dem k. Bezirksgerichte Passau.

Dieses Gericht erkaunte auch sofort am 7. Sept. 1866 auf Eröffnung der Gant, da bei Unsicherheit



der Aktivposten zweifelhaft sei, ob das Aktivvermögen zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger hinreiche, verfügte dabei die Einstellung aller Partikularexfekutionen, beschloß aber, von Ausschreibung der Edikts- tage bis zur Erledigung des Fristen- und Nachlaß- gesuches Umgang zu nehmen.

Hievon wurden die Handelsgerichte Passau und München links d. Is. in Kenntniß gesetzt.

Als hierauf das Handlungshaus Gebrüder Elvers am 24. Okt. 1866 bei dem Handelsgerichte München links d. Is. den Antrag auf Vollzug der angedrohten Sperre gegen die Handlung Ant. Bachmaier u. Komp. stellte, wurde dieser am 26. Okt. zurückgewiesen, weil vom k. Bez.-Ger. Passau gegen das Haus F. J. Bachmaier in Passau sowie das Haus Ant. Bachmaier u. Komp. in München am 7. Sept. 1866 auf Eröffnung des Konkurses erkannt worden sei.

Hiegegen erhob aber die klagende Partei Berufung, worauf das k. Handelsappellationsgericht am 12. Nov. 1866 die Sperre nach Antrag anordnete, von der Erwägung ausgehend, daß das Handlungshaus Ant. Bachmaier u. Komp. seinen Sitz in München habe und nicht nachgewiesen sei, daß vom k. Bez.-Ger. München l. Is. über dieses Handlungshaus die Gant erkannt worden, ferner daß das k. Bez.-Ger. Passau durch seinen Beschluß v. 7. Sept. 1866 die Gant nicht bereits eröffnet, sondern nur die später unter gewissen Voraussetzungen bevorstehende Eröffnung in Aussicht gestellt habe.

In Folge dieses Ausspruches des k. Handelsappellationsgerichtes, durch welchen ungeachtet des Erkenntnisses, daß gegen das Handlungshaus F. J. Bachmaier in Passau und dessen Zweigniederlassung Ant. Bachmaier u. Komp. in München die Gant zu eröffnen und jede Partikularexfekution einzustellen sei, dennoch der Erfekution am Ber-

mögen des Handlungshausess Ant. Bachmaier in München stattgegeben wurde, regte der Anwalt der Gantschuldner den bejahenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach vorschriftmäßiger Instruktion vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

daß zur Bescheidung des vom Handlungshause Gebrüder Elvers gestellten Antrages auf Vollzug der Ezekution gegen das Handlungshaus Ant. Bachmaier u. Komp. in München das l. Bezirksgericht Passau zuständig sei.

Dieser Entscheidung sind folgende Gründe beigefügt:

Nach Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantilerichtsordnung vom Jahre 1785 soll in dem Falle, wenn der Schuldner sich selbst für zahlungsunfähig erklärt, sofort diese Insolvenz gerichtlich hergestellt, und die Gant gesetzlich erkannt ist, bei dem Wechsel- und Merkantilerichts, jetzt Handelsgerichte eine Ezekution nicht vorgenommen oder fortgesetzt, sondern das ganze Schuldenwesen zum Gantrichter, daher auch jeder Kläger zum Gantgerichte angewiesen werden. Ebenso verordnet Kap. I §. 5, daß der Konkurs auch dann, wenn der Schuldner schon vorher bei dem Wechselgerichte verurtheilt, oder gar schon mit Sperre angegriffen worden ist, nichts desto weniger beim Gantrichter verhandelt werde, und in Uebereinstimmung hiemit spricht diese Gerichtsordnung in Kap. X §. 10 noch insbesondere aus, daß bezüglich des gesperrten Gutes, um so mehr also auch des ungesperrten, bei ausgebrochener Gant keineswegs von Seite des Wechselgerichtes mit der Ezekution vorzuschreiten ist, sondern die Gläubiger lediglich zum Konkursgerichte verwiesen werden sollen.

Der Anwalt des Handlungshausess F. J. Bachmaier in Passau hat für dieses und, wie er angab, für die Zweigniederlassung Firma Anton Bachmaier und Komp. zu München am 1. Sept. 1866 bei



dem Bezirksgerichte Passau eine Insolvenzerklärung eingereicht, auf welche Erklärung dieses Gericht am 7. Sept. 1866 auf Eröffnung der Gant erkannt, und die Einstellung der Einzelnefektionen verfügt hat, von der Erwägung ausgehend, daß es nach dem vorgelegten Vermögensausweise bei der Unsicherheit der angefezten Aktivposten allerdings zweifelhaft erscheint, ob das vorhandene Vermögen zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger hinreiche, und sekte die Handelsgerichte München I. J. und Passau hievon mit dem Ansuchen in Kenntniß, anhängige Erfekutionen einzustellen.

Hienach liegt hier die schuldnerische Insolvenzerklärung vor, und die Insolvenz, welche nach der Wechsel- und Merfantilgerichtsordnung gerichtlich herzustellen ist, muß nach Kap. XIX §. 3 der allgemeinen Zivilprozeßordnung nicht unbedingt gegeben, sondern nur so beschaffen sein, daß nicht gleichwohl das angezeigte Vermögen des Schuldners sich offenbar als hinreichend zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger herausstellt; welche Beschaffenheit nach der vorbemerkten Annahme des Bezirksgerichtes Passau hier jedenfalls nicht als gegeben erachtet werden kann.

Da nun dem zufolge auch die Gant von dem ordentlichen Zivilrichter, welchem unbestritten die Entscheidung hiebei ausschließend zusteht, erkannt worden ist, so stellen sich alle Umstände als erschöpft dar, welche das Gesetz selbst an die Beseitigung aller einzelnen Erfekutionen der Handelsgerichte knüpft.

Die Frage, ob nach den obwaltenden Verhältnissen das Handlungshaus Anton Bachmaier und Komp. in München mit Recht oder nicht mit in die Gant des Handlungshauses F. J. Bachmaier zu Passau gezogen wurde, welche das k. Handelsappellationsgericht in Eingang erwählter Wechselstreitsache in Anregung gebracht hat, kann an der

im erwähnten Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merfantilgerichtsordnung ausgesprochenen Folge eines Banterkenntnisses nichts ändern, da diese Frage auf den materiellen Inhalt desselben Bezug hat, welcher von dem k. Handelsappell.-Gerichte als einem dem Bezirksgerichte Passau nicht unmittelbar vorgesetzten Obergerichte so wenig als von dem lediglich zur Verbescheidung eines bestehenden Kompetenzkonfliktes berufenen Gerichte einer rechtlichen Würdigung unterstellt werden kann.

Auch erscheint es unzulässig, das Erkenntniß des Bezirksgerichtes Passau, welches ganz unweideutig „auf Eröffnung der Bant“ lautet, mit dem k. Handelsappell.-Gerichte dahin auffassen zu wollen, es liege hierin nur der Beschluß, solche unter gewissen Voraussetzungen später zu eröffnen, weil das Bezirksgericht nicht auch zugleich jene Maßregeln ergriffen habe, welche das Gesetz für die wirklichen Bantverhandlungen vorschreibt.

Die mehrerwähnte Stelle des Kap. XI der Wechsel- und Merfantilgerichtsordnung hat nicht die schon eröffnete Bant durch Ausschreibung der Ediktstage und Ergreifung weiterer in der Bant erforderlichen Maßregeln zur Voraussetzung der Einstellung handelsgerichtlicher Erfekutionen, sondern einfach die Thatsache des gesetzmäßig erlassenen Banterkenntnisses.

Es muß daher von diesem Standpunkte aus für den durch das Konkurserkentniß einmal herbeigeführten Bantzustand als ganz gleichgiltig erachtet werden, ob der Bantrichter sogleich die Bantverhandlungen mit der öffentlichen Ausschreibung der gewöhnlichen Ediktstage beginnt, oder ob er vorher noch die Sache im Wege der Güte unter den sämtlichen Interessenten auszugleichen sucht, und zwar dieses um so mehr, als nach einem den ganzen Civilprozeß beherrschenden Grundsatz dem Richter in jedem Verfahren freisteht, daß er die Sache

auch auf die letztere Weise zum Ziele zu führen versuche, ohne daß während der Dauer der diesfälligen Verhandlungen an dem Charakter des Stadiums, in welches die betreffende Prozeßsache eingeführt worden ist, im geringsten etwas geändert wird.

Daß übrigens obige Stelle das Kap. XI bei dem Erfordernisse auf Erkennung der Gant nicht auch zugleich die Ausschreibung der Ediktstage mit verlangen wollte, geht daraus hervor, daß dieses Gesetz die Hemmung der handelsgerichtlichen Erektionen selbst dann schon eintreten lassen will, wenn außer der Insolvenzanzeige des Schuldners sich überhaupt aus den Akten ergibt, daß derselbe schon wirklich gantmäßig ist oder durch die Bezahlung der Wechselfchuld gantmäßig wird, in welcher letzterem Falle doch unter allen Verhältnissen von den Erfordernissen der Ausschreibung von Ediktalien nicht die Rede sein könnte. Und in diesem Sinne haben sich auch schon die Erläuterungsreskripte vom 1. August und 17. Dezember 1816 in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreiche Bayern Bd. I S. 362 ff. ausgesprochen¹⁾.

Erf. d. L. G. v. 9. März. 1867, UB. Nr. 59.

— f —

¹⁾ In gleicher Weise hat sich der oberste Gerichtshof schon in einem Erkenntnisse vom 7. Sept. 1866 UB. Nr. 51 ausgesprochen, indem er einen in der Gantsache des Lederfabrikanten Anton Streicher in München beziehungsweise in der Streitsache des Jos. Dengler gegen Anton Streicher wegen Wechselforderung angeregten bejahenden Kompetenzkonflikt zwischen dem l. Bezirksgerichte und dem l. Handelsgerichte München links d. Is. dahin entschied, daß zur Verfügung auf die Erektionsanträge Jos. Dengler's das l. Bez.-Ger. München l./S. als Konkursgericht zuständig sei.

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: Ueber das pignus nominis im Konkurse der Gläubiger. — Proofsation zur Regartertentlage. — Untheilbarkeit der Realoffen. — Auch die Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt für eine wirklich bestehende Schuld kann durch das paulianische Rechtsmittel revidirt werden. — Die Rückforderung einer in der Voraussehung eines nachmals nicht zugehandgekommenen Realitätenkaufes durch Ausstellung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung gehört vor das ordentliche Gericht.

Ueber das pignus nominis im Konkurse der Gläubiger.

Ueber das Recht, welches das pignus nominis im Gläubigerkonkurse gewährt, sind in diesen Blättern drei verschiedene Meinungen aufgestellt; es wird nämlich für den Pfandnehmer in Bd. X S. 37 das Separationsrecht und in Bd. IX S. 283 die erste Stelle der dritten Rangklasse in Anspruch genommen, während in Bd. XXV S. 22 jedes Vorzugsrecht geläugnet wird.

Diese Behauptungen sind jedoch an den betreffenden Stellen nur sehr allgemein begründet und erst im laufenden Bande S. 1 folg. findet sich eine Erörterung, deren Verfasser näher in die rechtliche Natur des Gegenstandes eingeht und dabei zu dem Schlusse kommt, daß dem Pfandnehmer das Separationsrecht zustehe ¹⁾.

1) Mit ausdrücklichen Worten wird zwar das Separationsrecht nur bei verpfändeten Chirographarforderungen ausgesprochen; allein die hiesfür angeführten Gründe sprechen nicht schwächer und nicht stärker auch für verpfändete Forderungen anderer Art, namentlich für verpfändete Hypothekforderungen, und wenn bezüglich der letzteren (S. 4 a. E.) vom Separationsrechte abgegangen wird, so sieht der aufmerksame Leser so-

Neue Folge XII. Band.



Der Grund dieser Entscheidung besteht darin, daß

1) die Verpfändung einer Forderung eine bedingte Cession derselben enthalte, und

2) daß somit nur die Grundsätze der Cession und der Bedingungen zur Anwendung kommen.

Gegen den ersten Satz ist nichts, desto mehr ist aber gegen den zweiten einzuwenden.

Der Pfandnehmer hat, wenn seine Forderung fällig geworden ist, allerdings das Recht, die verpfändete Forderung wie ein Cessionar einzuklagen und beizutreiben; allein die Ausübung dieses Rechtes hängt zugleich von den Grundsätzen über Ausübung des Pfandrechtes ab.

Die Grundsätze der Cession gelten nicht weiter, als es zum Zwecke des Pfandrechtes erforderlich ist, so daß also der Pfandnehmer nicht ganz und gar wie ein Cessionar behandelt werden darf, und die Verpfändung einer Forderung immer noch ein von der Cession wesentlich verschiedenes Rechtsgeschäft bildet²⁾.

Der Cedent verlegt seine Verbindlichkeit gegen den Cessionar, wenn er die cedirte Forderung weiter cedirt; der Pfandgeber kann die verpfändete Forder-

gleich, daß an dieser Stelle von der Gant des Hypothekschuldners, und nicht von der des verpfändenden Hypothekgläubigers die Rede ist.

²⁾ Buchta, Pandekten §. 208 und Note b, dann Vorlesungen; Vangerow, Leitfaden für Pand.-Vorles. Bd. I §. 368 Anmerk. I (Ausgabe VII S. 812); Arndts, Pand. §. 382 Nr. 4 und Note 1; Windscheid, Pandektenr. §. 227 und §. 239, Nr. 2, insbes. Note 10; Mühlenthal, Cession der Forderungen §. 52; Sinteris, gem. Civilrecht Bd. I §. 70 B (Ausg. II S. 617); Sinteris, gemeines Pfandrecht §. 22; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. R. Bd. II Abthl. I Kap. V §. 1 fr. 10 (Ausg. I S. 385 u. 396); Seuffert's Archiv Bd. VIII Nr. 213.



ung ohne Eingriff in die Rechte des ersten Pfandnehmers weiter verpfänden.

Durch die Cession wird die cedirte Forderung eine eigene des Cessionars; die bloß verpfändete Forderung bleibt, selbst wenn die Forderung des Pfandnehmers fällig geworden ist, eine eigene des Pfandgebers.

Der Pfandnehmer kann statt der Beitreibung der verpfändeten Forderung weder eine Novation vornehmen, noch einen Nachlaßvertrag abschließen²⁾; der Cessionar ist hiezu unbedingt berechtigt.

Durch die Zahlung der Schuld, auch wenn sie nach der festgesetzten Zeit erfolgt, erlischt das Pfandrecht und es bedarf keiner Rückcession; wäre die Verpfändung wie eine gewöhnliche Cession zu behandeln, so wäre der Pfandnehmer gar nicht verbunden, eine nach der festgesetzten Zeit erfolgende Zahlung anzunehmen, er müßte aber, wenn er sie annähme, die verpfändete Forderung zurückcediren.

Selbst wenn auf die Klage des Pfandnehmers die Litiskontestation des Schuldners erfolgt ist, verbleibt die Forderung noch eine eigene des Pfandgebers; denn die in der Verpfändung liegende Cession ist keine *datio in solutum*, sondern dient, wie gesagt, nur zur Realisirung des Pfandrechts, und deshalb ist der Pfandnehmer, zum Unterschiede vom Cessionar, verbunden, sich über dasjenige, was er mittelst der Klage beigetrieben hat, mit dem Pfandgeber zu berechnen, und nach §. 53 des Hyp.-Ges. darf der Schuldner ohne Zuziehung des Verpfän-

²⁾ Anderer Meinung ist zwar Windscheid in der angef. Note 10; allein bei der Verpfändung der Forderung hat doch die Novation und der Erlaß auch nach dieser Meinung die eigenthümliche Wirkung, daß der Pfandgläubiger sich den Betrag der Forderung anrechnen lassen muß, als hätte er ihn empfangen.



ders an den Pfandnehmer nicht einmal eine Zahlung leisten.

Ist der Gegenstand der verpfändeten und beigetriebenen Forderung Geld oder sonst kompensabel mit der Forderung des Pfandnehmers, so darf sich dieser durch Kompensation bezahlt machen; ist aber der Gegenstand nicht kompensabel, so wird der Pfandnehmer durch die Beitreibung nicht Eigenthümer desselben, sondern, was hier sehr zu betonen ist, nur berechtigt, ihn als Faustpfand zu behalten ⁴⁾.

Man ersieht hieraus, daß die verpfändete Forderung, wenn sie nicht schon vor Eröffnung des Konkurses beigetrieben und gegen die Forderung des Pfandnehmers kompensirt war, im Vermögen des Santirers geblieben ist, und daß dagegen die S. 7 a. E. vorkommende Behauptung, nach welcher schon mit der Fälligkeit der Forderung des Pfandnehmers dieser der Eigenthümer der verpfändeten Forderung wird und das Recht des bisherigen Gläubigers (Pfandgebers) völlig erlischt, dem Gesetze geradezu widerstreitet.

Das Wort „Eigenthümer“ ist hier nicht ohne Absicht gewählt; denn es bildet, indem nur das Separationsrecht erwiesen werden will und dieses nach Prior.:D. §. 2 ein im Gewahrsam des Gemeinschuldners befindliches Eigenthum des Separatisten voraussetzt, den Uebergang zu der nun folgenden Konstruktion eines dem wahren, nur an körperlichen Sachen möglichen Eigenthume analogen Eigenthumes an Forderungen.

Zu diesem Behufe wird sich auf die im bayer.

⁴⁾ fr. 18 de pign. act. (13, 7): Ergo, si id nomen pecuniarum fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

W. Th. II Kap. II §. 2 vorkommende Eintheilung in *dominium verum et quasi*, dann auf Th. II Kap. III §. 8 berufen⁵⁾; da aber die *rei vindicatio*, als welche im Wesentlichen die Geltendmachung des Separationsrechtes zu betrachten ist, auch nach bayer. Rechte (Th. II Kap. II §. 7 Nr. 5) nur auf körperliche Dinge, und, wie die Anmerk. Nr. 4 lit. c zu allem Ueberflusse noch ausdrücklich sagen, nicht auch auf das *quasi-dominium* geht; da ferner die Masse im Besitze der zu separirenden Sache sein müßte, der Besitz an Forderungen aber, wie S. 3 ganz richtig bemerkt wird, eine juristische Unmöglichkeit ist, so bleibt jene Eigenthums-Konstruktion für vorliegende Frage ganz unbehelflich, und es muß an der bestimmten Behauptung festgehalten werden, daß in §. 2 d. Prior.-D. nur von dem wahren und nicht von einem analogen Eigenthum gesprochen wird, und daß die in §. 3 Nr. 1—6 aufgeführten Fälle nur Exemplifikationen des in §. 2 aufgestellten Grundsatzes sind⁶⁾.

⁵⁾ Die Behandlung der Cession im bayer. Rechte, durch welche man eine unnöthige römische Subtilität abzuschneiden gedachte, hat die ganze Lehre mehr vereinfacht.

Das sogenannte Eigenthum an Forderungen verleitet nach täglicher Erfahrung zu den unglaublichsten Mißgriffen, welche aber größtentheils nicht stattfinden, wenn mehr beachtet würde, was Frhr. v. Kreittmayr in den Anmerk. zu Th. II Kap. II §. 2 not. b sagt: „die Praktiker schauen nicht so viel den Namen als die Sache selbst nach ihrer Wirkung an und es gilt ihnen gleich, ob man das Recht eines unkörperlichen Dings *jus* oder *dominium* nennt, wenn nur demselben in der That selbst kein mehr- oder minderer Effekt beigelegt werden will, als die Eigenschaft der Sache mit sich bringt“.

⁶⁾ Bl. f. R. M. Bb. XI S. 75.



Was insbesondere §. 3 Nr. 6 betrifft, auf welche Stelle sich S. 8 vorzugsweise gestützt wird, so liegt ein unumstößlicher Beweis, daß auf den Grund derselben das Separationsrecht nicht angesprochen werden könne, in dem folgenden §. 4, welcher dieses Recht an den durch Obligationen gestellten Amtskautionen als ein Privilegium einräumt, welches aber, da ja solche Kautionen nichts weiter als verpfändete Aktivforderungen sind, ein Privilegium ohne allen Inhalt wäre, wenn sich die Pfandnehmer von Aktivforderungen des Separationsrechtes schon überhaupt zu erfreuen hätten.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheins.

1.

Provokation zur Negatorienklage.

Vgl. Bd. I S. 126 Nr. 3, Bd. XII S. 137 u. Bd. XIX S. 91 *.

Die Pfarrkirchenstiftung G. behauptete, daß der k. Fiskus, welchem die primäre Baupflicht an den Pfarrgebäuden zu G. obliege, in Anerkennung dieser Baupflicht von jeher alle Baufälle an den benannten Gebäuden ohne Rücksicht auf den Stand des Kirchenvermögens gewendet habe, in jüngster Zeit jedoch erkläre, daß ihm nur die sekundäre Baupflicht obliege, weshalb angeordnet worden sei, daß in Zukunft vorerst jeder Baufall, dessen Wendung vom k. Fiskus verlangt werde, angezeigt und nur dann übernommen werden solle,

wenn die Unvermögenheit der Kirchenstiftung nachgewiesen sei.

Hierin ersah die Stiftung S. eine Verühmung von Ansprüchen, welche eine totale Aenderung des bisherigen Zustandes zur Folge hätten, und provozierte deshalb den f. Fiskus zur Klage, welche jedoch nach Anhörung des Provokaten als unbegründet abgewiesen wurde.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Als gesetzliche Regel steht fest, daß die primäre Baupflicht der Kirchenstiftung obliegt. Wenn demnach der f. Fiskus die ihm angesonnene primäre Baupflicht in Abrede stellt, dagegen zugibt, sekundär baupflichtig zu sein, so behauptet er den regelmäßig gesetzlichen Zustand, während die Klägerin einen Ausnahmestand in Anspruch nimmt. Die Weigerung des f. Fiskus erscheint also lediglich als eine Negation eines ihm angesonnenen Ausnahmestandes und es kann hierin nicht entfernt ein Angriff auf die Vermögensrechte der Stiftung, eine Diffamation gefunden werden.

In der Revision wird ein vorzügliches Gewicht darauf gelegt, daß der f. Fiskus die primäre Baupflicht bisher immer geübt habe und dessen Zurückgreifen auf die nur sekundäre Baupflicht eine Veränderung des bisherigen Zustandes herbeiführe, welches Bestreben eine Verühmung involvire und daher zur Stellung der Provokationsklage berechtige. Allein dagegen ist zu erwägen, daß sich von einer Veränderung des bisherigen Zustandes durch den f. Fiskus mit Grund deshalb nicht sprechen lasse, weil über die primäre Baupflicht zur Zeit eine Gewißheit nicht besteht, indem der f. Fiskus, wie erwähnt, die sekundäre Baupflicht anerkennt, jedoch

in Abrede stellt, daß er eine primäre jemals anerkannt oder geübt habe.

DAGE. v. 10. Nov. 1866 Reg.-Nr. 31⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Die Klage, zu deren Anstellung hier der k. Fiskus provoziert wurde, ist die actio negatoria utilis. Es ist wohl anzunehmen, daß, indem das bloße Abläugnen erhobener Ansprüche nicht als Diffamation betrachtet werden kann, die Provokation zur Negatorienklage in der Regel nicht stattfindet; es fragt sich jedoch, ob nicht eine Ausnahme von dieser Regel in dem Falle zuzulassen sei, wenn sich der Diffamat im Besitze des Rechtes befindet?

In Seuffert's Komm. Bd. II S. 126 Not. 1 (Ausg. II S. 157) wird diese Frage beantwortet.

Daß der Begriff des Quasibesitzes, wie er sich im kanonischen und deutschen Rechte entwickelt hat, auf das Verhältniß der kirchlichen Baulast anwendbar sei, darf als bekannt und unbestritten¹⁾

¹⁾ Eine gegentheilige Entscheidung verdient hier registriert zu werden. Die fürstliche Standesherrschaft D. Sp. hatte als Zehentbesitzerin in Folge administrativen Provisoriums zu einem Kirchenbaue einige tausend Gulden bezahlen müssen. Um sich, da das Provisorium die Besitzrechte nicht alterirt, im freien Genuße ihres Zehentrechtes zu schützen, stellte sie possessoriische Klage, welche von der ersten Instanz aus verschiedenen Gründen a limine abgewiesen wurde. Das k. Appellationsgericht theilte zwar diese Gründe nicht, bestätigte aber das erstrichterliche Dekret aus dem ganz neuen Grunde, daß der rechtliche Begriff des Besitzes auf das Verhältniß der Kirchenbaulast unanwendbar, sohin eine possessoriische Klage juristisch unmöglich sei. Hiernach war es mit dem Possessorium zu Ende.

Hätte der Gesetzgeber ahnen können, daß eine Berufungsinstanz eine Abweisung a limine, welche doch



vorausgesetzt werden. Indem er hier nicht in einem stetigen, bleibenden Verhältnisse zur Sache, sondern in zeitweise wiederkehrenden Leistungen besteht, wird er erworben, wenn die Leistung als solche geschehen und angenommen ist, dagegen verloren, wenn die nächstfällige Leistung verweigert und nicht sofort possessorisches Recht gestellt wird. Savigny, Recht des Besizes §. 49; Puchta, Pand.-Vorles. §. 137 u. 138.

In dem Vorbringen der Stiftung S., daß der k. Fiskus von jeher ohne Rücksicht auf den Stand des Kirchenvermögens die Baulast getragen und erst für künftige Baufälle eine abweichende Anordnung getroffen habe, liegt unverkennbar die Behauptung des von ihr erworbenen und zur Zeit noch bestehende Quasibesizes, und man könnte demnach fragen, ob nicht der Provokantin der Beweis desselben aufzutragen gewesen wäre?

Diesen Beweis hat aber der oberste Gerichtshof wohl mit Recht als unzulässig erkannt. Derselbe könnte nämlich nur dann von Erheblichkeit sein, wenn der Quasibesitz einen Thatumstand bildete, unter dessen Voraussetzung die mehrerwähnte fiskalische Anordnung als Diffamation erschiene. Dieses ist aber nicht der Fall; denn obschon unter Voraussetzung des Quasibesizes durch jene Anordnung thatsächlich der Wille des k. Fiskus ausgedrückt wäre, durch Verweigerung der primären Baupflicht dem Quasibesitze ein Ende zu machen,

nur im Falle evidenter Grundlosigkeit der Klage stattfinden soll, aus einem gegen Gesetz und konstante Praxis laufenden, bisher unerhörten Grundsatz in einer so hochgiltigen Sache verfügen werde, er würde sich gewiß gehütet haben, gegen zwei a limine abweisende Dekrete die Berufung zur dritten Instanz auszuschließen.

(was ungeachtet des Umstandes, daß zur Zeit eine Gewißheit über die primäre Baupflicht nicht besteht, doch sicher eine Veränderung des bisherigen Zustandes wäre), so läßt sich doch aus jener Anordnung durchaus nicht entnehmen, daß sich der k. Fiskus nicht auf die einfache Verweigerung der primären Baupflicht beschränken, sondern daß er die Grenzen der bloßen Negation verlassen und, wie es zum Begriffe der Diffamation erforderlich ist, angriffsweise vorgehen wolle.

Die angeführte Stelle Seuffert's will auch gewiß nicht sagen, daß die Regel, nach welcher zur Negatorienklage nicht provoziert werden kann, für den Quasibesitzer überhaupt nicht gelte; vielmehr soll, wie insbesondere das angeführte Beispiel zeigt, nur gelehrt worden, daß der Quasibesitz die Provokation zur Negatorienklage nach Umständen möglich mache.

Rm.

2.

Untheilbarkeit der Reallasten.

Ein großes Gut, auf welchem zu Gunsten der Gemeinde die Last der Faselviehhaltung ruhte, war dismembriert worden, ohne daß dabei wegen der Faselviehhaltung mit der berechtigten Gemeinde ein Uebereinkommen getroffen wurde. Diese klagte gegen zwei der Parzellenbesitzer, erhielt aber von ihnen, bezw. von dem Zertrümmerer, welcher auf erfolgte Litisdenunziation den Streit für die Beklagten durchführte, die Einrede entgegengesetzt, sie müsse die Gesamtheit der Parzellenkäufer verklagen, da die Besitzer der übrigen Gutsbestandtheile ebenso, wie die beiden Beklagten, verpflichtet seien. Die I. Instanz fand diese Einrede begründet, die II. und III. verurtheilte die Beklagten unter Verwerfung derselben,

wofür der oberste Gerichtshof unter anderen folgende Gründe anführte :

Die Beklagten können selbst nicht bestreiten, daß der den Streitgegenstand bildenden Reallast der Charakter der Untheilbarkeit anlebe. Diese Untheilbarkeit ist aber sowohl aktiv, als passiv in's Auge zu fassen.

Wie demnach eine solche Reallast einerseits nicht theilweise erworben oder theilweise verloren werden kann, so haftet sie auch anderseits ganz auf allen Theilen des belasteten Gutes, so daß bei einer Theilung desselben für jeden Theil die ganze Last fortbauert, wodurch dann offenbar unter den Theilhabern des belasteten Gutes ein solidarisches Verhältnis herbeigeführt wird, vermöge dessen die sämtlichen Verpflichteten dem Berechtigten gegenüber für einen Mann stehen, folglich auch jeder für das Ganze haftet. Für die Zeit der Uebernahme der Last von Seite eines der Theilhaber am belasteten Gute cessirt dann von selbst solche Uebernahme von Seite der übrigen, weil sie eben ungetheilt nur einmal verlangt werden kann.

Diesem Grundsatz zufolge hat das k. Appellationsgericht vorliegend mit Recht ausgesprochen, daß auf den Grundstücken der beiden Beklagten H. und A. Pl.-Nr. 52 und Pl.-Nr. 58 die Reallast haftet, den Fasel für die Rindviehherde der Gemeinde R. zu halten, und der Klage konnte mit Rechtswirkwirksamkeit die Einrede entgegengehalten werden, daß Klägerin nicht berechtigt sei, gegen Besitzer von einzelnen der dienenden Grundstücke allein aufzutreten, sondern daß sie unter allen Umständen die sämtlichen Besitzer der beklagten Grundstücke in einem Libelle belangen müsse.

Dem eben aus dem Auerkenntnisse, daß sämtliche Theilhaber des verpflichteten Gutes gleichmäßig zur Tragung der auf ihren Grundstücken ruhenden

einen und untheilbaren Last verbunden sind, geht mit Nothwendigkeit hervor, daß zu dieser einmaligen Leistung jeder der Belasteten gegenüber dem Berechtigten verpflichtet ist, und daß es zwar von dem freien Uebereinkommen der Verpflichteten abhängt, wer von ihnen die rechtsgenügende Lösung der bestehenden Pflicht übernehmen soll, daß aber, wenn ein solches Einverständnis im Voraus nicht gegeben ist, es der Klägerin unbedingt zukommen muß, unter den sämtlichen zur Uebernahme der vorhandenen Reallast Verpflichteten den Geeignetsten gerichtlich hiezu zu veranlassen. Dieser mag dann nach Maßgabe der Umstände seinen Regreß wegen verhältnißmäßiger Schadloshaltung bei den übrigen Theilhabern suchen, wenn er anders nicht, wie hier, in dem Falle ist, bei seinem Besitzvorfahrer allein schon den vollständigen Regreß zu nehmen, oder vielmehr von diesem seine vollständige Vertretung in der Sache selbst zu fordern.

OABGf. v. 16. Nov. 1866 Reg.-Nr. 1005^{65/66}.
77.

3.

Auch die Hingabe einer Sache an Zahlungstatt für eine wirklich bestehende Schuld kann durch das paulianische Rechtsmittel rejindirt werden.

Vgl. Bd. XXIV S. 406.

Aus Gründen, welche im Wesentlichen mit den a. a. O. veröffentlichten übereinstimmen, hat sich der oberste Gerichtshof auch neuerlich für den in der Ueberschrift ausgesprochenen Satz entschieden.

OABGf. v. 26. Nov. 1866 Nr. 11^{66/67}.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Rückforderung einer in der Voraussetzung eines nachmals nicht zustandekommenen Realitätenkaufes durch Ausstellung und Honorirung eines Wechsels geleisteten Zahlung gehört vor das ordentliche Gericht.

Fthr. v. Sch. zu B. war nach Inhalt seiner am 8. Aug. 1866 bei dem l. Bezirksgerichte Nürnberg eingereichten Klage schon im Jahre 1865 mit den Gebrüdern E. in N. wegen einer Wiesenparzelle zu 6 Tagwerken in Kaufsunterhandlungen für eine Summe zu 1800 fl. gestanden, hatte jedoch seine Zustimmung hiezu von der Bedingung abhängig gemacht, daß die Beklagten diese Wiese von den darauf haftenden Fahrrechten zu befreien vermöchten. Inzwischen hatte er aber in der Voraussetzung des Zustandekommens des Kaufes den Gebrüdern E. schon einen Wechsel zu 1800 fl., zahlbar am 1. Mai 1866, deshalb ausgestellt. Dieser Wechsel mußte auch zur Verfallzeit honorirt werden. Gleichwohl lassen die Gebrüder E. weder diesen Kauf in der besprochenen Weise notariell protokolliren, noch wollen sie die bezahlten 1800 fl. zurückgeben. Da nun gemäß Art. 14 des Notariatsgesetzes ein rechtsgiltiger Vertrag noch gar nicht existirt, erachtet sich auch der Kläger nicht daran gebunden und verlangt deshalb von den Beklagten die Zurückstattung dieser 1800 fl.

Das l. Bezirksgericht Nürnberg, von der Erwägung ausgehend, daß das vom Kläger mit den Beklagten Gebrüder E. als Handelsleuten, einge-

gangene Wechselgeschäft als ein Handelsgeschäft zu erachten sei, und daß der entferntere Grund, aus welchem die Wechselsumme zurückverlangt werde, an der Eigenschaft einer Handelsfache nichts ändere, wies die Klage von dort ab.

Frh. v. Sch. reichte hierauf dieselbe Klage bei dem Handelsgerichte Nürnberg ein, welches auch dem beantragten bedingten Mandatsprozesse stattgab, allein auf Beanstandung seiner Zuständigkeit durch die Beklagten die letzteren von der Klage entband, indem es in den Gründen darlegte, daß es sich um Rückzahlung eines Kaufschillings von 1800 fl. für eine Wiesenparzelle handle, welcher Kauf nicht zum Vollzuge gekommen ist, Vertragsverhältnisse in Ansehung unbeweglicher Sachen aber keine Handelsgeschäfte bilden; an welchem Rechtsverhältnisse dadurch eine Aenderung nicht erfolge, daß diese 1800 fl. in eine Wechselfchuld umgewandelt wurden, weil hier nur das ursprüngliche Vertragsverhältniß zur Würdigung komme, wofür die Handelsgerichte nicht zuständig erscheinen.

Der Anwalt des Klägers brachte hierauf den Kompetenzkonflikt bei dem obersten Gerichtshofe in Anregung, von welchem die Entscheidung dahin erging,

daß zum weiteren Verfahren in dieser Sache das l. Bezirksgericht Nürnberg zuständig ist.

Die dem Ausspruche beigefügten Gründe sind folgende:

Nach Art. 273 Abs. 1 des allg. d. G. B. sind zwar alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, als Handelsgeschäfte anzusehen und dem folgenden Art. 274 Abs. 1 gemäß selbst die von einem Kaufmanne geschlossenen Verträge im Zweifel als

zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig zu betrachten.

Hievon machen jedoch alle Verträge über unbewegliche Sachen, wie der Art. 275 zeigt, eine unbedingte Ausnahme, da diese niemals, es mögen die beiden Vertragspersonen oder eine derselben die Eigenschaft eines Kaufmannes haben oder nicht, Handelsgeschäfte bilden.

Kläger behauptet, mit dem Beklagten wegen einer Wiese im Anschlage zu 1800 fl. nicht bloß in Unterhandlungen gewesen zu sein, sondern auch den Kauf derselben unter gewissen Bedingungen abgeschlossen, ja selbst für den besprochenen Kaufpreis von 1800 fl. zu Gunsten des Beklagten schon einen Wechsel im gleichen Betrage ausgestellt, und denselben zur Verfallzeit wieder eingelöst zu haben, mit dem Bemerken jedoch, daß der Vertrag hierüber noch nicht notariell verbrieft, sohin nach Art. 14 des Not.-Ges. noch ganz rechtsunwirksam sei. Derselbe erachtet sich daher auch an den Vertrag durchaus nicht gebunden, sondern verlangt von den Beklagten die inzwischen bezahlten 1800 fl. wieder zurück.

Das ganze Klagerwerk hat demnach ein Vertragsverhältniß über eine unbewegliche Sache zu seiner thatsächlichen und rechtlichen Grundlage und bezieht die Rückzahlung des in Ansehung dieses beabsichtigten Verhältnisses bereits bezahlten Kaufschillinges, da der Vertrag selbst in Ermangelung einer notariellen Verbriefung desselben gesetzlich nichtig ist.

Die im Art. 275 des allg. d. OÖB. gegebene ganz allgemeine Vorschrift hat zur nothwendigen Folge, daß alle in Bezug auf unbewegliche Sachen entspringenden oder hievon abhängenden Rechtsverhältnisse, insoweit sie irgend eine Grundlage in Ansehung rechtlicher Ansprüche oder für Befreiungen von

solchen bilden, dem Bereiche der Handelsgeschäfte ausnahmslos entfremdet sind. Und wenn bei einem Kaufvertrage dieser Art auch die Zahlung des Kaufschillinges nicht durch Hingabe von Baarschaft oder von dem Baargelde gleichkommenden Werthpapieren, sondern durch Ausstellung eines Wechsels und dessen Einlösung durch den Schuldner bewirkt worden ist, so erscheint dieser Umstand für das Rechtsverhältniß, bezüglich dessen die Rückvergütung dieses Kaufschillinges wieder erfolgen soll, überhaupt und so auch hier ganz unerheblich, da das durch die Wechsellausstellung diesem Rechtsgeschäfte beigegebene Wechselgeschäft durch die inzwischen erfolgte Honorirung des Wechsels wieder vollkommen beseitigt ist, und nur mehr die einfache Rückzahlung der behauptetermaßen aus dem gebotenen Kaufschillinge den Beflagten zu Gute gekommenen 1800 fl. in Frage kommt.

Es konnte daher rücksichtlich des vorliegenden Rechtsverhältnisses weder die Eigenschaft der Beflagten als Handelsleute, noch in Ansehung des erwähnten Kaufschillinges zu 1800 fl. das Ausstellen eines Wechsels, der wegen inzwischen erfolgter Zahlung dormalig gar nicht mehr in Betracht kommen kann, für das k. Bezirksgericht Nürnberg unter den obwaltenden Verhältnissen einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund darbieten, diese Rechtsache als eine Handelsache zu erachten.

Urf. d. OGH. v. 22. März 1867, UB. Nr. 60.

— f —



Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das *pignus nominis* im Konkurse der Gläubiger. (Schluß.) --
Gerichte zu Gunsten Dritter. -- Die für ein Servitustrecht übernommene
Gewährhaft berechtigt nicht zur Anfechtung der *actio confessoria*.

Ueber das *pignus nominis* im Konkurse der Gläubiger.

(Schluß.)

Aber auch die III. Rangklasse 1. Stelle kann nicht unbedingt zugestanden werden.

Lehner im Lehrbuche des bayer. Hypoth.-Rechtes und der Prioritätsordnung Bd. II §. 49 Nr. 1 behauptet, das Faustpfand könne auch in Aktivkapitalien und auch in Hypothekforderungen bestehen⁷⁾; allein da der Besitz einer Forderung juristisch unmöglich ist, so kann diese auch nicht Gegenstand eines Faustpfandes sein.

Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der auf den Inhaber lautenden Papiere; aber auch bei diesen nur deshalb, weil, obschon auch bei ihnen das Forderungerecht die Hauptsache bildet, die Obligation in dem Papiere dergestalt verkörpert ist, daß die Uebertragung des Rechtes durch die Uebergabe der

⁷⁾ Lehner bezieht sich zum Nachweise dieser Behauptung auf die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom J. 1822 Bd. IV S. 286 Nr. 97, wo aber lediglich protokolliert ist, daß der Antrag, dem Faustpfandgläubiger das Sonderungsrecht einzuräumen, verworfen wurde. Hiernach scheint Lehner argumentirt zu haben, daß dem Pfandnehmer einer Aktivforderung, wenn ihm nicht das Separationsrecht zustehe, nothwendig die III. Klasse 1. Stelle zukommen müsse, weil er ja doch nicht ohne allen Vorzug gelassen werden dürfe, ein anderes Vorzugsrecht aber für ihn in der ganzen Prior.-Ordnung nicht aufzufinden sei. — Siehe übrigens unten Not. 15.



Urkunde geschieht ⁸⁾). Indessen können bei allen übrigen Forderungen, wenn auch nicht diese selbst, doch die betreffenden Urkunden, als körperliche Sachen, Gegenstand eines Faustpfandes sein.

Die Regel, daß nur dasjenige, was einen Verkaufswerth hat, als Pfandsache dienen könne, steht nicht entgegen, weil sich an den Besitz einer Schuldverschreibung immerhin ein Vermögensinteresse knüpfen kann, und weil durch jene Regel nur ausgedrückt sein soll, daß die Pfandsache fähig sein müsse, den Zweck des Pfandrechtes zu erfüllen, wobei aber gleichgiltig ist, ob sie dieses vermöge ihres effektiven Werthes oder sonst zu thun im Stande sei ⁹⁾).

Im Geseze selbst finden sich Beispiele von als Faustpfand hingegebenen Schuldverschreibungen ¹⁰⁾ und die Behauptung Buchta's ¹¹⁾), daß, wenn eine Forderung verpfändet und hiebei die Schuldurkunde übergeben wird, durch diese Uebergabe zugleich ein Faustpfand an der Urkunde bestellt werde, läßt sich demnach in keiner Weise bestreiten.

Wer eine Schuldverschreibung in solcher Weise besitzt, ist also jedenfalls ein Faustpfandgläubiger; dabei fragt sich aber, welche Bedeutung diesem Faustpfande zukomme, da nach Prior.: D. §. 21 der Faustpfandgläubiger die III. Klasse 1. Stelle nur so weit ansprechen kann, als der Werth

⁸⁾ Bohn, de nominis pignore §. 10; Savigny, Obligationen-Recht Bd. II S. 99 u. 137; Thöl, Handelsrecht, §. 54 u. 55.

⁹⁾ Sintenis, gem. Civiltrecht Bd. I §. 69 (Ausg. II S. 612).

¹⁰⁾ Fr. 20 de pignore (20, 1) „cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit“. Const. 7. de hered. vel act. vend. (4, 39) „ut cautiones quoque debitorum pignori dentur.“

¹¹⁾ Buchta, Pandekt.-Vorlesungen zu §. 195.



der verpfändeten Sache zu dessen Befriedigung ausreicht.

Da nun die Annahme, daß derjenige, welcher über Dokumente verfügt, je nach dem Zwecke dieser Verfügung an das beurkundete Recht selbst und nicht bloß an die Schrift denke, durch die bestimmtesten Gesekstellen begründet ist¹²⁾, so läßt sich auch annehmen, daß bei einer unter Uebergabe der Schuldverschreibung geschehenen Verpfändung einer Aktivforderung eine rechtliche Verknüpfung des Gegenstandes der letzteren mit der als Faustpfand gegebenen Verschreibung in der Art bestehe, daß dieser Gegenstand (nicht die Forderung selbst) als Inhalt des Faustpfandes gedacht und das Rechtsverhältniß so angesehen werden muß, als sei der Werth dieses Gegenstandes, wenn er später wirklich zur Masse beigetrieben wird, schon in der als Faustpfand ausgehändigten Schuldburkunde enthalten gewesen; eine Fiktion, deren Zulässigkeit um so näher liegt, als die Forderung häufig nur mittelst der Urkunde zu liquidiren und der Schuldner regelmäßig nur gegen Rückgabe derselben zur Zahlung verbunden ist¹³⁾.

¹²⁾ So wird z. B. nach fr. 59 de leg. III beim Vermächtnisse eines Schuldscheines angenommen, daß die Forderung selbst vermacht sei, und nach const. 2 quae res pignor. (8, 17) wird derjenige, welcher den Kaufbrief eines Grundstückes verpfändet, letzteres selbst verpfändet zu haben angesehen.

Selbst die Tradition, als Modus der Eigenthums-erwerbung, kann durch Uebergabe der die Sache betreffenden Urkunden erfolgen. Const. 1 de donat. (8, 54); Bayer. LR. Th. II Kap. III §. 7 Nr. 6.

¹³⁾ Aus der rechtlichen Entwicklung dieser Fiktion ergibt sich von selbst, daß diese zur Begründung eines Vorzugrechtes in der III. Klasse nicht auf Fälle ausgedehnt werden dürfe, in welchen der Pfandgeber die Sache wirklich besitzt, diese aber nicht



Eine nicht gering anzuschlagende Unterstützung erhält diese Ansicht durch den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern Th. III (Besitz und Rechte an Sachen) Art. 442, zu welchem¹⁴⁾ in den Motiven Seite 130 bemerkt ist, daß die Uebergabe der Schuldurkunde an den Gläubiger ein geeignetes Surrogat der Aushändigung der verpfändeten Sache sei.

Kann nun der mit einem *pignus nominis* versehene Gläubiger das Vorzugsrecht der III. Klasse nur unter der Voraussetzung ansprechen, daß ihm die Schuldurkunde übergeben wurde, und daß er sie bei Eröffnung des Konkurses wirklich besitzt, so läßt sich für den entgegengesetzten Fall irgend ein Vorzugsrecht des Pfandnehmers nicht begründen¹⁵⁾.

selbst, sondern nur die Erwerbssurkunde pfandweise aushändigt.

14) Dieser Artikel lautet:

„Hypothekforderungen werden verpfändet durch Einschreibung der Verpfändung in das Grundbuch.

Die Verpfändung anderer Forderungen wird bewirkt durch Uebergabe der Schuldurkunde an den Gläubiger nach den über die Bestellung des Faustpfandes geltenden Bestimmungen.“

15) Hierdurch unterscheidet sich die gegenwärtige Erörterung von der Meinung derjenigen, welche ganz unjuristisch ein Faustpfand unmittelbar an der Forderung selbst annehmen, und demnach zur Begründung des Vorzugsrechtes in der III. Klasse weder der Existenz noch der Aushändigung einer Urkunde bedürfen.

Von diesem Irrthum ist jedoch Lehner, so sehr er in demselben nach der oben citirten Stelle seines Lehrbuches befangen scheint, völlig freizusprechen, weil er Bd. I §. 13 anführt, daß der Pfandvertrag als Realkontrakt erst durch Ausantwortung der Sache zu Stande komme, und weil er mit Bezug auf §. 13 und §. 110, wo von Verpfändung der Hyp.-Forderungen die Rede ist, ausdrücklich bemerkt, daß der Realität des Pfandvertrages durch Aushändigung der Hyp.-Urkunde genügt werde.



Was insbesondere die Verpfändung von Hypothekforderungen betrifft, so ist die Frage, ob die Aushändigung der Urkunde durch die Eintragung der Verpfändung im Hyp.-Buche ersetzt werden könne, sicher zu verneinen, weil in der Eintragung das unbedingt nothwendige Merkmal eines Faustpfandes nicht zu finden ist. Eine andere Frage ist aber, ob die Eintragung zur Aushändigung der Urkunde nothwendig hinzukommen müsse? Nach Hyp.-Ges. §. 33 Abs. 3 ist die Eintragung zu dem Zwecke, damit die Verpfändung zwischen dem Pfandgeber und Pfandnehmer Rechtsgiltigkeit erlange, schlechterdings nicht, wohl aber dazu erforderlich, damit die Rechte des Pfandnehmers gegen die Nachtheile, welche durch die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-B. entstehen könnten, gehörig geschützt werden¹⁶⁾.

Hieraus folgt, daß im Konkurse der Gläubiger, weil diese zum Behufe ihrer Befriedigung in keine umfassenderen Rechte eintreten, als welche dem Gemeinschuldner selbst zustehen, und weil die Wirkungen der Oeffentlichkeit nach §. 25 d. H.-G. eine im Vertrauen auf den Inhalt des Hyp.-Buches vorgenommene Handlung voraussetzen, bei welcher der handelnde Dritte ohne den Eintritt jener Wirkungen getäuscht wäre, eine solche Handlung aber auf Seite der Gläubiger nicht vorliegt, diese das Vorzugsrecht in der III. Klasse wegen Mangels der Eintragung der Verpfändung mit Grund nicht bestreiten können¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Höpner's Komm. z. H.G. Bd. I S. 440 u. 279 folg. Nr. 5 u. 6. Hieraus ergibt sich zugleich, daß der Pfandnehmer einer Hypothekforderung keineswegs (wie dieses S. 4 behauptet ist), als wirklicher Hypothekgläubiger angesehen werden kann. Nur das Pfandrecht des Hypothekgläubigers ist ihm verpfändet, nicht das Hypothekenobjekt selbst. Vgl. Buchta, Pand.-Vorles. zu §. 208: *Pom subpignus*."

¹⁷⁾ Lehner a. a. O. Bd. I §. 110. Vgl. übrigens Bl. f. R.M. Bd. X S. 37 Note 9.

Wäre es anders, so müßte, wenn eine bloße Chirographarforderung erst nach ihrer Verpfändung hypothekarisch versichert, die Eintragung der Verpfändung aber aus dem Grunde nicht erwirkt worden wäre, weil der Pfandnehmer von der hypothekarischen Versicherung keine Kenntniß hatte, dieses inter alios acta ohne alles Verschulden des Pfandnehmers und ohne daß ein Dritter in Hinsicht auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches getäuscht wäre, den Verlust des durch Verpfändung einer Chirographarforderung nicht minder als durch Verpfändung einer Hyp.-Forderung begründeten Vortzugsrechtes der III. Klasse zur Folge haben. Der spätere Zutritt der Hypothek darf dem Pfandnehmer nicht zum Schaden, sondern muß ihm im Gegentheile zum Vortheile gereichen, so daß er, selbst wenn die verpfändete Forderung nur in Folge der hypothekarischen Versicherung gerettet werden konnte, und ohne dieselbe zu Verlust gegangen wäre, aus derselben in der III. Klasse befriedigt werden muß, weil das Hypothekrecht vermöge seiner accessorischen Natur ohne die Forderung nicht denkbar ist, also mit letzterer, als der Bedingung seiner Existenz, nothwendig verknüpft sein muß¹⁶⁾.

Das Recht, welches Jemand an einer Forderung erwirkt, erstreckt sich also von selbst und ohne alles Zuthun des Berechtigten auf

¹⁶⁾ Hyp.-Ges. §. 2; Gönner's Komm. Bd. I S. 113. -- Nach bayer. LL. Th. II Kap. VI §. 12 Nr. 1 kann zwar der Kreditur sein Unterpfandrecht beliebig zediren, transportiren und auf allerhand Art veräußern; daß aber diese Stelle nicht so zu verstehen sei, als könne das Pfandrecht, wie ein selbständiges Recht, von der Forderung getrennt werden, sondern daß es selbst in dritter, vierter und weiterer Hand mit der ursprünglichen Forderung verknüpft bleibe, ist schon in Bd. XXVI S. 67 dieser Blätter gezeigt worden.



die Hypothek¹⁹⁾, und zwar ohne Unterschied, ob die Hypothek zur Zeit der Erwerbung dieses Rechtes bereits existirt hat, oder erst später entstanden ist²⁰⁾.
Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Verträge zu Gunsten Dritter.

U. verkaufte an K. eine reale Zäpferei- und Metzgergerechtfame um 800 fl., welchen Kaufschilling der Käufer nach dem Willen des Verkäufers an U., einen Hypothekgläubiger des letzteren, binnen drei Monaten zu zahlen sich verpflichtete. Nach Ablauf dieser Frist klagte U. gegen K. auf Zahlung des Kaufschillings von 800 fl., welcher Klage vom Beklagten entgegengesetzt wurde, daß, wie sich nun herausgestellt habe, die an ihn verkaufte reale Zäpfereigerechtigkeit gar nicht existire, daß er, Beklagter, demnach berechtigt sei, die Auflösung des Kaufvertrages oder wenigstens Preisminderung zu verlangen, und daß diese Einrede auch gegen das Forderungsrecht des Klägers wirke.

In den beiden oberen Instanzen wurde diese

¹⁹⁾ Vgl. Gönnert's Komm. Bd. I S. 138.

²⁰⁾ Fr. 6 de hered. vel act. vend. (18, 4): „Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit.“

Was hier von der verkauften Forderung gesagt ist, muß auch von der verpfändeten gelten, weil es sich in dieser Stelle nicht um eine Singularität des Forderungskaufes, sondern um die Anwendung eines allgemeinen Prinzips des Pfandrechtes handelt.

Einrede in der Richtung gegen den Kläger als grundlos erkannt.

Es liegt hier — so sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe — weder eine einseitige, daher nicht bindende bloße Ermächtigung von Seite des Verkäufers an seinen Schuldner, den Käufer, vor, einem Dritten, dem Kläger, zahlen zu dürfen, noch auch erscheint dieser Dritte als bloßer solutiōnis causa adjectus, welchem, als solchem, ein selbständiges Klagerrecht gegen den Schuldner nicht zustände. Es kann vielmehr nicht beanstandet werden, daß in der Kaufsurkunde nicht bloß die Erklärung des Willens des Käufers liege, sich dem Verkäufer allein als Promissar zu verpflichten, sondern auch die Erklärung des Willens, Schuldner des Dritten zu werden.

In solchem Falle kommt durch die nachträgliche Acceptation des Dritten, welcher gleichwohl zu dem Vertrage nicht mitgewirkt hat, zwischen ihm und dem Promittenten (hier dem Käufer) ein selbständiger Vertrag zu Stande, welcher den Dritten zum Gläubiger und den Promittenten zu dessen Schuldner macht.

Auch darüber besteht in der heutigen Doktrin und Praxis kein Zweifel, daß die Acceptation des Dritten auch bloß thatsächlich, insbesondere auch erst durch Klagestellung, erfolgen könne. Diese Klagestellung erfolgte im vorliegenden Falle auch früher, als der Beklagte die Konstatirung der realen Eigenschaft der mitverkauften Zäpfereigerechtfame beantragte, welcher Antrag erst viel später durch letztinstanzliches Erkenntniß zu dem Ergebnisse führte, daß dieser Gerechtfame die reale Eigenschaft fehle, wonach nun der Beklagte seine Ansprüche auf Preisminderung gegen den Verkäufer auch dem Kläger wirksam entgegenhalten zu können glaubt.

Nach der heutigen Auffassung der Verträge



zu Gunsten Dritter ist es die herrschende Meinung, daß nach der durch den Dritten geschenehen Acceptation eine Entziehung des von ihm kraft des Vertrages zwischen ihm und dem Promittenten erworbenen Klagerechtes nicht mehr stattfinden könne, selbst nicht mehr durch die Auflösung des Vertrages in Folge einer übereinstimmenden Willenserklärung der Kontrahenten, — ein Fall, welcher der Vertragsauflösung in Folge von Ansprüchen aus dem ädilitischen Edikte gleichsteht.

Die angeführten Rechtsfälle haben auch in Erkenntnissen oberster deutscher Gerichtshöfe, insbesondere auch in ganz ähnlichen Fällen, Anerkennung gefunden: Seuffert's Archiv Bd. III S. 39 (Nr. 31), Bd. X S. 198 (Nr. 152), Bd. XI S. 199 (Nr. 133 II), Bd. XII S. 187 (Nr. 142), Bd. XIV S. 210 (Nr. 131); Blätter f. Rechts-Anw. Bd. XXII S. 320, Bd. XXIII S. 268, Bd. XXV S. 78.

Der abweichenden Meinung eines Rechtsgelehrten (Bähr in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. VI S. 131 folg., insbesondere S. 145), nach welcher auch nach dem Vertragsbeitritte des Dritten ein unwiderrufliches Recht für letzteren nicht entstehen solle, kann eine Berechtigung nicht zuerkannt werden, da hiedurch das ganze Institut entgegen seiner thatsächlichen praktischen Ausbildung, jeden Werth für den Verkehr verlieren würde.

Es erscheint daher im vorliegenden Falle unerheblich, wenn Beklagter aus der Thatsache, daß ihm die reale Eigenschaft der mitverkauften Zäpferei vom Verkäufer nicht gewährt werden konnte, für sich ein Rücktrittsrecht vom Kaufe zu dem Ende ableitet, um den hierin gleichzeitig liegenden Vertrag zu Gunsten des Klägers seiner Rechtsgiltigkeit nach zu bekämpfen. Schon die vorige Instanz hat die Auffassung der ersten Instanz, als liege in der die Zahl-

ung an den Kläger betreffenden Vertragsbestimmung ein mit dem gleichzeitig bekundeten Kaufvertrage stehender und fallender Nebenvertrag, als unbegründet bezeichnet.

Kläger hat nämlich in Folge des bis zu seinem in der Klageerhebung liegenden Vertragsbeitritte und auch jetzt noch nicht reszindirten Kaufvertrages ein selbständiges, unwiderrufliches Recht gegen den Promittenten, den Beklagten, erlangt. Es könnten ihm die erst nach der Klagestellung, sohin erst nach seinem Vertragsbeitritte zu Tage getretenen Ansprüche des Beklagten auf Vertragsrücktritt gegen den Verkäufer auf Grund der Mitveräußerung eines nicht existirenden Objectes nur dann wirksam entgegengesetzt werden, wenn der Verkäufer seine gegen den Käufer erlangte Kaufschillingforderung von 800 fl. an ihn cedirt hätte. Als Cession erscheint aber die betreffende Bestimmung nach den Worten derselben nicht. Es kann aber auch die bereits bezeichnete Natur der Verträge zu Gunsten Dritter, wie sich dieselbe in der heutigen Doktrin und Praxis ausgebildet hat, nicht auf der Unterstellung einer stillschweigenden oder gesetzlichen Cession aufgebaut werden, ohne die praktische Bedeutung der von dem Dritten zu erwerbenden Rechte zu schädigen. Die juristische Konstruktion mittelst der Unterstellung einer solchen Cession wird auch von der Praxis oberster deutscher Gerichtshöfe verworfen. Seuffert's Archiv Bd. X S. 198 (Nr. 152).

Die neuere Doktrin geht vielmehr von dem in der Natur der Sache begründeten Satze aus, daß der Schuldnerwille nicht nothwendig dem Gläubiger gegenüber erklärt zu werden brauche, wie dieses auch bei der Auslobung der Fall ist (Windisch eid, Lehrb. d. B. §. 316 Nr. 3 Bd. II S. 192).

Demnach muß es dem Beklagten, als Käufer, überlassen bleiben, seine Ansprüche auf Kaufstreszif-



sion oder Preisminderung gegen den Verkäufer geltend zu machen, und sich auf diesem Wege hinsichtlich der ihm dem Kläger gegenüber obliegenden Zahlung von 800 fl. zu regressiren.

Wegen Zweifelhaftigkeit der Frage sowohl in thatfächlicher als in rechtlicher Hinsicht wurden die Kosten kompensirt.

DABE. v. 30. Nov. 1866 Reg.-Nr. 131^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Nicht jedes Uebereinkommen, nach welchem die Zahlung an einen Dritten zu leisten ist, läßt sich als ein zu Gunsten des Dritten abgeschlossener Vertrag auffassen; vielmehr ist (wie mit besonderer Ausführlichkeit von Sintonis im prakt. Civ.-R. Bd. II S. 408 Not. 51 gezeigt wird) die Möglichkeit, den Gläubiger selbst zu bezahlen, stets als stillschweigend inbegriffen anzunehmen, so lange diese Möglichkeit nicht durch die besondere Gestaltung eines konkreten Falles ausgeschlossen ist.

Vorausgesetzt nun, daß im vorliegenden Falle nicht an den Verkäufer, sondern mit Ausschluß desselben nur an den Dritten bezahlt werden konnte, ist nach heutiger Doktrin und Praxis wohl anzunehmen, daß der Kläger, indem der Verkäufer als dessen Repräsentant austrat, oder sich durch die erfolgte Vertragsgenehmigung doch in einen solchen verwandelte (Savigny, Obligationenrecht Bd. II S. 81 B; Bangerow, Leitfaden Bd. III S. 294, ausführlicher in Ausg. VI Bd III S. 313 u. 319), — keiner förmlichen Cession bedurfte, um aus jener Bestimmung ein Klagerrecht für sich zu erwerben, und daß es nach erklärter Acceptation dem Käufer und Verkäufer nicht mehr gestattet war, jene Vertragsbestimmung durch ihren übereinstimmenden Willen aufzuheben.

Die prinzipiell so wichtige Streitfrage, ob auf dem Wege der freien Repräsentation der Repräsen-



tirte, wie von Savigny und Anderen behauptet wird, daß Recht so erwerbe, als ob er den Vertrag unmittelbar abgeschlossen hätte, oder ob, wie Puchta, Vangerow und Andere lehren, daß aus dem Vertrag entspringende Recht durch den Repräsentanten hindurch gehe und dem Repräsentirten mittelst stillschweigender Cession erworben werde, kann man hier süglich zur Seite legen; denn die praktische Bedeutung dieser Frage tritt nur dann hervor, wenn das dem Repräsentirten zu erwerbende Recht nicht schon ohnedies ein eigenes des Repräsentanten ist, und wenn das Geschäft aus einem rein subjektiven Grunde, z. B. Wissen oder Nichtwissen des Repräsentanten oder des Repräsentirten, bestritten wird (Vangerow a. a. O.; Sintenis, Civ.-R. Bd. II S. 363).

Im gegebenen Falle hat aber der Verkäufer die Sache nicht als Repräsentant des gegenwärtigen Klägers, sondern in eigenem Namen und aus eigenem Rechte verkauft. Das Recht zur Kaufschillingforderung hat also, man mag obige Streitfrage beantworten, wie man will, seinen Anfang in der Person des Verkäufers genommen, und dieser ist erst nach Entstehung der Kaufschillingforderung und erst bei der Bestimmung, daß die Zahlung an den nunmehrigen Kläger zu leisten sei, dessen Repräsentant geworden, so daß das Recht des Klägers schlechterdings nicht als ein originäres, sondern lediglich als ein übertragenes betrachtet werden kann.

Auch bestrittet Beklagter dieses Recht aus einem dessen primitiver Entstehung entnommenen objektiven Grunde, welcher also, weil das übertragene Recht nicht stärker sein kann, als das des Autors, seine Wirksamkeit nothwendig auch in der Richtung gegen die Person des Klägers äußern muß.

Die Bestimmung, daß die Zahlung diesem zu leisten sei, brachte nur eine Veränderung des berech-



tigten Subjektes hervor, und auch aus der Natur der zu Gunsten Dritter geschlossenen Verträge, wie sich dieselbe in neuester Doktrin und Praxis ausgebildet hat, ist kein Grund ersichtlich, aus welchem die Forderung des Klägers durch jene Bestimmung auch objektiv eine in der Art selbständige geworden sein könnte, daß sie, wie durch eine Novation, von ihrem Entstehungsgrunde völlig abgetrennt wäre, und sonach aufgehört hätte, eine übertragene Kaufschillingforderung zu sein, und als solche dem ädilitischen Edikte zu unterliegen.

Es ist allerdings richtig, daß auf den Grund eines bloßen Zahlungsversprechens auf dessen Erfüllung geklagt werden kann; wenn aber Beklagter einwendet, er habe das Versprechen indebite geleistet, so muß Kläger mit der *causa debendi* hervortreten, weil der Mangel derselben auch bei formell ganz gültigem Verträge eine Einrede des Promittenten gegen den Promissar begründet (Puchta, Pand. und Vorles. S. 257; Bl. f. N. A. Bd. IV S. 307 folg.).

Wenn also im vorliegenden Falle der Beklagte dem Kläger entgegensezt, er habe zwar versprochen, demselben 800 fl. zu bezahlen; aber nur jene 800 fl., welche zwischen ihm und dem Verkäufer als Kaufpreis für die mehrerwähnte Gerechtfame vereinbart wurden, welchen Kaufpreis er jedoch wegen des bezeichneten Mangels des Kaufsobjektes in rechtswirksamer Weise nicht schuldig geworden sei, so ist hiedurch das Zahlungsverprechen in der Grundbedingung seiner Rechtswirksamkeit so unmittelbar angegriffen, daß es mindestens eine sehr gewagte Behauptung ist, es könne diese Einrede nur dem Verkäufer und nicht auch dem Kläger als Zahlungspromissar entgegensezt werden.

Hiedurch widerlegt sich zugleich die weitere Behauptung, daß die Vertragsauflösung in Folge übereinstimmenden Willens der Kaufskontrahenten



hier der Vertragsauflösung in Folge von Ansprüchen aus dem adilitischen Edikte gleichstehe; denn erstere Auflösung wäre nur eine willkürliche Entziehung des durch die Acceptation des Dritten demselben erworbenen Klagerrechtes, letztere aber das rechtliche Ergebniß einer unter den behaupteten Umständen wohlbegründeten Einrede. —

Der hier entwickelten Ansicht stehen auch die im oberstrichterlichen Erkenntnisse befindlichen Citate nicht entgegen. Namentlich ist in Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 152, welches als Beleg dienen soll, daß selbst nicht eine stillschweigende Cession unterstellt werden dürfe, auf Vangerow Bd. III S. 294 (Ausgabe VI S. 313 u. 319) Bezug genommen, wo aber das Recht des Dritten, wenn man es nicht als ein übertragenes betrachtet, als völlig haltlos bezeichnet wird.

Auch zur Begründung des in diesen Blättern Bd. XXIII S. 268 mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisses wird sich auf diese Stelle Vangerow's berufen, und im Archiv Bd. III Nr. 31 wird mit ausdrücklichen Worten von einer stillschweigenden Cession ausgegangen, während die übrigen Citate die Cessionsfrage unberührt lassen.

Durch die Unterstellung einer Cession wird auch die praktische Bedeutung der vom Dritten zu erwerbenden Rechte keineswegs geschädigt; denn es ist kein Bedürfniß des Rechtsverkehres, daß das Recht des Dritten unabhängiger sei, als das eines Cessionars; vielmehr würde hiedurch die Leichtigkeit des Verkehres beeinträchtigt, weil sich jeder Contrahent sorgfältig hüten müßte, die Leistung an einen Dritten zu übernehmen, wenn er hiedurch der Einreden, welche ihm aus dem ursprünglichen Geschäfte zustehen, dem Dritten gegenüber verlustig würde. —

Bei der Betrachtung des gegenwärtigen Rechtsfalles wird man auch an die eigenthümliche Bestimmung des §. 56 d. bayer. Hypothek-Gesetzes erin-



ner, wonach der Anwesenskäufer, wenn er durch den Kaufvertrag eine Hypothekschuld gegen Abrechnung am Kaufschillinge übernimmt, vom Gläubiger mittelst persönlicher Klage belangt werden kann. Diese dem Gläubiger ohne alles Zuthun desselben erworbene Klage läßt sich am einfachsten so konstruiren, daß das Recht zur persönlichen Haftung, welche sich Verkäufer vom Käufer ausbedingt, kraft des Gesetzes d. i. mittelst einer *cessio licita* auf den Gläubiger übergehe; aber selbst dann, wenn man in sehr anomaler Weise annimmt, daß der Gläubiger dieses Recht als ein originäres und unmittelbar erwerbe, kann die Klage doch immer nur aus dem Kaufvertrage begründet werden, so daß, wenn dem Käufer Rechtsgründe zur Kaufrezission gegeben sind, dieselben wohl auch gegen jene persönliche Klage wirksam sein werden. Rm.

2.

Die für ein Servitutsrecht übernommene Gewährschaft berechtigt nicht zur Anstellung der *actio confessoria*.

A hatte an B. ein Anwesen verkauft und dabei für ein auf demselben ruhendes Holzbezugsrecht die ausdrückliche Gewährschaft mit der Verpflichtung übernommen, sich binnen drei Jahren über die Unbestrittenheit des fraglichen Rechtes legal auszuweisen.

Um dieser Verbindlichkeit nachzukommen, stellt er gegen den Besitzer des dienenden Grundstückes die *actio confessoria*, wurde aber mit derselben abgewiesen. In den oberstrichterlichen Gründen wird hierüber gesagt:

Die Behauptung des Klägers, daß seine Berechtigung zur Klage durch die übernommene Gewährschaft gegeben sei, und daß sich Beklagter die Uebernahme des Streites durch den Gewährsmann auch vorneherein ohne vorgängige Streitverkündung gefallen lassen müsse, ist zweifellos unrichtig.

Nach Th. II Kap. VII §. 10 Nr. 6 des bayern. VR. steht fest, daß die confessorische Klage durch

daß Eigenthum oder wenigstens den rechtmäßigen Besitz des herrschenden Grundstückes bedingt ist, und auch darüber kann kein Bedenken obwalten, daß nach den rechtlichen Folgen und Wirkungen eines Kaufes mit der Ueberweisung des Kaufobjectes auch alle daselbe betreffenden Klagen ausschließlich an den Käufer übergehen.

Ein solches Klagerrecht kann daher auch dem Verkäufer, welcher beim Kaufvertrage die Gewährschaft übernommen hat, nicht mehr zustehen, und derselbe ist als Gewährsmann nur befugt, einen vom Käufer oder gegen diesen in Bezug auf das Kaufsobject erhobenen Streit, dessen ungünstiger Ausgang eine Rückgriffsklage herbeiführen würde, aus Anlaß einer Streitverkündung oder als Interventient entweder gänzlich auf sich zu nehmen, oder dabei dem Käufer zu assistiren. Alsdann hat aber die Uebernahme des Streites nicht zur Folge, daß eine Veränderung der Streitetheile eintritt, und die Partei, für welche die Streitübernahme geschieht, gänzlich des Streites enthoben wird; vielmehr geht nach O. C. Kap. VIII §. 2 Nr. 1 nur die Vertretung und die Prozeßführung und nicht das Klagerrecht über, und zur Klage berechtigt (*dominus litis*) bleibt die Partei, für welche der Streit übernommen wird.

Die behauptete Verpflichtung, das fragliche Holzrecht zur gerichtlichen Anerkennung von Seite des Beklagten zu bringen, kann dem Kläger ein Klagerrecht nicht verschaffen; auch würde, wenn ein solches Klagerrecht dem Beklagten gegenüber aus einem Vertrage Dritter abgeleitet werden könnte, der Streit doch nur ein vergeblicher sein, weil der Ausgang des Prozesses den Käufer, dessen Klagberechtigung darum nicht aufhören würde, nicht binden könnte.

O. A. G. Erf. v. 10. Dez. 1866 Nr. 89⁶⁶/₆₇.

Rm.

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: Ueber die Anwendung des §. 22 Nr. 6 und 7, dann des §. 45 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822. — Passivlegitimation zur Regulatorienlage in Beziehung auf Kirchenbaukast. — Einfluß der Simulation in Beziehung auf Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Ueber den urkundlichen Nachweis der Tradition bei der Orefektionslage auf Zahlung des Kaufpreises. — Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Honorar, welche in einer wegen Oeringfügigkeit des Betrages vor einem Landgerichte geführten Handelsprozeß erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war.

Ueber die Anwendung des §. 22 Nr. 5 u. 7, dann des §. 45 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822.

Nach §. 22 Nr. 5 u. 7 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 müssen die auf einer unbeweglichen Sache vermöge eines speziellen Rechtstitels haftenden Lasten, Art und Größe der Grundbarkeitslasten, dann Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse, wodurch die Befugniß des Besitzers, über die Sache zu verfügen, eingeschränkt wird, namentlich die einem Dritten zustehende Rukniekung, unter den in den §§. 25 und 26 jenes Gesetzes bestimmten Rechtsfolgen in das Hypothekenbuch eingetragen werden. — Dagegen bedürfen Realservituten eines solchen Eintrages nicht.

Diese Gesetzesvorschrift hat nun zu mehreren Zweifeln und Kontroversen Anlaß gegeben, deren nähere Betrachtung nicht ohne Werth sein dürfte.

1. Nach römischem Rechte werden Realservituten, welche als solche in diesem Rechte bezeichnet sind, und auch objektiv deren juristische Natur haben, dann als persönliche Servituten angesehen, wenn sie nicht einem herrschenden Grundstücke, sondern einer

Neue Folge XII. Band.



bestimmten Person verliehen sind, z. B. die servitus viae, aquaeductus, servitus pascendi, Durchgangrecht u. a. m. (Seuffert's Lehrb. des prakt. Pandektenrechtes §. 166 am Ende). Da nun nach Nr. 5 am Ende des allegirten §. 22 nur Realservituten des Eintrages nicht bedürfen, so entsteht die Frage, ob solche Servituten, welche im römischen Rechte unter den Realservituten aufgeführt, jedoch nur einer bestimmten Person eingeräumt sind, in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen.

Man könnte nun allerdings versucht sein, diese Frage zu bejahen, weil aus der Bestimmung, daß Realdienstbarkeiten nicht eingetragen werden müssen, die Nothwendigkeit des Eintrages aller Personalservituten von selbst folge. Allein dessen ungeachtet wird die verneinende Beantwortung den Vorzug verdienen.

Der Grund, warum das Gesetz den Eintrag der Realservituten nicht angeordnet hat, besteht, wie aus Gönnert's Kommentar zu jenem §. 22 (Bd. I S. 262) hervorgeht, darin, daß solche Realservituten nicht geeignet seien, den Werth des dienenden Grundstückes wesentlich zu verringern.

Dieser Grund paßt nun auf solche Servituten, die ihrer Natur nach Realservituten sind, und nur wegen ihrer Verleihung an eine bestimmte Person die Eigenschaft von Personalservituten annehmen, in gleichem, ja in erhöhtem Maße, wie bei anderen Realservituten, welche ihre Eigenschaft als solche nicht verloren haben.

Denn jener Grund ist lediglich aus der Art der Belastung des dienenden Grundstückes und dem Einflusse dieser Belastungsweise auf den Werth des Grundstückes selbst hergeleitet. Die Belastungsart und ihr Einfluß auf den Werth des Objectes ist aber bei solchen Servituten, sie mögen als Real- oder Personalservituten anzusehen sein, ganz gleich.

Die eigentlichen Personalservituten, welche diese Eigenschaft nicht in obiger Weise erlangt haben, sind auch hinsichtlich ihres Einflusses auf die Verfügungsberechtigung des Eigenthümers und den Werth des Objektes sehr verschieden von den aus jenem besonderen Grunde als solche gesetzlich erklärten Personalservituten, da bei ersteren der Eigenthümer in seinem Benützungsberechtigung wesentlich eingeschränkt ist, und in Folge dessen während der Dauer der Servitut der Verkehrswerth jedenfalls weit unter dem wahren Werthe zurückbleibt.

Es ist daher nicht anzunehmen, daß das Gesetz eine so exceptionelle Art von Personalservituten den wahren Personalservituten habe gleichstellen wollen, da bei jener exceptionellen Art das dienende Grundstück offenbar nicht so merklich belästigt und entwerthet wird, als wenn eine solche Servitut noch eine wahre Realservitut wäre, und gerade die unwesentlichere Belästigung dieses Grundstückes die ratio legis des mehrallegirten §. 22 des Hypothekengesetzes war.

2. Nach §. 45 des Hypothekengesetzes behält der Schuldner das Recht, über die Sache so weit zu verfügen, als es nicht zum Nachtheile der eingetragenen Hypotheken gereicht; derselbe kann daher die Sache zwar veräußern, aber nicht ohne Konsens der Hypothekgläubiger mit einer den Werth derselben mindernden Last belegen.

Es fragt sich nun, ob auch bei dieser Vorschrift eine Realservitut als eine den Werth der Sache mindernde Last zu betrachten sei, oder nicht.

In Gönnert's Kommentar zu jenem §. 45 Bd. I S. 393 Nr. 5 ist diese Frage verneint, und diese Ansicht dürfte die richtige sein, wenn ihr auch nicht unerhebliche Gründe entgegen zu stehen scheinen.

Es liegt zwar der Vorschrift jenes §. 45 die klar ausgesprochene Absicht zu Grunde, die Benach-

*

theiligung bereits eingetragener Hypothekgläubiger gegen alle Verfügungen des Schuldners über die Sache, wodurch ihr Werth vermindert wird, zu verhüten; auch ist diese Vorschrift ganz allgemein, und nimmt nicht, wie es bezüglich des Eintrages in das Hypothekenbuch im §. 22 Nr. 5 geschehen ist, Realservituten aus, auch können einzelne Realservituten ihrer besonderen Natur nach den Werth der Sache wirklich verringern; allein diese Erwägungen werden durch folgende Gründe ihre Bedeutung verlieren.

Im §. 22 Nr. 5 und 7 sind jene Lasten bereits angeführt, welche das Gesetz als solche betrachtet, die auf den Werth der Sache Einfluß haben, und aus der Reihe dieser Lasten hat dort das Gesetz die Realservituten ausdrücklich ausgeschlossen. Würde der Umstand, daß gewisse einzelne Realservituten ausnahmsweise den Werth der Sache vermindern können, dem Gesetzgeber entscheidend für eine Ausnahmsbestimmung erschienen haben, so hätte er auch im §. 22 Nr. 5 eine solche treffen müssen, weil ja bei solchen den Werth der Sache mindernden Realservituten die Gläubiger in Folge der Unterlassung des Eintrages ebenso benachtheiligt werden können, wie im Falle des §. 45. Denn in Folge jener Unterlassung und der hiedurch herbeigeführten Unkenntniß schon bestehender Realservituten, welche den Werth der Sache verringern, können Gläubiger bestimmt werden, dem Schuldner einen Kredit zu gewähren, wegen dessen Größe sie später Verlust erleiden.

Da der Gesetzgeber jene Ausnahmsbestimmung im §. 22 Nr. 5 nicht getroffen hat, so hat er in Anwendung des in fr. 4 und 5 de legibus (1, 3) ausgesprochenen Prinzips der Gesetzgebungspolitik ganz allgemein und ohne Rücksicht auf mögliche Besonderheiten einzelner Fälle den Grundsatz aufgestellt, daß Realdienstbarkeiten nicht als solche Lasten

in Betracht kommen sollen, welche die Hypothekgläubiger in Verlustgefahr zu bringen, und daher einen besonderen gesetzlichen Schutz der Gläubiger zu provoziren geeignet seien.

Wenn daher auch der §. 45 sich ganz allgemein ausdrückt und Realservituten nicht ausnimmt, so findet dieß seine natürliche Erklärung in dem Umstande, daß bereits im §. 22 Nr. 5 und 7 diejenigen Lasten speziell bezeichnet sind, die das Hypothekengesetz als solche angesehen wissen will, welche den Werth der Sache vermindern.

3. Immer noch begegnet man in Erkenntnissen der Ansicht, daß die in §. 22 Nr. 5 und 7 ausgesprochene Nothwendigkeit des Eintrages von Servituten, welche keine Realservituten sind, die Folge habe, daß sie gegen einen dritten redlichen Besizer des dienenden Grundstückes nicht geltend gemacht werden könnten, wenn sie nicht im Hypothekenbuche eingetragen seien.

Diese Ansicht verstößt wider die klarsten gesetzlichen Bestimmungen, soferne nicht in einem Statutarrechte eine besondere desfallige Bestimmung bestehen sollte. Denn

a) nach fr. 20 §. 1 de adquir. rer. dom. (41, 1) geht das Eigenthum einer Sache auf jeden neuen Erwerber mit den hierauf passiv und aktiv ruhenden Servituten kraft des Gesetzes über, selbst wenn der tradirende frühere Eigenthümer dem neuen Erwerber die Freiheit der Sache von Servituten versichert haben sollte.

b) Das Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 ordnet den Eintrag der genannten Servituten nicht zum Zwecke der Wirksamkeit einer giltig bestellten Dienstbarkeit gegenüber einem dritten Erwerber der dienenden Sache, sondern zum Schutze später eingetragener Hypotheken an, was mit voller Klarheit daraus hervorgeht, daß nach jenem §. 22

princ. der Eintrag nur unter den in den §§. 25 und 26 bestimmten Rechtsfolgen, also nur im Interesse der Hypothekgläubiger angeordnet ist. Denn nach §. 25 schützt die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nur jene im Vertrauen auf den Inhalt des Hypothekenbuchs vorgenommenen rechtlichen Handlungen, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen, also immer nur Rechtsgeschäfte, welche ein Hypothekenrecht zum Gegenstande haben.

Könnte hierüber noch irgend ein Zweifel nach den Worten des §. 25 obwalten, so würde er durch die im §. 26 angeführten Beispiele vollkommen beseitigt, da hier überall nur von dem Schutze des Hypothekgläubigers die Rede ist.

c) Würde der Eintrag eines dinglichen Rechtes außer der Hypothek zur Wirksamkeit eines solchen Rechtes gegenüber einem Dritten, welcher nicht Hypothekgläubiger ist, erforderlich sein, so könnte auch das Eigenthum, dessen Rechtstitel im Hypothekenbuche weder eingetragen noch vorgemerkt ist, demjenigen, der es geltend macht, richterlich nicht zugesprochen werden; und doch ist dieses nach §. 26 Nr. 2 anerkannt. Denn hier ist ja der Fall, daß Jemand aus einem nicht eingetragenen Rechtstitel als Eigenthümer richterlich erklärt wird, geradezu vorausgesetzt, was nicht der Fall sein könnte, wenn zur fortbauenden Wirksamkeit des dinglichen Rechtes des Eigenthumes gegenüber einem anderen Prätendenten der Eintrag in das Hypothekenbuch nothwendig wäre.

Was hier vom Eigenthume im §. 26 Nr. 2 gesagt ist, gilt selbstverständlich auch von Servituten und anderen dinglichen Rechten an einer fremden Sache mit Ausnahme der Hypothek gemäß §. 1 und 10 des Hypothekengesetzes; denn jene Bestimmung enthält nur ein Beispiel, aber keinen ausschließlich für das Eigenthum geltenden Grundsatz.



d) Die Unterstellung, daß die Unterlassung des Eintrages einer Servitut in das Hypothekensbuch nach §. 22 Nr. 5 und 7 des Hypothekengesetzes den Verlust derselben gegenüber einem dritten redlichen Besizer der dienenden Liegenschaft zur Folge habe, würde zu einer Anomalie führen, welche recht klar die Unhaltbarkeit dieser Unterstellung an's Licht bringt.

Diese Anomalie besteht nämlich darin, daß nur bei Personalservituten und Reallasten, nicht aber bei Realservituten, die Wirksamkeit des dinglichen Rechtes gegen den dritten Besizer der Sache gelten würde, da nach obiger Stelle des Hypothekengesetzes Realdienstbarkeiten nicht eingetragen werden müssen.

Es läßt sich aber nicht annehmen, daß der Gesetzgeber in jener Beziehung zwischen Personal- und Realservituten einen Unterschied machen wollte, und zwar um so weniger, als Realservituten eine fort dauernde, Personalservituten aber eine nur zeitweise Belastung des Eigenthumes enthalten, sohin gerade die lästigere Servitut ohne Eintrag gewahrt bliebe.

Die Unterscheidung des Gesetzes zwischen Real- und Personalservituten hat daher wohl einen vernünftigen Sinne gegenüber den Hypothekgläubigern, offenbar aber nicht gegenüber dem Besizer der dienenden Sache.

Die einzig richtige Bedeutung des §. 22 Nr. 5 und 7 ist daher jene, welche bereits in diesen Blättern Bd. 25 S. 385 erörtert ist, und es wurde die gegenwärtige Ausführung nur deshalb nicht für überflüssig erachtet, weil der Einfluß der Bestimmungen jenes §. 22 auf den dritten Besizer der dienenden Sache nicht speziell Gegenstand jenes Aufsatzes ist, und weil ein Erkenntniß einer Vorinstanz in neuester Zeit die entgegengesetzte Ansicht wiederholt zur Geltung zu bringen suchte.

In dieser Weise wurde auch die vorliegende

Frage in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 15. Mai 1866 — RN. 621⁶⁵/₆₆ — aus den sub a und b angeführten Gründen entschieden.

...r...

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Passivlegitimation zur Negatorienklage in Beziehung auf Kirchenbaulast.

Die in der Markung L. zehentberechtigte Spitalstiftung N. klagte gegen die nur einen Theil der Pfarregemeinde K. bildenden, schon früher dieser Pfarrei angehörigen sogenannten Altparochianen, und bat, zu erkennen, sie sei als Besizerin jenes Zehentes nicht schuldig, zum Pfarrkirchenbaue in K. Geldkonkurrenz zu leisten, und seien ihr von Seite der Beklagten jene Beträge zu ersetzen, welche sie in Folge administrativen Provisoriums zum genannten Kirchenbaue bereits bezahlt habe und im Laufe des Prozesses noch bezahlen müsse.

Diese Klage, welche die Stiftung N. darauf gegründet hatte, daß sie ihren Zehent von jeher in einem zur Kirche J. gehörigen Orte beziehe und letztere Kirche dadurch, daß sie im Laufe des vorigen Jahrhunderts der Pfarrei K. zugetheilt worden, nach der Art dieser Vereinigung ihre frühere Selbstständigkeit nicht verloren habe, wurde oberstrichterlich wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Frage, welche Wirkung der erwähnten Vereinigung zukomme, und welchen Einfluß sie insbesondere auf die Verpflichtung der Zehentherren in

dem früheren Kirchensprengel J. bezüglich der Baulast gegenüber der Pfarrkirche K. geäußert habe, kann an sich nur der Verwaltung dieser Pfarrkirche gegenüber zum endgiltigen Austrage gebracht werden, weil nur diese als das berechnigte Subjekt erscheint.

Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Konkurrenzpflichtigen unter sich über die Reihenfolge, in welcher sie für die Baukosten einzutreten haben, den Rechtsweg betreten können; allein in einem solchen Falle wird das Bestehen der Konkurrenzpflicht im Allgemeinen, und insbesondere der die Bankonkurrenz in Anspruch nehmenden Kirchenstiftung gegenüber vorausgesetzt, und es handelt sich deshalb in einem solchen Rechtsstreite zunächst nur um die Frage, ob ein die Abweichung von der gesetzlichen Reihenfolge begründender Rechtstitel vorliege, nach dessen Beschaffenheit sodann zu bemessen ist, ob der beklagte andere Konkurrenzpflichtige als der wahre Beklagte anzusehen sei.

Im vorliegenden Falle behauptet aber die Klägerin nicht das Bestehen eines speziellen Befreiungstitels, sondern den Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen sie überhaupt zur Bankonkurrenz für die Pfarrkirche K. beigezogen werden könnte.

Die desfallsige Frage kann aber auch nicht deshalb, weil die Klage auch auf Rückzahlung des bereits Geleisteten gerichtet ist, jene Frage sohin gleichsam einen Präjudizialpunkt für die Rückforderung bildet, den beklagten Parochianen gegenüber zum Austrage gebracht werden, weil die Voraussetzungen zu einer solchen Rückforderungsklage gegen die dermaligen Beklagten schon an sich nicht gegeben sind.

Eine solche Verpflichtung zum Rückersatze würde nämlich voraussetzen, daß die Zahlung an die Beklagten selbst erfolgt oder eine den Beklagten wirk-

lich und bestimmt zur Last fallende Verpflichtung für dieselben erfüllt worden war; allein es ist weder von der Klägerin behauptet, noch in den betreffenden Administrativ-Beschlüssen ausgesprochen, daß den Mitgliedern der Kirchengemeinde eine Beitragleistung angefohlen worden sei. Vielmehr ist gerade in der Entschliegung der Oberkuratelstelle vom 2. Dez. 1862 erklärt, daß sich die weitere Beschlußfassung über eine allenfallsige Verpflichtung der Pfarrgemeinde zur Geldkonkurrenz vorbehalten werde, so wie aus dem Berichte des Bezirksamtes vom 11. Mai 1864 zu entnehmen ist, daß die Pfarrgemeinde-Glieder überhaupt zu einer Geld-Konkurrenzleistung nicht beigezogen worden sind.

Den Abschluß findet diese Frage in der Regierungsverentschliegung vom 4. Juni 1864, indem hienach der zur Deckung der Baukosten erforderliche Rest ohne wirkliche Inanspruchnahme der Parochianen der Kirchenstiftung aus Rentenüberschüssen anderer Stiftungen zu Gebote gestellt, und nur die Erwartung ausgesprochen wurde, daß der zur inneren Einrichtung noch erforderliche Aufwand allmählig durch freiwillige Leistungen der Mitglieder der Kirchengemeinde seine Deckung finden werde.

Wenn daher eine Konkurrenz der Parochianen weder beansprucht worden, noch ins Leben getreten ist, so kann auch von einer Erfüllung einer solchen Verpflichtung, welche die Klägerin für die beklagten Parochianen aus dem Gesichtspunkte einer negotiorum gestio unternommen hätte, ebensowenig die Rede sein, als diesen Parochianen gegenüber der Gesichtspunkt der Zahlung einer Nichtschuld zur Geltung gebracht werden kann, da er nur gegen diejenigen, welchen die Zahlung geleistet oder für welche eine wirklich existirende Verpflichtung erfüllt worden ist, Platz greifen könnte.

DABG. v. 22. Dez. 1866 Nr. 18⁶⁶/₆₇.
Rm.



2.

Einfluß der Simulation in Beziehung auf Art. 14 des Notariats-Gesetzes.

Vgl. Bl. f. R. u. Ob. XXX S. 360 u. Ob. XXXI S. 218.

A. verkaufte an B. ein Anwesen um 5400 fl., von welchen, ehe sich die Kontrahenten zum Notar begaben, der Käufer 900 fl. bezahlte, damit hiedurch der Verkäufer gegen den Inhalt der Notariatsurkunde gesichert sei, indem in derselben ein Kaufschilling von nur 4500 fl. verlautbart werden sollte, wie dieses denn auch wirklich geschehen ist.

Von diesen 4500 fl. zahlte der Käufer später 1500 fl., worauf sodann der Verkäufer über Abzug von 2000 fl., welche auf dem verkauften Anwesen hypothekarisch liegen bleiben sollten, 1000 fl. einflagte.

Als Beklagter erwiderte, daß er außer obigen 1500 fl. noch weitere 900 fl. bezahlt habe, sohin von den eingeklagten 1000 fl. nur 100 fl. schuldig sei, entgegnete der Kläger: jene 900 fl. seien schon vor der notariellen Verlautbarung und gerade zu dem Zwecke bezahlt worden, um ihm gegenüber dem zu gering angegebenen Kaufschilling zu sichern, weshalb er auf den Grund des verlautbarten Kaufvertrages, bei welchem er beharre, immer noch 1000 fl. fordern könne.

Dem Kläger wurden jedoch nur 100 fl. zugesprochen.

Nach Art. 14 des Not.-Ges. — so sagen die oberstrichterlichen Gründe — war der vorliegende Vertrag, um rechtsgiltig zu sein, nothwendig vom Notare zu verbriefen.

Will Kläger den in der Notariatsurkunde angegebenen Kaufpreis von 4500 fl. nicht als den

wahren und wirklich vereinbarten gelten lassen, so genügt es nicht, sich auf eine bloß mündlich abgeschlossene Uebereinkunft zu berufen, bei welcher ein Kaufpreis von 5400 fl. verabredet worden wäre; Kläger mußte vielmehr den notariell verbrieften Vertrag wegen vorliegender Simulation anfechten, in welchem Falle dann aber das ganze Kaufgeschäft in Frage gestellt wäre.

Nun erklärt aber der Kläger und Revident, daß er eine Auflösung des Kaufgeschäftes nicht beabsichtige, und stützt seine Klage geradezu auf die Notariatsurkunde, weshalb er diese Urkunde nach ihrem ganzen Inhalte und nach allen ihren Bestimmungen, namentlich auch bezüglich des darin aufgeführten Kauffchillingß, gegen sich gelten lassen muß.

Auf die Summe von 4500 fl. sind daher alle Beträge zu verrechnen, welche der Käufer an den Verkäufer entrichtete, gleichviel, ob deren Zahlung vor oder nach der Vertragsverbrieftung geleistet wurde.

DABG. v. 24. Dez. 1866 Reg.-Nr. 175⁶⁶/₆₇.
Rm.

3.

Ueber den urkundlichen Nachweis der Tradition bei der Executivklage auf Zahlung des Kaufpreises.

Vgl. Bl. f. R. Vb. VI S. 15; Seuffert's Archiv Vb. VII Nr. 249.

In dem notariellen Kaufbrieße, welchem auch zum Zwecke der Beschreibung des verkauften Anwesens ein Katasterauszug beigelegt war, kam vor: „Käufer tritt mit dem heutigen Tage in den Besitz und Genuß des Kaufobjektes.“

Dies wurde nicht als urkundlicher Nachweis der wirklich geschehenen Tradition erkannt, weil damit nur die Berechtigung des Käufers, von fraglichem Tage an die Uebergabe des Anwesens zu verlangen, ausgedrückt sei, wobei noch auf die Ann.



zum bay. W. Th. II Kap. III §. 7 Nr. 5 Bezug genommen wurde; weil ferner die offenbar nur zur Ersparung einer Aufzählung der einzelnen Bestandtheile des Anwesens geschehene Beifügung des Katasterauszuges die reelle Tradition nicht ersetzen könne.

DAßErk. v. 31. Dez. 1866 RNr. 145^{66/67}.

77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung von Deserviten, welche in einer wegen Geringsfügigkeit des Betrages vor einem Landgerichte geführten Handelsprozeße erlaufen sind, gehört vor das Gericht, bei welchem der Hauptprozeß anhängig war¹⁾.

Der Hopfenstangenhändler S. W. von Lauf hatte im Januar 1865 bei dem Schnittwaarenhänd-

¹⁾ Daß im Allgemeinen die Einklagung der Deserviten durch den Anwalt zum Gerichtsstande der Hauptsache gehöre, ist vom obersten Gerichtshofe bereits in zahlreichen Erkenntnissen ausgesprochen worden. Man sehe Bl. f. RA. Bd. XVI S. 197, Bd. XVIII S. 244, 369, Bd. XXIII S. 83, Bd. XXIV S. 275, 277.

In einem Erkenntnisse v. 20. Juni 1857 (Bl. f. RA. Bd. XXIII S. 86) hat der oberste Gerichtshof das jenen anderen Entscheidungen zum Grunde liegende Prinzip auch auf die Beitreibung der Anwaltsgebühren in einer Merkantilfache angewendet.

In zwei Erkenntnissen vom Jahre 1866, deren Mittheilung in dem begonnenen Ergänzungsbande der Bl. f. RA. nachträglich erfolgen wird, hat nun der oberste Gerichtshof den Handelsgerichten die Kompetenz, über die Forderung von Anwaltsgebühren zu entscheiden, nicht mehr zugestanden.

Dagegen wird im gegenwärtig mitgetheilten Erkenntnisse bei Deserviten, die sich in einer bei einem Einzelrichter anhängigen Handelsfache ergeben haben, die Regel der G. D. Kap. I §. 10 wieder aufrecht erhalten.

ler und Wirtschaftsbefitzer Johann M. zu Neufkirchen 1400 Stück Hopfenstangen bestellt, welche bis 2. Febr. nach Furth geliefert werden sollten, und hatte zu diesem Zwecke auch dem M. 40 fl. Daraufgabe behändigt.

Da die Ablieferung nach der Behauptung des Bestellers nicht rechtzeitig erfolgt sein soll, machte dieser nach den Bestimmungen des Handelsgesetzes von dem Rechte Gebrauch, vom Vertrage abzugehen und verlangte in einer am 11. Mai 1865 bei dem k. Landgerichte Neufkirchen eingereichten Klage die Rückzahlung der Daraufgabe zu 40 fl. sowie eine Entschädigung von 18 fl. für zwei Reisen nach Neufkirchen.

Nach Durchführung des Prozesses wurde von diesem Gerichte der Beklagte von der Klage entbunden.

Am 8. Nov. 1866 reichte Advokat G. gegen den von ihm in dieser Sache vertretenen Kläger eine Klage wegen rückständiger Deserviten im Betrage zu 13 fl. 45 $\frac{1}{2}$ kr. bei dem Landgerichte Neufkirchen ein. Sie wurde aber von diesem Gerichte zurückgewiesen, weil sie als eine höchst persönliche vor den Gerichtsstand des Wohnortes des Schuldigen gehöre, und es sich nicht um den Vollzug eines Erkenntnisses handle.

Adv. G. legte dieselbe Klage dem Landgerichte Lauf vor. Aber auch hier wurde die Klage abgewiesen, weil die Zuständigkeit in der Hauptsache auch jene in Ansehung der Kosten begründe.

Dem zufolge regte Adv. G. bei dem obersten Gerichtshofe den Kompetenzkonflikt an, welcher dahin entschieden wurde, daß in der Sache das k. Landgericht Neufkirchen zuständig sei.

In den Gründen sprach sich der oberste Gerichtshof aus, wie folgt:

Es kann wohl keinem begründeten Bedenken unterliegen, daß die in einer Streitsache für beide



Parteien erlaufenden Anwaltskosten in einem vollständigen Zusammenhange mit der Hauptsache selbst stehen, ja durch diese überhaupt erst zu ihrer Existenz gelangen; und es liegt auch nicht bloß in der Natur der Sache, sondern ist ebenso durch die Gerichtsordnung Kap. I §. 10 selbst angeordnet, daß Sachen, welche zusammen gehören, nicht von einander getrennt, sondern vor einer Obrigkeit allein verhandelt werden sollen. Dieß setzt jedoch immer voraus, daß auch das nämliche Gericht in jeder der Streitsachen, an und für sich betrachtet, zu deren Entscheidung zuständig ist.

Der Hopfenstangenhändler W. hat bei dem Schnittwaarenhändler und Wirthschaftsbesitzer H. zu Neufkirchen eine Lieferung von 1400 Stück Hopfenstangen, womit auch dieser ohne Zweifel Handel treibt, bestellt, so daß nach Art. 271 des allg. d. G. B. das beabsichtigte Geschäft als ein Handelsgeschäft sich darstellt.

Alle aus Handelsgeschäften hervorgehenden Rechtsverhältnisse, sie mögen auf Erfüllung der betreffenden Geschäfte oder auf Schadenersatz deshalb gerichtet sein, erscheinen als Handelssachen, welche nach Art. 62 des Einf.:Ges. zum d. G. B. in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen. Die Handelsgerichte können aber bei der gesetzlichen Beschränkung ihrer Jurisdiction auf Handelssachen Deservitenklagen der Anwälte gegen ihre Parteien als nur vor den ordentlichen Civilrichter gehörig niemals selbständig zur Verhandlung und Entscheidung ziehen, sohin auch nicht unter dem Titel der Konnexität an sich bringen.

Allein nach Art. 64 Abs. 2 des Einf.:Ges. zum G. B. sind die zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehörigen Ansprüche, wenn die Klage in der Hauptsache einen Geldwerth nicht über 150 fl. betrifft, bei dem einschlägigen Stadt- und Landge-

richte geltend zu machen, insofern sich am Sitze dieses Gerichtes nicht zugleich das Handelsgericht befindet. Und das ist in dieser nur einen Werth von 58 fl. umfassenden Streitsache eingetreten.

Das Landgericht Neufirchen hat als solches die Sache im mündlichen Verhöre zur Verhandlung gezogen und abgeurtheilt und nicht als Handelsgericht, bei welchem nach Art. 70 Abs. 3 des Einf.-Ges. auch die im mündlichen Verhöre verhandelte Sache vor einem nach den Handelsgesetzen bestimmten Senate abzuurtheilen ist.

Das Landgericht mußte zwar im Hinblick auf Art. 277 des G. B. die Bestimmungen des 4. Buches dieses Gesetzes bei Beurtheilung der Sache in's Auge fassen. Dieß kommt jedoch nach diesem Artikel jedem ordentlichen Civilgerichte in allen Rechtsgeschäften zu, welche wenigstens auf Seite eines der Kontrahenten Handelsgeschäfte bilden, ohne daß damit dessen Eigenschaft irgend eine Veränderung erleidet.

In der Hauptstreitsache des W. gegen H. hat daher das Landgericht Neufirchen nicht als ein ex-emptes, sondern als ein ordentliches Civilgericht Verhandlung gepflogen und die Sache abgeurtheilt, und da das Rechtsverhältniß zwischen dem Adv. G. und dem S. W. wegen Deserviten gleichfalls der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterstellt ist, so hat auf Grund der Zusammengehörigkeit dieser Streitsache mit der Hauptsache selbst das Landgericht Neufirchen auch die jetzt in Frage stehende Deserviten-sache zu verhandeln und darüber zu entscheiden, weshalb wie geschehen zu erkennen war.

Erk. d. O. G. v. 22. März 1867 (U. B. Nr. 61).

— f —

Verichtigung: S. 83 Z. 18 v. o. statt: „Tribunal“ lies: „Tribunal“.

Redakt.: Dr. **Steppe**. Berl.: **Palm & Enke** (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Sobald wegen der sich zeigenden Ueberschuldung vom ordentlichen Gerichte des Schuldners als Vorbereitung zur Eröffnung des Konkurses ein Zahlungsverbot erlassen und die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile sowie die Einstellung aller Partikular-executionen angeordnet worden ist, darf ein Handelsgericht in einer bei ihm anhängigen Prozeßsache gegen den betreffenden Schuldner nicht mehr mit der Hilfsvollstreckung am Vermögen desselben vorschreiten. — Verfügungsbrecht des Ehemannes nach dem Würzburger Statutarrechte. — Unter die Frohgegenrechsulle, welche durch Art. 2 des Grundlastenabdingungsgesetzes aufgehoben sind, können Zerstrecke, welchen Frohnen als Gegenleistungen anstehen, nicht gerechnet werden. — Forum universale hereditatis. — Verfügungen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Sobald wegen der sich zeigenden Ueberschuldung vom ordentlichen Gerichte des Schuldners als Vorbereitung zur Eröffnung des Konkurses ein Zahlungsverbot erlassen und die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile sowie die Einstellung aller Partikular-executionen angeordnet worden ist, darf ein Handelsgericht in einer bei ihm anhängigen Prozeßsache gegen den betreffenden Schuldner nicht mehr mit der Hilfsvollstreckung am Vermögen desselben vorschreiten¹⁾.

In zwei Prozessen des Handlungshauses A. zu G. gegen den Weinhändler Karl D. zu B. wegen Wechselforderungen zu 2340 Thlr. und 2000 Thlr., dann in einem Prozesse des Weinhändlers L. A. J. zu D. gegen denselben Schuldner wegen einer Han-

¹⁾ Siehe hiezu die oben S. 91 und 96 mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisse v. 9. März 1867 — UB. Nr. 59 und 7. Sept. 1866 UB. Nr. 51. —



bedürftiger von 3131 fl. war auf Antrag der Gläubiger vom Handelsgerichte Würzburg am 18. Okt. 1865 ein dem Beklagten in der Verlassenschaft seines Bruders Adolph D. in Aussicht gestellter Erbtheil zu Gunsten der erwähnten judikatmäßigen Forderungen mit Beschlag belegt und das Stadtgericht Würzburg als Verlassenschaftsbehörde hievon mit dem Ersuchen in Kenntniß gesetzt worden, den treffenden Erbtheil seiner Zeit an das Handelsgericht zu übersenden.

Die vom Schuldner dagegen erhobene Demonstration wurde vom l. Handelsgerichte durch Beschluß vom 28. Okt. 1865 abgewiesen und in den Gründen angeführt, daß der Beschlag auf den fraglichen Erbtheil bei den Vermögensverhältnissen des Beklagten und den zahlreichen gegen denselben eingeklagten Forderungen lediglich zur Sicherung der Ansprüche der Kläger verhängt worden sei, wobei insbesondere in den beiden Wechselprozessen die weitere Verfügung bezüglich der förmlichen Einweisung des Klägers vorbehalten wurde. Auch die Berufung des Schuldners wurde durch Erkenntniß des l. Handelsappellationsgerichtes vom 6. Nov. 1865 verworfen.

Durch die mißlichen Umstände des Schuldners veranlaßt stellte aber nun am 16. Jan. 1866 einer der zahlreichen Gläubiger, Michael G. zu W., den Antrag an das l. Bezirksgericht Würzburg, sofort auf Eröffnung des Universalkonkurses gegen Karl D. zu erkennen.

In Folge dessen sagte das l. Bezirksgericht am nämlichen Tage den Beschluß, auf Grund der aus den Akten erhellenden Ueberschuldung das gesammte Vermögen des Karl D. für die Gläubigerschaft mit Beschlag zu belegen, die Errichtung eines Inventares anzuordnen und alle Partikularexecutionen einzustellen, wovon

daß k. Handelsgericht Würzburg in Kenntniß gesetzt wurde, welches dann auch sofort am 18. Jan. 1866 dem k. Bez.-Gerichte Würzburg von dem verordneten Zustande aller Exekutionen Nachricht erteilte.

Als in der Folge nichtdestoweniger der Anwalt der Kläger in obenerwähnten drei Prozeßsachen die Einweisung seiner Mandanten in den mit Beschlagnahme belegten Erbtheil des Schuldners und beziehungsweise die Verabfolgung dieses Erbtheiles beantragte, wurde ihm vom Handelsgerichte Würzburg am 14. Mai 1866 mit Bezug auf die am 18. Jan. verordnete Einstellung aller einzelnen Exekutionen die Abweisung bedeutet mit dem Beifügen, daß der mit Beschlagnahme belegte Erbtheil nach seinem Eintreffen an das Konkursgericht übersendet werden soll.

Auf die vom Anwalte der Kläger dagegen erhobene Berufung erkannte jedoch das k. Handelsappellationsgericht am 1. Juni 1866, und zwar in den drei fraglichen Prozessen übereinstimmend, daß der Beschluß vom 14. Mai 1866, den in Beschlagnahme genommenen Erbtheil an das k. Bez.-Gericht Würzburg abzugeben, außer Wirkung gesetzt, — dann aber insbesondere in den beiden Wechselprozessen, daß der Kläger mit seinen Forderungen auf den mehrerwähnten Erbtheil vorbehaltlich erworbenener Rechte Dritter eingewiesen werde.

Nach erlangter Kenntniß von diesen Entscheidungen faßte nunmehr das k. Bez.-Gericht Würzburg am 26. Juni bzw. 6. Juli 1866 den Beschluß, bei Herstellung des Vermögensstandes des Schuldners Karl D. den diesem aus dem Nachlasse seines Bruders Adolph D. zufallenden Erbtheil nicht in die Aktivmasse, dagegen die in Frage stehenden Forderungen der mehrerwähnten Gläubiger nicht unter die Passivposten aufzunehmen.

Hiegegen legte jedoch der Gläubiger M. G.



Remonstration und für den Fall ihrer Erfolglosigkeit Berufung ein.

Die Remonstration wurde vom Bezirksgerichte Würzburg durch Beschluß v. 31. Juli 1866 verworfen, in Folge der Berufung aber vom k. Appellationsgerichte v. Unterfranken und Aschaffenburg am 28. Okt. 1866 zu Recht erkannt,

daß die vom k. Bezirksgerichte Würzburg am 16. Januar 1866 verfügte Beschlagnahme des dem Karl D. aus dem Nachlasse seines Bruders Adolph D. zukommenden Erbtheiles aufrecht zu erhalten und hiernach das Stadtgericht Würzburg anzuweisen sei.

Bei dieser Sachlage regte der Anwalt des Handlungshauses A. St. und des L. A. J. am 26. Nov. den bejahenden Kompetenzkonflikt an.

Derselbe wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden, daß zur Entscheidung über die während des Vorbereitungsverfahrens zur Eröffnung der Gant gestellten klägerischen Anträge auf Fortsetzung der Partikularerektionen das ordentliche Civilgericht des Schuldners zuständig ist.

Die Gründe sind nachstehende:

Nach der bayer. O.D. Kap. XIX §. 19 ist dasjenige, was der Schuldner auch noch vor angefangenem Generalkonkurse, jedoch gegen obrigkeitliches Verbot, bezahlt, veräußert, verpfändet oder sonst zum Nachtheile der Gantmasse thut, eben so kraftlos, wie wenn er dieß erst nach angefangenem Konkurse unternehmen würde, so daß in dieser Hinsicht gesetzlich beide Fälle auf ganz gleiche Stufe gestellt sind.

Daraus ergibt sich, daß der Fall eines solchen obrigkeitlichen Verbotes für das betreffende Gericht auch das Recht der Hemmung aller einzelnen Erektionen in gleicher Weise wie nach eröffnetem Konkurse mit herbeiführt, weil außerdem dieses Zahlungsverbot in beiden Fällen durch unbedingte gerichtliche Anerkennung von Forderungen einzelner Gläubiger durch den Schuldner und dann deren ermöglichte erektive Einreichung zum Nachtheile der übrigen Gläubiger einfach umgangen, und so unmittelbar eine Verringer-

ung der Santmasse herbeigeführt werden könnte, was doch der Gesetzgeber geradezu verhüten will.

Dieses obrigkeitliche Verbot setzt indeß nach Inhalt des §. 19 immerhin den Fall der Santmäßigkeit des Schuldners voraus, und da die Frage, ob diese wirklich gegeben, daher auf Konkurs zu erkennen, und hienach jedenfalls das Vorbereitungsverfahren hiezu sofort veranlaßt ist, seit dem Gerichts-Versassungsgesetze vom 1. Juli 1856 Art. 16 (Ges.-Bl. S. 351), dessen Bestimmung im Ger.-Verf.-Ges. vom 10. Nov. 1861 Art. 80 Abs. 2 (Ges.-Bl. S. 248) aufrecht erhalten wurde, nur entweder auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger auf Eröffnung des Konkurses oder auf vorgängige — selbstverständlich nach Maßgabe der vorliegenden Akten oder sonst gehörig begründete — Insolvenz-Anzeige des Schuldners zur richterlichen Lösung gebracht werden kann, so findet auch zugleich in diesen Momenten die Erlassung des obrigkeitlichen Zahlungsverbotens mit der rechtlichen Befugniß der Einstellung sämtlicher Partikularerекutionen ihre gesetzliche Begrenzung.

Privatier E. von W. zeigte am 16. Januar 1866 dem k. Bezirksgerichte Würzburg an, daß in seinen Streit-sachen gegen Karl D. wegen Wechselforderungen die Mobiliarerекution zu keinem Ziele mehr führte, und auch die Immobiliarerекution zu seiner Befriedigung nicht ausreichte, da das Immobile in einem Werthe von 20,000 fl. mit Hypothekschulden von mehr als 30,000 fl. belastet sei, und nachdem er auch noch sehr bedeutende Kurrentschulden näher bezeichnet hatte, so beantragte er, da Karl D. noch 1800 fl. zu Gunsten eines Gläubigers verwenden wolle, diesen Betrag mit Beschlagnahme zu belegen, und sofort den Universalkonkurs gegen Karl D. zu eröffnen.

Auf Grund der von dem Antragsteller behaupteten und aus den bezirksgerichtlichen so wie handelsgerichtlichen Akten erhellenden Ueberschuldung hat denn auch das Bezirksgericht Würzburg am nämlichen Tage die Beschlagnahme dieser 1800 fl. so wie des gesammten übrigen Vermögens zu Gunsten der Gläubigerschaft, die Vermögens-Inventarisation, Sistirung der im Gange befindlichen Einzelerекutionen zc. gegen Karl D. beschlossen, namentlich aber auch das Handelsgericht Würzburg um Sistirung der verfügten Erекutionen und Ausantwortung der vorhandenen Akten ersucht. Gleichzeitig wurde dem Gemeinschuldner auch jede Vermögensveräußerung und Befriedigung oder überhaupt Begünstigung einzelner Gläubiger untersagt.



Es wurden daher nach gesetzlicher Vorschrift alle Vorbereitungen zur Eröffnung des allgemeinen Konkurses gegen Karl D. von dem Bezirksgerichte Würzburg getroffen, welchen Verfügungen wegen ihres innigsten Zusammenhanges mit dem Sanktverfahren offenbar wie diesem selbst ein universaler Charakter nach dem obigen §. 19 innewohnt; so daß es keinem Zweifel unterliegen kann, daß nicht bloß sämtliche bei dem Bezirksgerichte Würzburg in den einzelnen Streitfachen schwebenden Exekutionen, sondern auch die bei allen anderen Gerichten, welche unter der Herrschaft der bayer. Gerichtsordnung ihr gerichtliches Verfahren zu leiten haben, anhängigen Exekutionen nach dem Verlangen des den Konkurs gegen Karl D. einleitenden Bezirksgerichtes Würzburg zu sistiren waren.

Das k. Handelsappellationsgericht hat in seinem Erkenntnisse vom 1. Juni 1866 in Sachen des L. A. J. von D. gegen Karl D. wegen Forderung aus einem Handelsgeschäfte zu 3131 fl. selbst darauf hingewiesen, daß in dieser Sache die bayer. Wechsel- und Merkantilerichtsordnung v. J. 1785 nicht Geltung habe, was auch nach dem Gesetze vom 11. Sept. 1825, die Einführung des Wechselrechtes und der Wechselgerichtsordnung in den damit noch nicht versehenen Theilen des Königreichs betreffend (Ges.-Bl. S. 39), im Zusammenhalte mit der dazu gehörigen allerhöchsten Verordnung vom 26. Okt. 1825 (Reggöbl. S. 785) der Fall ist, so daß, wie dieser Gerichtshof bemerkt, hier allerdings die Bestimmungen der allgemeinen Gerichtsordnung in Betracht kommen haben, da in Ermangelung besonderer für das Verfahren in Handelsfachen bestehender Gesetze nach Art. 70 des Einf.-Ges. zum allg. d. HGB. (Ges.-Bl. von 1861 S. 461) die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsfachen in Anwendung zu bringen sind.

Das Bezirksgericht Würzburg erschien daher dem Erörterten zufolge zur Veranlassung der Sistirung der Partikularerzekution in dieser Handelsfache gerade aus diesem Grunde bei der Einleitung des Konkurses gegen Karl D. vollkommen zuständig.

Aber auch auf die Streitfachen des A. St. gegen Karl D. wegen Wechselforderungen zu 2340 Thlr. und zu 2000 Thlr. hatte sich die allgemeine Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Würzburg in Bezug auf die Einstellung der wechselgerichtlichen Exekutionen bei dem Handelsgerichte Würzburg zu erstrecken, da die hier anwendbare bayerische Wechselgerichtsordnung v. J. 1785 in Kap. XI §. 1 den oben angeführ-



ten Grundsätzen über die Wirkungen des obrigkeitlichen Zahlungsverbotes noch vor dem angefangenen Generalkonkurse sogar einen besonderen Ausdruck dadurch verliehen hat, daß sie nicht bloß dann, wenn der Schuldner sich selbst zahlungsunfähig erklärt hat, diese Insolvenz auch gerichtlich hergestellt und die Gant gesetzlich erkannt ist, bei dem Wechselgerichte, ungeachtet der Beklagte daselbst schon verurtheilt oder bereits mit der Sperre angegriffen wäre, die Exekution nicht mehr vornehmen und die eingeleitete Exekution nicht mehr fortsetzen läßt, sondern dieses in derselben Weise auch dann beobachtet wissen will, wenn der Schuldner überhaupt gantmäßig ist, oder selbst auch nur durch Bezahlung einer Wechselschuld gantmäßig wird, der Fall der Gantmäßigkeit des Karl D. aber dem Dargelegten gemäß hier von dem Bezirksgerichte Würzburg kompetenzmäßig als gegeben erachtet worden ist.

Angeichts dieser allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen der Gerichtsordnung über das obrigkeitliche Zahlungsverbot vor angefangenem Generalkonkurse mit seinen nothwendigen und darum gesetzlich gerechtfertigten Konsequenzen, dann der besonderen Bestimmungen der bayer. Wechselgerichtsordnung in Bezug auf die so eben vorgeführten drei Fälle des § 1. Kap. XI derselben konnte daher das l. Handelsappellationsgericht am 1. Juni 1866 an seiner Zuständigkeit zur Fortsetzung der Exekutionen gegen Karl D. in den obigen drei Streitfachen keineswegs bloß deshalb mit Recht festhalten, weil gegen Karl D. damals noch nicht auf Gant erkannt war und die Ediktalien noch nicht ausgeschrieben waren.

U. St. hat zwar durch seinen in Sachen desselben gegen D. wegen einer anderen Wechselforderung zu 2000 Thlr. — fällig am 30. Nov. 1864 — speziell bevollmächtigten Anwalt Adv. W. am 29. Jan. 1866 selbst erklärt, daß die ihm vom Handelsgerichte Würzburg am 18. Jan. 1866 eröffnete Verfügung des Bezirksgerichtes Würzburg, wonach die gegen Karl D. anhängig gewesenen Exekutionen allgemein sistirt worden, allerdings gesetzlich gerechtfertigt sei, und verlangte bloß die Freigabe der damals besonders mit Beschlagnahme belegten 1800 fl. zu seinen Gunsten. Derselbe sucht aber jetzt mit Umgehung dieses Umstandes durch seinen weiters in den Alten St. gegen D. wegen Wechselforderung zu 1000 Thlr. — fällig am 30. Juni 1864 — bevollmächtigten Anwalt, Adv. S., die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes zur Sistirung der wechselgerichtlichen Exekutionen, wie sie am 18. Jan. 1866 in den oben erwähnten beiden

Streitsachen St. gegen D. wegen Wechselforderungen zu 2340 und 2000 Thlr. (dann in Sachen L. A. J. gegen D. wegen Forderung zu 3131 fl., welche Adv. S. gleichfalls anher bezogen hat), von diesem Gerichte veranlaßt wurde, durch die Behauptung zu beanstanden, daß diese Sistirung auf die schon im Monate Okt. 1865 für diese Forderungen vom Handelsgerichte verfügte Beschlagnahme des dem Beklagten Karl D. aus dem Nachlasse seines Bruders Adolph zukommenden Erbtheiles, welcher den Klägern in vim executionis förmlich überwiesen worden sei, keinen Einfluß mehr üben konnte, weil hiedurch schon eine nothwendige Session der betreffenden Nachlassmasse an diese Gläubiger eingetreten war, und hat dieß auch am obersten Gerichtshofe der substituirtre Vertreter des St. besonders hervorgehoben.

Kläger St. hat allerdings durch seinen Anwalt, Adv. S., am 17. Okt. 1865 in den genannten beiden Wechselfachen beantragt, für die liquid erkannten Forderungsbeträge in Haupt- und Nebensache die Beschlagnahme des Karl D.'schen Antheiles an dem Nachlasse seines Bruders Adolph zu erkennen, und ihn zugleich in denselben förmlich einzuweisen, und hat Advokat S. überdieß denselben Antrag für L. A. J. wegen der liquiden Handelsforderung zu 3131 fl. gestellt, worauf das Handelsgericht in diesen drei Streitsachen am 18. Okt. 1865 in der That die Beschlagnahme, aber auch nur diese, in Ansehung des besagten Erbtheiles beschlossen hat.

Daß nur eine provisorische Beschlagnahme damit verfügt werden wollte, hat das Handelsgericht Würzburg selbst ausgesprochen, indem es die gegen diesen Beschluß erhobene Remonstration des Karl D. am 28. Okt. 1865 in beiden Wechselfachen aus dem Grunde zurückwies, weil es sich lediglich um eine Beschlagnahme des fraglichen Erbtheiles des Beklagten zur Sicherung eines tauglichen Sperrobjektes handle unbeschadet der weiteren Verfügung bezüglich der förmlichen Einweisung des Klägers in denselben. Auch in Sachen des J. bemerkte dasselbe am nämlichen Tage, daß die Beschlagnahme nur zur Sicherung der klägerischen Ansprüche erfolgte. Auf Berufung des Schuldners in jeder dieser drei Sachen erkannte aber auch das I. Handelsappellationsgericht am 6. Nov. 1865 auf Abweisung derselben als unzulässig, weil die verfügte Beschlagnahme nicht als definitives Exekutionsmittel, sondern nur als provisorische Maßregel zu betrachten komme, welche gleichzeitig in den



beiden Wechselsachen zu 2340 Thlr. und 2000 Thlr. so wie in Sachen des J. zu 3131 fl. erlassen worden sei, und auch im Wechsel- und Merkantilprozesse provisorische Maßregeln zur Sicherung der künftigen Execution nicht ausgeschlossen seien.

Insbefondere ist in Sachen des J. die erhobene Berufung als unzulässig zurückgewiesen worden, weil angenommen wurde, daß die erfolgte Verfügung auf Beschlagnahme sich nur als ein einfaches Dekret nach §. 51 des Civilprozeßgesetzes v. J. 1837 darstelle.

Hienach ist aber für sich klar, daß dem klägerischen Antrage auf eine förmliche executive Einweisung der in den drei bemerkten Prozessen liquid gestellten Forderungen zu jener Zeit noch nicht stattgegeben worden ist, somit bei diesen bloß provisorischen Maßregeln — und da die Kläger, obwohl durch die vorliegenden Erkenntnisse der zweiten Instanz bezüglich des Adolph D.'schen Erbtheiles, die ihnen eröffnet wurden, besonders aufmerksam gemacht, doch bis 16. Jan. 1866 nicht einmal mehr einen weiteren Antrag auf Einweisung oder überhaupt auf ein definitiv executives Vorgehen zur effektiven Wahrung ihrer Interessen in dieser Beziehung stellten, — auch davon keine Rede sein kann, daß dieser Adolph D.'sche Erbtheil des Gemeinschuldners zur Zeit der allgemeinen Sistirung der Executionen — am 16. Jan. 1866 — keinen Vermögensbestandtheil des Karl D. mehr bildete.

Es trat vielmehr mit dieser vom Bezirksgerichte, wie schon gezeigt, kompetenzmäßig angeordneten Einstellung der Executionen bei den mehrerwähnten Wechselgerichtsforderungen des St. die Bestimmung des Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantil-Gerichtsordnung in Wirksamkeit, vermöge welcher die Execution wider den gantmäßigen Schuldner, wenn er auch schon mit der Sperre (welcher die bloß provisorischen Maßregeln äußersten Falles gleichgeachtet werden können) angegriffen worden war, nicht mehr fortgesetzt werden darf, sondern das Ganze zu dem als Konkursgericht sich konstituierenden Gerichte verwiesen werden muß.

Bei der den Bestimmungen der bayer. O.D. unterstellten Handelsfache des J. gegen D. mußte sich aber die bisher ausgesprochenenmaßen bloß provisorisch getroffene Maßregel in Ansehung des beschlagnahmten Adolph D.'schen Erbtheiles ohnehin der gesetzlichen Anordnung des nach Kap. XIX §. 19 der O.D. wider Karl D. bei dem Bezirksgerichte Würzburg konstituirten allgemeinen Gerichtsstandes in Be-



zug auf das erlassene obrigkeitliche Zahlungsverbot und die Sistirung aller Exekutionen unterordnen.

Die erst unter'm 10., 11. und 12. Mai 1866 von dem Anwalte der Kläger in den obigen drei Prozeßsachen gestellten Anträge, den Klägern den Erbtheil des Beklagten, falls er aus der Adolph D.'schen Nachlassmasse vorliege, den Klägern auszuzahlen, in jedem Falle aber ihnen denselben definitiv zu überweisen, konnten daher von dem k. Handelsappellationsgerichte so wenig mehr als von der ersten Instanz in zuständiger Weise beschieden werden. Es war vielmehr das k. Bezirksgericht Würzburg schon während der Zeit vom 16. Jan. 1866 an bis zu der am 20. Nov. 1866 in erster Instanz wirklich erfolgten Santerkennung ausschließend in der Lage, über die Frage, ob in den vorwärtigen drei Streitsachen die Partikularerrekutionen noch fortgesetzt werden können und dürfen, kompetenzmäßigen Beschluß zu fassen, und hat deshalb mit Recht das k. Appellationsgericht von Unterfranken und Aschaffenburg in seinem Erkenntnisse vom 28. Okt. 1866 diese Kompetenz aufrecht erhalten. — Demnach war wie geschehen zu erkennen.

Erk. d. OGH. v. 30. März 1867, UB. Nr. 62.

— f —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Verfügungsbrecht des Ehemannes nach dem Würzburger Statutarrechte.

Nach der kaiserlichen Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken treten, wenn eines der in allgemeiner Gütergemeinschaft stehenden Eheleute verstorbt, die vorhandenen Kinder nicht in die Rechte des Verstorbenen, sondern der überlebende Ehegatte

bleibt ungetrennt in allen Gütern sitzen und hat nicht nur die Verwaltung und den Nießbrauch, sondern auch, ohne an die Zustimmung der Kinder gebunden zu sein, das unbeschränkte Verfügungsrecht unter Lebendigen, und nur gewisse im Gesetze näher bezeichnete Handlungen haben die Folge, daß hie durch die Grundtheilung verwirkt wird.

Die Wittve S. soll nun einen eine solche Handlung involvirenden Vertrag abgeschlossen haben, weshalb sie von A., welcher mit einer Tochter derselben in ehelicher Gütergemeinschaft steht, auf Grundtheilung beklagt wurde. Es ergab sich nun die Frage, ob hier der Ehemann für sich allein und ohne die Ehefrau zur Klage legitimirt sei.

Die zweite Instanz verneinte diese Frage, indem sie zwar anerkannte, daß in der ehelichen Gütergemeinschaft des fränkischen Landrechtes alles vor oder während der Ehe ererbte oder erworbene Vermögen vom Ehemanne administirt werde und derselbe hienach auch zur Klagestellung berechtigt sei, dagegen aber ausführte, daß das dem Ehemanne zustehende Verfügungsrecht nur solche Güter betreffe, welche die Eheleute bereits besitzen, welche folglich bereits zur ehelichen Kommunikation gehören, nicht aber auf höchst persönliche Rechte der Ehefrau, wie das Intestat- und Notherbrecht derselben in das Vermögen ihrer noch lebenden Mutter angewendet werden könne.

Der oberste Gerichtshof bezeichnete diese Aufstellung als unrichtig und den gesetzlichen Bestimmungen und Prinzipien des fränkischen Landrechtes über die eheliche Gütergemeinschaft widersprechend.

Nach diesen Bestimmungen und Prinzipien — so sagen die Gründe — besteht das Wesen der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft darin, daß alles von beiden Eheheilen in die Ehe gebrachte und darin erworbene Vermögen als gemeinschaftliches

Gut betrachtet wird. Dem Ehemanne, als Haupt der Familie, steht die Disposition und Administration über die zur Gemeinschaft gehörigen Güter zu. Ein Sondergut der Ehefrau kennt das fränkische Landrecht bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft nicht. Demgemäß kann auch das Notherbrecht der Ehefrau nicht als ein singuläres Sonderrecht derselben, an welchem dem Ehemanne das Disposition- und Administrationsrecht nicht zustehe, angesehen werden. Dieses eheherrliche Recht erleidet nur eine Beschränkung durch die sogenannte *reclamatio uxoria*, welche der Ehefrau das Recht einräumt, ein von ihrem Ehemann zu ihrem wirklichen Schaden abgeschlossenes Rechtsgeschäft zu rescindiren. Dem Ehemanne kann das Klagerrecht nicht abgesprochen werden, wenn er glaubt, daß das seiner Ehefrau zustehende Erbrecht an dem Vermögen der Eltern derselben Schaden leide. Er bedarf hiezu weder der ausdrücklichen Zustimmung noch der nachträglichen Genehmigung seiner Ehefrau, vorbehaltlich der Bestimmungen der *reclamatio uxoria*, weshalb ein Mangel der Aktivlegitimation des Klägers hier nicht besteht.

OAberf. v. 23. Nov. 1866 Nr. 79⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird (abgesehen von den Gründen) kaum zu bestreiten sein.

Wenn das fränkische Landrecht gewisse Handlungen des überlebenden Gatten als solche bezeichnet, durch welche dieser die Grundtheilung verwirkt, so ist hiedurch den Kindern ein Einspruchsrecht gegen eine solche Handlung eingeräumt, so daß ihnen durch Verübung derselben ein Klagerrecht auf Vermögensabtheilung entstanden ist.

Nicht erst dasjenige, was mittelst einer Klage

bereits errungen worden ist, sondern das Klagerrecht selbst schon gehört zum wirklichen und gegenwärtigen Vermögen des Berechtigten; fr. 49 de verb. sign. (50, 16), Savigny System Bd. I S. 339.

Es handelt sich also nicht um einen von der Ehefrau erst zu erwerbenden, sondern um einen bereits erworbenen, sohin auch gemeinschaftlich gewordenen Vermögensstheil und, was hier in Frage steht, ist nicht das Intestat- und Nothverbrecht der Ehefrau in das Vermögen ihrer noch lebenden Mutter, sondern die Abtheilung des Gesamtvermögens mit Rücksicht auf den dem verlebten Vater zugestandenen Antheil.

Hieraus ergibt sich, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, welche nach den von der zweiten Instanz aufgestellten und in den Blättern f. N. A. Bd. XVIII S. 353 näher entwickelten Grundsätzen zur Abweisung der Klage führen würden, hier nicht gegeben sind; diese Grundsätze selbst aber wird man schwerlich als unrichtig und dem Institute der französischen Gütergemeinschaft widersprechend bezeichnen können.

Daß ein Sondergut der Ehefrau mit diesem Institute wohl verträglich sei, ist in Bd. XXVII S. 61 (vergl. Bd. XI S. 225) dieser Blätter mit Bezug auf oberstrichterliche Entscheidungen ausführlich gezeigt; es besteht also wenigstens die Möglichkeit, daß eine noch in ungewisser Zukunft liegende Erwerbung der Ehefrau die Eigenschaft eines Sondergutes erhalten werde; hievon ganz abgesehen kann aber eine solche zukünftige Erwerbung der Ehefrau nicht jetzt schon wie ein Bestandtheil des gemeinschaftlichen Vermögens behandelt, sofort dem eheherrlichen Verfügungsrechte unterworfen werden; denn der Erwerb aus dem Titel der Gütergemein-

schaft unter Ehegatten ist ein gegenseitig derivativer und ist daher als solcher durch das Recht des Autors bedingt, so daß ein in der persönlichen Rechtssphäre der Ehefrau wurzelndes Recht von dieser doch vorerst erworben sein muß, ehe es in die Rechtssphäre des Ehemannes bergestalt übergehen kann, daß dieser hierüber ohne Zustimmung der Ehefrau verfügen dürfte.

Die Worte des Gesetzes, welches dem Ehemanne das Recht einräumt, ohne Zustimmung der Ehefrau über alle Güter zu verfügen, welche beide Ehegatten miteinander gemein haben, müßten ganz anders lauten, wenn sich dieses Recht nach dem Willen des Gesetzgebers auf Güter erstrecken sollte, welche die Ehefrau noch nicht wirklich erworben hat.

Die in diesen Blättern Bd. XVIII S. 353 enthaltene Erörterung wird also mit dem daselbst mitgetheilten oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 31. Mai 1853 als wohlbegründet zu erachten sein.
Rm.

2.

Unter die Frohngegenreichtnisse, welche durch Art. 2 des Grundlastenablösungsgesetzes aufgehoben sind, können Forstrechte, welchen Frohnen als Gegenleistungen anfleben, nicht gerechnet werden.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Das Grundlastenablösungsgesetz vom 4. Juni 1848 hat die Holz- und Streurechte, so wie die Weiderechte in den Waldungen völlig unberührt gelassen und deren Normirung sogar im Art. 18 ausdrücklich in das Forstpolizeigesetz verwiesen, das Forstgesetz aber erhält die bis zu seinem Erscheinen be-

stehenden Forstrechte aufrecht und verbietet in Art. 34 nur die Erwerbung neuer Forstberechtigungen vom Tage der Verkündung des Gesetzes an.

Die Bestimmung des Art. 2 des Grundlastenablösungsgesetzes vom 4. Juni 1848, wonach mit dem Aufhören aller Naturalfrohdienste auch alle Gegenrechnisse zessiren, hat auf die Forstrechte keinen Bezug, da unter diesen Gegenrechnissen — vgl. Bözl, Kommentar zu obigem Gesetze S. 186 — nicht die Holz- und Streurechte, sondern nur jene Rechnisse zu verstehen sind, welche der Frohnherr dem Pflichtigen bei der Leistung der Frohn z. B. an Speise und Trank als theilweise Vergeltung zu entrichten hat.

Unrichtig ist die Behauptung der Revidenten, daß durch die Aufrechthaltung jener Holzrechte, welche Gegenrechnisse von Holzfrohn bilden, im allegirten Art. 18 zu folgern sei, daß Forstrechte, welche Gegenrechnisse von Naturalfrohn sind, unter die Regel des Art. 2 fallen. Denn nicht bezüglich der Forstrechte wird in diesem Artikel eine Unterscheidung gemacht, sondern nur bezüglich der Aufrechthaltung der Frohnen wird ein Unterschied in dem Umstande begründet, ob dieselben Gegenleistung für forstrechtliche oder andere Nutzungen sind.

DAÖGf. v. 8. Januar 1867 Nr. 930^{65/66}.
77.

3.

Forum universale hereditatis.

Vgl. Ob. XVII S. 81; Ob. XIX S. 65 u. 81 ff.

Eine angebliche Miterbin brachte bei dem Gerichte, unter welchem der Erblasser seinen Wohnsitz gehabt, die hereditatis petitio mit successivē kumulit-

ter Theilungsklage gegen mehrere, theilweise unter anderen Gerichten wohnhafte Personen an, welche die Verlassenschaft in der Weise an sich genommen hatten, daß sie durch einen notariell verlaublichen Vertrag einem von ihnen den ganzen Rücklaß gegen Abfindung der Uebrigen durch Geldzahlungen überlassen hatten.

Der oberste Gerichtshof sprach aus, daß in diesem Falle das forum universale hereditatis nicht mehr Platz greife, weil die Erbschaft bereits vertheilt sei, und daß hieran auch der Umstand nicht ändere, daß jenes Uebereinkommen ohne Zuthun der Verlassenschaftsbehörde zu Stande gekommen, da es hier auf die Thatsache der Vertheilung, nicht auf deren Rechtsbeständigkeit ankomme, überdies nach dem einschlägigen Preuß. *OR. Th. I Tit. 9 §. 367—370* eine gerichtliche Einweisung der Erben in den Besitz der Erbschaft nicht nothwendig sei und keiner der Fälle vorliege, in welchen nach *OR. a. a. O. §. 460—464* und *GD. Th. II Tit. 5 §. 4 u. 5* der Richter die Erben in der Verfügung über den Nachlaß beschränken könne.

DAßGrf. v. 28. Dez. 1866 Reg.-Nr. 1244 ^{65/66}.

77.

Verichtigungen.

- ©. 56 *§. 3 v. o.* streiche ein „auch“.
 „ 57 „ 6. „ statt: „Kläger ihm“ lies: „Kläger den ihm“.
 „ 59 „ 12 „ statt: „pr. 1, fr.“ lies: „pr., fr.“
 ©. 59 *§. 4 v. u.* (*Note*) statt: „Ab. 29“ lies: „Ab. 19.“
 ©. 139 *§. 13 v. u.* statt: „ihm“ lies: „ihn.“

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 der Haftung des dritten Besitzers für die auf der Sache ruhenden Hypotheken. — Die Vollgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg sind seit dem 1. Juli 1862 nicht mehr zur Ausübung der Gerichtsbarkeit besetzt. — Pünktliche Zahlung als *clausula cassatoria*.

Von der Haftung des dritten Besitzers für die auf der Sache ruhenden Hypotheken.

Es sind bestrittene Fragen,

I. ob der dritte Besitzer, wenn die Sache zur Zwangsversteigerung kommt und die Gläubiger aus dem Erlöse nicht vollständig befriedigt werden können, denselben noch weiter hafte, und

II. ob er, wenn er die Sache den Gläubigern abtritt, von denselben den Ersatz der Meliorationen fordern könne?

Beide Fragen werden von Gönner (Komm. z. P.O. Bd. I S. 449 Nr. 5 u. 6) bejaht, von Lehner (Lehrb. d. Hyp.-R. Bd. I §. 147 u. 148) dagegen verneint.

Durch gegenwärtige Erörterung wird zu zeigen versucht, daß bezüglich der ersten Frage der Ansicht Gönner's und bezüglich der zweiten der Ansicht Lehner's beizupflichten sei.

Zu I. Der dritte (redliche) Besitzer haftet nur mit der Sache für die auf derselben lastenden Hypotheken. Hieraus folgert Lehner, daß diese Haftung, wenn es zum gerichtlichen Verkaufe der Sache kommt, über den erzielten Kaufpreis nicht

Neue Folge XII. Band.



hinausgehe. Denn — so sagt er — der §. 56 d. Hyp.-G. bestimme ausdrücklich, daß sich der Besitzer durch die Gutshabtretung von allen Ansprüchen befreien könne; die Abtretung sei also ein Recht des Besitzers, und wenn derselbe von diesem Rechte keinen Gebrauch mache, so könne hiedurch der Umfang seiner Haftung nicht über die Sache hinaus erweitert werden.

Bei dieser Argumentation wird über den Unterschied zwischen der Sache und ihrem Kaufpreise hinweggegangen, und wird überdies als ein Recht behandelt, was in der That nur eine Verbindlichkeit ist.

Man darf den §. 56 nicht isolirt, man muß ihn in Verbindung mit §. 54 auffassen, welcher ausdrücklich sagt, der Besitzer sei verbunden, die ganze Forderung nebst den im §. 42 bezeichneten Zinsen zu bezahlen oder das Hypothekenobjekt abzutreten.

Hieraus ersieht man, was unter dem Satz, daß der Besitzer mit der Sache hafte, im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist. Die Sache selbst ist es, welche er hingeben muß, und nicht bloß der Kaufpreis mit Vorbehalt dessen, um was derselbe die Schuldsomme etwa übersteigen wird.

Will sich der Besitzer das Recht auf den Mehrerlös bewahren, so hat er zugleich für den etwaigen Mindererlös einzustehen; will er Letzteres nicht, so muß er das Gut abtreten. Die Abtretung ist für diesen Fall als eine Verbindlichkeit des Besitzers erklärt, und von einem Rechte, welches er beliebig gebrauchen oder nicht gebrauchen dürfte, kann hier nur insoferne die Rede sein, als ihm die Wahl zusteht, durch die Uebernahme der einen Verbindlichkeit die andere aufzuheben.

Würde der Besitzer im Falle der Versteigerung das Räumliche erlangen, was er durch die Abtretung erreicht, und noch überdies den bei der Ab-



tretung hinwegfallenden Anspruch auf den Mehrerlös behalten, so läge es in seinem offenbaren Interesse, die Versteigerung der Abtretung vorzuziehen. Dagegen liegt letztere im hohen Interesse der Gläubiger, weil diese in Zeiten des Geldmangels und des hiedurch oder durch andere Umstände herabgedrückten Güterwerthes die ganze Gefahr der Versteigerung trügen, wobei ihnen nur der nicht selten aussichtslose Rückgriff auf den persönlichen Schuldner verbliebe, während sie bei der Abtretung der Sache diese bis zu günstigeren Zeitverhältnissen behalten oder auf irgend eine beliebige Weise verwerthen könnten. Auch wäre in einem Falle, in welchem die Versteigerung nicht die entfernteste Aussicht auf einen Mehrerlös böte, dem Besizer anheimgegeben, die Abtretung geradezu aus Chikane zu unterlassen.

Demnach hatte der Gesetzgeber gute Gründe, an die im Interesse der Gläubiger liegende Abtretung auch ein Interesse des Besizers zu knüpfen; und dieses that er denn auch, indem er durch §. 54 dem dritten Besizer die Verblindlichkeit auflegte, die ganze Forderung zu bezahlen oder die Sache abzutreten und ihm, um sich von der ganzen Forderung zu befreien, eine weitere Alternative — die Versteigerung — nicht offen ließ.

Zu II. Nach §. 33 d. H.G. erstreckt sich die Hypothek, als dingliches Recht, auf alle Theile der Sache, so wie auf Zuwachs und Zugehörungen derselben. Indem sich Lehner zur Widerlegung der Ansicht Gönner's auf diese Stelle beruft, fügt er bei, daß das Gesetz keine Bestimmung enthalte, nach welcher das Hypothekrecht auf jenen Werth beschränkt wäre, welchen das Gut bei seinem Uebergange an den dritten Besizer hatte.

Eine so weitgehende Beschränkung behauptet auch Gönner nicht; er spricht keineswegs vom

*



Werthunterschiede überhaupt, sondern von der veränderten Beschaffenheit der Sache; er läugnet nicht daß auf die ganze Sache ausgedehnte Hypothekrecht, sondern spricht nur dem Besitzer den Ersatz dessen zu, um was der Werth der Sache durch Meliorationen erhöht worden ist. Unter Meliorationen versteht man aber mit Ausschluß des natürlichen Zuwachses nur die nützlichen Impensen.

Aber auch bezüglich des Ersatzes dieser Impensen bedarf es, weil das Gesetz im §. 33 ohne Unterscheidung spricht, und keinen Vorbehalt zu Gunsten des dritten Besitzers enthält, einer besonderen Begründung. Gönner erkannte dieses wohl und stützte sich für seine Behauptung auf fr. 29 §. 2 de pign. et hyp. (20, 1).

Diese Stelle handelt von dem Falle, daß ein Haus abbrannte, daß Jemand die leere Stätte erkaufte und auf derselben ein Gebäude errichtete. Als es sich um das Hypothekrecht fragte, sprach sich Paulus dahin aus, daß zwar die auf Grund und Boden ruhende Hypothek auf das Gebäude übergehe, daß aber Besitzer im guten Glauben zur Herausgabe des Gebäudes an die Gläubiger nur dann verbunden seien, wenn ihnen die auf die Erbauung verwendeten Kosten so weit, als die Sache werthvoller geworden ist, ersetzt werden.

Hiedurch ist die Meinung Gönner's nicht gerechtfertigt. Die angeführte Digestenstelle spricht nämlich den Ersatz den Besitzern guten Glaubens zu, wodurch derselbe den Besitzern bösen Glaubens von selbst abgesprochen ist. Besitzer guten Glaubens ist aber nach fr. 109 de verb. sign. (58, 16) derjenige, welcher nicht weiß oder nicht wußte, daß die Sache eine fremde sei, d. h. — im Verhältnisse zu den Hypothekgläubigern — daß sie im Hypothekverbande liege.

Da nun nach bayer. Hyp.-Gesetze eine Hypo-

thes erst durch Eintragung im Hyp.-Buche entsteht, und nach §. 25 Abs. 2 Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hyp.-Buche eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen kann, sohin von jedem Besitzer anzunehmen ist, daß er von den eingetragenen Hypotheken Kenntniß gehabt habe, so muß den Hyp.-Gläubigern gegenüber der dritte Besitzer stets als Besitzer bösen Glaubens angesehen werden, und kann also den Ersatz der Meliorationen nicht fordern.

Nach den Gründen, welche Lehner gegen die Ersatzforderung aufstellt, muß man annehmen, daß er dem dritten Besitzer auch das Recht der Wegnahme (*jus tollendi*) bestreitet; dieses Recht kann man ihm aber nicht absprechen, weil es innerhalb der in seinem gesetzlichen Begriffe liegenden Begrenzung nach den Grundsätzen der *rei vindicatio*, welcher (*Buchta, Pand.-Vorl. §. 215*) die *actio hypothecaria* als *vindicatio pignoris* durchaus nachgebildet ist, laut *lr. 37, 38 de rei vindic. (6, 1)*, *Const. 5 h. t. (3, 32)*, *bayer. W. Th. II Kap. II §. 11 Nr. 6* auch dem Besitzer bösen Glaubens nicht versagt wird.

Daß ihm aber dieses Recht nur bei der Abtretung und nicht auch bei der Versteigerung zukomme, ergibt sich schon aus dem zu I Gesagten.
Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg sind seit dem 1. Juli 1862 nicht mehr zur Ausübung der Gerichtsbarkeit befugt.

Ueber die Verlassenschaft eines fürstl. Thurn- und Taxis'schen Kammerdienerssohnes war ein Rechts-

streit entstanden und von den fürstlichen Civilkollegialgerichten erster und zweiter Instanz zu Regensburg entschieden, gegen das Urtheil zweiter Instanz aber Revision an den obersten Gerichtshof ergriffen worden, welcher die Erkenntnisse beider Instanzen als nichtig außer Wirksamkeit setzte aus nachstehenden Gründen:

Die von Amtswegen zu prüfende Kompetenz des obersten Gerichtshofes ist vor allem von der Feststellung der Frage abhängig, ob die faktisch noch bestehenden Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte über die fürstlichen Bediensteten und deren Familien seit der erfolgten verfassungsmäßigen Aufhebung aller mittelbaren Gerichtbarkeit noch als rechtlich und verfassungsmäßig zur Ausübung der Rechtspflege befugte Gerichte anerkannt werden müssen, indem, wenn solchen nicht die Eigenschaft vom Staate im Verfassungswege mit der Rechtsprechung, als einem Theile der Staatsgewalt betrauter und beauftragter, in den bestehenden Gerichtsorganismus aufgenommenen Gerichte vindiziert werden kann, die von ihnen in dieser Eigenschaft erlassenen Erkenntnisse in ihrer Entstehung nichtig sind, somit auch für den obersten Gerichtshof keine Kompetenz besteht.

Die Veredtigung des obersten Gerichtshofes, den recht- und verfassungsmäßigen Bestand dieser fürstlich Taxis'schen Civilgerichte ihrem faktischen und von Seite der obersten Staatsbehörde stillschweigend anerkannten Bestehen gegenüber zu prüfen, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, da dieser thatsächliche Fortbestand keineswegs auf einem ausdrücklichen Ausnahmsgesetze beruht, sondern hiefür nur Verordnungen und Ministerialerlasse bestehen, welche offenbar mit den verfassungsmäßig erlassenen und emanirten Gesetzen über Aufhebung der Gerichtbarkeit und über die Gerichtsorganisation im Widerspruche stehen, in welchem Falle es nicht nur in der Veredtigung, sondern auch in der Verpflichtung des nur auf die Anwendung wirklicher Gesetze angewiesenen Richters liegt, solchen Verordnungen und ministeriellen Erlassen die Rechtswirksamkeit für den speziell abzuurtheilenden Fall zu verjagen. *Seuffert's Archiv* Bd. IV S. 399; *M. F. R. N.* Bd. V S. 152.

Diese richterliche Befugniß hat das k. Staatsministerium der Justiz auch ausdrücklich anerkannt, indem dasselbe in dem auf den Bericht des obersten Gerichtshofes vom 2. Aug. 1862, worin bereits von Obergerichtswegen die rechtlichen



Bedenken gegen den gesetzlichen Fortbestand dieser Gerichtsbarkeit des Herrn Fürsten Thurn und Taris vorgelegt wurden, erlassenen Reskripte vom 22. November 1862 ausdrücklich ausgesprochen hat:

„daß der oberste Gerichtshof, wenn er in einer konkreten Rechtsache in seiner oberstrichterlichen Eigenschaft „veranlaßt sein werde, sich über den Rechtsbestand dieser „Jurisdiktion auszusprechen, hieran durch die Aussprüche „und Anordnungen des Ministeriums in keiner Weise „hindert oder beengt sein soll.“

Selbstverständlich kann das Resultat dieser oberstrichterlichen Prüfung nur der Ausspruch darüber sein, ob das in der fraglichen Verlassenschaft von dem Taris'schen Civilgerichte 2. Instanz erlassene Urtheil wegen Mangels der Kompetenz nichtig sei oder nicht, wodurch nicht entfernt den Anordnungen der k. Staatsregierung vorgegriffen werden kann und soll.

Uebergehend sonach zur materiellen Prüfung dieser Kompetenzfrage muß vor Allem:

I. die historische Entstehung, der Charakter und Umfang dieser fürstlich Taris'schen Gerichtsbarkeit festgestellt und untersucht werden, ob und in wie weit die Natur dieser fürstlichen Gerichtsbarkeit die Annahme rechtfertigt, daß solche als verschieden von den übrigen standesherrlichen und grundherrlichen Gerichtsbarkeiten, als auf einem Privatrechtstitel beruhend erachtet werden müsse, sonach der gesetzlichen allgemeinen Aufhebung aller mittelbaren Gerichtsbarkeit — als alleinige Ausnahme in Bayern — nicht unterliege.

Sodann ist

II. zu untersuchen, auf welchen Akten der Staatsregierung der faktische Fortbestand dieser fürstlichen Gerichtsbarkeit beruht und ob solche geeignet und genügend sind, um den allgemeinen Gesetzen über das Erlöschen aller Privaturisdiktionen gegenüber eine Ausnahme rechtlich zu begründen.

Zu I. Das fürstliche Thurn- und Taris'sche Haus gehörte unbestritten zu den vormals reichsständisch fürstlichen, hatte am 30. Mai 1754 eine Virilstimme am Reichstage erhalten und war später mit dem diplomatischen Charakter eines Reichstagskommisarius an dem Reichstage zu Regensburg bekleidet.

Durch die rheinische Bundesakte vom 12. Juli 1806 — ratifizirt von sämmtlichen Bundesfürsten zu München am 25. Juli 1806 — wurden alle und jede aus dem deutschen Reichsverbande hervorgegangene, auf dem öffentlichen Rechte

beruhende Standes- und Rechtsverhältnisse aufgehoben und sämtliche reichsunmittelbare Fürsten und Grafen den einzelnen übrig gebliebenen souveränen Landesherren subijiziert, durch diese rheinische Bundesakte wurden jedoch diesen nunmehr als Landesherren bezeichneten Fürsten und Grafen über ihre Besizungen die niedere und mittlere Gerichtsbarkeit belassen, und wurden diese Verhältnisse von den einzelnen Landesherren durch eigene Deklarationen festgestellt und geregelt, so in Bayern, welchem das fürstlich Taxis'sche Haus rücksichtlich seiner baselbst gelegenen Besizungen subijiziert worden war, durch die Deklaration vom 19. März 1807; eine noch festere gesetzliche Regelung erhielten aber diese Jurisdiktionsverhältnisse durch das organische Edikt vom Jahre 1808.

Als leitender Grundsatz muß aber hier schon hervorgehoben werden, daß jede mittelbare oder Patrimonialgerichtsbarkeit der Standes- oder Grundherren ausschließlich an den Grundbesiz geknüpft war und daß solche nur in geschlossenen und zusammenhängenden Bezirken ausgeübt werden konnte, welcher Grundsatz bekanntermaßen auch in unsere Verfassungsurkunde vom Jahre 1818 übergegangen ist.

Hieraus folgt nun aber selbstverständlich, daß seit Aboelirung der deutschen Reichsverfassung durch die rheinische Bundesakte es in Bayern überhaupt keine andere Privatgerichtsbarkeit mehr geben konnte, als über durch Grundbesiz an den Gerichtsherrn gebundene Unterthanen.

Hieran anknüpfend muß ferner hier Folgendes bemerkt werden:

Wenn auch zugegeben werden soll, daß bereits während des Bestandes der deutschen Reichsverfassung erworbene, dem öffentlichen Rechte nicht angehörige Privatrechte nicht aufgehoben werden konnten und wollten, wenn auch ferner zugegeben werden soll, daß es in einzelnen Fällen solche Rechte geben konnte, welchen ein privatrechtlicher Erwerbstitel zur Seite stand, während die Ausübung des Rechtes dem öffentlichen Rechte angehört, und daß allenfalls hiezu das Hoffchuyrecht gezählt werden könne, — so entbehrt doch die Schlußfolgerung, wie solche in Ebel's Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze S. 160 enthalten ist, und wonach die fragliche Taxis'sche Gerichtsbarkeit ein Surrogat für dieses Hoffchuyrecht sein soll, aller historischen und juristischen Begründung.

Das s. g. Hoffchuyrecht war ursprünglich nichts Anderes, als das Verhältniß unfreier Personen — Hörigen — zu ihrem Herrn.

Dieses Verhältniß, wonach die Hörigen wegen Unfrei-

heit ihrer Person, und weil sie kein echtes Eigenthum an ihren Grundstücken besaßen, deshalb gegen Dritte von ihren Herren vertreten, geschützt werden mußten, ging aber schon im Mittelalter mit dem Wegfallen der Hörigkeit in den Vogteien auf; diese Vogteien waren ebenfalls nichts Anderes, als die den Gutsherrn überlassene Gerichtsbarkeit über ihre Untertanen, d. h. über solche Personen, welche durch Grundbesitz an sie gebunden waren und auf ihren Gütern wohnten; die vogteiliche Gerichtsbarkeit war aber immer nur ein Ausfluß der Landeshoheit, ein Theil der Staatsgewalt, entbehrt sonach aller Momente, welche zu einem Privatrechte gehören, unterlag sonach allen Veränderungen, welche die staatsrechtliche Umgestaltung der deutschen Reichsverfassung mit sich brachte.

Wenn also das Hoffshuprecht den Charakter eines Privatrechtes verloren hat, so konnte dasselbe auch nicht als solches in die neue staatsrechtliche Gestaltung übergehen und konnte für den neuen Landesherrn keine Verbindlichkeit erzeugen, für dessen Verlust ein Surrogat zu gewähren.

Als völlig unstichhaltig stellt sich eine solche Annahme dar, wenn man die Art der Erwerbung dieser fürstlichen Jurisdiktion und die Personen, über welche sie ausgeübt wird, näher in's Auge faßt. Im Jahre 1806, wo, wie oben bereits gezeigt, alle aus dem Reichsverbande entsprungene staatsrechtlichen Verhältnisse durch die rheinische Bundesakte bereits gelöst waren und wo das fürstlich Taxis'sche Haus als Standesherr für seine bayerischen Besitzungen der Krone Bayern subijiziert worden, war der Großherzog von Frankfurt, Fürst Primas, Landesherr über die Stadt Regensburg, in welcher der Fürst Taxis keine solche Grundbesitzungen hatte, welche denselben zur Ausübung einer Gerichtsbarkeit befähigt hätten.

Der Fürst Primas stand sonach nicht im Verhältnisse eines Landesherrn dem Herrn Fürsten Taxis gegenüber, war daher nach keiner Richtung verpflichtet oder veranlaßt, denselben wegen eines durch die Auflösung des deutschen Reiches etwa verlorenen angeblichen Privatrechtes zu entschädigen oder ihm hiefür ein Surrogat zu leisten. Nun fand sich aber der Fürst Primas — geleitet von dem Wunsche, seiner Stadt Regensburg den ständigen Wohnsitz des Herrn Fürsten Taxis zu erhalten, veranlaßt, denselben durch Urkunde vom 27. Dezember 1806 die Jurisdiktion über seine in Regensburg domizilirende Dienerschaft und deren Familien zu verleihen.



Der Fürst Primas hat durch diesen Akt die Ausübung eines Theiles seiner Regierungsgewalt, nämlich die ihm allein zustehende Gerichtsbarkeit über die in Regensburg domizilirende Dienerschaft des Fürsten Taxis, auf solchen übertragen; dieser Akt, wozu für den Fürsten Primas nicht die mindeste Staats- oder privatrechtliche Verbindlichkeit bestand, kann sonach insbesondere in Berücksichtigung des oben bezeichneten, auf Notorietät beruhenden Zweckes nicht anders aufgefaßt werden, als ein Privilegium, und zwar als ein *privilegium mere gratuitum*, welches nach bekannten deutschrechtlichen Grundsätzen selbst von dem Verleiher wieder zurückgenommen werden kann, wenn es, wie hier, eine *exemptio a lege* enthält: Gabr. Overbeck, *Medit.* Bd. VII *Med.* 366; Struben, *rechtl. Bedenken* Th. II *Bed.* 80.

Daß letzterer Fall aber hier gegeben ist, wird weiter unten näher erörtert werden.

Der Herr Fürst Taxis betrachtete aber auch selbst diese ihm verliehene Jurisdiktion über seine Dienerschaft als ein solches Privilegium, welches revokabel war oder welches unter veränderten Verhältnissen der Erlöschung unterliegen konnte, was schon daraus hervorgeht, daß derselbe, nachdem die Landeshoheit des Verleihers aufgehört hatte und Regensburg an die Krone Bayern gekommen war, um Bestätigung dieser seiner Gerichtsbarkeit bat und hiedurch die Deklaration vom 12. März 1812 hervorrief, in welcher unter B. I ausgesprochen ist:

„Wir bestätigen dem Herrn Fürsten über dessen sämtliche Dienerschaft zu Regensburg so wie über derselben Hausgenossen die Civilgerichtsbarkeit in erster und zweiter Instanz und zwar nicht nur in kontentiosen, sondern auch in nicht streitigen Sachen ꝛ.“

Es kann auch nicht unbemerkt bleiben, daß sowohl nach dem Wortlaute der ersten Verleihungsurkunde, als auch nach Inhalt vorstehender Deklaration, in welcher dieses Privilegium nicht dem fürstlichen Hause Taxis oder dem Herrn Fürsten für sich und seine Nachkommen bestätigt wurde, die Vermuthung dafür spricht, solches sei nur allein der Person des damaligen Hauptes der Familie verliehen worden, sei sonach auf den dormaligen Herrn Fürsten, welcher bereits am 15. Juli 1827 seinem Vater, dem ursprünglichen Träger dieses Privilegs, succedirte, gar nicht übergegangen; — es war auch damals auf den Grund des Satzes, daß *privilegia strictissimae interpretationis* sein müssen, bei der obersten Staatsbehörde der Ausspruch der Erlöschung und die



Eingziehung dieser Jurisdiction angeregt, von allerhöchster Stelle aber damals aus besonderen Rücksichten beschlossen worden, den Fortbestand ohne besonderen Ausspruch stillschweigend geschehen zu lassen.

Jedenfalls steht aber so viel fest, daß die bayerische Declaration vom 27. März 1812 keine weiteren Rechte bestätigen konnte noch wollte, als dem Herrn Fürsten Taxis durch die ursprüngliche Verleihung gegeben waren, und daß insbesondere durch diese Bestätigung der Charakter dieser Jurisdiction als eines reinen Gnadenprivilegs nicht verändert werden konnte. Ebenso wenig kann die Verleihung des Privilegiums der Gerichtsbarkeit über die eigene Dienerschaft als ein dem Fürsten Taxis als Standesherrn gebührender Ehrenvorzug erachtet werden, da diese Jurisdiction dem Herrn Fürsten Taxis bereits im Jahre 1806 verliehen worden war, sonach im Jahre 1818 bei Ertheilung der Verfassung bereits bestanden hat, somit unter die in Beilage IV zu Tit. V §. 2 aufgezählten Ehrenvorträge der Standesherrn hätte aufgenommen werden müssen, was aber nicht geschah, — woraus hervorgeht, daß jene Gerichtsbarkeit als die Uebertragung eines Theiles der Staatsgewalt niemals als ein Standesvorzug betrachtet worden ist.

Aus dem Zusammenhalte dieser Gründe ergibt sich die unabweißliche Folge, daß die fragliche fürstlich Taxis'sche Gerichtsbarkeit, da sie weder auf einem staatsrechtlichen Vertragsverhältnisse beruht, noch weniger aber als ein Privatvermögensrecht wie z. B. ein überlassenes Regale betrachtet werden kann, ihrer inneren Natur nach nur allein den Charakter eines im Wege der Gnade dem Herrn Fürsten Taxis überlassenen aus der Landeshoheit entsprungenen Rechtes der Ausübung der Gerichtsbarkeit über eine Klasse von Personen haben kann, über welche ohne solches Privileg nur dem Landesherrn die Jurisdiction zugestanden hätte.

Hieraus folgt aber weiter, daß dieses Juridictionsrecht mit jenen Gerichtsbarkeiten, welche den Standesherrn oder den Grundherren über ihre eigenen Unterthanen durch die Staatsverträge der rheinischen und deutschen Bundesakten, insbesondere in Bayern durch die organischen Edikte von 1802, 1812 und durch die Verfassungsurkunde garantirt, bzw. verliehen worden sind, im günstigsten Falle als nur gleichstehend erachtet werden muß und daß dasselbe jedenfalls — als auf einem revokablen Rechte beruhend — denselben gesetzlichen Bestimmungen unterliegen muß, wodurch die Fak-

toren der Gesetzgebung in rechtsverbindlicher Form die Aufhebung aller Privatgerichtsbarkeiten ausgesprochen haben.

Daß nun aber —

zu II, durch die neueren nach Maßgabe der Verfassungsbestimmungen rechtsverbindlich erlassenen Gesetze die ganze Gerichtsbarkeit in die Hände der Staatsgewalt zurückgegeben wurde, daß jede Privatgerichtsbarkeit der Aufhebung unterlag, kann ebensowenig einem Zweifel unterliegen, als daß für den Fortbestand einer solchen Privatjurisdiction ein unter den gleichen formellen Vorbedingungen erlassenes ausdrückliches Ausnahmegesetz der allgemeinen Aufhebung jeder mittelbaren Gerichtsbarkeit gegenüber erlassen worden sein müßte, wenn derselbe Anerkennung von Seite der Gerichte finden soll. Schon das Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848, welches als gesetzliches Normativ für die der späteren Gesetzgebung zu unterstellenden Grundsätze betrachtet werden muß, ging von der bestimmt ausgesprochenen Absicht aus, daß künftig keine anderen Gerichte, als nur königliche Gerichte, bestehen sollen; konsequent dieser Absicht erschien unterm nämlichen Tage das Gesetz über Aufhebung der standes- und grundherrlichen Gerichtsbarkeit, worin im Abschnitte I Art. 1 ausgesprochen ist:

„die standes- und gutherrliche Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt geht mit dem 1. Oktober 1848 an den Staat über.“ —

Dieses Gesetz ist unbestreitbar entsprechend den Bestimmungen des Tit. X §. 7 der Verfassungsurkunde beschlossen und unter Beobachtung der Vorschriften des Tit. VII §. 2 und §. 20 derselben emanirt worden. Vgl. Art. 41 dieses Gesetzes und §. 11 des Landtagsabsch. v. 4. Juni 1848.

Durch dieses Gesetz konnten sonach rechtsgiltig Abänderungen der Verfassungsurkunde ausgesprochen und durch solche gewährleistete Rechte aufgehoben werden, und wurden auch wirklich aufgehoben durch den Ausspruch, daß alle Standesherrn, sonach auch Herr Fürst Taris, vom 1. Okt. 1848 an das Recht verloren haben, neben dem Staate noch eine besondere Jurisdiction im eigenen Namen über eine Klasse von Untertanen auszuüben.

Als Ausführung dieses gesetzlichen Ausspruches erschienen nun die weiteren Gesetze über die Organisation der Gerichte im Königreiche Bayern, worin, dem Grundsätze der Konsolidirung aller Gerichtsbarkeit in den Händen des Staates Rechnung tragend, alle jene Gerichte speziell und namentlich

bezeichnet wurden, welche künftig ausschließlich in Bayern zur Ausübung der Rechtspflege berechtigt sein sollen.

Hieraus folgt aber mit unabweislicher Nothwendigkeit, daß ein seither bestandenes mittelbares Gericht, wenn es in dem Organismus der bayerischen Gerichtsverfassung nicht ausdrücklich als fortbestehend bezeichnet ist, dem Gesetze vom 4. Juni 1848 als verfallen, sonach als nicht mehr bestehend erachtet werden muß.

Schon das nicht in's Leben getretene Gesetz vom 25. Juli 1850 hatte in Art. 67 ausgesprochen:

„die dormalen bestehenden allgemeinen so wie die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte hören an dem noch festzusetzenden Tage auf.“

Dieser durchgreifende Grundsatz lag auch dem weiteren Gerichtsorganisationsgesetze vom 1. Juli 1856 zum Grunde, fand nun aber endlich im neuesten, die Gerichtsverfassung betreffenden Gesetze vom 10. November 1861 seinen vollen bestimmten Ausdruck und gelangte somit zur gesetzlichen Geltung.

Nachdem in Art. 1 die königlichen Gerichte bezeichnet waren, durch welche künftig die Gerichtsbarkeit ausgeübt werden soll, spricht sich hierauf der Art. 76 Abs. 1 kategorisch dahin aus:

„die dormalen bestehenden allgemeinen, so wie die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte sind aufgehoben;“

als Folge hiervon bestimmt dann der Art. 77:

„an die Stelle der gemäß Art. 76 aufgehobenen Gerichte treten diejenigen Gerichte, welche nach den über die Zuständigkeit im gegenwärtigen Gesetze gegebenen Vorschriften zuständig sind.“

Rücksichtlich der Entstehung dieser gesetzlichen Bestimmungen wird hier noch bemerkt: In dem diesem Gesetze vorausgegangenen Entwurfe wurden über den Art. 77 — jetzt 76 — gar keine Motive gegeben, wahrscheinlich, weil man dessen Inhalt lediglich als die Realisirung des Gesetzes vom 4. Juni 1848, sonach keiner nochmaligen Diskussion für fähig erachtete; Beil.:Bd. V zu den Kammerverhandlungen von 18⁵⁹/₆₁ Beil. 57.

Auch im Vortrage des Referenten, Abgeordneten Edel wurde die ungeänderte Annahme des fraglichen Artikels beantragt; Beil.:Bd. VI Beil. 93.

In der Sitzung der 2. Kammer vom 12. August 1861



wurden sodann die Art. 74—83 ohne alle Diskussion angenommen; stenogr. Berichte von 1859/61, Bd. II S. 363, 369.

Der erste Ausschuss der Kammer der Reichsräthe nahm in seiner Sitzung vom 9. September 1861 die Art. 76 u. 77 des Entwurfes einstimmig an; Verhandl. d. Kammer der Reichsräthe von 1859/61, Beil.-Bd. III S. 101.

Bei der Kammerverhandlung selbst und der Abstimmung wurde sodann der fragliche Artikel mit 25 gegen 14 Stimmen angenommen; Verhandl. d. Kammer der Reichsräthe Prot.-Bd. II S. 398.

Dieses Gerichtsverfassungsgezet enthält aber nur in drei Artikeln Bestimmungen über den Fortbestand von Spezialgerichten, welche nicht unter Art. 76 Abs. 1 subsumirt werden können.

Es sind nämlich durch Art. 73 die Handelsgerichte, durch Art. 74 die katholischen und protestantischen Ehegerichte und durch Art. 75 endlich die Gerichte für Entscheidung streitiger Vergrechtsgegenstände allein und ausschließend als die beibehaltenen besonderen Gerichte bezeichnet.

Steht nun aber hiedurch fest, daß dieses Gesez keine ausdrückliche Bestimmung enthält, durch welche den fürstlich Taxis'schen Civilgerichten 1. und 2. Instanz als Ausnahme von der allgemeinen Aufhebung der mittelbaren Gerichte der Fortbestand eingeräumt wurde, und hält man an dem unzweifelhaft richtigen Satze fest, daß der Fortbestand dieser fürstlichen Gerichte nur durch ein ausdrückliches Ausnahmegezet gerechtfertigt werden kann, so kommt nunmehr nur noch zu untersuchen, welche allgemeine und besondere Anhaltspunkte gegeben sind, aus welchen außerhalb der oben berührten gesetzlichen Bestimmungen der Fortbestand gerechtfertigt werden könnte, und ob solchen Anhaltspunkten der Charakter und die Wirkung von Gesezesbestimmungen vindizirt werden könne.

Als solche Anhaltspunkte sind aber dem obersten Gerichtshofe keine anderen bekannt, als

- a) der faktische Zustand nach dem 1. Juli 1862,
- b) das auf den Bericht des obersten Gerichtshofes vom 2. August 1862 erlassene Justizministerialreskript vom 22. November 1862 und
- c) die Erklärung, welche der damalige Justizminister in der oben berührten Sitzung der Reichsrathskammer auf Interpellation des Reichsrathes Grafen Erbach abgab und welche dahin lautet:
„daß diese (fürstlich Taxis'sche) Gerichtsbarkeit als auf



der allerhöchsten Deklaration von 1812 beruhend, nach ihrer Entstehung und der Art ihrer Wirksamkeit vollständig verschieden von der durch das Gesetz von 1848 aufgehobenen standes- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit sei, sonach unberührt von diesem Gesetze fortbestehe."

Alle diese Momente sind aber nicht im Stande, ein Surrogat für das unumgänglich erforderliche ausdrückliche Ausnahmsgesetz zu bilden.

Wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß eine solche von dem höchsten Organe des Justizwesens einer Kammer gegenüber abgegebene Erklärung, wenn sie auch, wie oben gezeigt, auf unrichtigen Voraussetzungen beruht, allerdings nicht ohne alle Bedeutung, ja sogar von wesentlichem Einflusse auf die Abstimmung sein konnte, — so kann solche doch gewiß nicht ein erforderliches Ausnahmsgesetz ersetzen, wozu eine rechtsförmliche Initiative, keineswegs nur eine einfache Interpellation, die Abstimmung beider Kammern hierüber und endlich die Sanction erfordert würde.

Ebenso wenig können selbstverständlich das Fortbestehenlassen dieser Gerichtsbarkeit durch das Ministerium, die hiedurch nothwendig gewordene Aufforderung zur neuen Formation dieser Gerichte und der ministerielle Erlaß vom 22. November 1862 als genügende Anhaltspunkte erachtet werden, um den obersten Gerichtshof in seiner oberstgerichtlichen Eigenschaft zu ermächtigen, aus solchen das Bestehen einer gesetzlichen Ausnahme von einem entgegenstehenden ausdrücklichen allgemeinen Gesetze auszusprechen.

Daß aber endlich der oben bereits berührte Edel'sche Kommentar ebenfalls von keinem maßgebenden Einflusse auf die dießseitige Entscheidung sein kann, versteht sich um so mehr von selbst, als, wie oben bereits gezeigt, auch die feinen ausgesprochenen Ansichten unterstellten Motive aller historischen und rechtlichen Begründung entbehren.

Die fürstlich Thurn- und Taris'schen Civilgerichte zu Regensburg bestehen sonach seit dem 1. Juli 1862 von Unrechtswegen und ausdrücklichen Gesetzen entgegen, können daher nicht als zur Rechtsprechung befugte und vom Gesetze anerkannte Gerichte erachtet und müssen sonach deren erlassene Aussprüche als nichtig betrachtet werden.

DAÖrkf. v. 7. Januar 1867 Reg.-Nr. 53⁶⁶/₆₇.
77.

2. .

Pünktliche Zahlung als *clausula cassatoria*.

Ein Gläubiger hatte sich verbindlich gemacht, seinem Schuldner ein namhaftes Kapital bei pünktlicher Zinsenzahlung 10 Jahre lang nicht aufzulösen.

Als an dem bestimmten Verfalltage die Zinsenzahlung nicht erfolgte, kündigte er das Kapital.

Der Schuldner, welcher die Zinsen nur wenige Tage nach der Verfallzeit berichtigt hatte, suchte die Kündigung als unberechtigt darzustellen, weil die Befehle (fr. 105 de solut. (46, 3) und bayer. PR. Th. IV Kap. XIV §. 9 Nr. 2) jedem Zahlungspflichtigen ein mäßiges *Respiro* gönnen.

Der oberste Gerichtshof verwarf diese Einwendung, weil jene Befehle nur von dem Falle gelten, wenn eine bestimmte Zahlungszeit nicht festgesetzt ist, sohin eine Anforderung vorausgehen muß, welche aber — fr. 14 de reg. jur. (50, 17) — jederzeit geschehen kann, und es deshalb nöthig macht, daß dem Schuldner eine mäßige Zahlungsfrist gewährt werde.

Im vorliegenden Falle sei es aber Sache des Schuldners gewesen, dem Gläubiger am festgesetzten Verfalltage mit der Zahlung entgegenzukommen. Habe der Schuldner den Verfalltag nicht eingehalten, so habe er es an der Pünktlichkeit der Zahlung fehlen lassen, und es sei sohin die vertragsmäßige, hier allein entscheidende Resolutivbedingung eingetreten, unter welcher der Gläubiger seines Versprechens entbunden ist.

DABG. v. 26. Jan. 1867 Reg.-Nr. 277^{66/67}.
Rm.



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

Inhalt: Wie sind nach bayerischem Rechte Forderungen, welche auf die Uebertragung einer Sache gerichtet sind, im Konkurse der Gläubiger zu befriedigen? — Wenn eine Kuratelbestellung als nichtig ex tunc aufgehoben wurde, so ist der Kurand auf die actio tutelae und die restitutio in integrum nicht beschränkt. — Verpflichtung des Fidejuciarerben zur Errichtung eines Inventars. — Uebergang vom Possessorium zum Possessorium ordinarium. — Die Zuständigkeit zur Einsperrung wegen eines Betragsversuches durch Vergebung eines gefälschten Briefes, wodurch bei dem Empfänger eine, wenn auch nur theilweise, Täuschung hervorgerufen ward, richtet sich nach dem Orte dieser Täuschung.

Wie sind nach bayerischem Rechte Forderungen, welche auf die Uebertragung einer Sache gerichtet sind, im Konkurse der Gläubiger zu befriedigen?

In Dr. von Bayer's Theorie des Konkursprozesses §. 32 ist unter II 2 der Grundsatz aufgestellt, daß, wenn der Schuldner eine an einen Anderen verkaufte Sache noch nicht tradirt habe, der Käufer nach Ausbruch des Konkurses gegen den Verkäufer mit der actio empti bloß sein Interesse, also nicht die Uebergabe der erkauften Sache, verlangen könne.

Diesen Grundsatz adoptirt auch Seuffert für das bayerische Recht in seinem Commentare zur bayerischen Gerichtsordnung, indem er sich im Bb. IV zu Kap. XIX §. 5 Note 13 auf Bayer a. a. O. beruft.

Eine nähere Erörterung über diese Frage ist indessen weder in jener noch dieser Schrift zu finden, und es soll daher versucht werden, jene Ansicht an der Hand des Gesetzes zu prüfen.

Neue Folge XII. Band.

Der Käufer hat gegen den Kridar als Verkäufer nach den klaren Vorschriften der Gesetze: fr. 48—49 de contr. emt. vend. (18, 1), fr. 48 und 52 pr. de act. emt. vend. (19, 1), bayer. Landrecht Th. IV Kap. III §. 9 Nr. 1 Anspruch auf Uebergabe der erkauften Sache an ihn von Seite des Verkäufers, und es fragt sich daher, ob dieser Anspruch in Folge eines gegen den letzteren ausgebrochenen Konkurses eine Aenderung in der Weise erleide, daß nun der Käufer bloß auf die Geltendmachung seines Interesse beschränkt sei.

Eine ausdrückliche direkte Bestimmung hierüber ist weder im gemeinen Rechte, noch im bayerischen Landrechte, noch in der bayerischen Gerichtsordnung, noch auch in der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 enthalten.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müßte daher, wenn nicht, wie unten gezeigt werden wird, aus der Natur und den Zwecken eines Konkursprozesses, so wie aus den nothwendigen Konsequenzen der einzelnen Bestimmungen der Prioritätsordnung das Gegentheil zu folgern wäre, für die Aufrechterhaltung jenes Anspruches im Konkurse der Gläubiger entschieden werden. Denn

1) nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (fr. 2 §. 1 de reb. cred. (12, 1); bayer. Landrecht Th. IV Kap. XIV §. 6 Nr. 1) ist der Schuldner nicht berechtigt, etwas Anderes zu leisten, als wozu er nach Vertrag oder Gesetz verpflichtet ist.

Eine solche Umwandlung der Verpflichtung tritt nur dann ein, wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit physisch unmöglich ist und diese Unmöglichkeit dem Schuldner zugerechnet werden kann: fr. 91 §. 3, 4 de verb. obl. (45, 1). Nach ausgebrochenem Konkurse tritt nun die Konkursmasse in allen nicht höchst persönlichen Schuldverhältnissen an die Stelle des Kridars, und es ist, wenn die ver-



kaufte Sache noch in Natur vorhanden ist, die Erfüllungsmöglichkeit wegen des Konkurses im Allgemeinen und abgesehen von besonderen Gesetzesbestimmungen nicht ausgeschlossen.

Zwar darf

2) der Kreditar nach Eröffnung der Gant oder erfolgtem Veräußerungsverbote nach der Vorschrift der Gerichtsordnung Kap. XIX §. 19 Nr. 4 keine Zahlung leisten, also überhaupt nicht einseitig seine Verpflichtungen erfüllen; allein hierin liegt nur eine rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung für die Person des Kreditars, aber keine physische und eben so wenig eine rechtliche Unmöglichkeit für dessen Stellvertreter, die Konkursmasse, da diese ja gerade verbunden ist, alle Verpflichtungen des Kreditars, soweit sie zureicht und, wenn dieß nicht der Fall ist, nach spezieller Rangordnung zu erfüllen.

Obwohl hiernach alle faktischen und rechtlichen Voraussetzungen auch im Konkurs für die Verpflichtung der Masse zur Tradition der verkauften Sache an den Käufer gegeben sind, so verliert sie dennoch nach dem Zwecke eines solchen Konkurses und in Gemäßheit des der Prioritätsordnung zu Grunde liegenden Prinzips ihre Wirksamkeit.

So weit nämlich rein persönliche Forderungen in Frage stehen, hat der Konkurs der Gläubiger den Zweck, die Befriedigung sämtlicher Gläubiger zu bewirken, und zwar die der gesetzlich privilegierten zunächst, sodann aber, so weit die Masse reicht, auch die der nicht privilegierten. Zu der letzteren Art von Forderungen gehört aber insbesondere auch die Forderung des Käufers auf Uebergabe einer von dem Kreditar erkauften Sache.

Da nun andere vorhanden sein können, welche ein privilegiertes Forderungsrecht, auch solche, welche ein gleiches Forderungsrecht wie der Käufer haben, so würde, wenn die ersteren Forderungen

•

nur Geldforderungen sind, der Käufer durch die Herausgabe der Sache vor allen diesen Forderungen befriedigt, weil den ersteren ein Befriedigungsmittel, auf dessen Erlös sie einen bevorzugten und beziehungsweise gleichen Anspruch, wie der Käufer auf die Sache selbst haben, entzogen würde.

Denn die verkaufte Sache ist vor der Tradition noch Eigenthum des Kreditors, sie haftet also allen Forderungen hinsichtlich ihrer Befriedigung, und es kann daher ein einzelner noch dazu nicht privilegirter Gläubiger nicht auf eine Weise befriedigt werden, daß die anderen privilegirten oder gleichberechtigten Gläubiger Verlust erleiden; dieß würde aber geschehen, wenn dem einzelnen ein Vermögensgegenstand, worauf er nur einen persönlichen und zwar nicht privilegirten Anspruch hat, tradirt werden müßte.

Hier ist also die Erfüllung insoferne unmöglich, als hiedurch stärkere oder gleiche Rechte anderer Gläubiger verletzt würden, denen doch das Gesetz eine vorzugsweise oder wenigstens gleichmäßige Befriedigung zusichert.

Diese aus dem Zwecke des Konkursprozesses schon im Allgemeinen sich mit Nothwendigkeit ergebenden Grundsätze sind nun aber in der bayerischen Prioritätsordnung ziemlich klar ausgeprägt.

Nach §. 2 derselben haftet Jeder mit seinem ganzen Vermögen allen seinen Gläubigern; der Vorzug derselben richtet sich aber nach den weiteren Bestimmungen dieses Gesetzes.

Auf ein Separationsrecht bezüglich der in der Masse befindlichen Sachen in Natur haben nach §. 2 und 3 nur Jene Anspruch, denen das Eigenthum derselben schon jetzt oder später aus einem bedingten oder künftigen Rechte zusteht.

Ein Partikularkonkurs findet aber nach §. 7 und 8 nur bei solchen Forderungen statt, hinsichtlich



welcher die Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung aus besonderen Theilen oder Gegenständen des Vermögens des Kreditors haben.

Auf ein Separationsrecht hat nun aber der Käufer entschieden keinen Anspruch, da er nicht Eigenthümer ist, auch keinen eventuellen Anspruch auf ein solches Eigenthum hat.

Die Befriedigung im Partikularkonkurse kann aber der Käufer, wenn gleich sein Forderungsrecht darin besteht, daß ihm ein bestimmter Gegenstand der Konkursmasse herausgegeben werde, um deswillen nicht verlangen, weil er nicht zu jenen Gläubigern gehört, welche im §. 8 Nr. 1—7 speziell und ausschließend, nicht aber bloß beispieisweise, genannt sind.

Alle übrigen Gläubiger müssen nun nach §. 11 ihre Bezahlung aus dem Vermögen des Schuldners, und zwar in Gemäßheit der in den §§. 12—27 vorgeschriebenen Rangordnung, erwarten.

Zu diesen Forderungen gehören insbesondere auch nach §. 25 Nr. 1 alle jene, welche in Verträgen gegründet sind, wobei kein Unterschied gemacht ist, ob die Forderung die Uebertragung einer Sache oder die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat.

Da nun solche Forderungen ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand nach §. 25 erst in der fünften Klasse befriedigt werden, so ist die nothwendige Folge hievon, daß aus der Sache, bezüglich welcher ein Käufer einen vertragmäßigen Anspruch auf Uebergabe hat, die Gläubiger der ersten Klasse zunächst befriedigt werden müssen. Dieß läßt sich aber nur dadurch ermöglichen, daß die Sache selbst veräußert, und der Erlös zunächst unter diese bevorzugten Gläubiger vertheilt wird. Hiedurch ist nun aber die Uebergabe dieser Sache an den Käufer von selbst und nothwendig abgeschlossen.

Sollten nun aber solche bevorzugte Gläubiger nicht vorhanden sein, so haben doch die übrigen zur Befriedigung in die fünfte Klasse verwiesenen Gläubiger nach §. 26 ebenfalls Anspruch auf Befriedigung nach Verhältniß der einzelnen Forderungen, so daß auch in diesem Falle eine Uebergabe der Sache an den Käufer gesetzlich nicht stattfinden kann, sondern die sämtlichen Forderungen aus dem Erlöse der zu veräußernden Sache befriedigt werden müssen.

In Folge der allegirten Bestimmungen der Prioritätsordnung ist also die Forderung des Käufers auf Herausgabe der erkauften Sache in eine Entschädigungsforderung indirekt umgewandelt. Denn indem jenes Gesetz diese Herausgabe selbst unmöglich macht, dafür aber doch jedenfalls eine Befriedigung nach §. 25 Nr. 1 zusichert, kann diese nur in der Weise geschehen, daß der Käufer Ersatz seines Interesse in Folge nicht eintretender Erfüllung des Kaufvertrages erhält.

Die wirkliche Befriedigung geschieht aber, da derlei Forderungen in die fünfte Klasse verwiesen sind, nur insoweit, als nach Befriedigung der in der ersten bis vierten Klasse lozirten Gläubiger noch ein Massavermögen übrig ist, und bei der Konkurrenz mit noch anderen Gläubigern der fünften Klasse in dem nach §. 26 eintretenden Verhältnisse.

Ob übrigens ein Käufer sich eine solche Umwandlung seiner Forderung auch in dem Falle gefallen lassen müsse, wenn bezüglich der erkauften Sache die Voraussetzungen der zweiten, dritten oder vierten Klasse nicht gegeben sind, die Gläubiger der ersten und die übrigen Gläubiger der fünften Klasse noch vollständig aus anderen Massegegenständen befriedigt werden, oder solche andere Gläubiger gar nicht vorhanden sind, ist eine Frage, deren Beant-



wortung überflüssig sein dürfte, weil ein solcher Fall nicht leicht eintreten wird, wenn einmal der Konkurs erkannt ist, da die Eröffnung desselben durch die Unzulänglichkeit des Vermögens zur Befriedigung aller Gläubiger bedingt ist.

Daß übrigens diese Grundsätze auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn es sich um andere Forderungstitel auf Uebergabe einer Sache, als um ein Kaufgeschäft, handelt, versteht sich von selbst.

...r...

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Wenn eine Kuratelbestellung als nichtig ex tunc aufgehoben wurde, so ist der Kurand auf die *actio tutelae* und die *restitutio in integrum* nicht beschränkt.

Anna F. wurde wegen Geisteschwäche unter Kuratel gestellt, während welcher der gerichtlich verpflichtete Kurator A. im Namen seiner Kurandin mit dem Bruder G. F. und den übrigen Geschwistern derselben einen nachhin obervormundschaftlich genehmigten Vertrag abschloß, nach welchem G. F. das elterliche Anwesen erhielt und gegen unverzinsliche Belassung des der Anna F. ausgelegten Eltern-gutes von 5500 fl. deren lebenslängliche Abnäh- rung im jährlichen Anschlage von 150 fl. übernahm. Zugleich wurden Bestimmungen getroffen, welche der Anna F. das Recht, über ihr Vermögen von



Todes wegen zu verfügen, gänzlich entzogen, und den erbhaftlichen Eintritt in dieses Vermögen den Geschwistern vertragsmäßig zusicherten.

Nachdem 15 Jahre später das betreffende Bezirksgericht die bestellte Kuratel als von Anfang an ungiltig außer Wirksamkeit gesetzt hatte, weil eine die Nothwendigkeit einer Kuratel bedingende Geisteschwäche der Anna F. in legaler Weise nicht hergestellt und weil überdies unterlassen worden war, die Kurandin gesetzlich zu hören, trat diese klagend auf und bat, den obenerwähnten Vertrag als nichtig zu erkennen.

Die zweite Instanz verwarf diese Klage, weil der Klägerin, wenn sie durch jenen Vertrag merklichen Schaden erlitten habe, nur das Recht der restitutio in integrum oder eine Entschädigungs-klage gegen den Kurator, in keiner Weise aber eine Klage auf Vertragsannullirung zustehe.

Der oberste Gerichtshof erkannte jedoch letztere Klage als zulässig, und zwar aus folgenden Gründen:

Ist die Kuratelbestellung nicht bloß ex nunc, sondern ex tunc als nichtig aufgehoben, so fehlte dem aufgestellten Kurator die Legitimation, die Anna F. in ihren Rechtsangelegenheiten zu vertreten. Derselbe kann zwar in Berücksichtigung des Umstandes, daß er auf gerichtliche Anordnung in guter Meinung als Kurator auftrat, nicht als falsus curator betrachtet werden, aber bei der Ungiltigkeit seiner Bestellung doch nur als protutor im Sinne des bay. Ld. Th. I Kap. VII §. 33 in Betracht kommen, indem nach den Erläuterungen zu dieser Stelle nicht bloß derjenige als protutor zu betrachten ist, welcher gar nicht, sondern auch derjenige, welcher nicht legaliter bestellt worden, gleichwohl aber in guter Meinung und Absicht den Pupillen als Vormund vertritt.

Bezüglich der Befugnisse eines solchen Protu-



toris bestimmt fr. 2 de eo, qui pro tut. (27, 5):
 „Si quis, qui pro tutore negotia gerebat,
 cum tutor non esset, rem pupilli vendidit,
 nec ea usucapta est, petet eam pupil-
 lus, quanquam ei cautum est: non enim
 eadem hujus, quae tutoris, est rerum pupilli
 administratio.“

Mit Bezugnahme auf diese Digestenstelle sagen die Anmerkungen zu oben zitiirter Landrechtsstelle, daß mit der actio protutelae auch die rei vindicatio für den Fall konkurriren, wenn protutor bona pupilli alienirt, weil die Alienation null ist, mithin das alienirte Gut, soweit keine Verjährung dazu kommt, allezeit wiederum vindicirt werden kann.

Könnte man aber auch annehmen, Anna F. sei zur Zeit des Vertragsabschlusses in der That dispositionsunfähig und die über sie verhängte Kuratel materiell gerechtfertigt gewesen, so wäre der Vertrag für die Klägerin dennoch unverbindlich, indem der Kurator nicht bloß ihr Miteigenthum an dem elterlichen Anwesen veräußert, sondern ihr auch jede Verfügung über ihr Vermögen von Todeswegen entzogen und ihre einstige Erbfolge willkürlich festgesetzt hat.

Eine solche Verfügung überschreitet die Grenzen des Amtes eines Vormundes und steht im Widerspruche mit der höchst persönlichen Natur des Rechtes zu Verfügungen von Todeswegen. Nirgends ist im Gesetze dem Kurator das Recht einer derartigen Verfügung über das Vermögen des Kuranden eingeräumt, sondern im Gegentheile im O.R. Th. III Kap. II §. 5 Nr. 2 ausdrücklich bestimmt, daß ein Minderjähriger nach erlangter Pubertät den Konsens des Kurators zur Errichtung einer letztwilligen Disposition nicht bedarf, also auch bei unvogtbaren, unsinnigen und anderen dergleichen Personen der Mangel durch den Konsens und Willen ihres Kurators hierinfallß niemals ersetzt wird.

Dieselbe Bestimmung gilt nach den Anm. zu P.R. Th. III Kap. XI §. 1 Nr. 5 auch hinsichtlich der *pacta successoria mixta*, und wenn auch der vorliegende Vertrag als *actus inter vivos* und nicht *mortis causa* zu erachten sein sollte, so geht doch aus diesen gesetzlichen Bestimmungen immerhin der der Natur der Sache entsprechende Grundsatz hervor, daß die Befugniß des Kurators hinsichtlich des Vermögens des Kuranden sich nicht auf seinen einstigen Rücklaß erstrecke.

Hiegegen läßt sich nicht einwenden, daß der vorliegende Vertrag mehr den Charakter eines Abnährungs- als eines Erbvertrages an sich trage, und daß der Vormund wohl die Berechtigung gehabt habe, durch Hingabe des Gesamtvermögens der Kurandin deren lebenslängliche Abnahrung zu erkaufen; denn für's Erste wurde nicht nur dem die Abnahrung übernehmenden Bruder, sondern auch den diese Verbindlichkeit nicht übernehmenden Geschwistern ein vertragsmäßiges Erbrecht zugesichert, und zweitens geht aus dem jährlichen Abnahrungsaufschlage von 150 fl. hervor, daß die Abnahrung durch die unverzinsliche Belassung des Elterngutes von 5500 fl. in den Händen des Abnährers in Rücksicht auf den landesüblichen Zinsfuß mehr als gedeckt erscheine.

Da nun nach P.R. Th. I Kap. VII §. 12 das Amt des Vormundes wohl in Administration und Erhaltung des Vermögens des Kuranden, nicht aber in schrankenloser Disposition über dasselbe besteht, im vorliegenden Vertrage aber Rechte der Anna F. ohne entsprechenden Entgelt aufgegeben wurden, über welche zu verfügen ihr nur persönlich zustand, so kann diesem Vertrage in seiner Totalität eine Rechtswirksamkeit nicht zugestanden werden.

Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß dieser Vertrag die obervormundschaft-



liche Genehmigung erhielt; denn diese muß wohl unter Umständen zu der Handlung des Kurators hinzutreten, um dieselbe rechtswirksam zu machen; sie ist aber niemals im Stande, eine an sich nichtige und ungiltige Handlung des Vormundes zu einer giltigen und den Kuranden verbindenden umzuwandeln.

DNBRef. v. 24. Dez. 1866 RNr. 111^{66/67}.
Rm.

2.

Verpflichtung des Fiduziarerben zur Errichtung eines Inventars.

Bl. f. RA. Bd. XI S. 14 und Seuffert's Arch. Bd. V Nr. 208.

K. G. hatte ihren Ehemann als Erben eingesetzt und dabei die Bestimmung getroffen, daß nach dem Tode desselben der Nachlaß an G. U. zu restituiren sei.

Der Fiduziar, welchem die Kautionstellung von der Erblasserin testamentarisch erlassen war, glaubte hiedurch auch der Pflicht der Inventarerrichtung enthoben zu sein, wurde aber hiezu von der ersten Instanz angehalten, wobei es, nachdem die zweite Instanz gegentheilig erkannt hatte, vom obersten Gerichtshofe belassen wurde.

Der — hier in Kürze zusammengefaßte — Inhalt der Gründe ist folgender:

Die Verpflichtung des Fiduziars zur Inventarisirung des Nachlasses ist zwar durch kein gemeinrechtliches Gesetz ausdrücklich verordnet, liegt aber so sehr in der Natur der Sache, daß es — fr. 36 de leg. (1, 3) — einer ausdrücklichen Vorschrift auch nicht bedarf.

Der Fideikommissarerbe muß — besonders in

dem Falle, wenn die Restitution erst nach dem Tode des Fiduziars erfolgen soll, — doch wenigstens Kenntniß erhalten, was und wie viel er derzeit zu fordern berechtigt ist.

Zu diesem Behufe ist er eines Inventars benöthigt. Der Zweck des letzteren ist daher ein von dem Zwecke der Kautionstellung verschiedener und unabhängiger, so daß aus dem Erlasse der Kaution, durch welche die Restitution selbst gesichert werden soll, nicht auch der Erlaß des Inventars gefolgert werden kann.

Selbst in dem Falle, wenn der Testator ausdrücklich auch die Errichtung eines Inventars erlassen hat, wird nach älterer wie nach neuerer Theorie — Lauterbach coll. Lib. XXXVI, tit. 1 §. 23; Frhr. v. Kreittmayr in den Anmerk. z. bayer. W. Th. III Kap. IX §. 6 Nr. 7; Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. II a, Aufl. II S. 956 u. 960 (Aufl. I S. 875 Nr. 5) — angenommen, daß hiebei nur der Erlaß eines solennen Inventars verstanden, sohin der Fideikommissar nicht gehindert sei, mindestens die Herausgabe einer Designation des Nachlasses zu verlangen.

DAßErf. v. 29. Jan. 1867 Nr. 259^{66/67}.
Rm.

Entscheidungen der Appellationsgerichte.

Uebergang vom Petitorium zum Possessorium ordinarium.

In Folge der oben S. 104 enthaltenen Note wurde dem Einsender insinuiert, daß es, nachdem einmal der dort gedachte Fall in diesen Blättern zur Sprache gebracht sei, wünschenswerth erscheine,



wenn die Vefer, um ſich über die appellationsgerichtliche Klagsabweifung ein vollftändiges Urtheil bilden zu können, auch von dem vom f. App. Gerichte angeführten weiteren Abweifungsgrunde Kenntniß erhielten.

Dieſem Wunſche wird hiemit um ſo bereitwilliger entſprochen, als derſelbe Gelegenheit gibt, zur Erläuterung der nicht allwärts richtig aufgefaßten Beſtimmung der G. D. Kap. III §. 4 Nr. 9 einige Worte zu ſagen.

Nachdem die fürſtliche Standesherrſchaft D. Sp. die Baukonkurrenzpflicht in Abrede geſtellt hatte, wurde ſie von der Kirchenſtiftung mittelſt der actio confessoria zur Anerkennung dieſer Pflicht auf den Grund fünf ſpezieller Rechtstitel beklagt, jedoch durch oberſtrichterliches Erkenntniß in Beziehung auf drei dieſer Titel von der Klage entbunden, und die letztere bezüglich der beiden übrigen Titel in der angebrachten Art abgewieſen.

Als nun ſpäter die Standesherrſchaft poſſeſſoriſch klagte, wurde ſie von der erſten Inſtanz unter anderen Gründen auch deßhalb a limine abgewieſen, weil laut G. D. Kap. III §. 4 Nr. 9 und Anmerk. lit. i nach einmal betretenem Petitorium das poſſeſſorium ordinarium ausgeſchloſſen ſei.

In der hiegegen ergriffenen Berufung behauptete die Standesherrſchaft, daß dieſer Abweifungsgrund auf einer Verwechſelung der Parteitollen beruhe, indem die angezogene Geſetzſtelle nur dem petitorischen Kläger das Poſſeſſorium verſperre.

Dieſe Behauptung iſt gewiß richtig. Das römische Recht geſtattet dem petitorischen Kläger die Umkehr in fr. 18 §. 1 de vi et vi arm. (43, 16), indem es denſelben nicht ſo angeſehen wiſſen will, als habe er durch die Betretung des Petitoriums auf das Poſſeſſorium verzichtet, wie dieſes in fr. 12 §. 1 de acquir. vel amitt. poſſ.

(41, 2) mit deutlichen Worten gesagt ist. Die bayer. O. supponirt aber diesen Verzicht, woraus jedoch nur folgt, daß sie die Rückkehr zum Possessorium dem petitorischen Kläger verschließt, nicht aber auch dem Beklagten, weil dieser rechtlich gezwungen ist, sich auf die Klage einzulassen, sohin von einem stillschweigenden Verzicht desselben keine Rede sein kann.

Diese Auffassung schien auch das k. App.-Ger. zu theilen, indem es der bemerkten Berufungsbehauptung mit keiner Sylbe entgegentrat; dennoch aber verwarf es die Klage auf den Grund der nämlichen Stelle der O., indem es behauptete, die Standesherrschaft habe bereits selbst petitorische Klage gestellt.

In dieser Beziehung ist das Sachverhältniß folgendes:

Einige Zeit nach Verkündung des obenerwähnten oberstrichterlichen Erkenntnisses erhob die Standesherrschaft auf den Grund desselben, und weil die Kirchenstiftung keine Miene machte, die angebrachten Klagen abgewiesene Klage in verbesserter Substanzierung zu erneuern, gegen diese Stiftung die *condictio sine causa* auf Zurückgabe der in Folge administrativen Provisoriums geleisteten Geldkonkurrenz-Beträge. Diese (begreiflich abgewiesene) Klage ist es nun, durch welche nach der app.-ger. Ansicht die Standesherrschaft das Petitorium betreten hat.

Daß dieser Abweisungsgrund nicht minder als der der negirten Besizsmöglichkeit (oben Seite 104) unhaltbar ist, ergibt sich auf den ersten Blick; denn der erhobenen *condictio sine causa*, als persönlicher Klage, fehlt jedes Merkmal einer petitorischen Klage, als welche hier nur diejenige anzusehen wäre, mittelst welcher die Frage der Baukonkurrenzpflicht zur endgiltigen Entscheidung gebracht

werden sollte. Eine solche Klage hatte aber die Ständeherrschaft niemals angestellt.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Zuständigkeit zur Einschreitung wegen eines Betrugsversuches durch Versendung eines gefälschten Briefes, wodurch bei dem Empfänger eine, wenn auch nur theilweise, Täuschung hervorgerufen ward, richtet sich nach dem Orte dieser Täuschung.

Der Bräufnecht G. Zingler von Amberg hatte am 18. Dez. 1866 mittels eines auf den Namen des Bräufnechtes und Soldaten Joseph Rainer aus Haibach gefälschten, an die Adresse des Kleiderreinigers Heinrich Pfeffer in Nördlingen gerichteten und in München der Post zur Beförderung übergebenen Briefes besagten Heinrich Pfeffer zu bestimmen gesucht, die dem Joseph Rainer gehörigen, von Pfeffer zur Aufbewahrung übernommenen Effekten theilweise zu verkaufen und den Erlös nebst den übrigen nicht verkauften Gegenständen an denselben unter der Adresse einer ihm bezeichneten dritten Person nach München einzusenden. Der beabsichtigte Erfolg ist aber nicht erreicht worden, weil der Empfänger des Briefes, nachdem er zur Erkundigung nach München gereist war, dortselbst in Erfahrung brachte, daß dieser Brief von Zingler, welcher sich das Geld und die Effekten rechtswidrig aneignen wollte, ohne Wissen des aus dem Feldzuge nicht mehr zurückgekehrten und seitdem vermißten Soldaten Joseph Rainer geschrieben worden sei.

Wegen dieses Vorganges wurde vom Unter-

suchungsrichter am k. Bez.-Gerichte München 18. d. Jfr. Untersuchung eingeleitet, nach deren Durchführung jedoch gedachtes Bezirksgericht mit Beschluß vom 2. März 1867 seine Zuständigkeit ablehnte, da die Vollendung des Betruges zu Nördlingen, k. Bezirksgerichtes Donauwörth, hätte erfolgen sollen. Das k. Bezirksgericht Donauwörth erklärte sich aber mit Beschluß vom 12. März 1867 gleichfalls für unzuständig, da der Brief in München auf die Post gegeben und dadurch die gesammte Thätigkeit des Beschuldigten abgeschlossen worden sei. Demnach ergab sich ein negativer Kompetenzkonflikt, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit des k. Bezirksgerichtes Donauwörth aussprach, und zwar

in Erwägung, daß zwar beim Versuche einer strafbaren That für die Frage der Zuständigkeit nicht derjenige Ort entscheidet, an welchem die Vollendung der That hätte erfolgen müssen, wohl aber derjenige Ort, an welchem die Handlung des Thäters, noch ehe sie die Vollendung verursachte, ihren Abschluß gefunden hat,

ferner in Erwägung, daß der von Zingler unter falschem Namen geschriebene und in München aufgegebene Brief dem Adressaten Heinrich Pfeffer in Nördlingen übergeben, damit aber bewirkt wurde, daß die vom Absender des Briefes beabsichtigte Täuschung dem zu Täuschenden gegenüber in Nördlingen wirklich zur Ausführung gelangt und in ihrem Erfolge wenigstens so weit gediehen war, daß der Empfänger des Briefes, um sich über die Richtigkeit des Sachverhaltes zu überzeugen, eine Reise nach München unternommen hat.

Erk. d. OGH. v. 8. April 1867 UB. Nr. 84.

— f —

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: Auslegung des in einer letztwilligen Verfügung vorkommenden Ausdruckes: „nächste Verwandte.“ — Zucht und Zwang. Ist die Nichtgeltendmachung nach bayer. Landrechte auch gegen den schuldlosen Pächter zulässig? Berichtigung des Besetztes durch die Anmerkungen. — Verbindet die Anerkennung eines Miteigentümers, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, auch die übrigen Miteigentümer? — Das Verlassenschaftsgericht ist zuständig, zu bestimmen, ob die Erbtheile einiger nach Amerika ausgewanderter Interessenten an deren in einem anderen Gerichtsbezirke wohnhafte vermittelte Mutter ausgeantwortet werden können.

Auslegung des in einer letztwilligen Verfügung vorkommenden Ausdruckes: „nächste Verwandte“.

Wenn in einer letztwilligen Verfügung, wie es so häufig vorkommt, die nächsten Verwandten des Disponenten bedacht sind, so gibt man gerne der Vermuthung Raum, daß hiedurch die gesetzlichen Erben bedacht werden wollten.

Diese Vermuthung mag in vielen Fällen mit der Absicht des Disponenten zusammentreffen; gleichwohl aber fragt es sich, ob sie, selbst wenn ihr besondere Thatumstände nicht entgegenstehen, ausreichen könne, um eine Entscheidung zu Gunsten der Intestaterben zu rechtfertigen.

In einem jüngst vorgekommenen Falle, in welchem der Testator seine nächsten Verwandten mit einer gewissen Summe bedacht hatte, wurde diese von den zurückgelassenen Eltern ausschließend in Anspruch genommen, während die gleichfalls zurückgelassenen vollbürtigen Geschwister mit denselben theilen wollten.

Der oberste Gerichtshof erkannte zu Gunsten der Geschwister¹⁾.

¹⁾ OAG. Erk. v. 14. Januar 1867 Reg.-Nr. 28⁰⁰/67.



In den Motiven ist ausgeführt, daß, indem besondere Anhaltspunkte für die eine oder die andere Meinung nicht vorhanden seien, der Richter nach der Bedeutung des gebrauchten Ausdruckes zu erkennen habe. Der Ausdruck „nächste Verwandte“ spräche wohl zu Gunsten der Eltern, wenn er von dem Beisatze „dem Grade nach“ begleitet wäre; da aber dieser Beisatz fehle, so sei die entgegengesetzte Auslegung nicht ausgeschlossen, vielmehr durch das Gesetz deutlich genug an die Hand gegeben. Dieses gehe nämlich von dem Gedanken aus, daß die Güter eines Verstorbenen auf die demselben am nächsten stehenden Verwandten übergehen sollen; im Auge des Gesetzgebers seien also die in den einzelnen Successionsklassen gleichmäßig zur Erbfolge berufenen Personen offenbar gleich nahe Verwandte, wonach sich die Begriffe von den nächsten Verwandten und gesetzlichen Erben im Bewußtsein des Volkes identifiziert hätten, so daß diese Begriffe in letztwilligen Dispositionen, wenn sich keine Anhaltspunkte für eine abweichende Absicht ergeben, als völlig gleichbedeutend angenommen werden müssen.

Es hält schwer, dieser Argumentation zu folgen, indem sie in dem nämlichen Augenblicke, in welchem sie aufstellt, daß bei Ermangelung besonderer Anhaltspunkte der gebrauchte Ausdruck allein entscheide, die grammatische Auslegung ganz und gar verläßt, und sich in das Gebiet der Intestaterbfolge begibt.

Behufs der Auslegung eines unbedeutlich ausgesprochenen Willens mag man nach Umständen allerdings die Grundsätze der Intestaterbfolge zu Hilfe rufen²⁾; wo aber eine klare und bestimmte

²⁾ Lauterbach lib. XXVIII tit. 2 §. 20. „Eatenus enim valet argumentum a causa intestati ad

Disposition vorliegt, kann man Vorschriften, welche nur für den Fall des gänzlichen Mangels einer Disposition gegeben sind, unmöglich zur Anwendung bringen.

In dem Ausdrucke „nächste Verwandte“ findet sich nicht die geringste Zweideutigkeit. Die nächsten Verwandten sind immer nur diejenigen Personen, welche zu Jemandem im nächsten Grade der Verwandtschaft stehen; denn die Nähe der Verwandtschaft wird ausnahmslos nur nach Graden bestimmt, so daß der Beisatz: „dem Grade nach“ nichts weiter als eine Tautologie wäre.

Wenn es nun nach bestimmter Rechtsvorschrift da, wo der gebrauchte Ausdruck keinen Zweifel zuläßt, bei dem gewöhnlichen Wortverstande zu belassen³⁾ und nur dann eine Ausnahme gestattet ist, wenn mit voller Gewißheit erhellt, daß der Disponent eine von dem gewöhnlichen Wortverstande des Ausdruckes abweichende Absicht gehabt habe⁴⁾, so kann eine bloße Vermuthung nicht zu der Annahme berechtigen, daß der Disponent mit dem

causam testamenti, ut casus successionis in testamento non satis determinatus ex dispositione juris communis sit decidendus, cui se conformasse censetur in dubio testator. Vergl. Fehr. v. Kreittmayr's Anmerk. zum bayer. LR. Th. III Kap. III §. 9 not. 6 lit. e.

³⁾ Fr. 25 §. 1 de legat. (32): „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.“

⁴⁾ Fr. 69 de legat. (32) „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.“ Const. 3 de lib. praeter. vel exher. (6, 28) „Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam valeat, ut melior sensu existat.“



Ausdrucke „nächste Verwandte“ seine gesetzlichen Erben berufen wollte.

Uebrigens sind die Begriffe von nächsten Verwandten und Intestaterben zu grundsätzlich verschieden, als daß sie ohne dringendste Interpretationsnoth einander substituirt werden könnten; denn es ist nicht zuzugeben, daß das Gesetz bei der Intestaterbfolge die Güter des Verstorbenen an dessen nächste Verwandte bringen wollte.

Die Intestaterbfolge gründet sich wohl auf die Verwandtschaft, aber nicht gerade auf die Nähe derselben. Von der Verwandtschaftsnähe mag sich der einzelne Testator nach eigenem Belieben bestimmen lassen; der Gesetzgeber aber, welchem die Aufgabe zufiel, das Erbfolgerecht statt aller derjenigen festzustellen, welche nicht selbst verfügen, konnte einen so beschränkten Standpunkt nicht einnehmen, sondern mußte jene allgemeinen Rücksichten beachten, welche nach dem natürlichen und gewöhnlichen Gange der Dinge die Menschen zur Auswahl ihrer Erben zu bestimmen pflegen. Hier ist es nun vorzugsweise die Natur der Verwandtschaft, welche den Ausschlag gibt (Descendenten, Ascendenten, Collateralen).

Der Gesetzgeber verschloß sich nicht der Betrachtung, daß die Liebe der Eltern zu den Kindern vorwiegend sei und der natürliche Gang des Vermögens mehr der jüngeren als der älteren Generation zustrebe; daß die natürlichen Gefühle der Eltern nicht verletzt werden, wenn ihnen, da sie ohnedies nur turbato mortalitatis ordine eintreten, vor den Geschwistern, die ja ihre Kinder sind, ein Vorkangsrecht nicht zusteht, und daß unter Geschwistern vermöge natürlichen Gefühles die Familienbeziehungen inniger durch das doppelte, als durch das einfache Band geknüpft werden.

Auf solchen Erwägungen beruht die natürliche



Erbsfolge, und so kommt es denn, daß z. B. der Enkel dem in näherem Grade stehenden Vater des Erblassers vorgeht, daß der im entfernteren Grade stehende Bruder gemeinschaftlich mit dem Vater erbt, und daß ungeachtet der Gleichheit des Verwandtschaftsgrades der vollbürtige den halb-
bürtigen Bruder und der Bruderssohn den Vaters-
bruder ausschließt.

Entscheidet also für die Einreihung in eine bestimmte Klasse die besondere Natur der Verwandtschaft und nicht die Nähe derselben, so läßt sich auch nicht behaupten, der Gesetzgeber habe, indem er Personen verschiedenen Verwandtschaftsgrades mit gleicher Successionsberechtigung in die nämliche Klasse einreichte, dieselben als gleich nahe Verwandte betrachtet; man muß vielmehr umgekehrt sagen, er habe nach einem von der Nähe der Verwandtschaft unabhängigen Principe gehandelt.

Wenn sich daher, was jedoch nicht anzugeben ist, die Begriffe von nächsten Verwandten und gesetzlichen Erben im Volksbewußtsein identifizirt haben sollten, so beruhte dieses auf einem entschiedenen Irrthume, an welchem das Gesetz keine Schuld trüge, und welcher, so lange er sich nicht zum Gewohnheitsrechte ausgebildet hätte, dem Richter in keiner Weise als Richtschnur dienen könnte.

Ist es in einem einzelnen Falle zweifellos, daß der Erblasser den Ausdruck: „nächste Verwandte“ in dem bezeichneten Irrthume gebraucht habe, so steht, wie oben gezeigt, nichts entgegen, die betreffende Verfügung als zu Gunsten der Intestaterben getroffen anzunehmen; fehlt es aber an der nöthigen Gewißheit dieses Irrthumes, so besteht für den Richter keine Bürgschaft, daß dem an die Grundsätze der Intestaterbsfolge durchaus nicht gebundenen Testator die Nähe der Verwandtschaft nicht das allein leitende Motiv gewesen sei, und daß durch ein

die Intestaterben substituierendes Erkenntniß nicht seinem letzten Willen geradezu entgegengehandelt werde, während den nach dem klaren Wortlaute erkennenden Richter, auch wenn der Testator eine andere Absicht gehegt haben sollte, ein gerechtes Vorwurf sicher nicht treffen kann.

In der hier entwickelten Weise ist die vorliegende Frage auch durch das bayer. Landr. entschieden, indem dasselbe in Th. III Kap. XII §. 1 Nr. 5 bestimmt, daß, wenn sich der Disponent auf den Ausdruck: „nächste Verwandte“ beschränkt, und nicht die Worte: „und Erben“ oder: „die mich sonst beerbt hätten,“ beifügt, der nähere Grad den entfernteren unbedingt anschließt. Da diese Bestimmung nur das Ergebnis einer richtigen Anwendung allgemeiner Rechtsregeln ist, so ist sie auch nicht als eine Eigenthümlichkeit des patrifunkten Rechtes, sondern als eine mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Vorschrift zu betrachten⁵⁾.

Rm.

⁵⁾ In Seuffert's Archiv Bd. XII Nr. 242 findet sich ein Erkenntniß des OAG. Jena v. 2. Januar 1857, welches mit vorstehender Erörterung übereinstimmt und mit wenigen Worten dahin motivirt ist, daß der Begriff eines nächsten Verwandten aus der Nähe des Verwandtschaftsgrades mit voller Bestimmtheit zu entnehmen sei, und daß die Behauptung, als seien in letztwilligen Dispositionen unter den nächsten Verwandten die Intestaterben zu verstehen, jedes gesetzlichen Grundes entbehre.

Dagegen ist im genannten Archive Bd. X Nr. 269 ein Erkenntniß des OAG. München v. 8. April 1856 (Nr. 993²⁴/₅₅) mitgetheilt, welches mit dem oben angeführten Erkenntniße v. 14. Januar 1867 konform ist. Die Entscheidung dieses Falles, in welchem zwei Eheleute vertragsmäßig bestimmt hatten, daß der überlebende Theil im ruhigen Besitze des ganzen Vermögens bleiben, nach dessen Tode

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Furcht und Zwang. — Ist die Nichtigkeitsklage nach bayer. Landrechte auch gegen den schuldlosen Paciscenten zulässig?
Berichtigung des Gesetztextes durch die Anmerkungen.

In einem zwischen E. und A. entstandenen Rechtsstreite hatte Ersterer in Folge eines von ihm abgeleisteten Eides obgesiegt. Später ergab sich gegen denselben der Verdacht des Meineides, weshalb er vor den Untersuchungsrichter geladen wurde, welcher ihm, wie er behauptet, in Gegenwart eines schon bereit gehaltenen Gendarmen die Verhaftung mit dem Besage ankündigte, er werde ihn nur für den Fall freilassen, wenn er den gegen A. errungenen Vortheil aufgebe.

E. schloß nun mit dem im Nebenzimmer befindlichen A. eine Uebereinkunft, welche er nachher wegen des vom Untersuchungsrichter ausgeübten Zwanges als nichtig anfocht.

Nach der Ansicht der beiden ersten Instanzen war der behauptete Zwang nicht von solcher Be-

aber das vorhandene ganze Vermögen zu gleichen Theilen an die beiderseitigen nächsten Verwandten übergehen sollte, ist doch wenigstens durch den besondern Umstand motivirt, daß der überlebende Theil seinen Willen später dahin erklärt hatte, daß die Intestaterbfolge einzutreten habe. Diese Erklärung mag zwar eine Vermuthung begründen, daß der vorabgestorbene Ehegatte, um dessen Nachlaß es sich handelte, den Vertrag in gleicher Absicht abgeschlossen habe; allein als der einseitigen Erklärung eines zweiseitigen Geschäftes durfte ihr eine entscheidende Wirksamkeit nicht beigelegt werden.

schaffenheit, um die Nichtigkeitklage begründen zu können, wogegen der oberste Gerichtshof ausführlich und überzeugend entwickelte, daß hier ein großer und widerrechtlicher Zwang, wie ihn das Gesetz erfordert, behauptet sei.

Der Untersuchungsrichter habe zwar unter Umständen die Befugniß gehabt, den G. in Untersuchungshaft zu nehmen; er sei aber nicht befugt gewesen, ihm für den Fall, daß er den erworbenen Vortheil aufgebe, die Unterlassung dieser Maßnahme in Aussicht zu stellen, d. h. ihn für den Fall des Nichtaufgebens dieses Vortheiles mit der Vornahme der Verhaftung zu bedrohen. Diese Bedrohung sei eine widerrechtliche im Sinne des Gesetzes und enthalte zugleich einen großen Zwang, weil es sich unter sehr ernstlichen Umständen um die Beraubung der persönlichen Freiheit gehandelt habe, welcher Fall im Gesetze — fr. 7 §. 1, fr. 22, fr. 23 §. 1 quod metus causa (4, 2) — besonders hervorgehoben sei.

Nichtobestoweniger wurde die Klage auch vom obersten Gerichtshofe abgewiesen, weil das bayer. R. Th. IV Kap. I §. 25 Nr. 1 bestimme, daß der Zwang die Nichtigkeit des Geschäftes nur dann zur Folge habe, wenn derselbe von einem der Paciscenten selbst oder mit dessen Wissen und Willen von einem Dritten ausgeübt worden sei.

Zwar ist — so sagen die Gründe weiter — diese Beschränkung im Texte des Gesetzes nicht enthalten und besagt dasselbe vielmehr bloß, daß es eins sei, ob der Zwang von einem der Paciscenten selbst oder von einem Dritten ausgeübt wurde; allein nach der von Frhrn. von Kreittmayr in den Anmerkungen Nr. 2 lit. g gegebenen Aufklärung ist diese Gesetzstelle nur mit der bemerkten Beschränkung zu verstehen; denn es sind hienach die Worte „mit seinem Wissen und Willen“ nach dem

Worte „oder“ aus einem bloßen Schreibfehler in dem zum Drucke beförderten Exemplare hinweggeblieben, daher im Texte zu suppliren.

Wenn auch im Allgemeinen die Anmerkungen zum LR. nicht als mit Gesetzeskraft bekleidet anzusehen sind, so ist ihnen diese Wirkung doch in dem Falle beizulegen, wenn sie, wie hier, nicht bloß der Ausdruck einer doktrinellen Ansicht des Verfassers sind, sondern die Konstatirung einer Thatsache, die Beurkundung der wirklichen Willensmeinung des Gesetzgebers enthalten, von welcher der Urheber der Anmerkungen, als der gleichzeitige Verfasser des Gesetzbuches selbst, authentisches Zeugniß geben konnte. Ueberdies entspricht jene Beschränkung der Wirkung des von einem Dritten ausgegangenen Zwanges auch der Auffassung des Zwanges als einer species doli, welche der Bestimmung der *GD.* Kap. XVII §. 1 Nr. 12 Anmerk. lit. m zu Grunde liegt.

DABE. v. 5. Febr. 1867 RNr. 274^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Auch an anderen Stellen der Anmerkungen sind Schreib- oder Druckfehler berichtigt, wie z. B. Th. III Kap. I §. 20 Nr. 6, wo „Unwürdigen“ statt „Unfähigen“ steht, dann Th. III Kap. VIII §. 6 Nr. 6, wo „donatarii“ statt „donatoris“ und „nicht“ statt „noch“ zu lesen ist. Berichtigungen, wie diese, kann man unbedenklich hinnehmen, weil sie sich, ganz abgesehen von ihrer Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, aus ihrem Zusammenhange mit dem Rechtssysteme von selbst ergeben.

Anderß aber verhält es sich im vorliegenden Falle.

Das gemeine Recht gibt die *actio quod metus causa* gegen den schuldlosen wie gegen den

schuldigen Paciscenten, was auch im bayer. Rechte, so wie es im Drucke erschienen ist, bezüglich der statt der römischen Rescissionsklage eingeräumten Nichtigkeitsklage der Fall ist.

Wenn man nun, wie Frhr. v. Kreittmayr will, die Worte „mit dessen Wissen und Willen“ einschaltet, so ergibt sich in diesem Punkte nicht nur eine wesentliche Abweichung vom gemeinen Rechte, sondern auch eine völlige Gleichstellung des Zwanges mit dem Betruge. Hätte man diese Gleichstellung, welche die Anmerkungen Not. 2 lit. g ausdrücklich hervorheben, wirklich beabsichtigt, so wäre eine für den Zwang und Betrug gemeinschaftliche Bestimmung ebenso einfach und natürlich gewesen, als es unter Voraussetzung jener Absicht unerklärlich bleibt, wie der Gesetzgeber für beide Fälle besondere Bestimmungen treffen und sich dabei ad 1 (vom Zwange) der Worte „und ist hierinfallß eins“ bedienen, dann, zum Betruge übergehend, fortfahren konnte:

„Ad 2 ist ein Unterschied“ u., welche letzteren Worte sich an die Bestimmung ad 1, so wie sie gedruckt ist, ganz folgerichtig anschließen, dagegen nach der von Frhrn. v. Kreittmayr angegebenen Einschaltung ein wahres Muster von Verkehrtheit bilden.

Aber nicht genug: Frhr. v. K. verwickelt sich durch seine Berichtigung noch in ganz andere Widersprüche.

Er sagt (Not. 2 lit. b), daß nach bayer. Rechte die erzwungenen Handlungen allemal gleich ipso jure zusammenfallen, ohne daß man einer restitutio in integrum und anderer ambages, deren sich die Römer bedienten, hiezu bedürfe.

Dieses paßt vollständig zum Urtexte des Gesetzes; dem berichtigten Gesetztzte gegenüber ist es nicht mehr wahr, denn wenn die Nichtigkeits-



klage nur gegen den schuldigen Paciscenten zulässig ist, so fällt der Handel nicht allemal zusammen, und es bleibt im Falle der Schuldlosigkeit des Paciscenten nur die Regreßklage gegen den schuldigen Dritten, welche aber ohne Restitution dem Rechtsbedürfnisse nicht abhilft.

Nach den Anmerkungen Not. 2 lit. g mit ihrer Bezugnahme auf Not. 1 lit. g steht freilich dem Beschädigten das (Not. 2 lit. b als unnöthig erklärte) Restitutionsrecht zu. Dieses ist aber offenbar unrichtig, weil in Th. IV Kap. XV §. 13 mit der Bemerkung, daß die civilrechtliche Wiedereinsetzung solcher, welche sich nicht der Rechte Minderjähriger erfreuen, in hiesigen Landen weder gebräuchlich, noch nöthig oder zulässig sei, hinsichtlich des Zwanges und Betruges lediglich auf Kap. I §. 25 verwiesen ist, und hier (sub 2) die Restitution nur bezüglich des Betruges, nicht aber auch (sub 1) bezüglich des Zwanges vorbehalten wird.

Frägt man nun, was den Gesetzgeber bewogen haben möge, die Restitution gegen den Betrug einzuräumen und gegen den Zwang, als die schlimmere und gefährlichere Störung des Rechtszustandes zu versagen, so kann man bei berechtigtem Gesetze den Gesetzgeber nicht von Absurbität freisprechen, während, wenn man den Gesetztext unverändert läßt, die Antwort ganz einfach dahin lautet, daß neben der im Gesetze ausgesprochenen Richtigkeit aller erzwungenen Handlungen der Vorbehalt einer Restitution ganz und gar überflüssig gewesen wäre ¹⁾.

¹⁾ Man sehe folgenden Fall: A. schenkt dem B. ein werthvolles Kleinod, wozu er von C. ohne Wissen des B. gezwungen ist. Dieser verkauft das Kleinod an E., welcher nun in Konkurs geräth.

Nach dem unveränderten Gesetztexte ist die Schenkung nichtig; A. verliert nur den Besitz, nicht



Es ergibt sich also, wie aus dem äußeren, so auch aus dem inneren Sachverhältnisse²⁾, daß es sich hier um etwas mehr als um einen bloßen Schreibfehler handelt, und es muß daher erlanbt sein, der in den Anmerkungen, als einem Privatwerke, enthaltenen Berichtigung jede Authentizität abzuspochen, und dagegen die Behauptung aufzustellen, daß zur nachträglichen Einschaltung der fraglichen Worte, um sie nicht als Interpolation erscheinen zu lassen, alles Dasjenige nöthig wäre, was zur ordnungsmäßigen Promulgation eines Gesetzes erfordert wird.

Rm.

das Eigenthum, und kann daher das Kleinod von der Konkursmasse, wie von jedem dritten Besitzer, vindiziren. Einer Restitution bedarf er also nicht.

Nach berichtitem Geseferte ist A. ohne Rechts- hilfe; denn die Schenkung bleibt bei Kraft, B. erwirbt das Eigenthum und kann es rechtmäßig an C. übertragen. A. hat also kein Vindikationsrecht, die Regreßklage gegen C. bietet keinen Erfolg und die Restitution, deren er so sehr bedürfte, ist ihm vom Gesetze abgeschnitten.

- 2) Die vom obersten Gerichtshofe zur Unterstützung seiner Entscheidung citirte Anmerkung lit. m zur O. Kap. XVII §. 1 Nr. 12 sagt nichts weiter, als daß unter der in dieser Gesefstelle erwähnten Gefahrde auch der widerrechtliche Zwang zu verstehen sei, woraus gewiß nicht hervorgeht, daß die civilrechtliche Behandlung des Zwanges mit der des Betruges übereinstimmen müsse. Dagegen wird, was viel erheblicher ist, in den Anmerk. 3. LR. Th. II Kap. I §. 11 Not. 3 die *actio quod metus causa* als Beispiel einer *actio in rem scripta* angeführt. Indem sich dieses Beispiel in einem zur Erläuterung des bayer. Rechtes bestimmten Werke befindet, wäre es übel gewählt, wenn die Klage wegen Zwanges nicht auch nach bayer. Rechte gegen den schuldlosen Pacif- centen stattfände; denn nur in der Richtung gegen



2.

Verbindet die Anerkennung eines Miteigenthümers, daß ein die Zwangsabtretung begründender Fall vorliege, auch die übrigen Miteigenthümer?

Einige im Miteigenthum der St.'schen Eheleute befindliche Grundstücke sollten zum Eisenbahnbau abgetreten werden. Nachdem der Ehemann für sich und seine Ehefrau zu Protokoll anerkannt hatte, daß diese Grundstücke der gesetzlichen Abtretungspflicht unterliegen, beantragte der k. Fiskus die gerichtliche Einleitung der Werthschätzung, wogegen aber die St.'schen Eheleute aus dem Grunde protestirten, weil von Seite der Ehefrau eine rechtsgiltige Anerkennung der Abtretungspflicht nicht vorliege.

Die beiden ersten Instanzen erkannten diese Protestation als gegründet, weil die Anerkennung der Abtretungspflicht die Ueberlassung des Eigenthumes zur Folge habe, der Ehemann aber nach bayer. O. R. Th. I Kap. VI §. 26 Nr. 1 nicht berechtigt sei, liegende Güter der Ehefrau ohne deren Einwilligung zu veräußern. —

Man könnte vielleicht annehmen, daß die Erwägung und Beantwortung der Frage, ob die gesetzlichen Vorbedingungen der Zwangsabtretung gegeben seien, dem eheherrlichen Administrationsrechte anheim falle; der oberste Gerichtshof (Erf. v. 25. Jan. 1867 Reg.-Nr. 240^{66/67}) hat sich jedoch hierüber nicht geäußert, sondern die Protestation der St.'schen Eheleute aus einem vom ehelichen Güter-

diesen, so wie gegen andere schulblofe Personen, keinesfalls aber in der Richtung gegen den Gewaltthäter selbst, ist sie als *actio in rem scripta* denkbar: fr. 9 §. 8 *quod metus causa* (4, 2).



verhältnisse unabhängigen, die Miteigenthümer im Allgemeinen betreffenden Gründe, nämlich deshalb verworfen, weil nach den Anmerkungen z. Vid. Th. II Kap. II §. 16 Nr. 4 (fünften) die Regel, daß ein condominus ohne den anderen in re communi nichts thun dürfe, in casu necessitatis vel utilitatis publicae einen Abjag leide, und ein solcher casus hier gegeben sei.

Sollte hier nicht ein circulus vitiosus vorliegen?

Durch die Anerkennung der Abtretungspflicht wird die den Administrativstellen zustehende Entscheidung dieser Frage beseitigt. Wenn nun der Entwährende eine solche Anerkennung behauptet und das Gericht über die Rechtsgiltigkeit derselben zu erkennen hat, so wird es doch seine Entscheidung nicht dadurch begründen können, daß es den gerade in Frage stehenden casu necessitatis als gegeben voraussetzt.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Das Verlassenschaftsgericht ist zuständig, zu bestimmen, ob die Erbtheile einiger nach Amerika ausgewanderter Interessenten an deren in einem anderen Gerichtsbezirke wohnhafte vermittelte Mutter ausgeantwortet werden können.

Am 10. Juli 1851 starb zu Glattbach, k. Landesgerichts Aschaffenburg, die Wittve Anna Maria W. mit Hinterlassung eines außergerichtlichen Testaments, auf Grund dessen bei dem genannten Gerichte die Auseinandersetzung des Nachlasses beschäftigt wurde.



Unter den Erben befanden sich die Relikten des verlebten Werkführers Konrad B. in Fürth, nämlich dessen Wittve Regina B. und dessen vier Kinder Jakob, Amalie, Friederike und Wilhelmine.

Als es zur Vertheilung der Nachlassmasse kam, wurde vom k. Landgerichte Aschaffenburg am 4. Okt. 1866 an das k. Stadtgericht Fürth Requisition gestellt, den auf diesen Erbstock treffenden Betrag von 81 fl. 23 kr. an die genannten Relikten auszuführen.

Bei dem hiezu anberaumten Termine vom 26. dess. Mts. erschien die Wittve Regina B. mit zwei von ihren Kindern, nämlich mit Jakob und Amalie B. und erklärte, daß ihre Töchter Friederike und Wilhelmine in Amerika seien, daß sie aber bereit sei, wenn ihr die auf diese Töchter treffenden Antheile zu 32 fl. 14 kr. ausgehändigt werden wollten, jede Haftung zu übernehmen.

Das k. Stadtgericht Fürth zahlte an die Erschienenen die sie treffenden Antheile mit 48 fl. 20²/₅ kr. zusammen aus und gab mittelst Beschlusses vom nämlichen Tage dem k. Landgerichte Aschaffenburg die Verfügung über den zurückbehaltenen Betrag von 32 fl. 14 kr. bzw. über den bezüglichen Antrag der Wittve B. anheim.

Das k. Landgericht Aschaffenburg erklärte aber in einem Schreiben vom 10. Nov. desselb. Jrs., daß es die Verbescheidung dieses Antrages dem k. Stadtgerichte Fürth überlassen müsse, weil die genannten Töchter des verlebten Konrad B. erst nach dessen Uebersiedlung von Blattbach nach Fürth nach Amerika ausgewandert seien.

Vom k. Landgerichte Aschaffenburg wurde nun durch den Staatsanwalt am k. Bezirksgerichte daselbst die Entscheidung des vorliegenden negativen Kompetenzkonfliktes angeregt, nach dessen Instruktion sich der oberste Gerichtshof für die Zuständigkeit des



k. Landgerichtes Aschaffenburg aussprach, und zwar aus folgenden Gründen:

Den Gegenstand des vom obersten Gerichtshofe zu verbescheidenden Kompetenzkonfliktes bildet die Zuständigkeit zur Beschlussfassung auf das Vorbringen der Wittve Regina B. im Protokolle des k. Stadtgerichtes Fürth vom 26. Okt. 1866, welches als Antrag auf Aushändigung des ihre Töchter Friederika und Wilhelmina B. treffenden Erbanteiles zu 32 fl. 14 kr. aufzufassen ist und von den in Konflikt befindlichen Gerichten auch in dieser Art aufgefaßt wurde. In dieser Beziehung mußte die Zuständigkeit des k. Landgerichtes Aschaffenburg ausgesprochen werden. Denn dieses ist unbestrittenermaßen zur Auseinandersetzung der Verlassenschaft der Wittve Anna Maria Weisler von Glattbach zuständig. Kraft dieser Kompetenz hat es aber auch darüber zu entscheiden, an welche Personen die zu Geld gemachte Nachlassmasse auszuhändigen sei, ob die Wittve Regina B. in Fürth befugt sei, die auf ihre mehrerwähnten Töchter treffenden Quoten in Empfang zu nehmen oder nicht, und im Bejabungsfalle, unter welchen Bedingungen dieß geschehen dürfe. Ueber alle diese Punkte steht dem k. Stadtgerichte Fürth, welches in dieser Sache lediglich nach den Requisitionen der Verlassenschaftsbehörde zu handeln hat, eine Kompetenz nicht zu. Erst nach Verbescheidung des oben erwähnten Antrages und je nach dem Inhalte des erlassenen Bescheides kann sich die Frage über die Nothwendigkeit der Anordnung einer Absentenkuratel über die Schwestern B. und über die Kompetenz hiezu, wenn deren Nothwendigkeit angenommen werden sollte, zur praktischen Lösung ergeben.

Erk. d. O. G. v. 3. Mai 1867 UB. Nr. 63.

— | —



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

Inhalt: Kompensation durch illiquide Gegenforderungen. Replik der Litißpendenz. — Weiderechtäusübung mit Bestandvieh. — Befreiung von der primären Kirchenbaulast auf den Grund der Verjährung. Substantzierung der beschuldigten Klage. — Verbot der Vermögenskaufhändigung an Unteroffiziere und Soldaten. — Abtretung des Vorranges einer Hypothek. Unterlassene Eintragung im Hypothekendbuche. — Einräumung des Manges einer erloschenen aber noch nicht gelöschten Hypothek an einen anderen Gläubiger nach §. 84 des Hypothekengesetzes. — Die Klage gegen einen Photographen auf Bezahlung der demselben zu seinem Geschäftsbetriebe gelieferten Materialien ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. — Verdictigungen.

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

1.

Kompensation durch illiquide Gegenforderungen. Replik der Litißpendenz.

Laut Kaufvertrages vom 10. Aug. 1863 verkaufte E. an F. ein Anwesen um 10,000 fl. zahlbar in vier Jahresfristen zu 2500 fl. Als E. eine verfallene Frist einklagte, erwiderte F., er habe laut Kaufvertrages vom 4. August 1863 an E. ein Anwesen um 14,000 fl. verkauft, von diesem in vier Jahresfristen zu 3500 fl. zahlbaren Kaufschillinge sei eine Frist verfallen, und an dieser kompensire er die eingeklagten 2500 fl.

Kläger entgegnete mit Bezug auf die Gerichtsakten, daß er gegen diesen allerdings abgeschlossenen Kauf mit einer Klage auf Rescission des Vertrages und eventuell auf Minderung des Kaufpreises um 6200 fl. eingekommen, daß hierüber gerichtlich verhandelt, die endliche Entscheidung aber noch nicht erfolgt sei. Die Gegenforderung des Beklagten sei

Neue Folge XII. Band.

giebiges Maß von Ausdehnung, geht aber nicht so weit, daß seine Anwendung im vorliegenden Falle als gerechtfertigt erscheinen könnte. Die zur Kompensation gebrauchte Gegenforderung von 3500 fl. ist nämlich durch eine öffentliche und vom Kläger auch anerkannte Kaufurkunde bewiesen. Wenn der vom Kläger über die Rescission des Kaufvertrages anhängig gemachte Rechtsstreit noch im Laufe ist, so hätte man, anstatt die Illiquidität der Gegenforderung zu behaupten, füglich die klägerische Vermängelung derselben als illiquid bezeichnen können.

Vollkommen richtig ist dagegen die Behauptung, daß diese Gegenforderung, weil über die Rescission des Kaufes ein besonderer Rechtsstreit anhängig ist, hier nicht abermals einen Gegenstand der richterlichen Entscheidung bilden darf; dieses gibt jedoch keinen Grund, die Kompensationseinrede zu verwerfen, weil nach fr. 8 de comp. (16, 2) eine schon anderwärts im Rechtsstreite befangene Forderung immer noch zur Kompensation gebraucht werden kann (Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 300, Bd. IX Nr. 80, Bd. XVI Nr. 39).

Wollte man daher nebst den Wirkungen der Rechtshängigkeit auch der Kompensationseinrede des Beklagten gerecht werden, so mußte man, anstatt den Beklagten jetzt schon zur Zahlung zu verurtheilen, die Entscheidung gegenwärtiger Sache bis zum Ausgange des präjudiziellen Rescissionsstreites aufschieben¹⁾.

¹⁾ Die in diesen Blättern Bd. XI S. 56 mitgetheilte Entscheidung wäre gewiß richtig, wenn es sich dort nicht um den Executivprozeß gehandelt hätte.

Wird nach den Grundsätzen dieser Prozeßart die schon anderwärts als Klage angebrachte Einrede *ad separatim* verwiesen, so wird über dieselbe nicht wiederholt verhandelt und entschieden, und die Grund:



Ein ähnliches Verhältniß besteht bezüglich der Kompensationspost zu 1400 fl., welche der Kläger dem Beklagten schuldig geworden zu sein ausdrücklich einbekannt hat. Der Unterschied zwischen dieser Post und der Post von 3500 fl. besteht nur darin, daß letztere durch die Rescissionsklage in ihrem Entstehungsgrunde angegriffen ist, erstere aber auch schon im Rescissionsprozeß als Kompensationspost vorkommt.

Begreiflich kann man eine und dieselbe Forderung nicht zweimal in Abrechnung bringen²⁾; man ist aber nach der citirten Digestenstelle nicht gehindert, dieselbe Forderung, so lange noch ungewiß ist, ob oder wie weit sie im ersten Prozesse absorbiert werden werde, in einem zweiten Prozesse *compensando* geltend zu machen. Dies kann jedoch nur unbeschadet der Wirkungen der *Litispendenz* geschehen, so daß sich die Sache bezüglich der 1400 fl. hier ebenso, wie bezüglich der Gegenforderung von 3500 fl., gestaltet.

Rm.

säße der Rechtshängigkeit stehen also der Beurtheilung des Beklagten nicht entgegen. Vergl. *Seuffert's Archiv* Bb. III Nr. 229.

- 2) Einsender vermochte sich aus dem oberstrichterlichen Erkenntnisse ohne Einsicht der Akten nicht klar zu machen, wie denn Beklagter in die Lage gekommen sein mochte, der auf mangelhafte Extradition der Kaufobjekte gestützten Rescissionsklage seine Forderung von 1400 fl. als Kompensationspost entgegenzusetzen; daß jedoch eine definitive Abrechnung dieser 1400 fl. nicht stattgefunden habe, läßt sich aus den oberstrichterlichen Gründen sicher entnehmen, weil sonst in denselben nicht gesagt sein könnte, daß diese Gegenforderung erst noch im Rescissionsprozeß ihrer Entscheidung entgegensetze.



2.

Weiderechtsausübung mit Bestandvieh.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen wird Nachstehendes mitgetheilt:

Es ist eine in der Doktrin des gemeinen Rechtes bestrittene Frage, ob, wenn die Zahl der Viehstücke bei einem bestehenden Weiderecht nicht ausdrücklich bestimmt ist, der Berechtigte so viele Stücke zur Weide treiben dürfe, als er mit seinem eigenen Futter überwintern kann, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Viehstücke dem Berechtigten eigenthümlich gehören oder von ihm zum Zwecke des Oekonomiebetriebes gepachtet sind.

In der neueren Literatur haben sich die meisten und gewichtigsten Vertreter für die Bejahung dieser Frage ausgesprochen, und zwar mit Recht, weil diese Ansicht dem Zwecke des Weiderechtes überhaupt und der durch die erweiterte Kultur veranlaßten Ausdehnung desselben vollkommen entspricht, und selbst in positiven Grundsätzen des gemeinen Rechtes eine wichtige Stütze findet.

Denn das Weiderecht bezieht sich ganz vorzüglich auf das Bedürfniß des berechtigten Gutes, und wenn in einem Gebietstheile, wie hier, die Viehzucht den hauptsächlichsten Theil der Landwirthschaft bildet, so muß nach fr. 4 de serv. praed. rust. (8, 3) jenes Bedürfniß den Anhaltspunkt zur Beurtheilung des Umfanges und Inhaltes des Weiderechtes selbst dienen.

Da nun das Bedürfniß des herrschenden Gutes in der Gewinnung der Nahrung des Viehes besteht, durch welches die Viehzucht vermittelt wird, so kann offenbar nichts darauf ankommen, ob dieser Zweck

durch eigenes oder gepachtetes Vieh erreicht wird, indem das letztere ebenso wie das eigene zu dem Zwecke beiträgt, für welchen das Weiderecht bestellt wurde, und es für den Eigenthümer des dienenden Gutes ganz gleichgiltig ist, ob der Berechtigte dieses oder anderes Vieh zur Weide treibt, wenn es nur zum Zwecke der Befriedigung des herrschenden Gutes und innerhalb der Grenzen der Weidebefugnisse geschieht.

Allerdings darf der Berechtigte kein fremdes Vieh im Interesse und zum Vortheile des Eigenthümers desselben mitweiden lassen, selbst wenn hiedurch die Zahl der Viehstücke das Maß der Berechtigung nicht übersteigt, — fr. 44 locati (19, 2) — allein wesentlich hievon verschieden ist der Fall, wenn der Eigenthümer des herrschenden Gutes Vieh zur Befriedigung des eigenen Bedürfnisses pachtet, weil er hiedurch nicht sein Weiderecht auf den Eigenthümer dieses Viehes überträgt, sondern nur mittelst desselben sein eigenes Weiderecht ausübt.

DABG. v. 26. Febr. 1867 Nr. 451^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Gegen dieses Erkenntniß wird sich die in diesen Blättern Bd. VIII S. 128 mitgetheilte gegentheilige Entscheidung nicht behaupten können.

Im Zweifel ist zwar der Umfang einer Servitut in der beschränktesten Weise zu bestimmen; allein es ist nicht minder ein allgemeiner Grundsatz, daß, wenn bestimmte Beschränkungen nicht bestehen, das Bedürfniß des herrschenden Gutes entscheidet, und daß nur über dieses Bedürfniß nicht hinausgegangen werden darf (fr. 5 §. 1, fr. 6 pr. de serv. praed. rust. (8, 3)).

Wird dieser allgemeine Grundsatz als Maßstab für ein indeterminirtes Weiderecht angewendet, so ergibt sich von selbst, daß nur das Bedürfniß,

nicht aber das Weidevieh ein eigenes sein müsse, und daß, während selbst das eigene Vieh, so weit seine Stückzahl das Bedürfnis des herrschenden Gutes überschreitet, von der Weide wegzubleiben hat, das fremde Vieh, wenn es dem Gutsbedürfnisse entspricht und gerade wegen desselben gepachtet wurde; zur Weide zuzulassen sei.

In der oben erwähnten früheren Entscheidung wird der Ausschluß des Bestandsviehes auf den Satz gegründet, daß jede Dienstbarkeit civiliter zu gebrauchen sei; dieser Satz will aber nur sagen, daß, wenn der Berechtigte die gleiche Befriedigung des Bedürfnisses durch verschiedene Benützungswesen erreichen kann, von letzteren diejenige eingeschlagen werden müsse, welche für das dienende Gut die schonendste ist, — fr. 9 de serv. (8, 1), fr. 20 §. 1 de serv. praed. urb. (8, 2), fr. 4 §. 1, fr. 5 §. 1 de itin. actuque (43, 19) — so daß also jener Satz auf die Frage des Umfanges der Berechtigung ohne allen Einfluß ist, und nur Rücksichten der Ausübung unbeschadet dieses Umfanges gebietet.

Rm.

3.

Befreiung von der primären Kirchenbaulast auf den Grund der Verjährung. Substanzierung der desfallsigen Klage.

Vgl. Bd. VII S. 107; Bd. XII S. 284; Bd. XVII S. 223; Bd. XXIII S. 67.

Die Kirchenverwaltung G. klagte gegen den k. Fiskus auf Uebernahme der primären Kirchenbaulast, indem sie von derselben befreit sei, weil der k. Fiskus innerhalb der entsprechenden Verjährungszeit die Baulast ungeachtet der eigenen Vermöglichkeit der Kirche getragen habe.

Die Klage wurde wegen mangelhafter Substanzirung abgewiesen, wobei sich die oberstgerichtlichen Gründe in nachstehender Weise aussprechen:

Nur jene Kirche kann als vermöglich betrachtet werden, welche nach Bestreitung der gewöhnlichen Kultusbedürfnisse noch einen für keine anderen Zwecke bestimmten, sondern zur Bestreitung der Baulichkeiten verfügbaren Ueberschuß hat (Permanenter kirchliche Baulast §. 13).

Um ein solches Kirchenvermögen nachzuweisen, kann es daher nicht genügen, wenn aus den Rechnungen bloße Einnahmsüberschüsse dargelegt werden, vielmehr sind die Vermögensverhältnisse der Kirche in einer solchen Art nachzuweisen, daß daraus zu ersehen ist, wie nach Hinwegrechnung aller für den Kultus erforderlichen Ausgaben noch ein Ueberschuß sich ergab, welcher zu Baukosten verwendbar erschien.

Nur wenn solche Ueberschüsse wirklich vorhanden waren und dennoch der Staat die Baukosten aus eigenen Mitteln bestritt, läßt sich der Schluß rechtfertigen, daß sich derselbe als primär baupflichtig gerirt habe. In solcher Art sind aber die Vermögensverhältnisse der Kirche G. in der Klage nicht dargelegt.

Die bloße Anführung größerer oder geringerer Ueberschüsse in den einzelnen Jahresrechnungen ohne nähere Angabe, wie und unter welchen Umständen sie entstanden, ist nicht ausreichend, die Klage in der bezeichneten Richtung zu substanziren, und zwar um so minder, als nach beiderseitigem Zugeständnisse das Kirchenvermögen nur in 203 fl. und später in 366 fl. bestand und hienach die Kirchenstiftung nicht für so vermöglich erklärt werden kann, größere Baukosten zu bestreiten. Rentenüberschüsse sind zwar selbst in unzureichender Größe wenigstens zur Bestreitung eines Theiles der Baukosten zu verwenden. Demungeachtet wäre der hier fehlende



Nachweis beizubringen gewesen, daß die fraglichen Ueberschüsse in obiger Art aus dem Vermögen der Kirche gewonnen und zur Deckung der Baukosten verwendbar geworden seien, aber hierzu nicht wirklich verwendet wurden.

Die Ansicht der Kirchenverwaltung, daß die nähere Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse der Kirche, dann der Art und Weise, wie und unter welchen Umständen Rentenüberschüsse sich ergeben haben, dem Beweisstadium zu überlassen sei, erledigt sich dadurch, daß über eine unsubstanzierte Klage ein Beweisverfahren gar nicht eröffnet werden kann¹⁾.
Rm.

DAßEr. v. 12. Febr. 1867 RNr. 281^{66/67}.

4.

Verbot der Vermögensaußhandigung an Unteroffiziere und Soldaten.

Der zum oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 6. Dez. 1864 (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 92)

¹⁾ Ungeachtet der Auslegung, welche die G. D. Kap. IV §. 7 Nr. 3 in den Anmerkungen sub lit. o in Beziehung auf dingliche Klagen gefunden hat, und welche von den Gerichten bisher auch als Richtschnur angenommen worden ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Klägerin, indem sie ihre Freiheit von der primären Baulast und den Uebergang derselben an den k. Fiskus auf Verjährung gründete, diesen speziellen Titel nach allen Richtungen gehörig substanziren mußte; es dürfte aber doch wohl zu bezweifeln sein, ob sie verbunden gewesen sei, die Klage bezüglich der behaupteten Vermögenslosigkeit der Kirche so tief eingehend zu substanziren, daß nicht der Nachweis jährlicher Rentenüberschüsse genügt hätte, sondern auch der Nachweis, wie und unter welchen Umständen dieselben entstanden seien, erforderlich gewesen wäre.

ausgesprochene Grundsatz, daß das in der Ueberschrift bezeichnete Verbot (Gesetz v. 15. Aug. 1840 Gesetzbl. S. 57, mit Bezug auf die B.D. v. 21. Aug. 1807 Reg.-Bl. S. 1395) nur im militärischen Interesse erlassen sei und von Dritten zu privatrechtlichem Schutze nicht angerufen werden könne, wurde wiederholt anerkannt durch LAO. Erf. v. 12. Febr. 1867 RRr. 331^{66/67}.

Rm.

5.

Abtretung des Vorranges einer Hypothek. Unterlassene Eintragung im Hypothekenbuche.

Gegen die Aufstellung Lehner's (Lehrb. d. Hyp.-R. Bd. I §. 113 Nr. 5 u. §. 114), daß bei einer Vorrangseinräumung nach §. 62 d. Hyp.-Gef. die betreffenden Hypotheken ihre Stellen tauschen, und daß die Eintragung der Vorrangseinräumung im Hypoth.-Buche zum Vollzuge dieses Vertrages nothwendig sei, hat der oberste Gerichtshof durch Erkenntniß vom 18. Febr. 1867 (Reg.-Nr. 391^{66/67}) die auch in diesen Blättern Bd. XXVI S. 65 folg. vertheidigte Ansicht Bönnert's (Kom. Bd. I S. 503 folg. u. Bd. II S. S. 272 Nr. 2) angenommen, nach welcher die Vorrangseinräumung unter den Kontrahenten auch ohne Eintragung wirkt, und nur zur Folge hat, daß der jüngere Gläubiger seine Befriedigung an der Stelle des älteren zu suchen hat.

Rm.

6.

Einräumung des Ranges einer erloschenen aber noch nicht gelöschten Hypothek an einen anderen Gläubiger nach §. 81 des Hypothekengesetzes.

Vgl. Bd. XVIII S. 413, 415; Bd. XX S. 253; Bd. XXIX S. 234.

Auf einem Anwesen war ein Annuitätenkapital der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank hypo-

thefarisch eingetragen, zurückzahlbar in 43 Jahren durch jährliche Zahlung von 5 Prozent, wovon 4⁰/₁₀₀ Zinsen sein sollten. Darauf war noch für zwei andere Gläubiger Hypothek bestellt, und an vierter Stelle hatte den Rang ein weiterer Gläubiger, welchem der Schuldner beim Empfange des Darlehens zugesichert hatte, daß er vor den ihm vorgehenden Hypothekgläubigern in denjenigen Rang eintreten solle, welcher durch die geleisteten Annuitätenzahlungen leer werden würde.

Als in der Folge die Sant gegen den Schuldner ausbrach und der jüngste Gläubiger den durch Annuitätenzahlung leer gewordenen Rang vor den ihm vorgehenden älteren zwei Hypothekgläubigern beanspruchte, wies das Gericht erster Instanz denselben mit diesem Antrage ab, und motivirte seinen Ausspruch dahin, daß der §. 84 des Hypothekengesetzes auf Annuitätenkapitalien nicht anwendbar sei, weil der nachfolgende Hypothekgläubiger durch den Eintrag seiner Forderung bereits ein Anrecht auf Vorrückung in der durch Annuitätenzahlung frei werdende Quote erworben habe, und ihm dieses Recht durch eine spätere Verfügung des Schuldners nicht verfürzt werden dürfe.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte zwar diesen Ausspruch, jedoch bloß aus dem Grunde, weil die Rechte der Hypotheken- und Wechselbank auf die ganze Hypothek nicht von Jahr zu Jahr oder von Zahlung zu Zahlung gemindert worden seien, sondern das Annuitätenkapital in seinem ganzen Umfange stehen bleiben müsse, bis es nach Umlauf von 43 Jahren vollständig getilgt worden, weshalb die hiefür bestellte Hypothek weder ganz noch theilweise löschungsfähig geworden und der in §. 84 des Hypoth.-Ges. vorgesehene Fall gar nicht eingetreten sei.

Dem von der ersten Instanz aufgestellten



Grunde stimmte das Appellationsgericht nicht zu, und zwar in der Erwägung, daß die nach dem Annuitätenkapitale mit ihren Forderungen eingetragenen älteren Hypothekgläubiger keinen gesetzlichen Anhaltspunkt dafür haben, daß die Hypothek des Annuitätenkapitales sich mindere, vielmehr nur eine einfache menschliche Hoffnung hiefür bestehe, und diese Hoffnung sei nicht größer oder berechtigter, als sie jeder Hypothekgläubiger hegen könne, welchem Hypothekkapitalien vorgehen, die in gewissen Fristen heimzahlbar seien.

Auf eingewendete Revision bestätigte der oberste Gerichtshof den Ausspruch der beiden Vorinstanzen und äußerte sich in den Gründen hiezu auf nachstehende Weise:

Die vom Gerichte zweiter Instanz zur Rechtfertigung seines Ausspruches angeführten Gründe erscheinen insoferne nicht haltbar, als bei der über den Schuldner ausgebrochenen und durchgeführten Gant die Annuitätenzahlung unterbrochen worden ist, und hiemit auch die darauf bezüglichen Verhältnisse sich wesentlich geändert haben.

Gemäß §. 57 der Statuten der bayerischen Hypotheken- und Wechselbank v. 17. Juni 1835 (Reg.-Bl. 1835 S. 590) hat zwar das Annuitätenkapital im ganzen Umfange seines ursprünglichen Betrages im Hypothekenbuche stehen zu bleiben und darf hievon nichts gelöscht werden, bis die ganze Schuld getilgt ist. Es folgt dieß von selbst aus der Natur eines solchen Kapitals, indem die Zinsen aus dem ganzen Nominalbetrage fortwährend entrichtet werden müssen, und sofort das Annuitätenkapital in seiner ursprünglichen Größe als fortbestehend anzusehen ist, bis es vollständig getilgt worden.

Allein nunmehr nach durchgeführtem Konkurse ist die Löschung der bezahlten Annuitäten als faktisch erfolgt anzusehen, da die Hypotheken- und Wech-



selbst in ihrem Liquidationsrezeffe die Zahlung eines Betrages von 16,000 fl. hiervon selbst zugestand, und bloß den restigen Kapitalbetrag zur Gant liquidirte, in welchem Betrage dieselbe auch mit ihrer Forderung im Prioritätsurtheile lozirt worden ist.

Abgesehen aber hievon stehen dem Verlangen des Revidenten, ihm das beanspruchte Rangverhältniß einzuräumen, diejenigen rechtlichen Hindernisse entgegen, welche im erstrichterlichen Prioritätsurtheile bereits näher dargelegt worden sind.

Daß in §. 84 des Hyp.-Ges. dem Schuldner zugestandene Recht, einem neuen Gläubiger eine noch eingetragene, aber erloschene Hypothek einzuräumen, kann nur dann in Ausübung gebracht werden, wenn hiedurch andere bereits eingetragene Hypotheken keinen Nachtheil erleiden (v. Bönnert's Komm. z. Hyp.-Ges. Bd. I S. 580).

Ein Annuitätenkapital, wie ein solches für die Hypotheken- und Wechselbank eingetragen steht, stellt den später versicherten Hypothekgläubigern in Aussicht, daß mittelst der stipulirten jährlichen Abschlagszahlungen die vorausgehende Pfandschuld allmählig mehr und mehr vermindert und im entsprechenden Maße die dargebotene reale Sicherheit gehoben und vergrößert werde.

Es beruht dieß nicht, wie die Vorinstanz annimmt, auf bloßen ungewissen Hoffnungen, sondern auf einer vertragsmäßigen Stipulation, auf deren Verwirklichung anzubringen der betreffende Hypothekgläubiger berechtigt ist und zu welchem Behufe er nöthigenfalls gerichtliche Hilfe imploriren kann.

Dieser in Aussicht gestellte und mit jedem Jahre steigende Zuwachs an Realsicherheit wird aber offenbar vereitelt, wenn die offen werbenden Rangstellen wieder ausgefüllt und einem jüngeren Gläubiger für ein neues Darlehen eingeräumt werden würden.

Es läge hierin eine Entziehung wohl erworbenener Ansprüche und Vorzugrechte, und eine solche wesentliche Beeinträchtigung brauchen sich die älteren Gläubiger nicht gefallen zu lassen.

DABG. v. 11. Jan. 1867 Reg.-Nr. 219^{66/67}.
 μ.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Klage gegen einen Photographen auf Bezahlung der demselben zu seinem Geschäftsbetriebe gelieferten Materialien ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen.

Der Photograph Eduard K. von Passau hat nach der Behauptung des Apothekers F. . . zu Nürnberg von diesem 2 bei photographischen Aufnahmen als Hintergrund verwendbare Landschaftsbilder um den Preis von 17 fl. 30 kr. erkaufte. Da K. keine Zahlung geleistet hatte und dem Kläger auch für erkaufte Colloidium noch 48 kr. schuldig geblieben war, erhob F. . . wegen dieser 18 fl. 18 kr. bei dem k. Stadtgerichte Passau Klage.

Diese wurde jedoch vom k. Stadtgerichte zurückgewiesen, weil ein Photograph die im Art. 271 Ziff. 1 des allg. d. GGB. bezeichneten Geschäfte gewerbemäßig betreibt, sohin ein Kaufmann sei, daher auch eine Handelsache vorliege.

Dieselbe Klage wurde dann bei dem k. Handelsgerichte Passau eingereicht, dort auch zur Verhandlung gezogen, die von dem Beklagten hiegegen vorgebrachte Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes aber auch hier für begründet erachtet, in der Erwägung, daß die gekauften Objekte bei den Erzeugnissen eines Photographen nur als Nebensache

in Betracht kommen, daher nicht gesagt werden könne, daß sie in veränderter Form von dem Photographen weiter veräußert werden, daß Geschäft desselben sonach kein Handelsgeschäft sei.

Der Anwalt des Klägers regte hierauf den Kompetenzkonflikt an, welcher sofort instruiert und vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß in dieser Sache das k. Stadtgericht Passau zuständig sei.

Die Gründe dazu sind folgende:

Als ein Handelsgeschäft erklärt das allgemeine deutsche Handelsgesetz im Art. 271 überhaupt jeden Kauf oder jede anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen zu dem Zwecke, um sie entweder, wie übernommen, oder im bearbeiteten oder verarbeiteten Zustande weiter zu verändern, und wer solche Geschäfte gewerbemäßig betreibt, ist nach Art. 4 dieses Gesetzes ein Kaufmann.

Der Photograph hat sich jedoch mit Ankauf von Stoffen nicht zu dem Behufe zu beschäftigen, um sie nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung wieder weiter zu veräußern; seine Thätigkeit ist auf ein Zustandebringen von Erzeugnissen gerichtet, wofür er seine Dienste verdingt und diese sich zunächst in jedem seiner Werke vergüten läßt.

Aber auch selbst dann, wenn er seine Erzeugnisse nicht auf die Hingabe an den Besteller beschränkt, sondern an Andere verkauft, so veräußert er nicht dasjenige, was er vorher gekauft oder angeschafft hat, sondern er veräußert im Wesentlichen das von ihm selbst Geschaffene.

Einem Photographen fehlt daher jedenfalls die Eigenschaft eines Kaufmannes, es mag seine Beschäftigungsweise in den Bereich der Kunst zu ziehen sein oder nicht.

Kann er aber als Kaufmann nicht erachtet werden, so läßt sich auch seine Anschaffung von

Materialien, die er bei Ausführung seiner Beschäftigung zum Verbräuche zu verwenden hat, nicht als ein Handelsgeschäft erkennen, da sie selbst keinen Weiterveräußerungsgegenstand mehr bilden, sondern nur nebenher bei seinem Geschäftsverdienste mit in Berechnung gebracht erscheinen, wie dieß insbesondere bezüglich des vom Kläger aufgeführten Colodiams gilt, wofür ihm der Beklagte noch einen kleinen Betrag schuldet.

Noch minder läßt sich dieß behaupten für die zwei von dem Beklagten bei dem Kläger erkauften gemalten Landschaftsbilder. Denn die Erwerbung solcher Gegenstände, die der Photograph lediglich als Hilfsmittel zum Gebrauche für seine Erzeugnisse und deren Vervielfältigung benützt, kann unter allen Umständen nicht als ein Handelsgeschäft in Betracht gezogen werden, da sie selbst nicht einmal wie ein Verbrauchsgegenstand bei Berechnung seines geschäftlichen Verdienstes zu einer selbständigen Veranschlagung gelangen, vielmehr gleich seinem übrigen photographischen Apparate in Ansehung seines Geschäftes gar nicht als für den Verkehr bestimmt in's Auge gefaßt werden können.

Da hienach weder der Beklagte unter die Kaufleute zu zählen ist, noch auch das Geschäft, aus welchem er belangt wird, als ein Handelsgeschäft sich darstellt, so hat das k. Stadtgericht Passau im Hinblick auf Art. 64 Abs. 1 des Einf.:Ges. zum allgem. d. G. B. mit Unrecht seine Zuständigkeit abgelehnt.

Erf. d. O. G. v. 24. Mai 1867, UB. Nr. 65.

— f —

Verichtigungen.

- §. 107 Z. 9 v. u. statt: „Einrede entgegengehalten werden“
lies: „Einrede nicht entgegengehalten werden.“ —
§. 170 Z. 13 v. o. statt: „Gabr.“ lies: „Gebr.“

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

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

Inhalt: Die Forderung eines Bäckers auf Bezahlung des Brodes, welches er einem Anderen zum Weiterverkaufe zwar auf eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Bäckers in Niederlage gegeben hatte, ist beim Handelsgerichte anzubringen. — Nachdem ein Gerichtshof erster Instanz seine vom Beklagten bestrittene Zuständigkeit durch Erkenntniß ausgesprochen und keine Partei mit der in der Hauptsache eingewendeten Berufung deshalb Beschwerde geführt hat, kann die Entscheidung eines Obergerichtes sich nicht mehr auf die Kompetenzfrage erstrecken. — Unterlassung gerichtlicher Instanz einer Schenkung. Einfluß auf Dritte. — Verpfändete Wechselforderungen und deren Vorzugrecht im Konkurse. Wechselverpfändung ohne Giro.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Forderung eines Bäckers auf Bezahlung des Brodes, welches er einem Anderen zum Weiterverkaufe zwar auf eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Bäckers in Niederlage gegeben hatte, ist beim Handelsgerichte anzubringen.

Bäckermeister H. in G. behauptete in seiner am 13. August 1866 bei dem Handelsgerichte Passau eingereichten Klage, daß er auf Ersuchen der Hausbesitzerbeheleute Joseph und Anna O. von P. bei diesen vor drei Jahren eine Brodniederlage errichtet und seitdem bis zum 26. Juli 1866 fast täglich verschiedene Quantitäten Brod denselben zur Wiederveräußerung für seine Rechnung und auf eigenen Namen übergeben habe, welchem Kommissionsgeschäfte sich diese auch unterzogen. Da sie indeß mit der Zahlung im Rückstande blieben, klagte er gegen sie einen Schuldbrest von 258 fl. ein.

Das Handelsgericht wies jedoch diese Klage von da zurück, weil das behauptete Geschäft für

Neue Folge XII. Band.

die Beklagten kein Kommissionsgeschäft im Sinne des Art. 360 des allg. d. G. B. sei, da der Verkauf des ihnen in die Niederlage gegebenen Brodes kein Handelsgeschäft bilde.

Dieselbe Klage wurde hierauf bei dem Bezirksgerichte Passau eingereicht und hier auch zur Verhandlung gezogen; nach durchgeführter Verhandlung wurden jedoch auch vom Bezirksgerichte wegen seiner Unzuständigkeit in der Sache die Beklagten von der Klage entbunden, weil nach Art. 360 des Handelsgesetzes eine Handelsache vorliege.

Der Anwalt des Klägers regte nun den Kompetenzkonflikt an, welcher vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß das Handelsgericht Passau zuständig sei.

In den Gründen sprach sich der oberste Gerichtshof aus, wie folgt:

Der am 13. August 1866 bei dem Handelsgerichte Passau eingereichten Klage liegt die Behauptung des Bäckermeisters H. zu Grunde, daß er drei Jahre vorher bei den Hausbesitzerseheleuten Joseph und Anna D. von B. eine Brodniederlage errichtet und seitdem auch bis 26. Juli 1866 denselben beinahe täglich verschiedene Quantitäten Brod übergeben habe, die sie für seine Rechnung, jedoch auf eigenen Namen, weiter veräußerten.

Nach dieser Behauptung haben die Beklagten schon seit drei Jahren vor der Klagestellung ununterbrochen Handel mit Brod, sohin gewerbemäßig, für Rechnung des Klägers getrieben, dem Publikum gegenüber dieses Handelsgeschäft zwar selbständig, in Ansehung des Klägers aber gegen vertragmäßige oder ortsübliche Provision ausgeübt, — das ist, sie haben sich mit dem Kommissionshandel beschäftigt und müssen daher den Aufstellungen des Klägers zufolge als Kommissionäre im Sinne des Art. 360 des allg. d. G. B. erachtet werden.



Im Verlaufe der später erfolgten Verhandlung dieser Sache bei dem Bezirksgerichte Passau haben die Beklagten selbst bekundet, daß Joseph A., der Mitbeklagte, eine polizeiliche Licenz zur gewerbemäßigen Ausübung des Zwischenhandels mit Brod sich verschafft habe, so daß hier jedenfalls Handelsgeschäfte eines Kommissionärs nach Inhalt des Art. 272 Ziff. 3 des HGB. mit Rücksicht auf die erfolgten Weiterveräußerungen durch besonders aufgestellte Personen in einer eigenen Niederlage gegeben sind, welche über den Umfang eines gewöhnlichen Handwerksbetriebes hinausreichen, daher der Kommittent selbst in dieser Richtung als Kaufmann im Sinne des Art. 4 des allg. d. HGB. zu erachten ist.

Gemäß Art. 63 des Einf.:Ges. zum allg. d. HGB. werden alle Rechtsverhältnisse, welche aus Handelsgeschäften nach den Art. 271 bis 277 dieses Gesetzes zwischen den Betheiligten entstehen, zu den Handelsfachen gerechnet, zu deren Bescheidung nach Art. 62 daselbst nur die Handelsgerichte zuständig sind.

Das Bezirksgericht Passau hat daher mit Recht seine Zuständigkeit zur Entscheidung dieser Sache abgelehnt, weshalb, wie geschehen, zu erkennen war.

Erf. d. OGH. v. 25. Juni 1867, UB. Nr. 66.

2.

Nachdem ein Gericht erster Instanz seine vom Beklagten bestrittene Zuständigkeit durch Erkenntniß ausgesprochen und keine Partei mit der in der Hauptsache eingewendeten Berufung deshalb Beschwerde geführt hat, kann die Entscheidung eines Obergerichtes sich nicht mehr auf die Kompetenzfrage erstrecken.

Der Pappdeckelfabrikant Z. hatte im Jahre 1861 bei Erbauung seines Fabrikgebäudes zu M.

*

dem Zimmermeister Chr. M. in A. die Ausführung aller hiezu erforderlichen Zimmerarbeiten so wie auch des Wasserbaues übertragen, nach Vollendung des Werkes aber nicht nur einen Theil des von Chr. M. berechneten Guthabens zurückbehalten, sondern wegen mangelhafter Herstellung der Arbeit auch noch eine Entschädigung von 1787 fl. 10 kr. in Anspruch genommen und diese Forderung in einer bei dem k. Bezirksgerichte Augsburg eingereichten Klage geltend zu machen gesucht.

Beklagter befestigte sofort den Streit in verneinender Weise und bat nicht bloß um Entbindung von der Klage, sondern forderte auch im Wege der Widerklage den Rest seines Guthabens zu 412 fl. 23 kr. Erst im Nachtrage zur Duplik brachte er die Einrede der Inkompetenz des k. Bezirksgerichtes Augsburg ein, weil eine Handelsache vorliege.

Das Bezirksgericht erachtete zwar nach Inhalt der Entscheidungsgründe zu seinem Erkenntnisse vom 9. März 1866 diese Einwendung als nicht verspätet eingebracht, wies sie aber durch Hinweisung auf Art. 275 des allg. d. G. B., welcher ausspricht, daß Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind, zurück.

Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien in der Hauptsache, — ohne die Kompetenz des angerufenen Gerichtes weiter zu bestreiten, die Berufung an das k. Appellationsgericht und dann auch an das k. Oberappellationsgericht eingelegt.

Vom obersten Gerichtshofe wurde dann in seinem Erkenntnisse vom 26. Okt. 1866 die Klage des B. wegen Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte zurückgewiesen.

Unter'm 5. Jan. 1867 reichten die Anwälte der beiden Parteien bei dem k. Handelsgerichte Augsburg eine Anzeige in Bezug auf diese oberst-

richterliche Entscheidung ein und hüten zur Zeit- und Kosten-Ersparung die bisher in dieser Sache gepflogenen Verhandlungen vor dem Civilgerichte als vor dem Handelsgerichte vorgenommen zu erachten und Erkenntniß zu erlassen.

Das Handelsgericht erholte demgemäß die bezirksgerichtlichen Akten, wies aber am 29. Jan. 1867 die Klage auch von dort wegen Unzuständigkeit zurück.

Der Anwalt des Klägers regte hierauf den Kompetenzkonflikt an, welcher nach vorschristmäßiger Instruktion vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß die ordentlichen Gerichte zuständig seien.

Die Gründe dazu sind folgende:

Die Frage der Zuständigkeit hat jedes im Prozeßwege angerufene Civilgericht selbständig und ausschließlich zu entscheiden, die Einrede mag darauf gerichtet sein, daß das angegangene Gericht nicht das zuständige sei oder daß demselben überhaupt die Jurisdiction in der Sache fehle, will sie nun in letzterer Beziehung zu den Handels- oder sogar Verwaltungssachen gezählt werden. Dieß läßt schon die Gerichtsordnung im Allgemeinen entnehmen und ist insbesondere im Gesetze vom 17. Nov. 1837, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung bett., §. 24—26, dann §. 52 Abs. 2 vorgesehen.

Zugleich geht aus dem folgenden §. 54 Ziff. 1 hervor, daß diese Einrede, wenn sie in zwei Instanzen ausschließlich Gegenstand der Erörterung war und gleichmäßig zurückgewiesen worden ist, schon rechtskräftig entschieden wird, welche Rechtskraft aber auch dann in jedem Falle, es mag diese Einrede allein oder verbunden mit der Hauptsache vorgebracht werden, eintritt, wenn sich die beiderseitigen

Parteien bei der dießfalligen erstinstanziellen Entscheidung beruhigen, — so daß, wenn hinterher die Akten in der Hauptsache an die höheren Instanzen gelangen und diese überzeugt sein sollten, die Zuständigkeit der ersten Instanz oder überhaupt eines Civilgerichtes sei nicht gegeben, gleichwohl nicht mehr in der Lage wären, auf die Kompetenzfrage selbst einzugehen.

Deßhalb kann auch nach Art. 2 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes vom 28. Mai 1850 ein Kompetenzkonflikt zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden nicht mehr zur Entscheidung in Antrag gebracht werden, wenn von dem Civilgerichte über die Zuständigkeitsfrage rechtskräftig entschieden ist.

Diese Entscheidung setzt jedoch immerhin die Anfechtung der Kompetenz eines Gerichtes durch die Partei voraus, und wenn auch die Frage der Kompetenz in der Sache zur Beseitigung jeder Nullität in allen Stadien des Prozesses schon von Amtswegen in Würdigung gezogen werden muß, so kann doch nur eine auf Parteianregung hin im Kompetenzpunkte erfolgte gerichtliche Entscheidung als ein im kontradiktorischen Verfahren erlassenes und selbständig der Rechtskraft fähiges Erkenntniß erachtet werden.

Vorliegenden Falles hat zwar der Beklagte nicht in der Bernehmungslaffung, sondern erst im Nachtrage zur Duplik die Einrede der Inkompetenz des k. Bezirksgerichtes Augsburg vorgebracht, darauf gegründet, daß der Beklagte als Zimmermeister den Kaufleuten beizuzählen sei; allein das Bezirksgericht Augsburg hat dieses Vorbringen formell nicht für eine verspätete Einwendung erachtet, und dabei in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntnisse durch Bezugnahme auf Art. 275 des allg. d. G. B. darauf hingewiesen, daß hier kein Handelsgeschäft

gegeben sei, womit von selbst der Ausschluß der von dem Beklagten geltend gemachten handelsgerichtlichen Kompetenz in dieser Sache dargelegt, sonach auch für die civilrichterliche Zuständigkeit auf eine vollkommen genügende Weise entschieden worden ist, wenn schon im Tenor dieses Erkenntnisses hierüber kein besonderer Ausspruch erfolgte. Denn solcher wurde dadurch, daß ungeachtet der Beanstandung der Kompetenz des Civilgerichtes durch den Beklagten das Bezirksgericht in Rücksicht auf diese Entscheidungsgründe gleichwohl in seinem Erkenntnisse materiell erkannt hat, mit aller Bestimmtheit thatsächlich zu erkennen gegeben und damit diesen Gründen eine decisive Kraft beigelegt.

Gegen diese Aberkennung der handelsgerichtlichen Kompetenz von Seite des Civilgerichtes stand sowohl dem Beklagten als auch dem Kläger die Berufung offen. Aber obwohl beide dieselbe ergriffen haben, so wurde doch von keiner der Parteien, wie diese Berufungen aus den Akten ersehen lassen, die Zuständigkeit des Civilgerichtes weiterhin beanstandet, hiedurch also die Inkompetenzrede rechtskräftig beseitigt.

Zu der Zeit, in welcher diese Sache zur Entscheidung des obersten Gerichtshofes in der Hauptsache gelangt ist, war daher der Fall nicht mehr vorhanden, in dem früher in dieser Sache beanstandeten und inzwischen abgefertigten Kompetenzpunkte eine Aenderung zu treffen, vielmehr war nun dem Civilgerichte ohne weitere Rücksicht auf eine allensfallige handelsgerichtliche Eigenschaft der Sache die Entscheidung derselben unbedingt zugefallen.

Entf. d. OGH. v. 25. Juni 1867, UB. Nr. 67.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Unterlassung gerichtlicher Insinuation einer Schenkung. Einfluß auf Dritte.

A. expromittirte für eine bedeutende Forderung, welche B. an C. zu machen hatte, und setzte, um diese von B. beklagt, den Einwand entgegen, daß er lediglich aus Liberalität, um den C. zu befreien, expromittirt habe, daß sich also seine Expromission als eine Schenkung darstelle, folglich bei erinangelnder gerichtlicher Insinuation nur bis zum Betrage von 1000 fl. gültig sei.

Gegen die Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen wurde dieser Einwand vom obersten Gerichtshofe verworfen; wobei derselbe ausführte, daß eine Schenkung zwar zwischen A. und C., nicht aber zwischen dem Beklagten A. und dem Kläger B. vorliege, indem zum Wesen der Schenkung eine Bereicherung gehöre, B. aber hier nicht bereichert werde, sondern nur erhalte, was ihm schon ohnedies gebühre. Dem B. gegenüber sei daher eine gerichtliche Insinuation schon vorneherein unnöthig gewesen.

LAGStf. v. 12. Febr. 1867 Nr. 385⁶⁶ 67.

Nachschrift des Einsenders. Durch die Ausführung, daß zwischen A. und B. eine Schenkung nicht vorliege, kann die Sache nicht abgethan sein, vielmehr ist man jetzt erst bei dem Punkte angelangt, mit welchem die eigentliche Schwierigkeit beginnt.

Nach dem älteren röm. Rechte war eine das gesetzliche Maß überreichende Schenkung keineswegs nichtig, sondern dem Schenker nur eine Exceptio (exceptio leg. Cinciae) gegen die Klage der Heirathen eingeräumt (Sargisus *Encl. Pr. IV* S. 197).

Anderß verhält es sich nach der Gesetzgebung Justinian's, durch welche die nicht gerichtlich insinuirten Schenkungen, so weit sie über das gesetzliche Maß hinausgehen, als absolut nichtig erklärt sind. Const. 34 pr. et 36 de donat. (8, 54).

Diese Nichtigkeit ist auch im bayer. Landrecht angenommen, denn wenn schon das Wort „ungiltig“ ebensowohl von der bloßen Rescissibilität als von der Nichtigkeit verstanden werden kann, so ist doch die erzgebirende Schenkung in Th. III Kap. VIII §. 7 Nr. 6 u. 9 nicht bloß als ungiltig, sondern auch als kraftlos bezeichnet, woraus sich die Nichtigkeit um so zuverlässiger ergibt, als sich in den Anmerkungen lit. f auf das Justinianeische Recht bezogen ist.

Da nun die Nichtigkeit gerade in der Vereinerung des Rechtsverhältnisses besteht, hier also, wo die Schenkung lediglich mittelst der Expromission geschah, die ganze Sache so anzusehen ist, als ob überhaupt nicht weiter als für den Betrag von 1000 fl. expromittirt worden sei, so kommt man hiedurch zu einem der oberstrichterlichen Entscheidung entgegengesetzten Ergebnisse.

Dieses stimmt aber nicht zu fr. 5 §. 5 de doli except. (44, 4), wonach klar ausgesprochen ist, daß dem Schenker nur eine Exzeption gegen den Beschenkten, nicht aber gegen den durch die Schenkung expromittirten Gläubiger zusteht (non poterit contra petentem exceptione uti, quoniam creditor suum petit).

Man sollte glauben, daß hiedurch Alles entschieden sei; da aber diese Digestenstelle nur von einer Exzeption spricht, so ersieht man, daß sie sich lediglich auf das ältere Recht, auf die außer Gebrauch gekommene lex Cincia gründet, und mit der Gesetzgebung Justinian's in prinzipiellem Widerspruche steht.

Wegen dieses Widerspruchs, welcher evident dadurch hervortritt, daß nach dem neueren Rechte erzbirende Schenkungen auf ganz gleiche Stufe mit den unerlaubten Schenkungen unter Ehegatten gestellt sind, und daß in fr. 5 §. 4 de donat. inter virum et ux. (24, 1) bei einer vom Manne zu Gunsten seiner Frau eingegangenen Expromission nicht nur die Befreiung der Frau, sondern auch die Verbindlichkeit des Mannes gegen den Gläubiger als nichtig erklärt ist, entscheidet sich Savigny (Syst. Bd. IV S. 600) nach ausführlicher Entwicklung der ganzen Rechtsfrage dahin, daß der Gläubiger nicht berechtigt sei, den Expromissor weiter als bis zum gesetzlichen Schenkungsmaße in Anspruch zu nehmen.

Uebrigens wird die Zweifelhaftigkeit der Frage von Savigny ausdrücklich anerkannt¹⁾.

Rm.

2.

Verpfändete Wechselforderungen und deren Vorzugrecht im Konkurse. Wechselverpfändung ohne Giro.

Vergl. oben S. 113.

Im Konkurse des D. G. liquidirte G. S. eine Forderung von 8000 fl. unter Uebergabe

¹⁾ Uebereinstimmend mit Savigny beantwortet die Frage Sintonis (Praktisches Civilrecht Bd. I Buch II Kap. 3 §. 23 Note 66 Ausg. II S. 210), indem bei entgegengesetzter Entscheidung die innere Konsequenz der Gesetzgebung völlig geopfert würde. Anderer Meinung ist jedoch Schilling (Institutionen §. 360 Note gg) und nach ihm Windscheid (Lehrb. d. Pandekten. Bd. II Abth. II S. 17 §. 367 Note 8), welchem die Meinung Savigny's zu gewagt erscheint.

Arndts citirt nur Savigny und Schilling nebeneinander, ohne seine eigene Meinung auszusprechen, und andere Pandektisten, wie Buchta, Vangerow, lassen diese Frage ganz unerwähnt.



mehrerer ihm vom Schuldner verpfändeter Wechsel und unter Beanspruchung des Vorzugsrechtes in der III. Prioritätsklasse 1. Stelle.

Hiegegen wurde eingewendet,

- I. daß Rechte an Wechselforderungen nur durch Giro, welches hier fehle, eingeräumt werden können, und
- II. daß ein Faustpfand an Forderungen gesetzlich nicht statfinde.

Die beiden ersten Instanzen versagten dem Liquidanten das angesprochene Vorzugsrecht, welches ihm aber vom obersten Gerichtshofe aus nachstehenden Gründen zuerkannt wurde.

Zu I. Das Giro ist nicht das einzige und ausschließende Mittel der Uebertragung von Forderungen aus einem Wechsel an einen Dritten. Diese kann vielmehr auch durch einfache Cession nach Maßgabe des gewöhnlichen bürgerlichen Rechtes erfolgen, vorausgesetzt, daß sie von der Uebertragung des Besizes der Wechselurkunde begleitet ist. Allerdings erwähnt die allgemeine deutsche Wechselordnung (§§. 9—11, dann §. 36) nur das Indossament — Giro — als die Art der Uebertragung eines Wechsels, und es ist selbstverständlich, daß die eigenthümlichen wechselrechtlichen Wirkungen, welche jenes Gesetz dem Indossament speziell beilegt, bei einer anderen Art der Uebertragung einer Wechselforderung nicht eintreten. Nirgends bezeichnet aber die Wechselordnung das Indossament als das alleinige, ausschließende Mittel der Uebertragung von Rechten aus Wechseln an Dritte. Daß es auch nicht beabsichtigt war, dem Giro eine solche ausschließende Bedeutung beizulegen, geht aus den Motiven zu §§. 10—17 des preussischen Entwurfses einer allg. deutsch. Wechselordnung, welcher bekanntlich den Berathungen der Leipziger Konferenz zu Grunde gelegt wurde, und aus den Proto-

folten über diese Berathungen selbst vom 27. und 28. Okt. 1847 hervor, indem hienach die Zulässigkeit der Uebertragung der Rechte aus dem Wechsel auch durch gewöhnliche Cession als unbedenklich vorausgesetzt wurde, und die Erwägung dieser Uebertragungsort in der Wechselordnung nur deshalb unterblieb, weil es nicht nothwendig oder angemessen erschien, in dieses für ganz Deutschland bestimmte Gesetz Bestimmungen über ein civilrechtliches und daher der Partikulargesetzgebung angehöriges Geschäft mit aufzunehmen.

Es vermag auch weder in den Bestimmungen des hier zur Anwendung kommenden gemeinen Rechtes über die Cession von Forderungen überhaupt, noch in der Natur der Sache an sich ein durchschlagender Grund gefunden zu werden, warum derjenige, welcher aus einem Wechsel einmal gewisse Rechte gegen den Wechselschuldner erworben hat, nicht befugt sein soll, diese Rechte in civilrechtlicher Form auf einen Dritten mit der Wirkung zu übertragen, daß dieser sie als dessen Rechtsnachfolger gegen den Wechselschuldner geltend machen kann, gleichwie das bei jedem anderen, nicht durch besondere persönliche Beziehungen von der Regel der Cessibilität ausgenommenen Forderungsrechte der Fall ist, und es ist deshalb die Statthaftigkeit einer derartigen Uebertragung der auf einem Wechsel beruhenden Forderung im Allgemeinen auch sowohl von der Theorie als in der Praxis anerkannt: Thöl, Handelsrecht 1. Aufl. Bd. II S. 227; Bluntschli, Erläuterungen zur allg. d. Wechselordnung in Dollmann's Gesetzgebung Th. I Bd. I S. 37; Seuffert's Archiv Bd. XIV Nr. 158, Bd. XVI Nr. 70; Zeitschrift für Gesetzg. und Rechtspf. Bd. XII Abth. f. Priv.-R. S. 23 f. u. S. 96.

Hiermit ist demjenigen, welchem eine Wechsel-



forderung unter Uebergabe des betreffenden Wechsels, wenn auch ohne Girirung desselben, verpfändet wurde, allerdings die rechtliche Möglichkeit gegeben, dieselbe, sei es durch Verkauf an einen Andern oder durch Eintragung gegen den Wechselschuldner, geltend zu machen und sich daraus Befriedigung für sein Guthaben zu verschaffen, und es kann somit nicht als Voraussetzung der rechtlichen Wirksamkeit der Verpfändung einer solchen Forderung angesehen werden, daß der als Pfand gegebene Wechsel mit Giro versehen sei.

Es spricht dagegen insbesondere auch nicht der vom Vorrichter als Argument für die gegentheilige Ansicht angerufene Art. 309 des allg. d. Handelsgesetzbuches; denn in diesem Artikel handelt es sich nur um das kaufmännische d. h. unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften gegebene Faustpfand, und es ist hiebei die Indossirung bei Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, als Erforderniß der Gültigkeit der Verpfändung deshalb aufgestellt, weil nur unter dieser Voraussetzung jene Schnelligkeit der Distraction und Verwerthung des Pfandobjectes, welche unter Kaufleuten im Interesse des Handelsverkehrs vorzugsweise wünschenswerth erscheint, ermöglicht werden kann. Daß es aber rechtlich überhaupt unzulässig sei, indossabile Papiere auch ohne Indossament zu verpfänden, wollte mit jener Bestimmung des HGB. keineswegs ausgesprochen werden, wie die Berathungen der Handelsgesetzgebungs-Konferenz in Nürnberg über den entsprechenden Art. 259 des Entwurfes (Protokolle S. 1334) zeigen. Brinkmann, Handelsrecht Bd. II S. 510; Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IX S. 250.

Endlich kann in dem hier vorliegenden Falle auch nicht der Mangel einer schriftlichen Form der

angeblichen Verpfändung als ein Hinderniß gegen die Rechtswirksamkeit derselben erscheinen, da eine solche Form im gemeinen Rechte für die Verpfändung von Forderungen so wenig wie für die Cession von solchen vorgeschrieben ist und als prozessualisches Erforderniß der urkundliche Nachweis sich nur dann darstellen würde, wenn die verpfändeten Forderungen, um überhaupt geltend gemacht werden zu können, nothwendig im Wechselprozesse eingeklagt werden müßten, was aber keineswegs der Fall ist.

Zu II. Anlangend die weitere Frage¹⁾, ob das durch Uebergabe der in Rede stehenden Wechsel bestellte Pfand als ein Faustpfand im Sinne der Prioritätsordnung §. 21 Ziff. 1 angesehen werden könne, so ist allerdings richtig, daß gemeinrechtlich an Aktivforderungen überhaupt strenge genommen ein Faustpfand d. i. ein Pfandrecht mit Besitz des Gläubigers auch bei Uebergabe der betreffenden Schuldburkunde an denselben nicht möglich erscheint, weil an einer Forderung an sich ein Besitz nicht stattfindet und das Pfandrecht an einer

¹⁾ Die Ausführung dieser Frage stimmt nicht nur in ihrem Ergebnisse zu der oben S. 97 ff. und S. 113 ff. mitgetheilten Erörterung, sondern begegnet derselben auch in einzelnen Gedanken und Citaten, so daß ich mich zu der Erklärung veranlaßt sehe, daß beide Arbeiten ganz unabhängig von einander sind. Einerseits wurde mir die angeführte Erörterung nicht erst nach dem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 2. März 1867, sondern als eine durch den Aufsatz S. 1 ff. dieses Bandes veranlaßte Gegenerörterung schon im Monate Januar eingesendet. Andererseits ist der Hr. Verfasser der Erörterung nicht in der Lage, sich an der Schöpfung oberstrichterlicher Erkenntnisse zu betheiligen, und wurde das nun von ihm mitgetheilte zu einer Zeit erlassen, wo von der Erörterung noch Niemand, als deren Verfasser und ich, Kenntniß hatte. Der Herausgeber.



solchen eben deshalb kein eigentliches dingliches Pfandrecht ist, sondern nur die Natur einer Obligation hat. Savigny, Lehre vom Besitze §. 49; Seuffert, Pand. 3. Aufl. §. 113 und 195.

Doch läßt sich nicht verkennen, daß wenigstens ein dem Besitze ähnliches Verhältnis auch an einem Forderungsrechte dadurch hergestellt wird, daß der Pfandgläubiger in den Besitz der über dasselbe ausgestellten Schuldburkunde gesetzt und so dem Pfandschuldner die eigene Geltendmachung des verpfändeten Rechtes unmöglich gemacht oder doch erschwert wird.

Auch ist schon in den römischen Rechtsquellen: fr. 44 §. 5 de legatis I (30), fr. 59 de legatis III (32) ausgesprochen, daß das Vermächtniß, sowie der Verkauf der Schuldburkunde für das Vermächtniß und beziehungsweise den Verkauf der Forderung selbst anzusehen sei und ebenso wird daselbst: fr. 20 de pign. (20, 1), const. 7 de her. vel act. vend. (4, 39) die Hingabe der Schuldverschreibung als Pfand als gleichbedeutend mit der Verpfändung der Forderung selbst behandelt.

In Berücksichtigung dessen und da ausgeliehene Kapitalien nach gemeinem Rechte als bewegliche Sachen des Gläubigers gelten, wird analog dem Faustpfandrechte an körperlichen Sachen ein solches auch in Beziehung auf Forderungen angenommen, wenn dem Pfandgläubiger die betreffende Schuldburkunde vom Verpfänder ausgehändigt worden ist: Glück, Pand.-Komm. Bd. XIV S. 4 Note 8; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I S. 8 f. und Bd. VII S. 15 f.; Lehner, Lehrb. d. Hyp.-Rechtes Bd. II S. 82 — oder es wird doch wenigstens die Bestellung eines Faustpfandes an der Schuldburkunde selbst in einem solchen Falle anerkannt: Buchta, Vorles. über die Pandekten §. 196;



Arndts, Pand. §. 367; Windscheid, Pand. §. 239; Dernburg, Pfandrecht Bd. I S. 462.

Jedenfalls aber rechtfertigt sich die Annahme der Begründung eines Faustpfandrechts bei der Hingabe von solchen Schulburlunden, welche nicht bloße Beweisdokumente für die verpfändete Forderung sind, sondern durch ihren Inhalt als die Träger und Repräsentanten des betreffenden Forderungsrechtes selbst erscheinen und gleichsam den verkörperten Willen des Schuldners bilden, wie dieß bei den im neueren Rechtsleben ausgebildeten Instituten gewisser Kreditpapiere und zwar nicht bloß bei den eigentlichen Inhaberpapieren, sondern in gewissem Maße auch bei den Ordrepapieren, d. i. insbesondere bei den Wechsln der Fall ist; denn auch bei diesen ist die Existenz des Forderungsrechtes an den Besitz des Papiers gebunden und sind beide — Recht und Papier — so miteinander verwachsen, daß jenes ohne dieses, einzelne ganz besondere Ausnahmefälle abgerechnet, nicht geltend gemacht werden kann; Savigny, Obligationenrecht Bd. II S. 93 f.; Künze, Lehre von den Inhaberpapieren S. 442 f.

Es unterliegt daher keinem Bedenken, dem Gläubiger, welchem zur Sicherung seines Guthabens eine Wechselforderung verpfändet und der betreffende Wechsel, wenn auch ohne Giro, ausgehändigt worden ist, das Vorzugrecht in der III. Klasse als Faustpfandgläubiger in Gemäßheit des §. 21 Ziff. 1 der Prioritätsordnung einzuräumen, wenn derselbe zur Zeit der Konkursöffnung über das Vermögen des Verpfänders im Besitze des Wechsels war und diesen zur Konkursmasse eingeliefert hat.

OABG. v. 2. März 1867 Reg.-Nr. 297^{66/67}.

Rm.

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

Inhalt: Inwieferne ist ein Wohnungsrecht ein dingliches oder ein persönliches Recht, besonders bei Uebergabe des elterlichen Gutes an eines von mehreren Kindern? — Zu Art. 14 des Rotariatsgesetzes. — Die gewöhnlichen Förmlichkeiten einer jeden Rotariatsurkunde werden für den Uebernahmssatz des muslimischen Testaments noch keine wesentlichen, weil die in Art. 61 des Rot.-Ges. vorgeschriebenen besonderen Förmlichkeiten nach Art. 148 bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten sind. Ein äußerlich erkennbarer Fehler eines Testaments, welcher die Immision des eingelegten Erben ex l. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll. verhängern soll, muß ein solcher sein, welcher das Testament ungültig macht. — Ueber das von einer mit ihrem Ehemanne im Ehestandungsprozesse stehenden Frau geborene vom Manne nicht anerkannte Kind ist die Kuratel ohne Rücksicht auf den jeweiligen Wohnort der Mutter von dem Gerichte des Wohnsitzes des Mannes zu bestellen.

Inwieferne ist ein Wohnungsrecht ein dingliches oder persönliches Recht, besonders bei Uebergabe des elterlichen Gutes an eines von mehreren Kindern?

Ob die Einräumung eines Wohnungsrechtes an einen Anderen ein dingliches oder nur persönliches Recht gewähre, ist im Allgemeinen danach zu beurtheilen, ob dasselbe an dem Hause selbst haften soll, oder ob der Konstituent sich nur verpflichtet, den Anderen in seinem Hause wohnen zu lassen.

Dieses Kriterium ist nun aber in vielen dergleichen Verträgen nicht mit Klarheit zu erkennen, und es muß, wenn ein wirklicher Zweifel darüber besteht, welcher sich nicht aus der Natur des Rechtsgeschäftes oder aus sonstigen Umständen heben läßt, nach fr. 9 und 34 in fine de reg. jur. (50, 17) für die bloß persönliche Verpflichtung als das Geringere entschieden werden.

Bei Uebergaben des elterlichen Gutes an eines der Kinder, wobei entweder den Eltern oder den

Neue Folge XII. Band.

anderen Kindern das Wohnungsrecht eingeräumt wird, liegt es nun in der Natur und dem Zwecke des Rechtsverhältnisses, daß, soferne nicht die bloß persönliche Verpflichtung des Gutsübernehmers zur Ueberlassung einer Wohnung an die Eltern oder übrigen Kinder klar ausgedrückt ist, ein dingliches Wohnungsrecht als eingeräumt angenommen werden müsse.

Denn hier enthält, was namentlich die Eltern betrifft, der Vorbehalt des Wohnungsrechtes die Konstituierung eines anderen Rechtstitels für das früher aus dem Eigenthume fließende Recht, welches zur Sicherung des fraglichen Bedürfnisses unabhängig von jedem Wechsel der Eigenthümer fort dauern soll. Die Eltern wollen berechtigt sein, die Wohnung bis zu ihrem Lebensende zu haben, und es soll ihnen nach der Absicht beider Kontrahenten diese Befugniß bis zu diesem Zeitpunkte ungestört verbleiben. Hierin liegt nun aber das vollkommen und klar erkennbare Kriterium der Dinglichkeit. Denn würde nur die Absicht unterstellt, daß der Gutsübernehmer für seine und die Person seines Erben verpflichtet wäre, den Eltern die Wohnung zu überlassen, so würde bei den vielen Möglichkeiten des Ueberganges des Hauses an dritte Personen der oben erwähnte Zweck nicht mit Sicherheit erreicht werden, der doch ganz offenbar derlei Verträgen zu Grunde liegt.

Auf dem platten Lande ist, da die Häuser nur auf das Bedürfniß der Eigenthümer beschränkt sind, eine andere Wohnung nur selten, oft gar nicht, zu finden, und es würden daher die Eltern in die Lage kommen können, durch den Gutsübernehmer und seine Erben gar keine andere Wohnung oder eine schlechtere oder eine solche in einem anderen Orte zu erlangen.

Es ist also einleuchtend, daß der Zweck eines den Eltern eingeräumten Wohnungsrechtes nur auf

die Perpetuität desselben in dem Hause, welches sie dem Gutsübernehmer abgetreten haben, gerichtet sein könne.

In dieser Weise wird auch das Rechtsverhältniß in der allgemeinen Meinung des Volkes aufgefaßt, und muß daher auch diese Auffassung nach fr. 34 de reg. jur. als ein vorzüglicher Anhaltspunkt für die Beurtheilung jenes Rechtsverhältnisses dienen, welcher die Auslegung auf das Geringere zu weichen hat.

Bei der Gewährung des Wohnungsrechtes an Kinder der übergebenden Eltern fällt zwar die Natur einer Umwandlung der aus dem Eigenthume fließenden Wohnungsberechtigung in eine Servitutsberechtigung hinweg; allein hier ist es eben so klar die Absicht der Kontrahenten, den Kindern das gleiche ungestörte Wohnungsrecht wie den Eltern zu überlassen, damit ihnen eine Wohnung, aus welcher sie nicht vertrieben werden können, bis zu einer Versorgung bleibe, wo sie derselben nicht mehr bedürfen.

Uebrigens besteht auch in Ansehung solcher Kinder das Volksbewußtsein eines dauernden Rechtes, welches die juristische Kunstsprache als dingliches bezeichnet, so daß also auch bei ihnen die Vorschrift des fr. 34 de reg. jur. zur Anwendung kommt.

Es steht nun zwar den Eltern frei, hinsichtlich des ihnen und ihren Kindern vorbehaltenen Wohnungsrechtes sich eine Hypothek auf dem abgetretenen Gute vorzubehalten und zu diesem Behufe einen Gelbanschlag für die Wohnung zu stipuliren, und es kommt auch eine solche Vereinbarung zuweilen vor; allein daraus folgt nicht, daß das Rechtsverhältniß im Allgemeinen nur in solcher Weise geregelt werden könne, wie auch aus §. 28 Nr. 5 der Instruktion zum Hypothekengesetze hervorgeht, da hier eines Hypothekeneintrages nur unter der Voraus-

setzung erwähnt ist, daß eine Vereinbarung hierüber getroffen wurde.

Daß nun aber das Wohnungsrecht, auch wenn es dingliche Eigenschaft hat, gegenüber den im Hypothekenbuche eingetragenen Hypotheken nur Wirksamkeit hat, wenn es nach §. 22 Nr. 7 des Hypothekengesetzes in jenem Buche eingetragen ist, ist bereits in diesen Blättern Band XXV Seite 385 und folg. näher entwickelt.

... r ...

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zu Art. 14 des Notariats-Gesetzes.

I. Laut eines am 29. Januar 1863 notariell verbrieften Immobilien-Kaufvertrages war ein Theil des Kaufschillinges in gewissen Fristen abzutragen. Bei Gelegenheit einer am 16. Februar 1864 geleisteten Fristzahlung trafen Käufer und Verkäufer eine mündliche Uebereinkunft, durch welche die Zahlungsfristen in einer den Käufer erleichternden Weise regulirt wurden.

Uebereinstimmend mit der zweiten Instanz wurde oberstrichterlich erkannt, daß diese Uebereinkunft, indem hiedurch der Immobilienvertrag eine Abänderung erleide, dem Art. 14 des Not.-Ges. unterworfen und demnach als bloß mündliche Verabredung nichtig sei.

DAUGrf. v. 16. Juli 1866 Nr. 852⁶⁵/₆₆.

H. G. und H. vertauschten gegenseitig ihre Anwesen und wurde am 27. März 1865 über diesen Tauschvertrag eine Notariatsurkunde errichtet, in welcher von einer Tauschaufgabe keine Rede war; noch am nämlichen Tage stellte aber H. dem G. eine Privaturkunde aus, in welcher er versprach, denselben 1,128 fl. zu bezahlen.

Die auf die Zahlung dieser Summe gerichtete Klage blieb erfolglos, wobei sich die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe in nachstehender Weise aussprachen:

Die Privatskriptur vom 27. März 1865 hat nur einen Sinn, wenn sie entweder in Verbindung mit dem notariellen Tauschvertrage aufgefaßt oder als ein Akt der Liberalität des Beklagten angesehen wird.

In ersterer Eigenschaft ist sie rechtsunwirksam; in zweiter würde sie mit dem klägerischen Vorbringen in direktem Widerspruche stehen. Kläger hat nämlich ausdrücklich erklärt, daß die fraglichen 1128 fl. den Mehrwerth seines Anwesens gegenüber dem ihm vom Beklagten vertauschten Anwesen repräsentiren. Hiernach bildet diese Urkunde ein Anhängsel des Tauschvertrages vom nämlichen Tage, und modifizirt denselben in der Art, daß Beklagter, um das Immobile des Klägers zu erhalten, nicht bloß sein Immobile entgegenzugeben, sondern auch noch 1128 fl. zu bezahlen hätte.

Daß hiedurch der wesentlichste Bestandtheil des Immobiliavertrages eine durchgreifende Aenderung erfuhr, ist klar, und diese Aenderung konnte nur durch eine notarielle Urkunde rechtsgiltig bewirkt werden.

Kläger legt den größten Werth und Nachdruck darauf, daß die Schuldburkunde erst nach Abschluß des notariellen Tauschvertrages errichtet worden, daß damit eine früher vom Beklagten mündlich erklärte Verbindlichkeit bloß bestärkt, und somit der

Inhalt des einfachen Tauschvertrages ganz unberührt geblieben sei.

Alein auf die Zeit der Errichtung einer solchen Urkunde hat gar nichts anzukommen, und die Eigenschaft einer Nebenabrede wird ihr dadurch nicht genommen, daß sie erst nach dem Abschlusse des notariellen Vertrages errichtet, oder daß sie zwar mündlich schon vorher vereinbart, später aber nach verlautbartem Hauptgeschäfte schriftlich niedergelegt und anerkannt wurde.

Das selbständige *constitutum debiti proprii*, welches Kläger hieraus abzuleiten sucht, ist eben im gegebenen Falle kein solches. Dieser Auffassung steht immer die eigene Erklärung des Klägers entgegen, daß die geforderten 1128 fl. eine Tauschaufgabe, ein *pretium* für das hingetauschte Anwesen waren, als welches sie aber durch eine Privatskriptur mit Rechtsgiltigkeit nicht stipulirt werden konnten.

DABG. v. 1. März 1867 Reg.-Nr. 428⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Diese Fälle gleichen sich nur darin, daß es sich in beiden um Akte handelt, welche nach der notariellen Vertragsverlautbarung vorgegangen sind; im Uebrigen aber sind sie ganz und gar verschieden, und es dürfte kaum auf einem Irrthume beruhen, wenn man behauptet, daß die von richtiger Auffassung des Art. 14 ausgehenden Entscheidungsgründe des Falles II zugleich den sicheren Beweis liefern, wie weit sich die Entscheidung des Falles I von dem wahren Sinne und Zwecke dieses Artikels entfernt habe.

Wenn im Falle I der Verkäufer dem Käufer auf dessen Ansuchen versprochen hat, die Kaufschillingforderung erst in späterer als der ursprünglich bedungenen Zeit geltend zu machen, so ist dieses ein ganz neuer Vertrag, welcher nicht mehr den Immobilienverkauf selbst, sondern nur das durch



denselben begründete und in seinem ganzen Wesen unverändert gelassene Forderungsrecht betrifft und nicht die entfernteste Beziehung zu einem dinglichen Rechte entdecken läßt.

Selbst wenn der Verkäufer die Kaufschillingforderung nicht bloß gestundet, sondern gänzlich erlassen hätte, könnte dieser Vertrag nicht dem Art. 14 unterliegen; denn es ließe sich nicht annehmen, daß hiedurch ein anderer Kaufschilling festgesetzt worden wäre, weil das pactum de non petendo die Obligation nicht so aufhebt, als ob sie niemals bestanden hätte, sondern, gleichwie die Zahlung, nur die Befreiung des Schuldners bewirkt, und ihm deshalb eine Einrede zur Hand gibt: §. 3 Inst. de except. (4, 13), fr. 27 §. 2 de pactis (2, 14).

Hievon gänzlich verschieden ist der Fall II. Hier handelt es sich um eine so substantielle Veränderung, daß dasjenige, was notariell verlautbart ist, nicht mehr als der wahre Vertrag erscheint. Die schon vor der notariellen Verlautbarung verabredete, bei derselben aber verschwiegene Tauschübergabe von 1128 fl. sollte durch das nachgefolgte schriftliche Zahlungsversprechen ihre rechtliche Begründung erhalten, was aber bei der Resistenz des Art. 14, auf dessen Umgehung es hier abgesehen war, schlechterdings nicht geschehen konnte.

Dabei wird vom obersten Gerichtshofe zugegeben, daß, wenn Beklagter aus Liberalität gehandelt und sich, überzeugt von dem Mehrwerthe des empfangenen Anwesens, von freien Stücken herbeigelassen hätte, dem Kläger 1128 fl. zu bezahlen, diesem Geschäfte der Art. 14 nicht entgegenstünde. Und dieses ist auch vollkommen richtig, denn hiedurch wäre der verlautbarte Tauschvertrag nicht geändert, und die causa debendi des gegebenen Zahlungsversprechens läge nicht im Tauschver-

trage, sondern ganz selbständig in einer demselben nachgefolgten Schenkung.

Rm.

2.

Die gewöhnlichen Förmlichkeiten einer jeden Notariatsurkunde werden für den Uebernahmsakt des mystischen Testaments noch keine wesentlichen, weil die in Art. 61 des Not.-Ges. vorgeschriebenen besonderen Förmlichkeiten nach Art. 148 bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten sind. Ein äußerlich erkennbarer Fehler eines Testaments, welcher die Immission des eingesetzten Erben ex l. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll. verhindern soll, muß ein solcher sein, welcher das Testament ungültig macht.

S. übergab einen letzten Willen, worin er mit Uebergehung seiner Brüder eine entfernte Verwandte zur Universalerbin eingesetzt hatte, am 19. Juni 1865 nach Art. 61 des Notariatsgesetzes einem Notar und ging zwei Tage darauf mit Tod ab.

Im Uebernahmeprotokolle selbst war zwar erwähnt, daß diese Urkunde dem Testator vorgelesen wurde, aber dem Art. 66 zuwider nicht beigefügt, daß dieses in Gegenwart der Zeugen geschehen sei.

Die von der eingesetzten Erbin gegen die Intestaterben nachgesuchte Immission in den Erbschaftsbesitz ex l. ult. Cod. de Ed. D. Hadr. toll. wurde von der ersten Instanz abgeschlagen, weil das Vermessen der Bemerkung, das Testament sei dem Testator in Gegenwart der Zeugen vorgelesen worden, nach Art. 66 des Not.-Ges. einen äußerlich erkennbaren Formfehler des Testaments bilde, und dieses Urtheil wurde in II. Instanz mit der Erweiterung bestätigt, daß es nicht bloß ein solcher Fehler, sondern auch dieser von der Art sei, daß er die Nichtigkeit des Testaments zur Folge habe.

Der oberste Gerichtshof erkannte jedoch abän-



bernd zu Recht, die Klägerin sei in den Besitz der streitigen Erbschaft einzusetzen.

Auß den Gründen entheben wir Folgendes.

„Die Annahme der II. Instanz, daß die Unterlassung der im Art. 66 des Not.-Ges. vorgeschriebenen Bemerkung eine für die Gültigkeit des notariellen Aktes im Falle des Art. 61 wesentliche sei, entspricht den Anforderungen einer richtigen Auslegung des Art. 148 des Notariatsgesetzes offenbar nicht.

Denn im Art. 148 dieses Gesetzes ist der Artikel 66, in welchem die fragliche Bemerkung vorgeschrieben ist, unter denjenigen Artikeln nicht genannt, deren Vorschriften bei Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden müssen.

Zwar ist unter jenen Artikeln, deren Nichtbeobachtung die Ungültigkeit des notariellen Aktes als solchen zur Folge hat, auch der die Uebergabe eines verschlossenen Testaments betreffende Art. 61 aufgeführt, und sind im Eingange dieses Art. 61 auch die gewöhnlichen Förmlichkeiten einer notariellen Urkunde neben den speziell hierin für eine solche Testaments-Uebergabe vorgeschriebenen Förmlichkeiten als zu beobachtende erwähnt; allein hieraus folgt nicht, daß die Allegation dieses Art. 61 im Art. 148 den Zweck habe, auch die Nichtbeobachtung jener gewöhnlichen Förmlichkeiten, welche nach Art. 148 die Nichtigkeit der notariellen Urkunden im Allgemeinen nicht zur Folge hat, als einen solchen Mangel zu erklären, welcher diese Nichtigkeit bei den über die Uebernahme eines verschlossenen Testaments errichteten Notariatsurkunden begründet.

Denn im Art. 148 sind ohne alle Unterscheidung der einzelnen Rechtsgeschäfte diejenigen Artikel genannt, deren Nichtbeobachtung jene Folge hat, und es ist unter diesen der Art. 66 nicht erwähnt, folglich ist hier ganz allgemein ausgesprochen,

daß die Unterlassung der in diesem Art. 66 vorgeschriebenen Bemerkung ohne Einfluß auf die formelle Gültigkeit eines jeden Notariatsaktes sei. Wenn nun der Art. 61 unter jenen Artikeln vorkommt, deren Nichtbeobachtung die formelle Gültigkeit solcher Urkunden ausschließt, so kann die Allegation dieses Artikels sich nur auf jene besonderen Förmlichkeiten beziehen, welche für den Akt der Uebergabe eines verschlossenen letzten Willens an den Notar speziell im Art. 61 vorgeschrieben sind.

Es ergibt sich dieses auch ganz evident daraus, daß im Art. 61 unter Nr. 5 ausdrücklich nur in Ansehung dieser speziellen, also nicht der im Eingange erwähnten gewöhnlichen Förmlichkeiten die Bemerkung der Beobachtung der desfalligen Vorschriften befohlen, und daß im Art. 60, obwohl auch hier im Eingange der Beobachtung der gewöhnlichen Förmlichkeiten erwähnt wird, nach Nr. 4 lediglich die Konstatirung der unter Nr. 1 bis 3 aufgeführten speziellen Förmlichkeiten angeordnet ist.

Hinsichtlich dieser gewöhnlichen Förmlichkeiten tritt also im Falle ihrer Nichtbeobachtung die Ungültigkeit nur dann ein, wenn sie in jenen Artikeln speziell vorgeschrieben sind, deren der Art. 148 ausdrücklich Erwähnung macht.

Die hier in Frage stehende Bemerkung ist aber in keinem jener Artikel vorgeschrieben, vielmehr nur im Artikel 66, welchen aber der Art. 148 ausdrücklich ausgenommen hat.

Müßte angenommen werden, daß in Folge der im Art. 148 vorkommenden Allegation der Art. 60 und 61 auch alle im Eingange derselben erwähnten gewöhnlichen Förmlichkeiten unter der Rechtsfolge der Ungültigkeit eines Testamentes zu beobachten seien, so könnte das Notariatsgesetz dem Vorwurfe der Ungereimtheit nicht entgehen, da in diesem Falle auch solche Förmlichkeiten unter jener

Rechtsfolge nicht unterlassen werden könnten, welche auf die Gewißheit und Sicherheit des Aktes der Testamente ohne allen Einfluß sind, wie z. B. nach Art. 64 Abs. 1 die Freilassung eines den dritten Theil einnehmenden Raumes zur linken Seite der Urkunde, dann nach Art. 65 Abs. 1 die Ausfüllung der Lücken durch Striche u. s. w.

Eine solche Ungereintheit läßt sich aber bei keinem Gesetze voraussetzen, vielmehr muß angenommen werden, daß sich der Gesetzgeber aller Konsequenzen seiner Vorschriften bewußt ist, und daher nur vernünftige Bestimmungen habe ertheilen wollen¹⁾.

Aus allen diesen Betrachtungen geht die volle Gewißheit hervor, daß die Erwähnung der gewöhnlichen Förmlichkeiten im Eingange der Art. 60 und 61 nur den Zweck hat, dem etwaigen Mißverständnisse zu begegnen, als seien bei den hierin behandelten lehtwilligen Verfügungen um deswillen, weil hier besondere Förmlichkeiten vorgeschrieben sind, die übrigen Förmlichkeiten einer Notariatsurkunde nicht zu beobachten, — nicht aber den Zweck, die letzteren bezüglich der Folgen der unterlassenen Beobachtung den in den erwähnten Art. 60 u. 61 aufgeführten speziellen Förmlichkeiten gleichzustellen, auch wenn es sich um solche allgemeine Förmlichkeiten handelt, deren Nichtbeobachtung nach Art. 148 die Wirkung der Ungiltigkeit einer notariellen Urkunde nicht hat.

Ist nun aber die Unterlassung der hier in Frage stehenden Bemerkung des Notars in der Uebergabsurkunde vom 19. Juni 1865 kein wesentlicher Mangel, und begründet diese Unterlassung sohin die Ungiltigkeit jener Urkunde nicht, so ist sie auch ohne

¹⁾ Vergl. von Zink's Kommentar zum Not.-Ges. Art. 60 u. 61 Nr. 24 S. 261 (in von Dollmann's Gesetzbuchung x. Th. II Bd. III S. 597).

allen Einfluß auf die Wirksamkeit des Anspruches der Klägerin hinsichtlich der Einweisung in den Besitz des Nachlasses des Wilhelm S., durch dessen Testament sie als Universalerin seines Nachlasses ernannt worden ist.

Denn wenn auch jene Unterlassung eine Unförmlichkeit enthält, und auch auf den ersten Anblick der fraglichen Uebergabsurkunde erkennbar ist, so ist jener Anspruch nach Const. 3 de ed. Div. Hadr. toll. nur dann ausgeschlossen, wenn ein die Ungültigkeit des Testamentes betreffender formeller Mangel sich sofort äußerlich als vorhanden darstellt, offenbar aber nicht auch in dem Falle, wenn es sich um einen Mangel handelt, welcher auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des vorgelegten Testamentes ohne allen Einfluß ist.

Denn abgesehen davon, daß es ungereimt wäre, die Einweisung eines Erben in den Besitz der Erbschaft aus einem Grunde zu verlagern, welcher im petitorischen Streite die Unwirksamkeit des Erbrechtes nicht herbeizuführen geeignet ist, so geht aus dem Inhalte des oben erwähnten Civilgesetzes unverkennbar hervor, daß, um die fragliche Besitzeinsetzung verlangen zu können, nur das Nichtvorhandensein solcher äußerlich erkennbarer Fehler vorliegen muß, welche sofort das Testament als ein in formeller Beziehung ungültiges darstellen, wie auch aus den angeführten Beispielen klar hervorgeht.

Hiernach ist also auch die in den Gründen zum ersttrichterlichen Erkenntnisse niedergelegte Ansicht, daß jede Unförmlichkeit ohne Rücksicht auf den Einfluß derselben hinsichtlich der Gültigkeit des Testamentes das in Frage stehende Rechtsmittel ausschließe, unrichtig.

Denn nicht die Ungewißheit, ob die notarielle Uebergabsurkunde in Gegenwart der Zeugen dem Testator vorgelesen worden sei, sondern die Gewiß-

heit, daß dieß nicht geschehen, begründet den Ausschluß jenes Rechtsmittels; diese Gewißheit liegt aber nicht vor, weil nur die Bemerkung hierüber fehlt, woraus aber die Unterlassung der in Rede stehenden Förmlichkeit nicht gefolgert werden kann.

Hienach ist die in den Erkenntnissen der Vorinstanzen ausgesprochene Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt.“

DAßGr. v. 8. März 1867 Reg.-Nr. 506^{66/67}.
77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Ueber das von einer mit ihrem Ehemanne im Ehescheidungsprozesse stehenden Frau geborene, vom Manne nicht anerkannte Kind ist die Kuratel ohne Rücksicht auf den jeweiligen Wohnort der Mutter von dem Gerichte des Wohnsitzes des Mannes zu bestellen.

Zwischen Joseph B. von Hochstadt, k. Landgerichtes Lichtenfels, und seiner Ehefrau Anna waren im Jahre 1863 Zwistigkeiten entstanden, in deren Folge der Mann gegen seine Ehefrau einen Rechtsstreit auf Trennung von Tisch und Bett bei dem erzbischöflichen Konviktorium zu Bamberg anhängig gemacht hatte.

Am 1. März 1863 verließ Anna B. mit Einwilligung ihres Ehemannes dessen Haus und begab sich zu ihren Eltern, welche damals in Maierhof, k. Landgerichtes Stadtsteinach, wohnten, mit denen sie aber in der Folge nach Erlangen zog.

Bereits am 29. Sept. 1863 hatte Anna B.

in Maierhof ein Kind geboren, daß den Namen Emil August erhalten. Da Joseph B. dasselbe als sein eheliches Kind nicht anerkennen will, hat Anna B. gegen ihn bei dem k. Bezirksgerichte Kronach Klage auf Anerkennung der Vaterschaft dieses Kindes erhoben, welches Gericht durch Dekret vom 8. Nov. 1866 dem die Klägerin vertretenden Anwalte die Auflage machte, kuratelamtlichen Streitkonsens bezüglich des Kindes der Anna B. zu erheben und vorzulegen.

Aus Veranlassung dieses Auftrages wendete sich der genannte Anwalt an das k. Landgericht Lichtenfels mit der Bitte, über den Knaben Emil August B. eine Kuratel zu bestellen, dessen mütterlichen Großvater als Vormund aufzustellen und den Kuratelskonsens zu dem vorerwähnten Rechtsstreite zu erteilen.

Das Landgericht Lichtenfels wies diesen Antrag wegen Mangels der Kompetenz ab, indem es annahm, daß Anna B. sammt ihrem Kinde ihren Wohnsitz in Erlangen habe und auch Zweckmäßigkeitgründe für eine Kuratel bei dem k. Stadt- und Landgerichte Erlangen sprächen.

Der Anwalt der Klägerin wandte sich nun mit demselben Antrage an das letztgenannte Gericht; allein auch dieses wies den fraglichen Antrag in der Annahme, daß nur das k. Landgericht Lichtenfels zuständig sei, wegen Inkompetenz ab.

Der Vertreter der Anna B. stellte nun den Antrag an den obersten Gerichtshof, den bestehenden negativen Kompetenzkonflikt zwischen dem k. Landgerichte Lichtenfels und dem k. Stadt- und Landgerichte Erlangen zu entscheiden.

Nach gefehllicher Instruktion der Sache sprach sich der oberste Gerichtshof dahin aus,
daß zur Bestellung einer Kuratel über das Kind

der Anna B. von Hochstadt das k. Landgericht Lichtenfels zuständig sei.

Die oberstrichterliche Entscheidung der Hauptfrage ist auf folgende Gründe gestützt:

In der Regel und wenn nicht überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit eine Ausnahme rechtfertigen, entscheidet der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes einer Person auch für die Zuständigkeit zur Bestellung einer Kuratel über dieselbe. Es ist ferner anerkannter Grundsatz, daß die Kinder, so lange sie keinen selbständigen Hausstand begründet haben, diesem allgemeinen Gerichtsstande ihrer Eltern folgen.

Nach Inhalt der Akten ist das in Frage stehende Kind während der Ehe der Eheleute geboren worden; es streitet daher für die eheliche Geburt desselben die gesetzliche Vermuthung und es müssen, bis etwas Anderes festgestellt ist, auch die Rechtsverhältnisse desselben in Bezug auf den Gerichtsstand nach dem Forum des Jos. ph B. beurtheilt werden, welcher dasselbe unbeanstandet vor dem Gerichte hat, in dessen Bezirk Hochstadt gelegen ist.

Abgesehen hievon und wenn es zur Zeit wegen Bestreitung der ehelichen Geburt des Kindes nur auf den Gerichtsstand der Anna B. anzukommen hätte, so ist doch immerhin Hochstadt zur Zeit noch als Domizil derselben und mithin als jenes ihres genannten Kindes zu erachten.

Es ist unbestritten, daß sie nach ihrer Verehelichung mit Joseph B. ihren Wohnsitz in Hochstadt genommen und sich daselbst bis zum 1. März 1863 aufgehalten hat. Wenn sie nun auch an diesem Tage mit Einwilligung ihres Ehemannes dessen Haus und den Ort Hochstadt verlassen hat und zu ihren Eltern gezogen ist, so wurde doch hiedurch das für sie in Hochstadt begründete Domizil nicht aufgehoben. Es ist aktenmäßig, daß zwischen ihr

und ihrem Ehemanne ein auf Trennung von Tisch und Bett gerichteter Rechtsstreit vor dem zuständigen Ehegerichte obschwebt, welcher noch unerledigt ist und daß ihre Entfernung aus dem Hause ihres Ehemannes durch Verhältnisse, welche den Grund der Scheidungsklage bildeten, veranlaßt wurde. Die dermalige Trennung von ihrem Ehemanne ist daher nur provisorischer Natur, und erst der Ausgang des Scheidungsprozesses wird feststellen, ob die interimistische Trennung eine bleibende sein werde oder nicht.

Der dermalige Aufenthalt der Anna B. in Erlangen kann daher nicht als Begründung eines ständigen Wohnsitzes daselbst erachtet werden, und zwar um so weniger, als sie nach Ausweis der allegirten Akten bis jetzt kein eigenes Hauswesen eingerichtet, sondern Unterkunft bei ihren Eltern gesucht hat und denselben bei dem jeweiligen Wechsel ihres Aufenthaltes (von Maierhof nach Erlangen) gefolgt ist.

Das k. Landgericht Lichtenfels, in dessen Bezirk Hochstadt gelegen ist, erscheint daher als allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes für die Bestellung der fraglichen Kuratel zuständig.

Es bestehen aber auch keine Gründe überwiegender Zweckmäßigkeit, welche für Uebertragung der fraglichen Oberkuratel an das k. Stadt- und Landgericht Erlangen sprechen könnten

Erf. d. O. B. v. 27. Juni 1867 UB. Nr. 68.

— f —



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

Inhalt: Ein Untersuchungsrichter kann beim Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen seine Zuständigkeit durch ersten Zugriff nur dann begründen, wenn die That, wegen welcher er zuerst eingeschritten, für sich allein betrachtet zu seiner Kompetenz gehören würde. — Die Zustellung einer Strafvorschrift an einen beurlaubten Soldaten begründet die Zuständigkeit des Obergerichtes, wenn auch der Verurtheilte vor der Verhandlung über seinen Einspruch wieder bei seiner Militärabtheilung eingerückt ist. — Die Interventionklage, durch welche auf einige im Hauptprozeß geäußerte Rechtsansprüche vom Intervententen Anspruch erhoben wird, ist am Schluß der gelegenen Sache anzubringen. — Transmissionsrecht aus einem Erbvertrage.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Ein Untersuchungsrichter kann beim Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen seine Zuständigkeit durch ersten Zugriff nur dann begründen, wenn die That, wegen welcher er zuerst eingeschritten, für sich allein betrachtet zu seiner Kompetenz gehören würde.

Johann Adam Weber, wohnhaft auf der Fürther Kreuzung, hatte bei dem Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München links d. J. angezeigt, daß der Bauer B. von Unsernherrn in einem gegen denselben bei dem k. Handelsgerichte München l. d. J. anhängigen Wechselprozeß seine Unterschrift auf einem Wechsel vom 23. Januar 1864 über 200 fl. durch einen falschen Eid abgeleugnet habe.

Der Untersuchungsrichter am gedachten Gerichte

Neue Folge XII. Band.



hatte auch gegen B. Voruntersuchung wegen Meineides eingeleitet, im Verlaufe derselben aber Verdacht geschöpft, daß der Wechsel in der That nicht von B. ausgestellt, sondern daß auf demselben sowohl die Unterschrift des B. als die eines Indosantanten gefälscht und Weber der muthmaßliche Urheber dieser Fälschung sei.

Obgleich nun nach dem Inhalte dieses Wechsels weder der Ort seiner Ausstellung noch der seiner Weiterveräußerung in das Gebiet des k. Bez.-Ger. München l. d. J. gehört, gab der erwähnte Untersuchungsrichter doch ohne Weiteres der Untersuchung die Richtung gegen J. A. Weber wegen Betruges durch Urkundenfälschung und ersuchte am 17. Dez. 1866 den Untersuchungsrichter zu Nürnberg um das Verhör Weber's, welches auch am 27. Dez. 1866 abgehalten und dem Unters.-Richter am k. Bez.-Ger. München l. d. J. übersendet wurde.

Mittlerweile war aber J. A. Weber als Redakteur des zu Fürth erscheinenden Blattes: „Wauwau“ vom Untersuchungsrichter zu Fürth wegen eines Artikels in Nr. 3 dieses Blattes von 1867 — in der Folge dann auch noch wegen eines Artikels in Nr. 10 desselben Blattes in Untersuchung gezogen und auf Requisition des eben gedachten Unters.-Richters von dem zu Nürnberg wegen des ersteren dieser Artikel am 24. Januar 1867 verhört worden.

Diese Untersuchung wurde in der Folge vom Untersuchungsrichter am k. Bez.-Ger. München l. d. J. in seine eigene Zuständigkeit übernommen.

Nach Vollendung der Voruntersuchung wurde nun vom k. Bez.-Ger. München l. d. J. durch Beschluß v. 23. Febr. 1867 das Strafverfahren gegen den Bauern B. wegen Meineides eingestellt, dagegen die Sache wegen Betruges durch Urkundenfälschung an das k. Bez.-Ger. Nürnberg verwiesen.

Am 14. März 1867 lehnte aber dieses Gericht seine Zuständigkeit ab und als in der Folge die Akten an das k. Bez.-Ger. Fürth gelangten, erklärte sich durch Beschluß v. 30. April 1867 auch dieses für inkompetent.

Der auf solche Weise unter drei Gerichten entstandene verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden,

daß zur Beschlußfassung in den Untersuchungen gegen Joh. Ad. Weber wegen Betruges durch Urkundenfälschung und wegen Preßvergehen das k. Bez.-Gericht Fürth zuständig sei, und zwar

in Erwägung, daß es sich dermalen lediglich um die Zuständigkeit zur Beschlußfassung bezüglich der gegen Joh. Ad. Weber erhobenen Anschuldigungen wegen Betruges durch Urkundenfälschung und wegen zweier Preßvergehen handelt, da die auf Anzeige des Weber gegen den Bauern Andreas B. von Unsernherrn wegen angeblich falscher eidlicher Ablanzung der Unterschrift eines Wechsels vor dem Handelsgerichte München vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte München i. J. eingeleitete Untersuchung durch Einstellungsbefchluß dieses Gerichtes vom 23. Febr. 1867 ihre Erledigung gefunden hat;

daß nun zwar dieser Untersuchungsrichter aus dem Gange der gegen B. allein wegen Meineides eingeleiteten Untersuchung Verdacht schöpfte, daß Weber selbst dem fraglichen Wechsel die Unterschrift des B. und eines Indossanten fälschlich beigelegt habe und deshalb am 17. Dez. 1866 an den Untersuchungsrichter am k. Bez.-Ger. Nürnberg die Requisition zur Vernehmung des Weber wegen Fälschung stellte, welchem Ansinnen auch am 27. Dez. 1866 entsprochen wurde;

daß dagegen Weber als Redakteur des zu Fürth

*

erscheinenden Blattes „Wauwau“ wegen Preßvergehens erst später und zwar wegen Inhaltes der Blätter Nr. 3 vom 19. Jan. 1867 und Nr. 10 vom 10. März 1867 vom Untersuchungsrichter am k. Bez.-Ger. Fürth in Untersuchung gezogen und auf Requisition des letzteren von dem Untersuchungsrichter am k. Bez.-Ger. Nürnberg am 24. Jan. 1867 wegen des erstbezeichneten Preßvergehens vernommen wurde;

daß aber beim Mangel jeden Anhaltspunktes für die Annahme, daß die dem Weber zur Last gelegte Fälschung im Sprengel des k. Bezirksgerichtes München i/J. begangen worden sei, der Untersuchungsrichter an diesem Gerichte überhaupt nicht zuständig war, wegen dieses Meates Untersuchung gegen Weber einzuleiten, und dessen Vernehmung hierüber unmittelbar oder auf dem Requisitionswegen zu bethätigen, sohin auch durch die hiewegen gepflogene Vernehmung eine Prävention nicht begründet werden konnte, da die Anwendbarkeit des Art. 22 Abs. 3 Th. II des StGB. v. J. 1813 seiner ganzen Fassung nach voraussetzt, daß der Untersuchungsrichter, welcher den übrigen zuvorkommt, bei dem die Prävention begründenden Akte an sich innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit gehandelt habe;

daß auch die Erwägung, ob nicht gegen Weber auch das Vergehen der falschen Anzeige bei einer öffentlichen Behörde indiziert und wegen dieses Vergehens die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am k. Bezirksgerichte München i/J. begründet sei, bei der Entscheidung der vorliegenden Kompetenzfrage nicht in Betracht kommen kann, da eben wegen dieses Meates eine Untersuchungshandlung gegen Weber überhaupt noch nicht stattgefunden hat, insbesondere die Requisition von Seite des Untersuchungsrichters in München an jenen in Nürnberg vom



17. Dez. 1866 ausdrücklich nur auf Vernehmung des Weber wegen Fälschung gerichtet war;

in Erwägung, daß, wie aus der Vernehmung des Weber vom 27. Dez. 1866 keine Prävention für den Untersuchungsrichter am l. Bez.-Ger. München i./J. begründet werden konnte, Gleiches auch bezüglich des Untersuchungsrichters am l. Bez.-Ger. Nürnberg zu gelten hat, da dieser überhaupt nur auf Requisition des ersteren thätig war und eine selbständige, für ihn selbst die Prävention begründende Handlung gar nicht vorgenommen hat;

in Erwägung sohin, daß bezüglich der hier in Frage stehenden Reate der Fälschung und Preßvergehen die erste legale, zur Begründung einer Prävention geeignete Untersuchungshandlung in dem Verhöre des Beschuldigten vom 24. Jan. 1867 liegt, welches auf Requisition des Untersuchungsrichters am l. Bez.-Ger. Fürth vorgenommen wurde, mithin letzterer auch bezüglich anderer von Weber begangener strafbarer Handlungen zuständig geworden ist und hiemit die Zuständigkeit des betreffenden Bezirksgerichtes begründet hat.

Erk. d. OGH. v. 6. Juli 1867 UB. Nr. 86.

2.

Die Zustellung einer Strafverfügung an einen beurlaubten Soldaten begründet die Zuständigkeit des Civilgerichtes, wenn auch der Beschuldigte vor der Verhandlung über seinen Einspruch wieder bei seiner Militärabtheilung eingerückt ist.¹⁾

Johann Lengensfelder aus Erlenstegen war als Konskriptionspflichtiger der Altersklasse 1845 wegen Richterscheitens am Anmeldestermine vom 5. Nov.

¹⁾ Siehe hiesu Bl. f. Rechts-Anw. Bd. XXIX S. 292 in der Note.

1866 durch Strafverfügung des k. Stadtgerichtes Nürnberg vom 1. zugestellt den 8. März 1867 auf dem Grunde des §. 68 des Heerergänzungsgesetzes vom 15. Aug. 1828 in eine Geldstrafe von 15 fl. und in die mit dieser Polizeilübertretung verknüpften Straffolgen verurtheilt worden. Nachdem derselbe hiegegen den Einspruch angemeldet und auf der Gerichtsschreiberei die Erklärung abgegeben hatte, daß er nunmehr zu seinem Regimente nach Landau einrücken müsse, wurde die Sache vom Vertreter der Staatsanwaltschaft an das betreffende Artillerie-Kommando in Landau zum zuständigen weiteren Verfahren abgegeben.

Das k. Festungs-Gouvernement Landau, unter dessen Jurisdiktion das dortige Artillerie-Kommando steht, erklärte sich jedoch für unzuständig, weil die Judikatur in dieser Sache nach §. 84 des Heerergänzungsgesetzes nicht dem Militär-Gerichte, sondern dem Civilgerichte obliege. Da hierauf auch das k. Stadtgericht Nürnberg durch ein in Abwesenheit des Beschuldigten erlassenes Erkenntniß vom 31. Mai 1867 seine Zuständigkeit ablehnte, lag ein verneinender Kompetenzkonflikt vor, welcher vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

daß zur strafgerichtlichen Einschreitung gegen J. Lengersfelder wegen Ungehorsams gegen das Heerergänz.-Ges. das k. Stadtgericht Nürnberg zuständig sei,

und zwar

in Erwägung, daß bei Zuwiderhandlungen gegen das Heerergänzungsgesetz die Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichtes zwar nicht aus §. 84 dieses Gesetzes abgeleitet werden kann, weil diese Bestimmung, wie der oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, keinen besonderen, wegen Beschaffenheit des Gegenstandes den bürgerlichen Strafgerichten ausschließlich zukommenden Gerichtsstand

anordnet und daher die Zuständigkeit der Militärgerichte, insofern hiesür die allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind, nicht schon in vorneherein ausschließt;

in Erwägung, daß es vielmehr bei Bemessung der Zuständigkeit im Allgemeinen darauf ankommen hat, ob der einer strafbaren Handlung Beschuldigte im Zeitpunkte der strafgerichtlichen Einschreitung dem Militärverbande bereits einverleibt war, in welchem Falle die Militärgerichte hinsichtlich der von dem Soldaten auch vor seiner Einreihung verübten strafbaren Handlungen zuständig sind; daß indessen dieser Grundsatz insofern einer Ausnahme unterliegt, als zur Aburtheilung der beurlaubten Soldaten in Ansehung der von ihnen im Urlaube oder schon vor ihrer Einreihung in das Heer verübten Uebertretungen oder Polizei-Uebertretungen nicht die Militärgerichte, sondern die bürgerlichen Gerichte zuständig sind, vorausgesetzt, daß der Beschuldigte in dem Zeitpunkte, wo das bürgerliche Strafgericht gegen denselben eingeschritten ist, sich im Urlaube befindet;

in Erwägung, daß beim Verfahren in Uebertretungssachen nicht nur die Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung, sondern auch die Zustellung einer gemäß Art. 75 des Einführungsgesetzes erlassenen Strafverfügung als Einschreitung des Gerichtes zu betrachten ist, weshalb das k. Stadtgericht Nürnberg dadurch, daß es dem zwar seit 5. März 1867 dem Militärverbande angehörigen, aber von diesem Tage an beurlaubten Soldaten Johann Vengensfelder die Strafverfügung am 8. März noch während der Dauer seinesurlaubes zugestellt hat, für die vorliegende Polizeiübertretung seine Zuständigkeit begründete, welche dadurch, daß Vengensfelder nach erhobenem Einspruche gegen diese Strafverfügung und vor Aburtheilung der Sache durch das

Civilgericht bei seinem Regimente eingedrückt ist, nicht mehr aufgehoben werden konnte.

Erf. d. O.G. v. 13. Juli 1867, UB. Nr. 87.

3.

Die Interventionsklage, durch welche auf einige im Hauptprozeße gepfändete Mobilien von Intervenienten Anspruch erhoben wird, ist am Gerichte der gelegenen Sache anzubringen¹⁾.

In der bei dem Landgerichte Herrieden anhängigen Streitsache der Eleonora D. von St. Georgen gegen Christian S. in München wegen Forderung war auf Antrag der Klägerin das Mobiliar des Beklagten von dem k. Stadtgerichte München l. d. J. gepfändet worden.

Margaretha S. von Schönweißach nahm jedoch die Pfandobjekte als ihr Eigenthum in Anspruch, und meldete diesen auch bei dem Landgerichte Herrieden an. Da die Klägerin D. aber den erhobenen Anspruch daselbst nicht anerkannte, so stellte S. am 5. Nov. 1864 förmliche Interventionsklage bei dem Gerichte der gelegenen Sache, und zwar mit Rücksicht auf den behaupteten Werth des Streitobjektes bei dem Bezirksgerichte München l. d. J.

Dieses Gericht wies jedoch die Klage wegen mangelnder Zuständigkeit ab, weil Klägerin nicht Ansprüche auf den Streitgegenstand, welchen der Vorprozeß betrifft, geltend macht, sondern nur verhindern will, daß zum Behufe der Urtheilsvollstreckung Sachen in Angriff genommen werden, welche angeblich ihr Eigenthum sind, daher für derartige Interventionsstreite nach den Grundsätzen der Konnegität der Richter des Hauptprozeßes zuständig ist.

¹⁾ Siehe Bl. f. RA. Bd. XXX S. 389 ff.



Dieselbe Klage stellte dann H. beim Landgerichte Herrieden. Sie wurde jedoch auch von dort zurückgewiesen, weil nach der Ger.-Ordn. Kap. VIII §. 4 Nr. 4 die Prinzipal-Intervention, die hier unzweifelhaft vorliegt, bei jenem Gerichte verfolgt werden muß, welches ohne Rücksicht auf die in Frage stehende Exekution der Natur der Sache nach zuständig ist, daher im gegebenen Falle bei dem Bezirksgerichte München l. d. J., in dessen Bezirk die mit der Eigenthumsklage verfolgten auf 400 fl. gewertheten Gegenstände liegen, als *forum rei sitae*.

Kunmehr regte der Anwalt der Interventionäsklägerin bei dem obersten Gerichtshofe den Kompetenzkonflikt an.

Dieser wurde nach gesetzlicher Instruktion dahin entschieden,

daß in der Sache das l. Bezirksgericht München links der Isar zuständig sei.

Die Gründe dazu sind folgende:

Nach Kap. VIII §. 4 der bay. G.D. greift die Intervention in allen Sachen Platz, wobei ein Dritter in der Folge in so weit interessirt ist, daß er Nutzen oder Schaden hievon zu gewärtigen hat, und kann sie entweder beistandsweise oder prinzipaliter geltend gemacht werden.

Im ersteren Falle ist sie immer bei dem Richter, welcher mit der Hauptsache befaßt ist, vorzubringen, im anderen Falle dagegen soll sie in Form einer besonderen Klage behandelt, und solche bei der ersten gehörigen Instanz angebracht werden.

Schon hieraus ergibt sich, daß bei der Prinzipal-Intervention die Grundsätze der Konnexität mit der Hauptsache im Sinne der G.D. Kap. I §. 10 mit ihren Wirkungen in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage unbedingt als entscheidend nicht erachtet werden können.

Es zeigt aber auch das Gesetz im obigen

Kap. VIII §. 4, daß in dieser Hinsicht die Darlegung des Interventionsrechtes von der Durchführung der Prinzipal-Intervention im Wege eines selbständigen Prozesses wohl unterschieden werden muß.

Die Darlegung des Interventionsrechtes hat hienach durchaus vor dem Richter der Hauptsache zu geschehen, da dieser nur hiedurch erforderlichen Falles zur Sistirung des Hauptprozesses veranlaßt, oder, wenn die Sache schon im Stadium der Exekution angelangt ist, letztere selbst noch gehemmt werden kann.

Der Intervention dagegen, bei welcher der Intervenient sein Eigenthumsrecht an den gerichtlich gepfändeten Gegenständen, das mit den streitigen Anforderungen in der Hauptsache in keinerlei Zusammenhang steht, für sich allein geltend machen will, und die sich demzufolge als eine Hauptintervention darstellt, kommt immerhin die Eigenschaft einer ganz selbständigen Klage zu, welche nach der zuletzt angeführten Gesetzesstelle bei der ersten gehörigen Instanz, das ist, bei demjenigen Gerichte durchzuführen ist, das lediglich nach Maßgabe des Klageinhaltes als das zuständige in Betracht kömmt, ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand in der Hauptsache, daher hier bei der dinglichen Natur der Interventionsklage das Gericht der gelegenen Sache, es mag dieser Gerichtsstand mit jenem im Hauptstreite zusammentreffen oder nicht. Anmerkungen zur O. Kap. VIII §. 4 Nr. 4 Buchst. d.

Die Interventionsklägerin sucht an den in der Hauptstreitsache dem Beklagten Christian S. zu Gunsten der Klägerin Eleonora D. abgepfändeten Mobilargegenständen ihr Eigenthums- oder doch ein besseres Recht, als der Klägerin D. hieran zusteht, im Interventionswege wider diese zur Geltung zu bringen, und hat deshalb bei dem Landgerichte Herrieden als dem Gerichte des Hauptprozesses ange-

zeigt, daß sie aus diesem Grunde Interventionsklage bei dem Bezirksgerichte München l. d. J. gegen Eleonora D., sohin bei dem Gerichtsstande der gelegenen Sache eingereicht habe, dann gebeten, daß das Landgericht bis zur Entscheidung dieses anhängig gemachten Processes die Exekution bezüglich der bei E. gepfändeten Effekten sistire, womit sich der bevollmächtigte Vertreter der D. einverstanden erklärte, sonach das Interventionsrecht der H. anerkannte, und hiedurch zugleich in die Sistirung der Exekution in der Hauptsache willigte.

Erst nachdem Eleonora D. späterhin, weil ihr die angekündigte Interventionsklage gar nicht zugekommen war, die Wiederaufnahme der Exekution in der Hauptsache beantragt hatte, und nun die Interventionsklägerin H. ihr Interventionsrecht nicht ausreichend zu bescheinigen vermochte, hat das Landgericht Herrrieden durch besonderen Bescheid die bereits beschlossene Versteigerung der bei E. gepfändeten Effekten wieder aufgenommen, und den Vollzug derselben erst dann sistirt, nachdem der Vertreter der Interventionsklägerin den vorliegenden Kompetenzkonflikt angeregt hatte.

Dagegen hätte das Landgericht, wenn im Gegentheile die Interventionsklägerin sogleich vollen Nachweis ihres Eigenthumsrechtes daselbst zu liefern im Stande gewesen wäre, sofort auch über Entlassung der gepfändeten Gegenstände aus dem Pfandneguß nach Einvernahme der D. sich aussprechen können.

Dieses wäre dann der Fall, in welchem ein Interventionskläger seinen Zweck, zu verhindern, daß zum Behufe der Urtheilsvollstreckung in der Hauptsache Gegenstände, welche dem Intervenienten eigenthümlich gehören, in Angriff genommen werden, bei dem Richter der Hauptsache selbst schon zu erreichen vermöchte.

Da aber die Interventionsklägerin hiefür keine ausreichenden Mittel besaß, so konnte sie auch bloß auf dem Wege der Principal-Intervention ihr Klagerrecht und zwar bei der dinglichen Natur der Klage vor dem Gerichte der gelegenen Sache, das ist mit Rücksicht auf den behaupteten Werth der gepfändeten Gegenstände, vor dem Bezirksgerichte München l. d. J. geltend machen, und hat daher das Bezirksgericht München die von der Interventionsklägerin wider Eleonora D. daselbst eingereichte Interventionsklage mit Unrecht von da aus dem Grunde zurückgewiesen, weil Klägerin nur verhindern wolle, daß ihr angeblich gehörige Sachen zum Behufe der Urtheilsvollstreckung in Angriff genommen werden; nachdem die Darlegung dieser Absicht, wie bemerkt, zunächst bei der Ausführung des Interventionsrechtes, die allein immer vor den Richter der Hauptsache gehört, erforderlich wird, während die Interventionsklage selbst, zumal wenn sie, wie hier, unter anderen Parteien als den in der Hauptsache betheiligten auszutragen ist, bei dem nach dem gegebenen Rechtsverhältnisse zwischen diesen selbständig in Betracht kommenden Gerichte vorgebracht werden muß, welches die Gerichts-Ordnung Kap. VIII §. 4 Nr. 4 als die erste gehörige Instanz bezeichnet.

Das Landgericht Gerrieden war daher in dem Falle, diese Hauptinterventionsklage von dort zurückzuweisen, nachdem mit der Bescheidung des von der Margaretha S. daselbst geltend gemachten Interventionsrechtes seine Thätigkeit in der Hauptstreitsache rücksichtlich des Interventionspunktes beendet war, und auch die Gegenstände, welche von der Interventionistin reklamirt werden wollen, selbst abgesehen von ihrer angegebenen Werthgröße, jedenfalls nicht in dessen Bezirk gelegen sind.

Erf. d. OGH. v. 19. Juli 1867 UB. Nr. 70.

— f —



Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Transmissionsrecht aus einem Erbvertrage.

Bl. f. RA. Bd. XIII S. 209; Bd. XXIII S. 59; Scuffert's
Archiv Bd. I Nr. 268; Bd. II Nr. 316; Bd. V Nr. 197;
Bd. VII Nr. 203; Bd. X Nr. 275; Bd. XI Nr. 261.

A. S. schritt, nachdem er auf Ableben seiner Ehefrau die dem fränkischen Rechte entsprechende Grundtheilung mit seinen Kindern gepflogen hatte, und diese hiedurch dem väterlichen Nachlasse gegenüber aus dem Verhältnisse der Notherben getreten waren, zur zweiten Ehe und schloß am 24. Juli 1821 mit seiner zweiten Ehefrau einen Vertrag ab, nach welchem beide Ehegatten ihr beiderseitiges Vermögen in eine Gesamtmasse zusammenwarfen und sich wechselseitig zu Erben mit der Bestimmung einsetzten, daß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten das Gesamtvermögen den erstehelichen Kindern des A. S. zukommen solle.

Nach dem Tode des A. S. wurde dieser Vertrag allseitig anerkannt und die Wittve erklärte auf den Grund desselben den unbedingten Erbschaftsantritt; als nun aber auch die Wittve verstarb, wurde den Erben des B. S., welcher zwar seinen Vater A. S., aber nicht auch dessen Wittve überlebt hatte, der Eintritt in eine Stammportion jenes Gesamtvermögens aus dem Grunde bestritten, weil durch den Tod des A. S. als des einen Kontrahenten nur dessen Wittve als Mitkontrahentin ein Recht auf das gesammte Erbvermögen erworben habe und letztere hiedurch Alleinerbin geworden sei; und weil nach dem Sage: „viventis non datur hereditas“ erst mit ihrem Ableben für den vertragmäßigen Nacherben Erbrechte entstanden seien, weil also ein solcher Nacherbe dieses Ableben selbst erlebt haben müsse, um es auf seine Nachkommen transmittiren zu können.

Sämmtliche Instanzen erkannten jedoch den

Eintritt der Kinder des B. S. in eine Stammportion als rechtlich begründet, worüber sich die oberstgerichtlichen Entscheidungsgründe in nachstehender Weise aussprechen:

Nach deutschem Privatrechte war es allerdings kontrovers, ob das Erbrecht des Vertragserben erst durch den Tod des Erblassers erworben werde, oder ob solches — als schon durch den Vertragsabschluß erworben — durch den Tod des Erblassers nur unbedingt ergreifbar werde.

Die meisten Rechtslehrer des deutschen Privatrechtes haben sich aber mit der letzteren, der Natur des Rechtsverhältnisses auch am meisten entsprechenden Ansicht einverstanden erklärt und hierdurch das Transmissionsrecht des Vertragserben von dem Augenblicke der Unwiderruflichkeit des Vertrages an ausdrücklich anerkannt. Eichhorn, deutsch. Privatrecht §. 344; Mittermaier, deutsch. Privatrecht II S. 577.

Diese und auch die von dieser Ansicht abweichenden Autoren des deutschen Privatrechtes haben aber alle nur den Fall im Auge, wenn der vertragsmäßige Erbe — hier die Wittwe S. — nach Ableben ihres Mitkontrahenten und ohne vorgängigen Erbschaftsantritt ebenfalls mit Tod abgegangen wäre, nicht aber den hier vorliegenden Fall, in welchem durch den fraglichen Vertrag auch für dritte Personen — als welche hier die erstehelichen Kinder des A. S. erscheinen, Rechte entstanden sind.

Durch den Vertrag vom 24. Juli 1821 hat nämlich der überlebende Gethheil — sei es nun Mann oder Frau — die vertragsmäßige Verbindlichkeit übernommen, das in seiner Hand vereinigte Vermögen nach seinem Ableben den A. S.'schen Kindern erster Ehe zuzuwenden.

Der überlebende Gethheil ist dadurch keineswegs Fiduziarerbe im strengen Sinne des Gesetzes geworden, sondern er hat nur vertragsmäßig den



S.'schen Kindern gegenüber jene Verpflichtungen übernommen, welche dem Fideuziärerben den Fideikommissarben gegenüber obliegen; hiedurch allein zerfällt aber schon die Anwendbarkeit des Sages: *hereditas viventis non datur*, — da sich der Rechtsanspruch der S.'schen Kinder keineswegs auf ein Erbrecht an die Wittve S., sondern auf deren vertragmäßige Verpflichtung gründet.

Einer solchen vertragmäßigen Verbindlichkeit der Wittve S. müssen aber selbstverständlich auch die durch den fraglichen Vertrag entstandenen Rechte der S.'schen Kinder erster Ehe entsprechen. Diese Rechte sind aber geboren in dem Augenblicke, wo einer der Kontrahenten gestorben, sonach der Vertrag für den Ueberlebenden unwiderruflich geworden ist, und ihre Geltendmachung ist nur suspendirt bis zum Ableben des vertragmäßig verpflichteten Eheheiles.

Dieses vertragmäßige Rechtsverhältniß gehört aber nicht der Sphäre des Erbrechtes an, sondern begründet ein Obligationsverhältniß, wodurch der durch den Tod des einen Kontrahenten Eigenthümer des gesammten Vermögens Gewordene sich dem Dritten gegenüber selbständig verpflichtet hat.

Dieses Obligationsverhältniß unterliegt sonach ebensowenig als die *hereditas vendita* den engeren Vorschriften und Förmlichkeiten des Erbrechtes. Vesseler, Lehre von Erbverträgen Th. II Bd. I S. 25.

Im vorliegenden Falle haben beide S.'schen Eheleute zu Gunsten der durch die Grundtheilung ihrem Vater und ihrer Stiefmutter gegenüber in das Verhältniß als Dritte getretenen erziehlichen Kinder pactirt, beide erscheinen als Promittenten und hing die Verpflichtung zur Erfüllung nur von dem Umstande ab, welcher Eheheil den anderen überleben werde.

Beide Kontrahenten hatten auf das Recht des Widerrufs vertragmäßig verzichtet und war über-

dies der Widerruf auf Seite der Wittve durch den Tod ihres Ehemannes und ihren unbedingten Erbschaftsantritt unmöglich geworden.

Da nun die S.'schen Kinder durch die gerichtliche Anerkennung des ihnen nach Ableben ihres Vaters bekannt gegebenen, zu ihren Gunsten bestehenden Vertrages die Acceptation des darin enthaltenen Versprechens erklärt haben, so war deren Rechtsanspruch mit dem Tode des Vaters ein fester, unwiderruflicher geworden, der auch ein Klagerecht, wenn auch nicht auf sofortige Erfüllung, doch aber auf Anerkennung begründete. (Beseler a. a. O. S. 75 folg. Holzschuher, Ras. Th. II Abth. I S. 900.)

Besteht nun aber ein durch den Tod eines der Promittenten unwiderrufliches obligatorisches Rechtsgeschäft als rechtswirksam und klagbar, so bildet solches einen Vermögenstheil und geht von diesem Augenblicke an auf die Erben des Berechtigten über.

Bei Bemessung der Folgen und Rechtswirkungen der Erbverträge muß Alles unberücksichtigt bleiben, was der Natur eines Vertrages widerstrebt, namentlich jede singuläre Bestimmung des römischen Rechtes, welche auf die besondere Beschaffenheit der Testamente berechnet ist. Beseler a. a. O. S. 253.

Es kann somit im vorliegenden Falle nicht mehr von einem Erbfalle, von einer Delation der Erbschaft, von einem Delationstitel die Rede sein, da die S.'schen Kinder ihre Ansprüche keineswegs aus einem Erbschaftsverhältnisse zu der Wittve S., sondern aus einem von A. S. mit seiner Ehefrau abgeschlossenen Vertrage ableiten und auch ableiten können.

DAWG. v. 11. März 1867 Reg.-Nr. 458^{66/67}.
Rm.



Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Kann der Stand eines bayerischen Staatsdieners auch auf andere Weise als durch ausdrückliche und förmliche Anstellung erworben werden? — Erbsinsetzung eines blichschen Ordinariates. Mangel juristischer Persönlichkeit. Unmittelbare Robijstärkung.

Kann der Stand eines bayerischen Staatsdieners auch auf andere Weise als durch ausdrückliche und förmliche Anstellung erworben werden?

Durch Reskript vom 28. Januar 1842 wurde K. U. zur Funktion einer Lehrstelle an einem k. Realinstitute in widerruflicher Weise und mit einer bloßen Remuneration berufen; als jedoch durch allerhöchstes Reskript vom 26. April 1852 die wirklichen Professoren der polytechnischen Schulen jenen der Gymnasien in Beziehung auf Gehaltsverhältnisse gleichgestellt und die Minimalgehälter derselben auf 800 fl. mit einer auf je 6 Jahre treffenden Gehaltsmehrung von 100 fl. festgesetzt wurden, befand sich in einem diesem Reskripte beiliegenden Verzeichnisse derjenigen Professoren, welchen die hienach bemessenen Zulagen verliehen wurden, auch K. U., wobei als Tag seiner Anstellung der 28. Januar 1842 bezeichnet und ihm, als im II. Sezennium stehend, der hienach treffende Normalgehalt ausgesetzt war.

In einer Eingabe vom 21. März 1853 bat

Neue Folge XII. Band



K. U. um Verleihung pragmatischer Rechte, welcher Bitte durch allerh. Reskript vom J. 1853 mit der ausdrücklichen Bestimmung entsprochen wurde, daß dessen bisherige Remuneration von jährlich 900 fl. von nun an in pragmatische Bezüge ungeteandelt werde.

Durch weiteres allerh. Reskript vom 21. Aug. 1862 in Verbindung mit dem demselben beigefügten Verzeichnisse wurde die erste Anstellung des K. U. wiederholt auf den 28. Januar 1842 gesetzt, und ihm die hienach treffende Gehaltserhöhung bewilligt; als er jedoch am 21. Sept. 1864 in den Ruhestand versetzt wurde, berechnete die k. Staatsregierung den Ruhegehalt so, als sei K. U. im zweiten und nicht im dritten Jahrzehent seines Dienstes in den Ruhestand getreten, wonach ihm nur acht Zehnthelle seines Aktivitätsgehaltes als Ruhegehalt ausgesetzt wurden.

K. U. stellte deshalb Klage gegen den k. Fiskus mit der Bitte, daß ihm, weil die k. Staatsregierung seine erste Anstellung wiederholt als am 28. Jan. 1842 erfolgt anerkannt habe, neun Zehnthelle seines Aktivitätsgehaltes als Ruhegehalt anzuweisen seien.

Diese Klage fand in der maßgebenden Instanz im Wesentlichen folgende Beurtheilung:

„Durch die Aufnahme des Klägers in das dem Reskripte vom 26. April 1852 beigefügte Verzeichniß sei derselbe in die Kategorie der wirklichen Professoren und zwar vom 28. Jan. 1842 angefangen eingesetzt, und sein Bezug als förmlicher mit dieser Dienststellung verbundener Gehalt erklärt worden, da das erwähnte Verzeichniß einen integritenden Theil jenes Reskriptes bildete, und daher dessen ganzer Inhalt als eine von Sr. Majestät dem Könige ausgegangene Verfügung sich darstelle.

Es sei deshalb ganz irrelevant, daß dieses Reskript nicht die eigentliche Anstellung der im Ver-



zeichnisse genannten Professoren, sondern nur eine Gehaltserhöhung zum Gegenstande hatte; denn in dem Se. Majestät in jenem Reskripte ausdrücklich sagten, daß die Gehaltserhöhungen nur den wirklichen Professoren verliehen werden, so liege in dem Umstande, daß der Kläger unter der Zahl dieser Professoren genannt ist, nothwendig und unverkennbar dessen nunmehrige Anstellung als solcher Professor und zwar nach dem dispositiven Inhalte des Verzeichnisses rückwärts vom 28. Januar 1842 angefangen.

Könnte aber auch angenommen werden, daß das erwähnte Reskript und der Inhalt des ihm beigefügten Verzeichnisses bloß auf einem Irrthume hinsichtlich der Dienstverhältnisse des Klägers beruhe, so wären hiedurch die rechtlichen Wirkungen der l. Bestimmungen nicht aufgehoben; denn abgesehen davon, daß der Irrthum in den Motiven zu einer Verpflichtung diese selbst nicht ungültig mache, — fr. 3 §. 7 de condict. caus. dat. (12, 4), fr. 52, fr. 65 §. 2 de cond. indeb. (12, 6), const. 25 de transact. (2, 4) — so würde hier, da dem Staate bekannt sein mußte, daß Kläger im J. 1852 nur eine widerrufliche Funktion bekleidete, ein unentschuldigbarer, sohin die Staatsregierung nicht schützender Irrthum vorliegen; fr. 6 et 9 §. 2 de facti et jur. ignor. (22, 6), fr. 19 pr. de div. reg. jur. (50, 17).

Zwar habe Kläger nach diesem Vorgange am 21. März 1853 selbst um Verleihung pragmatischer Rechte gebeten, und dieser Bitte sei durch Reskript vom J. 1853 mit der ausdrücklichen Bestimmung stattgegeben worden, daß dessen bisherige Remuneration von nun an in pragmatische Bezüge umgewandelt werde; allein hiedurch habe der schon früher begründete pragmatische Staatsdienerstand des Klägers keine Aenderung erleiden können. Diese Bitte

•

fönne nämlich nicht als Verzicht betrachtet, sondern nur dahin verstanden werden, daß man ihm ausdrücklich gewähre, was ihm indirekt bereits zugestanden war“.

Aus diesen Gründen wurde der k. Fiskus nach der Klagebitte verurtheilt.

Diese Entscheidung erregt sowohl in staatsrechtlicher als auch in privatrechtlicher Hinsicht so erhebliche Bedenken, daß die Besprechung der Sache in diesen Blättern wohl gerechtfertigt sein dürfte.

Nach Inhalt des Reskripts vom J. 1852 ist es unbestreitbar, daß die Staatsregierung durch daselbe irgend eine neue Anstellung nicht beabsichtigte, sondern nur die Dienstbezüge bereits angestellter Professoren reguliren wollte; und eben so unbestreitbar ist es, daß Kläger zu jener Zeit noch nicht mit pragmatischen Rechten angestellt war.

Demnach enthält jenes Reskript nebst seiner Beilage zweierlei, nämlich:

1) die Thatsache, daß dem Kläger der Gehalt eines wirklichen Professors zugewendet wurde, und

2) die irrige Voraussetzung, daß der Kläger bereits im J. 1842 wirklich angestellt worden sei.

Da es sich hier nicht um ein vertragmäßiges, sondern um ein staatsrechtliches Verhältniß handelt, so wären gegen die Anwendung der civilrechtlichen Grundsätze des Irrthumes die erheblichsten Einwendungen zu machen; wendet man aber diese Grundsätze an und geht man davon aus, daß hier ein unentschuldbarer Irrthum vorliege, und daß

ein Irrthum in den Motiven überhaupt nicht schütze, so folgt hieraus weiter nichts, als daß sich die Staatsregierung der Entrichtung des dem Kläger im J. 1852 verliehenen Gehaltes nicht entziehen durfte. Eine Entlastung von diesem Gehalte hat aber die Staatsregierung ohnedies nie beabsichtigt; sie hat vielmehr diesen Gehalt im J. 1862 selbst als Basis einer Gehaltserhöhung angenommen und hienach auch den Ruhegehalt des Klägers berechnet.

Demnach betrifft der Streit nur den Zeitpunkt der pragmatischen Anstellung des Klägers (1842 oder 1853).

In dieser Beziehung hat nun der urtheilende Gerichtshof angenommen, durch die Aufnahme in das fragliche Verzeichniß sei der Kläger wirklich angestellt und sei diese Anstellung auf das Jahr 1842 zurückbezogen worden. Er hat sich also nicht begnügt, der irrigen Voraussetzung eine die Staatsregierung schützende Wirkung abzuspochen, er hat diese irrige Voraussetzung sogar zur vollendeten Thatsache erhoben und die Staatsregierung als verpflichtet erklärt, dasjenige, was sie irrigerweise als geschehen nur voraussetzte, so zu vertreten, als ob es wirklich geschehen wäre. Wo ist aber das Gesetz zu finden, welches dem Irrthume eine so exorbitante Wirkung beizulegen gestattete?

Daß dem Kläger die wirkliche Anstellung mit Rückwirkung auf das Jahr 1842 gewährt worden sei, ist, abgesehen von der Frage, ob ein solcher Rückbezug verfassungsgemäß überhaupt möglich sei, in dem Reskripte vom J. 1852 jedenfalls nicht mit ausdrücklichen Worten gesagt, was in dem mitgetheilten Urtheile selbst zugegeben werden muß; denn sonst wäre nicht nöthig gewesen, diese Anstellung durch Schlußfolgerungen zu konstruiren, und hätte nicht unterstellt werden können, die Bitte des Klägers von J. 1853 gehe nur auf ausdrück-

liche Gewährung dessen, was ihm durch das Reskript vom J. 1852 bereits indirekt zugestanden war.

Eine Anstellung auf indirekte Weise, d. h. durch stillschweigende Willenserklärung kennt aber die bay. Verfassung nicht, indem nach §. 1 der Verf.-Beil. IX der Stand des Staatsdieners nur durch das Anstellungsreskript, also nur durch ausdrückliche und förmliche Anstellung erworben werden kann.

Das Reskript vom J. 1852 ist aber, wie das Urtheil selbst sagt, kein Anstellungsreskript, und bei der völligen Gewißheit, daß bei diesem Reskripte die Absicht einer neuen Anstellung fehlte, kann dasselbe als konkludente Thatsache für eine auf das Jahr 1842 zurückzubehelnde Anstellung des Klägers um so weniger betrachtet werden, als es immerhin zulässig ist, Jemandem den Gehalt eines Professors zuzuwenden, ohne ihn zugleich als solchen wirklich anzustellen.

Die stillschweigende Willenserklärung ist also hier nicht bloß durch das Gesetz ausgeschlossen, es fehlt ihr auch der sonst nöthige Grund und Boden, wobei nur noch anzuführen ist, daß eine solche Willenserklärung aus einer unter irriger Voraussetzung unternommenen Handlung, so gewiß und verbindlich letztere für sich sein möchte, gar niemals, selbst nicht bei größter Verschuldung des Irrthums entnommen werden kann. Savigny Syst. Bd. III S. 245, 363 u. 467.

Das Unrecht des Klägers ergibt sich auch aus der Lehre vom Verzicht. Offenbar wäre die Staatsregierung berechtigt gewesen, den Kläger aus dem mehrerwähnten Verzeichnisse wegzulassen; daraus, daß sie dieses nicht gethan hat, folgt aber nicht, daß sie die nämliche Thatsache, von welcher sie



irrigerweise bei der Gehaltseinräumung ausgegangen war, nun auch der Berechnung des Ruhegehaltes zum Grunde legen mußte, und hiebei von ihren desfallsigen Eintreden gegen die Ansprüche des Klägers keinen Gebrauch machen durfte; denn die Gewährung eines Dienstbezuges und die Feststellung eines Ruhegehaltes sind zwei verschiedene Geschäfte, von welchen das letztere nicht unbedingt und ausschließlich durch das erstere bestimmt wird, indem ein Dienstbezug ohne allen Anspruch auf Ruhegehalt möglich ist und dieser nicht bloß von der Größe des Dienstbezuges, sondern nebenbei auch von der Dauer der erst seit der wirklichen Anstellung geleisteten Dienste abhängt.

Bekanntlich darf aber ein Verzicht nicht von dem Einen auf das Andere bezogen werden ¹⁾).

Rm.

¹⁾ Dem Einsender ist folgender Fall bekannt. Ueber den Nachlaß eines k. Rentbeamten war der Konkurs ausgebrochen. Die Wittve liquidirte bedeutende ehfräuliche Platen, deren Vorzugsrecht der k. Fiskus durch den Widerspruch bekämpfte, daß dieselbe jemals mit dem Gantirer kirchlich getraut worden sei. Die Wittve entgegnete, daß ihr der Staat die gesetzliche Wittwenpension ausgesetzt, und sie hie durch als Ehefrau anerkannt habe, folglich zur Bekreitung dieser ihrer Eigenschaft nicht mehr befugt sei. Dieser Einwand der Wittve wurde durch sämtliche Instanzen verworfen. Die Wittve hatte keinen Trauungsschein in Händen, das Kirchenbuch war bei einem Brande zu Grunde gegangen, die Trauungszeugen waren verstorben und nur durch Präsumtionen gelang es ihr, zum Erfüllungsbeide gelassen zu werden.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Erbeinsetzung eines bischöflichen Ordinariates. Mangel juristischer Persönlichkeit. Unwirksame Kodizillarlausel.

In diesem Betreffe lauten die Gründe eines oberstrichterlichen Erkenntnisses, wie folgt:

Die Vorinstanzen haben mit Recht angenommen, daß dem im Testamente des K. K. zum Erben eingesetzten erzbischöflichen Ordinariate N. die passive Erbfähigkeit abzuspochen sei. Die Erbfähigkeit dieser geistlichen Behörde würde vor Allem das Recht der juristischen Persönlichkeit voraussetzen, welche aber dem erzbischöflichen Ordinariate ebenso wie jeder anderen Behörde der Kirche oder des Staates abgeht.

Die Lehre des römischen Rechtes, wonach gewisse Beamtenvereine den juristischen Personen beigezählt werden, ist auf die heutigen Zustände nicht mehr anwendbar und es besteht kein allgemeiner Rechtsatz, welcher den Aemtern oder Behörden als solchen das Recht der juristischen Persönlichkeit beilegt.

Die Beamtenkollegien gelangen vermöge ihrer organischen Gestaltung nur insoferne zu korporativer Existenz, als ihnen eine staats- oder kirchenrechtliche auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes beschränkte Persönlichkeit zukommt, in Folge deren sie bei Erfüllung ihres amtlichen Wirkungskreises je nach ihrer Verfassung äußerliche Rechtsakte vollbringen; die juristische Persönlichkeit in privatrechtlicher Bedeutung aber, deren Wesen in der Vermögensrechtsfähigkeit liegt und nur auf Verhältnisse des Privatrechtes bezogen werden kann, ist den Behörden der Kirche oder des Staates weder im öffentlichen noch im Privatrechte zugesprochen.

Wohl sind die Kirche und der Staat, insoferne sie durch ihr Vermögen in privatrechtliche Ver-



hältnisse eintreten, von Rechtswegen als juristische Personen erklärt; bei Kollegien dagegen muß immer erst die Untersuchung der Frage hinzutreten, ob derlei Organe mit einem Korporationsvermögen ausgestattet sind, ob sie daher außer ihrer amtlichen auch eine privatrechtliche Thätigkeit entwickeln und als Inhaber eines selbständigen Vermögens gleich natürlichen Personen in den allgemeinen Verkehr eingreifen.

Diese Voraussetzung trifft bei den erzbischöflichen oder bischöflichen Ordinariaten nicht zu.

Das Ordinariat ist eine kirchliche Verwaltungsstelle, welche sich als Beratherin und Hilfsorgan des Bischofs mit Behandlung der Diözesan-Angelegenheiten befaßt und ihre Thätigkeit nur im Bereiche des öffentlichen Rechtes entfaltet, ohne nach ihrem Zwecke oder ihrer inneren Verfassung dazu berufen zu sein, unter dem Schutze der juristischen Persönlichkeit als Rechtssubjekt mit selbständigem Vermögen in den Privatverkehr einzutreten.

Insbesondere sind die Beziehungen, in welchen die Ordinariate zum Kirchengute stehen, nicht geeignet, deren Dasein als juristische Personen zu begründen. Das Kirchengut ist Eigenthum der Kirche, welche in privatrechtlicher Beziehung wegen ihres Vermögensbesitzes als selbständiges Rechtssubjekt angesehen und auch durch die Verfassungsurkunde als eigenthums- und erwerbsfähige Korporation erklärt wird. Nur der Kirche als solcher kommt die Eigenthums- und Erwerbsfähigkeit zu, gleichviel, ob man die Gesamtkirche oder die innerhalb derselben abgegrenzten Kirchengemeinden als das Subjekt des kirchlichen Eigenthumes in Betracht ziehen will. Nach seiner Ausscheidung in Kirchenfabriken und Kirchenpfründen ist das Kirchengut zur Ausstattung der Kirchen und zum Unterhalte der in den Pfründengenuß eingesetzten Kirchenpersonen bestimmt, ohne

bei Erfüllung dieser Zwecke seine Rechtssubjektivität aufzugeben und die privatrechtliche Persönlichkeit auf die Nutznießer oder Verwalter des kirchlichen Eigenthumes zu übertragen.

Nach dem bayerischen Verfassungsrechte steht die Verwaltung des Kirchenvermögens den ediktmäßig konstituirten Kirchenverwaltungen unter Ueberwachung und Leitung der vorgesezten Kuratelbehörden zu und die Ordinariate nehmen an dieser Verwaltung dadurch Antheil, daß ihnen in einschlägigen Verwaltungsfragen das Recht der Erinnerung oder Zustimmung eingeräumt ist. Diese Einwirkung auf das Vermögen der Kirche erhebt aber die Ordinariate nicht auf den Standpunkt der juristischen Persönlichkeit, da ihre desfalls gefaßten Beschlüsse nicht als Verfügungen über ein ihnen zustehendes Korporationsvermögen erscheinen, sondern nur als Verwaltungshandlungen in Bezug auf das Eigenthum einer dritten Person aufgefaßt werden können.

So wenig daher den Kreisregierungen als den über die Verwaltung des Kirchenvermögens aufgestellten Kuratelbehörden die juristische Persönlichkeit zukommt, ebensowenig kann diese Eigenschaft den Ordinariaten zuerkannt werden, deren Zuständigkeit sich gleich jener der weltlichen Verwaltungsstellen auch in den vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Kirche immer nur auf dem staats- oder kirchenrechtlichen Gebiete bewegt, ohne daß sie dadurch für den Privatverkehr als Träger eines selbständigen Vermögens befähigt werden.

Die Behauptung in der Revision, daß das erzbischöfliche Ordinariat die Angelegenheiten der Diözese nicht vermöge erzbischöflichen Mandates besorge, sondern eine mit der im Erzbischofe konzentrirten Diözesengewalt gleichbedeutende oder identische Amtsgewalt ausübe, ist für die vorliegende Frage ohne Belang. Die juristische Persönlichkeit eines geist-



lichen Kollegiums wird nicht nach der Unabhängigkeit oder Selbständigkeit seiner Amtsgewalt, sondern nach dem Umfange der vermögensrechtlichen Handlungsfähigkeit beurtheilt, und wenn es daher auch richtig wäre, daß die Ordinate nach ihrer Verfassung als die selbständigen Repräsentanten der gesammten Diözesangewalt erscheinen, so ist damit noch nicht dargethan, daß sie auch in privatrechtlicher Beziehung als selbständige Rechtssubjekte hervortreten, da auch die Diözesangewalt in Bezug auf das Kirchenvermögen der Diözese innerhalb der Grenzen der Oberaufsicht sich bewegt.

Demgemäß und da in den Streitverhandlungen auch sonst nirgends gezeigt wurde, inwieferne das erzbischöfliche Ordinariat N. allenfalls als eine mit eigenem Korporationsvermögen dotirte Stiftungsperson erscheine, gebietet es an jedem Anhaltspunkte, dem eingesetzten Erben die privatrechtliche Persönlichkeit und damit die passive Erbfähigkeit zuzusprechen.

Auch die eventuelle Aufstellung, daß nach dem Gesamtinhalte des Testaments nicht sowohl das erzbischöfliche Ordinariat als die angeordnete Missionsstiftung als Erbe zu betrachten sei, ist in den Vorinstanzen mit Recht verworfen worden. Es ist zwar richtig, daß außer Personvereinen auch Stiftungen, welche religiösen oder sittlichen Zwecken dienen, das Wesen der juristischen Persönlichkeit in sich aufnehmen und als Rechtssubjekte gedacht zu Erben eingesetzt werden können; allein in dem R. K.'schen Testamente ist keine Stiftung als ein für sich bestehendes Rechtssubjekt fundirt und insbesondere keine Missionsstiftung als Erbin eingesetzt, sondern zum einzigen Erben das erzbischöfliche Ordinariat N. mit der Auflage erwähnt worden, einen katholischen Missionsfond dadurch zu gründen, daß die aus dem Erbvermögen abfallenden Jahresrenten nach der im Testamente näher erteilten Vorschrift

zu Missionszwecken verwendet werden. Nach dieser Bestimmung liegt daher eine Erbeinsetzung sub modo vor, in Folge deren nicht die Missionsstiftung oder der Missionsfond, sondern das erzbischöfliche Ordinariat dasjenige Rechtssubjekt sein sollte, welches kraft der Erbfolge in alle Rechtsverhältnisse des Erblassers einzutreten und die durch das Testament gemachte Auflage zu erfüllen hätte. Der religiöse Zweck, welchen der Testator mit dieser Auflage erreichen wollte, ist für sich allein nicht genügend, seine Hinterlassenschaft zur selbständigen Kulturstiftung zu erheben; dazu würde auch eine diesem Zwecke mit allen Rechten des Eigenthumes überwiesene Vermögensmasse, mithin eine die Rechtssubjektivität in sich tragende Foundation erforderlich sein, welche dadurch nicht geschaffen wird, daß der Stifter anstatt seiner Stiftung eine andere Person als Erben voranstellt und sich darauf beschränkt, die Erfüllung der vorhablichen Stiftungszwecke seinem Universalsuccessor aufzulegen.

Deßhalb kann auch die im Testamente enthaltene Bestimmung, daß die Hinterlassenschaft nach Deckung aller Auslagen und Hinausbezahlung aller Legate vom erzbischöflichen Ordinate in Empfang genommen und verwaltet werden soll, nicht dahin ausgelegt werden, daß dem Ordinate anstatt des Successionsrechtes nur das Recht der Vermögensverwaltung über die zum Erben eingesetzte Stiftung habe eingeräumt werden wollen; vielmehr hat diese Bestimmung im Zusammenhalte mit dem der Erbeinsetzung beigefügten Modus keine andere Bedeutung, als daß der Erbe die ihm nach Abzug der Auslagen und Legate rein verbleibende Vermögensmasse in ihrem Grundstocke erhalte und durch Anlage des Kapitals für dessen fortdauernde Rentirlichkeit Sorge, um auf diesem Wege die Möglichkeit zu erlangen, der ihm gewordenen Auflage gerecht



zu werden. Die dem Erben aufgetragene Vermögensverwaltung ist daher die nothwendige Folge des ihm auferlegten Modus, durch dessen Beigabe der Testator weder die von ihm verfügte Erbeinsetzung noch die damit verknüpften Rechtsfolgen in ihrer Wesenheit zerstört hat, indem das Eigenthum und die Verwaltung des Erbgesetzes dem Erben verbleiben würde und nur in Bezug auf die Nutznießung beschränkende Bestimmungen getroffen sind.

Aus demselben Grunde kann auch darin, daß es der Testator dem Ermessen des eingesetzten Erben anheimgelassen hat, nach Aufhören des Bonifazius-Vereins zu Paderborn an die nordischen Missionen anstatt der jährlich dahin abzugebenden Renten-Hälfte das betreffende Kapital in der Substanz abzutreten, weiter nichts als eine für diesen bestimmten Fall zugestandene, lediglich vom Willen des Erben abhängige Ausnahme von der Regel erblickt werden, daß der Grundstock des Vermögens in der Person des Erben zusammengehalten werden soll, ohne daß durch diese die Erfüllung der Nebenbestimmung betreffende Modifikation die Wirkung erzeugt werden konnte oder wollte, die Erbeinsetzung zu ändern und den eingesetzten Erben nur in der Eigenschaft eines Geschäftsführers erscheinen zu lassen.

Im Gegentheil ist die Absicht des Testators in Bezug auf die Ernennung seines Erben so bestimmt und verständlich im Testamente ausgesprochen, daß kein Bedürfnis besteht, erst noch auf künstlichem Wege mit Zuhilfenahme von Auslegungsregeln die wahre Willensmeinung des Disponenten zu erforschen. Wollte man daher auch annehmen, daß der Testator trotz dieser Bestimmtheit im Ausdrucke dennoch anderen Sinnes gewesen sei und nicht das erzbischöfliche Ordinariat, sondern die Missionsstiftung zum Erben habe einsetzen wollen, so würde damit die Erbeinsetzung wegen inneren Wider-

spruches in sich zerfallen, da unter dieser Voraussetzung die im Testamente als Erbe eingesetzte Person nicht gewollt und die gewollte nicht eingesetzt worden wäre.

Dem entgegen hat sich jedoch das erzbischöfliche Ordinariat selbst dafür erklärt, daß es sich als den wirklichen und einzigen Erben betrachte, indem es das Testament anerkennt, die Erbschaft unbedingt angetreten und sich zur Erfüllung der ihm aufgetragenen Leistung erboten hat.

Die Fiktion, daß der Stiftungszweck als der Universalsuccessor vorantrete, welchem der wirklich eingesetzte Erbe nur als Stiftungsverwalter an die Seite gesetzt werden wollte, entbehrt daher jeder thatsächlichen Grundlage und würde zu dem Resultate führen, daß der im Testamente genannte Erbe, obwohl ihm die passive Testamentfähigkeit abgeht, dennoch unter dem Titel der Geschäftsverwaltung in die volle Herrschaft über das Nachlassvermögen sich einsetzen könnte.

Ein weiterer Grund für die Aufrechthaltung des Testamentes soll nach Behauptung der Revision darin liegen, daß auch bei der Ungiltigkeit der vorliegenden Erbeinsetzung doch immer die Missionsstiftung an sich in Gemäßheit der den frommen und milden Stiftungen gesetzlich zustehenden Begünstigungen als das erbfähige Rechtssubjekt in den Vordergrund trete.

Abgesehen jedoch von der Frage, ob nicht schon gemeinrechtlich die Existenz einer Stiftung als moralische Person von der Genehmigung des Staates abhängig ist, darf auch bei Stiftungen die ausdrückliche Einsetzung zum Erben nicht fehlen, welche aber im gegebenen Falle in der Fassung des Testamentes bestimmten Ausdruck nicht gefunden hat, und jeden Haltpunkt dadurch verliert, daß mit der Erbunfähigkeit des wirklich benannten Erben nicht nur dessen Einsetzung, sondern auch der daran geknüpfte



dem beabsichtigten Stiftungszwecke gewidmete Modus als ungiltig zusammenfällt. Aber selbst zugegeben, daß die dem Erben aufgetragene Nebenbestimmung als ein erbfähiges Rechtssubjekt in dessen Stelle einzutreten hätte, so würde keinesfalls der ausschließende Erbe berechtigt sein, die Erbschaft unter was immer für einem Titel an sich zu ziehen, da die Ungiltigkeit seiner Einsetzung auch den Abfall aller damit zusammenhängenden Dispositionsbefugnisse nach sich zieht.

Endlich kann auch der letztwilligen Verfügung diejenige Wirkung nicht beigelegt werden, welche am Schlusse der Revision für die im Testamente enthaltene Kodizillarklausel beansprucht wird. Es soll nämlich dem Urtheilslage die Modifikation beigelegt werden, daß die Intestaterben den im Testamente dem Ordinate aufgelegten Modus auch ihrerseits zu erfüllen haben. Eine Auflage dieser Art ist aber rechtlich unmöglich. Die Intestaterben können nicht angehalten werden, anstatt des ernannten Erben den diesem aufgelegten Modus durch Gründung eines Missionsfondes zu erfüllen, sondern die ihnen vermöge der Kodizillarklausel obliegende Verbindlichkeit würde gegenüber dem Testamentserben darin bestehen, daß sie die ihnen zufallende Erbschaft als Universal-fideikommiß an den eingesetzten Erben als den eventuellen Fideikommißar zu restituiren hätten. Diese Rechtsfolge ist aber, wie die Vorinstanzen bereits ausgeführt haben, dann ausgeschlossen, wenn das Testament aus dem Grunde der mangelnden Testamentfähigkeit des eingesetzten Erben mit Nichtigkeit behaftet ist.

In einem Revisionsnachtrage wird die in den Streitverhandlungen bisher nicht zur Sprache gebrachte Ansicht auszuführen gesucht, daß die Ordinate gleichbedeutend mit den Domkapiteln seien, letzteren aber die juristische Persönlichkeit unzweifelhaft zustehe.

Auch diese Annahme ist nicht gerechtfertigt.

Nach der allerhöchsten Verordnung vom 7. Mai 1826 (Reggß.-Bl. S. 489) sind für die verschiedenen Geschäftsabtheilungen, in welche die erzbischöflichen und bischöflichen Stellen zerlegt sind, offizielle Bezeichnungen vorgeschrieben, indem die zur Behandlung der Diözesanangelegenheiten mit Ausschluß der Ehe Streitigkeiten konstituirte Behörde den Namen „Ordinariat“ zu führen, die zur Schlichtung der Ehe Streitigkeiten angeordnete geistliche Behörde erster Instanz aber unter dem Namen „Konfistorium“ zu bestehen hat. Bei den Erzbisthümern ist außerdem für die Appellation in Ordinariats- und Konfistorialsachen ein Kollegium unter dem Namen „Metropolitikum“ bestimmt. Keines dieser verschiedenen Rathskollegien ist identisch mit dem Domkapitel in seiner Gesamtheit, dessen kirchliche Amtsgewalt nicht nur bei besetztem, sondern noch mehr bei unbesetztem erzbischöflichen oder bischöflichen Stuhle über die Amtsbefugnisse der einzelnen Geschäftsabtheilungen wesentlich hinausreicht. Es ist daher unzulässig, die Bezeichnungen „Ordinariat“ und „Domkapitel“ für gleichbedeutend zu erklären und beide Organe unter den Gesichtspunkt desselben kirchlichen Institutes zu stellen, sowie auch mit Grund nicht behauptet werden kann, daß der Testator, indem er in seinem Testamente das Ordinariat benannte, das Domkapitel zum Erben habe einsetzen wollen.

Damit fällt aber die Prüfung der weiteren Frage hinweg, ob die Domkapitel in ihrer jetzigen Verfassung als juristische Personen in privatrechtlicher Beziehung zu betrachten seien.

Aus diesen Gründen konnte der primären und eventuellen Revisionsbeschwerde eine Folge nicht gegeben werden.

DAß. v. 9. April 1867 Reg.-Nr. 321⁶⁶/₆₇.
Rm.



Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das Erbrecht einer geschiedenen Ehefrau in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht. — Befiß an einem Theile der Sache. — Retraktirecht. Wiederkaufrecht. Veräußerungsverbot. — Testament nach Art. 61 des Notariatsgesetzes. Ein Legatar, zum Uebernahmeakte als Zeuge zugezogen, thut der Gültigkeit eines solchen Testaments keinen Eintrag. — Verkauf einer fremden Sache. Actio redhibitoria. — Zu Art. 3 Nr. 7 des Gesetzes vom 26. März 1859 über die Verjährungsfrist.

Ueber das Erbrecht einer geschiedenen Ehefrau in den Nachlaß ihres Ehemannes nach Würzburger Landrecht.

Daß bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft durch den Tod eines der Ehegatten keine Vererbung, sondern lediglich eine Vereinigung des vor diesem Tode begründeten Gesamteigenthums des ganzen Ehevermögens in der Person des überlebenden Gatten eintrete, bei jedem anderen Güterstande aber in Ermangelung von Kindern und eines Testaments des verstorbenen Eheheiles der überlebende den letzteren ab intestato zu seinem Vortheile beerbe, ohne jedoch pflichttheilsberechtigt zu sein, ist nach dem Würzburger Provinzialrechte außer allem Zweifel. Landgerichts-Ordnung Th. III Tit. 90 §. 1 und Tit. 96 §. 5, dann Tit. 88 §. 2 und 11, endlich Verordnung vom 22. Juli 1777 §. 5.

Es entsteht nun die Frage, ob, wenn eine Ehescheidung unter katholischen Eheleuten eingetreten, und nachher ein Eheheil vor geschener Abtheilung beziehungsweise Absonderung des Vermögens gestorben ist, die in diesen Gesetzesvorschriften ausgesprochenen Wirkungen ebenfalls eintreten.

Was nun

I. Die allgemeine Gütergemeinschaft betrifft,

Neue Folge XII. Band.



so sind entweder beim Tode eines Eheheiles Kinder vorhanden oder nicht.

Das Nichtvorhandensein von Kindern hindert, wenn die Gütergemeinschaft nicht durch Vertrag ohne Rücksicht auf die spätere Geburt von Kindern eingegangen wurde, die Entstehung der Gütergemeinschaft, weil diese ohne solchen Vertrag (Kon-
donation nach L. O. Th. III Tit. 104 §. 1. u. 2, dann Tit. 120 §. 1) nur bei der Geburt von Kindern eintritt. L. O. Tit. 96 §. 5, Tit. 97 §. 6. — Es wird also hier vorausgesetzt, daß Kinder vorhanden sind, oder daß die Gütergemeinschaft durch Kondonation entstanden ist, und keine Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind.

Im ersten Falle, wenn Kinder beim Tode des geschiedenen Gatten vorhanden sind, und nach der Scheidung bis zum Tode eines der geschiedenen Ehegatten keine Abtheilung gepflogen wurde, tritt der überlebende Ehegatte in das Gesamteigenthum des ganzen Vermögens ebenso ein, wie wenn eine Scheidung gar nicht in Mitte läge.

Denn nach der Vorschrift der kaiserlichen Landgerichtsordnung Th. III Tit. 31 §. 16 bewirkt die Ehetrennung unter Katholiken nicht von Rechts wegen die Beendigung der Gütergemeinschaft, sondern gibt nur den Kindern das Recht, auf Grundtheilung zu klagen.

Wenn also die Kinder oder ihre Verwandten oder Vormünder keinen Anspruch auf die Grundtheilung machen, so treten die civilrechtlichen Folgen einer Scheidung bei Katholiken, selbst wenn sie auf Lebenszeit ausgedehnt wurde, nur in Ansehung der wechselseitigen persönlichen Rechte der Ehegatten ein, nicht aber in Beziehung auf die Fortdauer einer durch Kinderzeugung oder Einkindschaft begründeten allgemeinen Gütergemeinschaft nach Würzburger Recht, weil diese nur durch wirkliche Grundtheilung

oder durch den Tod eines oder beider Ehegatten oder sämtlicher Kinder aufgehoben wird. Landgerichtsordnung Tit. 97 §. 6; Tit. 119 §. 14, 15 in Verbindung mit Tit. 90 §. 1; Schneidt elem. jur. franc. §. 100.

Es ist zwar in der Doktrin des gemeinen Rechtes und namentlich auch des katholischen Kirchenrechtes so ziemlich allgemein der Grundsatz angenommen, daß eine Trennung katholischer Eheleute von Tisch und Bett auf Lebenszeit in Ansehung der Vermögensrechte der Eheleute dieselbe Wirkung habe, wie die Aufhebung der Ehe dem Bunde nach (Glück's Kommentar Bd. 26 S. 465; Seuffert's Lehrb. der Pand. §. 447), und es wird daher auch von W. v. Schelhaß in seiner Darstellung des heutigen Würzburger Landrechtes (1856) §. 51 eine solche lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett als Grund der Endigung auch der auf dem Principe des Gesamteigenthumes nach Würzburger Landrecht beruhenden allgemeinen Gütergemeinschaft angeführt, wie dieß auch in den von dem Vater dieses Autors verfaßten Beiträgen zur deutschen Gesetzkunde 1. Heft §. 60 geschehen ist.

Diese Annahme kann aber nicht als richtig und den Vorschriften der Landgerichtsordnung entsprechend erachtet werden. Denn wenn, was nach deren Vorschriften in Th. III Tit. 90 §. 1, Tit. 97 §. 6 und Tit. 119 §. 14 und 15 ganz klar entschieden ist, das Provinzialrecht die allgemeine Gütergemeinschaft nur in den oben bezeichneten Fällen endigen läßt, so geht es schon von vorneherein nicht an, einen weiteren Aufhebungsgrund im Wege logischer Auslegung hinzuzusetzen.

Indeß stehen auch einer solchen Erweiterung der Aufhebungsfälle im Hinblick auf spezielle Bestimmungen des hier einschlägigen Gesetzes sehr erhebliche Bedenken entgegen.

•

Die Landgerichtsordnung räumt nämlich im Falle der Ehetrennung nur den Kindern das Recht ein, die Aufhebung der Gemeinschaft (Reichung des Zweitheiles oder die Grundtheilung) zu verlangen; Th. III Tit. 31 §. 16. Hätte das Gesetz mit einer Ehetrennung die sofortige und von Rechts wegen eintretende Endigung der Gemeinschaft im Sinne gehabt, so hätte dasselbe die Auflösung derselben durch Reichung des Zweitheiles nicht von dem Verlangen der Kinder abhängig machen, sohin diese Reichung des Zweitheiles nicht als eine bloße Verpflichtung gegenüber den Kindern erklären können, sondern hätte die absolute Endigung der Gemeinschaft ohne Rücksicht auf vorausgehendes Verlangen der Kinder aussprechen müssen.

Der Grund, warum das Gesetz nicht das letztere ausgesprochen, sondern nur den Kindern das Recht eingeräumt hat, die Grundtheilung zu verlangen, liegt übrigens sehr nahe. Denn indem dasselbe die Gütergemeinschaft nur im Falle der Geburt von Kindern oder der Errichtung einer Einfindenschaft kraft des Gesetzes entstehen läßt (Landgerichtsordnung Th. III Tit. 90 §. 1, Tit. 96 §. 5, Tit. 97 §. 6), hat es deutlich zu erkennen gegeben, daß bei der Einführung dieses Güterstandes vorzugsweise Rücksicht auf die Kinder genommen und deren Interesse beachtet wurde. Hiemit steht nun ganz klar die Vorschrift des Tit. 31 §. 16, wonach nicht der geschiedene Eheheil, sondern nur die Kinder bei einer Trennung ihrer Eltern von Tisch und Bett die Reichung des Zweitheiles verlangen können, in innigem Zusammenhange.

Durch die in Folge gesetzlicher lediglich in ihrem Interesse geschehener Anordnung entstandene Gütergemeinschaft haben die Kinder sehr wesentliche Vortheile für jetzt und die Zukunft erlangt, namentlich fällt Alles, was die Eltern in die Ehe einbringen



und in Zukunft, sei es durch eigene Thätigkeit oder durch Zufall oder Erbschaften, erwerben, in die gemeine Masse, woran ihnen zwei Theile als legitima gebühren; Landgerichtsordnung Th. III Tit. 96 §. 5 in Verbindung mit Tit. 29 §. 1. — Würde nun die Folge der Ehetrennung die Gütergemeinschaft sofort aufgelöst, so würden die Kinder an dem späteren Erwerbe der Eltern durch irgend einen Titel, selbst wenn er aus Erbschaften von den Großeltern herrühren würde, keinen Antheil mehr haben; LSO. Th. III Tit. 32 §. 2, 3, 4.

Es soll daher nur von dem Verlangen der Kinder, ihrer Freunde oder Vormünder (Tit. 32 §. 2) abhängen, ob die Grundtheilung wegen irgend eines Grundes der Verwirkung derselben, also auch der Ehetrennung, einzutreten habe und daher die Gütergemeinschaft sich endigen solle oder nicht, da auch Verhältnisse in Mitte liegen können, welche die Auflösung der Gemeinschaft im Interesse der Kinder rätlich und für sie vortheilhafter erscheinen lassen, z. B. wenn kein künftiger Erwerb von Seite der Eltern in Aussicht steht, dagegen die Abschwendung des Vermögens zu befürchten ist.

Wird nun von den Kindern die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht verlangt, so bleibt dem Ehe- manne die Verwaltung, welche ihm das Gesetz während der Dauer der Gemeinschaft einräumt (LSO. Tit. 102 §. 2), während der Ehefrau die ihr wegen schädlicher Wirthschaft des Ehemannes vom Gesetze (LSO. a. a. O. und Verordnung vom 28. März 1700) eingeräumte Klage zusteht, wie denn auch die Kinder in einem solchen Falle nach Vorschrift der LSO. Th. III Tit. 31 §. 8 sofort die Abtheilung verlangen oder eben so wie die Ehefrau die in Th. III Tit. 27 angeordneten Maßregeln veranlassen können.

Die einzige Aenderung der vermögensrechtlichen

Verhältnisse besteht also bei einer Ehetrennung darin, daß die Ehefrau das ihr zustehende Recht der Führung des inneren Haushaltes (Schneidt l. c. §. 96) verliert.

Da nun bei einer durch Kinderzeugung oder Einkindschaftung begründeten Gütergemeinschaft nicht bloß die Eheleute sondern, wie oben schon erwähnt wurde, vorzüglich auch die Kinder betheilt sind, und da im Gesetze ausdrücklich verordnet ist, daß bei einer Ehetrennung nur die Kinder berechtigt sind, die Aufhebung der Gemeinschaft zu begehren, und zwar ohne Unterscheidung zwischen lebenslänglicher oder zeitlicher Trennung der Eheleute von Tisch und Bett, da endlich von Eheleuten, welche auch lebenslänglich in solcher Weise getrennt sind, in Cap. 2 X de divort. (4, 19) gesagt wird: „licet „separentur, semper tamen conjuges sunt,“ — so läßt sich die in der gemein- und kirchenrechtlichen Dogtrin gemachte Unterscheidung zwischen zeitlicher und lebenslänglicher Trennung katholischer Eheleute von Tisch und Bett auf den Fall bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft in jenen Gebietstheilen, wo die kaiserliche Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken gesetzliche Geltung hat, offenbar nicht anwenden.

Anderß mag es allerdings bei protestantischen oder gemischten und überhaupt bei solchen Ehen sein, bei denen eine Ehescheidung dem Bande nach zulässig und wirklich gerichtlich ausgesprochen ist, weil hier eine Ehe gar nicht mehr besteht, sohin die getrennten Eheleute durchaus in keiner Gemeinschaft, sei sie vermögensrechtlicher oder persönlicher Natur, mehr stehen und sogar sich weiter verhehelichen können, was mit der Annahme der Fortsetzung der vermögensrechtlichen Gemeinschaft unter den früheren Eheleuten absolut unvereinbar sein würde, während die kaiserliche Landgerichtsordnung da, wo sie von den

bürgerlichen Wirkungen der Ehetrennung spricht, nur eine Ehetrennung im Sinne des kanonischen Rechtes im Auge hatte, und nach der Zeit, wo sie verfaßt wurde, im Gebiete des katholischen Bisthums Würzburg nur haben konnte.

II. Bei einer durch Vertrag ohne spätere Kinderzeugung begründeten Gemeinschaft sowie bei jedem anderen Güterstande kann man der von W. v. Schelhaß §. 51 und in der Note 5 aufgestellten Ansicht unbedenklich beitreten. Denn bei diesen Güterständen sind nur die Eheleute selbst betheiltigt; die lebenslange Trennung von Tisch und Bett hebt also die Gemeinschaft derselben für immer auf, und die Ehe hat für alle Zukunft ihren eigentlichen Zweck verloren.

Während bei der durch Kinderzeugung oder Einkindschaft begründeten allgemeinen Gütergemeinschaft das Vermögen nicht bloß im Interesse der Eheleute, sondern hauptsächlich für den ganzen Familienstand verwaltet und benützt wird, sohin durch Auflösung der Gemeinschaft dieses Interesse nicht bloß in Ansehung der Eheleute sondern auch der Kinder seine, auch für die letzteren im Gesetze vorgesehene Wirkung verlieren würde, steht bei den anderen Güterständen nur das Verhältniß zwischen den Eheleuten in Frage, welchem aber durch die Ehetrennung auf Lebenszeit seine ganze Bedeutung genommen ist. Hier läßt sich also durchaus kein Grund der Fortsetzung des für die bestehende Ehe berechneten Güterstandes mehr denken, und es ist daher die Aufhebung desselben durch die Natur und den Zweck der Ehetrennung nothwendig geboten.

Es läßt sich dieses insbesondere bei der Kon-
donation ohne spätere Kinderzeugung durch die
Erwägung rechtfertigen, daß eine solche Gemeinschaft
mehr die Natur einer gewöhnlichen durch Vertrag
begründeten, für einen bestimmten Zweck, näm-



lich für die Ehe berechneten Gemeinschaft hat, sohin mit Wegfall dieses Zweckes von selbst sich endigt; §. 6 Inst. de societ. (3, 26).

Eben so liegt aber auch dem auf dem Dotalsysteme oder einer partikulären, nämlich der Errungenschafts-Gemeinschaft beruhenden Güterstande die stillschweigende auflösende Bedingung zu Grunde, daß das wechselseitig in die Ehe gebrachte Vermögen sowie die Errungenschaft nur so lange nach Maßgabe der hierüber bestehenden Gesetze behandelt werden solle, als die Ehe nach allen ihren Wirkungen besteht, da ja sowohl das Gesetz als die desfalligen Verträge nur auf der Voraussetzung der häuslichen ehelichen Gemeinschaft beruhen, — woraus sodann auch folgt, daß der Güterstand so lange dauert, als die eheliche Gemeinschaft selbst besteht.

Dieses Letztere enthält, was hier nebenbei bemerkt wird, auch den Grund, warum kein Eheheil einseitig aus dem eingegangenen oder gesetzlich begründeten Güterstande austreten, somit auch irgend eine Art von Gütergemeinschaft auflösen kann. Denn diese Gemeinschaft hängt nothwendig mit der Ehe selbst zusammen und da diese nicht einseitig auflösbar ist, so kann auch kein Eheheil aus der unzertrennlich mit ihr verbundenen Vermögensgemeinschaft heraustreten, wie es bei der gewöhnlichen Societät nach fr. 3 §. 4 und fr. 14 pro socio (17, 2) der Fall ist. Die Gütergemeinschaft entsteht durch die Eingehung der Ehe, kann also, abgesehen von beiderseitiger Zustimmung, nur mit ihrer Auflösung ihr Ende erreichen, da die Ehe die Voraussetzung der Gemeinschaft ist.

Eine andere Frage ist aber ferner, ob, wenn die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten von Tisch und Bett auf Lebenszeit getrennt sind, und auf Verlangen der Kinder die Grundtheilung vollzogen, sofort die Gemeinschaft aufgehoben



worden ist, sohin alle vermögensrechtliche Gemeinschaft für immer hinwegfällt, daß oben erwähnte Intestaterbrecht unter katholischen Eheleuten eintrete?

Diese Frage muß entschieden verneint werden, da mittelst der Grundtheilung jedes der Eheleute ein Sechstheil des Gesamtvermögens erhält und wegen der lebenslänglichen Trennung auch eigenthümlich besitzt, verwaltet und benützt, sohin außer dem in Folge des Sacramentes der Ehe fortdauernden kirchlichen Bande derselben alle aus der Ehe hervorgehenden civilrechtlichen Verhältnisse unter den Eheleuten aufhören, die Intestaterbfolge aber ein rein bürgerliches Institut ist, daher der Eintritt der Intestatsuccession bloß von dem Vorhandensein der civilrechtlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit jener Erbfolge abhängt.

Daß dieses Erbrecht auch bei anderen Güterständen im Falle lebenslänglicher Trennung der Ehegatten cessire, versteht sich hienach von selbst.

... r ...

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Besitz an einem Theile der Sache.

Unter der Oberfläche des Hauses des A. war ein Keller hineingebaut worden, dessen Eigenthum von B. auf den Grund der Usufapion in Anspruch genommen wurde, wogegen A. erinnerte, daß ein selbständiger, von dem Eigenthum an der Oberfläche getrennter Besitz eines unter dem Grund und Boden liegenden Kellers gesetzlich unstatthaft sei, und demgemäß auch die gesonderte Acquisitivverjährung eines solchen Kellers unzulässig erscheine.

Dieser Einwand wurde nach Beschaffenheit des gegebenen Falles nicht als gegründet erachtet; denn — so sagen die oberstrichterlichen Gründe — zwischen einem oberirdischen und einem unterirdischen Gebäude besteht eine wesentliche Verschiedenheit, und die Grundsätze, welche hinsichtlich des ersteren gelten, können nicht unbedingt auf das letztere angewendet werden.

Will man auch annehmen, daß der streitige Keller einen Theil des Hauses des A. bildet, so ist er doch seiner Natur nach so beschaffen, daß er ein eigenes Ganzes für sich ausmachen und als solches aufgefaßt werden kann. Wo aber eine solche Trennung möglich und denkbar ist, da kann auch schon nach römischen Rechtsprinzipien an diesem Theile allein Besitz erworben werden.

Savigny Recht des Besitzes §. 22.

Im vorliegenden Falle hat die bisherige Erfahrung gezeigt, daß die Benützung des Kellers ohne Beeinträchtigung des A. gesondert durch B. ausgeübt worden ist, und daß also ein selbständiger Besitz, wie ihn die Usufapion erfordert, als thunsich erschieht.

PAßGrf. v. 23. Febr. 1867 Nr. 434⁶⁶:₆₇.
Rm.

2.

Retraktrecht. Wiederkaufrecht. Veräußerungsverbot.

A. verkaufte an B. ein Fischwasser um 400 fl. mit dem Vorbehalte, daß dasselbe weder von B. noch von dessen Erben an einen Anderen als den Verkäufer oder dessen Gutsnachfolger veräußert werden dürfe, und daß sie, nämlich der Verkäufer und dessen Gutsnachfolger, im gegebenen Falle für die Wiedererwerbung des Fischwassers eine gleiche Summe von 400 fl. zu entrichten hätten.

Ungeachtet dieses Vorbehaltes verkaufte B.



daß Fischwasser an G., gegen welchen nun A. auf Ueberlassung desselben Klage stellte. Diese Klage, welche darauf gegründet war, daß der fragliche Vorbehalt ein dingliches Recht gewähre, und im Landtagsabschiede vom 10. Nov. 1861 Abschnitt III §. 28 Abs. 1 u. 2 nur von Aufhebung gesetzlicher, nicht aber vertragmäßiger Retraktrechte die Rede sei, wurde nicht als gegründet erachtet, worüber den oberstrichterlichen Gründen Folgendes entnommen wird:

Im gegebenen Falle handelt es sich nicht um ein Vorkaufrecht; denn dieses besteht in dem Rechte, daß dem Verkäufer für den Fall, daß der Käufer die erkaufte Sache weiter veräußern wollte, der Vorzug eingeräumt werde (Walch, Nöhrerecht S. 76 §. 4; Glück, Pand.-Komm. Bd. XVI, §. 990 S. 156). Durch dieses Recht wird die Befugniß des Käufers, die Sache weiter zu veräußern, nicht ausgeschlossen; derselbe muß nur dem Verkäufer überlassen, in den beabsichtigten neuen Verkauf unter allen Bedingungen des letzteren einzutreten.

Im vorliegenden Falle ist aber das Veräußerungsrecht des Käufers an einen Fremden ausdrücklich ausgeschlossen, und nur der Verkauf an den ersten Verkäufer ist ihm, und zwar ohne Rücksicht auf Mehrung des Werthes der Sache und um den von ihm selbst gegebenen Preis gestattet.

Diese Stipulation ist also vom Vorkaufrechte wesentlich verschieden, da sie nicht einen Vorzug des ersten Verkäufers vor dem neuen Käufer, sondern geradezu ein Verbot der Veräußerung an einen Dritten enthält, und nur den Verkauf an den ersten Verkäufer gestattet, sohin sich in letzterer Beziehung dem Wiederkaufsrechte nähert, wenn es auch von demselben insofern verschieden ist, daß dieses dem Verkäufer auch gegen den Willen des Käufers das Recht gibt, die verkaufte Sache wie-

der zu erwerben, während nach jener Stipulation der Käufer nur, wenn er die Sache verkaufen will, verpflichtet ist, sie dem Verkäufer wieder zu verkaufen (Glück a. a. O. S. 201 lit. b).

Nun sind aber vertragsmäßige Veräußerungsverbote nur zwischen den Kontrahenten wirksam und begründen im Uebertretungsfalle nur eine Entschädigungsfrage gegen den dem Verbote zuwiderhandelnden Theil, nicht aber eine dingliche Klage gegen den dritten Besizer (Glück, Pand.-Komm. §. 976 Ziff. II S. 62 ff.; Seuffert, Lebrb. d. Pand. §. 124).

Anders wäre es, wenn sich der Verkäufer für den Uebertretungsfall das Eigenthum vorbehalten hätte, was aber im vorliegenden Falle¹⁾ nicht geschehen ist.

DAÖErf. v. 1. März 1867 RNr. 476^{66/67}.

Rm.

3.

Testament nach Art. 61 des Notariatsgesetzes. Ein Legatar, zum Uebernahmsakte als Zeuge zugezogen, thut der Gültigkeit eines solchen Testaments keinen Eintrag.

In dem oben S. 248 dargestellten Falle war unter den zum Uebernahmsakte des Testaments beigezogenen Zeugen auch einer, welcher im verschlossenen Testamente zum Testamentserbefutor ernannt und deshalb mit einem kleinen Andenken bedacht war. Auch wegen dieses Umstandes war die begehrte Einweisung in den Erbschaftsbesitz bestritten. Die Abweisung dieses Einwandes wurde vom obersten Gerichtshofe so motivirt:

„Im Testamente des Wilhelm S., welches dem Notar verschlossen übergeben wurde, ist zwar dem Zeugen M. ein Andenken zugewendet worden; allein selbst abgesehen davon, ob hierin überhaupt

¹⁾ Einen ähnlichen Fall behandelt das DAÖErf. v. 30. Okt. 1866 RNr. 37^{66/67}.



und namentlich wegen Verbindung der desfalligen Verfügung mit der Ernennung dieser Zeugen zum Testamentsvollstrecker ein Vortheil im Sinne des Art. 47 Nr. 2 des Notariatsgesetzes gefunden werden könne, so kann es bei Testamenten, welche dem Notar verschlossen übergeben werden, wegen der Frage über die Tüchtigkeit oder Untüchtigkeit der bei Errichtung der Uebergabsurkunden zugezogenen Zeugen nicht darauf ankommen, ob diesen Zeugen in dem verschlossen übergebenen Testamente ein Vortheil zugewendet wurde, sondern nach klarer Vorschrift des allegirten Art. 47 Nr. 2 nur darauf, ob die Zuwendung eines solchen Vortheiles in der Uebergabsurkunde selbst bewirkt worden ist.

Denn ein verschlossen übergebenes Testament wird durch diese in gesetzlicher Form erfolgte Uebergabe ein giltiges Testament, und es können daher die Förmlichkeiten, durch deren Beobachtung diese Gültigkeit bedingt ist, in allen Beziehungen, also auch rücksichtlich der Tüchtigkeit der Solennitätszeugen lediglich nach den für die Fähigkeit oder Unfähigkeit im Notariatsgesetze gegebenen desfalligen Bestimmungen beurtheilt werden ¹⁾."

DABG. vom 8. März 1867 Nr. 506⁶⁶/₆₇.
77.

4.

Verkauf einer fremden Sache. Actio redhibitoria.

Vergl. Bd. XXIII S. 267.

G. erkaufte von F. einen Gutskomplex, unter welchem sich eine dem Verkäufer nicht eigenthümlich angehörige Waldung befand, welche der Verkäufer, weil für den Eigenthümer der nöthige Kura-

¹⁾ Vergl. von Zinl's Kommentar zum Not.-Ges. Art. 60 u. 61 Nr. 4 und Nr. 20 S. 241 u. 257 (in von Dollmann's Gesetzbuchung zc. Th. II Bd. III S. 576 und 593).



telfonsens zur Veräußerung verweigert wurde, dem Käufer auch nicht beschaffen konnte.

Letzterer klagte deshalb auf Reszission des ganzen Kaufes, indem er behauptete, daß ein Verkauf fremder Sachen schon an sich ungiltig und daß ihm der übrige Komplex wegen der fehlenden Waldung unbrauchbar sei.

Die erste Instanz erkannte die Klage als unbegründet, wobei es, nachdem die zweite Instanz gegentheilig erkannt hatte, vom obersten Gerichtshofe aus folgenden Gründen belassen wurde:

1) Es ist entschieden unrichtig, daß der Verkauf einer fremden Sache unter allen Umständen nichtig sei, wie aus fr. 34 §. 3 in fine de contr. emt. (18, 1) klar hervorgeht. Es heißt daselbst ausdrücklich:

Quod si venditor scit (scil. rem alienam esse), emtor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur.

Hiermit stehen auch die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Eviktionsleistung in wesentlichem Zusammenhang, da nach fr. 11 §. 2 de act. emt. vend. (19, 1) der Verkäufer nur zur Ueberlassung des Besizes der verkauften Sache an den Käufer, nicht aber zur Uebertragung des Eigenthumes verbunden ist, und im Falle die Sache als eine fremde vom Eigenthümer erstritten wird, bloß auf Eviktionsleistung geklagt werden kann.

Hieraus folgt zugleich, daß, wenn auch dem Käufer die erkaufte Sache um deswillen, weil einzelne Grundstücke von einem erkauften größeren Komplex von einem Dritten evinzirt werden, oder diese Eviktion schon bevorsteht, hiedurch nicht der Anspruch des Käufers auf Reszission des ganzen Vertrages begründet wird, da selbst die Eigenschaft der ganzen Sache als einer fremden nur eine Klage auf Schadloshaltung, nicht aber auf Reszission des

ganzen Kaufgeschäftes gewährt: fr. 1 de evict. (21, 2) — um so mehr also der Anspruch des Käufers bloß auf eine solche Schadloshaltung beschränkt sein muß, wenn nicht der ganze Komplex, sondern nur ein geringer Theil hievon mit Eviction bedroht ist.

2) Vom Gesichtspunkte eines Irrthumes aus könnte die Unbrauchbarkeit solcher einzelner wegen Eigenthumes eines Dritten hieran bereits evinzirter oder mit Eviction bedrohter Grundstücke eine Reszision des ganzen Kaufvertrages unter gewissen Voraussetzungen allerdings herbeiführen. Diese Wirkung kann aber der Irrthum nur unter der Voraussetzung haben, daß das Fehlen einzelner Bestandtheile des erkauften Ganzen die Sache so wesentlich verändern würde, daß sie als eine Sache ganz anderer Art, als sie beim Kaufe vorausgesetzt wurde, erscheinen würde: fr. 9 §. 2, fr. 10, 11 §. 1, fr. 14, 41 §. 1, fr. 45 de contr. emt. (18, 1); Seuffert, Pandekten §. 264 Nr. 3; Glück, Pandektenkommentar Bd. IV S. 148 ff.

Dieser Fall ist aber im vorliegenden Rechtsverhältnisse nicht gegeben, da das erkaufte Gut durch das Fehlen einer einzelnen noch dazu im Verhältnisse zum Ganzen als geringer Bestandtheil sich darstellenden Parzelle als solches nicht verändert wird, die bloß relative Unbrauchbarkeit des Ganzen aber als eine solche Aenderung in der Substanz der Sache nicht angesehen werden kann.

3) Im gegebenen Falle kann auch die Reszision des ganzen Vertrages nicht vom Gesichtspunkte eines redhibitorischen Mangels verlangt werden.

Denn wenn auch die redhibitorische Klage bei dem Abgange bestimmt bezeichneter Bestandtheile einer Sacheengesamtheit stattfindet: fr. 32, 33, 34 pr. und §. 1 de aedil. ed. (21, 1), so wird vorausgesetzt, daß die einzelnen Sachen zusammen

ein untrennbares Ganzes bilden, wie z. B. mehrere Pferde, welche zusammen ein Gespann ausmachen, fr. 34 §. 1, fr. 35, fr. 38 §. 12, 14, fr. 39, 40 pr. de aedil. ed. (21, 1).

Daß nun aber das ganze Anwesen dem Kläger unbrauchbar sei, wenn die einzige Waldparzelle ihm nicht eigenthümlich verbleibt, begründet nicht den Begriff der in den allegirten Gesetzen erwähnten untrennbaren Sacheneinheit, sondern nur einen Nachtheil, und zwar keinen absoluten, sondern offenbar nur einen relativen, selbst wenn die behauptete Unbrauchbarkeit für den Kläger vorliegen würde.

DAÖGrf. v. 29. März 1867 Reg.-Nr. 576⁶⁶/₆₇.
Rm.

5.

Zu Art. 3 Nr. 7 des Gesetzes vom 26. März 1859 über die Verjährungsfristen.

A. hatte mit dem Gespanne, welches er zum Betriebe seines Gärtneranwesens hielt, seinem Schwiegervater B. Fuhrten zu Bauten desselben geleistet und klagte später auf Zahlung eines Lohnes hiefür. Die Einrede der Verjährung auf den Grund der oben angeführten Gesetzesstelle wurde vom obersten Gerichtshofe verworfen, da das Gesetz sich nur auf die Forderungen, welche bei dem gewerbsmäßigen Betriebe des Frachtfuhrwerkes und dgl. entstanden, nicht aber auf eine Gegenleistung für solche Fuhrten beziehe, welche ein Oekonomiebesitzer nur gelegentlich, um seinen Anspann nicht müßig zu lassen, leistet.

DAÖGrf. v. 7. März 1867 Nr. 479⁶⁶/₆₇.
77.



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

Inhalt: Ueber den Umfang der *lucra nuptialia* in Anwendung auf die Nachtheile der zweiten Ehe. — Fand- und Spann Dienste der Mitglieder der Kirchengemeinde. Gerichtsstand bei Streitigkeiten über die Verpflichtung zu denselben. — Ansehnbarkeit der Hingabe an Zahlungspflicht durch das Pausalanliche Rechtsmittel. — Förmlichkeiten bei nach Art. 61 des Notariatsgesetzes errichteten Testamenten. Kaufnamen des Testators. — Auch nach bayerischem Vordrechte ist der Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten bei der Intestaterbfolge auf den zweiten Grad der Verwandtschaft zum Erblasser beschränkt. — Die in einer Untersuchung wegen Verbrechens gegen eine Person einmal begränzte Kompetenz erstreckt sich auf alle vor gänzlicher Erledigung dieser Untersuchung gegen dieselbe Person sich neuerdings ergebenden Anschuldigungen.

Ueber den Umfang der *lucra nuptialia* in Anwendung auf die Nachtheile der zweiten Ehe.

1) Gemeinrechtlich ist es eine sehr bestrittene Frage, ob der zur zweiten Ehe schreitende Gatte die Proprietät bloß derjenigen Sachen verliere, welche er durch eine Freigebigkeit des vorigen Gatten aus dessen Vermögen erhalten hat, oder auch derjenigen, welche ihm aus diesem Vermögen nach gesetzlicher Vorschrift zugekommen sind?

Die jetzt herrschende Lehre entscheidet sich für letztere Alternative ¹⁾, so daß, wenn man dieser Lehre folgt, außer den durch Freigebigkeit erworbenen Gütern unter den Erwerbungen, welche sich nicht schon ohnedies auf den Nießbrauch beschränken, folgende als wiederfällig aufzuzählen sind:

a) die Virilportion, welche der überlebende

¹⁾ Buchta, Pand. §. 428 Nr. 1 und Note b; Wangerow, Zeitschen Bd. I §. 227 Anmerk. I; Windscheid, Pand.-R. Bd. II Abth. II §. 511; Arnolds, Lehrb. d. Pand. §. 417; Sintenis, prakt. Civ.-R. Bd. III §. 137 A, a, 1 u. Note 2; Marcoll in der Gießener Zeitschr. Bd. III S. 93 folg.; Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 249, Bd. XVI Nr. 120.



Gatte nach Nov. 127 cap. 3 an der dos und bzw. der *donatio propter nuptias* eigenthümlich erhält.

b) Der Ehegatte, welcher dem anderen durch eine unerlaubte Handlung eine rechtmäßige Ursache zur Scheidung gibt, verliert an diesen in Ermangelung einer dos bzw. *donatio propter nuptias* den vierten Theil seines Vermögens, jedoch, wenn Kinder vorhanden sind, nur nutznießlich, während die Proprietät an die Kinder fällt²⁾.

Dabei ist aber klar ausgesprochen, daß die *lucra ex repudio* gleicher Behandlung wie die *lucra ex morte* unterliegen, daß jene Quart ein gesetzliches Surrogat für die (nicht bestellte) dos bzw. *donatio propter nuptias* sei, und daß, was von dieser dos und *donatio* hinsichtlich der Ansprüche der Kinder verordnet ist, gleichmäßig auch von der Quart gelte.

Es wird sich daher wohl annehmen lassen, daß die spätere Verordnung der Nov. 127 cap. 3, nach welcher der überlebende Gatte von der dos bzw. *donatio propter nuptias* einen Kindstheil eigenthümlich erhält, auch auf die gleichwohl nicht ausdrücklich erwähnte *quarta ex repudio* zu beziehen sei³⁾.

c) Nach Nov. 117 cap. 5 (vergl. Nov. 56 cap. 6) erhält die arme Wittve aus dem Vermögen ihres wohlhabenden Mannes, wenn diesen drei oder mehrere Kinder beerben, eine Wittilportion, sonst aber den vierten Theil der Erbschaft, und zwar, wenn die Kinder von ihr sind, lediglich zum Nießbrauche.

²⁾ Const. 11 §. 1 de repud. (5, 17); Nov. 22. cap. 18 u. 30.

³⁾ Marejoll a. a. O. S. 107 Nr. 2; Sintenis §. 136 (Ausg. II S. 79 vergl. mit S. 69 Not. 129); Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 240 S. 383.

Auch dieser Erbtheil ist ein gesetzliches Surrogat der *donatio propter nuptias*, welche die Wittve, wenn eine dos bestellt worden wäre, sukriert hätte, und es läßt sich daher, wie oben unter b, behaupten, daß die Nov. 127 cap. 3 sich auch hieher erstrecke, daß also eine Virilportion dieses Erbtheiles der Wittve eigenthümlich anfalle⁴⁾.

d) Auch gehört hieher die *portio statutaria*, welche der überlebende Parens aus dem Nachlasse des verstorbenen nach einigen Partikulargesetzen erhält.

Zwar ist diese Frage bestritten, und nicht bloß von Solchen, welche die Nachtheile der zweiten Ehe auf Akte der Freigebigkeit beschränken, sondern es wird auch behauptet, daß in das deutschrechtliche Institut der *portio statutaria* die Bestimmungen des röm. Rechtes nicht eingemischt werden dürfen⁵⁾; allein die *portio statutaria* bleibt immerhin ein sukrativer Erwerb, und wenn man einmal annehmen muß, daß die *lucra nuptialia* den Nachtheilen der zweiten Ehe verfallen, und daß dieser Grundsatz auch im deutschen Rechte eingebürgert sei, so muß er auch auf die *portio statutaria* angewendet werden, und es kann nicht mehr darauf ankommen, ob dieselbe aus dem deutschen oder römischen Rechte ihren Ursprung nehme⁶⁾.

2) Für das bayerische Recht, welches weder eine *portio statutaria* noch auch ein Erbrecht der armen Wittve⁷⁾ verordnet, und dem überlebenden Ehegatten das Heirathsgut und die Wider-

⁴⁾ Marezoll und Seuffert's Archiv a. a. D.

⁵⁾ Glück, Pand.-Komm. Bd. XXIV S. 160.

⁶⁾ Marezoll a. a. D. S. 95; Bangerow a. a. D.; Sintenis §. 437 Note 2 (S. 81); Seuffert, Archiv Bd. XVI Nr. 120.

⁷⁾ RR. Th. I Kap. VI §. 35.

lage ohnedies nur nutznießlich einräumt⁸⁾, während der Kindstheil der Errungenschaft und Hausfahrniß von der überlebenden Ehefrau nicht lukrirt wird, sondern ihr *ex titulo dominii* folgt⁹⁾, übrig bezüglich der Frage, ob bloß die auf Freigebigkeit oder auch die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden *lucra nuptialia* den Nachtheilen der zweiten Ehe unterliegen, lediglich die Betrachtung der *lucra ex repudio*, aber dem gemeinen Rechte gegenüber mit um so größerer Bedeutung, weil sie dem schuldlösen Ehegatten in ihrem Vollbetrage als Eigenthum zufallen¹⁰⁾.

Das bayer. Landrecht verordnet in Th. I Kap. VI §. 47 Nr. 1, daß das Eigenthum desjenigen, was man aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten *titulo mere lucrativo et gratuito* überkömmt, durch die zweite Ehe an die vorhandenen Kinder verloren werde.

Es verschlüge zwar nichts, daß hier nur von dem verstorbenen Ehegatten die Rede ist, weil, wie schon oben erwähnt, die *lucra ex repudio* gleicher Behandlung wie die *lucra ex morte* unterliegen¹¹⁾. Dem Eigenthumsverluste können aber erstere deshalb nicht ausgesetzt sein, weil sie der schuldige Theil gegen seinen Willen ablassen muß und obige Vorschrift (§. 47) gegen die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes dahin auszu legen ist, daß nur die auf Freigebigkeit des andern Gatten beruhenden *lucra* mit dem Proprietätsverluste bedroht sein sollen.

Daraus, daß es, wie die Anmerkungen sagen, vorhin zweifelhaft gewesen sei, ob das Eigenthum

8) *RR. a. a. D.* §. 36 Nr. 7 und §. 37 Nr. 6.

9) *RR. a. a. D.* §. 36 Nr. 3 u. 5 vergl. mit §. 20 u. 21.

10) *RR. a. a. D.* §. 43 Nr. 1 u. 2.

11) Vergl. *RR. a. a. D.* §. 43 Nr. 1 u. Anm. Nr. 1.

von allen oder nur von den *titulo lucrativo* geschehenen Acquisitionen zu verstehen sei, und daß Codex das letztere bestätige, ginge dieses allerdings noch nicht hervor, weil der Begriff des *titulus lucrativus* nur überhaupt auf Unentgeltlichkeit, aber nicht nothwendig auf Freigebigkeit gerichtet ist; indem aber die Anmerkungen aus Nov. 22 cap. 23 die Worte: „*tunc omni largitate a viro ad eam veniente eam privat secundum proprietatis partem*“ ausdrücklich hervorheben, und die in jener Novelle gleichfalls vorkommenden Worte: „*et generaliter dicendum est, quod omnis eam deserit proprietatis modus in iis, quae a priori viro in eam venerunt,*“ mit Stillschweigen umgehen; indem sie ferner sagen, daß unter dem *titulo lucrativo et gratuito* eine solche unentgeltliche Acquisition zu verstehen sei, welche aus gutem Willen herrührt und mit gar keiner Gegenverbindlichkeit oder Beschwerde verknüpft ist, und in Not. 3 (viertens) vom Wittwensige bemerken, daß derselbe nicht *titulo mere lucrativo*, wenigstens nicht *gratuito*, bestellt werde, so ergibt sich hieraus unzweifelhaft, daß die Ausdrücke „*lucrativo*“ und „*gratuito*“, wenn sie schon beide den Begriff der Unentgeltlichkeit in sich schließen, in dieser Gesetzstelle keineswegs gleichbedeutend gebraucht seien¹²⁾, auch nicht so verstanden werden können, als seien nebst den sonstigen *lucris* ins-

¹²⁾ In den Anmerk. zu Th. II Kap. III §. 7 Nr. 3 lit. b ist der Ausdruck „*actus gratuitus*“ offenbar nur im Sinne der Unentgeltlichkeit und nicht auch im Sinne der Freigebigkeit gebraucht; denn wäre zum Begriffe des *titulus lucrativus* ein Akt der Freigebigkeit erforderlich, so könnte sich z. B. der Intestat-erbe oder der Finder einer herrenlosen Sache unmöglich in *causa lucrativa* befinden, was doch ganz entschieden der Fall ist.

besondere auch die auf Freigebigkeit beruhenden *lucra* gemeint, sondern daß die Worte „*titulo mere lucrativo et gratuito*“ als ein Gesamtbegriff dahin aufgefaßt werden müssen, daß es nicht genüge, wenn der Titel nur überhaupt ein *lucrative* sei, sondern daß er auch noch ein *gratuitus* d. h. ein auf der Freigebigkeit (*gratia*) des anderen Ehegatten beruhender sein müsse, wenn das Eigenthum durch die zweite Ehe verloren werden soll.

Dieses ist um so einleuchtender als, da jede *causa gratuita* zugleich eine *lucrative*, aber nicht jede *causa lucrative* eine *gratuita* ist, bei der Annahme, daß das Gesetz sämtliche *lucra* treffen wollte, die Worte „*et gratuito*“ ganz und gar überflüssig wären, was aber nach einem bekannten Grundsatz der Auslegung nicht vorausgesetzt werden darf.

3) Indessen gestaltet sich die Frage, ob ein Erwerb auf Freigebigkeit beruhe, für die Praxis nicht in allen Fällen so zweifellos, daß nicht eine nähere Betrachtung der gesetzlichen Begriffe der *causa lucrative* und insbesondere der Schenkung hier am Platze wäre.

Es wäre nicht erschöpfend, die *causa lucrative* als unentgeltlichen Rechtswerb zu bezeichnen; es muß nothwendig hinzukommen, daß der Erwerber schon durch die Natur des Erwerbes reicher werde¹²⁾.

Daß bayert. *OR. Th. II Kap. III §. 7 Nr. 3* steht diesem in keiner Weise entgegen; nur ist der gebrauchte Ausdruck, nach welchem unter *causa lucrative* diejenige verstanden wird, welche mit gar keiner Gegenverbindlichkeit oder sonstiger Beschwerde verknüpft ist, nicht von der Art, daß er nicht auf Abwege verleiten könnte.

¹²⁾ Savigny, *Syst. Bd. IV S. 11.*



Die testamentarische Erbfolge ist, wie die natürliche, im Gesetze ¹⁴⁾ ausdrücklich als *causa lucrativa* erklärt, obwohl eine völlig unbelastete Erbschaft kaum denkbar ist. Erst, wenn das ganze erb-schaftliche Vermögen durch Schulden absorbiert wird, ist der Erwerb der Masse nicht mehr lukrativ, weil es an einer Bereicherung fehlt ¹⁵⁾.

Hieraus ergibt sich, daß der Begriff der Gegenleistung, durch welche der Erwerb ein oneroser wird, nicht verwechselt werden dürfe mit den auf dem Gegenstande des Erwerbes ruhenden Lasten, und daß die Worte des bay. LR. „oder sonstiger Verschwerbe“ nicht so zu verstehen seien, als falle der lukrative Charakter mit irgend einer Belastung des Gegenstandes hinweg, sondern dahin, daß, so wie bei einem Akte, dessen rechtliche Natur auf unentgeltliche Bereicherung geht, nach Abzug der auf dem Gegenstande ruhenden Lasten etwas übrig bleibt, der Erwerb desselben ein lukrativer ist.

Ein sicherer Beweis dieser Behauptung liegt in dem sogenannten *negotium cum donatione mixtum* ¹⁶⁾. Hienach ist, wenn z. B. der Ehemann ein Haus, welches 5000 fl. werth ist, an seine Ehefrau in der Absicht, diese zu beschenken, und nicht etwa aus Irrthum über den Werth des Hauses, um 3000 fl. verkauft, dieser Kauf (er wäre denn lediglich zur Verdeckung der unerlaubten Schenkung abgeschlossen) vollkommen gültig; die Frau erwirbt das Haus *titulo oneroso*, sie erhält aber zugleich 2000 fl. durch eine Schenkung, also *titulo mere lucrativo et gratuito*.

¹⁴⁾ Const. unic. de impon. lucrati. descript. (10, 35).

¹⁵⁾ Savigny a. a. O. S. 12 Note g.

¹⁶⁾ Fr. 18 pr. de don. (39, 5); fr. 5 §. 2 et 5 de don. int. vir. et ux. (24, 1); Bayer. LR. Th. IV Kap. IV §. 10.

Bei dem *negotium mixtum* ist jedoch, um eine mitunterlaufende *causa lucrativa* annehmen zu lassen, immerhin erforderlich, daß der Geldwerth des auf die Schenkung fallenden Antheiles vermittelt werden könne. Wenn daher z. B. die Ehefrau dem Manne 3000 fl. schenkt, und dieser dagegen durch seine Bemühungen und Verbindungen die Erhebung des Bruders der Frau in den Adelsstand zu erwirken übernimmt, so liegt in diesem Geschäfte, wenn es auch als Schenkung bezeichnet wird, keine Schenkung, weil die Gegenleistung keinen bestimmten Geldwerth hat, und sich also die zum Begriffe der Schenkung nothwendige Bereicherung nicht entziffern läßt¹⁷⁾.

Es steht nichts im Wege, nach gleichen Grundsätzen auch die letztwilligen Zuwendungen hinsichtlich der Frage des lukrativen oder des onerosen Erwerbes zu behandeln. Hinterläßt z. B. der Ehemann seiner Frau ein Legat von 3000 fl. mit der Auflage, einem Dritten, welcher ihr 2000 fl. schuldet, diese Schuld zu erlassen, so befindet sich die Frau ungeachtet dieser Onertung in einer *causa lucrativa*; sie erwirbt 1000 fl. ohne irgend eine Gegenleistung, ohne irgend eine Beschwerung. Hinterläßt aber die Frau dem Manne 3000 fl. mit der Auflage, ihren Familiennamen anzunehmen¹⁸⁾, so verliert der Ehemann durch zweite Ehe diese 3000 fl. nicht, weil sich, indem die gemachte Auflage nicht zu Geld angeschlagen werden kann, nicht behaupten läßt, daß er bereichert sei.

Um übrigens eine Schenkung annehmen zu können, ist nicht nur eine Bereicherung auf der

¹⁷⁾ Fr. 19 §. 1, 6 de don. (39, 5); fr. 5 §. 2 de don. int. vir. (24, 1); Savigny a. a. O. S. 103.

¹⁸⁾ Fr. 19 §. 6 de don. (39, 5).

einen, sondern auch eine Veräußerung auf der andern Seite erforderlich.

Wenn daher der Ehemann eine testamentarische Erbschaft zu Gunsten der ihm substituirtten Ehefrau, oder wenn er ein dieser auferlegtes Legat ausschlägt, so liegt hierin ebensowenig eine Schenkung, als wenn er eine Schuldsomme, welche er an seine Frau erst nach Jahren zu bezahlen gehabt hätte, sogleich bezahlt, und ihr sonach einen früheren Zinsgenuß einräumt, weil er in beiden Fällen nicht ärmer wird, indem er nichts an bereits erworbenem Vermögen verliert, sondern nur die Gelegenheit eines Erwerbes aufgibt¹⁹⁾.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Hand- und Spanndienste der Mitglieder der Kirchengemeinde.
Gerichtsstand bei Streitigkeiten über die Verpflichtung zu denselben.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Die Mitglieder der Kirchengemeinde S. sind allerdings nach der fiskalischen Aufstellung, welcher sie im Wege der Negatorienklage entgegentreten, zu den fraglichen Hand- und Spanndiensten nur persön-

¹⁹⁾ Fr. 5 §. 13, 14, fr. 31 §. 6 de don. int. vir.
(24, 2).

lich verpflichtet, ganz unabhängig von ihrer Eigenschaft als Besitzer von Realitäten im Pfarr- und Kirchensprengel; allein diese persönliche Verpflichtung trifft sie nur wegen ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Pfarr- und Kirchengemeinde S. Diese Mitgliedschaft steht in der genauesten Beziehung zu den dortigen Kultusgebäuden. Sie haben jene Dienstpflicht nur an diesen Gebäuden und nur so lange zu üben, als diese Gebäude Kultuszwecken dienen, und so lange sie als Parochianen dem Kirchenverbande angehören und Nutzen von diesen Gebäuden ziehen. Der Austritt aus der Kirchengemeinde und das Aufhören der Mitbenützung jener Gebäude für kirchliche Zwecke löst sofort die Verbindlichkeit zu jenen Diensten.

Wegen dieses Zusammenhanges kann die gemischt dingliche und persönliche Natur der Dienstpflicht keinem Zweifel unterliegen und ist dieselbe vom obersten Gerichtshofe stets festgehalten worden.

Die Streitigkeiten über die Hand- und Spanndienste der Parochianen gehören demnach vor dasjenige Gericht, in dessen Bezirke die betreffenden Kultusgebäude liegen.

DAOE. v. 8. Febr. 1867 Reg.-Nr. 267^{66/67}.
Rm.

2.

Anfechtbarkeit der Hingabe an Zahlungsstatt durch das Paulianische Rechtsmittel.

Vgl. Bd. XXIV S. 406 und oben S. 108.

Daß eine Hingabe an Zahlungsstatt mit dem paulianischen Rechtsmittel angefochten werden könne, hat der oberste Gerichtshof wieder anerkannt unter Begründung dieses Ausspruches durch die sich aus fr. 24 pr. de pignor. act. (13, 7) und Const.



4 de evict. (8, 45) ergebende Gleichstellung der *datio in solutum* mit dem Kaufe und unter Bezugnahme auf Bangerow, Lehrb. d. Pand. §. 697, V; Windscheid, Pandekten. §. 463 Nr. 6; Holzschuber, Theorie u. Kas. 3. Aufl. §. 330 Nr. 6, a III.

OABGrf. v. 2. März 1867 RRr. 363^{66/67}.
77.

3.

Förmlichkeiten des nach Art. 61 des Notariatsgesetzes errichteten Testaments. Taufnamen des Testators.

In dem oben S. 248 erzählten Falle war auch ein Einwand gegen die Zulässigkeit des *remedium ex L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo* aus dem Umstande abgeleitet, daß der Testator im Testamente und in dem Uebernahmsakte als Friedrich Wilhelm S. bezeichnet war, während er im Taufbuche seiner Pfarrei als Ferdinand Wilhelm S. vorkam. Der oberste Gerichtshof verwarf diesen Einwand aus nachstehenden Gründen:

„Was den Umstand betrifft, daß sowohl im Testamente als auch in der Uebergabsurkunde als Testator ein Friedrich Wilhelm S. aufgeführt und unterzeichnet sei, ein solcher Friedrich Wilhelm aber nicht existire, so handelt es sich hier nicht um einen aus der bloßen Ansicht des Testaments und der Uebergabsurkunde sofort erkennbaren Mangel, da weder aus der Aeußerlichkeit dieser Urkunden noch aus ihrem Inhalte zu ersehen ist, daß eine falsche Persönlichkeit in jenen Urkunden angeführt und unterzeichnet sei.

Abgesehen hievon kann das von den Beklagten mit der Vernehmlassung übergebene pfarramtliche Zeugniß keine sofortige Gewißheit über die Richtig-

leit der aus jenem Umstande abgeleiteten Folgerungen begründen, weil durch den Inhalt dieses Zeugnisses nicht die Annahme ausgeschlossen ist, daß der im Pfarrbuche als Ferdinand Wilhelm S. eingetragene Verwandte der Beklagten sich nicht statt des Nebenvornamens Ferdinand den Nebenvornamen Friedrich beigelegt habe, und daher wirklich nicht die Person sei, welche testirt hat.

DAWG. v. 8. März 1867 Reg.-Nr. 506⁶⁶/₁₆₇.
77.

4.

Auch nach bayerischem Landrechte ist der Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandten bei der Intestaterbfolge auf den zweiten Grad der Verwandtschaft zum Erblasser beschränkt.

Der Erblasser hatte vier leibliche Brüder seines Vaters und eine Stieffchwester seiner verstorbenen Mutter, die W., hinterlassen. Obgleich auf beiden Seiten gleicher Grad der Verwandtschaft (der dritte Grad) vorhanden war, so waren doch nur die Vatersbrüder in den Besitz des Nachlasses eingesetzt worden. In Folge der Klagestellung der W. wurde derselben das Miterbrecht zuerkannt.

Gründe: Die Beklagten bestritten der Klägerin das Miterbrecht, weil bei der Erbfolge der Seitenverwandten dritten Grades nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechtes Th. III Kap. XII §. 4 die einbändigen Geschwister von den zweibändigen Geschwistern stets ausgeschlossen seien, während den einbändigen mit den zweibändigen Geschwistern ein gleiches Erbrecht in den Vorinstanzen zuerkannt worden sei.

a) Im angeführten §. 4 ist verordnet, daß in der Succession der Seitenverwandten zuerst des Ver-



storbenen zweibändige Geschwister in Köpfen und mit und nebst denselben auch die Kinder von zweibändigen Geschwistern in Stämmen erben (Nr. 1 u. 2), daß dann erst nach diesen die einbändigen Geschwister väterlicher so wie mütterlicher Seite nach Köpfen und mit ihnen die Kinder der Halbgeschwister in Stämmen zur Erbfolge kommen (N. 3 u. 4), so dann, daß bei den übrigen Seitenverwandten die Successionsordnung allzeit den näheren mit Ausschluß der weiter Gesippten treffe (Nr. 7).

Schon der Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung gibt deutlich zu erkennen, daß der Unterschied, welcher zwischen Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit gemacht wurde, auf die Geschwister des Erblassers — auf Seitenverwandte zweiten Grades und auf deren Kinder — beschränkt worden ist, weil bei der Succession der entfernteren Verwandten diese Unterscheidung nicht wiederholt, sondern lediglich bestimmt wurde, daß der näher Gesippte den entfernteren Verwandten ausschließe. Sind sonach keine vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister, oder deren Kinder vorhanden, so richtet sich die Erbfolgeordnung lediglich nach der Nähe des Verwandtschaftsgrades zu dem Erblasser in der Art, daß Seitenverwandte des Verlebten ohne Rücksicht darauf, ob diese Seitenverwandten Vater und Mutter oder nur den Vater oder nur die Mutter gemeinschaftlich haben, gleichmäßig mit einander erben, wenn sie zu dem Erblasser im gleichen Grade verwandt sind.

b) Könnte in den Worten des Landrechtes noch ein Zweifel gefunden werden, so würde derselbe durch die Anmerkungen zum Landrechte seine Lösung finden, indem daselbst Th. III Kap. XII §. 4 Nr. 3 lit. c und Nr. 4 lit. c ausdrücklich gesagt ist, daß auf die Zweibändigkeit nur bei des Erblassers Brüdern, Schwestern und ihren

Kindern, nicht aber bei weiteren Seitenverwandten mehr gesehen werde¹⁾).

c) Bezüglich der im §. 4 Nr. 7 a. a. O. enthaltenen Vorschrift ist das bayer. Landrecht dem gemeinen Rechte gefolgt. Nach diesem ist bei den in der IV. Klasse zur Erbfolge berufenen Seitenverwandten gleichfalls jeder Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Verwandten ausgeschlossen. Vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 722; Seuffert, PR. S. 560; Wöschel, Vorles. §. 928.

DAÖGf. v. 12. April 1867 RRr. 585^{66/67}.

§*.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die in einer Untersuchung wegen Verbrechens gegen eine Person einmal begründete Kompetenz erstreckt sich auf alle vor gänzlicher Erledigung dieser Untersuchung gegen dieselbe Person sich neuerdings ergebenden Anschuldigungen*).

Gegen Jos. Traubinger von N. war vom Un-

¹⁾ Durch das in den Anm. zu Th. III Kap. XII §. 4 Nr. 4 lit. e angeführte Beispiel, daß die Enkel zweibändiger Brüder und Schwestern nicht nur einbändigen Brüdern und Schwestern selbst, sondern auch ihren Kindern ausweichen müssen, wird die Richtigkeit der Gesetzesauslegung noch bestätigt. Der Enkel, welcher gleichwohl von einem vollbürtigen Bruder des Erblassers abstammt, muß dem Sohne des Halbbruders nachstehen, weil in diesem Falle der Konkurrenz der Vollbürtige vor dem Halbbürtigen keinen Vorzug genießt und nur allein die Nähe des Grades für das Intestaterbrecht von entscheidendem Einflusse ist.

*) Der Unterscheidung wegen vergl. oben S. 69 ff.



tersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Landshut am 1. Mai 1867 Haftbefehl wegen Verdachtes zweier in dessen Bezirke begangener Diebstähle, wovon einer am 18. März 1867 zum Nachtheile der Häuslerstochter Katharina Wittmann in Rosengarten und der andere am 31. dess. M. bei deren Mutter Walburga Wittmann verübt worden war, erlassen worden.

Von diesen Diebstählen stellte sich objektiv der erstere als Uebertretung, der letztere als Vergehen dar. Da jedoch Traubinger bereits früher wegen Diebstahls mit 4 $\frac{1}{2}$ jährigem Arbeitshause bestraft worden ist, steigert sich der erstere zum Vergehen, der letztere zum Verbrechen (Art. 276 und 282 Ziff. 2 des StGB.)

Durch Erkenntniß des k. Bezirksgerichtes Landshut vom 30. Juni 1867 ist Jos. Traubinger wegen des ersteren Vergehens in die öffentliche Sitzung dieses Gerichtes verwiesen, wegen des letzteren Vergehens aber die Untersuchung gegen ihn eingestellt worden.

Mittlerweile ist am 20. dess. M. Jos. Traubinger wegen Verdachtes zweier an diesem Tage in Regensburg begangener Diebstahlacte, von welchen der eine vollendet, der andere als Versuch zu qualifiziren ist, beide aber objektiv Vergehen sind, verhaftet und vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Regensburg verhört, auch die Voruntersuchung hierwegen durchgeführt worden.

Nach Vorlage der vereinigten Akten erklärte sich hierauf das k. Bezirksgericht Landshut durch Erkenntniß v. 12. Juli und darauf auch das k. Bezirksgericht Regensburg durch Erkenntniß vom 29. Aug. 1867 für unzuständig.

Der solchergestalt vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden,

daß zur Beschlußfassung in diesen Untersuch-

ungen das k. Bezirksgericht Landshut zuständig sei, und zwar in der Erwägung:

daß bezüglich aller in den Sprengeln der beteiligten Gerichte begangenen Diebstähle, wegen welcher Traubinger in Untersuchung gezogen worden ist, die Kompetenz des Untersuchungsrichters in Landshut durch Prävention vermöge des am 1. Mai 1867 erlassenen Haftbefehls begründet worden war,

daß von den Thaten, welche dieser Haftbefehl betraf, einer als Verbrechen zu erachten war, wenn er auch in der Haftverfügung selbst (wahrscheinlich seiner objektiven Natur nach) als Vergehen bezeichnet worden ist,

daß die am 30. Juni 1867 erkannte Einstellung der Untersuchung wegen dieses Thatens an der Wirkung der Prävention nichts ändern konnte, weil diese Untersuchung zu der Zeit, als Traubinger wegen der in Regensburg begangenen Diebstähle in Untersuchung gezogen wurde, nämlich am 20. Juni, noch im Laufe war, daher auch die Kompetenz des Untersuchungsrichters in Landshut zur Untersuchung der in Regensburg begangenen Diebstähle nach sich zog,

daß es für die Kompetenzfrage ganz unerheblich ist, ob das k. Bezirksgericht Landshut bei Erlassung seines Erkenntnisses vom 30. Juni 1867 Kenntniß von der in Regensburg gegen denselben eingeleiteten Untersuchung hatte oder nicht, endlich

daß die für den Untersuchungsrichter in Landshut begründete Kompetenz zur Untersuchung der in Regensburg begangenen Diebstähle von selbst auch die Zuständigkeit des k. Bezirksgerichtes Landshut zur Beschlussfassung hierüber nach Art. 47—49 des StPG. von 1848 nach sich zieht.

Erf. d. OGH. v. 17. Sept. 1867, UB. Nr. 90.

— f. —



Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Umfang der *lucra nuptialia* in Anwendung auf die Nachtheile der zweiten Ehe (Schluß). — Ein bei der Forstpolizeibehörde gestellter Antrag auf Ermäßigung einer Forstberechtigung kann auch den Wollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses temporär suspendiren. — Ueber die Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit einer cedirten Hypothekensforderung. Verpflichtung zu solcher Haftung nach der novarum verlaublichen Fesslon. — Rechtslage gegen Schöpfleute. Wertausschlagung des Hauptschuldners. — Verfügungen.

Ueber den Umfang der *lucra nuptialia* in Anwendung auf die Nachtheile der zweiten Ehe.

(Schluß.)

4) Nach Demjenigen, was bisher über *causa lucrativa*, über Gegenleistungen und Beschwerden gesagt worden ist, ergibt sich von selbst, wie ungegründet die von bayerischen Gerichten schon öfter angenommene Meinung ist, daß Eheverträge stets als ein Ganzes aufzufassen seien, und daß jede in denselben nur überhaupt vorkommende Beschwerde genüge, um sämtlichen Zuwendungen die Eigenschaft einer *causa lucrativa* zu entziehen. Durch die Bekämpfung dieser Ansicht will natürlich nicht gesagt werden, daß Zuwendungen, welche in einem Ehevertrage eine isolirte Stellung einnehmen und in dieser als *lucrative* erscheinen, stets auch isolirt zu behandeln seien und mit den im Ehevertrage sonst vorkommenden Beschwerden schlechterdings nicht in Verbindung gebracht werden dürfen, sondern nur, daß die Frage dieser Verbindung als *quaestio facti* zu behandeln, sofort in den einzelnen

Neue Folge XII. Band.



Fällen einer besonderen Beurtheilung zu überlassen, und nicht als *quaestio juris* gleich vorhinein zu bejahen sei.

Die grundsätzliche Bejahung stünde zu dem Gedanken des Gesetzes, welcher gerade darin besteht, daß Alles, was in Rücksicht auf die Ehe aus gutem Willen und ohne gesetzliche Nothwendigkeit hingegeben worden ist, den Kindern erster Ehe erhalten werden solle, in einem geradezu vernichtenden Gegensatz, indem sie in letzter Konsequenz dahin ginge, die Eingehung der Ehe selbst schon als wechselseitige Leistung und Gegenleistung anzusehen, wonach sodann alle in einem Ehevertrage vorkommenden Zuwendungen ausnahmslos als oneroso zu betrachten wären.

Bedürfte die bemerkte Ansicht überhaupt noch einer Widerlegung, so fände sich diese in den Anmerkungen zum mehrerwähnten §. 47.

Obwohl Not. 3 (drittens) gesagt wird, daß, weil das Heirathsgut wegen des ehelichen Aufwandes und die Widerlage wegen des Heirathsgutes gegeben werde, keines von beiden *titulo iure lucrativo sed potius oneroso* folge, so spricht sich Not. 1 (viertens) doch dahin aus, daß, falls sich der Erwerb nicht auf die Nutznießung beschränkt, wie dieses das Gesetz verordnet, sondern vermöge besonderer Disposition auf das Eigenthum erstreckt, solches *per secunda vota* verloren gehe. Wenn also das *Onus*, welches mit dem Heirathsgute und der Widerlage verknüpft ist, nicht so weit wirkt, daß es der vertragmäßigen Erwerbung des Eigenthumes den lukrativen Charakter zu entziehen vermöchte, so liegt hierin der entschiedenste Widerspruch jener den onerosen Charakter so maßlos ausbreitenden Ansicht.

5) Eine besondere Betrachtung erfordern die unter Ehegatten abgeschlossenen Erbverträge.



Es ist wohl begreiflich, daß weder in *const. unic. de impon. lucr. descr.* (10, 35) noch in anderen Stellen des römischen Rechtes, in welchen von den *causis lucratiuis* gesprochen wird, der vertragmäßigen Erbsfolge eine Erwähnung geschieht, weil bekanntlich nach römischen Gesetzen weder Erb- noch Vermächtnißverträge zulässig waren²⁰⁾ und insbesondere auch den Ehegatten untersagt war, solche Bestimmungen in ihre Eheverträge aufzunehmen²¹⁾; indem aber das deutsche Privatrecht wie auch das bayerische Landrecht die vertragmäßige Erbsfolge zuläßt, liegt in den über dieselbe bestehenden Grundsätzen nicht das geringste Hinderniß, sie ebenso wie die testamentarische, unter die *causas lucrativas* zu zählen²²⁾. Denn bei ihr gelten neben den Grundsätzen des Vertrages im Allgemeinen auch die Grundsätze des Erbrechtes, und daß die Vertragmäßigkeit nicht schon für sich allein im Stande sei, den lukrativen Charakter der Erbsfolge aufzuheben, ergibt sich schon daraus, daß ja auch die Schenkung, deren lukrativer Charakter am wenigsten bezweifelt werden kann, in ihren zahlreichsten und wichtigsten Fällen auf einem Vertrage beruht.

Hiermit soll nicht gesagt sein, daß nicht auch oneroso Erbverträge abgeschlossen werden können²³⁾;

²⁰⁾ *Const.* 34 de *transact.* (2, 4).

²¹⁾ *Const.* 5 de *paclis convent.* (5, 14).

²²⁾ *Marezoll a. a. D.* S. 95; *Sintenis a. a. D.* S. 137 *Not.* 2; *Seuffert's Archiv* *Bd.* VII *Nr.* 204.

²³⁾ Dieses ist jedoch keineswegs unbestritten. *Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Bd.* II *Abth.* I S. 209, meint, daß *oneroso* Erbverträge *contra bonos mores* laufen, und eigentlich nicht zugelassen werden sollten; in *Glück's Pand.-Komm.* *Bd.* XXXVII S. 73 wird jedoch deren Zulässigkeit vertheidigt. *Vergl.* auch *Seuffert's Archiv* *Bd.* IX *Nr.* 155.



allein der onerose Charakter darf nicht schon wegen der bloßen Vertragsform angenommen, sondern muß in jedem einzelnen Falle aus speziellen Vertragsbestimmungen begründet werden.

Hierbei tritt aber doch die Frage hervor, ob nicht wenigstens die wechselseitigen Erbverträge als onerose Geschäfte anzusehen seien?

Man könnte vielleicht geneigt sein, diese Frage deshalb zu verneinen, weil, obwohl hier jeder der Kontrahenten Promittent und zugleich Acceptant ist, die gegenseitigen Obligationen doch niemals zum wirklichen Austausch kommen, indem mit dem Eintritte des dem überlebenden Kontrahenten zugesicherten Rechtes und gerade durch diesen Eintritt die wirkliche Gegenleistung verschwindet, oder mit anderen Worten, weil die gegenseitige Erbfolge von einer Suspensivbedingung abhängt, welche, so wie sie auf der einen Seite zur Erfüllung kommt, auf der anderen defizient wird, so daß also für den überlebenden Kontrahenten eine wirkliche Obligation gar nicht entsteht, folglich ein reines *lucrum* zurückbleibt.

Diese Argumentation wäre aber eine bloße Täuschung; denn die Gegenleistung, wenn eine solche hier überhaupt angenommen werden will, liegt nicht in dem durch die Einsetzung bewirkten Erfolge, welcher allerdings nur dem Ueberlebenden zu Gute kommt, sondern schon in der Einsetzung selbst und in dem mit derselben verbundenen vertragsmäßigen Verzichte, vermöge dessen sich jeder Kontrahent des Rechtes begibt, über seinen Nachlaß oder die betreffende Nachlaßquote anders als nur unbeschadet der Rechte des anderen Kontrahenten zu verfügen.

Dessen ungeachtet findet die Aufstellung, daß die Onerosität der Erbverträge schon durch deren

bloße Wechselseitigkeit begründet werde, nur wenigen Beifall ²⁴⁾).

Beseler ²⁵⁾ gibt zu, daß bei wechselseitigen Erbverträgen der Charakter der reinen Freigebigkeit schwer zu bewahren sei, und daß sie fast den Charakter oneroser Geschäfte annehmen, und spricht sich sodann über diese Frage, deren Beantwortung er für nicht leicht erklärt, dahin aus, daß er einen wechselseitigen Erbvertrag nur dann nicht mehr für lukrativ halten würde, wenn sich beide Parteien nur in Betracht und in Erwartung des möglichen Gewinnes, nicht aber aus freier Zuneigung zu Erben gemacht haben.

Soll diese Meinung Beseler's von praktischer Bedeutung sein, so darf es zur Begründung der Onerosität jedenfalls nicht an einem äußeren Merkmale fehlen, wonach also diese Meinung doch nur dahin geht, daß ein Erbvertrag nicht schon aus dem einzigen Grunde, weil er ein wechselseitiger ist, auch ein oneroser sei.

In Erwägung dessen, was oben hinsichtlich der in der gegenseitigen Einsetzung liegenden Gegenleistung gesagt wurde, stehen dieser Meinung allerdings nicht unerhebliche Bedenken entgegen; andererseits muß man aber doch zugeben, daß, gleichwie gegenseitige Testamente nicht nothwendig auch korres-

²⁴⁾ Geiger in der Giesener Zeitschrift Bd. XIX S. 239 behauptet (jedoch ohne nähere Begründung), daß Erbverträge an sich *causae lucrativae* seien, und daß sie durch ihre Wechselseitigkeit diesen Charakter nicht ablegen.

Ebenso Seuffert's Archiv Bd. XVI Nr. 120, S. 216.

²⁵⁾ Lehre von den Erbverträgen Bd. II Abth. I S. 209—211 und Abth. II S. 125.

spektive sind ²⁶⁾, auch bei gegenseitigen Erbverträgen, wenn schon bei ihnen der einseitige Widerruf wegfällt, nicht mit juristischer Nothwendigkeit vorauszusetzen ist, daß nicht die gegenseitige freie Zuneigung der einzige Bestimmungsgrund zur Eingehung des Vertrages gewesen sei.

Mag vielleicht dieser Grund zu schwach sein, um wechselseitige Erbverträge, welche außerhalb der Ehe eingegangen werden, nicht als onerose erscheinen zu lassen, so wird ihm diese Wirkung doch für solche Verträge unter Ehegatten kaum abzuspprechen sein.

Hier muß nämlich schon vorhinem angenommen werden, daß die dem anderen Ehegatten zugesicherten Successionsrechte ihm als solchem und wegen dieser seiner Eigenschaft und keineswegs in Rücksicht auf eine Gegenleistung eingeräumt seien; denn es ist eine gesetzliche Präsuntion, daß jede Verfügung, welche ein Ehegatte für den Fall seines Todes zu Gunsten des anderen trifft, unter der stillschweigenden Bedingung getroffen werde, daß die Ehe bis zum Tode fortbauere, weshalb die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ehescheidung (und zwar nicht als Strafe, sondern für den unschuldigen wie für den schuldigen Theil) hinwegfällt, wenn sich nicht aus besonderen Umständen ergibt, daß die Verfügung auch bei eingetretener Scheidung fortbestehen solle.

Dieser Grundsatz gilt nicht bloß nach römischem ²⁷⁾, sondern auch nach kanonischem ²⁸⁾ Rechte

²⁶⁾ Buchta, Pandekten §. 481 und Vorles.; Bayer. PR. Tht. III Kap. IV §. 11 Nr. 1 u. 6; Ann. Nr. 2 lit. d.

²⁷⁾ Fr. 39 §. 6 de leg. III (32); fr. 3 de auro leg. (34. 2); Buchta, Pandekten §. 427 Note b; Sintoniè a. a. O. §. 136 S. 74; Wenig-Jungenheim, Lehrb. d. Civ.-R. Bd. IV §. 386 (68).

²⁸⁾ Cap. 4 X de don. int. vir. (4, 20).



und ist nicht minder auch im deutschen Privatrechte angenommen²⁹⁾. Ist demnach bei allen Verfügungen der bezeichneten Art das Eheband als die Voraussetzung und Grundlage derselben anzusehen, so träte man zu diesem gesetzlichen Grundsatz in offenbarem Widerspruch, wenn man annehmen wollte, daß die wechselseitigen Erbverträge der Ehegatten mit Rücksicht auf eine in denselben liegende Gegenleistung, d. i. aus Vermögensspeculation, und nicht aus ehelicher Zuneigung, d. i. aus Freigebigkeit, hervorgegangen seien.

Auch die Anmerkungen zum bayer. *Ch. a. a. O.* §. 47 Nr. 1 (viertens) geben einen Fingerzeig, daß Erbverträge unter Ehegatten durch ihre Wechselseitigkeit den lukrativen Charakter nicht verlieren, indem hier, wie schon oben bemerkt, gesagt wird, daß, wenn die Gatten unter sich bedingen, daß dem überlebenden Manne das Heirathgut und der überlebenden Frau die Widertage eigenthümlich folgen solle, das Eigenthum durch zweite Ehe an die Kinder erster Ehe falle.

Auch hier handelt es sich um eine vertragmäßige Zuwendung an den überlebenden Gatten aus dem Vermögen des Verstorbenen, und wenn das Verhältniß, daß jeder Gatte Promittent und zugleich Acceptant ist, hier nicht als Gegenleistung in Betracht kommt, so ist nicht abzusehen, warum bei anderen Vermögensstücken das Gegentheil stattfinden sollte. — —

Die Anschauungen der Neuzeit sind, und wohl nicht ohne Grund, den Nachtheilen der zweiten Ehe

²⁹⁾ Eichhorn, *Einl. in d. deutsche Priv.-R.* §. 347 (Ausg. V S. 816); Rittermaier, *deutsch. Priv.-R.* (Ausg. IV) §. 360, VI; Beseler, *a. a. O.* Bd. II Abth. II S. 147; Seuffert's *Archiv* Bd. VI Nr. 224.



ziemlich abhold geworden; allein die wissenschaftliche Behandlung des Gegenstandes darf sich hier nicht von einer Milde leiten lassen, welche dem Gedanken des Gesetzes fremd ist.

Hier vermag nur die Gesetzgebung Abhilfe zu leisten; der Richter kann sie ohne Ueberschreitung der Grenzen seines Berufes nicht gewähren.

Nach bayrer. Rechte können sich jedoch die Ehegatten selbst helfen, weil in demselben die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob die Nachtheile der zweiten Ehe durch eine Verfügung der Ehegatten aufgehoben werden können, mit aller Bestimmtheit bejaht ist.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ein bei der Forstpolizeibehörde gestellter Antrag auf Ermäßigung einer Forstberechtigung kann auch den Vollzug eines rechtskräftigen Erkenntnisses temporär suspendiren.

Vgl. Bd. XXVII S. 261 ff.

Von dem oben formulirten Grundsatz ist der oberste Gerichtshof bei Beurtheilung nachstehenden Falles ausgegangen.

Mehreren Gemeinden steht das Recht zu, aus einem Staatswalde die benöthigte Streu zu beziehen, wobei sich die Anforderungen aller Streuberechtigten auf eine jährliche Abgabe von 2225 Normalhausen (Fuder, Fuhren zu 196 Kubikfuß) berechnen.

Am 20. Juni 1866 stellte das betr. Forstamt bei der Forstpolizeibehörde einen Antrag auf Ermä-



gigung dieser Forstberechtigung für die 10 Jahre 1866 — 1875 gegen alle berechtigten Gemeinden nach Art. 25 Abs. 1, 2 und 4 des Forstgesetzes vom 28. März 1852, in welchem es darlegte, daß die nachhaltige Bewirthschaftung des dienenden Waldes in der bezeichneten Periode nur eine Abgabe von jährlich 502 Normalhausen für alle Forstberechtigten zusammen gestatte.

Eine der forstberechtigten Gemeinden, die Gemeinde D., hatte aber schon am 19. Sept. 1865 ein rechtskräftiges Erkenntniß erwirkt, wonach der Fiskus für das Jahr 1865 ein Quantum von 517 Normalhausen Streu abzugeben hatte.

Sie hatte auch einen Theil derselben auf ein Exekutionsanrufen vom Dezember 1865 erhalten, mit 273 Hausen war der Fiskus jedoch im Rückstande verblieben. Als nun im Sommer 1866 die Gemeinde D. gegen den Fiskus auf Nachlieferung der 273 Hausen anrief, erging zwar ein entsprechendes Mandat, gegen welches jedoch der Fiskus remonstrirte und den Antrag stellte, das Exekutionsverfahren bis nach Entscheidung der Forstpolizeibehörde über die eingeleiteten Reduktionsverhandlungen zu sistiren.

Wir übergehen die Darstellung der prozessualen Verwickelungen, welche diese Remonstration herbeiführte, erwähnen nur, daß der oberste Gerichtshof den Sistirungsantrag für begründet erkannte, und führen im Nachstehenden das Wesentliche derjenigen Gründe an, mit welchen der oberste G. d. den Ausspruch in der Hauptsache rechtfertigte:

„Die vorige Instanz hat die fiskalische Remonstration für ungegründet erachtet, weil, wenn auch für künftige Zeiten ein Antrag auf Ermäßigung des zu verabreichenden Streuquantums wohl zu rechtfertigen sein möchte, der nach dem Reduktionsplane jährlich verfügbar werdende Betrag von

502 Normalhausen zureichend sei, um der klagenden Gemeinde D., welche jährlich 517. Hausen zu beanspruchen habe, die noch für das Jahr 1865 rückständigen 273 Hausen Streu verabsolgen zu können, und daß sonach auch der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens gegen den rechtskräftig verurtheilten Fiskus kein Hinderniß entgegenstehe.

Allein die im Art. 25 Abs. 2 des F.G. dem Waldbesitzer auferlegte Verpflichtung, den Antrag auf Minderung des Streubezuges gegen alle in denselben Wald eingewiesenen Berechtigten zu richten, hat zur nothwendigen Folge, daß, wenn der in dieser Weise gestellte Antrag vorliegt, auch die Befugnisse der Forstberechtigten einer Beschränkung in der Art unterworfen sind, daß der Einzelne nicht mehr im ungeschmälernten Besitze und Genusse seiner Forstberechtigung verbleiben, und daß er zu seinem besonderen und alleinigen Vortheile und mit Benachtheiligung aller übrigen Gleichberechtigten nicht mehr die unverfüzte Abgabe seines vollen Streuquantums in Anspruch nehmen kann.

Es ist sonach der Umstand, daß die Kläger bereits ein Mandat gegen den Fiskus auf Verabreichung von 273 Hausen Streu erwirkt haben, von keiner Erheblichkeit, weil gegen dieses Mandat sofort remonstrirt wurde, weil überhaupt die Abgabe der Streu nicht eher gefordert werden kann, als bis der Abgabetermin erschienen ist, und weil bei der Konkurrenz mehrerer anderer Betheiligten deren Rechte nicht ohne Berücksichtigung gelassen werden können.

Wenn zwei Justizsachen zu einander in dem Verhältnisse stehen, daß die eine derselben eine präjudizielle Vorfrage für die Entscheidung der anderen Prozessesache enthält, so daß in der letzten nicht eher weiter verfahren und entschieden werden kann, als bis über die erste eine definitive Entscheidung ergangen ist, so muß um so viel mehr dem Fortgange der bei den Gerichten anhängigen

Streitsache Stillstand gegeben werden, wenn die Verhandlung und Entscheidung der die präjudizielle Vorfrage betreffenden Streitsache in die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde (Forstpolizeibehörde) durch ein klares Gesetz verwiesen ist. Nach den Bestimmungen des Forstgesetzes Art. 23 Abs. 2, Art. 25 Abs. 4 und Art. 33 kann aber im vorliegenden Falle an dem Bestehen eines solchen Präjudizialverhältnisses nicht gezweifelt werden.

Wenn dem betheiligten Waldbesitzer die Austragung seines Anspruches auf Vornahme einer entsprechenden zeitweisen Abminderung der Streubezüge gegen alle Berechtigte vor der Forstpolizeibehörde rechtlicher Ordnung nach möglich gemacht werden soll, so kann den Gerichten die Befugniß nicht zukommen, mit Umgehung der einer anderen Behörde eingeräumten Zuständigkeit das Exekutionsverfahren im Interesse eines einzelnen Berechtigten unaufhaltsam fortzusetzen. Die Vertheilung der Waldnutzungen steht, wenn diese zur Zufriedenstellung aller Forstberechtigten nicht zureichend sind, nicht den Gerichten, sondern lediglich den Forstpolizeibehörden nach Vernehmung aller Betheiligten zu, und zwar nicht bloß in Bezug auf die erst künftig fällig werdenden Streuantheile, sondern auch rücksichtlich aller bereits verfallenen Antheile, welche aus dem Walde noch nicht verabsolgt und durch den Protest des Waldbesizers streitig geworden sind. Der Civilrichter darf keine Verfügung erlassen, durch welche eine Veränderung des Streitgegenstandes herbeigeführt wird, über welchen der Verwaltungsbehörde die primitive Entscheidung zukommt. Denn es ist nach den bestehenden Gesetzen mit der gegenseitigen Stellung der beiden Gewalten unvereinbar, daß, nachdem seit dem 20. Juni 1866 die Verhandlungen über die Art und Weise der Vertheilung der Waldstreu in den Staatswaldungen unter den Berechtigten mehrerer



Gemeinden von der zuständigen Forstpolizeibehörde gepflogen werden, neben diesen Verhandlungen von den Gerichten das Exekutionsverfahren auf Antrag einzelner Berechtigter fortgesetzt und der Forstpolizeibehörde in Folge zwangsweiser Einschreitung ein Theil des gesammten Materiales entzogen werde, über welches ihr kompetenzmäßig nicht nur die erste Instruktionsverfügung, sondern auch die erste Entscheidung eingeräumt ist, und zwar nach Art. 33 Abs. 2 des F.G. mit der Wirkung, daß die Betretung des Rechtsweges keinen Aufschub der Vollstreckung des Ausspruches der Forstpolizeibehörde herbeizuführen vermag.

OVGErf. v. 27. April 1867 Nr. 575⁶⁶/₆₇.
§ *.

2.

Ueber die Haftung des Cedenten für die Einbringlichkeit einer cedirten Hypothekensforderung. Verpflichtung zu solcher Haftung nach der notariell verlaublichen Cession.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

Was die Behauptung des Klägers betrifft, daß ihm der Beklagte versichert habe, daß die Hypothek von 2000 fl. an II. Stelle stehe, jedoch ohne anzugeben, wieviel die vorausgehende Hypothekensforderung betrage, und daß er dabei bemerkt habe, daß solche vollkommen sicher und gut sei, so enthält diese Thatsache keine eigentliche Vertragsbestimmung und bedurfte daher auch nicht in die notarielle Urkunde aufgenommen zu werden, um die ihr etwa im Gesetze eingeräumte Wirkung zu äußern, vielmehr würde sie, wenn sie wahr ist, nur auf die Willensbestimmung des Klägers bei Eingehung des eigentlichen Vertrages von Einfluß gewesen sein.



Indessen hat die fragliche Thatsache, wie sie in der Klage vorgebracht worden ist, die Haftung des Beklagten für den Verlust des Klägers offenbar nicht zur Folge.

Indem nämlich der Beklagte dem Kläger vermöge des Gesetzes, fr. 4 de act. vel her. vend. (18, 4), für die Güte der cedirten Forderung nicht zu haften hatte, so war er auch nicht verpflichtet, dem letzteren über die auf diese Güte Bezug habenden Verhältnisse Aufschluß zu geben.

Allerdings tritt jene Haftung, abgesehen von ihrer ausdrücklichen Uebernahme, wovon unten die Rede sein wird, ausnahmsweise dann ein, wenn der Cedent die Insolvenz des Schuldners gekannt und dem Cessionar verschwiegen hat, fr. 74 §. 3 de evict. (21, 2); allein wenn auch der Beklagte dem Kläger versicherte, daß die Forderung vollkommen gut und sicher sei, so würde hierin ein dolus mittelst Angabe wissentlich falscher Thatsachen oder verantwortlichen Verschweigens der Uneinbringlichkeit der cedirten Forderung nur unter der Voraussetzung gefunden werden können, wenn Beklagter gewußt hätte, daß die fragliche Forderung schlecht und nicht sicher sei. Diesen wesentlichen Umstand hat aber der Kläger weder in der Klage, noch in der Replik angegeben; bloß allgemeine Anpreisungen aber können als betrügliche Täuschung eines Mitcontrahenten nach fr. 43 pr. de contr. emt. (18, 1) und fr. 37 de dolo malo (4, 3) nicht gelten, jedenfalls dann nicht, wenn der Anpreisende keine Kenntniß des Gegentheiles hatte, und daher glauben konnte, daß die Anpreisung wahr sei. In Ansehung dieses Punktes ist also das zweitrichterliche Erkenntniß vollkommen gerechtfertigt.

Was nun die weitere Behauptung des Klägers betrifft, daß Beklagter sich verpflichtet habe, äußersten Falls das an der cedirten Forderung durch

den Erlös aus dem Hypothekenobjekte nicht gedeckt darauf zahlen zu wollen, so ist die hieraus abgeleitete Haftung jedenfalls in dem Falle nicht begründet, wenn diese Verpflichtung vor dem Kaufvertrage übernommen wurde, da dieser Vertrag eine solche Verbindlichkeit nicht enthält, sohin angenommen werden muß, daß die Parteien von dem früheren Uebereinkommen bei dem späteren förmlichen Abschlusse wieder abgegangen sind.

Dem es handelt sich hier nicht von einer mündlichen Nebenabrede zu einem gleichzeitig schriftlich abgeschlossenen Vertrage, sondern von einer dem letzteren vorausgehenden Verabredung, welche, da der Vertrag später in allen Beziehungen genau präzisiert wurde, nur als ein Traktat erscheint, und insoweit sie nicht in den förmlichen Vertrag aufgenommen wurde, sich als abgeändert darstellt.

Insoferne nun aber weiter behauptet ist, daß jene Verpflichtung auch noch nach dem notariell abgeschlossenen Kaufvertrage von dem Beklagten übernommen und von ihm, Kläger, acceptirt worden sei, so verhält sich die Sache anders. Auch hier kann nämlich von einer Nebenabrede keine Sprache sein, weil diese eine gleichzeitige mündliche und schriftliche Verabredung voraussetzt, was in der Unterstellung, daß die klägerische Behauptung sich in Wahrheit verhält, nicht der Fall ist. Eine solche nachfolgende Uebereinkunft ist ein zweiter selbständiger Vertrag und an die speziell im Gesetze vorgeschriebene Form des früheren Vertrages nur dann gebunden, wenn sie die wesentlichen Bestandtheile des letzteren und insbesondere jenen Inhalt desselben betrifft, in welchem der Grund zur Nothwendigkeit einer ausnahmsweisen Form beruht, weil dann der Grundsatz gilt, daß eine Aenderung oder Aufhebung geschlossener Verträge nur dann gültig ist, wenn sie in der für die Eingehung der letzteren



gesetzlich vorgeschriebenen oder vereinbarten Weise bewirkt worden ist; fr. 35 u. 100 de reg. jur. (50, 17).

Im gegebenen Falle war selbst bei der Annahme, daß die Cession einer Hypothekforderung nach Art. 14 des Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861 unter der Rechtsfolge der Nichtigkeit notariell habe verlautbart werden müssen, diese Art der Verlautbarung bloß deshalb nothwendig, weil der Gegenstand des Vertrages in dem Uebergange eines Hypothekrechtes an einen Anderen bestand; den wesentlichen Inhalt des Vertrages bildete eben diese Abtretung der Hypothekforderung und die Festsetzung des Cessionspreises. Eine besondere Bestimmung über die Haftung des Cedenten für die Güte der Forderung war in dem fraglichen Kaufvertrage nicht enthalten.

Wenn nun die Kontrahenten später einen besonderen Vertrag über diese Haftung abschlossen, so haben sie den früheren notariell verlautbarten Vertrag bezüglich seiner ausdrücklichen Bestimmungen weder aufgehoben noch geändert, namentlich letzteres nicht, weil ja im früheren Vertrage bezüglich jener Haftung, wie bereits erwähnt wurde, gar nichts stipulirt war, eine Aenderung aber voraussetzt, daß eine ausdrückliche Bestimmung früherer Verträge modifizirt oder in ganz anderer Weise festgesetzt wird. Da nun der spätere Vertrag weder die Hypothek noch den Cessionspreis betraf, so konnte der allegirte Art. 14 des Not.-Ges. auf ihn keine Anwendung finden, und war daher seine formelle Gültigkeit durch eine nochmalige notarielle Verbriefung nicht bedingt.

In Ansehung der hier in Frage stehenden Thatsache war also die Klage nicht ungegründet und es mußte daher, da der Umstand des Verlustes zu 1090 fl. durch die adhibirten Akten bereits liquid ist, sofort keines Beweises mehr bedarf, dem Kläger über die widersprochene Verpflichtung des Be-

klagten zur Haftung für den Mindererlös und die Annahme derselben von seiner, des Klägers, Seite Beweis auferlegt werden.

DAZG. v. 13. Mai 1867 Reg.-Nr. 735^{66/67}.
77.

3.

Regreßklage gegen Schätzleute. Vorausklagung des Hauptschuldners.

Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 220; Seuffert's Archiv
Bd. XIV Nr. 34.

Ein Hypothetgläubiger, welcher bei Subhastation des Hypothekobjektes nicht mehr zu seiner Befriedigung gelangen konnte, belangte die Schätzleute, weil er durch deren übertriebene Hyp.-Schätzung zur Darlehenshingabe veranlaßt worden sei, auf Entschädigung unter der Behauptung, daß der Darlehensschuldner völlig insolvent sei.

Es entstand nun die Frage, ob die Ausklagung des Hauptschuldners absolut nothwendig sei, oder ob der Beweis einer solchen Unvermögllichkeit des Schuldners genüge, daß eine Rechtsverfolgung gegen denselben vergeblich wäre. Gegen die beiden ersten Instanzen erkannte der oberste Gerichtshof für letztere Alternative unter Anwendung von fr. 3 §. 2 et 3 si mentor falsum mod. (11, 6) und fr. 5 et 6 de dolo malo (4, 3).

DAZG. v. 29. März 1867 Nr. 485^{66/67}.
Rm.

Berichtigungen.

- S. 289 Z. 14 v. u. statt: „zu seinem Vortheile“ lies: „zu einem Vierteltheile.“
S. 291 Z. 12 v. u. statt: „worden“ lies: „werden.“
S. 293 Z. 6 v. o. statt: „die Folge“ lies: „in Folge.“

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: Entscheidungen, den Art. 14 des Notariatsgesetzes betr. Darlehen, hingegeben gegen das Versprechen der Bestellung einer Hypothek. Versprechen der Hingabe eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek. Cession einer Forderung nebst der dafür bestellten Hypothek. — Wenn durch das Füllen der Kurie der zu einem Familienhoelkommissie gehörigen Staatspapiere Verluste entstehen, so treffen diese die Substanz des Hoelkommissie, nicht die Nutznießer desselben. — Im Verjahre wegen Winkelagentie gibt es keine vierte Instanz, keinen Kassationsrekurs, keine Beschwerde zur Wahrung des Bescheides und keine Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Entscheidungen, den Art. 14 des Notariatsgesetzes betr. Darlehen, hingegeben gegen das Versprechen der Bestellung einer Hypothek. Versprechen der Hingabe eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek. Cession einer Forderung nebst der dafür bestellten Hypothek.

I. Es war auf Rückzahlung eines durch Kündigung fällig gewordenen Darlehens geklagt, vom Beklagten aber die Rechtsbeständigkeit des in der Klage behaupteten Darlehensvertrages wegen Mangels einer notariischen Beurkundung bestritten worden, welches Eingelenke mit der Aufstellung gestützt werden wollte, daß nach dem Inhalte der Klage ein Hypothekkapitalvertrag vorliege und es sich demnach, da die Willenserklärung jedes Kontrahenten als den Gesamttinhalt des Vertrages erfassend anzusehen sei, um einen mit einem dinglichen Rechte verbundenen Vertrag handle.

Der Einwand wurde in allen Instanzen verworfen, in der höchsten aus nachstehenden Gründen:

Neue Folge XII. Band.



„Wenn mit der Klage ein dem Beklagten in der Summe von 1000 fl. gegebenes Darlehen eingefordert wird, und nebenher behauptet ist, daß letzterer sich verpflichtet habe, für das Vorlehen auf seinen sämtlichen Immobilien Hypothek zu bestellen, dieser Verpflichtung aber nicht nachgekommen sei, so kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Klage lediglich die Geltendmachung der Darlehensforderung, also eines rein persönlichen Rechtes, zum Gegenstande hat. Mit dem Versprechen der Hypothekbestellung hat es die Klage gar nicht zu thun; die hypothekarische Sicherung der Forderung ist nicht begehrt, und so, wie die Klage lautet, ist die an sich überflüssige Erwähnung des ebenbenannten Versprechens nicht geschehen, um einen Anspruch daraus abzuleiten, sondern nur, um den Beweggrund der Kündigung und Eintragung des Darlehens erscheinen zu lassen.

Der durch einen Notariatsakt nicht bedingte Rechtsbestand des Darlehens wird aber dadurch nicht aufgehoben, und das persönliche Recht aus dem Darlehensvertrage dadurch nicht entzogen oder geändert, daß in einer als Nebenvertrag erscheinenden besonderen Stipulation, die gar nicht geltend gemacht ist, eine hypothekarische Sicherung für dieses Darlehen also nur die Einräumung eines Titels für ein accessorisches Recht versprochen wird, weil die Giltigkeit des Hauptgeschäftes von dem Rechtsbestande der Nebensache nicht abhängen kann. Der Revident ist hienach bei dem Mangel jeder Beziehung eines dinglichen Rechtes nicht in der Lage, gegen das von dem Kläger behauptete Darlehen die Anwendung des Art. 14 des Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861 mit Erfolg anzurufen und es kann, da die angeblich bedungene accessorische Verbindlichkeit nach dem Klagsvortrage gar nicht in Frage kommt, auch davon gänzlich abgesehen werden, daß das Ver-



sprechen, Hypothek zu bestellen, sich nur als ein Vertrag auf Gewährung eines Rechtstitels zur Erlangung einer Hypothek darstellt, und als solcher wieder nur ein persönliches Recht in sich begreifen würde (vergl. Gönnert, Kommentar zu §. 17 des Hyp.-Ges. Ziff. 1 Abs. 2).“

DAÖrkf. v. 26. Apr. 1867 Nr. 586^{60/67}.

II. In einem anderen Falle hatte A. dem B. in einer Privaturkunde versprochen, diesem ein zu 5% verzinsliches Darlehen von 3500 fl. gegen erste Hypothek auf dem Gesamtanwesen des B. zu geben. Als nun B. gegen A. auf Erfüllung des Versprechens klagte, wendete der Beklagte ein, daß Versprechen sei nach Art. 14 d. Not.-Ges. kraftlos. Die beiden oberen Instanzen verworfen den Einwand, und die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen:

„In dieser Stipulation kann nur ein einfaches von dem Beklagten abgelegtes Versprechen erblickt werden, kraft dessen er die Verbindlichkeit übernahm, dem Kläger ein Darlehen von 3500 fl. zu geben, für den Fall der letztere ihm zur Sicherheit dieses Darlehens ein Hypothekarrecht auf sein Anwesen einräumen würde. Daß auch der Kläger zur Annahme des zugesicherten Darlehens und zur Hypothekbestellung hätte verpflichtet werden wollen, kann aus der fraglichen Stipulation nicht entnommen werden. Hätte die Absicht obgewaltet, nicht bloß den Beklagten zur Uebergabe des Darlehens, sondern auch den Kläger zur Bestellung des Unterpfandes zu verbinden, so wäre sicherlich beim Abschlusse des Geschäftes ausdrücklich hievon Erwähnung geschehen, und die Urkunde nicht bloß von dem zukünftigen Gläubiger, sondern auch von dem Schuldner unterzeichnet worden. Es kann daher dieses Uebereinkommen nur als ein einfaches Darlehens-

★

versprechen aufgefaßt werden, bei welchem, nach der Absicht der Parteien, die Annahme des Darlehens und die Bestellung der hypothekarischen Sicherheit ganz dem Ermessen und dem freien Willen des Schuldners überlassen blieb und durch welches ein Klagerecht gegen denselben zu Gunsten des Gläubigers weder geschaffen wurde, noch geschaffen werden wollte.

Erscheint aber sonach als Gegenstand des Uebereinkommens nur ein rein persönliches Schuldverhältniß, die Zusicherung eines Darlehens für den Kläger von Seite des Beklagten, so folgt hieraus, daß durch diese Stipulation dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen weder unmittelbar, noch mittelbar berührt werden, daß die Bestimmungen in Art. 14 des Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861 auf dieselbe keine Anwendung finden und daß es zu deren Giltigkeit einer Verbriefung durch öffentliche Urkunde nicht bedurfte¹⁾."

DABE. v. 13. Apr. 1867 RMr. 588⁶⁶/₆₇.

III. Eine weitere Entscheidung des obersten Gerichtshofes betrifft die bestrittene Frage über die Nothwendigkeit notarieller Verbriefung bei der Cession einer Forderung, für welche hypothekarische Sicherheit besteht.

Obgleich die Frage in diesen Blättern mehrfach besprochen ist²⁾, theilen wir doch die Entscheidungsgründe mit, da dieselben auch die gegen die Ansicht des obersten Gerichtshofes erhobenen Einwendungen besprechen.

¹⁾ Vergl. hiezu Bd. XXXI S. 369 ff., insbesondere S. 374.

²⁾ Bd. XXXI S. 113, 193, 195, 201 und 232; vgl. auch S. 369.



„Nach der vom Kläger A. B. behaupteten und vom Beklagten C. M. ihrer Richtigkeit nach nicht bestrittenen Privat-Cessionsurkunde vom 12. Dez. 1865 hat Ersterer eine Wechselforderung von 1200 fl., für welche eine Kautio in's Hypothekenbuch eingetragen war, cedirt und am Schlusse ist gesagt: „Nach geschehener Bezahlung der Cessions-Baluta kann Herr C. M. in die Stelle des A. B. als Gläubiger bei seinem Sohne (dem cedirten Schuldner) in's Hypothekenbuch treten.“ — Der Sinn dieses Vertrages ist also, daß das mit der Forderung verbundene Hypothekarreht auf den Cessionar übergehen solle, Cedent jedoch erst nach Zahlung des Cessionspreises verpflichtet sei, die Umschreibung im Hypothekenbuche zu bewilligen. — Es handelt sich somit um die Rechtsfrage, ob die Cession einer Forderung nebst Hypothekarreht unter die Bestimmungen des Art. 14 des Notariatsgesetzes falle und zur Giltigkeit die notariſche Beurkundung voraussetze.

Diese Frage ist im Einklange mit den bisherigen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes zu bejahen.

Art. 14 unterwirft der notariſchen Beurkundung alle Verträge, welche dingliche Rechte an Immobilien betreffen. — Der Ausdruck „betreffen“ ist nun allerdings sehr dehnbar und bedarf einer näheren Begrenzung, allein so viel ist sicher und von Jurisprudenz so wie Doktrin seither nie in Zweifel gezogen worden, daß Verträge, welche direkt den Uebertrag eines dinglichen Rechtes zum Gegenstande haben, unter Art. 14 fallen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag für sich allein hinreicht, die Uebertragung des dinglichen Rechtes zu bewirken, oder ob er nur den Titel bildet, um dieselbe zu erzwingen. So z. B. wird Niemand bezweifeln, daß der Verkauf eines Grundstückes notariſch verbrieft sein müsse, wenn auch der

Kauf selbst nur ein persönliches Recht gibt und erst mit der Tradition ein dingliches Recht erworben wird.

Was von Uebertragung des Eigenthumes gilt, muß in gleicher Weise auch von Uebertragung aller anderen dinglichen Rechte gelten, namentlich auch vom Hypothekrechte. Nirgends findet sich die leiseste Andeutung, daß gerade dieses Recht (welches doch wichtig genug ist, um nicht übersehen zu werden) von der Verfügung des Art. 14 ausgenommen sein sollte, oder daß bei ihm die Anwendung jenes Artikels in anderer Weise und nach anderen Prinzipien stattfinden solle, als bei dinglichen Rechten anderer Art.

Insbefondere kann auch der Umstand, daß die Hypothek bloß Zubehör einer Forderung d. h. einer Mobiliarsache ist und keine selbständige Existenz hat, keine Ausnahme bedingen. Hieraus folgt bloß, daß sie ein bedingtes Recht ist und nur unter gewissen Voraussetzungen wirksam wird; treten aber diese Voraussetzungen ein, so tritt ihre dingliche Natur eben so scharf und eingreifend hervor, wie bei jedem anderen dinglichen Rechte.

Allerdings mag es richtig sein, daß bei der eigenthümlichen Natur des Hypothekrechtes Ausnahmestimmungen, welche die Strenge des in Art. 14 gegebenen Prinzipes milderten, zweckmäßig und wünschenswerth wären; es mag auch richtig sein, daß der Gesetzgeber sich die volle Tragweite seines Prinzipes nicht vergegenwärtigt hat; allein der Richter muß immer eingedenk sein, daß er nicht berufen ist, das Gesetz zu verbessern, sondern es anzuwenden, und daß er nicht befugt ist, willkürliche Unterscheidungen zu schaffen, wo das Gesetz allgemein spricht. —

Eine weitere Frage ist, in wie ferne die Un-

giltigkeit des Uebertrages der Hypothek auch die Ungiltigkeit des Uebertrages der Forderung nach sich ziehe, d. h. also, das accessorische Recht auf das Hauptrecht zurückwirke. Hier ist zu unterscheiden. Wer eine mit Hypothek verbundene Forderung hat, besitzt in der Forderung selbst ein persönliches Recht und in der Hypothek ein durch sie bedingtes dingliches Recht. Er kann die Forderung mit oder ohne die Hypothek cediren.

Wird nun die Forderung allein cedirt, ohne Rücksicht auf das Hypothekenrecht, so bedarf es hierzu offenbar keiner notariſchen Beurkundung. Soll aber zugleich das Hypothekenrecht übertragen werden, ist es wesentliche Bedingung des Cessions-Vertrages, daß mit der Forderung auch dieses Nebenrecht übergehe, so kann die notariſche Beurkundung nicht umgangen werden; denn dieselbe ist nöthig zum Uebertrage des dinglichen Rechtes und die Ungiltigkeit einer wesentlichen Bedingung zieht die Ungiltigkeit des ganzen Vertrages nach sich. —

Mit Unrecht hebt man hervor, es gehe mit der Forderung die Hypothek von selbst über, auch ohne daß ihrer Erwähnung geschehe. Allerdings ist es wahr, daß, wenn in der Cession nicht ausdrücklich das Gegentheil gesagt ist, der Uebergang der Hypothek selbstverständlich und als stillschweigend bedungen anzusehen ist. — Stillschweigende Stipulationen sind und bleiben aber immerhin Stipulationen d. h. Verabredungen, deren Vollzug erzwungen werden soll und falls eine Stipulation ihrer Natur nach nur in gewisser Form giltig ist, so kann sie ohne diese Form weder ausdrücklich noch stillschweigend eingegangen werden.

Die Nichterwähnung der Hypothek im Cessionsakte mag ein Grund sein, anzunehmen, daß auf sie kein Werth gelegt worden sei, daß man, auch ab-

gesehen von derselben, die Cession eingehen wollte; allein wenn aus den Umständen das Gegentheil hervorgeht, so müssen die nämlichen rechtlichen Folgen eintreten, als wenn die Uebertragung des Hypothekarrechtes förmlich beurkundet wäre.

Sobald nämlich der Sinn eines Cessionsvertrages der ist, daß der Cedent verpflichtet sein solle, zu der Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Cessionars einzuwilligen, daß er hiezu solle gezwungen werden können, so geht der Vertrag direkt auf Uebertragung eines dinglichen Rechtes und ist Art. 14 d. Not.-Ges. anwendbar. —

Kraft gesetzlicher Vermuthung ist jene Verpflichtung als nicht vorhanden anzusehen, ist jedes Klagerrecht auf deren Erfüllung versagt, und es müssen daher alle Folgen eintreten, welche sich der Natur der Sache nach an diese Thatsache knüpfen.

Andererseits ist übrigens wohl zu beachten, daß die Cession der Forderung an und für sich giltig ist und daß sie nur unwirksam wird in so fern, als sie mit der ungiltigen Cession des Hypothekarrechtes in unzertrennbaren Zusammenhang gebracht ist.

Fällt diese Voraussetzung weg, so fallen auch die Folgen. So möchte z. B. kein Grund bestehen, eine Cession zu vernichten, falls der Cessionar selbst erklärt, ein Hypothekarrecht gar nicht geltend zu machen, eben so wenig als etwa ein Verkauf, welcher neben Mobilien von bedeutendem Werthe auch ein werthloses Stück Land zum Gegenstande hat, wegen Mangels notariischer Verbriefung vernichtet werden könnte, wenn der Käufer erklären würde, diesen Immobilienkauf gar nicht geltend zu machen, vielmehr gegen Ueberlassung der Mobilien allein seine sämtlichen Kaufsverpflichtungen zu erfüllen.

Ein Klagerrecht besteht eben nur, wo ein In-

tereſſe beſteht; der Verkäufer aber hätte kein Inter-
eſſe, geltend zu machen, daß er ſelbſt, ſei es wegen
Nichtexiſtenz eines Theiles des Verkaufsgegenſtandes,
ſei es aus ſonſtigen Gründen, nicht Alles leiſten
könne, wenn der Käufer ſich mit der geringeren
Leiſtung begnügt.

Was nun den vorliegenden Fall betrifft, ſo iſt,
nach dem Laute des Ceſſionsaktes ſowohl, als nach
den obwaltenden Umſtänden, welche eine Forderung
ohne Hypothek ganz werthlos erſcheinen laſſen, der
Uebertrag des Hypothekrechte als weſentliche Be-
dingung der Ceſſion zu betrachten und da auch der
Ceſſionar ſie als ſolche geltend macht, ſo iſt der
ganze Ceſſionsvertrag nichtig.“

LAGErſ. v. 7. Mai 1867 Nr. 656⁶⁶/₆₇.
77.

2.

Wenn durch das Fallen der Kurse der zu einem Familien-
fideikommiſſe gehörigen Staatspapiere Verluſte entſtehen,
ſo treffen dieſe die Subſtanz des Fideikommiſſes, nicht die
Ruhnießer deſſelben.

Obiger Satz kam in nachſtehendem Falle zur
Anwendung.

Dem Familienfideikommiſſe S. waren durch
das Ablöſungsgesetz von 1848 zu 4% verzinſliche
Grundrenten-Ablöſungſchuldbriefe im Betrage von
nahezu 150,000 fl. zugefallen. Die ſämmtlichen
Beſitzer des Fideikommiſſes hatten den Familien-
Senior und Fideikommiſſ-Administrator beauftragt,
dieſes Kapitalvermögen allmählig zu Erwerbungen
von Grundvermögen zu verwenden.

Demgemäß hatte dieſer ein Bauerngut, welches
ſpäter (im Nov. 1866) auf 22,158 fl. gewerthet

wurde, durch Notariatsurkunde vom 6. März 1866 um 20,454 fl. angekauft und wurde dabei bedungen, daß dieſer Kaufpreis nach erfolgter fideikommiſſgerichtlicher Genehmigung in Grundrenten-Ablöſungspapieren nach dem laufenden Frankfurter Kurse an eine Kreditkaſſe, welche Hypothetgläubigerin des Verkäufers war, mit 4% Zinſen bezahlt werden ſolle. — Durch Vereinbarung vom nämlichen Tage (6. März 1866) hatte der Pächter des zum Fideikommiſſe gehörigen Oekonomiegutes D., an welches das neu angekaufte Bauerngut grenzte, dieſes zu jenem gegen Verzinsung des Kaufſchillinges von 20,454 fl. mit 4% mit in Pacht genommen.

Bis zum 1. Auguſt 1866 waren die Konſenſe ſämmtlicher Agnaten zu dieſen Verträgen beigebracht und nun vom Fideikommiſſadminiſtrator die Genehmigung derſelben bei dem als Fideikommiſſgericht zuſtändigen Appellationsgerichte nachgeſucht worden.

Inzwiſchen waren in Folge des eingetretenen Kriegszuſtandes die Kurse der bayer. Grundrenten-Ablöſungs-Obligationen, welche am 6. März 1866 in Frankfurt noch zu 95 $\frac{1}{2}$ % notirt waren, bedeutend gefallen¹⁾.

Das Appellationsgericht ſtellte daher in einer Entſchließung vom 5. Okt. 1866, in welcher es anführte, daß die Vereinbarung mit der Kreditkaſſe über den Kurs, zu welchem dieſe die Papiere übernehmen wolle, die Fideikommiſſbehörde nicht tangiren könne, und auf das fortwährende Schwanken der Kurse hinwies, die Genehmigung der Verträge nur unter der Bedingung in Ausſicht, daß die Uebernahme der Papiere dem Fideikommiſſe gegenüber nach dem Nominalwerthe erfolge.

¹⁾ Zur Zeit der oberſtrichterlichen Entſcheidung ſtanden ſie noch erheblich niedriger, als am 6. März 1866, nämlich zu beiläufig 91%.

Auf die vom Familien-Senior hiegegen eingelegte Rekonstruktion inhärrte das Appellationsgericht seiner Entschließung, wogegen Extrajudizialbeschwerde zum 1. Oberappellationsgerichte erhoben wurde.

Dieses nahm von der fraglichen Beanständung b)w. Auflage Umgang aus nachstehenden Gründen:

„1) Die dem Familienfideikommiſſe S. in Folge des Ablösungsgeſetzes zugeworlenen Grundrenten-Ablösungs-Schuldbriefe bilden im Hinblick auf §. 6 des Fideikommiſſ-Ediktes einen wesentlichen Bestandtheil der Fideikommiſſmasse, deren Eigenthum nach §. 42 nicht dem Besizer allein, sondern auch den übrigen Anwärtern zuſteht. Daß Sinken des Kurſes oder Verkaufswertes jener Papiere, welches im Laufe des verfloſſenen Jahres eintrat, läßt ſich nur als ein unabwendbarer Zufall auffaſſen, wodurch der in Geldſummen anſchlagbare Werth des Fideikommiſſes vorübergehend, möglicher Weiſe aber auch bleibend verringert wurde. Dieſen Zufall muß nach allen Geſetzen, inſbeſondere auch nach Th. I Tit. 7 §. 241 des preuß. Landrechtes, der Eigenthümer, alſo hier die ganze Familie tragen, gleichwie derſelben umgekehrt im Falle des Steigens der Kurſe auch wieder der entſprechende Vortheil zuwächst, zumal hier dem Fideikommiſſbeſizer und Nugnießer nicht im mindeſten eine ſchuldhafte Veranlaſſung an jenem Verluſte zur Laſt fällt. Jener Werthbestand des Fideikommiſſes, welcher in den angeführten Aktivpapieren beruht und davon vertreten wird, iſt daher thatſächlich um beiläufig den zehnten Theil herabgeſunken, und es läßt ſich nicht davon ausgehen, erſt die Handlung der Hingabe an Zahlungsſtatt ziehe einen ſolchen Verluſt herbei.

2) Die Verwendung von Fideikommiſſkapitalien zum Erwerbe von fruchtbringendem Grundeigenthum bildet nicht bloß nach der Natur der Sache und der

Beſtimmung des Fideikommiſſvermögens eine ſehr zweckmäßige Umwandlung, ſondern die Anleitung hiezu iſt im §. 68 des Fideikommiſſ-Ed. ſogar ausdrücklich gegeben. Die Opportunität und Wirthſchaftlichkeit einer ſolchen Verwendung kann bloß nach dem Zeitpunkte beurtheilt werden, in welchem die betreffenden Erwerbungen gepflogen wurden, und nicht nach Erſolgen, die damals außer einer billigen Vorausſicht lagen. Auch der Konſenſ der Oberkuratel, wo er erforderlich iſt, kann ſich nicht entwinden, dieſen Standpunkt einzunehmen, und er muß auf den Tag der abgeſchloſſenen Verträge zurückbezogen werden, da es mit den Anforderungen des guten Glaubens und den Regeln eines ehrenhaften Geſchäftsverkehrs wohl kaum vereinbar wäre, einem Vertrage die Genehmigung zu verſagen, weil ſpättere Zwifchenfälle bewährten, daß er nicht mehr vortheilhaft ſei. Die Bedingniß aufſtellen, daß die Agnaten und namentlich die dormaligen Fideikommiſſ-Befitzer den unerwarteten Ausfall in dem Werthe jener Papiere auf eigene Rechnung nehmen und aus den Gutserträgen zuſchießen, heißt aber in der That, die erbetene Genehmigung verweigern, weil es nicht gerecht wäre und auch kein rechtliches Mittel gibt, die Agnaten zur Annahme jener Bedingniß zu zwingen.

3) Ob ein Gutskauf vortheilhaft ſei oder nicht, hängt an und für ſich bloß von dem Verhältniſſe des Werthes der Sache zum bedungenen Preise ab; von dieſer Seite her hat das k. Appellationsgericht ſelbſt nichts gegen die gemachten Erwerbungen einzuwenden vermocht. Daß die vorhandenen Papiere dagegen an Zahlungsſtatt gegeben werden, iſt wieder ganz einfach und natürlich, wie nicht minder, daß ſie der Käufer nur nach ihrem thatſächlichen Werthe, das iſt nach dem Tageskurſe, annimmt.

Für die Beurtheilung jener Realitätenkäufe iſt die Sache gerade ſo zu betrachten, als wäre ein zur Deckung der Kauſſchillinge beſtimmtes Kapital bei der Veräußerung der Pfandobjekte theilweiſe verloren gegangen, weil das Schwinden des Nominalwerthes einmal unvermeidlich war, die Erfüllung der Verträge keinen Aufſchub verſtattet und ein Begeben von Kreditpapieren, die im Werthe geſunken ſind, ſogar empfehlenswerth und wirthſchaftlich ſein kann, wenn ſich ein noch weiter gehendes Fallen befürchten läßt. Daß überhaupt das Hingeben im jetzigen Augenblicke nicht rathſam ſei, weil die Kurse in einem neuerlichen Aufſchwunge begriffen ſind, iſt zwar eine von ſelbſt einleuchtende Erwägung, die ſich aber mit dem Rechte des Verkäufers, daß ihm gegebene Wort auch treulich gehalten zu ſehen, nicht leicht in Einklang verſetzen läßt.

4) Das k. Appellationsgericht ſcheint als Ausgangspunkt für ſeine Verfügungen den Grundsatz aufzuſtellen und feſtzuhalten, die Erhaltung der Subſtanz des Fideikommiſſes in ihrem urſprünglichen Stande und mit dem daran gehefteten Werthſanſchlage ſei ein Poſtulat, dem alle anderen Rückſichten weichen müßten; zufällige Veränderungen an jener Subſtanz ſeien daher immer durch einen Weiſchlag aus den Nutzungen, auf welchen die ganze Gefahr jeder Werthſverringerung haſte, wieder auszugleichen, und dem jedesmaligen Beſitzer liege ob, durch eine Art Selbſtbeſteuerung aus den ihm zufließenden Nutzungen den eingetretenen Ausfall zu decken, den Fideikommiſſbeſtand wieder auf ſeinen urſprünglichen Umfang empor zu heben und gegen alles Anwogen der Zeitläufte aufrecht zu erhalten. Dieſe Anſicht läßt ſich aber aus dem Fideikommiſſ-Edikte nicht rechtfertigen. Jedes Familienfideikommiſſ bildet eine geſchloſſene Vermögensmaſſe, universitas juris,

deren Bestand allen Zufälligkeiten äußerer Umstände ausgeſetzt bleibt, wie jede andere Sache. Nach allen Rechten, wie inſondere auch nach preuß. Ed. Th. I Tit. 21 §. 132, hat der Nießbraucher ſolche Verringerungen der Sache, welche nicht durch ſein großes oder mäßiges Verſchulden, alſo durch Zufall eingetreten ſind, dem Eigenthümer, hier der Fideikommiſſmaſſe, nicht zu erſetzen. Nach §. 69 des Edictes iſt ein Ergänzungsplan aus den Renten nur mit ſolchen Verringerungen der Subſtanz des Fideikommiſſes zu verbinden, welche durch eine freiwillige Handlung des Beſizers herbeigeführt wurden, — eine Vorausſetzung, woran es bei dem rein zufälligen Fallen der Börſenkuſe hier fehlt. Auch würde dieſer Ergänzungsplan nicht den jeweiligen Beſizer allein treffen, ſondern er könnte auf Zuſchüſſe zu fünf vom Hundert, alſo auf zwanzig Jahre hinaus mit Uebergang auf die ſpäteren Fideikommiſſfolger vertheilt werden. Vielmehr ſteht dem jeweiligen Fideikommiſſ-Befizer außer jenem Falle nach §. 44 des Edictes das Recht auf alle Erträgniffe des Fideikommiſſes zu, wenn ſich auch der Beſtand ſeiner Vermögensmaſſe durch unverſchuldete Umstände vermindert haben ſollte.

5) Auch die weitere Erwägung, daß die ein- geleiteten Gutserwerbungen eine Minderung in den Erträgniffen des Fideikommiſſes vorübergehend in Ausſicht ſtellen, kann nicht als durchgreifend anerkannt werden. Wenn der Pächter von D., dem der erwerbene Hof mit überlaſſen wird, dafür nur den Kaufpreis mit 4% verzinst, während die dafür zu gebenden Schuldbriefe von ihrem Nominal-, nicht vom verminderten Kurſwerthe, 4% getragen hätten, ſo kann ſich dieſe Abweichung durch einen ſpäteren Aufſchwung der Pachtrente wieder leicht

ausgleichen. Daß die Genehmigung des Gerichtes zu einer Veräußerung nur dann ertheilt werden könne, wenn ſolche dem Fideikommiſſe einen beträchtlichen und bleibenden Nutzen gewähre, iſt in §. 66 des Ediktes nur für die Verkäufe von Immobilien und Realrechten vorgeſchrieben; auch iſt der Erwerb von Grundvermögen für eine wandelbare Staats-Schuldverſchreibung ſchon an ſich als Vortheil nicht außer Acht zu laſſen. Die Schwankungen der Kurse, worauf ſich der k. Gerichtshof berief, können für das Feſthalten am Nennwerthe nicht entſcheiden, weil auch der Werth des Grundeigenthumes ähnlichen und noch größeren Veränderungen unterworfen iſt, als biſher wenigſtens mit dem Kurse der bayeriſchen Staatspapiere der Fall war.

Dabei iſt zwar vollkommen richtig, daß die Konſenſe der dormaligen Agnaten das Fideikommiſſgericht in den ſeiner Umſicht anheim gegebenen Betrachtungen nicht binden können, wie die §§. 49 und 51 des Ediktes ausdrücklich verordnen; allein in einem Falle, wo auch nirgends die geringſte Spur vorliegt, daß unwirthſchaftliche Rückſichten oder die Ausſicht auf einen zu erzielenden Privat-Vortheil dabei mit im Spiele ſeien, verdienen denoch jene allseitig übereinstimmenden Begutachtungen und Beitritte das Vertrauen der Gerichte, um ſich in der Ertheilung einer Genehmigung für die Willenshandlungen großjähriger und gründlich unterrichteter Theilnehmer an der zu verwaltenden Maſſe minder ängſtlich zu zeigen.

6) Dieſe Betrachtungen führen von ſelbſt zu dem Schluſſe, daß die von dem k. Appellationsgerichte in ſeiner Entſchließung vom 5. Okt. 1866 aufgeſtellte und auch in einer Inhäſiventſchließung aufrecht erhaltene Erinnerung und beabſichtigte Mobilifikation des für das Fideikommiſſ S. abgeſchloſſenen

Gründerwerbungsvertrages vom 6. März 1866, es dürfe die Uebernahme der an Zahlungsstatt hinauszugebenden Grundrenten-Ablösungs-Schuldbriefe nur nach dem Nominalwerthe, oder vielmehr der Sache nach mit einem Beischlage von etwa zehn Prozent aus den Gutsnutzungen erfolgen, als zu strenge ge-
griffen und weder den Rücksichten einer weisen Wirthschaftlichkeit, noch den Anforderungen des guten Glaubens im Geschäftsverkehre, noch dem Rechte des Besitzers auf unbeschränkten Genuß der Nutzungen des Fideikommisses, wie es liegt, entsprechend, bei Seite zu setzen war.“

DAGE. v. 27. Mai 1867 Reg.-Nr. 703⁶⁶/₆₇.
77.

3.

Im Verfahren wegen Winkelagentie gibt es keine vierte Instanz, keinen Kassationsrekurs, keine Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes und keine Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

Anderer als der oben ausgesprochenen Ansicht war ein in erster Instanz von einem Landgerichte, in zweiter vom Bezirksgerichte und in dritter vom Appellationsgerichte wegen Winkelagentie bestrafter Konzipient, welcher an den obersten Gerichtshof Rekurs ergriff, um Vernichtung des Strafurtheiles nach den strafprozessualen Bestimmungen und ebenso um Wiederaufnahme des Strafverfahrens bat, sogar eine Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes erhob. Er wurde mit alle dem abgewiesen durch oberstr. Erf. v. 15. Febr. u. 7. Mai 1867 Reg.-Nr. 409⁶⁶/₆₇.
77.

Redakt.: Dr. **Steppeß**. Berl.: **Palm & Enke** (Adolph Enke)
in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zum Abfchlusse einer vom bürgerlichen Untersuchungsrichter gegen einen beurlaubten Soldaten in der Voraussetzung eines Vergehens lediglich durch Feststellung des Thatbestandes eröffneten Voruntersuchung ist, auch nachdem sich gezeigt hat, daß kein Grund zur Strafverfolgung vorliegt, das Militärgericht zuständig. — Ein Kompetenzkonflikt zwischen Civil- und Militärgerichten kann nicht darin gefunden werden, daß nach Ablehnung der Kompetenz von Seite des bürgerlichen Richters das eine von mehreren beteiligten Militärgerichten, ungeachtet ein anderes sich für kompetent erklärt, dennoch auf der Zuständigkeit des Civilgerichtes besteht. — Zur Einleitung der Voruntersuchung wegen mehrerer, in verschiedenen Gerichtsbezirken begangener, gemäß Art. 321 des StGB. als eine einzige That zu bestrafender Betrügereien ist derjenige Untersuchungsrichter zuständig, in dessen Gebiete die letzte Betrugshandlung verübt worden ist. — Zur Auslegung des Art. 30 Abs. 2 Abs. 2 des Herzogthums vom 28. März 1852. — Einfluß der Simulation bei Verträgen, welche unter die Bestimmung des Art. 14 des Rotariatsgesetzes fallen. — Berichtigung.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Zum Abfchlusse einer vom bürgerlichen Untersuchungsrichter gegen einen beurlaubten Soldaten in der Voraussetzung eines Vergehens lediglich durch Feststellung des Thatbestandes eröffneten Voruntersuchung ist, auch nachdem sich gezeigt hat, daß kein Grund zur Strafverfolgung vorliegt, das Militärgericht zuständig.

Auf die von der Gendarmmerie erstattete Anzeige, daß der Bauernknecht und beurlaubte Soldat Konrad Steger von Pfaffendorf seine Mutter Kunigunda Steger mit dem Erfolge einer voraussichtlich über 5 Tage dauernden Arbeitsunfähigkeit mißhandelt habe, hatte sich eine Untersuchungskommission des k. Bez.-Ger. Kronach unter Beiziehung des Gerichtsarztes an den Ort der That begeben, um (vorbehaltlich der militärischen Kompetenz) nach

Neue Folge XII. Band.



Vorschrift der Just.-Min.-Entschliebung v. 5. Juli 1859 ¹⁾ den Thatbestand festzustellen.

Da sich aber die Verletzung alsbald als sehr geringfügig gezeigt, auch die Mißhandelte eine Bestrafung ihres Sohnes nicht zu beabsichtigen erklärt hatte, beschränkte sich der Untersuchungsrichter darauf, diesen Sachverhalt zu Protokoll zu bringen und übersendete die Aktenstücke an das k. III. Jägerbataillon, bei welchem K. Steger eingereicht war.

Dieses leitete aber die Sendung mit dem Befügen zurück, daß es zur Einleitung einer Untersuchung keinen Grund finde, und erklärte sich auf die wiederholte Zuschrift des Untersuchungsrichters, daß es sich nicht mehr um die Einleitung einer Voruntersuchung, sondern um den Abschluß einer bereits eingeleiteten handle, für unzuständig.

Der hiernach entstandene verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden,

daß zur Erledigung der Sache gegen den Soldaten Konrad Steger wegen Mißhandlung seiner Mutter das k. III. Jägerbataillon zuständig sei,

und zwar in Erwägung,

daß der Untersuchungsrichter die betreffenden Untersuchungshandlungen nicht in eigener Kompetenz, sondern in Gemäßheit des Ausschreibens des k. Staatsministeriums der Justiz vom 5. Juli 1859, die Führung der Voruntersuchungen gegen beurlaubte Soldaten betr., lediglich als Stellvertreter des zuständigen Militärgerichtes vorgenommen hat,

daß ferner zwar in Gemäßheit der Erhebungen über den objektiven Thatbestand und in Folge der von Kunigunda Steger erklärten Zurücknahme ihres

¹⁾ Zeitschr. f. GG. u. RPsf. Bd. VI S. 301.



Strafantrages die Fortsetzung strafrechtlicher Einschreitung gegen Konrad Steger nicht mehr indiziert ist, jedoch ein Beschluß auf Einstellung des Strafverfahrens zur Erledigung der Sache erforderlich, und es Sache des zuständigen Untersuchungsgerichtes, hier, nach dem Stande des Denunziaten Steger, des Militärgerichtes ist, das zur Erwirkung jenes Beschlusses Erforderliche vorzunehmen.

Erk. d. OGH. v. 12. Okt. 1867, UB. Nr. 92.

2.

Ein Kompetenzkonflikt zwischen Civil- und Militärgerichten kann nicht darin gefunden werden, daß nach Ablehnung der Kompetenz von Seite des bürgerlichen Gerichtes das eine von mehreren beteiligten Militärgerichten, ungeachtet ein anderes sich für kompetent erklärt, dennoch auf der Zuständigkeit des Civilgerichtes besteht.

Wegen einer zu Trulben in der Pfalz vorgefallenen Schlägerei war vom Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Zweibrücken Untersuchung eingeleitet und gegen vier Beschuldigte gerichtet worden, nämlich gegen den Lehrling Johann Weber von Petersbächel, dann gegen drei beurlaubte Soldaten, Nikolaus Wagner vom k. 4. Artillerieregimente, Johann Krebs vom k. 13. Infanterieregimente und Georg Rinn vom k. Infanterie-Leibregimente, und die Durchführung dieser Untersuchung war auch bezüglich der komplizirten Soldaten von den Kommandos der betreffenden Regimenter dem bürgerlichen Untersuchungsrichter überlassen worden.

Nach Schluß der Voruntersuchung hatte das k. Bezirksgericht Zweibrücken durch Beschluß vom 9. Januar 1866 das Strafverfahren gegen den Civilisten Johann Weber eingestellt, im Uebrigen

★

aber die Sache an das zuständige Militärgericht verwiesen. Dieser Beschluß ist nachträglich vom k. 4. Artillerieregimente und vom k. Infanterieleibregimente, wiewohl unter Protestation gegen die Gesekwidrigkeit dieses Verfahrens, genehmigt worden. Das erstere Regiment hat darauf in seinen am 31. Mai 1867 sowohl an den k. Staatsprokurator zu Zweibrücken als an das k. 13. Infanterieregiment erlassenen Schreiben erklärt, in Folge geübter Prävention sich der Erledigung der Sache selbst unterziehen zu wollen, und in einem am 9. Juni 1867 an letzteres Regiment erlassenen Schreiben weiter geäußert, die Kompetenz bezüglich sämtlicher betheiligter Militärpersonen zu beanspruchen.

Das k. 13. Infanterieregiment hatte mittlerweile zuerst in einer an den k. Staatsprokurator in Zweibrücken unter dem 15. Januar 1866 gerichteten Note die Ansicht ausgesprochen, daß die Ueberlassung der Untersuchung gegen die mitbeschuldigten Militärpersonen an die bürgerlichen Strafgerichte von selbst auch die Zuständigkeit der letzteren zur Aburtheilung der Militärpersonen begründe, dann in einem an denselben Staatsprokurator unter dem 7. März 1866 gerichteten Schreiben erklärt, daß es das vom Civilgerichte bis dahin gepflogene Verfahren nachträglich genehmige, dabei aber darauf bestehe, daß das k. Bezirksgericht Zweibrücken auch zur Beschlußfassung über den Soldaten Krebs zuständig sei.

Auf Mittheilung des k. Staatsprokurators über Beanstandung der weiteren Zuständigkeit von Seite des k. Bezirksgerichtes Zweibrücken ist das k. 13. Infanterieregiment darauf beharrt, daß nach der dermaligen Sachlage nur die bürgerlichen Strafgerichte zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung und zur Aburtheilung bezüglich der betheiligten Mi-

litärpersonen zuständig seien, und hat wiederholt bei dem k. Generalstaatsanwälte den Antrag gestellt, daß der oberste Gerichtshof den vermeintlich zwischen dem k. 13. Infanterieregimente und dem k. Bezirksgerichte Zweibrücken bestehenden Kompetenzkonflikt entscheide.

Vom obersten Gerichtshofe wurde jedoch ausgesprochen,

daß ein verneinender Kompetenzkonflikt zwischen Civil- und Militärgerichten nicht vorliege, und zwar in Erwägung,

daß eines der Militärgerichte, unter welchen die in vorliegender Sache beteiligten Soldaten stehen, nämlich das k. 4. Artillerieregiment, die Kompetenz zur weiteren Einschreitung gegen alle jene Soldaten in Anspruch nimmt, welche Erklärung mit dem Beschlusse des k. Bezirksgerichtes Zweibrücken vom 9. Januar 1866 im Einklange steht, daß somit ein vom obersten Gerichtshofe zu verbescheidender Kompetenzkonflikt zwischen bürgerlichen und militärischen Strafgerichten nicht besteht,

daß die zwischen dem k. 13. Infanterieregimente und dem k. Bezirksgerichte Zweibrücken beziehungsweise dem k. Staatsprocurator an demselben obschwebende Differenz sich darum dreht, ob das k. 4. Artillerieregiment mit Recht die Kompetenz zur Einschreitung gegen den Soldaten Krebs in Anspruch nehme, diese Differenz aber, welche die Zuständigkeit eines dritten Gerichtes, nämlich des 4. Artillerieregimentes, betrifft, zu lösen nicht Sache des obersten Gerichtshofes ist, nachdem das letztgenannte Regiment und das bürgerliche Gericht über diesen Punkt einig sind.

Erk. d. OGH. v. 12. Dft. 1867, UB. Nr. 93.

3.

Zur Einleitung der Voruntersuchung wegen mehrerer, in verschiedenen Gerichtsbezirken begangener, gemäß Art. 321 des StGB. als eine einzige That zu bestrafender Betrügereien ist derjenige Untersuchungsrichter zuständig, in dessen Gebiete die letzte Betrugshandlung verübt worden ist.

Aus vorläufigen polizeilichen Erhebungen hat sich ergeben, daß der bei dem Konditor Max Bibacowich in München als Geschäftstreisender verwendete, schon früher wegen Betruges mit geschärftem Arbeitshause bestrafte Tapezierer-Gehilfe Joseph Gättinger aus Geiselhöring, ohne von seinem Dienstherrn zur Empfangnahme von Geldern ermächtigt zu sein, bei verschiedenen Kunden desselben Ausstände einfassirt und die eingehobenen Geldbeträge an seinen Prinzipal nicht abgeliefert, sondern für sich behalten hat, und zwar

- 1) etwa 14 Tage vor Weihnachten 1866 bei dem Färbermeister D. Kranz in Aichach den Betrag von 3—4 fl.,
- 2) am 16. Mai 1867 bei dem Krämer G. Gerzabeck in Kaufbeuern (Bezirksgerichts Kempten) den Betrag von 12 fl. 27 fr.,
- 3) am 5. Juni 1867 bei dem Krämer J. A. Hilger in Polling (Bezirksgerichts Weilheim) den Betrag von 9 fl. 34 fr.

Auch soll nach einer bei dem Untersuchungsrichter in Weilheim erstatteten Anzeige besagter Joseph Gättinger, indem er sich für einen Kaufmann aus München und seine Geliebte für seine Frau ausgegeben, vom 9. bis 15. Juli 1867 im Gasthause des Bräuers Hipper zu Weilheim gewohnt und gezecht und sich ohne Bezahlung der 17 fl. 39 fr. betragenden Zeche entfernt haben.



Der Untersuchungsrichter am f. Bez.:Gerichte Weilheim, an welchen die von der Polizei gepflogenen Erhebungen zuerst gelangt waren, erachtete sich zur Uebernahme der Voruntersuchung nicht für zuständig, sondern gab die Sache an den Untersuchungsrichter am f. Bez.:Ger. Kempten ab. Da jedoch auch dieser seine Zuständigkeit ablehnte, ergab sich ein verneinender Kompetenzkonflikt, bei dessen Entscheidung sich der oberste Gerichtshof für die Kompetenz des Untersuchungsrichters am f. Bez.:Gerichte Weilheim aussprach,

in Erwägung, daß zwar noch nicht genügend aufgeklärt ist, ob Gattinger die sich angeeigneten Geldbeträge unter Umständen eingehoben habe, welche die Voraussetzungen des Art. 314 des StGB. vollständig begründen, immerhin aber jetzt schon Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß, wie auch die im Konflikte stehenden Untersuchungsrichter angenommen zu haben scheinen, die benachtheiligten Kunden des Konditors Bidacowich auf betrügerische Weise zu den an Gattinger geleisteten Zahlungen bestimmt worden seien, wonach aber drei an Kranz, Gerzabeck und Hilger verübte Betrügereien gegeben sind, welche, weil in einem und demselben Geschäftsbetriebe ausgeführt, gemäß Art. 321 des StGB. als eine einzige Handlung zu bestrafen sind, und in dieser Zusammenfassung nach Art. 22 Abs. 2 Th. II des StGB. von 1813 der Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am f. Bezirksgerichte Weilheim anheimfallen, in dessen Bezirk der Betrug an Krämer Hilger von Polling als die letzte der angezeigten, unter den Gesichtspunkt von Fortsetzungshandlungen fallenden, Betrügereien verübt worden ist; ferner

in Erwägung, daß wegen Rückfälligkeit des Thäters diese Betrügereien schon an sich als Vergehen erscheinen, hinsichtlich deren (abgesehen davon, daß auch das im Bezirke Weilheim

zum Schaden des Bräuers Hippert verübte Betrugsvergehen hinzutritt) der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Weilheim in Folge der zuerst an ihn gelangten polizeilichen Mittheilungen zur Einleitung der Voruntersuchung berufen ist, welche er nicht bloß auf die zwei in seinem Bezirke vollbrachten Betrugsvergehen zu beschränken, sondern auf sämtliche in den verschiedenen Gerichtsbezirken vorgekommene Betrügereien zu erstrecken hat und zur Abgabe der Sache an den Untersuchungsrichter in Kempten nur dann befugt gewesen wäre, wenn dieser hinsichtlich des in seinem Bezirke vorgefallenen Betrugsvergehens durch Ladung oder Verhaftung des Angeeschuldigten zuvorgekommen wäre und damit gemäß Art. 22 Abs. 3 Th. II des Strafgesetzbuches von 1813 vermöge Prävention seine Zuständigkeit begründet hätte, was aber dadurch, daß der Untersuchungsrichter in Kempten über die näheren Umstände der angezeigten strafbaren Handlungen Aufschlüsse eingeholt und über die Vorstrafen des Verdächtigen sich erkundigt hat, noch nicht bewirkt werden konnte.

Erk. d. O.B.G. v. 18. Oct. 1867, UB. Nr. 94.

— f —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zur Auslegung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstgesetzes vom 28. März 1852.

Die Güter des A. und B. waren früher leibrechtweise grundbar zur Hospitalstiftung U.; im

Jahre 1812 bzw. 1846 wurde aber das Heimfallrecht um 1480 fl. bzw. 4000 fl. der Grundherrschaft abgelöst, wobei statt der bisherigen Leibgälle auf den Gütern ein theils in Geld theils in Getreide zu entrichtender „ewiger Zins“ liegen blieb, welche Grundabgabe nach Art. 25 des Grundentlastungs-Gesetzes vom J. 1848 von der Hospitalstiftung an den Staat überwiesen wurde.

Laut der Grundbarkeitsablösungsverträge vom J. 1812 und 1846 wurden den Gutbesitzern gewisse Forstberechtigungen auf einer Waldung der Hospitalstiftung vorbehalten, welche letztere nun auf den Grund des in der Ueberschrift bezeichneten Art. 30 die Besitzer als schuldig erkannt wissen wollte, sich diese mittlerweile fixirten Forstrechte mit dem 20fachen Betrage ablösen zu lassen.

Die beiden ersten Instanzen erkannten nach dem Antrage der Hospitalstiftung. Vom obersten Gerichtshofe wurden jedoch die Beklagten von der Klage entbunden, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Mit der Ab- und Auflösung des Grundbarkeits-Verbandes in den Jahren 1812 und 1846 waren die Güter der Beklagten gegenüber der früheren Grundherrschaft — der klagenden Hospital-Stiftung — freieigene (ludelige) Güter geworden, obwohl sie zu dieser Stiftung vermöge des ihnen in den betreffenden Ablösungsverträgen auferlegten jährlichen „ewigen Zinses“ in das Verhältniß von Zinsgütern getreten waren (Mittermaier d. P. R. §. 484 Nr. 4; Bayer. ER. Th. IV Kap. VII §. 33).

Demnach waren die Forstberechtigungen der Beklagten zur Zeit des Eintretens der Wirksamkeit des Gesetzes vom 4. Juni 1848 Berechtigungen ludeligener Güter gegenüber der Hospitalstiftung geworden, welche aufgehört hatte, Grundherrschaft

zu sein, und es konnte bezüglich der zwangsweisen Ablösung dieser Forstrechte die Bestimmung des Forstgesetzes vom 28. März 1852 Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 jedenfalls ihrem Wortlaute nach keine Anwendung finden. Aus den Kammerverhandlungen über jenes Gesetz, insbesondere aus der Aeußerung des II. Sekretärs der Kammer der Reichsräthe, Grafen Montgelas (Prot. der V. der Kammer der Reichsräthe Bd. 4 S. 229), welche Aeußerung auch von Seite der Regierungsorgane nicht in Kontestation gezogen wurde, — geht klar hervor, daß die Waldeigenthümer, welchen gegenüber ludeigenen Gütern Forstrechtsverpflichtungen obliegen, die Ablösung dieser Forstrechte nach der Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 (im Gegensatz zu Ziff. 1) mittels 20fachen Geldanzschlages zu verlangen nicht berechtigt sein sollten.

Der Satz, von welchem die Entscheidungen der beiden Vorinstanzen ausgehen und mittelst dessen sie zu einer über den klaren Wortlaut des Gesetzes erweiterten Auffassung der Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstgesetzes gelangen:

„daß die Frage nach der zwangsweisen Ablösbarkeit der Forstberechtigungen der heutigen Beklagten mit der Frage zusammenfalle, ob auf den forstberechtigten Höfen zur Zeit des Eintrittes der Wirksamkeit des Grundentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 Lasten geruht haben, welche erst kraft dieses Gesetzes ablösbar und zwar mit Rücksicht auf Art. 23 und 28 dieses Gesetzes zu Gunsten der Beklagten ablösbar wurden“, —

erscheint nach den Bestimmungen des Forstgesetzes vom 28. März 1852 unter Anhandnahme der zu Gebote stehenden Auslegungsbehelfe des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 nicht als begründet.

Nach den Verhandlungen beider Kammern

sollte die durch die Bestimmung des Art. 18 des Gr.:Entl.:Ges. von 1848 in der Gesetzgebung offene gelassene Lücke durch die Bestimmung des Art. 30 des Forst-Ges. von 1852 ausgefüllt werden. Diese Ergänzung sollte erfolgen zu Gunsten jener mit Forstrechten belasteten Grundherren und Waldeigenthümer, welche durch die theils keine Entschädigung gewährenden, sohin schlechtthin aufgehenden Bestimmungen, theils durch den Entschädigungs- beziehungsweise Ablösungs-Maßstab des Gr.:Entl.:Ges. von 1848 in ihren Berechtigungen aus dem Grundbarkeits-Verbande, — Berechtigungen, welche mit Forstrechtsverpflichtungen des Grundherrn als Gegenteichnisse an die Kolonen verknüpft waren, — schlechtthin Verluste (hier die ohne Entschädigung aufgehobenen Ansprüche auf die Heimfälligkeit der Güter) oder Schädigungen (hier durch die gesetzlich zulässige Ablöbbarkeit des fixirten s. g. ewigen Zinses der Kolonen) erlitten hatten. Es sollte diesen Grundherren Ersatz und insbesondere bezüglich des Maßstabes desselben dadurch geboten werden, daß sie berechtigt werden sollten, nach demselben Maßstabe, nach welchem sie die Ablösung ihrer Realberechtigungen sich gefallen lassen mußten, die Ablösung der ihnen aus dem kraft des Gesetzes von 1848 aufgelösten grundherrlichen Verbande obliegenden Gegenteichnisse den Berechtigten gegenüber zu verlangen. Dieser Grundgedanke tritt klar zu Tage aus den hier einschlägigen Kammerverhandlungen, und zwar insbesondere

1) aus der Aeußerung des Abgeordneten Muland (Sten. Ber. der R. d. A. Bd. III S. 522) von den Worten: „was will der Ausschuß?“ — bis zu den Worten: „entschädiget werden“ (Zeile 15—19 v. o.);

2) aus der Aeußerung des II. Sekretärs der

R. d. RR., Grafen Montgelaß (Prot. d. B. d. R. d. RR. Bd. 4 S. 229), von den Worten: „die Grundherren aber“ bis „ablösen können“;

3) aus der Erklärung des betreffenden Referenten d. R. d. A., Abgeordneten Fink (Sten. Ber. d. B. d. R. d. A. Bd. 3 S. 525 l. S.), von den Worten: „Also das Jahr 1848“ bis zu den Worten „die von dem Ausschuss vorgeschlagene Fassung enger sei.“

Vorbezeichnete Aeußerungen erfuhren von Seite der Regierungsorgane keinen Widerspruch, insbesondere schloß sich der letzterwähnten Erklärung a. a. O. der Staatsminister der Finanzen ausdrücklich an.

4) Aus der Aeußerung des eben erwähnten Staatsministers in der Kammer der Reichsräthe Prot. Bd. 3 S. 562, 563 von den Worten: „die Folgen des Nichtzustandekommens des Gesetzes“ bis zu den Worten „billige Berücksichtigung“.

Dafür aber, daß es bei der betreffenden Bestimmung des Forstgesetzes die Absicht gewesen sei, alle jene mit Forstreechten belasteten Waldeigentümer, welche an den ihnen nach bereits früher aufgelöstem grundherrlichen Verbände aktiv zustehenden Grundabgaben vermöge der Bestimmungen der Art. 21 u. ff. des Gr.-Entl.-Ges. von 1848 eine Einbuße erlitten haben, wodurch andererseits die Verpflichteten die Ablösbarkeit dieser Lasten und zwar nach einem sehr günstigen Maßstabe gewannen, die zwangsweise Ablösung der betreffenden Forstrechte nach Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstgesetzes von 1852 zugestanden werden sollte, findet sich in den Kammerverhandlungen über jenes Gesetz nicht der geringste Anhaltspunkt. Es ist dies insbesondere — auch nicht andeutungsweise — der Fall bezüglich der von der ersten Instanz angeführten Aeußerung des Referenten d. R. d. A. Fink

in dessen Vortrage (Beil. Bd. III zu den B. d. R. d. A. S. 458, 459).

Unbegründet ist auch die erstrichterliche Anführung, an die Stelle des Obereigenthums sei in dem hier gegebenen Falle lediglich eine Reallast (jene ewigen Zinsreichtnisse) getreten; denn daß durch den Art. 15 Abs. 2 des Gr.-Entl.-Ges. von 1848 ohne Entschädigung aufgehobene Heimfälligkeits-Recht wurde durch eine bedeutende Kapitalsumme von den Vorbesitzern der Beklagten abgelöst, und lediglich an die Stelle des Leibgeldes (der Lehengefälle) ist eine Reallast, jener ewige Zins, getreten. Dafür ferner, daß die klaren Gesetzesworte des Art. 30 des FG. Abs. 2 Ziff. 2, „welche zur Zeit des Eintretens der Wirksamkeit des Grundentlastungsgesetzes vom 4. Juni 1848 zu dem Besitzer des belasteten Waldes im Grundbarkeitsverbande standen“ — in gerabezu gegentheiligem Sinne aufzufassen seien, in dem Sinne nämlich, daß eine längst vorher eingetretene Auflösung des grundherrlichen Verbandes für die zwangsweise Ablösung der Forstrechte nach Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstgesetzes unerheblich sei, wenn nur die mit jenem aufgelösten Verbande zusammenhängenden, in den Ablösungsverträgen (hier von 1812 und 1846) bedungenen, Grundrenten des Waldbesizers in Folge des Gr.-Entl.-Ges. von 1848 ablösbar und zwar nach dem oft erwähnten Maßstabe ablösbar wurden, fehlt es überall an Anhaltspunkten. Nicht an die Ablösbarkeit solcher in schon vor dem GEG. von 1848 abgeschlossenen Allodifikationsverträgen bedingener Grundrenten des Waldeigenthümers in Folge jenes Gesetzes, sondern an das Bestehen des Grundbarkeitsverbandes zur Zeit der Wirksamkeit des Gesetzes von 1848 und an die Auflösung jenes Verbandes kraft dieses Gesetzes ist in dem Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstges. der

Anspruch des Waldeigentümers auf zwangsweise Ablösung der Forstberechtigungen geknüpft.

Die Erwägung der II. Instanz, es sei aus den Kammerverhandlungen nicht zu entnehmen, daß man die zwangsweise Forstrechtsablösung nach Art. 30 des F.G. für jene Waldbesitzer habe ausschließen wollen, welche nach längst vor 1848 aufgelöstem Grundbarkeitsverbande im Bezuge von Bodenzinsen, welche dem Ablösungsgesetze unterworfen sind, geblieben seien, ist unzutreffend, weil der Wortlaut des Gesetzes die Ausschließung enthält, und es unzulässig ist, ein Gesetz auf durch seinen Wortlaut ausgeschlossene Fälle auszudehnen aus dem Grunde, weil bei solchen ähnliche gesetzgeberische Erwägungen zutreffend seien.

Eben so unbegründet erscheint die Annahme, es sei der vom Gesetze geforderte Bestand des Grundbarkeitsverbandes gleichzustellen dem Bestande eines bodenzinslichen Verhältnisses zwischen dem forstrechtsverpflichteten Waldeigentümer und dem bodenzinspflichtigen Forstberechtigten. Die Erklärung der vom Gesetze gebrauchten, auf das Bestehen eines Grundbarkeitsverbandes beschränkten Ausdrucksweise durch die Hinweisung darauf, „daß die gewöhnliche Entstehungsquelle der Forstberechtigungen das Grundbarkeitsverhältniß sei“, ist unzutreffend, da auch bei dem jetzt nur noch bestehenden bodenzinspflichtigen Verhältnisse die „Entstehungsquelle“ der Forstberechtigung jenes aufgelöste Grundbarkeitsverhältniß ist, gerade aber der Bestand dieses Verhältnisses zur Zeit des Eintrittes der Wirksamkeit des Gesetzes vom 4. Juni 1848 die gesetzliche Bedingung der zwangsweisen Ablösung der Forstrechte nach der Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 ist.

Die klagende Hospitalstiftung ist durch die Alodifikationsverträge von 1812 und 1846 den Nach-

theilen des Grundentlastungsgesetzes von 1848 jedenfalls insoferne entgangen, als sie für das nach diesem Gesetze ohne Entschädigung aufgehobene Heimfälligkeitsrecht der Güter der Beklagten ein bedeutendes Loskaufskapital erhielt und indem sie für das Leibgeld, die Lehengefälle, und für das Laudemium, — welches nach dem Gr.:Entl.:Ges. mit der Leistung eines Aequivalentes aufhörte, welches in dem Doppelten der einmaligen Besitzveränderungsabgabe besteht, — die jährlich wiederkehrende Leistung eines nicht unbedeutenden s. g. ewigen Zinses in den betreffenden Verträgen sich bedungen hatte. Dieser günstigen Lage gegenüber, in welcher sich die klagende Hospitalstiftung zur Zeit des Eintrittes der Wirksamkeit des Gr.:Entl.:Ges. von 1848 befand, kann nach dem Grundgedanken, auf welchem nach den Kammerverhandlungen die Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 des Forstgesetzes von 1852 beruht, der Umstand allein nicht in entscheidenden Betracht kommen, daß die klagende Hospitalstiftung sich die Ablösung jenes Zinsreichtums nach den Bestimmungen der Art. 21 u. ff. des Gr.:E.:G. von 1848 gefallen lassen mußte.

Nach dem Angeführten, insbesondere aus dem eben angeführten Grunde, fehlt es an Anhaltspunkten dafür, hier eine den klaren Wortlaut des Gesetzes erweiternde Auslegung, wie solche von den beiden Vorinstanzen gemacht wurde, eintreten zu lassen; es stellt sich sonach die Klage der Hospitalstiftung, welche die Anwendung der Bestimmung des Art. 30 Abs. 2 Ziff. 2 auf die Forstrechte der beklagten Guttsbesitzer bezieht, als unbegründet dar.

DAAG. v. 13. Juni 1867 Reg.-Nr. 761^{66/67}.

Rm.

2.

Einfluß der Simulation bei Verträgen, welche unter die Bestimmung des Art. 14 des Notariatsgesetzes fallen.

Vgl. Bd. XXX S. 360; Bd. XXXI S. 219; Erg.-Bd. zu Bd. 31 u. 32 S. 127; Bd. XXXII S. 139.

Nach demselben Grundsatz, welcher in den vorbezeichneten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes angewendet wurde, hat dieser auch nachstehenden Fall entschieden.

Nach dem notariellen Kaufvertrage war ein Immobile um 2500 fl. verkauft, und der die übernommenen Hypotheken übersteigende Rest des Kaufschillinges mit 1200 fl. als Hypothek auf das Kaufsobjekt eingetragen worden. Als der Käufer in Theilzahlungen 1200 fl. an den Verkäufer gezahlt hatte und auf Löschung klagte, wurden die Theilzahlungen zwar zugestanden, aber vorgebracht, nach mündlicher Uebereinkunft habe der Kaufspreis 2800 fl. betragen, eine Theilzahlung von 300 fl. sei daher für den Mehrbetrag über 2500 fl., nicht zur Tilgung der 1200 fl. geleistet worden. Die beiden oberen Instanzen erkannten auf Löschung der 1200 fl., weil in der allein maßgebenden Notariatsurkunde der Kaufpreis nur auf 2500 fl. bestimmt, dessen Berichtigung aber mit den Zahlungen zu 1200 fl. vollständig ausgewiesen sei.

DAßGef. v. 16. Juli 1867 Nr. 784^{66/67}.
77.

Berichtigung. S. 325 Z. 17 v. o. ist nach dem Worte: „Merkmale“ einzuschalten: „des Eigenthums.“

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: Einige Bemerkungen zum Art. 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypothekforderungen. — Voraussetzungen der Bewirkung des Zweithelles nach Ab. III Lit. XXXI S. 17 der kaisert. Landgerichts-Ordnung des Herzogthums Franken.

Einige Bemerkungen zum Art. 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypothekforderungen.

Die in diesen Blättern Bd. XXXI S. 113 ff. mitgetheilte Erörterung, nach welcher bei Cessionen von Hypothekforderungen eine notarielle Beurkundung nicht erforderlich ist, hat den Beifall des obersten Gerichtshofes bisher nicht gefunden; derselbe hat vielmehr durch Erkenntniß vom 7. Mai 1867 (siehe oben S. 340 ff.) wiederholt in gegentheiliger Weise erkannt und sich hiebei mit einer Widerlegung der in jener Erörterung aufgeführten Gründe beschäftigt.

Daß diese Entgegnung nur unter hartem Kampfe mit verschiedenen Rechtsgrundsätzen zu Stande gekommen ist, beweisen die daselbst gebrauchten, von festen Theorien überraschend und scharf abspringenden Wendungen.

1) Die erwähnte Erörterung stützt sich hauptsächlich darauf, daß die Hypothek nur ein accessorisches Recht sei und als solches bei einer Cession des Forderungsrechtes schon kraft des Gesetzes auf den Cessionar übergehe.

Beide Sätze werden in der oberstrichterlichen Entgegnung mit ausdrücklichen Worten zugegeben,

Neue Folge XII. Band

es wird jedoch die juristische Bedeutung derselben nur unter sehr erheblichen Einschränkungen aufgefaßt.

Es wird nämlich gesagt, daraus, daß die Hypothek keine selbständige Existenz habe, folge weiter nichts, als daß sie ein bedingtes, nur unter gewissen Voraussetzungen in Wirksamkeit tretendes Recht sei; allein die accessorische Natur des Hypothekrechtes wirkt bekanntlich in ganz anderer und viel ausgedehnterer Weise.

Nach dem gesetzlichen Begriffe der Hypothek¹⁾ dient dieselbe dem Gläubiger zur Sicherheit für seine Forderung, woraus sich ergibt, daß sie ohne Forderung undenkbar ist und mit dieser steht und fällt²⁾, dann daß, obschon der Pfandgeber nicht Schuldner zu sein braucht, der Pfandberechtigte jedenfalls Gläubiger sein muß³⁾.

Deshalb kann die Hypothek, wenn sie vom Cessionar nicht mit der cedirten Forderung erworben wird, nicht etwa ein Vermögenstück des Cedenten bleiben; sie muß vielmehr untergehen, weil sie ohne Forderung nicht bestehen kann, weil der Cedent nicht mehr Gläubiger derselben ist, und weil es schlechterdings nicht angeht, ein bestehendes Pfandrecht von der Forderung, für welche es bestellt ist, auf eine andere Forderung zu übertragen⁴⁾.

Zur Beseitigung des Unterangeses des Hypo-

1) Hyp.-Ges. §. 1.

2) Hyp.-Ges. §. 2.

3) Vergl. Buchta, Pand. §. 194 Note b.

4) Buchta, Pandekten und Vorlesungen §. 213. Vergl. Bl. f. R. u. V. XXVI S. 66-68 und Note 4.

Auch im Falle des §. 84 des Hyp.-Ges. wird nicht eine Hypothek von einer Forderung auf eine andere übertragen. Der Schuldner hat eine neue Hypothek zu bestellen, und nur der im Hypothekenbuche offengebliebene Rang der erloschenen Hypothek wird dem neuen Gläubiger eingeräumt.



thesrechtes, welcher nur störend auf den Rechtsverkehr einwirken könnte, bestimmt das Gesetz, daß die Hypothek auch ohne ausdrückliche Uebertragung mit der cedirten Forderung verbunden bleibe, und daß eine Ausnahme hievon nur durch besondere Vertragsbestimmung begründet werden könne⁵⁾.

Der Uebergang der Hypothek beruht also auf einem pfandrechtlichen Prinzip und nicht, wie die oberstrichterlichen Gründe sagen, auf einem stillschweigenden Vertrage.

Es handelt sich hier nicht um eine leere Theorie, nicht um eine bedeutungslose Subtilität; denn die Gründe des erwähnten Erkenntnisses knüpfen an die Behauptung, daß der Uebergang der Hypothek als stillschweigend bedungen anzusehen sei, die Aufstellung, daß stillschweigende Stipulationen immerhin Stipulationen seien und bleiben, und daß, falls eine Stipulation ihrer Natur nach nur in gewisser Form gültig ist, sie ohne diese Form weder ausdrücklich noch stillschweigend eingegangen werden könne.

Dieses ganze Argument stützt sich also auf die Voraussetzung eines stillschweigenden Vertrages.

Wenn eine Forderung legirt, hiebei aber der für dieselbe bestehenden Hypothek nicht erwähnt wird, so geht dieselbe dennoch auf den Legatar über⁶⁾, obwohl von einem zwischen dem Testator und dem Legatar ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Vertrage auch nicht entfernt die Rede sein kann.

Der Uebergang der Hypothek gründet sich hier einzig und allein auf die accessorische Natur der:

⁵⁾ Fr. 23 de hered. vel act. vend. (18, 4): „nisi aliud actum est.“

⁶⁾ Fr. 34 pr. de leg. III (32). Vergl. Buchta, Band. §. 532. Bayer. PR. Th. III Kap. VII §. 13 Note 1 lit. d.



selben und darauf, daß die Nebensache der Hauptsache folgt; warum soll nun bei einer Cession, bei welcher diese Verhältnisse nicht minder bestehen, ein stillschweigender Vertrag supponirt werden müssen?

Zur Annahme eines solchen Vertrages wäre jedenfalls die Voraussetzung nöthig, daß die Kontrahenten den auf denselben gerichteten Willen wenigstens haben können; die Hypothek könnte also nicht übergehen, wenn die Kontrahenten von derselben gar keine Wissenschaft haben; sie geht aber auch in diesem Falle, ja selbst dann über, wenn sie erst nach der Cession entstanden ist¹⁾, was wohl genügend beweist, daß der Uebergang nicht auf einem stillschweigenden Vertrage beruhen kann.

Uebrigens aber stünde die Annahme eines solchen Vertrages in vollem Widerspruche mit einer von den Kontrahenten bei Vermeidung der Wichtigkeit hiebei zu beobachtenden Form; denn die Vorschrift einer solchen Form ist ja zugleich die Ausschließung eines stillschweigenden Vertrages, und wie namentlich ein Vertrag, welcher erst durch notarielle Beurkundung Rechtsgültigkeit erlangen kann, als ein stillschweigender zu denken wäre, müßte als ein geradezu unauflösliches Problem erscheinen.

Demnach enthält das oben angeführte Argument nichts Geringeres als eine entschiedene Abläugnung des unmittelbar vorher mit ausdrücklichen Worten zugegebenen Sages, daß der Uebergang

¹⁾ Fr. 6 de hered. vel act. vend. (18, 4). Der Eintritt beider Fälle wäre nicht als eine Seltenheit zu betrachten, er liegt vielmehr ganz nahe. Wenn sich z. B. bei einer Gutsübergabe der Uebergeber vom Uebernehmer die Zahlung einer unversicherten Schuld ausbedingt, so ist diese nach §. 99 Nr. 2 des Hyp.-Ges. von Amtswegen als Hypothek einzutragen, und dem Gläubiger wird von der geschenehen Eintragung keine amtliche Kenntniß gegeben.

der Hypothek auf den Cessionar eine selbstverständliche Folge der Cession der Forderung sei.

2) Es wird ferner gesagt, daß, wenn es eine wesentliche Bedingung des Cessionsvertrages sei, daß mit der Forderung auch die Hypothek übergehe, die notarielle Beurkundung nicht umgangen werden könne; denn dieselbe sei nöthig zum Uebertrage des dinglichen Rechtes, und die Ungiltigkeit einer wesentlichen Bedingung ziehe die Ungiltigkeit des ganzen Vertrages nach sich.

Das Wort „Bedingung“ ist im Vordersatze offenbar nicht im Sinne einer *conditio*, sondern im Sinne eines Vertragspunktes gebraucht, wie dieses nach unserem Sprachgebrauche gar häufig geschieht und deshalb auch nicht zu tadeln ist, obwohl zur Vermeidung von Begrifföverwechslungen in der juristischen Sprache vielleicht besser das Wort „Bedingniß“ gebraucht würde.

Ist nun im Vordersatze das Wort „Bedingung“ im Sinne eines Vertragspunktes gebraucht, so kann es ohne Versündigung gegen die Regeln der Logik im Folges- und Schlusssatze auch nur in derselben Bedeutung gebraucht sein, so daß man es also hier mit der Lehre von den *Conditionen* nicht zu thun hat.

Deshalb kann *fr. 195 de reg. jur. (50, 17)* „*Expressa nocent, non expressa non nocent*“, auf welchen Satz es hier abgesehen zu sein scheint, hier schlechterdings keine Anwendung finden; denn aus *fr. 52 de condit. (35, 1)*, woraus obige Regel exzerpirt ist, ergibt sich mit aller Bestimmtheit, daß dieselbe nur auf *wahre Bedingungen (conditiones)* geht, und selbst bei diesen nur eine beschränkte Anwendung findet.

Die Vertragsbestimmung, daß die Hypothek mit der Forderung übergehen müsse, ist aber nicht bloß deshalb keine Bedingung, weil sie nur zur Be-

zeichnung des Vertragsgegenstandes dient, sondern auch deshalb, weil sie sich nach dem Gesetze von selbst versteht, und weil dasjenige, was sich von selbst versteht, auch dann, wenn es in Form einer Bedingung ausgedrückt ist, nicht als solche behandelt werden darf.

Der Beisatz solcher Bedingungen (*quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt*) ist vielmehr nur als überflüssige Wiederholung dessen, was ohne dieß gilt, anzusehen, und deshalb unschädlich, aber auch unnütz und wirkungslos *).

Die Regel „*expressa nocent etc.*“ kann also zum Beweise, daß die notarielle Beurkundung deshalb erforderlich sei, weil der Uebergang der Hypothek vertragsmäßigen Ausdruck gefunden hat, nicht in Anspruch genommen werden.

Uebrigens ist auch hieher zu wiederholen, daß eine auf formellem Grunde beruhende Ungiltigkeit einer Bedingung, welche sich laut Vorschrift des Gesetzes von selbst versteht, juristisch undenkbar ist; so wie auch nicht unbemerkt bleiben kann, daß in dem Satze, daß die notarielle Beurkundung nicht umgangen werden könne, weil sie zum Uebertrage des dinglichen Rechtes nöthig sei, kein Beweis, sondern nur eine sich um sich selbst drehende Behauptung zu ersehen ist.

3) Wollte vielleicht durch diesen so eben als *petitio principii* bezeichneten Satz gesagt werden, daß zur Erwerbung des dinglichen Rechtes die Umschreibung im Hyp.-Buche und zu diesem Behufe eine einwilligende Erklärung des Cedenten erforderlich sei, welche speziell auf den Uebergang des dinglichen Rechtes gerichtet und deshalb in einer Notariatsurkunde niedergelegt sein

* Fr. 12 de cond. inst. (28, 7); fr. 47 de cond. (35, 1); Savigny, Syst. Bb. III S. 123 u. 134.

müsse, so wäre auch diesem nicht beizustimmen; denn der Uebergang der Hypothek erfordert nicht, wie die Entstehung derselben, unerläglich die Eintragung im Hyp.-Buche; die Wirkungen der Cession bestehen auch ohne Eintragung, und diese ist nur nothwendig in Rücksicht auf die Folgen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches⁹⁾. Auch genügt es, wenn sich der Cessionar vor dem Hyp.-Amte darüber ausweist, daß ihm die Forderung cedirt sei, weil die gesetzliche Vorschrift, daß mit der Cession der Forderung die für dieselbe bestellte Hypothek ipso jure auf den Cessionar übergehe, auch vom Hyp.-Amte nicht ignorirt werden darf¹⁰⁾.

Bedürfte aber auch das Hyp.-Amt einer speziellen Aeußerung bezüglich des Ueberganges des Hyp.-Rechtes, so wäre hieraus die Nothwendigkeit notarieller Beurkundung noch immer nicht zu folgern; denn ganz abgesehen davon, daß die Frage dieser Nothwendigkeit nicht aus Gründen des hypothekensamtl. Verfahrens zu beantworten ist, sondern umgekehrt dieses Verfahren sich nach der civilrechtlichen Beantwortung dieser Frage richten muß, hat nach §. 107 des Hyp.-Ges. die Eintragung der Cession auf einseitigen Antrag des Cedenten zu geschehen.

Man kann nicht behaupten, daß Hyp.-Ges. §. 107 durch Art. 14 des Not.-Ges. abgeändert sei, und wenn für Löschungen, bei welchen es sich um den Untergang eines dinglichen Rechtes handelt, ein einseitiger Antrag genügt¹¹⁾, so ist nicht einzusehen, warum dieses bei Cessionen, welche im §. 107 neben den Löschungen genannt sind, nicht ebenso der Fall sein sollte.

⁹⁾ Gönner's Komm. Bb. I S. 279 u. 280 Nr. 5 und 6.

¹⁰⁾ Gönner a. a. O. S. 438.

¹¹⁾ Vergl. Instruktion zum Not.-Ges. §. 75.

Nun wird aber behauptet, daß kraft gesetzlicher Vermuthung eine Verpflichtung des Cedenten, in die Umschreibung der Hypothek einzuwilligen, als nicht vorhanden anzusehen und daß jedes Klagerrecht auf Erfüllung derselben versagt sei; allein die hier behauptete Rechtsvermuthung¹²⁾ besteht nicht, wohl aber besteht das hier geläugnete Klagerrecht.

Denn, wenn eine Forderung cedirt wurde, so kann der Cessionar nicht bloß die actio hypothecaria anstellen, ohne daß eine förmliche Cession derselben stattgefunden hätte¹³⁾; er hat auch eine persönliche Klage gegen den Cedenten darauf, daß dieser, so viel an ihm liegt, Alles thue, um ihm die Geltendmachung des Pfandrechtes möglich zu machen¹⁴⁾, und daß hiezu auch die Umschreibung im Hyp.-Buche gehöre, wird wohl nicht zu bezweifeln sein¹⁵⁾.

4) Es wird ferner gesagt, daß die Cession der Forderung an sich giltig, und nur in ihrem Zusammenhang mit der ungiltigen Cession des Hyp.-Rechtes unwirksam sei. Falle die Voraussetzung, so fallen auch die Folgen hinweg, weshalb, wenn der Cessionar selbst erkläre, ein Hyp.-Recht gar nicht geltend zu machen, kein Grund bestehe, die Cession zu vernichten.

¹²⁾ Welche Gesetzesstelle mag bei der Behauptung dieser Rechtsvermuthung wohl vorgeschwebt haben?

¹³⁾ Fr. 23 de hered. vel act. vend. (18, 4); const. 7 et 8 huj. tit. (4, 39); const. 7 de oblig. et act. (4, 10); Savigny, Oblig.-R. Bb. I S. 245 ff.

¹⁴⁾ Fr. 6 de her. vel act. vend. (18, 4): „Emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet.“

¹⁵⁾ Buchta in den Vand.-Vorlesungen zu §. 281 u. 282 sagt: „Er (der Cedent) ist verpflichtet, den Eintrag der Cession in das Hyp.-Buch bei einer hypothekarischen Forderung zu veranlassen.“



Hier ist ein sehr wesentlicher und sehr hervortretender Unterschied, nämlich der Unterschied zwischen Nichtigkeit und bloßer Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte unbeachtet geblieben.

Wenn ein Cessionsvertrag über eine hypothekarisch versicherte Forderung abgeschlossen wurde, und die Hypothek nicht prästirt werden kann, so ist der Vertrag keineswegs nichtig, sondern nur anfechtbar wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft des Vertragsgegenstandes. Aus dem Begriffe der Rescissibilität folgt nun von selbst, daß, wenn sich der Cessionar mit der Forderung ohne Hypothek begnügt, daß nur anfechtbare und daher bis zur wirklichen Rescission gültige Geschäft seine Gültigkeit beibehält, sofort unanfechtbar wird.

Wenn man aber wegen Ungültigkeit der Hyp.-Cession ungeachtet der Regel: „utile per inutile non vitiatur“ die Cession der Forderung nicht bloß als rescissibel, sondern als nichtig annimmt, so kann der Satz, daß mit der Voraussetzung auch die Folgen wegfallen, welcher Satz in den meisten Rechtsbeziehungen unrichtig ist¹⁶⁾, auch hier keine Anwendung finden; er wäre ein Verstoß gegen fr. 29 de reg. jur. (50, 17) und gegen die ganze Lehre von der Konvaleszenz nichtiger Rechtsgeschäfte.

¹⁶⁾ Durch Abfälligkeit der Voraussetzung, so wie durch Veränderung der Umstände überhaupt wird in der Regel weder ein nichtiges Geschäft rechtsgültig, noch ein rechtsgültiges nichtig.

In diese Rechtsmaterie gehört auch die berühmte clausula „*rebus sic stantibus*.“ Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 67. Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 90 (Ausg. II S. 416). Hätte übrigens die Lostrennung der Hypothek von der Forderung, wie behauptet wird, die Konvaleszenz der Cession zur Folge, so müßte dieselbe Folge auch mit dem

Die Regel dieser Digestenstelle: „quod ab initio vitiosum etc.“¹⁷⁾ leidet zwar einzelne Ausnahmen; es besteht aber kein Gesetz, durch wel-

Untergange des Hyp.-Objectes eintreten, weil hierdurch (H.G. §. 76) das Hyp.-Recht erlischt.

So würde also z. B. durch gesetzliche Aufhebung der realen Gewerbrechte die nichtige Cession einer auf einem solchen Rechte versicherten Forderung rechtsgiltig; ebenso auch die Cession einer Forderung, die auf einem Grundstücke versichert wäre, wenn dieses durch einen Fluß völlig abgeschwemmt würde. Blicke noch ein Stückchen übrig, so wäre noch ein Hyp.-Object vorhanden, folglich bliebe die Cession nichtig.

Noch interessanter gestaltete sich die Sache bei Wiederherstellung des untergegangenen Hyp.-Objectes, durch welche (H.G. §. 76) die Hypothek wieder auflebt.

Wenn nämlich die Trennung der Hypothek die Voraussetzung zur Gültigkeit der Cession ist, und wenn mit der Voraussetzung auch die Folgen wegfallen, so muß mit der Wiederherstellung der Hypothek die Cession wiederholt nichtig werden. Wenn also z. B. ein Fluß sein Bett so verändert, daß das Hyp.-Object zum Flußbette wird, und wenn später der Fluß dieses Bett wieder verläßt, so hinge die wiederholte Nichtigkeit der Cession von den Launen des Flusses und von der Frage ab, ob durch dieselben für den früheren Eigenthümer neues Eigenthum entstanden oder nur das alte wiederhergestellt sei.

¹⁷⁾ Von einigen älteren Rechtslehrern und auch in den Anmerk. zum bayer. L.R. Th. IV Kap. I §. 24 Note f ist behauptet, daß die regula Catoniana sich nur auf letztwillige Dispositionen erstrecke; dieser Irrthum ist aber durch die Literatur längst und gründlichst aufgeklärt. Ehr. von Kreittmayr bekennt übrigens diesen Irrthum indirekt selbst ein, indem er ganz richtig die nachfolgende Ratifikation pro novo actu ansieht, und daher das neue Geschäft nur ex nunc gelten läßt.



cheß eine solche für unsere Frage zu begründen wäre.

Nimmt man einmal an, daß die Cession einer Hyp.-Forderung ohne notarielle Beurkundung nichtig sei, so bleibt sie nichtig, auch wenn der Cessionar hinterher auf die Hypothek verzichtet¹⁸⁾. Es ist dieses auch sehr natürlich; denn wenn der Cessionar durch eine einseitige Handlung die Rechtsgiltigkeit des nichtigen Geschäftes bewirken könnte, so wäre ja die Frage der Rechtsgiltigkeit oder Nichtigkeit ausschließlich seinem Belieben anheimgestellt und die desfalligen Rechte des Cedenten wären ihm ganz und gar ausgeliefert.

Zwar wird (mit Bezug auf das angeführte Beispiel eines Mobiliar- und zugleich Immobiliar-Kaufes) gesagt, daß, wenn sich der Käufer mit der geringeren Leistung begnüge, der Verkäufer kein Interesse mehr geltend zu machen habe und daß, wo ein Interesse fehle, auch kein Klagerecht bestehe; allein der Verkäufer kann ja, auch wenn seine Leistung eine geringere wird, durch den Vertrag noch immer verlegt, und es kann ihm daher durchaus nicht gleichgiltig sein, ob er bei fortdauernder Nichtigkeit einer Beschädigung entgehe oder ob er dieselbe bei Konvaleszenz des Kaufes zu erdulden habe.

Die Nichtigkeit eines Geschäftes besteht eben darin, daß die Sache so angesehen wird, als ob gar nichts geschehen wäre (negotium nullum). Wenn man also bei der Cession einer Hypothekforderung dem Rechtsfalle: „utile per inutile non vitiatur“ keine Rechnung trägt, und das ganze Geschäft als nichtig betrachtet, so muß man auch

¹⁸⁾ Savigny, Syst. Bd. IV S. 554 ff. Buchta, Pandekt. §. 67 u. Vorles.



alle früheren Vereinbarungen als nicht getroffen ansehen; und wenn nun die Cession der Forderung unter Wegfall der Hypothek rechtsgiltig werden soll, so kann dieses nicht durch einen einseitigen Verzicht des Cessionars, sondern nur durch eine neue Verabredung, durch die Einwilligung beider Contractanten bewirkt werden.

Hiedurch konvaleszirt aber nicht das alte Geschäft, sondern es entsteht ein in allen seinen Theilen neuer Vertrag, welcher ebendeshalb nicht *ex tunc*, sondern nur *ex nunc* zu wirken vermag.

5) Manches wäre noch zu erinnern, namentlich gegen die wegen Verbreitung von Rechtsunsicherheit und hieraus folgender Prozeßmehrung so gefährliche Behauptung, daß bei Nichterwähnung der Hypothek im Cessionsvertrage die Anwendbarkeit des Art. 14 von einer nachfolgender Geltendmachung der Hypothek und überhaupt von der, nach den Umständen zu beantwortenden Frage abhängt, ob auf die Hypothek ein Werth gelegt werde; es soll aber hiebei bewenden und nur noch die Frage gestellt werden, ob denn der Vorwurf willkürlicher Unterscheidung (Seite 342 a. E.) diejenigen treffen könne, welche vor dem Verhältnisse zwischen der Hauptsache und der Nebensache nicht die Augen verschließen¹⁹⁾ und, abgesehen hievon, auch nicht zugeben wollen, daß ein Gesetz, welches ausdrücklich nur von Verträgen und von der Richtigkeit

¹⁹⁾ In dem oben S. 337 mitgetheilten Rechtsfalle hat der oberste Gerichtshof die Anwendbarkeit des Art. 14 unter anderen Gründen auch deshalb verneint, weil die Giltigkeit des Hauptgeschäftes von dem Rechtsbestande der Nebensache nicht abhängen kann.

Warum soll dieser Rechtsatz nicht auch bei Cessionen von Hyp.-Forderungen gelten können?



dieser allein spricht, auch auf Fälle bezogen werden könne, in welchen, was der Vertrag bezieht, schon kraft des Gesetzes, also auch ohne Vertrag eintritt ²⁰⁾?

Es soll aber hier keineswegs verkannt werden, daß die Gesetzgebung wohl schwerlich beabsichtigt haben mochte, die Cessionen von Hyp.-Forderungen von dem Bereiche des Art. 14 auszuschließen; wenn sich aber der Inhalt dieses Artikels schlechterdings nicht auf die Cession der Forderung beziehen läßt, so kann der Richter der Absicht des Gesetzes, selbst wenn sie zweifellos wäre, nicht entsprechen; denn, wie die Gründe des obersterichterlichen Erkenntnisses sehr richtig bemerken, der Richter muß stets eingedenk sein, daß er nicht berufen ist, das Gesetz zu verbessern, sondern es anzuwenden.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Voraussetzungen der Verwirkung des Zweitheiles nach Th. III
Tit. XXXI §. 17 der kaiserl. Landgerichts-Ordnung des
Herzogthumes Franken.

Die Müllerbeheleute St. und M. G. hatten
ihrem Sohne Georg G. am 3. Sept. 1861 ihre

²⁰⁾ Mit gleichem Rechte könnte man den Vorwurf willkürlicher Unterscheidung auch denjenigen machen, welche nicht zugeben wollen, daß ein als Testamentserbe eingesetzter Intestaterbe durch die Richtigkeit des Testaments auch sein Intestaterbrecht verliere.

Mühle nebst Zubehör übergeben. Eine Schwester des Gutsübernehmers und deren Ehemann klagten hierauf gegen die übergebenden Eltern wegen Verwirkung des Zweitheiles auf Grund der in der Ueberschrift angeführten Gesetzesstelle, indem sie behaupteten, daß die von den Beklagten ihrem Sohne Georg im vorbezeichneten Vertrage abgetretene Mühle nebst Grundstücken und Mobilien zu jener Zeit und unter den dabei festgesetzten Bedingungen um die Summe von 10,800 fl. hätte verkauft werden können, während der Preis, um welchen Georg G. das Anwesen übernommen, weit geringer war.

Die erste Instanz entband die Beklagten von der Klage, die zweite legte den Klägern den behaupteten Mehrwerth des abgetretenen Gutes zum Beweise auf, wogegen die Beklagten Revision mit der Bitte einlegten, das Erkenntniß erster Instanz wieder herzustellen, eventuell dem Kläger auch darüber Beweis aufzulegen, daß den Beklagten der Werth der abgetretenen Objekte und die Möglichkeit des Verkaufes um den angegebenen Preis bekannt gewesen sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte aber das Erkenntniß der zweiten Instanz, aus nachstehenden Gründen:

„Vorwürfige Klage auf Zweitheilung stützt sich auf die Bestimmung des §. 17 Tit. 31 Th. III der kaiserl. Landgerichts-Ordnung für das Herzogthum Franken.

Hierin ist verordnet, wenn Eltern sich unterstehen, dem einen Kinde zum merklichen Nachtheile der anderen Kinder ein ansehnliches, stattliches liegend Gut um viel geringere Summe als es sonst verkauft werden möchte, kaufweise zuzuwenden, oder sonst was Stattliches zum merklichen Nachtheile und Betrug zuzustoßen, so sollen sie dadurch den

Kindern den zweiten Theil verwirken und zu geben schuldig sein.

Es ist also nach diesem Gesetze den Eltern verboten, ein Kind vor den Andern dadurch zum merklichen Nachtheile dieser Letzteren zu begünstigen, daß sie ein ansehnliches stattliches Immobile einem Kinde um einen Preis weit unter dem gemeinen Werthe zuwenden. Als Folge oder Strafe der Uebertretung dieses Verbotes ist nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die Verwirkung der nun beantragten Zweitheilung angedroht.

Diesem zufolge liegt daher in der Zuwendung eines ansehnlichen stattlichen liegenden Gutes weit unter dessen wahren Werthe oder in der Zustofung sonst was Stattlichen unter Umständen, welche einen Betrug entziehen lassen, an ein Kind zum merklichen Nachtheile der anderen Kinder, die Rechtswidrigkeit der Handlungsweise der Eltern und ist selbstverständlich, daß dieselben, bei dem Bestehen jenes Verbotes, auch die gesetzliche Pflicht haben, sich Kenntniß des gemeinen Werthes des abzutretenden Gutes zu verschaffen, daß sohin auch die Bezugnahme auf eine solche Unkenntniß die Verletzung jenes Verbotes niemals entschuldigen kann.

Eben deshalb gehört die Behauptung, daß die Beklagten den Werth des abgetretenen Gutes sowie auch eine besondere Verkaufsgelegenheit kannten, nicht zur Begründung der vorliegenden Klage, sondern nur jene thatsächlichen Momente sind zu solcher Klagsbegründung erforderlich, welche nach Maßgabe des allegirten §. 17 die Verwirkung der Zweitheilung bedingen, nämlich daß die Beklagten ein ansehnliches stattliches liegend Gut einem Kinde zum merklichen Nachtheile der Andern weit unter dem Preise, als es sonst verkauft werden konnte, abgetreten haben.

Es ist demgemäß auch die weiters von den

Revidenten geltend gemachte Annahme, daß die Kläger vorliegend auch rechnerisch darzulegen hatten, daß in Folge der kritischen Gutsabtretung eine Vermögensverringering in solchem Umfange stattgefunden habe, daß die klägerische Ehefrau bei dem Tode ihrer Eltern nicht mehr ihren Pflichttheil aus deren Rücklaß gedeckt erhalte, im Hinblick auf jenen §. 17 ganz ungegründet. Denn an eine solche Voraussetzung ist die Verwirkung des Zweitheiles nicht geknüpft, da vielmehr durch eine merkliche Verringerung des Gesamtvermögens der Eltern folgemäßig auch der den Kindern hieran gebührende Antheil (Legitima) geschmälert wird, weil ja die Eltern über ihr Dritttheil frei zu verfügen gesetzlich berechtigt sind und eben deshalb die Kinder auf dieses Dritttheil — mögen die Eltern Grundtheilung pflegen oder ohne solche sterben — einen nothwendig rechtlichen Anspruch nicht haben.

Da endlich auch mit Rücksicht auf das Gesamtvermögen der Beflagten und beziehungsweise auf den Antheil der Kläger an dieser Theilungsmasse der diesen durch den Uebergabövertrag entstehende Vermögensentgang (den behaupteten und zu erprobenden höheren Werth der abgetretenen Objekte vorausgesetzt) keineswegs als so geringfügig, wie die Revidenten meinen, sondern als ein merklicher Nachtheil sich darstellt, so konnte weder dem Antrage auf Wiederherstellung des erstrichterlichen Erkenntnisses, noch dem Begehren um Erschwerung der Beweislast entsprochen werden.“

DAZG. v. 14. Mai 1867 Nr. 464^{66/67}.
77.



Dr. J. A. Feuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Der vom Untersuchungsrichter an die Gendarmerie erlassene Auftrag, eine Hausdurchsuchung vorzunehmen und bei entsprechendem Befunde die betreffende Person zu verhaften, kann nicht als ein für die Begründung der Zuständigkeit entscheidender Haftbefehl erkannt werden. — Wenn aus einer Gutmasse Pfandbriefdarlehen zurückzuzahlen sind, oder von der Hypothekens- und Wechselbank dem Adjudikatar stehen gelassen werden, hat dann die aus dem niedrigen Kurse der Pfandbriefe entspringenden Vorteile der Adjudikatar oder die Gutmasse zu beziehen? — Natur der Beschwerde und Zuständigkeit der Gerichte in Postreklamationsfällen nach §. 7 Nr. 1 lit. e der Verordnung vom 31. Juni 1817 (Reg.-Bl. S. 724 ff.). — Postnummerntausch unter Militärkonstriptionspflichtigen. — Von der Zubehörforderung dem Gegenseite nach.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Der vom Untersuchungsrichter an die Gendarmerie erlassene Auftrag, eine Hausdurchsuchung vorzunehmen und bei entsprechendem Befunde die betreffende Person zu verhaften, kann nicht als ein für die Begründung der Zuständigkeit entscheidender Haftbefehl erkannt werden.

Der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Fürth hatte gegen Johann Hirschmann wegen eines in Erlangen vorgekommenen Vergehens des Betruges Untersuchung eingeleitet und den Angeschuldigten wegen seiner Eigenschaft als Landstreicher am 8. Sept. 1867 in Untersuchungshaft genommen. In der Folge erklärte er sich jedoch zur Durchführung der Untersuchung für unzuständig, weil genannter Hirschmann auch vom Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Kronach wegen eines in diesem Bezirke vorgefallenen Vergehens des Betruges und Diebstahles in Untersuchung gezogen und angeblich bereits am 29. August Verhaftsbefehl gegen denselben erlassen worden sein soll.

Neue Folge XII. Band.



Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Kronach, von der Ansicht ausgehend, daß für die Zuständigkeit nicht die Anordnung der Haft, sondern deren Vollzug den Ausschlag gebe, erklärte sich gleichfalls für unzuständig, wodurch sich zwischen beiden verschiedenen Kreisen angehörigen Untersuchungsrichtern ein verneinender Kompetenzkonflikt ergab, welcher vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß der Untersuchungsrichter zu Fürth zuständig sei,

in Erwägung, daß zwar die Verfügung der Haftnahme auch gegenüber einer später wirklich vollzogenen Verhaftung zur Begründung der Prävention hinreichend ist, daß aber der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Kronach am 29. Aug. an die Gendarmerie lediglich das Ansinnen stellte, gegen den damals noch in sehr entferntem Verdachte stehenden Johann Hirschmann die Spähe zu richten und denselben, falls die bei ihm vorzunehmende Haussuchung etwas Verdächtiges ergeben sollte, zu verhaften;

in Erwägung, daß dieses nur bedingte Ansinnen, wobei es immer noch dem Ermessen der Gendarmerie anheimgegeben blieb, ob der vom Untersuchungsrichter für ungenügend befundene Verdacht durch die requirirten Nachforschungen in einem die Verhaftnahme rechtfertigenden Grade sich verstärken werde, als eine vom Untersuchungsrichter ausgehende und auf die gesetzlichen Vorbedingungen gestützte bestimmte Verfügung der Haftnahme, wie sie im Art. 22 Abs. 3 Th. II des StGB. von 1813 jedenfalls vorausgesetzt wird, nicht in Betracht kommen kann.

Erk. d. OGH. v. 5. Nov. 1867, UB. Nr. 95.

— | —



Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Wenn aus einer Santmasse Pfandbriefdarlehen zurückzuzahlen sind, oder von der Hypotheken- und Wechselbank dem Adjudikatar stehen gelassen werden, hat dann die aus dem niedrigen Kurse der Pfandbriefe entspringenden Vortheile der Adjudikatar oder die Santmasse zu beziehen?

Obige Frage kommt in neuester Zeit bei den Untergerichten sehr häufig zur Beurtheilung, wird aber von denselben und von den Appellationsgerichten bald zum Vortheile der Adjudikate, bald zu dem der Santmasse beantwortet. Sie ist nun vom obersten Gerichtshofe in nachstehendem Falle zu Gunsten der Santmasse entschieden worden.

H. hatte von der Hypotheken- und Wechselbank ein auf seinem Anwesen hypothekarisch versichertes Annuitätenkapital zu 12000 fl. in Pfandbriefen erhalten und war dann in Konkurs gerathen. Bei der Subhastation des Anwesens, wobei im Versteigerungsprotokolle baare Zahlung bedungen worden war, machte der der Bank nachgehende Gläubiger L. das Einlösungsrecht um das gelegte Meistgebot, 19500 fl., geltend und versprach, binnen gesetzlicher Frist dieses Meistgebot zu zahlen oder die Erklärung der zum Zuge kommenden Hypothekgläubiger, daß sie ihn als Schuldner anerkennen, beizubringen.

Das Anwesen wurde auch dem L. adjudicirt, und ihm dabei vorbehalten, die in Aussicht gestellten Erklärungen beizubringen und die liegen bleibenden Kapitalbeträge von der zu erlegenden Summe in Abzug zu bringen.

Rechtzeitig erklärte die Bank, daß sie dem L. den Darlehensrest liegen lasse, machte aber darauf aufmerksam, daß sie die Rückzahlung in Pfandbriefen zum Nennwerthe anzunehmen habe, L. daher,

*

da diese Papiere im Kurse zu 84% stehen, sich das Kapital auch nur nach diesem Kurse an dem Meistgebote abrechnen dürfe.

Die Frage war im vorliegenden Falle von besonderem Interesse. Durste L. sich den nach Abrechnung der Annuitätenzahlungen noch in 11939 fl. 24 f. bestehenden Rest des Bankkapitals in diesem Gelbbetrage anrechnen, so wurde seine eigene Forderung nicht vollständig aus der Masse befriedigt. Durste er denselben nach dem Kurswerthe von 84% nur zu 10029 fl. 36 fr. anrechnen, so wurde er und der zunächst hinter ihm stehende Gläubiger vollkommen und noch der zweitnächste theilweise befriedigt.

Die erste Instanz entschied im Distributionsbescheide, L. dürfe sich das Bankkapital nur zu 10029 fl. 36 fr. als Zahlung an die Masse abrechnen. Auf Berufung des L. änderte das Appellationsgericht diesen Bescheid dahin ab, der Rest des Annuitätenkapitals sei mit 11939 fl. 24 fr. in den Distributionsplan einzustellen, wonach sich dann der Bezug des L. minderte und die beiden ihm nachgehenden Gläubiger gänzlich durchfielen.

Der oberste Gerichtshof stellte den Ausspruch der ersten Instanz wieder her aus nachstehenden Gründen:

Um die hier zu entscheidende Frage in's richtige Licht zu stellen, ist vor Allem die Natur des Schuldverhältnisses zwischen dem Gemeinschuldner und der Hypotheken- und Wechselbank genau in's Auge zu fassen. S. hatte von der Hypotheken- und Wechselbank ein in Annuitäten tilgbares Pfandbriefkapital von 12000 fl. aufgenommen und es war hiebei die bei allen ähnlichen Darlehen übliche Bestimmung vereinbart worden, daß die Rückzahlung des Kapitals nach Wahl des Schuldners in baarem Gelde oder in Pfandbriefen zum Nennwerthe geschehen

könne. Es bildet diese Bestimmung die natürliche Konsequenz des Umstandes, daß das Darlehen selbst in Pfandbriefen nach dem Nennwerthe gegeben wurde, so daß man eigentlich die Pfandbriefe als Hauptgegenstand des Darlehens, als die in mutuum gegebene vertretbare Sache ansehen könnte und somit die Rückzahlbarkeit in baarem Gelde nur als Nebenbestimmung erschiene. — Das Darlehen wäre dann nicht als Gelddarlehen, sondern als Pfandbriefdarlehen zu bezeichnen.

Wie man aber auch die Sache ansehen möge, jedenfalls hat das Wahlrecht, welches dem Schuldner bezüglich des Zahlungsmittels eingeräumt ist, auf das Schuldverhältniß an sich einen sehr wesentlichen Einfluß; es macht die Schuld zu einer wandelbaren in der Art, daß sie je nach dem Kurse der Pfandbriefe bald höher, bald niedriger ist. Will man wissen, wie hoch sich die Schuld, in Geld angeschlagen, in einem bestimmten Zeitpunkte belaufe, so muß man eben den Kurs der Pfandbriefe zu Rath ziehen und hienach die Berechnung machen. Zeigt sich z. B., daß der Schuldner, wenn er in Pfandbriefen zahlt, nur 800 fl. baares Geld aufzuwenden braucht, während er bei Baarzahlung 1000 fl. zahlen müßte, so schuldet er offenbar zur Zeit nicht 1000 fl., sondern nur 800 fl. Man darf hiebei nicht außer Acht lassen, daß die Pfandbriefe ihren Marktpreis haben, um den sie beliebig gekauft oder verkauft werden können, daß wenigstens der Kauf von Pfandbriefen keine größere Schwierigkeiten bietet, als der Ankauf bestimmter Münzsorten, falls etwa Jemand ein Darlehen in bestimmter Münze zurückzahlen hat.

Wendet man nun diese Anschauungen auf den vorliegenden Fall an, so muß die Ansicht des ersten Richters als die richtige erscheinen.

Die Bank tritt als Gläubigerin im Konkurse

auf und es fragt sich also vor Allem: Wie hoch ist ihre Forderung an den Gemeinschuldner?

Im Liquidationsrezesse vom 24. Okt. 1865 stellte sie ihre Kapitalforderung für den Fall der Baarzahlung zu 11970 fl. auf, machte jedoch in loyaler Weise darauf aufmerksam, daß sie auch in Pfandbriefen zum Nennwerthe bezahlt werden dürfe, d. h. mit anderen Worten, daß ihre Forderung je nach dem Kurse der Pfandbriefe auch niedriger sein könne.

Im Prioritätserkenntnisse vom 24. Mai 1866 ist sie mit dem Restkapitale von 11939 fl. im II. Range angewiesen, jedoch nur vorbehaltlich Berichtigung.

In der Eingabe vom 7. Juni 1866, worin sie erklärte, den Abjudikator als Schuldner anzunehmen und zugleich ihre Forderung wiederholt liquidirt, weist sie darauf hin, daß die Pfandbriefe zur Zeit nur im Kurse von 84% ständen und in weiterer Erklärung vom 19. Juli 1866 theilt sie mit, daß in diesen 84% bereits die Provision zur Anschaffung der Pfandbriefe enthalten sei.

Gemäß dieser von U. nicht widersprochenen Thatsache steht fest, daß am 7. Juni, als dem Tage, an welchem U. sich durch Eintritt in die Pflichten des Gemeinschuldners von Baarerlage des Stegshillings befreite, die Schuld nicht 11939 fl. 20 fr., sondern nur 10029 fl. 36 fr. betrug. Jene Summe repräsentirt den nominellen, diese aber den effektiven Betrag der Schuld.

Es kann nun nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die Konkursmasse ein Recht darauf hat, nur mit diesem effektiven Schuldbetrage belastet zu werden. Denn als Vertreterin des Gemeinschuldners trat sie in dessen Wahlrecht ein und hat Anspruch auf alle Vortheile, welche daraus fließen. Durch eine Uebereinkunft zwischen der Bank und U. konnte dieses Recht der Masse nicht verkümmert und illusorisch gemacht werden.

Wenn im Adjudikationsdekrete vom 24. Mai 1866 gesagt ist, daß dem Adjudikatar das Recht nicht benommen sei, die liegen bleibenden Kapitalien von der zu erlegenden Summe in Abzug zu bringen, so heißt dieß selbstverständlich so viel, daß die Kapitalien in jenem Betrage, wie sie rechtlich begründet sind, in Abzug kommen und daß sich der Adjudikatar so weit entlastet, als er wirklich bestehende Schulden übernimmt. Es hätte daher der erläuternden Erklärung im Beschlusse vom 12. Juni 1866 gar nicht bedurft, um die Masse gegen unrichtige Folgerungen aus jenem Dekrete sicher zu stellen.

Uebrigens ist darauf hinzuweisen, daß im Versteigerungsprotokolle vom 12. Mai 1866 bloß von Baarzahlung die Rede ist. Ganz falsch ist es und beruht auf Verkennung der Verhältnisse, wenn das k. Appellationsgericht erklärt, es stehe die Wohlthat, sich durch Hingabe von Pfandbriefen von der Schuld zu befreien, ausschließlich nur dem jeweiligen Schuldner zu und da dieser jetzt L. sei, so könne sie von den Massegläubigern nicht angerufen werden.

Diese Ansicht wäre richtig, wenn das Wahlrecht nicht schon im Darlehensvertrage stipulirt wäre, sondern wenn etwa die Bank dem Adjudikatar bei Uebernahme der Schuld ein Wahlrecht, das vorher nicht bestanden, erst bewilligt hätte. Ganz anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle. Was vom k. App.-Gerichte als Wohlthat bezeichnet wird, ist ein vertragsmäßig stipulirtes Recht, welches den wesentlichsten Einfluß auf den Betrag der Schuld übt, und die Frage, ob und wie hoch eine Schuld bestehe, ist doch wohl eine solche, welche jeder theilhaftige Massegläubiger zu erheben berechtigt ist. Es kann unmöglich gesagt werden, die Schuld betrage 11939 fl., wenn sie durch einen Baaraufwand von 10029 getilgt werden kann.

Hätte L., wozu er primär verpflichtet war, den Steigschilling baar hinterlegt, so würde die Massverwaltung in der Lage gewesen sein, zum Kurse von 84%, so viele Pfandbriefe zu kaufen, als zur Deckung des Pfandbriefdarlehens nöthig waren und der im Vergleiche zur Baarzahlung sich herausstellende Gewinn von 1910 fl. mußte der Masse zu gut kommen.

Durch die Schuldübernahme konnte nun L. die Lage der Masse offenbar nicht verschlimmern¹⁾. Wenn derselbe darauf hinweist, daß durch ein späteres Steigen des Kurses er in Nachtheil kommen könne und ihm nicht zuzumuthen sei, diese Gefahr zu übernehmen, so ist dieß rechtlich ohne Belang. Denn es war sein freier Wille, wenn er die Schuld übernahm. War er im Stande, die Adjudikationssumme baar zu erlegen (wie das Gesetz es voraussetzt), so konnte er nicht in Nachtheil kommen; denn er durfte ja nur baar zahlen oder die etwa übernommene Schuld sofort tilgen, um sich gegen Verlust zu schützen. — That er dieß nicht, so beweist dieß eben, daß ihm der bewilligte Kredit, das

1) In den Entscheidungsgründen eines von einem Appellationsgerichte als dritter Instanz erlassenen Erkenntnisses, in welchem ein ganz gleich gelagerter Fall in gleicher Weise beurtheilt wurde, ist hervorgehoben, daß der Adjudikator der Masse für die Uebernahme des Bankkapitales nicht mehr aufrechnen könne, als die Summe, von deren Zahlung er die Masse durch jene Uebernahme befreie. Da nun die Masse der Bank keinen größeren Gelbbetrag, als den nach dem Kurswerthe der Pfandbriefe sich berechnenden schulde, so entlaste der Adjudikator die Masse durch die Schuldübernahme auch von keiner größeren Summe und könne ihr daher auch nur die geringere aufrechnen.

St.



Stehenlassen der Forderung, um den Preis der Uebernahme der Pfandbriefe zum Kurse von 84% nicht zu theuer erkauft schien; er befand sich also in der Lage eines Mannes, welcher zu ungünstigen Bedingungen ein Darlehen aufnehmen muß. Diese ungünstigen Bedingungen finden aber gerade im vorliegenden Falle ihr natürliches Gegengewicht in den günstigen Bedingungen der Versteigerung.

Die nämlichen Ursachen, welche bewirkten, daß V. ein Anwesen, welches zu mehr als 40000 fl. geschätzt wurde, um 19500 fl. erwerben konnte, tragen auch Schuld, daß er bei der zur Bestreitung des Steigpreises eingegangenen Schuld die Pfandbriefe so nieder sich berechnen lassen muß, und wenn man daher die Sachlage nur vom Standpunkte der Billigkeit betrachten wollte, so hätte V. immerhin keinen Grund zur Beschwerde.

Es war daher der Beschluß der ersten Instanz wiederherzustellen.

OABG. v. 8. Juni 1867 RNr. 806^{66/67}.
77.

2.

Natur der Beschwerde und Zuständigkeit der Gerichte in Postreklamationsfällen nach §. 7 Nr. I lit. e der Verordnung vom 31. Juni 1817 (Reg.-Bl. S. 724 ff.).

Bei einem Postamte war eine Fahrpostsendung im Werthe von 500 fl. abhanden gekommen. Auf Reklamation des Absenders war vom Postärar Ersatz geleistet, von der Generaldirektion der Verkehrsanstalten aber der Oberpacker des Postamtes nach §. 7 Nr. I lit. b und e der in der Ueberschrift angeführten Verordnung zum Ersatze des Schadens angehalten worden.

Der Oberpacker wandte sich an das Appellationsgericht von Oberbayern, und verlangte im Wege der einfachen Beschwerde; dieses solle aussprechen, daß er nicht schuldig sei, den Werth des Poststückes zu ersetzen. Er begründete dieses Begehren damit, daß in lit. e a. a. O. dem Postbediensteten ausdrücklich eine Beschwerde gegeben sei, daher das nach Verordu. v. 26. Juni 1818 (Reg.-Bl. S. 725) kompetente App.-Ger. von Oberbayern nicht als Gericht erster Instanz, sondern als obere Instanz für die Prüfung der Entschließungen der Generaldirektion im Rekurswege zu betrachten sei.

Diese Beschwerde erfuhr die Abweisung, wobei sich das App.-Ger. in der Sache auch insoferne, als die Beschwerde etwa als Klage aufgefaßt werden könnte, nach Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 76 Abs. 2 für unzuständig erklärte.

Eine Beschwerde des Oberpackers an den obersten Gerichtshof hiegegen wurde abgewiesen aus nachstehenden Gründen:

„Aus den Bestimmungen der Verord. vom 31. Juni 1817 §. 7 Nr. II lit. e (Reg.-Bl. S. 733) im Zusammenhalte mit der Verord. vom 26. Juni 1818 (Reg.-Bl. S. 725) geht klar hervor, daß gegenüber der in der erstangeführten Verordnung bezeichneten administrativen Festsetzung der Schadensersatzpflicht eines Postbediensteten, dem sich hiedurch beschwert Glaubenden die Beschreitung des Rechtsweges innerhalb einer bestimmten Frist offengelassen werden wollte. Dieser Rechtsweg kann aber naturgemäß nur gegenüber dem Fiskus betreten werden, welcher die betreffende Administrativbehörde hinsichtlich jener Verfügungen vertritt, welche die Vermögens-Interessen von Privaten berühren. Deshalb ist die durch die angeführte Verordnung von 1817 lit. e dem sich be-



schwert glaubenden Postbediensteten auf dem Rechtswege eingeräumte sogenannte „Beschwerde“ ihrer Wesenheit nach eine gegen das betreffende Fiskusat zu erhebende Klage, wie sich auch aus der Ausdruckweise der schon angeführten weiteren Verord. vom 26. Juni 1818 ergibt. Diese Klage hat aber die Natur einer *condictio sine causa*, da sie die Befreiung von einer ohne Rechtsgrund von Seite der Administrativ-Stelle dem klagenden Postbediensteten auferlegten Ersatz-Verbindlichkeit bezieht.

Mit der Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes des Fiskus im Allgemeinen durch die Bestimmung des Art. 76 Abs. 2 des Ger.-Verf.-Ges. vom 10. Nov. 1861 ist aber die durch die Verordnungen vom 26. Juni 1818 und 2. Juni 1851 gegenüber dem Postfiskus beziehungsweise dem Fiskusate der Generaldirektion der Verkehrsanstalten begründet gewesene Kompetenz des k. Appellationsgerichtes von Oberbayern als erste Instanz weggefallen.

DABG. v. 13. Juni 1867 Nr. 760^{66/67}.

77.

3.

Loosnummerntausch unter Militärkonstriptionspflichtigen.

Obwohl zu erwarten steht, daß das Heeresergänzungsgesetz vom 15. August 1828 schon in nächster Zeit außer Wirksamkeit treten werde, so wird die Mittheilung nachstehender Rechtsfälle doch in Rücksicht auf die dabei zur Anwendung gekommenen Grundsätze über die Auslegung von Rechtsgeschäften und die Wirksamkeit der Bedingungen nicht ohne Interesse sein.

1. B. und G. tauschten bei der Konstription

vom J. 1866 ihre Loosnummern, wofür letzterer dem ersteren, welcher die höhere Nummer gezogen hatte, ein Handgeld von 35 fl. und weitere 350 fl. in der Art zusicherte, daß ihm das Handgeld unter allen Verhältnissen gebühre, daß er aber die weiteren 350 fl. nur dann erhalten solle, wenn G. durch die eingetauschte Loosnummer von der Militärpflicht befreit würde.

Bei der im März 1866 vorgenommenen Aushebung wurde nun B. vermöge der von G. gezogenen Loosnummer in das Militär eingereiht, wogegen G. vorläufig frei blieb; als aber derselbe in Folge der im Sommer 1866 verfügten Nachstellung gleichfalls zum Militärdienste aufgerufen wurde, kamen B. u. G. darüber in Streit, ob dieser schuldig sei, jenem die erwähnten 350 fl. zu bezahlen.

Der oberste Gerichtshof erkannte übereinstimmend mit der ersten und gegen das Erkenntniß der zweiten Instanz, daß G. zu dieser Zahlung nicht verbunden sei.

In den Gründen wird gesagt, daß der Vertrag wörtlich als Zweck die Befreiung des Beklagten G. von der Militärpflicht überhaupt durch die hohe Loosnummer des Klägers ausspreche.

Bei der Auslegung rechtlicher Geschäfte entscheide nun vor Allem deren Wortlaut und unbedingt allgemeine Worte seien ganz in diesem Umfange zu nehmen, und demnach sei zufolge des wörtlichen Inhaltes des Vertrages der Anspruch des Klägers auf die Tauschsumme von 350 fl. nicht schon dann gegründet, wenn G. bloß von der ersten Aushebung frei geblieben sei.

In den Gründen werden nun besondere Ver-

hältnisse entwickelt, nach welchen anzunehmen sei, daß dem Wortlaute des Vertrages auch die von den Kontrahenten gehegte Absicht entspreche, und wird sodann weiter gesagt, daß, wenn Kläger größere Rechte, als der Vertrag wörtlich besage, habe erwerben wollen, es nach bekannten Auslegungsregeln lediglich seine Sache gewesen wäre, deutlicher zu reden und sich die Tauschsumme schon für den Fall auszubedingen, wenn durch seine hohe Nummer der Beklagte von der ersten Aushebung befreit würde.

URTHE. v. 14. Mai 1867 Reg.-Nr. 720⁶⁶/₆₇.

II. Zwischen St. und S., welche einen ähnlichen Tauschvertrag abgeschlossen hatten, entschied der oberste Gerichtshof in gleicher Weise, obwohl hier noch ein ganz besonderer Umstand in Frage kam. S., welcher bei den Konstriptionsverhandlungen im Frühjahr 1866 als militärdiensttauglich befunden, jedoch bei der ersten Aushebung vermöge der höheren Loosnummer, welche er von St. eingetauscht hatte, nicht eingereiht wurde, während dieses bei St. vermöge der von S. gezogenen Nummer der Fall war, wurde nun im Sommer 1866 gleichfalls zur Nachstellung herangezogen, jedoch wegen eines mittlerweile erlittenen Unfalles und der hiedurch bewirkten Dienstuntauglichkeit von der Armeepflicht befreit.

Da im Vertrage bestimmt war, daß, wenn S. wider alles Vermuthen und Erwarten auf der von St. eingetauschten Nummer ebenfalls noch zur Rekrutirung beigezogen und zum Militär eingereiht werden sollte, St. auf die außerdem zugesicherten 300 fl. keinen Anspruch habe, glaubte nun letzterer diesen Anspruch wegen der Militärentlassung des S. erheben zu können.

Siegegen sprechen sich die oberstrichterlichen Gründe in folgender Weise aus.

Die Fassung des Vertrages läßt mit Bestimmtheit den Grund erkennen, aus welchem die Befreiung des H. von der Militärpflicht in Aussicht gestellt wurde, nämlich den Eintausch der höheren Loosnummer, für welche von St. gebotene Aussicht dieser 300 fl. erwerben sollte.

Der in der angeführten (oben ausgehobenen) Stelle gesetzte gegentheilige Fall kann daher nur in eben diesem Sinne aufgefaßt werden und das Verbindungswort: „und“ läßt die Auslegung nicht zu, daß der Erwerb jener 300 fl. durch St. auch darauf gestellt werden würde, wenn H. ungeachtet der hohen Loosnummer später noch zur Rekrutierung beigezogen, gleichwohl aber aus einem ganz anderen, nachher erst entstandenen Grunde, nämlich wegen einer später entstandenen Militäruntauglichkeit, militärfrei werden würde. Da vom Kläger nicht widersprochen ist, daß Beklagter H. bei der Rekrutierung vom März 1866 militärdiensttauglich befunden wurde, so mußten die Kontrahenten bei dem Vertrage von der Fortdauer dieses Zustandes ausgehen und es war der Fall, daß H. in Folge einer nachher eintretenden Untüchtigkeit bei einer späteren Nachstellung militärstell werden würde, gar nicht in Aussicht genommen.

Im Vertrage wurde ein Fall vorgesehen, welcher sich während des Schwebens der für den Erwerb jener 300 fl. von Seite des St. gesetzten suspensiven Bedingungen ereignen konnte, der Fall nämlich, daß H., bevor er, als zu einer Nachstellung in Folge des Nummerntausches nicht beigezogen, im Jahre 1867 nach §. 63 des GGB. seiner Armeepflichtigkeit entbunden werden konnte, mit Tod abginge. Ohne diese Bestimmung wäre in diesem



Falle das auf den Erwerb jener 300 fl. gerichtete Rechtsgeschäft nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Bangerow, P. Aufl. VI Bd. III S. 159, IV, 2) ungiltig geworden und es bestünde hierauf ein Anspruch des St. nicht mehr, weil die Erfüllung der Bedingung unmöglich geworden wäre, an welche St.'s Erwerb geknüpft war, nämlich die Befreiung des H. von der Militärpflicht auf Grund der Bestimmung des §. 63 Abs. 1 d. GGG. In Folge des Loos-tausches. Aus jener im Vertrage enthaltenen gegentheiligen, von der gesetzlichen Regel abweichenden, eine Ausnahme statuierenden Bestimmung kann aber von dem Kläger ein günstiger Schluß auf den jetzt vorliegenden Fall nicht gezogen werden; auf den Fall nämlich, daß H. zur Nachaushebung im Juni 1866 beigezogen, jedoch wegen eines nach der früheren Rekrutirung vom März 1866 erlittenen körperlichen Schadens militärdienstuntauglich erklärt und aus diesem Grunde der Armeepflicht entledigt wurde. In diesem Falle liegt die Thatsache des Nichteintrittes der für den Erwerb der 300 fl. von Seite des St. in dem Vertrage gesetzten Bedingung schon in der Beziehung des H. zur Einstellung in die Armee in Folge eines Rückgriffes auf die von letzterem eingetauschte Loosnummer und die Befreiung von der Armeepflicht erfolgte aus einem Grunde, an welchen der Erwerb jener 300 fl. von Seite des St. nicht geknüpft wurde und vernünftigerweise auch nicht geknüpft werden konnte. Wurde H. trotz seines Loosnummereintausches zu einer Nachstellung beigezogen, so kann die zufällige Erfolglosigkeit dieser Nachstellung in Folge der mittlerweile eingetretenen Militäruntauglichkeit des H. und die Befreiung des letzteren von der Militärpflicht keineswegs als Erfüllung jener Bedingung für St. gelten. Es trat

diese Befreiung des G . nicht als Folge der Nichteranziehung der von letzterem eingetauschten hohen Loosnummer ein, sondern in Folge seiner mittlerweile eingetretenen Militäruntüchtigkeit, eines Zufalles, aus welchem der bedingt berechtigte St . bei der Nichterfüllung der für dessen Erwerb gesetzten Bedingung keinen Vortheil ziehen kann. Ohne diesen Zufall wäre die Einreichung des G . unzweifelhaft erfolgt, da die frühere Militärtüchtigkeit desselben schon bei der Dekretirung vom März 1866 konstatirt war. Es erfolgte daher dasjenige, was im Sinne und nach dem erklärten Willen der vertragsmäßigen Setzung der hier fraglichen Bedingung eintreten sollte, nicht in der Weise, wie es eintreten sollte, sondern in anderer Weise und aus einem im Sinne des Vertrages keineswegs liegenden Grunde; es ist daher die Bedingung für den Erwerb jener 300 fl. für St . im Sinne des Gesetzes (vgl. Windscheid, Pand. §. 92i) nicht erfüllt, sondern weggefallen.

DAZG. v. 20. Juli 1867 Nr. 931^{66/67}.
Rm.

4.

Von der Zubielforderung dem Gegenstande nach.

Der in Bd. II S. 179 ausgesprochenen Ansicht ist der oberste Gerichtshof vollkommen beigetreten.

DAZG. v. 9. Aug. 1867 Nr. 798^{66/67}.
77.

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

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

Inhalt: Kompetenz zu Disziplinareinschreitungen gegen Advokaten. Verjährung der Disziplinarverfehlungen. — Ueber die Zeit der Einföhrung der Zeugen in den Sitzungssaal bei der öffentlichen Verhandlung vor dem Schwurgerichte. — Zur Lehre von den vollziehbaren Urkunden. — Eigenes Wissen des Delikten bei Zuschreibung des Hauptdelictes. — Beschädigung durch Eigenthumsausübung (Erzeugung von Dampf). — Haltung der Schöfleute in Hypothekensachen. — Zum Art. 69 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861.

Kompetenz zu Disziplinareinschreitungen gegen Advokaten. Verjährung der Disziplinarverfehlungen.

Wir sind veranlaßt, unsere Leser auf die obertrichterliche Entscheidung der oben bezeichneten Kompetenzfrage aufmerksam zu machen.

Gegenüber den Bestimmungen der Disziplinarvorschriften für die Advokaten des Königreiches vom 23. März 1813 (Reg.-Bl. v. 1813 S. 425) Nr. 12 Abs. III und der Justizministerialentschließung über das Advokatenwesen vom 30. Juni 1862 Ziffer 5 (Just.-MBl. v. 1863, Ergänzungsheft S. 49) ist nämlich in neuerer Zeit die Frage aufgetaucht, ob

- 1) die Bezirksgerichte in allen Fällen auch zur Aburtheilung der höher strafbaren Disziplinarübertretungen zuständig seien und daher die Abgabe von Sachen höheren Belanges an die Appellationsgerichte selbst dann wegzufallen habe, wenn sich der Disziplinarstraffall bei dem Bezirkege-

Neue Folge XII. Band.

- richte in seiner Eigenschaft als Gericht I. In-
 2) stanz ergab — oder ob
 das Bezirksgericht nur insoweit in die nach den
 Disziplinarvorschriften vom 23. März 1813
 Nr. 12 Abs. III den Appellationsgerichten vor-
 behaltene Zuständigkeit eintrete, als die Diszi-
 plinaruntersuchung bei einem dem Bezirksgerichte
 untergebenen Stadt- oder Landgerichte geführt
 wurde oder sonst die Disziplinarsache bei dem
 Bezirksgerichte in seiner Eigenschaft als zweite
 Instanz anfiel.

In der Disziplinarsache gegen einen f. Advoka-
 ten hat ein Appellationsgericht einer Entschliebung
 vom 24. Juli 1866 die ersterwähnte Auffassung
 zu Grunde gelegt.

Dagegen hatte derselbe Gerichtshof, als ein Be-
 zirksgericht in der Disziplinarsache gegen einen anderen
 f. Advokaten die Akten auf Grund der Disziplinar-
 vorschriften vom 23. März 1813 Nr. 12 Abs. III
 dem Appellationsgerichte zur Entscheidung vorlegte,
 auch wirklich unterm 28. Juli 1865 nach Maß-
 gabe der unter Ziffer 2 aufgeführten Ansicht selbst
 in I. Instanz erkannt, was auch auf erhobene Be-
 schwerde durch Erkenntniß des Oberappel-
 lationsgerichtes vom 21. Okt. 1865 Reg.-
 Nr. 1065⁶⁴/₆₅ als vollkommen richtig gebilligt
 wurde.

Dieses oberappellationsgerichtliche Erkenntniß
 ist übrigens auch noch in einer weiteren Richtung
 sehr bemerkenswerth, indem es nämlich die Behaupt-
 ung, daß die Disziplinarverfehlungen der f. Advoka-
 ten als Uebertretungen nach Art. 93 des Straf-
 gesetzbuches innerhalb 6 Monaten verjährten, als
 unrichtig bezeichnete und annahm, daß in Bezug
 auf diese Disziplinarverfehlungen überhaupt keine
 Verjährung laufe, da durch Art. 3 des Einführungsg-
 esetzes zum Strafgesetzbuche vom 10. Nov. 1861

alle Disziplinarbestimmungen aufrecht erhalten geblieben seien, die hieher einschlägigen Disziplinarvorschriften aber von einer Verjährung nichts enthielten.

Ueber die Zeit der Einführung der Zeugen in den Sitzungssaal bei der öffentlichen Verhandlung vor dem Schwurgerichte.

Ob die Zeugen mit Beginn der Sitzung oder erst bei ihrem Namensaufrufe (Art. 150 StPG. vom 10. November 1848) in den Sitzungssaal zugelassen seien, darüber ist die Praxis bei den verschiedenen Schwurgerichtshöfen nicht gleichförmig.

In Unterfranken wurde seit der ersten Schwurgerichtssitzung des Jahres 1849 die konstante Übung beobachtet, die Zeugen mit Beginn der Sitzung in den Gerichtssaal eintreten zu lassen.

In der II. unterfränkischen Schwurgerichtssitzung vom Jahre 1867 fand sich ein Verteidiger veranlaßt, auf Entfernung der erschienenen Zeugen aus dem Sitzungssaale bis zum Zeitpunkte ihres Namensaufrufes zu dringen, welchem Antrage das Schwurgericht durch Beschluß vom 11. Mai 1867 in der Erwägung stattgab, daß eine gesetzliche Vorschrift, durch welche die Anwesenheit der Zeugen im Sitzungssaale vor dem Zeitpunkte ihres Aufrufes geboten wäre, nicht bestehe, vielmehr die Reihenfolge der Art. 147 ff. d. StPG. und der aus diesen Bestimmungen hervortretende Geist des Gesetzes der Anwesenheit der Zeugen vor deren Aufruf entgegenstehe und solche überhaupt mit der Absicht des Gesetzgebers sich nicht vereinbaren lasse.

In der III. Schwurgerichtssitzung des Jahres



1867 wurde jedoch zu der früheren Uebung zurückgekehrt und die Zeugen mit Beginn der Sitzung in den Gerichtssaal zugelassen. Diese während eines achtzehnjährigen Bestandes unangefochten gebliebene¹⁾ Uebung dürfte auch in folgenden Erwägungen ihre genügende Vertretung finden:

1) Was aus dem Geiste des Strafprozeßgesetzes und aus der Stellung des Art. 147 ff. dagegen angeführt wird, beruht auf subjektiver Ansicht; ein objektiver Anhaltspunkt für die Lösung vorwärtiger Frage ergibt sich dagegen aus Art. 148—155 d. StrP.G. insoferne, als hienach die zu vernehmenden Zeugen erst nach Verlesung des Anklageerkenntnisses und der Anklageschrift sowie nach Bezeichnung der Beweismittel aufzurufen sind, auf geschenehen Aufruf vorzutreten haben und alsdann erst nach gescheneher Eidesbelehrung anzuweisen sind, sich aus dem Sitzungssaale zu entfernen und in das Zeugenzimmer zu begeben, woraus unschwer zu entnehmen ist, daß das Gesetz die Anwesenheit

¹⁾ Diese Annahme ist unrichtig. Schon in der III. unterfränkischen Schwurgerichtssitzung des Jahres 1849 hatte ein Vertheidiger bei Beginn der Sitzung den Antrag gestellt, die Zeugen jetzt schon in das Zeugenzimmer abtreten zu lassen und sie erst zur Erinnerung an ihre Pflichten (Art. 155), also nach der Verlesung der Anklageschrift, in den Saal vorzurufen. Dieser Antrag wurde aber damals durch Beschluß des Schwurgerichtshofes abgewiesen. Die Gründe waren, daß nach dem Grundsatz der Oeffentlichkeit der Verhandlung vor dem Schwurgerichte die Zeugen nicht eher aus dem Sitzungssaale gewiesen und von demselben ferne gehalten werden dürften, als das Gesetz es vorschreibe, also erst nach der in Art. 155 vorgeschriebenen Belehrung. Vgl. Sitzungsberichte Bd. I S. 382, 383.

Ann. des Herausgebers.

der Zeugen bei Verlesung des Anklageerkenntnißes und der Anklageschrift für zulässig erachtete.

2) Läge in beregter Praxis eine Ungehörigkeit, so hätte sicherlich in so langer Zeit weder der oberste Gerichtshof noch das k. Staatsministerium der Justiz derselben mit Stillschweigen zugehört.

3) Der in den Blättern für Rechtsanw. Bd. XIV S. 71 der Erg.-Bl. ²⁾ angeführte Grund, es sei nicht zweckmäßig, daß die Zeugen von dem Inhalte der Anklageschrift Kenntniß erlangen, ist viel zu weit hergesucht.

Der Beweis, daß die Zeugen durch Verlesung der Anklageschrift keineswegs mit einer Voreingenommenheit erfüllt, oder in eine bestimmte Richtung gedrängt werden, liegt in der täglichen Erfahrung, wonach eine Menge Zeugen mit Aussagen hervortreten, welche der Anklageschrift ganz fremd sind, oder derselben zuwiderlaufen.

4) Als Parallele wird das pfälzische und französische Verfahren mit allem Fug angeführt werden dürfen. In der Pfalz aber ist es ständige Uebung, die Zeugen mit Beginn der Sitzung einzuführen, und hinsichtlich des französischen Verfahrens genügt es, nachstehende arrêts aus Dalloz jeune, dictionnaire de jurisprudence IV S. 489 zu allegiren:

Art. 394: Toutefois jugé, qu'on ne peut exiger sous prétexte de nullité, que les témoins d'une affaire criminelle soient présents à la lecture de l'acte de l'accusation et de la liste des témoins.

Nro. 395: Avant d'entendre un témoin,

²⁾ Im Repert. z. StPB. S. 107 ist hierauf selbstverständlich nur als literarisches Material verwiesen.

Anm. d. H. Einf.



il doit lui être donné lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte de l'accusation, s'il n'est arrivé qu'après la lecture de ces actes.

Vermöge dieser Belegstellen ist es außer Zweifel, daß im französischen Verfahren die Anwesenheit der Zeugen bei Verlesung des Anklageerkenntnisses und der Anklageschrift als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Seel.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zur Lehre von den vollziehbaren Urkunden.

In einem am 24. Aug. 1865 notariell errichteten Kaufvertrage war bedungen, daß der die übernommenen Hypothekschulden übersteigende Kaufschillingrest zu 3500 fl. zu verzinsen sei und bei richtiger Zinszahlung erst von Georgi 1867 an halbjährig gekündigt werden könne. Diesem Vertrage war die Vollziehbarkeitsklausel beigelegt. Im Anfange des Jahres 1867 bat nun der Verkäufer um die Hilfsvollstreckung auf Grund der Kaufvertragsurkunde und einer notariellen Urkunde über die am 30. April 1866 erfolgte Kündigung der 3500 fl.

Die erste Instanz wies den Antrag ab, die zweite gab ihm statt, der oberste Gerichtshof stellte den erstrichterlichen Beschluß wieder her aus folgenden Gründen:

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß auch



zweiseitige Verträge mit der Vollziehbarkeitsklausel versehen werden können. Denn der Art. 80 des Notariatsgesetzes vom 10. Nov. 1861 macht zwischen einseitigen und zweiseitigen Verträgen keinen Unterschied, vielmehr wird in den Motiven zu dem Gesetzesentwurfe, wie derselbe dem Landtage über das Notariatsgesetz vorgelegt wurde, ausdrücklich der Verträge und Schuldbekennnisse als solcher Rechtsgeschäfte erwähnt, worüber vollziehbare Urkunden ausgefertigt werden können, und weiter heißt es daselbst, daß jede eine Verbindlichkeit feststellende öffentliche Urkunde dazu geeignet sei (Verh. d. R. d. A. v. J. 18⁶⁹:₆₁ Verh.:Bd. V. S. 234—235; v. Zink Komm. zum Not.-Ges. in Dollmann Gesetzb. Th. II Bd. 3 S. 656).

Allein damit auf den Grund einer solchen mit der Vollziehbarkeitsklausel versehenen Urkunde die Hilfsvollstreckung eingeleitet werden könne, wird nach Art. 81 §. 1 des Not.-Ges. auch noch erfordert, daß die den Eintritt der Exekution bedingenden Thatfachen durch die vollziehbare Urkunde dargethan und daß, soweit es sich von dem Nachweise eines den Vollzug mitbedingenden Thatumstandes handelt, dieser wenigstens durch eine andere öffentliche Urkunde nachgewiesen sei.

Ein solcher Thatumstand ergibt sich aus der Bestimmung des Kaufvertrages, daß der Kaufschillingrest zu 3500 fl. bei richtiger Zinszahlung erst von Georgi 1867 an halbjährig gekündet werden könne. Nun ist zwar die erfolgte Kapitalkündigung durch die Notariatsurkunde vom 30. April 1866 nachgewiesen, allein diese Kündigung ist schon zu Georgi 1866 geschehen und war sohin durch eine unrichtige Zinszahlung bedingt. Die Richteinhaltung der Zinszahlung ist aber weder durch obige Notariatsurkunde, noch durch sonst ein öffentliches Dokument nachgewiesen, daher nicht alle



erforderlichen Nachweise vorliegen, um das in Art. 81 des Not.-Ges. vorgeschriebene Verfahren einleiten zu können.

DAWG. v. 25. Juni 1867 Reg.-Nr. 854⁶⁶/₆₇.
77.

2.

Eigenes Wissen des Delaten bei Zuschreibung des Haupteldes.

K. R. behauptete, er habe kurze Zeit vor dem Ableben des H. S. an diesen in dessen Hause, als derselbe bereits bettlägerig war, einen Schuldrest von 300 fl. bezahlt und H. S. habe dabei die betreffende Schuldpost in seinem Aufschreibbuche durchstrichen. Diesen von den Erben des H. S. widersprochenen Aßerten gegenüber erklärten dieselben bereits in dem ersten Verfahren noch ferner, ihr Erblasser sei in der von K. R. bezeichneten Zeit nie allein gewesen, insbesondere sei die Tochter M. des H. S. in den letzten Wochen vor dem Tode ihres Vaters fast immer um diesen gewesen; eine Zahlung von 300 fl. hätte daher den Angehörigen des Erblassers, insbesondere auch dem Buchhalter S., nicht verborgen bleiben können, zumal man wegen Mangels an baarem Gelde im Hause des H. S. in der betreffenden Zeit sogar zur Ausgabe von bisher von letzterem aufbewahrten Schauthalern habe schreiten müssen; auch habe sich weder eine Durchstreichung der Schuldpost des K. R. in dem Aufschreibbuche des Erblassers, wie solche K. R. behauptet, noch eine sonstige Notirung jener Zahlung gefunden.

Als K. R. über die unter den behaupteten Umständen geleistete Zahlung den Erben des H. S. den Haupteld beserichte, bestritten diese die Zulässig-

keit der Delation, über welche Frage sich der oberste Gerichtshof in folgender Weise aussprach:

Sowohl die Wortfassung der Bestimmung der 6. O. Kap. XIII §. 2 Nr. 2 („eigenes gutes Wissen haben kann“) als die Hinweisung der Anmerkungen hiezu lit. c auf die Bestimmung des älteren summarischen Prozesses Tit. 7 Art. 20 geben zu erkennen, daß es eine vom Richter zu entscheidende tatsächliche Frage sei, ob nach den gegebenen Umständen des Falles angenommen werden könne, daß der Delat von einer zu beschwörenden Thatsache, welche nicht in seinem eigenen Thun oder Nichtthun besteht, eigenes gutes Wissen haben könne. Auch kann nicht bezweifelt werden, daß die eigene gute Wissenschaft, um das Dasein oder Nichtdasein solcher Thatsachen, welche mit Verlässigkeit auf das Dasein oder Nichtdasein einer anderen Thatsache schließen lassen, schon geeignet sei, auch über die letztere Thatsache die Annahme eines eigenen guten Wissens im Sinne der Gerichtsordnung auf Seite des Delaten zu begründen. Es wird nämlich hier die Wissenschaft des Schwurpflichtigen um jene andere Thatsache nicht durch eine bloße Würdigung der Mittheilungen anderer Personen oder anderweitiger Behelfe, sondern durch eine logische Folgerung aus von dem Schwurpflichtigen unmittelbar wahrgenommenen Thatsachen vermittelt.

Es ist daher in dem gegenwärtigen Falle unerheblich, daß R. N. nicht zu behaupten vermochte, daß jene Zahlung in Anwesenheit der Erben des H. H. oder einzelner derselben von ihm bewirkt worden sei, daher von denselben unmittelbar hätte wahrgenommen werden müssen, wenn nur die Erben eigene Wissenschaft von solchen Thatsachen haben, welche auf das Geschehen oder Nichtgeschehen jener Zahlung und zwar unter den bezeichneten besonderen Umständen und zur mög-

lichst genau angegebenen Zeit mit Sicherheit schließen lassen. Diese Auffassung der angeführten gesetzlichen Bestimmungen führt nun aber im Hinblick auf die Aßerte des R. N. und auf die oben angeführten Erklärungen der Erben des S. S. zu der Annahme, daß diese, — jedenfalls einthe derselben, — in der Lage seien, über das Geschehen oder Nichtgeschehen der behaupteten Zahlung des R. N. an ihren Erblasser aus eigenem Wissen zu schwören. Es erscheint daher der Haupteid als den Erben rechtswirksam zugeschoben und R. N. war berechtigt, dessen Ableistung zu verlangen.

DAÖGf. v. 13. Juli 1867 Nr. 923^{60/67}.
Rm.

3.

Beschädigung durch Eigenthumsausübung (Erzeugung von Dampf).

Vgl. St. f. RA. Bd. XVII S. 269; Seuffert's Archiv Bd. III Nr. 7, Bd. VIII Nr. 346, Bd. IX Nr. 218, Bd. XI Nr. 14 u. 114, Bd. XV Nr. 2, Bd. XVI Nr. 8, Bd. XVIII Nr. 11.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber:

Es kann nicht bezweifelt werden, daß der Beklagte sich innerhalb des gesetzlichen Kreises der freien Benützung seines Eigenthumes bewege, wenn er in dem Erdgeschoße, welches unter den dem Kläger gehörigen Räumlichkeiten des ersten Stockwerkes liegt, sein Brennereigewerbe, und zwar ohne irgend welche obrigkeitliche Hinderung ausübt.

Eine nothwendige Folge dieses bestim m u n g s m ä ß i g e n Gebrauches der Sache des Beklagten durch jenen Gewerbbetrieb ist die Einwirkung des entstehenden Dampfes auf das Eigenthum des Klägers im Allgemeinen. Dieser hat diese Einwirkung nach bekannten Rechtsätzen (fr. 8 §. 6 si servit.



vind. 8, 5) auch zu dulden, sofern dieselbe nicht schadenbringend für seine Sache und für deren gewöhnliche Benützung hindernd ist. Ist aber einerseits diese Voraussetzung, wenigstens theilweise, nach dem Ergebnisse des richterlichen Augenscheines hier gegeben und auch beklagterseits durch das Erbieten zur Herstellung einer die Schadenzufügung abwendenden Einrichtung mittelbar anerkannt, so ist andererseits des Klägers Anspruch darauf beschränkt, den Ersatz des entstandenen Schadens und Sicherheit für jede künftige Schadensstiftung zu verlangen. Da der Gewerbsbetrieb des Beklagten ein Ausfluß seines Gebrauchsrechtes kraft des Eigenthumes ist und der Kläger die Einwirkung des Dampfes auf die in seinem Eigenthum befindlichen Räumlichkeiten an sich dulden muß und der Beklagte nur für den entstehenden Schaden ersatzpflichtig werden kann, so kann die Sicherheitsleistung gegen künftige Schadensstiftung durch Vor- und Einrichtungen bewirkt werden, welche die Gefahr künftiger Schadensstiftung zu beseitigen geeignet sind. Kein Gesetz gibt dem Kläger das Recht, zu verlangen, daß die mit einer schadenbringenden Einwirkung auf fremdes Eigenthum (hier mittelst des Dampfes) verknüpfte, an sich berechnete und bestimmungsmäßige Benützung von dem Eigenthümer gänzlich aufgegeben werde. Ist nämlich nach dem Gesetze der Kläger verpflichtet, jene an sich nothwendige Einwirkung des bestimmungsgemäßen Gebrauches des Eigenthumes des Beklagten zu dulden und hat er nur einen Anspruch gegen den letzteren unter der Voraussetzung, daß diese Einwirkung schadenbringend für sein Eigenthum ist, so beruht diese rechtliche Vorschrift auf dem Satze, daß beiderseits die volle Ausübung des Eigenthumsrechtes intakt bleiben solle, lediglich mit der Maßgabe, daß für keinen der beiden

Eigenthümer ein Schaden durch die Eigenthumsausübung des andern unausgeglichen bestehe. Gegen diesen Grundgedanken des Gesetzes würde die von dem Kläger verlangte Entfernung der Brennerei aus den Räumlichkeiten des Beklagten verstößen, indem hierin eine völlige Beseitigung des bestimmungsmäßigen Gebrauches als der Ausübung des Eigenthumsrechtes läge. —

Kläger, welcher „gegen die dauernde und fortwährende Beschädigung seines Anwesens durch die Brennerei des Beklagten“ lediglich in der gänzlichen Beseitigung der Brennerei „einen dauernden und sicheren Schutz“ erblickt, hebt wiederholt in der Revision die Unmöglichkeit der Beseitigung jener schadenbringenden Einwirkung des Brennereidampfes hervor und verweist auf den Fall, daß auch die Einwirkung des Dampfes auf die Decke der Brennerei und mittelbar auf den Fußboden des Klägers durch eine Vorrichtung beseitigt werden könnte, auf die noch immer bestehen bleibende Thatsache, daß der Dampf aus der Brennerei an der Wand aufsteige und in die Fenster der oberen Räumlichkeiten des Klägers dringe. Vorerst muß die letzterwähnte Möglichkeit als ein Fall bezeichnet werden, in welchem der Kläger keineswegs berechtigt wäre, irgendwelche Ansprüche gegen den Beklagten zu erheben. Denn es ist hier eine unvermeidliche, nicht ungebührliche und nicht schadenbringende Einwirkung des Dampfes auf das höher, im ersten Stockwerke gelegene Eigenthum des Klägers, entstanden aus dem bestimmungsmäßigen Gebrauche des Eigenthumes des Beklagten, gegeben (vgl. Windscheid, Lehrb. d. P.-R. Bd. I S. 423 Nr. 1). Allein auch die Behauptung der Unmöglichkeit einer Vorrichtung, welche geeignet wäre, die Einwirkung des Brennereidampfes auf die Decke der Brennerei und mittelbar auf den Fußboden der klägerischen Räumlichkeiten im ersten



Stoße und insbesondere die Fäulniß der Tragbal-
ken und des oberen und unteren Gefäßes zu hin-
dern, somit die Entstehung jeder künftigen Beschä-
digung zu beseitigen, kann keine dem Kläger und
Revidenten günstige Beachtung finden. Diese Un-
möglichkeit ist nämlich jedenfalls eine ohne vollen
technischen Nachweis nicht erkennbare und
könnte nur auf einen solchen Nachweis gestützt
werden, welcher aber klägerischerseits gar nicht ver-
sucht wurde. Es ist daher von der Annahme des
Gegentheiles auszugehen und anzunehmen, daß die
Möglichkeit einer Vorrichtung mit der bezeichneten
Wirkung bestehe.

Die auf Beseitigung der Brennerci und nicht
bloß auf Herstellung einer schadenabwendenden Vor-
richtung gestellte Klage ist demnach nicht in der er-
forderlichen Weise begründet.

DAßErf. v. 20. Aug. 1867 Reg.-Nr. 998⁶⁶/₆₇

Rm.

4.

Haftung der Schätzleute in Hypothekensachen.

Zum Zwecke der Aufnahme eines Hypotheken-
kapitales hatten die Schätzleute im Januar 1864
das Hypothekenobjekt auf 36071 fl. geschätzt. Da-
gegen stellte sich bei der im Dezember 1865 zum
Zwecke der Subhastation vorgenommenen Schätzung
diese nur auf 11,965 fl. und wurde auf das Gut
bei der ersten Versteigerung im Januar 1866 we-
gen der Höhe auch dieser Schätzung gar kein Gebot
gelegt, bei der zweiten im März 1866 aber das-
selbe dem Hypothekengläubiger um das Meistgebot
von 8000 fl. zugeschlagen, welcher dadurch 2000 fl.
am Kapitale allein verlor.

Bei Beurtheilung der hietwegen gegen die Schätzer v. J. 1864 erhobenen Entschädigungsflage beharrte der oberste Gerichtshof gegen die Ansicht der zweiten Instanz bei der schon in einem früheren Erkenntnisse (Bl. f. RA. Bd. XIII S. 123) aufgestellten Ansicht, daß der bei der öffentlichen Versteigerung erzielte Preis des Hypothekenobjectes als dessen wahrer Werth anzusehen sei, wenn kein Nachweis besonderer Umstände geliefert werde, welche die Erzielung eines höheren Preises verhindern, und fügte bei, daß ein Sinken der Güterwerthe überhaupt in der Zeit zwischen der Schätzung und Versteigerung nicht als ein solcher Umstand anzusehen sei, weil die Schätzeleute durch §. 9 der Instruktion verpflichtet seien, die Güter nicht höher als nach ihrem bleibenden Werthe zu schätzen.

Ferner nahm der oberste Gerichtshof (in dieser Beziehung in Uebereinstimmung mit einem in Senffert's Archiv Bd. XV Nr. 208 - f. S. 348 der Orig.-Ausg. — veröffentlichten Erkenntnisse des Obertribunales zu Stuttgart) an, daß die Ersatzpflicht der Schätzer nicht weg falle, wenn der benachtheiligte Gläubiger in die Lage kommen sollte, daß im Bantwege auf seine Gefahr ersteigerte Object höher als um das gelegte Meistgebot zu verwerthen.

DAßErk. v. 12. Aug. 1867 Nr. 921⁶⁶/₆₇.

Die Praxis des obersten Gerichtshofes in der zuerst angeführten Richtung ist übrigens nicht konstant. In einem anderen Falle hatte die im Febr. 1864 zum Zwecke der Kapitalaufnahme vorgenommene Schätzung 157,792 fl. betragen. Schon im November 1864 kam es zu einer weiteren Schätzung behufs der Zwangsversteigerung, welche Schätzung sich nur auf 60000 fl. stellte, und im März 1865 zum Zwangsverkaufe, bei welchem in

der zweiten Versteigerung nur 55000 fl. Erlöst wurden.

Hier hatte bei Beurtheilung der Negreßklage gegen die Schätzer die zweite Instanz angenommen, die Uebertriebenheit der Schätzung ergebe sich schon aus dem Resultate des Zwangsverkaufes. Vom obersten Gerichtshofe wurde aber dem Negreßkläger der Beweis seiner Behauptung auferlegt, daß das Anwesen zur Zeit der Schätzung vom Febr. 1864 nur einen Werth unter 100,000 fl. hatte.

Zur Begründung dieser Beweisaufgabe führte der oberste Gerichtshof an: einerseits, daß die spätere Schätzung für sich allein die Unrichtigkeit der früheren nicht darzuthun vermöge, da sich nur zwei Gutachten gegenüber ständen, von welchen das letztere eben so gut irrig sein könne, als das andere, daß aber auch das Meistgebot bei Zwangsversteigerungen von Zufälligkeiten abhängen, indem erfahrungsgemäß in vielen Fällen ein vorübergehender Mangel an Kaufslustigen, Scheu vor Anwendung von Zwangsmitteln gegen den oft nur mit Mühe zu ermittelnden Schuldner oder Umtriebe zur Abschreckung von Steigerungslustigen den Erlös so erheblich herabdrücke, daß es unbillig wäre, die Taxatoren für den Mindererlös haftbar zu machen, — andererseits, daß eine grobe Fahrlässigkeit als erwiesen vorliege, wenn sich zeige, daß der wahre Werth um mehr als ein Dritteltheil überschätzt worden sei.

DABE. v. 13. Sept. 1867 Nr. 485⁶⁶/₆₇.

Das erste Erkenntniß dürfte den Bestimmungen und dem Zwecke der Instruktion für die Schätzungen in Hypothekensachen besser entsprechen, als das letztere. Vielleicht kommen die Blätter auf die Sache ausführlicher zu sprechen.

St.

5.

Zum Art. 59 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861.

Der oberste Gerichtshof wurde auf Grund des Art. 59 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 um Delegation eines Gerichtes zur Verhandlung und Entscheidung einer Streitsache angegangen, bei welcher der eine Beklagte im Sprengel des Appellationsgerichtes von Mittelfranken, der andere in jenem des Appellationsgerichtes für die Pfalz zu Zweibrücken domizilirt war.

Dieses Delegationsgesuch wurde dem Kläger vom obersten Gerichtshofe mit dem Bedenken zurückgegeben, daß die Bestimmung des Art. 59 Abs. 3 a. a. D. hieher keine Anwendung finde, weil das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861, wie der Eingang des Gesetzes bewähre¹⁾, nur für die Landestheile diesseits des Rheines Giltigkeit habe.

DAVE. v. 12. Aug. 1867 Reg.-Nr. 1024^{60/67}.
μ.

¹⁾ S. auch Art. 80. St.

Die zu dieser Nr. gehörige Beilage, die Fürstlich Thurn- und Taxis'sche Gerichtsbarkeit betr., wird mit Nr. 1 des Bandes XXXIII ausgegeben. Die Redaktion glaubte, dem Wunsche des Herrn Einsenders, dieselbe zur Kenntniß der Leser dieser Blätter zu bringen, nicht entgegenzutreten zu dürfen.

Beilage zu Nr. 26 des Bandes XXXII der Blätter für Rechtsanwendung.

Rechtfertigung des Jurechtsbestehens der Fürstlich
Thurn und Taxis'schen Civilgerichte in Regensburg
gegenüber den in Nr. 11 des 32. Jahrganges dieser
Blätter abgedruckten Entscheidungsgründen zu dem
Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes vom 7. Jan.
1867.

In den vorerwähnten Entscheidungsgründen
sind es drei Hauptargumente, aus welchen der
Rechtsbestand der Fürstlichen Gerichtsbarkeit in
Regensburg bekämpft und verneint wird.

Das erste derselben stützt sich auf die Verlei-
hungs-Urkunde des Fürsten Primas vom 27. Dez.
1806, zu Folge welcher die Gerichtsbarkeit als ein
privilegium mere gratuitum sich bezeige, welches
wegen dieser seiner Eigenschaft, und weil auch durch
die königlich bayerische Deklaration vom 27. März
1812, mittelst deren die Gerichtsbarkeit bestätigt
wurde, der Charakter eines Gnadenprivilegiums
nicht verändert werden konnte, revokabel sei.

Nebstdem wird aus dem Wortlaute der Ver-
leihungs-Urkunde und aus dem Inhalte der bayerischen
Deklaration, in welcher das Privilegium nicht dem
Fürstlichen Hause oder dem Herrn Fürsten für sich
und seine Nachkommen bestätigt wurde, die Ver-
muthung abgeleitet, solches sei nur allein der Person
des damaligen Hauptes der Familie verliehen worden,
sei sohin bei dem am 15. Juli 1827 erfolgten Tode
desselben auf dessen Successor, das dormalige Haupt
des Fürstlichen Hauses, gar nicht übergegangen.

Das zweite Hauptargument besteht in der
Aufstellung, daß die Fürstliche Gerichtsbarkeit als
mit den durch die organischen Edikte von 1808,
1812 und die Verfassungs-Urkunde garantirten guth-

und standesherrlichen Gerichtsbarkeits-Rechten als gleichstehend, keineswegs verschieden, erachtet werden müsse, und wegen der ihr anklebenden Nevokabilität gleich diesen durch die Bestimmung Art. 1 des nach Maßgabe der Verfassungs-Vorschriften erlassenen Gesetzes vom 4. Juni 1848 über Aufhebung der guths- und standesherrlichen Gerichtsbarkeit erloschen sei.

Das dritte Hauptargument wird in dem Grundsatz der Konsolidirung aller Gerichtsbarkeit in den Händen des Staates gefunden, der dem obenerwähnten Gesetze zu Grunde gelegen, und in dem gleichzeitigen Grundlagengesetze als Normativ ausgesprochen sei, endlich aber in dem Gerichtsverfassungsgesetze vom 10. Nov. 1861 seinen vollen bestimmten Ausdruck gefunden habe, und somit zur gesetzlichen Geltung gelangt sei.

Dieser Argumentation stehen höchst relevante thatsächliche Verhältnisse sowie die triftigsten Rechtsgründe entgegen, und findet dieselbe in der nachstehenden, das übrige Detail der oberstrichterlichen Deduktion berücksichtigenden Erörterung ihre vollständige Widerlegung.

I.

1) Was der oberste Gerichtshof über die historische Entstehung der Fürstlichen Gerichtsbarkeit herkommen läßt, ist in folgenden Punkten richtig.

Es ist Thatsache, daß vor und bei Auflösung des deutschen Reiches das damalige Haupt des Fürstlichen Hauses Thurn und Taxis, der Fürst Karl Alexander, gleich mehreren seiner Vorfahren die Stelle eines kaiserlichen Prinzipal-Kommissärs am Reichstage zu Regensburg bekleidete, und wird zugegeben, daß das Fürstliche Haus in der Stadt Regensburg keine solchen Besizungen besaß, welche dasselbe nach den Grundsätzen der deutschen Reichs-

verfassung zur Ausübung einer Gerichtsbarkeit berechtigten, daß der Fürst Primas, welcher in Folge der rheinischen Konföderation zur vollen Souveränität über das ihm durch den Reichsdeputations-Hauptschluß vom 25. Febr. 1803 zugefallene Fürstenthum Regensburg gelangt war, durch die Bestimmungen der rheinischen Bundesakte nicht in das Verhältniß eines Landesherren gegenüber dem Fürsten Karl Alexander von Thurn und Taxis getreten ist, und daß daher der Fürst Primas weder verpflichtet, noch veranlaßt war, jenen wegen eines durch die Auflösung des deutschen Reiches verlorenen Rechtes zu entschädigen.

Die Fürsten von Thurn und Taxis übten zwar während ihrer in die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts zurückreichenden Stellung als Wittkämmerer-Kommissäre des Kaisers am Reichstage zu Regensburg, wohin sie wegen dieser Funktion ihre Hofhaltung mit einem höchst zahlreichen Hofbeamten- und Dienstpersonale verlegt hatten, die Gerichtsbarkeit über dieses und den gesamten Schut für dasselbe in fremdem Gebiete aus, und dieses Verhältniß wird Edcl. in seinem Commentare zum Gerichtsverfassungsgesetze gemeint haben, indem er daselbst assertirt, daß die Civilgerichtsbarkeit der Fürstlich Thurn und Taxis'schen Familie als Surrogat für das früher besessene Hofschutrecht gewährt worden sei; allein diese Gerichtsbarkeit sammt Hofschutrecht war lediglich Ausfluß des Gesandtenrechtes, nicht aber durch die Qualität der Fürsten von Thurn und Taxis als Reichsstände und Inhaber reichsunmittelbarer Besizungen bedingt — cons. die Anmerkungen zum cod. jud. bav. Cap. I §. 11 litt. i — und auch in dieser Beziehung ist zuzugeben, daß mit der Auflösung des deutschen Reiches das fragliche Schutz- und Gerichtsbarkeits-Recht in Regensburg der Erlöschung unterlag und der Fürst

Primas keine Verpflichtung hatte, dafür ein Surrogat zu geben.

Ferner ist es richtig, daß der Fürst Primas dem Fürsten Karl Alexander von Thurn und Taxis die Gerichtsbarkeit verliehen hat, damit derselbe mit seiner Familie seinen ständigen Wohnsitz in Regensburg aufschlage.

2) Den obwaltenden Umständen zuwiderlaufend aber ist die Annahme des obersten Gerichtshofes, daß dem Fürsten Primas vor der Verleihung des Gerichtsbarkeitsrechtes die Gerichtsbarkeit über die in Regensburg domicilirende Dienerschaft des Fürsten Karl Alexander von Thurn und Taxis zugestanden habe, daß die Verleihung als ein privilegium mere gratuitum sich bezeige, und daß privilegium ein revokables sei.

Das gesammte Gefolge des Fürsten von Thurn und Taxis stand, so lange Regensburg freie Reichsstadt war, weder im Bürger- noch Hinterlassenenverbande zu dieser Stadt, und, nachdem Regensburg durch den Reichsdeputations-Hauptschluß seine Reichsunmittelbarkeit verloren hatte, und mit den Besitzungen des Hochstiftes Regensburg als im Verbande des deutschen Reiches bleibendes Fürstenthum Regensburg dem Fürsten Primas zugefallen war, nicht im Unterthanenverbande des Fürsten Primas, sondern im Unterthanenverbande des reichsständischen Fürsten von Thurn und Taxis bis zu dem Zeitpunkte, wo dieses Fürstliche Haus selbst die Mediatisirung betroffen hat.

Seit der Mediatisirung dagegen war für die Dienerschaft des Fürsten Karl Alexander von Thurn und Taxis der Unterthanenverband zu demjenigen Staate eingetreten, dem die reichsunmittelbaren Besitzungen desselben zugefallen waren.

Der Fürst Primas hatte daher auch die Gerichtsbarkeit über die Fürstlich Taxis'sche Dieners-

schaft nicht mit der Mediatifirung des Fürsten von Thurn und Taxis erlangt; er konnte sie lediglich über sie als Ausländer in Folge ihres fortgesetzten Aufenthaltes in Regensburg üben; die Fortsetzung des Aufenthaltes aber war von der Wahl des Aufenthaltes ihres Fürsten, von dessen Dispositionen zur Organisirung seiner obersten Verwaltung über die ihm verbliebenen Domanalgüter und Posten abhängig.

Nachdem nun der Fürst Primas seiner durch die Auflösung des Reichstages mit außerordentlichen Verlusten heimgesuchten Stadt Regensburg durch die Niederlassung des Fürstlichen Hauses Thurn und Taxis allda mit einem zahlreichen Beamten- und Dienstpersonal die daraus fließenden Vortheile zuzuwenden trachtete, und zur Erreichung dieses Zweckes nach vorgängigen Unterhandlungen die erstrebten Rechte und Immunitäten, welche theils Vorzüge und Vortheile für das Fürstliche Haus selbst, theils für das Dienstpersonal boten, durch eine besondere Deklaration vom 27. Dez. 1806 zuzugestehen sich bestimmt fand, so entschloß sich der Fürst Karl Alexander von Thurn und Taxis, mit seiner Familie seinen ständigen Wohnsitz in Regensburg zu nehmen, und daselbst seine obersten Verwaltungsbehörden zu etabliren.

So sicher es ist, daß ohne Gewährung der in der obenerwähnten Fürstlich Primatischen Deklaration enthaltenen Rechte und Immunitäten der Fürst Karl Alexander seinen Wohnsitz in Regensburg nicht genommen hätte, weil ihm von anderen Souverainen für die Niederlassung in ihren Ländern gleiche Vortheile geboten worden waren, und weil ihm insbesondere die Gerichtsbarkeit über sein Dienstpersonal schon nach den Bestimmungen Art. 27 der rheinischen Bundesakte dann geblieben wäre, wenn er auf ein Schloß seiner reichsständisch gewesenen Besitzungen

sich zurückgezogen hätte, so ausgeprägt beruht die Bewilligung des Gerichtsbarkeitsrechtes auf einem Uebereinkommen; es hat dieses Recht, dem der rechtliche Charakter eines Privilegiums nicht abgesprochen werden will, zum Fundamente den Innocentius-Kontrakt *do ut facias*, ist mithin auch auf einen Privatrechtstitel gegründet.

Von einer Revokabilität des Gerichtsbarkeits-Privilegiums kann daher keine Rede sein, da solches bei einem conventionale privilegium überhaupt ausgeschlossen ist, sofern die Widerruflichkeit nicht ausdrücklich vorbehalten wurde, und hier noch der Umstand in „Mitte tritt, daß, so lange die Leistung von der einen Seite, hier der Aufenthalt des Hofräthlichen Hayles in Regensburg, fortbauert, auch der Kompazissent zur Gegenleistung verbunden ist. — Mühlensbruch, Pandektenrecht §. 344. Weening-Ingenheim, gemeines Civilrecht, §. 276. Bayerisches Landrecht, Theil IV Kap. XII §. 1. —

Würde, aber auch, daß Gerichtsbarkeitsrecht die Natur eines privilegium mere gratuitum an sich tragen, so kann doch dem Sake keine Berechtigung zugestanden werden, daß privilegia gratuita nach deutschnrechtlichen Grundsätzen, dann vom Verleiher zurückgenommen werden können, wenn sie eine *exemptio a lege* enthalten.

Jedes privilegium im eigentlichen Verstande, oder die besondere Verfügung des Regenten, wodurch in Ansehung eines gewissen Individuums eine Ausnahme vom gemeinen Rechte gemacht wird,

Glück, Pandekten-Kommentar Bd. I Seite 553.

Woeschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. I S. 52.

ist ja, ohnedies, nichts Anderes, als ein Ausnahmengesetz, eine *exemptio a lege*, und würde daher, wäre jener Satz richtig, jedes Privilegium der Revokabilität unterliegen,



Diese Ansicht ist zwar von einigen Rechtslehrern aufgestellt, von andern aber gründlich widerlegt worden. Es darf hier nur auf die Erörterungen in Glück's Pandekten-Kommentar Bd. II S. 32 bis 36 verwiesen werden, und auf das Resultat derselben, welches dahin geht, daß nach der richtigeren Meinung der Rechtsgelehrten ein aus bloßer Gnade verliehenes Privilegium ebensowenig revokabel ist, als ein vermöge Vertrag erworbenes, wenn nicht der Widerruf durch irgend eine Klausel ausdrücklich vorbehalten wurde.

Die aus der Verleihungsmodalität fließende Widerruflichkeit der Privilegien darf nicht verwechselt werden mit der Aufhebung der Privilegien Kraft des jus eminentis des Staates, welches nur dann Platz zu greifen hat, wenn die Beibehaltung des Privilegiums unverträglich ist mit dem Staatswohle und der Erreichung des Staatszweckes durch die Regierungsgewalt, eine Aufhebungsart, welche sich indessen auf privilegia conventionalia, es mögen dieselben sogar unter onerosem Titel erworben worden sein, ebensowohl erstreckt als auf privilegia gratuita.

3) Der oberste Gerichtshof macht ferner die Aufstellung, daß der Erwerber der Gerichtsbarkeit, der Fürst Karl Alexander von Thurn und Taxis selbst, dieses Privilegium als ein solches Privilegium betrachtet habe, welches revokabel sei, oder welches unter veränderten Verhältnissen der Erlöschung unterliegen könne, und glaubt diese Aufstellung aus dem Umstande folgern zu dürfen, daß der genannte Fürst, nachdem die Landeshoheit des Verleihers aufgehört hatte, und Regensburg an die Krone Bayern gekommen war, um Bestätigung seiner Gerichtsbarkeit gebeten und hiedurch die Königlich bayerische Deklaration am 27. März 1812 hervorgerufen habe.

In diesem Umstande liegt jedoch entfernt nicht ein Auerkenntniß der Revokabilität Seitens des Erwerbers, denn derselbe hatte, weil im Unterthanen-Verbande zum Könige stehend, und nachdem bei der Besitzergreifung Regensburgs die bayerische Regierung die vorgeseudene Fürstliche Gerichtsbarkeit zuvörderst nur provisorisch bestätigt hatte, keine andere Wahl, als im vorgeschriebenen Wege der Supplik die Anerkennung des Gerichtsbarkeitsrechtes herbeizuführen.

Welche staatsrechtlichen Verhältnisse bestimmend waren, den Erlass der bayerischen Deklaration vom 27. März 1812 und deren Publikation als eines speziellen Gesetzes hervorzurufen, wird in Abschnitt II näher ausgeführt werden.

4) Aus dem Wortlaute der Fürst Primatischen Verleihungsurkunde und aus dem Inhalte der bayerischen Deklaration, gemäß welcher die Gerichtsbarkeit nicht dem Fürstlichen Hause oder dem Herrn Fürsten für sich und seine Nachkommen verliehen, beziehungsweise bestätigt worden sei, glaubt der oberste Gerichtshof die Vermuthung ableiten zu dürfen, daß die Gerichtsbarkeit allein der Person des damaligen Hauptes der Familie verliehen, und auf den dormalen regierenden Herrn Fürsten gar nicht übergegangen sei.

Gegen die Statuirung dieser Vermuthung sprechen die gewichtigsten Motive.

a) Der Eingang der Urkunde des Fürsten Primas sagt, daß er im Hinblick auf den ausgesprochenen Wunsch des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis, und da Sie sich entschlossen hätten, Ihren Aufenthalt fortwährend in Regensburg zu nehmen, in Ansehung Ihrer und der Ihrigen daselbstigen Verhältnisse solche Modifikationen und Bestimmungen eintreten lasse, welche Ihnen diesen Aufenthalt mit einem zahlreichen Hof- und Dienst-

personale zu erleichtern und alle unangenehmen Anstände abzuhalten vermögend seien.

Es ist also in dieser Urkunde vermöge der Worte Ihrer und der Ihrigen daselbstigen Verhältnisse ausdrücklich der ganzen Familie gedacht.

Die Erwerbung nun, die ein nach dem Privatfürstenrechte zu beurtheilender Fürst seiner Familie macht, wächst dem Stammgute derselben zu, das Stammgut ist Gesamteigenthum der Familie, die Familie selbst wird nach diesem Rechte als eine universitas personarum, als moralische Person betrachtet, die Succession aber in das Stammgut geschieht nach dem Rechte der Erstgeburt in agnatisch-linealischer Ordnung, eine Successionsordnung, welche auch in den Familiengesetzen des Fürstlichen Hauses festgestellt ist.

In Folge der Verleihung der Gerichtsbarkeit an den Fürsten Karl Alexander und seine Familie geht solche als Bestandtheil des Stammgutes auf jeden Successor in dasselbe über.

Köhler, Handbuch des Privatfürstenrechtes der vormals reichsständischen Fürsten und Grafen Seite 197 und 266.

b) Indem die bayerische Deklaration das vom Fürsten Primas ertheilte Gerichtsbarkeitsrecht bestätigte, hat sie auch die Erstreckung des Privilegiums auf die Successoren des Erwerbers nach Maßgabe der Fürstprimatischen Verleihung anerkannt.

Hätte die bayerische Deklaration die Bestätigung des Privilegiums nur für die Person und auf Lebensdauer des Fürsten Karl Alexander ertheilen wollen, so hätte dieß in der Deklaration ausdrücklich erwähnt werden müssen.

c) Erwägt man den Inhalt der bayerischen Deklaration dem ganzen Umfange nach, so läßt sich keiner anderen Auffassung Raum geben, als daß die darin bestätigten Immunitäten und Rechte dem

jeweiligen Haupte des Hauses zustehen sollen; am deutlichsten und unverkennbar erhellt dieß aus den Bestimmungen Litt. B Ziff. III, welche auf die Hausverfassung und Familiengesetze des Fürstlichen Hauses abheben; und von der Art sind, daß sie erst nach dem Ableben des Erwerbers der Privilegien von dem ihm succedirenden Familienhaupte zur Ausübung gebracht werden könnten.

d) Einer Erwähnung der Successoren bedürfte es indessen in den beiden Urkunden nicht, da durch Vertrag erworbene Privilegien nach der Ansicht der angesehensten Rechtslehrer ohnehin auf die Erben übergehen.

Cocceji in: *jur. civ. controv. lib. I Qu. IV.*
 Hartleben, *meditationes ad pandectas specim. XIV med. 5.*

e) Einen schlagenden Nachweis gegen die Zulässigkeit der aufgestellten Vermuthung liefert endlich der nach dem Ableben des ersten Trägers der Privilegien, des Fürsten Karl Alexander, unterm 26. Nov. 1830 auf Antrag sämtlicher Staatsministerien ergangene Ausspruch Seiner Majestät des Königs Ludwig I.

„daß kein Grund bestehe, die Deklaration vom
 „27. März 1812 für aufgehoben oder ungültig
 „zu achten, wonach es sich von selbst versteht,
 „daß dieselbe fortzubestehen habe.“

Indem dieser Ausspruch, welcher in Folge Beanspruchung der Fürstlichen Gerichtsbarkeit nach dem Ableben des Fürsten Karl Alexander von Seite der Kgl. Regierung des Regentkreises auf erhobene Reklamation dessen Nachfolgers bei Seiner Majestät dem Könige erlassen wurde, auf den Antrag sämtlicher Staatsministerien erfolgte, kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die Staatsministerien erst dann zu diesem Antrage sich vereinigten, nachdem sie aus den Verhandlungen, welche dem Erlasse der Deklaration

vorangingen, und welche die Quelle für deren Interpretation bilden, die Ueberzeugung geschöpft hätten, daß die in ihr enthaltenen Privilegien nicht ausschließlich der Person des Fürsten Karl Alexander, sondern auch seinen Successoren zugestanden werden wollten.

Der fragliche Ausspruch enthält vielmehr die bestimmteste Anerkennung der Krone und des Gesamt-Staatsministeriums für den Charakter der im Regierungsblatte von 1812 publicirten Deklaration als eines dauernden Gesetzes für das Fürstliche Haus.

Nachdem übrigens der fragliche Beschluß vom Staatsministerium der Justiz dem Königl. Oberappellationsgerichte mit der Auflage zur Kenntniß gebracht wurde, denselben dem Königl. Appellationsgerichte für den Regencreis und der Justizkanzlei des Herrn Fürsten zu eröffnen, so läßt sich wahrhaftig nicht absehen, wie die Aufstellung des obersten Gerichtshofes:

„es sei damals von Allerhöchster Stelle aus besonderem Rücksichten beschlossen worden, den Fortbestand ohne besonderen Ausspruch stillschweigend geschehen zu lassen —“
zu rechtfertigen wäre. —

Die Aufstellung des obersten Gerichtshofes, daß die Fürstliche Gerichtsbarkeit lediglich im Wege der Gnade überlassen und darum revokabel sei, erweist sich im Hinblick auf die vorgetragenen Gründe nicht stichhältig, und entfällt ebenso die Zulässigkeit der Vermuthung, daß sie nur der Person des Fürsten Karl Alexander verliehen worden und auf den dormaligen Herrn Fürsten gar nicht übergegangen sei.

Die durch den Fürsten Karl Alexander seinem Hause erworbene Gerichtsbarkeit beruht vielmehr auf einem Vertrage, und steht ihr deshalb ein Privatrechtstitel zur Seite, sie bildet auch ein Vermö-

genrecht, indem sie fructus gewährt; weil aber der Vertrag mit einem Souverain über ein allerdings der Landeshoheit anheimfallendes Recht abgeschlossen ist, so liegt gerade ein staatsrechtliches, die Revokabilität ausschließendes, Vertragsverhältniß in Mitte, und die Jurisdiktion gehört zugleich dem öffentlichen Rechte an.

II.

Der oberste Gerichtshof hebt hervor, daß die Jurisdiktionsverhältnisse in Bayern durch das organische Edikt von 1808 eine feste gesetzliche Regelung erhalten haben; es darf aber auch die Bedeutung der Königl. bayerischen Deklaration von 1812 über die fürstliche Gerichtsbarkeit, welche eine Ausnahme von den Bestimmungen jenes organischen Ediktes statuirt, nicht außer Augen gelassen werden.

Dasselbe hatte neben der Feststellung und Organisation der Königlichen Gerichte von 3 Instanzen als Gerichte von Privaten nur die Patrimonialgerichte und die Gerichte der mediatisirten Fürsten und Grafen in seinen Gerichtsorganismus aufgenommen, und in seinen Schlußbestimmungen festgesetzt, daß im ganzen Königreiche außer den neu organisirten und bestätigten Gerichten vom 1. Jan. 1809 an keine anderweiten Gerichte bestehen sollen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit, welche die in Bayern bestandene Gerichtsbarkeit des hinterlassigen Adels und die, der subjizirten Reichsritterschaft inhaltlich der Verordnung vom 31. Dez. 1806 belassene Gerichtsbarkeit, beide mit einer Instanz, umfaßte, hatte zur Voraussetzung, daß sie als Realrecht mit einem adeligen Gute verknüpft war, und daß sie nur auf Personen und Realitäten sich erstreckte, welche zum adelichen Gutsherrn im grundherrlichen Verbande

standen. Für sie wurde im Edikte von 1812 die Bezeichnung gutsherrliche Gerichtsbarkeit eingeführt, und diese Bezeichnung in der Beilage VI zur Verfassungsurkunde beibehalten.

Unter der Gerichtsbarkeit der mediatisirten Fürsten und Grafen wurde aber nur diejenige verstanden, welche dieselben auf ihren vormaligen reichsständischen Gebieten hergebracht hatten, und welche ihnen vermöge der Rheinbund-Akte (Art. 27) und der bayerischen Deklaration vom 19. März 1807 als Privateigenthum zuerkannt worden war; sie berechnete zu 2 Instanzen, erstreckte sich über alle Einwohner und Realitäten in den fraglichen Gebieten ohne Erforderniß des grundherrlichen Verbandes, und erhielt in Folge der in der Beilage IV zur Verfassungsurkunde für den komplizirten Ausdruck „mediatisirte Fürsten und Grafen“ nach dem Vorgange der deutschen Bundesakte §. 8 gewählten einfacheren Bezeichnung „Standesherrn“ den Namen der standesherrlichen. Bözl, Handbuch des b. Verfassungsrechtes, Aufl. 3 S. 172, 174 u. 176. — Es bedarf wohl keiner näheren Erörterung, daß im Hinblick auf den Ursprung sowohl wie die charakteristischen Merkmale die Fürstliche Gerichtsbarkeit völlig verschieden ist nicht nur von der gutsherrlichen sondern auch von der standesherrlichen Gerichtsbarkeit, und daß sie insbesondere auch darum nicht als standesherrliche betrachtet werden kann, weil ihr Träger Standesherr ist, denn sie kommt dem Fürstlichen Hause nicht aus Beziehungen zu, welche sich aus dessen früherer reichsständischen Stellung ableiten. Sie konnte die Qualität einer standesherrlichen ebensowenig annehmen, als eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit dann zur standesherrlichen verwandelt wird, wenn das zu jener berechnete Gut in den Besitz eines Standesherrn gelangt.

Nach der Einverleibung des Fürstenthums

Regensburg in das Königreich Bayern im Jahre 1810 war der König von Bayern als Successor des Fürsten Primas verpflichtet, die Staatshandlungen desselben anzuerkennen und die dem Fürstlichen Hause von diesem verliehenen Privilegien zu achten und zu halten.

Glück, a. a. O. Bd. II Seite 37.

Struben, rechtliche Bedenken, Bd. II S. 300.

König Maximilian I fand sich hiezu um so bereitwilliger, als ihm gleichfalls daran gelegen war, der Stadt Regensburg die Vortheile des fortdauernden Aufenthaltes des Fürstlichen Hauses zu erhalten.

Gegenüber den einschränkenden, nur die gutsherrlichen und standesherrlichen Gerichtsbarkeit zulassenden Bestimmungen des Gesetzes von 1808 über die Gerichtsverfassung bedurfte es aber eines speziellen Gesetzes, um der Fürstl. Gerichtsbarkeit als einer Privatgerichtsbarkeit besonderer Art im Königreiche Bayern die staatsrechtliche Anerkennung zu verschaffen, und diese staatsrechtliche Anerkennung, mit welcher Bestimmungen über vorschriftsmäßige Konstituierung der Fürstlichen Gerichte I. und II. Instanz und des dabei angestellten Personales, über Unterordnung der Gerichte unter das Königl. Oberappellationsgericht als III. Instanz und über die von ihnen zur Anwendung zu bringenden Gesetze verbunden worden sind, wurde durch die Königliche Deklaration vom 27. März 1812 und durch deren Publikation im Regierungsblatte herbeigeführt.

Diese Bedeutung und folglich Erweiterung des organischen Ediktes von 1808 über die Gerichtsverfassung erhellt aus dem Eingange der Deklaration, in welchem auf die Konstitution und Gesetze des Reiches Bezug genommen ist, aus der Bestimmung Lit. A derselben, welche wegen der Verhältnisse des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis rücksichtlich der Subjektion seiner Person und Güter unter die Königl. Souverainität lediglich auf die Deklaration



von 1807 verweist, aus der Bestimmung Litt. B., wonach die Gerichtsbarkeit nur in Hinsicht auf den Aufenthalt des Herzog Fürsten in Regensburg und nicht wegen seiner Eigenschaft als Standesherr bestätigt wird, endlich aus dem Umstande, daß die Deklaration ganz überflüssig gewesen wäre, wenn sich die Fürstliche Gerichtsbarkeit unter die gutsch- oder standesherrliche Gerichtsbarkeit hätte subsumiren lassen.

Der Fortbestand gutsch- und standesherrlicher Gerichte in dem gleichfalls im Jahre 1810 dem Königreiche Bayern einverleibten Markgraftthum Bayreuth, ferner in den im Jahre 1814 von demselben erworbenen Ländern, dem Fürstenthum Aschaffenburg und dem Großherzogthum Würzburg wurde durch kein besonderes Gesetz vermittelt, verstand sich nach dem Gerichtsverfassungsgesetze von 1808 von selbst.

Kann es daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Fürstlichen Gerichtsbarkeit in Regensburg durch die Deklaration von 1812 als einem speziellen Gesetze in der Eigenschaft einer besonderen Privatgerichtsbarkeit, neben der gutscherrlichen und derjenigen der Standesherrn in ihren standesherrlichen Gebieten, die staatsrechtliche Anerkennung zu Theil wurde, so kann sie auch von dem Gesetze vom 4. Juni 1848, welches nur den Uebergang der beiden letzteren Arten der Privatgerichtsbarkeit an den Staat verfügt hat, nicht betroffen worden sein.

Pözl, a. a. O. S. 185.

Dieses Gesetz bedient sich im Abschnitte I Art. 1 ausdrücklich der diese beiden Kategorien von Gerichtsbarkeiten ausschließend kennzeichnenden Worte:

„die standesherrliche und gutscherrliche Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt geht mit dem 1. Okt. 1848 an den Staat über,“ —

und bestimmt in Absatz 2 dieses Artikels, wie die Gutshesitzer entschädigt werden sollen, eine Ver-

zeichnung der Gerichtsinhaber, welche hinwieder nur auf die mit Besizungen der Standesherrn und übrigen Adelligen verbundene Gerichtsbarkeit paßt.

Keineswegs ist im Gesetze die Rede von der Aufhebung aller Privatgerichtsbarkeit oder auch nur die Wortfassung gewählt:

„die Gerichtsbarkeit der Standesherrn und Gutsherrn geht an den Staat über,“

welche, weil der Herr Fürst Standesherr ist, zu einer ausgedehnteren Auslegung berechtigen würde.

Wird nun, wie gezeigt, die Deklaration von 1812 als Ausnahmsgesetz von der im Gerichtsverfassungsgesetze von 1808 enthaltenen Regel, daß als Privatgerichtsbarkeit nur die guts- und standesherrliche Gerichtsbarkeit in Bayern bestehen soll, gewürdigt, so sind auch die für aufhebende Gesetze bestehenden Interpretationsregeln maßgebend, wonach eine aufhebende allgemeine Rechtsvorschrift zwar alle einzelnen Fälle, die sich unter dieselbe subsumiren lassen, umfaßt, daß neue Gesetz aber die auf besonderen Gründen beruhenden gesetzlichen Bestimmungen, welche schon neben der aufgehobenen Regel als Ausnahme bestanden, nicht ergreift.

Mühlenbruch, a. a. O. §. 52. Bayerisches Landrecht Theil I Kap. I §. 12.

Eine gleiche Auslegung des Art. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 enthält eine beim Vollzuge desselben vom k. Staatsministerium des Innern im Einverständnisse mit dem königl. Staatsministerium der Justiz unterm 1. Nov. 1848 an die k. Regierung der Oberpfalz und von Regensburg, Kammer des Innern, auf deren Anfrage ergangene, dem Herrn Fürsten notifizirte, Entschließung des Inhaltes, daß die Fürstliche Civilgerichtsbarkeit I. und II. Instanz durch Art. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1848 nicht an den Staat übergegangen sei, da diese Gerichtsbarkeitsrechte sowohl in dem Grunde ihrer

Entstehung, als in der Art ihrer Wirksamkeit von der staats- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit wesentlich verschieden sind.

III.

Uebergehend auf die beiden anderen weiter zu berücksichtigenden Gesetze, so läßt sich

1) die dem Grundlagengesetze vom 4. Juni 1848 vom obersten Gerichtshofe unterlegte Absicht, daß es die Entfernung aller Privatgerichte in Bayern als Norm vorgezeichnet habe, aus dem Inhalte desselben keineswegs abnehmen.

Dieses Gesetz macht überhaupt mit keinem Worte Erwähnung von der Privatgerichtsbarkeit, mithin auch nicht von deren Aufhebung.

Der Art. 4 des Grundlagengesetzes verlangt nur zweckmäßige Srenael für die untersten Gerichte; nach Art. 9 sollen die Bezirks-Gerichte in der Regel die erste Instanz in Civilsachen bilden, und nach Art. 11 sollen die Appellationsgerichte als Berufungs-Instanz für die Urtheile der Bezirksgerichte bestehen; neben den Bezirks-Gerichten sind daher andere Gerichte I. Instanz und neben den Appellationsgerichten andere Berufungsinstanzen zulässig.

Im Uebrigen ist die Ausführung der Grundsätze des Grundlagengesetzes durch den Erlaß späterer Gesetze bedingt, und sind die Dispositionen der späteren Gesetze vor Allem mit Rücksicht auf die Absichten der gesetzgebenden Faktoren zu beurtheilen, welche Abweichungen von früher aufgestellten Grundsätzen zulassen. Ist es doch Thatsache, daß das Gesetz von 1856 — einige Bestimmungen über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren betreffend — eine solche Abweichung bereits enthält, indem es die Inamovibilität der Richter wieder aufgehoben hat.

2) Anlangend endlich die Aufstellung, daß der Grundsatz der Konsolidirung aller Gerichtsbarkeit in den Händen des Staates im neuesten, die Gerichtsverfassung betreffenden Gesetze vom 10. Nov. 1861 seinen vollen bestimmten Ausdruck gefunden habe, und somit zur gesetzlichen Geltung gelangt sei, weil der Art. 1 die Königlichen Gerichte bezeichne, durch welche künftig die Gerichtsbarkeit ausübt werden soll, weil ferner im Art. 76 Abs. 1 die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte aufgehoben werden, und weil unter den in Art. 73 bis 75 beibehaltenen besonderen Gerichten die Fürstlichen Gerichte nicht genannt sind, so stehen dieser Aufstellung höchst triftige Gründe entgegen.

Zufolge des Einganges dieses Gesetzes war die Aenderung der Gerichtsverfassung nothwendig geworden wegen der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung.

Die Fürstlichen Gerichte hatten zu keiner Zeit einen Antheil an der inneren Verwaltung, sondern nur Königliche Landgerichte; es hatte daher die Aenderung der Gerichtsverfassung nur die Königlichen Gerichte zu umfassen, und zwar nicht blos die Kgl. Landgerichte, sondern auch die Stadtgerichte, weil beiden ein gleicher Wirkungskreis zugewiesen wurde, ferner die Bezirksgerichte, weil auch ihr Wirkungskreis geändert wurde, und die Appellationsgerichte, sowie das Oberappellationsgericht wegen Veränderung des Instanzenzuges.

Es wurden aber auch die besonderen Königlichen Gerichte in das Gerichtsverfassungsgesetz aufgenommen, weil die Streitigkeiten in Handels-sachen und in Bergwerks-Angelegenheiten dem Wirkungskreise der früheren allgemeinen oder ordentlichen Gerichte entzogen wurden, und selbst die Ehegerichte, indem für Ehesachen der Protestanten an die

Stelle der Appellationsgerichte zu Bamberg und Ansbach mehrere Bezirksgerichte als I. Instanz und ein Appellationsgericht als II. und letzte Instanz bestimmt wurden.

Diese Einbeziehung aller Königlichen Gerichte, der allgemeinen sowohl wie der besonderen, führte nothwendig zu den Bestimmungen Art. 76 Abs. 1 und Art. 77, zu dem Ausspruche nämlich, daß die dormalen, d. i. zur Zeit der Erlassung des Gesetzes bestehenden allgemeinen, so wie die in diesem Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte aufgehoben seien, und an die Stelle der anshörenden Gerichte diejenigen Gerichte treten, welche nach den über die Zuständigkeit im gegenwärtigen Gesetze gegebenen Vorschriften zuständig sind.

War in den Art. 1 bis 53 nur von den Königlichen allgemeinen Gerichten und in den Art. 73 bis 75 nur von den besonderen Königlichen Gerichten die Rede, so konnten sich die Art. 76 und 77 auch nur auf Königliche Gerichte beziehen.

Dazu kommt, daß die Fürstlichen Gerichte gar nicht in die Kategorie der besonderen Gerichte im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 fallen, weil sie nicht für Spezialitäten von Rechtsangelegenheiten bestimmt sind.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Fürstlichen Gerichte auf einem Rechte des Fürstlichen Hauses beruhen, und daß über die Entziehung dieses Rechtes ohne ausdrücklich erklärte Willensmeinung des Gesetzgebers durch allgemeine Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht verfügt werden konnte, denn die Anwendung des jus eminens des Staates erfolgt um so weniger stillschweigend, als für ein auf Grund desselben aufzuhebendes Recht im Gesetze auch die Entschädigung ausgesprochen und wenigstens in den Motiven zum Gesetze die Unverträglichkeit des der Beseitigung unterliegenden

Rechtes mit dem Wohle der Staatsangehörigen und der Erreichung des Staatszweckes angegeben wird; Rücksichten, welche übrigens bei der Fürstlichen Gerichtsbarkeit gar nicht vorliegen.

Nicht nur, daß Veranlassung und Zweck des Gesetzes die Aufhebung der Fürstlichen Gerichte nicht involvirten, es liegen sogar die bestimmtesten Nachweise darüber vor, daß die gesetzgebenden Faktoren die Fürstlichen Gerichte von der Bestimmung des Art. 76 Abs. 1 nicht betroffen wissen wollten.

Als bei Berathung des Gesetzes in der Kammer der Reichsräthe der Minister der Justiz darüber interpellirt wurde, ob unter den nach Art. 76 aufzubehebenden Gerichten auch die Fürstlichen Gerichte in Regensburg zu verstehen seien, gab derselbe nicht bloß die Erklärung ab, daß die auf der Königlich-Deutschen Deklaration von 1812 beruhende Fürstliche Gerichtsbarkeit als vollständig verschieden von der staates- und gutherrlichen Gerichtsbarkeit von dem Gesetze von 1848 unberührt geblieben sei, sondern er fügte ausdrücklich noch bei, wie es sich hinsichtlich des künftigen Fortbestandes dieser Gerichtsbarkeit vor Allem darum handle, ob die Fürstlichen Gerichte eine Organisation erhalten werden, welche es möglich macht, den Bestimmungen der jetzt der Berathung unterliegenden Gerichtsverfassung zu entsprechen, und wie sowohl in dieser Beziehung als auch über den Fortbestand dieser Gerichte überhaupt von Seite der Staatsregierung Unterhandlungen angeknüpft seien.

Diese Erklärung läßt doch außer allem Zweifel, daß nach der Willenmeinung des Königs als des Hauptfaktors der gesetzgebenden Gewalt, in dessen Namen der Minister in der Kammer zu sprechen berufen war, unter den nach Art. 76 Abs. 1 aufzubehebenden Gerichten die fürstlichen Gerichte nicht begriffen sein sollten.



Der also kundgegebenen Willensmeinung des Königs wurde aber auch nicht entgegengetreten durch Einwendungen in der Kammer der Reichsräthe und später in der Kammer der Abgeordneten, an welche der Gesetzentwurf in Folge von Abänderungen von Seite der Kammer der Reichsräthe zur nochmaligen Berathung gelangt war; nicht eine Stimme erhob sich in beiden Kammern dafür, daß Art. 76 Abs. 1 sich neben den königlichen Gerichten auch auf die fürstlichen Gerichte zu erstrecken hätte.

Es ergab sich also Uebereinstimmung der beiden anderen Faktoren der Gesetzgebung mit der Willensmeinung des Königs, welche unter die Bestimmung des Art. 67 Abs. 1 die fürstlichen Gerichte nicht subsumirt wissen wollte, und involvirt diese Uebereinstimmung zugleich die ebenmäßige Anerkennung des Ausspruches des Justizministers, daß die fürstlichen Gerichte durch das Gesetz vom 4. Juni 1848 nicht berührt worden seien, Seitens der Landesvertretung.

Indem aber die Landtagsverhandlungen eine so sichere Erkenntnisquelle für die Absicht des Gesetzgebers bieten, so muß sich der Richter bei der Auslegung des Gesetzes darnach richten.

L. 19 D. 10, 4: *verba legis captanda non esse, sed qua mente quid diceretur, animadvertendum.*

Daß den gesetzlichen Fortbestand der fürstl. Gerichte statuierende Urtheil des Abgeordneten Edel in seinem Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze verdient insoferne die vollste Berücksichtigung, als derselbe Referent über das Gerichtsverfassungsgesetz im Ausschusse der Kammer der Abgeordneten war, und daher dieses sein Urtheil als Kundgabe der Uebereinstimmung des Ausschusses der Kammer der Abgeordneten und der letzteren selbst mit der vom Vertreter der Krone in der Kammer der Reichsräthe

abgegebenen Willensmeinung über die Tragweite des Art. 76 Abs. 1 betrachtet werden muß.

Gleichwie die Annahme, daß die Fürstlichen Gerichte schon dem die Aufhebung der standes- und gütsherrlichen Gerichtsbarkeit verfügenden Gesetze vom 4. Juni 1848 verfallen gewesen seien, unverzweifelbar erscheint mit der Ausführung in Abschnitt II, ebenso schließt die Ausführung in Abschnitt III die weitere Statuirung aus, daß die Fürstlichen Gerichte jedenfalls durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861 aufgehoben worden seien, und bezweifelte es diesen Gesetzen gegenüber bei der Fortdauer der rechtlichen Wirksamkeit der Königl. Deklaration vom 27. März 1812 als desjenigen Spezialgesetzes, mittelst welchem die Fürstliche Gerichtsbarkeit in Bayern die staatsrechtliche Anerkennung gefunden hat, keines neuerlichen Ausnahmengesetzes zur Aufrechthaltung der Fürstlichen Gerichte.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

