

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück,

nun herausgegeben

von

Friedrich Stepper.

Neue Folge XIII. Band.

Der gesammten Folge XXXIII. Band.

Erlangen, 1868.

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Alphabetisches Register

zum

dreiunddreißigsten Bande der Blätter für
Rechtsanwendung.

Neue Folge XIII. Band.

Seite

Actio empti s. Kauf.	
Actio Pauliana s. Paulianisches Rechtsmittel.	
Actio redhibitoria s. Wandelungsklage.	
Administration s. Fideikommiß.	
Aktiengesellschaften: inwiefern ist die für ein projek- tirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung?	216
Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes	369
Anerkennung eines Kindes vor dessen Geburt	268
Ansbach, Markgrafschaft: Natur des börtigen ehelichen Väterrechtes	230
Anwaltsgebühren: Zuständigkeit für die Klage auf Zahlung der in einer Handelsache erlaufenen	53
Desgleichen für die Klage auf Zahlung der Deserviten, welche dem Anwalte durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobilialererbung in einer Handelsache erwachsen sind	113
Appellation s. Berufung.	
Arglist: Actio empti wegen Arglist des Verkäufers und deren Verhältnis zur actio redhibitoria	305
Arrest: Realarrrest gegen einen Inländer	89
Auftrag: Bereicherung durch Selbsteinsparung eines Dritten, wenn der Zahlende im Auftrage des Empfangsberechtigten handelt	409

	Seite
Augsburg: das in dieser Stadt geltende eheliche Güterrecht ist nicht allgemeine Gütergemeinschaft	230
Auslobung: technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch solche veranlaßten Werkes	37
Bamberg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes	243, 251
Baupflicht: über die Verbindlichkeit zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge für Kultusgebäude	321
Bayerisches Recht s. Ehescheidung. Offiziere à la suite.	
Bayreuth: allgemeine Gütergemeinschaft nach dem dortigen Rechte	242, 247, 248, 249
Ueber die Errungenschaft bei der dortigen Gütergemeinschaft	249 Note 63, 304
Bedingung: in die Willkür des Verpflichteten gestellte	254
Beisitz	246
Beneficium cedendarum actionum: Umfang und Voraussetzung des dem Bürgen zustehenden	150
Verufung: Devolutiveffekt derselben bezüglich alles dessen, was von der Beschwerde abhängt	322
Devolutiveffekt derselben bezüglich der Provisorien	160
Besitz: Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjectes für die übernommene Hypothekenschuld nach erfolgter Wiederveräußerung des Objectes	105
Betrug: durch absichtliche Entstellung des vor dem Notar erklärten Willens der Kontrahenten	356
Kompetenz zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung wegen betrügerlicher Verleitung zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Schuldforderung	204
Beweis s. Unordenlichkeit.	
Bezirksgericht s. Einzelrichteramt.	
Brandassekuranz s. Baupflicht.	
Brandstiftung: Natur der Entschädigung bei einer durch Lokomotivfunken verursachten	124
Bürgschaft: Umfang und Voraussetzungen des beneficium cedendarum actionum	150
Regreß gegen Mitbürgen	391
Castell: über die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft nach dem Rechte dieser Grafschaft	243, 258
S. auch fränkisches Recht.	
Cession: über die zur Cession von Hypothekenskapitalien nothwendige Form	1, 85, 106, 138, 177, 193
Genügt die notarielle Beurkundung der einseitigen Cessionserklärung des Cedenten zur Gültigkeit der Cession einer Hypothekforderung?	136, 138, 182

	Seite
Ist, wenn der Gebent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?	189, 357, 365
Wenn von dem Gebenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebnahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig	282, 286
Form der Cession von Forderungen, welche mit einem Hypothekentitel versehen sind	196
Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg	Beilage zu Nr. 9 S. 144
Civilrecht f. Offiziere à la suite.	
Delegation: eine solche nach Art. 28 Abs. 1 des Ger.-Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 ist auch an jene Einzelrichterämter zulässig, welche sich am Siege des Bezirksgerichtes befinden	159
Devolutiveffekt f. Berufung.	
Dies f. Zeitbestimmung.	
Diffamation: Begriff derselben	173
Dinkelsbühl: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte	242, 247, 250
Dispositionsbefugniß des Ehemannes bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten	241
Dispositionseinschränkung: Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden	310
Dolus f. Arglist.	
Dollmann, E. Fr. von: zur Erinnerung an denselben	12
Domkapitel, bischöfliche: sind dieselben, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen?	327, 337
Dos f. Heirathgut.	
Drohbrief f. Erpressung.	
Ehehaften: über die zur erlöschenden Verjährung derselben erforderliche Zeit.	78
Ehe f. Güterrecht, Legitimation.	
Ehekonsens: die Klagen auf Supplirung desselben gehören auch in den Gebietstheilen der vormalig fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte.	116
Ehemann: dessen Dispositionsbefugniß während der Ehe bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten	241
Desse Befugniß zur Veräußerung von Gegenständen, welche zum Heirathgut gehören, bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft. Fränkisches Recht	53
Ehescheidung: das Wort „Geding“ im bayer. LM. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen	200

	Seite
Eheberblich: Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen	289
Eheverträge: Statutenkollision über deren Form . . .	140
Eichstädt: allgemeine Gütergemeinschaft des hertigen Rechtes 243, 258	261
Eid: die Bestimmung der O. O. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 findet auch nach dem Gesetze v. 29. Juni 1851 über die bürgerl. Rechte der Israeliten auf solche keine Anwendung	110
Eigenthumsvorbehalt mit gleichzeitiger Hypothekbestellung	412
S. auch Konkursöffnung.	
Einreden: Exceptio non rito impleti contractus. Substanzierung derselben. Retentionrecht §10.	313
Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Öffentlichkeit des Hypothekenbuches	385
Unzulässigkeit der Revision gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse über Verwerfung einer gerichtsablehnenden Einrede	8
Einzelrichteramt: Die Entscheidung darüber, ob und in wie weit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem requirirten Stadt- oder Landgerichte zu	372
Das Einzelrichteramt, welches auf Requisition eines Handelsgerichtes eine Immobiliarexekution vollzogen hat, ist für die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der bei Durchführung dieser Exekution erwachsenen Deserviten zuständig	413
Delegation an ein solches, welches sich am Orte des Bezirksgerichtes befindet, ist nach Art. 28 Abs. 1 des O. O. Verf.-Ges. v. 10. Nov. 1861 zulässig	459
Entschädigung: Natur der desfalligen Verbindlichkeit wegen eines durch Lokomotivfunken verursachten Brandes. Versprechen einer solchen wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheversprechen	124 289
Erbach: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft in dieser Grafschaft	243, 261
Erbeinsetzung eines Domkapitels	327
Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten	257
Erbverträge: das Wort „Gebing“ im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegebänge, nicht aber auch vom Erbgebänge zu verstehen	200
Erfüllungsseid s. Eid.	
Erkenntnis s. Urtheil.	
Erpressung: Versuch einer solchen durch Zusendung eines Drohbrieves. Zuständigkeit	280

	Seite
Errungenschaft: wem gehört sie auf Ableben eines Ehegatten nach Bayreuther Recht? 249 Note 63,	304
Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des fränkischen Rechtes dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern	53
Ersatz: Umfang der Verbindlichkeit hiezu, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann	316
Ersizung: Aber den zur Ersizung der Servilitäten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben	23
Ersizung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut	298
Exekution s. Vollstreckung.	
Exekutionsprozeß: die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes in demselben angestellt werden	320
Färber: Zuständigkeit bei der Forderung gegen einen solchen für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe	121
Familienfideikommiß s. Fideikommiße.	
Fallrecht	235
Feuerversicherung s. Baupflicht.	
Fideikommiße: Zuständigkeit zur Aufstellung und Ueberwachung deren Administration bei ausgebrochener Gant	27
Ersizung von Reallasten gegen solche	298
Form der Rechtsgeschäfte s. Cession. Hypothekforderung. Immobilienkäufe. Nahrungsverträge.	
Forstrechte: Beweis der Unvorbenklichkeit derselben	35
Fortgesetzte Gütergemeinschaft	251
Fränkisches Recht s. Castell. Eheconsens. Eheverträge. Errungenschaft. Nahrungsvertrag. Reclamatio uxoris. Schweinfurt. Würzburg.	
Fristen- und Nachlaßgesuch: Einfluß eines ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung unter das Gantverfahren vom Schuldner gestellten auf die Kompetenz der Handelsgerichte zur Fortsetzung der Partikularerrekutionen. Vergleich bei einem mit eventueller Insolvenzerklärung verbundenen	395 278
Fürth: daselbst geltendes eheliches Güterrecht	232
Fugger-Babenhausen: eheliches Güterrecht im Fürstenthum	232
Fulda: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 243, 258, 260,	264
Furcht: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch dieselbe bei der Tödtung	97
Geding: Bedeutung dieses Wortes im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1	200

	Seite
Gemeinschaft: Rückgabe einer von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändeten untheilbaren Sache S. auch Gütergemeinschaft.	345
Genossenschaft bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten	265
Gerichtsstand pensionirter bayerischer im Auslande wohnender Militärbeamten	9
Gerichtsstand des Arrestes	90
Gerichtsstand der gelegenen Sache für die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Lösung einer Vormerkung gerichtete Klage S. auch Kompetenz.	127
Gerichtsverfassungsgesetz v. 10. Nov. 1881: zu dessen Art. 28 Abs. 1	159
Gesammte Hand	233, 241
Gesamteigenthum bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft	266
Gesellschaft als Prinzip der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft	264
Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens, Not.-Ges. Art. 14. Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes	387
Giro: die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, sofern nicht eine Handelsklage vorliegt, zum ordentlichen Gerichte	161
Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, hiedurch allein schon auch zur Erhebung der Regreßklage gegen den Inkassanten des letzten Inhabers verpflichtet?	300
Wirkung des Inkassamentes, wenn neben der Wechselausstellung für dieselbe Forderung auch hypothekarische Sicherheit bestellt ist	111
Glück, Ehr. G.: zur Erinnerung an denselben	12
Gütereinheit	235
Gütergemeinschaft: die allgemeine der bayerischen Statuten	225, 241, 257
Fortgesetzte Gütergemeinschaft	251
Güterrecht, eheliche: Statutenkollision in Beziehung auf dasselbe	47
Gutserlösertrümmerung s. unter: Gesellschaft.	
Haftung: ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kauionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?	189
Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine-dono übernommen, diese Uebnahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig	282, 286

	Seite
Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des ver- kauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung . . .	310
Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjectes, wel- cher bei der Erwerbung die Hypothekenschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objectes . . .	105
H ande l s g e r i c h t e s. <i>Kompetenz in Civilsachen.</i>	
H an d l o h n: Beweis der Unvordenklichkeit bei dem Anspruche auf Erhebung eines höheren als fünfprozentigen . . .	34
H e i r a t h g u t: Veräußerung dazu gehöriger Sachen durch den Ehemann bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft. Fränkisches Recht . . .	53
H o h e n l o h e: eheliche allgemeine Gütergemeinschaft des bortigen Landrechtes . . . 243, 246, 248,	249
H y p o t h e k: über die Form der vertragsmäßigen Bestellung einer solchen . . .	145
Bestellung einer solchen für eine fremde Schuld. Rechts- giltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Nota- riatsurkunde . . .	348
Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Not.-Ges.	177, 193
Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung	412
Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für die- selbe Forderung. Wirkung des Indossamentes . . .	111
H y p o t h e k e n b u c h s. <i>Öffentlichkeit.</i>	
H y p o t h e k e n g e s e z: zu dessen §§. 13, 15, 16, 46 und 107 . . .	145
Ueber das Verhältniß des §. 16 desselben zu Art. 14 des Not.-Ges.	180
Zu dessen §. 107	182
H y p o t h e k f o r d e r u n g e n: sind sie zu den Mobilien oder zu den Immobilien zu rechnen?	196
Ueber die zur Cession derselben nothwendige Form 1, 65, 106, 138, 177,	193
Zur gültigen Cession derselben ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Ces- sionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist . . .	136
Ist notarielle Beurkundung erforderlich, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbring- lichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haft- ung übernimmt?	189, 357, 365
Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Ueber- nahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwie- gen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haft- ungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig . . .	282, 286
Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjectes, wel- cher bei Erwerbung die Hypothekenschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objectes	105
H y p o t h e k k l a g e: die dingliche kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes im Executionsprozeße ange- stellt werden	320

	Seite
Hypothekvormerkung: die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Lösung einer solchen gerichtete Klage ist eine dingliche	127
Immobilienrekution: Kompetenzausscheidung zwischen den Handelsgerichten und Einzelrichterämtern bezüglich derselben	372
Immobilien: ob Hypothekenforderungen zu denselben oder zu den Mobilien zu rechnen sind?	196
Immobilienkauf: nachträgliches Uebereinkommen zu einem solchen. Not.-Ges. Art. 14	383
Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen der notariellen Verbriefung nicht	61
Substanziung der gegen einen notariell beurkundeten Kaufvertrag erhobenen Einrede der Simulation	185
Konkizirung des aus einem nichtigen Immobilienkaufe Gegebenen	409
Konkizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde	209
Incasso s. unter Giro.	
Indossament s. Giro.	
Ingalstadt: eheliches Güterrecht daselbst	231
Inhaberpapiere: Validirung von solchen	79
Insolvenzerklärung s. Konkurs.	
Irthum bei Errichtung von Notariatsurkunden	353
Israeliten: durch das Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte derselben betr., ist die Bestimmung der G.D. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 nicht abgeändert	110
Juden s. Israeliten.	
Juristische Person der Domkapitel	327, 337
Der Ehegatten, welche in ehelicher Gütergemeinschaft leben	265
Kauf: actio empti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren	305
S. auch Immobilienkauf.	
Kaufleute: ob Lithographen solche sind	50
Kautio: juratorische zur Abwendung eines Arrestes	90
Ueber die Form der Bestellung hypothekarischer Kautionen	177
.	179, 193, 196
Ist zur Kautionsleistung für die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit einer cedirten Hypothekforderung notarielle Beurkundung erforderlich?	189
Kempton, Fürstenthum und Stadt: allgemeine Gütergemeinschaft in denselben	242, 247, 250
Kollision s. Statutenkollision.	

	Seite
Kompetenz in Strafsachen: wegen betrügllicher Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Forderung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Unterzeichnung der Urkunde stattfand	204
Wegen eines Erpressungsversuches durch Zulassung eines Prohibirses ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der Prohibir dem Adressaten übergeben worden ist	280
Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, worin er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, ist wegen Vergehens des Jagdsrevells das Gericht des Jagdgebietes, in welches hinübergeschossen wurde, zuständig	169
Zur Einschreitung gegen einen Zuländer wegen einer von ihm im Auslande begangenen strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält	238
Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erlischt durch die Einstellung des Strafverfahrens erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgesprochenen Verhaftsbefehls unterblieb	278
Das bürgerliche Strafgericht, von welchem ein Soldat wegen mit Civilpersonen gemeinsam verübter Macte abgeurtheilt wurde, ist gegen diesen Soldaten wegen eines nach der Abtheilung aber vor eingetretener Rechtskraft von ihm allein verübten Vergehens zuständig	92
Die in die aktive Armee eingereichten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze v. 30. Januar 1868 wegen Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten	379
Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienststräflichen Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen war	144
Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienststräfenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat	206
Kompetenz in Civilsachen: Gerichtsstand für die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage	127
Die Klagen auf Supplirung des Ehekonienfies gehören auch in den vormalig fränkischen Fürstenthümern vor die Bezirksgerichte	116

	Seite
Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirk seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges verkauft und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalkonkurses gegen denselben das Gericht des Wohnsitzes zuständig	163
Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen des Fideikommissars veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommissgericht zuständig	27
Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes für die Klage gegen einen Färber auf Zahlung der demselben zum Geschäftsbetriebe gelieferten Farbstoffe	121
Desgleichen gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine	49
Zuständigkeit des Handelsgerichtes bei der Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft wegen der zu ihrem Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien	369
Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei der Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel	161
Desgleichen bei der Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsache erlaufenen Deserviten	53
Zuständigkeit des Einzelrichteramtes, welches auf Requisition eines Handelsgerichtes eine Immobilienexekution vollzogen hat, für die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der bei Durchführung dieser Exekution erwachsenen Deserviten	113
Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung des Schuldners unter das Gantverfahren berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekution gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen	395
Dagegen dürfen die Handelsgerichte nicht mehr mit Exekutionen vorschreiten, wenn das ordentliche Gericht auf ein von dem Schuldner unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch wegen des in Aussicht stehenden Konkurses Vermögensbeschlagnahme und Einstellung der Partikularexekutionen verfügt hat	273
Die Entscheidung darüber: ob und inwiefern die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem requirirenden Einzelrichteramte zu	372
Kompetenzkonflikte unter Gerichten:	

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes hierüber in Civilsachen: 9, 27, 49, 53, 113, 116, 121, 161, 163, 273, 369, 372, 395.	
Desgleichen in Strafsachen: 92, 144, 169, 204, 206, 238, 278, 280, 379.	
Kondiktion: Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen	409
Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobiliarkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde	209
Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Verträge gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann	316
Konkurs: Ueber den Begriff des „Liedlohnens der verordneten Diener“ nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822	401
Konkursöffnung f. unter Kompetenz in Civilsachen.	
Konkursmasse: in dieselbe fällt, was einzelne Gläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten	48
Korrealsobligationen: vom Regresse bei denselben	391
Landgericht f. Einzelrichteramt.	
Landsberg: dort geltendes eheliches Güterrecht	231
Lauf, J. J.: zur Erinnerung an denselben	12
Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt	268
Leuteration f. Redaktionsverstoß.	
Liebe: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch dieselbe bei der Tödtung	100
Liedlohn der verordneten Diener: über den Begriff desselben nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822	401
Lindau: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes 229, 242 Note 36, 247, 250.	
Lösungsklage: die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Lösung einer Vormerkung gerichtete ist dinglich	127
Macedonianum SC. f. Senatusconsultum.	
Mandat f. Auftrag.	
Militärbeamte: Gerichtsstand pensionirter bayerischer, im Auslande wohnender	9
Militärgerichte f. unter Kompetenz in Strafsachen.	
Minchelheim: eheliches Güterrecht in dortiger Herrschaft	232
Miteigenthum der Eheleute bei der allgemeinen Gütergemeinschaft	264
Mobilien f. Immobilien.	
Mord. Todtschlag	81, 97
Nährungsvertrag: Form der Abänderung eines gerichtlich errichteten nach Würzburger Recht	48

	Seite
Nörblingen: eheliche Gütergemeinschaft nach dem dortigen Rechte	228, 242 Note 36, 258, 262
Notariatsgesetz:	
Zu Art. 12: Verhältniß desselben zum Art. 14 . . .	148
Zur Auslegung desselben	179
Zu Art. 14: Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobilienkaufe	383
Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen zu ihrer Gültigkeit der notariellen Verbrieung nicht	61
Substanziung der gegen einen notariell beurkundeten Immobilienkauf vorzubringenden Einrede der Simulation . . .	185
Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekenbestellung Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgültigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hyp. - Ges. zu Art. 14 des Not. - Ges.	848
Bestellung und Cession von Hypotheken	177, 193
Ueber die zur Cession von Hypothekforderungen nothwendige Form	1, 65, 106, 138
Genügt die notarielle Beurkundung der einseitigen Cessionsklärung des Cedenten zu einer solchen Cession? 136, 138, 182.	182
Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich	189, 357, 365
Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebnahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig	282, 286
Ueber die Cession einer Forderung, welche mit einem Hypothekentitel versehen ist	196
Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens . . .	387
Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamie abgeschlossenen Vergleiches	415
Kondizition des aus einem nichtigen Geschäftes Gegebenen	409
Kondizition desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde	209
Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurüdgegeben werden kann	316, 319
Ueber Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Protokollirung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind	353
Nürnberg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechtes	243, 246, 247, 249

	Seite
Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs: prozeßuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen derselben	385
Öttingen: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte	242, 258, 262
Offiziere à la suite: die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf sie keine Anwendung	325
Pappenheim: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte	242, 258, 260, 263
Paulianisches Rechtsmittel: was einzelne Konkursgläubiger mittelst desselben erstreiten, fällt in die Konkursmasse	48
Pekulien: Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß	155
Person s. juristische Person.	
Preisbewerbung s. Auslobung.	
Prioritätsgesetz v. J. 1822: über den Begriff des „Lohnes der verbrochenen Diener“ nach dessen §. 12 Nr. 4	401
Reallasten: Klage auf Fortentrichtung von solchen. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objectes. Erhebung derselben gegen ein Fideikommißgut	294, 296
Rechtserkimpfung: eheliches Güterrecht in dieser Grafenschaft	232 Note 22
Reclamatio uxoria des fränkischen Rechtes	243
Reklationsverstoß: Beseitigung eines solchen	368
Regreß: gegen Wittbürgen	391
Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeidung der Haftung für Schadenersatz anzustellen?	300
Retentionrecht: Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. Exceptio non rite impleti contractus	310
Rienet: eheliches Güterrecht dortiger Herrschaft	232
Rothenburg a. d. Tauber: eheliches Güterrecht daselbst	230
Schuldbriefe au porteur s. Inhaberpapiere.	
Schweinfurt: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Rechte	243, 258
S. auch fränkisches Recht.	
Senatus consultum Macedonianum: die Einrede aus demselben findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß	155

	Seite
Simulation: Wirkung der bei Errichtung einer Notarsurkunde vorgehenden	287, 355
Substanzirung der desfalls gegen ein notariell verlaubar-tes Rechtsgeschäft vorzubringenden Einrede	185
Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkun- deten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulir-ten Kaufschillinges gegeben wurde	209
Societas s. Gesellschaft.	
Soldaten s. unter Kompetenz in Strafsachen.	
Staatsdienstspragmatik v. 1. Jan. 1805: über den Be- griff der Versorgung im Sinne derselben	171
Stadiggericht s. Einzelrichteramt.	
Stapelrecht: Beweis der Unvordenklichkeit desselben. 22 Note 1	
Statutarrechte, bayerische s. Gütergemeinschaft.	
Statutenänderung s. Aktiengesellschaft.	
Statutenkollision: in Beziehung auf eheliche Güterver- hältnisse	47
Desgleichen hinsichtlich der Form der Eheverträge	140
Staußen: eheliches Güterrecht dieser Herrschaft	231
Subhastation: von Einzelrichterämtern auf Requisition der Landgerichtsgerichte vorgenommene, desfallsige Kompetenz- ausschcheidung	372
Subskription s. Aktiengesellschaft.	
Thailrecht	235
Thurnau: allgemeine Gütergemeinschaft daselbst 227, 242 Note 36, 251 Note 69	
Thurn und Taxis: Civilgerichte dieses Herrn Fürsten zu Regensburg	Weil. zu Nr. 9 S. 144
Todtschlag und Mord	81, 97
Ulm, eheliches Güterrecht daselbst	230
Untheilbarkeit s. Verpfändung.	
Unvordenklichkeit: über deren Beweis bezüglich sol- cher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Ver- jährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechts- titel nicht mehr erworben werden können	17, 33
Deren Beweis bei Forstrechten	35
Desgleichen beim Handlohn	34
Desgleichen bei Stapelrechten	22 Note 1
Unvordenklichkeit bei Reallasten, welche auf Fideikommiß- gütern lasten	299
Urtheil: Redaktionsverstoß in einem solchen	368
Vergleich: vertragmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungs- amte abgeschlossenen	415
Verjährung: über die zur erlöschenden Verjährung der Ehe- lasten erforderliche Zeit	78
Ob Unvordenklichkeit als solche zu betrachten sei?	17

Verlöbniß s. Eheverlöbniß.	
Vermittlungsamt s. Vergleich.	
Verpfändung: eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden	345
Versorgung: über den Begriff derselben im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805	171
Vertrag: mittelst Auslobung abgeschlossener	41
Wesentliche Bestimmungen eines solchen	286
Bedingung und Zeitbestimmung in die Willkür des durch denselben Verpflichteten gestellt	254
Exceptio non rito impleti contractus, Retentionsrecht	310
Kondizirung des aus einem nichtigen Vertrage Gegebenen.	409
Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erklärten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann	316
Ueber Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen	353
S. auch Notariatsgesetz Art. 14.	
Vindikation von Inhaberpapieren	79
Vormerkung s. Hypothekenvormerkung.	
Wandelungsklage: Verhältniß derselben zur Kauflag wegen Arglist des Verkäufers. Verjährung derselben	305
Wechsel s. Giro.	
Weissenburg: allgemeine Gütergemeinschaft nach dortigem Stadtrecht 129, 229, 242 Note 36, 258, 261	
Wetzheim: eheliches Güterrecht dieser Grafschaft	232
Windsheim: allgemeine Gütergemeinschaft daselbst 242 Note 36, 253, 258, 263	
Würzburg: allgemeine Gütergemeinschaft des dortigen Rechts 243, 258, 260	
S. auch fränkisches Recht.	
Zahlung: Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach“ abgetragen werden dürfe	157
Zeitbestimmung: in die Willkür des durch den Vertrag Verpflichteten gestellt	254
Zertrümmerung s. Gutsertrümmerung.	
Zinsen: in wie ferne bei Erhöhung des Zinsfußes eines Hypothekenskapitals Eintrag im Hypothekenbuche erforderlich ist	63
Zorn: Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit durch denselben bei Tödtungen	85
Zurechnungsfähigkeit bei Mord und Todtschlag	81, 97

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Gerichtsordnung.

Erstes Kapitel. §. 3. Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsfache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. 53. — §. 8. Forum arresti. 90. — §. 9. Die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Lösung einer Hypothekformelung gerichtete Klage gehört vor das forum rei sitae. 127. — §. 10. a) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliäreruktion in einer Handelsfache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliäreruktion auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. 113. b) S. §. 3. — §. 13. a) Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Sant über das Vermögen eines Fideikommissbesizers veranlaßten Administration des Fideikommisses ist das Fideikommißgericht zuständig. 27. b) Zuständigkeit für Klagen auf Supplirung des Ehekonkurses in den vormals fränkischen Fürstenthümern. 116. c) Ueber die Auscheidung der Kompetenz zwischen den ordentlichen und den Handelsgerichten s. unten die Abth. F. über Handels- und Wechselprozeß. d) Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten, Rechtsstreiten sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben. 107. — §. 22. Ueber den Rechtsbestand der fürstlich Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte zu Regensburg. Beilage zu Nr. 9 bei S. 144.

Zweites Kapitel. §. 2. a) Statutenkollision in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. b) Desgleichen bezüglich der Form der Eheverträge. 140.

Drittes Kapitel. §. 3. a) Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes im Grefutivprozeße angestellt werden. 320. b) Provisorien während des Schwebens der Sache in der Berufungsinstanz. 160.

Viertes Kapitel. §. 5. Begriff der Diffamation. 173.

Sechstes Kapitel. §. 2. Prozeßuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Veröffentlichung des Hypothekenbuches. 385. — §. 8. Substanziirung der exceptio non rite impleti contractus. 310. — §. 13. S. §. 2.

Siebentes Kapitel. §. 9. Umfang der Vollmacht, welche einem Anwalte in der Form eines Wechselgiro zum Inkasso gegeben wird. 300. — §. 10. a) Wo ist die Klage des Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsfache erlaufenen

Deferviten anzubringen? 53. b) Desgleichen die auf Zahlung der Deferviten, welche dem Anwalte durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobilienrekution in einer Handelsache erwachsen sind. 113.

Achtes Kapitel. §. 6. Realarrest gegen einen Inländer 89.

Neuntes Kapitel. §. 14. Beweis der Unvordenklichkeit. 17, 22 Note 1, 34 Note 3, 35, 299.

Dreizehntes Kapitel. §. 2. Zu Nr. 7 dieses §. und zum Gesetze v. 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der Israeliten betr. 110.

Vierzehntes Kapitel. §. 9. Beilegung eines Rekaktionsverstoßes. 368.

Fünfzehntes Kapitel. §. 9. Devolutiveffekt der Berufung bezüglich zu erlassender Provisorien. 160. — §. 12. S. Abschn. C zum Prozeßgesetz v. 1837 §. 54.

Sechzehntes Kapitel. §. 5. Reuterationsgesuch zur Beilegung eines Rekaktionsverstoßes. 368.

Siebenzehntes Kapitel §. 1. Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamt abgeschlossenen Vergleiches. 415.

Achtzehntes Kapitel §. 7. Kompetenzgrenzen bei den auf Requisition der Handelsgerichte durch Einzelrichterämter vollzogenen Subhastationen. 372. — §. 13 a) Unzulässigkeit der Einstellung der Partikularrekutionen bei Fristen- und Nachlassgesuchen ohne gleichzeitige eventuelle Unterwerfung unter das Cantverfahren. 395. b) Zulässigkeit solcher Einstellung, wenn das Arrangementsgesuch unter eventueller Insolvenzerklärung gestellt wird. 273.

Neunzehntes Kapitel. §. 2. Wenn das vom Gemein-schuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kauffchillings veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalbankrottes das Gericht des Wohnsitzes zuständig. 163. — §. 3. S. Kap. XVIII §. 13 a und b. — §. 18. Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesizers veranlaßten Administration des Fideikommißes ist das Fideikommißgericht zuständig. 27. — §. 19. Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse. 48.

B. Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

§. 12. Ueber den Begriff des „Viellohnens der verbrodeten Diener“ nach Nr. 4 dieses §. 401.

C. Prozeßgesetz vom 17. November 1837.

§. 54. Die Revision gegen zwei Erkenntnisse, durch welche die gerichtablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichförmig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist. 8.

D. Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 26. Die Klagen auf Supplirung des Ehekonfenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormalig fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. 116.

Art. 28. Delegation nach Abs. 1 dieses Artikels. 159.

Art. 76. a) S. Art. 26. b) Ueber den Rechtsbestand der fürstlich Thurn- und Taxis'schen Civilgerichte zu Regensburg. Beilage zu Nr. 9 bei S. 144.

E. Notariatsgesetz vom 10. Nov. 1861.

Art. 12. Bedeutung desselben für das Hypothekenwesen 148, 177.

Art. 14. a) Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobilienkaufe. 383. b) Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillinges bedürfen zu ihrer Gültigkeit der notariellen Verbriefung nicht. 61. c) Substanzirung der gegen ein notariell beurkundetes Rechtsgeschäft vorgeschützten Einrede der Simulation. 185. d) Ueber die Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung. 145. e) Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung für eine fremde Schuld ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hyp.-Ges. zum Art. 14 des Not.-Ges. 348. f) Ueber Bestellung und Cession von Hypotheken. 177, 193. g) Ueber die zur Cession von Hypothekforderungen notwendige Form. 1, 65, 106, 138. h) Zur Gültigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. 136. i) Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189, 357, 365. k) Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig. 282, 286. l) Ueber die Form der Cession einer Forderung, welche mit einem Hypothekentitel versehen ist. 196. m) Der Vertrag, durch welchen eine Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens geschlossen wird, bedarf der notariellen Beurkundung nicht. 387. n) Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen Vergleiches. 415. o) Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen. 409. p) Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde. 209. q) Umfang der Erbschverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erklärten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. 316. r) Ueber Rechtsbille gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind. 353.

F. Handels- und Wechselprozeß.

a) Die Forderung gegen einen Färber für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen. 121. b) Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte. 49. c) Die Klage gegen eine Dampfwaschaktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes. 369. d) Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, sofern nicht eine Handelsfache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte. 161. e) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsfache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. 53. f) Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarerекution in einer Handelsfache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarerекution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. 113. g) Umfang der Vollmacht, welche einem Anwalte in der Form eines Wechselgiro zum Incasso gegeben wird. 300. h) Die Stellung eines Pfistens- und Nachlaßgesuches des Schuldners ohne gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Gantverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekutionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen. 395. i) Dagegen darf das Handelsgericht nicht mehr mit Exekutionen gegen das Vermögen des Schuldners vorkreiten, wenn das ordentliche Gericht ein von dem Schuldner unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementsgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses die Beschlagnahme des Vermögens und die Einstellung der Partikularerекutionen verfügt hat. 273.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

a) Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung. 325. b) Statutenkollision über die Form der Eheverträge. 140. c) Desgleichen in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. d) Erziehung von Realklassen gegen ein Fideikommissgut. 298. e) Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften erforderliche Zeit. 78. f) Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? 327, 337. g) Von Mehre-

ren gemeinschaftliche Verpfändung untheilbarer Sachen. 345. h) Nichtigkeit simulirter Verträge. 355. i) Substanzirung der Einrede der Simulation. 185. k) Konbizirung desjenigen, was aus einem Kaufe außer dem Betrage des simulirten Kaufschillings gegeben wurde. 209. l) Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten gestellt. 254. m) Arglistiges Verhalten des Notars oder eines Kontrahenten bei der Vertragsbeurkundung. 355. n) Einrede des lösen Olausens zum Schutze gegen die Wirkungen der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs. 385. o) Ueber den Beweis der Unvorbenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. 17, 33. p) Unvorbenklichkeit zur Begründung von Realkasten, welche auf Fideikommissgütern lasten. 299. q) Unvorbenklichkeit als Titel von Forstrechten. 35. r) Desgleichen von Handlohn. 34 Note 3. s) Desgl. von Stapelrechten. 22 Note 1.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Eigenthum. a) Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. 412. b) Vinifikation von Inhaberpapieren. 79.

2) Servituten. a) Ueber den zur Ersetzung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben. 23. b) Beweis der Unvorbenklichkeit von Forstrechten mit Rücksicht auf Art. 34 des Forstgesetzes. 35.

3) Deutsche Realgerechtsame und besondere Güterverhältnisse. a) Klage auf Fortentrichtung von Realkasten. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objectes. Ersetzung von Realkasten gegen ein Fideikommissgut. 294. b) S. 2, b. c) Beweis der Unvorbenklichkeit, wenn ein höheres Anfallhandlohn, als zu fünf vom Hundert, begehrt wird. 34 Note 3. d) Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Gchastten nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit. 78. e) Form der Nabrungsverträge nach Würzburger Recht. 48. f) Der nur subsidiär Baurpflichtige ist in der Regel zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge für Kultusgebäude nicht verbunden. 321. g) Stapelrecht. Unvorbenklichkeit. 22 Note 1. h) Kompetenz zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommissbesizers veranlaßten Administration des Fideikommisses. 27. i) Ersetzung von Realkasten gegen Fideikommissgüter. 298.

4) Pfand-, insbesondere Hypothekenrecht. a) Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden. 345. b) Form der vertragsmäßigen Hypothekbestellung. 145. c) Bestellung und Cession von Hypotheken mit Rücksicht auf Art. 14 des Notariatsgesetzes. 177, 193. d) Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsailtigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. 348. e) Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. 412. f) Ueber die zur Cession von Hypothekencapitalien nothwendige Form. 1, 65, 106, 138, 177, 193. g) Zur

Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. 136. h) Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionsleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich? 189, 357, 365. i) Wenn von dem Cedenten einer Hypothekforderung die Haftbarkeit pro nomine bono übernommen, diese Uebnahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, ist dann ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig? 282, 286, 357. k) Cession einer mit einem Hypothekentitel versehenen Forderung. 196. l) Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjectes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objectes. 105. m) Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes im Executionsprozeße angestellt werden. 320. n) Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oessentlichkeit des Hypothekenbuches. 385. o) Hypothekariſche Sicherheit und Wechſelausstellung für dieselbe Forderung 111. p) Die wegen Mangels eines Hypothekentitels auf Löſchung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage ist eine dingliche. 127.

C. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Gegenstände. a) Regreß bei der Korrealverbindlichkeit. 392. b) Inhaberpapiere. Vindikation derselben. 79. c) Natur der Entschädigungsverbindlichkeit wegen eines durch Lokomotivfunken erregten Brandes. 124. d) Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbniſſe. 289. e) Umfang der Ersapfverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. 316. f) Haftung für Schadensersatz ein Anwalt, an welchen ein Wechsel zum Inkasso girirt war, wegen unterlassener Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers? 300. g) Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht. 48. h) Form der Eheverträge. Statutenkollision. 140. i) Ueber die durch das Notariatsgesetz v. 10. Nov. 1861 vorgeschriebene Form für einzelne Arten von Verträgen und die damit zusammenhängenden Rechtsfragen s. oben I, E. S. XX. k) Auslobung. Lebnisse und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch solche veranlaßten Wertes. 37, 41. l) Simulation bei der Beurkundung von Verträgen. 287, 355. m) Substanzirung der Einrede der Simulation. 185. n) Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach“ abgetragen werden dürfe. 157. o) Substanzirung der exceptio non rite impleti contractus. Retentionsrecht. 310. p) Cession von Hypothekentapitalien und von Forderungen mit Hypothekentiteln, Haftung pro nomine bono bei solchen Cessionen s. unter B, 4 lit. f — k.

2) Einzelne Obligationen aus Verträgen und vertragähnlichen Verhältnissen. a) Darlehen. Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt,

wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein *peculium adventitium irregulare* besaß. 155. b) Pfandvertrag. Gemeinschaftliche Verpfändung einer untheilbaren Sache durch mehrere Personen. Rückgabe des Pfandes. 345. c) Kauf. Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionseinschränkung. Retentionrecht. 310, 313. d) *Actio empti* wegen *dolus* des Verkäufers und deren Verhältniß zur *actio redhibitoria*. Verjährung der letzteren. 305. e) Kauf von Immobilien, Form derselben und Folgen der Nichtbeachtung dieser Form [oben unter I, E: zum Notariatsgesetze v. 10. Nov. 1861 Art. 14 S. XX. f) Nahrungsvertrag. Form desselben nach Würzburger Recht 48. g) Mandat, einem Anwalte durch Giro eines Wechsels zum Incasso erteilt. Umfang desselben. 300. h) Zur Lehre von der Auslobung. 37. i) Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Form des Vertrages über deren Eingehung. Auflösung derselben durch den Tod eines Mitgliedes. 387. k) Bürgschaft. Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden *beneficium cedendarum actionum*. 150. l) Regreß gegen Mitbürgen. 391, 393.

3) Obligationen aus unerlaubten Handlungen und den übrigen Entstehungsgründen. a) Natur der Entschädigungsverbindlichkeit aus einem durch Lokomotivfunken verursachten Brande. 124. b) Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäftes Gegebenen. 409. c) Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Vertrage des simulirten Kaufschillinges gegeben wurde. 209. d) Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtigen Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückergeben werden kann. 316. e) Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der *actio Pauliana* erstreiten, fällt in die Konkursmasse. 48.

D. Familienrecht.

a) Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbniß. 289. b) Die Klagen auf Supplirung des Eheconsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. 116. c) Form der Eheverträge. Statutenkollision. 140. d) Das Wort „Geding“ im bayerischen Landrechte Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegedinge, nicht aber auch vom Erbgedinge zu verstehen. 200. e) Kollision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. 47. f) Begriff des ehelichen Güterstandes der Gütereinheit. 235. g) Die eheliche Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. 225, 241, 257. h) *Reclamatio uxoria* des fränkischen Rechtes. 243. i) Fortgesetzte Gütergemeinschaft. 251. k) Errungenschaft bei der Gütergemeinschaft des Bayr. ruther Rechtes. 304. l) Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft dem Eheманne zustehende Befugniß, zum Heirathsgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern nach fränkischem Rechte. 53. m) Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt. 268. n) Die Einrede aus dem SC. Macedonianum findet nicht statt, wenn das

Hauskind zur Zeit des Darlehens ein *peculium adventitium irregulare* besaß. 155. o) Abtheilung des überlebenden Ehegatten mit den Kindern bei der Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. 248.

E. Erbrecht.

a) Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, erbfähige Personen? 327, 337. b) Vermögensauseinandersetzung bei der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, wenn eheliche Gütergemeinschaft nach den bayerischen Statuten bestand. 245. c) Das Wort „Gebing“ im bayer. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nicht vom Erbgebirge zu verstehen. 200.

III. Handels- und Wechselrecht.

a) Inwieferne ist die für ein projectirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung? 216. b) Dampfwalchaktiengesellschaft. 369. c) Bindikation von Inhaberpapieren 79. d) Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen den Aussteller oder Acceptanten einzulagern, vermöge dieses Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers anzustellen? 300. e) Wirkung des Indossamentes bei Wechselausstellung und hypothekarischer Sicherheit für dieselbe Forderung. 111. f) S. auch oben unter I, F: Handels- und Wechselprozeß S. XXL

IV. Kirchenrecht.

a) Qualität der bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, in vermögensrechtlicher Beziehung. 327, 337. b) Baupflicht an Kultusgebäuden. Verbindlichkeit zur Leistung der Feuerversicherungsbeiträge. 321. c) Eherecht s. unter II, D: Familienrecht S. XXIV.

V. Staatsrecht.

a) Fideikommißadministration bei ausgebrochener Conto über das Vermögen des Fideikommißbesizers. Kompetenzfrage. 27. b) Erhebung von Realsteuern gegen ein Fideikommißgut. 298. c) Ueber den Begriff der Versorgung im Sinne der Staatsdienstagmatik v. 1. Jan. 1805. 171

VI. Strafrecht und Strafprozeß.

1) Strafgesetzbuch von 1861. Art. 228. 229. Mord. Todtschlag. 81, 97.

2) Strafgesetzbuch von 1813 Th. II Art. 22. a) Wegen betrügl. Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über Gewährung eines Nachlasses an einer Forderung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der Urkunde stattfand. 204. b) Wegen eines Erpressungsversuches durch Zusendung eines Drohbrieves ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist. 280. c) Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus worin er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, ist wegen Vergehens des Jagdverwehrs das Gericht des Jagdgebietes, in welches hinübergeschossen wurde, zuständig. 169. d) Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die Einstellung des Strafverfahrens erloscht, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgesprochenen Verhaftbefehles unterblieb. 278.

Art. 27. a) Das bürgerliche Strafgericht, von welchem ein Soldat wegen mit Civilpersonen gemeinsam verübter Mente abgeurtheilt wurde, ist gegen diesen Soldaten wegen eines nach der Aburtheilung, aber vor eingetretener Rechtskraft von ihm allein verübten Vergehens zuständig. 92. b) Die in die aktive Armee eingereichten Soldaten haben auch nach dem Wehroverfassungsgesetze vom 30. Januar 1868 wegen Vergehens der Ungehorsamkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. 379. c) Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienstpräsens Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfanglich als Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen war. 144. d) Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstpräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat. 206.

Art. 30. Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande begangenen strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält. 238.

Berichtigungen.

©. 309 §. 18 v. u. statt: „(44, 3)“, lies: „(4, 44)“. Das. §. 17 v. u. statt: „(39, 1)“ lies: „(19, 1)“.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Obligate Form der Cession von Hypothekforderungen. — Die Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die gerichtablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichzeitig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist. — Ein bayerischer Militärbeamter, welcher seit seiner Pensionierung im Auslande lebt, hat mit seiner Familie seinen Gerichtsstand an dem Orte, wo er zur Zeit seiner Pensionierung in Garnison war. Die Bestimmung, welcher Kommandantur der pensionirte Beamte während seines Aufenthaltes im Auslande in militärischer Beziehung untergeordnet sein soll, ist für den Gerichtsstand ohne Einfluß. — Zur Erinnerung an Kant, Dollmann und Gläz.

Obligate Form der Cession von Hypothekforderungen¹⁾.

Bd. XXXI S. 113, 193, 195, 201, 232, 369; Bd. XXXII S. 340, 369.

Die Polemik über die Frage, ob die Cession von Hypothekforderungen nach Art. 14 des Not.-Ges. an die notarielle Verbriefung gebunden sei, fängt nachgerade an, etwas zu hitzig zu werden; der Artikel S. 369 ff. in Bd. 32 dieser Zeitschrift läßt den nicht sehr leisen Nachklang eines Stoßes in die Kriegstrompete zurück, welcher einige Zeit in dem Ohre fortsummet. Um was handelt es sich denn im Grunde bei dieser Sache?

Zwei Dinge sind von vorne herein ganz ge-

¹⁾ Bei Aufnahme dieses polemischen Artikels erinnert der Herausgeber an das schon öfter Gesagte, daß diese Blätter der Besprechung praktischer Rechtsfragen, besonders aus der neuen Gesetzgebung, von verschiedenen Seiten her offen stehen, — und behält sich für jeden Fall die Ausführung seiner eigenen Ansicht über die hier bestrittene Frage vor.

Dr. Steppes.

wiß; die Hypothek ist ein dingliches Recht an einer
 Liegenschaft, der Vertrag, welcher ein Hypotheken-
 recht von einer Forderung auf eine andere, von
 einer Person auf eine zweite überträgt, betrifft
 daher ein dingliches Recht an liegenden Grün-
 den und muß, um gültig zu sein, vom Notar
 errichtet werden. Die persönliche Schuldforder-
 ung gehört dagegen zu den beweglichen Gütern,
 ihre Uebertragung kann mündlich oder unter Privat-
 unterschrift wirksam geschehen. Wenn nun eine
 Forderung cedirt wird und in Folge hiedon auch
 die auf ihr haftende Hypothek auf den Cessionar
 übergehen soll, ja, vermöge gesetzlicher Vorschrift
 als etwas, was dazu gehört, von selbst mit über-
 geht, läßt sich nun sagen, dieser Vertrag betrifft
 ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache?
 Ja, er betrifft es mit, weil er den Uebergang der
 Hypothek auf einen neuen Inhaber bewirkt, weil
 ein Mitbetroffen aber immer ein Betroffen selbst ist,
 beiläufig ebenso wie die Theilnahme an einem Ver-
 brechen selbst Verbrechen und mit diesem auch gleich
 strafbar ist. Die Hypothek ist von der Forderung
 an das Schlepptau genommen, das Steuerruder,
 welches der Forderung eine andere Richtung gibt,
 bringt daher auch die Hypothek in ein neues Fahr-
 wasser; die Cession, welche das Schiff mit ihren
 Klauen ergreift, trifft deshalb nicht etwa bloß in einer
 Nachwirkung, sondern augenblicklich mit dem Schlage,
 den sie führt, mit dem Griffe, den sie thut, die
 Hypothek, welche nicht mehr in der Schwebe hängt,
 sondern nothwendiger Weise dem Impulse welchen,
 sich in die neue Lage, die ihr geschaffen wird, fügen
 muß. Die Hypothek wird daher unabwendbar, so
 lange nicht ein anderes verabredet ist, von der Ces-
 sion getroffen, mit betroffen, selbst betroffen, man
 kann beinahe sagen, von der Cession übertroffen,
 weil die Cession nunmehr ein jüngerer, dem des

Gedanten vorgehendes Recht begründet. Die Hypothek verhält sich zur Forderung, wie das Haus zur Schildkröte, sie ist bestimmt, solche vor Unfällen und Untergang zu schützen, mit dem kleinen Unterschiede, daß die Forderung ohne Pfandreht fortleben kann, was bei der Schildkröte ohne Haus nicht wohl möglich ist, und daß der Schild erst recht werthvoll wird, wenn das Thier daraus verkommen ist. Wer aber während des Zusammenhanges die Schildkröte trifft, der trifft auch ihren Schild, weil beide nur ein verwachsenes Dasein haben, der Verkauf der Schildkröte würde ohne Zweifel auch unerwähnt die Schaale, die sie auf dem Rücken trägt, in sich begreifen, also mit betreffen, also auch selbst betreffen. Diese Bilder sind wohl kaum so dunkel und schwer verständlich, als die der Apokalypse.

Rehren wir zu einer kühleren Anschauung der Sache zurück, so gibt die oben erwähnte Erörterung an ihrem Schlusse selbst zu, daß die Gesetzgebung wohl schwerlich beabsichtigt haben mochte, die Cessionen von Hypothekforderungen vom Bereiche des Art. 14 d. Not.-Ges. auszuschließen. Hievon läßt sich eine Vormerkung nehmen, mit dem Zusage, daß die Gesetzgebung auch guten Grund hatte, diese Absicht zu hegen, weil die jenem Art. 14 vorschwebende ratio legis auf die Hypothekforderung gleich gut paßt, wie auf das Grundstück selbst. Der ganze Verkehr mit dinglichen Rechten, welche sich an den Grundbesitz heften, sollte einmal auch außer seiner theilweisen Veröffentlichung im Hypoth.-Buche durch das öffentliche Ansehen der Notar.-Urkunden in eine leicht zugängliche Evidenz gesetzt werden; zur vertragmäßigen Errichtung einer Hypothek ist die Not.-Urkunde erforderlich, obschon auch das Hypoth.-Buch sie ausweisen muß, gewiß mit gleichem Rechte auch zur vertragmäßigen Uebertragung der Hypothek, da

es ziemlich auf Eins hinaus läuft, ob ich Geld herleihe und mir dafür ein Pfandrecht ausbedinge, oder ob ich ein schon ausbedungenes dem Gläubiger abkaufe; der Erwerb der dinglichen Sicherheit für eine Forderung ist überall der Zielpunkt des Gläubigers, nach dem Ausspruche des Pomponius: *Plus cautionis in re est, quam in persona.* Fr. 25 d. R. J. Dazu kommt noch, daß bei den meisten Hypothekcessionen das Hauptaugenmerk des Cessionars gewiß weit mehr auf das Unterpfand, als auf den persönlichen Credit des Schuldners fällt, wie der oberste Gerichtshof erst unlängst in einer Disziplinarsache gegen einen Notar unterm 30. Juli 1867 ausgesprochen hat (Just.-Min.-Bl. 1867 S. 179 Nr. 4). Zwischen dem Rentenkauf und dem Darlehen auf Hypothek liegt principiell gewiß eine große Kluft in Mitte; in dem Kapitalienhandel der Stadt München laufen aber die Ewiggelds- und die Hypothekenbriefe in gleichem Schritte neben einander fort, Jedermann fragt mehr nach der Sicherheit, als nach der Natur seiner Berechtigung, der Hypothekenbrief ist in den Augen der meisten Kapitalisten nur ein Träger der erkauften Rente, für den Fall, daß die Wiltten oder Zinsen stocken, will der Inhaber so gut als möglich vor Verlust geschützt sein, das ist für ihn die Hauptsache. Ob nun die Cession der Forderung wegen fehlgeschlagenen Ueberganges der daran hängenden Hypothek von Rechtswegen nichtig oder bloß der Rescission unterworfen sei, ist eine geringe Declination der Magnetnadel, die auf das rechte Ziel hinweist; gewiß bleibt immer so viel, daß sich dem Cessionar nie wider Willen zumuthen läßt, die persönliche Forderung, womit der Verkehr ungebunden ist, zu behalten, die Hypothek aber wegen der mißliebigen Laune des Art. 14 des M.G. fahren zu lassen; er ist einmal in seinen billigen Erwartungen ge-

täuscht, ihm fehlt eine ganz wesentliche Zugabe in seinen Kauf, er braucht diesen nicht zu halten, selbst dann nicht, wenn der Cedent bereit wäre, ihm die vermiste Hypothek nachträglich zu verschaffen; denn jener erhöhte Grad von Ueberlegung, den der Art. 14 d. Not.-Ges. in den Vertragsschließenden Theilen durch ihre Verweisung vor den Notar erwecken will, muß immer ein zweifacher sein: nicht bloß, der weggibt, auch der erwirbt, soll dadurch Anlaß bekommen, sich zur Vereisung seiner Absicht aufzuschwingen; eine gute Forderung mit einer schlechten Hypothek ist immer etwas Anderes, als was der Cessionar zu erwerben bezieht haben mochte.

Die Hypothek macht in den meisten Fällen eine Forderung erst flott und gut, sie hebt nicht selten deren Werth von 25 auf 100 Prozent in die Höhe; eine Forderung mit oder ohne gutes Unterpfand verhält sich daher beiläufig ebenso, wie ein ganzes Haus zu einem solchen, welches die Nacht über zur Hälfte niedergebrannt ist. Sicher ist anzunehmen, daß der Cessionar, welcher sich eine Hypothekforderung unter Privatunterschrift cediren ließ, nicht weiß, daß die Hypothek ihm wegen eines Formfehlers nicht wirksam überlassen ist. Erfährt er solches, so befindet er sich also ganz in der Lage eines Käufers, dem man sagt, daß gestern erkaufte Haus sei bereits über die Hälfte niedergebrannt, er habe nur eine Ruine erworben. Er wird sich daher auch mit vollem Rechte auf das fr. 57 de contrah. emt. (18, 1) berufen können: *ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellitur emtor, perlicere emtionem*; die Abtretung der Hypothek ist nichtig, die Cession der Forderung ohne Hypothek braucht er aber nicht zu halten. Die Verpflichtung des Verkäufers geht dahin, daß *dictum et promissum* abzugewähren; zwischen beiden unterscheidet das fr. 19 pr. de

aedil. Ed. (21, 1): Sciendum est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum (sc. venditorem) non debere. Der folgende §. 2 zeigt nun, was ein dictum und was ein promissum sei; aus fr. 66 de A. E. V. (19, 1) wissen wir überdies, daß auch rechtliche Eigenschaften, wie die Zuthat einer Dienstbarkeit oder eines Pfandrechtes, Gegenstand eines dictum et promissum sein können. Läßt sich nun wohl bezweifeln, daß, wenn Jemand ein Hypothekcapital cedirt, die Hypothek immer ein promissum und nicht ein bloßes dictum sei? Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet. Fr. 6 D. de her. vel act. vend. (18, 4). Ist die praestatio pignoris wegen eines formellen Fehlers der Uebertragung vereitelt, so fällt auch die innig damit verflochtene venditio nominis in sich zusammen; denn dem Cessionar würde außerdem das doch vom Gesetze bezielte spatium deliberandi für den Erwerb eines dinglichen Rechtes bis zur Besiegelung des Notars entschlüpfen.

Wenn also die Sache so einfach und so natürlich ist, wozu der große Aufwand von civilistischer Gelehrsamkeit, um sie in ein anderes Geleise zu schieben? Wenn der Wortlaut mit dem Grunde des Gesetzes, und beide überdies mit der zugegebenen Absicht des Gesetzgebers übereinstimmen, wie kann es überraschen, daß die oberstrichterliche Rechtsprechung bei diesem Ziele anlangt? Aus Allem tritt vielmehr hervor, daß im Geiste des Art. 14 d. Not.:Ges. ein Vertrag auch dann ein dingliches Recht an einer Liegenschaft betrifft, wenn das letztere in nächst mittelbarer Folge Gegenstand des ersteren ist, wenn er dessen Entstehung, Uebergang oder Erlösung bewirkt.

Das Bedauerliche bei diesem gelehrten Kampfe der Meinungen, dessen weitere Fortsetzung nicht über-

raschen soll, ist nur das geringe praktische Interesse, was sich an die Bekämpfung der bisher gleichförmig festgehaltenen Ansicht des obersten Gerichtshofes anknüpft. Es kann sich dabei um Nichts als die Ersparung der Briefstape, des Stempels und der Notariatsgebühr handeln, alle drei sind aber nur unbedeutend. In den Basiliken oder Gerichtshallen des alten Rom saßen die Tabellionen bekanntlich zu offenem Kram und Laden; die Amtsstuben unserer Notare sind von Morgens bis Abends offen, wie die Buden der Geldwechsler. Wer ein Hypothekkapital cediren oder cedirt übernehmen will, darf nur eintreten und eine kleine Urkunde darüber aufnehmen lassen; im Hypoth.-Buche muß die Sache ja doch zur Sicherheit des Cessionars auf alle Fälle berichtet werden²⁾. Wozu also das beharrliche Sträuben gegen die notarielle Verlautbarung und deren Erforderniß? Dem gelehrten Vertheidiger dieser Abneigung war vielleicht bei der eifrigen Entwicklung seiner Einwürfe das glückliche Wort des Fürsten Talleyrand im Augenblicke nicht gegenwärtig, mit dem er die Instruction für einen feurigen Gesandten schloß:

Surtout pas trop de zèle.

* * * *

²⁾ In der allgem. Zeitung, Beilage vom 15. Decemb. 1867 S. 5583 schlägt ein Münchner Korrespondent h., der dem Ges.-Geb.-Aussschuß der R. d. Abg. ziemlich nahe zu stehen scheint, die elective Zulassung des Inbassamentes von Hyp.-Briefen auf Namen oder auf Inhaber statt der notariell verlautbarten Cession als ein Mittel der Geschäftsvereinfachung vor.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Die Revision gegen Erkenntnisse, durch welche die gerichtliche ablehnende Einrede in zwei Instanzen gleichförmig verworfen worden ist, findet nicht statt, wenn in der Hauptsache die Revision unzulässig ist.

Vgl. Bb. V S. 248; Bb. VI S. 71, 374; Bb. VII S. 361 und Plen.:Beschl. d. ob. Gerichtshofes v. 13. Dez. 1848, Abt. 1849 S. 12.

In einem Exekutivprozeße war in beiden Instanzen die Einrede der Inkompetenz der ordentlichen Gerichte — weil angeblich eine Handelsache vorliege — verworfen, und der Beklagte unter Vorbehalt der Nachklage bezüglich der vorgeschützten Einrede der Zahlung verurtheilt worden, die eingeklagte Darlehensforderung zu 1000 fl. zu bezahlen. Der Beklagte wendete in beiden Beziehungen die Revision ein, welche als unzulässig abgewiesen wurde aus nachstehenden Gründen:

„Nach §. 54 Nr. 6 des Proj.:Ges. v. 17. Nov. 1837 ist die Revision gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen unter der Voraussetzung im Exekutivprozeße unstatthaft, daß dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß auch die Frage über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in den Vorinstanzen Gegenstand des Streites gewesen, und in der Revision zum Gegenstande der Beschwerde gemacht worden ist. Wenn der oberstrichterliche Plenarbeschluß vom 13. Dez. 1848 die Zulässigkeit der Berufung zur

britten Instanz gegen die in zwei Instanzen gleichförmig ausgesprochene Verwerfung der gerichtsab-
 lehrenden Einrede davon abhängig macht, daß über
 den gleichzeitig in der Hauptsache erlassenen Aus-
 spruch Berufung ergriffen wird, so hat dieses
 sachgemäßer Weise den Sinn, daß die materielle
 Würdigung des Streites durch die eingelegte Be-
 rufung Gegenstand der oberstrichterlichen Aburtheil-
 ung geworden sei, weil der Richter zu dieser nur
 gelangen kann, wenn die Kompetenzfrage bejahend
 entschieden ist. Ist aber diese materielle Würdig-
 ung selbst nach Maßgabe des Streitgegenstandes
 ausgeschlossen, so kann die Einlegung einer unzuläs-
 sigen Berufung in der Hauptsache auf die Zulassung
 der Beschwerde im Betreffe der gerichtsab-
 lehrenden Einrede keine Wirkung äußern; eine Entscheidung
 über dieselbe wäre überflüssig. Es war demnach die
 Revision als unzulässig abzuweisen.“

DAÖG. v. 15. Okt. 1867 Nr. 1062^{66/67}.
 §.

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

Ein bayerischer Militärbeamter, welcher seit seiner Pensio-
 nierung im Auslande lebt, hat mit seiner Familie seinen
 Gerichtsstand an dem Orte, wo er zur Zeit seiner Pen-
 sionierung in Garnison war.

Die Bestimmung, welcher Kommandantschaft der pen-
 sionirte Beamte während seines Aufenthaltes im Auslande
 in militärischer Beziehung untergeordnet sein soll, ist für
 den Gerichtsstand ohne Einfluß.

Am 23. Juli 1867 war zu Freiburg im Groß-
 herzogthum Baden Anna Josepha, Gattin des f.

bayerischen pensionirten Regimentsauditors F. gestorben. Der gedachte f. Auditor war in der letzteren Zeit vor seiner am 22. Juli 1860 erfolgten Pensionirung der f. Stadtkommandantschaft Nürnberg zugetheilt gewesen und hatte sich von da mit allerhöchster Erlaubniß in das Großherzogthum Baden begeben.

Ueber den erwähnten Todesfall ist an die f. Stadtkommandantschaft Aschaffenburg Anzeige erstattet worden, weil der gedachte f. Auditor seit seiner Pensionirung und seit der Verlegung seines Wohnsitzes in das Ausland der genannten Kommandantschaft in dienstlicher Beziehung unterstellt war.

Diese Behörde theilte die ihr gemachten Mittheilungen dem f. Stadtgerichte Nürnberg als forum des letzten Wohnortes, welchen der Auditor F. in Bayern gehabt hatte, zur Erledigung mit.

Letzteres aber gab mittelst Note vom 12. Aug. 1867 die Akten an das f. Stadtgericht Aschaffenburg ab, weil es der Ansicht war, daß dieses Gericht wegen der dienstlichen Zuthellung des Auditors F. an die dortige Stadtkommandantschaft zuständig sei.

Daß f. Stadtgericht Aschaffenburg lehnte nun in einer unter dem 24. deß. M. an das f. Stadtgericht Nürnberg erlassenen Note seine Zuständigkeit ab. Da jedoch das f. Stadtgericht Nürnberg auf seiner früheren Ansicht beharrte, lag ein verneinender Kompetenzkonflikt vor, welcher vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

daß zur Behandlung der vorerwähnten Verlassenschaft das f. Stadtgericht Nürnberg zuständig sei.

Diesem Ausspruche sind nachfolgende Gründe beigegeben:

Durch die erwachsenen Akten, insbesondere die

Schreiben der k. Stadtkommandantenschaft Aschaffenburg, steht fest, daß der Ehegatte der Erblasserin, der k. Regimentsauditor F., ehe er pensionirt wurde und seinen Wohnsitz im Großherzogthum Baden nahm, seine Garnison in Nürnberg hatte, wo er im aktiven Militärdienste stand, daß sonach Nürnberg vor seiner Uebersiedelung in das Ausland sein und seiner Ehefrau letzter Wohnort in Bayern war, so wie, daß er mit seiner Gattin nie, wenigstens in neuerer Zeit nicht, in Aschaffenburg gewohnt habe.

Es ist ferner durch die Akten und auch durch die eigene Erklärung des Auditors F. konstatirt, daß weder er, noch seine verlebte Ehefrau, aus dem bayerischen Staatsverbande getreten sind. Es ist daher unzweifelhaft, daß nur ein bayerisches Gericht zur Auseinandersetzung der vorwürfigen Verlassenschaft zuständig ist, weil jeder bayerische Staatsangehörige, so lange er diese Eigenschaft behält, unter der Jurisdiktion der bayerischen Gerichte verbleibt, soweit Jurisdiktionsverträge mit auswärtigen Staaten nichts Anderes bestimmen.

Dies wird auch von den in Konflikt begriffenen Gerichten anerkannt. Von den bayerischen Gerichten, deren Zuständigkeit hier überhaupt in Frage kommen kann, ist dieselbe aber demjenigen Gerichte zu vindiziren, in dessen Bezirk die F.'schen Eheleute vor ihrem Wegziehen in das Ausland ihren letzten Wohnsitz hatten, weil dieses Wegziehen an deren allgemeinem Gerichtsstande eine Aenderung nicht hervorbrachte, denselben weder bei einem badischen Gerichte, noch bei einem anderen bayerischen Gerichte neu begründete. Daß mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraute Gericht, in dessen Bezirke der k. Auditor F. mit Frau zuletzt in Bayern domicilirte, ist aber das k. Stadtgericht Nürnberg.

Dieses hält sich deswegen für unzuständig,

weil der gedachte f. Auditor mit seiner Pensionirung der f. Stadtkommandantschaft Aschaffenburg zugetheilt worden sei; allein mit Unrecht. Wie sich aus dem Schreiben dieser Behörde vom 14. Sept. 1867 ergibt, hat die Zutheilung pensionirter bayerischer Offiziere oder Militärbeamten, welche im Auslande sich aufhalten, an bayerische Kommandantschaften im Inlande nur die Bedeutung, ihnen eine Behörde für jene dienstlichen Beziehungen zu geben, welche durch die Pensionirung nicht gelöst worden sind; insbesondere in Betreff der militärischen Heirathskautionen und ähnlicher Angelegenheiten. Es ist klar, daß, so lange solche pensionirte Offiziere oder Militärbeamte nicht ihren Wohnsitz an dem Orte aufschlagen, wo die auf diese Art bezeichnete Kommandantschaft ihren Sitz hat, für sie ein Gerichtsstand vor den an demselben Orte befindlichen bürgerlichen Gerichten nicht begründet wird; denn hiezu würde erfordert werden, daß mit der Zutheilung der im Auslande lebenden Pensionisten an eine Kommandantschaft des Inlandes die Fiktion eines Domiziles ausdrücklich oder der Natur der Sache nach verknüpft wäre, was der Fall nicht ist.

Erk. d. O.G.P. v. 6. Dez. 1867, UB. Nr. 72.

Zur Erinnerung an Faut, Dollmann und Glück.

Seit der Unterzeichnete vor nun neun Jahren die Herausgabe der Blätter für Rechtsanwendung übernahm, sind die in der Aufschrift genannten drei Männer zur ewigen Ruhe heimgegangen.

Daß nicht alsbald nach Lauf's Tode von demselben in diesen Blättern Kunde gegeben wurde, mag auffallen, da Lauf's Antheil an dieser Zeitschrift von deren ersten Bänden an bis kurze Zeit vor seinem Tode ein eben so eifriger als in den Leistungen ausgezeichnet war. Besonders Jene mochten diese Unterlassung als Impietät ansehen, welche wußten, wie langjährige und innige Freundschaft den Verstorbenen und den Herausgeber verband. Allein der einzige Grund jener Unterlassung war der Umstand, daß bald nach Lauf's Tode in öffentlichen Blättern und gelehrten Zeitschriften, insbesondere auch in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege (Bd. IX S. 277), die den allermeisten Lesern dieser Blätter zur Hand ist, ausführliche und ihre Aufgabe erschöpfende Nekrologe erschienen.

Der gleiche Grund (vgl. die angef. Zeitschrift Bd. XIII S. 663) trat bei Dollmann's Tode ein, welcher seit langer Zeit und bis zu seinem Ende ausgezeichnete Beiträge zu den Blättern lieferte und Mitherausgeber derselben war.

Nur darum wird erst jetzt, wo der Tod eines weiteren Mitarbeiters anzuzeigen ist, auf die Gräber des lieben Freundes Lauf und des verdienstvollen Dollmann der Dank niedergelegt für ihre langjährige und ausgezeichnete Mitwirkung an Seuffert's segensreichem Unternehmen.

Am 14. Oktober 1867 wurde neben den Ruhestätten seiner drei genannten Freunde auch Christian Karl Glück zur Erde bestattet. Er war am 8. Okt. 1791 zu Erlangen geboren, der älteste Sohn des geheimen Hofraths und Professors der Rechtswissenschaft, Dr. Christian Friedrich Glück, des Verfassers des bekannten Pandekten-Kommentars.

Schon an Michaelis 1807 bezog er die Universität Erlangen, die er an Ostern 1811 verließ, um zuerst bei dem Landgerichte Uffenheim, dann bei dem zu Erlangen unter Buchta, zuletzt bei dem sehr tüchtigen Advokaten Macco in Uffenheim, zu praktiziren. Im Juni 1816 bestand er mit bestem Erfolge des Staatsdienstexamen und erlangte am 17. April 1817 unter dem Vorstehe seines Vaters die Doktormürde von der Juristenfakultät zu Erlangen.

Nach einer halbjährigen Funktion am Landgerichte Ansbach wurde Glück im Herbst 1818 zum ersten rechtskundigen Rathe bei dem neugebildeten Magistrate seiner Vaterstadt erwählt, lehnte aber die ihm nach drei Jahren zugedachte Wiederwahl wegen seiner entschiedenen Vorliebe für das Richteramt ab. Seine erste Anstellung in diesem fand er durch seine am 24. Dezember 1821 erfolgte Ernennung zum Assessor des Kreis- und Stadtgerichtes Bayreuth.

Bald darauf, am 16. September 1822, wurde Glück zum Rathe am Kreis- und Stadtgerichte Ansbach befördert. Im August 1827 wurde er Assessor, im Juli 1837 Rath am Appellationsgerichte zu Ansbach. Bei der Verlegung dieses Gerichtshofes nach Eichstätt bat er um Versetzung nach Bamberg, welche am 2. April 1838 bewilligt und von wo er am 19. August 1841 zum Oberappellationsgerichtsrathe befördert wurde. Im Jahre 1852 wurde er durch Verleihung des Verdienstordens vom h. Michael ausgezeichnet.

Nabezu achtzehn Jahre wirkte er am obersten Gerichtshofe und würde seiner Neigung nach diese schöne Thätigkeit noch lange nicht aufgegeben haben, wenn nicht ein dienstlicher Vorgang, bei dem ihn

die gewählte Form kränkte, ihn veranlaßt hätte, bei zurückgelegten vierzig Dienstjahren den Ruhestand nachzusuchen, welcher ihm am 11. April 1859 unter Anerkennung seiner treuen und ausgezeichneten Dienstleistung bewilligt wurde.

Als die schönste Periode seines Geschäftslebens bezeichnete Glück allezeit seine Thätigkeit am Appellationsgerichte zu Ansbach, wo er unter ausgezeichneten Vorständen im freundschaftlichen Umgange mit den tüchtigsten Kollegen lebte. Zur innigsten Freundschaft, die nur der Tod lösen konnte, verband er sich dort mit Johann Adam Seuffert, der seit 1834 diesem Gerichtshofe angehörte.

Nicht lange nach seiner Quieszierung bildete sich ein Leiden in den Unterleibsorganen aus, welches ihn zuletzt an das Zimmer fesselte. Ungezwängt blieb aber seine geistige Kraft bis zum letzten Athemzuge, den er am Abende des 11. Oktober 1867 aushauchte.

Glück war ein Mann von scharfem Verstande und von den umfassendsten und gründlichsten Kenntnissen sowohl in der Rechtswissenschaft als in allen derselben verwandten Zweigen des Wissens. Wie schon erwähnt, war seine liebste Thätigkeit die richterliche, zu der ihn ebenso seine Anlagen und Kenntnisse als sein fester Charakter, seine Gewissenhaftigkeit in der Pflichterfüllung, sein feines Rechtsgefühl befähigten. Seiner schriftstellerischen Thätigkeit verdanken wir außer seinen ausgezeichneten Arbeiten in diesen Blättern eine (systematisch geordnete und mit verweisenden und kritischen Noten versehene) Sammlung ehegerichtlicher Entscheidungen (München, 1864), welcher eine nur zu amtlichem Gebrauche gedruckte Präjudiziensammlung aus der ehegerichtlichen Praxis (1838) vorausgegangen war. Die Blätter für Rechtsanwendung

hatte er mit Seuffert im Jahre 1836 gegründet und sich bis zu seinem Ende an deren Herausgabe betheiligt. Bei Verhinderung Seuffert's besorgte Glück alle Redaktionsgeschäfte. Noch in der vorletzten Woche seines Lebens arbeitete er für die Blätter.

Von hohem Werthe und als historische und kunstgeschichtliche Spezialstudie von Bedeutung ist auch seine reiche, vortrefflich geordnete und mit Nachweisungen versehene Sammlung von Bildnissen.

An der Politik nahm er nur einmal thätigen Antheil, als er von seiner Vaterstadt Erlangen in das Frankfurter Parlament gewählt war, wo er mit der Rechten stimmte. Der Verlauf der Ereignisse veranlaßte ihn in den ersten Tagen des September 1849 zur Rückkehr nach München. Dagegen hat Glück als Kirchenvorsteher der Münchener protestantischen Gemeinde sich zweimal an Generalsynoden mit der erspriesslichsten Wirksamkeit betheiligt.

Glück's Privatleben war von allen Tugenden geziert. Seine Bescheidenheit, sein milder, frommer Sinn, sein thatbereites Wohlwollen nicht nur gegen seine Angehörigen und Freunde, sondern gegen Jeden, dem er nützen konnte, werden im liebenden Andenken Aller bleiben, die ihn kannten. Ueber seinen Werth als Jurist kann das Urtheil einer französischen fachwissenschaftlichen Zeitschrift ¹⁾ angeführt werden, welche seinem Talente und seiner Gelehrsamkeit volle Gerechtigkeit widerfahren läßt.

Dr. Steppes.

¹⁾ Januarheft 1861 der revue de legislation et de jurisprudence, tome XVIII.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. — Ueber den zur Erfüllung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben. — Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Kant über das Vermögen eines Fideicommissars veranlaßten Administration des Fideicommisses ist das Fideicommissgericht zuständig.

Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können.

I. Es gibt ältere und neuere Gesetze, welche bestimmen, daß gewisse Rechte nicht durch Verjährung erworben werden können.

In solchen Fällen ist es nicht zweifelhaft, daß eine gewöhnliche Verjährung, welche beim Eintritte eines derartigen Gesetzes noch nicht vollendet war, durch nachfolgende Besitzhandlungen auch nicht mehr vollendet werden konnte; es fragt sich aber, ob sich diese Wirkung auch auf den Beweis der Unvordenklichkeit erstreckt?

Manche werden mit dem Sage: „ubi lex non distinguit etc.“ schnell bei der Hand sein; wenn aber gezeigt werden kann, daß der unvordenkliche Zustand die Erwerbung eines neuen Rechtes überhaupt nicht bewirke, so wird man auch zugeben müssen, daß ein Gesetz, welches nicht zu-

läßt, daß ein neues Recht durch Verjährung erworben werde, nicht auf die Unvordenklichkeit zu beziehen sei.

Ob nun der Zustand der Unvordenklichkeit die wirkliche Erwerbung oder nur die Vermuthung eines Rechtes begründe, ist allerdings eine sehr bestrittene Frage; vergleicht man jedoch die beiderseitigen Gründe, so dürfte das Uebergewicht wohl auf die letztere Seite fallen (vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 344 Nr. 3).

Es soll hier nicht der ganze Streit aus der in diesem Punkte so reichen Literatur wiederholt, sondern nur in aller Kürze dasjenige angeführt werden, was der ersteren Meinung hauptsächlich entgegensteht und von den Anhängern derselben bisher in genügender Weise nicht widerlegt worden ist.

Würde durch die Unvordenklichkeit ein neues Recht erworben, so müßte man auch einen Zeitpunkt dieser Erwerbung bestimmen können, was aber schlechterdings nicht der Fall ist. Von besonderer Wichtigkeit ist auch die Betrachtung der gegen den Immemorialbeweis stehenden Gegenprobe; zwar nicht derjenigen, welche sich innerhalb der zwei letzten Menschenalter bewegt, wohl aber derjenigen, deren Thatfachen einer noch früheren Zeit angehören.

Wenn Jemand eine bewegliche Sache als Pfand gibt und der Pfandnehmer dieselbe widerrechtlich verkauft, so erwirbt der Käufer, insofern er in gutem Glauben besitzt, nach drei Jahren das Eigenthum. Möchte der Pfandgeber den glänzendsten Beweis seines Eigenthumes und des an ihm begangenen Unrechtes zu liefern im Stande sein, er dürfte auf eine der Ersizungszeit vorausgegangene Zeit nicht zurückgehen, weil durch die Ersizung ein neues Recht erworben und das alte ausgelöscht wird.

Ganz anders verhält es sich mit der Unvordenklichkeit. Es ist nämlich mit Grund noch nicht bestritten worden, daß, wenn der Prätendent vollen Inmemorialbeweis geliefert hat, dieser Beweis durch Thatfachen entkräftet werden könne, welche einer noch früheren Zeit, als welche jener Beweis umfassen muß, entnommen sind, und welche zeigen, daß der bisherige Zustand einen bestimmten, dem gegenwärtig behaupteten Rechte entgegenstehenden Anfang genommen habe, daß die bisherigen Ausübungen keine Ausflüsse des nun behaupteten Rechtes seien, daß ihnen vielmehr ein anderes älteres Recht oder ein Rechtsatz vernichtend entgegenstehe.

Aus der Zulassung einer solchen Gegenprobe, welche das materielle Recht, so wie es abgesehen von den Wirkungen einer Verjährung besteht, zu ihrem Gegenstande hat, und welche daher in der Richtung gegen jeden Ersitzungsabweis als ganz und gar unerheblich zu verwerfen wäre, ergibt sich als nächste Folge, daß die Wirkung der Unvordenklichkeit nicht als Ersitzung (Erwerbung), sondern nur als Vermuthung zu bestimmen ist.

Deshalb behandeln die Schriftsteller, welche nur eine Vermuthung annehmen, die Unvordenklichkeit auch nicht in der Lehre von der Verjährung als eine Art derselben, sondern in der Lehre von den Wirkungen der Zeit; sie sprechen ihr den Charakter einer wirklichen Verjährung völlig ab und versagen ihr auch den täuschenden Namen derselben, so wie sie folgerichtig auch die Regel aufstellen, daß ein Gesetz, welches für irgend ein Rechtsverhältniß alle Verjährung untersagt, auf die unvordenkliche Zeit nicht bezogen werden dürfe.

Savigny, welcher (Enst. Bd. IV S. 530) unter diese Schriftsteller zählt und die Auffassung der unvordenklichen Zeit als Verjährung für durchaus verwerflich erklärt, empfiehlt aber dennoch, die

bemerkte Regel mit Vorsicht anzuwenden, indem es, da es sich in einem solchen Falle lediglich um die Auslegung eines neuen Gesetzes handle, nicht sowohl darauf ankomme, ob die unvordenkliche Zeit in der That eine Verjährung sei, als darauf, ob sie dieser Gesetzgeber für eine Verjährung angesehen habe.

Es läßt sich die Unanwendbarkeit jener Regel gewiß dann nicht bestreiten, wenn bestimmte Anzeigen dafür vorliegen, daß der Gesetzgeber auch die Ausschließung der Unvordenklichkeit beabsichtigt habe; wenn aber solche Anzeigen fehlen, so wird man wohl das Gegentheil annehmen müssen, weil mit Grund vorauszusetzen ist, daß dem Gesetzgeber (wenigstens in unserer Zeit) der Streit, ob Ersetzung oder Vermuthung, nicht unbekannt geblieben sei, und weil es ihm daher, wenn er auch die Unvordenklichkeit ausschließen wollte, ein Leichtes gewesen wäre, durch ausdrückliche Erwähnung derselben jeden Streit zu beseitigen.

Im bayerischen Landrechte ist jedoch die unvordenkliche Zeit entschieden als Verjährung aufgefagt. Sie wird in Th. II Kap. IV unter den verschiedenen Verjährungsarten als solche aufgeführt und behandelt, und sie bewirkt also vermöge der alle Verjährungsarten umfassenden Bestimmung des §. 1 die Erwerbung des Eigenthumes oder anderer Gerechtsame. In den Anmerkungen (§. 9 Nr. 1 lit. d u. f) wird gesagt, man lasse den Streit, ob die Unvordenklichkeit nicht vielmehr eine praesumptio als eine praescriptio sei, in theoria auf seinem Werthe beruhen; durch die allgemeine Praxis aber, mit welcher sich auch codex konformire, sei diese species praescriptionis einmal rezipirt.

Nichts desto weniger spricht Fhr. v. Kreittzmaier in Note 3 doch nur von einer durch die unvordenkliche Zeit begründeten Präsumtion, welche

nicht *juris et de jure* sei, sondern eine Gegenprobe zulasse, so wie er auch in Note 4 (drittens) als feststehende Regel annimmt, daß die unvordenkliche Verjährung unter einem Generalverbote der Verjährung niemals verstanden, sondern allezeit *tacite pro excepta* gehalten werde, soferne nicht im Gesetze eine ausdrückliche Meldung dieser Präskription in specie geschehe.

Hiedurch geräth der Verfasser der Anmerkungen mit sich zwar in scheinbaren, aber doch nicht wirklichen Widerspruch, weil sich die Kap. IV §. 1 erwähnte Erwerbung des Rechtes auch so denken läßt, daß, wenn der Immemorialbeweis geliefert und nicht durch eine an sich zulässige Gegenprobe elidirt wird, in Folge der hiedurch begründeten Präsumtion das Recht als in unbekannter Vorzeit rechtmäßig erworben betrachtet, erst jetzt aber zur rechtlichen Gewißheit gebracht und durch richterliches Erkenntniß gegen Anfechtung gesichert werde; und weil obenbemerkte Regel, auch wenn man die Unvordenklichkeit als Verjährung auffaßt, doch aus den Eigenthümlichkeiten derselben und insbesondere daraus erklärt werden kann, daß ihre Einführung auf der Erwägung beruht, daß bei einem Zustande, dessen Ursprung durch die Länge der Zeit verborgen ist, auch die Rechtmäßigkeit des Ursprunges nicht Gegenstand des Beweises sein könne, daß aber das Recht darum nicht schutzlos bleiben dürfe.

Puchta (Pand. §. 77 u. Vorles.) geht im Wesentlichen denselben Weg, wie Frhr. v. Kreitzmayr, nur ist er sicherer im Gedankengange und bestimmter im Ausdrucke. Er behauptet, daß jener Streit über Ersizung (Erwerbung) oder Vermuthung ganz unnütz sei, weil sich die Fragen, deren richtige Beantwortung man davon abhängig machen zu müssen glaubte, daß die Wirkung der Unvordenklichkeit nur in einer Vermuthung bestehe, eben

so richtig aus dem anderen Principe entscheiden lassen. Bezüglich der Gegenprobe habe man nur nicht anzunehmen, daß dieselbe gegen das Recht, sondern daß sie gegen die unvordenkliche Zeit gerichtet sei, und die obenbemerkte Regel ergebe sich auch daraus, daß die Unvordenklichkeit gerade diejenigen Fälle, wo eine gewöhnliche Verjährung nicht zulässig ist, zur Sphäre ihrer Anwendung habe, weshalb sie, wenn ein Gesetz die Verjährung als Erwerbsart eines gewissen Rechtes nicht zuläßt, erst recht an ihrem Platze sei.

Es geschieht demnach nicht ohne guten Grund, wenn man behauptet, daß, wenn ein Gesetz der bezeichneten Art besteht, und nicht bestimmte Anzeigen vorliegen, welche die auch auf die Ausschließung der Unvordenklichkeit gerichtete Absicht des Gesetzgebers erkennen lassen, sowohl nach gemeinem als nach bayerischem Rechte zum Beweise der Unvordenklichkeit auch solche Besitzhandlungen zuzulassen seien, welche erst nach Einführung jenes Gesetzes ausgeübt worden sind ¹⁾.

(Schluß folgt.)

¹⁾ Gleiche Behauptung siehe Bl. f. N. A. Bd. II S. 329, Bd. X S. 65, Bd. XXII S. 281; Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 305. Ein besonders bemerkenswerther Rechtsfall ist dagegen folgender: eine Stadt am Maine hatte gegen den k. Fiskus wegen Einziehung eines von ihr seit unvordenklicher Zeit ausgeübten Stapelrechtes eine Entschädigungsklage angestellt. Das Appellationsgericht (damals I. Instanz) überbürdete der Klägerin den Beweis der Unvordenklichkeit rückwärts vom Zeitpunkte der Einziehung; der oberste Gerichtshof erschwerte aber diesen Beweis dahin, daß derselbe rückwärts vom Jahre 1356 zu

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Ueber den zur Erfüllung der Servituten erforderlichen Willen, ein Recht auszuüben.

Es ist in der Theorie (vgl. z. B. Windscheid Pand. Bd. I S. 410 in Note 6 mit Bangerow Pand. VI Aufl. Bd. I S. 872 Eing. der Ziff. 3) wie in der Praxis (vgl. Seuffert Archiv Bd. VII Nr. 154, Bd. VIII Nr. 292, Bd. XVII Nr. 14 mit Bd. VIII Nr. 220 u. 236) gleich bestritten, ob zur Erfüllung der Servituten der Wille erforderlich sei, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, oder ob dazu der Wille genüge, das fragliche Recht überhaupt als eigenes zu üben, so daß auch derjenige die Servitut erwirbt, welcher während der erforderlichen Zeit das Recht an einer fremden Sache, welche er für seine eigene hält, ausübte.

liefern sei. Von diesem Jahre datirt sich nämlich die goldene Bulle Kaisers Karl IV., in welcher bestimmt ist, daß derlei Rechte, wie das fragliche Stapelrecht, durch Verjährung nicht mehr erworben werden können. In den Entscheidungsgründen ist die Frage, ob durch diese Bestimmung für die Folgezeit auch die Unvordenklichkeit ausgeschlossen sei, gar nicht berührt, deren Bejahung schon als selbstverständlich angenommen. Das Beweisverfahren dauerte 23 Jahre, indem ganze Massen archivalischer Urkunden und Aktenbände herbeigeschafft werden mußten, und endigte im J. 1857, wie vorauszusehen, mit Entbindung von der Klage, deren Summe mit ihren Accessionen nun auf beiläufig eine halbe Million angewachsen war.

Der oberste Gerichtshof hat sich für die letztere Ansicht in einem Falle ausgesprochen, dessen Sachverhalt sich aus nachstehenden Entscheidungsgründen ergibt.

„Die beklagte Gemeinde macht geltend, daß der Verjährungserwerb der von der klagenden Gemeinde beanspruchten Weideservitut auf der sogenannten Trabhut deshalb ausgeschlossen sei, weil Klägerin in dem Vorprozeß behauptet habe, Eigenthümerin der fraglichen Grundfläche zu sein und demnach, wenn sie die beanspruchten Berechtigungen in der Meinung, Eigenthümerin zu sein, ausübte, die Absicht nicht gehabt haben könne, auf fremdem Grund und Boden eine Servitut auszuüben. — Diese Behauptung stellt sich jedoch nicht als begründet dar. Allerdings verlangt das Gesetz zur Erwerbung eines Servitutrechtes durch Verjährung, daß der Erwerbende, indem er die Servitut ausübte, den Willen hatte, ein Recht auszuüben; allein nirgends ist gefordert, daß der Wille gerade darauf gerichtet sein müsse, ein Recht an einer fremden Sache auszuüben. In den hieher bezüglichen Stellen des römischen Rechtes, nämlich fr. 25 quemadm. serv. amitt. (8, 6), fr. 7 de itinere (43, 19) und fr. 1 §. 19 de aqua quotid. et aest. (43, 20) ist zwar bestimmt, daß derjenige kein Klagerrecht habe, welcher einen Weg in dem Glauben benützte, es sei ein öffentlicher Weg, sowie derjenige, welcher es nicht in der Meinung that, ein Recht darauf zu haben, sondern es unterlassen haben würde, wenn es ihm verboten worden wäre; allein zur Begründung eines Klagerrechtes wird weder in den allegirten, noch in anderen Gesetzesstellen verlangt, daß der Wille des Erwerbenden speziell darauf gerichtet sein müsse, ein Recht auf fremdem Grund und Boden zu erwerben.

Auch eine Vergleichung der rechtlichen Natur

des Eigenthumes und der Servitut spricht für die Richtigkeit der von den beiden Vorinstanzen ihren Entscheidungen zu Grunde gelegten Ansicht.

Wer eine fremde Sache in dem Glauben benützt, daß sie sein Eigenthum sei, nimmt damit alle diejenigen dinglichen Befugnisse an derselben für sich in Anspruch, welche einzeln abgelöst zu besonderen jura in re aliena gemacht werden können; sein animus ist sohin wohl ein weiter gehender, allein er schließt jedenfalls auch diejenige Absicht in sich, die zum Erwerbe einer Servitut erforderlich erscheint.

Mit Recht sagen daher die Gründe zum appellationögerichtlichen Erkenntniß, daß die Qualität des Eigenthums- und des Servitut-Besizes sich gegenseitig nicht ausschließen, sondern sich vielmehr wie das plus zum minus zu einander verhalten.

Es ist hierbei insbesondere auch die eigenthümliche Beschaffenheit des Grundstückes in Betracht zu ziehen, welches den Gegenstand des Vorstreites und des gegenwärtigen Prozeßes bildet; daselbe ist derart beschaffen, daß dessen Benützung hauptsächlich in der Ausübung der Weide besteht. Wenn nun die klagende Gemeinde seit unvordenklicher Zeit diese Weide ausübte und hiedurch sowie durch irrthümliche Auffassung einer Urkunde veranlaßt wurde, das Eigenthum an fraglicher Grundfläche für sich zu beanspruchen, so kann diese irrige Qualifikation ihres Rechtsanspruches den Verlust des wohl erworbenen geringeren Rechtes nicht zur Folge haben.

Revidentin beruft sich ferner auf die Bestimmung in Th. II Kap. V §. 5 des bayerischen Landesrechtes, behauptend, es sei dort ausgesprochen, daß es unzulässig sei, den Besitz, den eine Partei bisher und seit rechtsverjährter Zeit als Eigenthumbesitz hingestellt und geltend gemacht hat, umzuändern

und den nämlichen Besitz als Servitutenebesitz darzustellen und geltend zu machen.

Würde die allegirte Gesetzesstelle so lauten, wie Revidentin sie anführt, so würde dieselbe allerdings von der beklagten Gemeinde mit Grund für sich in Bezug genommen worden sein; allein diese Stelle enthält lediglich die dem römischen Rechte — fr. 3 §. 19 de acqu. vel amitt. possess. (41, 2) — entnommene Bestimmung, daß sich Niemand durch bloße Einbildung die causa possessionis für sich selbst abändern könne, und steht der Möglichkeit des Verjährungserwerbes einer Servitut im vorliegenden Falle aus dem Grunde nicht entgegen, weil die Klägerin, wenn sie früher das Eigenthum und jetzt nur ein einzelnes dingliches Recht auf der streitigen Grundfläche beansprucht, nicht den Titel ihres Besitzes, sondern das Object ihres Anspruches geändert hat.

Die von der Revidentin citirte Stelle des bayerischen Landrechtes kann daher auf den vorliegenden Fall um so minder in Anwendung gebracht werden, als in demselben sogar die unbordenfliche Ausübung der Weide behauptet ist, bei der unbordenflichen Verjährung aber gemäß der Bestimmung des Landrechtes Th. II Kap. IV §. 6 es auf einen Titel gar nicht ankommt, dieser vielmehr durch die Länge der Zeit ersetzt wird.

DAÖGrf. v. 1. Oft. 1867 Reg.-Nr. 1028⁶⁶/₆₇.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Zur Aufstellung und Ueberwachung der durch Verhängung der Gant über das Vermögen eines Fideikommißbesizers veranlaßten Administration des Fideikommißes ist das Fideikommißgericht zuständig.

Vom k. Bezirksgerichte Regensburg war am 14. März 1864 auf Eröffnung der Gant über das Allodialvermögen des Grafen K. auf Z. erkannt und dieser Ausspruch in beiden höheren Instanzen bestätigt worden.

Auf Anzeige hievon an das k. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg als Fideikommißgericht des im Kreise Oberpfalz gelegenen Fideikommißgutes Z. ist von diesem Gerichte in Uebereinstimmung mit dem Kurator der minderjährigen Fideikommißanwärter der bisherige Vertreter des Fideikommißes auch als Administrator aufgestellt und dem Gantgerichte Nachricht ertheilt worden.

Die Ergebnisse dieser Verwaltung waren aber für die Allodialgläubiger und beziehungsweise die Gantmasse des Grafen K. äußerst ungünstig.

Das k. Bez.-Gericht Regensburg als Gantgericht faßte deshalb auf Antrag des Gantgläubigerausschusses am 7. März 1867 den Beschluß, die Gutsverwaltung von Z. an das Gantgericht zu ziehen und stellte an das Fideikommißgericht die Bitte, zur Wahrung der Rechte des Fideikommißes einen Fideikommißvertreter zu bezeichnen. Dabei war zwar noch die Befolgung eines diese Anordnung aufhebenden appellationsgerichtlichen Beschlusses in Aussicht gestellt; als aber das k. App.-Gericht am 20. März 1867 in der That die Entschließung erließ, daß die Administration des Fideikommißes zunächst und ausschließlich nur unter der Leitung

des Fideikommißgerichtes geführt werden könne, verharrete das k. Bezirksgericht nicht desto weniger durch Beschluß v. 11. Mai 1867 darauf, die Verwaltung des Fideikommißgutes zum Oantgerichte zu ziehen.

Nunmehr regte ein Anwalt als Bevollmächtigter der Benefizienstiftung S. und der Landgemeinde B. den Kompetenzkonflikt an.

Das Fiskalat der k. Bank zu Nürnberg, welche ein auf dem Fideikommißgute Z. als Fideikommißschuld I. Klasse ruhendes Kapital zu fordern hat, erhob im Laufe der Instruktion des Kompetenzkonfliktes Einwand gegen die Existenz eines solchen, weil die gedachte k. Bank gegen den Beschluß des Oantgerichtes, die Fideikommißadministration an sich zu ziehen, Nichtigkeitssbeschwerde erhoben habe, worüber noch nicht entschieden sei.

Nach vollendeter Instruktion erließ der oberste Gerichtshof seine Entscheidung dahin,

daß zur Anordnung der Administration des gräflich F.'schen Fideikommißes Z. das k. Appellationsgericht der Oberpfalz und von Regensburg zuständig sei.

Dem Erkenntnisse sind folgende Gründe beigegeben:

Das Bankfiskalat Nürnberg bestreitet vor Allem zur Zeit das Gegebensein eines Kompetenzkonfliktes, weil es Namens der Filialbank Regensburg, die als Fideikommiß-Gläubigerin erster Klasse mit einem Kapitale theilhaftig ist, Nichtigkeitssbeschwerde gegen den Beschluß des Bezirksgerichtes Regensburg als Oantgerichtes über das Allodialvermögen des Grafen F., welcher für das Oantgericht die Zuständigkeit zur Verwaltung der Fideikommißgüter vindiziren will, erhoben hat.

Das Bankfiskalat hat jedoch selbst herkommen lassen, daß die von ihm vertretene Bank in der

Gant über des Grafen K. Allodialvermögen überhaupt nicht theilhaftig ist, und es steht ihr demzufolge dem Gantgerichte gegenüber auch keinerlei Einspruchsrecht oder sonstiges hierauf gegründetes Rechtsmittel zu, sondern sie konnte ihre Rechte nur vor dem Fideikommißgerichte, wenn dieses die Ansicht des Gantgerichtes getheilt hätte, durch eine Richtigkeitsbeschwerde oder überhaupt durch irgend eine Extrajudizialbeschwerde daselbst zu wahren suchen, während, nachdem das Fideikommißgericht selbst in Ansehung der Zuständigkeitsfrage der Ansicht des Gantgerichtes entgegengetreten und hiedurch ein Kompetenzkonflikt herbeigeführt worden ist, der Fideikommißgläubigerin lediglich ihre Rechte auf Seite des Fideikommißgerichtes bei der Anregung des Kompetenzkonfliktes gehörig geltend zu machen vorbehalten ist, wovon auch das Bankfißkalat nunmehr Gebrauch gemacht hat. Als ein Hinderniß zur Entscheidung des bestehenden Kompetenzkonfliktes kann daher diese Beschwerde nicht erachtet werden.

Dieser Konflikt ist auch der weiteren Ansicht des Bankfißkalates entgegen durch einzelne Gläubiger des Grafen K. mit voller Rechtswirksamkeit angeregt worden, da nach Art. 18 des Komp.-Konfl.-Ges. vom 28. Mai 1850 jede Partei berechtigt ist, auf Entscheidung eines zwischen den Gerichten über ihre Zuständigkeit bestehenden Streites anzutragen, und hiebei selbstverständlich da, wo mehrere Parteien in einer Rechtsache theilhaftig sind, dieses Recht jeder einzelnen Partei zukommen muß, weil an der Beseitigung jeder Hemmung des Rechtsganges vor Gericht nothwendiger Weise allen Parteien gleichmäßig gelegen ist, und die Anregung eines Kompetenzkonfliktes lediglich die Veranlassung zur Instruktion desselben zur Folge hat, bei welcher jedem der Theilhaftigen die Gelegenheit geboten wird, durch Abgabe von Erinnerungen seine Rechte nach

eigenem Ermessen zu wahren, und dabei insbesondere dem zur Entscheidung des Konfliktes berufenen Gerichte die zur Erledigung der in Frage gestellten Zuständigkeit für erforderlich erachtete Darlegung zu bieten. Daß aber jedenfalls die Landgemeinde B. als Gläubigerin in der Gant des Grafen K. betheilig ist, mußte selbst in den Erinnerungen des Bankfiskalates zugegeben werden.

In der Hauptsache selbst kommt insbesondere zu berücksichtigen, daß gemäß §. 42 des Fideikommißgesetzes das Eigenthum des Fideikommißvermögens keineswegs dem Fideikommißbesitzer allein, sondern auch den übrigen zur Nachfolge Berechtigten (Anwärtern) zusteht, daß daher der Fideikommißbesitzer nach §. 44 lediglich die Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers hat, dem in dieser Eigenschaft zwar neben dem Genuße des Fideikommißes auch dessen Verwaltung zusteht, der aber zugleich auch gesetzlich verbunden ist, auf Erhaltung der Fideikommißgüter in gutem Stande den Fleiß eines guten Hausvaters zu verwenden.

Führt er eine dem nicht entsprechende Wirthschaft, so kann die ihm als Miteigenthümer und Besitzer des Fideikommißes eingeräumte Verwaltung ihm entzogen werden, so daß er nur mehr im Genuße der Früchte desselben verbleibt; auch kann kein Bedenken bestehen, daß nur das Fideikommißgericht es ist, dem gemäß §. 71 des Fideikommißgesetzes und §. 15 Ziff. 5 der allerhöchsten Verordnung vom 3. März 1857, die Instruktion über die Behandlung der Familienfideikommiße betr. (Reg.-Bl. S. 267), auf Anrufen der Fideikommißinteressenten oder des benannten Fideikommißvertreters zukommt, diese Verwaltung dem Fideikommißbesitzer zu entziehen, und die hienach nothwendig befundene Administration anzuordnen, vorbehaltlich des dem Fideikommißbesitzer verbleibenden Genußes der Fideikom-

mißfrüchte, die ihm nach Abzug aller Fideikommißlasten immerhin noch zur freien Disposition gestellt werden müssen.

Erst wenn dieser Besitzer durch seine üble Wirthschaft so weit herabgekommen ist, daß er sogar mit seinem Allodialvermögen der Gant verfällt, verliert er auch jede Disposition über die ihm aus dem Fideikommiß zukommenden Früchte, da diese nach §. 53 unter Vorbehalt seiner Kompetenz für seine Allodialschulden haften.

Hiemlt ergibt sich für solchen Fall von selbst die Grenzlinie zwischen der dem Fideikommißgerichte ausschließlich anheimfallenden Zuständigkeit in Ansehung der Administration des gesammten Fideikommißvermögens und der auf die Gantgläubigerschaft übergehenden Disposition des Fideikommißbesizers rücksichtlich der diesem zukommenden Fideikommißfrüchte, in Ansehung welcher allein die Allodialgläubigerschaft an die Stelle des überschuldeten Fideikommißbesizers zu treten gesetzlich in die Lage kömmt.

Nichts ändert hieran der Umstand, daß vorliegenden Falles erst nach der eingetretenen Ueberschuldung des Fideikommißbesizers in seinem Allodialvermögen vom Vertreter des Fideikommißes gemäß §. 71 a. a. O. veranlaßt wurde, daß das Fideikommiß in Administration gesetzt werde, weil das Gesetz auch diesem Umstande keinen Einfluß auf die Kompetenz einräumt und der Natur der Sache nach der Zeitpunkt, in welchem eine solche vom Fideikommißgerichte anzuordnende Administration eintritt, an und für sich als ganz gleichgiltig sich darstellt, nachdem diese Administration dem Zwecke eines Familienfideikommißes entsprechend zur Sicherung gegen die üble Wirthschaft des Fideikommißbesizers lediglich im Interesse der zur Nachfolge in das Fideikommiß Berechtigten als Miteigenthümer desfels-

ben anzuordnen, und eben deshalb nach §. 72 Abs. 2 wo möglich einem Familiengliede zu übertragen ist.

Die Berechtigung der Allodialgläubigerschaft schließt sich demzufolge rücksichtlich des Fideikommißes mit dem Anspruche derselben auf alle jene Früchte des Fideikommißes, welche sich über Abzug der Fideikommißlasten und der Kompetenz des Fideikommißbesizers ergeben, vollkommen ab. Von einer Zuständigkeit derselben zur Verwaltung des fideikommißarischen Vermögens selbst, das in seiner Substanz der allodialen Gantmasse durchaus ferne steht, kann in keiner Hinsicht die Rede sein.

Die Gläubigerschaft des Allodialvermögens des Grafen K. kann demnach zwar verlangen, daß ihr in Ansehung der Früchte aus dem Fideikommiße die Rechnungen zur Einsicht und allenfallsigen Erinnerung vor deren Bescheidung durch das Fideikommißgericht in Vorlage gebracht werden, nicht aber steht es dem Bezirksgerichte als dem Gantgerichte über des Grafen K. Allodialvermögen zu, eine ihm gesetzlich nicht gebührende Kompetenz in Beziehung auf die Verwaltung des Fideikommißes ohne allen Rechtsgrund bloß deshalb an sich zu ziehen, weil es die Ueberwachung des k. Appellationsgerichtes als Fideikommißgerichtes hinsichtlich des Fideikommißvermögens des Gantschuldners nicht für ausreichend erachten will, über welche Qualifikation nicht das Gantgericht I. Instanz, sondern nach §. 14 Abs. 3 des Fideikommißediktes auf erhobene Beschwerde der oberste Gerichtshof zu entscheiden hat. Erf. d. OGH. v. 13. Dez. 1867, UB. Nr. 73.

— f —

Dr. J. A. Gruffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können. — Technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch Auslobung veranlaßten Werkes. — Collision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse. — Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erschleien, fällt in die Konkursmasse. — Form der Kohnungsverträge nach Würzburger Recht.

Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit bezüglich solcher Rechte, welche vermöge besonderen Gesetzes durch Verjährung oder überhaupt auch durch einen anderen Rechtstitel nicht mehr erworben werden können.

(Schluß.)

II. Nicht in ganz gleicher Weise verhält es sich, wenn die künftige Erwerbung gewisser Rechte weder durch Verjährung noch auch durch einen anderen Rechtstitel geschehen kann.

Beruhet das Verbot auf Rücksichten des öffentlichen Rechtes, steht es mit der Erreichung des Staatszweckes in so unmittelbarem und wesentlichem Zusammenhange, daß die Uebertretung desselben eine Gefährdung der öffentlichen Wohlfahrt enthielte, oder ist ein gewisses Recht völlig aufgehoben, so daß es sich gar nicht mehr im rechtlichen Besitze von Privaten befinden kann, wie dieses in Bayern z. B. bezüglich der Leibeigenschaft und verschiedener Bannrechte geschehen ist,

Neue Folge XIII. Band.

so hören auch die Wirkungen der Unvordenklichkeit auf; unzweifelhaft aber dauern sie fort, wenn ein Befehl, ohne die bezeichneten Merkmale an sich zu tragen, die künftige Erwerbung nur allgemein verbietet.

Im kanonischen Rechte ist nämlich der Grundsatz ausgesprochen, daß die Unvordenklichkeit selbst dann, wenn das *jus commune* (d. i. das regelmäßige Recht im Gegensatz zum *jus singulare*) der Erwerbung entgegensteht, statt eines rechtmäßigen Erwerbstitels gelte. Auch in das gemeine deutsche Recht ist dieser Grundsatz aufgenommen und von den Kommentatoren des bayer. Landrechtes, welches eine entgegenstehende Bestimmung nicht enthält, wird er mit aller Entschiedenheit festgehalten²⁾. Auch die Praxis der bayerischen Gerichte befindet sich hiemit in Uebereinstimmung; man erinnere sich z. B. nur der vielen Laudemialstreitigkeiten. Obwohl weder das Landrecht vom J. 1756 noch jenes vom J. 1616 ein höheres als fünfprozentiges Anfallshandlohn gestattet³⁾, so hat man doch

²⁾ Cap. 1 de praescriptionibus in VI. (2, 13): „Ubi tamen est ei *jus commune* contrarium vel habetur praesumptio contra ipsum“. — Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. II S. 109 §. 21—25. Thibaut, über Besitz und Verjährung §. 75. Mittermayer, Grunds. des deutschen Priv.-R. (Ausg. IV) §. 146 IX. Scuffert, Archiv Bd. VII Nr. 146, Bd. X Nr. 131. Frhr. v. Kreittmayr, Anmerk. a. a. O. Nr. 4: „Zweitens dient sie loco tituli sogar auf jenen Fall, wann *jus commune* vel praesumptio entgegensteht.“ B. v. Schmid ad statut. bavar. tit. 12 §. 8 Nro. 6: „in iis, in quibus *jus commune* possidenti resistit, non alia, nisi immemorialis praescriptio admittitur.“ Conf. Semic. I contr. 26 Nr. 18.

³⁾ In cod. civ. P. IV Cap. 7 §. 11 Nro. 2 ist ge-

stets die ein höheres Quantum fordernden Gutsherrn zum Beweise der Unvordenklichkeit zugelassen, und die ältesten Praktiker werden sich nicht erinnern, daß man jemals den Beweis der schon im J. 1616 bestandenen Unvordenklichkeit gefordert, d. i. den Beweis auf die diesem Jahre vorausgegangene Zeit beschränkt und die späteren Besitzhandlungen ausgeschlossen hätte.

Hievon scheint man in neuester Zeit abkommen zu wollen. Es wurde nämlich auf den Grund des Art. 34 des bayr. Forstgesetzes vom 28. März 1852, nach welchem neue Forstberechtigungen nicht mehr erworben werden können, jüngst (Bl. f. M. A. Ergänzb. S. 191) entschieden, daß die erst nach Einführung dieses Gesetzes vorgekommenen Ausübungen zum Beweise der Unvordenklichkeit nicht mehr zugelassen werden können.

An einem anderen Orte wurde diese Ausschließung unter dem Einwurfe zu vertheidigen gesucht, daß, wenn sich etwa im J. 1980 wegen einer Forstberechtigung auf Unvordenklichkeit bezogen und der Beweis der erst nach dem J. 1852 vorgekommenen Besitzhandlungen zugelassen würde, der Richter, weil der Beweis der Unvordenklichkeit nur zwei Men-

sagt, der Anfall betrage fünf vom Hundert, wo kein minderes hergebracht ist, — folglich ist ein höheres Handlohn nicht zugelassen; die Anmerkungen Nr. 13 lit. g. sagen indessen, daß zur Erwerbung eines höheren quanti tempus immemoriale erfordert werde, weil *lex prohibitiva* entgegensteht. Das Landrecht vom J. 1616 bestimmt Tit. 21 Art. 21, daß das Handlohn auf fünf vom Hundert „und nit darüber“ komme, wozu B. v. Schmid Nr. 3 bemerkt, daß ein höheres Handlohn als *praestatio determinationi juris nostri statutarii e diametro contraria* des Beweises der Unvordenklichkeit benöthige.

schenalter (80 Jahre) umfassen müsse, sehr leicht in die Lage käme, eine erst lange nach dem J. 1852 begonnene Ausübung gegen das klare Gesetz als rechtmäßig anerkennen zu müssen.

Die Möglichkeit dieses Erfolges ist nicht zu bestreiten; sie beweist aber nicht das Geringste für die vertheidigte Ausschließung.

Wer Einwürfe solcher Art macht, verräth nur, daß er mit dem Wesen der Unvordenklichkeit nicht vertraut ist, und daß er sie für eine Erfindung von 80 Jahren hält; sie ist aber durch kein bestimmtes Zeitmaß beschränkt und kann selbst traditionellen Einflüssen aus urältester Zeit unterliegen ⁴⁾. Mit Recht warnt daher Frhr. von Kreittmayr (a. a. O. Not. 1 lit. f) vor einer Verwechslung der unvordenklichen und der hundertjährigen Präskription, indem zwar diese in jener, aber nicht umgekehrt jene in dieser liege.

Ein Beweis der Unvordenklichkeit ist, weil nach dem Begriffe derselben die Entstehung des Rechtes in undurchdringliche Vergangenheit fällt, an sich unmöglich; das Gesetz macht ihn aber dadurch möglich, daß es ihn als geliefert annimmt, wenn die ununterbrochene Dauer eines Zustandes in den letzten zwei Menschenaltern dargethan ist. Diese Präsumtion ist, schon weil sie nur eine Präsumtion ist, allerdings nicht unfehlbar, und kann daher zu dem obenbemerkten Erfolge führen; nichts desto weniger aber ist sie eine gesetzliche, und in dem gedachten Falle wäre es daher Sache des Gegenbeweises, zu zeigen, daß die Ausübung erst nach

⁴⁾ Fr. 28 de probat. (22, 3): „neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter sursum versum accidit.“ — Siehe hierüber Savigny, Syst. Bd. IV S. 535 und vgl. Seuffert, Archiv Bd. XI Nr. 113.

dem J. 1852 begonnen habe, woraus sich sodann der unrechtmäßige Anfang nach Art. 34 von selbst ergäbe.

Würde aber diese Gegenprobe nicht geliefert, so könnte man nicht sagen, daß die Forstberechtigung erst nach dem J. 1852 erworben worden wäre, sondern nur, daß, weil der Anfang durch die Länge der Zeit verborgen ist, aus der Ausübung in den letzten zwei Menschenaltern vermöge gesetzlicher Vorschrift angenommen werde⁵⁾, die Ausübung sei eine rechtmäßige, und sei demnach schon im J. 1852 begründet gewesen.

Gegen jede andere Auffassung sträubt sich das ganze Wesen der Unvordenklichkeit.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Technische und rechtliche Beurtheilung der Preiswürdigkeit eines durch Auslobung veranlaßten Werkes.

Der Magistrat einer großen Stadt, welcher ein neues Rathhaus zu erbauen beabsichtigte, erließ zu diesem Behufe am 7. Nov. 1865 eine öffentliche Einladung an die Architekten Deutschlands zur Ein-

⁵⁾ Fr. 3 §. 4 de aqua quot. (43, 20): „Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.“

reichung von Bauplänen, wobei er zugleich für die drei besten der innerhalb bestimmter Frist eingekommenen, und sodann von dem in der Ausschreibung bezeichneten Schiedsgerichte zur Annahme ausgewählten Pläne Preise von 2000 fl., 1000 fl. und 500 fl. aussetzte.

Es wurden 27 Pläne eingesendet, von welchen das Schiedsgericht zuerst neunzehn, dann wieder vier als unannehmbar ausschied und von den nun übrigen vier Plänen den von den beiden Architekten L. und G. L. eingesendeten Plan als den besten erkannte. Dabei erklärte aber das Schiedsgericht, daß keiner der eingekommenen Pläne eine vollkommen befriedigende Lösung der gestellten Aufgabe enthalte; es ließ deshalb den ersten Preis ganz ausfallen und erkannte dem L.'schen Plane den zweiten und einem weiteren Plane den dritten Preis zu.

L. und G. L. wollten sich hiebei nicht beruhigen und stellten gegen den Magistrat gerichtliche Klage auf Ausbezahlung des ersten Preises mit 2000 fl.

Die I. Instanz erkannte auf Klagsentbindung, sich im Wesentlichen nur auf das schiedsrichterliche Gutachten berufend, wogegen die II. Instanz den Magistrat nach der Klagsbitte verurtheilte und in ihren Gründen ausführte, daß es sich hier um einen Vertrag handle, daß die vertragsmäßigen Voraussetzungen, unter welchen die Kläger auf den ersten Preis Anspruch machen können, wirklich eingetreten seien, und deshalb von der Ertheilung des ersten Preises nicht habe Umgang genommen werden können.

Der oberste Gerichtshof beließ es jedoch bei dem Erkenntnisse der I. Instanz aus folgenden Gründen:

Die magistratische Auslobung mußte selbstverständlich auf einem Bauprogramme fußen, welches

die gestellte Aufgabe genau fixirte und welches jeder Preissbewerber bei der Lösung der Aufgabe einzuhalten hatte. Es weist daher auf dieses Bauprogramm die Auslobung vom 7. Nov. 1865 ausdrücklich hin, welchem Programme am 5. Dez. 1865 noch Erläuterungen beigelegt wurden. Hat nun bei jeder Preisbewerbung in Folge einer Auslobung das in der letzteren bestellte Schiedsgericht vorerst die Frage zu beantworten, ob überhaupt preiswürdige Werke geliefert worden seien, und erst nach Bejahung dieser Frage unter den als preiswürdig erkannten Werken die Reihenfolge mit Rücksicht auf die Zahl der ausgelegten Preise zu bestimmen, so ist in dem gegenwärtigen Falle, wie auch in allen ähnlichen Fällen, die erste Voraussetzung des Anerkennnisses der Preiswürdigkeit eines Werkes von Seiten des Schiedsgerichtes die, daß das Werk dem Programme, den Anforderungen des Auslobenden entspreche. Es soll — mit anderen Worten — das zu prämiirende Werk dasjenige leisten, was der Auslobende als sein Bedürfniß fordert. Hiernach hatte das durch die Auslobung vom 7. Nov. 1865 bestellte Schiedsgericht hinsichtlich der Preiswürdigkeit der eingekommenen Werke vorerst zu entscheiden, ob diese Werke die obengedachte Vorbedingung erfüllen. Demgemäß verfuhr auch das Schiedsgericht nach dem Inhalte seines Gutachtens vom 19. April 1866, indem es erklärte, daß von den nach Ausscheidung der unbrauchbaren Werke noch in Betracht kommenden 8 Plänen keiner alle gestellten Bedingungen in befriedigender Weise löse, wenn gleich diese Pläne sich mehr oder weniger der gestellten Aufgabe nähern. Nachdem das Schiedsgericht unter jenen 8 Werken jene wieder ausgewählt hatte, welche keine Kostenüberschreitung veranlassen und sich am meisten dem Programme nähern oder nach ihrer Hauptdisposition

so angelegt sind, daß sie durch Abänderungen, ohne Verlassung des Grundgedankens, eine noch größere Annäherung an das Programm erzielen lassen, erklärte es, daß es, da sich eine vollkommen befriedigende Lösung der Aufgabe unter den eingekommenen Plänen nicht befände, sich nicht habe entschließen können, eine der Vorlagen als angemessen für Ertheilung des ersten Preises vorzuschlagen. Indem das Schiedsgericht ferner von Ertheilung des ersten Preises Umgang nahm und von Seite des beklagten Stadtmagistrates die Erklärung erhalten hatte, daß eine Ersparung an der ausgesetzten Prämiensumme nicht beabsichtigt sei, erkannte es gleichwohl als zweiten Preis dem Plane der Kläger 1000 fl. und einem weiteren Plane als dritten Preis 500 fl. zu und schlug für den Rest der Prämiensumme von 2000 fl. dem Magistrate zwei weitere Pläne zum Ankaufe vor, welche zur schließlichen Lösung der Aufgabe nützlich sein könnten. — Aus dieser Erklärung des Schiedsgerichtes geht hervor, daß dasselbe keinen der eingekommenen Pläne als annehmbar d. h. als zur sofortigen Verwendung zu dem beabsichtigten Zwecke der Ausführung geeignet, somit als preiswürdig fand. Es hätte nämlich das Schiedsgericht, wenn es nicht von diesem Gesichtspunkte ausgegangen wäre, die ausgesetzten beiden ersten Preise im vollen Betrage den beiden den Vorzug verdienenden Plänen zuerkennen müssen, weil es unter der Annahme, daß in dem vorbezeichneten Sinne preiswürdige Pläne vorlägen, zu einer Herabsetzung der ausgesetzten Preise im Hinblick auf die öffentliche Auslobung vom 7. Nov. 1865, welche für die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung für das Schiedsgericht keinerlei Anhaltspunkt darbietet, nicht befugt war. Wenn nun das Schiedsgericht gleichwohl den ausgesetzten zweiten und dritten Preis zuerkannte und sich dabei auch über die Verwend-

ung des Restes der Prämiensumme von 2000 fl. aussprach, so lag im Hinblick auf dessen obenangeführte Erklärung diesem Verfahren offenbar nur die Absicht zu Grunde, diese höchst verdienstlichen Leistungen entsprechend zu honoriren, da dieselben, obgleich den ausgelobten Bedingungen nicht entsprechend, daher nicht preiswürdig, zur vollständigen Lösung der gestellten Aufgabe mittheil einer Umarbeitung beizutragen in hohem Grade geeignet seien. — Hat demnach das Gutachten des bestellten Schiedsgerichtes keinen der eingekommenen Pläne als preiswürdig im Sinne der Auslobung vom 7. Nov. 1865 erkannt, so können die Kläger aus diesem Gutachten einen rechtlichen Anspruch auf Zuwendung des ersten Preises von 2000 fl. nicht ableiten, nachdem der beklagte Stadtmagistrat dem Ausspruche des Schiedsgerichtes nach der diesem innewohnenden Intention den Klägern gegenüber bereits gerecht geworden ist. OABGf. v. 10. Sept. 1867 RNr. 1091^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Wie gewinnend auch die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe für den ersten Anblick sein mögen, so lassen sie doch bald erkennen, daß hiebei zu viel arbitrirt, dagegen das bestehende Vertragsverhältniß zu wenig beachtet wurde.

Nach heutiger Doctrin und Praxis ist als feststehend anzunehmen, daß, wenn eine Auslobung stattgefunden hat, durch den Hinzutritt der betreffenden Leistung ein wahrer Vertrag entsteht¹⁾,

¹⁾ Buchta, Pand. §. 259; Arndts, Pand. §. 241; Windscheid, Pand. II §. 309; Wenig-Ingenheim, gen. Civ.-R. Bd. III §. 92 (§. 238) Nr. 3; Thibaut, Pand. (Ausg. VII) §. 981; Koch, Recht der Ford. Bd. III S. 837; Unterholzner, von den Schuldverhältnissen Bd. I §. 26 Nr. I; Holz-

so daß also die einseitig gesetzten Auslobungsbedingungen den Charakter der Unwiderruflichkeit annehmen und nun die unabänderliche Vertragsform bilden.

Es ist eine sehr natürliche Voraussetzung jeder Auslobung, daß die Leistung dem Bedürfnisse des Auslobenden, so wie es von demselben bezeichnet wurde, genau entsprechen müsse. Ob diese Voraussetzung im vorliegenden Falle durch ein einzelnes Werk erfüllt sei, sollte nach der magistratischen Ausschreibung davon abhängen, daß dasselbe durch das eingesetzte Schiedsgericht zur Annahme ausgewählt werde.

Für diese Auswahl war dem Schiedsgerichte die freieste Hand gelassen. Jedes Werk, welches ihm die gehörige Kunststufe nicht zu erreichen, die vom Programme gezogenen Grenzen nicht genügend einzuhalten, mit einem Worte, die gestellte Aufgabe nicht in entsprechender Weise zu lösen schien, konnte ohne Weiteres abgeworfen werden; dagegen aber sollte die Auswahl zur Annahme zugleich die Frage der Preiswürdigkeit entscheiden, d. i. einem ausgewählten Werke sollte schon durch die bloße Auswahl die Fähigkeit zur Preiskonkurrenz zuerkannt sein.

Nur in dieser Weise läßt sich die magistratische Einladung auffassen; denn sollte es in der Macht des Schiedsgerichtes liegen, einzelne Werke zur Annahme auszuwählen und dennoch als gar nicht oder nicht

Schuber, Theorie und Kasuistik Bd. II Abth. II (Ausg. I) S. 254 und 786; Seuffert, Archiv Bd. IX Nr. 275, Bd. XI Nr. 217; Bl. f. RA. Bd. XXV S. 177 ff.

Die isolirt stehende Meinung Savigny's, welcher (Oblig.-R. Bd. II S. 90 ff.) hier einen Vertrag nicht annimmt, kann hiegegen keinen Ausschlag geben.

völlig preiswürdig zu erklären, so wäre hiedurch der Hauptsatz der magistratischen Auslobung, daß nämlich die besten der zur Annahme ausgewählten Werke die ausgesetzten Preise erhalten sollen, geradezu wieder umgestoßen und die ganze Preisaussetzung, so wie sie geschehen ist, nur eine Illusion gewesen.

Besteht nun der vertragsmäßig festgestellte Begriff der Preiswürdigkeit eines Werkes darin, daß es schiedsrichterlich zur Annahme ausgewählt sei, und kann demnach die Preiswürdigkeit eines in solcher Art ausgewählten Werkes, so mangelhaft es auch immer sein möchte, nicht mehr angefochten werden, so kann es sich im gegebenen Falle nur noch darum fragen, ob denn das klägerische Werk auch wirklich zur Annahme ausgewählt worden sei?

Diese Frage ist unmöglich zu verneinen; denn, wenn das Schiedsgericht nach Ausscheidung der als unannehmbar befundenen neunzehn Werke vier weitere abwarf, so waren die verbliebenen vier Werke, indem sie nicht abgeworfen wurden, hiedurch allein schon zur Annahme ausgewählt. Ueberdies aber ist es eine feststehende Thatsache, daß zwei dieser Werke und unter diesen das klägerische durch wirkliche Preiszuerkennung ausgezeichnet wurden, worin doch sicher nicht eine Abwerfung, sondern nur eine Auswahl zur Annahme erblickt werden kann.

Nun behauptet aber das Schiedsgericht, daß keiner der eingekommenen Pläne eine vollkommen befriedigende Lösung der gestellten Aufgabe gewähre, und der oberste Gerichtshof findet in dieser Erklärung den Ausspruch, daß keiner dieser Pläne annehmbar, d. h. zur sofortigen Verwendung bei dem beabsichtigten Baue geeignet, und somit preiswürdig sei.

Dieses Erforderniß der Preiswürdigkeit hat aber der Magistrat weder mit ausdrücklichen Worten aufgestellt, noch liegt es im Sinne seiner Auslobung, was schon daraus hervorgeht, daß sich der Magistrat ausdrücklich vorbehalten hat, über die Auswahl eines Planes zur wirklichen Ausführung und über die Art und Weise der letzteren besonderen Beschluß zu fassen. Das Schiedsgericht sagt selbst, daß bei der Kürze der gesetzten Frist eine allen Anforderungen entsprechende Lösung der gestellten Aufgabe überhaupt nicht möglich gewesen sei, daß aber die am klägerischen Plane gerügten Mängel und die Abweichungen desselben vom Programme durch theilweise Modifikationen des Planes ohne Schwierigkeit zu beseitigen seien. Das Gutachten sagt ferner, daß der klägerische Plan in hohem Grade geeignet sei, ohne Verlassung seines Grundgedankens durch einzelne Modifikationen zur vollständigen Lösung der gestellten Aufgabe zu führen.

Unter diesen Verhältnissen kann man doch wahrlich nicht die Behauptung wagen, daß das Schiedsgericht den klägerischen Plan nicht zur Annahme ausgewählt, nicht als preiswürdig erkannt habe; man muß im Gegentheile behaupten, daß Schiedsgericht sei, indem es die Frage der Preiswürdigkeit überhaupt beantwortete, bezüglich des klägerischen Planes über die Mängel desselben, als nicht wesentlich genug, hinweggegangen und habe denselben ungeachtet dieses Mangel zur Annahme ausgewählt, d. i. als preiswürdig befunden.

Wenn dagegen der oberste Gerichtshof annimmt, daß das Schiedsgericht den klägerischen Plan, wie auch alle übrigen, nicht als preiswürdig erklärt habe, weil es sonst bei dem in Mitte liegenden Vertrage nicht die Befugniß gehabt hätte, den ersten Preis ausfallen zu lassen, so beruht diese Auffassung des technischen Gutachtens auf der Voraussetzung,

daß das Schiedsgericht bei Umgehung des ersten Preises die rechtliche Seite der Sache richtig gewürdigt und die bestehende Vertragsnorm gehörig eingehalten habe; allein das Verhältniß, in welchem die technische und die juristische Behandlung der Sache zu einander stehen, gebietet unabwieslich, daß man den umgekehrten Weg einschlage und, festhaltend an der durch das Schiedsgericht getroffenen Auswahl, behaupte, daß dasselbe, weil und nachdem es diese Auswahl getroffen, nicht mehr befugt gewesen sei, den ersten Preis zu umgehen.

Aufgabe des Schiedsgerichtes war es nämlich, die eingekommenen Arbeiten zu prüfen und aus denselben diejenigen auszuwählen, welche ihm zur Annahme geeignet schienen. Fanden sich solche Werke gar nicht, so war sein Geschäft beendet; fanden sich aber solche und hatte es dieselben ausgewählt, so übrigte ihm nur noch, aus diesen die drei besten zu bezeichnen und die Reihenfolge derselben nach der Stufe ihrer relativen Preiswürdigkeit zu bestimmen.

Hiermit war seine Thätigkeit geschlossen; alles Weitere lag außerhalb der Grenzen seiner Berufung.

Anfänglich schien das Schiedsgericht seine Zuständigkeit selbst nur in dieser Weise aufgefaßt zu haben, denn es ist eine aktenmäßige und hier sehr bemerkenswerthe Thatsache, daß es erst auf eine an den Magistrat gestellte Anfrage, ob von der Ertheilung des ersten Preises Umgang genommen werden könne, und erst auf die ihm hierauf ertheilte Antwort, daß dem Magistrate ein Ausspruch über die Versagung des ersten Preises nicht zustehe, diesen Preis ausfallen ließ. Durch diese Antwort, obwohl sie nur eine ausweichende war, schien sich das Schiedsgericht zu dem nachhin eingeschlagenen Verfahren für ermächtigt zu halten.

Ohne Zweifel handelte das Schiedsgericht hie-

bei in gutem Glauben, d. h. in der Voraussetzung der rechtlichen Zulässigkeit dieses Verfahrens; seine Voraussetzung war aber eine irrige, und aus der unter dem Einflusse dieses Irrthumes erfolgten Uebergang des ersten Preises kann daher unmöglich geschlossen werden, daß das Schiedsgericht hiedurch beabsichtigt habe, allen eingekommenen Werken und selbst denjenigen, welche es wirklich prämiirt hatte, die Preiswürdigkeit abzusprechen.

Hienach wäre eine Rechtsverbindlichkeit auch zur Ertheilung des zweiten und dritten Preises nicht vorhanden gewesen, und das Schiedsgericht hätte also durch Zuerkennung dieser Preise nur einen unbefugten Akt der Freigebigkeit auf Kosten des Magistrates geübt; allein die obenbemerkte Anfrage, ob der erste Preis ausfallen könne, beweist das Gegentheil; denn durch diese Anfrage konnte das Schiedsgericht nichts Anderes beabsichtigen, als Aufschluß über eine Rechtsfrage zu erhalten, darüber nämlich, ob die rechtliche Nothwendigkeit bestehe, einem als überhaupt preiswürdig erkannten Werke den ersten Preis zuzusprechen, und es mußte daher wenigstens ein preiswürdig erkanntes Werk vorhanden sein, wenn jene Anfrage nicht völlig zwecklos erscheinen, wenn sie irgend einen greifbaren Gedanken enthalten sollte.

Der vom Schiedsgerichte für die Versagung des ersten Preises angeführte Grund, daß auch das klägerische Werk die gestellte Aufgabe nicht vollkommen löse und daß dasselbe mit 1000 fl. genügend belohnt sei, mag, was hier nicht zu untersuchen ist, aus dem Gesichtspunkte der Technik seine Berechtigung haben; allein für die rechtliche Beurtheilung der Sache bleibt er, nachdem einmal dieses Werk zur Annahme ausgewählt und als das beste befunden war, völlig bedeutungslos, weil in der öffentlichen Auslobung, deren Bedingungen, wie im

Eingänge dieser Nachschrift gezeigt und auch obersterichterlich zugegeben ist, nach geliefertem Werke einseitig nicht mehr geändert werden konnten, eine absolute Vollkommenheit der Leistung als Vorbedingung des ersten Preises nicht aufgestellt, dieser vielmehr unter den zur Annahme ausgewählten Werke schon dem relativ besten zugesichert, weil sonach für die Größe der klägerischen Belohnung schon eine vertragmäßige Bestimmung getroffen, hieburch also eine schiedsrichterliche Festsetzung eines dem klägerischen Werke angemessenen Lohnes von selbst ausgeschlossen war. Demnach hätte der Magistrat jenes auf irriger Voraussetzung beruhende Verfahren des Schiedsgerichtes unbeachtet lassen sollen; indem er sich aber dasselbe unter Verkürzung der Kläger zu Nutzen machte, beging er eine flagrantе Verletzung des Vertragsrechtes, weshalb den Klägern der erste Preis, welcher ihnen von Kunstrichteramts wegen unzuständigerweise versagt worden war, zuzuwenden gewesen wäre — von Rechts wegen.

Rm.

2.

Kollision der Statuten in Beziehung auf eheliche Güterverhältnisse.

Bd. XI S. 92; Bd. XX S. 209.

Daß das am ersten Wohnsitz der Eheleute geltende Recht auch nach einer späteren Veränderung des Wohnortes derselben über die Güterverhältnisse zwischen den Ehegatten Maß gebe, hat der oberste Gerichtshof auch neuerlich als seine konstante Praxis erklärt.

DAUERf. v. 24. Sept. 1867 Nr. 978^{66/67}.

77.

3.

Was einzelne Konkursgläubiger mittelst der actio Pauliana erstreiten, fällt in die Konkursmasse.

Die Frage, ob, wenn die actio Pauliana nicht von einem Kommunanwalte der Konkursmasse, sondern von einzelnen Konkursgläubigern für sich angestellt wird, der günstige Erfolg ausschließlich zur Befriedigung der Kläger diene (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 107), oder ob das Erstrittene zur allgemeinen Konkursmasse gehöre (Bd. XXX S. 129), wurde in letzterer Weise entschieden durch

DAÖGf. v. 15. Okt. 1867 Reg.-Nr. 719⁶⁶/₆₇.

Rm.

4.

Form der Nahrungsverträge nach Würzburger Recht.

Vgl. Bd. XXIX S. 362.

Auch die Abänderung eines gerichtlich errichteten und bestätigten Nahrungsvertrages durch Bestimmung anderer Reichnisse anstatt der ursprünglich bedungenen (im gegebenen Falle einer Geldsumme anstatt der im Nahrungsvertrage versprochenen Naturalleistungen) bedarf der gerichtlichen Errichtung und Bestätigung.

DAÖGf. v. 11. Nov. 1867 Nr. 1175⁶⁶/₆₇.
77.

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

Inhalt: Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte. — Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsfache erlassenen Deferviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen. — Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des bairischen Rechts dem Ehegatten zustehende Befugniß, zum Heirathsgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern. — Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinssatz eines hypothekarisch verpfändeten Restes eines Immobilienkaufschlusses bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Verbriefung nicht.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage gegen einen Lithographen aus einem von demselben einem Handelsmanne nach gepflogener Abrechnung ohne weitere Angabe des Schuldgrundes ausgestellten Schuldscheine gehört vor die ordentlichen Gerichte.

Der Lithograph K. in München hatte am 4. Januar 1863 schriftlich erklärt, daß er dem Steinhändler Johann B. nach einer an diesem Tage neuerlich gepflogenen Abrechnung den Betrag von 69 fl. 48 kr. schulde und versprach, ihn in möglichster Bälde zurückzubezahlen.

Diese Summe hatte B. laut Urkunde vom 7. März 1865 schon unterm 20. Sept. 1864 an Benjamin L. cedirt, welcher sie in einer bei dem Stadtgerichte München i. J. eingereichten Klage gegen K. forderte, indem er bat, den Beklagten zu beauftragen, daß er den Kläger befriedige, oder innerhalb gesetzlicher Frist rechtsgiltige Einreden vorbringe.

Das Stadtgericht wies diese Klage von da zurück, weil der Beklagte Besitzer einer lithographischen Druckerei, daher im Sinne der Art. 4 und 272 Ziff. 5 des allg. d. HGB. als Kaufmann zu betrachten sei; auch mit Rücksicht auf die gewerbliche Stellung des Cedenten Z. angenommen werden müsse, daß es sich um eine Lieferung von Lithographie-Steinen handle, sohin eine Handelsache vorliege.

L. legte hierauf dieselbe Klage bei dem Handelsgerichte München l. Z. vor, worin er obige Abtretungsurkunde des Z. als eine kaufmännische Anweisung bezeichnete, und stellte hierin die nämliche Bitte.

Aber auch dieses Gericht wies die Klage von dort ab, weil der Beklagte als Lithograph gewerbmäßig Handelsgeschäfte nicht betreibe, und die Ausübung dieses Gewerbes die Anschaffung von beweglichen Sachen, welche bearbeitet oder verarbeitet weiter veräußert werden sollen, nicht voraussetze; bei dem Lithographen bilde die Vornahme von Handelsgeschäften jedenfalls nicht den vorherrschenden Faktor der Wertherzeugung, sondern lediglich die Arbeit.

Benjamin L. regte hierauf bei dem Handelsgerichte München l. Z. den hienach bestehenden Kompetenzkonflikt an, nach dessen Instruktion vom obersten Gerichtshofe ausgesprochen wurde, daß in der Sache das k. Stadtgericht München links der Isar zuständig sei.

Die Gründe dazu sind folgende:

Nach Art. 272 Ziff. 5 des a. d. HGB. sind die Geschäfte der Druckereien, wenn sie gewerbmäßig betrieben werden, den Handelsgeschäften unter der Voraussetzung beigezählt, daß dieser Betrieb nicht ein handwerkmäßiger ist.

Die Geschäfte eines Lithographen bestehen

nun allerdings darin, Zeichnungen oder Schriftzüge durch Abdrücke zu vervielfältigen und reihen sie sich hienach im Allgemeinen unter die Druckereigeschäfte ein.

Alein die hier eintretende Beschäftigungsweise fordert zu ihrem ordnungsmäßigen Betriebe an und für sich weder eine große Masse von Arbeitskräften noch auch einen besonderen Apparat von Maschinen, und stellt sich daher auch mit Rücksicht auf den Umkreis der Nachfrage nach dieser Art des Druckes im Verhältnisse zu demjenigen der eigentlichen Druckschriften der Regel nach nur als eine handwerksmäßige dar.

Daß Lithograph X. dem entgegen sein Geschäft gleichwohl im Großen betreibe, so daß sich die Annahme rechtfertigen lasse, sein Gewerbebetrieb reiche über den Umfang des Handwerkes hinaus, ist nirgends auch nur angedeutet. Die Eigenschaft eines Kaufmannes kann ihm daher nach Maßgabe der vorliegenden Klagebehauptungen auf den Grund des obigen Artikels nicht beigelegt werden.

Ist aber der Beklagte nicht als Kaufmann zu erachten, so eignen sich Klagen gegen ihn gemäß Art 64 Abs. 1 des Einf.-Ges. zum a. d. HGB. nur dann zur Zuständigkeit der Handelsgerichte, wenn das vorliegende Geschäft selbst ein Handelsgeschäft war.

In dieser Hinsicht lassen die erhobenen Klagen zunächst nur eine nach gepflogener Abrechnung noch bestehende Schuld des Beklagten entnehmen, ohne das eigentliche Schuldverhältniß selbst des Näheren zu berühren, und bloß der Umstand, daß der ursprüngliche Gläubiger Z., welcher diese Forderung dem gegenwärtigen Kläger cedirte, als Steinhändler bezeichnet ist, führt zu der Vermuthung, daß die eingeklagte Schuld aus Lieferungen von Lithographie-Steinen an den Beklagten für dessen Geschäft herrühre.

Dieses Geschäft besteht aber nicht in der Anschaffung beweglicher Sachen, um sie nach ihrer Bearbeitung und Verarbeitung selbst wieder weiter zu veräußern, sondern der Lithograph verdingt bei dieser Beschäftigungsweise hauptsächlich seine Dienste, und bringt demnach im Wesentlichen nur seinen Arbeitsverdienst in Anschlag, während die hiebei von ihm zu einer anderweitigen Umgestaltung niemals, sondern zum vollen Verbrauche angeschafften Stoffe nur nebenher mit in Berechnung kommen, insbesondere aber die Lithographie-Steine nie und unter keiner Form zu einer Weiterveräußerung erworben werden, vielmehr nur ein Arbeitsmaterial im Allgemeinen bilden.

Demzufolge ist hier auch ein Handelsgeschäft nicht gegeben.

In der an das Handelsgericht München gerichteten Klage behauptete indeß der Kläger L., daß ihm der ursprüngliche Gläubiger Z. die Forderung gegen den Beklagten mittelst kaufmännischer Anweisung abgetreten habe. Zu einer solchen fehlen jedoch dieser Abtretungsurkunde alle formellen Erfordernisse, welche sie nach der Vorschrift des Gesetzes über kaufmännische Anweisungen vom 29. Juni 1851 Abs. 2 (Ges.-Bl. S. 25) zeigen müßte, um als solche Anweisung in Betracht kommen zu können.

Nach keiner Richtung hin ist demnach das Handelsgericht, sondern nur das ordentliche Civilgericht, und zwar, mit Rücksicht auf den eingeklagten Betrag, das Stadtgericht München l. d. J. zur Verfügung in dieser Sache zuständig.

Erk. d. OGH. v. 20. Dez. 1867, UB. Nr. 74.

2.

Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der in einer Handelsfache erlaufenen Deserviten ist bei dem ordentlichen Gerichte des Wohnortes des Beklagten anzubringen.

Wie in den früheren oberstrichterlichen Erkenntnissen vom 26. Januar 1866 UB. Nr. 43 (s. Bl. f. RA. Erg.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 58 ff.) und vom 30. Nov. 1866 UB. Nr. 52 (a. a. O. S. 58 Note 1) hat derselbe obige Frage entschieden durch

Erk. v. 20. Dez. 1867, UB. Nr. 75.

— | —

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die bei der Errungenschaftsgemeinschaft des fränkischen Rechtes dem Ehemanne zustehende Befugniß, zum Heirathsgute der Ehefrau gehörige Gegenstände zu veräußern.

Die Eheleute N. lebten in Errungenschaftsgemeinschaft, sollen aber am 28. Nov. 1865 einen Vertrag abgeschlossen haben, wodurch auch diese Gütergemeinschaft aufgehoben wurde und worin die Ehefrau N. wegen der von ihrem Ehemanne ohne ihr Wissen und Willen kontrahirten Schulden ausdrücklich ihre Rechte wahrte. Am 29. desselben

Monateß gebirte der Ehemann N. eine Geldsumme, welche M., der Vater der Ehefrau N., noch an dem versprochenen Heirathgute schuldete, an D. — Als nun dieser gegen M. klagte, bestritt M. die Gültigkeit der Cession wegen mangelnder Veräußerungsbefugniß des Ehemannes N. und legte zum Nachweise des in der Ehe desselben maßgebenden Güterstandes die Vertragseurkunde vom 28. Nov. 1865 vor, welcher jedoch Kläger die Anerkennung versagte, eventuell behauptend, der Vertrag sei jedenfalls erst später und nach der Cession vom 29. Nov. 1865 abgeschlossen worden.

Die erste Instanz wies die Klage als unbegründet ab. Die Entscheidung der zweiten ging dahin, daß sowohl unter der Herrschaft der fränkischen partikulären Errungenschaftsgemeinschaft als nach der vertragsmäßigen Auflösung auch dieser Gütergemeinschaft die unbeschränkte Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die hier fragliche Heimsteuerforderung nach Maßgabe des gemeinen Rechtes begründet sei, daß somit die Cession vom 29. Nov. 1865 in jedem Falle, wenn nämlich auch der klägerischerseits widersprochene ältere Vertrag vom 28. Nov. 1865 als schon existent angenommen wird, als an sich rechtsbeständig zu erachten sei.

Der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung der zweiten Instanz und sagt in den Entscheidungsgründen:

„In der gegenwärtigen Rechtsache ist die Frage zu beantworten, ob unter dem Güterstande der fränkischen (Würzburger) partikulären Errungenschaftsgemeinschaft und nach vertragsmäßiger Auflösung auch dieser ehelichen Gütergemeinschaft jene Bestimmungen des gemeinen Rechtes maßgebend seien, nach welchen an dem nicht in liegenden Gütern bestehenden, von dem Vater der Ehefrau bestellten

oder versprochenen Heirathgute (Aussteuer) der Ehefrau, insbesondere an einer Forderung auf Leistung des Heirathgutes in Geld, dem Ehemanne eine unbeschränkte Veräußerungsbefugniß, lediglich mit der Verpflichtung, für das Erhaltene mit seinem Vermögen Sicherheit zu leisten und dasselbe nach Auflösung der Ehe zurückzugeben, zusteht. — Nach der kaiserlichen Landgerichtsordnung für das Herzogthum Franken Th. III Tit. 122 §. 3 hat nämlich, sofern für die ebenbezeichnete Frage eine besondere Entscheidung in dem Provinzialrechte nicht gegeben ist, das gemeine Recht suppletorische Kraft und nach der Lehre des deutschen Privatrechts (Gerber §. 237 Note 2, Mittermaier §. 392 der 6. Ausg.) kommen die gemeinrechtlichen Grundsätze über die das auch für die f. g. deutschrechtliche Heimsteuer in Anwendung, vorausgesetzt, daß die gemeinrechtlichen Grundsätze nicht mit dem Wesen der provincialrechtlichen Güterstände in Widerspruch stehen (Gerber a. a. O.; siehe auch Schneidt im thes. jur. franc. I S. 1573 §. 23).

Bezüglich des Güterstandes der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft sind die entscheidenden Stellen des fränkischen Provinzialrechtes die Bestimmungen der f. LGO. Th. III Tit. 96 §. 3 Nr. 4 und Tit. 97 §. 2. Nach denselben unterliegt es keinem Zweifel, daß bei dem gesetzlichen und „unbedingten“ Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft jedem Eheheile sein eingebrachtes Gut (darunter auch das Heirathgut, die Heimsteuer der Ehefrau) der Substanz, dem Kapitale nach „zu eigen“ bleibe und daß, abgesehen von der Administrationsbefugniß des Ehemannes, nur die Nutzungen und Ersparnisse hieraus in die Gemeinschaft fallen. Nun ist zwar die Annahme der Vorinstanz, daß die Ausdrucksweise „Güter“ in

§. 3 des Tit. 96 der f. LÖD. so wie in §. 2 des 97. Titels sich nur auf liegende Güter beziehe, nicht begründet; vielmehr sollte hiedurch Vermögen überhaupt (bona) bezeichnet werden, da in mehreren anderen Stellen der f. LÖD. dieselbe Ausdrucksweise im Gegensatze zu liegenden Gütern gebraucht ist (Erf. d. oberst. G. v. 7. Juni 1861 abgedr. in d. Bl. f. R. A. Bd. 27 S. 363), und auch schon die Worte: „der Zins“ in §. 4 des 96. Titels entnehmen lassen, daß auch zinstragende Kapitalien, also Forderungen, darunter begriffen seien. Allein aus anderen Erwägungen ergibt sich, daß die f. LÖD. keine dem gemeinen Rechte zuwiderlaufende Bestimmung hinsichtlich der Veräußerungsbefugniß des Ehemannes an dem Heimsteuer- (Total-) Vermögen der Ehefrau, sofern solches nicht in Immobilien besteht, bei dem Güterstande der partikulären Errungenschaftsgemeinschaft treffen wollte. — Die gesetzgeberische Absicht der Bestimmungen der §§. 3 u. 4 Tit. 96 ist nämlich zunächst nur darauf gerichtet, den Gegensatz der jedem Eheheile eigenen Vermögenssubstanzen zu dem gemeinschaftlichen, dem Errungenschaftsvermögen, zu präzisiren. Die Absicht, hinsichtlich jeden Bestandtheiles, hinsichtlich jeder Art der dos, abweichend von den gemeinrechtlichen Bestimmungen, die ausschließende Veräußerungsbefugniß der Ehefrau zu vindiciren, lag dem Gesetzgeber ferne. Dies ist vorerst deshalb anzunehmen, weil sonst anderweitige gesetzliche Bestimmungen, namentlich jene in Tit. 102 §. 2 u. 4, dann Tit. 103 §. 1, damit entweder gar nicht oder doch nur schwer vereinbar wären.

In der erstbezeichneten Beziehung schließt die Bestimmung Tit. 102 §. 2 das Anfechtungsrecht der Ehefrau bei nachtheiligen Verfügungen des Ehemannes über das Heirathgut der Ehefrau in den Worten: „so sie außerhalb des Heirathgutes herzu-

gebracht hat," geradezu aus. Die zweite der angeführten Bestimmungen (Tit. 102 §. 4) scheint eine Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die nicht in Immobilien bestehende dos vorzusetzen, indem sie von einer Sicherung des Heirathgutes der Ehefrau durch ein Generalpfandrecht auf den Immobilien des Ehemannes spricht. Würde der Ehefrau schlechthin an ihrem Heirathgute das ausschließende Eigenthums- und Veräußerungsrecht zustehen, so hätte es kaum einer Bestimmung über die pfandschaftliche Haftung der Immobilien des Ehemannes für dasselbe bedurft, einer Haftung, welche eine gültige Veräußerung des Ehemannes bezüglich der Substanz des Heirathgutes unterstellt und zur Abwendung der hieraus entstehenden Nachtheile für die Ehefrau auf den Fall dient, daß die Restitutionsverbindlichkeit des Ehemannes eintritt. Auf eben dieser Voraussetzung der Befugniß des Ehemannes zu einer gültigen Veräußerung der nicht in Immobilien bestehenden dos der Ehefrau scheint endlich auch und zwar in dem eben bezeichneten Sinne die dritte der vorbezeichneten Bestimmungen der f. VGD. zu beruhen, nämlich Tit. 103 §. 1. Die Ausdrucksweise der f. VGD. in Tit. 96 §. 3, Tit. 97 §. 2: „sein eigen," „eigen" bezüglich der hier in Frage stehenden dos läßt ebensowenig wie viele Stellen des röm. Rechtes (angeführt in Windscheid's L.-B. d. P.R. §. 496 Note 3) auf ein das Veräußerungsrecht des Ehemannes schlechthin ausschließendes Eigenthumsrecht der Ehefrau an der dos während des Bestandes der Ehe schließen. Der natürliche Grundgedanke der hier einschlägigen Provinzialgesetzgebung und des römischen Rechtes ist der gleiche: nämlich der Ehefrau verbleibt das Kapital der dos, dem Ehemanne gebührt der Ertrag desselben. — Gleichwohl ist aber diese natürliche Auffassung wegen des Zweckes

der dos: als ein Beitrag zu dem Vermögensaufwande zu dienen, welcher dem Manne aus der Ehe erwächst (*onera matrimonii*), der Form nach nicht in der Art im Gesetze verwirklicht, daß der Ehemann auf den bloßen Nießbrauch beschränkt wäre, sondern er erwirbt daß ihm als dos Zukommende zu vollem Rechte, zur freien Verfügung darüber mit der Verpflichtung zur Restitution auf den Fall der Auflösung der Ehe.

Wurde ferner der von dem Beklagten vorgelegte Vertrag vom 28. Nov. 1865 an diesem Tage, also vor der fraglichen Cession vom 29. dess. Mon., abgeschlossen und in demselben auch die Errungenschaftsgemeinschaft unter den R.'schen Eheleuten unbedingt und für alle Folge aufgehoben, so trat für die ehelichen Güterverhältnisse dieser Ehegatten das gemeine Recht als Hilfsrecht in Wirksamkeit und damit ist, bei der unbestrittenen Veräußerungsbefugniß des Ehemannes über die hier fragliche Heimsteuerforderung, die angestellte Klage gleichfalls an sich begründet.

Wenn von der vorigen Instanz auch die Bestimmung des Tit. 101 §. 1 der f. C.O. für die Veräußerungsbefugniß des Ehemannes, also für die Gültigkeit der Cession mit Nachlaß, angeführt worden ist, so kann allerdings eine sichere Folgerung aus dieser Stelle der f. C.O. allein nicht gezogen werden, da dieselbe nur von dem Rechte des Ehemannes, die dos von dem Besteller einzufordern und darüber ohne besondere Vollmacht der Ehefrau gültig zu quittiren, spricht. Allein jedenfalls unterstützt diese Stelle der f. C.O. in erheblicher Weise die von der vorigen Instanz vertretene und anmit gebilligte Rechtsansicht, indem hier durch die Worte: „als der die Würden der Ehe trägt —“ der Grund angeführt wird, aus welchem das gemeine Recht — obgleich demselben,

wie bereits erwähnt, ebenfalls der natürliche Gedanke zu Grunde liegt, daß dem Ehemanne der Ertrag und die Administration der dos zustehe, deren Substanz jedoch der Frau verbleibe, — doch dem Ehemanne an der dos (die in liegenden Gütern bestehende allein ausgenommen) ein unbeschränktes Veräußerungsrecht einräumt.

Uebergehend zu den Ausführungen der Revisionschrift des Beklagten, insoweit solche nicht bereits im Vorstehenden berührt wurden, so kommt Folgendes zu bemerken. Allerdings kann nach fränkischem Provinzialrechte der auf dem römischen Dotalsysteme beruhende eheliche Güterstand nicht als gesetzlicher bezeichnet werden; denn derselbe tritt nur dann ein, wenn die Eheleute die gesetzlichen Güterstände — der allgemeinen Gütergemeinschaft und der partikulären Erbengemeinschaft — durch Vertrag ausschließen. In diesem Falle tritt aber zufolge dieses Ausschließungsvertrages der Güterstand des römischen Dotalrechtes vermöge der Geltung des gemeinen Rechtes als Hilfsrechtes in Wirksamkeit, wie dies in dem gegenwärtigen Falle in Folge des Vertrages vom 28. Nov. 1865 der Fall ist. Ohne diese Annahme würde es in einem solchen Falle an einem Gesetze über die Güterverhältnisse der Eheleute gänzlich fehlen. — Allerdings hat ferner nach der k. OÖD. Lit. 102 §. 1 u. 2, Mandat vom 22. Juli 1777 (Mandatensammlung Bd. III S. 152), Mandat vom 25. März 1770 (MS. Bd. I S. 499) der Ehemann kein Verfügungsrecht über Bestandtheile des gemeinschaftlichen, des Erbengemeinschaftsvermögens in dem Güterstande der partikulären Erbengemeinschaft zum erheblichen Nachtheile der Ehefrau, und es besteht dieses Vermögen vornehmlich aus den Nutzungen des beiderseitigen Separatvermögens. Es sind hiernach vermöge dieser Bestimmungen die von dem

Ehemanne in solcher Weise geschlossenen Kontrakte ansehnbar von Seiten der Ehefrau. Allein diese, auch schon von der I. Instanz für die Abweisung der Klage angeführten Bestimmungen finden, abgesehen davon, daß Lit. 102 §. 2, wie schon oben angeführt, das Heirathgut der Ehefrau speziell ausscheldet, keine Anwendung auf den gegenwärtigen Fall, wo es sich von einer Veräußerung eines Separatvermögensobjektes von Seite des Ehemannes handelt, von welchem nur die Nutzungen in das gemeinschaftliche Vermögen fallen, welches Vermögensobjekt der Ehefrau „eigen“, jedoch nur in dem oben ausgeführten beschränkten Sinne des gemeinen Rechtes verbleibt, von welcher rechtlichen Auffassung auch das fränkische Provinzialrecht, wie bereits erörtert, nicht abweicht. Und gerade hierin muß der Grund erblickt werden, aus welchem in Lit. 101 §. 2 der f. LGB. das Heirathgut der Ehefrau ausgeschieden ist. — In dem Vertrage vom 28. Nov. 1865 endlich, wodurch jede Gütergemeinschaft, auch die damals noch bestandene partikuläre Errungenschaftsgemeinschaft ausgeschlossen wurde, ist am Schlusse eine Wahrung der „weiblichen Rechte von Seiten der R.'schen Ehefrau gegenüber den von ihrem Ehemanne ohne ihr Wissen und Willen kontrahirten Schulden beigefügt. Diese an sich selbstverständliche Wahrung der Rechte der Ehefrau, welche ihr aus den früher bestandenen Güterständen gegenüber den von ihrem Ehemanne einseitig kontrahirten Schulden zustanden, ist ohne alle rechtliche Bedeutung für die hier fragliche Veräußerungsbefugniß des Ehemannes an Gegenständen der ehelichen dos, soferne nur diese Befugniß dem Ehemanne rechtlich zukommt, und dieses zu begründen war gerade die Aufgabe der vorstehenden Erörterung.“

DAAG. v. 2. Nov. 1867 Nr. 1183⁶⁶/₆₇.

2.

Nachträgliche Vereinbarungen über Zahlungszeit und Zinsfuß eines hypothekarisch versicherten Restes eines Immobilienkaufschillings bedürfen zu ihrer Gültigkeit der notariellen Verbriefung nicht.

Vgl. Bd. XXXII S. 244, 245, 246; Erg.-Bd. S. 108 u. 197.

E. hatte an B. ein Mühlenanwesen zu H. verkauft und es wurde der Kaufvertrag am 22. März 1863 notariell verbrieft. Dabei wurde dem Käufer ein 37,900 fl. betragender Theil des Kaufschillings kreditirt, welcher mit 4% verzinst werden und zwei Jahre lang unaufkündbar, dann aber halbjährig kündbar sein sollte. Zur Sicherung dieser Schuld errichtete der Käufer Hypothek auf dem erkauften Anwesen, welches er später an F. weiter verkaufte.

Am 20. Januar 1865, also kurz vor dem Termine, an welchem die Kündbarkeit des Kapitals eingetreten wäre, schlossen E. und B. ein Uebereinkommen ab, wonach B. 7900 fl. an Michaeli 1865, die übrigen 30,000 fl. aber ohne weitere Kündigung an Michaeli 1866 zahlen sollte, wogegen das ganze Kapital zu 37,900 fl. vom 24. Sept. 1864 an mit 4½% verzinst werden sollte. Dieses Uebereinkommen soll F. genehmigt und dem E. gegenüber die bezeichneten Verbindlichkeiten des B. übernommen haben.

Als aber E. nach Ablauf der Michaelisfrist 1865 gegen F. unter Bezugnahme auf dessen vertragsmäßige Schulübernahme persönliche Klage auf Zahlung der 7900 fl. nebst 4½% Zinsen seit 1. Jan. erhob, wandte dieser unter Anderem ein, daß das Uebereinkommen vom 20. Jan. 1865 wegen mangelnder notarieller Verbriefung nichtig sei, da es eine Nebenabrede zu dem Kaufvertrage vom 22. März 1863 bilde, zudem den Einträgen im

Hypothekenbuche widerspreche, also auch aus diesem Grunde notariell hätte verbrieft werden sollen.

Bei Beurtheilung dieser Einwendungen sprach sich der oberste Gerichtshof dahin aus:

„Daß das Uebereinkommen, welches nach der Klagebehauptung zwischen dem Kläger und B. als früherem Besitzer des Mühlenwesens zu S. am 20. Jan. 1865 geschlossen wurde, den Kauf des Mühlgutes nicht weiter betrifft, ist nach dem vortragenen Inhalte von selbst klar. Der Immobilienkauf hat seinen endgiltigen Abschluß und seine volle Rechtswirksamkeit durch die notarische Beurkundung erlangt; was später in dem Vergleiche vom 20. Jan. 1865 weiter über die Zeit der Zahlung des Kaufschillingrestes von 37,900 fl. und dessen Verzinsung beziehungsweise über die Erhöhung des Zinsfußes auf $4\frac{1}{2}\%$ festgesetzt wurde, bildet einen neuen Vertrag, der wie die Güterwerbung so auch das durch den Kauf für den Kaufschilling begründete Forderungsrecht in seiner Wesenheit durchaus unangetastet läßt. Dieses Uebereinkommen enthält nur eine Stundung des größten Theiles des stipulirten Kaufschillingrestes gegen Uebernahme der Verbindlichkeit eines höheren Zinsfußes; damit wird aber offenbar nicht an die Stelle des notarischen Vertrages ein anderer eingeschoben, sondern nur über Nebenbestimmungen des Forderungsrechtes, wie es der notarische Vertrag gewährt und festgestellt hat, eine weitere Vereinbarung getroffen. Der hieraus abzuleitende Anspruch ist offenbar nur ein persönlicher, steht in gar keinem Zusammenhange mehr mit dem Mühlgutskaufe, und kann daher aus dem Gesichtspunkte der in Mitte liegenden Immobilienwerbung unter die Vorschrift des Art. 14 des Not. = Ges. nicht subsumirt werden. Ebenso wenig vermag aber auch der Umstand, daß die Kaufschillingforderung, deren Verfallzeit und Verzinslichkeit

durch den Vertrag vom 20. Jan. 1865 neu geordnet wurde, hypothekarisch auf dem Kaufskomplexe sichergestellt ist, eine die Anwendung des Art. 14 des Notariatsgesetzes bedingende dingliche Beziehung herbeizuführen. Der Sinn dieser Gesetzesbestimmung gestattet keine größere Tragweite, als daß von ihr jene Verträge getroffen werden, bei welchen dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen den Gegenstand der Vereinbarung bilden, sei es, daß ein dingliches Recht bestellt oder übertragen wird.

Der Vertrag vom 20. Jan. 1865 hat aber in keiner Weise das dem Kaufschillingssreise von 37,900 fl. und den 4 % Zinsen hievon eingeräumte Hypothekenrecht zum Gegenstande, und es ist weder auf letzteres hingewiesen, noch auch für die Zinsfußerhöhung ein Hypothekeneintrag bedungen. Als Gegenstand des ebenbezeichneten Vertrages erscheinen vielmehr nur die eine Stundung in sich schließende Bestimmung des Heimzahlungstermines und die Zinsfußerhöhung. Daß dadurch keineswegs die Art und Weise, wie das dingliche Recht an der unbeweglichen Sache, hier das Hypothekrecht, ausgeübt werden könne, geregelt, sondern vielmehr die hier der Kaufschillingssforderung entsprechende Hauptverbindlichkeit berührt werde, kann keinem Zweifel unterliegen; denn der Hypothek kommt nach der dem Begriffe des Pfandrechtes entnommenen Bestimmung des §. 2 des Hypothekengesetzes nur eine accessorische Eigenschaft zu, auf das Hypothekenrecht kann daher die fragliche Stipulation nur so weit rückwirken, als es die accessorische Eigenschaft und der Grundsatz der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs mit sich bringt.

Mit Rücksicht hierauf bleibt die Verfallterminsbestimmung, während sie nothwendig auf die Kaufschillingssrestforderung ihre Wirkung äußert, ohne unmittelbaren Einfluß auf das Hypothekrecht, weil

nach Maßgabe des §. 145 des Hypothekengesetzes die Verfallzeit nicht zu der Forderungsbezeichnung, für welche vom Gesetze der Eintrag im Hypothekenbuche verordnet ist, gehört, und deshalb auch auf solche Forderungsnebenbestimmung die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nicht ausgedehnt sind (vgl. v. Gönner's Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. II S. 254). Was aber die stipulirte Zinsfußerhöhung betrifft, so erstreckt sich die Hypothek für das Kauffchillingkapital nach §. 42 des Hypothekengesetzes gegen den Schuldner sowohl als gegen jeden Besitzer auf die Zinsen für den Zeitraum, für welchen sie überhaupt in Betracht kommen können, nur dann, wenn die Verzinslichkeit nach Maßgabe der Vorschrift des §. 22 Nr. 8 des angezogenen Gesetzes im Hypothekenbuche eingetragen ist. Von einer Stipulation des Eintrages der Zinsfußerhöhung im Hypothekenbuche enthält der Klagevortrag nichts, und nach Inhalt des der Klage angefügten Vertrages ist davon keine Rede. Das Hypothekenrecht bleibt also auch hier von dem Vertrage vom 20. Jan. 1865 unberührt, es umfaßt nach wie vor unverändert die Sicherung des Kapitals von 37,900 fl. und der Zinsen hievon zu 4%, und es kann für den angezogenen Vertrag, der für die neue Festsetzung der Verfallzeit wie für die Zinsfußerhöhung mit einer Einwirkung auf das Hypothekenrecht nicht befaßt ist, zu dessen Gültigkeit der notariſchen Verlautbarung nicht bedürfen "

DAWG. v. 4. Nov. 1867 Reg.-Nr. 1023^{66/67}.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypotheksforderungen. — Ueber die zur erledigten Verjährung des Ehealters nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit. — Einblatation von Inhaberpapieren.

Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes in Beziehung auf Cessionen von Hypotheksforderungen.

Bl. f. RM. Bd. XXXI S. 113, 193, 201, 232, 369; Bd. XXXII S. 340, 369; Bd. XXXIII S. 1.

Nach älterem römischem Rechte war nicht nur für die freiwillige, sondern auch für die nothwendige Cession eine besondere Willenserklärung des Cedenten erforderlich. Wenn daher der Verpflichtete aus irgend einem Grunde die Abgabe dieser Erklärung verweigerte, so blieb dem Berechtigten nichts übrig, als dieselbe auf dem Wege gerichtlicher Klagestellung zu erzwingen.

Dieser lästige und oft sehr nachtheilig wirkende Umweg wurde später in einer großen Reihe von Fällen beseitigt, daß man dem Berechtigten, der früher nach abgegebener Cessionserklärung nur *mandatis actionibus* als *procurator in rem suam* auftreten konnte, nun *suo nomine* mittelst einer *actio utilis* gegen den Schuldner vorzugehen gestattete.

Im heutigen Rechte ist selbst dieser Unterschied

Neue Folge XIII. Band.

der Klagen verschwunden. Die nothwendige Cession wird stets so behandelt, als ob sie wirklich geschehen wäre, so daß sich also der Berechtigte ohne Vorführung eines Cessionsaktes durch die bloße Thatsache, durch welche die Verpflichtung zur Cession begründet wird, gegen den Schuldner ad causam legitimirt ¹⁾).

Wenn nicht bewiesen werden kann, daß dieses ganze Rechtsverhältniß durch Art. 14 des Not.-Ges. umgestürzt sei, so läßt sich derselbe schlechterdings nicht auf nothwendige, sondern nur auf freiwillige Cessionen anwenden; denn die Verträge, die dieser Artikel umfaßt, werden erst rechtsgiltig durch deren notarielle Beurkundung; diese aber kann, weil ohne sie gar keine Verbindlichkeit besteht, durch keine Klage erzwungen und daher nur durch freien Willen des Cedenten bewirkt werden; die nothwendige Cession ist aber unabhängig von dem Willen des bisherigen Gläubigers und die Verpflichtung zu derselben ist schon durch das Gesetz mit der Existenz eines gewissen Verhältnisses verknüpft. Man kann, wo ein Cessionsakt schon überhaupt nicht erforderlich ist, nicht die Beurkundung desselben verlangen, welche noch überdies nicht erzwingbar wäre, und man kann wegen Unterlassung derselben nicht als null erklären, was schon durch das Gesetz füngirt wird.

Zu den Fällen der *cessio necessaria* gehört nun insbesondere die Abtretung der für eine cedirte Forderung bestehenden Pfandrechte. Diese gehen, wenn sie nicht durch besonderen Vorbehalt ausgenommen sind, auch wider den Willen des Cedenten auf den Cessionar über, so daß also die no-

¹⁾ Savigny, Oblig.-R. Bd. I S. 245 ff.; Buchta, Pandekten §. 281 u. Vorles.

notarielle Beurkundung der Cession von Hypothekforderungen zu deren Gültigkeit nicht erforderlich sein kann, indem die Abtretung der Forderung nur ein persönliches Recht betrifft und die Abtretung der Hypothek, wenn auch als *cessio voluntaria*, doch nicht als nach Wegfall dieser noch immer verbleibende *cessio necessaria* dem Art. 14 unterworfen ist.

Die Gegner dieser Ansicht sagen aber, man könne die *cessio necessaria* als *fiction legis* zwar nicht für sich unter Art. 14 stellen, wohl aber den Vertrag, durch welchen sie zur Entstehung komme; und da nun die Cession des Forderungsrechtes die Grundlage für den Uebergang der Hypothek bilde, und diesen bewirke, so sei dieselbe ein Vertrag, welcher ein dingliches Recht betreffe²⁾ und als solcher ohne notarielle Beurkundung nichtig sei, wodurch sodann auch die *cessio necessaria* der Hypothek zusammenfalle. Der Einwendung, daß es

²⁾ Dieses Betreffen müßte, um den Art. 14 anwendbar zu machen, nach der Erörterung in Bd. XXXI S. 369 dieser Blätter ein unmittelbares sein; die Ueberlassung der Hypothek aber, welche durch *cessio necessaria* bewirkt wird, folgt nur mittelbar (*mediate lege*) aus dem Vertrage.

Mag man auf jene Erörterung auch keinen Werth legen, so kann man doch die in Bd. XXX S. 266 mitgetheilte oberstrichterliche Entscheidung nicht unbeachtet lassen.

Hier wird ausgesprochen, daß der universelle Erbvertrag, wo er nicht nach besonderer Vorschrift der nothwendigen Beurkundung unterworfen ist, derselben auch nach Art. 14 nicht unterliege, auch wenn sich zur Zeit seines Abschlusses oder beim Tode des Kontrahenten dingliche Rechte in dessen Vermögen befinden, weil die Uebertragung dieser Rechte nicht unmittelbar durch den Vertrag, sondern erst durch die hiedurch begründete Erbfolge bewirkt werde.

nicht angehe, die Hauptsache wegen der Nebensache als nichtig zu erklären, begegnen sie mit der Behauptung, daß es nach dem Sinne des Art. 14 unzulässig sei, hier eine Zerlegung in Haupt- und Nebensache vorzunehmen, daß vielmehr die Cession einer Hyp.-Forderung als ein einziges Ganze behandelt werden müsse.

Diese Entgegnung wäre allerdings von entscheidendem Gewichte, wenn ihr nicht entgegenstände, daß, wer eine Hypothekforderung cedirt, jedenfalls zwei verschiedene Klagen abtritt, eine persönliche und eine dingliche, und daß, wenn es sich um die Richtigkeit eines Geschäftes handelt, vor Allem zu untersuchen ist, ob sich der Richtigkeitsgrund auf das ganze Geschäft oder nur auf einen Theil erstreckt. Der für sich einer Richtigkeit nicht unterworfenene Theil muß sodann, insoferne er in der Trennung für sich allein bestehen kann, als rechtsgültiges Geschäft aufrecht erhalten werden.

Dies ist der wahre und unbestrittene Sinn des Rechtsaxiomes: „utile per inutile non vitatur“³⁾, dessen Anwendbarkeit für vorliegende Frage daher mit bestem Grunde zu behaupten ist, weil sich ein Richtigkeitsgrund aus Art. 14 jedenfalls nur wegen des dinglichen Rechtes entnehmen läßt, und weil beim Wegfalle der Hypothek in der Cession des persönlichen Forderungsrechtes immer noch ein Geschäft zurückbleibt, welches für sich allein rechtlich zu existiren im Stande ist.

Zwar mag der Cessionar, wenn er die Hypothek, welche er durch vertragsmäßige Abtretung nicht erhalten kann, auch nicht per cessionem legis erhalten könnte, nach Gestalt der Verhältnisse

³⁾ Buchta, Pand. u. Vorles. S. 67; Weber: über natürl. Verbindlichkeit S. 74 (Ausg. II S. 330).

berechtigt sein, vom Cessionsvertrage abzugehen; wenn es aber seinem Interesse zusagt, die Forderung auch ohne Hypothek zu behalten, so besteht kein Rechtsgrund, der ihn hierin verhindern könnte; mit anderen Worten: dem Cessionar steht möglicherweise ein Rescissionsgrund zur Seite, eine Nullität ist aber nicht vorhanden.

Selbst die oben S. 1 ff. mitgetheilte Erörterung gebraucht Ausdrücke, welche nur auf eine Rescissibilität gehen; sie führt S. 4 aus, daß sich dem Cessionar wider dessen Willen nicht zumuthen lasse, die Forderung ohne die Hypothek hinzunehmen, und S. 5 wird die Unterscheidung zwischen Rescissibilität und Nichtigkeit sogar durch einen Gegensatz hervorgehoben, indem gesagt ist, die Abtretung der Hypothek sei nichtig, die Cession der Forderung ohne Hypothek aber brauche der Cessionar nicht zu halten ⁴⁾).

⁴⁾ Wenn das S. 5 angezogene fr. 57 de contrah. emt. (18, 1), welches (Savigny, Syst. Bd. III S. 284) eine ganz andere Rechtsmaterie betrifft, hier anwendbar wäre, so spräche es gegen die Meinung, für welche es angeführt ist. Diese Stelle handelt von dem Kaufe eines Hauses, wenn dasselbe a) ganz, oder b) zum größeren Theile oder c) nur bis zur Hälfte abgebrannt war, die Kontrahenten aber beim Kaufabschlusse von dem Brande keine Kenntniß hatten. Im ersten Falle besteht kein Kauf — nihil venisse — und diese hier angenommene Nichtigkeit hat einen sehr natürlichen Grund, weil nun ein Kaufsobjekt gar nicht vorhanden ist, indem, wie ausdrücklich beigelegt ist, die area nicht in Betracht kommen soll, was für diesen speziellen Fall ausnahmsweise verordnet wird. Vergl. fr. 98 §. 8 de solut. (46, 3).

Im zweiten Falle ist der Käufer nur nicht gehalten, — non compellatur emptor — den Kauf zu erfüllen (Rescissibilität) und im dritten Falle ist er —

Im weiteren Verlaufe (§. 6) wird die Wichtigkeit der Abtretung des Forderungsrechtes aus dem Wegfalle der Hypothek als eines promissum, sohin zunächst aus der hiedurch eingetretenen Mangelhaftigkeit des Cessionsobjectes, und nicht, wie die Wichtigkeit der Hypothek, aus Art. 14 abgeleitet. Dies ist aber die verwundbarste Stelle der jenseitigen Meinung; denn die Unverbindlichkeit des Versprechens der Hypothek bewirkt nur, daß der Käufer nicht auf die Erfüllung desselben oder Entschädigung klagen, jedoch wegen dieses Nachtheiles, wenn er sich nicht per cessionem legis heben sollte, die Rescission des Kaufes begehren kann. Wie aber dieser den Käufer allein treffende Nachtheil den Verkäufer berechtigen könnte, jenem die Erwerbung der Forderung zu bestreiten, wenn er sie ohne vertragmäßige Gewährleistung der Hypothek hinnehmen will, ist um so weniger einzusehen, als der hiefür angegebene Grund, daß nämlich dem Käufer sonst das durch Art. 14 bezielte spatium deliberandi entginge, hier offenbar nicht anschlägt.

Wenn aber weiter behauptet wird, daß die Unterscheidung zwischen Wichtigkeit und bloßer Rescissibilität hier nur von geringer Bedeutung sei, so zwingen die praktischen Folgen zur Behauptung des Gegentheiles. Wenn z. B. eine Hypothekforderung schenkungsweise cedirt wird, so behält der Cessionar bei bloß rescissibler Cession die Forderung, während ihm bei nichtiger Cession der Cedent die ganze Schenkung entziehen kann. Andere Beispiele von Verletzungen, welche durch die Annahme einer

coarctandus est emtor — zur Käuferfüllung verbunden, dabei aber zu einem entsprechenden Abzuge am Kaufschillinge berechtigt. —

Richtigkeit entstünden, liegen sehr nahe, insbesondere wenn sich der persönliche Kredit des Schuldners unverhofft gebessert hat. Allerdings ist hier nicht bloß das Interesse des Cessionars, sondern auch das des Cedenten in's Auge zu fassen. Dieser verliert, wenn die vertragmäßige Abtretung der Hypothek als nichtig hinwegfällt, letztere nur kraft des Gesetzes und hat also auch für den rechtlichen Bestand derselben keine Gewähr zu leisten; er verliert sie aber auch dann, wenn er sie vom Vertrage ausnimmt, weil sie losgetrennt von der Forderung rechtlich nicht bestehen kann. Wer dieses eigenthümliche Verhältniß nicht beachten wollte, der müßte auch die unter ausdrücklicher Ausnahme der Hypothek geschehene Cession des bloßen Forderungsrechtes dem Art. 14 unterstellen, weil dieser Vertrag die Trennung der Forderung von der Hypothek und hiedurch den Untergang der letzteren bewirken, sohin gleichfalls ein dingliches Recht betreffen würde.

Die Behauptung, daß die Cession der Forderung, weil sie den Uebergang der Hypothek bewirke, dem Art. 14 unterliege, scheint schon überhaupt viel weiter auszugreifen, als mit dem natürlichen Rechtsgeföhle verträglich sein möchte; denn nun muß man auch die Cession einer *unversicherten* Forderung, wenn sich ein Dritter wegen richtiger Zinszahlung auf gewisse Zeit für den Schuldner verbürgt und deswegen hypothekarische Kaution bestellt hat, in gleicher Weise behandeln, indem auch in diesem Falle die Cession der Forderung den Uebergang des dinglichen Rechtes bewirkt; und da hier die Hypothek nur ein Accessorium der Bürgschaft, diese nur ein Accessorium der etwa in Rückstand kommenden Zinsforderung und letztere wieder nur ein Accessorium der cedirten Kapitalforderung ist, so möchte es wohl kommen, daß die Kontrahenten im guten Glauben an die Entbehrlichkeit der Beur-

fundung diese zu ihrem Nachtheile unterlassen könnten.

Nimmt man aber ungeachtet aller Gegengründe an, daß die Cession einer Forderung ohne Beurkundung deshalb nichtig sei, weil sie, abgesehen von einer vertragmäßigen Abtretung der Hypothek, die Grundlage der gesetzlichen Abtretung derselben bilde, dann fordert die unerbittliche Logik aus nur noch stärkeren Gründen, daß man auch jene Verträge als nichtig erkläre, welche die Grundlage der gesetzlichen Abtretung nicht nur der Hypothek, sondern auch der Forderung, sohin der Hypothekforderung als eines Ganzen, bilden. Dieses wird aber, so folgerichtig es wäre, kaum ausführbar sein, wie durch folgende Beispiele zu zeigen versucht werden soll.

1) Ein Verwalter erhält von seiner Gutsherrschaft den Auftrag, eine Partie Schlagholz um eine bestimmte Summe gegen Baarzahlung zu verkaufen. Der Verwalter erzielt diese Summe, bewilligt aber dem Käufer Fristenzahlung gegen Hypothekbestellung. Als ihn die Gutsherrschaft beauftragt, bei Vermeidung der Dienstentlassung den Kaufpreis baar zu beschaffen, bezahlt er diesen unter Vorbehalt der Cession der gutsherrlichen Hypothekforderung.

Hiedurch geht diese Forderung kraft des Gesetzes auf den Verwalter über, ohne daß ein förmlicher Cessionsakt erforderlich wäre. Der Grund dieses Ueberganges liegt in der Zahlung einer fremden Schuld, wozu der Verwalter wegen Ueberschreitung seiner Instruktion rechtlich angehalten werden konnte ⁵⁾).

Da die verlangte, dann unter Vorbehalt der Cession geleistete und so angenommene Zahlung zwei-

⁵⁾ Bangerow, Leitzf. Bd. III §. 574 Anmerk. III Nr. 4 (Ausg. v. J. 1849 S. 115).

selbstohne ein wahrer Vertrag ist⁶⁾ und als solcher die Grundlage der nothwendigen Cession der Hypothekforderung bildet, so müßte man diesen Vertrag vernichten und dem Verwalter überlassen, daß Bezahlte mittelst der *condictio sine causa* zurückzufordern.

Wie könnte man aber dieses, da der Verwalter zur Zahlung der fremden Schuld rechtlich verbunden war?

Und wenn nun hier notarielle Beurkundung der Cession erforderlich wäre, diese aber von der Gutsherrschaft verweigert würde, so ergäbe sich, daß zwar die gesetzliche Verbindlichkeit zur Cession bestünde, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit aber durch kein gesetzliches Mittel erzwingbar wäre.

2) Wenn der Bürge einer Hypothekschuld diese unter Vorbehalt der Cession bezahlt, so erhält er die Hypothekforderung kraft des Gesetzes. Die Grundlage dieser *cessio necessaria* bildet der Bürgschaftsvertrag, indem dieselbe durch die bloße und nicht wegen der bürgschaftlichen Verbindlichkeit geleistete Zahlung nicht begründet wäre.

Will man hier, um nicht geschehen zu lassen, daß eine Hypothekforderung in Folge eines Vertrages *per cessionem legis* und ohne notarielle Beurkundung übergehe, den Bürgschaftsvertrag vernichten und den Bürgen hiedurch zur Kondition des Bezahlten berechtigen?⁷⁾

⁶⁾ Siehe die ausführliche Entwicklung des Vertragbegriffes bei Savigny, System Bd. III S. 307 ff. Siehe auch Buchta, Pand. §. 54 und Vorlesungen hiezu; Arndts, Lehrbuch der Pand. §. 63, mit Anmerk. 1.

⁷⁾ Der Bürgschaftsvertrag ist hier allerdings nur die mittelbare Grundlage der *cessio necessaria*; man kann aber deshalb nicht sagen, daß dieses Bei-

3) A besitzt zwei Häuser mit besonderen Hypothekfolien, auf welchen beiden eine Forderung des B mit ungetheilter Summe eingetragen ist. Eines dieser Häuser verkauft nun A an C, ohne daß dieser die Hypothek übernimmt. Da ihm aber daran liegt, daß diese auf seinem Hause gelöscht werde, und die Löschung von A nicht so leicht bewirkt werden kann, so schließt er mit B mit besonderer Rücksicht auf die diesem zustehende Hypothek einen Vertrag, vermöge dessen er die Forderung des B bezahlt, wogegen dieser die Hypothek auf dem Hause des C löschen und die Hypothek auf dem Hause des A auf den C als seinen Cessionar umschreiben läßt.

Wenn auch anzunehmen wäre, daß diese Cession als freiwillige der notariellen Beurkundung bedürfe, so ist sie doch als die aus der vertragsmäßigen Zahlung folgende *cessio necessaria* rechtsgiltig, indem nach §. 58 des Hyp.-Ges. der dritte Besitzer, welcher eine Hyp.-Schuld bezahlt hat, von selbst in alle Rechte des befriedigten Hypothekgläubigers eintritt. Oder sollte §. 58 des Hyp.-Ges., nach welchem der Uebergang der Forderung und der Hypothek (Gön-

spiel nicht zutrefte; denn es ist ja gegen diejenigen gerichtet, welche die nicht beurkundete Cession des Forderungsrechtes vernichten, wenn sie eine *cessio necessaria* der Hypothek zur Folge hat, und welche sohin (siehe oben Note 2) nicht zugeben, daß nur die das dingliche Recht unmittelbar betreffenden Verträge dem Art. 14 unterliegen.

Indessen bildet die wegen der Bürgschaft unter Vorbehalt der Cession geschehene Zahlung schon selbst wieder einen vom Bürgschaftsvertrage verschiedenen wahren Vertrag, gleichwie z. B. auch die durch einen Kaufvertrag nothwendig gewordene Tradition ein neben dem Kaufvertrage stehender zweiter Vertrag ist. Savigny a. a. O. S. 313.

ner's Komm. Bd. I S. 462 Nr. 2 u. 3) ohne ausdrückliche oder förmliche Cession geschieht, nunmehr dahin geändert sein, daß seine Wirksamkeit von Erfüllung der im Art. 14 vorgeschriebenen Form abhängt? Und wie dann, wenn der vertragsmäßig befriedigte Gläubiger die Erfüllung dieser (die Nichtexistenz einer Verbindlichkeit voraussetzenden und- daher unerzwingbaren) Form verweigert?

Bei Betrachtung dieser und ähnlicher Beispiele könnte die oberstrichterliche Rechtsprechung vielleicht überraschend sein; den Verfasser aber hat sie niemals überrascht. Er ist nicht so vermessen, eine von einer großen Anzahl der achtbarsten Rechtsgelehrten als zweifelhaft *) erkannte Frage als unbezweifelbar zu erklären, so wie er auch früher (Bd. XXXI S. 201) nur geäußert hat, daß die dieser Rechtsprechung entgegenstehenden Gründe doch wohl überwiegend sein dürften.

Was ihn überraschte, war nur die Art und Weise der im vorigen Bande S. 340 ff. mitgetheilten Widerlegung der Gegengründe, und er konnte nach dem ganzen Inhalte der im vor. Bd. S. 369 ff. gedruckten Bemerkungen durch dieselben nichts weiter beabsichtigen, als zu zeigen, daß die dießseitige Meinung, wenn sie nicht aus anderen Gründen zu widerlegen sei, sich noch immer behaupten könne.

Sollte er hiebei zu eifrig vorgegangen sein,

*) Wer die Frage auch nur für zweifelhaft hält, wird als Richter eher der hier vertheidigten als der anderen Meinung zu folgen haben, weil Art. 14 als Ausnahmsgesetz erscheint, und weil man billig Anstand nehmen muß, wegen einer Form, wenn die Nothwendigkeit der Beobachtung derselben nicht über allen Zweifel feststeht, das materielle Recht zum Opfer zu bringen.

so wäre dieses kaum bedauerlicher, als wenn andererseits die hohe Wichtigkeit der Streitfrage gar nicht erkannt werden will.

Es handelt sich nicht blos um Mühe und Ausgaben, obwohl auch diese nicht völlig unbeachtet bleiben können; es handelt sich um das sichere Erkennen der bei einem tagtäglich vorkommenden Rechtsgeschäfte zu beobachtenden Form; denn wenn einer der Kontrahenten die notarielle Beurkundung verweigert, weil er sie für unnöthig hält, so kann ihn der andere Kontrahent nicht zwingen, und dann muß ja doch die Frage der Rechtsgültigkeit des Geschäftes und der Statthaftigkeit einseitiger Neue zur Entscheidung kommen. Durch die Konsequenzen der Gründe, aus welchen die Nothwendigkeit der notariellen Beurkundung der Hyp.:Cession entwickelt wird, ist aber, wie gezeigt, die unveränderte Wirksamkeit einer ganzen, nur nach sorgfältigen Studien zu überblickenden Reihe gesetzlicher Vorschriften in Frage gestellt, so daß selbst dem Blicke des Rechtsverständigen die Nothwendigkeit der Beurkundung sehr leicht entgehen kann, auch wenn er der oberstrichterlichen Ansicht folgen will.

Man denke außer den vorerwähnten Fällen z. B. an die in Partialobligationen au porteur emittirten sogenannten Herrschaftshypotheken. Es läßt sich vielleicht behaupten, daß die persönliche Schuldfolge, wie die *actio hypothecaria*, nur dem im Hyp.:Buche als Hauptgläubiger eingetragenen Emittenten zustehe; es liegen aber auch sehr erhebliche Gründe dafür vor, daß die Inhaber der Partialobligationen als Cessionare mit jenen beiden Klagen selbständig auftreten können. Letzteres wird in Bd. XI S. 1 ff. dieser Zeitschrift ausführlich zu zeigen gesucht. Ist diese Ausführung richtig — und der oberste Gerichtshof hat sie (Bl. f. RA. Bd. VI S. 12 und Bd. XVI S. 368) als richtig er-

kannt — dann sind alle seit Einführung des Notariatsgesetzes ohne notarielles Zuthun erfolgten Cessionen dieser Obligationen der Nichtigkeit ausgesetzt. Solche Cessionen finden aber noch immer statt, ohne daß die Kontrahenten eine Ahnung der Nothwendigkeit notarieller Beurkundung haben, so daß vielleicht kein Notar eine derlei Cessionsurkunde aufzuweisen im Stande ist.

Selbst bezüglich des Wechselgiro, wenn für den Wechsel eine Hypothek besteht, hat die vom obersten Gerichtshofe in dieser Frage genommene Stellung störende Besorgnisse erzeugt, was hier nur einfach bemerkt, aber keineswegs als gerechtfertigt anerkannt werden soll; denn die richtige Meinung wird doch nur dahin gehen, daß das Wechselgiro, auch wenn es, was sehr häufig nicht der Fall ist, auf einer Cession beruht, doch nicht als solche, sondern ohne Untersuchung des Titels stets nur als das besondere Wechselgeschäft zu betrachten ist. Lautet nun die eingetragene Hypothek auf einen bestimmten Wechselnehmer, so kann sie auch nur als Kaution für diesen wegen des ihm gegen die späteren Wechselinhaber obliegenden Wechselregresses angesehen werden, wonach sie also gar nicht dazu bestimmt ist, durch das Giro auf die jedesmaligen Giratäre überzugehen. Ist aber die Hypothek für den jeweiligen Inhaber des Wechsels eingetragen, was (Bl. f. N. A. Bd. XIII S. 321; Gönnert's Komm. Bd. II S. 311) nach dem Hyp.-Gesetze wohl zulässig erscheinen mag, so wird man wegen der Hypothek das Giro, indem es auf dem einem ganz besonderen Gesetze unterworfenen Wechselvertrage beruht, auch nicht auf den Grund des Art. 14 vernichten, alsdann aber auch nicht hindern können, daß die Hypothek ohne notarielle Beurkundung mit der Forderung übergehe.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die zur erlöschenden Verjährung der Ehehaften nach bayerischem Landrechte erforderliche Zeit.

Vgl. Bd. XXVI S. 252.

Das Recht auf Bezug von Holz aus einer gutherrlichen Waldung stand dem Inhaber einer Badergerechtsame zu. In einem Rechtsstreite hierüber wurde die Befreiung von der Holzabgabe auch aus dem Grunde angesprochen, weil die Badergerechtsame nicht mehr existire, sondern durch Nichtgebrauch erloschen sei, und es wurde darüber gestritten, ob zu dieser erlöschenden Verjährung ein dreißigjähriger Nichtgebrauch erforderlich oder schon ein zehnjähriger hinreichend sei.

Der oberste Gerichtshof entschied sich für erstere Ansicht. In den Entscheidungsgründen führte derselbe aus, daß die Gerechtsame als Ehehaft im Sinne des bayer. LM. Th. II Kap. VIII §. 17 anzusehen sei, bei welcher nur insoferne eine Eigenthümlichkeit bestehe, als für die Baderdienstleistungen nicht bloß von den Bewohnern des Dorfes, für welche die Ehehaft konstituiert wurde, Entgelt geleistet wird, sondern auch von der ehemaligen Grundherrschaft der Einwohner dieses Dorfes im Interesse der ehemaligen Grundholden Holzreichnisse, welche mit der Verpflichtung zur Einrichtung und Haltung einer Badstube zusammenhängen, gemacht werden.

Es wird dann weiter gesagt: Die Ehehaften sind zwar im bayerischen Landrechte unter den Dienstbarkeiten aufgeführt (a. a. O. Th. II Kap. VIII Ueberschrift u. §. 17), und es ist für diese in Kap. VII §. 8 a. a. O. die Regel aufgestellt, daß sie per non usum innerhalb 10 Jahren erlöschen und zwar auch im Falle der Diskontinuität, wenn die Dienstbarkeit nur stunden-, tag- oder wochenweise in Ausübung gebracht wird, was auf die Baderfunk-

tionen immerhin Anwendung fände. Allein §. 16 und 17 des Kap. VIII a. a. O., welche von servitutähnlichen Berechtigkeiten und von den Ehehaften sprechen, sagen selbst, daß diese keine eigentlichen Servituten seien (Eingang des §. 17); sie verweisen auch nicht auf die in Kap. VII §. 8 a. a. O. enthaltene Bestimmung über die Extinktivverjährung. Diese Bestimmungen passen ihrer Natur nach auch nur für solche Dienstbarkeiten, wie sie in §. 1 des Kap. VII definiert sind, nämlich auf Gerechtsame, deren man sich auf fremdem Gute zu erfreuen hat. Badeehaften sind aber Gerechtsame, welche auf dem Anwesen, auf welchem die Badstube errichtet ist und zugleich auf den Besitzungen der Gemeindeglieder, denen die Baderfunktionen geleistet werden, haften. Der Besitzer der Ehehaft-Badergerechtigkeit erscheint nicht bloß als Berechtigter, sondern zugleich auch als Verpflichteter; es bestehen wechselseitige Verpflichtungen und ist somit die Ehehaft-Badergerechtsame ein ganz singuläres Rechtsinstitut, welches eine größere Verwandtschaft mit den deutschrechtlichen Realrechten und Reallasten hat. Solche Rechte und Lasten erlöschen aber durch Nichtgebrauch, wenn von dem Tage an gerechnet, da zum letzten Male die Leistung verlangt wurde, 30 Jahre verflossen sind; sie verjähren mit der Klage, welche auf ihre Leistung gestellt werden konnte. OÖ. Kap. IV §. 3; vergl. Gerber, d. Privatr. §. 171 u. Note 4.

DAÖG. v. 30. Okt. 1867 RNr. 1099^{66/67}.

77.

2.

Bindikation von Inhaberpapieren.

Vgl. Bl. f. RA. Bd. X S. 69, Bd. XV S. 325; Scuffert's Archiv Bd. V Nr. 4 u. 252, Bd. VI Nr. 313, Bd. VII Nr. 152, Bd. IX Nr. 206, 331, Bd. X Nr. 201, Bd. XIII Nr. 56, Bd. XVI Nr. 137, Bd. XIX Nr. 177.

B. J. hatte das in Inhaberpapieren bestehende Vermögen ihres Geliebten N. W. verwaltet. Als nach dessen Tode seine Mutter und Erbin die hies

durch in die Hände der B. Z. gekommenen Papiere als Bestandtheile der Erbschaft zurückforderte, berief sich die Beklagte unter Anderem darauf, daß der redliche Besizer von Inhaberpapieren gegen deren Bindikation geschützt sei. — Die Entscheidungsgründe des oberstrichterlichen Erkenntnisses in der Sache sagen bei Würdigung dieses Einwandes:

„Nach den bestehenden Bestimmungen über die Bindikation von Papieren auf den Inhaber soll der Erwerb solcher Papiere in gutem Glauben Eigenthumsrecht verleihen, ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer Eigenthümer war. Diese Bestimmungen setzen selbstverständlich voraus, daß dem einschlägigen Akte auch wirklich die Absicht zu Grunde lag und zu Grunde liegen konnte, daß diese Papiere in das Eigenthum desjenigen, welchem sie übertragen wurden, übergehen sollten. Werden solche aus einem diesen Erfolg ausschließenden Titel, so namentlich zur Verwaltung, zur Ueberlieferung an einen Anderen u. dergl. übergeben oder übernommen, so ist klar, daß der einseitige Wille des Inhabers, die ihm zu einem anderen Zwecke überkommenen Papiere sofort als Eigenthum besitzen zu wollen, zur Herbeiführung dieses Erfolges nicht genügen könne, da hier die Voraussetzung redlichen Erwerbes mangelt und die Rechtsregel, daß Niemand durch seinen bloßen Willen den ursprünglichen Grund seines Inhabens ändern könne, volle Anwendung finden würde.

Wenn somit erwiesen ist, daß Jemand die Papiere aus einem, das Eigenthum nicht begründenden Titel erlangt hat, so kann er der Bindikation nicht mehr die aus dem einfachen Innehaben für ihn abzuleitende Vermuthung entgegenstellen, vielmehr muß er sich auf einen Rechtstitel berufen können, welcher die Folgerung auf redlichen Erwerb zuzulassen geeignet erscheint.“

DAAG. v. 16. Nov. 1867 Reg.-Nr. 1201^{66/67}.

77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Mord, Todtschlag. — Realarrrest gegen einen Inländer. — Wenn ein Soldat, dessen Aburtheilung wegen von Civil- und Militärpersonen gemeinsam verübtter strafbarer Handlungen dem bürgerlichen Strafgerichte überlassen wurde, nach erfolgter Aburtheilung dieser Handlungen, jedoch noch vor eingetretener Rechtskraft des ergangenen Urtheiles, ein neues Vergehen allein verübt, so ist zur Durchführung der beschaffigen Verurtheilung das bürgerliche Strafgericht zuständig.

Mord. Todtschlag.

Der Unterschied zwischen den Verbrechen des Mordes und des Todtschlages, so einleuchtend und allgemein anerkannt er an sich ist, erscheint doch bei näherer Betrachtung nicht immer so leicht erkennbar und daher kommt es, daß die Gränzbestimmung zwischen beiden Verbrechen in der Wissenschaft wie in den verschiedenen Gesetzbüchern bald nicht scharf genug gegeben, bald nur durch Bezeichnung der Gegensätze zu erläutern versucht wird, und daß auch hie und da die Praxis in Verlegenheit kommt. Es wird daher nicht überflüssig sein, sowohl im Interesse der Strafrechtswissenschaft, als insbesondere im Interesse der Anwendung des bayerischen Strafgesetzbuches, hierüber sich zu äußern.

Mord und Todtschlag haben nicht nur das gemeinschaftlich, daß ein Mensch den anderen widerrechtlich und vorsätzlich getödtet hat; auch darin besteht eine Gemeinschaftlichkeit beider Verbrechen, daß bei jenem wie bei diesem der Thäter im Zustande der Zurechnungsfähigkeit ¹⁾ gehandelt habe.

¹⁾ Ueber den Ausdruck „Zurechnung“ wollen wir hier
Neue Folge XIII. Band.

Aber gerade die Zurechnungsfähigkeit und nur diese ist es, worin der Unterschied beider Verbrechen sich gründet. Der Zustand der Zurechnungsfähigkeit — der psychischen Freiheit — eines Menschen ist in der Regel ein allgemeiner, auf alle Handlungen dieses Menschen sich beziehender, und es ist dieser Zustand entweder vollständig vorhanden, oder bald mehr bald weniger geschwächt — geminderte Zurechnungsfähigkeit. Wer ein Verbrechen bei geminderter Zurechnungsfähigkeit begeht, wird in dem Verhältnisse dieser Minderung mit gelinderer als der die Regel bildenden Strafe belegt, und es kann nicht nur beim Todtschlage, sondern auch beim Morde eine geminderte Zurechnung vorhanden sein²⁾.

Der Mensch kommt indessen zuweilen in Verhältnisse, in welchen sein psychischer Zustand so ergriffen wird, daß, obgleich er im Allgemeinen noch zurechnungsfähig, doch gerade in Beziehung auf jene Verhältnisse seine Geistesruhe und Geisteskraft in einem Grade beeinträchtigt ist, bei welchem er die Kraft nicht hat, eine in ihm aufsteigende leidenschaftliche Aufregung zu unterdrücken, vielmehr sich zum Verbrechen hingerrissen fühlt. Dieser Zustand, eben weil er in besonderer Veranlassung begründet ist, dauert der Zeit nach nur so lange als die Veranlassung wirksam ist, und erstreckt sich in Beziehung auf den Gegenstand nicht weiter, als die Veranlassung ihn begründet: eben deshalb

nicht rechnen, sondern ihn als den gewöhnlichen gebrauchen.

- 2) Wegen Mordes bei geminderter Zurechnungsfähigkeit wurde schon wiederholt auf geringere als Todesstrafe erkannt. OAG. v. 30. Okt. 1840 12¹⁰/₄₁ n. v. 27. Mai 1845 182⁴⁴/₄₅. Archiv des Krim.-Rechtes v. J. 1853 S. 247. Vergl. Rittermaier in Goltzdammer's Archiv, Bd. II S. 298. Dollmann in der „kritischen Ueberschau“ Bd. II S. 102.

werden wir diesen Zustand beschränkte Zurechnungsfähigkeit nennen dürfen³⁾. Es kann dieser Zustand bei Menschen mit außerdem ungemeinderter und bei Menschen mit an sich schon geminderter Zurechnungsfähigkeit vorkommen.

Zwei Verbrechen der Tödtung sind es, welche in solchem Zustande begangen und deshalb in der Strafrechtswissenschaft wie in den Gesetzen gelinder als der Mord behandelt werden: der Kindsmord und der Todtschlag.

Der Kindsmord hat seine Veranlassung und seinen Grund⁴⁾ im Schamgeföhle, eine unmoralische Handlung begangen zu haben und durch die Geburt des Kindes den Fehltritt veröffentlicht zu sehen; ferner in der Furcht, deshalb von Verwandten mit Vorwürfen überhäuft, vielleicht verstoßen und verfolgt zu werden; endlich in der Sorge für das Fortkommen und die Ernährung des Kindes. Eine Hülfe glaubt man in Verheimlichung der Schwangerschaft und der Geburt und in der Beseitigung des Kindes zu finden und beschließt und verübt das Verbrechen in einem fortgesetzten Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit. Vom Kindsmorde handeln wir jedoch hier nicht weiter, sondern erwähnen ihn nur wegen seiner Gemeinschaftlichkeit in mehreren Beziehungen mit dem Todtschlage.

Der Todtschlag, von dem wir hier handeln, wird, wie gesagt, in einem Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit begangen und mit Recht sagt Brodman (Krim.-Recht §. 262): „Todtschlag ist vorhanden, wenn der Vorsatz in dem Zustande des

³⁾ Wer mit dem Ausdrucke „beschränkte Zurechnungsfähigkeit“ nicht einverstanden ist, möge solchen mißbilligen, aber nicht davon ausgehen, die Sache selbst zu bestreiten.

⁴⁾ S. auch Mittermaier zu Feuerbach pein. Recht §. 236, 239.

nicht alle Zurechenbarkeit ausschließenden Affektes gefaßt und in demselben Zustande ausgeführt worden⁵⁾." Nicht jede leidenschaftliche Anregung, nicht jedes Gelüsten, nicht jeder Zorn kann eine Tödtung zum Todtschlag herabstufen: der Affekt oder die Leidenschaft müssen von der Stärke sein, daß sie den freien Willen lähmen, und der Verbrecher wird bestraft, weil er die Leidenschaft über seine Geisteskraft herrschen ließ; er wird nur als Todtschläger bestraft, weil der beschränkende Einfluß der Umstände auf seine Geisteskraft berücksichtigt wird⁶⁾. Mit vollem Rechte wurde jener Burche des Mordes schuldig erklärt, welcher durch den Anblick einer Sackuhr so gereizt wurde, daß er den Besizer todtschlug, um die Uhr nehmen zu können. Solches Gelüsten kann die Kraft nicht haben, die Zurechnungsfähigkeit zu beeinträchtigen⁷⁾. Zur Beurtheilung, ob die Eindrücke auf die Seele eines Menschen von der Stärke waren, daß seine Zurechnungsfähigkeit im gegebenen Falle beschränkt war, wird Kenntniß der gerichtlichen Psychologie⁸⁾, welche keinem Strafrichter fremd sein darf, und Kenntniß der Verhältnisse des Lebens erfordert.

Die deutschen Gesetzbücher neuerer Zeit⁹⁾ wett-

5) Vergl. auch: Feuerbach, Lehrb. §. 217, Martin §. 34, Bauer §. 166.

6) Friedreich, gerichtl. Psychologie S. 375, 379.

7) Feuerbach, Strafrechtsfälle Bd. I Num. I. Friedreich a. a. O. S. 374.

8) Außer Friedreich's vorgeblichem Werke S. 282 fg. f. noch: Hoffbauer, psychische Krankheiten S. 218 ff. Wilbrand, gerichtliche Psychologie S. 290 ff.

9) Bayer. StGB. v. J. 1813 Art. 146, 157, dann v. J. 1861 Art. 228, 229. Preuß. StGB. v. J. 1851 §. 175, 176. Württemberg Art. 237, 243. Baden Art. 205, 209. Braunschweig Art. 145, 146. Großh. Hessen Art. 252, 253. Oldenburg Art. 157, 158. Kön. Sachs. Art. 155. Anhalt-Deßau Art. 119.

eifern, den Unterschied zwischen Mord und Todtschlag festzuhalten: es dürfte jedoch nicht überflüssig sein, hierüber sich näher zu äußern und insbesondere die Verschiedenheit der Fälle zu betrachten, in welchen beschränkte Zurechnungsfähigkeit die Tödtung nicht als Mord, sondern nur als Todtschlag darstellt. Die Ansicht, als ob der Mord als Produkt der Ueberlegung, der Todtschlag als Produkt eines überraschenden Eindruckes zu betrachten, ist zwar schon im römischen Rechte zu Grunde gelegt, welches zwischen Verbrechen mit Vorsatz (*proposito*) und Verbrechen in leidenschaftlicher Stimmung (*impetu*) unterscheidet¹⁰⁾: auch die Carolina criminalis Art. 137 straft den Todtschlag, welcher aus Gähheit oder Zorn gethan, gelinder als den Mord. Wenn man aber die Fälle, welche Wissenschaft¹¹⁾, Geseze und Praxis nur als Todtschlag anerkennen, genauer betrachtet, so findet man, daß auch der Todtschlag Produkt einer Ueberlegung sein kann, und eben so findet man, daß ein Zeitraum zwischen Entschluß und Ausführung nicht nothwendig jene Geistesruhe eintreten läßt, bei welcher die Tödtung als Mord betrachtet werden könnte.

Der Zorn ist das gewöhnlichste Beispiel, wo eine Tödtung als Todtschlag betrachtet wird, und es läßt sich auch nicht bezweifeln, daß ein hoher Grad von Zorn eine so sehr beeinträchtigende Wirkung auf die Geistesfreiheit haben kann und in der Regel haben wird, daß die in solchem Zustande begangene Tödtung nicht als Mord betrachtet wer-

¹⁰⁾ Fr. 11 §. 2. de poenis (48, 19).

¹¹⁾ Feuerbach §. 217. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Martin §. 112, 114. Bauer §. 164. Abegg §. 235. Hefster §. 235. Marcjoll §. 98. Berner §. 181. Köstlin, vom Mord und Todtschlag S. 161 ff.

den darf. Ein Lehrer schlug einen seiner Schüler, welcher einen im Schulzimmer frei umherfliegenden Vogel aus Versehen erdrückt hatte, so unbarmherzig, daß andere Schulkinder dem Vater des Knaben meldeten, daß dieser vom Lehrer todtgeschlagen werde. Der Vater eilte mit geladener Pistoie in das Schulzimmer, traf seinen Sohn bereits todtgeschlagen und erschoss den Lehrer. Hier konnte nicht vom Morde, sondern wegen des Zornes höchstens vom Todtschlage die Rede sein¹²⁾. — In den meisten Fällen schwindet der Zorn mit der Zeit und je nach der Veranlassung und nach der körperlichen und geistigen Anlage des Zornigen bald früher, bald später; es gibt aber auch Menschen, deren Zorn sich erneuert, so oft sie an den Vorfall sich erinnern, der sie zum Zorne gereizt, oder sobald sie den wieder zu Gesicht bekommen, welcher Gegenstand ihres Zornes war¹³⁾. — Das bayerische StGB. v. J. 1813 Th. I Art. 151 sagt ausdrücklich, daß Tödtung in der Hitze des Zornes Todtschlag sei: das StGB. v. 1861 Art. 229 nennt zwar den Zorn nicht, erklärt aber jede rechtswidrige absichtliche Tödtung eines Anderen ohne überlegten Entschluß als Todtschlag und die Motive zum Entwurfe (v. J. 1854 S. 402, 403) sagen ausdrücklich, daß man eine allgemeinere Fassung als die des StGB. v. J. 1813 nothwendig gefunden, weil bei allgemeiner Fassung des Begriffes das Beispiel des Zornes überflüssig und ein Todtschlag im Affekte oder in leidenschaftlicher Aufwallung, oder auch in deprimirter Gemüthsstimmung (z. B.

¹²⁾ Mittermaier in Holtzammer's Archiv des preuß. Strafrechts Bd. II S. 384.

¹³⁾ Friedreich a. a. O. S. 377, 379, 380, 389. Ein Beispiel s. Themis, Zeitschr. herausgegeben von Tanneberg, Bd. I S. 251.

Furcht), ja sogar aus bloßem Muthwillen und Uebermuth verübt werden kann¹⁴⁾). Mord setzt nach dem bayr. StGB. „überlegten Entschluß“ und damit einen Geisteszustand voraus, bei welchem diese Ueberlegung möglich ist.

Während der Todtschlag, welcher im Zorne verübt wird, gewöhnlich (jedoch nicht immer) unmittelbar nach der Veranlassung geschieht, sind die anderen Fälle, wo eine Tödtung wegen beschränkter Zurechnungsfähigkeit nur als Todtschlag beurtheilt werden darf, sehr häufig von der Art, daß der Vollzug der Tödtung erst einige Zeit nach dem gefaßten Entschlusse stattfindet, und es sind diese Fälle um so mehr genauer zu betrachten, als dabei sehr leicht irrige Beurtheilungen vorkommen können. Wenn man annehmen wollte, in der Zwischenzeit von der Veranlassung bis zum Vollzuge habe der Mensch sich beruhigen, daß Ungeredhte seines Vorsatzes einsehen können und wenn er dann doch den Vorsatz ausführe, so geschehe dieses aus Ueberlegung und sei Mord, so bringt man in das Strafrecht eine Vermuthung, welche an die frühere praesumptio doli erinnert und man urtheilt nach steifen juristischen Formeln, während der Unterschied zwischen Mord und Todtschlag auf der Seelenstimmung des Thäters beruht und von psychologischem Standpunkte beurtheilt werden muß¹⁵⁾). Ein anderer Irrthum wäre es, wenn man deshalb überlegten Entschluß und sonach Mord annehmen wollte, weil der Thäter zur That sich vorbereitete, sich Hülfsmittel

¹⁴⁾ MAGE. v. 31. Aug. 1844 135⁴³/₄. S. auch Mittermaier zu Feuerbach a. a. D. Note v.

¹⁵⁾ Berner §. 181. Baur §. 164. Marezoll §. 98 Note 3. Mittermaier in Goldammer's Archiv Bd. II S. 302, 303. Friedreich a. a. D. S. 387, 388, 389.

mittel, z. B. Waffen verschaffte, sich verbarg, falsche Vorwände gebrauchte, die That unversehens ausführte u. s. w. Man darf den Entschluß zur That mit der Ausführung nicht verwechseln. Bei dem Entschlusse zur That wird die Vernunft, die Freiheit des Geistes von den Eindrücken der Verhältnisse beschränkt und die Leidenschaft erringt einen theilweisen Sieg: die Art und Weise der Ausführung und die Mittel hiezu lehrt der Verstand, dessen dienender Charakter zum Bösen wie zum Guten bereit ist und selbst den Wahnsinnigen im Irrenhause in der Art beisteht, daß eine Täuschung der Wärter möglich ist¹⁶⁾. Wir werden sogleich unten an Beispielen nachweisen, wie sehr der Verstand in solcher Art wirkt und erinnern nur noch an die Kindsmörderinnen, welche auf die schlaueste Art Schwangerschaft und Niederkunft verheimlichen und demungeachtet der Strafe des eigentlichen Mordes nicht unterworfen werden. Nicht selten kommt es vor, daß ein Ehemann in dem Verdachte der Untreue seiner Gattin, empört durch diese Untreue und den Eingriff eines Anderen in seine Rechte, und durch den Gedanken, als Hahnrei betrachtet zu werden, den Entschluß faßt, den Störer seines Eheglückes, sobald er denselben im verdächtigen Umgange mit seiner Frau trifft, zu tödten: er trägt deshalb Waffen bei sich, verbirgt sich im Hause oder spiegelt eine Reise vor und kommt unvermuthet: offenbar ist es, daß ein solcher Vorsatz im Zustande beschränkter Zurechnungsfähigkeit gefaßt ist; eben so offenbar ist es, daß ein Zeitraum von dem Vorsatze bis zur Ausführung die Wirkung nicht hat, jene Beschränkung des Geistes zu mildern, oder gar zu heben, so daß dann der Vollzug als Produkt einer ruhigen Ueberlegung, die Tödtung als Mord

¹⁶⁾ Friedrich a. a. O. S. 376. Marezoll a. a. O.

anzusehen wäre. Im Gegentheile je länger die Gelegenheit zum Vollzuge sich hinauschiebt, je öfter der Ehemann vergeblich den Ehebrecher zu überraschen versucht, um so mehr steigt die Leidenschaft in ihm und wenn ihm dann die Ueberraschung gelingt, so ist gewiß der Affekt im höchsten Grade vorhanden ¹⁷⁾).

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Realarrest gegen einen Inländer.

Es war die Frage zur Entscheidung angeregt, ob ein Arrestgesuch gegen einen Inländer nur unter der Voraussetzung stattfinde, daß derselbe ungefreit und unangefessen und zugleich schlechten Leumundes oder der Flucht verdächtig sei. *GD. Kap. VIII §. 6 Nr. 2.*

In der ersten und zweiten Instanz wurde die Ansässigkeit nicht als ein Hinderungsgrund der Arrestverhängung betrachtet und hiebei auf oberstrichterliche Erkenntnisse in *Seuffert Komm. Bd. II S. 443* und *Bl. f. RA. Bd. III S. 116* Bezug genommen.

Vom Anwalte des Impetraten wurde hiegegen eingewendet: bei dem langen Zeitraume, welcher seit Erlassung jener Entscheidungen verflossen sei, und bei dem Umstande, daß seither von bewährten Rechtslehrern entgegenstehende Ansichten mehrfach aufgestellt worden seien, dürfte es großem Zweifel unterliegen, ob jene Entscheidungen auch jetzt noch

¹⁷⁾ Mittermaier bei *Goldammer a. a. D. S. 305, 306, 308, 309.* *Friedreich a. a. D. S. 388, 389.* *Barth, Auslegungsbeheile zum StGB. S. 166.* *Weis, das Strafgeszb. S. 52.*

als Präjudizien zu erachten seien. Dabei wurde *Bolzano*, vergleichende Darstellung des Civilprozesses S. 18, angeführt und der Satz aufgestellt, daß auch heute noch die Ansässigkeit einen Inländer vor der Verhängung eines Arrestes unbedingt schütze.

Vom obersten Gerichtshofe wurde diese Meinung nicht für begründet erachtet.

a) In der *GD. Kap. I §. 8*, in welchem von dem *forum arresti* die Rede ist, wurde bestimmt: gegen Inländer findet der Arrest nur statt, wenn der Beklagte weder befreit noch angefaßt oder sonst genugsam vercautionirt ist. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Falle nicht anwendbar, weil in der gegenwärtigen Streitsache nicht erst durch die Arrestverhängung der Gerichtsstand des Beklagten bei dem Gerichte *J.* als dem für die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache zuständig werdenden Gerichte begründet werden soll. Die Arrestverhängung gegen Inländer zu diesem Zwecke ist der Regel nach ausgeschlossen, nicht weil diese persönliche Eigenschaft den Vollzug des künftigen Urtheiles gewährleistet, sondern weil die Verfolgung des Rechtes bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Inländers den Schwierigkeiten nicht unterliegt, welche die Einflagung einer Forderung bei einem anderen Gerichte mit sich bringt.

b) Die in der *GD. Kap. VIII §. 6 Nr. 2* enthaltene Vorschrift, daß ungefreite und unangefaßene Inländer, wenn sie entweder wegen schlechten Leumundes oder wegen Gefahr der Entweichung zur juratorischen Caution in der Hauptsache nicht zugelassen werden können, auf impetrantisches Begehren mit Real- oder Personalarrest angehalten werden sollen, hatte nur Bezug auf die im vorhergehenden §. 5 erwähnten allgemeinen Cautionen *de iudicio sisti et iudicatum solvi*. . . .

Nachdem aber diese *cautio iuratoria* bei Strei-

tigkeiten der Landesunterthanen unter sich durch die Bestimmung des Proz.-Ges. v. 22. Juli 1819 §. 8 Nr. II abgeschafft worden ist, so kann auch im Arrestprozeß gegen Inländer auf die erwähnte Vorschrift der G.D. Kap. VIII §. 6 Nr. 2 kein Bezug mehr genommen werden, um durch dieselbe die Behauptung zu rechtfertigen, daß gegen angeessene Inländer überhaupt ein Realarrest nicht verhängt werden könne, indem daselbst nur von den Voraussetzungen die Rede ist, unter welchen Inländer zur juratorischen Kaution zuzulassen seien oder nicht. Ist jene Bestimmung der G.D., welche für oder gegen die Zulassung dieser Art von Kaution gegeben war, außer Wirksamkeit gesetzt worden, so hat es auch auf die persönliche Eigenschaft des Beklagten, ob er Inländer und zugleich ansässig ist, oder nicht, nicht anzukommen, sondern von entscheidendem Einflusse sind anderweite thatsächliche Verhältnisse, nämlich ob der Arrestbeklagte solche Handlungen rücksichtlich seines Vermögens vorgenommen hat, durch welche er sich in einen Zustand versetzt hat, daß der Gläubiger von der Gefahr des Verlustes seiner Forderung bedroht ist.

Inländer sind in Folge des erwähnten Prozeßgesetzes von der Kaution sowohl für die Prozeßkosten als für die Widerklage befreit. Diese Befreiung machte in dem Gesetze eine Hinweisung auf jene Fälle nothwendig, in welchen nach der besondern Beschaffenheit des Prozeßes bei Arresten oder nach besonderen Verhältnissen auch Inländer durch die bestehenden Gesetze zur Kautionleistung verbunden sind, wenn sie eine begründete Arrestation oder Sequestration von sich abwenden oder die Aufhebung einer schon verhängten bewirken wollen, wozu jedoch jenen Gesetzen gemäß eine juratorische Kaution nicht hinreicht. Vgl. Sönnner's Kommentar z. P.G. von 1819 S. 119 Nr. 3.

Um eine solche Kaution, welche den Zweck

hat, einen bereits erkannten Arrest wieder aufzuheben, handelt es sich im vorliegenden Falle nicht.

Die Streitfrage ist: ob Ansässigkeit vor der Arrestverhängung schütze; diese Frage ist in der Anm. zur O. Ray. I §. 8 lit. e verneint, indem es daselbst heißt: die bloße Ansässigkeit im Lande hält B. Schmid ad art. 6 ebenso wenig als *cautionem juratoriam* für hinlänglich, um ab arresto frei zu sein. Eine gegentheilige Meinung hat Kreittmayr nirgends geäußert. Vgl. Seuffert, Komm. Bd. II S. 443 d. II. Außg.

Es ist sonach die ganze anwaltschaftliche Deduktion, durch welche dargethan werden soll, daß Impetrat durch die Veräußerung seines Grundvermögens die Ansässigkeit nicht verloren habe, und daß deshalb der von den Gerichten erkannte Arrest nicht gerechtfertigt sei, ohne alle Begründung.

OABG. v. 18. Nov. 1867 Reg.-Nr. 1153⁶⁶/₆₇.

§. *

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Wenn ein Soldat, dessen Aburtheilung wegen von Civil- und Militärpersonen gemeinsam verübter strafbarer Handlungen dem bürgerlichen Strafgerichte überlassen wurde, nach erfolgter Aburtheilung dieser Handlungen, jedoch noch vor eingetretener Rechtskraft des ergangenen Urtheiles, ein neues Vergehen allein verübt, so ist zur Durchführung der desfalligen Voruntersuchung das bürgerliche Strafgericht zuständig¹⁾.

Durch zuchtpolizeigerichtliches Urtheil des l. Bezirksgerichtes Landau vom 25. September 1867 wurden der Schreinersohn Valentin Häring und der Soldat Joh. Georg Häring, nachdem die Aburtheilung des letzteren von dem l. 13. Inf.-Reg.

¹⁾ Man vergl. hiezu Bl. f. RA. Bd. XXX S. 28.

den bürgerlichen Gerichten überlassen worden war, wegen Widersehung, Gewaltthätigkeit und Ehrenfränkung gegen öffentliche Diener in Gefängnißstrafen verurtheilt.

Beide Angeschuldigte legten hiegegen Berufung ein.

Ehe jedoch das appellationsgerichtliche Urtheil erlassen worden war, wurde in zwei von der Gendarmerie am 2. Okt. 1867 errichteten Protokollen die Anzeige erstattet, daß Joh. Georg Häring am 29. Sept. 1867 ruhestörenden Lärm erregt und am 30. dess. Mon. ein Vergehen der Mißhandlung an seinem Vater verübt habe.

Der f. Staatsprocurator zu Landau übersendete diese Anzeigen dem f. 13. Inf.-Reg. zur zuständigen Verfügung. Letzteres gab jedoch unter Bezugnahme darauf, daß die gegen Joh. Georg Häring bei dem königl. Bezirksgerichte Landau anhängige gemischtgerichtliche Untersuchung noch nicht rechtskräftig erledigt sei, die erwähnten Aktenstücke mit dem Bemerken zurück, daß auch bezüglich der neuen Untersuchung Abordnung eines Militärrichters verzichtet werde.

Das f. Bezirksgericht Landau erklärte sich aber zur Uebernahme dieser Untersuchung gleichfalls für unzuständig, weil der Beschuldigte wegen der den Gegenstand der gemischtgerichtlichen Untersuchung bildenden Thaten bereits am 25. Sept. 1867 von diesem Gerichte abgeurtheilt und die hiegegen eingelegte Berufung durch das inzwischen ergangene appellationsgerichtliche Urtheil vom 14. Nov. 1867 verworfen worden sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung, daß, wenn Jemand in verschiedenen Handlungen mehrere Verbrechen und Vergehen oder Uebertretungen begangen hat, nach Art. 84

deß StGB. nur dasjenige Strafgesetz in Anwendung gebracht werden soll, welches die schwerste Strafausmessung zuläßt, und die nach dieser Vorschrift zu bemessende Strafe dem folgenden Art. 85 gemäß auch dann als Gesamtstrafe auszusprechen ist, wenn Jemand wegen einer Handlung rechtskräftig zu einer Strafe verurtheilt wurde und derselbe sich vor dieser Verurtheilung noch einer anderen strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, deren Hinzufügung zur vorangehenden Verurtheilung eine hinsichtlich der Gattung, des Maasses oder der Folgen schwerere Bestrafung nach sich zieht;

in Erwägung, daß im Falle Zusammentreffens von Civil- und Militärpersonen als Beschuldigten bei denselben Verbrechen oder Vergehen nach Art. 1 und Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 1. Juli 1856, die gemischtgerichtlichen Untersuchungen betreffend, die Voruntersuchung immer dem Civil-Untersuchungsgerichte zukommt, bei welchem dieselbe durch den Civil-Untersuchungsrichter und einen von der Militärbehörde abzuordnenden Militärrichter, insoferne nicht von dieser Behörde hierauf verzichtet wird, zu führen ist; daß demnach, soweit nachfolgende gemeine Vergehen derselben Militärperson während der Rechtshängigkeit einer solchen Voruntersuchung zur Anzeige kommen, diese nach den gemäß Art. 84 des StGB. sich ergebenden Folgerungen rücksichtlich des Zusammenflusses von Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen in gleicher Weise zu behandeln sind, wenn auch bei den neuerlichen Verbrechen oder Vergehen der Militärperson keine Civilperson mitbetheiligt ist;

in Erwägung, daß dieser Standpunkt auch dann noch aufrecht erhalten bleibt, wenn die vorausgehende Untersuchung schon zur Aburtheilung gelangt, hiegegen aber Berufung ergriffen ist, weil der Art. 84 gegenüber den Bestimmungen des Art. 85 Platz zu greifen hat, wenn auch nur noch in einer In-

stanz eine gemeinsame Aburtheilung der sämmtlichen strafbaren Handlungen stattfinden kann;

in Erwägung, daß Joh. Georg Häring zwar am 25. Sept. 1867 von dem k. Bezirksgerichte Landau wegen Widersehung, Gewaltthätigkeit und Ehrenkränkung in eine dreimonatliche Gefängnißstrafe verurtheilt wurde, wogegen derselbe die Berufung ergriffen hat, und daß das neuerliche Vergehen der Mißhandlung und die Uebertretung des ruhestörenden Lärmes vom 29. u. 30. Sept. 1867, deren Häring beschuldigt wurde, schon Anfangs Oct. 1867 dem Staatsprokurator am k. Bezirksgerichte Landau angezeigt worden ist, daher zur gleichzeitigen Aburtheilung vor dem k. Appellationsgerichte mit den vorangehenden Thaten noch rechtzeitig vorbereitet werden konnte, der Umstand aber, daß dieß nicht geschehen, sohin die Berufung des Beschuldigten von dem k. Appellationsgerichte der Pfalz am 14. Nov. 1867 allein erledigt worden ist, jetzt bloß zur Folge hat, daß das neuerliche Vergehen im Verhältnisse zu den in zwei Instanzen von Civilstrafgerichten bereits abgeurtheilten nun nach den Bestimmungen des Art. 85 Abs. 2 zur Erzielung der hierin angeordneten Gesamtstrafe von dem Civilstrafgerichte in gleicher Weise zu behandeln ist;

in Erwägung, daß die selbstständige Behandlung einer Strafsache und die Zusammenreihung der hienach zuerkannten Strafe mit einer schon vorher rechtskräftig ausgesprochenen gemäß Art. 87 erst dann eintreten kann, wenn der zu einer begrenzten Freiheitsstrafe Verurtheilte nach Eintritt dieser Rechtskraft eine weitere gleichfalls mit zeitlich begrenzter Freiheitsstrafe zu belegende strafbare Handlung verübt, durch welche Bestimmung im Zusammenhalte mit jener des Art. 85 genau die Grenzlinie bezeichnet wird, bis zu welcher bei dem Vorgehensein mehrerer strafbaren Handlungen vor dem vollständigen Vollzuge der hierauf gesetzten Strafen

die Vereinigung aller dieser Handlungen zu einer Strafe in demselben Urtheile, und von welcher an bloß eine Zusammenrechnung der neuerlich in ganz selbständiger Weise abzuurtheilenden Sache mit der vorangehenden Aburtheilung statt hat;

in Erwägung, daß, wenn die Gesetzgebung die Wirkungen des Rückfalles gegen jeden Thäter eintreten läßt, welcher unmittelbar nach seiner Verurtheilung und deren Bekanntgabe an ihn sich einer strafbaren Handlung derselben Art wieder schuldig macht, daraus nur die Annahme derselben gefolgert werden kann, es gebe derjenige, welcher ungeachtet der ihm eröffneten Verurtheilung sich nicht abhalten läßt, sogleich neuerdings wieder eine strafbare That derselben Art zu verüben, hie mit auch schon seinen beharrlichen bösen Willen zu erkennen, ohne daß es erforderlich wird, die höhere Straffälligkeit dieses dargelegten Trokes gegen das Strafgesetz erst in dem Eintritte der Rechtskraft des Urtheiles oder sogar erst in dem Zeitpunkte der vollständig oder theilweise erstandenen Strafe erkennen zu dürfen; daß daher die Behandlung dieser Rückfallsfrage mit der Anwendung der oben erwähnten Art. 84 und 85 des StGB., besonders im Hinblick auf das hierin für Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen durchgeführte Absorptionssystem, keineswegs, wie das Bezirksgericht Landau dafür hält, im Widerspruche steht;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Eröffnung und Durchführung der Voruntersuchung gegen Joh. Georg Häring wegen Vergehens der Mißhandlung seines Vaters unter Berücksichtigung der angezeigten Erregung ruhestörenden Lärmes der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Landau zuständig sei.

Erk. d. OGH. v. 2. März 1868, UB. Nr. 97.

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

Inhalt: Mord. Totschlag. (Schluß.) — Haftung des dritten Besizers des Hypothekenobjektes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekenschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objektes. — Eine Fesseln, bei welcher die Abtreibung der Forderung mit ihrer Hypothek, als eines ungetrennten Ganzen, den Vertragsgegenstand bildet, unterliegt dem Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten Rechtskreisen sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben. — Zur Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2 Nr. 7 und Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerl. Rechte der Israeliten betr. — Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung. Wirkung des Indossamentes.

Mord. Totschlag.

(Schluß.)

Die Furcht ist mit Recht von den Motiven des Entwurfes zum jetzigen bayerischen Strafgesetzbuche als ein Beispiel genannt worden, wo die Tödtung eines Menschen nur als Totschlag betrachtet werden darf. Es darf dieses freilich keine Furcht vor unbedeutenden Uebeln sein (*metus, qui in virum constantem non cadit*), sondern es wird ein Uebel vorausgesetzt, dessen Eintritt so empfindlich wirken würde, daß der Fürchtende in dem Bestreben, den Eintritt zu verhindern, die Geistesruhe verliert, an ruhiger Ueberlegung gehindert ist und, wie wir es oben nannten, in den Zustand beschränkter Zurechnungsfähigkeit geräth¹⁸⁾. Es kann diese Furcht in der Besorgniß eines unverschuldeten, aber auch eines selbst verschuldeten Uebels, ja in der Besorgniß eines Uebels gegründet sein,

¹⁸⁾ Friedrich a. a. O. S. 378, 379. Wilbrand a. a. O. S. 292.

welches einen Anderen treffen könnte. Die Furcht vor einem selbst verschuldeten Uebel kommt bei Verbrechern vor, welche mit gutem Grunde die Strafe fürchten und in dem Bestreben, sich davon zu befreien, die ruhige Ueberlegung verlieren, bei beschränkter Zurechnungsfähigkeit ein neues Verbrechen beschließen und ausführen, um der Strafe des vorigen zu entgehen. So schwer nun auch das neue Verbrechen ist, so darf doch die Frage, ob es Mord oder Todtschlag, nicht von der objektiven Seite der That, sondern nur von der subjektiven Seite des Thäters betrachtet werden¹⁹⁾. Wenn ein Wildbieb den Jäger, welcher ihn auf der That trifft, niederschießt, damit der Jäger ihn nicht anzeigen und zur Strafe bringen könne, so ist diese Tödtung das Verbrechen des Todtschlages, aber kein Mord, denn durch die Furcht vor Strafe war die Zurechnungsfähigkeit beschränkt²⁰⁾. In derselben Art verhält es sich, wenn ein Verbrecher in der Furcht, verhaftet und der Strafe unterworfen zu werden, den Entschluß faßt, den Gerichtsdiener oder Gendarm, welcher ihn verhaften will, zu tödten und wenn er sich deshalb bewaffnet und dann den Diener der Gerechtigkeit, welcher ihn verhaften will, wirklich tödtet. Seine That ist objektiv doppelt rechtswidrig: durch seine Verbrechen hat er Strafe verwickelt und um dieser zu entgehen, begeht er ein neues Verbrechen, begeht es an einem Organe der Obrigkeit, welches

¹⁹⁾ Friedreich a. a. D. S. 385. Marejoll a. a. D. S. 27.

²⁰⁾ In dieser Art wurde auch vom Oberappell.-Ger. zu München auf den Grund des StGB. v. J. 1813 am 2. Januar 1818 und vom Schwurgerichtshofe zu München auf den Grund des StGB. v. 1861 am 26. Januar 1867 erkannt. S. noch Mittermaier bei Goldammer a. a. D. S. 292. Friedreich a. a. D. S. 377.

nur seine Pflicht erfüllt. Aber von der subjectiven Seite betrachtet ist der Geisteszustand des Thäters zu erwägen. Strafe droht ihm und je schwerer die Strafe ist, welche er verwirkt hat, um so größer ist seine Furcht vor der Strafe, um so stärker die Befangenheit seines Geistes: ein Zeitverlauf zwischen dem Vorsatze, sich durch Tödtung desjenigen, der ihn verhaften will, zu retten und zwischen dem Vollzuge dieser That ist nicht im Geringssten geeignet, jenen Vorsatz zu ändern, im Gegentheile je länger der Mensch in der Furcht schwebt, je stärkere Wirkung hat diese auf ihn, und daß er stets von dieser Furcht beherrscht wird, das ist das durch zweifellos, daß er stets die Waffe bei sich trägt: kommt es dann zum entscheidenden Augenblicke, tritt der Gendarm heran, um die Verhaftung zu vollziehen, dann ist auch der Höhepunkt der Furcht eingetreten, es gilt nur noch des Vollzuges des neuen Verbrechens²¹⁾. Dieses ist offenbar kein Produkt eines „überlegten Entschlusses“, wie StGB. Art. 228 zum Morde bedingt, sondern Todtschlag ebenso, wie wir oben bei dem Ehemanne nachgewiesen haben, welcher den Störer seiner Ehe erst nach wiederholt vergeblichen Versuchen überrascht.

Furcht vor Uebeln, welche einen Anderen treffen können, ist unter Umständen ebenfalls geeignet, eine Beschränkung der Zurechnungsfähigkeit zu bewirken, bei welcher eine Tödtung nicht als Mord,

²¹⁾ Die Geistesbeschränkung, welche einen Menschen in solcher Lage beherrscht, zeigt sich auch in den schon wiederholt vorgekommenen Fällen, wo ein Verbrecher, welcher verhaftet in dem Waggon einer Eisenbahn transportirt wird, während der schnellsten Eile des Zuges aus dem Waggon springt und dadurch sein Leben auf die offenbarste Weise wagt, um der Strafe zu entgehen.

sondern nur als Todtschlag betrachtet werden darf. Mit Recht führt Mittermaier ²²⁾ als Beispiel an, wenn eine Mutter, deren Kind erster Ehe vom Stiefvater so grausam behandelt wird, daß sie, die sich selbst dem Tode nahe fühlt, mit gutem Grunde fürchtet, der Stiefvater werde nach ihrem Tode das Kind so mißhandeln, daß es daran stirbt, den Entschluß faßt, das Kind zu tödten, damit es schnell den künftigen Leiden entzogen werde. Eine solche Tödtung ist nicht Mord, sondern Todtschlag, weil der Entschluß hiezu nicht auf ruhiger Ueberlegung beruht, nicht Produkt des freien Geistes, sondern Produkt der höchsten Befangenheit einer Mutter ist.

Sogar Liebe kann den Menschen verleiten, einen Anderen zu tödten, um diesen von Leiden zu erlösen, denen er doch unterliegen wird. Die Seelenqual, welche derjenige aussteht, welcher eine Person, die er liebt, unter den gräßlichsten Leiden und Schmerzen dem Tode unrettbar entgegengehen sieht, kennen viele Menschen und der Wunsch einer baldigen Erlösung durch den Tod drängt Vielen sich auf. Wer nun von minderer moralischer Kraft ist, den kann die Einstürmung auf sein Gemüth zu dem Irrwahn verleiten, daß die Tödtung des Leidenden sich rechtfertige. Auch hiesür gibt Mittermaier das Beispiel eines Ehemannes, welcher die Leiden seiner unrettbaren Gattin durch Vergiftung endete ²³⁾. Aehnlich ist der auch von Mittermaier ²⁴⁾ erzählte Fall aus Greifswalde, wo eine Mutter angeschuldigt war, ihr außereheliches Kind, um es von

²²⁾ Mittermaier bei Goldammer a. a. O. S. 289.

²³⁾ Bei Goldammer a. a. O. S. 289. — Dieser Fall ist auch ein Beweis, daß nicht jede absichtliche Tödtung des Anderen durch Gift ein Mord ist. Vgl. Friedreich a. a. O. S. 390.

²⁴⁾ a. a. O. S. 307.

dem Hungertode zu befreien, getödtet zu haben: die Geschworenen erklärten sie für schuldig, an ihr Kind Hand angelegt zu haben, um es zu erdroßeln, jedoch sei nicht erwiesen, daß sie mit Ueberlegung handelte. Nach dem bayerischen StGB. v. J. 1861 Art. 228, 229 würde man im Falle einer solchen Tödtung annehmen müssen, daß der Thät ein „überlegter Entschluß“ nicht zu Grunde gelegen sei, vielmehr die Furcht vor einem dem Kinde drohenden schrecklicheren Uebel die Verbrecherin an ruhiger Ueberlegung gehindert und zur That verleitet habe, daß also ein Todtschlag begangen wurde.

Wie schon oben gesagt, kann ein Zeitverlauf von dem im Affekte gefaßten Entschlusse bis zum Vollzuge der Tödtung zu der Annahme nicht berechtigen, daß die Tödtung ein Mord sei: wohl aber liegt es nicht außer dem Kreise der Möglichkeit, daß derjenige, welcher im Affekte den Entschluß gefaßt hatte, den Anderen zu tödten, diesen Entschluß gänzlich aufgibt, später aber aus anderer Veranlassung, z. B. aus Habsucht, an derselben Person einen Mord verübt. Daß dann das frühere Verhältniß, der frühere Affekt nicht bewirken kann, den Mord als Todtschlag darzustellen, ist klar: nur ist die höchste Vorsicht nothwendig, um die Verhältnisse genau zu ermitteln, welche zwischen dem Thäter und dem Getödteten in dem ganzen Zeitraume zwischen dem ersten Entschlusse und der späteren Tödtung obgewaltet haben.

In entgegengesetzter Art läßt es sich auch denken, daß Jemand einen Mord beschließt und während der Ausführung ein Umstand hinzukommt, welcher den Thäter zum Affekte hinreißt, was durch die Einleitung zur Ausführung oder durch Gegenwehr leicht möglich ist: hier ist die Vollendung der That dennoch ein Mord und es kann nicht möglich sein, daß eine und dieselbe That im Anfange der Aus-

führung ein Mordversuch und in der Vollendung nur ein Todtschlag wäre ²⁵⁾).

Verschieden hievon wäre es, wenn Jemand einen Mord beschließt, aber noch ehe er die Ausführung beginnt, zu dem Anderen in eine Lage kommt, wo er in der Art zum Affekte gereizt wird, daß er (z. B. in der Hitze des Zornes) den Anderen tödtet. In solchem Falle könnte der nicht zur Versuchshandlung gekommene Vorsatz, einen Mord zu begehen, nicht bewirken, daß der im Affekte begangene Todtschlag als Mord angesehen werden könnte ²⁶⁾).

Wenn man erwägt, wie leicht die Frage, ob eine begangene Tödtung Mord oder Todtschlag sei, zweifelhaft sein kann, so sieht man sehr wohl ein, wie in der Voruntersuchung eben so wie in der Hauptverhandlung Vorsicht und Gründlichkeit nothwendig ist. Alle Umstände von irgend einem Einflusse sind genau zu erörtern, das Verhältniß des Thäters zum Getödteten schon vor dem Beschlusse zur That, die Veranlassung zu dieser, der Charakter des Thäters, insbesondere ob dieser jähzornig, oder heimtückisch, oder rachgierig, ferner der Zweck der Handlung, die Art der Vorbereitung zur Ausführung, so wie die Art der Ausführung selbst, dann das Benehmen nach der That ²⁷⁾). Aerzte, welche mit den Seelenkrankheiten bekannt sind, werden in der Regel beizuziehen und müssen bei der ganzen mündlichen Hauptverhandlung anwesend sein und so

²⁵⁾ Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Note V. Berner §. 181. Rosshirt, Krim.-Recht, S. 332. Tittmann, Strafrecht, §. 156.

²⁶⁾ Berner a. a. O. §. 181. Mittermaier bei Holtzhammer a. a. O. S. 302, 303.

²⁷⁾ Fr. 1 §. 3 ad leg. Corn. de sicariis (48, 8). Martin §. 114. Bauer §. 164.

geseht werden, daß sie die Zeugen und den Ange-
schuldeten beobachten und hören können; auch sind
auf ihr Verlangen jene Umstände zu erörtern, welche
sie zu Erstattung eines gründlichen Gutachtens allen-
falls noch nothwendig finden²⁸⁾.

Ist die Frage von den Geschworenen zu ent-
scheiden, ob die That Mord oder Todtschlag sei, so
hat der Präsident²⁹⁾ den Geschworenen den gesetz-
lichen Unterschied zwischen beiden Verbrechen und
so weit es darauf ankommt, die Verschiedenheit
zwischen geminderter und beschränkter Zurech-
nungsfähigkeit zu erklären. Bei der Fragestell-
ung wird auf den Zustand der beschränkten Zu-
rechnungsfähigkeit keine Frage gestellt, denn die
Frage, ob dieser Zustand bei dem Thäter vorhan-
den gewesen und eingewirkt habe, bildet nur einen
Erwägungsgrund für die Geschworenen zur Ent-
scheidung, ob die That Mord oder Todtschlag sei.
Dagegen ist, soferne Veranlassung hiezu vorhan-
den, eine eventuelle Frage an die Geschworenen
zu stellen³⁰⁾, ob bei dem Angeeschuldeten gemin-
derte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen, weil im
bejahenden Falle die Richter bei der Strafzumessung
hierauf Rücksicht zu nehmen haben³¹⁾. Daß vom
Präsidenten den Geschworenen erklärte Gesetz mit
Einschluß des im Gesetze begründeten Unterschiedes
zwischen Mord und Todtschlag bildet den Obersatz,
die Ergebnisse der Hauptverhandlung nebst dem
Gutachten der Seelenärzte bilden den Untersatz, das
Verdict der Geschworenen bildet den Schlußsatz des
Syllogismus, welcher die Schuldfrage entscheidet.

Wenn man bedenkt, welcher Unterschied zwischen

²⁸⁾ Archiv des Krim.-Rechtes v. J. 1855 S. 497.

²⁹⁾ Strafprozeßgesetz v. J. 1848 Art. 171.

³⁰⁾ Einführungsgesetz zum StGB. v. J. 1861 Art. 22.

³¹⁾ StGB. v. J. 1861 Art. 67, 68.

der Strafbarkeit des Verbrechens des Mordes und des Todtschlages besteht, so sieht man auch ein, welche Genauigkeit und Vorsicht nothwendig ist, diesen Unterschied auch bei der Beurtheilung einer Tödtung genau und gewissenhaft zu berücksichtigen. Mit Recht warnt Mittermaier³²⁾, daß man in der Beurtheilung des Seelenzustandes eines Verbrechers nicht seinen eigenen Geisteszustand als Muster voraussetze: leicht kommt man dann zu der Meinung, daß, weil man (vielleicht nur bei jezigem Verhältnisse) sich durch Umstände nicht wie der Angeschuldete zur That verleiten ließe, der Angeschuldete sich auch nicht habe verleiten lassen und solche Umstände nur vorschütze, um ein gelinderes Urtheil zu erlangen. Bleibt ein Zweifel, so soll man zwar nicht aus Gutmüthigkeit die gelindere Meinung wählen: aber man muß bedenken, daß in zweifelhaften Fällen die gelindere Meinung mehr Gewißheit für sich hat, das Mehr, welches die schwerere Ansicht begründet, ungewiß ist und daß der Richter einen Schuldausspruch, mithin auch einen strengeren Schuldausspruch, nur nach voller Ueberzeugung fällen darf³³⁾. Wo noch Todesstrafe für den Mord gedroht ist, drängt sich dem Gewissen eines jeden charaktervollen Menschen die größte Ruhe und Vorsicht in der Beurtheilung von selbst auf: aber auch dann, wenn die Todesstrafe abgeschafft ist, bleibt doch in der Strafbarkeit ein Unterschied zwischen Mord und Todtschlag; nur ist dann da, wo beide Verbrechen an einander gränzen und die Gränze schwer zu finden ist, die Beurtheilung und Strafzumessung bedeutend erleichtert.

A.

³²⁾ Bei Goldammer a. a. O. S. 296.

³³⁾ Fr. 42 de poenis (48, 19).

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheines.

1.

Haftung des dritten Besitzers des Hypothekenobjectes, welcher bei der Erwerbung die Hypothekschuld übernommen hat, nach erfolgter Wiederveräußerung des Objectes.

Bd. XXVI S. 425—431; Bd. XXVIII S. 336.

H. hatte ein Gut gekauft und dabei die Hypothekforderung des Pf. (ohne dessen Mitwirkung) zur Zahlung übernommen, kurz darauf aber das Gut an R. unter gleicher Stipulation verkauft, von dem es bald danach G. unter gleicher Bedingung erwarb.

Auf nun erfolgte Klage des Gläubigers wurde H. zur Zahlung verurtheilt, da die Hypothekschuld durch die Uebernahme derselben gegenüber dem ursprünglichen Schuldner und Verpfänder auch ohne Mitwirkung des Gläubigers eine persönliche des Beklagten geworden sei, von der er sich durch Weiterveräußerung des Gutes ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht habe befreien können. Diese persönliche Klage gegen H. — sagt der oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen — würde nur dann nicht mehr begründet sein, wenn der Gläubiger und Kläger Pf. den R. oder G., die späteren Erwerber des Gutes, schon vor der Stellung der Klage gegen H. als seine persönlichen Schuldner anerkannt und den H. von der ihm obliegenden Verbindlichkeit losgesprochen hätte.

DAOE. v. 11. Nov. 1867 RNr. 1188⁶⁶/₆₇;

2.

Eine Cession, bei welcher die Abtretung der Forderung mit ihrer Hypothek, als eines ungetrennten Ganzen, den Ver-
tragsgegenstand bildet, unterliegt dem Art. 14 des Notariats-
gesetzes.

Um die Leser dieser Blätter in den Stand zu
setzen, sich bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 14
des Not.-Ges. auf Hyp.-Cessionen über die Motive
der oberstgerichtlichen Rechtsprechung näher zu orien-
tiren, wird hiemit aus den Gründen eines oberst-
gerichtlichen Erkenntnisses, durch welches die Cession
einer Hypothekforderung wegen Mangels notarieller
Beurkundung als nichtig erklärt wurde, Nachstehen-
des mitgetheilt:

„Nach der in den zur Interpretation dienenden
bekannten Quellen ausgesprochenen Tendenz der Be-
stimmung des Art. 14 des Notariats-Gesetzes vom
10. November 1861 kann nicht bezweifelt werden,
daß den dinglichen Rechten an unbeweglichen Sachen
dieselbe Rechtssicherheit durch eine positive
Gesetzesvorschrift gewährt werden wollte, wie dem
Eigenthume an unbeweglichen Sachen; die Veräu-
ßerung unbeweglicher Sachen und dinglicher
Rechte an solchen sollte durch die gleiche posi-
tive Gesetzesvorschrift im Interesse der Rechtssicher-
heit umfaßt werden. Nun ist aber die Abtretung
eines hypothekarisch gesicherten Forderungsrechtes
eine Veräußerung desselben, eine Uebertragung
des Rechtes auf einen Anderen. Wenn nun auch
bei der Cession einer durch Hypothek gesicherten For-
derung, soferne nicht eine andere Bestimmung ge-
troffen oder eine andere Intention anzunehmen ist,
mit der vertragsmäßigen Uebertragung des persön-
lichen Forderungsrechtes als der Hauptsache das

dingliche Recht der Hypothek als die Nebensache schon kraft des Gesetzes, ohne daß es eines hierauf besonders gerichteten Willensaktes bedürfte, übergeht, so ist dieser Vertrag doch immerhin ein solcher, welcher die Uebertragung des dinglichen Rechtes bewirkt, und diese Verträge fallen unter die positive Bestimmung des Art. 14 des Notariatsgesetzes ganz ebenso wie Verträge, welche die Uebertragung von Eigenthum an unbeweglichen Sachen bewirken. Das Gesetz erkennt in beiden Fällen die bisherige unbeschränkte Giltigkeit und Wirksamkeit solcher Verträge nicht mehr an; es läßt diese Wirksamkeit nur dann eintreten, wenn die vorgeschriebene Form des Vertrages eingehalten ist. Aus einem nicht notariellen Vertrage über die Veräußerung einer Liegenschaft entsteht, auch bei erfolgter Tradition, infolge der positiven Vorschrift des Art. 14 des Not.-Gesetzes ebensowenig irgend ein klagbares Recht (conf. Zinß's Komm. zum Not.-Ges. S. 435) als aus einem nicht notariellen Cessionvertrage über eine durch Hypothek gesicherte Forderung, soferne die Forderung als eine durch Hypothek gesicherte d. h. mit dieser Sicherung, also die Hauptsache und die Nebensache als ein ungetrenntes Ganzes, Vertragsgegenstand ist.“

DABGef. v. 15. Nov. 1867 Reg.-Nr. 1304⁶⁶/₆₁.
Rm.

3.

Ein Kompetenzkonflikt kann nicht deswegen erhoben werden, weil in verschiedenen, wenn auch gleich gearteten Rechtsstreiten sich verschiedene Gerichte für zuständig erklärt haben.

Gegen eine Aktiengesellschaft waren von zwei Klägern, die zu der Gesellschaft in ganz gleichen Rechts-

verhältnissen standen, zwei gesonderte Klagen bei dem Handelsgerichte M. angebracht worden, denen die foribeklinatorische Einrede entgegengesetzt wurde, über welche vom Handelsappellationsgerichte zu Gunsten der handelsgerichtlichen Zuständigkeit erkannt wurde. Als nun ein Dritter, welcher sich der Gesellschaft gegenüber mit jenen beiden Klägern in der ganz gleichen Rechtslage befand, seine Klage bei dem Bezirksgerichte N. anbrachte, und dieses Gericht dieselbe zur Verhandlung zog, brachte der Anwalt der Beklagten bei dem obersten Gerichtshofe einen bejahenden Kompetenzkonflikt zur Anregung.

Dieser erachtete jedoch denselben nach Art. 19 des Komp.:Konfl.:Ges. nicht als erheblich zur Instruktion, und zwar aus nachstehenden Gründen:

„So wie das Gesetz vom 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr., bei jedem Konflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden voraussetzt entweder, daß in der nämlichen Sache, welche von einem Gerichte zur materiellen Entscheidung übernommen worden ist, die Zuständigkeit von einer Verwaltungsstelle in Anspruch genommen wird, — bejahender Kompetenzkonflikt — oder daß in Ansehung des nämlichen Gegenstandes sowohl Gerichts- als Verwaltungsbehörden die Zuständigkeit ablehnen, — verneinender Kompetenzkonflikt (Art. 2 und 10) — ebenso kann im Sinne des Art. 18 dieses Gesetzes von einem Streite zwischen den Gerichten über ihre Zuständigkeit in bürgerlichen Rechts-sachen nur rücksichtlich einer und derselben Streit-sache unter den nämlichen Parteien die Rede sein.

Denn in der gesetzlichen Berechtigung eines Gerichtes, einen bestimmten einzelnen Rechtsstreit zu verhandeln und zu entscheiden, ist dessen Zuständigkeit gelegen. Wenn daher noch ein anderes Gericht in Bezug auf denselben einzelnen

Rechtsstreit seine Zuständigkeit gleichfalls in Anspruch nimmt, wird ein bejahender Konflikt unter diesen Gerichten herbeigeführt, der durch Entscheidung eines hiezu besonders aufgestellten Gerichtes beseitigt werden muß, um jede Störung des Rechtszustandes, die der Eingriff eines Gerichtes in die Sphäre des anderen in Rücksicht auf denselben Rechtsstreit unter den nämlichen Parteien nothwendig zur Folge hätte, zu verhindern.

In derselben Weise muß entgegengesetzten Falles, wenn zwei oder mehrere Gerichte im Zweifel über die Grenzen ihrer Zuständigkeit oder wie immer solche in Beziehung auf einen einzelnen Rechtsstreit gleichmäßig von sich ablehnen, um den Rechtshilfe Suchenden nicht etwa in einen rechtlosen Zustand zu versetzen, der hienach bestehende verneinende Konflikt durch gesonderte Entscheidung eines hiefür bestimmten Gerichtes gelöst werden.

In jedem einzelnen Rechtsstreite dagegen, in welchem sich nur ein Gericht über seine Zuständigkeit ausgesprochen hat, kann von einer hiedurch veranlaßten Störung des Rechtsganges nach seiner Richtung hin die Rede sein, wenn auch dem Inhalte nach derselbe Rechtsstreit gegen die nämliche Partei von einem folgenden Kläger vor einem anderweitigen Gerichte derselben oder auch anderer Kategorie, als im ersten Falle zum Austrage beantragt, und diesem Antrage stattgegeben wird; da jedenfalls eine Kollision von Gerichtsständen in ein und derselben Rechtssache nicht vorliegt, — und den verschiedenen Gewalten im Staate in einer von einander völlig unabhängigen Weise ganz gleiche rechtliche Befugnisse innerhalb des Kreises ihrer festgestellten Zuständigkeit zukommen.

Wenn daher A. seinen Anspruch gegen die beflagte Aktiengesellschaft bei dem Bezirksgerichte M. geltend gemacht, und dieses Gericht denselben auch

zur Verhandlung gezogen hat, während F. und J. in einer Rechtsache derselben Art und gegen dieselbe Beklagte bei dem Handelsgerichte ihre Ansprüche eingbracht haben, welches Handelsgericht von dem Handelsappellationsgerichte gleichfalls zur Austragung dieser Klagsachen als zuständig erklärt worden ist, so liegt hier kein Widerstreit mehrerer Gerichte in Ansehung des nämlichen einzelnen Rechtsstreites nach Art. 18 des Kompetenzkonflikt-Gesetzes vor, und kann demnach auch der von dem Anwalte der Beklagten gestellte Antrag als erheblich nicht erachtet werden.

DAAG. v. 19. Nov. 1867 Nr. 1225^{66/67}.
77.

4.

Zur Gerichtsordnung Kap. XIII §. 2 Nr. 7 und Gesetz v. 29. Juni 1851, die bürgerl. Rechte der Israeliten betr.

Vgl. Bd. XX S. 72, Bd. XXVIII S. 201.

Dem Israeliten L. S. war der Erfüllungseid zuerkannt, derselbe starb aber vor dessen Ableistung. Seine Erben verlangten primär, daß der Eid für geleistet gelte, eventuell sie zur Ableistung desselben de credulitate zugelassen werden.

Diese Anträge wurden in allen drei Instanzen verworfen, und der Gegner der Erben (ein Christ) zum Reinigungseide de veritate zugelassen. Der oberste Gerichtshof widerlegte in den Entscheidungsgründen seines Erkenntnisses ausführlich die Behauptung der Revidenten, daß nach dem Gesetze v. 29. Juni 1851 die Bestimmung der G.D. Kap. XIII §. 2 Nr. 7 auch auf Juden Anwendung finden müsse, indem er aus den Verhandlungen über das Gesetz (R. d. Abg., stenogr. Bericht Bd. I S. 611, R. d. RR. Prot. Bd. II S. 480) nachwies, daß

fragliche Bestimmung der *QD.* nicht abgeändert wurde und nicht abgeändert werden wollte.

Bezüglich des eventuellen Antrages entschied sich der oberste Gerichtshof für die Ansicht, daß die Worte: „in solchem Falle“ im Schlusssatz der *QD.* Kap. XIII §. 2 Nr. 7 sich nicht auf den speziellen Fall des christlichen Absterbens, sondern allgemein auf das Vorabsterben vor der Eidesleistung beziehen und daß es daher auch an sich zulässig sei, den Erben eines Israeliten den Credulitäts Eid aufzulegen.

Da jedoch die Erben im gegebenen Falle nur de credulitate schwören konnten, während der Gegner von der zu beschwörenden Thatsache eigenes Wissen hatte, so wurde nach *QD.* Kap. XIII §. 3 Nr. 8 dem Reinigungs Eide der Vorzug gegeben.

DAGerf. v. 23. Nov. 1867 *NR.* 1319^{66/67}.

77.

5.

Hypothekarische Sicherheit und Wechselausstellung für dieselbe Forderung. Wirkung des Indossamentes.

Durch notarielle Urkunde vom 16. August 1865 hatte Faver B. dem Moses L. für die Eröffnung eines Kontokorrentkredites hypothekarische Kautlon bestellt und noch an demselben Tage von diesem Kredite Gebrauch gemacht, auch dem L. für die empfangene Summe einen Wechsel ausgestellt.

Diesen Wechsel hatte Moses L. an Fanny M. durch Indossament übertragen. Als aber im Jahre 1866 der Konkurs gegen Faver B. ausbrach, liquidierte Moses L. die Wechselforderung unter der Behauptung, Fanny L. habe diese mündlich an ihn rückcedirt.

Die erste Instanz gestand der Forderung das verlangte Vorzugsrecht in der II. Klasse zu, die beiden oberen setzten aber dieselbe in die V. Klasse

hinab, und sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

„Wie zwischen Moses L. und dem Gemeinschuldner ein selbständiges civilrechtliches Verhältniß dadurch entstanden ist, daß in der notariellen Urkunde vom 16. Aug. 1865 dem Gemeinschuldner die Eröffnung eines Kontokorrentkredits versprochen wurde und dieser dafür eine hypothekarische Kaution bestellt hat, ebenso wurde durch die Ausstellung des Wechsels vom 16. Aug. 1865 von Seite des Gemeinschuldners auf L. als Remittent zwischen beiden ein für sich bestehendes selbständiges wechselrechtliches Verhältniß begründet. Vrauer, allgem. deutsche Wechselordnung S. 44 Nr. 1 lit. a.

Weder dieser Wechsel noch das Indossament desselben von Seite des L. auf Fanny M. enthält nun etwas von der in der notariellen Urkunde vom 16. Aug. 1865 bestellten hypothekarischen Kaution, diese ist daher mit der Wechselforderung auf die Indossatarin Fanny M. nicht übergegangen, indem zufolge Art. 10 der allgemeinen deutschen Wechselordnung durch ein Indossament nur Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen.“

Es wird sodann noch ausgeführt, daß daher auch Fanny M. durch die angebliche Rückcession eine Hypothek auf Moses L. nicht habe übertragen, dieser auch eine solche aus eigenem Rechte dadurch nicht erlangen konnte, weil die angebliche mündliche Cession erst nach erkanntem Konkurse und erfolgter Eintragung des Veräußerungs- und Belastungsverbot in das Hypothekenbuch stattgefunden habe.

DAWG. v. 20. Dez. 1867 Nr. 1178^{68/67}.

77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarezekution in einer Handelsache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarezekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat. — Die Klagen auf Supplirung des Ehekonjenses gehören auch in dem Gebiete theilen der vormals fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte. — Die Forderung gegen einen Händler für die demselben zum Gewerbetriebe gelieferten Handelsstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen. — Brand durch Lokomotivfunken verursacht. Natur der bedinglichen Entschädigungsverbindlichkeit. — Die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Hypothekformertung gerichtete Klage ist eine dingliche.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage eines Anwaltes gegen seine Partei auf Zahlung der Deserviten, welche ihm durch die Vertretung der Partei bei Durchführung der Immobiliarezekution in einer Handelsache erwachsen sind, gehört zur Zuständigkeit des Stadt- oder Landgerichtes, welches die Immobiliarezekution auf Requisition des Handelsgerichtes vollzogen hat.

Der f. Advokat N. zu Regensburg hatte als Inkasso-Bevollmächtigter des Inwohners Johann B. in Sarching bei dem f. Handelsgerichte Regensburg gegen die Anwesenbesitzerseheleute Michael und Rosina L. zu Laber zwei Wechsel zu 40 fl. und 20 fl. eingeklagt. — Nach Liquidstellung dieser Forderungen wurde die Mobiliarsperre bei den Beklagten vergeblich versucht. Aber auch bei dem von dem

f. Landgerichte Gernau auf Requisition des Handelsgerichtes Regensburg durchgeführten Zwangsverkaufe des Anwesens der Beklagten zu Laaber blieb aus dem erzielten Erlöse für die Forderung des Klägers nichts mehr übrig.

Für die Vertretung des Klägers B. bei diesem Zwangsverkaufe waren dem f. Advokaten M. 9 fl. 57 kr. Anwaltsgebühren erwachsen, welche derselbe bei dem Landgerichte Gernau wider B. geltend zu machen suchte, indem er beantragte, den B. zur Zahlung dieses Betrages binnen gesetzlicher Frist zu beauftragen.

Das Landgericht Gernau gab jedoch diesen Antrag sofort mit dem Bemerken zurück, daß es nur auf Requisition des Handelsgerichtes Regensburg die Zwangsversteigerung des beklagischen Anwesens durchgeführt habe, und daß durch diese Versteigerung die ursprüngliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes nicht geändert worden sei.

Advokat M. wendete sich nun in gleicher Weise an das Handelsgericht Regensburg. Dieses Gericht wies den gestellten Antrag wegen Mangels der Zuständigkeit gleichfalls zurück, da die angemeldeten Kosten lediglich bei dem von dem Landgerichte Gernau in eigener Kompetenz vorgenommenen Zwangsverkaufe erlaufen seien.

Advokat M. regte hierauf den hienach bestehenden verneinenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion vom obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zur Verfügung in dieser Sache das f. Landgericht Gernau zuständig sei.“

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Für Handelsfachen ist in der Regel ein besonderer von der Zuständigkeit des allgemeinen Civilgerichtes ausgeschiedener Gerichtsstand als Handelsgericht gemäß Art. 62 des Einf.-Gesetzes zum all-

gemeinen deutschen Handelsgesetzbuche bestimmt, und zwar wie für die Verhandlung und Entscheidung der Sache so auch für den Vollzug der Erkenntnisse, soferne sich dieser Vollzug auf unbewegliche Sachen des Schuldners nicht erstreckt. Dieselbe Zuständigkeit steht den Handelsgerichten nach Art. 67 des Einf.-Gesetzes auch rücksichtlich der Wechselfachen zu.

Soll aber die Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse an unbeweglichen Sachen eintreten, so fehlt in dieser Richtung dem Handelsgerichte jede Zuständigkeit, und ist daher nicht bloß in dem Falle, wenn das unbewegliche Gut, welches den Gegenstand der Zwangsveräußerung bildet, außer dem Bezirke des in der Hauptsache zuständigen Handelsgerichtes gelegen ist, sondern ganz allgemein nach Art. 75 des Einf.-Ges. diese Vollstreckung von dem Stadt- oder Landgerichte durchzuführen, in dessen Bezirke die Sache liegt, wenn gleich dieser Ort mit dem Siege des Handelsgerichtes zusammenfällt.

Daraus folgt, daß das Stadt- oder Landgericht nicht bloß den von dem Handelsgerichte requirirten Zwangsverkauf zu bethätigen und das Weitere dem Richter in der Hauptsache zu überlassen, sondern vielmehr in eigener Zuständigkeit die ganze auf das unbewegliche Gut erforderliche Exekution nebst Allem, was damit im Zusammenhange steht, vollständig zu Ende zu führen hat.

Ist hiebei eine Partei von einem Anwalte vertreten worden und sieht sich dieser genöthigt, wegen seiner Gebühren und Auslagen gegen diese Klage zu erheben, so steht dieses Rechtsverhältniß vollkommen im materiellen Zusammenhange mit der Exekutionssache selbst, welche für diese Kosten sogar die ganze rechtliche Grundlage bildet.

Es kann daher kein Zweifel bestehen, daß nach der Gerichtsordnung Kap. I §. 10 das für den Vollzug der Exekution selbst zuständige Gericht auch

diese Differenz zu verhandeln und hierüber zu entscheiden hat.

In keinem Falle könnte dem Handelsgerichte in Bezug auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Anwalte und seiner Partei rücksichtlich der Kosten des ersteren, welches Verhältniß immer eine vor dem ordentlichen Civilgerichte auszutragende Rechtsache und nicht eine Handelsache bildet, irgend eine Zuständigkeit zukommen, da nach eben dieser Gesetzesstelle Sachen, welche nur zur Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes sich eignen, niemals, auch nicht unter dem Titel der Zusammengehörigkeit vor einen außerordentlichen Gerichtsstand — *forum exemptum* — gebracht werden dürfen.

Da, wo für die Entscheidung solcher Differenzen zwischen dem Anwalte und seiner Partei die Grundsätze der Konnexität keine Anwendung finden, ist vielmehr für dieselben nur der persönliche ordentliche Gerichtsstand des Beklagten als der ausschließend zuständige zu erachten¹⁾.

Erk. d. O.G.H. v. 27. Dez. 1867, II B. Nr. 77.

2.

Die Klagen auf Supplirung des Eheconsenses gehören auch in den Gebietstheilen der vormalig fränkischen Fürstenthümer zur Zuständigkeit der Bezirksgerichte²⁾.

Am 1. Sept. 1867 reichte der f. Advokat N. in Nürnberg als Vertreter der volljährigen Privatierstöchter Margaretha G. in Würzburg bei dem

¹⁾ Vgl. oben S. 53.

²⁾ Anderer Meinung ist Edel, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 10. Nov. 1861 S. 161, welcher die Appellationsgerichte, und Seif in dieselben Blättern Bd. XXVIII S. 1 ff., insbes. S. 8—11,

f. Appellationsgerichte von Unterfranken und Aschaffenburg eine Klage gegen deren Mutter, die Privatieröwittwe Barbara G. in Würzburg ein, in welcher er unter dem Anführen, daß die Beklagte seiner Mandantin, welche sich mit dem Handlungscommiss Nikolaus B. verlobt habe, den Consens zur Ehe mit demselben ohne Grund verweigere, die Bitte stellte, auszusprechen, daß der Klägerin zu dieser vorhablichen Verehelichung an Stelle des elterlichen Eheconsenses der obrigkeitliche Consens zu erteilen sei. Hierbei wurde in Betreff der Kompetenz des f. Appellationsgerichtes für diese Sache auf die kurfürstlich bayerische Verordnung vom 21. April 1804 für die fränkischen Fürstenthümer, die Kompetenz zur Supplirung des Eheconsenses betr., Bezug genommen.

Das f. Appellationsgericht wies jedoch diese Klage a limine wegen mangelnder Kompetenz ab, indem es von der Annahme ausging, daß in Folge des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1861 seine allerdings früher für solche Sachen begründete Zuständigkeit auf die Bezirksamte übergegangen sei.

Nun wendete sich Margaretha G. mit derselben Klage an das f. Bezirksamte Würzburg; aber auch dieses Gericht wies die Klage wegen mangelnder Kompetenz ab, indem es die Zuständigkeit des f. Appellationsgerichtes als begründet erachtete.

In Folge dessen regte der f. Advokat N. bei dem obersten Gerichtshofe den Kompetenzkonflikt an, welcher nach gehöriger Instruktion dahin entschieden wurde,

welcher die Einzelrichterämter für zuständig erklärt. Der Ansicht Edel's war der oberste Gerichtshof als III. Inst. beigetreten in einem Erf. v. 4. Juni 1866 (Bl. f. N. A. Erg.-Bd. zu Jahrg. 31 u. 32 S. 4 ff.).

„daß zur Verhandlung und Entscheidung über die Klage der Margaretha G. gegen ihre Mutter Barbara G. wegen Supplirung des Eheconsenses das k. Bezirksgericht Würzburg zuständig sei.“

Diesem Ausspruche sind folgende Gründe beigefügt:

Die Entscheidung des in rubrizirter Sache zwischen dem k. Appellationsgerichte von Unterfranken und dem k. Bezirksgerichte Würzburg entstandenen negativen Kompetenzkonfliktes hängt von Beantwortung der Frage ab, ob der durch die Verordnung vom 2. Mai 1804, die Kompetenz bei Supplirung des elterlichen oder vormundschaftlichen Consenses zur Verhehlung betr., in den vormalig fränkischen Fürstenthümern für die Streitigkeiten über Supplirung eines solchen Consenses geschaffene privilegierte Gerichtsstand vor dem einschlägigen k. Appellationsgerichte durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. Nov. 1861 aufgehoben worden sei oder nicht.

Bei Erörterung dieser Frage ist vor Allem der Satz an die Spitze zu stellen, daß es sich hier um eine dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit angehörige Sache handelt. Das Recht der Eltern, zu der von ihren Kindern beabsichtigten Verhehlung ihren Consens zu ertheilen oder zu verweigern, ist ein Ausfluß der patria potestas, welche in dieser Beziehung beiden Eltern und nicht dem Vater ausschließlich zusteht, und ist, wie die übrigen aus dieser potestas entspringenden Rechte privatrechtlicher Natur. Wenn sich nun ein Kind, welchem von seinem parens der Consens zur Verhehlung verweigert worden ist, mit einer s. g. Consenssupplirungsklage an die Obrigkeit, d. h. an das zuständige Gericht wendet, so geht seine Intention dahin, daß dem parens, weil er keine justa causa zur Verweiger-

ung gehabt habe, daß fragliche Privatrecht entzogen und an die Obrigkeit devolvirt werde. Da es sich somit um die Entziehung eines Privatrechtes handelt, bezüglich welcher zwei im entgegengesetzten Interesse betheiligte Gegner einander gegenüber stehen, so erscheinen die Streitigkeiten hierüber dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit angehörig, und ist es hierbei für die Kompetenzfrage ohne Bedeutung, daß an die Entziehung des fraglichen Zweiges der patria potestas die Folge sich knüpft, daß nunmehr dieses Recht von dem Gerichte ausgeübt wird; denn es ist immerhin in der Intention des Klägers gelegen, daß die Schlichtung der bestehenden Differenz durch die Obrigkeit in einer ihm günstigen, dem bisher vom Beklagten ausgesprochenen Willen zuwiderlaufenden Sinne erfolge.

Auch die oben allegirte Verordnung vom 2. Mai 1804 deutet nirgends an, daß sie die Schlichtung von Differenzen der bezeichneten Art als dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörig erachte.

Diese Verordnung wollte überhaupt nicht eine Ausscheidung zwischen der Kompetenz von Gerichten der streitigen und der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, sondern zwischen der Zuständigkeit weltlicher und geistlicher Gerichte, welcher letztere bis dahin in allen die Ehe betreffenden Streitigkeiten zuständig waren, treffen. Wenn im ersten Absatze dieser Verordnung davon gesprochen wird, daß das Recht der Eheconsenssupplirung von jenen Behörden auszuüben sei, welchen die Pupillargegenstände untergeben seien, so wollte hiedurch nicht jenes Recht als ein Theil des Kuratelwesens bezeichnet werden, sondern es war dieß nur einer von jenen Gründen, welche für die Uebertragung der Jurisdiction in dergleichen Streitigkeiten an die weltlichen Gerichte maßgebend waren. Der Hauptgrund aber war

offenbar die vorher in demselbem Absätze ausgesprochene Erwägung, daß von solchen Streitigkeiten rechtliche Ansichten, d. h. Sätze des bürgerlichen Rechts, unzertrennlich seien; denn der erstere Grund würde auf Streitigkeiten zwischen Eltern und majoren Kindern gar nicht passen.

Es hat sich auch sowohl die Theorie des bayerischen Civilprozeßes (Seuffert's Komm. z. G. O. Außg. I Bd. I S. 105—8 u. Bd. II S. 39) als auch die Praxis der bayerischen Gerichte dafür entschieden, daß Streitigkeiten der vorliegenden Art Gegenstände der streitigen Rechtspflege seien.

Steht aber dieß fest, so fallen sie in erster Instanz nach Art. 26 des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1861 in die Kompetenz der Bezirksgerichte. Die in diesem Artikel für die Kompetenz der Bezirksgerichte in streitigen Rechtsachen aufgestellte allgemeine Regel muß bei der Intention des Gesetzes, die Grundlagen der Civiljurisdiction in allen ihren Sphären neu zu regeln, so lange als durchgreifend erachtet werden, als nicht das Gerichtsverfassungsgesetz selbst Ausnahmen hievon statuirt.

Unter keine dieser Ausnahmen können aber die Streitigkeiten über Supplirung des Eheconsenses gerechnet werden. Daß sie unter keine der Kategorien fallen, welche in Art. 8 den Stadt- und Landgerichten zugewiesen sind, ist an und für sich klar. Sie gehören aber auch nicht zu den Streitigkeiten, welchen das Gerichtsverfassungsgesetz in den Artikeln 73—75 den denselben bisher gewährten sachlich eximirten Gerichtsstand vorbehalten hat. Die Bestimmungen in diesem Abschnitte des Gesetzes sind als Ausnahmen von der Regel des Art. 26 zu erachten, und können daher nicht als Anhaltspunkt für die Annahme dienen, daß das Gesetz auch noch andere nicht speziell berührte sachlich eximirte Ge-

richtsstände habe aufrecht erhalten wollen. Am allerwenigsten aber kann diese Annahme für ein *forum exemplum* der vorliegenden Art gelten, da dasselbe aus alter Zeit, aus einer Periode, in der die ganze Gerichtsorganisation von der heutigen sehr verschieden war, kommt und ohnehin nur für einen verhältnißmäßig kleinen Theil des Königreiches Geltung hatte, und da ferner für dessen Aufrechterhaltung Gründe der Zweckmäßigkeit, wie bei den beibehaltenen sächsisch erimirten Gerichtsständen, offenbar nicht gegeben sind.

Die im Eingange allegirte Verordnung, insoweit sie die Streitigkeiten über Supplirung des Eheconsenses den Hofgerichten und nachmaligen Appellationengerichten in den vormalß fränkischen Fürstenthümern in erster Instanz zugewiesen hat, ist daher durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1861 als aufgehoben zu erachten.

Da nun die Beklagte im Sprengel des k. Bezirksgerichtes Würzburg nach Inhalt der Klage domiciliert, ist auch die Kompetenz desselben für gegenwärtige Klagsache begründet.

Erf. d. OGH. v. 4. Jan. 1868, UB. Nr. 78.

3.

Die Forderung gegen einen Färber für die demselben zum Gewerbsbetriebe gelieferten Farbstoffe ist bei dem ordentlichen Gerichte des Schuldners anzubringen.

Der k. Advokat R. legte mit Klage vom 24. Sept. 1867 dem k. Bezirksgerichte Donaumörth einen Handelsbuchauszug zur Bescheinigung darüber vor, daß die Färberswittwe Barbara W. zu Donaumörth dem Handlungshause R. u. Komp. in Stuttgart für käuflich bezogene Waaren einen Saldo von 238 fl. 54 fr. schulde, und stellte die

Bitte, der Beklagten einen bedingten Zahlungsauftrag zugehen zu lassen.

Das k. Bezirksgericht Donauwörth wies jedoch die Klage von dort ab, weil es sich um den Kaufpreis von zum Zwecke gewerblicher Weiterveräußerung angeschafften Waaren und Materialien handle, welche bei dem Gewerbebetriebe unmittelbar benützt und verbraucht werden, — Art. 273 des allg. d. GGB. — und deshalb das Handelsgericht zuständig sei.

Dieselbe Klage stellte Advokat N. hierauf bei dem k. Handelsgerichte Augsburg, allein auch dieses Gericht lehnte seine Zuständigkeit in dieser Sache ab, weil ein Färber die angeschafften Farben bei Ausübung seiner verbundenen Dienste verwende, in der Belohnung dieser Dienste auch der Werth des dabei verbrauchten meist geringfügigen Materials mitingerechnet werde, sohin keine Handelsache vorliege, und Beklagte auch nicht als Kaufmann erscheine.

Advokat N. regte daher bei dem obersten Gerichtshofe den bestehenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion dahin entschieden wurde,

„daß in dieser Sache das k. Bezirksgericht Donauwörth zuständig sei.“

Diesem Anspruche sind folgende Gründe beigefügt:

Nach Art. 271 Ziff. 1 des allgem. d. GGB. bildet der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen ein Handelsgeschäft, wenn diese Anschaffung zu dem Zwecke erfolgt, um dieselben durch Verkauf oder ein dergleichen ähnliches Rechtsgeschäft weiter zu veräußern, wobei es unter dieser Voraussetzung keinen Unterschied macht, ob diese Waaren oder anderen beweglichen Sachen als solche in Natur oder nach einer

Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen.

Die Beschäftigung eines Färbers beruht aber in der Regel nicht darauf, die von ihm angeschafften Farbstoffe nach ihrer Bearbeitung oder Verarbeitung im Wege des Verkaufes oder eines diesem ähnlichen Geschäftes wieder weiter zu veräußern, sondern auf einer Verdingung seiner Dienste rücksichtlich des Färbens verschiedener ihm übergebener Stoffe, wobei im Wesentlichen nur der Lohn für diese Dienste in Betracht kommt, während die bei solcher Beschäftigungsweise verbrauchten Farben bloß nebenher im Arbeitsverdienste mit in Berechnung gebracht werden; daher stellen letztere weder selbständig noch in Verbindung mit der Hauptsache einen Handelsgegenstand für ihn dar.

Diese Beschäftigungsweise allein gewährt sohin keineswegs, wie das k. Bezirksgericht Donauwörth durch Hinweisung auf Art. 4 und 6 des allg. d. GGB. annimmt, dem Färber oder einer Färberwitwe die Eigenschaft eines Kaufmannes oder einer Handelsfrau, es kann deßhalb bezüglich des mit dem Verdienste zugleich in Anschlag gebrachten Werthbetrages der Farben, als des bei dem Betriebe dieses Gewerbes unmittelbar verbrauchten Materiales, auch nicht der Art. 273 dieses Gesetzes in Bezug genommen werden, da dieser Artikel, um den hierin angeführten Geschäftsbetrieb als ein Handelsgeschäft erachten zu können, die Eigenschaft dessen, der ihn ausführt, als eines Kaufmannes zur Voraussetzung hat, diese Voraussetzung aber hier in keinem Falle gegeben ist, nachdem auch dafür, daß der Gewerbebetrieb der Beklagten in Beziehung auf die Uebnahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere über den Umfang des Handwerkes hinausgehe, — Art. 272 Ziff. 1 — keinerlei Anhaltspunkt vorliegt.

Ist aber eine solche Eigenschaft der Beklagten

nach keiner Richtung zu entnehmen, und überdies daß in Frage stehende Geschäft als ein Handelsgeschäft nicht zu erachten, so kann auch nach Art. 64 Abs. 1 des Einf.-Ges. zum allgem. d. GGB. nicht das Handelsgericht, sondern nur das ordentliche Zivilgericht der Beklagten zur Verfügung in dieser Sache zuständig sein.

Entf. d. OGH. v. 28. Febr. 1868, UB. Nr. 79.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Brand durch Lokomotivfunken verursacht. Natur der beschuldigten Entschädigungsverbindlichkeit.

Vgl. Bd. XXI S. 439.

Hierüber sagen oberstichterliche Entscheidungsgründe:

„Was die Vorfrage betrifft, ob der k. Eisenbahnfuß überhaupt verpflichtet sei, für den Schaden einzustehen, welcher durch ausstrühende Funken aus den Lokomotiven seiner Eisenbahnzüge an fremdem Eigenthume angerichtet wird, so ist allerdings der Regel nach jede Verbindlichkeit zum Schadenersatz durch das Dasein einer absichtlichen oder fahrlässigen Beschädigung bedingt.

Von einer absichtlichen Beschädigung kann zwar hier keine Rede sein; allein eine Fahrlässigkeit liegt offenbar vor, und zwar, wenn auch nicht in der Unterlassung angemessener Sorgfalt zur Verhütung des Ausstrühens von Funken aus der Lokomotive, wohl

aber durch Nichtbeachtung der gesetzlichen Beschränkung der Eigenthumsausübung gegenüber dem nachbarlichen Eigenthume.

Der Eigenthümer ist zum vollen Gebrauche seines Eigenthumes nur innerhalb der lokalen Grenzen desselben und unabbrüchig derjenigen Beschränkungen, welche ihm das Gesetz in Rücksicht auf nachbarliches Eigenthum auferlegt, befugt, und wenn er bei seinem Gebrauche jene Grenzen überschreitet und beschädigend auf das Eigenthum Anderer eingreift, sofort etwas unternimmt, wodurch er die erwähnten gesetzlichen Grenzen überschreitet, begeht derselbe offenbar eine kulpöse Handlung.

Nun ist es aber dem Eigenthümer nach der klaren Vorschrift des fr. 8 §. 5 si serv. vind. (8, 5) nicht erlaubt, übermäßigen Rauch oder sonst etwas in das nachbarliche Gebiet ausströmen zu lassen (immittere). Feuerfunken müssen aber unter diesem „etwas anderen“ ebenfalls und zwar um so sicherer verstanden werden, als diese beschwerlicher und gefährlicher auf das benachbarte Eigenthum einwirken, als der Rauch nnd das Wasser, von welchem letzterem in obiger Gesetzesstelle gleichfalls die Rede ist.

Es gibt ferner diese Gesetzesstelle dem nachbarlichen Eigenthümer sogar dann eine Klage, wenn der andere Steine bricht und Bruchstücke hievon in des Nachbarn Eigenthum fallen.

Die hier gestattete negatorische Klage geht aber nicht bloß auf Anerkennung der Freiheit des Eigenthumes, sondern ausdrücklich auch auf Entschädigung für den Fall, daß der Eingriff in fremdes Eigenthum nicht beseitigt wird; fr. 7 si serv. vind. Glück, Comment. Bd. 10 S. 239 Nr. III b.

Die durch Verletzung dieser gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthumes begangene culpa wird nicht durch den Umstand aufgehoben, daß die

Eisenbahnanstalt durch die vom Staate ertheilte Konzession zum Betriebe des Eisenbahnverkehrs mit Lokomotiven autorisirt ist; denn hierin ist nur eine thatsächliche Entwährung des Rechtes nachbarlicher Realitätenbesitzer, gegen das ganze Unternehmen, folglich auch gegen das Eindringenlassen von Funken, die Freiheit des bedrohten Eigenthumes von einer solchen Annahung mittels der negatorischen Klage geltend zu machen, der Wirkung nach enthalten; den Anspruch auf Entschädigung im Falle eingetretenen Schadens schließt aber die Konzession nicht nur nicht aus, sondern sie hat die Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers hiezu, nach Art. I litt. A. b. des Expropriationsgesetzes zur alsbaldigen nothwendigen Folge.

Es findet daher, wenn eine solche Konzession mit Genehmigung der Baulinie von Seite der Staatsgewalt aus Rücksichten auf Beförderung des großen Weltverkehrs ertheilt ist, allerdings die erwähnte Klage auf Einstellung des Eisenbahnbetriebes nicht statt; allein hieraus folgt nicht, daß nun der Unternehmer der Eisenbahnanstalt einen Freibrief zur Beschädigung dritter Personen ohne jede Entschädigungsverbindlichkeit erhalte, vielmehr leitet sich diese Verbindlichkeit als selbstverständlich aus der in der Verfassungsurkunde Th. IV §. 8 gewährten Sicherheit der Person und des Eigenthumes ab.

Durch die Entwährung der Befugniß zur Ausstellung der Negatorienklage wird also die Entschädigungsforderung selbst nicht ausgeschlossen, sondern der durch sie zu verfolgende Anspruch verwandelt sich nur nach fr. 7 si serv. vind. und Art. I A. b. des Expropriationsgesetzes in eine Entschädigungsforderung.

Hiernach kommt es darauf, ob in einem konkreten Falle eine von der Ueberschreitung jener Grenzen unabhängige und spezielle Fahrlässigkeit be-

gangen worden sei, in Ansehung der Entschädigungspflicht offenbar nicht an.

Für diese rechtliche Beurtheilung der hier zu entscheidenden Frage in der oben ausgeführten Weise haben sich nicht nur oberstrichterliche Erkenntnisse des In- und Auslandes (Seuffert, Archiv Bd. XII Nr. 124; Bd. XIII Nr. 235, Bd. XIV Nr. 208 und Bd. X Nr. 164), sondern auch gewichtige Rechtslehrer auf dem Standpunkte der Theorie unterschieden. Vgl. Windscheid, Lehrb. des Pand.-Rechtes Bd. I §. 169 Anmerk. 7."

Hienach wurden der Klägerin nur die vom Beklagten widersprochenen Thatsachen zum Beweise auferlegt, daß der abgebrannte Stadel durch Funken in Brand gesteckt worden sei, welche aus der Lokomotive des bezeichneten Güterzuges ausprühten, und welchen Werth dieser Stadel hatte.

OABG. v. 30. Dez. 1867 Nr. 1260^{66/67}.

77.

2.

Die wegen Mangels eines Hypothektitels auf Löschung einer Hypothekvormerkung gerichtete Klage ist eine dingliche.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen hierüber Folgendes:

„Die Kläger stützen ihre Bitte um Löschung der hier in Frage stehenden Hypothekvormerkung auf die Behauptung, daß diese Vormerkung vom Beklagten ungeachtet des Mangels der gesetzlichen Vorbedingungen für einen solchen Eintrag erschlichen worden sei, insbesondere ein gesetzlicher Rechtstitel für eine Hypothek dem Beklagten nicht zur Seite stehe.

Nach dieser Begründung der Klage in Verbindung mit deren Petition, kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die angestellte Klage dinglicher Natur sei. Denn die Vormerkung

einer Hypothek hat nicht minder die Natur einer Belastung des Grundeigenthumes, welche gegen den Besitzer des belasteten Objectes sowohl wie gegen jeden Dritten nachtheilige Wirkungen hervorzubringen im Stande ist, als der definitive Eintrag einer Hypothekforderung; beide unterscheiden sich nicht in ihrer rechtlichen Natur im Allgemeinen, sondern nur im Umfange der rechtlichen Befugnisse, welche sie dem Gläubiger gewähren.

Ist nun der Gegenstand der Klage dinglicher Natur, so ist es auch deren Fundament; denn dieses besteht nur in der Behauptung, daß die Kläger Eigenthümer der belasteten Objecte seien, und in der Negation der gesetzlichen Voraussetzungen für Erlangung einer Vormerkung, insbesondere des Vorhandenseins eines Hypothektitels. Die Klage hat daher die Natur einer *actio negatoria* (vgl. Seuffert's Bl. f. RA. Bd. XXV S. 225 ff.). Es kann auch keinem gegründeten Bedenken unterliegen, die bezüglich dieser Klage geltenden Grundsätze, wie auf Klagen auf Löschung definitiv eingetragener Hypotheken, so auch auf Klagen anzuwenden, durch welche die Löschung von vorgemerkten Hypotheken erstrebt wird, indem dergleichen Vormerkungen eben so, wie wirkliche Hypothekeneinträge, Eingriffe in das Eigenthum enthalten, zu deren Beseitigung die *actio negatoria* dient (vgl. Bl. f. RA. Bd. XXIV S. 8, Bd. XXV S. 249).

Hat nun aber gegenwärtige Klage die Natur der *actio negatoria*, also einer dinglichen Klage, so mußte sie bei dem *forum rei sitae* angebracht werden, und die von der vorigen Instanz gebilligte Weigerung des Beklagten, sich vor diesem Gerichte auf die Klage einzulassen, ist daher ungegründet."

DAAG. v. 4. Jan. 1868 Nr. 1338^{66/67}.
Rm.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Das eheliche Güterrecht des Weissenburger Stadtrechtes. — Zur Gültigkeit der Fesseln einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Fesselnvertrag, sondern nur die einseitige Fesselerklärung des Cedenten notariell beurkundet ist. — Form der Eheverträge. Statutenkollision. — Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines kriegspräsumten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als ein Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen worden war.

Das eheliche Güterrecht des Weissenburger Stadtrechtes,

von Prof. Paul Roth in München.

Die Stadt Weissenburg in Mittelfranken, früher Reichsstadt der schwäbischen Bank, hat Statuten aus dem Jahre 1739, welche sich theilweise auf polizeiliche Gegenstände beziehen, indessen auch einige prozessualische und civilrechtliche Bestimmungen enthalten; unter den letzteren ist von Bedeutung Tit. 3: von Eheverlöbniß und Hochzeithaltung¹⁾. Die hier vorliegende Aufzeichnung²⁾ des ehelichen Güterrechtes wurde früher als die allgemeine Gütergemeinschaft begründend angesehen³⁾ und erst seit der Ausfüh-

¹⁾ Arnold, Beitr. z. t. Pr. R. Th. I S. 824 und Gengler, Pr. R. Th. II S. 1033 geben den Wortlaut.

²⁾ Roth, de successione conjugum Weissenburgensium, Altorf 1767, S. 12 f. weist nach, daß dieses Statut zum größeren Theile nur Wiederholung älterer statutarischer Gesetze enthalte. Die älteste Aufzeichnung in Weissenburg ist von 1372. S. Gengler, Stadtrecht S. 518.

³⁾ Roth, de successione §. 7 ff. Scherer, Gütergemeinschaft Th. I S. 109, Böhm er, de iuribus — ex communione universali. Göttingen 1748 §. 15.

ung von Arnold (Beiträge Th. I S. 825) wird hier das Dotalrecht als geltendes Güterrecht angenommen ⁴⁾. Die von Arnold angeführten Gründe haben mich indessen nicht überzeugt. Er stützt seine Meinung darauf, daß die Abfindung der Kinder nach dem Statute sich nicht auf das gemeinschaftliche Vermögen sondern nur auf das väterliche oder mütterliche Erbe beziehe, daß die Ehefrau mit ihrem Vermögen regelmäßig nicht für die Schulden des Mannes hafte, und daß bei Wiederverehelichung die römischrechtlichen Strafen der zweiten Ehe anwendbar seien. Diese drei Punkte scheinen mir nicht maßgebend zu sein. Unter den 20 anderen bayerischen Statuten, welche die allgemeine Gütergemeinschaft als eheliches Güterrecht festsetzen, sind 8, welche die Abtheilung nicht nach dem Stande des gemeinschaftlichen Vermögens, sondern nach dem Vermögen des Verstorbenen (Eingebrachtes u. s. f.) bestimmen, vor Allem Wahrenth, welches ja auch Arnold a. a. O. S. 174 zu der allgemeinen Gütergemeinschaft rechnet. Daß dieser nur diejenigen Statuten angehören, welche die Theilung immer nach Quoten vornehmen, ist eine Meinung, die eben so weit verbreitet als grundlos ist. Kennt ja doch selbst das Bamberger Landrecht bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine Abtheilung durch Herausgabe des Eingebrachten des verstorbenen Elternteiles. RM. II 1, 3, 18 S. 239.

Ebensowenig entscheidend ist der zweite Punkt. Zwar bestimmt Tit. 9 der Statuten und die VO. v. 19. Februar 1768 (Arnold a. a. O. S. 830), daß Ehefrauen bei gemeinsam kontrahirten Schulden nie die weiblichen Freiheiten sollen ansprechen können,

⁴⁾ So von Rittermaier, Pr. R. §. 387, Gengler Pr. R. Th. II S. 1033 und Rosenkranz, Pflegschaftswesen (Beilagenheft zu Bd. VII der Zeitschrift f. Gesetzg. u. Rechtspf.) S. 52.

woraus Arnold S. 826 folgert, daß in der Regel eine Schuldenhaftung der Ehefrauen nicht begründet sei; allein die fraglichen Bestimmungen beziehen sich offenbar auf verdingte Ehen, da darin bestimmt ist, daß die Ehefrau für das zugebrachte Heirathgut und Gegenvermächtniß eines Vorzuges nicht theilhaft sein soll. Ganz in derselben Weise bestimmt die Lindauer Konkursordnung von 1738 und der daraus gezogene Tit. 33 der Kempter Gerichts- und Prozeßordnung von 1770, daß die Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen die weibliche Freiheit ansprechen könne, obwohl doch nach beiden Statuten zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft gilt. Diese Bestimmungen sind offenbar auch nur auf verdingte Ehen zu beziehen, da sie das Recht der weiblichen Freiheit ausdrücklich ausschließen, wenn der Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft lautet (Lindauer Konk. O. IV. 9, Kempter O. XXXIII. 8), und demnach auch für den gesetzlichen Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht bestimmen wollen.

Endlich kann ich auch den dritten Punkt nicht als entscheidend anerkennen. Im Jahre 1693 hat nämlich die kaiserl. Subdelegationskommission in einem zwischen Magistrat und Bürgerschaft vermittelten Vergleich bezüglich der Auseinandersetzung des *parens binubus* mit den Kindern erster Ehe auf das gemeine Recht verwiesen, und in Folge davon wurde in der kaiserlichen Verordnung von 1699 Nr. 43 ausgesprochen, daß es in dieser Hinsicht bei der Bestimmung *const. 6 de sec. nupt. (5, 9)* um so mehr sein Bewenden haben solle, als zu vernehmen gewesen, daß auch in der Nachbarschaft auf solchen kaiserlichen Gesetzen steif gehalten werde (Arnold a. a. O. S. 823). Was die letztere Bemerkung betrifft, so entscheidet dieselbe nichts für das Recht der Stadt, da aus Siebenkees, *Interstaterbfolge nach Nürnbergischem Rechte*, Nürnberg

1787, §. 63 u. 64 erhellt, daß die Reichsstadt Weissenburgischen Unterthanen auf dem Lande nach einem anderen Rechte lebten, als die Bürger und Angehörigen in der Stadt, da die letzteren retorsionsweise von der Intestaterbsfolge bei verfallenen Ehen des Nürnberger Rechtes ausgeschlossen waren, nicht aber die ersteren. Daß übrigens diese Bestimmung nur bezüglich der darin angeordneten Strafen der zweiten Ehe anwendbar sei, und demnach nichts über die Auseinandersetzung des parens binubus mit den Kindern feststelle, erhellt schon daraus, daß die letztere in den späteren Statuten von 1739 selbständig geregelt ist. Uebrigens findet sich ganz die gleiche Beziehung auf const. 6 (5, 9) auch in dem Stadtrechte von Dinkelsbühl Bd. I Tit. II §. 8 (Arnold a. a. O. S. 265), daß ja doch, wie Arnold selbst annimmt, allgemeine Gütergemeinschaft statuiert.

Während so die von Arnold angeführten Gründe für seine Meinung nicht entscheiden, finden sich andererseits bestimmte Anhaltspunkte gegen dieselbe. Die Bestimmungen des Statutes gehen dahin, daß bei Auflösung der Ehe durch den Tod der überlebende Ehegatte das gesammte Vermögen unvertheilt behält, und erst bei Wiederverehelichung mit den Vormündern und Blutsfreunden der Kinder die Einleitung zur Abtheilung treffen muß, während bei verdingten Ehen oder wenn der vorabsterbende Ehegatte Kinder aus einer früheren Ehe hinterläßt, über das Vermögen des überlebenden Ehegatten sofort ein Inventar errichtet werden soll. Denn nur so läßt sich der Wortlaut:

ob sich begeben, und daß ein Ehegemächt vor dem anderen sterben würde, da dann verdingte Heirath oder Kinder anderer Ehe vorhanden, so soll desselben überbleibenden Ehegemächt hab' — gleich alsbalden — inventirt werden. — So

ein solches geschehen, soll das verlassene Ehegemächt, so es zu der anderen Ehe greifen wollte, vor allen Dingen mit seiner Kinder verordneten Vormündern — ein erbare gleichmäßige Abtheilung oder Vergleichung väter- oder mütterlichen Erbes treffen —

erklären⁵⁾. Es fällt also bei Auflösung der Ehe das Vermögen des verstorbenen Ehegatten nicht an die Kinder, als seine Erben, sie haben nur eine Hoffnung auf Abfindung. Diese erstreckt sich nur auf die zur Zeit derselben lebenden Descendenten und wird nicht auf andere Erben, zum Beispiel den Ehegatten eines vorabsterbenden Kindes, übertragen⁶⁾. Hieraus erhellt aber ganz zweifellos, daß bei Auflösung der Ehe der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer des Vermögens wird, und nur bei Wiederverheirathung den Kindern erster Ehe eine nach dem Einbringen des Verstorbenen zu bemessende Abfindung herauszugeben hat, ein Verhältniß, daß mit dem Totalrechte unvereinbar ist, und sich sonst nur bei der strengsten Form der Güter-

⁵⁾ Daß die Fälle in dieser Weise zu unterscheiden seien, hebt schon Roth, de successione §. 14 hervor, indem er den Satz: „Kinder anderer Ehe“ auf den Fall beschränkt, wo der vorabsterbende dem überlebenden Ehegatten Kinder aus einer anderen Ehe angeheirathet hat, den letzteren aber auf die Abtheilung des überlebenden Ehegatten mit seinen eigenen Kindern bezieht. Ebenso das Göttinger Gutachten bei Roth p. 42. Arnold a. a. O. S. 827 Note 1 macht diese Unterscheidung zwar nicht, gibt aber die Nothwendigkeit indirekt zu, indem er Note 2 hervorhebt, daß der überlebende Ehegatte bei unverdingten Ehen, wenn er nur eigene Kinder habe, sein Inventar zu errichten brauche, — woraus erhellt, daß sich die erstere Bestimmung nur auf den Stiefparenz beziehen kann.

⁶⁾ Arnold S. 827 Note 2.

gemeinschaft (Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten), findet⁷⁾. Dieser gehört denn auch das Weissenburger Recht nach seiner geschichtlichen Entwicklung ganz zweifellos an. Aus einem bei Klock Consilia II. 577 mitgetheilten Gutachten, daß also jedenfalls vor 1673 ertheilt ist, geht hervor, daß nach der Ansicht des Verfassers damals in Weissenburg noch Verfangenschaftsrecht galt; ebenso ist in einem Erkenntnisse des Reichskammergerichtes von 1768 (Cramer, Weglar'sche Nebenstunden 92, 130) in einem Rechtsfalle, der nach Windsheimischem Rechte entschieden wurde, hervorgehoben, daß die Kläger das Bestehen der allgemeinen Gütergemeinschaft in den benachbarten Ländern, namentlich Brandenburg: Culmbach, Stadt Weissenburg u. s. f. nachgewiesen hätten; endlich aber lassen die in der erwähnten Abhandlung: *Notæ de successione conjugum Weissenburgensium* mitgetheilten Aktenstücke darüber keinen Zweifel.

In einem bei dem Magistrate Weissenburg anhängigen Prozesse im Jahre 1749 hatte der Kläger als Erbe seines Sohnes den seine verstorbene Frau treffenden Erbtheil an dem Vermögen des verstorbenen Großvaters von dessen überlebender Wittve verlangt. Diese Klage wurde zurückgewiesen, weil nach notorischer Übung bei unverdingten Ehen in Weissenburg der überlebende Ehegatte, der den Wittwenstuhl nicht verrücke, zu einer Abtheilung nicht angehalten werden könne. Da der Kläger eine Ver-

⁷⁾ Das Weissenburger Recht stimmt in diesen Festsetzungen mit dem Rechte von Dettingen und Nördlingen überein. Dort hat der überlebende Ehegatte gleichfalls nur bei Wiederverehelichung den Kindern eine Abfindung zu geben, deren Betrag im einzelnen Falle festgesetzt wird, wobei das Einbringen des Verstorbenen einen wesentlichen Anhaltspunkt bietet.

sendung an drei unparteiische Reichsstädte beantragt, aber nicht durchgesetzt hatte, provozierte er an den Reichshofrath, in dessen Auftrag der Magistrat eine Information aufstellte, welche mit einem von 63 Bürgern ausgestellten Attestate, den Aussagen von 72 notariell vernommenen Zeugen und einem von der Universität Göttingen ausgestellten Gutachten dahin übereinstimmt, daß bei unverdingten Ehen der überlebende Ehegatte Alleinerbe des ganzen Vermögens sei und nur bei Wiederverehelichung die Kinder abzufinden habe. Diese Abfindung erfolgt, wie Roth l. c. §. 22 bezeugt, nach langjähriger Uebung dahin: quod a conjugis ad secunda vota transeuntis arbitrio per consensum cognatorum praemortui munito dependeat, quid quale quantum et quibus conditionibus liberi prioris matrimonii — accipiant, nec conjux binubus obligatur praecipui loco illata defuncti conjugis bona omnia liberis assignare. Diese Observanz, welche auch jetzt in der Hauptsache noch beobachtet wird, läßt sich auf kein anderes Rechtsverhältniß als die allgemeine Gütergemeinschaft zurückführen, deren Bestand denn früher auch nicht bezweifelt wurde. Denn in dem oben erwähnten Rechtsstreite, welcher 10 Jahre nach Veröffentlichung des Statutes ausbrach, wurde nicht einmal von Seite des Klägers behauptet, daß in Weissenburg Dotalrecht gelte, vielmehr die allgemeine Gütergemeinschaft als Güterstand bei unverdingten Ehen ausdrücklich anerkannt, wie denn auch der Magistrat durch alle Phasen dieses Rechtsstreites, welchen der Kläger endlich fallen ließ, an dieser Meinung festhielt. Ich glaube daher das Weissenburger Stadtrecht zu den Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft rechnen zu müssen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zur Giltigkeit der Cession einer Hypothekforderung ist es ungenügend, wenn nicht der Cessionsvertrag, sondern nur die einseitige Cessionserklärung des Cedenten notariell beurkundet ist.

Vergl. Erg.-Bd. zu Bd. 31 und 32 S. 209.

A und B hatten gemeinschaftlich dem C ein Anwesen abgekauft und sich demselben zur Baarzahlung des Kaufschillings von 46000 fl. solidarisch verbindlich gemacht. Nachdem der Verkäufer mit dem Kaufschillinge völlig befriedigt war, geriethen die beiden Käufer bei der Abrechnung über ihre Leistungen an denselben in einen Rechtsstreit, in welchem es zur Vertheidigung des Beklagten B gegen die Ansprüche des Klägers A von Erheblichkeit war, daß jener, wie er behauptete, nach einer Uebereinkunft mit dem C diesem statt einer Baarzahlung von 12000 fl. ein Hypothekkapital von gleichem Betrage cedirt habe; da jedoch B die Cession nur einseitig und ohne Mitwirkung des C vor einem Notare erklärt hatte, so entgegnete A, daß die Cession, weil sie nicht nach Art. 14 des Notariatsgesetzes als Vertrag notariell beurkundet sei, als nichtig hier nicht beachtet werden könne.

Der oberste Gerichtshof erkannte diese Entgegnung des A als richtig aus folgenden Gründen:

„Bei der Beurtheilung der Frage, ob die Cession einer durch Hypothek auf Liegenschaften versicherten persönlichen Forderung der notariellen Verbriefung in Anwendung des Art. 14 des Notariats-

gefeß unterworfen sei, geht es nicht an, den Inhalt des Rechtsgeschäftes zu trennen, und die Uebersetzung des dinglichen Rechtes außer Berücksichtigung zu lassen, weil dieses nur das accessorium der cedirten persönlichen Forderung sei und mit dieser auf den Cessionar ipso jure übergehe, ohne daß es desfalls einer Vertragsbestimmung bedürfe; die Form des Rechtsgeschäftes muß vielmehr nach der Gesamtheit der Rechtswirkungen beurtheilt werden, welche dasselbe hervorbringen soll. Ist nun gleichwohl das dingliche Recht, welches dem Cessionar auf die verhypothekirten Liegenschaften erworben werden soll, das Accessorium der übertragenen persönlichen Forderung, zu deren Sicherung die Hypothek besteht, und geht dasselbe als solches mit dem Prinzipale schon kraft des Gesetzes auf den Cessionar über, so läßt sich doch nicht behaupten, daß deshalb die Bestimmung des Art. 14 des Not.-Ges. in solchen Fällen nicht Anwendung finden könne; denn will man auch zugeben, daß nicht alle Verträge, welche auf ein dingliches Recht Bezug haben, unter den Art. 14 fallen, so ist letzteres doch zweifellos bezüglich solcher Verträge anzunehmen, welche die Entstehung oder Uebersetzung eines dinglichen Rechtes zum Gegenstande haben. Gerade deswegen also, weil das Hypothekrecht Accessorium des Forderungsrechtes ist und als solches mit diesem von selbst auf den Erwerber der Forderung übergeht, ist über den Vertrag, durch welchen dieser Erwerb erfolgt, nach dem mehrgedachten Art. 14 die notarielle Verbriefung zu seiner Gültigkeit erforderlich.

In dem vorliegenden Falle war überdies die Absicht der Kontrahenten nach dem eigenen Vorbringen derselben unzweifelhaft auf den Erwerb der Hypothek speziell gerichtet und war dem Cessionar bei der Annahme der fremden Forderung vor Allem darum zu thun, daß er für die Realisirung seines

Guthabens Sicherheit erhalte, Daß in Frage stehende Rechtsgeschäft fällt demnach unzweifelhaft unter den Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Es läßt sich nicht verkennen, daß die zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht geltend gemachten Gründe hohe Beachtung verdienen; sie sind aber nicht stark genug, um den Richter von der strikten Anwendung einer an sich klaren gesetzlichen Vorschrift abzuhalten, zumal da die Quellen des Gesetzes keine Andeutung dafür enthalten, daß es in der Intention des Gesetzgebers gelegen habe, die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte von der Vorschrift des Art. 14 auszuschließen.

Schließlich ist nur noch zu bemerken, daß die beigebrachte Notariatsurkunde, worin der Beklagte einseitig erklärt hat, daß er die Hypothek von 12000 fl. an C cedire, den Anforderungen einer notariellen Verlautbarung nicht entspreche, indem C zur Herstellung dieser Urkunde nicht mitgewirkt hat, ein notarieller Vertragsabschluß somit durch dieselbe nicht erwiesen wird.“

DAAG. v. 3. Jan. 1868 RNr. 1032⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Wenn man einmal annimmt, daß die Cessionen von Hypothekforderungen dem Art. 14 unterliegen, so läßt sich, wie eigenthümliche Betrachtungen vorstehende Entscheidung auch veranlassen mag, gegen dieselbe, und namentlich auch dagegen, daß eine, obgleich von einem Notare beurkundete, einseitige Cessionserklärung den Anforderungen des Art. 14 nicht entspreche, eine Erinnerung nicht erheben. Auch folgt es aus dem Begriffe der Richtigkeit, daß sich, wenn schon der Cedent und der Cessionar an der Cession festhalten, auch ein Dritter, hier der Käufer A, auf die Richtigkeit berufen könnte.

Aus den Entscheidungsgründen verdient indessen

hervorgehoben zu werden, daß auch der auf Uebertragung und Erwerbung der Hypothek gerichteten Absicht der Kontrahenten ein entscheidender Einfluß zugesprochen wurde. Dieses ist als vollkommen richtig anzuerkennen; denn der Umstand, daß die Cession der Forderung den Uebergang der Hypothek bewirkt, kann für sich allein den Uebergang des persönlichen Rechtes unmöglich hindern, indem sonst auch die nicht beurkundete Cession einer Forderung, von deren hypothekarischer Versicherung die Kontrahenten gar keine Kenntniß hatten, ohne Weiteres als nichtig zu bekämpfen wäre, sobald die Hypothek zum Vorscheine kommt: da aber den Kontrahenten in diesem Falle eine sichtbare Veranlassung zur notariellen Beurkundung schlechterdings nicht vorlag, so wäre, wenn man die Cession der Forderung nun demungeachtet als nichtig erklären wollte, der Art. 14, dessen wohlthätige Wirkungen im Allgemeinen nicht zu verkennen sind, hier doch nichts weiter als ein Fallstrich.

In v. Zink's nachträglichen Erläuterungen zum Not.-Ges. (Gesetzgeb. des Königr. Bayern Th. II Bd. III Beil.-Heft S. 78) wird gelehrt, „daß, wenn in einem Vertrage Abreden über dingliche Rechte an Liegenschaften mit anderen über bewegliche Güter oder persönliche Rechte untrennbar verbunden sind, in Ermangelung notarieller Errichtung den ganzen Vertrag die Folge der Nichtigkeit treffe.“ Wenn daher, da das Recht zu einer Hypothekforderung aus einem persönlichen und dinglichen Rechte zusammengesetzt ist, je nach der Absicht der Kontrahenten eine Trennung dieser beiden Rechte als zulässig erscheint, so wird die Cession des persönlichen Rechtes wohl aufrecht erhalten werden müssen. Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Kontrahenten verabreden, daß, falls die Hypothek nicht in dem zugesicherten Umfange oder Range, oder

wenn sie gar nicht bestünde, die Cession dennoch gültig und die Valuta unverändert bleiben solle.

Auch bei geschenkten Hypothekforderungen wird die Rücksicht auf das Bestehen der Hypothek wohl nur höchst selten von bestimmendem Einflusse auf die Schenkung und deren Annahme sein.

Für die Eheskandale und Prozeßsucht ist es zwar eine vortreffliche Handhabe, wenn die bei einem Rechtsgeschäfte bei Vermeidung der Nichtigkeit zu beobachtende Form nicht schon aus dessen objektiven Merkmalen erkennbar ist, und in einzelnen Fällen erst noch auf die nicht immer klar hervortretende Absicht der Kontrahenten eingegangen werden muß; diejenigen aber, welche wegen der Hypothek auch die Cession des persönlichen Rechtes als nichtig erklären, werden diesen Uebelstand gleichwohl in den Kauf nehmen müssen.

Wollte man sich begnügen, lediglich die verfassungsmäßige Cession der Hypothek als nichtig anzunehmen, und hiedurch jede Gewährschaft des Gedanten für die rechtliche Existenz und den Umfang und Rang der Hypothek zu beseitigen, dabei aber dem Cessionar überlassen, ob er wegen dieser Beseitigung die Cession des Forderungsrechtes rescindiren wolle, so fiel nicht nur jener Uebelstand, sondern auch mancher (schon früher gezeigte) Konflikt mit einzelnen Rechtsätzen hinweg, und dem buchstäblichen Inhalte des Art. 14 wäre dennoch die volle Rechnung getragen.

Rm.

2.

Form der Eheverträge. Statutenkollision.

Bl. f. RM. Bd. XIII S. 237. Scuffert's Archiv Bd. V Nr. 136, Bd. XIX Nr. 108.

J. L. in M., wo das bayer. RM. gilt, hatte mit seiner Braut zu A., wo das bayer. RM. nicht

gilt, außergerichtlich einen Ehevertrag abgeschlossen, laut dessen ihm die Braut ein Heirathgut von 10000 fl. eingebracht, und er dasselbe mit 10000 fl. widerlegt hatte.

Nachdem J. V. in Konkurs gerathen war, liquidirte die Ehefrau das Heirathgut nebst der Widerlage; dem Heirathgute wurde jedoch die Totalqualität abgesprochen und sofort die Widerlage aus der Gant gefegt.

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber:

„Wegen des wichtigen Einflusses der Eheverträge auf den Güterstand der Familien und das Rechtsleben derselben im Staate haben einige Gesetzgebungen Spezialbestimmungen bezüglich der Ehepacten getroffen und namentlich gewisse Solennien vorgezeichnet. Wurden nun diese Verträge von den Brautleuten in einem anderen Gesetzgebiete abgeschlossen, so entsteht im Falle der Statutenkollision die Frage, ob sich auf den Rechtsak: „Locus regit actum“ berufen werden könne, was hier mit Recht verneint wurde.

Das von den Vorinstanzen adoptirte Prinzip, welches Seuffert in seinem Commentare zur bayer. OD. Bd. I S. 310 lit. a und S. 322 lit. b aufstellt, daß die Eheverträge nicht nur in Ansehung des Inhaltes und der Wirkungen, sondern auch in Ansehung der Form nach dem Gesetze des Ortes, an welchem der Ehemann nach Eingehung der Ehe seinen Wohnsitz nimmt, beurtheilt werden, was sich unter Anderem auch in Seuffert's Pandektenrecht §. 17 Note 2 und 7, S. 22 u. 25, dann in fr. 65 de judiciis (5, 1) bestätigt findet, muß im vorliegenden Falle um so gewisser zur Anwendung gebracht werden, als es sich um das bayer. Landrecht von 1756 handelt, unter welchem die gantireris-

schen Eheleute seit ihrer Verehelichung im Jahre 1847 unbestritten domiziliren.

Dieses Gesetz spricht sich nämlich mit genügender Klarheit für die ausschließende Anwendung seiner Vorschriften aus, indem es Th. I Kap. VI §. 29 Nr. 4 imperativ statuiert, daß die Ehepacten der Unsiegemäßigen bei Strafe der Ungiltigkeit obrigkeitlich errichtet werden sollen, dabei auf die ähnlichen Bestimmungen bezüglich der ebenfalls für besonders wichtig erklärten Erbverträge hinweist, hiervon die Annahme der Qualität der Platen als Dotalgüter abhängig macht, und diese Vorschrift im §. 32 Nr. 7 a. a. O. mit der vorsorglichen Anwendung in Verbindung bringt, hierbei auch auf die vorbereitende Regelung der Gewerbs- und gemeinschaftlichen Schuldverhältnisse der Eheleute von Amtswegen geeignet Bedacht zu nehmen.

Der Gesetzgeber läßt hieraus erkennen, daß er im Interesse der Rechtspflege und namentlich der Unsiegemäßigen, welchen das bayer. Landrecht auch in anderen wichtigen Punkten eine besondere Ob-
sorge widmete, eine Betheiligung der Obrigkeit (in neuerer Zeit des Notariates) für geboten hielt, und die Wirksamkeit des Geschäftes nur bei Einhaltung der vorgezeichneten Form eintreten lassen wollte. Hierzu hatte er auch eine spezielle Veranlassung, da er den Ehefrauen im Falle der Erfüllung seiner formellen Vorschriften besondere Begünstigungen für die in den Ehepacten festgestellten Heirathsgüter im Konfurse u. einräumte.

Zwar pflegt die Einhaltung der speziell vorgezeichneten Form bei persönlichen Rechtsgeschäften, welche in einem anderen Gesetzgebiete abgeschlossen wurden, in der Regel nicht gefordert zu werden; wenn jedoch das Gesetz genügend erkennen läßt, daß eine gewisse Solennität unerläßlich eingehalten sein muß, um die fraglichen Rechtsfolgen zu erzeugen,

so hat selbst der Auswärtige sich hienach zu richten, insoferne er im Gebiete des betreffenden Spezialstatutes Rechte geltend machen will. Vgl. Windscheid Pand.-Recht Bd. I §. 35, Gluck Pand.-Komm. Bd. I S. 105, Bl. f. RA. Bd. XIII S. 237 ff.

Man kann nicht entgegenhalten, daß das bayer. Landrecht dem Auswärtigen etwas Unmögliches vorschreibe; denn dieses Gesetz begnügt sich mit der Errichtung der Ehepaften bei der Obrigkeit eines der beiden Pairszenten, ohne sich auf eine Obrigkeit in Bayern zu beschränken, und bestärkt damit die Annahme, daß es die obrigkeitliche Zuziehung als unerläßlich ansah, indem es diese Sicherheitsmaßregel selbst bei auswärtigen Pairszenten festhielt, aber denselben die Beiziehung ihrer Obrigkeit freistellte.

Der Auswärtige kann sich auch mit Grund nicht auf seine präsumtive Unwissenheit über die betreffende Formalität stützen; denn es ist Sache desjenigen, welcher Rechte in einem fremden Territorium erlangen und sicherstellen will, sich über die dortigen Gesetze zu vergewissern, namentlich wenn die Absicht der Pairszenten, wie hier, schon vom Anfange an dahin ging, die Ehe im Rechtsgebiete des bayer. Landrechtes zur Wirksamkeit zu bringen und dort zu domiciliren.

Bei diesen Verhältnissen und nachdem die residirende Liquidantin ihr Domicil als Ehefrau des Gantirers schon gleich Anfangs in M. genommen hat, auch der produzierte Ehevertrag, auf welchen sich der Totalanspruch stützt, am 29. Aug. 1847 in A. nur außergerichtlich ohne irgend eine amtliche Bethheiligung abgeschlossen wurde, haben die Vorinstanzen den eingebungenen Matriken mit zureichendem Grunde die Eigenschaft eines wahren Heirathsgutes versagt, und es relevirt dabei nicht, daß die nun-

mehriges Gattin des Gantirers zur Zeit der Ehepaar-tenerrichtung in A. domizilirte, wo das bayern. Landrecht keine Gültigkeit besitzt, und daß sie erst als Ehefrau dem in M. ansässigen Gantirer dahin folgte, was übrigens schon bei dem Ehevertragsabschlusse der Wille der Pärtizipanten war.

Da aber die Widerlage gemäß bayern. RM. Th. I Kap. VI §. 14 Nr. 4 das Bestehen eines Heirathsgutes voraussetzt, hier aber ein solches nicht besteht, so war die Widerlage aus der Gant zu setzen.

DAAG. v. 17. Jan. 1868 RM. 1268^{66/67}.
Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Das Militärgericht ist zur Aburtheilung eines dienstpräsenten Soldaten wegen einer Uebertretung auch dann zuständig, wenn in einer vorausgegangenen gemischtgerichtlichen Voruntersuchung wegen der in Frage stehenden, anfänglich als ein Vergehen erachteten That dessen Aburtheilung den bürgerlichen Strafgerichten überlassen worden war.

So hat der oberste Gerichtshof, wie in einem früher wesentlich gleichgearteten Kompetenzkonflikte (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 26 ff. Nr. CXL) auch am 30. März d. J. (UB. Nr. 99) erkannt. Das Erkenntniß mit den Entscheidungsgründen ist bereits im Justizministerialblatte vom laufenden Jahre Nr. VII abgedruckt.

Hiezu eine Beilage.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Form der vertragmäßigen Hypothekbestellung. — Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden beneficium cedendarum actionum. — Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein peculium adventitium irregulare besaß. — Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach“ abgetragen werden dürfe. — Zum Art. 28 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861. — Derolutiveffekt der Verurtheilung. Provisorien.

Ueber die Form der vertragmäßigen Hypothekbestellung.

Außer dem Falle lektwilliger Verfügung kann nach §. 13 des Hypothekengesetzes eine auf Privatwillen beruhende Hypothek nur durch Vertrag begründet werden. Unzweifelhaft fällt dieser Vertrag unter den Begriff der im Art. 14 des Notariatsgesetzes bezeichneten Verträge; dennoch aber läßt sich nicht behaupten, daß er nur durch Beobachtung der in jenem Artikel vorgeschriebenen Form gegen Nichtigkeit zu schützen sei.

Daß gemeine Recht fordert für diesen Vertrag keine bestimmte Form; er kann schriftlich oder mündlich und auch durch stillschweigende Willenserklärung eingegangen werden. Daß bayerische Recht (O. R. Kap. XX §. 9 und P. R. Th. II Kap. VI §. 9) verlangt dagegen, daß die Hypothek vom Schuldner schriftlich oder, falls er nicht siegelmäßig ist, vor der ordentlichen Obrigkeit errichtet werde.

Neue Folge XIII. Band.

Das Hypothekengesetz, nach welchem vor Allem zu unterscheiden ist, ob die Eintragung der Hypothek vom Gläubiger oder ob sie vom Schuldner selbst beantragt werde, fordert die Vorlage einer Urkunde nur im ersteren Falle. Ob diese Urkunde eine öffentliche (gerichtliche) oder eine nur überhaupt gültige sei, hängt nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen von den betreffenden Gesetzen ab (Hyp.-Ges. §. 15); es wird aber, wie in der Gerichtsordnung und im Landrechte, so auch im Hyp.-Gesetze keine wirkliche Vertragsurkunde d. i. keine solche Urkunde verlangt, in welcher die beiden Kontrahenten ihre übereinstimmende Willenserklärung abgeben; es genügt vielmehr, wenn die Beurkundung des auf die Einräumung der Hypothek gerichteten Willens des Schuldners (oder des Bürgen) durch diesen einseitig bethätigt ist. Die Merkmale des Vertrages sind ungeachtet dieser Einseitigkeit sicher vorhanden, indem der Gläubiger, welcher die Urkunde zu Handen nimmt und auf den Grund und unter Vorlage derselben die Eintragung der Hypothek verlangt, unzweideutig die Acceptation zu erkennen gibt.

Im anderen Falle, wenn nämlich die Eintragung vom Schuldner selbst verlangt wird (H.-Ges. §. 107), kann die Vorlage einer Urkunde nicht gefordert werden; das Hypothekenprotokoll bildet (Gönnert's Komm. Bd. I S. 223) den Ersatz derselben.

Hier scheint es nun allerdings an dem Vertragserfordernisse der Acceptation zu fehlen, an welchem §. 107, indem er nur vom Verfahren handelt, sicher nichts erlassen wollte; das Gesetz geht aber bei Anordnung dieses Verfahrens davon aus, daß sich jeder durch einseitige Erklärungen präjudizieren könne (Gönnert Bd. II S. 79), und verordnet nun im wohlverstandenen Interesse der Er-

leichterung des Rechtsverkehres, daß das Hypothekenamt von der Untersuchung, ob die Acceptation des Gläubigers vorhanden sei, Umgang zu nehmen habe. Das Gesetz supponirt also bei diesem Verfahren die Acceptation so lange, als nicht dargethan ist, daß der Vertrag nicht wirklich zu Stande gekommen sei, woher es denn auch kommt, daß die, obwohl nur auf einseitigen Antrag eingeschriebene Hypothek doch nur nach Vernehmung desjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetragen wurde, gelöscht werden kann.

Von besonderer Wichtigkeit ist noch der §. 16 d. H.G., welcher auch eine stillschweigende Einwilligung des Schuldners zur Eintragung der Hypothek zuläßt. Das Gesetz verordnet hier (Bönnert Bd. I S. 227) zur Abschneidung von Chikanen, sofort zur Förderung des Realcredits, daß, wenn einmal eine Hypothek mit Wissen und ohne Widerspruch des Schuldners eingetragen ist, dieselbe gegen jede Anfechtung gesichert sein solle. Der Schuldner kann (H.G. §. 46) dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber die Richtigkeit der Forderung bekämpfen, dagegen ist, wenn diese sich in Richtigkeit verhält, jede Untersuchung, jeder Streit über die rechtliche Existenz des Hypothekentitels selbst dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber ausgeschlossen.

Mit diesen Bestimmungen ist Art. 14 des Not.-Ges., wenn der Hypothekvertrag unter dessen Vorschrift fällt, schlechterdings unvereinbar; denn durch eine vom Schuldner einseitig ausgestellte Urkunde wird, wie der oberste Gerichtshof mit vollem Rechte schon wiederholt erkannt hat (s. oben S. 136 ff.), dem Erfordernisse des Art. 14 nicht genügt; dieser verlangt vielmehr bei Vermeidung der Nichtigkeit die notarielle Beurkundung des Vertrages, sohin eine Urkunde, welche unter Zuthun beider Kontrahenten durch ausdrückliche Erklärung ihres übereinstimmenden Willens zu Stande gekommen.

ist, so daß also weder eine stillschweigende Einräumung der Hypothek (H.G. §. 16) noch eine präsumtive Acceptation des Gläubigers (H.G. §. 107) zur rechtsgiltigen Hypothekbestellung genügen könnte.

Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Gesetze entsteht demnach die Frage, ob das Hyp.-Gesetz dem Art. 14 des Not.-Gesetzes oder dieser jenem zu weichen habe?

Die Antwort unterliegt wohl kaum einer Schwierigkeit. Art. 14 ist zwar das jüngere Gesetz und bildet selbst nur eine Ausnahme von der gemeinen Regel, nach welcher die Beurkundung der Verträge zu deren Rechtsgiltigkeit nicht erfordert wird; er bezeichnet aber die unter seine Vorschrift fallenden Verträge nur im Allgemeinen, während die erwähnten Stellen des Hyp.-Gesetzes vom Hypothekvertrage insbesondere handeln und die Bedingungen der Rechtsgiltigkeit gerade dieses Vertrages feststellen.

Man muß daher denselben den Vorzug vor Art. 14 um so sicherer einräumen, als dieser Artikel keineswegs, wie Manche zu glauben scheinen, die *suprema lex* ist, vor welcher sich Alles beugen müsse, und als nirgends ein Grund zu der Annahme vorliegt, daß durch Art. 14 des Not.-Ges. die durch §. 16 u. 107 des Hyp.-Ges. beabsichtigte Verkehrserleichterung und Realcreditförderung aus höheren Rücksichten aufgegeben werden wollte.

Eine Einwirkung des Notariatsgesetzes auf den Hypothekvertrag liegt wohl darin, daß statt der im H.G. §. 15 geforderten öffentlichen Urkunde eine Notariatsurkunde vorzulegen und daß eine gleiche Urkunde auch im Falle des Hyp.-Ges. §. 107 beizubringen ist, indem nach Not.-Ges. Art. 12 Abs. 2 derlei Erklärungen zum ausschließlichen Wirkungsfreife des Notariates gehören; gleichwohl aber kann,

wenn sich das Hypothekenamt im Falle des §. 15 d. H.G. mit einer anderen Urkunde begnügen oder im Falle des §. 107 d. H.G. die Erklärung des Schuldners selbst zu Protokoll nehmen und dann die Eintragung der Hypothek bewirken sollte, diese doch nicht als nichtig betrachtet werden, weil im Art. 12 Abs. 2 des Not.-Ges. ein Fehlgriß bezüglich der daselbst getroffenen Kompetenzausscheidung nicht mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht ist; weil jedenfalls aber, so weit es sich um den Hypothekentitel handelt, §. 16 d. H.G. die Mittel und Wege bietet, um die nachtheiligen Folgen eines solchen Fehlgrißes völlig zu beseitigen, und weil im Falle des §. 107 d. H.G. der von dem freiwillig erschienenen Schuldner ausdrücklich abgegebenen Erklärung doch wenigstens eben so viele Wirkung (Bönnert Bd. I S. 231) zuzuerkennen ist, als welche §. 16 dem schweigenden Verhalten des geladenen Schuldners beilegt.

In v. Zink's Kommentar zum Notariatsgesetze (Dollmann, Gesetzgebung u. Th. II Bd. III S. 432) und den nachträglichen Erläuterungen (Beilagenheft S. 70 ff.) wird behauptet und gegen eine in Stenglein's Zeitschrift Bd. II S. 17 ff. mitgetheilte abweichende Meinung ausführlich zu zeigen gesucht, daß der Hypothekvertrag unter die Vorschrift des Art. 14 d. Not.-Ges. falle; indessen ist die Sache nicht gar so gefährlich gemeint; denn die Ausführung jener Behauptung nimmt ungeachtet der vom Art. 14 geforderten Vertragsverlautbarung, und zwar im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 des Not.-Ges. (vergl. die Instruktion zum Not.-Ges. §. 74 und das hiezu gegebene Formular eines Schuld- und Hypothekenbriefes) ganz richtig an, daß zur Hypothekbestellung die einseitige Erklärung des Schuldners enthaltende Notariatsurkunde genüge, so wie sie auch die heilende

Kraft des §. 16 d. H. als jetzt noch bestehend ausdrücklich anerkennt.

Wenn aber eine einseitige Erklärung des Schuldners genügt und wenn im §. 16 d. H. die heilende Kraft gegen die aus dem Mangel notarieller Beurkundung entspringende Nichtigkeit liegt, wie viel bleibt dann vom Art. 14 des Not.-Ges. für den Hypothekvertrag noch übrig?

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Umfang und Voraussetzungen des dem Bürgen zustehenden
beneficium cedendarum actionum.

Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 313; Bd. XII Nr. 117;
Bd. XVII Nr. 39, 40.

J. v. S. hatte eine Bräuerei an R. verpachtet. Die Aufschlagbehörden verweigerten dem Pächter die Anborgung der Aufschlaggefälle, welche den Bräuern für gewisse Zeiten gesetzlich bewilligt ist. Hierdurch wurde der Verpächter v. S. veranlaßt, dem Staatsärare gegenüber für den Aufschlag des Malzes, welches sein Pächter auf seinen Namen polettiren lasse, die Haftung als Selbstschuldner zu übernehmen.

Als aber bald darauf der Pächter dem Konkurse zutrieb, verlangte v. S. vom Fiskus die Uebertragung der Ansprüche desselben gegen R. bezüglich

der Aufschlagbeträge, welche der Verpächter als Bürge für den Pächter an den Fiskus bereits bezahlt hatte. Der Fiskus wurde aber in allen drei Instanzen von der Klage entbunden, von der höchsten aus nachstehenden Gründen:

„Die vorige Instanz hat aus einem, von keiner Seite angeregten und nicht aus dem Rechtsverhältnisse des beneficium cedendarum actionum hergenommenen Grunde die aus diesem beneficium nach Maßgabe des hier entscheidenden gemeinen Rechtes gestützte Klage als völlig unbegründet erachtet, und dieser Grund ist vor Allem zu prüfen. Aus dem Umstande nämlich, daß der Anspruch des Staatsärars auf Entrichtung indirekter Steuern, worunter der Malzausschlag fällt, im öffentlichen Rechte wurzelt und, sofern es sich lediglich um die Steuerpflicht an und für sich handelt, vor den Gerichten weder verfolgt noch kontestirt werden kann, folgert das l. Appellationsgericht, daß eine cessible Civilklage hier gar nicht vorliege.

Alein dieser Grund kann für die gegenwärtige Sache nicht als entscheidend erkannt werden. Dadurch, daß die Gerichte über den im öffentlichen Rechte wurzelnden Anspruch des Staatsärars zu entscheiden nicht berufen sind, hört derselbe nicht auf, ein an sich rechtlicher Anspruch zu sein, wie schon das demselben eingeräumte Vorzugsrecht im Konkurse zeigt, und derselbe wird dem Verlehre nicht entzogen, so daß der Uebergang desselben auf einen Anderen ausgeschlossen wäre. So tritt z. B. nach gemeinem Rechte — fr. 24 §. 3 de rebus auct. jud. poss. (42, 5) u. fr. 2 de cess. bon. (42, 3) — derjenige, mit dessen Geld ein privilegirter Gläubiger abgefunden wurde, an dessen Stelle in der Reihe der Konkursgläubiger und diese Bestimmung muß auch auf die privilegirten Ansprüche des Fiskus, welche auf öffent-

lich rechtlichem Boden wurzeln, Anwendung finden. Zudem handelt es sich hier zunächst um die gesetzliche Cession des dem Staatsärare im Konkurse zustehenden Vorzugsrechtes für den hier fraglichen Anspruch, dessen Geltendmachung vor dem Civilrichter infolge der Bestimmungen der Prioritätsordnung jedenfalls außer Zweifel steht. Dieses Vorzugsrecht ist auch, wie schon bemerkt, an einen an sich rechtlichen Anspruch geknüpft, welcher nur außerhalb des Konkurses vermöge seiner Entstehung aus einer im öffentlichen Rechte wurzelnden Verpflichtung und nur bezüglich dieses seines Verpflichtungsgrundes an sich der Geltendmachung vor dem Civilrichter nicht bedarf. — Hat nun der Kläger die Aufschlagschuld von 2688 fl. vermöge seiner Haftungserklärung als Selbstschuldner an das k. Staatsärare bezahlt und geschah dieses in dem Verhältnisse eines Interzedenten für K. dem k. Staatsärare gegenüber, so muß allerdings nach dem Stande der heutigen gemeinrechtlichen Theorie (Wirtanner, Bürgschaft S. 537) angenommen werden, daß der Gläubiger auch noch nach an ihn geleisteter Zahlung verbunden sei, sein Klagerecht an den zahlenden Bürgen abzutreten und selbst dann, wenn ein — im gegenwärtigen Falle von dem Kläger gleichwohl behaupteter — Vorbehalt dieses Verlangens von Seite des Bürgen nicht gemacht wurde¹⁾. Diese Lehre der neueren Doktrin verdient vor der älteren schon deshalb den Vorzug, weil sie dem materiellen Rechte am meisten entspricht.

¹⁾ Der gleichen Ansicht folgten die obersten Gerichtshöfe zu Kiel (Seuffert's Archiv Bd. VII Nr. 313) und zu Moskau (a. a. O. Bd. XVII Nr. 40), der entgegengesetzten die zu Stuttgart (a. a. O. Bd. XII Nr. 117) und zu Dresden (a. a. O. Bd. XVII Nr. 39).

Allein dessenungeachtet kann in Folge dieser im Gesetze begründeten Verpflichtung des bezahlten Gläubigers zur Abtretung seines Anspruches gegen den Hauptschuldner an den zahlenden Bürgen das hier mit dem Anspruche verbundene Vorzugsrecht im Konkurse des in Gant gerathenen Brauereipächters R. auf den Kläger nicht übergehen. Das zu cedirende Vorzugsrecht des l. Staatsärztes beruht hier auf der Eigenschaft des Gläubigers und kommt erst nach Eintritt des Konkurses zur rechtlichen Geltung. In solchem Falle aber kann das Vorzugsrecht von dem Erwerber des Anspruches, hier von dem Kläger, nicht geltend gemacht werden. Es spricht dies fr. 42 de administr. et peric. tut. (26, 7) klar aus, wo folgender Fall entschieden ist.

Einer von mehreren Mitvormündern wurde wegen einer Pflichtverletzung auf das Ganze dem beschädigten Mündel gegenüber zum Ersatze verurtheilt. Hat nun der verurtheilte Mitvormund nach bekannten gesetzlichen Vorschriften — fr. 1 §. 13, 14, 18 und fr. 21 de tutela (27, 3) — die Abtretung der Klage von Seite des Mündels gegen seine Mitvormünder erwirkt, um sich wegen dessen, was er mehr geleistet, als er nach der Sachlage zu leisten schuldig war, zu regressiren, so steht ihm das dem Mündel zukommende Vorzugsrecht nicht zu: „non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem“. S. auch Windscheid, L. d. P.R. Bd. II §. 332 Note 10; Wangerow, L. d. P.R. (6. Ausg.) Bd. III S. 131 ff. (zu §. 575 Anm. 2 Nr. 2 lit. b).

Zu demselben Resultate gelangte nun auch die erste Instanz, jedoch zunächst unter der Annahme, daß die Zahlungsverpflichtung des Klägers als Selbstschuldner „ohne die mindeste Einrede“ auch einen Verzicht auf das benef. cedend. act. enthalte und daß jedenfalls eine Uebereinkunft auf

Abtretung des Vorzuges des Anspruches des Staatsärars hätte getroffen werden müssen. Allein diese Gründe würden hier nicht entscheidend sein, was noch schließlich zu erörtern ist. Könnte man nämlich auch bei der Wortfassung der Bürgschaftsurkunde einen Verzicht auf das fragliche beneficium annehmen, wofür es aber nach bekannten Auslegungsregeln und bei der hier klar zu Tage tretenden beschränkten Tendenz des erklärten Verzichtes an jedem Anhaltspunkte fehlt, und könnte auch der Anspruch aus dem beneficium als eine Einrede des Bürgen gegen den Zahlungsanspruch des Gläubigers nach der heutigen obenbezeichneten gemeinrechtlichen Doktrin überhaupt noch aufgefaßt werden, so würde es doch an einem Interesse des Gläubigers, hier des f. Staatsärars, fehlen, sich auf jenen Verzicht zu berufen, nachdem das f. Staatsärar seine Befriedigung einmal erhalten hat. Es könnte daher, auch wenn in der oftbezeichneten Urkunde ein von dem f. Staatsärar acceptirter daher vertragmäßiger Verzicht des Klägers auf das fragliche beneficium gefunden werden wollte, demselben keine rechtliche Wirkung zukommen, weil das Interesse auf Seite des Berechtigten mangelt, dieses aber in allen obligatorischen Verhältnissen einen wesentlichen Moment bildet. Vgl. Birtaner a. a. O. S. 537 Abs. 3.

Daß es aber einer Uebereinkunft zwischen dem Gläubiger und dem zahlenden Bürgen nicht bedürfe, um dem Letzteren das benef. zu sichern, ist schon oben bemerkt worden, da der Anspruch des Bürgen aus dem benef. auch nach geleisteter Zahlung und ohne daß es auch nur eines Vorbehaltes bedürfte, in dem Gesetze begründet ist.“

DAÖÖ. v. 10. Dez. 1867 Reg.-Nr. 1274⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Herausgebers. Neben-

ten erregt diese Entscheidung insoferne, als das durch die Prioritätsordnung §. 12 Nr. 6 bestimmte Vorzugsrecht als auf der Eigenschaft des Gläubigers beruhend und deswegen unübertragbar angesehen werden will. Wäre die Persönlichkeit des Fiskus der Grund des Vorzugsrechtes, so müßte dasselbe allen Forderungen desselben eingeräumt sein. Dieß ist aber nicht der Fall. Für Forderungen aus Verträgen z. B. hat der Fiskus das Vorzugsrecht nicht, dieses beruht vielmehr schon nach dem Wortlaute des §. 12 Nr. 3 auf der Eigenschaft des Schuldobjectes als Staatsabgabe, als im öffentlichen Rechte wurzelnde Leistung. Zudem theilt der Fiskus das fragliche Vorzugsrecht mit anderen Persönlichkeiten, welche aus dem öffentlichen Rechte entspringende oder ihrem Ursprunge nach dem öffentlichen Rechte verwandte Leistungen zu fordern haben (a. a. O. §. 12 Nr. 7: Gemeindefasten, gutherrliche Leistungen, Brandversicherungsbeiträge).

Wenn das Vorzugsrecht der Ehefrau des Aristas für die Muten nach PrD. §. 23 Nr. 3 (Bl. j. RA. Bd. XIX S. 187) und das der Geschwister desselben das. Nr. 4 (Bl. f. RA. Bd. XXVIII S. 30) mit der Forderung übertragbar ist, so wird diese Eigenschaft auch dem hier in Frage stehenden Vorzugsrechte beigelegt werden müssen.

2.

Die Einrede aus dem Senatusconsultum Macedonianum findet nicht Statt, wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehens ein *peculium adventitium irregulare* besaß.

Ueber diese bestrittene Frage (Vgl. Bl. f. RA. Bd. XIII S. 139) sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Die Beklagte, welche zur Zeit, als die in der Klage aufgeführten Darlehen entstanden sein sollen, noch in väterlicher Gewalt sich befand, jedoch, wie unbestritten ist, ein dem Genuße und der Verwaltung ihres Vaters entzogenes, von ihrer Großmutter ererbtes Sondergut von über 20,000 fl. besaß, beschwert sich, daß wegen des letzteren Umstandes der von ihr der Klage betreffs der Rückzahlung der erwähnten Darlehen auf Grund des SC. Maced. entgegengesetzten Einrede keine Folge gegeben wurde; indem sie geltend zu machen sucht, daß diese Einrede nur einem *peculium castrense* oder *quasi castrense*, nicht aber auch einem *peculium adventitium irregulare* gegenüber wirkungslos erscheine, weil die einschlägigen Gesetzesstellen: fr. 1 §. 3 und fr. 2 de SC. Maced. (14, 6) bloß von dem *peculium castrense* sprächen, und die letztere Stelle bemerke, daß Hausväter zu gelten hätten, — was bezüglich des *pecul. advent. irregul.* nach pr. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. (2, 12) nicht der Fall sei.

Allein wenn auch nach dem hier anwendbaren gemeinen Rechte einem Hauskinde bezüglich des *pec. adv. irregul.* insofern nicht die volle Selbstständigkeit eines *pater familias* zukommt, als ihm die Fähigkeit mangelt, über ein derartiges Sondergut eine letztwillige Verfügung zu treffen, so steht demselben doch nach der Nov. 117 Cap. 1 §. 1 das Recht, über ein solches Sondergut unter Lebenden nach freiem Ermessen zu verfügen, und damit die Fähigkeit zu, sich durch Verträge hinsichtlich desselben dritten Personen rechtswirksam zu verpflichten, so daß es in dieser Beziehung einem *pater familias* gleichgestellt erscheint. In dem von der väterlichen Gewalt gänzlich unabhängigen Verfügungsrechte liegt aber der Grund, warum ein

Hauskind, welches zur Zeit der Entstehung des Darlehens sich im Besitze eines castrensischen Peculiums befunden hat, auf das SC. Maced. sich nicht berufen darf, weil ein Sondergut, welches das Kind zum vollen Rechte besitzt, auch wegen der Schulden des Letzteren jederzeit angegriffen werden kann, und der Gläubiger daher nicht erst im Sinne des SC. Maced. — fr. 1 pr. (14, 6): „bonum nomen expectata patris morte fieri“ — den Tod des Vaters zu erwarten hat, um zu seiner Befriedigung zu gelangen.

Es ist deshalb allerdings die in den erst erwähnten Gesetzesstellen dem pecul. castr. zugesandene Wirkung nicht bloß, wie Mevidentin zugibt, dem pecul. quasi castrense, sondern auch dem in eben erwähnter Beziehung dem peculium militare gleichstehenden pec. advent. irregulare beizulegen, wie dies in Uebereinstimmung mit der Ansicht bewährter Lehrer des gemeinen Rechtes auch im bay. Landr. anerkannt ist. Glück, Pand. Komm. Bd. XIV. S. 349; Thibaut, Syst. des PM. §. 270; Bangerow, Pand. §. 245 lit. a; Sintenisch, Civ.-Recht §. 108 Ziff. 6 (Band II S. 515); Bayer. LM. Th. I Kap. V §. 6, Th. IV Kap. II §. 4 Nr. 4 und Anm. hiezu Nr. 11 lit. d.

DAAG. v. 28. Dez. 1867 RMr. 1176⁶⁶/₆₇.

77.

3.

Bedeutung der Vertragsbestimmung, daß eine Schuld „nach und nach“ abgetragen werden dürfe.

Bgl. Bd. XXV S. 112.

F. hatte dem M. ein nach vierteljähriger Kündigung heimzahlbares Darlehen gegeben und später

seine Forderung an B. cedirt. Als dieser den M. nach erfolgter Kündigung auf Rückzahlung verflagte, wandte M. ein, er sei bald nach dem Empfang des Darlehens und noch vor der Cession an B. mit F. übereingekommen, daß er, M., berechtigt sei, das Darlehen „nach und nach“ zurückzahlen.

Bei Würdigung dieser Eintrede sprach der oberste Gerichtshof aus:

„Die Behauptung des M. über seine Uebereinkunft mit F. kann nicht so aufgefaßt werden, als sei es lediglich in des Schuldners Willkür gestellt gewesen, wann und in welchen Raten er Zahlung leisten solle. Der Sinn der behaupteten Uebereinkunft kann vielmehr nur der gewesen sein, daß der Schuldner billige Fristen zur Heimzahlung des fraglichen Darlehens erhalten solle; es ist daher die Bestimmung der Fristen auf das billige Ermessen gestellt, in welchem Falle die endliche Entscheidung in die Hände des Richters gelegt ist. Windscheid, *Pr. §. 254* Note 5; Seuffert, *Archiv Bd. 12 Nr. 233*¹⁾; Entw. eines gem. deutsch. Obligat.-R. v. 1865 Art. 262 Abs. 1.

Demnach ist es aber Aufgabe des Beklagten, welcher sich auf den Abschluß eines Vertrages beruft, durch welchen die Heimzahlung des Kapitals, abgehend von der anfänglichen Stipulation, in der angeführten Weise zu Gunsten des Schuldners mit dem Gläubiger bestimmt worden sein soll, die Fristen zu bezeichnen, in welchen er das von dem Gläubiger eingeforderte Kapital heimzahlen bereit sei. Auf eine Bereitschaftserklärung dieser Art müßte sodann die Aeußerung des Klä-

¹⁾ Vgl. auch *Archiv Bd. XX Nr. 111.*

gers, gegen welchen als Cessionar allerdings jene Zahlungsübereinkunft mit dem ursprünglichen Gläubiger wirkt, erholt und hienach der Richter mittelst einer hiedurch bewirkten näheren Darlegung der Verhältnisse des Schuldners in den Stand gesetzt werden, die Zahlungsfristen endgiltig zu bestimmen.

Der Beklagte hat aber, ohne frühere infolge des behaupteten Uebereinkommens geleistete Fristenzahlungen behaupten zu können, auch gänzlich unterlassen, sich für die Folgezeit zu Fristenzahlungen bereit zu erklären und hiebei seine Verhältnisse darzulegen, welche für den Richter bestimmend sein könnten, eine Entscheidung über die vom Schuldner einzuhaltenden Fristenzahlungen zu geben. Demnach ist hier der Richter gegenüber der Vernehmlassungsbitte des Beklagten, die Klage abzuweisen, welche gleichwohl auch den nicht so weit gehenden Anspruch auf richterliche Festsetzung billiger Fristenzahlungen in sich faßt, selbst auf den Fall des Nachweises der behaupteten Zahlungsmodalität von Seiten des Beklagten nicht in die Lage versetzt, ein Endurtheil im Sinne jener behaupteten Zahlungsübereinkunft zu erlassen, nämlich billige Zahlungsfristen für den Beklagten zu bestimmen.

Es war daher das diese Einrede nicht berücksichtigende Erkenntniß der Vorinstanz zu bestätigen.

DAAG. v. 28. Jan. 1868 Nr. 36.

77.

4.

Zum Art. 28 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. November 1861.

Die zwischen Bezirksgerichten und den am Sitze derselben befindlichen Stadt- oder Landgerichten schon öfter streitig gewordene Frage, ob auch diesen, oder

nur den auswärtigen Einzelrichterämtern einzelne Handlungen in anhängigen Civilprozessen aufgetragen werden können, — wurde jüngst bis zum obersten Gerichtshofe gebracht, welcher aber die vom beschwerdeführenden Landrichter aus Abs. 2 des Art. 28 hergenommene beschränkende Auslegung des Abs. 1 dieses Artikels verwarf und dabei noch aussprach, daß im Art. 39 begründete Unterordnungsverhältniß schließe, sofern sich der ertheilte Auftrag innerhalb der im Art. 28 den Bezirksgerichten eingeräumten Befugniß bewegt, die Zulässigkeit einer Weigerung sowie einer Beanstandung des Auftrages bezüglich seiner Zweckmäßigkeit von Seite des untergeordneten Gerichtes aus.

DAÖGrf. v. 7. Jan. 1868 Nr. 1425^{66/67}.
77.

5.

Devolutiveffekt der Berufung. Provisorien.

Seuffert's Komm. ü. d. OÖ. Ausg. II Bd. IV S. 121 lit. e u. Note 23; Bl. f. RA. Bd. XXVIII S. 224.

Die Regel, daß die Berufung in der Hauptsache dem Unterrichter auch in Inzidentpunkten, insbesondere bezüglich der Befugniß zur Erlassung von Provisorien, die Hände binde, erleidet eine durch die Natur der Sache gebotene und in der Ann. z. OÖ. Kap. XV §. 9 lit. b. a. G. anerkannte Ausnahme im Falle besonderer Dringlichkeit der beantragten provisorischen Maßregel (wenn auf dem mit der Angehung des Oberrichters verbundenen Verzuge eine Gefahr der Vereitelung des Zweckes der Maßregel verbunden ist).

DAÖGrf. v. 3. Dez. 1867 Nr. 1258^{66/67}.
77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte. — Wenn das vom Gemeindefiskus besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Unterverfallensurtheils gegen denselben das Gerichte des Wohnsitzes zuständig. — Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, in welchem er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberzieht, so ist zur Durchführung der deshalb eingeleiteten Untersuchung wegen Vergehens des Jagdverweils dasjenige Gerichte zuständig, in dessen Bezirke das fremde Jagdgebiet, in welches hinübergeschossen wurde, gelegen ist. — Ueber den Begriff der Verfolgung im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805. — Begriff der Diffamation.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage auf Zahlung der Valuta für einen durch Giro übertragenen Wechsel gehört, soferne nicht eine Handelssache vorliegt, zum ordentlichen Gerichte.

Salomon E. behauptete in einer am 10. Aug. 1867 bei dem Stadtgerichte Aschaffenburg eingereichten Klage, daß er einen am 1. Jan. 1867 fällig gewesenem und auf Sebastian B. von U. als Schuldner lautenden Solawechsel zu 410 fl. an Gerson D. unter Vereinbarung der Bezahlung der Valuta zu 410 fl. in den nächsten Tagen durch Giro übertragen habe und daß Gerson D. nach hieran bezahlten 330 fl. noch mit einem Betrage von 80 fl. im Rückstande sei, deren Zahlung er verlange.

Neue Folge XIII. Band.

Der Beklagte opponirte der Klage die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes, indem für die vorwürfige Klage das Handelsgericht zuständig sei.

Das Stadtgericht Aschaffenburg erachtete diese Einrede für begründet und wies durch Erkenntniß vom 15. Okt. 1867 die Klage unter Verurtheilung des Klägers in sämtliche Kosten wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes ab. Auf Berufung des Klägers wurde dieses Erkenntniß unterm 23. Dez. 1867 vom k. Bezirksgerichte Aschaffenburg bestätigt.

Dieselbe Klage wurde nun von Salomon L. bei dem k. Handelsgerichte Aschaffenburg eingereicht und hier auch zur Verhandlung gezogen, dieselbe jedoch unterm 3. Febr. 1868 auch von diesem Gerichte abgewiesen.

Der klägerische Anwalt regte hierauf den Kompetenzkonflikt an, welcher nach erfolgter Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

daß in der Sache das k. Stadtgericht Aschaffenburg kompetent sei.

Die Gründe dazu enthalten Folgendes:

Kläger leitet seine Ansprüche gegen den Beklagten nicht aus dem in der Klage erwähnten Wechsel selbst, sondern nur aus dessen Begebung her, welche eine Wechselverbindlichkeit des Beklagten ihm gegenüber nicht erzeugte. Da es sich sohin im vorliegenden Falle weder um das Recht aus einem Wechsel noch um einen Rechtsanspruch handelt, welcher mit dem aus dem Formalakte der Wechselausstellung entspringenden Rechtsverhältnisse konnex ist, — vgl. Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. XII S. 3 — so kann die Bestimmung

des Art. 67 des Einf.:Ges. d. allg. d. HGB., welcher die Zuständigkeit der Handelsgerichte auf alle Wechselsachen ausdehnt, auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gebracht werden.

Da nun ferner die Akten keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme bieten, daß der Beklagte ein Handelsgeschäft betreibt und den fraglichen Wechsel im Betriebe seines Handelsgeschäftes von dem Kläger erworben habe, sohin die Sache im Hinblick auf Art. 271—277 des HGB. u. Art. 64 Abs. 1 des Einf.:Ges. auch nicht als Handelsache qualifiziert werden kann, so hat das Handelsgericht Aschaffenburg mit Recht dieselbe von sich gewiesen, und erscheint die Zuständigkeit des Stadtgerichtes Aschaffenburg als gegeben, weshalb wie gesehen zu erkennen war.

Erl. d. OGH. v. 20. April 1868, UB. Nr. 82.

2.

Wenn das vom Gemeinschuldner besessene nicht im Gerichtsbezirke seines Wohnsitzes gelegene Anwesen unter Vorbehalt des Eigenthumes bis zur erfolgten Zahlung des Kaufschillinges veräußert und übergeben worden ist, so ist zur Eröffnung des Universalbankrusses gegen denselben das Gericht des Wohnsitzes zuständig.

Die in Nürnberg bestehende Aktiengesellschaft Fabrik Fr. ist schon im Monate Dezember 1865 in Liquidation getreten, und bestellte die Advokaten J. und M., dann den Kaufmann Z., sämmtlich zu Nürnberg, als Liquidatoren. Diese reichten am 8. August 1867 bei dem Bezirksgerichte in Nürnberg die Anzeige ein, daß der zwangsweise Verkauf des Immobilienvermögens der Gesellschaft einen so geringen Erlös herbeiführte, daß nicht einmal die erste Hypothek gedeckt werden konnte, und

jetzt nur mehr an Waaren ein Vermögen von 17500 fl. vorhanden sei, dem 42000 fl. Passiven gegenüberstehen, und beantragten deshalb, über das Gesellschaftsvermögen den Universalbankrott zu beschließen und die Ediktalien auszuschreiben.

Das Bezirksgericht Nürnberg wies diesen Antrag von da zurück, weil zwar die Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung unter der Jurisdiction von Nürnberg gestanden ist, aber nach der *GD. Kap. XIX §. 2* der Konkurs bei der Obrigkeit vorgenommen werden soll, wo der Schuldner den mehreren Theil seiner (liegenden) Güter hat.

Daß von dem Landgerichte Kirchenlamitz verzeigerte Immobilienvermögen der Gesellschaft, welche auch das dort noch vorhandene Waarenlager besitze, sei zwar dem Käufer P. von Nürnberg am 26. Juni 1867 zugeschlagen worden gegen die Verbindlichkeit, den Kaufschilling binnen 3 Monaten zu bezahlen; aber die Zuschreibung des Kaufsobjectes sei erst von der Erlage des Kaufschillings abhängig gemacht, und stelle sich daher dieses (außer dem Sprengel des Bezirksgerichtes Nürnberg liegende) Immobilienvermögen noch immer als Eigenthum der Gesellschaft dar; auch könne bei nicht erfolgender Kaufschillingsberichtigung eine nochmalige Verzeigerung desselben angeordnet werden.

Die Liquidatoren wendeten sich hierauf mit demselben Antrage an das l. Bezirksgericht Hof, wohin das Landgericht Kirchenlamitz gehört; aber auch dieses Gericht lehnte seine Zuständigkeit zur Bescheidung dieses Antrages ab, weil das Immobilienvermögen der Aktiengesellschaft dem Kaufmanne P. rechtskräftig zugeschlagen worden, und dieser mit dem Tage der Rechtskraft in den Besitz und Genuß der erkauften Realitäten getreten sei, der bei den Strichbedingungen gemachte Eigenthums-

vorbehalt aber nicht als Suspensiv-, sondern nur als Resolutiv-Bedingung, die den Eigenthumsübergang nicht hindere, aufgefakt werden könne.

Advokat M. regte hierauf Namens der Aktiengesellschaft den bestehenden verneinenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach erfolgter Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde, daß zur Verfügung über den von der Fabrikgesellschaft Fr. gestellten Antrag auf Eröffnung der Gant das k. Bezirksgericht Nürnberg zuständig sei.

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Die in dem Gesellschaftsregister des k. Handelsgerichtes Nürnberg eingetragene Aktiengesellschaft hat an ihrem Sitze im Bezirke des genannten Gerichtes gemäß Art. 213 Abs. 2 des allg. d. G.B. ihren ordentlichen Gerichtsstand, welcher auch nach ihrer Auflösung während der Zeit der Liquidation nach Art. 144 Abs. 2 dieses Gesetzbuches aufrecht erhalten worden ist.

Für den Fall des Eintrittes der allgemeinen Gant geht jedoch diese handelsgerichtliche Zuständigkeit an das gewöhnliche Civilgericht und zwar in der Regel desselben Bezirkes über, da der G.D. Kap. XIX §. 2 Ziff. 1 zufolge auch der Universalbankrott bei derjenigen Obrigkeit im Allgemeinen vorgenommen werden soll, worunter der Schuldner für seine Person selbst steht, bei Gesellschaften daher am Sitze derselben. Nur wenn unzweifelhaft der größere Theil des Grundvermögens des Gemeinschuldners in einem auswärtigen Bezirke liegt, tritt ausnahmsweise der gewöhnliche Civilgerichtsstand des Ortes der gelegenen Sache in diese Zuständigkeit ein.

Das Bezirksgericht Nürnberg hat laut seines Beschlusses vom 3. Sept. 1867 aus den vorliegenden Akten entnommen, daß zwar sämtliche im

Bezirke des Landgerichtes Kirchenlamitz gelegenen Immobilien dieser Gesellschaft veräußert und dem Kaufmanne B. in Nürnberg um das Meistgebot von 14700 fl. gerichtlich zugeschlagen worden sind; dasselbe schließt aber daraus, daß der Kauffchilling erst in drei Monaten vom 2. Juli 1867 an zahlbar war, und die Zuschreibung vor dem Hypothekenamte von der Erlage des Kauffchillings abhängig gemacht worden ist, es gehörten diese Immobilien noch immer der Gesellschaft als Eigenthum an, und es könne auch bei nicht erfolgender Zahlung des Kauffchillings die nochmalige Versteigerung der Besigungen angeordnet werden.

Allein vermöge Zuschlagsdekretes des Landgerichtes Kirchenlamitz vom 26. Juni 1867 ist dem Kaufmanne B. das gesamte Grundvermögen dieser Gesellschaft nebst allen Einrichtungen um obigen Kaufpreis mit dem Anhange zugeschlagen worden, daß dasselbe mit sämtlichen Rechten und Lasten vom Tage der Rechtskraft des Zuschlages an auf den Käufer übergeht, jedoch unter dem Vorbehalte des Eigenthumsrechtes bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Erfolgt diese Zahlung innerhalb eines Vierteljahres nicht, so werden die ersteigerten Realitäten unter Haftung des Käufers für den Mindererlös wiederholt versteigert, und bleibt die Zuschreibung im Hypothekenbuche bis zu dieser Zahlung ausgesetzt.

Hienach ist nicht bloß ein vollkommen perfectes Verkaufsgeschäft durch Versteigerung an den Meistbietenden gegeben, sondern auch der Verkaufsgegenstand dem Käufer zum Eigenthume übertragen worden, da nach Rechtskraft dieses Dekretes das ganze Grundvermögen als auf den Käufer übergegangen erachtet, und dabei ausdrücklich vorgesehen wurde, daß dem Erwerber mit diesem Vermögen auch die dazu gehörigen Einrichtungsgegenstände in Verkauf

und Bogen ohne besondere Uebergabe eigenthümlich zufilen.

Diesem Eigenthumsübergange auf den Käufer, dem noch für eine Zeit von drei Monaten der Kaufschilling kreditirt worden ist, vermochten die Modalitäten, unter denen der Zuschlag erfolgt ist, nicht hemmend entgegenzutreten. Denn die Unterlassung der hypothekenamtlichen Zuschreibung dieses Verkaufsgegenstandes auf den Käufer zeigt für die Dauer dieses Zustandes nur einen Mangel der gerichtlichen Konstatirung dieses rechtlich eingetretenen Eigenthumsüberganges in dem öffentlichen Hypothekenbuche, konnte aber weder auf die Perfektion dieses Kaufgeschäftes noch auch auf diesen erfolgten Eigenthumsübergang irgend einen hindernden Einfluß üben.

Der Vorbehalt des Eigenthumsrechtes bis zur vollen Zahlung des Kaufschillings würde selbst im Falle seines Eintrages in der zweiten Rubrik des Hypothekenbuches nach §. 5 des Hypothekengesetzes nur die Folge zu äußern vermögen, daß der Erwerber des betreffenden Objectes ohne Zustimmung des Verkäufers keine auf Privatwillen beruhende Hypothek hierauf eintragen lassen könnte; und bei einer Einschreibung dieses Vorbehaltes in der dritten Rubrik würde nach §. 15 und 137 des Hyp.:Ges. nur eine Hypothek für den Veräußerer zur Sicherung des rückständigen Kaufschillings erzielt.

Zahlte indeß der Erwerber im Verlaufe der bedungenen Frist den kreditirten Kaufschilling nicht ordnungsmäßig, so konnte allerdings dem vorgesehten Nachtheile zufolge das ganze Grundvermögen auf Wag und Gefahr des bisherigen Käufers wieder versteigert werden. Hierin läge aber die Auflösung eines bereits perfecten Kaufgeschäftes mit der Wirkung des Rückfalles des auf den Käufer inzwischen zugleich übergangenen Eigenthumes an dem

erworbenen Grundvermögen an den Verkäufer und keineswegs von vorneherein schon ein Hinderniß zum Erwerbe des Eigenthums auf Seite des Käufers; mit anderen Worten, die gesetzte Bedingung war nicht eine die volle Wirkung des abgeschlossenen Kaufes aufschiebende, sondern eine das vollendete und vollkommen rechtsbeständige Kaufgeschäft wieder auflösende.

Zur Zeit des obigen Antrages auf Einleitung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft konnte von dem Eintritte dieser Resolutivbedingung noch durchaus keine Rede sein, und stand auch das Eigenthum des Käufers an dem ganzen erworbenen Grundvermögen der Aktiengesellschaft sammt allen Zugehörungen damals, wie gezeugt, nach jeder Richtung hin unangefochten fest; es lag daher auch für das Bezirksgericht Nürnberg, woselbst die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat, kein Grund vor, auf die in der Gerichtsordnung ausnahmsweise bestimmte Zuständigkeit des Ortes der gelegenen Sache des Gantschuldners zurückzugreifen und damit die ihm außerdem zukommende Kompetenz dem Bezirksgerichte Hof, in dessen Sprengel diese Immobilien liegen, zuzuweisen.

An dieser Sachlage hat sich übrigens seit dem erfolgten Zuschlage auch bis jetzt nicht nur nichts auf eine Aenderung dieses rechtlichen Zustandes Deutendes ergeben, sondern es sind vielmehr auch, da inzwischen der ganze Kaufschilling und zwar rechtzeitig bezahlt worden ist, alle Modalitäten beseitigt, unter denen der Zuschlag des schuldnereischen Grundvermögens an den Käufer erfolgt war.

Hienach war, wie geschehen, zu erkennen.

Urf. d. O. G. v. 25. April 1868, U. V. Nr. 85.

3.

Wenn Jemand von dem Jagdgebiete aus, in welchem er zur Jagdausübung berechtigt ist, in ein fremdes Jagdgebiet hinüberschießt, so ist zur Durchführung der deshalb eingeleiteten Untersuchung wegen Vergehens des Jagdfrevels dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke das fremde Jagdgebiet, in welches hinübergeschossen wurde, gelegen ist.

Der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Weiden leitete eine strafrechtliche Untersuchung wegen Vergehens des Jagdfrevels ein, weil derselbe als angezeigt erachtete, daß der gräflich von H.'sche Forstgehilfe M. B. ungefähr im Mai 1867 von dem im Gebiete des Landgerichtes Kemnath gelegenen Jagdbezirke seines Dienstherrn aus über die Jagd- und Kreisgränze hinüber auf das Gebiet des Landgerichtes Wunsiedel nach einem Rehe geschossen und sich hiebei in Gesellschaft einer zweiten Person befunden habe, ferner daß derselbe Forstgehilfe einige Zeit später in Begleitung einer zweiten mit einer Flinte versehenen Person an der Gränze vom Gebiete seines Dienstherrn aus in der Richtung auf die im Bezirke des Landgerichtes Wunsiedel gelegenen Felder einen Schuß abgefeuert habe.

Nachdem der Untersuchungsrichter des f. Bezirksgerichtes Weiden eine Reihe von Erhebungen gepflogen hatte, fand derselbe sich veranlaßt, die Sache an den Untersuchungsrichter des f. Bezirksgerichtes Hof als zu dessen Zuständigkeit gehörig abzugeben, welcher letzterer jedoch gleichfalls seine Zuständigkeit ablehnte.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß von Verübung eines Jagdfrevels von Seite des Forstgehilfen B. überhaupt nur die Rede sein kann, wenn derselbe mit Nichtbeachtung der zugleich die Kreisgränze bildenden Jagdgränze seines Dienstherrn in dem im Gebiete des Landgerichtes Wunsiedel gelegenen fremden Jagdbezirke Wild erlegte oder zu erlegen versuchte;

daß hienach die dem M. B. zur Last gelegten Mente im Gebiete des Landgerichtes Wunsiedel und nicht in jenem des Landgerichtes Kemnath verübt erscheinen, und hienach gemäß Art. 22 Th. II des StGB. von 1813 die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am f. Bezirksgerichte Hof und nicht die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters am f. Bezirksgerichte Weiden als gegeben erachtet werden kann;

daß der Umstand, daß im Laufe der Untersuchung sich ergab, daß die bei dem ersten Vorgange in Gesellschaft des B. gesehene Person mit einem Jagdgewehre nicht versehen gewesen sei, so wie der weitere Umstand, daß bezüglich des zweiten Vorganges ein Ziel, auf welches der Schuß abgefeuert wurde, nicht ermittelt worden ist, an dieser Zuständigkeit nichts zu ändern vermag, da, nachdem wegen zweier Vergehen bereits Untersuchung eingeleitet ist, diese Untersuchung nur durch einen von dem betreffenden Bezirksgerichte gemäß Art. 49 des StPG. vom 10. Nov. 1858 zu erlassenden Beschluß zu Ende gebracht werden kann;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Durchführung der Untersuchung gegen M. B. wegen Jagdfrevels der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Hof zuständig ist.

Entf. d. OGH. v. 2. Mai 1868, UB. Nr. 100.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber den Begriff der Versorgung im Sinne der Staatsdienstpragmatik vom 1. Januar 1805.

Vgl. Bb. V S. 204, 209; Bb. VIII S. 241; Bb. XXIV S. 397.

Hierüber sagen oberstrichterliche Entscheidungsgründe:

„Die allerhöchste Verordnung vom 1. Januar 1805 über die Verhältnisse der Staatsdiener bezeichnet nirgends bestimmt, was unter Versorgung zu verstehen ist, und es kann daher der im Art. XXIV S. 8 und 9 enthaltene Begriff der Versorgung nur der im gewöhnlichen Leben gebräuchliche sein. Es kann somit darunter im Allgemeinen nur die Lage desjenigen verstanden werden, welcher in den Stand gesetzt ist, durch eigene Thätigkeit sich den Lebensunterhalt sicher und nachhaltig zu verschaffen, und kann somit unter Versorgung der Söhne nicht bloß der Eintritt in den definitiven Staatsdienst verstanden, sondern es muß überhaupt jeder als versorgt betrachtet werden, welcher sich in der Lage befindet, die zum Lebensunterhalte erforderlichen Subsistenzmittel fortdauernd und nachhaltig beziehen zu können, und muß in Beurtheilung der Bedingungen dieser Lage lediglich das richterliche Ermessen eintreten.

Prüft man nun, ob der Kläger als Billetenexpeditor beziehungsweise als Bahnexpeditor als versorgt im Sinne des Art. XXIV zu erachten sei, so muß diese Frage unzweifelhaft bejaht werden.

Ein Bahnexpeditor ist keineswegs, wie Kläger behaupten will, einem Funktionär, wie die Staatsanwaltschafts-Vertreter, welche täglich ihrer Funktion enthoben werden können, gleichzuachten, sondern er ist ein wirklicher Beamter des Staates.

Die allerhöchste Verordnung vom 3. Okt. 1857 über die Gehalts- und Dienstes-Verhältnisse des Personales der k. Verkehrsanstalten gibt zu entnehmen, daß die Bahnexpeditoren zwar keine pragmatischen Rechte genießen, allein einen jährlichen Gehalt von 500 fl. beziehen und in eine höhere Besoldungsklasse von 600 fl. vorrücken, daß sie im Falle eintretender Funktionsunfähigkeit gemäß Art. III Pensionen erhalten und auch deren Wittwen nach der Pensionspragmatik vom 1. Januar 1805 Pensionen zu beziehen haben, und ihnen überdies im Falle des Verunglückens im Dienste und der dadurch herbeigeführten Dienstesunfähigkeit nach Art. V gleich allen Bediensteten ohne Unterschied eine Pension von wenigstens sieben Zehentheilen des Hauptgeldgehaltes zugesichert ist.

Diesem nach begleitet ein Bahnamtsexpeditor ein öffentliches Amt und genießt einen sicheren und nachhaltigen Gehalt, so lange er den Anforderungen seines Amtes durch pflichttreue und gewissenhafte Beobachtung der ihm obliegenden Verpflichtung entspricht, und nicht etwa durch pflichtwidriges Benehmen und somit durch eigenes Verschulden die Entfernung vom Amte bewirkt.

Bei diesen Umständen und Verhältnissen kann es sich demnach nur weiter darum fragen, ob der sichere und nachhaltige Gehalt, wie ihn der Kläger zugestandenemassen mit jährlich 525 fl. dormalen bezieht, im Sinne des Gesetzes als ein solcher zu betrachten ist, daß angenommen werden kann, Kläger sei als versorgt zu betrachten.

Allein auch dieser Annahme steht ein begründeter Zweifel nicht zur Seite, denn wenn auch nicht zu verkennen ist, daß bei den gegenwärtig gesteigerten Preisen aller Lebensbedürfnisse ein Gehalt von 525 fl. nicht zureichend sein dürfte, einen Familienstand zu errichten, so muß der Gehalt, wel-

den der Kläger gegenwärtig mit 525 fl. bezieht, doch immerhin für einen lebigen Mann zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse als ausreichend erachtet werden

Die Behauptung, daß eine Versorgung im Sinne des Gesetzes durch eine Anstellung als Bahnexpeditor aus dem Grunde nicht gegeben sei, weil der Kläger durch Verfügung der Administrativbehörde jederzeit von seinem Posten entlassen werden könne, widerlegt sich dadurch, daß bei einer lediglich aus administrativen Gründen ohne Verschulden des Klägers erfolgten Entlassung dessen Pensionsbezug wider aufleben würde.“

Dabei wurden die Kosten wegen Zweifelhaftheit der Rechtsfrage ¹⁾ kompensirt.

DAAG. v. 7. Febr. 1868 Reg.-Nr. 1417⁶⁶/₆₇.
77.

2.

Begriff der Diffamation.

In diesem Betreffe entnimmt sich aus den Gründen eines oberstrichterlichen Erkenntnisses Folgendes:

Wie aus dem von den klagenden Schulgemeinden selbst vorgelegten Beschlusse des Bezirksamtes G. vom 16. Aug. 1864 hervorgeht, bestand, als sich im Jahre 1862 der Fall eines Neubaues bei dem Schul- und Mehnerhause zu U. ergab, kein Streit zwischen den bei diesem Neubau interessirten Personen; vielmehr hatte am 22. Juli genannten Jahres die Kirchenverwaltung als Vertreterin der Kapellenstiftung und am 31. dess. M. die Schulverwaltung daselbst beschlossen, daß die Kapellenstiftung

¹⁾ Zweifelhaft scheint sie dem Herausgeber besonders in so ferne, als eine Einkommensgröße zur Versorgung genügend erachtet wurde, welche den Bezugsberechtigten zum Eölibat verdammt.

die erforderlichen Baukosten (Baarauslagen) zum Neubau übernehmen, dagegen die Gemeinde des Schulsprengels die Hand- und Spanndienste dabei unentgeltlich leisten sollte, und hatte das genannte Bezirksamt diesem Uebereinkommen am 16. Aug. 1864 seine Genehmigung erteilt. — Der fragliche Neubau wurde nur deshalb nicht nach obigem Uebereinkommen ausgeführt, weil die k. Kreisregierung, welcher der betreffende Kuratelbeschluß des Bezirksamtes E. zur Oberkuratelgenehmigung vorgelegt worden war, den modus der Vertheilung der Bau- last nicht billigte, sondern die Gesamtbaukosten hälftig unter die Kapellenstiftung und die Schulge- meinde vertheilt wissen wollte. Indem die k. Re- gierung diesen ihren Willen in der Entschließung vom 4. Sept. 1864 aussprach und als Norm für die in Frage stehende Ausführung aufstellte, hat sie nicht im einseitigen Interesse der Kapellenstiftung, nicht lediglich als Oberkuratelbehörde der letzteren, sondern in Erwägung der beiderseitigen Verhältnisse als gemeinschaftliche Oberkuratelbehörde und als Staatspolizeibehörde gehandelt.

Ihre Ermächtigung hiezu lag in der Bestim- mung des §. 50 der allerb. Verordn. v. 17. Dez. 1825, die Kompetenz der Kreisregierungen betr., woselbst den Kreisregierungen in II. Instanz die Entscheidung der Anstände wegen der Schulgebäude und ihrer Baulast zugewiesen ist, soferne diese Bau- last nicht auf Privatrechtstiteln beruht.

Daß in einem solchen Falle die k. Kreisregie- rung nicht als Kuratelbehörde im privatrechtlichen Interesse handelt, sondern als Staatspolizeibehörde nach staatsrechtlichen Normen, hat der oberste Ge- richtshof unterm 24. Juli 1854 in einem Kompe- tenzkonfliktsfalle ausdrücklich anerkannt, gleichfalls unter Hinweisung auf obigen §. 50 der Verordnung v. 17. Dez. 1825. Vgl. Reg.-Bl. 1854 S. 621, 635.

Es kann deshalb im vorliegenden Falle in dem Regierungsbefchlusse vom 4. Sept. 1865 keine kuras-
telamtliche Behauptung eines Privatrechtes für die
Kapellenstiftung gegenüber der Schulgemeinde u.,
somit keine in's Bereich des Civilrechtes gehörige,
vor den Civilgerichten verfolgbare Verübmung ge-
funden werden, vielmehr ist jene Regierungsentschließ-
ung als ein Akt der Staatspolizeigewalt der Prüfs-
ung der Civilgerichte gänzlich entrückt.

Klägerinnen haben nirgends behauptet, daß, ab-
gesehen von der oben erörterten Regierungsentschließ-
ung, die Vertreter der verklagten Kapellenstiftung
sich für letztere irgendwie eines civilrechtlich verfolg-
baren Rechtes gegenüber der Schulgemeinde in
Betreff des fraglichen Schul- und Mehnerhauses
und der desfalls obliegenden Baulast gerühmt ha-
ben. Die bloße Verneinung der primären und
alleinigen Baupflicht auf Seite der Kapellenstiftung
gegenüber der in der Provokationsklage der Schul-
gemeinde aufgestellten Behauptung, daß Verklagte
als Eigenthümerin des Schulhauses und weil Klä-
gerinnen von jeher von der Baulast freigesewesen,
die Bauten im Schul- und Mehnerhause allein zu
wenden habe, hat nicht den Charakter der Verühm-
ung eines Rechtes, sondern nur den Charakter einer Ab-
lehnung oder Verneinung einer angesonnenen Pflicht.
Vgl. O. Kap. IV §. 5 Nr. 5 und Seuffert's
Komm. hiezu Bd. II S. 125, 126 der 1. Aufl.

Zu bemerken ist hier auch noch, daß in Sachen,
welche nicht zum Ressort der Justizbehörden gehö-
ren, eine provocatio ad agendum überhaupt un-
zulässig ist. S. 127 a. a. O.; Bl. f. N. A. Bd. 12
S. 137.

Der Klägerin bleibt, wenn sie sich bei der von
der k. Kreisregierung in ihrer Entscheidung vom 4.
Sept. 1865 in eigener Kompetenz und ohne Hinweisung
auf einen privatrechtlichen Titel der Baulast verfügt

ten hälftigen Theilung der Baukosten zwischen ihr und der Verklagten nicht beruhigen will, nichts übrig, als im Wege selbständiger Klage gegen die Kapellenstiftung aufzutreten, sofern ihr ein privatrechtlicher Titel für die Behauptung primärer und ausschließlicher Baupflicht dieser Stiftung an dem Schul- und Mesnerhause zu U. und seinen Nebengebäuden zur Seite steht.

Indem der klägerische Anwalt in seiner Revision die Behauptung aufstellt, daß Bezirksamt und Kreisregierung der Schulgemeinde gegenüber als Kuratelbehörden gar nicht in Betracht kommen könnten, weil die Schulgemeinde keine Korporation bilde, sondern nur als Gesamtheit der zu dem Schulsprengel vereinigten Ortsgemeindeglieder erscheine und als solche nicht bevormundet werde, so kommt er mit sich selbst in Widerspruch, indem er seine Klage nicht Namens der Schulgemeindeglieder als Einzelwesen, sondern Namens dreier zum Schulsprengel U. gehöriger Gemeinden erhoben und für diese den Streitkonsens der Kuratelbehörde beigebracht hat. Klägerischer Anwalt kann den Charakter der von ihm im gegenwärtigen Prozesse vertretenen Personen in der Revision nicht willkürlich verändern. Es ist übrigens auch ganz gleichgültig für Entscheidung der Verühmungsfrage, ob die Kläger als Einzelwesen oder als Korporationen aufgefaßt werden. Der Regierungsbeschluß vom 4. Sept. 1865 bleibt ein Akt der Staatspolizeibehörde, mag sich die k. Regierung bei ihrem Erlasse die Kläger als Individuen oder als Korporationen gedacht haben.

Demnach war die vorliegende Provokationsklage für unzulässig zu erachten.

DAGE. v. 8. Febr. 1868 Nr. 1350^{66/67}.
Rm.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Einrede der Simulation. Substanzierung derselben. Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Ja, wenn der Cedent einer Hypotheksforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionseistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?

Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

Unter diesem Titel enthält die Zeitschrift des Anwaltsvereines für Bayern Bd. VIII Nr. 6 — 8 (S. 91—94, S. 100—106, S. 113—123) eine mit B. unterzeichnete Erörterung, welche auszuführen sucht, daß sowohl die Bestellung als auch die Cession von Hypotheken der Vorschrift des Art. 14 des Not.-Ges. unterliege, daß jedoch zur rechtlichen Wirksamkeit der Handlung nur eine einseitige Erklärung des Bestellers bezw. Cedenten erforderlich sei, und daß, wenn es sich nur um die Bestellung einer hypothekarischen Kaution handle, diese mit Rechtsgiltigkeit auch auf mündlich oder in einer Privaturkunde abgegebene Erklärung im Hyp.-Buche eingetragen werden könne.

Gegenwärtige Mittheilung setzt sich nicht zur Aufgabe, diese Erörterung als Ganzes zu widerlegen oder eine entgegengesetzte Meinung zu begründen; es sollen nur einzelne Punkte hervorgehoben und einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

1) Auf S. 93, S. 103 Nr. 5 Abs. 2 und S. 115 Nr. 8 wird behauptet, daß Art. 12 des Not.-Ges. für die daselbst bezeichneten Schuldenkenntnisse die notarielle Beurkundung als unerläß-

liche Form vorschreibe; denn da diese Beurkundung dem ausschließlichen Wirkungskreise der Notare zugewiesen sei, so liege hierin nach gemeinem Sprachgebrauche ein Verbot für Gerichte und Private, und die Ueberschreitung dieses Verbotes ziehe die Nichtigkeit der Handlung nach sich, gleichviel ob diese Folge angedroht sei oder nicht.

Allerdings wissen wir aus Const. 5 de leg. (1, 14) ganz bestimmt, daß ein verbotenes Geschäft nichtig ist, auch wenn das verbietende Gesetz die Nichtigkeit nicht ausdrücklich androht; allein hier fehlt es doch offenbar an einem Verbote.

Art. 11 des Not.-Ges. verweist die Beurkundung der Abs. 2 Nr. 1 bezeichneten Handlungen, wenn über dieselben nach gesetzlicher Vorschrift oder nach der Willkür der Betheiligten eine öffentliche Urkunde zu errichten ist, in den Wirkungskreis der Notare; und da nun im Hinblick auf Art. 18 des Gerichtsverf.-Ges., welcher das Vormundschafts- und Hypothekenwesen den Gerichten überträgt, ein Zweifel darüber hätte entstehen können, ob nicht die Beurkundung der Verträge Minderjähriger und derjenigen Geschäfte, auf deren Grund ein Hyp.-Buchseintrag stattfinden soll, dem Vormundschafts- bezw. Hypotheken-Minister vorbehalten sei, so verordnet Art. 12 zur Beseitigung dieses Zweifels, daß auch die Beurkundung dieser Geschäfte zum Wirkungskreise der Notare gehöre (vergl. v. Zinßs Comment. in Gesetzg. 1c. von Dollmann Th. II Bd. III S. 423).

Hier ist also weder von einem Verbote noch von irgend einer Formvorschrift für irgend ein Rechtsgeschäft die Rede.

2) Unbekümmert um dieses Verhältniß geht der Verfasser jener Erörterung sogar noch einen bedeutenden Schritt weiter, indem er zwar nicht mit ausdrücklichen Worten sagt, aber doch als Schluß-

folgerung ganz nahe legt, daß der Mangel notarieller Beurkundung des Schuldbekenntnisses und der Hypothekbestellung nicht nur diese, sondern auch jenes mit Nichtigkeit behafte, ja daß gerade das nichtbeurkundete Schuldbekenntniß der Grund sei, aus welchem die Hypothekbestellung, die außer dem rechtsgiltig wäre, der Nichtigkeit verfallende. Er sagt nemlich, im Art. 12 Abs. 2 ruhe der Nachdruck nicht auf dem Worte Beurkundung, sondern auf dem Worte „Schuldbekenntniß“ (S. 116 a. G.) und gerade für dieses, als Grundlage der Hypothekbestellung (S. 115 Nr. 8), sei die notarielle Beurkundung durch Art. 12 Abs. 2 vorgeschrieben.

Er sagt ferner, daß sehr häufig Kautionen für zukünftige Forderungen im Hypoth.-Buche errichtet werden, daß aber diese nur ein formelles Recht bewirken und eine hinzutretende Forderung seiner Zeit besonders dargethan werden müsse, ehe der Eintrag materiell wirksam, ehe er eine Hypothek, ehe er ein dingliches Recht werde.

Wo, so fährt er fort, ein Hypothekrecht ohne oder abgesehen von einer materiellen Grundlage eine selbständige formelle Wirkung habe, könne es auch durch einseitige mündlich oder in einer Privaturkunde abgegebene Erklärung entstehen, wenn nicht das Amt zugleich schriftliche Kenntniß davon erhalte, daß dem Eintrage bereits eine materielle Verbindlichkeit zu Grunde liege, daß ein Vertrag oder Schuldbekenntniß vorhanden sei; eine vertragmäßige Hypothek könne aber nur durch eine von einem Notare aufgenommene Urkunde bestellt werden.

Man merke also, wie jene Erörterung unterscheidet; eine selbständig und formell wirksame Hypothek, welche aber noch keine wirkliche Hypothek, kein dingliches Recht ist, und als Gegensatz hiezu

ein vertragsmäßiges Hypothekrecht, d. i. ein solches, welches mit einer materiellen Grundlage, mit einem durch den Notar beurkundeten Bekenntnisse einer gegenwärtigen Schuld versehen und hiedurch erst ein dingliches Recht geworden ist.

Abgesehen von vielen anderen Fragen ginge also eine hypothekarische Kautio, da sie kein dingliches Recht gewähre, nicht auf den dritten Besitzer über, selbst wenn sie der Kautent in einem Notariatsinstrumente bestellt hätte.

Es ist nicht nöthig, diese seltsame Theorie noch weiter zu verfolgen, zumal als die Unterscheidung zwischen formell und materiell wirksamen Hypotheken schon überhaupt nur dazu dienen kann, den Gegenstand zu verwirren, anstatt ihn aufzuklären; mit aller Entschiedenheit ist jedoch zu widersprechen, daß eine rechtsgiltig eingetragene Kautio erst mit dem Nachweise eines persönlichen Forderungsrechtes und nicht schon mit ihrer Eintragung ein dingliches Recht begründe, und daß, um dieses Recht zu bewahren und vollziehbar zu machen, nicht bloß die Entstehung einer Forderung überhaupt darzuthun, sondern insbesondere auch die notarielle Beurkundung derselben erforderlich sei.

3) Nach B.'s Ansicht (§. 101) ist §. 16 d. Hyp.-G. nur da anwendbar, wo eine gültige und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtete Schuldburkunde, aber kein Rechtstitel zur Hypothek vorlag, jedoch das Gericht irthümlich einen gesetzlichen Titel angenommen und eine Hypothek eingetragen hatte.

Da §. 16 von der Eintragung in dem Falle spricht, wenn kein Rechtstitel vorhanden war, und dabei zwischen freiwilligem und gesetzlichem Titel nicht nur nicht unterscheidet, sondern sich noch überdies auf den von beiden Titeln handelnden §. 9 bezieht, so weiß man wahrlich nicht, wie jene An-

sicht zu rechtfertigen wäre; B. ist jedoch hierüber nicht in Verlegenheit und beruft sich auf Gönner's Komm. Bd. I S. 228, wobei ihm aber das Unglück begegnet, den von Gönner nur beispieisweise gesetzten als den im §. 16 einzig und allein gedachten Fall zu nehmen.

Wenn man sich nun, wie B. sagt, auf §. 16 schon ohnedies nicht berufen kann, um eine Hypothek, welche auf den Grund eines in einer nichtigen Urkunde verlautharten freiwilligen Rechtstitels eingetragen wurde, als unanfechtbar darzustellen, so muß sich seine Behauptung, daß die im §. 16 offengelassene Anfechtbarkeit der Forderung durch Art. 14 des Not.-Ges. (vorbehaltlich der Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches) auch auf die Anfechtbarkeit der Hypothek ausgebehnt worden sei, nothwendig auf den nach seiner Meinung einzigen Fall des §. 16 des H.G. beziehen, so daß also der ganze §. 16 als aufgehoben zu betrachten wäre.

Durch diese Entdeckung hätte uns B. einen schlimmen Dienst erwiesen; denn §. 16 ist, wie Gönner (S. 227) ausführt, für den Hypothekencredit ein geradezu unentbehrliches Schutzmittel.

B. sagt aber, es sei bekannt, daß Verfehlungen gegen ein Verbot, wie Art. 14 des Not.-Ges., niemals durch einen nachfolgenden Vertragsvollzug, also auch nicht durch einen Hypothekeneintrag unschädlich gemacht, sondern gegen jeden Vertragsschließenden, hier gegen den Gläubiger, so lange ihm die Forderung zusteht, geltend gemacht werden können.

Hiegegen ist zu erwidern: Insoferne Art. 14 des N.G. keine andere als eine ausdrückliche und urkundliche Willenserklärung zuläßt, nach §. 16 des H.G. aber der Hypothekvertrag auch durch stillschweigende Einwilligung des Schuldners zu Stande kommen kann, stehen sich beide Gesetze

diametral entgegen. Wenn aber Art. 14 die Form vorschreibt, unter welcher allein ein vertragsmäßiger Hypothekstitel entstehen kann, so ist bei Nichtbeobachtung dieser Form das Geschäft nichtig und daher ein Rechtstitel gar nicht vorhanden; aber gerade für den Fall, daß ein Rechtstitel nicht vorhanden war und die Hypothek dennoch eingetragen wurde, statuiert §. 16. des H.G. die Voraussetzungen, unter welchen die Hypothek demungeachtet unanfechtbar ist. Hieraus ersieht man deutlich, daß dem §. 16 gegenüber eine auf Art. 14 beruhende Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden kann, und daß letztere Gesetzstelle der ersteren, als der zwar älteren, aber spezielleren, zu weichen hat. Will man jedoch davon absehen, daß im Falle des §. 16 ein stillschweigender Vertrag vorliege, und will man die Sache ausschließend so auffassen, daß Art. 14 von der nothwendigen Form der Errichtung eines vertragsmäßigen Hyp.-Titels, §. 16 aber von dem Ausnahmefalle einer ohne Rechtstitel gültig zu Stande kommenden Hypothek handle, so ist ein Konflikt beider Gesetzstellen ohnehin nicht vorhanden.

Der Kommentator des Not. = Ges. bekämpft gleichfalls, wie B., das in Stenglein's Zeitschrift Bd. II S. 17 ff. aus §. 16 gezogene Argument, jedoch aus ganz anderen Gründen, und es fällt ihm nicht bei, den §. 16 als geändert oder aufgehoben zu betrachten; er sagt vielmehr deutlich, daß derselbe, als eine ganz singuläre Vorschrift, neben Art. 14 unverändert fortbestehe, und durch die ihm innewohnende Kraft, Nichtigkeiten zu heilen, von ganz besonderer Wichtigkeit sei (Komm. z. Not. = Ges. S. 442 und Nachtrag S. 73 lit. g).

4). Ferner sagt B.'s Erörterung (S. 114), es gebe Verträge, bei welchen nur die Erklärung eines Theiles beurfundet zu werden pflege, und dahin gehöre auch der Hypothekbestellungs- und der

Cessions-Vertrag. Eine zweiseitige Erklärung sei auch heutzutage nicht vorgeschrieben. Mit dem Eintrage im Hyp.-Buche gelte er als wirksam, sonach auch als perfekt; direkter Gegenbeweis sei nicht ausgeschlossen, die Perfektion werde also nach dem Eintrage gesetzlich vermuthet.

Ueber den Hyp.-Bestellungsvertrag wurde in dieser Beziehung bereits oben S. 146 gesprochen; was aber den Cessionsvertrag betrifft, so ist zwar zuzugeben, daß auch eine Cession auf den Grund einer einseitigen Erklärung im Hyp.-Buche eingetragen werden könne (Ergänz.-Bd. zum 31. und 32. Jahrg. dieser Blätter S. 209), zu widersprechen ist aber, daß der Cessionsvertrag durch die Eintragung wirksam werde (Gönnert's Komm. Bd. I S. 279 u. 280 Nr. 5 u. 6). Die Perfektion kann ohne Eintrag vorhanden, und sie kann aber auch ungeachtet des Eintrages nicht vorhanden sein. Auch eine gesetzliche Vermuthung der Perfektion entspringt nicht aus dem Eintrage, indem das zur Verkehrserleichterung eingeführte Verfahren des §. 107 des H.G. darauf beruht, daß sich jeder durch einseitige Erklärungen präjudiziren könne, weshalb das Hyp.-Amt auf die Frage der Perfektion nicht einzugehen hat. (Gönnert a. a. O. Bd. II S. 78 §. III.) Will man dieses Verhältniß als eine Rechtsvermuthung bezeichnen, so kann dieselbe jedenfalls nur für, niemals aber gegen den Cessionar wirken; es kann also von ihr, wenn letzterer die Perfektion bestreitet, gar nicht die Rede sein.

Stellt man, wie B., die Hyp.-Cession unter die Vorschrift des Art. 14 des N.G., so ist zur Perfektion des Vertrages unbedingt erforderlich, daß der übereinstimmende Wille der Kontrahenten notariell beurkundet werde. Eine Urkunde, welche nur die einseitige Erklärung des Cedenten enthält,

kann wohl vor dem Hyp.-Amte, welches, wie gesagt, die Vertragserfektion nicht zu untersuchen hat, den Cessionar als solchen legitimiren; sie ist aber keine Vertragserkunde, wie sie Art. 14 des NB. fordert, sie ist keine Urkunde, durch welche die Uebereinstimmung der Kontrahenten, d. i. der wirkliche Vertragsabschluß nachgewiesen wird, wie bereits vom obersten Gerichtshofe (siehe oben S. 138) erkannt worden ist.

Die zwingende Vorschrift des Art. 14 bezieht, in den Handelnden den Zustand gesammelter Besonnenheit zu wecken. Nicht bloß der, welcher ein dingliches Recht weggibt, auch wer es erwirbt, soll vor Uebereilung im Vertragsabschlusse gewahrt werden (siehe oben S. 5). Die Verlautbarung erfordert daher auch die Mitwirkung des Cessionars, wenn sie dem Art. 14 entsprechen soll. Die Absicht dieses Artikels geht insbesondere auch dahin, Streitigkeiten über die betreffenden als besonders wichtig erachteten Fälle möglichst zu beseitigen und für den Fall, daß dennoch ein Rechtsstreit entsteht, das einfachste und sicherste Beweismittel an die Hand zu geben; wie aber sollte z. B. der Cedent aus seiner einseitigen Erklärung die Größe des Cessionärspreises beweisen können?

Der Rechtsverkehr wird freilich sehr erschwert und manche Cession ganz unterbleiben, wenn eine unter Mitwirkung beider Kontrahenten errichtete Notariatsurkunde gefordert wird; allein wenn man einmal annehmen zu müssen glaubt, daß sich Art. 14 auch auf Hyp.-Cessionen beziehe, so kann man sich nicht zugleich für berechtigt halten, im Interesse des Rechtsverkehres zu dem Auskunftsmittel einseitiger, den Beweis der Perfektion nicht liefernder Cessionserklärungen zu greifen, und sich statt des vom Gesetze geforderten urkundlichen Beweises des Vertragsabschlusses mit einer nicht einmal nach

beiden Seiten wirkenden und den Gegenbeweis nicht ausschließenden Rechtsvermuthung zu behelfen.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Einrede der Simulation. Substanzirung derselben. Art. 14
des Notariatsgesetzes.

Aus oberstrichterlichen Entscheidungsgründen, welche den Sachverhalt genügend entnehmen lassen, wird Folgendes mitgetheilt.

„Beklagter behauptet, es sei der Anwesenkauf ohne irgend eine ernstliche Absicht verbrieft worden; man habe vielmehr nur zum Scheine, zur Erreichung eines nicht näher zu bezeichnenden Zweckes, jenen Akt aufnehmen lassen und auch die Tradition habe nur stattgefunden, um dem Scheingeschäfte einen kräftigeren Anstrich zu geben.

Offenbar ist diese Behauptung vollkommen haltlos. Schon der Umstand, daß Beklagter keinen Grund anzugeben vermag, warum ein solches Scheingeschäft errichtet worden sei, genügt, um seine Angabe als unsubstanzirt zu betrachten, und zwar um so mehr, als alle sonstigen in den Akten liegenden und unbestrittenen Thatsachen dieser Annahme entschieden widerstreiten. Es ist in letzterer Beziehung darauf hinzuweisen, daß Beklagter nicht allein sofort in den Besitz des Anwesens gesetzt wurde, sondern daß er auch eine Reihe kostspieliger Verwendungen darauf gemacht hat, wie sie nur der Eigenthümer zu machen pflegt, daß er endlich Abschlagszahlungen auf den Kaufpreis im Betrage von 3600 fl. geleistet haben will. Hier liegt offenbar zu viel Ernst vor, um der Möglichkeit des Scheines

noch Raum zu geben, und es haben daher die Vorinstanzen mit Recht die bezügliche Einrede sofort verworfen. —

Ebenso wenig Beachtung verdient der weitere Einwand des Beklagten, es sei der Kaufvertrag deshalb nichtig, weil er gegen den Art. 14 des Notariatsgesetzes verstoße, indem nämlich ein Kaufpreis von 11,000 fl. verabredet, jedoch nur ein solcher von 10,000 fl. in den Notariatsakt aufgenommen worden sei.

Thatsache ist in dieser Beziehung, daß Kläger als Verkäufer den Kaufpreis von 10,000 fl., so wie ihn der Akt beurkundet, sich gefallen läßt und keinen Einwand dagegen erhebt, daß die streitige Zahlung von 1000 fl., ihren Beweis vorausgesetzt, an diesem Kaufpreise in Abzug gebracht werde.

Es liegt also hier der sonderbare Fall vor, daß ein bloß zu Gunsten des Verkäufers gegebenes und durch dessen Verzicht jetzt beseitigtes, nichtiges Nebenversprechen vom Käufer benützt werden will, um daraus die Nichtigkeit des ganzen sonst formell gültigen Vertrages zu folgern.

Man könnte die Frage aufwerfen, ob bei solcher Sachlage der Beklagte berechtigt sei, eine Nichtigkeit geltend zu machen; allein es würde deren Erörterung in vorliegendem Falle müßig sein, da, wie die Vorinstanzen mit Recht erkannt haben, der bezügliche Einwand, weil erst in der Duplik vorgebracht, als verspätet nicht zu berücksichtigen ist.

Es ist nämlich klar, daß dieser Einwand auf einer wesentlich anderen thatsächlichen Grundlage beruht, als die in der Vernehmlassung vorgeschützte Simulation. Zwar wird auch hier von einer Simulation gesprochen, allein es geschieht dieß in ganz verschiedenem Sinne. Es handelt sich nämlich nicht mehr darum, daß der Vertrag selbst simulirt gewesen sei, daß eine ernüchterte Absicht zu verkaufen

und zu kaufen nicht vorgelegen habe, vielmehr bloß darum, daß bei der Beurkundung eine theilweise Simulation stattgefunden habe. Es wird die Gültigkeit des Vertrages nicht mehr aus materiellen sondern aus formellen Gründen angefochten. Eine solche neue Einrede durfte aber nicht in der Duplik nachgebracht werden.“

DAUG. v. 1. Febr. 1868 Nr. 1423^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Die Einrede des Beklagten, daß wegen der simulirten Kaufschillingsgröße der ganze Vertrag nichtig sei, hat der oberste Gerichtshof als verspätet erklärt, und daher die materielle Prüfung derselben mit Recht unterlassen; im Interesse der Praxis aber, da ähnliche Fälle voraussichtlich nicht ausbleiben werden, wird es nicht unangemessen sein, eine solche Prüfung hier anzustellen.

Dieser Einrede, wie sonderbar sie auch auf den ersten Anblick erscheinen mag, fehlt es durchaus nicht an rechtlicher Begründung.

Die Simulation bewirkt zwar an und für sich noch keine Nichtigkeit, vielmehr tritt, wenn ein Geschäft absichtlich anders beurkundet wurde, als es nach der wahren Geschäftsintention zu beurkunden gewesen wäre, das wahre Geschäft in Geltung; wenn aber letzteres formell oder materiell ungültig ist, so fällt die ganze Uebereinkunft als nichtig zusammen. Const. 1 et 3 plus valere (4, 22), const. 3 de contr. emt. (4, 38), fr. 5 §. 5 fr. 7 §. 6 de donat. inter vir. (24, 1).

Im vorliegenden Falle ging das wahre Geschäft auf einen Kaufschilling von 11,000 fl., während nur ein Kaufschilling von 10,000 fl. beurkundet wurde. Das beurkundete Geschäft ist nicht wahr, und das wahre ist nicht beurkundet. Beide sind daher nichtig, ersteres ex defectu voluntatis, letzteres ex defectu solennitatis.

Hieraus ergibt sich, daß, weil das Simulirte

niemals gilt, nicht nur hier, sondern bei jedem der nothwendigen Beurkundung unterliegenden Kaufverträge die absichtliche Angabe eines geringeren als des wirklich bedungenen Kauffschillinges das ganze Geschäft mit Nichtigkeit behaftet. Buchta, Pand.-Vorles. zu §. 65; v. Zink, Comment. Nachtrag S. 59 lit. g; Bl. f. RA. Bd. XXX S. 360, Bd. XXXI S. 218.

Wollte man einwenden, daß die Nichtigkeit der mündlichen Uebereinkunft nur so weit bestehe, als diese nicht beurkundet worden, daß sie aber hier bis zu einer Kauffschillinggröße von 10,000 fl. beurkundet sei, sohin, da der Verkäufer einen höheren Kauffschilling selbst nicht beanspruche, die Notariatsurkunde eine Simulation gar nicht mehr enthalte, so wäre diese Argumentation unrichtig vom Anfange bis zum Ende.

Es handelt sich hier keineswegs um ein bloß zu Gunsten des Verkäufers gegebenes Nebenversprechen, sondern um die Feststellung des Kauffschillinges, daher um einen die beiden Kontrahenten gleichmäßig berührenden Kardinalpunkt des Kaufvertrages.

Ist das beurkundete Geschäft, weil das Simulirte niemals gilt, mit Nichtigkeit behaftet, so kann diese nicht dadurch geheilt werden, daß der Verkäufer auf den beurkundeten Kauffschillingbetrag herabgeht; und gleichwie der Verkäufer, wenn es ihn reuen würde, das Gut um 11,000 fl. veräußert zu haben, die Nichtigkeit des Vertrages vorschützen könnte, ebenso muß dieses auch dem Käufer gestattet sein, falls er sich auch bei dem auf 10,000 fl. herabgesetzten Kauffschillinge noch für übervorthelt erachten sollte.

Dieses ist die nothwendige Folge der Nichtigkeit, und wer hiegegen einen Verzicht des Verkäufers auf einen Theil des Kauffschillinges entscheiden ließe, der müßte sich die Erwiderung gefallen lassen,

daß ihm die Begriffe der Nichtigkeit und der bloßen Rescissibilität mit der bekannten und unbestrittenen Lehre, daß durch einseitigen Verzicht zwar die rescissiblen, keineswegs aber die nichtigen Geschäfte zur Rechtsgiltigkeit gelangen können, für diesen Fall abhanden gekommen seien. Rm.

2.

Ist, wenn der Cedent einer Hypothekforderung die Haftung für die Einbringlichkeit derselben oder Kautionleistung für diese Haftung übernimmt, notarielle Beurkundung erforderlich?

1. Durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 8. Februar 1868 (N.N. 1496 ⁶⁶/₆₇) wurde diese Frage bejaht unter Anführung folgender Gründe:

„Unrichtig ist die Behauptung der Revisionschrift, die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung bilde ein vom Cessionsvertrage trennbares, als selbständiger Vertrag zu erachtendes Rechtsgeschäft.

Zu den Rechtsverhältnissen, welche durch die Cession geschaffen werden, gehören auch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche in dem Falle entstehen, wenn der Cessionar mit dem Versuche, die cedirte Forderung einzutreiben, nicht durchdringt. Diese Rechte und Verbindlichkeiten sind durch das Gesetz dahin festgestellt, daß, wenn über die Haftung des Cedenten in einem solchen Falle nichts verabredet ist, dieselbe nur auf den Bestand der Forderung, nicht auf deren Einbringlichkeit geht. Diese beschränkte Haftung bildet daher die gesetzliche *natura negotii*. Eine Stipulation, welche etwas hievon Abweichendes bestimmt, bildet daher einen integrierenden Bestandtheil des Cessionsgeschäftes selbst, welche von demselben untrennbar ist, und daher auch an die gesetzlich erforderliche Form des Hauptvertrages gebunden ist. Ganz so müßte eine solche Stipulation beurtheilt werden, wenn sie, wie in der Revision beispielsweise supponirt wird, erst nach

abgeschlossener Cession verabredet worden wäre. Sie würde eben eine Abänderung des Cessionsvertrages in dem durch das Gesetz geregelten Theile der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten enthalten, und daher als ein mit dem Hauptvertrage nothwendig zusammenhängender Nebenvertrag zu erachten sein.“

II. In anderer Weise hatte der oberste Gerichtshof früher erkannt.

Die Gründe zeigen zuerst, daß eine vor Verbriefung des Cessionsvertrages übernommene Haftung pro nomine bono völlig irrelevant sei, wenn der beurkundete Vertrag hierüber nichts enthalte, weil sie in diesem Falle wieder entkräftet wäre.

„Insoferne aber,“ fahren die Gründe fort, „weiter behauptet ist, daß jene Verpflichtung auch nach dem notariell abgeschlossenen Vertrage vom Beklagten übernommen worden sei, verhält sich die Sache anders. Hier kann von einer Nebenabrede keine Sprache sein; eine solche nachfolgende Uebereinkunft ist vielmehr ein zweiter selbständiger Vertrag, welcher an die speziell im Gesetze vorgeschriebene Form des früheren Vertrages nur dann gebunden wäre, wenn er die wesentlichen Bestimmungen des letzteren und insbesondere jenen Inhalt desselben beträfe, in welchem der Grund zur Nothwendigkeit einer ausnahmsweisen Form beruht.“

OABG. v. 13. Mai 1867 Reg.-Nr. 735^{66/67}.

Treffend ist hiezu in v. Zink's Kommentar: nachtrag S. 58 bemerkt, man könne vielleicht diesen Gründen beifügen, daß, wenn der Cedent später für die Güte der Forderung freiwillig einen Bürgen gestellt hätte, dessen Gutstand keiner notariellen Beurkundung bedürfte, also auch dann nicht, wenn er selbst die Bürgschaft für den debitor cessus auf sich genommen.

III. Nach gleichem Grundsatz erkannte der oberste Gerichtshof auch in folgendem ähnlichen Falle:

Ein Cedent, welcher laut der notariellen Cessionssurkunde die Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Hypothekforderung übernommen hatte, klagte gegen den Cessionar auf Bezahlung eines Restes der Cessionsvaluta. Der Cessionar entgegnete, der Cedent habe ihm laut nachträglich getroffenen Uebereinkommens für die Einbringlichkeit der Forderung Sicherheit durch einen Bürgen oder sonst zu bestellen, habe aber diese Sicherheit bisher nicht bestellt, weshalb er, Cessionar, die Bezahlung des eingeklagten Restes der Valuta einstweilen verweigere.

Hierüber sagen die oberstrichterlichen Gründe:
 „Diese Einrede ist in II. Instanz aus dem formellen Grunde verworfen worden, weil hier eine bloß mündliche Nebenverabredung zu einem notariell errichteten Vertrage über ein dingliches Recht vorliege, sohin nach Art. 14 des Notariatsgesetzes v. 10. Nov. 1861 ungiltig sei; allein dieser Abweisungsgrund ist nicht gerechtfertigt. Denn es handelt sich hier nicht um eine bloß mündliche und gleichzeitige Nebenabrede zu jenem notariellen Vertrage, sondern um einen nachfolgenden Vertrag, welcher den ersteren in seinen wesentlichen Bestimmungen nicht aufhebt, sondern eine neue selbständige und zwar bloß persönliche Verpflichtung des Klägers festsetzt, ohne daß sie jedoch mit dem dinglichen Rechte selbst, welches der Gegenstand des früheren Vertrages war, im Zusammenhange steht.

Ein solcher nachfolgender Vertrag ist nur dann in der notariellen Form des vorausgehenden Hauptvertrages zu errichten, wenn er das dingliche Recht, welches den Gegenstand des letzteren bildete, selbst betrifft, also dasselbe aufhebt, ändert, erweitert oder einschränkt.

Die neue Verpflichtung des Cedenten, für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung Sicher-

heit zu leisten, ändert aber die dingliche Eigenschaft des Gegenstandes der Cession nicht und setzt auch letztere in keiner Beziehung außer Wirksamkeit, sondern enthält nur einen Zusatz zu der rein persönlichen Nebenbestimmung bezüglich der erwähnten Haftung des Cedenten.“

DAßGef. v. 21. Febr. 1868 RMr. 1483⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Unter welchen Umständen im Falle I die Uebernahme der Haftung pro nomine bono erfolgt sei, läßt sich aus den oberstrichterlichen Gründen nicht mit solcher Bestimmtheit entnehmen, daß man behaupten könnte, es sei dem Cessionar durch diese Entscheidung zu wehe geschehen. Indessen sind die Gründe, in welchen gesagt wird, daß auch die nachfolgende Haftungsbübernahme ohne notarielle Beurkundung nichtig wäre, jedenfalls nicht von der Art, daß sie nicht durch die Gründe sub II et III vollständig widerlegt wären.

Man kann aber, obschon weit entfernt, die Gründe sub I rechtfertigen zu wollen, dennoch behaupten, es fehle denselben nicht an logischem Zusammenhang mit der vom obersten Gerichtshofe bisher festgehaltenen Ansicht, daß bei der nicht beurkundeten Cession einer Hypothekforderung nicht bloß die vertragmäßige Abtretung der Hypothek, sondern auch die Abtretung des Forderungsbrechtes nichtig sei, weil diese die Grundlage für die nothwendige Abtretung der Hypothek sei. Denn in völlig gleicher Weise bildet der die Haftung pro nomine bono festsetzende Vertrag und die auf den Grund desselben dem Cessionar geleistete Entschädigung (vgl. oben S. 72—74) die Grundlage zur nothwendigen Rückcession der Hypothekforderung an den Cedenten.

Rm.

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

Inhalt: Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14 des Notariatsgesetzes. (Schluß.) — Das Wort „Gering“ im bayer. r.M. Lh. I Kap VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Obgehänge, nicht aber auch vom Erbgehänge zu verstehen. — Zur Beifugung auf die Veruntreuung wegen betrügerischer Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über die Gewährung eines Kaskos an einer Schuldforderung ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der betreffenden Urkunde stattgefunden hat. — Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstspräsenz verübten Uebertretungen, sofern das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat.

**Bestellung und Cession von Hypotheken. Zu Art. 14
des Notariatsgesetzes.**

(Schluß.)

5) Wenn man sich auch, sagt B.'s Erörterung (S. 118) weiter, ein Hypothekrecht ohne Forderung denken könne, so doch nicht die Cession eines solchen ohne Cession einer Forderung. Eine bloße Kaution könne der Berechtigte Niemanden abtreten, sondern nur die inzwischen entstandene Forderung mit der Hypothek. Der Cessionar würde d. B. für eine weitere Kreditgebung auf dem noch nicht erschöpften Rechte der Kaution kein Hyp.-Recht ohne Zuthun des Schuldners erlangen können (§. 4 des H.G.).

Hiegegen ist zu bemerken, daß ein Hyp.-Recht ohne Forderung schlechterdings undenkbar ist; es genügt aber, wenn diese auch nur eine künftige oder bedingte ist; Bönners Komm. Bd. I S. 113 mit Bezug auf fr. 5 pr. de pignor. et hyp. (20, 1).

Aus welchem Grunde eine bloße Kaution, wenn dasjenige, wofür sie bestellt wurde, überhaupt cess-

sibel ist, nicht, sondern immer nur daß schon wirklich entstandene Forderungsrecht nebst der Hypothek abgetreten werden könnte, ist nicht einzusehen, da ja auch künftige (bloß mögliche) und namentlich bedingte Forderungen Gegenstand der Cession sein können (Const. 3 de don. (8, 54); Bayer. W. Th. II Kap. III §. 8 Nr. 5). Hat also z. B. ein Dritter dem Gläubiger für richtige Zinszahlung des Schuldners hypothekarische Kaution geleistet, so geht diese Kaution mit der Cession der Forderung kraft des Gesetzes auf den neuen Gläubiger über, auch wenn ein Zinsrückstand nicht besteht.

W. beruft sich zwar für seine Meinung auf §. 4 d. H.G.; man wird jedoch schwerlich im Stande sein, einen Zusammenhang dieses Citates mit dem vorliegenden Gegenstande auszuforschen.

6) Bekanntlich stützen sich diejenigen, welche die Hyp.-Cessionen nicht unter Art. 14 des RG. stellen, darauf, daß die Hypothek, als Nebensache, dem Schicksale der Forderung, als der Hauptsache, folge und mit dieser kraft des Gesetzes auf den Cessionar übergehe.

W. behauptet nun (§. 119 Nr. 11), hierin liege eine *petitio principii*; denn es sei erst zu beweisen, daß die betreffenden Bestimmungen des römischen Rechtes und des bayer. W. Th. II Kap. III §. 8 Nr. 7 hierin noch gelten. Und nun wird ausgeführt, daß dieselben durch die Beseitigung der römischen Vertragsformen und durch daß im bayer. Hyp.-Gesetze herrschende Prinzip der Spezialität der Hypotheken, sowie überhaupt durch die formelle Seite unseres Hypothekenrechtes nicht nur wesentlich limitirt, sondern (§. 120 a. G.) vollständig ausgeschlossen seien.

Diese Doktrin ist jedenfalls neu, und daß Verdienst ihres Schöpfers soll durch eine Widerleg-

ung, welche die Leser dieser Blätter sicher nicht erwarten, hier auch nicht zu trüben versucht werden.

Als ein Ausfluß dieser Doktrin erscheint aber die beigelegte Behauptung, daß, wenn dem Cedenten bei der Cession die Existenz des Hyp.-Rechtes unbekannt war, er dasselbe auch nicht habe abtreten wollen, und es sei daher nicht mehr als billig, daß es der Cessionar, wenn er es haben wolle, nachträglich notariell erwerbe.

Wie war es nun aber, so muß man fragen, mit der Hypothek in der Zwischenzeit? Flatterte sie in der Luft oder befand sie sich in der Halle der Erwartung?

Wenn man nicht annimmt, daß in solchem Falle die Hypothek durch die Cession der Forderung kraft des Gesetzes auf den Cessionar übergegangen sei, so mußte sie, da sie losgetrennt von der Forderung nicht bestehen konnte, untergegangen sein, und wenn sie untergegangen ist, so kann sie nachträglich nicht mehr cedirt werden.

7) Auf S. 121 Nr. 12 findet sich die Behauptung, daß eine Hyp.-Bestellung für die Forderung auch ohne Mitwirkung des Gläubigers zum Vertrage erwachsen könne, während die Kautio, die Hypothekbestellung ohne Forderung, und die sonstigen formellen Erklärungen vor dem Hyp.-Amt theils Anomalieen seien, welche aus der Nichtübereinstimmung des Hyp.- und Not.-Gesetzes herrühren und mit einer neuen Civilgesetzgebung verschwinden werden, theils auf dem Verkehrsbedürfnisse basiren.

Eine Hypothekbestellung ohne Mitwirkung des Gläubigers ist als Vertrag rechtlich undenkbar; wahrscheinlich wollte B. statt der Worte „ohne Mitwirkung“ sagen „ohne ausdrückliche Willenserklärung.“

Aber auch in dieser Voraussetzung wäre B.'s Behauptung, da er ja den Hyp.-Bestellungsvertrag

dem Art. 14 des N.G. unterwirft, wenigstens eine Inkonsequenz, weil die im Art. 14 vorgeschriebene Form nur eine ausdrückliche und urkundliche, nicht aber eine stillschweigende Willenserklärung zuläßt. Die Acceptation des Gläubigers müßte daher jedenfalls eine fiktive sein; hierzu bedürfte man aber einer positiven Vorschrift, welche nicht besteht, und mit gesunden Rechtsgrundsätzen, wie unschwer gezeigt werden könnte, auch nicht vereinbar wäre.

Daß die bloße Kautio eine Hypothek ohne Forderung sei, ist wieder unrichtig, wenigstens ungenau, da sie nur eine Hypothek ohne gegenwärtige, aber nicht ohne Beziehung auf eine künftige oder bedingte Forderung ist (siehe oben Nr. 5), während die Behauptung, daß die hypothekarische Kautio (welche doch schon im römischen Rechte bekannt war), eine aus der Nichtübereinstimmung unseres Hyp.- und Not.-Gesetzes herrührende Anomalie sei, und (da sie doch ein unabweisliches Rechtsbedürfniß ist) mit einer neuen Civilgesetzgebung verschwinden werde, doch auf einen gar zu eigenthümlichen Gedankengang hinzudeuten scheint.

8) Das in diesen Blättern Bd. XXXI S. 195 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß spricht aus, daß die Cession einer mit einem Hypothekentitel versehenen Forderung, obwohl dieses Geschäft nicht unmittelbar ein dingliches Recht betreffe, unter die Vorschrift des Art. 14 falle, da derselbe nicht unterscheide, ob der Vertrag das dingliche Recht unmittelbar oder nur mittelbar betreffe.

B. billigt diese Entscheidung und wendet sich nun gegen die derselben in diesen Blättern beigegeführte Nachschrift, in welcher erörtert ist, daß ein solcher Cessionsvertrag in Haupt- und Nebensache nur persönliche Rechte zum Gegenstande habe.

Ein solches Argument, so sagt er, gehe zu weit; denn ein notarieller Kaufvertrag über ein

Grundstück erzeuge auch nur ein persönliches Recht, welches mit einer Forderungsklage geltend gemacht werde; aber er betreffe doch das Eigenthum. So betreffe auch obiger Cessionsvertrag ein dingliches Recht.

Man muß absichtlich die Augen verschließen, um den wesentlichen Unterschied dieser beiden Fälle zu übersehen.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers und die derselben entsprechende Klage des Käufers geht nicht, wie B. annimmt, auf Uebertragung des Eigenthumes, denn der Verkäufer prätirt nur das habere licere; sie geht aber auf die Ueberlieferung des Grundstücks, sohin unmittelbar auf die Besitzveränderung einer unbeweglichen Sache, und diese Besitzveränderung ist es, welche den Art. 14 anwendbar macht.

Die Verbindlichkeit des Cedenten geht dahin, daß er dem Cessionar gestatte und denselben in den Stand setze, die cedirte Forderung mit den ihr anflebenden Rechten für seine eigene Rechnung geltend zu machen. Die auf Vertragserfüllung gerichtete Klage des Cessionars gegen den Cedenten einer nur mit einem Titel zur Hypothek versehenen Forderung geht also ausschließlich nur auf Gewährung persönlicher Rechte, zu welchen bekanntlich auch der Hyp.-Titel gehört.

Mag es auch zweifelhaft sein, ob die Cession einer Hyp.-Forderung dem Art. 14 unterliege, so läßt sich doch zuverlässig behaupten, daß letzteres bei der Cession einer nur mit einem Hypothekentitel versehenen Forderung nicht der Fall sei, wenn man nicht annimmt, daß zur Anwendbarkeit des Art. 14, da der Hypothekentitel immer nur das Mittel zur möglichen, keineswegs aber sicheren Erwerbung der Hypothek bietet, auch die mittelbare Beziehung zu einem dinglichen Rechte ausreiche.

Es ist daher gewiß ein auffallender Widerspruch, wenn W. (S. 121) behauptet, daß ein solcher Cessionsvertrag ein dingliches Recht (im Sinne des Art. 14) betreffe, und wenn er schon auf der nächsten Seite 122 ausdrücklich hervorhebt, unter den Worten „Verträge, welche ein dingliches Recht betreffen“, verstehe der Sprachgebrauch und die Rechtswissenschaft nur unmittelbare, nicht auch mittelbare Beziehungen.

9) W. greift die eben bemerkte Nachschrift (Bd. XXXI S. 201) noch weiter an und sagt, ob man die Hypotheken zu den Mobilien oder Immobilien rechne, sei gleichgiltig; jedenfalls seien sie dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, wobei übrigens mit Recht darauf hingewiesen werde, daß Hypotheken schon nach der Art, wie man sie in Pfand geben könne (§. 53 u. 155 des P.G.), als Immobilien zu betrachten seien. Worauf man die Hypothekflage zu richten habe, sei gleichfalls belanglos.

Die Nachschrift hat diese Fragen lediglich in Beziehung auf das bayer. R. angeregt. Dieses kennt auch (Th. II Kap. II §. 2) ein Eigenthum an unförperlichen Dingen, behandelt die Cession (Kap. III §. 8) unter den Arten der Eigenthumserwerbung, und die Anmerkungen sagen zu §. 8 Nr. 1 lit. b, unter Cession verstehe man jene Handlung, da wir unsre Gerechtsame an Jemand andern eigenthümlich überlassen und abtreten.

Man kann sich daher nicht wundern, wenn viele Praktiker die Cession als Eigenthums-Üebersetzung behandeln wissen wollen. Kann dieses geschehen, so fallen darüber, daß Hyp.-Cessionen dem Art. 14 unterliegen, alle Zweifelsgründe hinweg, wenn die Hyp.-Forderungen unter die Immobilien zu zählen sind.

Die Frage, ob letzteres wirklich der Fall sei, ist also keineswegs müßig, sondern zunächst entscheidend und die Beantwortung derselben wird von berühmten Rechtslehrern daraus geschöpft, daß die actio hypothecaria auf die Ueberlassung des Hypothekensubjektes gerichtet werde, weshalb der Verfasser der Nachschrift den Vorwurf B.'s, hier Ungehöriges eingemengt zu haben, um so leichter trägt, als er ihn mit jenen Rechtslehrern zu theilen hat.

Uebrigens bildet die Frage, ob Hypothek-Forderungen zu den Mobilien oder Immobilien zu zählen seien, eine alte und bekannte Kontroverse, als welche sie auch in der Nachschrift bezeichnet wurde. B. ist zwar mit derselben schnell fertig, indem er sagt, schon die Art, wie man Hyp.-Forderungen nach §. 53 u. 155 des H.G. in Pfand geben könne, beweise, daß sie zu den Immobilien gehören; man wird aber besser thun, zu sagen, daß hiedurch gar nichts bewiesen werde, weil das Hyp.-Ges. über die Form und das Wesen der Verpfändung einer Hyp.-Forderung eine Bestimmung nicht enthält, und auch die Eintragung nicht zur Gültigkeit der Verpfändung fordert, sondern sie dem Pfandnehmer nur gestattet, damit er hiedurch gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches geschützt werde. Dieses sagt schon der Wortlaut des §. 53 des Hyp.-Ges. und ist noch näher ausgeführt in Götzner's Komm. Bd. I S. 440 §. III und Bd. II S. 279 mit Bezug auf S. 272.

Es ist gewiß ein löbliches Bestreben, wenn man nach Gründen sucht, nach welchen zum Hyp.-Bestellungs- und Cessionövertrage die einseitige Notariatsverklärung des Schuldners (Bürgen) bezw.

des Gebenten genügt; denn die Anforderung einer durch Mitwirkung beider Kontrahenten zu Stande gekommenen Notariatsurkunde schlägt dem Hyp.=Verkehr unzweifelhaft eine sehr tiefe Wunde.

Ohne dem Gesetze einen Zwang anzuthun, kann man diese Gründe darin finden, daß man den Hyp.=Bestellungsvertrag, als den speziellen Vorschriften des Hyp.=Ges. unterworfen, und den Hyp.=Cessionsvertrag, als in der Hauptsache nur ein persönliches Recht betreffend, außerhalb der Herrschaft des Art. 14 stellt; geht aber dieses nicht an, so wird es auch nicht gelingen, an der Hand des Gesetzes zu zeigen, daß eine einseitige Notariatserklärung genüge; vielmehr wird dann nur ein neues Gesetz Abhilfe schaffen können.

Die Bestimmung der WD. Kap. XX §. 9 Nr. 4 ist in dieser Beziehung so klar, daß hierüber noch niemals ein Zweifel entstanden ist; und die Ausdehnung derselben auf das ganze Gebiet des Notariatsgesetzes nebst einer gleichen Bestimmung hinsichtlich der Beurkundung freiwilliger Hyp.=Cessionen würde dem ganzen Streite ein Ende machen.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Das Wort „Gebing“ im bay. LR. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 ist nur vom Ehegebänge, nicht aber auch vom Erbgebänge zu verstehen.

Die Eheleute Johann und Magdalena J. hatten ihrem die Konstituierung eines Heirathsgutes und einer Widerlage enthaltenden Ehevertrage auch einen Erbvertrag beigefügt, nach welchem der überlebende Eheheil Erbe des vorabsterbenden werden sollte.

Als nun die Ehe aus Verschulden des Eheannes auf Lebensdauer der Ehegatten getrennt

wurde, nahm die Ehefrau, weil ihr Ehemann als vorabgestorben zu betrachten sei, unter Beziehung auf das bayer. M. Th. I Kap. VI §. 43 Nr. 1 das beiderseitige Gesamtvermögen in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der eingetretenen Ehetrennung befunden hat, in Anspruch. Sie wurde jedoch mit diesem Anspruche zurückgewiesen, wofür der oberste Gerichtshof folgende Gründe aufgestellt hat.

„Wenn das bayerische Landrecht mit der Bestimmung des Th. I Kap. VI §. 43 Ziff. 1 bei einer Ehescheidung aus Verschulden des Ehemannes der Ehefrau die Befugniß einräumt, Alles zu sich zu nehmen, was ihr auf den Fall, wenn der Mann vor ihr gestorben wäre, von Beding oder von Rechtswegen gebührt hätte, so hat es damit keineswegs für die Ehescheidung eine durchgreifende Rechtsfiction des Todes auf Seite des Ehemannes und den Fall eines Erbanges geschaffen, sondern nur der Aufhebung und Sonderung der Vermögensverhältnisse, wie sie in der Ehe nach dem gesetzlichen oder vertragmäßigen Güterstande bis zum wirklichen Tode eines Ehegatten in Geltung sich befunden haben, Ausdruck gegeben. Es geht dieß aus der Vorschrift, welche der obigen Bestimmung des §. 43 Nr. 1 weiter beigefügt ist, wie auch aus den Erläuterungen in den Anmerkungen zu dieser Gesetzesstelle zweifellos hervor.

Was die letzteren betrifft, so sprechen zwar die Ausführungen in Censur's Meditationen Spez. 579, auf welche Freiherr von Kreittmayr Bezug nimmt, in jenen Orten, in welchen nach dem bestehenden Partikularrechte dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht in weiterem Umfange, als das römische Recht ein solches zuläßt, oder ein besonderer Erbantheil eingeräumt ist, dem unschuldigen Ehegatten bei der Ehescheidung jene Vermögenstheile zu, welche dieser bei dem Todesfalle des schuldigen

Ehegatten erhalten hätte; aber es ist hier bloß von der gesetzlichen Erbfolge die Rede und keineswegs eine unbedingte Rechtsfiktion des Todes des schuldigen Theiles aufgestellt, sondern nur die Vermögensstrafe begründet, die dem unschuldigen Gatten als Entschädigung für den Entgang der Erbfolge zukommen soll. Daß der schuldige Theil als vorabgestorben angesehen werde, soll nur in der Einschränkung auf den Zweck gelten, daß dem schuldigen Theile die Möglichkeit benommen werde, den anderen Eheheil in den Verlust des ihm nach den Gesetzen gebührenden Erbtheiles, der ihm weder durch letzten Willen noch durch Vertrag entzogen werden kann, durch den Ehebruch zu versetzen, und auf diese Weise durch ein Delikt für den unschuldigen Theil eine ungünstigere Lage herbeizuführen. (Leyser a. a. O. Spec. 579, Nr. VI).

Es handelt sich daher nach dieser Auffassung nicht um eine rechtliche Folge der Ehetrennung, sondern um eine Vermögensstrafe, deren Betrag sich nach dem Umfange des Intestaterbrechtes des unschuldigen Ehegatten bemisst. In der Anwendung auf das bayerr. Landrecht geht auch von Kreittmayr nach Inhalt der Anmerkungen über die ehelichen Güterstandsverhältnisse, wie sie sich nach dem Ehevertrage oder ohne solchen nach dem Gesetze gestalten, nicht hinaus, und er erörtert die Folgen der Scheidung und die Vermögensstrafen nur nach Maßgabe der landrechtlichen Bestimmungen des §. 35 Th. I Kap. VI und flg., welche voraussetzen, daß durch einen Erbvertrag eine Vorscheidung nicht getroffen wurde.

Er verweist dabei auf die Quelle der Vorschriften des Landrechtes, nämlich auf das Landrecht von 1616 Tit. I Art. VI, welches eine unbedingte Rechtsfiktion des Todes für den bezeichneten Fall gleichfalls nicht kennt, und gibt, indem er unter

Ziff. 1 der Anmerkungen a. a. O. die Gültigkeit der Schenkungen, welche die Ehefrau von dem schuldigen Ehemanne erhalten hat, in der Schwebe beläßt, bis solche durch den wirklichen Tod des Schenkers bestätigt oder ausdrücklich von ihm widerrufen werden, deutlich kund, daß bei der Aufstellung, der schuldige Theil werde in Ansehung des andern gleichsam für abgestorben erachtet, keineswegs die völlige Gleichstellung der Vermögensverhältnisse mit dem Eintritte des wirklichen Todes des einen Ehegatten in's Auge gefaßt sei.

Mit einer Rechtsfiktion des Todes ist es aber nicht minder unvereinbar, wenn das Gesetz verordnet, daß außer der Zutheilung desjenigen, was der Ehefrau von Geding oder von Rechtswegen gebührt hätte, weiter noch aufgehoben werde, was sie dem Manne durch letztwillige Verfügung zugebracht hat; denn gegenüber der Kraft einer Rechtsfiktion des Todes konnte es dieser besonderen Bestimmung nicht bedürfen; und es läßt sich ebensowenig die Vorschrift, daß die Ehefrau zu sich nehme, was ihr von Geding gebührt, auf einen wechselseitigen Erbvertrag anwenden, weil neben derselben die weitere Bestimmung dessen, was sonst noch von dem Vermögen des Mannes ihr zufalle, als völlig überflüssig ohne Bedeutung bliebe. Unter dem Geding kann daher hier nur ein Ehevertrag verstanden werden, und der Einklang der gesetzlichen Anordnungen des §. 43 Nr. 1 a. a. O. in ihren einzelnen Theilen steht fest, wenn die Auslegung auf das Maß der Grundsätze des römischen und kanonischen Rechtes¹⁾, denen die Bestimmungen des Landrechtes von 1616 wie die benannten des geltenden Gesetzes

¹⁾ Nach diesen könnte sich die Ehefrau, selbst wenn der Mann nach der Trennung wirklich verstorben wäre, nicht mehr auf den Erbvertrag berufen. Pal. Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 326. — Note des Einfenders.

im Wesentlichen mit Ausnahme einzelner statutarischen Abweichungen entnommen sind, zurückgeführt wird.

Insoferne es sich daher bei den vom Landrechte für die Ehescheidung festgesetzten Wirkungen nur um die Sonderung des Vermögens nach dem gesetzlich oder vertragmäßig unter den Ehegatten bestandenen Güterstande unter Eintritt gewisser Vermögensstrafen und um die Aufhebung der von dem unschuldigen Ehegatten durch lektwillige Verfügung dem schuldigen Theile gemachten Zuwendungen, in keiner Weise aber um den Fall eines Erbanges und um die Beerbung des schuldigen Gatten handelt, kann nur der zwischen den Streittheilen abgeschlossene Ehevertrag maßgebend sein, und die Ehefrau aus dem beigefügten Erbvertrage für die Erwerbung des Gesamtvermögens des Ehemannes nach dem Stande der Trennungszeit einen Anspruch nicht ableiten.“

DAAG. v. 3. März. 1868 Nr. 685^{66/67}.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Zur Beschlussfassung auf die Voruntersuchung wegen betrügerlicher Verleitung einer Person zur Unterzeichnung einer Urkunde über die Gewährung eines Nachlasses an einer Schuldforderung ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Unterzeichnung der betreffenden Urkunde stattgefunden hat.

Der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Fürth leitete gegen den Handelsmann H. W. von Fürth strafrechtliche Untersuchung ein, welche dahin gerichtet ist, daß H. W. am 5. Februar 1866 dem Bauersohn J. M. von Klingen, der ihm an diesem Tage sein hypothekarisch versichertes Elterngut von 8350 fl. cedirt hatte, eine auf den 4. Februar 1866

lautende von ihm — H. W. — geschriebene Urkunde mit dem Bemerken vorlegte, daß dieselbe nur eine Quittung über eine Abschlagszahlung von 200 fl. an der Cessionsvaluta sei, hiebei aber verschwie, daß diese Urkunde auch den Passus „4000 fl. Nachlaß“ enthielt, und hiedurch betrügerischer Weise den J. M. veranlaßte, durch seine Unterschrift auch diesen angeblichen Nachlaß zu bestätigen; daß ihn ferner H. W. auf gleiche Weise am 4. Febr. 1866 zu Michach, am 5. März zu Augsburg und am 16. September 1866 wiederholt zu Michach zur Unterzeichnung von drei weiteren Quittungen über geleistete Abschlagszahlungen, in welchen jedesmal der oben erwähnte Nachlaß konstatirt war, betrügerischer Weise bewog, und daß H. W. von J. M. bei dem Bezirksgerichte Fürth auf Bezahlung des Restes der Cessionsvaluta von 6950 fl. belangt, in seiner Vernehmlassung obige Quittungen abschriftlich produzirte und unter Bezugnahme auf dieselben nur mehr 2950 fl. schuldig zu sein behauptete.

Nach durchgeführter Voruntersuchung verwies das k. Bezirksgericht Fürth die Sache an das k. Bezirksgericht Michach zur Beschlußfassung, weil die Urkunde vom 4. Febr. 1866, welche die Grundlage gegenwärtiger Untersuchungssache bilde, den gepflogenen Erhebungen nach in Michach unterzeichnet worden sei, und durch diese Unterzeichnung das Verbrechen des Betruges indiziert erscheine.

Nachdem hierauf das k. Bezirksgericht Michach durch Beschluß vom 11. März 1868 die Sache an das k. Appellationsgericht von Oberbayern verwiesen hatte, erachtete letztgenannter Gerichtshof sich und beziehungsweise das k. Bezirksgericht Michach zur Beschlußfassung über die geführte Untersuchung nicht für zuständig, weil das hier in Frage stehende Verbrechen des Betruges in Michach, woselbst J. M. die erste Urkunde unterschrieb, nur vorbereitet, in

Fürth dagegen durch Gebrauch der fraglichen Quittungen vollendet worden sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde vom obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß zwar nach Art. 314 des StGB. der Betrug erst dann vollendet ist, wenn die Benachtheiligung des Betrogenen an seinem Vermögen eingetreten ist, daß aber ein solcher Vermögensnachtheil bei dem Aufgeben eines Rechtes von Seite des Betrogenen für diesen schon mit Unterzeichnung der den nachtheiligen Vertrag enthaltenden Urkunde, sohin im Sinne der gegenwärtigen Anschuldigung mit Unterzeichnung der den Nachlaß von 4000 fl. an der Sessionsvaluta konstatirenden Urkunde vom 4. Februar 1866 als existent erscheint;

daß im vorliegenden Falle die Anschuldigung darauf gerichtet ist, H. W. habe den J. M. zur Unterzeichnung der fraglichen Urkunde in Nidach betrüglich verleitet, und daß daher die richterliche Würdigung dieser Handlung zur Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Nidach und beziehungsweise des Appellationsgerichtes von Oberbayern kompetirt; aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Beschlußfassung auf die Voruntersuchung in dieser Sache das k. Appellationsgericht von Oberbayern zuständig ist.

Erf. d. OGH. v. 19. Mai 1868, UB. Nr. 102.

2.

Die Zuständigkeit des bürgerlichen Strafgerichtes gegen beurlaubte Soldaten erstreckt sich auch auf die während der Dienstespräsenz verübten Uebertretungen, soferne das Militärgericht vor eingetretener Beurlaubung noch kein Verhör mit dem Verdächtigen abgehalten hat.

Bei dem auf der Festung Würzburg detachirten Divisionskommando des k. 15. Infanterie-Regimen-

tes König Johann von Sachsen kam gegen den dienstpräsenten Soldaten Friedrich Bleicher zur Anzeige, daß er für den Schanzsträfling Adam Adolf ein paar Bundschuhe verkauft, den Erlös hievon aber für sich verwendet habe. Der hierüber vernommene Adolf werthete die Schuhe auf 3 fl., so daß also eine strafgesegliche Uebertretung der Unterschlagung indiziert war. Bleicher wurde, noch ehe er vor dem Militärgerichte deshalb verhört wurde, beurlaubt, und übermittelte hienach das 15. Inf.-Reg. die Sache an das k. Landgericht Weissenburg zur weiteren Verfügung.

Dieses Gericht erkannte jedoch seine Zuständigkeit zur Einschreitung gegen Bleicher deshalb nicht an, weil es nur wegen der von den Soldaten im Urlaube verübten Uebertretungen dieselbe für gegeben erachtete, während das 15. Inf.-Reg. nicht den Zeitpunkt der Begehung der That, sondern die Thatfache für die Zuständigkeit entscheidend bezeichnete, ob der Beschuldigte zur Zeit der Einschreitung gegen ihn unter den Waffen stehe. Nebenst dem stützte das Landg. Weissenburg seine Inkompetenz darauf, daß das Regiment in dieser Sache schon Untersuchungs-handlungen vorgenommen habe.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß die Einschreitung gegen Militärpersonen in allen Verbrechen- und Vergehensfällen den Militärgerichten zusteht und sich diese Zuständigkeit auch auf die Polizei-Uebertretungen derselben in der Regel erstreckt; in Ansehung dieser daher den Civilstrafgerichten, wie in der allerhöchsten Verordnung vom 17. Dez. 1825, den Wirkungskreis u. der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betr., §. 29 (Reg.-Bl. S. 1067) konstatirt ist, nur in-

soferne als es sich um beurlaubte Soldaten handelt, eine Kompetenz hiezu ausnahmsweise eingeräumt ist;

daß das Verfahren in strafgesetzblichen Uebertretungssachen mit dem Verfahren in Polizei-Uebertretungen nach Inhalt des Einführungsgesetzes zum Straf- und Polizei-Straf-Gesetz vom Jahre 1861 im Wesentlichen gleichgestellt, insbesondere aber die beiderseitigen Kompetenzverhältnisse ganz gleich regulirt sind;

daß die Einschreitung in Uebertretungs- und Polizei-Uebertretungssachen bei den Civil-Strafgerichten mit der gegen die Beschuldigten entweder sogleich unmittelbar erlassenen und ihnen mitgetheilten Strafverfügung oder mit der Vorladung derselben zur öffentlichen Sitzung, bei den Militärgerichten dagegen nach den militärischen Vorschriften mit dem Verhöre des Beschuldigten beginnt¹⁾);

daß Bleicher nach Verübung der ihm zur Last gelegten That während seiner militär-dienstlichen Präsenz hierüber noch nicht vernommen worden, die Einschreitung demnach gegen denselben nun während seines Urlaubes veranlaßt ist, in Bezug auf diese also nicht das Militär- sondern das betreffende Civil-Strafgericht gegen Friedrich Bleicher vorzugehen hat.

Aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zum Verfahren gegen den beurlaubten Soldaten Friedrich Bleicher das bürgerliche Strafgericht zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 4. Juni 1868, UB. Nr. 103.

¹⁾ Vgl. Bl. f. RM. Erg.-Bd. zum 31. u. 32. Jahrg. S. 37.

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

Inhalt: Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kauffchillings gegeben wurde. Art. 14 des Notariatsgesetzes. — In wieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung?

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

1.

Kondizirung desjenigen, was aus einem notariell beurkundeten Immobilienkaufe außer dem Betrage des simulirten Kauffchillings gegeben wurde. Art. 14 des Notariatsgesetzes.

E. G. hatte an M. B. ein Anwesen verkauft. Laut der hierüber aufgenommenen Notariatsurkunde vom 26. Febr. 1864 betrug der Kauffchilling 8400 fl., welche in bestimmten Fristen abzutragen waren. Nach Verfall der letzten Frist stellte der Verkäufer am 17. Okt. 1865 eine Exekutivklage gegen den Käufer auf Entrichtung der im Rückstande befindlichen 2000 fl. Beklagter wendete ein, daß er die vollen 8400 fl. bezahlt habe, wurde aber mit dieser Einwendung ad separatum verwiesen und zur Bezahlung der eingeklagten 2000 fl. verurtheilt, worauf er, nachdem er 2000 fl. gerichtlich hinterlegt hatte, auf deren Zurückstattung im Wege des ordentlichen Prozesses Klage erhob, indem er schon vor Erheb-

ung der Executivklage den vollen Kauffschilling bezahlt, die fraglichen 2000 fl. sonach indebite hinterlegt habe.

Zum Nachweise dieser Behauptung stützte er sich auf die eigenen Bekenntnisse des Beklagten, welcher nun allerdings zugab, 8400 fl. im Ganzen, jedoch seit Errichtung der Notariatsurkunde nur 6400 fl. und die weiteren 2000 fl. schon vorher erhalten zu haben.

Der Kauffschilling habe nämlich nach mündlicher Vereinbarung 10400 fl. betragen. Der Käufer habe ihm, dem Verkäufer, sogleich 2000 fl. bezahlt, und erst nach dieser Zahlung und wegen derselben seien sie übereingekommen, zur Notariatsurkunde nur einen Kauffschilling von 8400 fl. zu verlaublichen, so daß hier also die bezahlten 2000 fl. außer Ansatz geblieben seien. Eine Herabsetzung des Kauffschillings von 10400 fl. auf 8400 fl. habe jedoch nicht stattgefunden, indem nach Inhalt der Not.-Urkunde der verlaublichte Kauffschilling von 8400 fl. als gänzlich unbezahlt behandelt und in verschiedene erst noch zu zahlende Fristen zerlegt worden sei.

Der Kläger gab zu, daß laut mündlicher Uebereinkunft der Kauffschilling 10400 fl. betragen habe; hielt sich aber an den Inhalt der Notariatsurkunde und behauptete, daß die Zahlung der fraglichen 2000 fl. erst nach Errichtung jener Urkunde erfolgt sei, weshalb er sie auf die beurkundeten 8400 fl. verrechnen könne.

Bei dieser Sachlage legte der oberste Gerichtshof dem Kläger den Beweis auf: „daß er vor der am 17. Okt. 1865 erhobenen Executivklage auf den Grund der notariellen Kaufurkunde vom 26. Febr. 1864 die hierin bedungene Kauffschillingssumme von 8400 fl. an den Beklagten bezahlt habe.“

Die Gründe sind folgende:

„Mit Hinzurechnung jener 2000 fl., welche Beklagter schon vor Errichtung der Not.-Urfunde erhalten haben will, würde Kläger allerdings 8400 fl. Kaufpreis bezahlt haben, und es fragt sich nur, ob diese Summe auf den im Not.-Akte bestimmten Kaufpreis verrechnet werden dürfe, auch wenn sie früher schon auf den Beklagten übergegangen war, gerade zu dem Zwecke, um ihn in den Besitz der 2000 fl. zu setzen, um welche der Kaufpreis im Notariatsakte niedriger eingesetzt wurde, als es bei dem außeramtlichen Uebereinkommen verabredet war.

Nach Art. 14 des Not.-Ges. kann es nun zwar keinem Zweifel unterliegen, daß die ursprüngliche mündliche Uebereinkunft der Parteien nichtig war und weder für die eine noch die andere eine Klagererecht begründete. Allein es handelt sich auch hier nicht um eine Klage auf Vollziehung jener Verabredung, sondern Kläger fordert das in Folge derselben Bezahlte mit der *condictio indebiti* zurück; er hat daher auch darzuthun, daß alle Erfordernisse dieser Klage, wie sie das bayerische Landrecht Th. IV Kap. XIII §. 5 und 6 verlangt, gegeben sind.

Wäre der Kaufvertrag überhaupt nicht notariell beurkundet, also formell in den Augen des Gesetzes nicht zu Stande gekommen, so würde jene Zahlung allerdings irrtümlich, nämlich in der Voraussetzung des wirklichen Zustandekommens desselben, das nicht eingetreten, geleistet worden sein. Der Vertrag wurde aber formell gültig aufgenommen; es ist darin nur der Kaufpreis — und zwar gerade mit Rücksicht auf die bereits bezahlten 2000 fl., wie Beklagter behauptet, — niedriger eingestellt worden, als er ursprünglich verabredet war, und der Kläger hatte hauptsächlich ein Interesse dabei, daß dieß geschah. Hiernach aber hätte dieser die fraglichen 2000 fl. weder irrtümlich, noch indebite bezahlt, da zur Bezahlung dieser Summe jedenfalls eine obli-

gatio naturalis auf seiner Seite bestand und er auch nicht der Meinung sein konnte, er bezahle eine Schuld, zu deren Tilgung er in keiner Weise verpflichtet war.

Waren daher die 2000 fl. wirklich in der von dem Beklagten behaupteten Art und Zeit an ihn bezahlt worden, so kann sie Kläger weder zurückfordern, noch auf den im Notariatsakte verbrieften Kaufpreis von 8400 fl. als Zahlung verrechnen und er muß deshalb, da Beklagter nur 6400 fl. als vor dem 17. Oktober 1865 darauf bezahlt zugesteh, Tilgung des ganzen Kaufpreises vor diesem Zeitpunkte darthun.“

OABGrf. v. 17. Febr. 1868 Nr. 1339^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird nicht zu bezweifeln sein, obwohl die Abfassung der Entscheidungsgründe noch manchem Zweifel Raum geben dürfte.

Wurden die fraglichen 2000 fl. vor Errichtung der Notariatsurkunde bezahlt, so liegt die Simulation klar zu Tage; denn es läßt sich schlechterdings nicht annehmen, daß sich die Kontrahenten bei der Beurkundung auf eine Minderung des Kaufschillings von 10,400 fl. auf 8400 fl. vereinigt haben, indem sonst die Zahlung von 2000 fl. in der Urkunde sicher nicht mit Stillschweigen umgangen, sondern quittirt, und in derselben nicht die Verbindlichkeit der vom Käufer in bestimmten Fristen erst noch zu bezahlenden vollen Kaufsumme von 8400 fl. festgesetzt worden wäre.

Hienach konnte der Käufer durch die vor der Errichtung der Notariatsurkunde bezahlten 2000 fl. unmöglich eine Zahlung an den beurkundeten 8400 fl. zu leisten beabsichtigt haben, weshalb er (bayer. RR. Th. IV Kap. XIV §. 1 — vergl. Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 287 Nr. 3) jene

Zahlung nicht ohne Weiteres als Zahlung an den beurfundeten 8400 fl. geltend machen durfte; gleichwohl aber mußte ihm unbenommen sein, jene 2000 fl. an dem beurfundeten Kauffchillinge zu kompensiren, wenn er zu einer Zurückforderung derselben berechtigt war.

Diese Berechtigung hat der oberste Gerichtshof, indem er die Frage unter den Gesichtspunkt der *condictio indebiti* stellte, deshalb nicht anerkannt, weil die Zahlung nicht aus einem Irrthume geschehen, und weil überdies auch eine *obligatio naturalis*¹⁾ zu derselben vorhanden gewesen sei.

Hiedurch ist aber die Sache nicht erschöpft; denn es bleibt noch die Frage, ob hier nicht die *condictio sine causa* begründet wäre, da diese in Verhältnissen, in welchen eine andere *Condictio* nach ihren besonderen Erfordernissen nicht zulässig ist, bekanntlich zur Ergänzung dient, und insbesondere auf Zurückforderung desjenigen, was aus einem formell oder materiell nichtigen Rechtsgeschäfte geleistet wurde, angestellt werden kann. Bayer. RM. Th. IV Kap. XIII §. 9, Anmerk. lit. b, — fr. 6 de don. int. vir. (24, 1), fr. 21 in fine de donat. (39, 5), fr. 23 §. 2 de cond. indeb. (12, 6).

Hienach wäre, da die bloß mündlich abgeschlossene Uebereinkunft nichtig ist, das Rückforderungsrecht des Klägers allerdings begründet; da aber

¹⁾ Daß eine zur Zahlung bestehende *obligatio naturalis* die *condictio indebiti* ausschließt, ist wohl richtig; mit der Frage aber, ob hier eine *obligatio naturalis* auch wirklich bestanden habe, begibt man sich auf ein äußerst bestrittenes Feld. Vergl. Weber, über die natürliche Verbindlichkeit §. 75 u. 76 (Ausg. II S. 333 ff.) und Savigny, Oblig.-Recht Bd. I S. 53, 108, 126.

diese nichtige Uebereinkunft nicht als bloße Nebenabrede zu einem gültigen Vertrage zu betrachten, vielmehr nicht sie allein, sondern wegen Simulation (wie dieses schon früher gezeigt wurde, siehe oben S. 187 nebst den dort angeführten Autoritäten) das ganze Geschäft, sohin auch der beurkundete Vertrag nichtig ist, so gestaltet sich die Frage des klägerischen Rückforderungsrechtes in ganz anderer Weise.

Der Kläger kann die fraglichen 2000 fl., welche er nach eigener Behauptung als einen Theil des Kaufschillinges bezahlt hat, nicht als sine causa gegeben bezeichnen, so lange sich das von ihm angenommene Kaufsobjekt in seinen Händen befindet und er nicht wenigstens die Rückgabe desselben anbietet; und da der Umstand, daß zwischen der mündlichen und urkundlichen Willenserklärung die nöthige Uebereinstimmung mangelt, die Sache nicht so ansehen läßt, als ob zwei besondere Käufe vorhanden wären, sondern immer nur ein einziger Kauf gegeben ist, so ist Käufer, welcher allerdings das ganze Geschäft als nichtig hätte bekämpfen können, im völligen Unrechte, wenn er verlangt, daß man den nämlichen Vertrag, so weit er ihm zusagt, als gültig, und so weit er ihm nicht zusagt, als nichtig erkenne; fr. 39 §. 1 de oper. liber. (38, 1): „non debet quis ex parte obligationem comprobare, ex parte tamquam de iniuria queri.“

Wollte etwa gefragt werden, ob hier nicht die *condictio ob turpem causam* begründet wäre, so müßte auch dieses auf das Entschiedenste verneimt werden; denn wenn schon die Verhältnisse, unter welchen die fraglichen 2000 fl. gegeben worden sein sollen, die Umgehung eines zwingenden Gesetzes und die Verkürzung eines gesetzlich begründeten Staatsgefälles begünstigten, indem sie den Empfänger

gegen die Gefahren der Simulation schützen sollten, so wurden sie doch nicht zu diesem unsittlichen Zwecke, sondern immer nur als Kauffchilling gegeben. Aber wenn man auch so weit gehen könnte, wegen jener Verhältnisse hier eine zu einem unsittlichen Zwecke geschehene Hingabe anzunehmen, so läge doch die Unsittlichkeit auf beiden Seiten, wodurch die Kondition um nichts weniger ausgeschlossen wäre. Bayer. VN. Th. IV Kap. XIII §. 8, — fr. 3 et 8 de cond. ob turp. causam (12, 5) const. 2 et 5 h. t. (4, 7).

Vergleicht man die neuerliche Entscheidung des obersten Gerichtshofes mit früheren Erkenntnissen desselben, so ergibt sich mit den Erkenntnissen vom 1. März und vom 16. Juli 1867, (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 245 und 368) kein Widerspruch; denn im ersteren Falle war die Tauschaufgabe von 1128 fl. noch nicht bezahlt, und der auf Bezahlung derselben gerichteten Klage konnte begreiflich nicht stattgegeben werden; im letzteren Falle aber war die Löschungsverbindlichkeit schon deshalb auszusprechen, weil es dem Käufer freigestellt blieb, die erst nach der Errichtung der Notariatsurkunde geleistete Zahlung auf die eine oder die andere Schuld zu beziehen, und weil, wenn hierüber nichts festgesetzt wurde, die Zahlung der hypothekirten vor der nicht hypothekirten Schuld anzunehmen war. Bayer. VN. Th. IV Kap. XIV §. 14 Nr. 2, — fr. 4, 5 pr. u. 97 de solut. (46, 3).

Unvereinbar mit der neuerlichen Entscheidung ist aber das Erkenntniß vom 24. Dez. 1866 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 139).

In v. Zinf's Kommentarsnachtrag S. 68 wird zwar zur Vertheidigung dieses Erkenntnisses angeführt, man könnte wohl sagen, es sei, da die mündliche Abrede über einen Kauffchilling von 5400 fl. die ältere und die notariell verlautbarte

über 4500 fl. die jüngere gewesen, jene durch diese abgeändert worden; jedenfalls hätte der Verkäufer, wenn er sich einen Kaufpreis von noch weiteren 4500 fl. bedingen wollte, deutlicher reden sollen; und da dieser selbst erkläre, den beurkundeten Vertrag nicht angreifen zu wollen, so habe er auf einen Kaufschilling von 5400 fl. kein flageweise verfolgbares Recht.

Von Herabsetzung des Kaufschillings kann aber nicht die Rede sein, da laut der Rotariatsurkunde 4500 fl. erst noch zu bezahlen waren, hierunter also die bereits bezahlten 900 fl. jedenfalls nicht begriffen sein konnten. Aus diesem nämlichen Grunde ist auch nicht anzunehmen, der Verkäufer habe es an Deutlichkeit seiner Rede fehlen lassen.

Bei dem beurkundeten Vertrage beharrte der Verkäufer nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß er die vorher bezahlten 900 fl. behalten dürfe. Er verlangte in seiner Klage auch nur die an den beurkundeten 4500 fl. noch fehlenden 900 fl. und nun fragte es sich, ob der Käufer die vorher bezahlten 900 fl. als Zahlung der eingeklagten 900 fl. geltend machen, d. i. ob er die vorherbezahlten 900 fl. kondiziren und gegen die eingeklagten kompensiren dürfe. Hier steht ihm aber alles Dasjenige entgegen, was in dem heute mitgetheilten Falle dem Kläger entgegensteht.

Rm.

2.

Inwieferne ist die für ein projektirtes Aktienunternehmen versprochene Theilnahme von rechtsverbindlicher Wirkung?

Mit dieser interessanten und manche Schwierigkeit bietenden Rechtsfrage war der oberste Gerichtshof

hof in einem Erkenntniſſe vom 21. Febr. 1868 (Reg.-Nr. 22) beſaßt. Die bei aller Tiefe höchſt einfach und klar durchgeführten Entſcheidungsgründe ſagen hierüber Folgendes:

„Die mit ſtaatlicher Genehmigung gegründete Aktiengeſellſchaft A. zu M. gehört zwar nicht zu denjenigen Erwerbsgeſellſchaften, bei welchen der Gegenſtand des Unternehmens in Handelsgeschäften beſteht, aber es findet dennoch das allgemeine deutſche Handelsgesetzbuch und eventuell das am Sitze der Geſellſchaft geltende Civilrecht auf die Rechtsverhältnisse derſelben Anwendung, weil ſchon urſprünglich bei der im Januar 1866 erfolgten ſchriftlichen Einladung zur Aktienſubſkription bekannt gegeben wurde, daß in den nicht beſonders vereinbarten Punkten genau nach den Beſtimmungen des deutſchen Handelsgesetzbuches verfahren werde, auch aus der Abfaſſung der Subſkriptionsliſte hervorgeht, daß die Subſkribenten im Falle Zustandekommens der projektirten Geſellſchaft mit den eingezeichneten Aktienbeträgen nach den Beſtimmungen des allgemeinen deutſchen Handelsgesetzbuches an dieſem Unternehmen ſich betheiligen.

Nun iſt zwar

I. über die unter den Parteien zunächſt ſtreitige Frage, ob vom Aktienzeichner durch die bei Eröffnung der Subſkription vorgenommene Einzeichnung ein bindendes und unwiderrufliches Verſprechen auf ſeinerzeitige Leiſtung des gezeichneten Aktienantheiles gegeben werde, eine direkte Beſtimmung im Handelsgesetzbuche nicht enthalten, aber es liegt jedenfalls im Weſen der Aktiengeſellſchaft, daß ihrer Konſtituirung vorbereitende Handlungen vorangehen, welche die Gewißheit begründen, daß das zur Erreichung des geſellſchaftlichen Zweckes für nöthig befundene, ſchon bei der Subſkription in beſtimmter Höhe feſtzulegende Grundkapital durch verbindliche

Versprechungen der erforderlichen Anzahl von Theilnehmern zusammengebracht sei. Ohne diese Grundlage ist die Errichtung einer Aktiengesellschaft nicht ausführbar, weil die Theilnehmer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur im Betrage ihrer Einlagen haftbar sind, mithin schon von vorneherein zu erklären haben, bis zu welchem Betrage sie sich zur Aufbringung des in bestimmter Summe veranschlagten Gesellschaftsvermögens verpflichten.

So wie es daher einerseits in der Absicht der Unternehmer einer solchen Vereinigung liegt, auf dem Wege der Subskription verbindliche Zusagen für die Betheiligung am Projekte zu gewinnen, so muß auch auf Seite der Subskribenten schon in der Thatfache des Einzeichnens der bestimmt ausgedrückte Wille erblickt werden, für die Betheiligung am Kapitale des projektirten Vereines rechtverbindliche Zusagen zu ertheilen.

Dieser Rechtsakt hat auch die Anerkennung der Doktrin für sich und entspricht dem aus der Natur der Sache entstehenden Rechtsbewußtsein der Betheiligten, welche sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß die Gründung eines Aktienunternehmens vorzugsweise durch die verbindliche Kraft der Aktienzeichnungen bedingt ist. Kenauß, das Recht der Aktiengesellschaften §. 20—25.

Zwar wird durch die vom Aktienzeichner dem Unternehmer gegebene Zusage nicht der letztere selbst, sondern nur der zu konstituierende, bei Ertheilung der Zusage allein in Berücksichtigung gezogene Aktienverein unmittelbar berechtigt; allein wenn auch durch diesen vorbereitenden Vertrag nur für einen Dritten Rechte erworben werden, so kann sich doch aus diesem Grunde vom Promittenten nicht auf die Ungiltigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes berufen werden. Nach bayrer. Landrecht Th. IV Kap. I §. 13

kann auch für Dritte in so weit giltig stipulirt werden, als ihnen dieses nützlich sein mag und nach der Hand ratifizirt oder angenommen wird, und zwar mit der Wirkung, daß bis zur erfolgten Annahme der einseitige Rücktritt vom Vertrage nicht gestattet ist, sondern, wie die Anmerkungen erläutern, zur Auflösung des Vertrages auch hier die übereinstimmende Willenserklärung der in Ansehung des Dritten kontrahirenden Theile vorausgesetzt wird.

Daß der Aktienverein im Zeitpunkte der Aktienzeichnung noch nicht als Rechtssubjekt besteht, ist für die Giltigkeit des vorbereitenden Vertrages gleichfalls ohne Einfluß, weil der Subskribent seine Theilnahme nur unter der Bedingung erklärt, daß der projektirte Verein wirklich zur Existenz gelangen werde.

Der Beklagte macht daher mit Unrecht geltend, daß er durch den noch vor Konstituierung der Aktiengesellschaft einseitig erklärten Rücktritt sich jeder aus der Aktienzeichnung entspringenden Verbindlichkeit entleibt habe; vielmehr ist derselbe, da die projektirte Aktiengesellschaft sich konstituiert, damit aber das durch die Subskription zusammengebrachte Grundkapital in sich aufgenommen hat, an das durch die schriftliche Einzeichnung abgegebene Betheiligungssversprechen unwiderruflich gebunden.

Deshalb konnte der primären auf Entbindung von der Klage gerichteten Revisionsbitte nicht entsprochen werden.

II. Eventuell will der Beklagte den der Klägerin über die geschene Einzeichnung aufgelegten Beweis auf die Thatsache erstreckt wissen, daß die Einladung zur Aktienzeichnung von einem provisorischen Komite ausgegangen sei. In der schriftlichen Einladung zur Aktiensubskription ist allerdings ein provisorisches Komite als Projektant des Unternehmens genannt und in dieser Einladung Kauf:

mann F. S., welcher die vom Beklagten angeblich gemachte Einzeichnung entgegengenommen hat, nur in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten des Komité unterschrieben. Gleichwohl ist eine besondere Beweisaufgabe über die Legitimation dieses Bevollmächtigten überflüssig, weil der Beklagte seinen Rücktritt dem provisorischen Komité und nicht dem F. S. schriftlich anzeigte, damit aber selbst anerkannte, daß er sein durch die Einzeichnung gemachtes Versprechen dem zur Gründung der Gesellschaft zusammengetretenen Komité abgegeben habe.

III. Die zweite eventuelle Beschwerde des Beklagten besteht darin, daß er zum Beweise seiner Einrede nicht zugelassen wurde. Der Beklagte will nämlich die Einzeichnung an die mit F. S. mündlich vereinbarte Bedingung geknüpft haben, daß ohne seine Beivohnung und Zustimmung bei der konstituierenden Versammlung eine Verbindlichkeit für seine Zeichnung nicht entstehen soll. Allein diese Einwendung war zu verwerfen, weil nach Art. 208 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, wenn man die betreffenden Bestimmungen in ihrem Zusammenhange auffaßt, zur Gültigkeit der Aktienzeichnung eine schriftliche Erklärung nothwendig ist. Wollte daher der Beklagte die Verbindlichkeit seiner schriftlichen Einzeichnung an gewisse Vorbehalte knüpfen, so mußte er, um seine Zusage als eine bedingte erscheinen zu lassen, auch hiezu der schriftlichen Form sich bedienen, und er kann, da er solches nicht gethan, gegenüber der konstituirten Gesellschaft auf mündliche Vereinbarungen nicht mehr zurückgreifen.

IV. Von Erheblichkeit dagegen ist die dritte eventuelle Beschwerde des Beklagten, daß ihm über die Behauptung der nicht eingetretenen Aufbringung des zur Errichtung der Gesellschaft nothwendigen Aktienkapitales die Beweisführung ver sagt worden ist.

Schon oben wurde bemerkt, daß die Aktiengesellschaft ohne ein bestimmtes, zur Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes im Voraus veranschlagtes Grundkapital nicht entstehen könne, weil nicht das Vermögen der Mitglieder, sondern nur das Gesellschaftsvermögen für die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten zu haften hat. Dieses Grundkapital, dessen Aufbringung auch in den Art. 209, 210, 240 und 248 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches als wesentliche Vorbedingung einer Aktiengesellschaft vorausgesetzt wird, darf nicht bloß dem Namen nach bestehen, sondern muß, damit für das Unternehmen eine materielle Grundlage geschaffen werde, durch wirkliche Einzahlung oder durch Versprechen, die Einzahlung leisten zu wollen, in der planmäßigen Anzahl von Aktien zusammengebracht sein. So lange die planmäßige Aktienzahl nicht untergebracht ist, kann die Aktiengesellschaft zur Perfektion nicht gelangen. Konstituiert sich daher der Aktienverein, ohne daß das veranschlagte Grundkapital vollständig durch Einzeichnungen gedeckt ist, dann liegt ein anderes als das projektierte Unternehmen vor, und die nicht vollzählig gewordenen Subskribenten sind gegen ihren Willen an die Zeichnung nicht mehr gebunden. Renaud a. a. O. S. 5, 20, 23.

Bei der im Januar 1866 ergangenen schriftlichen Einladung wurde den Subskribenten eröffnet, daß zur Aufbringung des für Herstellung der nöthigen Gebäude erforderlichen Kapitals eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapitale von 100,000 fl. gebildet werden soll, wovon 15—20000 fl. als Reserve für etwaige Vergrößerung der Gebäude u. bestimmt sind. Jeder diesem Programme durch Subskription beitretende Theilnehmer mußte daher die Erwartung hegen, daß ein Aktienkapital im Betrage von mindestens 80,000 fl. gezeichnet und die Ge-

gesellschaft vor Aufbringung dieses Kapitals nicht zu Stande kommen werde. An dieser Basis haben auch die später im April 1866 vom provisorischen Komitee entworfenen Gesellschaftsstatuten festgehalten, indem gemäß §. 5 dieser Statuten das Grundkapital auf 100,000 fl., zerlegbar in 1000 Stücke Inhaberaktien à 100 fl., festgesetzt und im §. 9 bestimmt worden ist, daß für den Fall, daß das gesammte Kapital nicht in Aktien untergebracht werden könnte, das Aktienkapital nur 80,000 fl. betragen, die Gesellschaft dagegen nach Befund der Umstände zur Aufnahme eines Prioritätsanlehens von 20,000 fl. ermächtigt sein soll.

Erst am Schlusse dieser Statuten findet sich im §. 33 unter den transitorischen Bestimmungen der die Grundlage der Gesellschaft wesentlich alterirende Beisatz eingeschaltet, daß das provisorische Komitee nach erlangter staatlicher Genehmigung der Statuten die sämtlichen Aktiensubskribenten zur ersten Generalversammlung behufs förmlicher Konstituierung der Gesellschaft einlade, sobald die Hälfte des Grundkapitals durch Subskription gedeckt sein wird. Dieser Beisatz ist im Programme nicht enthalten, sondern tritt erst in den Statuten als eine neue, nach der Subskription des Befragten ins Leben gerufene Vertragsbestimmung hervor. Im Programme ist die Einberufung der konstituierenden Generalversammlung nur an die Bedingung geknüpft worden, daß durch eine entsprechende Anzahl von Aktien das Zustandekommen des Unternehmens gesichert erscheinen wird; davon aber, daß man das Unternehmen auch dann als gesichert betrachte, wenn nicht wenigstens der nach Abzug der Reserve verbleibende Rest von 80,000 fl. Grundkapital gedeckt sein werde, ist im Programme nichts erwähnt worden. Bei dieser allgemein gehaltenen Sprachweise des Programmes mußte und durfte demnach jeder im guten

Glauben handelnde Subskribent von der Meinung ausgehen, daß ohne Aufbringung von mindestens 80,000 fl. Grundkapital an eine Sicherung des Unternehmens überhaupt nicht gedacht werden könne. Hat sich daher die Aktiengesellschaft abweichend vom ursprünglichen Projekte in der Folge dennoch mit Aufbringung eines geringeren als des in der Einladung festgesetzten Grundkapitales konstituiert, dann sind an diese Abänderung nur diejenigen Subskribenten gebunden, welche entweder bei der konstituierenden Generalversammlung ausdrücklich beigestimmt, oder nach §. 7 der Statuten durch den Erwerb einer Aktie oder eines Interimsscheines sich thatsächlich unterworfen haben.

Die Behauptung der als Klägerin aufgetretenen Aktiengesellschaft, daß zur Errichtung der Anstalt nur ein Kapital von 50,000 fl. nothwendig und bei Konstituierung der Gesellschaft auch vorhanden gewesen sei, ist ohne Bedeutung. Denn wenn auch im fraglichen Programme erwähnt ist, daß zum Ankaufe des Grund und Bodens und zur Herstellung der Gebäude nach einem hochgegriffenen Vorausschlage ein Kapital von 80—85000 fl. nöthig sei, je nachdem die erste Anlage größer oder kleiner gehalten werde, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, daß die Einzahlung des Grundkapitales einer beliebigen, auch unter 80,000 fl. herabgehenden Reduktion unterworfen und die Anlage der Anstalt lediglich nach dem Ergebnisse der Subscription bemessen werden dürfe. Eine abnorme Bestimmung dieser Art müßte im Programme ausdrücklich und unzweideutig vorgesehen sein, da es für Kredit und Rentabilität eines Aktienunternehmens nicht gleichgiltig ist, ob die Gesellschaft über das voll eingezeichnete Grundkapital zu verfügen, oder Anlage und Betrieb nach Maßgabe einer unter dem Grund-

stöße zurückgebliebenen Betheiligung einzuschränken hat.

Im Angesichte dieses Programmes durfte daher jeder Aktiensubskribent mit Recht voraussetzen, daß er nur bei einer Gesamtbetheiligung von wenigstens 800 Aktien zur Mitgliedschaft verpflichtet sei und sich den in Beziehung auf Anlage und Betrieb des Unternehmens gefaßten Majoritätsbeschlüssen nur dann zu fügen habe, wenn der Generalversammlung bei Fassung ihrer Beschlüsse eine aus mindestens 800 Aktien sich ergebende Stimmenzahl zu Gebote stehen werde.

Die erbetene Beweisaufgabe ist daher allerdings gerechtfertigt, muß aber, da die betreffende Behauptung zum Klagegrunde und nicht in negativer Fassung zum Einredebeweise des Beklagten gehört, der Klägerin zugewiesen werden, wobei der Umstand, daß der Beklagte die Beweisübernahme für sich nachsuchte, nicht hindernd entgegentritt, weil der Revisionsantrag in primärer Richtung auf Entbindung des Beklagten von der Klage gerichtet, damit aber der Oberrichter zu jeder durch die Sachlage begründeten dem Revidenten günstigen Abänderung berechtigt ist“.

Aus diesen Gründen wurde der Klägerin der Beweis auferlegt, daß bei der am 16. Juli 1866 abgehaltenen konstituierenden Generalversammlung bereits ein Grundkapital von mindestens 80,000 fl. durch Aktienzeichnung zusammengebracht war.

Rm.

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

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. — Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande verübten strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält.

Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten,

von Prof. Paul Roth in München.

Unter den deutschen Ländern hat gegenwärtig Bayern die zahlreichsten und verschiedenartigsten Bestimmungen über allgemeine Gütergemeinschaft. Die Zahl der Statuten, deren Inhalt ich unten darlege, ist ein und zwanzig; fünf weitere, deren Existenz zweifellos ist, können theils wegen Mangelhaftigkeit der Angaben, theils weil die fortdauernde Anwendbarkeit nicht erwiesen ist, nicht berücksichtigt werden. Das Rechtsgebiet dieser Statuten umfaßt den größten Theil der fränkischen Provinzen; in Schwaben kommen sie vereinzelt, in Oberbayern, Niederbayern und Oberpfalz gar nicht vor. Im Großen und Ganzen kann man also die vier letzteren Kreise als das Rechtsgebiet der partikulären, die drei ersteren als das der allgemeinen Gütergemeinschaft bezeichnen; denn Statuten der partikulären Gütergemeinschaft oder des Totalrechtes finden sich in den drei Franken nur sieben (Rothenburg, Deutschorden a. d. Tauber, Ansbach, Mainz,

Neue Folge XIII. Band.

Solms partikuläre Gütergemeinschaft, Deutschorden in Franken, Schwarzenberg Totalrecht); sie werden dem Prozentsatze nach kaum für ein Fünftel der Bevölkerung gelten.

Eine Zusammenstellung der in diesen Statuten ausgesprochenen Grundsätze ist für die Kenntniß des Institutes selbst von Bedeutung, da bei den bisherigen Darstellungen gerade auf die schwer zugänglichen bayerischen Statuten weniger Rücksicht genommen wurde, wie sich, um nur ein Beispiel anzuführen, aus dem deutschen Privatrechte von Mittermaier ergibt; sie ist von besonderer Wichtigkeit für das einheimische Recht, weil nur bei Berücksichtigung sämtlicher Statuten eine Entscheidung der gerade hier so häufig wiederkehrenden Streitfragen möglich ist. Freilich glauben Manche, daß man das ganze Institut bald beseitigen und auf den Vertragsweg verweisen könne; ich halte dieß für eine irrthümliche Auffassung. Die allgemeine Gütergemeinschaft ist durch die Schuldenhaftung in der Art von Einfluß auf die Kreditverhältnisse, daß eine Beseitigung derselben ohne dauernde Erschütterung der letzteren nicht möglich ist. Der letzte Präzedenzfall spricht für meine Ansicht. Nach 17 jährigen Vorarbeiten hat das Preussische Gesetz vom 16. April 1860 in der Provinz Westfalen die allgemeine Gütergemeinschaft in einer einheitlichen Form eingeführt, und dieser auch diejenigen Bezirke untergeordnet, in denen bisher partikuläre Gütergemeinschaft galt. Ausgenommen sind nur die Bezirke des Totalrechtes mit 13⁰/₁₀ der Bevölkerung, weil die Majorität des Herrenhauses der Intention des Gesetzentwurfes, das Institut auch auf diese auszu dehnen, nicht entsprach. Daß für Westfalen die allgemeine Gütergemeinschaft beibehalten und nur in ihren Grundzügen gemeinsam geregelt wurde, war unvermeidlich, weil sich die Bevölkerung jeder

Ersetzung durch ein anderes Institut energisch wider-
setzte. Ich denke, der Gang der Entwicklung wird
in den drei fränkischen Provinzen derselbe sein.

Die nachfolgende Darstellung umfaßt nur die
Disposition unter Lebenden und die Behandlung
des Vermögens bei Auflösung der Ehe durch den
Tod; die Darstellung der Begründung (Anfang),
der Stellung der Frau, der Schuldenhaftung, der
übrigen Auflösungsgründe, der Vermögensauseinan-
setzung bei Ehescheidung und der letztwilligen Dis-
position behalte ich anderen Aufsätzen vor.

Bestimmt gehören zu dem Systeme der allgemeinen
Gütergemeinschaft die Statuten von: Bayreuth,
Dinkelsbühl ¹⁾, Hohenlohe, Rürnberg,
Fürstenthum Rempten, Stadt Rempten, Bam-
berg, Erbach, Thurnau, Würzburg, Ca-
stell, Schweinfurt, Fulda, Eichstädt ²⁾,

¹⁾ Ohne einen Grund anzugeben behauptet Gerber Pr.-R.
§. 231 Note 1, es gelte hier Gütereinheit. Wollte man
nicht allgemeine Gütergemeinschaft annehmen, wie
dies das Statut ausspricht, und die Praxis seit
lange anerkennt, so würde jedenfalls für partikuläre
Gütergemeinschaft zu entscheiden sein, da nach St. 1,
2, 6 die Errungenschaft zur Hälfte getheilt wird.
Allein für allgemeine Gütergemeinschaft spricht die
Schuldenhaftung und die Dispositionsbefugniß des
Ehemannes, während die Auflösung des Vermögens
in die ursprünglichen Bestandtheile nicht entgegensteht.
S. unten Note 63.

²⁾ Die gänzlich unbegründete Behauptung Gerber's
im Priv.-R. §. 231 Note 1, das Eichstädter Recht
statuirt Gütereinheit, bedarf keiner Widerlegung, da
nach diesem Rechte notorisch die strengste Form der
allgemeinen Gütergemeinschaft beobachtet wird. Vgl.
unten Note 81. Ein in Echer, Erörterungen 2c.
Ingolstadt 1756 Anl. K gedrucktes Zeugniß des

Pappenheim³⁾, Windsheim, Dettingen, Raufbeuren.

Bestritten ist der Inhalt folgender Statuten:

1) Der Stadt Nördlingen. Gegen die frühere Ansicht, welche für allgemeine Gütergemeinschaft entschied⁴⁾, hat sich schon Arnold I, 474 Note 1 erklärt, indem er annimmt, der Güterstand nähere sich der allgemeinen Gütergemeinschaft, ohne deren Natur vollständig zu besitzen, und auch von anderer Seite wurden Zweifel geäußert⁵⁾, allein ohne Grund, da nach der Bestimmung des St. III, 8 und 10 bei Auflösung der Ehe die Kinder nicht Erben des verstorbenen Ehegatten sind, sondern nur bei Wiederverheirathung von dem überlebenden Ehegatten einen in einer bestimmten Summe festzustellenden Voraus anzusprechen haben, für dessen Normirung das Einbringen des Verstorbenen in die Haushaltung den wesentlichsten Anhaltspunkt bildet. Das Nördlinger Recht enthält also allgemeine Gü-

Bürgermeisters von Eichstätt constatirt dieß schon für das vorige Jahrhundert.

³⁾ Was Gerber a. a. O. §. 231, 1 veranlaßt, das nur auf Gewohnheit beruhende Pappenheimer Recht zur Gütereinheit zu rechnen, ist mir nicht erklärlich, da die bei Arnold, Beitr. z. t. Priv.-R. Bd. I S. 630 f. mitgetheilten Aufzeichnungen das Gegentheil ergeben.

⁴⁾ Ayser (Tröltsch), *Analecta Stat. Noerdling.* 1749, p. 27; Scherer, *Gütergemeinschaft* Th. II S. 109.

⁵⁾ Wächter *Birt. Pr.-R. Bd. I* S. 781 glaubt, es lasse sich aus dem ungenauen Statut keine Bestimmung treffen; Gengler *Pr.-R.* S. 1028 meint, daß St. VII, 1 u. 2 der Annahme einer wirklichen Einheit der Gütermassen beider Eheleute entgegenstehen, und Gerber §. 231, 1 rechnet das Statut zur Gütereinheit.

tergemeinschaft in der strengsten Form und stimmt in dieser Hinsicht mit dem Rechte des benachbarten Dettingen überein ⁶⁾).

2) Der Stadt Weissenburg in Franken. Früher durchgängig der allgemeinen Gütergemeinschaft beigezählt (Scherer a. a. O. I, 109) wird dieses Statut seit Arnold I, 825, 1 zum Totalrechte gerechnet ⁷⁾), welcher Meinung ich mich jedoch nicht anschließen kann, da die nähere Untersuchung ergibt, daß das eheliche Güterrecht mit dem von Nördlingen und Dettingen in der Hauptsache übereinstimmt ⁸⁾).

3) Der Stadt Lindau. Ohne allen Grund erklärt Scherer II, 33 das dortige Recht als partikuläre Gütergemeinschaft, während nach der Ordnung vom Naderrecht (1738) §. 6 „die Verwandten beider Eheleute gleiches Retraktrecht haben, inmaßen deßfalls Mann und Weib vor eine Person und gleichsam vor einen Verkäufer zu halten.“ Es gehört daher dieses Statut zweifellos zur allgemeinen Gütergemeinschaft, wie dies auch früher allgemein angenommen wurde ⁹⁾).

⁶⁾ Dies wird schon von Donauer, Consilia Nr. 46 hervorgehoben, und ist bei der Lage und der früheren politischen Verbindung erklärlich. In diesem, sowie Consil. 39, 42 und 144 ist von Donauer als unzweifelhaft vorausgesetzt, daß bei unverbundenen Ehen in Nördlingen allgemeine Gütergemeinschaft eintrete. Donauer war lange Syndikus der Reichsstadt Nördlingen, und seine Äußerungen sind daher besonders gewichtig. Vergleiche auch unten Note 94.

⁷⁾ Mittermaier Pr.-R. II §. 387. 1. Gengler Pr.-R. S. 1033. Rosenkranz Pflegschaftswesen S. 52.

⁸⁾ Die weitere Ausführung habe ich in einem besonderen Aufsatze in diesen Blättern oben S. 129 f. gegeben.

⁹⁾ S. Walch, de bonis profeectitiis liberor. Lindav. 1753. §. 9.

Dagegen gehören folgende Statuten nicht hieher:

1) Stadt Rothenburg an der Tauber. Ältere Darstellungen rechneten es zur allgemeinen Gütergemeinschaft¹⁰⁾, allein die bei Arnold I, 694 gegebenen Ausführungen lassen es als unzweifelhaft erscheinen, daß hier partikuläre Gütergemeinschaft gilt¹¹⁾.

2) Markgraftthum Ansbach. Die früher von Manchen¹²⁾ vertheidigte Ansicht, daß hier allgemeine Gütergemeinschaft gelte, ist jetzt allgemein aufgegeben¹³⁾.

3) Stadt Augsburg. Hier ist ebenso die ältere Ansicht¹⁴⁾, welche allgemeine Gütergemeinschaft annahm, beseitigt¹⁵⁾.

4) Stadt Ulm. Dieses Statut wurde früher der allgemeinen Gütergemeinschaft beigezählt¹⁶⁾, und geschieht dieß noch von bayerischen Schriftstellern (Weber IV, 526; Rosenfranz Handbuch 72), aber ohne allen Grund, wie dieß von Wächter dargethan ist¹⁷⁾.

¹⁰⁾ Scherer I, 109; Philipps Gütergemeinschaft 35; Maurenbrecher Pr.-R. §. 562.

¹¹⁾ Wächter Wirt. Pr.-R. I, 780; Erf. v. 26/11. 42 in Bl. f. R. X, 374. Irrthümlich behauptet Weber, Prov. u. Stat.-Rechte, Bd. II S. 1044, es gelte hier Dotalsrecht.

¹²⁾ S. die Zusammenstellung bei Luz Intestaterbfolge §. 7 f. und Scherer I, 108.

¹³⁾ Luz § 11; Arnold in diesen Bl. II, 17; Gengler Pr.-R. 1065. Die Praxis hat sich konstant dafür ausgesprochen. Arnold Beitr. I, 64.

¹⁴⁾ Scherer I, 22. Weber II, 363.

¹⁵⁾ Huber Abriß des Ausgb. S. 1858. S. 26; Gengler Pr.-R. 1015.

¹⁶⁾ Engau de bon. commun. Ulm. 1751.

¹⁷⁾ Wirtemb. Pr.-R. I, 753; schon früher von Hartlieb de separatione bonorum conjugum, Altorf. 1768. p. 16. In Wirttemberg ist die Meinung von Wächter allgemein angenommen.

Endlich können der Unbestimmtheit der Angaben wegen folgende Statuten nicht weiter berücksichtigt werden:

1) Ingolstadt. Daß hier früher allgemeine Gütergemeinschaft galt, ist zweifellos, und in Kreittmayr's Anmerkungen ausdrücklich hervorgehoben¹⁸⁾; die Bezeichnung „gerönnte Heirath“ weist auf das gleiche Recht in Eichstädt, auf das man sich in Ingolstadt auch bezog¹⁹⁾. In neuerer Zeit ist es jedoch zweifelhaft geworden, ob dieses auf einem Freiheitsbriefe von 1541 beruhende Institut noch anwendbar sei²⁰⁾.

2) Landsberg. Die Handfeste des Herzogs Stephan von 1392 (Wengler Stadtrechte 231,6) hat zwar die dort herkömmliche Gütergemeinschaft bestätigt, es wird aber mit Recht bezweifelt, ob diese Bestimmung noch jetzt anwendbar sei (Bl. XXIV, 193).

3) Herrschaft Staufen. Der hier geltende Landesbrauch vom 31. Mai 1621 (Weißl Statistik 206), der nicht gedruckt ist, statuiert zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft; da jedoch nur ein ungenügender Auszug daraus vorliegt (Weber IV, 319), so kann ich dieses Statut nicht weiter berücksichtigen, zumal es an Angaben fehlt, in wie

¹⁸⁾ Anm. zum R.R. Th. I Kap. VI §. 32 Nr. 1 – 3; Dort ist Bezug genommen auf Edher — Erörterung — von gerentter Heirath — Ingolstadt 1756. In dieser Deduktionschrift wird die gesetzliche Geltung der allgemeinen Gütergemeinschaft als zweifellos vorausgesetzt, und nur untersucht, ob sie auch die außerhalb des Burgfriedens gelegenen Güter ergreife.

¹⁹⁾ S. Edher S. 11 und das Anl. K. gedruckte Zeugniß des Bürgermeisters von Eichstädt von 1754.

²⁰⁾ S. b. Bl. XXIII, 113 und das dort angeführte A.-G.-Erkenntniß.

ferne die zahlreichen veralteten Bestimmungen desselben noch Anwendung finden.

4) Herrschaft Mindelheim. Hier liegt dasselbe Verhältniß vor. Die Statuten von 1729, welche zweifellos allgemeine Gütergemeinschaft einführen, sind nicht gedruckt (Peißl 168), und der ungenügende Auszug bei Weber IV, 872 kann um so weniger Berücksichtigung finden, als darnach die heutige Anwendbarkeit nicht zweifellos ist.

5) Der Mieneder Landeßbrauch, der, früher in der Herrschaft Miened beobachtet, mit der Einführung des Mainzer Landrechtes aber in dem größeren Theile derselben beseitigt wurde, war früher in einzelnen Parzellen beibehalten; es ist aber nach Peißl 174, 3 nicht mit Bestimmtheit ermittelt, ob er noch Anwendung finde.

6) Für den Bezirk des Fürstenthums Fugger-Babenhausen (Weber IV, 269), der Grafschaft Werthheim (Weber, IV, 1150) und der Stadt Fürth und Umgegend (Dompropstei Bambergische Grundholden²¹⁾) wird die observanzmäßige Geltung der allgemeinen Gütergemeinschaft behauptet; diese Angaben sind aber zu unbestimmt, als daß darauf Rücksicht genommen werden könnte.

Die folgende Darstellung beschränkt sich daher auf das Recht der oben aufgeführten 21 Statuten²²⁾. Von diesen ist das älteste die Nürnberger Reformation von 1564, das jüngste die Casteller Landeßverordnung von 1801, so daß sie einen Zeit-

²¹⁾ Weber II, 168. Es ist bestritten, ob diesen Observanzen überhaupt noch Anwendbarkeit zukomme. Peißl 216.

²²⁾ Ueber das Rechtens-Limpurgische Gewohnheitsrecht, das nach Rosenkranz Handbuch 67, 6 allgemeine Gütergemeinschaft statuiert, ist nichts veröffentlicht; s. Peißl 192. Nach Arnold I, 670 gilt dort das fränkische eheliche Güterrecht.

raum von zwei und einem halben Jahrhunderte umfassen. Der größere Theil der Statuten beruht auf gesetzlichen Bestimmungen, der kleinere auf Gewohnheit²³⁾. Es gehören 15 dem fränkischen, 6 dem schwäbischen Stamme an; sie sind demnach alle aus dem Systeme der gesamten Hand mit Verfangenschaft hervorgegangen, was bei mehreren schon jetzt nachgewiesen ist²⁴⁾. Dieses ältere bis zum 16. Jahrhundert in Franken, Schwaben, Bayern und Oesterreich²⁵⁾ ausschließlich geltende System war verhältnißmäßig einfach. Mit Eingebung der Ehe vereinigte sich, wenn kein Ehevertrag geschlossen war²⁶⁾, das ganze Vermögen in eine Masse oder, wenn man will, zwei Massen, Immobilien und Mo-

23) Es sind dieß: Bappenheim, Eburnau, Windsheim, Eichstädt, Erbach. Für die beiden letzteren liegen zwar einzelne gesetzliche Bestimmungen vor, in der Hauptsache ist aber die jetzige Gestaltung des ehelichen Güterrechtes nur Observanz.

24) Es gilt dies namentlich von Nürnberg, Bamberg, Würzburg, Windsheim, Weisenburg, Kaufbeuren, Lindau. Daß den fränkischen Rechten dieser Gegend dieses System zu Grunde lag, ist ohnehin zweifellos; aber auch für die schwäbischen Rechte ist es nun völlig hergestellt; s. meinen Aufsatz über Gütereinheit bei Bekker u. Muther Jahrbuch des gem. deutsch. R. Bd. III S. 333 f. und Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechtes II, 169 f.

25) Für Schwaben hatte ich dieß früher ausgeführt und für Bayern und Oesterreich angedeutet, über Gütereinheit bei Bekker III, 333, f. Nunmehr ist in Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechtes II für alle drei Rechtsgebiete der vollständige Nachweis geliefert.

26) Daher unterscheiden fast alle Statuten die verdingte und unverdingte Ehe. Das ältere Recht beschränkte die Befugniß vertragsmäßiger Festsetzung. Siehe Schröder II, 192 und Sandhans fränkisches eheliches Güterrecht S. 277 f.

bilien. Während über letztere der Ehemann ausschließlich und allein verfügte, setzte jede Disposition über Immobilien eine gemeinsame Handlung beider Eheleute voraus (gesammte Hand). Bei Auflösung der Ehe wurde in der Regel²⁷⁾ nicht wie nach römischem und sächsischem Rechte (Gütereinheit) das Vermögen der Ehegatten in seine ursprünglichen Bestandtheile (Eingebrachtes, während der Ehe Erworbenes) zerlegt, sondern die Mobilien fielen, wenn Kinder vorhanden waren (bei beerbter Ehe), ausschließlich dem überlebenden Ehegatten zu, während die Immobilien den Kindern verfangen waren. Danach behielt der überlebende Ehegatte lebenslänglich den Nutzgenuß sämtlicher Immobilien der ersten Ehe, durfte dieselben jedoch nicht einseitig veräußern, und bei Wiederverhehlung hatten die Kinder der zweiten Ehe kein Erbrecht an den Immobilien der ersten Ehe, wenn es ihnen nicht vertragsmäßig (durch Einkindschaft, unio prolium) zugesichert war. Das Rechtsverhältniß an den verfangenen Gütern hatte sich nach Gegenden verschieden gestaltet. Während in dem mittleren Franken, welchem unsere fränkischen Statuten angehören, der überlebende Ehegatte Eigenthümer der verfangenen Immobilien wurde, auf welche den Kindern nur ein unentziehbares Erbrecht zustand²⁸⁾, war in Schwaben (Wächter Wirt. Pr.: M. I, 208) und am Niederrhein (Schwarz Gütergemeinschaft 26) umgekehrt das Eigenthum der Kinder an den verfangenen Gütern anerkannt und dem überlebenden parens

²⁷⁾ Ausnahmen s. unten Note 63.

²⁸⁾ S. Gosen II. Kaiserrecht. S. 139; daraus erklärt sich, daß sich das Alleinerbrecht der überlebenden Ehegatten namentlich in fränkischen Statuten (Würzburg, Fulda, Eichstädt) erhalten hat.

stand nur lebenslänglicher Beisitz zu. Je nachdem nun sein Recht an den versangenen Gütern bis zu seinem Tode unverändert fortbauerte, oder je nachdem bei Wiederverheirathung eine Abtheilung des ganzen Vermögens nach Quoten zulässig oder nothwendig war, unterschied man reines Versangenschaftsrecht und Theilrecht²⁹⁾. Bei unbeerbter Ehe war sowohl nach den fränkischen als schwäbischen Rechten das Verhältniß nach Gegenden verschieden, indem nach dem einen Theile der Statuten der Ueberlebende Alleinerbe des ganzen Vermögens wurde³⁰⁾, nach dem anderen die hinterfälligen Güter (Erbgüter) an die Verwandten des verstorbenen herausgeben (Fallrecht³¹⁾) oder das ganze Vermögen mit ihnen theilen mußte³²⁾.

Im Ganzen war daher im Mittelalter das eheliche Güterrecht der süddeutschen Rechtsgebiete ganz anders gestaltet, als dieß früher angenommen wurde. Namentlich Gerber und Bluntschli, deren Auffassung in dieser Frage vielfältig Eingang in unsere Praxis gefunden hat, gehen von der Ansicht aus, daß im Mittelalter ursprünglich die s. g. Gütereinheit auch in den süddeutschen Rechtsgebieten gegolten, die Gütergemeinschaft erst später namentlich in den Städten sich entwickelt habe. Man bezeichnet im Gegensatze zur Gütergemeinschaft als Güterein-

²⁹⁾ Wächter Wirt. Pr.-R. I, 199; Schröder II, 186. Sandhääs 463 f.

³⁰⁾ So in Bamberg (Schwarz 48); dieß war das gewöhnliche im östlichen Franken (Sandhääs 127) und einem Theile von Schwaben (Schröder II, 179), dann in München und Landsbut (Schröder II, 197).

³¹⁾ So in Nürnberg (Schwarz 59), Augsburg (Schröder II, 162), in Württemberg (Wächter I, 222).

³²⁾ So in Nördlingen (St. III, 7; Arnold I, 475) und in anderen Theilen von Schwaben (Schröder II, 180).

heit, die in der Hauptsache in den norddeutschen Rechten noch jetzt gilt, das Verhältniß, wonach mit Eingehung der Ehe nicht eine innere Vereinigung des beiderseitigen Vermögens zu einer Masse eintritt, sondern „das Vermögen der Ehegatten durch den gemeinsamen ehelichen Haushalt zwar in eine innige Vereinigung gebracht und der Verfügung des Mannes unterworfen wird, aber das Eigenthum jedes Ehegatten an seinem Spezialvermögen unberührt bleibt“ (Gerber §. 226). Die Verschiedenheit bei der Güterordnungen tritt darin hervor, daß nach dem Systeme der Gütereinheit der Ehemann über sein eigenes Vermögen frei verfügt, und eine Zustimmung der Frau nur erforderlich ist bei Dispositionen über ihr Immobilienvermögen, während bei der Gütergemeinschaft die Disposition über alle Immobilien ohne Rücksicht auf das ursprüngliche Eigenthumsverhältniß regelmäßig nur gemeinsam (mit gesammter Hand) getroffen werden kann; ferner daß bei Gütereinheit mit Auflösung der Ehe die Errungenschaft Eigenthum des Mannes bleibt, und das Vermögen der Frau an sie oder ihre Erben herausgegeben wird, während bei der Gütergemeinschaft Theilung des ganzen Vermögens nach Quoten die Regel bildet, und keinesfalls eine Auflösung des Vermögens in seine ursprünglichen Bestandtheile durchgängig vorgeschrieben ist, eine solche vielmehr nur ausnahmsweise eintritt. Die neueren Forschungen aber haben, wie oben ausgeführt, das unzweifelhafte Resultat ergeben, daß in den Rechtsgebieten, in denen wir später die allgemeine Gütergemeinschaft finden, namentlich aber in dem Gebiete der oben aufgeführten fränkischen und schwäbischen Statuten, schon im Mittelalter die Güterordnung nicht die Gütereinheit sondern das jetzt sogenannte System der gesammten Hand mit Verfangenschaft ist. Dieses war ursprünglich in seltenen Grund-

zügen ebenso einheitlich gestaltet, wie das der Gütereinheit, und erst mit der Rezeption des römischen Rechtes traten die großen Veränderungen ein, welche so mannigfache Gestaltungen zur Folge hatten, daß Manche daraus auf das Fehlen jeglichen Prinzips, auf bloße Willkürlichkeit in der Rechtsbildung schließen wollten.

Gerade die Grundlagen des älteren Systems, die gesammte Hand und die Versangenschaft wurden mit der Rezeption des römischen Rechtes wesentlich modifizirt, mehr jedoch die letztere als die erstere, da die Versangenschaft mit dem römischen Erbrechte unvereinbar war. Wie ich schon anderwärts nachgewiesen habe³³⁾, lassen sich diejenigen Statuten, welche die allgemeine Gütergemeinschaft aus der Versangenschaft ausgebildet haben, nach der Behandlung des Vermögens bei beerbter Ehe in drei Klassen scheiden, je nachdem nämlich sofort abgetheilt wird (Theilrecht mit Beisitz des überlebenden Ehegatten), oder der Ueberlebende mit den Kindern die Gemeinschaft fortsetzt und nur mit ihnen verfügt (fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb), oder der überlebende Ehegatte Alleineigenthümer des ganzen Vermögens wird, über das er frei disponirt, während die Kinder nur ein unentziehbares Erbrecht ihm gegenüber haben (Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten). Diese drei Klassen lassen sich auch in unseren Statuten unterscheiden, und zwar ist das Verhältniß in jedem Statut bestimmt oder läßt sich aus den Bestimmungen entnehmen, so daß also hier der anderwärts geführte Streit, ob für das Kondominial- oder Konsolidationsprinzip die Vermuthung streite (Beseler

³³⁾ In meinem Aufsatz über Gütereinheit und Gütergemeinschaft in Vetter und Ruther Jahrb. III, 356. Zuerst ist diese Unterscheidung von Maurenbrecher aufgestellt.

Pr.:R. §. 140, 31), gegenstandslos ist. Dagegen haben die Statuten dieser drei Klassen unter sich abweichende Bestimmungen über das Dispositionsrecht während der Ehe und die Erbfolge bei unbeerbter Ehe. Ich werde nun in dem Nachstehenden zuerst das Dispositionsrecht während der Ehe mit Zusammenfassung aller Statuten darstellen, sodann die Behandlung des Vermögens bei unbeerbter und beerbter Ehe nach den drei Klassen untersuchen, und endlich die juristische Natur des ganzen Institutes erörtern.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Zur Einschreitung gegen einen Inländer wegen einer von ihm im Auslande verübten strafbaren Handlung ist außer dem Falle der Ergreifung desselben der Untersuchungsrichter jenes Gerichtes zuständig, in welchem er sich zur Zeit der gegen ihn veranlaßten Einschreitung aufhält ¹⁾).

Die ledige Eva Flier von Schwabach wurde in der Nacht vom 1. auf 2. Mai 1868 in Würzburg wegen Legitimationslosigkeit arretirt, durch Urtheil des k. Stadtgerichtes Würzburg vom 25. dess. M. wegen Landstreicherei und Annahme eines fremden Namens in eine Arreststrafe von 28 Tagen — unter Anrechnung der Untersuchungshaft — ver-

¹⁾ Eine mit der vorstehenden nicht übereinstimmende Entscheidung des obersten Gerichtshofes s. Bl. f. RM. Bd. XXXI S. 223.

urtheilt und nach deren Verbüßung am 29. Mai 1868 an den Stadtmagistrat Schwabach verschubt.

Am 1. Juni 1868 gelangte ein Schreiben des Untersuchungsrichters am großherzoglich heßischen Bezirksgerichte Mainz vom 20. Mai 1868 an den Staatsanwaltsvertreter am f. Stadtgerichte Würzburg, worin unter Uebersendung eines Untersuchungsaktes gegen Eva Flier wegen eines am 17. April 1868 in Mainz verübten Diebstahles einer Broche im Werthe von 25 fl. zum Nachtheile des Lehrers Wilhelm Kölsch in Mainz die Anfrage gestellt wurde, ob die desfallige Untersuchung von dem bayerischen Gerichte übernommen werden wolle.

Der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Würzburg übersendete auf Mittheilung dieser Anfrage die sämtlichen Aktenstücke an den Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Fürth mit der Eröffnung, daß er seine Zuständigkeit ablehne und vielmehr den letzteren Untersuchungsrichter für zuständig erachte, weil die Eva Flier zur Zeit des Eintreffens der amtlichen Mittheilung über den zu Mainz verübten Diebstahl bereits in ihre Heimath nach Schwabach verschubt gewesen sei.

Der Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte Fürth lehnte seine Zuständigkeit gleichfalls ab, weil der Untersuchungsrichter in Würzburg die erste Veranlassung zur Einleitung der fraglichen Untersuchung gehabt habe und dieser demgemäß zuständig sei.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung

daß nach Art. 10 des StGB. von 1861 Inländer auch wegen der von ihnen im Auslande verübten strafbaren Handlungen den Bestimmungen der bayerischen Strafgesetze unterliegen und gemäß Art. 30 Th. II StGB. von 1813 wegen der im

Außlande begangenen Verbrechen von dem inländischen Gerichte, wo sie ergriffen werden, zu untersuchen sind;

in weiterer Erwägung,

daß sohin nicht jedes inländische Gericht zur Führung einer derartigen Untersuchung zuständig ist, sondern diese Zuständigkeit dadurch bedingt ist, daß der Thäter in dem Bezirke dieses Gerichtes verhaftet wurde oder, insoferne zur Verhaftung desselben ein gesetzlicher Grund nicht vorliegt, sich zur Zeit, als die strafrechtliche Thätigkeit gegen denselben zu beginnen hat, dort aufhält;

daß aber zur Zeit, als der Untersuchungsrichter am Bezirksgerichte Würzburg von dem gegen Eva Flier vorliegenden Verdachte der Verübung eines Diebstahles in Mainz in Kenntniß gesetzt wurde, Eva Flier bereits von Würzburg weg in ihre Heimath nach Schwabach geschubt worden war, daß sohin die Genannte sich zur Zeit der ersten Veranlassung der Einschreitung gegen sie wegen dieses Diebstahles nicht mehr im Bezirke des Untersuchungsrichters am Bezirksgerichte Würzburg, sondern in jenem des Untersuchungsrichters am Bezirksgerichte Fürth aufhielt;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof:

daß zur Einschreitung gegen die ledige Eva Flier von Schwabach wegen des gegen dieselbe angezeigten Vergehens des Diebstahles zum Schaden des Lehrers Wilhelm Kölsch in Mainz der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Fürth zuständig ist.

Erk. d. OGH. v. 6. Juli 1868, UB. Nr. 105.

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

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. (Fortsetz.)
— Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten
gestellt.

**Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen
Statuten,**

von Prof. Paul Roth in München.

(Fortsetzung.)

I.

Dispositionsbefugniß während der Ehe.

Daß ältere den bayerischen Statuten zu Grunde liegende Recht hatte die Dispositionsbefugniß während der Ehe durchgehend nach den Grundsätzen geregelt, die wir jetzt das System der gesammten Hand nennen³⁴⁾. Darnach hatte während der Ehe der Ehemann zwar die Verwaltung des gesammten Vermögens, konnte jedoch nur über Mobilien frei verfügen, während eine Disposition über Immobilien ohne Rücksicht auf ihren Ursprung nur von beiden Ehegatten vereint (mit gesammter Hand) erfolgen konnte (Schwarz 14, Schröder II, 115 f.). Für diese Einrichtung als die ursprüngliche ist auch jetzt noch

³⁴⁾ Für Franken ist dies ohnehin allgemein anerkannt, aber auch für Schwaben nachgewiesen; s. Gütereinheit in Bekker und Rother III, 346 und Schröder II, 116.

zu präsumiren³⁵⁾, wo das Statut keine direkte oder indirekte Entscheidung enthält³⁶⁾; dagegen lassen sich die übrigen Statuten in drei Klassen scheiden.

I. Die erste Klasse gewährt dem Ehemanne die volle Disposition über das ganze Vermögen mit Einschluß der Immobilien, ohne daß eine Zustimmung der Ehefrau erforderlich oder eine Einsprache derselben begründet wäre. Dieß ist der Fall in Bayreuth (Arnold I, 174, 1) Dettingen³⁷⁾, Dinkelsbühl (Arnold I, 267, 1), Fürstenthum Rempten³⁸⁾, Pappenheim³⁹⁾.

II. Die zweite Klasse setzt die Einwilligung der Ehefrau voraus:

³⁵⁾ Dies nimmt auch Beseler §. 140 für das französische Recht an, obwohl er die neuere Rechtsentwicklung der ausschließlichen Dispositionsbefugniß des Ehemannes günstiger glaubt. Es muß ebenso für das schwäbische Recht gelten. Die Gründe, welche Mittermaier Pr.-R. §. 401 für die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Ehemannes anführt, sind nicht entscheidend. Ebenso kann ich der Auffassung des Erf. 15/3. 33 in Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 248, daß die einseitige Dispositionsbefugniß gemeinrechtliche Regel sei, nicht beipflichten.

³⁶⁾ Dieß ist der Fall in Stadt Rempten, Lindau, Thurnau, Nördlingen, Weigenburg und Windsheim. Welche Uebung dort beobachtet wird, ist nicht bekannt.

³⁷⁾ BD. v. 14/11. 1798, Arnold I, 619. Früher war bei Veräußerungen im Werthe von über 25 fl. Einwilligung der Frau erforderlich.

³⁸⁾ Sammlung der BD. §. 140; die dort angeführte Generalverordnung v. 4/6. 1792, welche dem in Gütergemeinschaft stehenden Ehemanne einseitige Ernennung des Intonachfolgers zuschreibt, ist entscheidend. Was Weber IV, 54 dagegen anführt, widerlegt dieses Argument nicht. Die Behauptung aber, daß das Hyp.-Gef. §. 96 die gemeinsame Verfügun allgemein verschreibe, ist unrichtig.

³⁹⁾ Arnold I, 631. Hier hat der Ehemann das Recht

1) bei allen Verträgen in Nürnberg (Reform. XIX. 5 und XXVIII. Vahner Einleitung S. 40. Weber II, 676);

2) bei Dispositionen über Immobilien, Schuldaufnahme und Vergleichen in Hohenlohe (RN. I. 4. 5. und III 2. 4. dann III. 11. 7. III. 18. 6);

3) bei Disposition über Immobilien in Kaufbeuren (Weber IV, 579) und Eichstätt (Arnold I, 355, 3);

4) bei Dispositionen über Immobilien und bei reinen Liberalitäten in Erbach (Weck und Lauteren Erb. Landr. S. 206 f.);

5) bei Dispositionen über Immobilien, Bürgschaften und Schenkungen in Fulda (Gößmann Beiträge S. 30–39).

III. Die dritte Klasse gewährt der Ehefrau das Recht des Einspruches (*reclamatio uxoria*) und zwar ist hier zu unterscheiden:

1) Das Recht der Fränkischen Landgerichtsordnung⁴⁰⁾, mit welchem das Casteller (W. S. 62 f.) und Schweinfurter⁴¹⁾ Recht übereinstimmt.

Hiernach hat zwar der Ehemann das Recht der Verfügung bezüglich des zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens ohne Ausnahme⁴²⁾, und die betreffenden Verfügungen sind an sich gültig, indessen ist der Ehefrau unter gewissen Voraussetzungen das

der Veräußerung; dagegen muß er bei Verpfändungen den Konsens der Frau beibringen. S. unten Note. 53.

⁴⁰⁾ Schelhaß Darstellung des W. RN. S. 37. Seuffert de reclamatione uxoria 1815.

⁴¹⁾ Hier kommt die fränkische LGO. als subsidiäres Recht zur Anwendung.

⁴²⁾ Erf. 3|5. 51. Bl. XXV, 221. Dieß gilt namentlich auch für Bürgschaften (gegen Schelhaß S. 268) und ist nicht auf Immobilienverträge beschränkt. Erf. 7|6. 61 Bl. XXVII, 363.

Recht der Reklamation gegeben. Sie kann nämlich gegen einseitige ⁴³⁾ Verfügungen des Mannes binnen 6 Wochen ⁴⁴⁾ von dem Zeitpunkte an, in welchem sie Kenntniß von der Verfügung erhalten hat, bei dem Gerichte des Wohnortes des Ehemannes ⁴⁵⁾ Klage auf Rescission des Geschäftes stellen. Den Anfechtungsgrund bildet die Behauptung, daß das fragliche Rechtsgeschäft dem gemeinsamen Vermögen zu merklichem Nachtheile gereichen werde; doch ist dabei weder Verletzung über die Hälfte ⁴⁶⁾, noch erforderlich, daß der Schaden bereits eingetreten sei ⁴⁷⁾. Die Reklamation findet nicht Statt bei der Verfügung über noch nicht existente Ansprüche ⁴⁸⁾, gegen Vergleiche ⁴⁹⁾, Darlehensverträge ⁵⁰⁾ und Viehkaufverträge (Schelhaß §. 38, 3), welche vielmehr sofort mit dem Abschlusse unanfechtbar sind.

2) Das Bamberger Landrecht. Hiernach hat die Ehefrau das Recht, binnen vier Wochen von erlangter Wissenschaft an zu widersprechen, bezw. die Auflösung gerichtlich zu beantragen, bei Schenk-

⁴³⁾ Hat die Ehefrau eingewilligt, oder mitkontrahirt, so findet die Reklamation nicht statt. Schelhaß §. 38, 7.

⁴⁴⁾ Schelhaß §. 38, 5. Gegen Versäumung der Frist ist Restitution gegeben. Erf. 13|7. 42. Bl. IX, 286.

⁴⁵⁾ Erf. 7|6. 61. Bl. XXVII, 252 gegen Schelhaß §. 38, 10.

⁴⁶⁾ Erf. 2|9. 62. Bl. XXVII, 250.

⁴⁷⁾ Erf. 7|6. 61. Bl. XXVII, 336.

⁴⁸⁾ Erf. 3|5. 53. Bl. XXVIII, 356. Ueber derartige Ansprüche der Frau kann der Ehemann nur mit Einwilligung derselben verfügen. Zu diesen noch nicht existenten Ansprüchen ist jedoch nicht das Klagerecht der Ehefrau auf Grundtheilung gegen ihre Eltern zu rechnen. Erf. 23|11. 66 Bl. XXXII, 156.

⁴⁹⁾ Erf. 21|4. 57. Bl. XXIII, 254. Andere Erkenntnisse f. Bl. XXVII, 251, 1.

⁵⁰⁾ Erf. 5|7. 45. Bl. XVII, 251. 1.

ungen an Dritte, welche über den Stand des Mannes sind oder der Ortsgewohnheit nicht entsprechen, bei Vertauschung einer unbeweglichen Sache mit einer beweglichen, bei Verkauf einer unbeweglichen Sache, wenn der Kaufschilling nicht sofort zur Erwerbung eines Surrogates verwendet wird, und bei ungewissen und gefährlichen Handlungen ⁵¹⁾. Dagegen ist ausdrückliche Einwilligung der Ehefrau erforderlich bei Bürgschaften ⁵²⁾, Hypothekbestellung ⁵³⁾ und Gutzübergabe ⁵⁴⁾. In allen anderen Fällen dagegen ist die Dispositionsbefugniß des Ehemannes unbeschränkt (RN. I. 2. 7. 2. S. 184).

III.

Vermögensauseinandersetzung bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten.

Es ist oben bereits ausgeführt, daß, wie früher für die Abweichungen der Statuten des fränkischen Rechtes, so jetzt für die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft die Behandlung des Vermögens bei Auflösung der beerbten Ehe entscheidet. So wie man früher Verfangenschaft und Theilrecht unter-

⁵¹⁾ RN. I. 2. 7. 3 und 4 S. 185, f. Erf. 25/11 61. Bl. XXVII, 142.

⁵²⁾ RN. I. 2. 7. 11 und 12 S. 187. Erf. 10/5. 44. Bl. XXIII, 284 und 28/12. 52. Bl. XXIV, 188. Dasselbe gilt von Uebnahme einer solidarischen Haftung. Erf. 13/12. 30. Spies Handb. S. 65.

⁵³⁾ RN. I. 2. 7. 18. S. 190. Doch genügt die Zustimmung der Frau bei der Begründung und ist Beziehung zur Eintragung nicht erforderlich. Erf. 21/2. 48. Bl. XV, 313.

⁵⁴⁾ RN. I. Anh. 2. 1. 5. S. 68. Erf. 9/8. 47. Bl. XIV, 318.

schied, je nachdem der überlebende Ehegatte lebenslänglich unabgetheilt blieb oder nicht ⁵⁵⁾, so unterscheiden sich jetzt die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft in die der Abtheilung mit Weisig, der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, und des Alleinerbrechtes des überlebenden Ehegatten. Diese drei Kategorien, die sich auch in allen anderen Statuten des fränkischen und schwäbischen Stammesrechtes, die allgemeine Gütergemeinschaft erhalten haben, wiederholen, sind bei uns durch die drei größten Rechtsgebiete repräsentirt, nämlich Theilrecht durch Bayreuth (ebenso Nürnberg und Hohenlohe), fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Bamberg, Alleinerbrecht durch Würzburg. Die hier in Betracht gezogenen 21 Statuten lassen sich (mit Ausnahme von Thurnau) nach ihrem Inhalte bestimmt einer von diesen drei Kategorien zutheilen, und zwar gehören 7 zum Theilrechte, 3 zur fortgesetzten Gütergemeinschaft und 11 zum Alleinerbrechte des überlebenden Ehegatten.

I. Abtheilung mit Weisig des überlebenden Ehegatten.

Das Charakteristische dieser Form besteht darin, daß mit dem Tode des Ehegatten die Kinder Erben desjenigen Vermögenstheiles werden, welchen sie bei der demnächstigen Auseinandersetzung anzusprechen haben. Dieß ist theils eine Quote des ganzen Vermögens, wie es zur Zeit der Auflösung der Ehe vorliegt, theils das Vermögen des verstorbenen Ehegatten, welches durch Auszeigung oder durch Herausziehung des Vermögens des überlebenden Ehegatten hergestellt wird. Die hieher gehörigen Statuten sind: Nürnberg ⁵⁶⁾, Hohenlohe,

⁵⁵⁾ S. meine Gütereinheit bei Bekker III. 327.

⁵⁶⁾ Daß hier nach dem Vermögensstande zur Zeit der Auflösung der Ehe abzutheilen sei und nicht fortge-

Bayreuth, Dinkelsbühl, Fürstenthum Kempten, Stadt Kempten, Lindau. Daß aus diesen Statuten sich ergebende Rechtsverhältniß ist nun folgendes:

A. Bei unbeerbter Ehe.

1) Daß Recht der Stadt Lindau läßt den überlebenden Ehegatten mit Ausschluß der Ascendenten und Seitenverwandten allein erben (Weber IV, 726).

2) Nach Nürnberger Recht wird das ganze Vermögen zur Hälfte getheilt und es erhält der Ueberlebende, wenn er mit Ascendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern konkurriert, $\frac{1}{2}$, wenn mit entfernteren Seitenverwandten, $\frac{2}{3}$ des Antheiles des Verstorbenen (Siebenknecht Int.-Erbf. §. 60, 61).

3) Nach den übrigen Rechten wird, wenn Seitenverwandte konkurriren, das gemeinschaftliche Vermögen ganz oder theilweise aufgelöst. Nach dem Rechte der Stadt Dinkelsbühl und der Stadt Kempten schließt der überlebende Ehegatte Seitenverwandte aus, und gibt Ascendenten in Dinkelsbühl ein Viertel des Vermögens des Verstorbenen (St. I. 2. 1. Arnold I, 263), in Kempten ein Drittel des Vermögens des Verstorbenen nach Abzug des Heirathsgutes und der Erbschaften desselben (Weber IV. 699). Nach dem Rechte des Fürstenthumes Kempten bleibt der überlebende Ehegatte, wenn er nicht wieder heirathet,

sehte Gütergemeinschaft eintrete, ist im Ort. 27/10. 49. Bl. XV, 108 ausdrücklich anerkannt. Nach Gengler Pr.-R. 1001 und Staudinger (Bl. XXIII, 353) faßt die Praxis das Verhältniß des überlebenden parens zu den Kindern als fortgesetzte Gütergemeinschaft auf. Allein, wie Lektierer ausführt, sind weder die Erwerbungen noch die Nutzungen gemeinsam, also keine Fortsetzung im eigentlichen Sinne; er nennt das Verhältniß Spezial- oder Partikulargemeinschaft, die sonst in dieser Form nicht vorkommt. S. auch Rosenkrantz Handbuch S. 71.

lebenslänglich im Genuße des Gesamtvermögens, daß bei seinem Tode unter den beiderseitigen Intestaterben zur Hälfte getheilt wird. Bei Wiederverheirathung erhält er sein Eingebrautes und was ihm vermacht ist, sonst, wenn keines von beiden vorliegt, ein Drittel des Vermögens des Verstorbenen⁵⁷⁾. Nach Bayreuther Recht schließt der überlebende Ehegatte Seitenverwandte aus, und gibt den Ascendenten des Verstorbenen ein Drittel des Vermögens desselben⁵⁸⁾. Nach Hohenloher Recht nimmt der überlebende Ehegatte sein Eingebrautes und Ererbtes heraus, und theilt das übrige Vermögen mit den Intestaterben zur Hälfte (LR. V. 2. 1).

B. Bei beerbter Ehe.

1) Zeit der Abtheilung. Sämmtliche Statuten dieser Kategorie gewähren dem überlebenden Ehegatten den Beisitz an dem aus der Abtheilung sich ergebenden Vermögen der Kinder, und zwar in der Art, daß die wirkliche Abtheilung nicht sofort mit dem Tode des anderen Ehegatten zu geschehen hat, sondern erst mit der Wiederverheirathung⁵⁹⁾, oder wenn die schlechte Wirthschaft desselben Sicherheitsmaßregeln erforderlich macht⁶⁰⁾. Außerdem hat er das Recht lebenslänglich unabge-

⁵⁷⁾ Sammlung §. 181, wo die fortdauernde Anwendbarkeit dieser Bestimmung ohne Grund bezweifelt wird.

⁵⁸⁾ L.-Konst. VII 6. 9. Arnold I, 178, 2, wo ausgeführt ist, daß der Ueberlebende sein eingebrachtes Vermögen vorabziehen darf.

⁵⁹⁾ Dinkelsbühl: Arnold, I, 264. Hohenlohe: LR. V. 3. 3. Stadt Kempten: Tragenordnung §. 166, 287. Fürstenthum Kempten: Sammlung §. 182. Lindau: Vorm.-D. I, 7.

⁶⁰⁾ Stadt Kempten: Tr.-D. §. 166. Lindau: Vorm.-D. VII, 2.

theilt im Vermögen sitzen zu bleiben. Nur einzelne Statuten schreiben sofortige Verzeichnung des Vermögens bei dem Tode des Ehegatten vor ⁶¹⁾ (Papiertheilung).

2) Prinzip der Theilung. — Nur Nürnberg und Hohenlohe theilen nach Quoten ⁶²⁾, alle anderen reguliren die Abtheilung nach den ursprünglichen Bestandtheilen des gemeinschaftlichen Vermögens ⁶³⁾. In Bayreuth werden vor Allem die Passiven aus dem gemeinsamen Vermögen getilgt, sodann weist der Vater den Kindern das eingebrachte und ererbte Vermögen der Mutter aus, erhält einen Kopftheil und am Uebrigen Beisitz ⁶⁴⁾. Die Mutter nimmt die erwähnten Bestandtheile,

⁶¹⁾ Nürnberg: Siebenkees Int.: Erb. §. 45. In Bayreuth muß die Mutter immer, der Vater nur auf Verlangen sofort die Nachlaßregulirung vornehmen. Bayerlein Erbfolge §. 14 und 47. Auch die fürstl. Remptische Landesordnung Art. 91, 3 (Samml. 325) setzt dies bei der Wittwe voraus.

⁶²⁾ Nürnberg zur Hälfte ohne portio statutaria: Siebenkees §. 41 (das von Bluntschli §. 213, 5 Gesagte ist ein Irrthum, es bezieht sich, wie die Worte des Gesetzes ergeben, auf unbeerbte Ehe); Hohenlohe zu $\frac{2}{3}$ für den Mann, $\frac{1}{3}$ für die Frau mit einem Voraus an Bett und Kleidern. LR. V, 1, 3 und V, 2, 3.

⁶³⁾ Diese Form findet ihre Begründung schon in der älteren Zeit, s. Schröder Geschichte des ehel. Güterrechtes II, 185; Wächter Wirt. Pr.: R. I, 215; Sandhans 684; sie hat sich in den schwäbischen Stadtrechten daraus entwickelt, daß die Verfaugenschaft auf das Vermögen des Verstorbenen beschränkt war, was z. B. auch in Frankfurt mit Reception des römischen Rechtes eintrat. Schwarz GG. 25.

⁶⁴⁾ Bayerlein §. 15. Bestritten ist seit lange, zu welchem Vermögenstheile die Errungenschaft gerechnet werde. Neuerdings hat der OGH. gegen frühere Erkenntnisse ausgesprochen, daß der überlebende Vater

und theilt das übrige nach Köpfen (Bayerlein §. 57 f.). Läßt sich der Betrag des Frauenvermögens nicht herstellen, so wird $\frac{1}{3}$ des Gesamtvermögens als solches angenommen (Sächsisches Drittel?). Immer kann der überlebende Ehegatte nach seiner Wahl mit den Kindern Grundtheilung vornehmen, nämlich das ganze Vermögen nach Köpfen durchtheilen⁶⁵). In Dinkelsbühl gibt bei Abtheilung der überlebende Ehegatte den Kindern die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen (Eingebrachtes, Ererbtes, halbe Errungenschaft) heraus, und hat an der anderen Hälfte lebenslänglichen Beisitz (St. I. 2. 6 f. Arnold I. 264). In der Stadt Rempten hat der überlebende Ehegatte erst bei Wiederverheirathung das Vermögen des verstorbenen (Heirathsgut, Ererbtes, Errungenschaft) auszuweisen, und erhält bei einem Kinde die Hälfte, bei mehreren einen Kinderstheil als portio statutaria, am Uebrigen Beisitz (Tragenei: D. §. 173 f. und §. 293, Weber IV. 611 f.). Nach dem fürstlich Remptischen Rechte hat der Ehemann lebenslänglichen Beisitz an dem mütterlichen Vermögen der Kinder ohne die Verpflichtung zur Abtheilung, aber ohne Befugniß der Verringerung. Die Wittve muß bei Wiederverheirathung abtheilen, indem sie ihr Zugebrachtes herausnimmt, und vom übrigen Vermögen einen Kinderstheil erhält (LD. Art. 91. Sammlung 326). Nach dem Rechte der Stadt Lindau wird das Vermögen des Verstorbenen (Zugebrachtes, Ererbtes, Errungenes) den Kindern versungen.

die Errungenschaft nicht zu theilen habe: Erl. 10/3 60. Bl. XXX, 284, was auch nach der L.-Konst. VII, 15 nicht bezweifelt werden kann; die anscheinend widersprechende Bestimmung der L.-Konst. VII, 7 ist nur auf den Stiefvater zu beziehen. Die Litteratur über diese Frage s. Bl. XXX, 285.

⁶⁵) Bayerlein §. 41. Die Abtheilung mit Stiefkindern richtet sich nicht nach diesen Grundsätzen.

Der Ueberlebende hat lebenslänglichen Nuggenuß daran, auch wenn er sich wieder verheirathet, darf aber nur mit obrigkeitlicher Erlaubniß etwas veräußern, und es kann ihm unter Umständen die Administration entzogen werden; auch muß er bei Wiederverhehelichung das Vermögen versichern ⁶⁶⁾).

II. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Mit diesem Ausdrücke werden häufig sowohl die Abtheilung mit Beisitz ⁶⁷⁾, als das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten ⁶⁸⁾ bezeichnet; ich beschränke denselben auf die sogenannte fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Gebeih und Verderb, deren charakteristische Eigenthümlichkeit darin besteht, daß der überlebende Ehegatte, der mit den Kindern die Gemeinschaft fortsetzt, bezüglich gewisser Dispositionen an deren Einwilligung gebunden ist, und während der Dauer des Verhältnisses seinen Erwerb zu konferiren hat. Diese Form, die auch sonst nicht häufig vorkommt, (Gengler Pr.:R. 1123) läßt sich in Bayern nur für zwei Statuten, Bamberg und Erbach nachweisen ⁶⁹⁾.

Das Rechtsverhältniß ist hier folgendes:

I. Bei unbeerbter Ehe ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe des ganzen Vermögens ⁷⁰⁾.

⁶⁶⁾ Lindauer Vogtei- und Vorm.-O. von 1738 Tit. 7. *Waleh de bonis profeectitiis liberorum Lindaviensium*. Jena 1753.

⁶⁷⁾ J. B. von Eichhorn Pr.:R. §. 309; über Nürnberg s. oben Note 56; über Dinkelsbühl Arnold I, 530.

⁶⁸⁾ So rechnet Arnold I, 345 Eichstädt, I, 615 Dettingen, I, 633 Pappenheim und I, 839 Windsheim, Rosenfranz Handbuch 66 aber sämtliche Statuten des Alleinerbrechtes hieher.

⁶⁹⁾ Auch Thurnau wird hieher gezählt und gehört wahrscheinlich hieher, allein die Angaben bei Weber I, 1144 sind nicht ausführlich genug, und andere Quellen fehlen.

⁷⁰⁾ Erbach: Bed 233; Bamberg: LR. I. 2. 10. 1. §.

II. Bei beerbter Ehe tritt Fortsetzung der Gütergemeinschaft ein, für welche folgende Grundsätze gelten:

1) Der überlebende Ehegatte verwaltet das Gesamtvermögen und ist in derselben Ausdehnung, wie während der Ehe der Ehemann, zur Vertretung der Gemeinschaft legitimirt⁷¹⁾. In der Disposition ist nach Erbacher Recht die Stellung der Kinder analog der der Ehefrau; es ist ihre Einwilligung zur Verfügung über Immobilien und zu reinen Liberalitäten erforderlich (Bef 259). Dagegen ist nach Bamberger Recht die Einwilligung nur erforderlich zu ungewissen und gefährlichen Geschäften⁷²⁾, zu ungebührlichen Schenkungen⁷³⁾ und Bürgschaften⁷⁴⁾. Zu allen anderen Verfügungen, namentlich auch zu Veräußerung und Verpfändung, ist Einwilligung der Kinder nicht erforderlich, und ist auch ein Widerspruchsrecht derselben nicht begründet (LR. I. 2. 10. 17—19 S. 217). Während der Dauer des Verhältnisses fällt der Erwerb der Eltern, nicht aber der der Kinder, in die Gemeinschaft⁷⁵⁾.

2) Die Auflösung erfolgt nach Erbacher Recht bei Wiederverhehlung des überlebenden Ehegatten, wenn nicht Einfindschaft eintritt, und durch freiwillige Abfindung; in beiden Fällen wird das Vermögen zwischen parens und Kindern zur Hälfte getheilt (Bef 264 f.). Nach Bamberger Landrecht dage-

211. Dies erstreckt sich aber nicht auf das Son-
dergut, über das der Eigenthümer testiren kann. LR.
I. 2. 6. 8 S. 180.

⁷¹⁾ Erf. 7|8. 47. Bl. XIV, 334.

⁷²⁾ Als solche erscheinen alle, bei denen ein Vermögens-
verlust in Aussicht steht; Erf. 25|11. 61. Bl. XXVII,
142.

⁷³⁾ Erf. 27|1. 62. Bl. XXVII, 391.

⁷⁴⁾ Erf. 13|2. 60. Bl. XXV, 110.

⁷⁵⁾ Erbach: Bef 250; Bamberg: LR. I. 2. 10. 5.
S. 213.

gen sind die Fälle ausdrücklich vorgeschrieben, in welchen Grundtheilung beantragt oder angesprochen werden kann; es sind dies nämlich folgende:

a) wenn für die zweite Ehe der Güterstand der wechselseitigen Erbfolge oder Errungenschaftsgemeinschaft verabredet wird ⁷⁶).

b) Wenn der Güterstand des gemeinen Rechtes verabredet wird, so können die Kinder binnen drei Monaten auf Grundtheilung bringen, insoferne das Einbringen des neuen Ehegatten nach richterlichem Ermessen nicht entsprechend ist, außerdem gelten die Kinder der neuen Ehe als stillschweigend vereinfandschaftet, den Eltern dagegen steht es nicht zu, Grundtheilung zu verlangen (V.R. II. 1. 3. 1–5 S. 232).

c) Gilt für die zweite Ehe der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, so kann mit allseitiger Einwilligung Aufhebung der Gütergemeinschaft mit Abfindung der Kinder durch Herausgabe des Eingebrauchten ihres verstorbenen Elterntheiles eintreten (V.R. II. 1. 4. 11. S. 245). Außerdem sind durch das Gesetz die Fälle bestimmt, in welchen auf einseitiges Verlangen eines der Interessenten die Grundtheilung vorgenommen werden muß, und in welchen sie richterlich verfügt werden kann, wenn sie nicht vertragsmäßig vollzogen wird ⁷⁷). Bei Grundtheilung wird das gemeinschaftliche Vermögen nach Köpfen durchgetheilt (V.R. II. 1. 4. 11. S. 245).

(Schluß folgt.)

⁷⁶) V.R. II. 1. 3. 8. und 9 S. 235; hier muß immer abgetheilt werden.

⁷⁷) Ich muß hier auf Speß Handbuch des Bamberger Provinzialrechtes verweisen, der S. 121 die Fälle spezialisirt. Das Landrecht, das kasuistisch Alles bestimmen will, gibt noch eine Reihe von Vorschriften für fernere Ehen, die ich hier übergehe.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Bedingung und Zeitbestimmung, in die Willkür des Verpflichteten gestellt.

Vergl. Scuffert's Archiv Bd. III Nr. 151.

Auf eine Darlehensklage erwiderte der Beklagte, er sei nach einem mit dem Kläger getroffenen Uebereinkommen zur Darlehenszahlung erst dann verbunden, wenn er sein Anwesen zu K. veräußert haben werde, was aber noch nicht geschehen sei.

Gegen das Erkenntniß der II. Instanz, welches dem Beklagten den Beweis dieser Uebereinkunft auflegte, revidirte Kläger, weil eine rechtswirksame Einrede gar nicht vorliege, indem die behauptete Bedingung in die reine Willkür des Beklagten gestellt, sohin als nicht gesetzt zu betrachten sei, und weil, wenn der Beweis des Uebereinkommens dennoch als zulässig erachtet würde, Beklagter noch ferner zu beweisen hätte, daß er sein Anwesen noch nicht veräußert habe, weil die fragliche Uebereinkunft nur in Verbindung mit diesem Umstande den Beklagten einstweilen von der Klage befreien könnte.

Der oberste Gerichtshof bestätigte das Erkenntniß II. Inst. und führte hierzu an:

„Allerdings bestimmt das zur Anwendung kommende bayer. Landrecht in Th. IV Kap. I §. 8, daß solche Bedingungen, kraft welcher eine Verbindlichkeit lediglich dem freien Willen des Verpflichteten überlassen ist, eine rechtliche Wirksamkeit nicht zu äußern vermögen; allein es wird hier zugleich die weitere Bestimmung beigefügt, daß obige Regel nicht zur Anwendung komme, wenn dergleichen Bedingnisse nicht so fast substantiam obligationis als vielmehr modum solutionis betreffen. Die in der behaupteten Uebereinkunft enthaltene Bedingung berührt nicht die Substanz der

Obligation, nicht das Wesen des in Mitte liegenden Darlehensgeschäftes, sondern bezieht sich lediglich auf die Art und Weise der Zahlung, erscheint also gesetzlich zulässig. — Diese Annahme findet ihre Bestätigung auch in Th. IV Kap. XIV §. 9 Ziff. 4, wo sogar einer Vereinbarung Giltigkeit beigelegt wird, nach welcher dem Schuldner gestattet ist, nach Gelegenheit und eigenem Belieben zu zahlen.

Auch der eventuelle Revisionsantrag erscheint nicht begründet. Für den Einredebeweis des Beklagten genügt es, wenn er das dieser Einrede zu Grunde liegende Factum beweist, da für die Fortdauer eines einmal bestehenden Zustandes die Vermuthung spricht, und es vielmehr Sache des Klägers gewesen wäre, in der Replik das Aufhören dieses Zustandes zu behaupten, nämlich mit dem Afferte hervortreten, daß die fragliche Veräußerung bereits stattgefunden habe, was jedoch nicht geschehen ist.“

OABG. v. 28. Febr. 1868 Reg.-Nr. 1503^{60/67}.

Nachschrift des Einsenders. Dieser nach bayerischem Rechte entschiedene Fall wäre in gleicher Weise auch nach gemeinem Rechte zu entscheiden.

Nur die auf das bloße Wollen (*si velit*) gestellte Bedingung schließt das Dasein einer Obligation aus; ist aber die Bedingung auf eine äußere Handlung des Verpflichteten gestellt, so wird, wenn diese Handlung auch ganz von dem Willen desselben abhängt, hiedurch die Giltigkeit der Obligation keineswegs beeinträchtigt. Savigny Syst. Bd. III S. 131 u. 132.

Indessen handelt es sich hier gar nicht um eine Bedingung. Unbestritten liegt ein Darlehen vor und der Mutuar ist stets verbunden, das Empfangene zurückzuzahlen. Hingegen diese Verbindlichkeit erst noch von einer Bedingung ab, so müßte ein anderes Geschäft als ein bloßes Darlehen vorhanden sein. Die Zahlungsverbindlichkeit des Beklag-

ten steht also vollkommen fest, und es handelt sich bei der in Mitte liegenden Uebereinkunft, nach welcher die Frage, wann die Zahlung zu leisten sei, von einer willkürlichen Handlung des Mutuars abhängt, lediglich um eine Zeitbestimmung.

Nun fehlt zwar im gemeinen Rechte eine ausdrückliche Vorschrift, nach welcher, wie nach bayer. Rechte, die Zahlung in solchem Falle erst nach dem Tode des Verpflichteten verlangt werden kann, wenn dieser die betreffende Handlung nicht bei Lebzeiten vornimmt; man pflegt aber die Frage dennoch in gleicher Weise zu beantworten, indem man sich hierfür auf fr. 4 locati (19, 2) und fr. 32 de donat. (39, 5) beruft. Indem aber diese Stellen nur von dem Falle sprechen, daß eine Bestattung mit dem Tode des Bestattenden aufhört, während es sich in unserem Falle darum handelt, daß eine als Recht eingeräumte Zahlungsausschubung mit dem Tode desjenigen, welchem sie eingeräumt wurde, ihr Ende erreiche, so scheinen dieselben auf unseren Fall wenig zu passen; gleichwohl aber läßt sich behaupten, daß sie für diesen ein vollständiges Argument zulassen, weil der Wille des Menschen mit dem Tode desselben aufhört, sohin auch der lediglich von diesem Willen abhängige Aufschub der Erfüllung einer an sich feststehenden Verbindlichkeit aufhören muß. Vergl. fr. 9 qui sine manumiss. (40, 8). Läge der Aufschub auch noch in der Willkür der Erben, so könnte dieses zu einer gänzlichen Nichterfüllung führen.

Bezüglich der durch die eventuelle Revision angeregten Frage ist bereits in diesen Blättern Bd. XXV S. 97 (vergl. daselbst S. 282) das Nähere ausgeführt, indem, was dort von der Bedingung gesagt ist, in gleichem Maße auch von der Zeitbestimmung gilt.

Rm.

Dr. J. A. Senffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten. (Schluß.)
— Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des Kindes vor dessen Geburt.

Die allgemeine Gütergemeinschaft der bayerischen Statuten,

von Prof. Paul Roth in München.

(Schluß.)

III. Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten.

Diese Form, die sich auch anderwärts am meisten verbreitet hat⁷⁸⁾, liegt in der Mehrzahl

⁷⁸⁾ Sie lag den westfälischen Statuten zu Grunde, s. die Uebersicht bei Sommer im Neuen Archiv für Preussisches Recht XI, 291. Bekanntlich wurde nach langen Verhandlungen durch das Gesetz vom 16. April 1860 für Westfalen der Grundsatz in der Hauptsache anerkannt. Da diese Form den Statuten von Paderborn, Münster und Minden ursprünglich angehört, und ebenso, wie die Darstellung von Petersen zeigt, in dem Rechte von Osnabrück sich ausgebildet hat, wozu bei uns noch Würzburg, Eichstädt und Fulda kommen, so scheint eine gleichzeitliche Rechtsbildung in den geistlichen Fürstenthümern angedeutet, die sich auch bei anderen Rechtseinstituten findet, ohne daß ich mir den Grund zu erklären wüßte.

der bayerischen Statuten vor, nämlich Würzburg, Castell, Schweinfurt⁷⁹⁾, Windsheim, Pappenheim⁸⁰⁾, Kaufbeuren, Fulda, Eichstädt, Weisenburg, Dettingen und Nördlingen⁸¹⁾. Es treten hier folgende Verhältnisse ein.

A. Bei unbeerbter Ehe ist der überlebende Ehegatte nach einem Theile der Statuten Alleinerbe⁸²⁾, während andere Statuten die Ascendenten konfisciren lassen⁸³⁾.

⁷⁹⁾ Diese drei sind mit wenigen Abweichungen identisch; namentlich ist die Casteller LB. nichts als eine ungeschickte und schwülstige Paraphrase der Frankischen LGO.; der materielle Inhalt ist bezüglich des ehelichen Güterrechtes fast gleich.

⁸⁰⁾ Diese beiden rechnet Arnold zur prorogirten Gütergemeinschaft; allein die freie Dispositionsbefugniß des parens superstes spricht dagegen, in Windsheim überdies der Umstand, daß er über das Ganze testiren kann, und den Kindern nur den gemeinrechtlichen Pflichttheil lassen muß.

⁸¹⁾ Die fünf letzteren Statuten können schon deshalb nicht zu der fortgesetzten Gütergemeinschaft gerechnet werden, weil der wiederheirathende parens nicht eine Quote des Vermögens, sondern einen nach den Umständen zu bestimmenden Voraus herausgibt.

⁸²⁾ Eichstädt: Arnold: I. 346; Pappenheim: Arnold I. 632; Windsheim: Arnold I. 839; Fulda: Gößmann §. 49. In Nördlingen, wenn die Ehe über Jahresfrist gedauert hat, außerdem er das Vermögen der Verstorbenen mit den Verwandten zur Hälfte theilt, Arnold I. 475. In Würzburg, Schweinfurt und Castell kann die allgemeine Gütergemeinschaft bei unbeerbter Ehe nur in Folge von Konfiscation vorliegen, in welchem Falle der überlebende Ehegatte Alleinerbe ist.

⁸³⁾ In Kaufbeuren muß der überlebende Ehegatte den Ascendenten des verstorbenen $\frac{1}{6}$ des reinen Vermögens herausgeben, St. 1765. Art. 5. In Dettingen und Weisenburg wird er von Ascendenten ausgeschlossen, Arnold I. 572, 829.

B. Bei beerbter Ehe geht mit dem Tode eines Ehegatten das gesammte Vermögen in der Art auf den überlebenden Ehegatten über, daß derselbe die ausschließliche Disposition darüber auch nach denjenigen Statuten hat, welche während der Dauer der Ehe die einseitige Disposition des Ehemannes für alle oder einzelne Geschäfte ausschließen⁸⁴⁾. Er kann also nicht nur einseitig Verträge überhaupt schließen, sondern ist namentlich in der Disposition über Immobilien nicht beschränkt. Die Frage, welches Rechtsverhältniß dabei vorliege, namentlich, ob die Kinder als Erben ihres verstorbenen parens und demnach als Theilhaber des gemeinsamen Vermögens anzusehen seien (s. g. Kondominialprinzip) oder ob der überlebende parens Alleineigenthümer des ganzen Vermögens werde (Konsolidationsprinzip⁸⁵⁾), kann von vorneherein für

⁸⁴⁾ Dieß gilt namentlich in Eichstädt: Art. 23/11. 59. Bl. XXV, 145 (gegen Arnold I, 345); Fulda: Gößmann §. 49; Kaufbeuren, wo das Statut dem überlebenden Ehegatten keinerlei Beschränkung auflegt, dann Würzburg, Castell und Schweinfurt, wo das der Ehefrau eingeräumte Reklamationsrecht den Kindern nicht zusteht. Von den anderen Statuten gewähren Dettingen und Pappenheim dem Ehemanne während der Ehe freie Disposition, während Nördlingen, Weissenburg und Windsheim keine Bestimmung enthalten (oben Note 36).

⁸⁵⁾ Es war dies Veranlassung zu langjährigen Differenzen zwischen dem Berliner Obertribunal und dem Baderborner Oberlandesgericht, von denen ersteres das Kondominial-, letzteres das Konsolidationsprinzip vertrat. Die beste Uebersicht gibt Budde Beitrag 2c. in Sommer neues Archiv XI, 471, der sich mit schlagenden Gründen für das Letztere erklärt. In dem neuen Gesetze vom 16. April 1860, durch welches die allgemeine Gütergemeinschaft in der ganzen Provinz Westfalen mit Ausnahme weniger Bezirke eingeführt und einheitlich geregelt ist, ist ein Mittelweg eingeschlagen.

diejenigen Statuten gar nicht aufgeworfen werden, nach welchen die Kinder bei Abschichtung nur eine nach den Umständen festzusetzende Abfindung anzusprechen haben ⁸⁶⁾). Andererseits ist in der fränkischen Landgerichtsordnung ⁸⁷⁾ und dem Fuldaer Rechte (Gößmann S. 50) das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten ausdrücklich, in dem Windsheimer Rechte aber indirekt dadurch anerkannt, daß hier der überlebende Ehegatte über das ganze Vermögen testiren kann, und nur das gemeinrechtliche Pflichttheilsrecht der Kinder wahren muß (Arnold I, 840). Zweifelhaft könnte daher nur sein das Recht von Pappenheim und Kaufbeuren ⁸⁸⁾, bei denen aber die vorliegenden Bestimmungen keinen Anhaltspunkt für das Miteigenthum der Kinder gewähren. Der überlebende Ehegatte bleibt demnach Alleineigenthümer des Vermögens, bis er nach den gesetzlichen Bestimmungen mit den Kindern theilen muß. Dies ist der Fall:

1) bei Wiederverheirathung nach allen Statuten außer nach Fuldaer Recht, welches die gesetzliche Einkindschaftung mit Vorausregulirung vor-

⁸⁶⁾ Es sind dies: Eichstädt, Weigenburg, Dettingen und Nördlingen s. unten Note 92 folg. Für Eichstädt ist das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt in Erl. 23/11. 59. Bl. XXV, 145.

⁸⁷⁾ In Erl. 13/1. 62. Bl. XXVII, 171 ist gegen Scheibach §. 35 ausgeführt, daß nach den klaren gesetzlichen Bestimmungen der Fr. L.O. den unabgetheilten Kindern keine Miteigenthumsrechte, sondern nur theils einzelne Ansprüche, theils eventuelle An- und Erbrechte zustehen; dasselbe gilt für das Schweinfurter Recht, und nach dem Inhalte der Casteller L.O., obwohl diese §. 103 von Fortsetzung der Gütergemeinschaft spricht.

⁸⁸⁾ Hier galt früher Theilrecht mit Weisß, ähnlich wie in Lindau: Hörmann Kaufburae privil. §. 37; das jetzige Recht beruht nur auf dem Statute von 1765.

schreibt ⁸⁹⁾), während nach den übrigen Statuten die Einkindschaft, welche allerdings die Abtheilung ausschließt, nur vertragsmäßig ist ⁹⁰⁾).

2) In den durch einzelne Statuten besonders bestimmten Fällen ⁹¹⁾).

Das Prinzip der Theilung ist verschieden, indem

1) die eine Klasse von Statuten für die Abtheilung nicht ein Quotenverhältniß festsetzt, sondern die Abfindung der Kinder in dem einzelnen Falle nach bestimmten gegebenen Anhaltspunkten normiren läßt. In Eichstätt wird der Voraus den Kindern nach vernünftigem Ermessen bestimmt, kann also auch unter der Hälfte des Vermögens betragen (Arnold I, 347, 1). In Weissenburg erhalten bei Abtheilung die Kinder gewisse Effekten des verstorbenen parens und eine Abfindung, welche früher zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Betheiligten vereinbart wurde ⁹²⁾), jetzt nach dem „Eingebrachten“ des verstorbenen Ehegatten regulirt wird, wovon die

⁸⁹⁾ Gögmann §. 51 f. Grundtheilung muß nur vorgenommen werden, wenn die Eltern der ersten Ehe verstorben sind, und der überlebende Stiefparens sich wieder verehelicht. Gögmann §. 61.

⁹⁰⁾ Dieses gilt namentlich nach der fränkischen LQD. und den verwandten Rechten, da der überlebende parens zur Einkindschaftung nicht gezwungen werden kann.

⁹¹⁾ Die fränkische LQD. enthält sehr ausführliche Bestimmungen, die sich theilweise auch auf das Rechtsverhältniß während der Ehe beziehen s. Schelhaß §. 45, 46; ähnlich die Statuten von Schweinfurt und Castell. Außerdem kann wegen Verschwendung des überlebenden Ehegatten eingeschritten werden in Fulda: Gögmann §. 50; die anderen Statuten geben keine Vorschriften.

⁹²⁾ Roth de successione conjugum Weissenburg. Altorf 1767. §. 22.

Hälfte dem überlebenden Ehegatten bleibt ⁹³⁾). In Dettingen sollen die Kinder erster Ehe von dem zur zweiten Ehe schreitenden Gatten „mit einem väterlichen oder mütterlichen nach dem vorhandenen Vermögen ad protocollum bedacht werden“ (W.D. 22/11. 1772. Arnold I, 614).

In Nördlingen soll bei Wiederverehelichung der überlebende Ehegatte „Auszeigung thun, was und wie viel der verstorbene Vater oder Mutter in die Haushaltung gebracht, und nach dessen Befindung für väter- und mütterlicher Gebühr wie recht und billig sich vergleichen, die verglichene und bestimmte Summa schriftlich verfassen“ (St. III, 10; Arnold I, 477). Wie der Wortlaut des Gesetzes ergibt, wird der den Kindern auszuweisende Betrag durch Vertrag festgesetzt, wobei das Einbringen des verstorbenen Ehegatten den Anhaltspunkt gewährt ⁹⁴⁾).

In den angeführten vier Statuten tritt das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten ganz be-

⁹³⁾ Arnold I, 827 Note 2 nach Aufzeichnungen in der AG.-Bibliothek. Der Ausdruck „Eingebrachtes“ wird hier wörtlich zu nehmen, also nicht auf das während der Ehe ererbte und errungene Vermögen auszudehnen sein, da in der Note 92 citirten Stelle als langjährige Übung bezeugt ist, daß der überlebende Ehegatte regelmäßig die ganze Ertrungenschaft behält.

⁹⁴⁾ Dieß entspricht auch der älteren Praxis, welche Ayrer (Troeltsch) in *Analecta Statut. Noerdling.* Gött. 1749 §. 19 bezeugt: *portionem liberis assignandam lex non definit, sed privatae conventioni relinquit*; dasselbe ergibt sich aus *Donauer Consilia* 144, 6. wo die gleiche Observanz bezeugt ist, da hier von einem mütterlichen Eingebrachten von 1600 fl. den Kindern ein Voraus von nur 400 fl. rechtsgiltig d. h. unter Zuziehung der Verwandten und mit obrigkeitlicher Genehmigung ausgewiesen war, worüber sich der Verfasser sehr ereifert.

stimmte hervor. Die Kinder sind nicht Erben des verstorbenen Ehegatten, sondern haben nur einen persönlichen Anspruch auf eine von dem überlebenden Ehegatten bei Wiederverheirathung zu bestimmende Abfindungssumme, für deren Feststellung in Weissenburg und Nördlingen⁹⁵⁾ das Vermögen des Verstorbenen einen Anhaltspunkt gewährt, nicht aber entscheidet. Hier bleibt also nicht einmal der Vermögensstand zur Zeit der Auflösung der Ehe, noch viel weniger der zur Zeit der Abtheilung die Grundlage der Berechnung. Als fortgesetzte Gütergemeinschaft kann aber dieses Verhältniß um so weniger bezeichnet werden, als hier der überlebende Ehegatte allein disponirt, und der Erwerb sowohl des Ehegatten als der Kinder nicht in die Gemeinschaft fällt.

2) Die andere Klasse theilt nach Quoten des reinen Vermögensstandes zur Zeit der Abtheilung, und zwar Kaufheuren in der Art, daß der überlebende Ehegatte sein eingebrachtes und während der Ehe durch Schenkung oder Erbschaft erworbenes Vermögen zum Voraus herausnimmt und das übrige Vermögen nach Abzug der Schulden mit den Kindern zur Hälfte theilt (Statut 1765 Art. 4). In Pappenheim theilt der überlebende parens das reine Vermögen mit den Kindern zur Hälfte (Arnold I, 633); in Windsheim theilt er ebenso zur Hälfte, und erhält von der Kinderhälfte einen Kopftheil (Arnold I, 840). Nach der fränkischen LWD. und der Kasteller LB. erhält der abtheilende parens $\frac{1}{3}$, die Kinderseite $\frac{2}{3}$, des reinen Vermö-

⁹⁵⁾ Hier ist dieses Verfahren offenbar ein Rest der gesetzlichen Einkindschaft, die hier gegolten haben muß, wie in manchen anderen Statuten, noch jetzt in Fulda. Bezüglich Weissenburg's führt dies aus Sandhans 606, 21, a.

genß⁹⁶⁾; ebenso nach Schweinsfurter Stadtrecht, wenn mehrere Kinder konkurriren; mit einem Kinde theilt der parens zur Hälfte (Stat. 13, 1). In Fulda endlich erhält der abtheilende Stiefparens einen Kopftheil (Böhmann S. 60). Da nach allen diesen Statuten der Vermögensstand zur Zeit der Abtheilung maßgebend ist, so ist der Erwerb des überlebenden Ehegatten bis zum Zeitpunkte der Theilung von selbst darunter begriffen; eigenthümlich aber ist der fränkischen LCO. und den mit ihr zusammenhängenden Rechten, daß auch gewisse Erwerbungen der Kinder dem überlebenden parens zufallen, und daher in die Grundtheilung gezogen werden⁹⁷⁾.

III.

Das Rechtsverhältniß.

Kein irgend ein Institut unseres Civilrechtes hat so vielfache sich widersprechende Deutungen erfahren, als die allgemeine Gütergemeinschaft. Die älteren Praktiker hatten keinen anderen Gesichtspunkt, als den der societas⁹⁸⁾. Erst Ende des 17. Jahrhunderts wurde die Theorie des Gesamteigenthumes aufgestellt, und zwar von einem Bamberger Juristen, Justus Veracius, der 1681 einen li-

⁹⁶⁾ Schelhaß S. 44; das Sondergut ist nicht darunter begriffen.

⁹⁷⁾ Schelhaß S. 40. Es gilt dieß namentlich von der größtelterlichen Erbschaft, wenn der überlebende parens sie nicht zum Sondergute machen will.

⁹⁸⁾ C. J. B. Leyser Meditat. Sp. 184, 7, 8; diese Auffassung liegt noch den Bestimmungen des Bayer. LR. Th. I Kap. VI S. 32 zu Grunde; s. Anmerk. Nr. 4.

bellus consuetudinum principatus Bambergensis veröffentlichte, und seit Mitte des 18. Jahrhunderts allgemein namentlich auch von den Romaniſten rezipirt⁹⁹⁾. Beſonders bezüglich der allgemeinen Gütergemeinschaft wurde die neue früher unbekannte Lehre ausgeführt von Lange, die Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter 2c. Bayreuth 1766, welche Schrift mit beſonderer Rückſicht auf das Bayreuther Recht geſchrieben iſt, ſo daß alſo die Begründung und Ausführung dieſer Theorie durch Schriftſteller geſchah, die in jezt bayeriſchen Gebietstheilen lebten. Die Weiterverbreitung aber erfolgte vor allem durch Scherer, der ſeine „verworrene Lehre der allgemeinen Gütergemeinschaft“, Mannheim 1799, 2 Theile und die Unterſcheidung der regulären und irregulären Gemeinschaft darauf begründete, indem er unter letzterer Benennung Alles ſubſumirte, was ſich mit der von ihm als „regulär“ bezeichneten Theorie nicht vereinigen ließ. Dagegen trat Paſſe in ſeinem Beitrage zur Reviſion der biſherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, Kiel 1808, auf, indem er unter Verwerfung des Begriffes des Geſamteigenthumes das Rechtsverhältniß darauf zurückführte, daß die Ehegatten in Hinſicht des gemeinſchaftlichen Vermögens als eine juridiſche Perſon anzusehen ſeien. Neuerdings iſt dieß von Beſeler (Privatrecht §. 140) dahin präzifizirt, daß die Ehegatten in ihrer genoſſenſchaftlichen Verbindung das Rechtsſubjekt in der Gütergemeinschaft bildeten. Allen dieſen Auffaſſungen ſtellt ſich Duncker mit der Behauptung entgegen, daß Ehevermögen ſtehe während der Ehe in dem Alleineigenthume des Mannes, und der Frau kämen nur eventuelle Rechte daran zu (Duncker Geſammts-

⁹⁹⁾ S. Duncker Geſamteigenthum S. 9 f.

eigenthum 203). Die Mehrzahl der Schriftsteller ist seit Maurenbrecher (Privatrecht §. 486) zu der Auffassung der älteren Romanisten zurückgekehrt, und faßt diese nur präzisir dahin, daß während der Ehe das gemeinschaftliche Vermögen im Miteigenthume der Ehegatten stehe¹⁰⁰⁾.

Diese verschiedenen Theorien haben sich successiv in der Rechtsprechung des O.G. geltend gemacht. Bönnert und Seuffert waren Anhänger der Theorie vom Gesamteigenthume¹⁰¹⁾, und diese scheint lange die alleinherrschende gewesen zu sein¹⁰²⁾. Neuerdings ist dieselbe indessen für die größeren Statuten von dem O.G. verworfen, und die des Miteigenthums anerkannt, so für Bayreuth¹⁰³⁾, Bamberg¹⁰⁴⁾ und Würzburg¹⁰⁵⁾. Diese Auffassung ist für die oben untersuchten Statuten die

¹⁰⁰⁾ Runde eheliches Güterrecht §. 58 f.; Gerber §. 233; Walter §. 208; Gengler §. 184; Hillebrand §. 186.

¹⁰¹⁾ Ersterer spricht sich darüber im Commentare zum Hpp.: Gef. II, 210 unumwunden aus; Seuffert vertrat diese Auffassung wie in seiner Inauguralabhandlung, so auch später z. B. Bl. XIX, 148, 1.

¹⁰²⁾ So z. B. schon in einem Erkenntnisse bei Arnold I, 176, 1. Besonders bestimmt ist diese Auffassung hervorgehoben in den Erkenntnissen 11/11. 53, Bl. XIX, 145 und 23/11. 59, Bl. XXV, 146.

¹⁰³⁾ Erf. 28/4. 56 Bl. XXI, 501.

¹⁰⁴⁾ Erf. 27/1. 62, Bl. XXV, 392. Ein früheres Erkenntniß 21/2. 48, Bl. XV, 313 dagegen scheint für Bamberg die Dunker'sche Theorie vom Alleineigenthume adoptirt zu haben, da es annimmt, die Frau sei nicht Mitbesitzerin der Immobilien.

¹⁰⁵⁾ Erf. 24/10. 63, Bl. XXIX, 25. Hier ist ausdrücklich anerkannt, daß der vorabsterbende Ehegatte von dem überlebenden beerbt werde, indem alle Rechtsfolgen eines unbedingten Erbschaftsantrittes kraft des Gesetzes eintreten.

allein berechnete, schon weil sie sämmtlich aus der gesamten Hand hervorgegangen sind, einem Institute, welches, auf jetzige Rechtsbegriffe zurückgeführt, nur als Miteigenthum bezeichnet werden kann (Gosen kleines Kaiserrecht 131). Die Anwendung des Begriffes des Gesamteigenthumes auf das eheliche Güterrecht ist nicht, wie Viele glauben, das ursprüngliche mit der Rezeption des römischen Rechtes modifizierte; dieser Begriff entstand erst, als das römische Recht schon Alles durchdrungen hatte. Ich kann hier nicht die Gründe wiederholen, welche gegen diese Auffassung im Allgemeinen sprechen, und welche für die einzelnen Rechtsinstitute, auf die sie Anwendung leiden soll, Gesamtbelehnung, Ganzerbschaft, Markgenossenschaft, nach ihrer historischen Entwicklung dagegen anzuführen sind; ich will nur hervorheben, daß unter den bayerischen Statuten von vorneherein diejenigen, die ich oben unter der Kategorie Abtheilung mit Beifug zusammengestellt habe, überhaupt nicht unter den Gesichtspunkt des Gesamteigenthumes fallen können, da hier ja mit Auflösung der Ehe die Theile sofort gegeben sind, und daß ebenso bei den beiden anderen Klassen innere Gründe gegen die Anwendbarkeit sprechen. Für alle größeren Statuten läßt sich bei näherer Untersuchung nachweisen, daß diese Theorie historisch betrachtet eine grundlose Hypothese, vom dogmatischen Standpunkte aber aus unvereinbar mit dem Inhalte der Bestimmungen dieser Statuten sei. Kein Institut unseres Civilrechtes zeigt uns deutlicher, als dieses, wie gefährlich es ist, wenn man die oberflächlichen Vermuthungen der Praktiker des vorigen Jahrhunderts für zweifellose Grundsätze des ältesten deutschen Rechtes passiren läßt.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Legitimation durch nachfolgende Ehe. Anerkennung des
Kindes vor dessen Geburt.

S. G. verstarb mit Hinterlassung einer Wittwe, welche als solche einen Knaben gebar, ehe noch seit ihrer Trauung mit S. G. 182 Tage verlaufen waren. Die nächsten Verwandten des S. G. weigerten sich deshalb, den Knaben als dessen Sohn anzuerkennen, weshalb die Vormundschaft des Letzteren mit einer Filiationssklage auftrat, welche auf die Behauptung gestützt war, daß S. G. das von seiner Ehefrau zu gebärende Kind als das seinige anerkannt habe.

Die Beflagten widersprachen die Erheblichkeit dieser Behauptung; sie wurde jedoch, da auch die Wahrheit derselben widersprochen war, in zweiter Instanz der klagenden Vormundschaft zum Beweise aufgesetzt.

Giegegen revidirten die Beflagten mit der Bitte um Abweisung der Klage, weil nicht behauptet worden sei, daß der verlebte S. G. den nach seinem Tode geborenen Knaben gezeugt habe.

Diese Revision blieb ohne Erfolg, und die oberstgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen hierüber Nachstehendes:

In der Behauptung, daß S. G. den Knaben gezeugt habe, liegt zwar der wahre Klagegrund, allein da diese Thatfache eine unerforschbare ist, ihre rechtliche Wirksamkeit aber aus der Anerkennung des:

jenigen, welcher als Vater in Anspruch genommen wird, von den Gesetzen gefolgert wird, so hat die Klägerin mit Recht eine solche Anerkennung als Klagegrund geltend gemacht.

Eben so grundlos ist aber auch die Bekämpfung der Erheblichkeit der in der Klage behaupteten Anerkennung, da nicht zugleich behauptet worden sei, daß sie in einer der nach Nov. 117 Cap. 2 allein gültigen Formen geschehen sei.

Es ist nun zwar in dieser Novelle bloß von einer Anerkennung die Rede, welche in einem Testamente oder in einer öffentlichen Urkunde erfolgt ist; allein es handelt sich hierbei um eine solche Erklärung des Vaters, welche jede weitere Anfechtung der ehelichen Zeugung des Kindes von Seite des ersteren ausschließt. Damit nun die Anerkennung des Vaters diese exklusive Wirkung äußere, ist durch die allegirte Novelle die spezielle Form der Anerkennung vorgeschrieben.

Im gegebenen Falle handelt es sich um die Legitimation eines unbeanstandet außer der Ehe geborenen Kindes durch nachfolgende Ehe. Es kann hier allerdings keinem Zweifel unterliegen, daß zur Begründung dieser Legitimation die Thatsache erforderlich ist, daß der Ehemann, in dessen Ehe mit der Mutter des Kindes das letztere vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geboren wurde, dieses Kind wirklich mit dessen Mutter erzeugt habe; allein diese Thatsache lassen die Gesetze durch eine Anerkennung des Vaters zur formellen Wahrheit werden, indem sie hiefür eine violente Vermuthung aufstellen: fr. 1 §. 12. de agnosc. et alend. lib. (25, 3) wo es am Ende heißt: „grande praesudicium adfert pro filio confessio patris“.

Es ist zwar hier nur die Rede von dem Falle, wenn nach Scheidung der Ehe die Ehefrau ein Kind gebärt und es sich nun um dessen eheliche Erzeug-

ung handelt; allein der eben angegebene Grundsatz ist ein allgemeiner, und auch der in jener Gesetzesstelle entschiedene Fall mit dem hier gegebenen vollkommen analog, da die Kindes-eigenschaft dort wie hier unter Umständen in Frage ist, welche die Gewißheit der Vaterschaft zweifelhaft erscheinen lassen.

Es ist daher auch in der Doctrin der Grundsatz anerkannt, daß ein, wenn auch vor dem 182. Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind die gesetzliche Vermuthung der von dem Ehemanne bewirkten Zeugung durch dessen letzteren Anerkennung erlange, ohne daß die Begründung dieser Vermuthung an die in der Nov. 117 Cap. 2 vorgeschriebenen Formen geknüpft wird. Seuffert, Lehrbuch der Pandekten §. 40; Windscheid, Lehrbuch der Pandekten §. 56 Note 7; Glück, Kommentar Bd. 28 S. 80; Seuffert, Archiv Bd. I Nr. 163. S. 167, Bd. XIII Nr. 232. S. 323 a. G. und S. 324; Bl. f. RA. Bd. XI S. 287, 288.

Eine andere Frage ist übrigens die, ob auch die vor der Geburt des Kindes erfolgte Anerkennung des Ehemannes die Wirkung habe, daß für die Erzeugung des Kindes durch den letzteren eine gesetzliche Vermuthung bestehe.

Diese Frage muß indeß bejaht werden.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß eine Anerkennung vor der Geburt des Kindes auf einer nicht gleich sicheren Grundlage wie jene nach dieser Geburt beruht und auf einer unrichtigen Meinung hinsichtlich der schon abgelaufenen Zeit der Schwangerschaft der Mutter beruhen kann, so daß es ungewiß ist, ob, wenn der vor der Geburt verstorbene Ehemann durch allzufrühe Geburt des Kindes über seinen Irrthum aufgeklärt worden wäre, er seine Anerkennung nicht widerrufen haben würde, während im gegebenen Falle der Ehemann der Kin-

desmutter bei der Geburt des Kindes schon gestorben war, sohin sich über die Sicherheit seiner vorherigen Annahme der Zeit der Schwangerschaft nicht mehr verlässigen konnte; allein auf der anderen Seite ist dann doch zu berücksichtigen, daß das Gesetz bei der Ungewißheit, ob ein wohl zu früh aber doch während der Ehe geborenes Kind von dem Ehemanne aus einer früheren Zeugung durch diesen abstamme, lediglich dessen Anerkennung gelten läßt, und hiemit alle Zweifel beseitigt wissen will. Hat nun der Ehemann vor der Geburt des Kindes die Schwangerschaft seiner Ehefrau gewußt, und hat er sich als Urheber derselben bekannt, so darf der Richter nicht weiter untersuchen, ob der Ehemann sich etwa im Irrthume über die Zeit der Entstehung dieses Zustandes befunden haben könne, da ein solcher Irrthum nur möglich, nicht aber gewiß ist, die bloße Möglichkeit eines solchen aber die einmal ausgesprochene Anerkennung nicht unwirksam machen kann.

Es ist hiebei auch zu erwägen, daß das Gesetz selbst im Zweifel über die durch den Ehemann vor Eingehung der Ehe bewirkte Zeugung mehr auf die Zeit der Geburt des Kindes während der Ehe als des Zeugungsaktes gesehen wissen will. Es wird nämlich in der Const. 11 de natural. liber. (5, 27) gesagt: „Et generaliter definimus, ut... semper in hujusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur, et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus inspiciendum.“ Dieß wird auch in Nov. 89, Cap. 8 §. 1 wiederholt bestätigt.

Hieraus geht jedenfalls so viel hervor, daß, wenn von Seite des Ehemannes eine Anfechtung der Zeugung des Kindes nicht vorliegt, die Frage, ob dieses Kind ein ehelich gezeugtes oder durch nach-

folgende Ehe legitimirtes Kind des Ehemannes sei, mit Rücksicht auf den Umstand, daß es in der Ehe geboren wurde, beantwortet werden müsse, und wenigstens aus diesem Umstande anderen Präsumpten, als dem Ehemanne gegenüber eine dringende gesetzliche Vermuthung für die durch den Ehemann bewirkte Zeugung begründet werde.

Diese Vermuthung muß aber um so stärker wirken, wenn der Ehemann, sei es vor oder nach der Geburt, ein solches Kind als das seinige anerkennt. Denn auch durch die der Geburt vorausgehende Anerkennung erklärt der Ehemann, daß er der Urheber der Schwangerschaft der Mutter und sohin der Vater des in Folge dieser Schwangerschaft zum Leben kommenden Kindes sei.

Das Gericht zweiter Instanz hat also mit Recht der klagenden Vormundschaft den Beweis der Anerkennung des fraglichen Kindes durch den verlebten Ehemann freigelassen. Von selbst versteht es sich indessen, daß den Beklagten der Gegenbeweis darüber zustehe, daß der Ehemann der B. G. das Kind nicht erzeugt habe, weil aus der fraglichen Anerkennung für die Zeugung durch Letzteren nur eine gesetzliche Vermuthung, nicht aber eine jeden Gegenbeweis ausschließende rechtliche Fiktion der durch Zeugung und Legitimation bewirkten Kindesteigenschaft abgeleitet werden kann.

DAAG. v. 2. März 1868 Nr. 35.

Rm.

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

Inhalt: Wenn das ordentliche Gericht des Schuldners ein von diesem unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses zugleich auch die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Schuldners und die Einstellung aller Partikular-executionen verfügt hat, darf das Handelsgericht nicht mehr mit Executionen gegen das Vermögen des Schuldners vorgehen. — Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die erfolgte Einstellung des Strafverfahrens als erloscht, wenn gleich die Zurechnahme des gegen diese Person ausgesprochenen Verhaftbefehles unterlassen wurde. — Zur Einstellung wegen eines durch Zusendung eines Drohbrieves verübten Exzeßversuches ist das Gericht jenes Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Affectirten übergeben worden ist. — Wenn von dem Bedenten einer Hypotheksforderung die Haftung pro nominalo bono übernommen, diese Übernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Forderungsertrag nichtig.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Wenn das ordentliche Gericht des Schuldners ein von diesem unter eventueller Insolvenzerklärung gestelltes Arrangementgesuch zur Verhandlung gezogen und dabei wegen des eventuell in Aussicht stehenden Konkurses zugleich auch die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Schuldners und die Einstellung aller Partikular-executionen verfügt hat, darf das Handelsgericht nicht mehr mit Executionen gegen das Vermögen des Schuldners vorgehen¹⁾.

Der Handelsmann Matthäus T. zu St. kam am 25. Nov. 1867 bei dem k. Bezirksgerichte Regensburg mit einem Gesuche ein, worin er darlegte, daß er unverschuldeter Weise in den Stand

¹⁾ Man vergl. hiemit Bl. f. R. u. B. XXXII S. 146.
Neue Folge XIII. Band.

der Ueberschuldung gerathen sei, sich aber noch bei häuslichen Ehren erhalten könne, wenn sich die Kur-
rent-Gläubiger mit 40^o. ihrer Forderungsbeträge begnügen würden, was für sie viel vortheilhafter als der Gantweg wäre, und bat, nachdem er seine Ueberschuldung im Einzelnen kundgegeben hatte, unter Eistirung aller Partikular-Exekutionen dieses Gesuch zur Verhandlung zu ziehen, dasselbe aber im Falle der Nichtgenehmigung als eventuelle Insolvenz-Erklärung zu erachten, und hienach das Weitere zu verfügen.

Das Bezirksgericht setzte dieses Gesuch unterm 29. Nov. 1867 zur Verhandlung aus, erließ aber zugleich als Vorbereitung zur Eröffnung des Gantverfahrens das Dispositions- und Zahlungsverbot, und beschloß die Beschlagnahme aller Vermögensbestandtheile des Gemeinschuldners sowie die Einstellung aller Partikular-Exekutionen.

Hievon setzte dasselbe auch das k. Handelsges-
richt Regensburg unter Abverlangung der Akten in Kenntniß.

Das Handelsgesricht erwiderte hierauf am 7. Dez. 1867, daß bei der bloßen Vorbereitung zur Eröffnung des Konkursverfahrens gemäß der Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung vom Jahre 1785 Kap. XI §. 1 zur Zeit Partikular-Exekutionen nicht sistirt und deshalb auch die Akten nicht abgegeben werden können.

Am nämlichen Tage ertheilte dasselbe in Sachen des J. B. M. in R. gegen Matthäus T. wegen Wechselfchuld dem Beklagten den Auftrag zur Zahlung der reifigen Wechselforderung sammt Zinsen und Kosten bei Vermeidung der Sperre. Der Vertreter des Beklagten remonstrirte vorsorglich gegen den Vollzug dieser Verfügung auf Grund der durch das Bezirksgericht Regensburg beschlossenen Eistirung aller Partikular-Exekutionen. Das Handelsgesricht

gab indeß dem hierauf folgenden klägerischen Antrage auf Vollzug der Mobiliar-Sperre gegen den Beklagten am 18. Dez. 1867 statt, wies die beklagtische Remonstration aus dem oben angegebenen Grunde ab, und requirirte das k. Landgericht Regens-
stauf um Vollzug der Sperre.

Auf Veranlassung des beklagtischen Vertreters setzte dann das Bezirksgericht Regensburg das Handelsgericht daselbst in Kenntniß, daß es auf seinem Beschlusse vom 29. Nov. 1867 beharre, und wiederholte die hierin gestellte Requisition. Aber auch das Handelsgericht beließ es bei seiner Belagerung und bewirkte inzwischen die Ausführung der angeordneten Mobiliar-Sperre durch das Landgericht Regens-
stauf.

Der Vertreter des Beklagten regte nun den zwischen dem k. Bezirksgerichte und dem k. Handelsgerichte Regensburg bestehenden bejahenden Kompetenzkonflikt an, welcher von dem obersten Gerichtshofe nach gepflogener Instruktion dahin entschieden wurde,

daß im Vorbereitungsverfahren zur Eröffnung der Gant über das Vermögen des Gemeinschuldners Matthäus L. die Entscheidung darüber, ob die Partikularezekution zu Gunsten des J. J. M. in K. an diesem Vermögen statthast sei, dem k. Bezirksgerichte Regensburg zustehe.

Die Gründe dazu sind folgende:

Das k. Bezirksgericht Regensburg hat aus der Anzeige des Handelsmannes L. vom 25. Nov. 1867 entnommen, daß dessen Vermögen in einem Werthe von 4845 fl. bestehe und dessen Gesamtschulden einschläßig 5200 fl. Hypothekkapitalien sich auf 9588 fl. belaufen, daher eine Ueberschuldung von 4743 fl. vorliege, indeß gleichwohl sein Fristen- und Nachlaßgesuch in Ansehung der Kurrentgläubiger

zur Verhandlung gezogen, aber mit Rücksicht auf dessen Insolvenz-Anzeige zur Sicherheit der Gläubiger und zur Vorbereitung des eventuellen Konkurses das Zahlungsverbot an den Schuldner erlassen, und die Beschlagnahme sämtlicher Vermögenstheile desselben, sowie die Einstellung aller Partifular-Exekutionen gegen denselben beschloffen, hievon auch das k. Handelsgericht Regensburg verständigt, welches jedoch bei der bloßen Vorbereitung des Konkursverfahrens die Partifular-Exekutionen noch nicht einstellte.

Nach den Bestimmungen der Gerichtsordnung Kap. XIX §. 19 liegt es jedoch in der Befugniß des Konkursgerichtes, auch schon vor Eröffnung des Konkurses jede Partifular-Zahlung, jede Veräußerung und überhaupt Alles zu verbieten, was der allgemeinen Gantmasse nachtheilig werden kann, sohin auch Partifular-Exekutionen einzustellen.

Zwar kann gemäß Art. 80 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 und Art. 16 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 1. Juli 1856 der Konkurs nicht mehr von Amtswegen, sondern nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger eines konkursmäßigen Schuldners oder auf des Letzteren Insolvenz-Anzeige erkannt beziehungsweise eröffnet werden, und ist daher das Civilgericht erst dann in der Lage, sich als Gantgericht zu konstituiren und die hiezu erforderlichen Maßregeln anzuordnen, wenn eines dieser beiden Momente gegeben ist.

Dieß ist nun hier bei der Insolvenz-Anzeige des Schuldners in der That der Fall, und liegt es in der Natur der Sache, daß dem die Gant-Maßregeln zur allgemeinen Sicherheit der Gläubigerschaft anordnenden Civilgerichte zur durchgreifenden Wirksamkeit seiner Anordnungen gesetzlich auch das Recht einzuräumen ist, die Sistirung der Partifular-Exekutionen nicht bloß insoweit, als vor demselben

Gerichte einzelne Streitsachen dahin geblieben sind, sondern auch in Bezug auf jene Prozesse, welche unter anderen nach der bayerischen Gerichtsordnung urtheilenden Gerichten in das Erfutionsstadium bereits eingetreten sind, herbeizuführen, da alle Partikularprozesse jedenfalls, wenn sie in das Erfutionsstadium übergehen, vollständig an das universelle Konkursgericht zu überweisen sind.

Die Handelsgerichte, bei welchen nicht die allgemeine Gerichtsordnung, sondern die bayerische Wechsel- und Merkantilerichtsordnung vom Jahre 1785 zur Anwendung kommt, haben aber gemäß ausdrücklicher Vorschrift des §. 1 in Kap. XI derselben bei dem Bekanntwerden der Gantmäßigkeit des Schuldners, deren Konstatirung offenbar in die Zuständigkeit des Konkursgerichtes fällt, sohin der weiteren Prüfung der Handelsgerichte selbst entrückt ist, sofort mit Einleitung einer eintretenden Erfution oder mit Fortsetzung einer bereits eingeleiteten Erfution inne zu halten, und die Kläger zum Konkursgerichte zu verweisen.

Mit Unrecht hat daher das k. Handelsgericht Regensburg das Ansinnen des k. Bezirksgerichtes daselbst auf Einstellung der Partikular-Erfutionen abgelehnt, nachdem dieses Gericht dem erfteren die Ueberschuldung des Handelsmannes L. bekannt gegeben und eröffnet hatte, daß derselbe die Insolvenz angezeigt und sich unter Vorbehalt eines Arrangements mit dem Kurrentgläubiger dem Konkursverfahren unterworfen hat.

Insbefondere konnte der Umstand, daß das Bezirksgericht Regensburg zugleich auch auf Instruktion des Arrangementvorschlaßes bezüglich der Kurrentgläubiger eingegangen ist, dieses Gericht nicht hindern, zur ordnungsmäßigen Wahrung der Gesamtinteressen der Gläubiger zugleich auch die

erforderlichen Sicherungsmaßregeln für die Konkurs-eröffnung, wenn das beantragte Arrangement nicht zu Stande kommen sollte, zu treffen. Denn dem Civilgerichte ist es grundsätzlich bei jedem Verfahren und zwar in jedem Prozeßstadium freigestellt, die bestehenden Differenzen unter den Betheiligten im Wege der Güte zu beseitigen, so wie sich irgend ein Anhaltspunkt mit Aussicht auf Erfolg, was seinem Ermessen anheimfällt, hiezu ergibt, ohne daß an dem betreffenden Standpunkte, auf welchem das Verfahren zur Zeit des Ausgleichungsversuches angelangt ist, auch nur im Geringsten etwas geändert wird.

Erk. d. OÖG. v. 24. Juli 1868, UB. Nr. 86.

2.

Die gegen eine Person eingeleitete strafrechtliche Untersuchung erscheint durch die erfolgte Einstellung des Strafverfahrens als erledigt, wenn gleich die Zurücknahme des gegen diese Person ausgeschriebenen Verhaftsbefehles unterlassen wurde.

Der Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Wasserburg leitete wider den Schneidergesellen Johann Meyer von Tirschenreuth wegen Widersezung gegen einen Gendarmen Anfangs Mai 1868 Untersuchung ein und erließ am 16. Mai einen Verhaftsbefehl gegen denselben, welcher im Central-Polizei-Blatte ausgeschrieben wurde. Nachdem sich ergeben hatte, daß dieser Johann Meyer auch schon unterm 14. Jan. 1868 von dem Untersuchungsrichter am f. Bezirksgerichte Deggen Dorf wegen Urkundenfälschung zur Verhaftung in diesem Blatte ausgeschrieben war, verwies das f. Bezirksgericht Wasserburg, weil dieser Verhaftsbefehl noch in Wirksamkeit bestehe, die Sache zur zuständigen Behandlung an das letztere Gericht.

Daß Bezirksgericht Deggen Dorf lehnte jedoch aus dem Grunde, weil zur Zeit dieser Verweisung gegen Johann Meyer eine Untersuchung baselbst nicht anhängig war, indem die früher wider denselben wegen Urkundenfälschung eingeleitete Untersuchung schon am 21. März 1868 vom Bezirksgerichte Deggen Dorf eingestellt worden war, die Zuständigkeit in der Untersuchung gegen denselben wegen Widersehung gleichfalls ab.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung,

daß jede Untersuchung mit dem Momente ihrer Einstellung die bisherige Eigenschaft als bei dem betreffenden Gerichte rechtshängig verliert und dieses negative Verhältniß fortwährend aufrecht bleibt, wenn nicht anderweitige erhebliche Schuldbeweise hervortreten, welche die Wiederaufnahme der Untersuchung zu veranlassen als geeignet sich darstellen, im Verlaufe der Zeit des eingestellten Verfahrens demnach von einer anhängigen Untersuchung keine Rede sein kann;

daß zwar in Folge der Einstellung des Verfahrens vom 21. März 1868 auch der Verhaftsbefehl gegen Meyer hätte zurückgenommen werden sollen, dieses Unterlassen aber an der rechtlichen Natur eines eingestellten Verfahrens nichts zu ändern vermag, vielmehr dieser Verhaftsbefehl nach dem Einstellungsbeschlusse für die betreffende Sache von selbst außer Kraft getreten ist;

daß daher zur Zeit, als die Untersuchung bei dem k. Bezirksgerichte Wasserburg anhängig geworden ist, der Fall des Art. 22 Abs. 3 Zb. II des StGB. v. J. 1813, welcher die Verübung mehrerer strafbarer Handlungen derselben Person in verschiedenen Gerichtsbezirken und deren gleichzeitige gerichtliche

Verfolgung voraussetzt, nicht vorlag, vielmehr nur der Abs. 1 dieses Artikels rücksichtlich des Vergehens der Widersehung für das Bezirksgericht Wasserburg maßgebend war und ebenso auch jetzt ist;

auss diesen Gründen

erkennt der oberste Gerichtshof, daß zur Beschlußfassung über die Voruntersuchung gegen den Schneidergesellen Johann Meyer von Lirschenreuth wegen Widersehung das k. Bezirksgericht Wasserburg zuständig sei.

Erk. d. OGH. v. 3. Aug. 1868, UB. Nr. 106.

3.

Zur Einschreitung wegen eines durch Zusendung eines Drohbrieves verübten Erpressungsversuches ist das Gericht jenes Ortes zuständig, an welchem der Drohbrief dem Adressaten übergeben worden ist¹⁾.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Nürnberg leitete gegen den früheren Soldaten und nunmehrigen Landwehrmann Konrad Rost daselbst eine Untersuchung ein, weil derselbe mittelst eines in Nürnberg aufgegebenen und nach Straubing abgesendeten Briefes den dortigen Hauptmann des k. achten Jägerbataillons, Ritter von Kammerloher, als seinen ehemaligen Kompagniekommandanten unter Drohungen und bedrängenden Zudringlichkeiten zur Ausstellung eines günstigen Leumundszeugnisses aufgefordert und hiedurch ein Vergehen der Erpressung im Versuchsgrade verübt habe.

Nach durchgeführter Voruntersuchung erklärte sich das k. Bezirksgericht Nürnberg durch Beschluß vom 29. Mai 1868 für unzuständig, weil der Bedrohte erst am Ankunftsorte des Briefes Kenntniß

¹⁾ Man vergl. hiezu Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 191.

von der gegen ihn gerichteten Drohung erhielt, die That daher erst in Straubing zum Abschlusse gelangt sei.

Daß k. Bezirksgericht Straubing lehnte mit Beschluß vom 1. Juli 1868 seine Zuständigkeit gleichfalls ab, weil schon die Aufgabe des Briefes zur Post den Anfang der Ausführung der beabsichtigten That enthalte.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe

in der Erwägung,

daß beim Versuche einer strafbaren That die Zuständigkeit des aburtheilenden Gerichtes nach dem Orte sich richtet, wo die den Versuch begründenden Handlungen ihren Abschluß gefunden haben, als solcher aber im gegebenen Falle Straubing erscheint, indem der fragliche Drohbrief dem Adressaten Hauptmann von Kammerloher in Straubing übergeben, mithin erst dort die Drohung gegen denselben bewirkt worden ist, durch welche er zur Ausstellung eines günstigen Reumundszeugnisses gezwungen werden sollte,

dahin entschieden:

daß zur Beschlußfassung auf die gegen Konrad Rost wegen Versuches der Erpressung geführte Voruntersuchung das k. Bezirksgericht Straubing zuständig sei.

Urf. d. OGH. v. 3. Aug. 1868, UB. Nr. 107.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Wenn von dem Cedenten einer Hypotheksforderung die Haftung pro nomine bono übernommen, diese Uebernahme aber bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, so ist ungeachtet einer nachträglichen Haftungsanerkennung der ganze Cessionsvertrag nichtig.

So wurde vom obersten Gerichtshofe erkannt am 14. März 1868 (Reg. = Nr. 1461⁶⁶₆₇) aus nachstehenden Gründen:

„Beklagter verlangt definitive Klagsentbindung und stützt dieses Begehren auf die Behauptung, es sei die Uebernahme der Haftung für die Einbringlichkeit der cedirten Forderung, weil in dem Notariatsakte vom 12. Februar 1865 nicht aufgenommen, auf Grund des Art. 14 des Not.-Ges. nichtig. — Diese Behauptung ist richtig, jedoch die Folgen, welche daraus entspringen, sind theilweise andere, als Beklagter voraussetzt.

Wie zur Uebertragung eines jeden dinglichen Rechtes an Immobilien kraft der Verfügung des angeführten Art. 14 die notarische Beurkundung nothwendig ist, so gilt dieß insbesondere auch vom Uebertrage eines Hypothekarrechtes, mag nun dieses für sich allein ¹⁾ Vertragsgegenstand sein, oder mag es nur als Zubehör der Forderung, an welche es zur Zeit geknüpft ist, übertragen werden. Auch im letzteren Falle ist immerhin der Wille der Kontrahenten direkt auf Uebertrag der Hypothek d. h. eines dinglichen Rechtes an Immobilien gerichtet

¹⁾ Hiernach wäre es also juristisch möglich, ein Hypothekrecht auch ohne die Forderung zu cediren?

und muß daher Art. 14 nach Wortlaut und Sinn zur Anwendung kommen. Da Uebertrag der Forderung und Uebertrag der damit verbundenen Hypothek in untrennbarem Zusammenhange stehen, so muß selbstverständlich der ganze Cessionsvertrag notarisch beurkundet sein, denn es ist nicht statthast, einen Vertrag zu spalten und nur insoweit der Form zu unterwerfen, als er die Begründung oder den Uebertrag oder die Aufhebung eines dinglichen Rechtes ausspricht, in seinen übrigen Theilen aber formlos zu lassen.

Eben hieraus ergibt sich aber die weitere Folge, daß in Fällen, wo eine wesentliche Vertragsbestimmung im Notariatsakte fehlt, sei es, daß sie aus Irrthum, sei es, daß sie mit Absicht ausgelassen wurde, nicht bloß diese einzelne Vertragsbestimmung, sondern der Vertrag im Ganzen rechtsunwirksam ist. Es ist die Sachlage genau die nämliche, als mangelte es bezüglich eines wesentlichen Vertragspunktes an der ernstlichen Willensübereinstimmung, und treten auch die nämlichen Folgen ein.

Wendet man nun die so eben erörterten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß offenbar nicht bloß die Uebernahme der in Frage stehenden Haftung, sondern es muß der ganze Cessionsvertrag als ungültig erscheinen und zwar kraft der eigenen Behauptungen des Klägers.

Für's Erste darf nicht bezweifelt werden, daß jene Nebenverabredung nach dem Willen der Kontrahenten zum Cessionsvertrage selbst gehörte und einen Theil der Vertragsbedingungen bildete. Der Umstand, daß der ausgestellte Haftschein unter Privatunterschrift das nämliche Datum trägt, wie der Notariatsakt, und die Erklärung des Klägers, „Besagter habe vor, bei und nach der Cession sich haftbar erklärt,“ stellen dieß schon außer Zweifel und sollte dennoch ein Bedenken übrig bleiben, so

würde es durch die weitere Erklärung des Klägers in der Revision beseitigt: „man habe die verabredete Haftung in die Notariatsurkunde aufzunehmen für überflüssig gehalten und geglaubt, es genüge der Haftschein.“ — Hierin liegt das offene Geständniß, daß die Kontrahenten sich im Rechtsirrthume befanden und meinten, es bedürfte jene Nebenverabredung einer notariischen Beurkundung nicht. — Diese Meinung könnte aber den nichtigen Akt nicht gültig machen.

Mit Unrecht hat das f. Appellationsgericht vorausgesetzt, es werde ein erst nach Aufnahme des Notariatsaktes gegebenenes und unabhängig davon bestehendes Haftungsversprechen behauptet und hat bezüglich den Beweis auferlegt. Um ein solches selbständiges Versprechen, welches allerdings gültig wäre, anzunehmen, müßte man unterstellen, es sei bei Abschluß des Cessionvertrages kein Werth auf jene Haftung gelegt worden; es habe vielmehr der Cessionar die Forderung auch ohne solche Haftung übernehmen wollen und erst später habe der Cedent sich entschlossen, jenes Versprechen zu geben. Etwas Derartiges wird aber nicht behauptet, vielmehr gerade das Gegentheil. Es würde auch eine solche Behauptung höchst unglaubwürdig sein, da nicht einzusehen wäre, warum der Cedent aus freien Stücken, ohne rechtliche Verpflichtung und Gegenleistung eine so gewichtige Vertragspflicht über sich genommen haben sollte. — Offenbar wollte daher Kläger, wenn er von einem dem Vertrage nachgängigen Versprechen redet, nichts weiter sagen, als daß die beim Vertrage übernommene Haftung auch nachher noch anerkannt worden sei. Eine solche Anerkennung konnte aber, selbst wenn sie noch so bestimmt lautete, keine Rechtswirkungen erzeugen, falls die ursprüngliche Verpflichtung, in welcher sie ihre causa hat, formell nichtig war.

Für's Zweite ist ebenso zweifellos, daß hier eine wesentliche Nebenverabredung in Frage steht, nicht aber bloß eine solche, auf welche man keinen Werth legte und welche zu geringfügig ist, um auf die Gültigkeit des Cessionsvertrages zurückzuwirken. —

Nach bayern. Landrechte Th. IV Kap. IV §. 8 Ziff. 3 haftet der Cedent nur dann für die Güte der Forderung, wenn er sich ausdrücklich hierzu verpflichtet hat. Diese Verpflichtung war, wie die Folgen gezeigt haben, in vorliegendem Falle von der größten Bedeutung und es laun als sicher angenommen werden, daß ohne dieselbe die Cession nicht oder wenigstens nicht so, wie geschehen, abgeschlossen worden sein würde. Schon der Umstand, daß ein besonderer Haftschein ausgestellt und dem Cessionar eingehändigt wurde, zeigt zur Genüge, daß man großen Werth auf diese Nebenverpflichtung legte.

Steht nun demgemäß fest, daß eine wesentliche Nebenverabredung des Cessionsvertrages vom 12. Februar 1865 nicht notariisch beurkundet wurde, so muß dieser ganze Vertrag als nichtig erscheinen. Die Nichtigkeit jener Nebenabrede, welche Kläger geltend machen will, bewirkt auch die Nichtigkeit des übrigen sonst formell gültigen Vertrages. Allerdings mag nun, auch von diesem Standpunkte betrachtet, Kläger eine Forderung zu machen haben, allein es ist dieß jedenfalls eine wesentlich andere, als diejenige, welche er einflagt. — Seine Klage hätte sich nicht auf Erfüllung des Vertrages bzw. des Nebenversprechens zu richten, sondern etwa auf Rückerstattung des ohne Grund Geleisteten, und sein Anspruch würde sich nicht bemessen nach der cedirten Summe, sondern nach dem Cessionspreise, dessen Höhe bis jetzt nicht besprochen wurde.

Die gestellte Klage war daher als unbegründet abzuweisen.“

Nachschrift des Einsenders. Die Mittheilung dieses Erkenntnisses, dessen Gründe in extenso abgedruckt sind, weil nach dem ganzen Entwicklungsgange derselben ein bloßer Auszug unfehlbar den Verdacht einer wenn auch nur unabsichtlichen Entstellung erregt hätte, geschieht hauptsächlich zu dem Zwecke, um Betheiligte für ähnliche Fälle aufmerksam zu machen, daß sie den in diesem Bande S. 190—92 sub II und III mitgetheilten Erkenntnissen, welche nach der Ueberzeugung des Einsenders auch für gegenwärtige Entscheidung mustergiltig gewesen wären, nicht so unbedingt vertrauen dürfen.

Daß von denselben bei Fällung des vorliegenden Erkenntnisses abgewichen wurde, erklärt sich einfach daraus, daß man hierbei mit Worten anstatt mit Begriffen gerechnet hat.

Bekanntlich sind die *essentialia negotii* diejenigen, ohne welche das Rechtsgeschäft nicht bestehen kann, die *naturalia neg.* diejenigen, welche sich ohne besondere Festsetzung von selbst verstehen, und die *accidentalialia* diejenigen, welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden, wonach also ein Vertrag, durch welchen ein Cedent die Haftung pro nomine bono übernimmt, aus dem Grunde, weil die Cession auch ohne solche Haftung bestehen kann und der Cedent vermöge des Gesetzes nur pro nomine vero haftet, zu den *Accidentalien* gehören muß.

Ungeachtet dieser Eigenschaft konnte die Haftung pro nomine bono immerhin als ein wesentlicher Vertragspunkt jedoch nur im Sinne eines „wichtigen“, eines „hochgiltigen“ bezeichnet werden, was denn auch laut der Entscheidungsgründe geschehen ist. Indem er aber nur in diesem Sinne als wesentlicher gedacht war, durfte er nicht als wesentlicher in einem anderen Sinne, nämlich

nicht in der juristischen Bedeutung eines essentiellen Vertragspunktes behandelt werden.

Dadurch, daß Letzteres geschah, gerieth die ganze Entscheidung auf Abwege. Sie wurde nämlich auf den Satz basirt, daß, wo ein wesentlicher Vertragspunkt im Notariatsakte fehle, der ganze Vertrag rechtsunwirksam sei, welcher Satz aber nur unter der hier nicht gegebenen Voraussetzung, daß unter dem wesentlichen Punkte ein essentieller verstanden würde, als richtig erkannt werden kann. Eine Folge dieser nämlich Begriffsverwechslung ist der weitere Satz, es sei hier die Sache genau dieselbe, als mangelte es bezüglich eines wesentlichen Vertragspunktes an der ernstlichen Willensübereinstimmung.

Ein Mangel der letzteren Art (*simulatio*) ist allerdings ein essentieller; es ist aber nicht zuzugeben, daß die Sache im vorliegenden Falle genau dieselbe, es ist vielmehr zu behaupten, daß sie eine völlig verschiedene sei, weil eine Cession, wie gesagt, sehr wohl ohne eine Haftung pro nomine bono, aber nicht ohne das Dasein einer ernstlichen Willensübereinstimmung der Kontrahenten bestehen kann.

Bildet nun aber die Haftung pro nomine bono nur einen accidentalien, wenn auch höchst wichtigen Vertragspunkt, so lag darin, daß sie bei der notariellen Beurkundung verschwiegen wurde, schlechterdings kein Grund, den Cessionsvertrag als nichtig zu erklären²⁾, diese Verschweigung könnte

²⁾ Nicht bloß in civilrechtlicher, sondern auch in prozessualer Hinsicht scheint die Richtigkeitserklärung des Cessionsvertrages, welche zwar nur in den Entscheidungsgründen, nichts desto weniger aber rechtskräftig ausgesprochen ist (Seuffert's Komm. 3. GD. Bd. III Ausg. I S. 378, Ausg. II S. 473; Baper's Vorträge über den gem. ord. Civilproceß zu §. 112 u. 113 VII. Ausg. S. 256;

vielmehr nur bewirken, daß die Haftung als nicht verabredet, als aufgegeben zu betrachten wäre. Bei dieser Sachlage verbliebe sodann ganz allein die nach der Beurkundung geschehene Uebnahme, bezw. Anerkennung der Haftung, welche aber als selbständiges Versprechen, wie die oberstrichterlichen Gründe ausdrücklich zugeben, einer besonderen Notariatsbeurkundung nicht bedürfte.

Es scheint demnach gar nicht zweifelhaft, daß hier die II. Instanz das Richtige getroffen habe; müßte man aber das oberstrichterliche Erkenntniß als richtig anerkennen, so wüßte man wahrhaftig nicht mehr, was man vom Art. 14 zu halten hätte.

Bisher hat man nämlich derlei Nebenbestimmungen als nicht verabredet oder als aufgegeben betrachtet, und daher einen Beweis derselben nicht zugelassen; nunmehr aber müßte man diesen Beweis unbedingt gestatten, zwar nicht, um die Nebenabrede zur Anerkennung zu bringen, wohl aber, um den ganzen Vertrag als nichtig zu erklären.

Da aber dieses nur bei wesentlichen d. i. wichtigen Nebenbestimmungen anginge, so müßte die Frage der Wichtigkeit jedesmal dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden.

Welche unerschöpfliche Quelle von Rechtsunsicherheit und Prozeßnoth! Rm.

Savigny Syst. Bd. VI S. 358 u. 369), unzulässig gewesen zu sein, da diese Nichtigkeit weder vom Kläger noch vom Beklagten angeregt war. Ob mit dieser Nichtigkeit namentlich dem revidirenden Beklagten gedient sei, steht erst noch in Frage, da derselbe die vertragmäßige Haftungsübernahme, wie aus den Entscheidungsgründen hervorgehen will, widersprochen hat, sohin der thatsächliche Grund der angenommenen Nichtigkeit gegen den Beklagten gar nicht einmal festgestellt ist.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbniß. — Klage auf Fortentrichtung von Realoffen. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objectes. Erfüllung von Realoffen gegen ein Fideikommißgut. — Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incaßo erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen den Rücksteller oder Acceptanten einzuklagen, vermöge dieses Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeldung der Forderung für Schadenerfolg anzustellen? — Erzungsenschaft bei der Gütergemeinschaft des Bauereuthes Provinzialrecht.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Versprechen einer Entschädigung wegen Rücktrittes von einem nichtigen Eheverlöbniß.

Oberstrichterliche Entscheidungsgründe sagen in diesem Betreffe:

Durch den Vertrag vom 22. März 1865 wurde der Ehevertrag vom 16. Februar 1865 als ungiltig wieder aufgehoben, und bestimmt, daß kein Theil wegen des letzteren etwas zu gebieten habe, was wohl heißen soll, „zu leisten habe“. Hierauf wird wörtlich Folgendes vereinbart: „Ueber dieses Uebereinkommen macht sich P. M. als selbständig verbindlich, daß er der A. S. eine Aversalsumme an baarem Gelde mit 1300 fl. als Entschädigung von seinem Anwesen hinausbezahlen werde“.

Dieser Vertrag vom 22. März 1865 enthält nun entschieden und mit klaren Worten eine Novation, da der frühere Heirathsvertrag aufgehoben, und an

die Stelle der hierin stipulirten Verbindlichkeiten eine von dem Beklagten zu leistende Entschädigungspflicht gesetzt wurde. Es ist nämlich nach fr. 58 in fine de verb. obl. (45, 1) eine Novation nanientlich auch in dem Falle gegeben, wenn ein früheres Schuldverhältniß in ein dem Gegenstande nach verschiedenes umgewandelt wird, und zwar mit der Absicht, das frühere aufzuheben.

Die frühere Verbindlichkeit des Beklagten bestand darin, mit der Klägerin die Ehe einzugehen; statt dieser Verbindlichkeit hat sich der Beklagte in dem späteren Vertrage vom 22. März 1865 verpflichtet, der Klägerin eine Entschädigung von 1300 fl. zu zahlen; folglich wurde der Gegenstand der früheren Verbindlichkeit geändert, und zwar ganz ausdrücklich mit der Absicht, das frühere Schuldverhältniß aufzuheben, da ja dasselbe in Nr. 1 mit klaren Worten als unwirksam und rückgängig erklärt wurde.

Die Festsetzung einer Entschädigung war nun aber offenbar kein von der Aufhebung des Heirathsvertrages unabhängiger Willensakt, da sie in unmittelbarem Zusammenhange mit der Aufhebung des Heirathsvertrages steht, und durchaus kein Anhaltspunkt aus dem ganzen Inhalte des erwähnten Vertrages dafür zu entnehmen ist, daß die Entschädigung auf ein anderes Rechtsverhältniß als das in Folge des Heirathsvertrages begründete bezogen werden wollte.

Wenn auch bemerkt ist, daß sich P. M. über das Uebereinkommen wegen Aufhebung des Ehevertrages selbständig verbindlich mache, der Klägerin A. S. 1300 fl. von seinem Anwesen herauszubezahlen, so kann hieraus nicht gefolgert werden, daß diese Verpflichtung mit der Aufhebung des Heirathsvertrages nicht in Verbindung stehe, da ja als Zweck dieser Zahlungsverpflichtung ausdrücklich eine Entschädigung bezeichnet wurde, und nach dem Zusammenhange dieser

Verpflichtung mit der Aufhebung des Heirathsvertrages nicht der entfernteste Zweifel besteht, daß die Entschädigung ein Surrogat für die wirkliche Eingehung der Ehe sein sollte.

Zwar heißt es unter Nr. 1, daß kein Theil (in Folge der Aufhebung des Ehevertrages), was immer sein möge, dem anderen Theile zu gebieten habe, es möge Heirath, Kauf, Verkauf oder Tausch sein; allein hiemit wollte nur ausgedrückt werden, daß der Heirathsvertrag mit Allem, was dabei und neben demselben stipulirt wurde, unwirksam sein solle, was aber offenbar nicht ausschließt, daß eine andere Verpflichtung an die Stelle dieser Stipulationen habe gesetzt werden wollen.

Die Wirksamkeit einer Novation setzt nun aber voraus, daß das Schuldverhältniß, welches in ein anderes umgewandelt wurde, ein formell oder materiell giltiges gewesen sei. Denn war dasselbe ungiltig, so existirte ein solches nicht.

Es folgt dieß nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus positiven gesetzlichen Bestimmungen. Nach fr. 1 pr. de novat. (46, 2) besteht die Novation in der Umänderung einer Verpflichtung in ein anderes Schuldverhältniß: *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio et translatio*“. Ein Schuldverhältniß ist aber nach fr. 35 §. 1 de verb. obl. (45, 1) nicht vorhanden, wenn die Gesetze die civilrechtliche Wirksamkeit eines solchen ausdrücklich untersagen: *Quod leges fieri prohibent, cessat obligatio*“. Vergl. auch: fr. 137 §. 6 eod. tit. und fr. 7 §. 16 de pact. (2, 14); Holzschuher Theorie und Casuistik 3. Aufl. Bd. III S. 430 zu Nr. 4 und die dort allegirten Autoren; Windscheid Lehrb. des Pandektenrechtes §. 355 Abs. 1.

Es bestimmen zwar die Gesetze, daß die gegen das alte Schuldverhältniß begründeten Einreden

gegen die neue Obligation nicht geltend gemacht werden können; — fr. 12 und 19 de novat. (46, 2) — allein hier handelt es sich nicht um eigentliche Einreden gegen eine früher bestandene Verbindlichkeit, sondern um den schon vom Richter selbst ohne Anregung der Parteien zu berücksichtigenden Einwand, daß gar keine Verbindlichkeit bestanden habe, sohin es an der Voraussetzung der Möglichkeit der Novation fehle.

Ganz abgesehen hiervon wäre jedenfalls diese Einrede der That nach die *condictio sine causa*; denn sie bezweckt die Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit; fr. de cond. sine causa (12, 7): „Qui sine causa obligantur, incerti conductione consequi possunt, ut liberentur.“ Vgl. fr. 1 und 2 eod. tit.: „Sed et haec (est) species conductionis, si quis sine causa promiserit.“ — Nun ist in dem im gegebenen Falle zur Anwendung kommenden vorderösterreichischen Gesetzbuche vom Jahre 1786 Hauptstück II §. 1 jedes Eheversprechen vor wirklicher Eingehung der Ehe als in allen Beziehungen unverbindlich und unwirksam erklärt¹⁾. Es war daher zu dem späteren Versprechen, statt die Ehe wirklich abzuschließen, eine Entschädigung in Geld zu verabreichen, eine civilrechtliche Verbindlichkeit nicht vorhanden, sofort der Versprechende nach obigen klaren Vorschriften des subsidiär geltenden

¹⁾ Hiedurch ist wohl auch eine *obligatio naturalis*, welche zur Giltigkeit der neuen Obligation nach fr. 1 §. 1 de novat. (46, 2) genügen würde, um so sicherer ausgeschlossen als das Gesetz hier einen sittlichen Zweck verfolgt, und noch überdies der Ehe der Kontrahenten ein kanonisches Hinderniß entgegenstand. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. I S. 108.

gemeinen Rechtes berechtigt, seine Befreiung hiervon in Anspruch zu nehmen.

Es entsteht daher nur die Frage, ob diese Einrede nicht aus dem Gesichtspunkte eines Verzichtes hinwegfalle und ob nicht zur Begründung derselben das Vorhandensein eines Rechtsirrthumes gehöre.

Was jenen Verzicht betrifft, so könnte er nur dann wirksam sein, wenn es gewiß wäre, daß der Beklagte gewußt hätte, daß er vermöge des Gesetzes nicht verpflichtet sei, das Eheversprechen zu erfüllen, — fr. 8 de hered. pet. (5, 3) — was im gegebenen Falle bei dem rechtsunkundigen Beklagten um so sicherer nicht anzunehmen ist, als die Aufhebung des Eheversprechens nach Inhalt des pfarramtlichen Zeugnisses vom 11. August 1865 ihren Grund offenbar nicht in der beiden Theilen inwohnenden Wissenschaft der Ungiltigkeit des Eheversprechens, sondern in den mit Hebung des der Ehe entgegenstehenden kanonischen Hindernisses verbundenen Schwierigkeiten hatte.

Was die Nothwendigkeit eines Rechtsirrthumes selbst anbetrifft, so mag es dahin gestellt sein, ob diese Frage nach dem hier in Rede stehenden besonderen Falle und nach fr. 3 de cond. sine causa zu bejahen sei, da, selbst wenn sie bejaht werden müßte, es offenbar Sache der Klägerin gewesen wäre, zu behaupten, daß Beklagter die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen über die Unwirksamkeit von Eheverlöbnißsen gekannt habe, was weder in der Klage noch in der Replik positiv geschehen ist.

Denn es muß hier der gesetzlich begründete Anspruch auf Befreiung von einer ohne Rechtsgrund übernommenen Verbindlichkeit durch den Einwand beseitigt werden, daß dieser Anspruch deshalb hinwegfalle, weil der Promittent die Absicht der Schenkung gehabt habe. Diese Absicht kann aber nicht vermuthet werden. Anders würde es sich ver-

halten, wenn der Beklagte das Versprechen schon erfüllt hätte und das Gegebene zurückfordern würde. Hier würde zum Klagegrunde allerdings die Behauptung des Rechtsirrthumes, also des Nichtwissens des bestehenden Gesetzes, gehören; allein im vorliegenden Falle hat er noch nicht geleistet, und setzt nur der Klage der Promissarin auf Erfüllung des Versprechens die Einrede entgegen, daß er ohne Grund das Versprechen gegeben habe.

Dieser Exzeptionsgrund ist nun nach fr. 3 de cond. s. c. vollkommen erheblich, und wülste daher die Klägerin denselben zerstören, so mußte sie anführen, daß der Beklagte die Unwirksamkeit seines Versprechens gekannt, also zu schenken beabsichtigt habe.

DAGG. v. 22. Febr. 1868 RRt. 1474^{66/67}.
Rm.

2.

Klage auf Fortentrichtung von Reallasten. Erforderniß genauer Bezeichnung des belasteten Objektes. Erhebung von Reallasten gegen ein Fideikommißgut.

Für die Gemeinden L. und D. besteht eine gemeinschaftliche Schule, zu deren Erhaltung die fürstl. Standesherrschaft K. jährlich gewisse Quantitäten an Holz und Getreide abgegeben hat. Als nun vom Jahre 1851 anfangend die fernere Abgabe verweigert wurde, traten die beiden Gemeinden gegen die Standesherrschaft auf Fortentrichtung klagend auf, indem sie behaupteten, die Standesherrschaft habe ihnen diese Reichnisse von jeher, jedenfalls seit 10—40 Jahren als eine auf dem standesherrlichen Gesamtgutskomplexe ruhende Reallast geleistet, und die Leistung sei von den jeweiligen

Besitzern, als solchen, mit dem Bewußtsein und der Absicht, eine privatrechtliche Verbindlichkeit zu erfüllen und keineswegs aus bloßer Gnade geschehen.

Von der zweiten Instanz wurde diese Klage in der angebrachten Art abgewiesen, weil die mit der behaupteten Abgabe belasteten Immobilien nicht bestimmt genug bezeichnet seien; der oberste Gerichtshof legte jedoch den klagenden Gemeinden den Beweis auf, daß sie seit unvordenklicher Zeit oder doch wenigstens 30 Jahre lang vom Jahre 1851 rückwärts gerechnet von den jeweiligen Besitzern der fürstlich Fischen Standesherrschaft, als Besitzern des Gesamtgutskomplexes dieser Herrschaft, die klagsweise beanspruchten Reichnisse an Holz und Getreide bezogen haben.

In den Gründen wird gesagt, die Bezeichnung des belasteten Objectes als Gesamtgutskomplex der beklagten Herrschaft sei von der II. Instanz ohne Grund als ungenügend bezeichnet worden; denn es könne weder für die Beklagte noch für den Richter darüber ein Zweifel bestehen, welches Object als belastet bezeichnet sei, und es lasse sich nicht absehen, welche weitere thatsächliche Unterlage noch aufgestellt werden solle, nachdem der standesherrliche Gesamtgutskomplex als das belastete Object angegeben sei.

Wenn es auch unwahrscheinlich sei, daß die Abgabe auf dem standesherrlichen Gesamtgutskomplex laste, welcher in seinen einzelnen Bestandtheilen mancherlei Veränderungen durch Kauf, Tausch u. s. w. unterworfen gewesen sein möge, so sei doch dieser Umstand rechtlich unerheblich, denn vorläufig handle es sich bloß darum, ob die thatsächlichen Momente des Verjährungsbesitzes behauptet seien.

Wenn nun beklagterseits die Verabsolung der Reichnisse an den Lehrer zugegeben, dabei aber behauptet werde, es sei dieß aus bloßer Gnade geschehen, so liege hierin ein Widerspruch darüber,

daß die Leistungen an die Gemeinden stattgefunden haben und daß sie von den jeweiligen Besitzern der Standesherrschaft als Besitzern des Gesamtgutskomplexes derselben geleistet worden seien.

Deshalb habe hierüber Beweis auferlegt werden müssen, wozu bemerkt werde, daß zur Erfüllung solcher Abgaben unbestritten auch ein Zeitraum von 30 Jahren ausreiche.

Der Umstand, daß der jeweilige Besitzer der k.lichen Standesherrschaft immer auch Besitzer des Gesamtgutskomplexes dieser Herrschaft gewesen sei, könne übrigens nicht, wie die Klägerinnen meinen, als Beweis genügen, daß die Besitzer der Herrschaft jene Abgaben in der Eigenschaft als solcher Besitzer geleistet haben, indem ja die früheren Besitzer zugleich die Landeshoheit ausgeübt haben, wonach jene Leistungen eben so gut als landesherrliche Unterstützung für einen öffentlichen Zweck stattgefunden haben können.

Es sei also der Beweis nothwendig, daß die Abgabe des Besitzes halber geleistet worden, oder mit anderen Worten, daß der Grund zur Verpflichtung in dem Besitze jenes Gesamtgutskomplexes gelegen sei.

DAWG. v. 3. März 1868 Reg.-Nr. 1284⁶⁶/₆₇.

Nachschrift des Einsenders. Der Ausdruck „Gesamtgutskomplex“ deutet auf Zusammengehörigkeit, auf Geschlossenheit, und soll hier wahrscheinlich den standesherrlichen Fideikommißkomplex bezeichnen; da aber die standesherrlichen Familien über alle ihre Güter- und Familien-Verhältnisse autonomisch verfügen (IV. Verf.-Beil. §. 9), sonach einzelne Besitzungen aus dem Fideikommiß-Verbande entlassen und andere in denselben aufnehmen können, so ist auch der Begriff eines standes-

herrlichen Fideikommißkomplexes, wenn er schon in Beziehung auf einen gewissen Zeitpunkt ein bestimmter ist, doch in Beziehung auf weite Zeiträume (Unvordenklichkeit, 30jährige Ersetzung) ein sehr unbestimmter und wandelbarer.

Offenbar ist durch die Klage darauf abgezielt, daß der jeweilige (sohin wandelbare) Realbesitz der Standesherrschaft als das belastete Objekt erkannt werden solle; dieses ist aber unmöglich durchzusetzen, weil sonst der rechtliche Begriff der Reallast, vermöge dessen Jemand dadurch verpflichtet wird, daß er die belastete Sache besitzt, geradezu umgekehrt angewendet und die (außerdem unbelastete) Sache dadurch, daß sie in den Besitz der Standesherrschaft gelangte, zur belasteten würde.

Diesem Bestreben der Klage ist auch vom obersten Gerichtshofe, wie der Schluß der mitgetheilten Entscheidungsgründe zeigt, entschieden entgegengetreten, so wie auch im Beweissage nur dem Worte „Besitzer“, keineswegs aber dem Worte „Gesamtgutskomplex“ das Adjektivum „jeweilig“ beigelegt ist.

Das belastete Objekt kann daher nur ein solcher Komplex sein, welchen die Standesherrschaft beim Beginnen der Verjährung im Besitze gehabt hat, und von welchem seit dieser Zeit kein einzelner Bestandtheil abgetrümmt worden ist; denn hätte eine solche Volltrennung stattgefunden, so wäre der betreffende Bestandtheil nicht befreit, es wäre vielmehr, da mehrere Besitzer für eine Reallast stets nur pro rata haften (Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 154 Nr. 4 IV. Ausg.) die die Standesherrschaft treffende Last eine geringere geworden, und diese könnte daher nicht in ihrem ursprünglichen Vollbetrage gegen die Standesherrschaft eingeklagt werden.

Andererseits wäre, wenn die Standesherrschaft

neue Erwerbungen machte, die Reallast auf diese nicht übergegangen, sondern es hätte hinsichtlich dieser Erwerbungen stets eine neue Verjährung beginnen müssen.

Hieraus ersieht man, wie unzulänglich die Klage begründet ist, indem durch dieselbe der gegenwärtige Gesamtgutskomplex auf den Grund der Verjährung in Anspruch genommen, dabei aber nicht behauptet wird, daß er während der ganzen Verjährungsperiode derselbe geblieben sei.

Daß Klagewerk, nach welchen die Holz- und Getreidereichnisse auf mehreren in verschiedenen Distrikten gelegenen Schlössern und Gärten (auch ein stattliches Wohnhaus in München ist vorhanden), auf Fischwassern und Weidgerechtigkeiten 2c. 2c. razifizirt wäre, kann schon überhaupt nur als eine auf's Gerathewohl hingeworfene Erfindung betrachtet werden, und die klagenden Gemeinden hätten sich durch die Auflage besserer Substanziung um so minder beschwert fühlen können, als sie, wenn sie das rechtliche Bewußtsein einer ihnen zustehenden Realberechtigung in sich tragen, nothwendig auch in der Lage sein müssen, das belastete Objekt in bestimmterer Weise bezeichnen zu können. —

Eine weitere Frage wäre die, ob eine Ersizung von 30 Jahren genüge, um ein Fideikommißgut mit einer bleibenden Bürde zu belasten?

Nach den Grundsätzen, von welchen hier im bayert. Rechte ausgegangen wird, müßte man diese Frage verneinen (RM. Th. III Kap. X §. 22 Nr. 6 und Anm. zu §. 21 Nr. 4 lit. b; vergl. Th. II Kap. IV §. 8 Nr. 7 und Anm. Nr. 4 lit. d, dann Anm. zu §. 3 Nr. 3; insbesondere Bar. v. Schmid Semicent. I contr. 35 Nr. 1 — 4); aber nach dem im vorliegenden Falle anzu-

wendenden gemeinen Rechte dürfte sich die Sache anders verhalten.

Allerdings ist dem Fideikommissar verwehrt, das Fideikommissgut zu veräußern oder mit einer bleibenden Bürde zu belegen. Wenn nun schon das bloße Geschehenlassen einer Usurpation nach fr. 28 de verb. sign. (50, 16) als Veräußerung gilt, so ist eine solche um so zuverlässiger dann anzunehmen, wenn, wie hier, der zur Erfüllung erforderliche Quasibesitz des Prätendenten nicht ohne Selbstthätigkeit des Fideikommissars begründet, wenn also die Erfüllung nur durch dessen positives Thun und Geben erreicht werden konnte.

Demnach möchte allerdings scheinen, daß eine solche fortgesetzte Thätigkeit des Fideikommissars den Nachfolgern derselben nicht präjudiziren könne; allein der von den Hrn. v. Kreittmair und v. Schmid als entscheidend angenommene Satz „agere non valenti non currit praescriptio“ wird hier doch über die Gebühr ausgedehnt, weil die Fideikommiss-Anwärter schon bei Lebzeiten des Fideikommissars berechtigt sind, gegen gefährdende Verfügungen desselben Einsprache zu erheben (Bluntschli deutsch. Priv.-R. Bd. I §. 68 Nr. 5, Mittermaier d. Pr.-R. §. 142 Nr. IV), wodurch sie sich also in der Lage befinden, eine Erfüllung zu hindern. Unterlassen sie dieses, so tragen sie mit Recht auch die nachtheiligen Folgen; und gründete sich die Unterlassung auf ihre Unbekanntheit mit den gefährdenden Verfügungen, so liegt hierin schon ohnedieß kein Hinderniß der dem Institute der Klageverjährung nachgebildeten außerordentlichen Erfüllung (Savigny Syst. Bd. III S. 408).

Beim Beweise der Undordenklichkeit, welchen aber die Klägerinnen hier ganz sicher nicht antreten werden, da ja auch zur außerordentlichen Erfüllung ein justus titulus nicht erforderlich ist, fielen freilich

jedes Bedenken hinsichtlich des Fideikommißverbandes hinweg, weil durch die Unvordenklichkeit die Vermuthung für den rechtmäßigen Ursprung der Reallast begründet würde.

Rm.

3.

Ist ein Anwalt, welcher das Giro eines Wechsels zum Incasso erhalten und angenommen hat, um die Valuta gegen den Aussteller oder Acceptanten einzulösen, vermöge dieses Umstandes allein schon verpflichtet, auch die Regreßklage gegen den Indossanten des letzten Inhabers vor Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz anzustellen?

Der oberste Gerichtshof hat diese Frage in einem die gleichförmigen Urtheile der beiden Vorinstanzen abändernden Erkenntniß verneint und die bemerkte Haftung des Anwaltes auf den Fall beschränkt, wenn derselbe zur Erhebung der Regreßklage einen besonderen Auftrag erhalten oder wenn sich ein solcher Auftrag aus den Umständen des Falles in schlußbündiger Weise stillschweigend ergebe. In den Gründen der oberstrichterlichen Entscheidung wird hiezu bemerkt:

„Es ist zwar richtig, daß der Mandatar zur Anwendung des größtmöglichen Fleißes in Ausführung des übertragenen Geschäftes — *omnis diligentiae* — verbunden ist, und daß er auch für den Schaden haftet, den er durch ein geringes Versehen stiftet, — *tam dolum quam culpam praestare necesse est*; es ist wahr, daß die Pflicht zur Aufmerksamkeit nur um so strenger auf ihm lastet, wenn er zur Besorgung einer gewissen Gattung von Geschäften als Fachkundiger berufen ist

und für seine Mühe belohnt wird; es ist nicht minder gewiß, daß ein Rechtsgelehrter, der einer rechtsunkundigen Partei gegenübertritt, die ihr volles Vertrauen in seine Kenntnisse setzt, schon in diesem Umstande einen neuen Antrieb finden muß, mit pünktlichem Eifer zu Werke zu gehen, seine volle Umsicht aufzubieten und sich einer strengen Gewissenhaftigkeit zu befleißigen. Allein auf der anderen Seite finden dennoch all' diese Obliegenheiten ihre natürliche Abgrenzung in der Natur des übertragenen Geschäftes und der erfasslichen Absicht des Auftraggebers. Einen Wechsel zum Incasso giriren heißt, dem Giratar den Auftrag erteilen, den Wechsel zur Bezahlung vorzulegen und diese einzuziehen, nöthigenfalls auch einzulagen; der wahre und sich von selbst anbietende Schuldner der Wechselsumme ist aber der Aussteller des eigenen oder der Acceptant des gezogenen Wechsels. Der Rückgriff auf den Giranten, der den Wechsel abgetreten hat, ist nicht ein unmittelbarer Einstrich, ein Incasso desselben, sondern liegt schon um eine Stufe höher; er stellt eine Entschädigungsklage gegen den Cedenten wegen der Täuschung an, welche dieser durch das Ueberweisen einer nicht sofort flüssigen Zahlung begangen hat, bezüglich welcher das Wechselrecht eine Rechtsvermuthung zu Gunsten der Haftung für die Güte der Forderung aufgestellt hat. Den Wechsel einkassiren und für einen nicht eingehenden Wechsel Ersatz verlangen, ist nicht dieselbe Sache. Hätte der nun Beklagte sich mit einer notariellen Vollmacht zur Einlagung des Wechsels gegen D. versehen lassen, so wäre klar, daß der ihm gegebene und von ihm angenommene Auftrag nicht darüber hinaus ginge; daß Giro zum Incasso, einem Anwalte erteilt, ist aber nur die übliche und bequemere Form der Ermächtigung, wobei, obwohl dasselbe auf

einer breiten Grundlage steht, der wahre Inhalt und Gegenstand des Auftrages erst auf andere Art dargethan werden muß.

Dabei ist zwar nicht zu bezweifeln, daß dieses Giro zur Erhebung der Negregßklage genügt hätte, um den Anwalt zu bevollmächtigen; daß er aber auch dazu verpflichtet oder beauftragt gewesen, geht aus einer so allgemein gehaltenen Fassung einer gangbaren Phrase noch nicht, wenigstens nicht mit Sicherheit hervor. Das Giro zum Incasso muß daher die Grenzen des darunter verborgenen Auftrages immer erst aus anderen Anhaltspunkten, einer schriftlichen Information des Anwaltes oder, wo diese fehlt, einer mündlichen Besprechung schöpfen. Die Frage, ob und gegen wen eine Wechselnegregßklage zu erheben sei, gehört zur wirthschaftlichen und kaufmännischen Behandlung des Wechsels, welcher der Anwalt in der Regel fern steht; ihre mitzubringende Anstellung hängt von der Zahlungsfähigkeit des Giranten und anderen Umständen ab, die den Erwägungen des Anwaltes nicht von selbst vorschweben können. Es ist zwar richtig, daß der Incassogiratar N. durch die ihm aufgetragene und auch von ihm vorgenommene Benachrichtigung des N. von dem erhobenen Proteste Kenntniß davon erhielt, daß sein Klient K. beabsichtige, seiner Zeit den Negregß weiter zu suchen; ob er aber auch ihn selbst mit dieser zweiten Klage betrauen wolle, darüber war er nicht im Klaren. K., von seinem Geschäftsmanne Z. berathen, leitete nach Ausweis der Manualakten den Betrieb der Sache gegen D. Schritt für Schritt; aber dadurch, daß er dem N., wie er sagt, den Auftrag gab, den N. zu benachrichtigen, gab er kund, daß er genügende Kenntniße von der Negregßklage hatte und daß er die Leitung der anzustellenden Verfolgungen sich selbst vorbehielt, aber

nicht mit der Uebergabe des Wechsels schon alle Schritte, welche zu dessen Flüssigmachung wie immer erforderlich sein könnten, in Vorschlag und Vorschlag der Wachsamkeit seines Anwaltes R. überlassen wollte. Die Natur des Mandates bringt zwar mit sich, daß der Mandatar von dem Gange seiner Geschäftsführung unter zweifelhaften Umständen Nachricht ertheile und weitere Anweisungen einhole; auch ist gewiß, daß R., der die ganze Gefahr der Wechselforderung bei D. erkennen mußte, wohl daran gethan hätte, den R. gegen den Ablauf der Verjährungsfrist von diesem verhängnißvollen Umschlage seiner Lage in Kenntniß zu setzen. Allein auf der anderen Seite war das Herannahen dieser ausschließenden Frist ein vom Anfange an gewisses und nicht erst durch den Verlauf des Processes gegen D. herbeigeführtes Ereigniß, und mußte R., welcher dem R. schon 6 Wochen vorher schrieb, es sei Gefahr auf Verzug, diesen selbst auf die Meinung bringen, er könne oder wolle sich nur bei dem Wechselschuldner um seine Bezahlung umthun, weil außerdem der Rückgriff auf den Giranten R. alle Gefahr von ihm abgewendet hätte. In jedem Falle hat die Cidesformel, welche die Gerichtsordnung Kap. II §. 5 Nr. 1 für die Anwälte vorgezeichnete, dieselben bloß verpflichtet, in Sachen, welche ihnen anbefohlen worden, aus ganz treuer Meinung der Gerechtigkeit und ihrem besten Verständnisse nach fleißig zu rathen und zu handeln; sollte daher R. über die Grenzen des ihm ertheilten Auftrages gleichwohl in einen leicht erklärbaren Irrthum verfallen sein, so kann ihn dieser nicht schon verpflichten, für den mißlichen Erfolg einzustehen, für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten.

Aus diesen Bemerkungen ergibt sich von selbst, daß die Beweislast über den Inhalt und Umfang

des erhaltenen Mandates dem Beklagten abzunehmen und vielmehr nach einer bekannten Regel auf den Kläger überzuwälzen ist, indem das Giro eines Wechsels zum Incasso oder in procura unter den hier gegebenen Umständen noch keine Rechtsvermuthung dafür begründete, der Giratar sei zur Vorkehrung aller ordentlichen gerichtlichen Schritte beauftragt gewesen, welche erforderlich scheinen konnten, um die Wechselforderung flüssig zu machen und wie immer einzuziehen. Dagegen war der Kläger seiner Behauptung entsprechend zum Beweise zuzulassen, daß er gleich Anfangs den Beklagten beauftragt hatte, den Indossanten N. nicht bloß von dem erhobenen Proteste zu benachrichtigen, sondern im Falle Bedürfnisses auch die Regreßklage auf die empfangene Valuta gegen ihn zu erheben.“

LAGG. v. 17. März 1868 Reg.-Nr. 1467⁶⁶/₆₇.
77.

4.

Errungenschaft bei der Gütergemeinschaft des Baireuther Provinzialrechtes.

Wie in dem Erkenntniße vom 10. März 1860 (Bl. f. RA. Bd. XXX S. 284 ff.) hat der oberste Gerichtshof auch am 11. Febr. 1868 (RR. 1263⁶⁶/₆₇) erkannt. Wegen Mangels an Raum kann dieß vorerst nur mit dem Vorbehalte, daß ausführlich motivirte Erkenntniß später abzu drucken, angezeigt werden.

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

Inhalt: Actio empti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren. — Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionseinschränkung. Exceptio non rite impleti contractus. Substanzierung derselben. Retentionsrecht. — Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nichtig erkannten Vertrage gegebene Sache nicht mehr zurückgegeben werden kann. — Die dingliche Hypothekklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjektes im Erfüllungsprozeß angestellt werden.

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

1.

Actio empti wegen dolus des Verkäufers und deren Verhältniß zur actio redhibitoria. Verjährung der letzteren.

E. G. hatte von J. S. ein Haus gekauft, und klagte, weil dasselbe feucht und weil ihm dieser nicht zu jeder Witterungszeit sichtbare Fehler vom Verkäufer dolose verschwiegen worden sei, auf Auflösung des Vertrages, eventuell auf Preisminderung.

Vom obersten Gerichtshofe wurde Beklagter von ersterer Klage entbunden; bezüglich der letzteren wurde dem Kläger der behauptete Fehler nebst dem behaupteten Minderwerthe zum Beweise aufgesetzt.

In den Gründen wird gesagt, daß die erstere Klage, als auf dem adilitischen Edikte beruhend, binnen 6 Monaten vom Vertragsabschlusse hätte angestellt werden müssen, und daher, weil Kläger diese Frist versäumt habe, verjährt sei.

Sodann wird fortgefahren:

„Auch die Behauptung, daß Verkäufer in dolo versiert, kann in vorliegendem Falle die Sachlage nicht ändern, da der dolus immerhin nur eine Klage auf das Interesse begründen würde und aus den Aufstellungen des Klägers nicht genügend hervorgeht, daß in Folge der vorhandenen Mängel das verkaufte Anwesen für ihn werthlos sei, daß er bei Kenntniß derselben einen Kauf gar nicht würde abgeschlossen haben.

Eine Vertragsaufhebung kann in Fällen solcher Art nicht mit der gewöhnlichen *actio empti* verfolgt, sondern nur auf die besonderen Verfügungen des ädilitischen Ediktes gegründet werden, die bezüglich der Klage unterliegt daher nothwendig der im Edikte bestimmten kurzen Verjährung. —

Anderes verhält es sich jedoch mit der Klage, soweit sie Minderung des Kaufpreises zum Gegenstande hat; denn in dieser Beziehung kann von einer Verjährung nicht die Rede sein und die sonstigen Einwände des Beklagten erscheinen ohne wesentliche Bedeutung. —

Die Thatsache, daß das verkaufte Haus zur Zeit des Vertragsabschlusses keine offenen Merkmale von Feuchtigkeit an sich trug (wie dies allerdings von beiden Parteien übereinstimmend behauptet wird) schließt durchaus die Möglichkeit nicht aus, daß dennoch zur nämlichen Zeit die behaupteten Mängel im Geheimen bestanden haben.

Es mag zufälligen Witterungsverhältnissen oder auch besonderen vom Verkäufer getroffenen Vorkehrungen zuzuschreiben sein, wenn sie damals nicht so zu Tage traten, daß sie von Jedermann, selbst wenn er nicht Sachverständiger war, sofort erkannt werden mußten. Dies darzuthun ist ja, laut der Beweisauflage, gerade die besondere Aufgabe der Beweisführung. —

Was die weitere Behauptung betrifft, es müsse die Feuchtigkeit eines Hauses unter allen Umständen als ein offener Mangel betrachtet werden, so erledigt sie sich durch die nämlichen Erwägungen. Man will als selbstverständlich hinstellen, was mindestens sehr zweifelhaft ist. Ergibt sich in Folge der Beweisführung, daß der gerügte Mangel wirklich bestehe, obgleich er beim Vertragsabschlusse nicht ersichtlich gewesen, so ist eben dargethan, daß derselbe nicht immer ein offener ist“.

DAGE. v. 24. März 1868 Reg.-Nr. 25.

Nachschrift des Einsenders. Die kurzen Verjährungsfristen der ädilischen Klagen machen es nothwendig, sie von der Kontraktklage scharf zu unterscheiden; und so war denn auch hier die Frage, ob die Kaufauflösung nach präskribirter Wandelungsklage nicht noch mittelst der actio emti hätte bewirkt werden können, von besonderer Wichtigkeit.

Gegen Mängel, welche der Verkäufer wissenschaftlich verschwiegen hatte, bedurfte man des ädilischen Ediktes nicht; es genügte hiezu die actio emti, gegründet auf den dolus des Verkäufers, dessen sich dieser nicht bloß durch positive Vorspiegelungen, sondern auch durch wissenschaftliche Vorenthaltung der Wahrheit schuldig macht; fr. 43 §. 2, de contr. emt. (18, 1); fr. 1 §. 1, fr. 11 §. 5 de act. emt. vend. (19, 1); fr. 1 §. 2 de dolo malo (4, 3).

Eine vollständigere Gewähr für die Mängel führte das Edikt der Aedilen ein, indem nach demselben der Verkäufer auch für solche (nicht offenbare) Mängel haftet, welche er nicht dolose verschwiegen hat. Er ist nicht nur verpflichtet, dieselben dem Käufer anzuzeigen, wenn sie ihm bekannt sind; er haftet für sie, auch wenn er sie nicht kennt.

Eine auf den dolus des Verkäufers gegründete

dete Klage ist daher nicht nothwendig als eine ädilitische zu betrachten, sondern kann immerhin als die besondere Kontraktklage bestehen.

Die in den Anmerkungen zum bay. *MR.* Th. IV Kap. III §. 23 Not. 12 lit. d aufgestellte Behauptung, daß die propter rem vitiosam ange stellte *actio emti* in der That nichts Anderes als die *actio redhibitoria vel aestimatoria* sei und demnach die Natur der letzteren Klagen so weit annehme, daß sie gleichzeitig mit denselben präskribire, wird daher nur insoferne richtig sein, als eine lediglich auf die Fehlerhaftigkeit der Sache gestützte Klage als *actio emti* perpetuirt werden wollte; gründet sich aber die Klage auf ausdrückliche Zusicherung gewisser nun fehlender Eigenschaften oder auf dolose Verschweigung der Fehler, so konkurriert sie elektive mit den ädilitischen Klagen als die *actio emti* und kann als solche der kurzen Verjährung der ersteren nicht unterworfen sein. *Vangerow* *Leitf.* zu §. 609 Anmerk. VIII.

Diese Ansicht ist nun fast allgemein angenommen; sie ist aber nicht völlig unbestritten. So wurde denn vom obersten Gerichtshofe am 6. Nov. 1866 (*Bl. f. RM. Bd. XXXII* S. 59, vergl. auch *Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 32*) und am 29. Januar 1867 (*Erg.-Bd. zu Jahrgang 31 und 32* S. 273) in dieser Weise erkannt; gegenheilig aber am 30. Dez. 1852 (*Bl. f. RM. Bd. XIX* S. 31 Nr. 3, vergl. *Seuffert's Archiv Bd. X Nr. 30*) und gleichfalls am 29. Januar 1867 (*Erg.-Bd. zu Jahrg. 31 und 32* S. 276), während die in diesen Blättern *Bd. XI* S. 369 und 385 ff. mitgetheilte Erörterung *Dollmann's* der *actio emti* als *actio perpetua* noch eine viel weitere Ausdehnung zuerkennt.

Nun entsteht aber noch die weitere Frage, ob wegen *dolus* des Verkäufers schlechthin auf Auf-

lösung des Vertrages oder immer nur auf das Interesse geklagt werden könne?

Im bayr. Rechte ist diese Frage klar entschieden; denn nach Th. IV Kap. I §. 25 Nr. 2 ist zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* zu unterscheiden, und nur im ersteren Falle, welcher nach den Anmerkungen Nr. 1 lit. f. *nullitatem actus* bewirkt, kann auf Vertragsauflösung, dagegen im letzteren nur auf Schadloshaltung geklagt werden.

Dieser Unterschied zwischen *dolus causam dans* und *incidens* wird jedoch in der Literatur des gemeinen Rechtes, nach welchem der gegenwärtige Fall zu entscheiden war, von Einigen völlig verworfen, weil er weder in den Worten noch der Sache nach im Gesetze begründet und wegen Unsicherheit der Anwendung auch sonst nicht zu billigen sei. Zu den Anhängern dieser Meinung gehört z. B. Puchta, welcher (Pand. §. 363 und 364 und Vorles. zu §. 363) mit Bezug auf *const. 5, 10. de rescind. vend. (44, 3)* und *fr. 11 §. 5 de act. emti. vend. (39, 1)* behauptet, daß der Kontrahent auf Auflösung des Vertrages dringen könne, wenn er durch den *dolus* des Anderen zur Abschließung des Kontraktes überhaupt oder in dieser Art vermocht worden ist. So auch Arndts Pand. §. 237 und Benning-Jungenheim Civilr. Bd. III §. 228 (76).

Anderere Rechtslehrer verwerfen die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *incidens* nur hinsichtlich der Frage der Nichtigkeit, welche letztere nach gemeinem Rechte entschieden geläugnet wird; sie lassen aber diese Unterscheidung gelten bezüglich der Frage der Rescission oder der bloßen Entschädigung, so daß erstere nur dann stattfindet, wenn der Kontrahent ohne den *dolus* des Anderen gar nicht abgeschlossen hätte, wenn das Geschäft nach der wahren Sachlage für ihn ohne Interesse

wäre; Bangerow Zeits. zu §. 605 Anmerk. I sub II; Seuffert Pand. §. 261; Holzschuher Theorie und Kasuistik Bd. II Abth. II S. 279 (Ausg. I).

Dieser letzteren Meinung folgte hier der oberste Gerichtshof und es ist daher nur als folgerichtig anzuerkennen, daß hier durch die Behauptung der dolosen Verheimlichung der Feuchtigkeit die Rescissionsklage, welche nach der ersteren Meinung durch diese Behauptung allerdings genügend begründet und auch nicht verjährt wäre, als nicht gehörig begründet angenommen wurde.

Man kann übrigens der letzteren Meinung folgen und dennoch annehmen, daß wegen doloser Verschweigung der Feuchtigkeit eines Hauses durch die *actio empti* die Vertragsauflösung zu bewirken sei. Es gibt Leute genug, welche ein feuchtes Haus schlechterdings nicht bewohnen, und daher zur eigenen Bewohnung selbst zum geringsten Preise nicht erkaufen wollen. Bei solcher Absicht des Käufers besteht das Interesse desselben gerade in der Auflösung des Vertrages; alsdann muß aber dieses Interesse auch gehörig in der Klage dargelegt werden.

Rm.

2.

Haftung des Verkäufers wegen einer hinsichtlich des verkauften Gutes bestehenden Dispositionsbeschränkung. *Exceptio non rite impleti contractus*. Substanzirung derselben. Retentionrecht.

Zur Gemeinde F. gehört eine Waldung, welche unter die dortigen Anwesen's-Besitzer dergestalt vertheilt ist, daß jeder derselben seinen Antheil als völlig ausgeschiedenes Eigenthum besitzt, daß er aber denselben nur in Verbindung mit seinem Anwesen veräußern kann, wenn die Veräußerung

nicht an einen Anwesens-Besitzer derselben Gemeinde geschieht.

Die Wittwe M. S. verkaufte nun ihr bedeutendes Anwesen mit der dazu gehörigen Waldparzelle an J. S. und Konf., welche, als sie von der Verkäuferin um einen sehr beträchtlichen Kauffchillingrückstand belangt wurden, dieser Klage entgegensezten, die Verkäuferin habe sie von der bezüglich der Waldparzelle bestehenden Dispositionsbeschränkung nicht in Kenntniß gesetzt, sie sei also schuldig, dieselbe zu beseitigen. So lange dieses nicht geschehen, seien sie wegen nicht gehörig erfolgter Vertragserfüllung berechtigt, den eingeklagten Kauffschilling zu retiniren.

Die Verkäuferin entgegnete, sie habe die Käufer von der bestehenden Dispositionsbeschränkung, welche auch im Hypothekenbuche eingetragen sei, allerdings in Kenntniß gesetzt, nur sei dieser Punkt in der notariellen Kaufsurkunde nicht vorgetragen. Habe dieses zur Folge, daß sie wegen jener Beschränkung den Käufern haften müsse, so gebe dieses denselben kein Recht, den eingeklagten Kauffschilling zu retiniren, sondern nur die Auflösung des Kaufvertrages oder entsprechende Herabsetzung des Kaufpreises zu verlangen, in welcher Beziehung jedoch die Einrede völlig unsubstanziert geblieben sei.

Diese Erwiderung blieb erfolglos; die zweite Instanz (das Erf. I. Inst. ist dem Einsender unbekannt) erkennt die Einrede der Beklagten als gegründet, und vom obersten Gerichtshofe wurde dieses Erkenntniß bestätigt.

In den oberstrichterlichen Gründen wird gesagt: „Hält man fest, daß bei allen Kaufverträgen die Erlangung des Eigenthums an der erkauften Sache als die Hauptabsicht jeden Käufers betrachtet werden muß (Anmerk. zum bayer. RM. Th. IV Kap. III §. 10 Nr. 3), daß aber zum gesetzlichen

Begriffe des Eigenthumes der rechtliche Zustand erfordert wird, wonach der Käufer frei über die gekaufte Sache schalten und walten kann, solche für die seinige haben und brauchen mag (Ann. a. a. O. Nr. 2), daß aber hiezu auch selbstverständlich die Befugniß des Käufers gehört, die gekaufte Sache wieder weiter zu verkaufen und zwar ohne Unterschied der Person des weiteren Käufers; — erwägt man hiebei weiter, daß der Verkäufer, wenn die von ihm verkaufte Sache kein solches Eigenthum war, woran ihm die freie ungehinderte Disposition zu stand, ein solches auch auf den Käufer nicht übertragen konnte, daß er somit an der verkauften Sache kein wahres Eigenthum im vollen Umfange dessen gesetzlichen Begriffes besaß und die Sache zur Zeit des Verkaufes mit dem wesentlichen Mangel der Fähigkeit der freien Benützung durch Weiterverkauf behaftet war, in welchem Falle dem Verkäufer die Pflicht der vollständigen Gewährschaftsleistung dem Käufer gegenüber obliegt (Ann. a. a. O. Nr. 3 lit. b), — so gelangt man in Anwendung dieser gesetzlichen Vorschriften auf den vorliegenden Fall zu dem unabweißbaren Resultate, daß der allegirte notarielle Kaufvertrag, wenn durch solchen entgegen seinem Wortlaute und entgegen den gesetzlichen Vorschriften über Erwerbung des Eigenthumes durch Kauf die Uebertragung eines beschränkten, jede freie Disposition hemmenden Eigenthumes an den Waldparzellen hätte übertragen werden wollen, hierüber eine ausdrückliche Vertragsbestimmung hätte enthalten müssen und daß bei dem Mangel einer solchen angenommen werden muß, diesem Kaufvertrage habe die beiderseitige Absicht der Kontrahenten, freies Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, unterlegen.

Die Verkäuferin hat, wie der von ihr selbst vorgelegte Hypothekenbuchsaußzug nachweist, die dem

Begriffe des freien Eigenthumes widerstrebende fehlerhafte Eigenschaft der verkauften Waldparzelle gekannt und hat sonach durch den verlautbarten Verkauf derselben als freies Eigenthum die Verpflichtung übernommen, solche von diesem Fehler frei zu machen, sonach ihrerseits den Vertrag, wie er abgeschlossen wurde, zu erfüllen; ob und wie sie solches zu bewirken im Stande ist, ist ihre Sache und kann hiezu durch den von den Käufern vertragsmäßig erworbenen Rechten nicht präjudicirt werden.

Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Käufer die Fehlerhaftigkeit des Kaufsobjectes gekannt haben, da, wie vorstehend gezeigt wurde, nach Maßgabe des Notariatsinstrumentes angenommen werden muß, daß die Verkäuferin die Nothwendigkeit der Sanirung dieses Fehlers anerkannt und sich hiezu verpflichtet habe.

Die weiteren Revisionsausführungen der Klägerin über die angebliche Verpflichtung der Beklagten, den Kaufvertrag in seinem Bestande anzufechten oder ihre etwaigen Entschädigungsansprüche zu präzisiren, sind ungerechtfertigt, da die Beklagten lediglich von dem ihnen gesetzlich zustehenden Retentionsrechte Gebrauch machen.“

DAAG. v. 31. März 1868 Reg.-Nr. 1454^{66/67}.

Nachschrift des Einsenders. Wenn auch das Anwesen nicht ausdrücklich als ein lastenfreies verkauft wurde (vergl. fr. 59 de contr. emt. (18, 1) — Bangerow, Leitz. §. 610 Anmerk. III, 3), so wird man doch bei einer so ungewöhnlichen Beschränkung, wie die vorliegende ist, mit dem obersten Gerichtshofe darin übereinstimmen müssen, daß die Verkäuferin, wenn sie diese Beschränkung den Käufern nicht angezeigt hat, wegen derselben haftbar sei.

Im Uebrigen aber läßt sich die mitgetheilte

Entscheidung mit den einschlägigen Gesetzen, wie diese bisher von Doctrin und Praxis gleichmäßig aufgefaßt worden sind, gewiß nicht vereinigen.

Es handelt sich hier nicht um einen Mangel der Extradition, sondern um einen Mangel an der Sache selbst, und zwar um einen solchen, dessen Beseitigung nicht in der Willkür oder Macht der Verkäuferin steht, sondern von der nicht erzwingbaren Einwilligung eines berechtigten Dritten abhängt.

Kann die fragliche Dispositionsbeschränkung nicht beseitigt werden, und ist sie für die Käufer von solcher Wichtigkeit, daß sie mit derselben das Anwesen gar nicht gekauft hätten, so wäre ihnen freigestanden, vom Kaufe abzugehen, sofort die Zahlung des eingeklagten Kauffschilling zu verweigern — fr. 13 pr. de act. emt. vend. (19, 1); wollten sie aber das erkaufte Anwesen behalten, so konnten sie nur eine Entschädigungsforderung aufstellen und diese, soweit erweislich, am eingeklagten Kauffschillinge kompensiren — fr. 4 §. 1, fr. 41 de act. emt. vend. (19, 1), fr. 61 de edict. Aedil. (21, 1), fr. 1 und 69 §. 6 de evict. (21, 2).

Die Beklagten haben weder das Eine noch das Andere gethan; der Grund der sog. exceptio von rite impleti contractus ist aber die Gegenforderung aus der gegenseitigen Obligation (Puchta, Pand.-Vorles. zu §. 232), woraus von selbst folgt, daß, wo es an gehöriger Substanziung der Gegenforderung fehlt, die ganze Einrede zu verwerfen ist.

Offenbar ist dieses hier der Fall. Die Beklagten retiniren wegen einer Gegenforderung, welche sie weder überhaupt erhoben, noch in ihrer Größe bezeichnet haben. Sie wollen nicht nur das erkaufte Anwesen, sondern auch, wenn es der Verkäuferin nicht gelingen sollte, die fragliche Dispositionsbeschränkung abzulösen, den noch unbezahlten Kauffschilling behalten, und vergessen dabei, daß ihnen für diesen Fall

nur eine dem Minderwerthe des Anwesens entsprechende Schadloßhaltung zukommen kann (vergl. Seuffert, Pand. §. 276), und daß sie also nothwendig anzugeben hatten, wie hoch dieser Minderwerth anzuschlagen sei, indem sich das Retentionsrecht auf den Betrag desselben beschränken müßte, so wie bei drohender Eviction der noch ausstehende Kauffchilling auch nur bis zur Höhe des drohenden Schadens zurückbehalten werden darf. Const. 24 de evict. (8, 45).

Aus diesen Gründen, für deren Richtigkeit sich hiemit auf Bl. f. RA. Bd. I S. 397, Bd. X S. 205, Bd. XVII S. 235 und Seuffert's Archiv Bd. I Nr. 39 und 189, Bd. V Nr. 147, Bd. VI Nr. 169, Bd. IX Nr. 216, Bd. XIII Nr. 184 bezogen wird, wäre das von den Beklagten geltend gemachte Retentionsrecht abzuschlagen gewesen.

Die Beklagten sind gar zu fluge Leute, welche in ihrer Weise vortrefflich zu rechnen verstehen. Sie wissen, daß die Gemeinde bei dem hohen Interesse, welches dieselbe daran hat, daß der ganze Wald in allen seinen Parzellen stets nur im Eigenthume der Gemeindeglieder verbleibe, auf eine Ablösung der fraglichen Dispositionsbeschränkung nicht eingehen würde; und indem sie dieses wissen, verlangen sie die absolute Beseitigung derselben, hüten sich aber, eventuell die Kaufauflösung zu beantragen, weil sie es vorziehen, rem et pretium zugleich zu besitzen, und erheben auch keine Entschädigungsforderung, weil es ihnen mehr zusagt, gegen eine vielleicht kaum auf 50 fl. anzuschlagende Last den noch mehrere Tausende betragenden Kauffchillingßrest zu behalten.

Und nun muß es die Verkäuferin erleben, daß das Gericht diesem Winkelzuge seinen Beifall gibt, indem es mit unjustifizirlicher Härte sagt, die Verkäuferin sei vor Allem verpflichtet, die Last zu beseitigen; ob oder wie sie dieses bewirken könne, sei ihre Sache.

Nach dieser Theorie könnte man das hochgil-
tigste Gut, wenn eine auf demselben ruhende unab-
lösbare Last der geringfügigsten Art nicht ange-
zeigt würde, rein umsonst erwerben.

Wären die Beklagten die rechten Leute, so wür-
den sie in sich gehen und es machen wie der Bauer
Ramshagel (Gräbe's Drama: die Hermanns-
schlacht, Eingang S. 3), welcher, von dem im deuts-
chen Lande amtirenden römischen Prätor wider eige-
nes Erwarten von einer Forderung freigesprochen,
zum Kläger sagte: „Dietrich, ich bezahle dich den-
noch; schenke mir nur eine paar Monde Frist. Mor-
gen erhältst du meine letzte Milchkuh auf Abschlag“.

Das war ehrlich und Ramshagel wußte es,
ohne vorher von dem Rechtsgelehrten Gundling
aufmerksam gemacht worden zu sein, daß man mit
dem jure stricto nicht in den Himmel komme.

Rm.

3.

Umfang der Ersatzverbindlichkeit, wenn die aus einem nich-
tig erkannten Verträge gegebene Sache nicht mehr zurückge-
geben werden kann.

Den Gründen eines oberstrichterlichen Er-
kenntnisses vom 7. März 1868 Nr. 87 entnehmen
wir Folgendes:

„In Folge der klägerischen Berufung und der
Revision der Beklagten ist lediglich die Frage zu
entscheiden, ob, wenn der Kaufvertrag rescindirt
wird, und die Beklagten in Folge dessen das
Kaufsobject zurückgeben müssen, diese Verbindlichkeit
aber nicht erfüllen können, sie den wahren Werth
desselben zur Zeit des Kaufvertrages und bezieh-
ungsweise der Tradition oder den durch mündliche
Verabredung vereinbarten schon anerkannten Werth

jener Objekte zu ersetzen haben, indem gegen die erstrichterliche Annahme, daß der Kaufvertrag vom 10. April 1866 im Falle des Beweises der Simulation auf dem Grunde des Art. 14 des Notariatsgesetzes vom 10. Nov. 1861 nichtig sei, keine Beschwerde erhoben worden ist.

Die erste Instanz hat sich für die eventuelle Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des wahren Werthes, die zweite Instanz aber für die eventuelle Verpflichtung derselben zur Zahlung des durch die mündliche Vereinbarung festgesetzten Preises entschieden.

Diese letztere Entscheidung entspricht aber weder den geltenden gesetzlichen Bestimmungen noch der eingetretenen Rechtskraft bezüglich der Nichtigkeit des Kaufvertrages im Falle des Beweises der Simulation.

Es ist nämlich nach Art. 14 des Not.-Ges. vom 10. Nov. 1861 keinem Zweifel unterworfen, daß eine mündliche Verabredung über einen höheren oder niederen Kaufpreis für ein Immobile, als welcher in der Notariatsurkunde verabredet ist, ungiltig sei, welcher Grundsatz durch eine Menge oberster richterlicher Erkenntnisse konstant ausgesprochen wurde, und auch dem klaren Wortlaute jenes Gesetzes vollkommen entspricht. Ist aber die mündliche Verabredung über den Preis von 8900 fl. im gegebenen Falle nichtig, so kann auch eine unter den Kontrahenten bestehende Uebereinstimmung über den wirklichen Werth des Kaufobjektes nicht unterstellt werden, da ja in Folge der Nichtigkeit jener Verabredung das ganze desfallige Abkommen als nicht geschehen zu betrachten ist. Abgesehen hievon repräsentirt aber ein stipulirter Kaufpreis nicht nothwendig den wahren Werth des Kaufobjektes, indem viele Beweggründe denkbar sind, aus welchen die Kontrahenten den Preis höher oder niedriger festge-

seht haben, als es wirklich werth ist. Es versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst, daß, wenn der zur Rückgabe Verpflichtete die Sache selbst nicht zurückgeben kann und der Grund der Unmöglichkeit dieser Rückgabe nicht in einem Zufalle liegt, er den Werth zu ersetzen habe. Der Ersaz des Werthes schließt aber von selbst den Ersaz nach einem mündlich vereinbarten Kaufpreise aus.

Mit Unrecht hat die zweite Instanz ihre gegen-
theilige Entscheidung auf die Vorschriften der §§. 155 u. f. Tit. 5 Th. I des preussischen Landrechtes gestützt. Denn der §. 156 a. a. O. stellt einen Grundsatz auf, welcher ja durch Art. 14 des Notariatsgesetzes geradezu verworfen ist. Durch diesen Art. 14 ist jeder mündliche Vertrag über Immobilien, also auch jede mündliche Nebenverabredung zu einem notariell errichteten Vertrage dieser Art ungiltig, ein solcher bloß mündlicher Vertrag kann also dadurch, daß die beiden Parteien oder eine derselben erfüllt hat, nicht gültig werden. Der Art. 156 verleiht nun aber einem bloß mündlichen Vertrage in der Art volle Wirksamkeit, daß, wenn der eine Theil erfüllt hat, der andere Theil ebenfalls erfüllen, und so den Vertrag in Kraft setzen kann, was nach jenem Art. 14 durchaus unstatthaft ist.

In Gemäßheit dieses Art. 14 kann durch Erfüllung selbst beider Theile der wegen Vernachlässigung der vorgeschriebenen Form ungiltige Vertrag nicht gültig werden, da die Vorschrift dieses Art. 14 eine im öffentlichen Interesse prohibitive ist, und daher weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Anerkennung der Parteien außer Kraft gesetzt werden kann (preuß. Landrecht Th. I Tit. 3 §. 43). Eine nothwendige Konsequenz der absoluten Nichtigkeit eines bloß mündlichen Vertrages über Immobilien oder einer mündlichen Nebenverabredung zu einem notariellen Vertrage über solche ist

nun aber, daß auch die Vorschrift des §. 159 des Landrechtes a. a. O., nach welcher die die Erfüllung verweigernde Partei dasjenige, was sie bereits empfangen hat, im Falle der Unmöglichkeit der Rückgabe in dem Zustande, in dem sich die Sache beim Empfange befunden hat, den mündlich verabredeten Werth zu ersetzen verpflichtet sein soll, nicht zur Anwendung kommen kann, da hier der mündlichen Verabredung eine verbindliche Wirkung beigelegt wurde, die ihr nach dem Art. 14 des Not.-Ges. unbedingt versagt ist.“

Nachschrift des Einsenders. In vorliegender Sache bestand ein Streit nur darüber, ob der im Vertrage festgesetzte oder der wahre Werth, wie er zur Zeit der Uebergabe war, zu ersetzen sei.

Daß nun hier auf den Ersatz dieses Werthes erkannt wurde, ist gewiß nicht zu beanstanden; daß aber, wenn die Sache selbst nicht mehr zurückgegeben werden kann, der zur Zeit des Empfanges bestandene Werth zu ersetzen sei, läßt sich als Regel aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht entnehmen.

Gemeinrechtlich entscheidet in solchem Falle nicht der Werth der empfangenen Sache, sondern die Bereicherung des nun zur Rückgabe verpflichteten Empfängers. Wurde nichts Anderes behauptet, so ist allerdings der zur Zeit der Uebergabe bestandene Werth zugleich als Betrag der Bereicherung anzusehen; außerdem aber kann sowohl auf einen höheren als auch auf einen geringeren Betrag derselben erkannt werden. So hat z. B. der Käufer, wenn er die erkaufte Sache, welche er nun nach erkannter Kaufsnichtigkeit zurückgeben soll, bereits einem Dritten verkauft hatte, den ganzen Kaufschilling zu erstatten, selbst wenn dieser den wahren Werth der Sache weit übersteigt; dagegen haftet er aber auch nur für den empfangenen Kaufschilling,

selbst wenn er nicht ohne eigenes Verschulden, aber doch bona fide zu wohlfeil verkauft hätte.

Der Grundsatz, daß der Empfänger, welcher die Sache selbst nicht mehr zurückgeben kann, für den ganzen Gewinn (Früchte, Accessionen) haftet, — fr. 15, fr. 65 §. 5 de condict. ind. (12, 6) — aber auch, seine bona fides vorausgesetzt, nicht mehr zu leisten hat, als ihm aus der Sache zugekommen ist, — fr. 65 §. 7 et 8 eod., dann fr. 26 §. 12 eod: „dedi hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes,“ — stützt sich auf die natürliche Willigkeit (condictio est naturalis), und auch das preussische RM. enthält keine entgegenstehende Bestimmung.

Rm.

4.

Die dingliche Hypothekfklage kann auch gegen den dritten Besitzer des Hypothekenobjectes im Executivprozeße angestellt werden.

Vgl. Bb. XVIII S. 129, 135; Bb. XX S. 14; Bb. XXVI S. 96; Erg.-Bb. zu Jahrg. 31 u. 32 S. 160.

Obigen Ausspruch hat der oberste Gerichtshof damit motivirt, daß nach Hyp.-Ges. §. 54 auch gegen den dritten Besitzer die heutige Hypothekfklage primär auf Zahlung der versicherten Schuld gerichtet erscheine.

DAUERf. v. 29. Febr. 1868 Reg.-Nr. 4.

Dr. J. A. Henffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Zu Art. 74 und 75 des Gesetzes über die Feuerversicherungsanstalt vom 28. Mai 1852. Die Verbindlichkeit zur Leistung der Versicherungsbeiträge für Kultusgebäude trifft außer dem Falle des Art. 75 Abs. 2 niemals den nur subsidiär Baupflichtigen. — Devolutiveffect der Appellation; Erreckung der Prüfung des Oberrichters auf Alles, was von der Beschwerde abhängt. — Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung. — Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbsfähige Personen? — Verichtigung.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Zu Art. 74 und 75 des Gesetzes über die Feuerversicherungsanstalt vom 28. Mai 1852. Die Verbindlichkeit zur Leistung der Versicherungsbeiträge für Kultusgebäude trifft außer dem Falle des Art. 75 Abs. 2 niemals den nur subsidiär Baupflichtigen.

Gegen den Fiskus, welchem die subsidiäre Baupflicht an der Kirche und dem Pfarrhause zu S. obliegt, wurde von der Kirchengemeinde auf Zahlung der Brandversicherungsbeiträge geklagt, weil die Mittel der primär baupflichtigen Kirchenstiftung zu deren Bestreitung nicht hinreichten. Dieser Anspruch wurde auch auf das Gesetz vom 28. Mai 1852 gegründet, da aus dessen Art. 75 Abs. 2 hervorgehe, daß bei Mittellosigkeit des primär Baupflichtigen der subsidiär Baupflichtige den Ausfall zu decken habe.

Der oberste Gerichtshof nahm jedoch an, daß
Neue Folge XIII. Band.

schon nach dem Wortlaute der Art. 74 und 75 dieses Gesetzes der nur subsidiär Hauptpflichtige außer dem speziellen Falle des Art. 75 Abs. 2 niemals zur Zahlung der Brandversicherungsbeiträge verpflichtet sei, und deduzirte dieß auch noch umständlich aus der Entstehungsgeschichte der Art. 74 und 75.

OABG. v. 22. Febr. 1868 Reg.-Nr. 1521^{66/67}.

2.

Devolutiveffekt der Appellation; Erstreckung der Prüfung des Oerrichters auf Alles, was von der Beschwerde abhängt.

Nach Kap. XV §. 6 Nr. 1 d. O. wird bekanntlich durch die Appellation die Streitsache nach Maßgabe der eingewendeten Specialgravamina sammt Allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt. Diese Erstreckung der Kognition des Oerrichters auf Alles, was von einer Beschwerde ab- oder damit untrennbar zusammenhängt, überhebt denselben der Nothwendigkeit, wenn er einen neuen Urtheilssatz aufzustellen in den Fall kommt, gelegenheitlich auch Irrthümer darin mit einzuflechten, welche er in dem angefochtenen Ausspruche entdeckt, ohne daß sie die bei der Sache zunächst betheiligte Partei mit einer Beschwerde angefochten hätte. Der nachstehende Fall eröffnete diesem Sage eine Anwendung.

Nach verhandelter Sache erließ die erste Instanz ein auch in der zweiten bestätigtes Beweisinterlocut, wodurch dem Kläger der Beweis eines für die Sache erheblichen Punktes, dem Beklagten der einer vermeintlichen Einrede auferlegt wurde. Nur der Beklagte ergriff dagegen das Rechtsmittel der Revision, indem er aufstellte, er hätte sogleich von

der Klage entbunden werden, eventuell der ihm aufgetragene Gegenbeweis in umgekehrter Fassung vielmehr dem Kläger auferlegt, auch das Beweissthema des Klägers durch eine Einschränkung modifizirt werden sollen.

Der oberste Gerichtshof fand die erste Beschwerde ungegründet, die zweite aber gegründet, weshalb vor Allem dem Kläger der Beweis seines von einer Rechtsvermuthung nicht unterstützten Klagegrundes auferlegt wurde. Auch die dritte Beschwerde, die hier vorzugsweise in Betracht kommt, fand der oberste Gerichtshof gegründet und folglich dazu geeignet, die vom Beklagten gewünschte Beschränkung des Beweissthemas vorzunehmen. Hierbei zeigte sich jedoch, daß der Kläger ohne zureichenden Grund mit diesem Beweise belastet war, daß vielmehr die Beweislast über das Widerspiel des fraglichen modifizirten Satzes dem Beklagten selbst zufiel. Der Kläger hatte sich zwar bei seiner Beweisaufgabe im Ganzen genommen beruhigt, sich ihr unterworfen, ja selbst den Beweis bereits vorsorglich angetreten; indem aber jenem Beweissthema ein wesentlich engerer Umfang gezogen wurde, erwachte für ihn ein Interesse, sich diesen Beweis in seiner ihm schwieriger stehenden Beschränkung abgenommen zu sehen. Man konnte nicht sagen, derselbe hätte in Vorausicht einer verlangten und möglichen Abänderung seines Beweissatzes eventuell adhäriren und beantragen sollen, ihm jenen Beweis ganz abzunehmen; er durfte sich darauf verlassen, der oberste Gerichtshof werde auch von Amtswegen eine ihm zuge dachte neue Belästigung von ihm abwenden. Der oberste Gerichtshof nahm daher auch wirklich dem nicht beschwerdeführenden Kläger, scheinbar zu seiner Erleichterung, jene Beweislast ab und trug vielmehr dem revisionsuchenden Beklagten den Beweis über den auf das richtige Maas zurückgeführten Thatumstand auf.

In den Entscheidungsgründen wurde hiezu bemerkt:

„Durch die erste und Hauptbeschwerde des Beklagten, darauf gerichtet, daß er nicht sofort definitiv von der ganzen Klage entbunden wurde, findet sich der oberste Gerichtshof mit der Entscheidung der ganzen Sache befaßt. Sollte sich hiebei zeigen, daß die Lage des Beklagten in einem wesentlichen Punkte zu erleichtern wäre, so müßte auch untersucht werden, welche Rückwirkung diese Abhilfe in umgekehrter Richtung auf die Stellung des Klägers zu äußern vermag. Indem dieser sich bei dem Ausspruche der Vorinstanz im Ganzen genommen beruhigte, hat er nicht darauf verzichtet, unter dem Gesichtspunkte dessen, was von der Beschwerde ab- oder damit zusammenhängt, Nachtheile von sich abgewendet zu sehen, welche eine bis auf den Grund reichende Revision der Entscheidung als unberechtigt wahrnimmt und welche in das neugeschöpfte Urtheil nachmals mit einzuflechten die dritte Instanz sich weder berufen noch durch engherzig gezogene Grenzen einer vermeintlichen Rechtskraft für gebunden erachten kann Diese Beschränkung des großen Zeitraumes, über welchen sich die fragliche Einrede nach dem Urtheile der beiden Vorinstanzen verflachen dürfte, womit der dritten Revisionsbeschwerde des Beklagten einige Folge zu geben war, führt aber von selbst auf die untrennbar davon ab- und damit zusammenhängende Frage, welchem der Theile der Beweis in Bezug auf diesen erheblich befundenen Thatumstand obliege. Ohne zureichenden Grund haben die Vorinstanzen den Kläger damit belastet. Denn Eben deshalb war nicht dem Kläger das Umgekehrte, sondern vielmehr dem Beklagten der Beweis aufzulegen, daß K. im Januar 1865 ganz oder bis zu welchem Belaufe theilweise außer Stand gewesen

sei, die Baluta des auf R. girirten Wechsels von D. zu 3000 fl. zu bezahlen.“

DAErf. v. 17. März 1868 Nr. 1467⁶⁶₆₇.
77.

3.

Die Verordnung vom 11. Juni 1816, die in Civilsachen gegen die Militärpersonen anzuwendenden Gesetze betr., findet auf Offiziere à la suite keine Anwendung.

Obigen Satz hat der oberste Gerichtshof aus nachstehenden Gründen aufgestellt:

„Fragliche Verordnung spricht von den Militärpersonen, von den Soldaten bis zum Oberoffizier, von den Oberoffizieren und von den bei dem Kriegsdienste als Auditor, Quartiermeister, Aerzte und dergleichen angestellten Personen, und stellt dadurch als das wesentliche diese Personen von allen anderen unterscheidende Merkmal auf, daß sie bei dem Kriegswesen Dienste zu leisten haben müssen, wenn sie als Militärpersonen anzusehen sein sollten. Sie hat nach ihren Eingangsworten und nach den in den Jahrbüchern für Gesetzgebung und Rechtspflege von Gönner und Schmidtlein Bd. 3 S. 32 veröffentlichten Motiven ihr Entstehen aus der Erwägung des Mißstandes erhalten, welcher sich bei der Verschiedenheit der im Königreiche geltenden Civilgesetze ergeben würde, wenn auf die Militärpersonen die Civilgesetze ihres jedesmaligen, dem häufigsten Wechsel unterworfenen Aufenthaltsortes ausnahmslos angewendet werden sollten. Dieser Grund ihrer Entstehung, welcher zugleich ihren Zweck und ihre Absicht ausdrückt, der Weg, auf welchem sie zu den von ihr aufgestellten Vorschriften gelangte, und die Anordnungen selbst, welche durch sie getroffen sind, zeigen wiederholt, daß sie nur für die Mi-

litärpersonen gegeben ist, welche bei dem Kriegswesen Dienste zu leisten haben. Sie statuirt keine Ehrenvorzüge für die Militärpersonen, sie hat namentlich nichts mit dem Ehrenvorzuge des privilegierten Gerichtsstandes zu thun, welcher den Oberoffizieren in ihren Civilrechtsangelegenheiten durch das Gesetz vom 15. August 1828, die Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsfachen betreffend, eingeräumt gewesen ist; welchen Gesetzen die Militärpersonen in strafrechtlicher und disziplinärer Beziehung untergeben seien, ist ihr nicht minder fremd, sie ordnet nur an, welche Civilgesetze auf die Militärpersonen Anwendung haben. Ihre Wirkung erstreckt sich auch auf die Militärpersonen nicht länger, als sie sich bei dem Kriegsdienste befinden, mit ihrem Austritte aus dem Kriegsdienste haben die Militärpersonen in ihren neuen Civilrechtsangelegenheiten sofort die Civilgesetze des Ortes, an welchem sie nunmehr ihr Domizil begründen, oder ihres sonstigen Aufenthaltsortes zu befolgen. Sie ist demnach für alle Personen nicht gegeben, welche aus anderen Gründen zu dem Militär zu zählen sind, als weil sie Kriegsdienste zu leisten haben.

Die Stelle der Offiziere à la suite ist aber lediglich eine Ehrenstelle. Sie gehören vermöge dieser Ehrenstellung dem Militär an, sind aber keine Militärpersonen im Sinne der in Frage stehenden Verordnung, indem sie keine Kriegsdienste leisten. Sie wählen ihren Aufenthaltsort nach ihrer Willführ, sind aus Erwägungen des Kriegsdienstes nicht gebunden, den frei gewählten Aufenthaltsort zu verlassen. Sie haben im Falle ihrer Verheirathung die Bewilligung dazu nicht von der vorgesetzten Militärbehörde zu erhalten, erstatten davon lediglich Anzeige bei derselben, und leisten keine militärische Heirathskaution (Verhandlungen der zweiten Kammer der Stände von 18^{27/28} Bd. 10 S. 179,

182, 196, 197; Dollmann, Gesetzgebung des Königreichs Bayern Th. III Bd. 2 S. 155 Ziff. 1; Wirthmann, die Heirathskautionen und Ehen der Militärpersonen S. 145).

DAßGef. v. 4. Apr. 1868 Reg.-Nr. 113 u. 120.
77.

4.

Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen?

Die natürlichen Erben eines Testators, welcher das bischöfliche Domkapitel K. als seinen Erben eingesetzt hatte, bekämpften das Testament, indem sie behaupteten, dem Domkapitel fehle die passive Testabilität; sie unterlagen jedoch in sämtlichen Instanzen.

Nach der Behauptung, daß die Domkapitel in Deutschland bis zur Säkularisation unbestritten juristische Personen waren, äußern sich die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe, wie folgt:

„Aus der übereinstimmenden Anschauung der Kirchenrechtslehrer bezüglich des Kirchengutes der Kathedraalkirchen ist die Aufstellung abzuleiten, daß dasselbe vor dem Zeitpunkte der Säkularisation in der Ausscheidung des eigentlichen Kirchengutes (*fabrica ecclesiae*), — des bischöflichen Tafelgutes (*mensa episcopalis*) — und des Kapitelpfründegutes (*portiones canonicae*) sich zur festen Rechtsgestalt ausgebildet hatte, welche Ausscheidung mit der Auflösung des kanonischen Kommunalebens eingetreten war, und in Ansehung des Kapitulgutes die vormalige *mensa capitularis* zum Gegenstande hatte, jenes Gut nämlich, das die Bischöfe bei Einführung des kanonischen Lebens ihren Kapiteln als

abgesondertes Stiftungsvermögen zugewiesen hatten.

An diese Aufstellung reiht sich nun die Frage, ob durch den Reichsdeputationshauptschluß (die Säkularisation), beziehungsweise in Bayern durch das Konkordat vom 24. Oktober 1817 und die Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 nebst dem Religions-Edikte die bis dahin bestandene rechtliche Stellung der Domkapitel eine solche Aenderung erfahren habe, daß diese von der Säkularisation an nur mehr als rechtsfähige juristische Personen des öffentlichen Rechtes, als Kollegien mit kirchenamtlichem Wirkungskreise anzusehen seien, dagegen ihre Rechtsfähigkeit als Korporationen in der Privatrechtssphäre eingebüßt, also insbesondere auch die Fähigkeit des Vermögenserwerbes, folgeweise der passiven Erbeinsetzung, verloren hätten. Diese Frage kann aber nicht bejaht werden.

Im §. 34 des Reichsdeputationschlusses ist bestimmt, daß alle Güter der Domkapitel und ihrer Dignitarien den Domänen der Bischöfe einverleibt werden und mit den Bisthümern auf die Fürsten übergehen sollen, denen sie angewiesen sind. Im §. 61 findet sich die wiederholte Bestimmung, daß die Regalien, bischöflichen Domänen, domkapitel'schen Besizungen und Einkünfte dem neuen Landesherren zufallen. Am Schlusse des §. 75 ist von den Einkünften der Domkapitel und anderer Korporationen die Rede. — Aus diesen Sätzen der Säkularisationsakte selbst bestätigt sich die Fortdauer der Aufstellung, daß die Domkapitel als Korporationen mit selbständigem, von den bischöflichen Domänen getrennten Vermögen aufgefaßt und behandelt wurden. Die Bischöfe und die Domkapitel wurden kraft dieser Sätze ihrer bis dahin besessenen Güter beraubt, ohne daß hiebei von dem Angriffe

auf das Fabrikgut der Kirchen selbst die Rede ist, welchen diese Geistlichkeit zugehört.

Im §. 35 geschieht die Säkularisation aller fundirten Stifter, Abteien und Klöster, und zwar ohne Rücksicht auf Fabrik- und Pfründegut, und hier ist es, wo man, weil der Diözesanverband durch Einziehung der Mutterkirche nicht gelöst werden wollte, sich zu dem bestimmten Vorbehalte „der festen und bleibenden Ausstattung der Domkirchen“ veranlaßt sah, wozu man den respectiven Landesherren verpflichtete. — Daß unter diesem Ausstattungsvorbehalte der Domkirchen nicht die Unterhaltung und innere Einrichtung des Gotteshauses allein verstanden wurde, ergibt sich aus dem ausgesprochenen Zwecke der Beibehaltung, welche gemäß der nachfolgenden Bestimmung in §. 62 nur auf den Fortbestand des kirchlichen Diözesanverbandes Bezug hatte, daher auch nothwendig und selbstverständlich auf die Ausstattung des zur kirchenrechtlichen Administration einer Dom- (Diözesan-, Mutter-) Kirche erforderlichen Klerus erstreckt werden muß.

Demgemäß trafen denn auch die §§. 49—54 sofort für die ununterbrochene Sustentation der Bischöfe, Domkapitulare und Domvikare entsprechende Vorsorge und bestimmt der bereits angezogene §. 62 schließlich: „Die Erz- und Bischöflichen Diözesen verbleiben in ihrem bisherigen Zustande, bis eine andere Diözesaneinrichtung auf reichsgefehlliche Art getroffen sein wird, wovon dann auch die Einrichtung der künftigen Domkapitel abhängt.“

Aus diesen Bestimmungen des Reichsdeputationschlusses läßt sich keine andere Folge ableiten, als daß die Domkapitel nur ihrer bisherigen politischen (territorialen) Stellung, nicht aber ihrer kirchenrechtlichen entkleidet und ihres bisherigen Vermögensbesitzes, nicht aber ihrer Privatrechtsfähig-

keit entsteht, daß vielmehr ihr weiteres Schicksal der Reichsgesetzgebung anheimgegeben wurde.

Eine solche ist bekanntlich wegen Unterganges des deutschen Reiches nicht mehr erfolgt, so daß die weitere Frage herantritt, inwieferne etwa unter der bayerischen Landesherrschaft den bischöflichen Domkapiteln eine ihre bisherige Rechtssubjektivität destruirende oder dieselbe konservirende Einrichtung gegeben wurde. Unschwer lassen sich die entscheidenden Momente der konservirenden Einrichtung und zwar gerade in der vermögensrechtlichen Sphäre nach der dreifachen Vermögensaußscheidung, wie sie vor der Säkularisation bestand, auch im bayerischen Verfassungsrechte wieder nachweisen.

Das Konkordat vom 24. Oktober 1817 bestimmt in Art. I, daß die römisch-katholisch-apostolische Religion im ganzen Umfange des Königreiches Bayern mit jenen Rechten und Prärogativen erhalten werden soll, welche sie nach göttlicher Anordnung und den canonischen Satzungen zu genießen hat. — Hierin liegt Konservirung der Rechte und Prärogativen der Kirche und des gesammten Klerus nach der bisherigen kirchenrechtlichen Konstitution.

Art. II bestimmt die neue Einteilung der Diözesen im Königreiche Bayern und die erz- und bischöflichen Sitze. Art. III ordnet den korporativen Umfang der Kapitel der Metropolitan- und bischöflichen Kirchen. — Bisher spricht sich also die Konservirung der Diözesanordnung mit ihren klerikalen Attributen im alten canonischen Bestande, somit auch die staatsrechtliche Anerkennung der Domkapitel in ihrer hergebrachten Korporationsform aus, welche ihnen die juristische Persönlichkeit verleiht. Indem im Absätze 3 des Art. III gesagt ist, „daß alle Dignitarier und Kanoniker den Erzbischöfen und Bischöfen als Räthe dienen werden und den Erzbischöfen und Bischöfen deren Verwendung zu den Amtsgeschäf-

ten nach Gutbedünken freistehen soll“, erhebt deutlich, daß die Organisation der Kapitel zu kirchenamtlichen Kollegien dem Ermessen des Bischofes überlassen worden, daß also die staatsrechtliche Anerkennung der Kapitel nicht auf diese Organisationsform zu beziehen ist.

Nun reihen sich aber die weiteren Bestimmungen an, welche diese juristische Persönlichkeit auch wieder zum vermögensrechtlichen Subjekte, der früheren Ausscheidung getreu, ausprägen.

Art. IV bestimmt in seinem Schlußabsatz: „Die Fonds, Einkünfte beweglicher und unbeweglicher Güter der bischöflichen Kirchen und ihrer Fabriken werden erhalten werden ic. ic.“ (Konservirung der *fabrica ecclesiae*, des eigentlichen Kirchengutes). — Im Abs. 1 bestimmt derselbe Artikel: „Die Einkünfte zum Unterhalte der Erzbischöfe und Bischöfe werden auf Güter und ständige Fonds gegründet werden, welche der freien Verwaltung der Erzbischöfe und Bischöfe übergeben werden“ (Konservirung der *mensa episcopalis*, des bischöflichen Tafelgutes). — Im Abs. 2 bestimmt der Artikel: „In gleicher Art werden auch die erzbischöflichen und bischöflichen Kapitel und die bei denselben angestellten Vikare oder Präbendierten ihre Ausstattung mit dem Rechte der Selbstverwaltung erhalten“ (Konservirung der *mensa capitularis seu portiones canonicae*, des Kapitelgutes).

Im Absatz 4 ist endlich bestimmt: „Alle diese Einkünfte sollen in ihrem Betrage stets vollständig und ungeschmälert erhalten werden und die Güter und Fonds weder veräußert, noch in Geldbesoldungen verwandelt werden können. Zur Zeit der Erledigung eines erzbischöflichen oder bischöflichen Stuhles, der Dignitäten, Kanonikate, Präbenden oder Vikariate wird der Betrag der erwähnten Ein-

künfte zum Besten der betreffenden Kirchen erhoben und erhalten.“ — Die Kirchen, die Bischöfe und die Kapitel sind in diesen Bestimmungen zweifellos als die drei selbständigen Träger des Kirchengutes in Ansehung der betreffenden Kathedralkirchen nach altem Rechtsbestande anerkannt, und es hätte die Bestimmung des Kapitels zu einem in den Privatverkehr eingreifenden, selbständigen vermögensrechtlichen Subjekte gar nicht deutlicher ausgedrückt werden können, als durch die ausdrückliche Einräumung des Selbstverwaltungsrechtes.

Folgt aus dieser Schöpfung oder richtiger Anerkennung eines vermögensrechtlichen Rechtssubjektes die Fähigkeit desselben zur Vermögensveräußerung und Vermögenserwerbung — soweit nicht besondere Beschränkungen etwa aufgestellt sind — schon von selbst, so ist gleichwohl im Art. VIII Abs. 2 des Konfobates „die Berechtigung der Kirche, neue Besitzungen zu erwerben und das Erworbene als Eigenthum gleichen Rechtes mit den älteren Kirchenstiftungen zu haben“, noch besonders anerkannt und ausgesprochen; welche Berechtigung, weil sich der Begriff des Kirchengutes ebenso über das Pfründe- wie über das Fabrikvermögen ausdehnt, auch die bischöflichen Domkapitel, als kirchliche Pfründestiftungen, in sich schließt.

Am 26. Mai 1818 endlich erfolgte die Verfassungsurkunde des Königreiches Bayern, welche im Titel IV §. 9 und 10, dann in dem beigefügten besonderen Edikte (Beil. II) über die älteren Rechtsverhältnisse der Einwohner des Königreiches Bayern in Bezug auf Religion und kirchliche Gesellschaften §. 28, 31, 44 und 46 allen Religions-theilen ohne Ausnahme das Eigenthum der Stiftungen und den Genuß ihrer Renten nach den ursprünglichen Stiftungsurkunden und dem rechtmäßigen Besitze, sie seien für den Kultus, den Unterricht oder

die Wohlthätigkeit bestimmt, vollständig sicherte, das gesammte Stiftungsvermögen und Eigenthum der aufgenommenen Kirchengesellschaften als öffentlicher Korporationen unter den besonderen Schutz des Staates stellte, und die Kirchen für berechtigt erklärte, Eigenthum zu besitzen und nach den hierüber bestehenden Gesetzen auch künftig zu erwerben.

Der ideelle Begriff Kirchen umfaßt nach katholischer Anschauung in der Wirklichkeit alle einzelnen Kirchenverbände in den Diözesansprengeln und die betreffenden Diözesan-Kathedralkirchen als Metropolen; er umfaßt also in der vermögensrechtlichen Richtung, in welcher er gebraucht ist, nicht nur die Fabrikgüter, sondern auch die Pfründe- und Stiftungsgüter aller einzelnen Kirchen, somit an den Kathedralkirchen auch das bischöfliche Tafelgut und das Kapitelgut.

Da aber das Kapitelgut den bischöflichen Kapiteln nur in ihrer kirchenrechtlichen Eigenschaft einer selbständigen Korporation zukommt, so erscheint durch die angeführte Verfassungsbestimmung gerade diese vermögensrechtliche Rechtssubjektivität, um welche es sich gegenwärtig streitet, in konkludenter Weise bestätigt und anerkannt.“

Die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe sagen:

„Es wird nicht bestritten, daß nach den gemeinkirchenrechtlichen Bestimmungen die Kapitel bei den erzbischöflichen und bischöflichen Domkirchen als solche Träger der juristischen Persönlichkeit waren, wofür schon die allgemeine Thatsache des wirklichen und gesetzlich anerkannten Vermögensbesitzes derselben spricht.

Die Privatrechtsfähigkeit der Domkapitel ist auch im Reichsdeputations-Hauptschlusse vom 25. Februar 1803 vorausgesetzt, indem von einem Vermögen derselben gesprochen und über dieses verfügt

wird (§. 34, 61, 62 und 75 am Ende). Diese Voraussetzung kann nicht mit dem Territorialbesitze der mediatisirten Bisthümer in Verbindung gebracht werden, weil gerade nach allgemeinen kirchenrechtlichen Bestimmungen die Korporationsrechte der Domkapitel überhaupt anerkannt sind, weil ferner den Domkapiteln selbst die Reichsunmittelbarkeit nicht zugestanden wurde (vgl. Anmerk. zum bay. Landr. Th. V Kap. XIX §. 10 lit. n).

Die Domkapitel erschienen sonach im Ganzen als einzelne kirchliche Stiftungen und ändert hieran der Umstand nichts, daß aus deren Vermögen für die einzelnen Dignitarien und Kanoniker vielfach besondere Präbenden gebildet wurden, weil die Gesamtheit dieser Präbenden das Kapitelvermögen repräsentirt und weil auch nach Abtheilung der Pfründen ein Gesamtvermögen des Kapitels (*fructus super excrecentes*) zur Erfüllung der Gesamtaufgabe der Domkapitel, die nicht bloß kirchenrechtlich amtliche, sondern auch gottesdienstliche Funktionen hatten, übrig bleiben konnte und vielfach auch wirklich gebildet worden ist. (Vergl. Concil. Trident. sess. 21 cap. 3 de reform.).

Es kann daher nur in Frage stehen, ob den dermaligen Domkapiteln das gleiche Recht der Vermögensfähigkeit zustehe oder nicht. Diese Frage muß aber bejaht werden, wenn nicht nachweisbar ist, daß in dem Wesen der dermaligen Domkapitel gegenüber den früheren rechtlich eine bezügliche Aenderung eingetreten ist, was auch für den Fall gilt, wenn die Domkapitel theilweise völlig aufgehoben waren und später wieder eingeführt worden sind.

Eine solche Aenderung ist aber insbesondere im Königreiche Bayern nicht eingetreten. Durch das Konkordat vom 24. Oktober 1817 wurden die Domkapitel nicht als eine völlig neue Institution erst eingeführt, sondern als kanonische Institutionen ein-

fach anerkannt und von Neuem begründet, was sich aus den in Art. I mit XVII enthaltenen Hauptbestimmungen ergibt, daß die katholische Kirche mit jenen Rechten und Prärogativen erhalten werden soll, welche sie — somit in ihren Attributen — insbesondere nach den kanonischen Satzungen zu genießen hat, und daß Alles, was kirchliche Gegenstände und Personen betrifft, soferne besondere Bestimmungen nicht getroffen sind, nach der bestehenden und angenommenen Disziplin der Kirche behandelt werden soll.

Es ist auch selbstverständlich, daß eine alte kirchliche Institution so lange in ihrer früheren Bedeutung genommen werden müsse, als nicht eine Aenderung des Wesens derselben dargelegt ist.

Hieran ändert nichts, daß in Art. III Abs. 1 und Art. VIII Abs. 2 des Konkordates, dann in §. 44 der 2. Beilage zur Verf.-Urkunde von dem Rechte der Kirche beziehungsweise Kirchen, Vermögen zu erwerben, die Rede ist, denn hier ist von der Kirche in ihrer Gesamtheit, mit allen ihren Attributen die Rede, und insbesondere schließt die Bestimmung des angef. Art. III Abs. 1, daß, wenn in Zukunft die Renten der Domkirchen durch neue Stiftungen oder sonstige Vermehrung ihres Gutes Zuwachs erhalten sollten, die Zahl der Kanoniker und Vikare vermehrt werden könne, die privatrechtliche Persönlichkeit der Domkapitel selbst nicht aus, weil diese Bestimmung nicht als eine singuläre Beschränkung der in Art. I u. XVII ausgesprochenen allgemeinen Grundzüge des Konkordates aufgefaßt zu werden vermag, sondern nur als Unterstellung eines einzelnen Falles der Möglichkeit der Präbenden-Vermehrung erscheint, daher davon abgesehen werden kann, ob hier von dem Vermögen der Kirche als einer auch die mensa episcopalis und das Kapitelgut in sich begreifenden Gesamtheit die Rede ist oder nicht.

Sind somit die Domkapitel mit ihrer früheren Gesamtaufgabe in ihrer früheren Wesenheit wiederhergestellt, so erscheinen sie als dieselben kanonischen Korporationen, welche sie ursprünglich waren, haben somit auch alle Rechte, welche ihnen ursprünglich beigelegt worden sind. Vergl. Dr. Fuller, die jurist. Persönlichkeit der Domkapitel in Deutschland S. 81 §. 30 u. S. 85 §. 3.

Hienach kann unerörtert bleiben, ob in der Bestimmung des Art. IV Abs. 2 des Konkordates, wonach die Bezüge der Kanoniker auf Güter und ständige Fonds mit dem Rechte der Selbstverwaltung gegründet werden sollen, die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der Domkapitel nothwendig liege, oder ob hier nur von der Verwaltung der zur Sustentation ausgewiesenen Grundrentenbezüge allein die Rede ist.“

DAAG. v. 4. Aug. 1868 Nr. 464.

Nachschrift des Einsenders. Diese außerordentlich wichtige Rechtsfrage bietet auch noch eine andere Seite, bei deren Betrachtung an die Spitze zu stellen ist, daß die Lehre von den juristischen Personen dem Civilrechte angehört und daß daher die Fragen über den Begriff und das Wesen derselben auch bei kirchlichen Instituten nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beantworten sind.

(Schluß folgt.)

Verichtigung.

2. 314 3. 14 v. u. statt: „von“ lies: „non“.

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

Inhalt: Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen? (Schluß.) — Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämmtliche Verpfänder zurückgegeben werden. — Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgültigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Rotariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Rotariatsgesetzes.

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

1.

Sind die bischöflichen Domkapitel, wie sie gegenwärtig in Bayern bestehen, vermögens- und erbfähige Personen?

(Schluß der Nachschrift S. 336.)

Aus der Geschichte der Domkapitel in Deutschland weiß man, daß sie in der Vorzeit ihren Unterhalt lediglich aus dem Vermögen der Bischöfe bezogen haben. Sicher hatten sie damals keine juristische Persönlichkeit; aber eben so sicher erwarteten sie dieselbe, als sie später mit einem vom bischöflichen Vermögen ausgeschiedenen besonderen Stiftungsvermögen dotirt wurden, dessen Erträgnisse gewöhnlich die Bestimmung hatten, theils für die Kirchenfabrik, theils für die vom Stifte abhängigen milden

Neue Folge XIII. Band.

Anstalten verwendet, theils zum Unterhalte der Kanoniker unter diese vertheilt zu werden.

Dieses Verhältniß ist jedoch vollständig geändert worden mit dem Reichs-Deput.-Hauptschlusse vom J. 1803, indem hiedurch alle Güter der Domkapitel den Domainen der Bischöfe einverleibt und mit den Bisthümern den Fürsten, welchen diese zufielen, überwiesen wurden.

Mit der Einziehung des Gesamtvermögens der Domkapitel mußte nothwendig auch die juristische Persönlichkeit derselben untergehen, weil es zum Begriffe und Wesen der juristischen Personen gehört, daß sie ein zur Erreichung ihres besonders bestimmten Zweckes verfügbares Vermögen besitzen, was sich schon daraus ergibt, daß die Fiktion juristischer Personen im Rechte gerade nur deshalb aufgenommen wurde, damit ein bestimmtes Vermögen einem über das Leben des Individuums hinausdauernden, von dessen Individualität unabhängigen Zwecke dienen könne, und damit die Unsicherheit, welcher die Erreichung dieses Zweckes ausgesetzt wäre, wenn man eine oder mehrere natürliche Personen als berechtigtes Subjekt behandelte, beseitigt werde (Savigny, Syst. Bd. II S. 240 u. 259; Puchta, Pand. und Vorles. §. 25 u. 26).

Gleichwie der Staat nur als Subjekt eines Vermögens als juristische Person (fiscus) erscheint, und gleichwie die Universitäten nicht schon als Lehranstalten, sondern nur insoferne, als sie ein eigenthümliches Vermögen besitzen, den juristischen Personen beigezählt werden, ebenso können sich die Domkapitel nicht schon ihres kirchlichen Amtes wegen, nicht schon als Kollegien zur Unterstützung des Bischofes in Administration der Diöcese, sondern lediglich als Besitzer eines dem kirchlichen Zwecke dienenden Stiftsvermögens der juristischen Persönlichkeit erfreuen.

Die Gründe der mitgetheilten Erkenntnisse nehmen an, daß sich die juristische Persönlichkeit der Kirche von selbst auf alle Attribute derselben erstrecke; allein wenn es auch richtig ist, daß diese Persönlichkeit nicht bloß der Kirche in ihrer Gesamtheit, sondern auch den einzelnen Gotteshäusern, Pfarreien und sonstigen Stiftungen zukömmt, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die der Kirche im Allgemeinen zustehende Persönlichkeit genüge, um dieselbe auch sämmtlichen kirchlichen Instituten mitzutheilen, auch wenn diese kein Vermögen besitzen; denn selbstverständlich muß ein Institut, wenn es für sich eine besondere Persönlichkeit bilden soll, auch für sich die civilrechtlichen Bedingungen derselben erfüllen, und gleichwie zur Erreichung des Zweckes der Kirche überhaupt in der Welt Vermögen erforderlich ist, so muß ein solches auch für den besonderen Zweck des einzelnen Institutes vorhanden sein, wenn dessen besondere Persönlichkeit auf dem Gebiete des Privatrechtes begründet sein soll.

Die Richtigkeit dieses Grundsatzes läßt sich nicht klarer und bündiger anerkennen, als es früher durch den obersten Gerichtshof selbst geschehen ist. Es heißt nämlich in den Gründen zum Erkenntnisse vom 9. April 1867 (Bl. f. RA. Bd. XXXII S. 280) wörtlich:

„Wohl sind die Kirche und der Staat, insofern sie durch ihr Vermögen in privatrechtliche Verhältnisse 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.“

Die hier bemerkte Untersuchung führte den obersten Gerichtshof bezüglich der bischöflichen Ordinariate dazu, denselben die juristische Persönlichkeit abzusprechen, was auch bezüglich mancher anderer Institute, z. B. der Ruraldekanate, ganz in der Ordnung wäre. Und so ist denn, nachdem durch den R.:D.:G.:Schluß die sämtlichen Güter der Domkapitel eingezogen worden sind, auch die Grundbedingung der juristischen Persönlichkeit dieser Institute hinweggefallen, und demnach die in II. Instanz aufgestellte Behauptung, daß sie nur ihres Vermögensbesitzes, hiedurch aber nicht zugleich ihrer Privatrechtsfähigkeit entsezt worden seien, sicher nicht gerechtfertigt.

Hiezu kommt noch, daß in Bayern in der Zwischenzeit vom R.:D.:G.:Schlusse bis zum Konkordate vom ^{5. Juni} 24. Okt. 1817 weder Bischöfe noch Domkapitel, sondern nur auf Staatskosten erhaltene Generalvikariate bestanden haben, weshalb denn auch, selbst abgesehen vom Vermögensbesitze, von einer fortdauernden Vermögensfähigkeit der gar nicht bestandenen Domkapitel in Bayern keine Rede sein kann.

Die hier zu entscheidende Frage ist also nicht, wie die II. Instanz gethan hat, dahin zu formuliren, ob durch das Konkordat die bisherige Rechtssubjektivität der Domkapitel destruiert, sondern dahin, ob durch dasselbe die untergegangene Rechtssubjektivität dieser Kollegien wiederhergestellt worden sei.

Diese Frage dürfte aber wohl zu verneinen sein.

Die mitgetheilten Erkenntnisse legen hohen Werth auf Art. I und XVII des Konkordates, welche Artikel aber auf die vorliegende Frage gar nicht zu beziehen sind. Art. I sichert die Erhaltung der katholischen Religion in Bayern mit den ihr nach göttlicher Anordnung und den kanonischen Satzungen

gebührenden Rechten und Prärogativen. Es handelt sich hier um die Religion als ein rein spirituelles Verhältniß und nicht um civilrechtliche Ansprüche der Kirche, welche durch diesen Artikel schon wegen der Allgemeinheit desselben nicht begründet sein könnten. Art. XVII spricht von der Behandlung der kirchlichen Gegenstände und Personen nach der Lehre der Kirche und der bestehenden Kirchendisziplin in jenen Fällen, deren in den vorausgehenden Artikeln nicht ausdrückliche Meldung geschehen ist. Abgesehen davon, daß die civilrechtlichen Voraussetzungen der juristischen Persönlichkeit mit der Lehre und der Disziplin der Kirche nichts zu schaffen haben, wird im Art. VIII von der Vermögensfähigkeit der Kirche und ihrer Stiftungen besonders gehandelt, so daß also in dieser Beziehung Art. XVII nicht den geringsten Ausschlag zu geben vermag.

Wären die gegenwärtigen Domkapitel, wie die mitgetheilten Erkenntnisse annehmen, kirchliche Pfründestiftungen, so könnte nach Art. VIII des Konkordates und §. 44 der II. Verfass.-Beilage über die juristische Persönlichkeit derselben nicht der leiseste Zweifel bestehen; aber sie sind keine Stiftungen, weil ihnen das hiezu unbedingt erforderliche selbständige Vermögen fehlt, indem als solches die im Art. IV des Konkordates fixirten Beträge, welche die einzelnen Kapitelmitglieder, gleichwie die weltlichen Diener, aus der Staatskasse beziehen, unmöglich betrachtet werden können.

Zwar bestimmt Art. IV Abs. 2, daß die Domkapitel ihre Ausstattung mit dem Rechte der Selbstverwaltung erhalten werden; bekanntlich aber ist diese Bestimmung bisher nicht zur Ausführung gekommen und letztere wahrscheinlich mit Zustimmung der Kurie selbst unterblieben. Wäre sie jedoch auch ausgeführt worden, so könnte dieses die Sache dennoch nicht ändern.

Man würde sehr irren, wenn man diese Ausstattung im Sinne der Herstellung eines selbstständigen Korporationsvermögens auffassen würde; der ganze Zusammenhang der Sache und insbesondere auch der lateinische Text des Konfirkates läßt hierüber keinen Zweifel; denn, nachdem im vorausgehenden Absätze bestimmt worden ist, daß die Einkünfte zum Unterhalte der Bischöfe auf Güter und ständige Fonds gegründet und diese der freien Verwaltung der Bischöfe übergeben werden, bedient sich Abs. 2 nur der Worte: „Simili bonorum genere et administrationis jure gaudebunt capitula.“

Indem sich der Staat verbindlich erklärte, die fixen Bezüge der Kapitelmitglieder auf Güter und ständige Fonds zu gründen, diese Einkünfte in ihrem Betrage stets vollständig und ungeschmälert zu erhalten und die Güter und Fonds weder zu veräußern noch in Geldbesoldungen zu verwandeln, blieben ihm alle Rechte an der Substanz derselben unzweideutig vorbehalten und von einer Eigenthumsübertragung an die Domkapitel kann um so minder die Rede sein, als diesen ausdrücklich nur die freie Verwaltung zugesichert wurde.

Hieraus ergibt sich, daß, gleichwie dem Staate die Verbindlichkeit oblag, jene Güter und Fonds bei allenfallsiger Insuffizienz derselben zu vermehren oder aufzubessern, die Kapitel verpflichtet wären, dem Staate Rechnung zu legen und die allenfallsigen Ueberschüsse herauszugeben, wodurch von selbst erhellt, was von der zweitrichterlichen Aufstellung zu halten sei, es hätte die Bestimmung der Kapitel zu selbstständigen, vermögensfähigen Subjekten gar nicht deutlicher ausgedrückt werden können, als durch die Einkräumung des Selbstverwaltungsrechtes.

Auch die in Art. IV Abs. 5 u. 6 erwähnten

Gebäude verblieben im Eigenthume des Staates, weshalb denn auch diesem und nicht den Domkapiteln die bauliche Erhaltung derselben obliegt.

Während sich nun nirgends die Spur eines den Domkapiteln überwiesenen Korporationsvermögens, sondern überall nur die Fürsorge für die den einzelnen Kapitelgliedern gebührenden und je dem Verfügungsrechte der Kapitel entzogenen Gehälter zeigt, enthält das Konfordat auch noch weitere Bestimmungen, welche, wenn sie auch die Behauptung der mangelnden Rechtssubjektivität nicht streng beweisen, diese Behauptung doch sehr erheblich unterstützen.

Es wäre nämlich ganz natürlich gewesen, der Bestimmung des Art. III, daß, wenn in Zukunft die Renten der Metropolitan- bezw. Diözesankirche durch neue Stiftungen oder sonstige Vermehrung ihres Gutes einen die Errichtung mehrerer Präbenden ermöglichenden Zuwachs erhalten sollten, die Zahl der Kanoniker und Vikare noch weiter vermehrt werden solle, auch auf den Fall der Vergrößerung des Kapitelgutes auszudehnen, wenn man sich die Kapitel als vermögensfähige Subjekte gedacht hätte; indem aber diese Ausdehnung unterblieben ist, liegt der Schluß nahe, wie weit man entfernt gewesen sei, jenem Gedanken Raum zu geben.

Ebenso verhält es sich mit der Vorschrift des Art. IV Abs. 4, wonach die bei Erledigung eines Kanonikates ausfallenden Einkünfte zum Besten der betreffenden Kirche zu erheben sind; denn unter der Voraussetzung der juristischen Persönlichkeit des Kapitels wären diesem die bemerkten Einkünfte von selbst zugefallen, und es wäre, um dieselben nicht in die Staatskasse fließen zu lassen, nicht nöthig gewesen, sie der Kirche, als der dem Kapitel nächststehenden juristischen Person, zuzuwenden.

In den oberstrichterlichen Gründen wird auch noch angeführt, daß selbstverständlich eine alte kirchliche Institution so lange in ihrer früheren Bedeutung genommen werden müsse, als nicht eine Aenderung des Wesens derselben dargelegt sei. Dieses mag allerdings richtig sein; immerhin aber muß man zwischen den kirchlichen und privatrechtlichen Beziehungen unterscheiden; man darf aus der Wiederherstellung des kirchlichen nicht auch jene des privatrechtlichen Wesens des Institutes folgern und nicht außer Acht lassen, daß die juristische Persönlichkeit auch der älteren Domkapitel durch den Besitz eines selbständigen Korporationsvermögens bedingt war, so daß man, wenn man dieselbe den in Bayern bestehenden Domkapiteln wegen Mangel eines solchen Vermögens abspricht, durchaus nicht von einer Aenderung des alten Rechtsbegriffes ausgeht, sondern nur den veränderten Thatsachen die gebührende Rechnung trägt. —

Uebrigens gilt Alles, was im Eingange zum oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 9. April 1867 (Bl. f. R. A. Bd. XXXII S. 280 — 283) gegen die Testabilität der bischöflichen Ordinariate so überzeugend ausgeführt ist, aus gleichem Grunde auch bezüglich der Domkapitel; und es mag schließlich nur noch die Frage gestattet sein, wo denn, wenn die Domkapitel erbfähig sind, nach konsumirter Erbmasse ein allenfallsiger Gläubiger des Testators sein Recht zu suchen, und ob er sich etwa an die Behälter der einzelnen Kapitelglieder zu halten habe?

Rm.

2.

Eine von mehreren Personen aus gemeinschaftlichem Grunde verpfändete Sache kann, auch wenn sie eine untheilbare ist, mit Sicherheit nur an sämtliche Verpfänder zurückgegeben werden.

S. und G. hatten für eine Aktiengesellschaft gemeinschaftlich einen Accordbau übernommen und deshalb der Direktion derselben eine namhafte Kaution in Bankscheinen geleistet. Nachdem diese Kaution zur Zurückgabe flüssig geworden war, behändigte die Direktion die Kautionsobjekte lediglich an G., worauf S., als er von G. seinen Antheil nicht erlangen konnte, die Direktion auf Entschädigung beklagte.

Die Direktion suchte sich mit der Behauptung zu schützen, daß, wenn mehrere Personen zusammen einen untheilbaren Gegenstand verpfändet haben, wegen des dadurch begründeten Solidaritätsverhältnisses zwischen denselben der Pfandbesitzer seiner Pflichten aus dem Pfandvertrage durch Zurückgabe des Pfandgegenstandes an den einen der Verpfänder vollständig entbunden werde.

Diese Behauptung wurde jedoch für unbegründet erkannt. Die oberstrichterlichen Gründe sagen hierüber:

„Solidarische Obligationen, welche ihren Grund lediglich in der Untheilbarkeit des Gegenstandes haben, den Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde zu fordern haben oder schuldig sind, stehen ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach nicht durchweg auf gleicher Linie mit den auf anderen Entstehungsgründen beruhenden solidarischen Obligationen, insbesondere den Korrealobligationen. Während bei anderen Solidar-Obligationen dem Schuldner freisteht, nach Belieben an den einen oder anderen der mehreren Berechtigten, so lange er nicht von einem derselben belangt ist, zu leisten, und durch die

Leistung an den einen Gläubiger das Recht der übrigen Gläubiger erlischt, haben die Obligationen, deren solidarischer Charakter bloß auf der Untheilbarkeit des zu leistenden Gegenstandes beruht, das Besondere, daß durch die dem einen der mehreren Gläubiger gemachte Leistung der Schuldner den übrigen Gläubigern gegenüber nicht befreit wird und daher entweder allen Gläubigern zusammen geleistet oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen Gläubiger sicher gestellt werden muß; es müßte denn ausnahmsweise die Leistung von solcher Beschaffenheit sein, daß die Erfüllung an den einen Gläubiger von selbst zugleich auch schon die Befriedigung der übrigen Gläubiger in sich schließt.

Daß dieses Letztere nicht der Fall ist, wenn eine von Mehreren gemeinschaftlich deponirte oder verpfändete Sache einem der Deponenten oder Verpfänder allein zurückgegeben wird, ist in den Rechtsquellen an mehreren Stellen: fr. 1 §. 36, fr. 14 pr. dep. (16, 3), fr. 54 §. 1 de V. O. (45, 1), arg. fr. 1 §. 44 dep. (16, 3), fr. 11 §. 1 de aqua (39, 3) — klar ausgesprochen und von der Doktrin wie in der Praxis als geltender Rechtssatz anerkannt. Vgl. Seuffert, Pand. Bd. II S. 6 Nr. 10 (4. Aufl.) u. dessen Komm. zur bayr. OD. Bd. II S. 200, Nr. 11 (2. Aufl.); Ribbentrop, Korrealobligationen S. 234–241; Arndts, Pand. §. 216; Windscheid, Pand. §. 299; Seuffert, Archiv Bd. VII Nr. 27, Bd. XV Nr. 78.

Das bayerische Landrecht enthält keine Bestimmungen, welche von dieser Lehre des ihm als Hilfsrecht dienenden gemeinen Rechtes abweichen.

Daselbe läßt — Th. IV Kap. I §. 21 Nr. 7 — eine Korrealobligation nur durch Vertrag, Delikt, unmittelbare gesetzliche Bestimmung oder letztwillige Verfügung entstehen, zählt also zu den:

selben solche Obligationen nicht, bei welchen Solidarität bloß deshalb stattfindet, weil sie eine untheilbare Sache zum Gegenstande haben.

In Bezug auf Obligationen dieser letzteren Art bestimmt das Landrecht Th. III Kap. I §. 14 Nr. 39 vgl. mit den Anmerkungen dazu Nr. 14 litt. e und mit Th. IV Kap. I §. 19 Nr. 6, daß, wenn von mehreren Erben einer wegen einer zur Erbschaft gehörigen untheilbaren Sache den Besitzer oder Schuldner belangt, diese Sache dem Kläger zwar ganz einzuräumen sei, jedoch nur gegen Kaution dafür, daß er die übrigen Miterben für ihre Antheile vergnügen wolle, und Baron Kreittmayr bezieht sich beßfalls in den Anmerkungen a. a. O. ausdrücklich darauf, daß solches auch gemeinen Rechts sei, indem er hiefür das schon oben angeführte fr. 1 §. 36 depos. citirt. Zwar handelt diese Digestenstelle — so heißt es in den Anmerkungen zu Theil IV Kap. II §. 7 Nr. 8 lit. b weiter — nur von *cohaeredibus*, solches applizire sich aber per argumentum legis sehr wohl auf andere *condominos rei depositae*.

Es steht somit auch nach bayer. Landrechte fest, daß derjenige, welchem eine untheilbare Sache von Mehreren zusammen gegen seinerzeitige Rückgabe als Depositum, Pfand und dgl. übergeben wurde, durch Zurückgabe dieser Sache an den einen der Forderungsberechtigten von seiner Verpflichtung den anderen Forderungsberechtigten gegenüber nicht befreit wird, sofern dieß nicht ausdrücklich verabredet worden ist. Eine solche ausdrückliche Verabredung ist für den hier vorliegenden Fall von Seite der Beflagten selbst nirgends behauptet.

DAßGef. v. 31. März 1868 RMr. 19.

Rm.

3.

Hypothekbestellung für eine fremde Schuld. Rechtsgiltigkeit derselben ungeachtet des Mangels einer Notariatsurkunde. Verhältniß des §. 16 des Hypothekengesetzes zu Art. 14 des Notariatsgesetzes.

(Siehe oben S. 147 — 149.)

U. hatte an V. ein Haus verkauft und sich hiebei vorbehalten, für den unbezahlt gebliebenen Kaukschillingrest von 2050 fl. nach seinem Belieben eine Hypothek auf dem Kaufsobjekte eintragen lassen zu dürfen.

Erst nachdem V. das Haus wieder an W. verkauft hatte, und dieser bereits als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen war, erwirkte U. die Vormerkung seiner Forderung, welche sodann auf die Erklärung des W., daß er das Hypothekrecht derselben anerkenne, definitiv eingetragen wurde.

Später beklagte U. den W. auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekte, wozu die erste Instanz den Beklagten auch verurtheilte, nachdem dieser nur jedes Schuldverhältniß in Abrede gestellt, dabei aber unaufgeklärt gelassen hatte, wie er dazu gekommen, die Eintragung der Hypothek zu bewilligen.

Die zweite Instanz entband den Beklagten von der Klage und erkannte den Kläger bzw. Widerbeklagten als schuldig, die unberechtigterweise eingetragene Hypothek löschen zu lassen; der oberste Gerichtshof beließ es jedoch bei dem Erkenntnisse der ersten Instanz aus folgenden Gründen:

„Nach §. 4 und 13 des Hyp.-Gesetzes kann eine Hypothek von dem Besitzer einer unbeweglichen Sache auch für eine fremde Schuld zugestanden

werden. Eine solche Hypothekbestellung für die Schuld eines Anderen enthält eine kumulative Interzession — fr. 8 pr., fr. 32 ad Sen. Cons. Vell. (16, 1), die Uebernahme der Haftung für die fremde Schuld mit der verpfändeten Sache, und ist bezüglich ihrer Gültigkeit nach den Grundsätzen über Bürgschaften zu beurtheilen (Gönnert, Komm. z. Hyp.-Gef. Bd. I S. 123, 218). Es bedarf daher zur Wirksamkeit derselben keineswegs einer besonderen Erklärung des Verpfänders, daß er die betreffende Forderung zur Zahlung übernehme. Die Einwendung, welche der Richter gegen die vorliegende Klage daraus ableitet, daß vom Kläger nirgends behauptet wurde, daß der Beklagte die eingeklagte Forderung zur Bezahlung übernommen habe, erscheint daher nicht haltbar, da nur die aus der Hypothek entspringende dingliche Klage auf Befriedigung aus dem Hypoth.-Objekte gestellt ist.

Die Richtigkeit und Fälligkeit der klägerischen Forderung an sich ist von Seite des Beklagten selbst nicht bestritten. Es kann sich sonach nur noch darum fragen, ob die Erwerbung des dinglichen Rechtes der Hypothek, aus welchem geklagt ist, Seitens der Kläger in rechtsgiltiger Weise stattgefunden habe.

Diese Frage ist aber zu bejahen.

B. hat, nachdem die eingeklagte Rauffschillingsrestforderung des U. auf dessen Antrag vom Hyp.-Amte im Hyp.-Buche vorgemerkt, und ihm hievon unter Vorsetzung einer achttägigen Frist zur Abgabe etwaiger Erinnerungen dagegen bei Vermeidung der Umwandlung der Vormerkung in definitiven Eintrag Kenntniß gegeben worden war, am 9. Okt. 1865 bei dem Hyp.-Amte erklärt, daß er das Hypothekenrecht des U. bezüglich der vorgemerkten Forderung anerkenne und in die Umwandlung der Vormerkung in definiti-

tiven Eintrag willige. Diese Erklärung wurde von dem bei dem Hyp.-Amte gleichzeitig mit anwesenden U. acceptirt und auf dem Grunde derselben die Uinwandlung der Vormerkung in definitiven Eintrag von dem Hypothekenamte sofort vollzogen. — Eine Ungiltigkeit jener Willenserklärung aus dem Grunde eines Irrthumes oder eines sonstigen Mangels der Willensbestimmung ist von dem Beklagten selbst nicht geltend gemacht. Die auf dem Grunde derselben eingetragene Hypothek erscheint sonach, als eine auf dem erklärten Privatwillen des Beklagten beruhende und daher nach §. 13 des Hyp.-Gef. für ihn rechtswirksam.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß gemäß Art. 12 u. 14 des Notariats-Gesetzes zur rechtswirksamen Bestellung der Hypothek ein notariell beurkundeter Vertrag erforderlich gewesen wäre.

Zwar ist nicht richtig, was Kläger geltend zu machen suchte, daß nämlich diesem Erfordernisse im gegenwärtigen Falle dadurch genügt sei, daß in dem zwischen U. und L., dem Besitzvorgänger des jetzigen Beklagten, abgeschlossenen notariell beurkundeten Kaufvertrage vom 28. März 1865 ihm das Recht, den Eintrag seiner Rausschillingsschuldforderung im Hypothekenbuche auf dem verkauften Hause zu verlangen, vorbehalten worden sei; denn diese Pfandbestellung war für den Beklagten, der sich an jenem Vertrage nicht theilgenommen hatte, in keiner Weise verbindlich.

Dem U. war durch jenen Vertrag noch nicht das dingliche Recht der Hypothek selbst, sondern nur erst ein persönlicher Anspruch auf Erlangung dieses dinglichen Rechtes erworben worden; er hatte dadurch einen Titel zur Erwerbung einer Hypothek

auf dem verkauften Hause nur dem mit ihm kontrahirenden Käufer L., nicht aber einem dritten Besitzer des verpfändeten Hauses gegenüber, erlangt, und es konnte daher gegen den Beklagten von dem Kläger aus dem gegen L. begründeten Rechte eine Hypothek nicht mehr verlangt werden, nachdem derselbe im Hypothekenbuche auf Grund des zwischen ihm und L. abgeschlossenen Kaufes bereits als Besitzer des Hauses im Hyp.-Buche eingetragen worden war (§. 26 Ziff. 3 des Hyp.-Gesetzes). Die vom Hyp.-Amte nach Antrag des U. auf dem Grunde des Kaufvertrages vom 28. März 1865 vorgenommene Vormerkung war daher unzweifelhaft gesetzlich nicht gerechtfertigt.

Allein dieser ursprüngliche Mangel eines Rechtstitels des U. zur Erwerbung einer Hypothek gegen den Beklagten erscheint durch die nachträgliche freiwillige Anerkennung eines solchen von Seite des Beklagten gehoben. Nach §. 16 des Hyp.-Gesetzes, welcher durch die angeführten Bestimmungen des Notar.-Gesetzes nicht aufgehoben erscheint, kann, wenn der Schuldner für eine an sich richtige Forderung die Eintragung der Hypothek, zu deren Vornahme er richtig geladen worden war, ruhig vor sich gehen ließ, die eingetragene Hypothek aus dem Grunde, daß für dieselbe kein Rechtstitel vorhanden gewesen sei, nicht mehr angefochten werden. Daß Gesetz will im Interesse des Kredites der Hypotheken, daß dasjenige, was einmal mit Einwilligung des Schuldners als Hypothek wirklich eingetragen ist, gegen jede fernere Anfechtung wegen angeblichen Mangels eines Rechtstitels gesichert sei (Gönnert, Komm. z. P.G. Bd. I S. 227). Unter dem Schuldner ist hiebei, — wie dieß auch an anderen Stellen des Hyp.-Ges., z. B. §. 44, 45—48, 157 u. u. der Fall ist, — zweifelsohne der Besitzer der Sache

überhaupt zu verstehen, indem der Grund der gesetzlichen Bestimmung auf diesen paßt, er mag zugleich persönlicher Schuldner sein oder nicht. Daß aber von demjenigen gilt, der, gehörig geladen, keine Erinnerungen erhoben hat und dessen stillschweigende Einwilligung daher präsumirt wird, muß um so mehr auch auf denjenigen Anwendung finden, der seine Einwilligung auf eine solche Ladung hin vor dem Hyp.-Amte ausdrücklich erklärte und so die Eintragung im Hyp.-Buche herbeiführte.

Ist nun aber demgemäß die Hypothek zu Gunsten der eingeklagten Forderung auf dem Hause des Beklagten als rechtswirksam eingetragen anzusehen, so stellt sich, nachdem, wie bemerkt, die Richtigkeit der Forderung an sich vom Beklagten nicht bestritten, auch weder die Einrede der Vorausklagung gegen den persönlichen Schuldner, noch überhaupt irgend eine andere Einwendung, als die der Unwirksamkeit der Hypothek wegen Mangels eines Forderungsgrechtes und eines Hypothekentitels des Klägers gegenüber dem Beklagten, der gestellten Klage entgegengesetzt wurde, diese gemäß §. 49 Abs. 1, §. 51 u. 54 des Hyp.-Gesetzes als begründet dar und war folgerweise das erstgerichtliche Erkenntniß wiederherzustellen.“

DAAG. v. 27. Apr. 1868 Reg.-Nr. 159.

Rm.

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

Inhalt: Einige Worte über Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind. — Befestigung eines Reaktionsvertrages.

Einige Worte über Rechtshilfe gegen unrichtige oder mangelhafte Beurkundung von Verträgen, welche ohne notarielle Beurkundung nichtig sind.

Wenn auch gegen den Inhalt und die Wahrheit öffentlicher Urkunden, sohin auch der Notariatsinstrumente, ein Gegenbeweis regelmäßig zugelassen wird, so ist doch so viel richtig, daß, wenn das Gesetz die Beurkundung zur Gültigkeit des Geschäftes vorschreibt, solche Punkte, welche die Kontrahenten zwar unter sich verabredet, jedoch bei der notariellen Verlautbarung unberührt gelassen haben, als aufgegeben zu betrachten, sohin zu einem Gegenbeweise nicht mehr dienlich sind; aber ein ganz anderes Verhältniß ist dann gegeben, wenn von den Kontrahenten deren übereinstimmender Wille zum Zwecke der Beurkundung dem Notare bestimmt und deutlich vorgetragen, von diesem aber unrichtig oder mangelhaft protokolliert worden ist.

Daß in solchem Falle die Betheiligten nicht ohne alle Rechtshilfe gelassen werden können, ist wohl schon an sich klar; auf welchem Wege aber

die Hilfe zu suchen sei und wie weit sie gehe, darüber herrscht zur Zeit noch keine völlige Uebereinstimmung.

Es ist hier nicht die Rede von den Ansprüchen gegen einen schuldhaften Notar, sondern von dem Rechtsverhältnisse der Kontrahenten unter sich, und hier wird nun häufig behauptet, daß, wenn die fehlerhaft beurkundeten Punkte als wichtig genug befunden werden, um bestimmend auf die Einwilligung zum Hauptgeschäfte einzuwirken, zwar die Richtigkeit des letzteren angenommen, aber eine Klage oder Einrede zur Geltendmachung des dem Notare vorgetragenen wahren und vollständigen Willens nicht gestattet werden könne.

Ein Hauptgrund für diese Beschränkung soll darin liegen, daß, wenn das Gesetz nur den beurkundeten Willen als verbindlich anerkennt, das Geschäft, wenn überhaupt, jedenfalls nicht anders als in der beurkundeten Weise vollziehbar sein könne.

Vor dieser auf zu scharffer Konsequenz beruhenden Meinung wird doch die andere Meinung, welche das Geschäft nach seinem wahren Inhalte und Umfange zum Vollzuge kommen läßt, den Vorzug verdienen.

So lange die Notare die menschliche Natur bewahren und nicht unfehlbar geworden sind, so lange werden auch fehlerhafte Beurkundungen vorkommen, und es ist daher nur ein Postulat der Vernunft, daß man regelmäßig die Berichtigung des Fehlers unbeschadet des übrigen Inhaltes der Urkunde zulasse.

Diesem steht die vorgeschriebene Form nicht im Wege; denn man wird wohl unterscheiden dürfen zwischen einem gar nicht und einem fehlerhaft beurkundeten Geschäfte; im letzteren Falle ist doch immerhin eine Urkunde vorhanden und man kann daher die Sache nicht so behandeln, als ob die

Kontrahenten die vorgeschriebene Beurkundung völlig umgangen hätten.

Bei einem simulirten Geschäfte, bei welchem der wahre Wille der Kontrahenten dem Notare verheimlicht oder von diesem im Einverständnisse mit den Kontrahenten in entstellter Weise beurkundet worden ist, kann mit vollem Rechte nur eine Richtigkeit angenommen werden; wenn aber die Kontrahenten ihren wahren Willen dem Notare vorgetragen, die Beurkundung dieses Willens verlangt und die nun zu Stande gekommene Urkunde im guten Glauben, daß diese ihre wahre Willensmeinung verlaubliche, unterschrieben haben, so haben sie die vorgeschriebene Form nicht umgangen, sondern Alles gethan, was von ihrer Thätigkeit abhing, um das vorgetragene Geschäft verbindlich zu machen, und mehr wird von ihnen nach der Absicht des Gesetzes nicht zu verlangen sein.

Man sagt zwar (Komm. zum Not.-Ges. Art. 11 S. 418 u. Nachtrag S. 65), der durch den fehlerhaften Vertrag benachtheiligte Kontrahent hätte die Unterschrift verweigern sollen, und habe sich, wenn er dieses nicht gethan, den Schaden selbst zuzuschreiben; er hätte, wenn der Fehler in einer Weglassung bestand, die Aufnahme des weggelassenen Punktes noch besonders verlangen sollen, und habe sonach, wenn er dieses unterlassen, in die Begrenzung des Vertrages nach der ihm vom Notare gegebenen Fassung eingewilligt; allein ganz abgesehen davon, daß nach den bestehenden Prozeßgrundsätzen die leichtfertige Unterzeichnung einer Urkunde den Gegenbeweis nicht ausschließt, muß es schon überhaupt als eine zu starke Zumuthung erscheinen, daß der Notar, als der vom Staate berufene Sachverständige und als der von den Kontrahenten ausgewählte Vertrauensmann, nun von diesen in allen Vertragstheilen kontrolirt werden müsse, wenn sie

nicht mit dem unwiderbringlichen Verluste ihres Rechtes bestraft werden sollen.

Uebrigens wird ein Notar, welcher den erklärten Willen mit Absicht entstellt, auch kein Bedenken tragen, die Urkunde so vorzulesen, als enthalte sie den wahren und vollständigen Willen der Kontrahenten; und hier wird ja doch von einem Verschulden derselben keine Rede sein können, während, wenn es sich um den Rechtsschutz gegen einen Betrug handelt, die eigene Nachlässigkeit des Betrogenen schon überhaupt außer Betracht zu bleiben hat. Savigny Syst. Bd. III S. 340. Seuffert Archiv Bd. XIII Nr. 86.

Es ist auch des Falles zu gedenken, daß ein Kontrahent den Fehler der Beurkundung entdeckt, hiezu aber, weil er ihm zum Vortheile gereicht, absichtlich schweigt und die unrichtig abgefaßte Urkunde unterzeichnet. In diesem Falle könnte man aber doch nicht sagen, daß nun ein übereinstimmender Wille der Kontrahenten nicht mehr vorhanden sei und deshalb nur eine Annullirung des beurkundeten, nicht aber der Vollzug des mündlich erklärten Geschäftes verlangt werden könne; denn jenes Verhalten des Kontrahenten wäre ein offener Betrug, auf welchen sich der Betrüger zu seinem Vortheile niemals berufen kann. —

Die Beschränkung der Rechtshilfe auf die Richtigkeit des Geschäftes verträgt sich auch nicht mit dem unabweißbaren Gebote des Rechtsbedürfnisses; denn abgesehen von jenen leichteren Fällen, in welchen die Abweichung der Urkunde von dem wahren Willen nicht als wichtig genug erachtet würde, um eine Richtigkeit zu begründen, so daß also, wenn man nicht den Vollzug des wahren Geschäftes verlangen kann, jede Abhilfe versagt wäre, ist das Interesse der Kontrahenten gar häufig von der Art, daß sie lieber den durch den Fehler

entstandenen Nachtheil tragen, als die Richtigkeit des Geschäftes herbeiführen wollen. Man denke z. B. an eine ausbedungene, aber aus Versehen nicht protokollierte Tauschgabe, wenn der Anwesenstausch bereits vollzogen ist, und die beiden Theile sich auf den eingetauschten Anwesen häuslich niedergelassen und eingerichtet haben.

Ein noch eklanteres Beispiel bietet der in diesen Blättern Bd. XXXII S. 37 ff. mitgetheilte Rechtsfall. Es wäre nur eine Verhöhnung aller Gerechtigkeitsspflege, wenn sich die Abhilfe auf die Richtigkeit der Cession beschränken und wenn man es als Abhilfe bezeichnen wollte, daß der Cedent gegen Zurückgabe des Cessionspreises die cedirte und mittlerweile werthlos gewordene Forderung wiedererlange ¹⁾).

¹⁾ In dem hier angezogenen Rechtsfalle handelte es sich durchaus nicht um einen Vertragsirrtum der Theile, sondern um einen urkundlichen Zusatz (Haftung pro nomine bono), welchen der Notar ganz eigenmächtig gemacht, und wodurch er den ihm erklärten Willen gefälscht haben soll. Ueberdies soll der Notar die fragliche Stelle so harmlos erklärt haben, daß der Cedent, ohne sich dem Vorwurfe einer Unaufmerksamkeit aussetzen, die Urkunde unbedingt unterzeichnen konnte.

Im Kommentars-Nachtrage S. 62 wird die Unterscheidung, welche in der der Mittheilung des Erkenntnisses beigefügten Nachschrift zwischen der Eingehung und der Beurkundung des Rechtsgeschäftes ic. gemacht ist, als richtig anerkannt; es wird aber nicht beigefügt, welche rechtliche Folgen an diese Unterscheidung zu knüpfen gewesen wären. Dagegen wird zur Vertheidigung des gefällten Erkenntnisses gesagt, es lasse sich annehmen, daß dem Gerichte von vorne herein klar gewesen, der Cedent habe nur einen unglaublichen Vorwand gebraucht. Zugleich wird die Frage beigefügt, wie wohl der Cedent den in der Nachschrift vorgeschlagenen Beweis hätte liefern sollen?

Es ist doch gewiß eine unzulässige Voraussetzung,

Man kann auch nicht einwenden, die Zulassung des Beweises zum Zwecke des Vollzuges des wahren Geschäftes würde, der Absicht des Gesetzes widersprechend, das ganze Gewicht der Notariatsurkunden aufheben und der Prozeßsucht Thüren und Thore öffnen; denn, wenn einem Gegenbeweise zum Zwecke der Annullirung stattgegeben werden muß, so ist ein Prozeß nicht minder vorhanden, als wenn man ihn zur Geltendmachung des wahren Geschäftes zuläßt; und wenn auch richtig ist, daß, wie oben bemerkt, die Verfolgung der Richtigkeit häufig deshalb unterbleiben wird, weil sie dem Interesse des Betheiligten nicht zusagt, so wird, was hiedurch in prozeßökonomischer Hinsicht gewonnen wird, reichlich wieder aufgewogen durch die Nachtheile, welche das materielle Recht erleidet.

Man hat auch schon eingewendet, die Zulassung des Gegenbeweises zur Geltendmachung des wahren Geschäftes wäre auf eine Erzwingung des nicht beurkundeten Willens gerichtet. Allerdings ist eine Klage auf Beurkundung und sohin auch auf Berichtigung einer unrichtigen oder Ergänzung einer mangel-

daß das Gericht den wahren Grund, von welchem es bei seiner Entscheidung geleitet war, verschwiegen und statt desselben seinem Erkenntnisse einen ganz anderen und zwar juristisch ganz unhaltbaren Grund nachgesetzt habe. Was aber den Beweis betrifft, dessen Schwierigkeit die Nichtzulassung desselben schon ohnedies nicht rechtfertigen könnte, so hatten in diesem Falle die Kontrahenten zufälligerweise Zeugen zur notariellen Beurkundung mitgebracht, und einer dieser Zeugen war, als die Akten dem obersten Gerichtshofe vorlagen, bereits zum ewigen Gedächtniß vernommen, und hatte laut des bei den Akten liegenden Vernehmungsprotokolles die Angabe des Eides eiblich und umständlich bestätigt.

haften Urkunde nicht zuzulassen²⁾, und wenn daher im Comment.-Nachtrage S. 132 gesagt wird, die Erklärung, man müsse wollen, oder man sei verurtheilt zuzustimmen, enthalte eine *contradictio in adjecto* für jede Willenseinigung, ein widersinniges Blendwerk der freien Zustimmung, so kann dieses nur als richtig erkannt werden; wenn aber die Contrahenten ihre übereinstimmende Willenserklärung dem Notare abgegeben und die Urkunde im guten Glauben, daß diese ihre Erklärung wiedergebe, unterschrieben haben, so lautet, wenn man die Klage oder Einrede zur Geltendmachung des wahren Willens zuläßt, die Formel nicht: „du mußt wollen, du mußt zustimmen“ sondern: „du mußt anerkennen, bereits gewollt, bereits zugestimmt zu haben.“

Es soll übrigens nicht geläugnet werden, daß

²⁾ Der Verfasser bedauert, bezüglich der von ihm in diesen Blättern Bd. XXXII S. 53 Zeile 5 ff. aufgestellten Behauptung sich nicht sorgfältiger ausgedrückt zu haben und deshalb vom Kommentator des Not.-Ges. (Nachtrag S. 132) mißverstanden worden zu sein. Er wollte die Worte „nöthigenfalls Klage zu erheben“ lediglich auf die zunächst stehenden Worte: „Erfüllung des betreffenden Vertragspunktes“ und nicht zugleich auf die entfernter stehenden Worte „Ergänzung der Urkunde“ bezogen und sohin nur gesagt haben, daß die Betheiligten berechtigt seien, auf Ergänzung der Urkunde zu bringen und, wenn diesem nicht freiwillig willfahrt würde, auf Erfüllung des Vertragspunktes zu klagen.

Daß der Verfasser nur dieses ausdrücken wollte, beweist seine Bezugnahme auf ein oberstrichterliches Erkenntniß, welches (es datirt vom 28. Dez. 1865) hier sogleich besprochen werden wird, und welches so wenig als die veranlassende Klage von Ergänzung einer Urkunde handelt.

eß Fälle gibt, in welchen die Rechtshilfe auf die Vertragsannullirung beschränkt werden muß. Wenn z. B. der Notar bei Protokollirung des Verkaufes eines Gutskomplexes den Grundsteuerkatasterauszug verwechselt, und die Gutsbeschreibung aus einem fremden Auszuge in die Kaufurkunde überträgt, so ist dieses Versehen des Notares, zugleich aber auch die Unaufmerksamkeit der Theile so groß, daß man diesen Fall mit Recht so behandeln kann, als ob gar keine Urkunde errichtet worden wäre. Wenn aber, um ein sehr einfaches Beispiel zu setzen, A. dem B. eine Servitut bestellt, und letzterer dagegen verspricht, ersterem eine Anzahl württembergischer Eimer einer bestimmten Weinsorte zu entrichten, wenn die Kontrahenten dieses dem Notare erklären, dieser aber das Wort „würtembergische“ aus Versehen wegläßt, und B. nun statt württembergischer nur bayerische Eimer liefern will, so ist wahrhaftig kein Grund abzusehen, hier, wo es sich nicht um bloße Interpretation (vergleiche Komm. S. 421 lit. i) handelt, den Beweis, daß württembergische Eimer verabredet seien, ganz auszuschließen oder auf den Zweck der Vertragsannullirung zu beschränken.

Betrachten wir nun die bisherige Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in dieser Frage, so ist zwar durch dieselbe die hier vertheidigte Ansicht nicht völlig verläugnet, sie hat sich aber auch nur einer sehr vereinzeltten Anerkennung zu erfreuen.

Durch das in Bd. XXIX S. 282 mitgetheilte Erkenntniß vom 4. Juni 1864 wurde dem Beklagten jede Rechtshilfe versagt und derselbe mußte für die Schuppe, welche nach dem dem Notare erklärten Willen vom Verkaufe ausgenommen war, Entschädigung leisten, als ob er sie verkauft hätte. — Dieses Erkenntniß ist wohl nur hervorgegangen aus übergroßem Eifer, den Notariatsurkunden (vergl.

Kommentar S. 417) eine unbedingte und unübersteigliche Glaubwürdigkeit zu verschaffen und sie gleichsam auf die Stufe rechtskräftiger Erkenntnisse zu stellen, und es war daher wohl zu erwarten, daß, nachdem schon die S. 284 beigelegte Nachschrift, welcher der Verfasser des Kommentares nicht ferne zu stehen scheint, sehr erhebliche und fast einer Widerlegung gleichende Bedenken gegen dieses Erkenntniß aufgestellt hatte, der oberste Gerichtshof bei den demselben zu Grunde gelegten Ansichten nicht beharren werde; und so ist denn auch am 28. Dezember 1865 (Reg.-Nr. 37⁶⁵/₆₆) in völlig entgegengesetzter Weise erkannt worden.

Der Fall ist folgender:

A. hatte an B. ein Anwesen verkauft, dessen Beschreibung, da der Grundsteuerkataster bei der notariellen Beurkundung nicht zur Hand war, aus der Erwerbsurkunde des Verkäufers entnommen wurde. Später klagte B. den A., weil ihm dieser vier Grundstücke, welche in der Kaufurkunde als mitverkauft bezeichnet waren, nicht extradirt habe, auf deren Extradition oder auf eine Vergütung von 1040 fl.

Beklagter erwiderte, er habe diese Grundstücke nicht verkauft und habe in Gegenwart und in Uebereinstimmung mit dem Kläger dem Notare die ausdrückliche Erklärung gegeben, daß diese vier Grundstücke aus seiner, des Beklagten, Erwerbsurkunde nicht in den neuen Kaufbrief übergetragen werden dürfen, weil er sie gar nicht mehr besitze, sondern schon während seiner Besitzzeit veräußert habe. Nichtsdestoweniger seien diese Grundstücke aus Unachtsamkeit des Notares als Kaufobjekte vorgetragen worden. Der oberste Gerichtshof nahm an, daß diese Einrede den Beklagten von dem erhobenen Ansprüche befreie und legte demselben die behauptete und vom Kläger widersprochene Erklärung zum Beweise auf.

Hat der Notar, so lauten im Wesentlichen die Gründe, trotz des entgegenstehenden Willens der Kontrahenten die fraglichen Grundstücke in den Anwesenßbescrieb aufgenommen, so beruht dieses auf einem offenbaren Verschén desselben, welches seinem ausschließlichen Verschulden zur Last fällt, und woran die Kontrahenten keinen Theil haben.

Da nun jeder Vertrag zu seiner Kraft und Gültigkeit voraussetzt, daß er auf der beiderseitigen Uebereinstimmung der Párizzenten beruhe, so kann dieser gegen den bestimmt ausgesprochenen Willen derselben beurkundeten und nur durch fehlerhafte Geschäftsbehandlung entstandenen Vertragsbestimmung über die fremden Grundstücke keine rechtliche Existenz zugesprochen werden, und der Käufer wäre nicht nur in vollem Unrechte, sondern würde sich geradezu dem Vorwurfe der Unredlichkeit aussetzen, wenn er aus dem unrichtigen Vortrage der Notariatsurkunde Nutzen ziehen und das unterlaufene Verschén zu seinem Vortheile ausbeuten wollte.

Der civilrechtliche Grundsatz, daß ohne Vertragswillen kein Vertrag bestehe, hat durch die im Art. 14 des Not.-Ges. vorgeschriebene Vertragsform keine Aenderung erlitten, weil daraus, daß bei Immobilienverträgen die Errichtung einer Notariatsurkunde bei Strafe der Nichtigkeit geboten ist, mehr nicht folgt, als daß die in die Urkunde nicht aufgenommenen Nebenberedungen auf Gültigkeit keinen Anspruch haben, während hier ein in die Notariatsurkunde übergegangener, mithin formell gültiger, Vertragspunkt in Frage steht, welcher wegen gänzlichen Abganges eines ihn stützenden Vertragswillens als gar nicht zu Recht bestehend hinweggedacht werden soll, damit der übrige alle Hauptmomente eines Kaufvertrages umfassende Inhalt der Notariatsurkunde auf denjenigen Zustand zurückgeführt werde,

in welchem er erjt der wirklichen und wahren Willensmeinung der Betheiligten entspricht.

Ein Unterschied zwischen dem in Bd. XXIX S. 282 mitgetheilten und dem so eben vorgetragenen Rechtsfalle besteht wohl darin, daß in diesem der Notar nicht verkaufte Grundstücke als verkauft vorgetragen, sohin einen nicht erklärten Willenspunkt hinzugesetzt, in jenem Falle aber einen wirklich erklärten Willenspunkt, nämlich den vorbehaltenen Abbruch der Schupfe, hinweggelassen hat; es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß die Rechtshilfe in beiden Fällen eine gleiche sein müsse; denn eine Aenderung des erklärten Willens entsteht ebensowohl durch eine Weglassung als durch einen Zusatz, und jede Aenderung, sie mag nun absichtlich oder unabsichtlich vorgenommen sein, fällt unter den Gesichtspunkt einer Verfälschung, gegen welche der Gegenbeweis niemals ausgeschlossen werden darf (vergl. Oesterlen, das deutsche Notariat Bd. II S. 88, S. 716 ff.).

Man kann im Falle einer Weglassung nicht behaupten, daß es sich bloß um eine Nebenabrede handle; denn unter solcher kann man nur begreifen, was die Kontrahenten vor oder auch bei der Beurkundung unter sich besonders abmachen, nicht aber dasjenige, was sie als Bestandtheil ihres Gesamtwillens dem Notare zum Zwecke der Beurkundung ausdrücklich vortragen.

Der Verfasser ist zwar nicht im Stande, ein oberstrichterliches Erkenntniß vorzuführen, durch welches der Beweis eines dem Notar erklärten und in der Urkunde weggebliebenen Vertragspunktes zu dessen Geltendmachung gestattet worden wäre; allein es ist doch in den Entscheidungsgründen zum Erkenntniße vom 30. März 1864 (Bl. f. RA.

Bd. XXIX, S. 189), welches allerdings einen Fall betrifft, dessen tatsächliche Verhältnisse nicht ganz auf die hier erörterte Frage passen, die hier vertheidigte Ansicht gleichfalls aufgestellt, indem es daselbst heißt:

„Wenn die beigelegte Spezialisirung der Bestandtheile jene drei Grundstücke nicht entnehmen läßt, so leidet dieselbe eben an Unvollständigkeit, die, wenn sie auf einem bloßen Versehen beruht, dem Beklagten nicht zum Vortheile gereichen und ihn von der Verbindlichkeit, den Vertrag vollständig zu erfüllen, nicht befreien kann.“

Der oberste Gerichtshof hat jedoch die hier und zum Erf. v. 28. Dez. 1865 aufgestellten Grundsätze alsbald wieder verlassen und ist in den Erkenntnissen vom 6. und 13. Nov. 1866 (Bl. f. RM. Bd. XXXII S. 74 u. 37) zur früheren, jede Rechtshilfe versagenden Meinung zurückgekehrt²⁾.

²⁾ Ueber das Erkenntniß vom 13. Nov. 1866 ist bereits oben in Note 2 gesprochen. Das Erkenntniß vom 6. Nov. 1866 handelt gleichfalls von keinem Vertragsirrtume der Kontrahenten, sondern von einer, durch ein Versehen des Notars weggebliebenen besonderen Zusicherung. Im Komm.-Nachtrage S. 65 wird die getroffene Entscheidung als vollkommen gerecht erklärt und dieses insbesondere darauf gegründet, daß der Kläger, nachdem die Zusicherung in die Urkunde nicht aufgenommen war, die Aufnahme noch besonders hätte verlangen müssen.

Hienach wäre also auch einer Vertrags-Annullirung, wenn sie Kläger beantragt hätte, nicht stattzugeben gewesen.

In dem in Bd. XXXII S. 33 mitgetheilten und S. 49 besprochenem Rechtsfalle hätte dagegen der Kommentator (Nachtrag S. 133) wenigstens einer Entkräftung des Versteigerungs-Aktes (jedoch nicht einer Aufrechterhaltung des wahren Versteigerungs-Vorganges) stattgegeben, wie dieses eventuell auch in Bd. XXXII S. 54 angenommen worden ist.

Durch solche Entscheidungen muß man, indem man hiedurch den Art. 14 auf die äußerste Spitze treibt, nothwendig nach anderer Seite anstoßen. Es ist nämlich bisher noch nicht beanstandet worden, daß die Einrede des Irrthumes oder des Betruges durch Art. 14 nicht ausgeschlossen werde. Insoferne nun der erklärte und beurkundete Wille durch Irrthum oder Betrug erzeugt worden ist, bietet die Sache nicht die geringste Schwierigkeit; denn nun handelt es sich um einen indirekten Gegenbeweis, sohin um den Beweis einer Thatfache, welche außerhalb der Beurkundung liegt und durch welche die Wahrheit der Urkunde durchaus nicht angegriffen wird. Wurde aber das Versehen oder der Betrug bei der Beurkundung und gerade durch dieselbe begangen (wurde z. B. bei einer Cession die nicht erklärte Haftung pro nomine bono beigefügt, oder die wirklich erklärte Haftung weggelassen) so läuft die Sache immer nur auf einen direkten Gegenbeweis hinaus, indem nun, weil der von den Kontrahenten erklärte und der vom Notare beurkundete Wille nicht übereinstimmen, der Angriff nothwendig gegen die Wahrheit der Urkunde gerichtet werden muß.

Im Kommentare §. 415 lit. c wird nun gelehrt, daß, wenn eine ursprüngliche Fälschung behauptet wird, der Gegenbeweis unbedenklich zuzulassen sei und durch jede Art von Beweismitteln geliefert werden könne; und im Komm.-Nachtrage §. 60 wird (mit Beziehung auf den in diesen Blättern Bd. XXIX S. 183 mitgetheilten Rechtsfall) bemerkt, daß, wenn einzelne zum verkauften Komplexe gehörige Grundstücke aus Versehen oder mittelst eines unlauteren Kunstgriffes aus der Urkunde weggeblieben sind, im ersteren Falle ein Irrthum, im letzteren aber ein Betrug vorliege, welche zur Berichtig-

ung der Not.-Urkunde durch alle Beweismittel dargethan werden können¹⁾).

Mehr als dieses will auch durch gegenwärtige Erörterung nicht behauptet werden; wer aber diese Behauptung theilt, kann nicht zugleich annehmen, daß der benachtheiligte Kontrahent durch Unterzeichnung der Urkunde in die ihr vom Notare gegebene Fassung einwillige und sich daher den erlittenen Schaden selbst zuschreiben müsse.

Was hier von den dem Art. 14 des Not.-Ges. unterliegenden Verträgen gesagt wurde, gilt nicht minder auch von solchen Verträgen, deren Gültigkeit nach einer anderen Gesetzworschrift, wie z. B. die Ehe- oder Erbverträge nach bayer. *U. Th.* I Kap. VI §. 29 Nr. 3 u. *Th.* III Kap. XI §. 1 Nr. 10, oder auch nach besonderer Uebereinkunft von notarieller, oder nach solcher Uebereinkunft auch nur von außergerichtlicher Beurkundung abhängt.

Schließlich noch die kurze Behandlung einer ebenfalls hieher gehörigen Frage, welche vom Verfasser bisher als eine unbestrittene erachtet, nun aber durch das oben S. 310 mitgetheilte oberstrichterliche Erkenntniß in Streit gezogen und wider Erwarten unter den Einfluß des Art. 14 gestellt worden ist.

Dort ist nämlich gesagt, daß, wenn in der über einen Gutskauf errichteten Notariatsurkunde eine auf dem Gute lastende Dispositionsbeschränkung nicht aufgeführt und bezüglich der Uebernahme

¹⁾ Im Komm.-Nachtrage S. 129 ist als Beispielfall angeführt, daß bei einem Gutsaustausche die von den Kontrahenten passirte und dem Notare auch erklärte Gelbaufgabe von diesem in die Urkunde aufzunehmen vergessen wurde. Hierüber wird nun gesagt, der Vertrag sei wegen Irrthumes ungiltig, aber auch der wahre Vertrag bestehe nicht zu Recht, weil er nicht beurkundet sei.

derselben nicht eine ausdrückliche Vertragsbestimmung enthalten sei, angenommen werden müsse, die Absicht der Kontrahenten sei dahin gegangen, freies Eigenthum zu übertragen und zu erwerben.

Es wurde deshalb als unerheblich erklärt, ob der Käufer von der Gutslast Kenntniß gehabt habe oder nicht, sofort die Verkäuferin zum Beweise der behaupteten Kundgabe nicht zugelassen.

Man wird in dieser Frage wohl den umgekehrten Weg wandeln und wird sagen müssen, daß, weil dingliche Lasten eines Gutes zu den Eigenschaften desselben gehören und als solche von selbst, und ohne daß es hiezu eines besonderen Vertragspunktes bedürfte, auf jeden Erwerber übergehen, nicht die Uebernahme der Last, sondern die Befreiung von derselben ausdrücklich bedungen und beurkundet sein müßte.

Allerdings haftet der Verkäufer wegen einer ungewöhnlichen Gutslast, von welcher der Käufer weder durch ihn noch auf anderem Wege Kenntniß erhalten hat; zur Beseitigung dieser Haftung genügt aber die einfache Kundgabe der bestehenden Last, und wer behauptet, daß diese Kundgabe giltigerweise nur durch deren Aufnahme in die Not.-Urkunde geschehen könne, behandelt dieselbe mit vollem Unrechte als einen Vertragspunkt, als welcher sie freilich nicht aus der Urkunde weghleiben dürfte.

Wenn daher eine Gutslast durch Versehen des Notars nicht in die Urkunde aufgenommen wurde, so bedarf es, weil sie dennoch auf den neuen Erwerber übergeht, keiner Berichtigung der Urkunde, deren einziger Mangel nur darin besteht, daß durch sie die dem neuen Erwerber geschehene Kundgabe der Last nicht bewiesen werden kann.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheins.

Beseitigung eines Redaktionsverstoßes.

Einem „Reuterationsgesuche“, in welchem um Berichtigung eines Redaktionsverstoßes gebeten war, welcher sich in eine Beweisauflage eingeschlichen hatte, entsprach der oberste Gerichtshof aus nachstehenden Gründen:

„Der gerügte Irrthum ist allerdings schon im appellationsgerichtlichen Erkenntniß enthalten und war nicht Gegenstand einer besonderen Berufungsbeschwerde; allein dennoch erleidet es nicht den mindesten Zweifel, daß derselbe berichtigt werden darf und berichtigt werden muß.

Es ist hier nicht eine Aenderung des ergangenen Erkenntnisses in Frage, sondern es handelt sich bloß um ein unzweifelhaftes Redaktions-Versehen, welches als solches sowohl aus den Gründen der Erkenntnisse zweiter und dritter Instanz, als aus dem sonstigen Inhalte des Tenors klar erkennbar ist.“

DAßGef. v. 20. März 1868 Nr. 1517⁶⁶ |₆₇.

77.

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

Inhalt; Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes. — Die Entscheidung darüber, ob und inwieweit die Befriedigung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen, bei der Durchführung der Exekution sich ergebenden Anstände dem, um die Vornahme der Exekution requirirten Stadt- oder Kantgerichte zu. — Die in die aktive Armee eingereichten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfallungsgelege vom 30. Januar 1868 wegen des Vergehens der Widerpenfungskeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten. — Nachträgliches Uebererbkommen zu einem Immobilienkaufe. Art. 14 des Rel.-Ges.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

1.

Die Klage gegen eine Dampfwasch-Aktiengesellschaft auf Zahlung des Kaufpreises für die zum Geschäftsbetriebe angeschafften Materialien gehört zur Zuständigkeit des Handelsgerichtes.

Der Seifen- und Kerzenfabrikant Karl K. zu München klagte bei dem Handelsgerichte München i. J. für an eine Dampfwaschaktien-Gesellschaft in München käuflich abgelieferte Kerzen und Seife den Betrag von 310 fl. 25 kr. gegen diese Gesellschaft ein. Der Vertreter der beklagten Gesellschaft bestritt die Zuständigkeit des Handelsgerichtes, weil die Aktiengesellschaft als solche noch keine Handelsgesellschaft und das Reinigen der Wäsche durch dieselbe noch kein Handelsgeschäft sei. Das k. Handelsgericht lehnte auch seine Zuständigkeit dieser Begründung entsprechend ab.

Neue Folge XIII. Band.

N. klagte hierauf dieselbe Forderung bei dem Bezirksgerichte München l. d. Isar ein. Die beklagte Gesellschaft, von einem anderen Anwalte vertreten, behauptete nun, daß das Handelsgericht zuständig sei, und verweigerte demnach auch vor diesem Gerichte die Streiteinlassung. Das Bezirksgericht München l. J. wies die Klage gleichfalls wegen Unzuständigkeit zurück, weil nach Art. 272 Ziff. 1 die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für andere ein Handelsgeschäft bilde, soferne der Gewerbsbetrieb des Unternehmens, wie hier, über den Umfang des Handwerkes hinausgehe.

Der klägerische Vertreter regte hierauf den hienach bestehenden Kompetenzkonflikt an, welcher von dem obersten Gerichtshofe nach gepflogener Instruction dahin entschieden wurde,

„daß in vorwürflicher Sache das l. Handelsgericht München links der Isar zuständig sei.“

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Nach Art. 271 Ziff. 1 des a. d. H.G. ist der Kauf oder die anderweite Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen ein Handelsgeschäft, wenn er zum Zwecke der Weiterveräußerung erfolgt, und behält diese Eigenschaft, wenn auch die Waaren nicht in Natur wieder veräußert werden, sondern erst nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung.

Erfolgt aber die Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen nicht nach vorgängiger Anschaffung derselben, sondern wird solche nur für andere auf deren Veranlassung gewerbemäßig vorgenommen, so fällt dieses Verfahren bloß in das Geschäft eines gewöhnlichen Handwerkers gegen Lohnvergütung, und nur wenn dasselbe so großartig betrieben wird, daß es über den Umfang des Handwerkes hinausgeht, reißt das Gesetz im Art. 272 Ziffer 1 diese Beschäftigung gleichfalls den Handelsgeschäften an.

Dabei ist es gleichgiltig, welche äußere Veränderung die Arbeit an der zur Bearbeitung übernommenen beweglichen Sache hervorbringt, und genügt es, wenn diese Sache nur durch die hieran verrichtete Arbeit in einen für den Uebergeber gewünschten anderweiten Zustand gebracht wird. Wenn bei der Uebergabe irgend eine Umgestaltung der Sache beabsichtigt wird, so steht hienach die hiemit nothwendig werdende Verarbeitung derselben mit der bloßen Bearbeitung einer solchen gesetzlich auf ganz gleicher Stufe.

Die beklagte Gesellschaft unterhält zu München eine Dampfwaschanstalt, sohin eine Einrichtung, die zwar gewerbemäßig betrieben wird, aber jedenfalls über den Umfang eines einfachen Wäscher-Handwerkes hinausreicht, da sie einen so umfassenden Betrieb zur Herbeiführung eines ausreichend nachhaltigen Ertrages für eine ganze Gesellschaft voraussetzt, daß mit dem unter Beihilfe von Dampfmaschinen in sehr großem Umfange auszurichtenden Waschgeschäfte auch eine ganz merkantile Beschäftigungsweise verbunden werden muß.

Indem aber das Gesetz Geschäfte dieser Art als einen Gegenstand von Handelsgeschäften charakterisirt, stellt es auch im Art. 5 für die solche Beschäftigung ausübenden Aktiengesellschaften ganz dieselben Bestimmungen wie für die Kaufleute auf, setzt sie also diesen gleich.

Alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, so mit auch einer Aktiengesellschaft, deren Unternehmen in Handelsgeschäften besteht, sind, wenn sie zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehören, gemäß Art. 273 Abs. 1 und 2 gleichfalls als Handelsgeschäfte anzusehen, insbesondere die Anschaffung von Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Gewerbebetriebe unmittelbar benützt oder verbraucht werden sollen, wie dieß bei der Anschaffung von

Seife und Kerzen von Seite der Dampfwaschanstalt zu München vorliegend der Fall ist.

Es ist demnach hier ein Handelsgeschäft auf Seite der beklagten Gesellschaft, welcher überdies die Eigenschaft eines Kaufmannes zukommt, gegeben, somit auch unzweifelhaft eine Handelsfache, welche nach Art. 62 und Art. 63 Ziff. 1 des Einf.=Ges. der Zuständigkeit der Handelsgerichte zugewiesen ist.

Erk. d. OGH. v. 31. Oktober 1868, UB. Nr. 89.

2.

Die Entscheidung darüber: ob und inwieweit die Vollstreckung eines handelsgerichtlichen Erkenntnisses an einer unbeweglichen Sache zu geschehen hat, steht dem Handelsgerichte, die Entscheidung aller sonstigen bei der Durchführung der Execution sich ergebenden Anstände dem um die Vornahme der Execution requirirten Stadt- oder Landgerichte zu.

Albert R. hatte im Jahre 1866 gegen den Mechaniker Andreas J. bei dem k. Handelsgerichte Nürnberg eine Wechselforderung zu 75 fl. sammt Zinsen und Kosten eingeklagt. Nach Liquidstellung der Forderung und fruchtlos versuchter Mobiliarexecution zeigte Kläger an, daß Andreas J. mit seinen sechs Geschwistern ein Haus Nr. 961 zu Nürnberg im gemeinschaftlichen Eigenthume besitze, und benannte den Antheil des Andreas J. als Executionssubjekt mit der Bitte, den Verkauf dieses Hauses zu verfügen und aus dem Erlöse den siebenten Theil zu seiner Befriedigung abzusondern.

Diesem Antrage entsprechend unterstellte auch das Handelsgericht Nürnberg am 17. April 1866 das bezeichnete Anwesen der Zwangsversteigerung, requirirte zum Vollzuge dieses Beschlusses das Stadtgericht Nürnberg und setzte die Geschwister des Beklagten zur Wahrung ihrer Rechte hievon in Kenntniß.

Das Stadtgericht Nürnberg eröffnete am 26. April 1866 dem Handelsgerichte daselbst, daß nach Inhalt des Hypothekenbuches das betreffende Anwesen noch auf die Wittve Margaretha J., die Mutter des Beklagten, allein eingetragen sei, daher weiterer Requisition entgegengesehen werde.

Am 29. Mai erneuerte das Handelsgericht seine Requisition vom 17. April mit dem Bemerken, daß Andreas J. und dessen sechs Geschwister nach Ausweis der adhibirten Akten des Stadtgerichtes Nürnberg, die Verlassenschaft der Wittve Margaretha J. betr., die Erben der Letzteren geworden seien.

Das Stadtgericht veranlaßte hierauf mit Verfügung vom 3. Juni 1866 das Hypothekenamt, auf das fragliche Anwesen Belastungs- und Veräußerungsverbot einzutragen, was auch geschehen ist, und übertrug dem Notare v. K. die Vornahme der Zwangsversteigerung.

Dieser wies in einer an das Stadtgericht gerichteten Eingabe darauf hin, daß inhaltlich des Hypothekenbuchsauszuges Andreas J. gar kein Miteigenthumsrecht an dem fraglichen Anwesen, sondern nur das Einstandsrecht und den Ueberlosungsanspruch auf ¹/₁₀ über die Lage dieser Realität zu 9500 fl. sowie zwei Hypothekforderungen darauf habe, und erbat sich wiederholten Auftrag, ob er gleichwohl diese Realität zum Verkaufe bringen solle, wobei er zugleich bemerkte, daß es nach dem Schreiben des Handelsgerichtes vom 17. April 1866 überdies auch fraglich sein könnte, ob nur der ¹/₇ Antheil des Beklagten oder ob nach dem Wortlaute des Schreibens das ganze Haus zu versteigern sei.

Das Stadtgericht gab dem Handelsgerichte von den von dem Notare angeregten Bedenken Nachricht, dieses beschränkte sich aber darauf, den klägerischen Vertreter hiervon in Kenntniß zu setzen.

Letzterer führte sodann in einer an das Stadt-

gericht gerichteten Eingabe aus, daß die Bedenken des Notars nicht erheblich seien, da die Geschwister J. die Erben ihrer Mutter geworden seien und der Auftrag des Handelsgerichtes als durchaus klar sich darstelle.

Das Stadtgericht eröffnete aber dem klägerischen Vertreter, daß er sich zur Verbescheidung der von dem Notare angeregten Bedenken an das Handelsgericht wenden solle, da von diesem die Exekution verfügt und das Exekutionsobjekt bezeichnet sei.

Daraufhin stellte der klägerische Vertreter an das Handelsgericht den Antrag, das Stadtgericht, eventuell den Notar, zur Fortführung des Subhastationsverfahrens zu veranlassen; allein das Handelsgericht wies diesen Antrag ab, weil die Stadt- und Landgerichte die Vollstreckung handelsgerichtlicher Urtheile an Immobilien in eigener Zuständigkeit zu beschäftigen haben, und inhärrte auf hiegegen erhobene Remonstration mit Dekret vom 6. März 1867 seinem früheren Beschlusse.

Der klägerische Vertreter wendete sich alsdann mit dem Antrage auf Fortführung der Exekution an das Stadtgericht; allein dieses Gericht wies diesen Antrag gleichfalls wegen Unzuständigkeit zurück.

Nun regte der klägerische Vertreter den hienach zwischen dem f. Handelsgerichte Nürnberg und dem f. Stadtgerichte daselbst bestehenden verneinenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruction von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zum weiteren Verfahren in der Sache das f. Stadtgericht Nürnberg zuständig sei.“

Dieser Ausspruch ist in nachstehender Weise begründet:

Nach Art. 56 des Einführungsgegesetzes zum allg. d. Handelsgesetzbuche bestehen für die Behandlung und Entscheidung der Handelsfachen besondere Handels-

gerichte, deren Zuständigkeit sich gemäß Art. 67 auch auf alle Wechselfachen erstreckt. Diesen Gerichten steht aber nicht bloß die Entscheidung in Handels- und Wechselfachen, sondern auch der Vollzug derselben zu, und ist in letzterer Beziehung nur der Fall ausgenommen, wenn es sich um Vollstreckung handelsgerichtlicher Erkenntnisse an unbeweglichen Sachen handelt, indem, wenn diese Exekutionsart feststeht, der Vollzug auf Requisition des Handelsgerichtes durch das Stadt- oder Landgericht zu erfolgen hat, in dessen Bezirk die Sache liegt; vgl. Art. 75 dieses Gesetzes. Hieraus ergibt sich, daß die Thätigkeit des Handelsgerichtes unter allen Umständen mit der Rechtskraft seines Erkenntnisses noch keineswegs abschließt, vielmehr das Anrufen auf Vollzug desselben immer bei dem Handelsgerichte erfolgen muß.

Dabei hat das Handelsgericht allein zu entscheiden nicht bloß über die Art der Exekution, wenn hierüber Differenzen entstehen, sondern auch über alle jene Beanstandungen, welche die Eigenschaft eines Objectes als Exekutionsgegenstand mit Rücksicht auf die Dispositionsbefugniß hierüber von Seite des zu Exequirenden oder sonst zweifelhaft machen, und kann dasselbe erst dann, wenn alle Bedenken geschlichtet sind, bei beweglichen Sachen und anderen diesen gleichstehenden Exekutionsgegenständen zum Vollzuge selbst schreiten, oder rücksichtlich der unbeweglichen Sachen diesen Vollzug bei dem Stadt- oder Landgerichte des Bezirkes, in dem sie liegen, mittelst Requisition anordnen. Nach diesem die Exekution selbst einleitenden Verfahren beginnt dann im letzteren Falle die Zuständigkeit des requirirten Gerichtes zur Vollstreckung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses an dem unzweifelhaft als Exekutionsgegenstand festgestellten Objecte, und ist von diesem Momente an durch das requirirte Gericht das ganze

hiebei erforderliche Verfahren durchzuführen, hienach also auch jede hiebei sich ergebende Differenz selbständig zu bescheiden, und so die Sache bis zur Befriedigung des Gläubigers auseinander zu setzen, wobei für Beschwerden selbstverständlich der gewöhnliche Instanzenzug von dem betreffenden Stadt- oder Landgerichte aus vorbehalten bleibt.

An dieser Ausscheidung des Verfahrens im Exekutionsstadium ändert sich auch dann nichts, wenn bei dem die Exekution einleitenden, wie oben gezeigt, immer in die Zuständigkeit des Handelsgerichtes fallenden Verfahren eine Beanstandung rücksichtlich der Tauglichkeit eines Objectes als Exekutionsgegenstand noch nicht hervorgetreten ist, sondern solche sich erst bei dem wirklichen Vollzuge zeigt; denn das Recht zum exekutiven Angriffe einer Sache setzt immer nothwendig voraus, daß dieselbe der rechtlichen Gewalt des zu Exequirenden unterworfen ist, und ist daher das Bekanntwerden des Gegentheiles in jedem Momente geeignet, das exekutive Vorgehen selbst wider eine solche Sache zu hemmen, womit auch die Zuständigkeit des Handelsgerichtes zur Entscheidung hierüber wieder eintreten muß.

Im vorliegenden Falle hat nun das Handelsgericht, welchem der obigen Ausführung zufolge allerdings die Frage, inwieweit das bezeichnete Object nach Maßgabe der Stattgebung des klägerischen Antrages Gegenstand der Exekution werden soll, zur Bescheidung ausschließlich zufällt, in seinen Beschlüssen vom 17. April und 5. Juni 1866 bezüglich des Zweifels, ob nur das Eigenthumsfiebentheil des Beklagten, oder das ganze Haus der Subhastation zu unterwerfen sei, ausdrücklich den Parteien eröffnet, daß im Wege der Hilfsvollstreckung das fragliche Anwesen der Subhastation unterstellt werde, mit Einschaltung der Bemerkung, daß dem Beklag-

ten an diesem Anwesen ein Antheil zu $\frac{1}{2}$, zusteht, und hievon den Miteigenthümern des Anwesens zur Wahrung ihrer Rechte Nachricht gegeben, so daß gegen die klare Bedeutung dieser Beschlüsse in der That kein ernstliches Bedenken aufkommen kann und hiemit dieser Punkt, der von keinem der Interessenten selbst angegriffen worden ist, als genügend entschieden sich darstellt.

Bezüglich der Frage aber, ob dem Beklagten Miteigenthum oder nur sonstige Rechte an dem Anwesen zustehen, hat das Stadtgericht selbst schon dem Ansinnen des Handelsgerichtes das Bedenken entgegenstellt, daß erwähntes Anwesen noch auf die Wittve J. allein laute, daßselbe jedoch nach der Mittheilung des Handelsgerichtes aus den betreffenden Verlassenschaftsakten, daß die Kinder der Wittve J. die Erben ihrer Mutter geworden sind, als materiell gehoben erachtet und hienach auch schon Verfügungen an das Hypothekenamt erlassen, formell aber die Sache in Bezug auf das Hypothekenbuch nicht geordnet und fragt es sich nun um Herbeiführung dieser Ordnung.

Nach §. 139 des Hypothekengesetzes hat, wenn in Folge eines gerichtlichen Vertrages eine Besitzveränderung bei einer unbeweglichen Sache sich ergibt, und dem Gerichte, das den Vertrag aufgenommen, zugleich der Eintrag der Besitzveränderung im Hypothekenbuche zukommt, dieses Gericht von Amtswegen den Eintrag im Hypothekenbuche vorzunehmen oder zu veranlassen. Ist daher der Grund einer Besitzveränderung auf eine Erbschaft gestützt, und hatte das Gericht, das den Eintrag der Besitzveränderung in das Hypothekenbuch zu besorgen hat, auch die Verlassenschaftsauseinandersetzung zu pflegen, so liegt für dieses Gericht dasselbe gesetzliche Motiv vor, auf den hienach errichteten Theilungsbrief oder auf ein Zeugniß des Ueber-

gangß des betreffenden Objectes an bestimmte Erben von Amtswegen diesen Eintrag bei dem Hypothekenamte zu veranlassen, wie auch Gönnert in seinem Commentare zu §. 141 des Hypothekengesetzes S. 246 Ziff. 2 Buchstabe e darlegt.

Die Verlassenschaft der Wittwe J. wurde in den Jahren 1860 und 61 von dem k. Bezirksgerichte Nürnberg als Einzelrichteramt, an dessen Stelle nun das Stadtgericht Nürnberg getreten ist, geführt. Das Stadtgericht war daher, nachdem demselben zugleich auch der Eintrag der Besitzveränderung im Hypothekenbuche zukommt, und daselbe von dem Handelsgerichte auf diese Verlassenschaftsacten hingewiesen worden war, von selbst veranlaßt, für Einschreibung dieser Besitzveränderung im Hypothekenbuche und für die hienach sich ergebende Berichtigung der von dem Notar von R. beanstandeten Stellen der zweiten Rubrik desselben Vorforge zu treffen, was überhaupt schon vor Eintrag des Veräußerungs- und Belastungsverbotes, das in keinem Falle auf die Wittwe J. Bezug haben konnte, hätte bethätigt werden sollen.

Dieser Standpunkt besteht noch jetzt und ergibt sich hieraus, daß unter den vorliegenden Umständen nicht das Handelsgericht sondern das Stadtgericht Nürnberg in der Sache weiter zu verfahren habe, da insbesondere nicht, wie das Stadtgericht annimmt, ein von dem Handelsgerichte erst noch zu entscheidender bestimmter Zweifel über das zu versteigernde Object besteht, vielmehr Notar von R. selbst zugeben muß, daß nach dem Wortlaute der handelsgerichtlichen Schreiben vom 17. April und 5. Juni 1866 das ganze Anwesen zu versteigern ist, und die Frage, ob das bezeichnete Immobile überhaupt Gegenstand der Execution sein kann, mit der oben bemerkten von Amtswegen durch das Stadt-

gericht Nürnberg zu veranlassenden Besitztittelberichtigung von selbst ihre Lösung findet.

Mit Rücksicht auf die hier gegebenen besonderen Umstände handelt es sich vorliegenden Falles nach den Eingang erörterten Grundsätzen in der That, wie das Handelsgesetz in dem seine Kompetenz ablehnenden Beschlusse vom 20. März 1867 hervorgehoben hat, nicht sowohl um die Frage der Unbegründetheit der erkannten Zwangsversteigerung als vielmehr um Beseitigung von Bedenken, wie die beschlossene Immobilien-Exekution in Vollzug zu setzen ist.

Es war demnach wie geschehen zu erkennen.

Erf. d. OGH. v. 7. Nov. 1868, WB. Nr. 90.

3.

Die in die aktive Armee eingereichten Soldaten haben auch nach dem Wehrverfassungsgesetze vom 30. Januar 1868 wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit ihren Gerichtsstand vor den Militärgerichten.

Joseph Heller von Dettingen aus der Altersklasse 1846, welcher bei der Anmeldung und Messung sowie bei der Aushebung vor dem obersten Rekrutirungsrathe am 3. April 1868 ausgeblieben und in seiner Abwesenheit dem k. 12. Infanterie-Regimente zugetheilt worden ist, wurde deshalb von dem k. Bezirksamte Nördlingen als widerspenstig erachtet, und am 23. April 1868, als er daselbst um Ausfertigung eines Arbeitsbuches bat, sofort arretirt und an das 2. Bataillon dieses Regimentes nach Landau abgeliefert, dann am 4. Mai daselbst verpflichtet und zum Dienste eingereiht.

Am 25. Juli 1868 ist gegen Heller bei diesem Bataillon Untersuchung wegen Widerspenstigkeit eingeleitet, und sind dann die Untersuchungsakten am folgenden Tage dem k. Generalkommando Augsburg zur

Beschlußfassung vorgelegt worden; das Generalkommando gab aber die erlaufenen Verhandlungen zur Mittheilung an den Staatsanwalt des zuständigen Civilgerichtes zurück unter Hinweisung auf die Art. 77, Art. 81 Abs. 1 und 2 und Art. 92 Abs. 4 des Wehrverfassungsgesetzes vom 30. Januar 1868.

Der Untersuchungsrichter am k. Bezirksgerichte Donauwörth lehnte seine Zuständigkeit zur Führung dieser Untersuchung ab, da Heller schon der aktiven Armee angehöre, wogegen das k. Generalkommando sich wiederholt auf Art. 81 Abs. 1 u. 2 dieses Gesetzes bezog, wonach die Verwaltungs- oder Militärbehörden alle ihnen zu Gebote stehenden Behelfe rücksichtlich der Ungehorsams- und Widerspenstigkeitsfälle dem Staatsanwälte des zuständigen Gerichtes mitzutheilen haben, die Aburtheilung aber durch die bürgerlichen Gerichte erfolge; dabei berief sich dieses Kommando namentlich auf den Kommentator des Wehrverfassungsgesetzes, Zeitlmann, welcher auch die Ansicht ganz allgemein ausspricht, daß es rücksichtlich dieser Zuständigkeit gleichgiltig sei, ob der Widerspenstige zur Zeit der Einschreitung wider ihn der aktiven Armee schon eingereiht ist oder nicht.

Der hienach vorliegende verneinende Kompetenzkonflikt wurde von dem obersten Gerichtshofe in nachstehender Weise entschieden:

In Erwägung

1) daß in Bezug auf die Gerichtsbarkeit über die Angehörigen der aktiven Armee die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen im Art. 32 des Wehrverfassungsgesetzes ausdrücklich aufrecht erhalten worden sind und nur rücksichtlich der Ersatzmannschaften, Reservisten und Landwehrmänner wegen gemeiner Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen bis zum Eintritte der Mobilisirung der Armee die Militärgerichtsbarkeit ausgeschlossen wurde, weshalb auch

in diesem Punkte gegenüber den Bestimmungen der Verfassungsurkunde Tit. 9 §. 7, wonach die Militärpersonen ganz allgemein wegen Verbrechen und Vergehen, sohin auch wegen des Vergehens der Widerspenstigkeit, unter der Militärgerichtsbarkeit stehen, im Eingange des Wehrverfassungsgesetzes mit Rücksicht auf obige Abänderung bemerkt ist, daß in Ansehung des Art. 32 daselbst die in §. 7 Tit. 10 der Verfassungsurkunde vorgeschriebene Form (bei Abänderung einer Verfassungsbestimmung) beobachtet wurde, während in Bezug auf den Art. 81 hievon keine Erwähnung geschieht;

2) daß daher die in diesem Artikel aufgeführten Bestimmungen an den bisherigen Gesetzesvorschriften rücksichtlich der militärischen Kompetenzverhältnisse bei den Angehörigen der aktiven Armee, soweit sie zum Dienste im stehenden Heere (Art. 1 Abs. 2 und Art. 93 Abs. 5 des Wehrverf.-Ges.) berufen sind, nichts zu ändern vermochten, hienach also der Inhalt des Abs. 2 dieses Artikels bloß auf die Kompetenz der bürgerlichen Gerichte wie bisher (gemäß §. 84 Abs. 1 des Heererg.-Ges. v. J. 1828) Bezug haben kann in Ansehung jener Personen, gegen welche noch vor ihrem Eintritte in die aktive Armee wegen Vergehens der Widerspenstigkeit einzuschreiten ist, während nur bei der Uebertretung des Ungehorsams die Ausnahme besteht, daß den Civilgerichten selbst dem Soldaten gegenüber während ihres Urlaubes eine strafgerichtliche Einschreitung zukommt;

3) daß demnach bei dieser Auffassung der Umstand von selbst seine natürliche Erklärung findet, daß jetzt neben der Verwaltungsbehörde auch der Militärbehörde bei den veränderten Einberufungsverhältnissen der Pflichtigen zu den betreffenden Heeresabtheilungen in Abs. 1 des Art. 81 aufgegeben ist, dem Staatsanwalte des zuständigen Gerichtes die

erforderlichen Behelfe zur Einschreitung wegen Vergehens der Widerspenstigkeit oder Uebertretung des Ungehorsams mitzutheilen, und daß die Bestimmung dieses Abs. 2 nur ausspricht, welchem der bürgerlichen Gerichte unter obiger Voraussetzung die Einschreitung gegen den Angeschuldigten und die Aburtheilung desselben zukommt, über welche Frage allein bis zum oberstrichterlichen Plenarbeschlusse vom 10. November 1865 — Just.-Min.-Bl. v. J. 1865 S. 186 — viele Kontroversen bestanden, welche nun auch ihre gesetzliche Lösung gefunden haben;

4) daß die Ansicht des Kommentators Zeilmann, es seien nun nach dem Art. 81 die bürgerlichen Gerichte in allen Fällen zuständig, es mag die Einreichung des Beschuldigten in die aktive Armee beim Beginne der Untersuchung wegen Widerspenstigkeit schon vollzogen sein oder nicht, weder in den Motiven des Gesetzentwurfes zum Art. 74, welcher mit dem Art. 81 des Gesetzes in Abs. 2 im Wesentlichen gleichlautet, noch in den Ausschuß- oder öffentlichen Verhandlungen der beiden Kammern irgend einen Haltpunkt findet, und ebenso wenig in den von ihm allegirten oberstrichterlichen Erkenntnissen und dem Plenarbeschlusse vom 10. November 1865; vielmehr von dem Referenten des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten selbst zum Art. 24 des Entwurfes (nun Art. 32 des Gesetzes) darauf aufmerksam gemacht wurde, daß bezüglich der Angehörigen der aktiven Armee die Militärkompetenz unbedingt festgehalten werde (Verh. d. R. d. A. 18⁶⁶₆₈ Weil.-Bd. 3 S. 188 Spalte 1);

5) daß nach der aktenmäßigen Konstatirung Heller nach seiner Ablieferung an das 2. Bataillon des k. 12. Inf.-Regimentes am 4. Mai 1868 auf die gesetzliche Dienstzeit in der bewaffneten Macht verpflichtet und in Zugang genommen wurde, sohin

bei der am 25. Juli erfolgten Einschreitung gegen ihn wegen Vergehens der Widerspenstigkeit zum Dienste in der aktiven Armee eingereicht worden war;

aus diesen Gründen erkennt der oberste Gerichtshof

daß zum weiteren Verfahren wegen Vergehens der Widerspenstigkeit gegen den Soldaten Joseph Heller die Militärgerichte zuständig sind.

Erf. d. OGH. vom 17. Nov. 1868, UB. Nr. 107.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Nachträgliches Uebereinkommen zu einem Immobiliarkaufe
Art. 14 des Not.=Gef.

(Vergl. Bl. f. RM. Bd. XXXII S. 244. Ergänz.-Bd. hierzu S. 108
u. 197. Bd. XXXIII S. 61.)

Bei einem Anwesenekaufe wurde festgesetzt, daß der Verkäufer die Löschung der auf dem Kaufsobjekte ruhenden Hypotheken zu bewirken, und Käufer den Kaufschillingsest zu 11000 fl. binnen Jahresfrist zu bezahlen habe. Als der Verkäufer die Löschung der Hypotheken nicht herbeiführte, klagte ihn der Käufer auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit, wozu gegen den Verkäufer erinnerte, er sei nach der notariellen Kaufsbeurkundung mit dem Käufer übereingekommen, daß dieser die Löschung der Hypotheken selbst zu bewirken und dagegen den treffenden Betrag am Kaufschillingseste zu 11000 fl. abziehen habe.

Der Käufer entgegnete, daß dieses Ueberein-

kommen eine Aenderung des Kaufvertrages enthalte und demnach in Ermangelung notariellen Beurkundung nichtig sei.

Die erste Instanz hielt diese Entgegnung für begründet und verurtheilte den Beklagten nach der Klagsbitte, wogegen die zweite und dritte Instanz annahmen, daß jenes Uebereinkommen der notariellen Beurkundung nicht bedurfte.

Die oberstrichterlichen Gründe gehen einfach dahin, daß es sich hier lediglich um eine Abänderung des Vollzugsmodus bezüglich der Zahlung des Kaufpreises handle, und die fragliche Verabredung sohin nur persönliche Verbindlichkeiten, keineswegs aber die Eigenthums- oder Besitzverhältnisse der verkauften Immobilien betreffe. Die Hypotheken begründen zwar ein dingliches Recht für die Gläubiger, aber die Betwirkung der Löschung durch Befriedigung der Gläubiger trage keinen dinglichen Charakter.

DAßGrf. v. 18. Apr. 1868 Reg.-Nr. 179.

So lange es noch Gerichte gibt, welche sich Erkenntnisse, wie das Bd. XXXII S. 244 mitgetheilte, zum Muster nehmen, so lange wird man auch den Rechtsanwälten nicht sehr verübeln können, wenn auch sie den so vielfach mißhandelten Art. 14 d. Not.-Ges. an den Haaren herbeiziehen, um mit demselben durch alle Instanzen ihr Glück zu versuchen.

Rm.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs. — Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Art. 14 des Notariatsgesetzes. Aufhebung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes. — Regreß gegen Mitbürger. — Die Stellung eines Fiskus- und Nachlassgläubigers des Schuldners ohne die gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Konkursverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Exekutionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Prozessuale Stellung der Einrede des bösen Glaubens zum Schutze gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs.

Ein Cessionar hatte eine Hypothekforderung gegen den Hypothekschuldner eingeklagt, und letzterer bestritt nun die Richtigkeit der Forderung durch Einreden, welche ihm aus seinem Rechtsverhältnisse zum Cedenten zustanden. Hierbei berührte er zwar den bösen Glauben des Cessionars bei Erwerbung der Forderungen, ohne jedoch denselben schon in der Klagsbeantwortung gehörig zu substantziren. Erst in der Duplik, nachdem sich Kläger in der Replik zur Abwehr auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buchs bezogen hatte, folgte die Ausführung der Thatfachen, welche den bösen Glauben des Klägers zeigen sollten.

Neue Folge XLII. Band.

Die erste und zweite Instanz verwarfen die Einreden des Beklagten; oberstrichterlich wurde aber der Beweis derselben und der den bösen Glauben des Beklagten begründenden Thatfachen zugelassen, wozu bemerkt wurde, daß der Beklagte erst in der Duplik Veranlassung erhalten habe, sich über den replikantischen Einwand ausführlich zu äußern, und daß also auch unzweifelhaft erst die Duplik der Ort gewesen sei, wo Beklagter seine Rechtsvertheidigung gegen die eigentliche Replik des Klägers habe vorbringen können und dürfen.

DAUERf. v. 12. Mai 1868 Reg.-Nr. 326.

Nachschrift des Einsenders. Da der rechtliche Begriff des guten Glaubens ein rein negativer ist, indem er nur in der Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins besteht, — fr. 109 de verb. sign. (50, 16) — so wird er regelmäßig vorausgesetzt und wird eine spezielle Berufung auf denselben nicht gefordert, wogegen der böse Glaube, so weit er sich aus dem Sachverhältnisse nicht von selbst ergibt, selbständig behauptet, gehörig substantiirt und nöthigenfalls auch bewiesen werden muß; Const. 30 de evict. (8, 45).

Es war demnach, obwohl die Klage eine ausdrückliche Erwähnung des guten Glaubens des Klägers nicht enthielt, eine unerläßliche Obliegenheit des Beklagten, schon mit der Klagsbeantwortung die den bösen Glauben des Klägers offenbarenden Thatfachen mit der nöthigen Bestimmtheit und Ausführlichkeit vorzutragen, weil er außerdem nach Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4 mit den vorgeschügten Einreden gar nicht gehört werden durfte.

Die Berufung des Klägers auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches ist daher keineswegs eine eigentliche Replik, sondern nur eine Rüge der Unvollständigkeit der Exzeption, weshalb auch nicht

gesagt werden kann, Beklagter habe erst durch die Replik Veranlassung zur Aufstellung des bösen Glaubens erhalten.

Rm.

2.

Gesellschaft zur Erwerbung und Zertrümmerung eines Anwesens. Art. 14 des Notariatsgesetzes. Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes.

Bl. f. RA. Bd. XXX S. 80.

Mehrere Personen hatten sich geeinigt, ein hochgiltiges Anwesen zum Zwecke der Zertrümmerung zu erkaufen. Nachdem das Anwesen erkaufte und die Zertrümmerung durch Veräußerung einzelner Parzellen bereits in Gang gebracht war, verstarb ein Gesellschaftsmitglied, und obwohl die Erben desselben bereit waren, in die Verbindlichkeiten ihres Erblassers bis zur vollständigen Abwicklung des Geschäftes einzutreten, nahm doch ein anderes Mitglied der Gesellschaft aus diesem Todesfalle die Veranlassung, die Fortsetzung der Gesellschaft zu verweigern. Als nun die übrigen Mitglieder und die Erben des verstorbenen Mitgliedes gegen das abtrünnige Mitglied auf Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten desselben und auf Fortsetzung der Gesellschaft Klage stellten, erwiderte Beklagter,

1) daß der ganze Gesellschaftsvertrag wegen Mangels notarieller Beurkundung schon vorhinein nichtig gewesen, daß aber

2) jedenfalls die Gesellschaft durch den Tod eines Mitgliedes ihr Ende erreicht habe.

Vom obersten Gerichtshofe wurde ad 1) angenommen, daß der Gesellschaftsvertrag einer notariellen Beurkundung nicht bedurft habe, weil er, indem er nur die Vereinigung mehrerer Personen zur

künftigen Erwerbung und Veräußerung von Immobilien zum Gegenstande habe, die Besitzveränderung oder das Eigenthum nicht unmittelbar betreffe, sondern nur bezwecke, die Ermöglichung solcher Verträge durch Verpflichtung mehrerer Personen zur Herbeischaffung der nöthigen Mittel herbeizuführen.

Ein solcher Sozietätsvertrag sei also nur ein die Eingehung der Erwerbs- und Veräußerungsverträge vorbereitendes Pactum, habe also die Natur der letzteren selbstverständlich nicht, und sei deshalb auch nicht an die Form derselben gebunden.

Schon nach römischem Rechte sei das pactum de emendo et vendendo von dem eigentlichen Kauf- und Verkauf-Verträge wesentlich verschieden; denn es enthalte nicht den Kauf oder Verkauf selbst, sondern nur die Verpflichtung, diese Verträge später einzugehen; dasselbe betreffe also nicht die Besitzveränderung oder das Eigenthum selbst, welche beide erst den Gegenstand des künftigen Vertrages bilden.

Dagegen wurde ad 2) angenommen, daß die Einwendung des Beklagten theilweise gegründet sei, und die Klage wegen Zuvieľforderung in der angegebenen Art abgewiesen.

Es wurde nämlich zwar anerkannt, daß mit dem Tode eines Mitgliedes die schon vor dem Tode erworbenen Rechte und begründeten Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter nicht erlöschen, daß also, insoferne auf Erfüllung solcher Verbindlichkeiten geklagt werde, die Klage nicht unbegründet sei; daß jedoch, weil die Gesellschaft mit dem Tode eines Mitgliedes kraft des Gesetzes aufhöre, für den Beklagten keine Verbindlichkeit mehr bestehe, dieselbe fortzusetzen.

Weiter sagen die Gründe:

Ist die Gesellschaft aufgelöst, so ist kein Gesellschafter mehr verbunden, im Interesse der Ge-

gesellschaft weiter zu handeln, insoferne nicht ein Geschäft bereits begonnen war, und ein Abbruch desselben unthunlich oder der Gesellschaft schädlich ist; fr. 40 pro socio (17, 2).

Also nur das bereits angefangene Geschäft ist zu vollenden, folglich nicht das, wenn auch im Zwecke der Gesellschaft liegende, aber noch nicht begonnene Geschäft, was sich von selbst aus der Endigung der Gesellschaft ergibt. Denn würden alle einzelnen Geschäfte, welche den Inhalt des Gesellschaftszweckes bilden, erst vollendet werden müssen, so wäre die Gesellschaft durch den Tod nicht geendet, sondern sie würde nothwendig fortbauern, was ja das Gesetz gerade ausschließt. Unrichtig ist aber die Annahme, daß es sich im gegebenen Falle nur um ein Geschäft handle, dieses aber bereits begonnen sei, weil der Zweck der Gesellschaft in Zertrümmerung eines einzelnen Anwesens und in der Theilung des hieraus hervorgehenden Gewinnes und Verlustes bestanden habe und bereits mehrere Einzelverkäufe bewerkstelligt worden seien.

Allein wenn auch die Zertrümmerung nur eines Anwesens der Zweck der Gesellschaft war, so zerfiel doch die Ausführung derselben in mehrere einzelne Geschäfte, was schon in der Natur und dem Zwecke der Zertrümmerung liegt. Es kann daher nicht gesagt werden, daß nur ein einzelnes Geschäft Gegenstand der Gesellschaft gewesen sei; es umfaßte dieser Gegenstand wohl eine und dieselbe Gattung von Geschäften, nicht aber ein einzelnes, sondern ganz offenbar eine Mehrheit dem Zwecke nach allerdings gleicher, aber in der Ausführung verschiedener Geschäfte. In einem solchen Falle hebt die Beendigung der Gesellschaft die Pflicht der einzelnen Theilhaber zur Fortsetzung der ihnen obliegenden Thätigkeit nothwendig auf, soferne es sich nicht

von einem einzelnen Geschäfte handelt, welches bereits begonnen ist.

Das Gesetz unterscheidet auch nirgends zwischen Gesellschaften, deren Gegenstand mehrere der Gattung nach gleiche Geschäfte und solchen, deren Zweck nur ein einziges spezielles Geschäft umfaßt, indem ganz allgemein jede Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters geendigt wird, und ebenso allgemein vorgeschrieben ist, daß nur ein einzelnes Geschäft, welches bereits angefangen ist, vollendet werden müsse.

DAWG. v. 15. Mai 1868 Reg.-Nr. 236.

Nachschrift des Einsenders. Gegen die Entscheidung

ad 1) ist nichts zu erinnern; nur wird man dem Entscheidungsgrunde, daß hier nur ein pactum de emendo et vendendo vorhanden sei, nicht zustimmen können. Ein solches liegt sicher nicht vor; läge es aber vor, so wäre gerade dieses ein Grund, die notarielle Beurkundung für nothwendig zu erklären; v. Zink, Kommentar-Nachtrag S. 44; Bl. f. RA. Bd. XXXI S. 373 folg. —

Was nun

ad 2) die Entscheidung in der Hauptsache anbelangt, so hängt diese lediglich davon ab, ob man hier eine zu einem bestimmten einzelnen Geschäfte, oder zu einer unbestimmten Vielheit von Geschäften abgeschlossene Gesellschaft annimmt.

Für Letzteres hat sich der oberste Gerichtshof deshalb entschieden, weil eine Gutshertrümmernng ihrem Begriffe nach in mehrere Geschäfte zerfalle; dieser Grund wird aber deshalb nicht entscheiden können, weil er mit dem „id, quod actum est“, auf welches doch bei allen Kontrakten besonders zu achten ist, zu sehr im Widerspruche steht.

Man veräußert die Theile eines großen Gutskomplexes nicht, wie man etwa gewisse Quantitäten

von Wein oder Tabak abgibt. Die Zertrümmerung eines solchen Komplexes kann nach der vorauszusetzenden, weil durch die Natur der Sache begründeten Absicht der Kontrahenten nur nach einem wohlbedachten einheitlichen d. i. die vortheilhafteste Verwerthung des Ganzen in's Auge fassenden Plane geschehen, bei dessen Entwerfung die verschiedensten Verhältnisse zu berücksichtigen sind, z. B. die örtliche Lage der Grundstücke überhaupt oder zu einander, wenn sie an verschiedene Besitzer kommen, die Zugänglichkeit zu denselben, die Erhaltung oder Beseitigung bestehender oder die Errichtung neuer Servituten, die Arrondirungsgelegenheit oder das Bedürfniß der Nachbarn, die Zahlungsfähigkeit derselben und dergl. mehr. Diese Wechselbeziehungen, in welchen nach dem Zertrümmerungsplane die Gutbestandtheile zu einander stehen, dürften wohl die Annahme rechtfertigen, daß in der ganzen Zertrümmerung für die Gesellschafter unter sich nur ein einziges Geschäft liege, und da dieses bereits angefangen ist und nur zum offenbaren Schaden der Gesellschaft unterbrochen werden könnte, so gab der Tod eines Mitgliedes dem Beseitigten keinen genügenden Grund, um seine vertragsmäßige Mitwirkung bis zur Vollendung des Geschäftes zu versagen.

Rm.

3.

Regreß gegen Mitbürgen.

(Vgl. Seuffert's Archiv Bd. XVII Nr. 39 Bd. XX Nr. 132.)

Für einen Kauffchillingstheil, welcher dem Käufer geborgt wurde, hatten sich A. und B. dem Verkäufer in solidum als Selbstzahler verbürgt. Die Verbürgung beider wurde sogleich in die notarielle Kaufsurkunde aufgenommen. Nach eingetretener

Insolvenz des Käufers befriedigte A. den Verkäufer und forderte nun von B. die Hälfte der bezahlten Summe.

Dieser Anspruch wurde vom obersten Gerichtshofe nicht anerkannt aus folgenden Gründen:

Gemeinrechtlich kann der zahlende Bürge gegen einen Mitbürgen nur dann auf Ersatz seines Antheiles an der gezahlten Summe klagen, wenn er sich die Klage des Gläubigers hat cediren lassen; §. 4 Inst. de fideij. (3, 21); fr. 39 de fideijuss. (46, 1): Seuffert, Lehrb. d. Pand. §. 386 Nr. 3 a. G.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß im gegebenen Falle die Mitbürgen dem Gläubiger gegenüber sich solidarisch zur Zahlung als Bürgen und Selbstzahler verpflichtet haben, und eine solche Korrealverpflichtung allen Mitbürgen nach §. 4 Inst. de fideij. (3, 21) obliegt, weil außer einer in Mitte liegenden Cession der Klage des befriedigten Gläubigers an einen einzelnen Korrealschuldner gegen die übrigen Korrealschuldner ein solcher Regreß nur dann begründet ist, wenn die letzteren zu dem zahlenden Mitbürgen in einem Societäts-, Mandats-, Geschäftsführungs- oder überhaupt in einem solchen Verhältnisse stehen, welches nach seiner rechtlichen Natur und kraft des Gesetzes eine Entschädigungspflicht der übrigen Korrealschuldner wegen der von dem zahlenden correus für sie gemachten Auslagen mit sich bringt; Seuffert, Lehrb. d. Pand. §. 228 Nr. 2 u. 3.

Dieser Ansicht sind zwar in der Doktrin des gemeinen Rechtes mehrere Rechtsgelehrte entgegengetreten (Holzschuher, Theorie u. Kas. 3. Aufl. Bd. 3 S. 116 Nr. 2 u. S. 117 ad 2), indem sie theils den Rückgriff des zahlenden Korrealschuldners gegen die übrigen Korrealschuldner ganz unbedingt, theils wenigstens in dem Falle zulassen, wo

eine rechtliche Verpflichtung des befriedigten Gläubigers zur Abtretung der Klage vorliege, und daß Geseß selbst ohne den Umweg der wirklichen Cession eine *actio utilis* gegen die anderen Korrealschuldner eintäume.

Alein diese beiden Meinungen sind schon von Vangerow in seinem Lehrb. Bd. III §. 573 Anmerk. 3, dann von Samhaber zu der Lehre von der Korrealobligation S. 192 u. ff., sowie von Windscheid im Lehrbuch der Pandekten §. 294 gründlich widerlegt worden, und können namentlich in der Anwendung auf die Bürgschaft nicht als den Geseßen gemäß erachtet werden, weil ja nach Const. 11 de fideij. (8, 41) und fr. 39 eod. tit. (46, 1) dem zahlenden Bürgen, obschon mehrere Bürgen nach §. 4 Inst. de fideij. (3, 21) in solidum haften, der Regreß gegen die übrigen Mitbürgen nur unter der Voraussetzung einer wirklich geschehenen Cession der Klage von Seite des Gläubigers eingeräumt worden ist, während dem zahlenden Bürgen nur gegen den Hauptschuldner nach fr. 43 de neg. gest. (3, 5), fr. 4 pr. de fideij. (46, 1) und §. 6 Inst. eod. tit. (3, 21) unbedingt die Klage auf Ersatz des Gezahlten zusteht.

DAUERf. v. 22. Mai 1868 Nr. 316.

Nachschrift des Einsenders. Wie klar auch die im vorstehenden Erkenntnisse angezogenen Stellen des röm. Rechtes den Regreß gegen den Mitbürgen versagen, so ist doch in Rücksicht auf andere Stellen, insbesondere fr. 17 et 36 de fideijuss. (46, 1) die Regreßfrage eine sehr bestrittene. Als Gewährsmann für die vom obersten Gerichtshofe angenommene Meinung ist besonders noch Savigny im Oblig.-Recht Bd. I S. 273 ff. anzuführen.

Dieser Schriftsteller erklärt als vorzüglich entscheidend Inst. §. 4 de fideijuss. (3, 21), indem hier nicht bloß der Regreß verneint, sondern auch der Grund dieser Verneinung angeführt wird, welcher darin besteht, daß sich der Bürge durch die *epistola Divi Hadriani* schützen kann, und sich, wenn er dieses unterläßt, selbst zuschreiben muß, wenn er nun den Schaden ganz allein zu tragen hat.

Savigny widerspricht namentlich auch, daß, was von Korrealobligationen gilt, unbedingt auf die Bürgschaften und umgekehrt angewendet werden könne; denn wenn auch jeder einzelne Bürge *correns* des Hauptschuldners sei, so befinden sich doch die Mitbürgen unter einander in keiner Korrealität und überhaupt so wenig in einem unmittelbaren Rechtsverhältnisse zu einander, daß sie vielleicht gegenseitig von ihrem Dasein gar keine Kenntniß haben.

Dieser von Savigny angeführte Grund scheint aber zu einer Ausnahme doch dann zu führen, wenn aus den Umständen eines gegebenen Falles erhellt, daß jeder der Bürgen sich nur mit Rücksicht auf die Mitbürgschaft des anderen verbürgt und die Gefahr der gemeinschaftlichen Verbürgung nur gleichheitlich habe tragen wollen; es läßt sich jedoch aus dem einzigen Grunde, daß die Verbürgung in einer gemeinschaftlichen Urkunde geschehen, ein solches Ausnahmeverhältniß mit Sicherheit kaum entnehmen, und wenn es daher im vorliegenden Falle vom obersten Gerichtshofe nicht als gegeben anerkannt wurde, so wird sich hiegegen wenig erinnern lassen.

Was insbesondere die *actio utilis* betrifft, welche einzelne Rechtslehrer dem zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen einräumen, so wird die Zulässigkeit derselben von der Vorfrage abhängen, ob der befriedigte Gläubiger verpflichtet sei, außer einen Klagen (Schulds- und Pfandklage) gegen dens

Hauptschuldner auch die Klage gegen den Mitbürgen abzutreten; denn, wenn diese Verbindlichkeit besteht, so ist der Fall einer erzwingbaren Cession vorhanden, als deren Folge (mit Umgehung einer förmlichen Cession) nach neuerem Rechte die *actio utilis* gegeben ist.

Von einer großen Anzahl von Rechtslehrern (siehe z. B. Seuffert, Lehrbuch d. Pand. §. 385 Nr. 4, Buchta §. 405 Nr. 3, Arndts §. 355 Nr. 3, Wenig-Jungenheim §. 353 (363) Note m, insbesondere Birtanner, die Bürgschaft des gem. R. S. 538, Anmerk. Nr. 9) wird diese Verpflichtung ausdrücklich anerkannt, dagegen von Savigny a. a. O. S. 275 und 277 Note o mit Anführung seiner Gründe und Widerlegung der Gegengründe entschieden in Abrede gestellt.

Folgt man dieser Lehre, so kann natürlich auch von einer *actio utilis*, da sie nur als Surrogat einer erzwingbaren Cession erscheint, keine Rede sein, und dann wird sich, wie hier vom obersten Gerichtshofe angenommen wurde, der zahlente Bürge der Regreßklage nur in dem Falle bedienen können, wenn ihm der befriedigte Gläubiger die Klage gegen den Mitbürgen durch freiwillige Cession übertragen hat.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, Kompetenzkonflikte unter Gerichten betr.

Die Stellung eines Fristen- und Nachlaßgesuches des Schuldners ohne die gleichzeitige Erklärung desselben, sich eventuell dem Gantverfahren zu unterwerfen, berechtigt das ordentliche Gericht nicht dazu, die Einstellung der Executionen gegen den Schuldner bei den Handelsgerichten zu verfügen.

Der Krämer Rupert W. von S. brachte in

einem an das k. Bezirksgericht Passau gerichteten Fristen- und Nachlaßgesuche vom 10. Juni 1868 vor, daß zwar sein Anwesen im Jahre 1864 auf 13335 fl. gewerthet wurde, wonach sich sein Gesamtvermögen auf 14282 fl. 59 kr. entziffern würde, während seine Schulden an Hypotheken 6700 fl. und an Kurrentposten 6673 fl., sohin zusammen den Betrag von 13373 fl. erreichen, daß aber gegenwärtig bei einem gerichtlichen Verkaufe des Anwesens höchstens ein Erlös von 6700 fl. zu erwarten ist, so daß die Kurrentisten mit ihren Forderungen größtentheils zu Verlust kämen, wenn sie ihn mit Exekutionen drängen würden. Er erklärte sich demgemäß außer Stande, seine sämtlichen Gläubiger auf einmal zu befriedigen, bot aber den Kurrentisten 25% für ihre Forderungen, zahlbar in 5 Jahresraten, während die Hypothekengläubiger bei pünktlicher Zinsenzahlung ihre volle Befriedigung erhalten sollten. Hiemit verband er die Bitte, dieses Fristen- und Nachlaßgesuch zur Verhandlung zu ziehen und schließlich dasselbe zu genehmigen, inzwischen aber die Partikularexekutionen zu sistiren.

Das Gericht setzte dieses Gesuch am 13. Juni zur Verhandlung aus mit dem Bemerken, daß die Partikularexekutionen sistirt würden, und gab auch dem k. Handelsgerichte Passau von der beschlossenen Sistirung sämtlicher Partikularexekutionen Nachricht.

Inzwischen hatte das Handlungshaus L. in M. bei dem k. Handelsgerichte Passau gegen W. eine Waarenforderung von 894 fl. 20 kr. sammt Zinsen und Kosten eingeklagt, wovon 189 fl. 20 kr. bezahlt und der Rest mit 705 fl. sammt Zinsen durch stillschweigendes Zugeständniß des Beklagten liquid gestellt wurde. Rücksichtlich dieses Restes erhielt der Beklagte am 29. Mai 1868 Zahlungsauftrag bei Vermeidung der Sperre, worauf, da Zahlung nicht erfolgte, von dem Handelsgerichte auf

klägerisches Anrufen die Sperre verfügt wurde. Am 19. Juni gelangte jedoch obige Nachricht des Bezirksgerichtes zu den handelsgerichtlichen Akten, und nun eröffnete das Handelsgericht mit Beschluß vom 22. Juni dem Kläger, daß es, durch den bezirksgerichtlichen Beschluß auf Einstellung der Partikular-executionen gebunden, nicht mehr in der Lage sei, dem klägerischen Executionsantrage stattzugeben.

Giegegen remonstrirte Kläger und verband damit eventuell zugleich die Berufung. Das Handelsgericht wies die Remonstration zurück, und legte die Akten dem f. Handelsappellationsgerichte vor, welches die Vollstreckung der bereits verfügten Sperre anordnete, weil nach Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantilerichtsordnung nur dann bei den Handelsgerichten eine Execution nicht mehr vorgenommen oder fortgesetzt werden soll, wenn die Gant gegen den Schuldner gesetzlich erkannt ist, diese Bestimmung aber auf bloße Frist- und Nachlaßgesuche keine Anwendung finden kann.

Der Vertreter des Rupert W. regte nun den hienach zwischen dem f. Handelsappellationsgerichte und dem f. Bezirksgerichte Passau bestehenden beziehenden Kompetenzkonflikt an, welcher nach gepflogener Instruktion von dem obersten Gerichtshofe dahin entschieden wurde,

„daß zur Entscheidung über die Statthaftigkeit der von dem Handlungshause J. G. L. und Söhne gegen Rupert W. beantragten Execution zur Zeit das f. Handelsgericht Passau zuständig sei.“

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

Wenn der Schuldner schon wirklich gantmässig ist, soll nach Kap. XI §. 1 der Wechsel- und Merkantilerichtsordnung vom Jahre 1785 bei dem Wechsel- und Merkantilerichte, an dessen Stelle jetzt das Handelsgericht getreten ist, keine Execution mehr gegen denselben vorgenommen oder fortgesetzt,

sondern der Kläger zum Konkursgerichte verwiesen werden. In Uebereinstimmung hiemit bestimmt die bayer. Gerichtsordnung Kap. XIX §. 19, daß es dem Konkursgerichte zukomme, auch schon vor Eröffnung des Konkurses, jedoch selbstverständlich unter Voraussetzung der materiellen Sanktmäßigkeit des Schuldners, jede Partikularzahlung oder Veräußerung, überhaupt Alles zu untersagen, was eine Verringerung der Aktivmasse oder einen rechtswidrigen Nachtheil für die einzelnen Gläubiger herbeiführen könnte, somit auch den Lauf von Partikularexecutionen ganz allgemein zu hemmen ¹⁾.

Allein als Sanktgericht kann sich das Civilgericht nicht von Amtswegen konstituiren, sondern gemäß Art. 80 Abs. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 10. Nov. 1861 und Art. 16 desselben Gesetzes vom 1. Juli 1856 nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger oder auf eine solche Insolvenzanzeige des Schuldners selbst, welche das Civilgericht in den Stand setzt, mit Eröffnung der Sankt ohne Weiteres zu verfahren, und daher auch sofort alle hiezu erforderlichen Maßregeln vorzubereiten.

Rupert W. hat zwar in seinem Fristen- und Nachlaßgesuche vom 10. Juni 1868 sich außer Stande erklärt, seine sämtlichen Gläubiger auf einmal zu befriedigen und sich so als insolvent bezeichnet, aber lediglich die Bitte gestellt, dieses Gesuch zur Verhandlung zu ziehen, die Partikularexecutionen einzustellen, und schließlich dem Gesuche stattzugeben. Hiemit wurde das Bezirksgericht, nachdem der Schuldner sich nicht eventuell dem Sanktverfahren unterworfen hat, noch keineswegs in die Lage versetzt, auch nur zum Vorbereitungsverfahren wegen allenfallsiger Eröffnung der Sankt ge-

¹⁾ Vergl. Bl. f. RM. Bd. XXXII S. 91 und 145.

gen den Gemeinschuldner zu schreiten. Nur in einem solchen Falle stellt sich aber die Instruktion eines Fristen- und Nachlaßgesuches als ein in jedem Stadium des Prozesses, sohin auch bei Einleitung des Konkurses, gesetzlich zulässiger Versuch dar, bestehende Differenzen zwischen den verschiedenen Gläubigern unter sich und mit dem Gemeinschuldner auszugleichen, und zwar letzteren Falles insbesondere mit der Wirkung, daß hierbei zugleich sämtliche Partikular-Exekutionen zur Sistirung durch Heranziehung aller bis zur Exekution vorgeschrittenen Streitsachen in den Bereich dieses univervellen Gerichtsstandes gebracht werden.

Das Gesuch des W. stützt sich ausschließlich auf die Vorschriften des §. 70 der Prozeßnovelle vom Jahre 1837, und unterliegt sonach der Instruktion und Bescheidung des ordentlichen Civilgerichtes des Schuldners. Dieses hat daher auch lediglich nach der Bestimmung dieses Paragraphen zu verfahren, und je nach dem Ergebnisse der gepflogenen Verhandlungen das gestellte Gesuch zu genehmigen oder abzuweisen, und wird dann im letzteren Falle die Sache wieder auf den früheren Stand zurückgeführt, wenn nicht erst jetzt rechtswirksame Anträge von Gläubigern zur Ganteröffnung führen.

Das ordentliche Civilgericht kann zwar sämtliche Forderungen gegen den Schuldner ohne Rücksicht auf deren Qualität, sohin auch Handels- und Wechselforderungen, in den Kreis seiner Verhandlungen ziehen; es kann auch während dieser Verhandlungen provisorisch die Exekutionen bezüglich der seiner Kompetenz unterstellten Streitsachen sistiren, um wenigstens den Standpunkt dieser Gläubiger, den sie bei Anmeldung des Gesuches eingenommen

haben, zu fixiren; aber so lange es nicht in der Lage sich befindet, sofort sich als universelles Gericht zu konstituiren, sohin auch mit dem Belastungs- und Veräußerungsverbote und überhaupt mit allen Maßregeln zur Sicherung der ganzen Masse, ohne welche Maßregeln ohnehin auch die Sistirung der Exekutionen allein den Gläubigern kein ausreichendes Sicherungsmittel darbietet, hervorzutreten, was bei dem Verfahren nach diesem §. 70 nicht der Fall ist, kann ihm offenbar auch die Befugniß nicht zukommen, über die Grenzen seiner Zuständigkeit hinaus mit Sistirung von Partikularexekutionen vorzugehen.

Insbefondere steht dem ordentlichen Civilgerichte keine Kompetenz zu, die bei den Handelsgerichten im Gange befindlichen Exekutionen zu hemmen, da die Handelsgerichte, wie gezeigt, gesetzlich nur verbunden sind, die auf Exekutionen andringenden Gläubiger im Falle der Gantmäßigkeit des Schuldners an das ordentliche Civilgericht desselben zu verweisen, wenn dieses an dem Punkte bereits angekommen ist, der es in die Lage versetzt, in die universelle Eigenschaft eines Konkursgerichtes einzutreten.

Es war daher, wie geschehen, zu erkennen.

Erk. d. OÖG. v. 14. Nov. 1868, UB. Nr. 91.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener“ nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822. — Kontizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen. — Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung. — Vertragmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte, als Vermittlungsamte, abgeschlossenen Vergleiches.

Ueber den Begriff des „Liedlohnes der verbrödeten Diener“ nach §. 12 Nr. 4 des Prioritätsgesetzes v. J. 1822.

Bl. f. RA. Bd. XV. S. 225.

Um den Sinn der bemerkten Worte der Prioritätsordnung richtig zu erfassen, muß auf die frühere Gesetzgebung zurückgegangen werden.

Im Gantprozeß von 1616 Th. II Art. 5 wird der Liedlohn unter den bevorzugten Gläubigern an dritter Stelle lozirt und ist darunter auch begriffen, was ein gebingter gebrödeter Diener oder Gehalt bei seiner Herrschaft zu fordern hat.

In der ältesten deutschen Rechtsprache wurden die Ausdrücke: „Liedlohn“ (lidlön) d. h. Lohn der Liten, Razzen, Hörigen, und „gebrödeten Diener“ (gebrotten diener) nur vom Hausgesinde gebraucht und ließ ihre Entstehung sogar auf ein

Neue Folge XIII. Band.

Hörigkeitsverhältniß schließen; s. Jaf. Grimm, Rechtsalterthümer S. 318 und 358 (vgl. auch S. 305, 39).

Aus den Anmerkungen des Bar. v. Schmid zur fraglichen Gesetzesstelle geht nun zwar hervor, daß das bayerische Gesetz eine Beschränkung auf das Hausgesinde nicht im Sinne hatte; allein zugleich ist bestimmt und unzweideutig ausgesprochen, daß unter „geerbter Diener“ nur die niederen Bediensteten und zwar solche, welche von der Dienstherrschaft beköstigt werden und zu deren Haushalte gehören, zu verstehen sind.

Den inneren Grund für eine derartige Einschränkung des Privileges findet Bar. v. Schmid in verschiedenen Erwägungen, nämlich:

1) daß Privilegien an und für sich möglichst zu beschränken sind und die Rücksicht auf das Interesse der übrigen Gläubiger es erheischt, nicht übermäßig großen Forderungen den Vorrang einzuräumen;

2) daß höhere Bedienstete sich durch Dienstverträge sicher zu stellen pflegen oder wenigstens in Verschuldung sind, falls sie dies unterließen, während einem niederen Bediensteten, welcher zudem in einer gewissen Abhängigkeit vom Dienstherrn steht, nicht zuzumuthen ist, solche Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen;

3) daß aus Rücksicht für den Dienstherrn nur solche Diener besondere Berücksichtigung verdienen, welche ihm zur Führung seines Haushaltes oder Berufsgeschäftes nothwendig sind, nicht aber auch solche, welche er nur aus Egoismus oder zu Spekulationszwecken hält;

4) daß andererseits Rücksichten der Humanität

dafür sprechen, solchen Dienern einen Vorrang einzuräumen, welche ihren Lebensunterhalt präsumtiv allein in ihrem Arbeitsverdienste (*cujus defraudatio in coelum clamat*) finden, nicht aber auch solchen, welche ein hohes Einkommen haben und sich hie und da besser stellen als der Herr selbst.

Um nun im Geiste dieser Erwägungen das Richtige möglichst zu treffen und für den Richter ein in die Augen springendes Unterscheidungsmerkmal zu geben, fand es der Gesetzgeber geeignet, jene Diener für privilegiert zu erklären, welche im Brode des Herrn stehen, weil

1) ein solches Verhältniß fast immer nur bei den geringer gesoldeten, niedrigeren Bediensteten vorkommen pflegt, und weil

2) bei einem Diener, welcher Kost und Wohnung in Natur erhält, der Geldlohn nur ein verhältnißmäßig niederer sein kann.

Daß die Naturalverköstigung des Dieners ein wesentliches Merkmal des Begriffes eines gebrödeten Dieners sein sollte, geht aus allen Äußerungen des Bar. v. Schmid klar hervor.

So wird die Frage, ob Handwerker, welche keinen Stoff, sondern bloß Arbeit liefern, als gebrödete Diener zu betrachten seien, dahin beantwortet, daß sie diese Eigenschaft nur beanspruchen könnten, wenn sie in der Wohnung des Herrn, d. h. auf der Stör arbeiteten, „weil die Störer ihren Dienst im Brode des Herrn, *mensa et pane domini contenti*, verrichteten.“

Ebenso wird die Entscheidung, daß Notare, Procuratoren, Gutsverwalter, Braumeister und Faktoren der Kaufleute nicht als gebrödete Diener zu betrachten seien, damit begründet, daß sie ihren Lohn nicht im Brode des Herrn zu verdienen pflegten, *quia proprio suo pane ac loco vi-*

vant, a domini domo et familia sejuncti et separati sint.

Bezüglich der Güterverwalter wird weitergehend erklärt, daß sie sogar dann nicht jene Eigenschaft hätten, wenn sie zufällig Kost und Wohnung gleich anderen Dienstboten vom Herrn bezögen, weil sie die Vorgesetzten der Diener seien und also nicht selbst zur Dienerschaft gerechnet werden könnten.

Diese Auffassung des Privileges für den Liedlohn stimmt im Wesentlichen mit der bestehenden Praxis des gemeinen Rechtes überein (s. Thibaut, Band. §. 808, Seuffert, Arch. Bd. III Nr. 309) und die weiter gehende Ansicht von Schweppe hat daher nach bayerischem Landrechte keine Berechtigung.

Die Gerichtsordnung von 1753 Kap. XX §. 4 hat nun ganz die besagten Bestimmungen des Gantebistes wiederholt und sie, was sehr wichtig ist, aus den Erläuterungen des B. v. Schmid, dessen Ansichten sie sich also vollständig aneignete, ergänzt. Kreittmahr sagt daher, was die Gerichtsordnung hier bestimme, sei durchgehend aus dem bayer. Gantprozeß Tit. II Art. 5 und den hierüber gemachten B. Schmid'schen Erinnerungen genommen.

Bei dieser Sachlage kann es nicht im mindesten zweifelhaft sein, daß der Begriff eines gebrödeten Dieners unter der Herrschaft der Gerichtsordnung ganz der nämliche geblieben ist, wie er der Ansicht des B. v. Schmid gemäß durch das Gantebist festgestellt worden war.

Kreittmahr berichtet zwar die Bemerkungen, welche v. Schmid bezüglich der Braumeister macht, allein nur aus faktischen Gründen, indem er hervorhebt, daß allerdings thatsächlich die meisten Braumeister gleich anderen gebrödeten Dienstboten

die Kost und Wohnung zu genießen haben und folglich unter die Domestiken zu rechnen seien. Gerade diese Bemerkung liefert den klaren Beweis, daß rechtlich nichts geändert werden sollte.

Wenn Werth darauf gelegt werden will, daß in der Gerichtsordnung neben den gebrödeten Dienern auch noch die Tagelöhner und die Handwerker, welche auf der Stör arbeiten, aufgeführt sind und darauf hingewiesen wird, daß ja diese Arbeiter gewöhnlich nicht im Brode des Herrn standen, so möchte aus dem Umstande, daß diese beiden Klassen von Arbeitern noch besonders aufgezählt sind, gerade umgekehrt zu folgern sein, daß bei ihnen theilweise andere Gesichtspunkte maßgebend seien. Eher möchte Grund gegeben sein, aus der Qualität dieser Personen einen Rückschluß auf die Qualität eines gebrödeten Dieners im Sinne der Gerichtsordnung zu machen und ferner die Frage aufzuwerfen, ob derjenige Gesetzgeber, welcher einen Handwerker bloß deshalb vom Privilege ausschließt, weil er die nämliche Arbeit im eigenen Hause, nicht aber im Hause des Arbeitgebers verrichtet hat, gegen einen hochbesoldeten Geschäftsführer, welcher nicht im Brode des Herrn steht, sondern seinen eigenen Haushalt hat, nachsichtiger sein sollte? —

Geht man nun auf die Prioritätsordnung von 1822 über, so bedient sich dieselbe im Wesentlichen der nämlichen Ausdrücke, wie jene älteren Gesetze, indem sie vom Liedlohne der gebrödeten Diener spricht, und da weder in den Motiven des bezüglichen Gesetzentwurfes noch bei der Diskussion des Gesetzes fraglichen Worten ein anderer Sinn gegeben oder die Absicht einer Aenderung an den Tag gelegt wurde, so müssen dieselben nothwendig im nämlichen Sinne aufgefaßt werden, wie sie das

damals bestehende Recht aufsaßte. Man muß um so sicherer zu dieser Annahme gelangen, wenn man weiter erwägt:

a) daß das Bestreben des neuen Gesetzes schon mit Rücksicht auf den hypothekarischen Kredit, dessen Hebung ihm so sehr am Herzen lag, auf Minderung der Privilegien gerichtet war, wie denn eine Reihe von Forderungen unter die gewöhnlichen eingereiht wurden, denen die Gerichtsordnung ein Privileg verliehen hatte;

b) daß überhaupt Privilegien einschränkend zu erklären sind und

c) daß man den veralteten Ausdruck „verbrödeter Diener“ sicher nicht gebraucht haben würde, wenn man nicht den damit verbundenen besonderen Sinn hätte anerkennen wollen.

Wenn nun demgemäß der Wille des Gesetzgebers außer Zweifel steht, so dürfte es eigentlich unnöthig sein, nach weiteren Gründen zur Auslegung zu suchen; allein faßt man fragliche Gesetzesstelle auch nur für sich allein in's Auge und sucht sie ohne Rücksicht auf ihre Entstehungsgeschichte zu erklären, so kommt man doch im Wesentlichen zum nämlichen Resultate. Schon die Ausdrücke „Liedlohn“ und „gebrödeter Diener“, nach dem Sinne, wie sie im gewöhnlichen Leben genommen werden, deuten dahin, daß das Gesetz nur niedere Bedienstete im Auge hatte, denn z. B. bei einem Gutsverwalter oder Geschäftsführer einer Fabrik pflegt man nicht von einem „Liedlohn“ zu sprechen noch pflegt man solche Leute „Diener“ zu nennen und sie zur Dienerschaft zu zählen.

Der Beisatz „gebrödet“ darf auch unmöglich für gleichgiltig und nichtsagend betrachtet werden; dieß würde er aber sein, wenn man unter verbrödeten Dienern auch jene Diener verstehen wollte,

welche ihr Brod d. h. ihre Kost nicht in Natur, sondern indirekt, im Lohne, vom Dienstherrn beziehen; denn in diesem Sinne wäre wohl jeder Diener „verbrödet“, da Niemand ohne Nahrung lebt.

Hiermit wäre offenbar jede Schranke aufgehoben, jede Grenze verwischt und müßten z. B. auch die Gutsherrn als „verbrödete Diener“ gelten, von denen doch die Gerichtsordnung ausdrücklich erklärt, daß sie es nicht seien.

Frägt man schließlich nach dem Geiste des Gesetzes, so lassen sich sehr triftige Gründe dafür anführen, warum der Gesetzgeber in diesem Sinne verfügt, beziehungsweise daß in diesem Sinne Verfügungen beibehalten hat.

Jene Erwägungen des B. v. Schmid hatten auch im Jahre 1822 noch ihre volle Berechtigung und sie werden noch verstärkt durch den höheren Werth, welchen die neuere Gesetzgebung auf Sicherung der Hypotheken legt, und durch den Umstand, daß es jetzt nicht mehr, wie früher gestattet ist, für den Fall eines Uebermaßes an Dienerschaft die Reduktion der Gehalte eintreten zu lassen.

Offenbar müßte es den hypothekarischen Kredit in hohem Grade gefährden, wenn die Bediensteten jeder Art, welche ein leichtsinniger Spekulant in der Absicht, durch schwunghaften Geschäftsbetrieb den drohenden Ruin abzuwenden, etwa bestellt hat, mit ihren sämtlichen Ansprüchen den übrigen Gläubigern vorgingen.

Unter Umständen könnten die Hypotheken geradezu gegenstandslos werden.

Vorstehenden Erörterungen gemäß steht nun fest, daß nicht alle jene Personen, welche ihren

ganzen Lebensunterhalt präsumtiv aus einem Dienstverhältnisse schöpfen, den Vorrang für ihre Lohnforderungen beanspruchen können, daß vielmehr ein Unterschied zu machen ist zwischen höheren und niederen Bediensteten und daß Unterscheidungsmerkmal, welches den Richter zu leiten und Willkür zu verhüten bestimmt, darin zu finden ist, daß der Diener im Brode des Herrn stehen muß, um des gesetzlichen Vorranges zu genießen.

Demnach kommt dieser Vorrang allerdings nicht bloß den eigentlichen Dienstboten (dem Hausgesinde) zu gut, sondern auch Hauslehrer, Buchhalter und sonstige Bedienstete, welche in ähnlicher Beziehung zum Haushalte des Dienstherrn stehen, wie Dienstboten, nehmen daran Theil; immer aber muß an dem Erfordernisse der Naturalverköstigung festgehalten werden.

Schließlich ist dem Einwande zu begegnen, daß die fragliche Unterscheidung auf die jetzigen Verhältnisse nicht passe, da die Beziehungen zwischen Dienstherrn und Arbeitern jetzt vielfach anders geregelt würden, als in früherer Zeit. Allein hierin wäre höchstens ein Grund zu finden, das Gesetz zu ändern und andere Unterscheidungsmerkmale zu suchen, keinesfalls aber sich willkürlich über das Gesetz hinwegzusetzen. — —

Vorstehende Erörterung ist entnommen aus einem OAGErk. v. 21. Juli 1868 Nr. 640.

Rm.

**Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern
rechts des Rheins.****1.**

Kondizirung des aus einem nichtigen Geschäfte Gegebenen.

G. E. hatte, wie er behauptet, dem M. L. und dem A. S. zwei Grundstücke um 2300 fl. abgekauft, wobei festgesetzt wurde, daß der ganze Kaufschilling an den Mitverkäufer M. L. zu entrichten sei.

Dieser Kauf gelangte in Ermangelung notarieller Beurkundung nicht zur Perfektion und nun verlangte G. E. von A. S. den Ersatz von 1150 fl., weil er den ganzen Kaufschilling von 2300 fl. an M. L. bezahlt habe, und von A. S. beauftragt gewesen sei, auch dessen Antheil an den M. L. zu entrichten.

Von der ersten Instanz wurde dem Kläger der Beweis freigelassen, daß er vom Beklagten beauftragt gewesen sei, dessen halben Antheil am Kaufpreise an M. L. zu bezahlen. Bei diesem Beweissage wurde es, nachdem ihn die zweite Instanz abgestrichen hatte, vom obersten Gerichtshofe belassen, wozu angeführt wurde:

Da der Kaufvertrag wegen Mangels notarieller Beurkundung nichtig ist, so ist selbstverständlich auch die Verabredung, welche über die Zahlung des Kaufschillings bei Gelegenheit des Kaufvertragsabschlusses getroffen wurde, gleich dem Hauptvertrage ungiltig.

Insoferne also die Klage auf die beim Kaufe getroffene Uebereinkunft gestützt ist, erscheint sie unbegründet. Allein der Kläger hat seinen Anspruch

gegen den Beklagten auf Rückzahlung der Hälfte des an M. L. gezahlten Kauffchillinge zu 2300 fl. auch auf die dem Beklagten zugegangene Bereicherung gestützt, und unter anderem auch durch die Behauptung zu begründen gesucht, daß er auch mit Wissen und Willen und im Auftrage des Beklagten den für die erwähnten Realitäten bestimmten Kaufpreis zu 2300 fl. an M. L. gezahlt habe.

Die von dem Kläger eventuell gestellte Klage ist demnach die *condictio sine causa*, welche insbesondere auch dazu dient, um dasjenige zurückzufordern, was zur Erfüllung eines nichtigen Geschäftes gegeben wurde.

Hat nun der Kläger, wie behauptet wurde, von dem Beklagten wirklich den Auftrag erhalten, dessen halben Antheil am Kauffchillinge an M. L. zu bezahlen, so ist er ebenso verpflichtet, den Rückersaß der vom Kläger ohne Rechtsgrund geleisteten und von M. L. für den Beklagten angenommenen Zahlung zu leisten, als wenn Kläger an ihn selbst bezahlt hätte.

DAGE. v. 18. Mai 1868 Nr. 357.

Nachschrift des Einsenders. Fast will es scheinen, daß Kläger die Behauptung des ihm vom Beklagten ertheilten Auftrages, dessen Antheil an M. L. zu bezahlen, lediglich aus der bemerkten Kaufsverabredung entlehnt habe.

Wenn aber auch ein solcher Auftrag in späterer Zeit ertheilt, und nun die Sache vom Kläger als besonderer Mandatsvertrag aufgefaßt wurde, so bürgt doch nichts dafür, daß Beklagter hiebei nicht eine bloße Bezugnahme auf die Kaufsverabredung, nicht eine bloß wiederholende Hinweisung auf dieselbe, sondern ein neues Rechtsgeschäft im Sinne gehabt habe.

In diesen beiden Fällen wäre aber, wie aus

den oberstrichterlichen Gründen von selbst erhellt, die Kondition in der Richtung gegen A. S. nicht begründet.

Nimmt man jedoch an, daß Kläger und Beklagter nach der Kaufverabredung einen besonderen Mandatsvertrag abgeschlossen haben, so entsteht die Frage, ob nicht dieses Geschäft, da es nur in Folge der Kaufverabredung und nur zum Vollzuge derselben zu Stande gekommen, gleichfalls nichtig wäre?

Nach fr. 178 de reg. jur. (50, 17) scheint diese Frage bejaht werden zu sollen, wonach also die Kondition nur gegen M. L. als den Empfänger, und nur unter der Voraussetzung, daß dieser die Hälfte der empfangenen Summe dem A. S. wirklich gutgemacht hätte, gegen diesen gerichtet werden könnte.

Er sieht man aber in jenem Mandatsvertrage ein den Beklagten verbindendes Geschäft, so kann dieser wie ein wirklicher Empfänger doch nur dann angesehen werden, wenn der Kläger den ihm erteilten Auftrag auch gehörig erfüllt, d. h. an M. L. den ganzen Kaufschilling nicht bloß überhaupt bezahlt, sondern auch ausdrücklich beigefügt hat, daß die Hälfte desselben für A. S. erlegt werde.

Ohne solche ausdrückliche Bestimmung hätte nämlich M. L. nur annehmen können, daß ihm in Gemäßheit der Kaufverabredung bezahlt werde, und er wäre demnach berechtigt gewesen, über das empfangene Geld nach Maßgabe der zwischen ihm und A. S. bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse zu verfügen. Letztere konnten aber von der Art sein, daß dem A. S. nur ein geringerer als halber Antheil, ja daß ihm vom Kaufschillinge gar nichts mehr gebührte, wogegen sich Kläger auf die für Gleichheit der Antheile streitende Rechtsvermuthung sicher nicht berufen könnte, da es sich bei ihm um Erfüllung eines bestimmten Auftrages handelte.

Es kann demnach, wenn die Summe von 1150 fl. nicht ausdrücklich für A. S. erlegt und für diesen von M. L. vereinnahmt wurde, eine Bereicherung des A. S. mit Bestimmtheit nicht ersehen, folglich auch die Kondition in der Richtung gegen diesen nicht als begründet angenommen werden.
Rm.

2.

Eigenthumsvorbehalt und Hypothekbestellung.

(Bl. f. RA. Bd. IV S. 319, Bd. XIII S. 223, Bd. XVIII S. 153.)

Laut Vertrages vom 3. Oktober 1865 hat sich F. G. auf dem von ihm an A. G. verkauften Anwesen bezüglich eines Kaufschillingbetrages von 3000 fl. das Eigenthum vorbehalten und zugleich für einen weiteren Kaufschillingbetrag von 2086 fl. Hypothek auf demselben Anwesen stipulirt. Am 20. Oktober 1865 wurde der Käufer A. G. als Besitzer im Hypothekenbuche eingetragen und wurde dort in der II. Rubrik zugleich vorgetragen, daß F. G. sich bis zur Bezahlung von 3000 fl. das Eigenthum vorbehalten habe und der Käufer das Anwesen weder veräußern noch verpfänden dürfe. Auf den Grund dieses Verhältnisses verlangte F. G. in der Gant des A. G. die Zuerkennung des Separationsrechtes bezüglich dieser 3000 fl., wurde jedoch oberstrichterlich abgewiesen. In den Gründen wird gesagt:

Es ist eine bestrittene Frage, ob nach den Bestimmungen des bayerischen Hypothekengesetzes und bzw. der Prioritätsordnung ein solcher Vorbehalt regelmäßig die Wirkung habe, den Eigenthumsübergang auf den Käufer zu suspendiren und dem Ver-

käufer daher für den Fall der Nichtbezahlung des Kauffchillinges das Separationsrecht im Konkurse zu verleihen, oder ob dessen Wirkung sich auf eine Beschränkung der Disposition des Käufers bezüglich weiterer Veräußerung und Verpfändung reduziere.

Hier braucht jedoch auf eine Erörterung dieser Streitfrage nicht eingegangen zu werden; denn dieser Vorbehalt steht hier nicht allein, sondern es wurde dem Verkäufer vom Käufer auch noch eine Hypothek für einen Theil des Kauffchillinges auf dem verkauften Anwesen stipulirt. Dieß läßt mit Sicherheit annehmen, daß die Kontrahenten nur einen Eigenthumsvorbehalt im letzteren Sinne, nämlich in dem einer einfachen Dispositionsbeschränkung, festsetzen wollten. Nach der allgemeinen Bestimmung des *fr. 45 pr. de div. reg. jur. (neque pignus rei suae consistere potest)* kann Niemand an einer eigenen Sache ein Pfandrecht haben; unter die Ausnahmefälle, von welchen in der Revisionsschrift (unter Berufung auf Windscheid, *Pand.-R. Bd. I §. 248 Note 27*) die Rede ist, kann das vorliegende Rechtsverhältniß nicht gerechnet werden. Denn dort ist ein Pfandrecht eigenthümlicher Art in Frage, welches dem Eigenthümer das negative Recht gibt, Andere von der Befriedigung aus einem bestimmten Theile der betreffenden Sache auszuschließen. Hier handelt es sich um eine durch eine gewöhnliche Hypothek gesicherte Forderung an den neuen Erwerber der verpfändeten Sache, an welchen der Eigenthumsbesitz übertragen worden ist. Eben so unrichtig ist die revidentische Behauptung, die Verpfändung habe hier nur eine eventuelle Bedeutung, nämlich nur für den Fall, daß der Verpfänder in Zukunft das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerben sollte. Von einer solchen Eventualität ist weder im Vertrage vom 3. Okt. 1865

noch in dem darauf gebauten Hypothekenbucheintrag die Rede.

An dem oben erwähnten Grundsatz des gemeinen Rechtes hat auch das bayerische Hypothekengesetz festgehalten, indem es in §. 1 unter den Begriffsmerkmalen einer Hypothek als Object einer solchen eine fremde unbewegliche Sache auführt. Das Gesetz hat auch an keiner Stelle, wo vom Eigenthumsvorbehalte die Rede ist — §. 5 Abs. 1, §. 15 Abs. 2, §. 99 Ziff. 2, §. 137 — die Zulässigkeit einer Hypothek an der eigenen Sache auch nur angedeutet, es sagt überhaupt den Eigenthumsvorbehalt, der beim Verkaufe einer Sache zur Sicherung des Kaufschillinges stipulirt wurde, lediglich als Sicherungsmittel und Dispositionsbeschränkung auf, nicht aber als Hinderniß des Eigenthumsüberganges an den Käufer (Gönnert Komm. Bd. I S. 127 ff., S. 226). Die Argumentation der Revisionschrift, daß, wenn das Hypothekengesetz dem Eigenthumsvorbehalte nur die Wirkung einer Dispositionsbeschränkung hätte beilegen wollen, es die Eintragung desselben in der II. Rubrik hätte verbieten müssen, weil es keinen Sinn habe, auf der einen Seite den Eintrag des vorbehaltenen Eigenthumes zu gestatten, und auf der anderen Seite zu bestimmen, daß durch diesen Eintrag die Rechte des Eigenthumes nicht vorbehalten würden, ist falsch. Denn die Dispositionsbeschränkungen sind nach §. 136 Ziff. 4 des Hyp.-Ges. in die II. Rubrik des Hyp.-Buches einzutragen, und es kann kein Widerspruch darin gefunden werden, einem Eigenthumsvorbehalte zu Gunsten des früheren Besitzers, welcher nur die Bedeutung hat, dem neuen Erwerber einzelne der mit dem Eigenthume verknüpften Rechte temporär zu entziehen, die Wirkung der Suspension aller Eigenthumsrechte zu versagen.

Mit Unrecht bezieht sich ferner Revident auf den §. 24 der Instr. zum Hypothekengesetze; dieser spricht vielmehr zu Ungunsten des Revidenten; denn er faßt den bei Verkäufen zur Sicherung des Kaufschillinges stipulirten Eigenthumsvorbehalt lediglich als Dispositionsbeschränkung bezüglich weiterer Verpfändungen auf und dies ist der Grund, weshalb er die gleichzeitige Einschreibung einer Hypothek anordnet.

Nach der bisherigen Erörterung ist demnach nicht zu bezweifeln, daß die Kontrahenten im Vertrage vom 3. Okt. 1865 bei Stipulirung des kritischen Eigenthumsvorbehaltes in Verbindung mit der gleichzeitigen Konstituierung einer Hypothek nichts Anderes im Sinne hatten, als die Schaffung einer Dispositionsbeschränkung bezüglich späterer Veräußerungen oder Verpfändungen, wonach also der Separationsanspruch als ungegründet erscheinen muß.

DAÖGrf. v. 8. Juni 1868 RNr. 367.

Rm.

3.

Vertragsmäßige Verpflichtung zur notariellen Beurkundung eines vor einem Gerichte als Vermittlungsamte abgeschlossenen Vergleiches.

Oberstrichterliche Gründe sagen hierüber:

In der Revision wird auszuführen gesucht, daß der fragliche Vergleich, weil er von einem Zivilrichter protokolliert worden ist, alle Wirkungen eines gerichtlichen Vergleiches habe und nach Art. 12 des Ger.-Verf.-Ges. vom 1. Juli 1856

einem rechtskräftigen Urtheile gleichstehe, aus welchem sofort auf Exekution angerufen werden könne. Allein diese Ausführung ist deshalb nicht richtig, weil durch rechtskräftiges Erkenntniß bereits feststeht, daß der am 22. November 1865 vor dem l. Landgerichte L. abgeschlossene Vergleich nicht vor dem zuständigen Prozeßrichter oder dem durch Prorogation begründeten Prozeßgerichte errichtet worden ist. Diesem nur vor einem Vermittlungsamte errichteten Vergleiche steht aber die rechtliche Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches, d. h. eines rechtskräftigen Erkenntnisses, nicht zu, sondern er hat nur die Kraft eines außergerichtlichen Uebereinkommens.

Dieses außergerichtliche Uebereinkommen hatte aber ein Immobile zum Gegenstande, weshalb nach Art. 14 des Notariatsgesetzes zu dessen Giltigkeit die notarielle Beurkundung des Vergleiches nothwendig war.

Zu dieser notariellen Beurkundung des Vergleiches hatten sich beide Theile in dem Protokolle vom 22. November 1865 ausdrücklich verpflichtet. Da diese jedoch nicht erfolgt ist, so ist dieser außergerichtliche Vergleich niemals rechtswirksam geworden und kann aus demselben eine Einrede gegen den Klagsanspruch nicht abgeleitet werden.

DAZ. v. 3. Juli 1868 Nr. 522.

Rm.

Beilage zu Nr. 9 des Bandes XXXIII der Blätter für Rechtsanwendung.

Der Rechtsbestand der fürstlich Thurn und Taxis'schen Gerichte zu Regensburg in einem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse anerkannt.

Vgl. Bd. XXXII S. 165 und Beil. zu Nr. 26.

Das f. Oberappellationsgericht hat in einem Erkenntnisse vom 11. Jan. 1867 (a. a. O. S. 165) den faktischen Fortbestand der Civilgerichte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis zu Regensburg für ungesetzlich erklärt¹⁾. Eine gleiche Entscheidung erfolgte von Seite des f. Bezirksgerichtes Regensburg am 13. Dez. 1867, als einer persönlichen Klage, welche gegen einen in Regensburg domicilirenden Diener des genannten Herrn Fürsten bei dem Bezirksgerichte angebracht worden war, die Einrede des unzuständigen Gerichtes entgegengesetzt wurde.

Auf Berufung des Beklagten hat aber das zuständige Appellationsgericht durch Erkenntniß vom 20. März 1868 unter Abänderung des bezirksgerichtlichen Bescheides die gerichtssablehnende Einrede aus nachstehenden Motiven für begründet erklärt:

„Der Beklagte bekämpft den Ausspruch unter Ziff. I des vom f. Bezirksgerichte Regensburg am 13. Dez. v. J. erlassenen Bescheides aus dem Grunde, weil er mit seiner Einrede des unzuständigen Gerichtes nicht gehört, sondern zur Streits-einlassung verurtheilt wurde.

Die gerichtssablehnende Einrede des Beklagten kann aber ungeachtet der vom Erstrichter dagegen geltend gemachten Gründe nicht für verwerflich er-

¹⁾ Aus den gleichen Gründen, wie im oben angeführten Erkenntnisse, hat der oberste Gerichtshof ebenso erkannt am 4. Febr. 1868 (Nr. 1106⁶⁶ | 67). Anm. des Herausgebers.

achtet werden. Zweifellos und notorisch ist es, daß die fürstlich Taxis'schen Civilgerichte zur Ausübung der Civiljurisdiction über die fürstlichen Bediensteten und deren Hausgenossen, wie sie dem Herrn Fürsten von Thurn und Taxis vom Fürsten Primas als damaligem Landesherrn zu Regensburg durch Urkunde vom 27. Dez. 1806 verliehen und nach dem Uebergange dieser Stadt an die Krone Bayern durch allerhöchste k. Deklaration vom 27. März 1812 bestätigt und geregelt worden war, auch seit dem 1. Juli 1862 wie früher, nur mit veränderter, den Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 10. Nov. 1861 entsprechender Organisation fortbestehen und ihr Amt bis zur Stellung der gegenständigen Klage von keiner Seite beanstandet ausgeübt haben.

Daß diese Gerichte aber nicht von Unrechts wegen bestehen, sondern zur Ausübung der Jurisdiction in dem früheren Umfange berechtigt seien, muß zuverlässig vermuthet werden, da die Staatsregierung, weit entfernt, die dem Herrn Fürsten verliehene Gerichtsbarkeit einzuziehen, deren Ausübung auch nach dem 1. Juli 1862 ausdrücklich genehmigt hat, er also in deren Besitze sich befindet.

Sodernne übrigens die Kompetenzprüfung in vorliegender Streitsache nicht auf die Erwägung, ob der Beklagte wirklich unter die, kraft der erwähnten Verleihungsurkunden, der fürstlichen Jurisdiction untergebenen Personen zähle oder nicht oder ob nicht eine (wie die Ehe-, Handels- und Vergrechtsstreitigkeiten) besonders organisirten Spezialgerichten zugewiesene Sache vorliege, sich zu beschränken, sondern auch auf die Untersuchung der Frage zu erstrecken haben sollte, ob die thatsächlich und mit Wissen und Genehmigung der Staatsregierung mit ihrem früheren Wirkungskreise fortbestehenden fürstlichen Gerichte nicht rechtlich zu bestehen aufgehört

haben und gesetzlich aufgehoben seien, so stehen einer Bejahung dieser Frage immerhin überwiegende Bedenken entgegen.

Gewiß ist, daß die vom Herrn Fürsten von Thurn und Taxis über seine Bediensteten und deren Hausgenossen ausgeübte Civilgerichtsbarkeit weder als standes- noch als gutherrliche angesehen werden kann. Die gutherrliche Gerichtsbarkeit hatte einen adeligen Gutsbezirk und ein Grundbarkeitsverhältniß der Gerichtsholden zum Gerichtsherrn zur Voraussetzung; die standesherrliche Jurisdiktion war den mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren in ihrem früheren Gebiete über ihre ehemaligen Unterthanen reservirt worden.

Ihrer Entstehung und Natur nach von beiden verschieden ist die fragliche Civilgerichtsbarkeit des Herrn Fürsten von Taxis. Dem Fürsten Karl Alexander, welcher die Jurisdiktion über seine Hofbediensteten zu Regensburg als Prinzipalkommissarius am Reichstage kraft des den Gesandten zustehenden Exterritorialrechtes ausgeübt hatte, wurde, nachdem in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 Regensburg seine Reichsunmittelbarkeit verloren hatte und mit den Besitzungen des dortigen Hochstiftes als Entschädigung für das abgetretene Großherzogthum Toskana dem Fürsten Primas und Erzkanzler zugefallen war, von diesem nunmehrigen Landesherrn der genannten Stadt der Fortgenuß jener Jurisdiktionsrechte das für zugestanden, daß er, damals noch ein reichsständischer vom Fürsten Primas unabhängiger Fürst, der seinen Hof und die oberste Verwaltung seiner Domanalgüter und Posten auf eine seiner Besitzungen oder in ein anderes Staatsgebiet hätte verlegen können, seinen Aufenthalt und seine Hofhaltung in Regensburg fortzusetzen beschloß.

Gleichfalls mit Rücksicht auf diesen Aufenthalt

wurde ihm, als er in Folge der Rheinbundsakte vom 12. Juli 1806 mit seinen an der Nordseite des Herzogthumes Neuburg gelegenen Besitzungen der königl. bayerischen Souverainität subjugirt worden und Regensburg durch den Vertrag mit Frankreich vom 28. Febr. 1810 an die Krone Bayern übergegangen war, die fragliche Civilgerichtsbarkeit auch vom neuen Souverain bestätigt. Er verdanke sie daher nicht dem Besitze seiner Standesherrschaften; sie erstreckte sich nicht auf Grundholden oder vormalige Gutshinterthanen, — sie wurde ihm vom Landesherrn der durch das Aufhören des Reichstages schwer geschädigten Stadt Regensburg als Entgelt für seine Niederlassung daselbst mit seinem Hofe und seinen obersten Verwaltungsbehörden und für die der Stadt dadurch zugehenden vielfachen Vortheile verliehen, und zwar lediglich über seine Bediensteten und ihre Hausgenossen, deren Aufenthalt in Regensburg von seiner Niederlassung daselbst abhing und welche dadurch, daß sie in seine Dienste traten, freiwillig seiner Jurisdiktion sich unterwarfen.

Während daher die staatsrechtlichen Verhältnisse, die Vorzüge und Rechte des Herrn Fürsten von Thurn und Taxis als Standesherrn und insbesondere seine Jurisdiktionsrechte auf seinen Besitzungen, gleich denen der übrigen mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren, durch die allerhöchste k. Deklaration vom 19. März 1807 geregelt wurden, wurden die Rechte und Verfügungen, welche in Rücksicht auf sein Domizil in der Stadt Regensburg ihm und seiner Dienerschaft zustehen sollten, insbesondere auch seine Jurisdiktionsrechte über letztere durch eine eigene allerhöchste Deklaration vom 27. März 1812 näher bestimmt, woraus sich klar ergibt, daß es sich hier um keine standes- oder gutsherrliche, sondern um eine besondere Gerichtsbarkeit handelt, welche dem

Herrn Fürsten vom Landesherrn durch ein privilegium conventionale außer seinen Besitztungen über sein Dienstpersonal verliehen worden ist.

Abgesehen nun von der Frage, ob dieses vom Regenten nicht dem Fürsten Karl Alexander für seine Person, sondern nach dem ganzen Inhalte der Deklaration vom 27. März 1812, gleich den übrigen, durch die Deklaration vom 19. März 1807 gewährten Vorzügen und Rechten als Haupt des fürstlichen Hauses für eine Gegenleistung zugestandene Privilegium widerrufen werden konnte, so ist jedenfalls gewiß, daß dasselbe bis jetzt in der That nicht widerrufen, daß die fürstliche Gerichtsbarkeit weder von der Staatsregierung eingezogen, noch gesetzlich aufgehoben worden ist.

Obgleich die Verfassungsurkunde von 1818 unter den einzelnen Staatsangehörigen und Ständeklassen zugesicherten Vorzügen und Rechten (Tit. V mit Beil. IV und VI) nur die oben näher qualifizierte Ständes- und gutherrliche Gerichtsbarkeit, nicht auch die dem Herrn Fürsten von Taxis noch speziell eingeräumte anführt und im Tit. VIII §. 1 bestimmt, daß die Gerichtsbarkeit vom Könige ausgehe, wurden die fürstlichen Gerichte zu Regensburg auch seit 1818 ungehindert in ihrer bisherigen Wirksamkeit belassen und als gegen die rechtliche Gültigkeit dieses Fortbestehens nach dem Tode des Fürsten Karl Alexander Zweifel angeregt und der allerhöchsten königlichen Entscheidung unterstellt wurden, erfolgte am 26. Nov. 1830 allerhöchste Entscheidung dahin, daß Seine Majestät der König keinen Grund fänden, die Deklaration vom 27. März 1812 für ungiltig oder aufgehoben zu erachten, wonach sich von selbst verstehe, daß die fürstlichen Gerichte fortzubestehen haben, — ein sicherer Beweis, daß von der Staatsregierung diese Jurisdiktion als dem fürstlichen Hause aus einem Privatrechts-

titel, neben der ständes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit auf seinen ehemaligen Besitzungen und den erworbenen adeligen Gütern, zustehend anerkannt wurde.

Eben aber, weil sie von der ständes- und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit völlig verschieden ist und als eine auf einem Vertragsverhältnisse zum Landesherrn beruhende Privatgerichtsbarkeit sich darstellt, konnte sie auch durch die Bestimmung im Art. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1848, wonach die ständes- und gutsherrliche Gerichtsbarkeit auf den Staat überzugehen hatte, nicht betroffen werden. Sie wurde auch thatsächlich nicht davon berührt; durch höchstes Justizministerial-Reskript vom 18. November 1848 wurde vielmehr angeordnet, daß die fürstlichen Civilgerichte erster und zweiter Instanz nicht aufzulösen seien, sondern in ihrem bisherigen Wirkungskreise bis zu ihrer giltigen Aufhebung fortzubestehen haben, was auch vor dem 1. Juli 1862 geschah, ohne daß selbst vom obersten Gerichtshofe die Giltigkeit der Rechtsakte und Entscheidungen derselben in Widerspruch gezogen wurde.

Dieses Fortbestehen der fürstlichen Gerichtsbarkeit war um so mehr rechtlich begründet, als die im Regierungsblatte publicirte, mehrfach erwähnte Deklaration von 1812, wodurch sie bestätigt wurde, als ein Spezialgesetz erscheint, wodurch von der in dem organischen Edikte über die Gerichtsverfassung vom 24. Juli 1808 aufgestellten Regel, daß alle anderen Gerichtsbehörden außer den durch das Edikt geschaffenen oder bestätigten königlichen, ständes- und gutsherrlichen Gerichten aufhören sollten, wieder eine Ausnahme statuiert worden war und daher nach dem Rechtsgrundsatz, daß ein Spezialgesetz oder Privilegium durch ein folgendes Generalgesetz nicht aufgehoben werde, durch den im Gesetze vom 1. Juni 1848 ausgesprochenen Uebergang der stän-

deß: und gütsherrlichen Gerichtsbarkeit nicht außer Wirksamkeit gesetzt werden konnte.

Es läßt sich aber auch nicht annehmen, daß die Aufhebung der fürstlichen Gerichte in Regensburg durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. November 1861 erfolgt sei.

Zweck und Veranlassung dieses Gesetzes war nach seinem Gange die durch die Trennung der Verwaltung und Rechtspflege nothwendig gewordene Aenderung der Gerichtsverfassung durchzuführen. Da aber die Verwaltung mit der Rechtspflege überhaupt nur bei den k. Landgerichten, niemals bei den fürstlichen Gerichten in Regensburg vereinigt gewesen war, so leuchtet es ein, daß nur die Aenderungen in der Verfassung der königlichen Gerichte festgestellt wurden. Das Gesetz ordnet daher eben nur die Organisation und den Wirkungskreis der königl. Gerichte und zwar zunächst der künftig gleichgestellten Stadt- und Landgerichte, der Bezirksamte, deren Wirkungskreis verändert wurde, dann wegen der hiedurch bedingten Aenderungen im Instanzen- und Aufsichtsverhältnisse der k. Appellationsgerichte und des k. Oberappellationsgerichtes, endlich der für gewisse Spezialitäten von Rechtsstreitigkeiten bestimmten besonderen Gerichte. Der Art. 76 Abs. 1 des Gesetzes, welcher bestimmt, daß die dermal bestehenden allgemeinen, so wie die im Gesetze nicht ausdrücklich beibehaltenen besonderen Gerichte aufgehoben seien, kann daher nur auf die allgemeinen k. Gerichte, die durch die vom Gesetze geschaffenen neuen ersetzt wurden, und auf die für spezielle Rechtsachen bestimmten besonders zusammengesetzten Gerichte bezogen werden. Die in Frage stehenden fürstlichen Gerichte, welche der Kategorie solcher besonderen Gerichte nicht beigezählt werden können, weil die von ihnen behandelten Rechtsachen von denen, die den k. Unter- und Bezirksamten

zugewiesen sind, sich nicht unterscheiden, werden daher von der erwähnten Gesetzesbestimmung und überhaupt von diesem Gesetze nicht berührt.

Daß auf einem vertragmäßigen Privilegium beruhende Gerichtsbarkeitsrecht des fürstl. Hauses konnte nicht durch eine allgemeine, die Verfassung der f. Gerichte betreffende Gesetzesbestimmung, ohne daß auch nur die Unverträglichkeit dieses Rechtes mit dem öffentlichen Wohle mit einem Worte in Erwähnung gezogen worden wäre, sondern nur durch einen speziellen Ausspruch des Gesetzgebers unter gleichzeitiger Festsetzung der für die Einziehung zu leistenden Entschädigung eingezogen werden. Die einschlägigen Landtagsverhandlungen lassen auch nicht bezweifeln, daß der Gesetzgeber bei dem Erlasse des Gesetzes vom 10. November 1861 die Aufhebung der fürstlichen Gerichtsbarkeit wirklich nicht aussprechen wollte. Nicht nur machen die Motive zum Gesetzesentwurfe von dieser Aufhebung und ihrer Nothwendigkeit keine Erwähnung, sie wurde auch bei der Berathung des Gesetzes durch die Kammern nur in der Kammer der Reichsräthe und zwar in einem für den Fortbestand der fürstlichen Gerichtsbarkeit sprechenden Sinne angeregt, indem der Minister der Justiz auf die Interpellation eines Reichsrathes: ob unter den nach Art. 76 des Gesetzes aufzuhebenden Gerichten auch die fürstlichen in Regensburg zu verstehen seien? die Erklärung abgab, daß die fürstliche Gerichtsbarkeit, als auf der allerhöchsten Deklaration von 1812 beruhend, nach ihrer Entstehung und der Art ihrer Wirksamkeit vollständig von der durch das Gesetz von 1848 aufgehobenen standes- und gutherrlichen sich unterscheide und sonach unberührt von diesem Gesetze fortbestehe, welcher Erklärung er die weitere folgen ließ, daß es sich bezüglich des künftigen Fortbestandes dieser Gerichte vor Allem darum handle, ob sie eine Dr-

ganisation erhalten, welche es möglich mache, den Bestimmungen der jetzt der Berathung unterliegenden Gerichtsverfassung zu entsprechen, in welcher Beziehung von Seite der Staatsregierung Unterhandlungen angeknüpft seien.

Hienach sprach sich aber der eine Faktor der Gesetzgebung, die k. Staatsregierung, so deutlich als möglich dafür aus, daß der Art. 76 die fürstlichen Gerichte in Regensburg nicht berühre, und daß sie bei entsprechender Aenderung jener Organisation, nach Maßgabe der den k. Gerichten zu gebenden, ihren Fortbestand haben sollten. Wenn nun die erste Kammer unter dem Einflusse dieser Erklärung und ohne alle Einwendung dagegen den Art. 76 des Gesetzes genehmigte und auch in der II. Kammer weder bei der früheren Berathung des Art. 76, noch auch, nachdem der Gesetzesentwurf aus der Kammer der Reichsräthe zur nochmaligen Berathung zurückgelangt war, bei dieser eine Stimme für die Aufhebung der fürstl. Gerichte sich erhoben hat, so muß doch wohl angenommen werden, daß die drei Gesetzgebungsfaktoren über die Tragweite des Art. 76 im Sinne der Staatsregierung einverstanden waren und daß es keinesweges in deren Absicht lag, ein von dem Gesetze vom 4. Juni 1848 unberührt gebliebenes Ausnahmengesetz — die allerhöchste Deklaration von 1812 — ohne rechtsförmliche Initiative dazu und ohne Abstimmung der Kammern über die Nothwendigkeit und die für das eingezogene Recht zu gewährende Entschädigung bei dieser Gelegenheit zu beseitigen.

Da nun die fürstl. Civilgerichte I. und II. Instanz, wie die Bekanntmachung im Justizministerialblatte von 1863 S. 83 ergibt, die entsprechende Organisation erhalten haben, so läßt sich nach dem Erörterten immerhin nicht annehmen, daß sie von Rechtswegen nicht mehr bestehen; vielmehr muß sich

dafür ausgesprochen werden, daß von Seite der Gesetzgebung der entscheidende Schritt zu ihrer Auflösung noch nicht geschehen ist, wenn auch zugegeben werden muß, daß der für die Aufhebung der standes- und gütsherrlichen Jurisdiction bestandene Grund, — die Konsolidation aller Gerichtsbarkeit in den Händen des Staates — in nicht geringerem Maße auch bezüglich der dem fürstlich Taxish'schen Hause verliehenen exceptionellen Gerichtsbarkeit anwendbar gewesen wäre.

Sind aber diese Gerichte hienach zur Verhandlung und Verbescheidung gegen fürstl. Bedienstete gerichteter Klagen noch fortwährend berechtigt, so stellt sich die vom gegenwärtigen Beklagten, der zugegebenermaßen als fürstlich Thurn- und Taxish'scher Beamter angestellt ist und zu Regensburg domiciliert, der von der N. gestellten persönlichen Klage opponirte gerichtsab lehrende Einrede als begründet dar, und war demnach unter Abänderung des angefochtenen Bescheides auszusprechen: der Beklagte sei auf die Klage der N. vor dem k. Bezirksgerichte sich einzulassen, nicht schuldig.“

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868.

Samstag, den 9. Mai.

Nr. 1.

Umfassender Kommentar zum Wehrgesetz.

Ein solcher aus fachkundiger bewährter Feder unter
dem Titel

Gesetz vom 30. Januar 1868,
die

Mehrverfassung

betreffend.

Mit Erläuterungen

von

M. Stenglein,

I. Staatsanwalt

ist so eben im Erscheinen begriffen, um als Bestandtheil
der kommentirten „**Gesetzgebung Bayerns**“ wie
auch als besonderes Werk so rasch als möglich ausgege-
ben zu werden. Heft 1 (Preis 36 fr. rhn. oder 12 Rgr.)
liegt in jeder Buchhandlung auf.
Erlangen, den 7. Mai 1868.

Palm & Enke.

Bei **Mey & Widmayer in München** ist erschienen
und sowohl direkt als durch alle Buchhandlungen zu be-
ziehen:

Administrationskarte von Bayern von Heyberger
mit Zugrundelegung von Hammer's Bayern, voller
Farbendruck, 2 große Blätter. Preis in plano 2 fl.
24 fr. — aufgez. in eleg. Etui 3 fl. 36 fr. — aufge-
zogen auf Leinwand, gefirnißt und mit schwarzgeld. Stäben
4 fl. 24 fr.

Die Karte ist für jedes Bureau passend und ermöglicht
durch den Farbendruck das schnelle Auffinden jedes Be-
zirksgerichts u. und dürfte gewiß von allen königl. Aemtern,
Advokaten, Notaren u. willkommen heißen werden, da
noch keine ähnliche Karte des Landes vorhanden ist.

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Im Verlage der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung in Würzburg ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

PROTOKOLLE

der Kommission zur
Berathung eines
allgemeinen
deutschen

Handelsgesetzbuchs.

Im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. v. Lutz, k. k. Ministerialrath und erstem Sekretär der Kommission.

Beilagenband 8. Heft. Dasselbe enthält: die **sämmtlichen deutschen Einführungsgeetze mit Sachregistern.** 1867. 19 1/2 Bogen in Lex.: 8. Preis fl. 2. 20. oder Thlr. 1. 10. (Als Schluß des Ganzen erscheint noch ein ausführliches, **sämmtliche Bände und Beilagen umfassendes Sachregister.**)

Inhalt der **sämmtlichen Bände**: I. und II. Band: Handelsrecht 1. und 2. Lesung. IV. bis VI. Band: Seerecht 1. Lesung. VII. Band: Secaffekuranzrecht. VIII. Band: Seerecht 2. Lesung. IX. Band: Handelsrecht 3. Lesung. — **Registerband.** — **Beilagenband**: I. **Theil** (1—4. Heft): Preuß. Entwurf, österreichische Entwürfe, Handelsgesetzentwurf 1. und 2. Lesung, Entwurf des österreichischen Privatrechtes, preuß. Entwurf über Versicherung und Seehandel, Entwurf des Seerechts 1. Lesung. II. **Theil** (5. und theilweise 6. Heft): Handelsgesetzbuch 3. Lesung nebst **Sachregister** dazu. III. **Theil** (Schluß des 6. Heftes, 7. u. 8. Heft): Die **sämmtlichen deutschen Einführungsgeetze mit Sachregistern.** Preis complet fl. 46. 48. oder Thlr. 27. — Bei Baarbezug entsprechender Rabatt.

Diejenigen Abnehmer der **Protokolle**, welche sich für das **Seerecht** nicht interessieren, können die auf das **Handelsrecht** bezüglichen Bände und zwar die Bände I — III, IX. dann den **Registerband** und **Beilagenband** separate um den Preis von fl. 30. 24. oder Thlr. 17. 12 Sgr. beziehen.

Ferner erschien in demselben Verlage als Separat-Abdruck aus den **Protokollen**

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Offizielle Ausgabe in 8.

- I. **Theil** (Handelsgesetzbuch III. [endgültiger] Lesung. Preis fl. 1. oder 18 Sgr.
- II. **Theil** (Sachregister zum Handelsgesetzbuche und die **sämmtlichen Einführungsgeetze** der deutschen Staaten mit **Sachregistern**). Preis fl. 3. 30. oder Thlr. 2. —

Ferner erschien soeben das **2. Heft** der **Taschenausgabe** der

Sammlung der Einführungsgefetze sämmtlicher deutscher Staaten

zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Nebst Inhalts-Verzeichniß und ausführlichem Sachregister. 2 Hefte. Preis jeden Heftes 42 kr. oder 12 Egr. Das Sachregister erscheint mit dem 3. (Schluß-) Hefte.

Sobald erschien bei mir und versende ich auf frankirtes Verlangen gratis und franco:

Katalog I.

von

Werken aus dem Gesamtgebiete
der

Rechts- und Staatswissenschaft.

4 Bgg 8. über 1600 Nos.

Dieser Katalog enthält in system. Anordnung eine große Anzahl werthvoller und gesuchter Werke zu billigen Preisen, und dürfte in demselben wohl für jeden Juristen etwas Erwünschtes zu finden sein.

Ich verbinde hiermit die Anzeige, daß ich stets bestrebt, mein Lager durch neue Ankäufe zu ergänzen, ganze Bibliotheken, sowie einzelne Werke von Werth zu möglichst hohem Preise kaufe resp. in Tausch annehme, und bitte ich bei Vorkommen um gütige Anträge.

Besonders der Jurisprudenz widme ich große Sorgfalt und bemühe mich, die wichtigeren Werke aus allen Zweigen dieser Wissenschaft jeder Zeit auf Lager zu halten, um so die Herren Juristen, welche mich mit ihrem Vertrauen beehren, immer auf das Schnellste und Billigste bedienen zu können.

Theodor Ackermann,

Buchhandlung u. Antiquariat
Promenadeplatz 10. München.

Bamberg, Verlag der Buchner'schen Buchhandlung,
zu beziehen durch alle Buchhandlungen; so eben neu erschienen:

Bayerns Gesetze und Gesetzbücher,

privatrechtlichen und strafrechtlichen Inhaltes.

II. Ergänzungsband, 1 -- 3. Lieferung à 30 kr. Subscriptionspreis.

Dieser **II. Ergänzungsband** wird in circa 6 -- 7 Lieferungen bis Ende 1867 vollständig erscheinen und nicht allein eine Anzahl wichtiger älterer (noch gültiger) Verordnungen, sondern auch

sämmtliche neueren und neuesten hier einschlagenden allerhöchsten Anordnungen und Bestimmungen enthalten. Die in Aussicht stehende **Sozialgesetzgebung**, sowie alle betreffenden neuen Gesetze des gegenwärtigen Landtages wird f. Z. der **III. Ergänzungsband** bringen.

In der C. H. Beck'schen Buchhandlung in Mördlingen ist soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:
Sammlung der Erkenntnisse über Kompetenz-Konflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden und der oberstrichterlichen Plenar-Beschlüsse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, systematisch geordnet von **J. Hofer**, Rechtsanwalt. 8. 12³/₄ Bogen. Geh. Preis 1 fl. 21 kr.

Vorliegendes Sammelwerk hat den besonderen Vorzug, daß es sämmtliche bis zum 1. Mai d. J. erschienene Erkenntnisse über Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden in kurzen Auszügen und systematischer Ordnung enthält. Der Verfasser sagt in seinem Vorworte: „Der administrative und Civilprozeß sind zwei Wege, von denen jeder Zeit und Geld kostet, es ist daher wichtig, gleich beim Beginne den rechten Weg zu betreten.“ Es ist in demselben ein höchst praktischer Wegweiser gegeben und deshalb nicht nur jedem Juristen, sondern auch den Gemeinde- und Stiftungs-Verwaltungen zu empfehlen, da ein großer Theil der darin enthaltenen Erkenntnisse sich auf Gemeinde- und Stiftungsangelegenheiten bezieht.

Glück's Kommentar 46. Thls. 1. Abthg.

aus der Feder des Herrn Real-Rath Prof. Dr. Arndts ist Ende vorigen Jahres erschienen und um 1 fl. 40 kr. rhn. oder 1 Thlr. preuß. durch jede Buchhandlung zu beziehen. Die 2. Abtheilung folgt baldigst, während ein Registerband über die Bände 35—45 (Preis 1 fl. 40 kr. rhn. oder 1 Thlr. preuß.) vor einigen Wochen veröffentlicht wurde. Um der Verbreitung des verdienstvollen Werkes kräftigen Vorschub zu leisten, eröffnete die Verlagshandlung laut durch jede Buchhandlung zu erhaltenem Prospekte eine Subskription, welcher zufolge neben anderweitigen Erleichterungen die früher erschienenen 45 Bände nebst 3 Registerbänden zu **1 fl. rhn. pro Band** auf einmal oder in verschiedenen Fristen bezogen werden können, und erlauben wir uns auf diese bereits vielfach gewürdigte sehr billige Ausgabe besonders hinzuweisen.

Erlangen, im März 1868.

Palm & Enke.

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

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868. Samstag, den 26. September. Nr. 2

Die Verlagsbandlung der Blätter für Rechtsanwendung hat so eben über die Bände XXI—XXX (Band I—X der neuen Folge) ein

alphabetisches und systematisches Register veröffentlicht, welches zum Preise von 1 fl. 48 kr. rhn. oder 1 Thlr. 6 Sgr. durch jede Buchhandlung zu erhalten ist.

☞ Diejenigen Herren, welche die Blätter f. RA. durch die f. Post beziehen, belieben ihre Bestellung auf dieses zum Gebrauch der Zeitschrift unentbehrliche Register der nächstgelegenen Buchhandlung zu übertragen; auch er bietet sich die Verlagsbandlung zur portofreien Uebersendung gegen frankirte Zustellung des erwähnten Betrages in Briefmarken oder mittelst Posteingahlung.

Die früher erschienenen beiden Register über Band I—XX sind noch um 3 fl. rhn. od. 1 Thlr. 26 Sgr. zu haben.

In Fues's Verlag (L. W. Reiskand) in Leipzig ershlen:

Die Verfassungsgesetze des Königreichs Sachsen.

Für den Handgebrauch zusammengestellt

von

Professor Dr. Ad. Nissen.

17 Boan. Brochirt. Preis 20 Mgr.

Die unser öffentliches Leben betreffenden Gesetze sind über eine lange Reihe von Jahrgängen der Gesetzsammlung verstreut und müssen mit ihren Zusätzen und Abänderungen zusammengesucht werden. In dieser Zusammenstellung der wichtigsten Gesetze sind dieselben hinsichtlich der Orthographie und Interpunction diplomatisch treu wiedergegeben. Bei der Verfassungsurkunde sind die Abänderungen und Zusätze der betreffenden Stelle angereiht und durch Angabe der Quelle hervorgehoben, während die dadurch aufgehobenen Stellen durch kleineren Druck markirt sind. Das sehr umfassende Register wird die Gesetze dem Gebrauche der weitesten Kreise zugänglich machen.

Für Aerzte und Juristen.

Lehrbuch der gerichtlichen Medicin

von Prof. etc. Dr. Ernst Buchner.

gr. 8. 29 Bogen. Brosch. fl. 3. 36 kr. oder 2 Thlr. 4 Ngr.
Verlag von Jos. Ant. Finkler in München.

Dieses neueste Lehrbuch, bearbeitet nach dem jetzigen Standpunkte, den die ärztliche Wissenschaft und die Gesetzgebung eingenommen, ist mit ca. 90 Fällen, theils aus der Praxis des Verfassers, theils aus dem Medicinal-Comité München, versehen und wird sowohl Gerichtsärzten, wie jedem Mediciner und Juristen von sicherem practischen Nutzen sein.

Tübingen. Im Verlage der H. Laupp'schen Buchhandlung ist soeben erschienen:

Die Verfassung des norddeutschen Bundes und die süddeutsche insbesondere die württembergische Freiheit.

Von M. Römer,

Professor an der Universität Tübingen

Dritte Auflage.

gr. 8. broch. — 48 fr. — 15 Ngr.

So eben erschien bei H. Böhlau in Weimar:

Aus Rom und Byzanz.

Vorträge

von H. Danz,

ö. k. k. Reichsrath u. Professor in Jena

Preis 28 Sgr.

Inhalt: Ein Tag im römischen Circus — Bäder und Baderleben in Rom. — Anfang und Ende der Gladiatorenkämpfe. — Das Hofceremoniell der byzantinischen Kaiserzeit. — Ein Aufbruch der Parteien im Circus.

Für Juristen.

In allen Buchhandlungen zu haben:

Die Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten.

Zwei Abhandlungen aus dem gemeinen Rechte von

Dr. Gustav Hartmann, Privatdocent in Göttingen

gr. 8. Velinpap. (188 S.) broch. 28 Sgr.

Verlag der Hofbuchhandlung von Ed. Leibrod in Braunschweig.

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.

Beilage

zu den

Blättern für Rechtsanwendung.

1868.

Samstag, den 10. Oktober.

Nr. 3.

In der Verlagshandlung dieser Zeitschrift ist so eben erschienen und in jeder Buchhandlung vorrätig:

Gesetz über den Malzausschlag

vom 16. Mai 1868

erläutert von Ludwig May, k. Regierungsrath.

Erstes Heft (Art. 1—20).

Ver.: 8. (208 Seiten) geh. 1 fl. 40 kr. rhn. oder 1 Thr. 2 Ngr.

Die Fortsetzung dieses Kommentars ist unter der Presse und erhalten die Herren Abonnenten auf die „Gesetzgebung Bayerns, fortg. v. Dr. v. Böhl.“ welche alle neuen Gesetze, demnächst die neue auch in besonderen Abdrücken erscheinende **Sozialgesetzgebung**, kommentirt, die erwähnte 1. Lieferung als 1. Heft von Bd. VI Thl. II.

Verlag von J. Guttentag in Berlin.

Erschienen sind:

Bremer, Dr. F. P., Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im römischen Kaiserreich. 102 S. Geh. 20 Sgr.

Koch, N., Zur Reform des Preussischen Concurs-Rechts. IV. 115 S. 20 Sgr.

Parissius, L. (Carbelegen), Das Genossenschaftsgesetz für den Norddeutschen Bund vom 4. Juli 1868. Ergänzungsschrift zu dem Buche über das Preussische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 27. März 1867. VIII. 50 S. Geh. 10 Sgr.

Ueber die Befugniß der ordentlichen und civilrechtlichen Verfolgung von Staatsbeamten aus Anlaß von Amtshandlungen nach Preussischem Recht. Von einem Preussischen Richter. 61 S. Geh. 12 Sgr.

Im Verlage der **Rosberg'schen** Buchhandlung in Leipzig
ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Correalobligationen

nach
römischem, gemeinem und sächsischem Rechte.

Von

Dr. Eduard Siebenhaar,

A. E. Oberappellationsrath, Comthur des A. E. Civilverdienstordens etc. etc.

1868. Preis 2 Thlr. 7 1/2 Ngr.

Die

Familienanwartschaft

nach
dem neuesten sächsischen Rechte.

Erläuterungen

zu den §§. 2527 bis 2541

des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen
von

Dr. Otto Treitschke.

1868. Preis 22 1/2 Ngr.

Durch alle Buchhandlungen ist zu beziehen:

Des Lehrers **Hinfenden Notizen**

Illustrirte Dorfzeitung.

VI. Jahrgang. Oktober 1867—Oktober 1868.

Wöchentlich eine Nummer oder monatlich ein Heft. Preis vierteljährlich 10 1/2 Sgr. = 36 Kr. Gratlos-Prämie: Der Kindheit Morgen (Stahlstich.)

„Was Tendenz, Auswahl, Darstellungsform des Gebotenen betrifft, gehört diese Zeitung zu den allerbesten, die wir haben und zugleich zu den allerbilligsten, die Illustrationen sind trefflich gezeichnet und der Schnitt markig gehalten.“

Professor C. A. Rossmäppler.

Alle Postanstalten liefern das Blatt ebenfalls, jedoch mit dem üblichen Aufschlag.

Verlag von J. F. Seiger (North Schauenburg) Lehr.

Neuer juristischer Verlag

von **H. Böhlau** in **Wetmar**.

So eben erschienen:

Pernice, A., Privatdocent an der Univ. Halle, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. 1 Thlr. 10 Sgr.

Nebeling, C., Appell.-Ger.-Rath zu Eisenach, Spruchpraxis des Appellationsgerichtes zu Eisenach. I. Band. 1. Heft. 25 Sgr.

Regelsberger, Fr., Prof. an der Hochschule Zürich, Civilrechtliche Erörterungen. I. A. u. d. T.: Die Verhandlungen bei Verträgen. Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebst der Lehre von der Versteigerung und von der Auslobung. Eine gemeinrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der neueren deutschen Gesetzgebungen insbesondere des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. 1 Thlr. 10 Sgr.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Herausgegeben von Dr. Rudorff und Dr. Bruns in Berlin, Dr. Roth in München und Dr. Böhlau in Rostock. VII. Band. 1. Heft. Preis des Bandes 3 Thlr.

Im Laufe dieses Jahres erschien:

Bethmann-Hollweg, M. A. von, Erinnerungen an Friedrich Carl von Savigny als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ. 10 Sgr.

Frauklin, O., Professor an der Univers. zu Greifswald, Das Reichshofgericht im Mittelalter. Geschichte, Verfassung, Verfahren, Rechtsprechung. I. Bd. 2 Thlr.

Sohm, R., Privatdoc. an der Univ. Göttingen. Der Proceß der Lex Salica. 1 Thlr. 6 Sgr.

Bei **Wilhelm Laufer** in **Pest** ist erschienen:

Télffy Joannes Bapt. Advocatus, studia antiquitatis in universitati literarum Hungarica publice profectus Corpus juris attici graece et latine. E fontibus composuit commentario indicibusque instruxit. 42³, Bogen gross Lex.-Format.

Rthlr. 5. 10 Sgr.

Edict Petrus leges atticae Leyden 1741 (längst vergriffen) erschien sein ähnliches Werk. Das Werk von Petrus enthielt 500, das vorliegende des Prof. Télffy 1587 Gesetzes-Nos.

Im Verlage von **J. Schneider in Mannheim** ist
soeben erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Wechsellehre für **Schule und Volk.**

Nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung, den
Erläuterungen der Rechtsgelehrten und den Nürn-
berger Conferenzprotokollen, bearbeitet
von

L. Baumbblatt,

Kgl. Lehrer der Handelswissenschaft an der Kreisgewerbschule
zu Kaiserlautern.

gr. 8^o. geh. Preis 24 Sgr. = 1 fl. 24 kr. rhn.

Die Schrift hat den Zweck, das Verständniß der
allgemeinen deutschen Wechselordnung in alle bürger-
lichen Kreise zu tragen, welche seit Einführung der-
selben zu Wechselhandlungen befähigt sind, um sie da-
durch vor etwaigen Gefahren zu schützen. Es soll
aber auch als Leitfaden dienen für den Unterricht in
Handels- und Gewerbeschulen, welchen der Verfasser
selbst seit langen Jahren mit Erfolg ausübt.

Dr. G. H. v. Schubert's **erzählende Schriften,**

welche durch ihren reichen Gehalt an Gemüth und
Geist verbunden mit ächt christlicher Darstellungsweise
sich zu Weihnachtsgeschenken für jeden Stand und
jedes Alter vorzüglich eignen, können in 7 Bänden
durch jede Buchhandlung um 5⁴/₅ Thlr. oder 9²/₅ fl.
rhn. bezogen werden und stehen Verzeichnisse der bei
Palm & Enke in Erlangen erschienenen auch ein-
zeln verkäuflichen Werke dieses gefeierten Schriftstellers,
dessen letztes größeres Werk, seine **Selbstbio-**
graphie (Preis 6³/₅ Thlr. oder 11⁴/₅ fl. rhn.), ein
kompetenter Beurtheiler treffend als ein „monumen-
tum aere perennius für alle Zeiten“ bezeichnet, zu
Dienst.

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

