

Blätter
für
Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück,

nun herausgegeben

von

Friedrich Steppes und Karl Hettich.



Neue Folge XVII. Band.
Der gesammten Folge XXXVII. Band.

Erlangen, 1872.
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

Druck von Junge & Sohn in Erlangen.



Alphabetisches Register

zum

siebenunddreißigsten Bande der Blätter für
Rechtsanwendung.

Neue Folge XVII. Band.

	Seite
Abänderung der Klage nach §. 180 der Proz.-Ordn.	44, 353
Eine solche ist nicht enthalten im neuen Vorbringen einer wahren Replik im zweiten Rechtszuge gegen eine im ersten Rechtszuge vorgebrachte Einrede	127
Deshgleichen nicht in der Einschränkung des Gesuches	410
Ebenso nicht, wenn die abweichende Geschichts- erzählung die Identität des Rechtsstreites nicht aufhebt	236
Ablösungskasse: über die Rechtsverhältnisse der Kultus- bauberechtigten gegenüber dem hauptsächlichen Zehentbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehents an die Ablösungs- kasse	9, 11
Abtheilung der Großmutter und Stiefmutter mit den Stiefkindern bezw. Enkeln unter Errichtung eines Inven- tars. Ausschließung derselben durch Erbvertrag. Bran- denb.-Kulmbach. Konstitution	146
Actio ad exhibendum	370
Actio negatoria directa et utilis	310
Actio negotiorum gestorum contraria	210
Actio Pauliana s. Paulianisches Rechtsmittel.	
Actiones in personam pignericiae	262
Administrativbehörde s. Verwaltungsbehörde.	
Affektionsverth: Ersatz desselben bei der Expropriation	192
Alimentationspflicht der Kinder gegen die Eltern	379
Deshgleichen des außerehelichen Vaters	399
Alimente: Klage auf Reichung von solchen, welche auf einen von der Administrativbehörde abgeschlossenen Dienst- vertrag gestützt ist, gehört vor die Gerichte	207

	Seite
Amortisationsverfahren: Klage wegen Nichtigkeit derselben	380
Amtsabhandlungen: Haftung der Staatsbeamten hiesfür	223
Ansfässigmachung: Zurückforderung von an Gemeinden nach dem Ges. v. 1. Juli 1834 für die Bewilligung derselben geleisteten Entgeltung	82
Ansbacher Konsistorial-Ordnung s. Baualast.	
Anschließung an die Verklagnahme von Fahrnissen	288
Antrag auf Strafverfolgung bei Verbrechen wider die Sittlichkeit	387, 403
Anwalt s. Berufung, Berufungsinstanz, Vertretung.	
Anwaltskosten: über die Behandlung derselben, wenn der im Auftrage der Partei vorbereitete Rechtsstreit später nicht rechtshängig wird	115
Anzeige bezüglich der Redaktion der Blätter für Rechtsanwendung	1
Appellant s. Berufungsinstanz.	
Appellationsgericht s. Urtheil.	
Armenrecht	95
Armen- und Krankenpflege öffentliche: Ges. v. 29. Apr. 1869. Uebereinkommen eines Gewerbsmeisters mit einer Stadtgemeinde wegen der Pflege erkrankter bei ihm in Arbeit stehender Gesellen	221
Zuständigkeit der Gerichte für Klagen gegen Dienstherrn wegen der einem Diensthoten verabreichten Medicamente	409
Arre s. Demselben unterliegt nicht die Beihilfe, welche einem Landwehrtmann nach dem Reichsges. v. 22. Juni 1871 angewiesen wurde	377
Arrest auf Nahrungszubehänge der Eltern aus dem Vermögen ihrer Kinder	174
Arrestbeklagter: Einspruch desselben gegen ein Versäumnungsurtheil	46
Assignation wirkt nicht Zahlung	414
Auditore: deren Verwendung bei einem auf dem Kriegsfuße stehenden Armee-Korps-Kommando (§. 17 der W.D. v. 29. Nov. 1869 zum Vollzuge der Militär-Strafger.-Ordn.)	414
Auflassung des älteren deutschen Rechtes	4
Auftrag s. Mandat.	
Augsburger Recht s. Handwerker.	
Außerehelicher Beisatz: Verbindlichkeiten hieraus	225
Rechtsverhältnisse hieraus nach pr. RM.	257
Bestimmungen des pr. RM. Th. II Tit. 1 §. 1044 hierüber	241
Alimentationspflicht des außerehelichen Vaters	399
Succession in den Nachlaß des außerehelichen Sohnes	48
Auslagen: Anspruch des Mandatars auf solche	123
Ausrechnung von Auslagen aus einer Geschäftsführung	398, 414
Austrag: Ort der Erfüllung bei einer Gutsobergabe mit solchem	378

	Seite
Bauen an der Grenze nach pr. Landr.	174
Bauklie: Rechtsverhältnisse zwischen den Magistrate einer Stadt und dem Eigenthümer eines Hauses hierüber . . .	174
Baulast bei protestantischen Kirchen	81
Baulast des Patrons (gem. R. u. pr. LR.)	97
Klage auf Anerkennung der Freiheit von aller Baulast, Verurtheilung zur Wendung kleiner Baufälle	126
Nichtanwendbarkeit des Ges. v. 28. Mai 1852, die Sicherung zc. zc. der auf dem Zehentrechte lastenden kirchlichen Baupflicht betr., auf eine dem Zehentberechtigten obliegende ausschließende Kultusbaupflicht	156
Der Streit eines hauptbaupflichtigen Dritten gegen die Mitglieder einer Kirchengemeinde wegen Leistung von Hand- und Spanndiensten zu Kultusbauten bildet auf Seite der Beklagten eine Gemeindsache	159
Ueber die Rechtsverhältnisse des Kultusbauberechtigten gegenüber dem baupflichtigen Zehentbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehents an die Ablösungskasse	9, 11
Kultusbaulast nach Art. VIII der Ansbacher-Konsistorial-Ordn. und dem pr. Landr.	257
Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehenten in Rechtsstreitigkeiten über Kirchenbaulast 307, 323,	339
Insbesondere nach bayer. Rechte	340
Die Baupflicht des f. Fiskus als Rechtsnachfolger eines säkularisirten Klosters erstreckt sich nicht auf die später zur Pfarrkirche umgewandelte Klosterkirche	367
Kirchenbaulast der Filialisten nach gem. und fränk. R.	370
Verjährung der Kultusbaulast nach pr. Landr.	161
Bayreuther Recht s. Ehemann.	
Bedingung s. Suspensivbedingung.	
Beerdigung der Zeugen. Unterlassene Konstatirung derselben in erster Instanz bildet keine Nichtigkeitsbeschwerde	285
Beisatz, außerordentlicher Verbindlichkeiten hieraus	225
Rechtsverhältnisse hieraus nach pr. Landr.	257
Bestimmungen des pr. Ldr. Th. II Tit. 1 §. 1044 hierüber	241
Ueber einen Beisatz, durch welchen ein Ehebruch begangen wurde, ist eine Eideszuschiebung unzulässig	96
Berichtigungen und Nachträge	385
Berufung gegen ein vor dem 1. Juli 1870 verkündetes Urtheil	46
Deßgleichen gegen ein einzelngerichtliches Urtheil, welches, statt Verweisung vor das Kollegialgericht, die Abweisung der Klage ausspricht. Diefelbe ist in der Hauptsache und im Kostenpunkte zulässig, wenn die Kosten die Berufungssumme betragen	219
Berufung in Ehecheidungsprozessen nach der Rürberger Ehecheidungsordnung	190
Unstatthaftigkeit der Berufung wegen Mangels der Bevollmächtigung des Anwaltes im zweiten Rechtszuge	236

	Seite
Ausdehnung der Berufung auf verschiedene Entscheidungen	258
Zahlung der Kosten des Urtheiles der ersten Instanz. Liegt hierin ein Verzicht auf die Berufung?	221, 237
Berufungseinlegung: unrichtige Zustellung derselben	79
Berufungsfrist für Klagen auf Aufhebung des Zuschlages eines Immobile	377
Berufungsfrist in Widerspruchsklagen	191
Berufungsinstanz: Verfahren in derselben, wenn nach Einlegung einer Berufung von den Anwälten des Appellanten und Appellaten motivirte Anträge gewechselt und in der Sitzung zur Hinterlegung der Anträge hinterlegt wurden, aber der Anwalt des Appellanten nicht erscheint	111
Erhebung neuer Ansprüche in derselben	395
Kosten derselben	157
Berufungsrecht von Hypothekgläubigern in einem Rechtsstreite über die Nichtigkeit des Zuschlages des subhastirten Immobile	410
Berufungsrecht einer Nebenpartei	220
Berufungssumme bei Eigenthumsübertragung von Immobilien	411
Einrechnung von Kosten zur Erreichung der Berufungssumme	286
Beschlagnahme von Fahrnissen, Anschließung hieran	288
Deßgleichen einer Weidhilfe, welche einem Landwehrmanne nach dem Reichsges. v. 22. Juni 1871 angewiesen wurde	377
Beschwerdegegenstand, Schätzbarkeit desselben	411
Beschwerdesumme (Art. 685 b. Proj.-Ordn.)	62
Besitz: Störung desselben	396
Besorgung fremder Geschäfte s. Geschäftsführung.	
Beurkundung des Erwerbes durch das Hypothekenbuch	85
Beweis der Simulation eines in einer öffentlichen Urkunde verlaublichen Vertrages	45
Deßgleichen, daß die Unterschrift einer Privaturkunde durch falsche Vorpiegelungen erschlichen wurde	79
Beweis des Datums von Privaturkunden	237
Deßgleichen der Ausstellung einer Privaturkunde aus Irrthum	395
Beweis des Irrthums durch den Kläger bei Rückforderung der irrthümlichen Leistung einer Nichtschuld insbesondere auch nach bayer. Landr.	299, 302
Beweis des guten Glaubens hinsichtlich der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches	195
Beweis des Eigenthumes	172
Deßgleichen bezüglich des Umfanges eines Durchgangsrechtes	95
Beweis durch Zeugen und Eid gegen einen vor dem 1. Juli 1870 beurkundeten Tauschvertrag	257
Die im pr. Abt. Th. II Tit. 1 §§. 1104—1126 gegebenen Vorschriften sind durch die Bestimmungen der Proj.-O. über die richterliche Prüfung der Beweise und über den gerichtlich auferlegten Eid nicht aufgehoben	241
Beweisanerbioten: Unterlassung desselben	126

	Seite
Beweisauflage ist nicht veranlaßt, wenn die zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen feststehen und weitere Thatsachen, zu deren Erprobung sich Kläger erboten, unerheblich sind	219
Beweisführung gegen die Glaubwürdigkeit von Zeugen	237
Beweiskraft des Protokolls einer Verwaltungsbehörde für die Gerichte	110
Deshgleichen inkäubischer rechtskräftiger Strafurtheile vor den bürgerlichen Gerichten	285
Deshgleichen von Im Ugehorsamsverfahren wegen Vergehen ergangener Strafurtheile im Civilprozeße bezüglich der That sowohl als der hiefür außerwesentlichen Umstände	376
Beweislast, wenn ein Gläubiger im Besitze eines Dritten befindliche Sachen, weil sie angeblich seinem Schuldner gehören, mit Beschlagnahme belegt läßt und der Dritte unter dem Vorgeben, daß er selbst Eigenthümer der beschlagnahmten Sachen sei, Klage auf Freigabe der Sachen gegen den Gläubiger erhebt	127
Deshgleichen bei einer Suspensivbedingung	97
Beweismittel, deren nachträgliche Geltendmachung im ersten eventuell zweiten Rechtszuge	285
Beweisfälle: Erheblichkeit derselben	144
Beweisurtheil in einer vor dem 1. Juli 1870 bei einem Einzelgerichte anhängig gewordenen Sache. Rechtskraft desselben	128, 256
Deshgleichen Rechtskraft eines solchen in einer vor dem 1. Juli 1870 anhängig gewordenen Sache, nach dem genannten Tage erst verkündeten	158, 376
Deshgleichen die Rechtskraft eines solchen in einer vor dem 1. Juli 1870 bei einem Bezirksgerichte anhängig gewordenen Streitsache	238
Ebenso die Rechtskraft eines in zweiter Instanz vor dem 1. Juli 1870 gefällten, nach diesem Tage erst verkündeten	238
Beweisverfahren: Prüfung desselben nach der O. v. 1753	80
Bezirksgericht: Zuständigkeit eines solchen im Substitutionsverfahren	112
S. auch Beweisurtheil.	
Böliche Verlassung. Der in §. 685 Th. II Tit. 1 d. pr. M. erwähnte „rechtmäßige Grund“ der Entfernung der Ehefrau ist nur auf im Befehle selbst enthaltene Fälle der Ausnahme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens beziehbar, nicht aber aus allgemeinem richterlichen Ermessen festzustellen	318
Bona fides s. Glaube.	
Brandenburg-Culmbach-Landeskonstitution s. Inventar.	
Buch öffentliches s. Hypothekenbuch.	

	Seite
Bürge: Fortbauer der Haftung desselben bei Umwandlung	
der Schuld durch Novation in eine andere	193
Hypothekarische Kaution eines solchen	397
Bürgschaft im Verhältnis zur Expromission	399
Cession: Haftung pro nomine bono	176
Es gibt nach heutigem Rechte keinen von dem Cessionar	
verschiedenen procurator in rem suam	281
Rechtswirksame Zahlung des debitor cessus	398
Cessionsvertrag: Erfüllungseid hierüber	226
Clausula codicillaris	64, 146
Compensation gegen eine liquide mit einer illiquiden For-	
derung nach pr. Landr.	289, 398
Compensation der Kosten. Gründung einer Nichtigkeitsbe-	
schwerde hierauf	189
Condictio indebiti	242
Beweis des Irrthums durch den Kläger bei Rückforderung	
der irrthümlichen Leistung einer Nichtschuld insbesondere	
auch nach bayer. Landr.	299, 302
Condictio sine causa bei einem nichtigen Kaufver-	
trage	98
Gegen den Gläubiger wegen des Erlöses von dem Schuld-	
ner gepfändeter, ihm nicht gehöriger Sachen	177, 258
Zurückforderung eines ausgestellten Wechsels auf Grund recht-	
losen Innehabens	14
Constitutio Bortholdiana v. 12. Nov. 1364, deren	
Giltigkeit im Territorium Pfalz-Neuburg und Bisthum	
Eichstätt	114
Constitutum debiti proprii	225
Culpa: Grad derselben bei der Hingabe einer Urkunde an	
Dritte. Thatsfrage	369
Datum von Privaturkunden. Beweis desselben	237
Delegation und Expromission	194, 225
Deutsches Recht. Grundlagen des Pfandrechtes hienach	4
Deutschordens Recht s. Ehefrau.	
Dienstvertrag: Schriftliche Errichtung und Kündigung eines	
solchen nach pr. Landr.	145
Dinglicher Rechtsverwerb	58
Beschränkungen der Wirkung der Rechtskraft auf das ding-	
liche Recht	247
Hypothekarklage gegen Dritte	81
Domizil s. Wohnsitz.	
Dotalsystem s. Eheleute.	
Drittschuldner: Eidesleistung desselben über die Hingabe	
des beschlagnahmten Darlehens	237
Durchgangerecht: Beweis bezüglich des Umfangs eines	
solchen	95
Edition s. Urkunden.	
Ehe: Die Beschränkung der eheherrlichen Veräußerung bei	

	Seite
versamelter Ehe nach Nürnberger Recht betrifft nur den ehelichen Antheil an dem veräußerten Gute	108
Bestimmungen der Nürnberger Reformation bezüglich der Zuwendungen an den zweiten Ehehelfer	130
Haftung für Schulden bei vererbter Ehe des fränk. Landr. E. auch Eheverträge, Ehefrau, Ehemann, Eheleute, Gütergemeinschaft.	177
Eheverträge: Güteranheirathung in solchem	416
S. a. Ehemann.	
Ehe- und Erbverträge: Form derselben	177
Ehefrau: Zahlung der Schulden derselben durch den Ehemann (Wahreuther Landeskonstitution)	98
Veräußerungen einer Ehefrau nach fränk. Rechte	130
In dem ehelichen Vermögensverwaltungsrechte bei Entfernung des Ehemannes nach einem unbekanntem Aufenthaltsorte liegt auch der Abschluß von durch diese Verwaltung veranlaßten Verbindungsverträgen	169
Beugschaft einer mit ihrem Ehemanne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau	285
Erißlungsoid an eine von ihrem Ehemanne verlassene Ehefrau bezüglich eines von ihr geborenen Kindes	286
Haftung der Ehefrau für Schulden des Mannes nach pr. R. und Deutschordn.-R.	290
Deßgleichen nach Mainzer Landr.	415
Der in §. 685 Th. II Tit. 1 des pr. R. erwähnte „rechtmäßige Grund“ der Entfernung der Ehefrau ist nur auf im Gesetze selbst enthaltene Fälle der Ausnahme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens beziehbar, nicht aber aus allgemeinem richterlichen Ermessen festzustellen. — Die Behauptung von Mißhandlung als Grund der Entfernung der Ehefrau veranlaßt im Hinblick auf §. 724 a. a. D. nur die Gestattung einer entsprechenden Rücktrittsfrist	318
S. a. Ehe, Eheleute, Ehemann, Reclamatio uxoria.	
Eheleute: Ueber die Voraussetzungen des ehelichen Zusammenwohnens der Ehegatten bei Beerbung nach dem in München geltenden Privilegium Albertinum	188
Güterstand der Eheleute nach dem Dotalsystem. Gemeinschaftliches Eigenthum derselben. Erbansprüche hieran	354
Konsolidation des beiderseitigen Vermögens der Eheleute findet bei Handwerkern zu offener Tasche nach Augsburger Statut selbst bei unbeerbter Ehe nicht statt	199
Gidesausziehung an Eheleute	172
Zustellung an solche, wenn dieselben zusammen Parthei in einem Rechtsstreite waren, hievon jedoch ein Theil mit Hinterlassung von minderjährigen Kindern verstorben ist	221
S. a. Ehe, Ehefrau, Ehemann, Gütergemeinschaft.	

	Seite
Ehemann: Widerspruchsrecht des Ehemannes hinsichtlich der Verküfungen seiner Ehefrau nach fränk. R.	130
Kann der Ehemann, wenn er der Frau an seinem Hofgute das Miteigenthum und nach seinem Tode das Aneigenthum im Ehevertrage eingeräumt hat, dasselbe wenigstens mit der Wirkung übergeben, daß seine Guthälfte auf die Erwerber übergeht?	418
S. a. Eheverträge, Ehefrau, Eheleute.	
Ehescheidungsordnung, Nürnberger s. Ehescheidungsprozesse.	
Ehescheidungsprozesse nach der Nürnberger Ehescheidungsordnung. Berufung in solchen	190
Eichstädt s. Constitutio Bertholdiana.	
Eid als Beweismittel, Verzicht hierauf	395
Wirkungen eines abweichend von dem festgesetzten Eidesafte in anderer Fassung geleisteten	189
Zurückziehung eines Eides, der keine eigene Handlung des Delaten betrifft	208
Eid, welcher einer eidesfähigen, laubedabwesenden Person zugesprochen und von ihr angenommen wurde, Ableistung desselben	410
S. a. Beweis, Eidesleistung, Eidesaf, Eideszuschreibung, Erfüllungseid.	
Eidesleistung durch den Drittschuldner über die Hingabe des beschlagnahmten Darlehens	237
S. a. Eid, Eidesaf, Eidesleistung.	
Eidesaf: Das Urtheil über die Festsetzung desselben kann mit der Nichtigkeitbeschwerde angefochten werden	412
Eideszuschreibung. Beweisführung hiedurch, daß die anerkannte Unterschrift einer Privaturskunde erschliden worden sei	79
Eideszuschreibung über einen Beischlaf, durch welchen der Delat einen Ehebruch beging, ist unzulässig	96
S. a. Eid.	
Eideszuschreibung an in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute	172
Eideszuschreibung an eine juristische Person; Vereinbarung über die Eidesformel durch die Vertreter nach Annahme des Eides	220
Eideszuschreibung an einen Masseverwalter in einem Rechtsstreite gegen einen Schuldner des Santschuldners	354
Verzicht auf Eideszuschreibung	411
S. a. Eid, Eidesleistung, Eidesaf.	
Eigenthum: Beweis desselben	172
Miteigenthum an einer gemeinschaftlichen Mauer. Reparaturen hieran. Ersatz der Kosten	112
Veräußerungsverbot bei einer Mehreren gemeinschaftlich hinterlassenen Sache. Klage auf Ansechtung eines Verkaufes gegen die Miteigenthümer	128
S. a. Expropriation.	

	Seite
Eigenthumsvorbehalt bei einem Verkaufe	193
Deshgleichen nach pr. Pr.	413
Deshgleichen an Maschinen als Bestandtheile eines Gebäudes	335
Einkindschaft: Nach dem oberpfälzer Landr. steht die An-	
setzung des Vertrages, wodurch außereheliche Kinder ver-	
einkindschaftet werden, nur den mitvereinkindschafteten ehe-	
lichen Kindern zu	26
Einleitung giftiger Stoffe aus einer Fabrik in ein Fisch-	
wasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zu-	
standes durch Auorräumung des mit den schädlichen Stoff-	
sen durchsetzten Schlammes neben den auf Schadensersatz	296
Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen hypothekarisch	
versicherte Darlehensforderungen	236
Einrede der Unzuständigkeit in einem Edbtionsstreite	375
Gegen Urtheile, welche eine foribeklinatorische Einrede ver-	
werfen, ist Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig	110
Substanzirung einer schon im ersten Rechtszuge vorgebrach-	
ten Einrede durch Urkunden im zweiten	127
Einreden, welche in einem nach der O. D. durchgeführten	
Verfahren nicht vorgebracht wurden, können durch die	
Nichtigkeitsbeschwerde nicht nachgeholt werden	221
Einreden gegen das Hypothekenrecht	232
Einrede des mit der Paulianischen Klage Besangten	241
Einrede der Verjährung gegen einen Viehverkaufungsver-	
trag	414
Einpruch des Arrestbeklagten gegen ein Verjährungsur-	
theil	46
Einweisung in eine Forderung	413
Vorzugrechte einer vor dem 1. Juli 1870 in vim ex-	
ecutionis erfolgten Einweisung in eine Forderung in	
einer nach genanntem Tage ausgebrochenen Gant	288
Einzelrichter s. Beweis, Kompetenz, Vertretung.	
Entschädigung s. Schadensersatz.	
Entschädigungsklage s. Klage.	
Entscheidung s. Urtheil.	
Erbanspruch an das gemeinschaftliche Eigenthum von Ehe-	
leuten, deren Güterstand nach dem Dotalsysteme zu beur-	
theilen ist	354
Erbchaftskauf	194
Erbtheilung von Forderungen	226
Deshgleichen hinsichtlich einer bedingten Forderung an die	
Erbmasse	178
Deshgleichen nach Verkauf eines Erbtheiles	415
S. a. Abtheilung.	
Erbverträge: Form derselben	177
Erfüllung durch Oblation	210
Erfüllung simulirter Verträge	275, 355
Erfüllungseid über einen Eßionsvertrag	286
Erfüllungseid einer von ihrem Ehemanne verlassenen Ehe-	
frau bezüglich eines von ihr geborenen Kindes	286

	Seite
Erfüllungsort bei einer Güterübergabe mit Austrag . . .	378
Erlös aus der Zwangsveräußerung gepfändeter Fahrnisse . . .	62
Errungenschaft: Bewegliches während der Ehe angeschafftes Gut gehört hierunter (pr. W.) . . .	258
Errungenschaftsgemeinschaft. Haftung der Ehefrau für die Schulden ihres mit ihr in solcher lebenden Ehe- mannes (pr. W. u. deutschordn. R.)	290
Ersatz s. Expropriation, Schadenersatz.	
Erscheinungsfrist: unrichtige Angabe der Dauer derselben. Nichtigkeitsbeschwerde hierwegen	288
Ersizung s. Servituten, Verjährung, Weiberrecht.	
Erwerb: hypothekenrechtlicher Schutz desselben	56, 69
Dinglicher, von Rechten	58
Erwerb im Vertrauen auf das Hypothekenbuch	69
Beurkundung des Erwerbes durch das Hypothekenbuch	85
Erwerb durch Mittelpersonen. Verwahrloosen hierbei	131
Entgeltlichkeit des hypothekenrechtl. Erwerbes	197
Bedeutung des bürgerlichen Eintrages für die einzelnen Er- werbshatfsachen	216
Erziehung des Pupillen. Bestimmungen hierüber nach Mainzer W.	48
Eviktionsleistung für den durch Nachlässigkeit des Berech- tigten herbeigeführten Verlust eines Rechtes	397
Exekution s. Arrest, Einweisung, Hypothekforder- ung.	
Expromission und Delegation	194
Expromission im Verhältnisse zur Bürgschaft	399
Expropriation: Ersatz eines Affektionswerthes hierbei	192
Ansetzung eines gerichtlichen Urtheiles über die Feststellung einer Entschädigung	238
Erner: das Publizitäts-Prinzip, Studien zum österreichischen Hypothekenrecht	8.
Fahrnisse, gepfändete, s. Zwangsveräußerung.	
Fideikommiss s. Universalfideikommiss.	
Fiducia des römischen Rechtes	3
Fischwasser: Einleitung giftiger Stoffe aus einer Fabrik in ein solches. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Ausräumung des mit den schädlichen Stof- fen durchsetzten Schlammes neben dem auf Schadenersatz	296
Fiskalische Veräußerung. Unanfechtbarkeit derselben	378
Fiskus: Die Hauptpflicht desselben als Rechtsnachfolger eines säkularisirten Klosters erstreckt sich nicht auf die später zur Pfarrkirche umgewandelte Klosterkirche	387
Flüsse s. Trinkwasser.	
Folium s. Hypothek.	
Forderungen: Verjährung derselben nach dem Ges. v. 26. März 1859	240
Forstgesetz: Zuständigkeit der Gerichte hiernach	80
Forstrechte: Verträge hierüber vor der Wirksamkeit des Not.	

	Seite
Gef. bedurften nach Oberpfälzer Landr. Th. I Tit. 8 gerichtlicher Verbriefung nicht	239
S. auch Einweisung.	
Formales, formelles, förmliches Recht. Unterschied desselben	23
Frachtrecht: Ausschluß der Beweisraft desselben durch Vereinbarung	113
Fränkisches Recht s. Baualast, Ehe, Ehefrau, Reclamatio uxoria, Selbstentmündigung.	
Frist: Die Einhaltung oder Versäumniß einer solchen ist Thatsache	95
Unterbrechung der Fristen während der Gerichtsferien	144, 377
Ganteröffnung: Der Umstand, daß durch das Grundvermögen die auf demselben haftenden Hypothekenschulden nicht gedeckt werden, steht derselben nicht entgegen	401
Gantschuldner: dessen Tüchtigkeit als Zeuge in einem Prozesse des Massaverwalters gegen einen Schuldner des Gantschuldners	354
Gebäude: Maschinen als Bestandtheile eines solchen. Eigenthumsvorbehalt hieran	335
Maschinen einer Kattundruckerei sind nicht Zugehörigkeiten eines Gebäudes	361, 365
Geistliche: Form der Testamente derselben nach der Const. Bertholdiana	114
Gemeinde: Wasserabgabe einzelner Grundeigentümer aus Wasserleitungen der Gemeinde	209
Klagen von Gemeinden gegen Gemeindeglieder wegen Zahlung von Distrikts- und Gemeindeumlagen gehören nicht vor die Gerichte	284
Zuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten aus einem Miethvertrage zwischen der Gemeinde und Gemeindegliedern	289
Zurückforderung der an Gemeinden nach dem Gef. v. 1. Juli 1834 für die Bewilligung der Ausförmung geleisteten Entgeltung	82
Gemeinbewaldungen: Holzbezug der Pfarren aus solchen in der Pfalz	145
Gemeinschaftliche Sache. Theilung einer solchen	108
Gerichtsferien: Unterbrechung der Fristen während derselben	144, 377
Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde während der Gerichtsferien	159
Gerichtsvollzieher: Regreß gegen solche, wegen Versäumniß	410
Geschäftsführung	210
Rechnungstellung während solcher	78
Auslagen hieraus	414
Ausrechnung von Auslagen aus solcher nach pr. Landr.	398
S. a. Mandat.	

	Seite
Gesellschaft: Wirkung der Anerkennung der Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft durch einen Gesellschafter	64
Gewährleistung bei Viehverkäufungen. Haftung des Verkäufers	129
Zu Art. 9 u. 10 des Ges. v. 26. März 1859	130
Erfay der aus den verkauften Thieren gezogenen Nupungen	225
Verjährung der Klage auf Entschädigung bei Viehverkäufungen	224
Einrede der Verjährung hieraus	414
Gewerbslehrvertrag	240
Gewerbsmeister: Uebereinkommen eines solchen mit einer Stadtgemeinde wegen Pflege erkrankter, bei ihm in Arbeit stehender Gesellen auf Grund des Ges. v. 29. April 1869, die öffentl. Armen- und Krankenpflege betr., Ansechtung eines Beschlusses hierüber	221
Gewerbsvereine: Vermögen derselben	160
Gewohnheitsrecht: Entstehung eines solchen durch gerichtliche Urtheile	345
Giftige Stoffe: Einleitung solcher aus einer Fabrik in ein Fischwasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Ausräumung des mit den schädlichen Stoffen durchsetzten Schlammes neben dem auf Schadensersatz	296
Glaube, guter, hinsichtlich der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs	90
Begriff desselben	92, 99
Zeit desselben	136
Beweis desselben	195
Glaubwürdigkeit von Zeugen. Beweisführung hiegegen	237
Göuner: Kommentar zum bayer. Hypoth. Gesetze	7
Grenzberichtigungsklage: unrichtige Bezeichnung einer solchen	78
Gütergemeinschaft, allgemeine eheliche, unentgeltliche Veräußerung von zum gemeinsamen Vermögen gehörigen dinglichen Rechten ohne Zustimmung des anderen Eheheiles	290
Gütergemeinschaft nach dem vorderösterreichischen bürgerl. Gesehbuche	415
Auch bei Handwerkern zu offener Tasche findet nach Augsbürger Statutarrecht selbst bei unbeerbter Ehe eine Konsolidation des beiderseitigen Vermögens der Eheheile nicht statt	139, 143
Gutsanheirathung in Eheverträgen	416
Gutschäfte s. Ehemann.	
Gutsübergabe: Ort der Erfüllung einer solchen mit Austrag	378
Gutszugehörung: Schaffnerde als solche	338
Haftung des Verwahrers für abhandengekommene Pfandgegenstände	159
Haftung eines Hypothekenbeannten	223

	Seite
Handelsgesellschaft: Die Klage auf Löschung einer aus einem solchen entstandenen hypothekarischen Kautio n gehört vor das Bezirksgericht	399
Handelsgesellschaft, offene, als ein von den Personen der einzelnen Gesellschafter verschiedenes Rechtsobjekt	159, 162
Handwerker: bei solchen zu offener Tasche findet nach Augsburgischer Statutarrecht selbst bei unbeerbter Ehe eine Konsolidation des beiderseitigen Vermögens der Eheleute nicht statt	139, 143
Hauscr, k. Bezirks- und Handelsgerichtsrath	259
Hauskind: Schenkung des Vaters an dieses	194
Heirathsgutsoforderung, hypothekarisch versicherte, im Konkurse des Ehemannes	243
Herkommen beim Weibrechte	80
Hessen, Großherzogthum, Wandgesetzgebung v. 15. Sept. 1858 u. 19. Jan. 1859	19
Holzbezug der Pfarreien aus Gemeindevaldungen in der Pfalz	145
Hut- und Schleierrecht in den vormalig reichsritterschaftl. freiherrl. v. Thüngen'schen Territorien	147
Hypotheca des röm. Rechtes	3
Hypothek. Erstreckung derselben auf den ideellen Antheil an einer dem verpfändeten und dem Hause des Nachbarn gemeinschaftlichen Mauer	113
Verzicht auf eine erworbene Hypothek	413
Hypothekklage gegen Dritte	81
Klage auf Löschung der Hypothek wegen Zahlung	414
Persönliche Klage auf Löschung der Hypothek	224
Wirksamkeit der zur Ungebühr gelöschten Hypothek	359
Löschung der Hypothek nach §. 80 d. Hyp.-Ges.	240
Hypothekarische Kautio n eines Bürgen	377
Hypothekbestellung: Aufsehung einer solchen durch das Paulianische Rechtsmittel	109
Hypothekenbeamte: Haftung eines solchen	223
Hypothekenbuch: Das Prinzip der Oeffentlichkeit desselben nach bayerischem Rechte von Professor Regelsberger in Sieben 2, 17, 33, 49, 65, 83, 99, 118, 131, 163, 179, 195, 211, 227, 243, 260	5
System der formalen Rechtskraft des öffentlichen Buches	17
Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches im Allgemeinen	20, 33
Materielle Oeffentlichkeit desselben nach dem neueren Hyp.-Recht überhaupt	33, 49
Rechtskraft des Hypothekenbuches	49, 65
Begriff des materiellen Oeffentlichkeitsprinzipes nach bayer. Rechte	54
Unächte Folgen der Oeffentlichkeit	54
Einfluß der Hypothekenbucheinträge auf die Verjährung der Rechte	69
Erwerb im Vertrauen auf das Hyp.-Buch	88
Löschung durch dasselbe	88

	Seite
Beurkundung des Erwerbes durch das Hypothekenbuch	85
Guter Glaube hinsichtlich der Oeffentlichkeit des Hyp.- Buches	90
Begriff desselben	92, 99
Zeit desselben	136
Beweis desselben	195
Unkenntniß des Hyp.-Buches. Ausschluß der Berufung hierauf	52, 268
Entschuldbarkeit dieser Unkenntniß	103
Bewußtsein bei der Rechtsnachfolge in ein Hypothekenrecht	118
Deßgleichen beim Erwerb eines Hypothekenrechtes durch Mit- telspersonen	131
Wirkungen der Schlichtkläubigkeit und zwar der inneren Kraft	179
dem Umfange nach	186
Hypothekenrechtlicher Erwerb, Schutz desselben	56
Voraussetzungen hiezu	69
Wirkungen desselben	211
Entgeltlichkeit desselben	197
Bedeutung der bezüglichen Eintragung für die einzelnen Er- werbshatfachen	216
Verwirklichung des positiven Oeffentlichkeitsprinzipes bei Errichtung einer Hypothek	227
Deßgleichen bei der Begründung von Rechten an einer be- stehenden Hypothek	230
Deßgleichen bei der Aufhebung eines Hypothekenrechtes	246
Eureden gegen das Hypothekenrecht	233
Beschränkung der Wirkung der Rechtskraft des Hyp.-Buches auf das dingliche Recht	247
Erlösansprüche der durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches Geschädigten	250
Protestationen im Hyp.-Buche. Erfordernisse und Wirk- ungen derselben	175
Bekleinerung hiezu	304, 306
Die gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkungen der Oef- fentlichkeit des Hyp.-Buches finden auch in dem Falle An- wendung, wenn zum Zwecke der Eintragung einer be- stellten Hypothek die Anlegung eines Hypothekensoliums für den verpfändeten Grundbesitz erst veranlaßt war	40
Hypothekengesetzgebung, preussische, des vorigen Jahr- hunderts	6
Hypothekenrecht, neueres, Spezialität als Merkmal des- selben	7
Bayerische Literatur desselben	7
Deßgleichen württembergische	8
Deßgleichen österreichische	8
Deßgleichen schweizerische	8
Löschung und Erlösung von Hypothekenrechten	68
S. a. Hypothekenbuch.	
Hypothekforderung: Erstrent sich derjenige, welcher durch	

	Seite
Exekution eine solche erworben hat, des Schutzes der Defensivlichkeit des Hyp.-Buches	72, 371
Zuweisung einer solchen im Exekutionsverge, Arten hiervon	75
Hypothekgläubiger: Berufungsrecht solcher in einem Rechtsstreite über die Richtigkeit des Zuschlages eines subhastirten Immobile	410
Hypothekklage s. Hypothek.	
Hypothekfachen: Zu §§. 9 und 11 der Instruktion für Schätungen und Schätleute in solchen	369
I ntervention durch Anschluß an die von einer der Hauptparteien erhobene Nichtigkeitsbeschwerde	44
Intervention als Widerspruchsklage, Gerichts Zuständigkeit hierfür	286
Interzession s. Bürgschaft.	
Inventar s. Abtheilung.	
Irrthum, thatsächlicher in einem Urtheile	45
Deßgleichen bei Verträgen	161
Beweis desselben durch den Kläger bei Milderforderung der irrthümlichen Leistung einer Nichtschuld, insbesondere auch nach bayer. Landr.	299, 302
Beweis der Ausstellung einer Privaturkunde aus Irrthum	395
Juristische Person. Eideszuschiedung an eine solche.	
Vereinbarung über die Eidesformel durch die Vertreter derselben nach Annahme des Eides	220
K attendruckeri: Maschinen einer solchen sind nicht Zugehörungen des Gebäudes	361, 365
Kauf: Haftung des Verkäufers bei Viehveräußerungen in Gemäßheit des Art. 4 des Ges. v. 26. März 1859, Gewährleistung bei Viehveräußerungen betr.	129
Deßgleichen zu Art. 9 und 19 dieses Gesetzes	130
Wandlungsklage beim Kaufe	379
Kreditirung des Kaufpreises auf bestimmte Zeit	162
Verkauf mit vorbehaltenener Rumpnießung	162
Verkauf mit Eigenthumsvorbehalt	193
S. a. Not.-Ges. Art. 14.	
Kaufvertrag: <i>condictio sine causa</i> hieraus	98
Das Versprechen einer Summe hiebei, ob Nebenleistung, oder Freigebigkeit?	111
Kautio, hypothekarische eines Bürgen	397
Die Klage auf Lösung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautio gehört vor das Bezirksgericht	399
Kinder, Alimentationspflicht derselben gegen ihre Eltern	379
Versärgung einer Wittve über Vertheilung ihres Nachlasses an dieselben. (Not.-Ges. Art. 60)	64
Kirchen, Kirchenbaukast, Kirchengemeinde s. Baukast.	

	Seite
Klage auf Herausgabe von Urkunden, genaue Bezeichnung derselben	219
Persönliche Klage auf Hypotheklöschung	224
Klage auf Hypotheklöschung wegen Zahlung	414
Die Klage auf Löschung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautions gehört vor das Bezirksgericht	399
Klage auf Anerkennung der Vaterschaft gegen einen Dritten, wenn es unmöglich ist, daß der Ehemann Vater des von seiner verlassenen Ehefrau geborenen Kindes sei	288
Klage wegen Nichtigkeit eines Amortisationsverfahrens	380
Klage gemäß Art. 862 der Proj.-Ordn.	412
Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung am Gerichte des Wohnortes des Klägers gestellt	44
Abweisung der Klage in angebrachter Art ist dem neuen Verfahren fremd	44
Verschiedenheit des Rechtsgrundes der Klage mit dem in der Verhandlung hervorgetretenen	126
Unrichtige Bezeichnung einer Grenzberichtigungsklage	78
Klage auf Reichung von Alimenter, welche auf einen von der Administrativbehörde abgeschlossenen Vertrag gegründet ist, gehört vor die Gerichte	207
Klageänderung unzulässige	44
Eine solche liegt nicht vor, wenn die abweichende Geschichtserzählung die Identität des Rechtsstreites nicht aufhebt	236
Deshgleichen nicht in einer Einschränkung des Besuches	410
Deshgleichen nicht in dem neuen Vorbringen einer wahren Replik im zweiten Rechtszuge gegen eine im ersten Rechtszuge vorgebrachte Einrede	127
Klageänderung nach §. 180 der Proj.-Ordn.	353
Kläger, Verurteilung desselben in die Kosten	172
Klosterkirche s. Paula s.	
Kompetenz der Einzelgerichte	409
Zuständigkeit der Bezirksgerichte im Subhastationsverfahren	112
Gerichtszuständigkeit für eine als Widerspruchsklage zu behandelnde Intervention	286
Die Klage auf Löschung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautions gehört vor das Bezirksgericht	399
Zuständigkeit der Gerichte für den Streit mehrerer privatrechtlich Streuzugoberechtigter über den Vertheilungsmaßstab der Gesamtstreubezüge	80
Deshgleichen für eine Klage auf Reichung von Alimenter, welche auf einen vor einer Administrativbehörde abgeschlossenen Dienstvertrag gegründet ist	207
Deshgleichen für einen Streit aus einem Miethvertrage zwischen einer Gemeinde und einem Gemeindegliede	289
Zuständigkeit der Gerichte für Klagen wegen verabreichter Alimenter auf Grund des Ges. vom 29. Apr. 1869, die öffentliche Armen- und Krankenpflege betr.	409

	Seite
Zuständigkeit zur Fortführung einer Obervormundschaft.	
Richterlicher Ausspruch hierüber	353
Führung der Vormundschaft über Uneheliche	94
Zuständigkeit für die Behandlung der Verlassenschaft eines Untersiziers	44
Die Klage von Gemeinden gegen Gemeindeglieder wegen Zahlung von Distrikts- und Gemeindeumlagen gehört nicht zur Entscheidung der Gerichte. Festsetzung der Zu- ständigkeit	284
Administrative Zuständigkeit hinsichtlich der Wasserabgabe einzelner Grundeigentümer aus Wasserleitungen der Ge- meinde	209
Verurtheilung einer gerichtlichen Handlung oder Entscheid- ung, welche nach Erhebung eines Kompetenz-Konfliktes Seitens der Verwaltungsbehörde ergangen ist	110
Kosten: Ueber die Behandlung der Anwaltskosten, wenn der im Auftrage der Partei vorbereitete Rechtsstreit nicht rechtshängig wird	115
Vertreibung der Anwaltskosten	208
Kosten der Vertretung einer Partei durch einen Anwalt beim Einzelgerichte	144
Verurtheilung des Klägers in die Kosten	172
Deshgleichen eines Beklagten in dieselben, welcher theilweise unterlag, theilweise obsiegte	394
Deshgleichen, wenn er der Klage gemäß zur Herstellung eines Inventars und eidlichen Bekräftigung verurtheilt wurde	256
Zahlung der Kosten des Urtheils der ersten Instanz. Liegt hierin eine Unterwerfung unter dasselbe?	221, 237
Einrechnung von Kosten zur Erreichung der Berufungs- summe	286
Kosten der Berufungsinstanz	157
Deshgleichen. Entscheidung in einem ebauslegenden Erkennt- nisse hierüber	376
Kosten der Vorinstanzen, Ausspruch des obersten Gerichts- hofes hierüber	284
Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil im Kostenpunkte, wenn gegen das Urtheil selbständige Nichtigkeitsbeschwerde nicht statthaft ist	128
Nichtigkeitsbeschwerde wegen Kompensation der Kosten	189
Bernichtung eines Urtheiles im Kostenpunkte	375
Kündigung eines Dienstvertrages nach pr. DR.	145
S. a. Miethvertrag.	
Kultusbauberechtigter, Kultusbaulast s. Baulast.	
Kuratel über Verschwendet	242
Landwehrrmann: Die Beihilfe, welche einem solchen nach dem Reichsges. vom 22. Juni 1871 angewiesen wurde, unterliegt nicht dem Arrest	377
Behner, Lehrbuch des bayerischen Hypothekentrechtes	8

	Seite
Lehtwillige Verfügungen, nicht privilegirte nach Mainzer Landr.	114
Lichtrecht nach pr. Ldr.	174
Liquidum cum illiquido compensari non potest (pr. Ldr.)	289, 398
Locatio conductio operis s. Werkverdingung	
Löschung eines Hypothekrechtes, Unterschied von Erlösch- ung desselben	66
Löschung der Hypothek (§. 80 d. Hyp.-Ges.)	240
Wirksamkeit der zur Anzeit gelöschten Hypotheken	359
Klage auf Hypotheklöschung	224
Deshalbigen wegen Zahlung	414
Die Klage auf Löschung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautio gehört vor das Bezirksgericht	399
Mainzer Recht s. Ehefrau, Lehtwillige Verfüg- ungen, Mündel, Vertragsform.	
Mala fides s. Schleichtgläubigkeit.	
Mandat. Der Anspruch des Mandatars auf Vergütung der Auslagen ist durch besondere Vertragsbestimmungen auch dann ausgeschlossen, wenn in letzteren für den Man- datar ein gewagtes Geschäft liegt	123
Auftrag eines Schuldners an einen Dritten, eine Sache zur Sicherung des Gläubigers zurückzubehalten	379
S. a. Geschäftsführung.	
Maschinen als Bestandtheile eines Gebäudes. Möglichkeit des Eigenthumsvorbehaltes an denselben	335
Dieselben einer Rattendruckeri sind nicht Zugehörungen des Gebäudes	361, 365
Massaverwalter. Eideszuschreibung an denselben in einem Rechtsstreite gegen einen Schuldner des Gausschuldners	354
Mietvertrag einer Gemeinde mit einem Gemeindeglied. Zuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten hieraus	289
Mietvertrag mit dem Versprechen, in Zukunft weder zu kündigen, noch zu steigern	379
Mißhandlung: Die Behauptung hievon als Grund der Entfernung der Ehefrau veranlaßt im Hinblick auf §. 724 Th. II Tit. 1 des pr. Landr. nur die Gestaltang einer entsprechenden Rückkehrfrist	318
Miteigenthum s. Eigenthum.	
Mittels personen: Erwerb hieburh	131
Mündener Recht s. Privilegium abortinum.	
Mündel. Erzienung desselben, Bestimmungen hierüber nach Mainzer Landr.	48
Nachlaß: Succession in den eines außerehelichen, nicht legi- timirten Sohnes	48
Verfügung einer Wittwe über die Theilung ihres Nachlasses an ihre zur Intestaterbfolge berufenen Kinder nach ihrem Ableben	64
Nachträge und Berichtigungen	385

	Seite
Nebenabreden zu einem Vertrage, welcher vor dem 1. Jull 1870 unter Errichtung einer Privaturkunde abgeschlossen wurde	45
Mündliche Nebenabreden zu einem notariellen Tauschvertrag	81
Nebenpartei: Berufungsrecht einer solchen	220
Negatorienklage s. Actio negatoria.	
Negotiorum gestio s. Geschäftsführung.	
Neues Folium: Die gesetzlichen Bestimmungen über die Oeffentlichkeit des Hypoth.-Buches finden auch in dem Falle Anwendung, wenn zum Zwecke der Eintragung einer bestellten Hypothek die Anlegung eines Hypothekfoliums für den verpfändeten Grundbesitz erst veranlaßt war	40
Nichterfüllung: Klage auf Entschädigung hiewegen am Gerichte des Wohnortes des Klägers gestellt	44
Nichtigkeit eines Amortisationsverfahrens. Klage hierauf	380
Nichtigkeitsbeschwerde: Ansetzung hiemit	45
Ansetzung des Urtheils des letzten Rechtszuges hiemit	127
Verzicht hierauf	128, 377
Suspensiveseffekt derselben	412
Zustellung derselben	62
Vergleichen, wenn die obliegende Partei gestorben ist	191
Einlegung derselben während der Gerichtserlen	159
Spezielle Bezeichnung der vermeintlich verletzten Rechtsregeln	97, 158
Antrag auf Vertagung der Verhandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde	128
Formfehler in der Nichtigkeitsbeschwerdeschrift	395
Das Urtheil über die Feststellung des Eideszuges kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden	412
Neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde aus dem gleichen Grunde	412
Dieselbe kann sich nicht stützen auf die Thatsache, ob ein Schriftstück das zu erweisende Factum wahrscheinlich mache	412
Dieselbe findet nicht statt hinsichtlich der Frage der Einhaltung oder Versäumung einer Frist	95
Ebenso nicht, wegen Unterlassung einer Vertagung, wenn hierauf kein Antrag gestellt war	96
Dieselbe ist nicht zulässig gegen ein fortdelictatorische Einreden verwerfendes Urtheil	110
Ebenso nicht wegen eines im zweiten Rechtszuge auf Erhebung eines Augenscheines und Vernehmung von Sachverständigen zur Führung eines Gegenbeweises gegen einen im ersten Rechtszuge eingebrachten Zeugenbeweis gestellten aber verworfenen Antrags	111
Dieselbe ist unzulässig gegen ein Endurtheil erster Instanz, wenn der Beschwergegenstand die Berufungssumme erreicht	111
Gegen den Ausspruch im Kostenpunkte nur dann, wenn gegen das Urtheil selbst Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist	128
Dieselbe ist nicht zulässig gegen ein Urtheil, welches mit der Berufung angefochten werden kann	190

	Seite
Ebenso nicht gegen Erkenntnisse der nichtstreitigen Rechtspflege, welche eine gerichtablehnende Einrede verwerfen	354
Dieselbe hat nicht statt bezüglich des Grades der culpa bei Hingabe der Urkunden an Dritte	369
Dieselbe kann nicht auf unrichtige Auslegung von Statuten gegründet werden	396
Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil zweiter Instanz, weil das der ersten nicht zugestellt worden	158
Gegen ein Endurtheil erster Instanz auf eine Widerspruchsflage, wodurch ein Dritter das Eigenthum eines beschlagnahmten Immobile anspricht	208
Urtheile des letzten ordentlichen Rechtszuges in einem Rechtsstreite, der durch eine erst nach dem 1. Juli 1870 zugestellte Klagevorladung anhängig wurde, sind nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde nach neuem Verfahren anfechtbar	208
Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines in erster Instanz nicht von Amtswegen zu berücksichtigenden Einwandes des Beklagten, welcher bei der Verhandlung der klägerischen Berufung nicht wieder vorgebracht wurde	221
Einreden, welche in dem nach der O. D. durchgeführten Verfahren nicht vorgebracht wurden, können durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht nachgeholt werden	221
Nichtigkeitsbeschwerde gegründet auf die Bestreitung des Hauptrechtes, während Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung einer Rente statt hatte	287
Nichtigkeitsbeschwerde gegründet auf unrichtige Angabe der Dauer der Erscheinungsfrist	288
Dehgleichen wegen Anordnung des Zeugen-Verhörs	376
Nichtigkeitsbeschwerde über den Ausspruch hinsichtlich des Ungrunds der Klage bei geltend gemachter Gegenforderung	377
Nichtigkeitsbeschwerde wegen der in erster Instanz erfolgten, in zweiter Instanz nicht abgeänderten Verurtheilung in die Kosten	377
Dehgleichen wegen Kompensation der Kosten	189
Nichtschuld s. Conditio indebiti.	
Nichtstreitige Rechtspflege. Gegen Erkenntnisse in solcher, welche eine gerichtablehnende Einrede verwerfen, ist Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig	354
Notariats-Gesetz: Art. 14. Verhältnis dieses Art. zu Th. I Tit. 9 §. 332 das allgm. pr. Vdr.	163
Art. 14. Feststellung durch den Richter, daß der in der Urkunde verlaubarte Vertrag nur zum Scheine abgeschlossen sei	48
Art. 14. Erfüllung simulirter Verträge	275, 355
Art. 14. Ein nach dem notariellen Abschluß eines Gutskaufes vom Käufer dem Verkäufer gemachtes Versprechen, eine weitere Summe zu zahlen, wodurch der pakirte Kaufschilling erhöht werden sollte, ist nichtig	193

	Seite
Art. 14. Verpflichtung des Käufers beim Abschluß eines Immobilienkaufvertrages, aus dem Kaufschillinge eine Zahlung an einem Dritten zu leisten	378
Art. 14. Bei Weiterveräußerung des Kaufsobjectes mit Zustimmung des ursprünglichen Verkäufers, für den hiewegen eine Dispositionsbeschränkung eingetragen war und dem für seine Zustimmung eine Geldleistung versprochen, bedarf dieses Versprechen nicht der notariellen Verbriefung	64
Art. 24. Zurückforderung von Zahlungen aus mündlichem Nebenvertrage	81
Art. 14. Vertragsform des vom Hypothekgläubiger einem Dritten erteilten Auftrages, die Forderung bei dem Schuldner zu erheben und des von ihm dem Schuldner erteilten Auftrages, die Forderungen an jenen Dritten zu bezahlen	129
Art. 14. Notarielle Beurkundung der Einwilligung des Ehemannes zu Veräußerungen seiner Ehefrau nach stränk. R.	130
Art. 60. Verfügung einer Wittve über die Vertheilung ihres Nachlasses unter ihre Kinder nach ihrem Ableben	64
Art. 60. Nichtigkeit des Testaments wegen Verwandtschaft der Zeugen	95, 98
Art. 60. Mündliche Erklärung des Disponenten	402
Notarielle Urkunde: ungenauer Inhalt derselben	62
Beweis durch Zeugen und Eid gegen eine vor dem 1. Juli 1870 aufgenommene	257
Novation: Fortdauer der Haftung des Bürgen bei Umwandlung der Schuld durch Novation in eine andere	193
Gemeinrechtlicher Begriff der Novation	324
Nürnberg. Recht f. Ehe, Ehescheidungsprozesse.	
Oberpfälzer Landrecht f. Einkindschaft, Forstrechte.	
Obervormundschaft f. Vormundschaft.	
Oeffentliches Buch f. Hypothekenbuch.	
Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches f. daselbe.	
Offene Handelsgesellschaft f. Handelsgesellschaft.	
Oesterreichisches Hypothekenrecht, Studien hiezu von Erner	8
Donabruäcker Friedensinstrument. Anspruch auf Ausführung desselben	46
Parteivertretung f. Vertretung.	
Paulianisches Rechtsmittel: Anfechtung einer Hypothekbestellung hiedurch	109
Anfechtung eines im Jahre 1867 abgeschlossenen Vertrages hieimit. Dabei sind die Bestimmungen der O. D. cap. XIX §. 19 maßgebend	241
Paulianische Klage gegen den Erwerber allein, nicht gegen den fraudulose Veräußernden	241

	Seite
Einrede des mit der Paulianischen Klage Belangten . . .	241
Verjährung des Paulianischen Rechtsmittels nach der O. D. v. 1753 . . .	176
Peculium adventitium regularis Verwendung des- selben zur Bezahlung der Schulden des Vaters . . .	226
Persönliche Klage s. Klage.	
Pertinenz Eigenschaft von Maschinen . . .	335, 361, 365
Dehgleichen einer Schaafherde	338
Polz s. Holzbezug.	
Polz-Neuburg s. Constitutio Bertholdiana.	
Pfandgesetzgebung, großherz. hessische v. 15. Sept. 1859 u. 19. Jan. 1859	19
Pfandrecht: Grundlagen desselben nach römischem Recht . .	3
Dehgleichen nach deutschem Recht	4
Pfarreien: Holzbezug derselben aus Gemeindeväldungen in der Pfalz	145
Pfarrkirchen s. Pauslast.	
Pflegschaft s. Kuratel.	
Pflichtheil: Beeinträchtigung desselben durch eine inoffiziose Schenkung	162
Pignus des römischen Rechts	3
Präjudizialsache. Die ungewisse und nicht erzwingbare künstliche Anstellung von Klagen dritter Personen bildet keine solche	284
Präsumtion des früheren Todes unbogbarer Kinder, wenn dieselben in gemeinsamer Todesgefahr mit den Eltern um- kommen	302
Dehgleichen für die kirchliche Eigenschaft des Beiznten in Rechtsfreiheiten über Kirchenbaulast . . 81, 307, 323,	339
Inbesondere nach bayer. Rechte	340
Preussische Hypothekengesetzgebung des vorigen Jahrhunderts	6
Preussisches Landrecht s. Bauen, Pauslast, Beizschlaf, Beweis, Compensation, Dienstvertrag, Ehe- frau, Eigenthumsvorbehalt, Errungenschaft, Geschäftsführung, Lichtrecht, Notariats-Gesetz, Art. 14, Prozeßordnung, Servituten, Verjäh- rung, Verjährungsfrieten, Weiderecht.	
Prioritäts-Ordnung: §. 19 mit dem Gesetze v. 1. Juli 1856	47
Zu §. 23 Biff. 6 derselben	27
Dehgleichen Biff. 8	288
Privatflüsse s. Triebwerke.	
Privilegium Albertinum: Ueber die Voraussetzungen des bündlichen Zusammenwohnens der Ehegatten bei Ver- erbung nach dem in München geltenden Privilegium Al- bortinum	188.
Protestationen im Hyp. B. Erfordernisse und Wirkun- gen derselben	175
Beschelnigung hizu	304, 306

	Seite
Protokoll einer Verwaltungsbehörde. Dessen Beweiskraft für die Gerichte	110
Die Feststellung von niedergelegten Äußerungen in einem solchen ist thalächlicher Natur	191
Protokollirung der Zeugenaussagen. Unterlassung hievon	158
Prozesskosten s. Kosten.	
Pupill s. Mündel.	
Rechnungsstellung während der Geschäftsführung	78
Reclamatio uxoria des fränkischen Rechts	113
In Bezug auf Viehhandel des Mannes	291
Recht formales, formelles, förmliches, Unterschied desselben	23
Rechtserwerb, dinglicher	58
Rechtsgrund der Klage. Verschiedenheit desselben hiein und in der Verhandlung	126
Rechtskraft, formale des öffentlichen Buches, System derselben	5
Rechtskraft des Hypothekensbuches	33, 49
Beschränkung der Wirkung der Rechtskraft auf das dingliche Recht	247
Erfolgsprüche der durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches Geschädigten	250
Rechtskraft von Beweisurtheilen s. Beweisurtheil.	
Rechtsnachfolge in ein Hypothekrecht, Bewußtsein hiebei	118
Rechtspflege, nicht streitige s. Nichtligkeitsbeschwerde.	
Rechtsschutz s. Beweismittel, Einrede, Klage, Nichtligkeitsbeschwerde.	
Reitmayr, Oberappellationsgerichtsrath	259
Retentionrecht: Aushebung desselben nur durch wirkliche Zahlung.	97
Römisches Recht: Grundlagen des Pfandrechtes hienach	3
Sachen, gemeinschaftliche, Theilung einer solchen	108
Sachverhalt. Die mangelhafte Darstellung desselben begründet keine Nichtigkeit des Urtheils	172
Schadenersatz. Einleitung giftiger Stoffe aus einer Fabrik in ein Fischwasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Ausräumung des mit den schädlichen Stoffen durchsetzten Schlammes, neben dem auf Schadenersatz	296
Schadenersatz der durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches Geschädigten	250
Schätzungen und Schwärze in Hypothekensachen. Zu §. 9 und 11 der Instruktion in solchen	369
Schafherde als Gutszuechdrung	338
Schein s. Simulation.	
Schenkung	161
Inoffiziösität derselben	162
Schenkung des Vaters an sein Hauskind	194
Schenkung von Todeswegen	82

	Seite
Schlechtgläubigkeit in Bezug auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches	179, 186
Schleierrecht s. Hut- und Schleierrecht.	
Schutz des Hypothekenechtlichen Erwerbes	56, 69
Wirkungen desselben	211
Schwangerschaftsdauer: Berechnung derselben	80
Schwängerung s. Beischlaf.	
Schweizerisches Hypothekenecht. Die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge von Fr. v. W y s	
Selbstentmündigung: Unwirksamkeit einer solchen nach fränk. R.	30, 32
Servituten: Verjährung derselben	47
Erfüllung derselben nach pr. R.	223
Ausübung ohne Absicht bewirkt keine Erfüllung	129
Erfüllung eines Wasserbenützungsgrechtes	289
Klage auf Anerkennung einer durch Verjährung erworbenen Servitut	112
Servitut bezüglich einer Wasserleitung	160
Das Recht, auf einer bestimmten Fläche eines fremden Grundstückes den Torf abzubauen, ist nicht nothwendig ein dingliches	161
Holzbezug der Pfarreien aus Gemeinbewaldungen in der Pfalz	145
Simulation: Beweis derselben bezüglich einer öffentlichen Vertragsurkunde	45
Erfüllung simulirter Verträge	275, 355
Feststellung eines Scheinvertrages durch den Richter	48
Sittlichkeit: Strafverfolgung bei Verbrechen hiegegen	387, 403
Spezialität des neueren Hypothekenechts	7
Staatsanwalt: Anfechtung eines Urtheils als nichtig, weil derselbe bei der öffentlichen Appellationsgerichtssitzung nicht zugegen war	219
Staatsbeamte, Haftung derselben für Amtshandlungen	223
Steigern s. Mietvertrag.	
Strafurtheil inländisches, rechtskräftiges. Dessen Beweis- kraft vor den bürgerlichen Gerichten	285
Ein solches im Ungehorsamsverfahren wegen Vergehen er- gangen, bleibt im Civilprozeße Beweis für die That, nicht auch für außerwesentliche Umstände	376
Strafverfolgung bei Verbrechen wider die Sittlichkeit	387, 403
Streitpunkte: Beurtheilung zugelassener und wirklich ver- handelter	95
Subhastation s. Zwangsveräußerung, Zwangs- versteigerung.	
Substanziung, mangelhafte, eines Anspruches	172
Succession in den Nachlaß eines außerehelich gebornen, nicht legitimirten Sohnes	48
Suspensivbedingung Beweislast hiebei	97

	Seite
Täuschung durch das öffentliche Buch	83
Tauschvertrag	176, 379
Testamente der Geistlichen nach der Constitutio Bertholdiana	114
Testamentszeugen	95, 98
Thatsfrage hinsichtlich des Versprechens aus einem Kaufvertrag	111
Vergleichen hinsichtlich der in dem Protokolle einer Administrativbehörde konstatariten Aeußerungen	191
Vergleichen bezüglich des Grades der culpa bei der Hingabe von Urkunden an Dritte	369
Theilung einer gemeinschaftlichen Sache	108
Thünngensches Recht s. Hut- und Schieferrecht.	
Todespräsumtion	302
Torf. Das Recht solchen auf einer bestimmten Fläche zu stehen ist nicht nothwendig ein dingliches	161
Traditio longa manu	253
Erlebwerte an Privatflüssen	222
Triftgewässer	222
Uneheliche s. Vormundschaft.	
Ungehorsamverfahren: Beweiskraft von Strafurtheilen in solchen wegen Vergehen im Civilprozeße	376
Universalerbeikommniß: Ausrechterhaltung desselben bei desitutum Testamente	146
Unkenntniß des Hypothekenbuches. Ausschluß der Berufung hierauf	52, 268
Entschuldbarkeit derselben	103
Unstatthaftigkeit der Berufung s. dieselbe.	
Vergleichen der Nichtigkeitoberschwerte s. dieselbe.	
Unteroffizier, Wohnsiß eines solchen	44
Unterwerfung unter die Entscheidung	45
Die unzweideutige unter das Urtheil ist eine Thatsfrage	96
Unterwerfung unter die erzwingbare Vollstreckung eines Urtheils ist kein Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerbe	128, 173
Eine solche liegt nicht in der Zahlung der Prozeßkosten vor Ablauf der Berufungsfrist	221
Unvordenklichkeit, Unterbrechung derselben	80
Urkunde: Beweis, daß die anerkannte Unterschrift einer Privatursunde ersichtlich sei	79
Beweis der Ausstellung einer Privatursunde aus Irrthum	395
Beweis des Datums von Privatursunden	237
Zeugenbeweis gegen eine vor dem 1. Juli 1870 errichtete vollbeweisende Urkunde	369
Klage auf Herausgabe von Urkunden, genaue Bezeichnung der letzteren	219
Einrede der Unzuständigkeit im Ediktionsstreite	375
Eine nicht produzierte Urkunde kann nicht die Grundlage eines Urtheils bilden	410
Urkunde-Ertheilung des Gerichtes	284
Ungeuauer Inhalt einer Notariats-Urkunde	62

	Seite
Urtheil: thatsächlicher Irrthum hierin	46
Vernichtung eines appellationsgerichtlichen, dann neues Urtheil auf Grund neuer thatsächlicher Feststellungen, jedoch denselben Ausspruch enthaltend, wie das frühere, ist dann eine Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes geboten?	79
Vernichtung eines Urtheils wegen Mangels von Gründen	287
Deshgleichen wegen Verletzung von Art. 180 u. 262 der Proj.-Ordn.	353
Deshgleichen im Kostenpunkte	375
S. a. Beweisurtheil, Nichtigkeitsbeschwerde, Unterwerfung, Vollstreckungsbeschluß.	
Water, Schenkung desselben an sein Hauskind	194
Alimentationspflicht des außerehelichen	399
Waterschaft: Zulässigkeit der Klage auf Anerkennung derselben gegen Dritte, wenn es unmöglich ist, daß der Ehemann Vater des von seiner verlassenen Ehefrau gebornen Kindes sei	288
Veräußerung einer Ehefrau nach fränk. R.	130
Die Beschränkung der ebeherrlichen Veräußerung bei versammelter Ehe nach Nürnberger Recht betrifft nur den ehedrüklichen Antheil an dem veräußerten Gute	108
Unanfechtbarkeit von fiskalischen Veräußerungen	378
Veräußerungsverbot bei einer mehreren gemeinschaftlich hinterlassenen Sache	128
Verbandhypotheken auf Grundstücken, welche nebst anderen in den Besitz Dritter übergegangen sind, deren Befriedigung, wenn der ursprüngliche Schuldner in Sant geräth	47
Verbrechen wider die Sittlichkeit, Strafverfolgung	387, 403
Verfügung, lehtwillige, nicht privilegierte nach Mainzer Landr.	114
Verhandlung: Beurtheilung zugelassener und wirklich verhandelter Streitpunkte	95
Verbindung und Trennung derselben	284
Verjährung der Forderungen nach dem Ges. v. 26. März 1859	210
Verjährung der Rechte. Einfluß des Hyp.-Buchselntrages hierauf	54
Klage auf Anerkennung einer durch Verjährung erworbenen Servitut	112
Verjährung von Servituten	47
Deshgleichen nach pr. Landr.	223
Verjährung der Kultusbaulast nach preuß. Landr.	161
Die kurzen Verjährungsfristen nach Th. I Tit. 5 §. 343 u. 344 hzv. 325 des pr. Obr.	125
Einrede der Verjährung aus einem Niehveräußerungsvertrage	414

Verkauf s. Kauf.	
Verlassenschaft s. Nachlaß.	
Verlassung, bössliche: Der in §. 685 Th. II Tit. 1 des pr. L.R. erwähnte „rechtmäßige Grund“ der Entfernung der Ehefrau ist nur auf im Gesetze selbst enthaltene Fälle der Ausnahme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens beziehbar, nicht aber aus allgemeinem richterlichen Ermessen festzustellen. Die Behauptung von Mißhandlung als Grund der Entfernung veranlaßt im Hinblick auf §. 724 a. a. O. nur die Gestattung einer entsprechenden Rückkehrfrist . . .	318
Vermögen der Gewerksvereine	160
Vermuthung s. Präsumtion.	
Verpflichtungsgrund verschiedener für dieselbe Leistung; unrichtige Anwendung des Gesetzes wegen eines, bei der Liquidität des anderen	190
Verlagung: Unterlassung solcher, Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde hierauf	96
Verlagung der Verhandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde, Antrag auf solche	128
Vertrag zu Gunsten Dritter	63
Irrthum beim Verträge	161
Erfüllung simulirter Verträge	275, 355
Vertragsform hinsichtlich des Versprechens einer Gelbleistung für die Ertheilung der Zustimmung der Weiterveräußerung des Kaufobjektes durch den Verkäufer, für den eine Dispositionbeschränkung eingetragen war	64
S. a. Dienstvertrag, Mietvertrag, Nebenabreden, Not.-Ges. Art. 14.	
Vertreter einer juristischen Person, Ableistung eines Eides durch solche	220
Vertretung einer Partbei durch einen Anwalt beim Einzelgerichte, Kosten derselben	144
Verkümmungsurtheil: Einspruch des Arrestbeklagten hiergegen	46
Verammte Ehe: Die Beschränkung der eheherrlichen Veräußerung bei solcher nach Nürnbergger Recht betrifft nur den ehefräulichen Antheil an dem veräußerten Gute	108
Verwahrer: Haftung desselben für abhanden gekommene Pfandgegenstände	159
Verwalter und Verwaltung, Begriff hievon	271
Verwaltungsbehörde: Beurtheilung einer gerichtlichen Handlung oder Entscheidung wegen eines vorher von der Verwaltungsbehörde erhobenen Kompetenzkonfliktes	110
Beweiskraft des Protokolles einer Verwaltungsbehörde für die Gerichte	110
Die Feststellung von niedergelegten Äußerungen in einem solchen ist thatsächlicher Natur	191
S. a. Alimente.	
Verweltlichung eines geistlichen Zehnten	331
Verzicht s. Verufung, Hypothek, Unterwerfung.	

	Seite
Viehhandel des Mannes. Reclamatio uxoria des pr. R. in Bezug hierauf	281
Viehverkäufungen: Gewährleistung hiebei, Haftung des Verkäufers	129
Erfolg der aus dem verkauften Thiere gezogenen Nutzungen	225
Zu Art. 9 und 10 des Ges. v. 26. März 1869	130
Verjährung der Klage auf Entschädigung aus einem Viehverkäufungsvertrage	224
Einrede der Verjährung hieraus	414
Vollmacht: Unstatthaftigkeit der Berufung wegen Mangels der Vollmacht des Anwaltes	236
Vollmacht der Ehefrau an ihren Ehemann, welcher mit ihr in Ertrungenschaftsgemeinschaft lebt. Wirkungen derselben. (pr. Landr. und Deutschord. R.)	290
Vollstreckung: ob ein handelsgerichtliches Urtheil , welches eine offene Handelsgesellschaft verurtheilt, gegen einen einzelnen Gesellschafter vollstreckbar sei, hat das Vollstreckungsgericht zu entscheiden	159, 162
Kann sich der Gläubiger, welchem eine Hypothekforderung seines Schuldners durch richterliche Hypothekvollstreckung überwiesen wurde, auf die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches berufen?	72, 371
S. a. Arrest, Beschlagnahme.	
Vollstreckungsbeschlufs auf bedingten Zahlungsbefehl erlassen hat die Wirkung eines richterlichen Urtheiles	144
Vollstreckungsgericht s. Vollstreckung.	
Vollstreckungsklage gemäß Art. 862 der Proj.-Ordn.	412
Vorladung im Parteiprozesse gemäß Art. 17 des Einf.-Ges. zur Proj.-Ordn.	63
Vormundschaft: Führung derselben über Anebeliche	94
Zuständigkeit für die Führung einer Vormundschaft, richterlicher Ausspruch hierüber	353
Vorsichtsverfügung: Sicherheitsleistung hiesfür	256
Aufhebung einer solchen	256
Vorzugsrecht einer vor dem 1. Juli 1870 in vim executionis erfolgten Einweisung in eine Forderung in einen nach genanntem Tage ausgebrochenen Gant	288
Wächter von, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte, hier die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung für die Sicherung und die Natur der eingetragenen Rechte nach württembergischem Rechte	8
Wandlungsklage beim Kauf	379
Wasserabstiche einzelner Grundbesitzer aus Wasserleitungen der Gemeinde, administrative Zuständigkeit hiesfür	209
Wasserbenützung: Eröffnung einer solchen	289
S. a. Erstgewässer.	
Wasserleitung: Servitut bezüglich einer solchen	160

	Seite
Wechsel: Zurückforderung eines ausgestellten auf Grund rechtlosen Inhabens	14
Weiderecht: Umfang und Ausübung eines solchen	63
Entscheidung des Herkommens hierüber	80
Unterbrechung der Erskung eines solchen nach pr. Landr.	129
Verkverdingung nach bayer. Landr.	98
Die Einwendung, das Werk sei nicht gehörig vollendet übergeben worden, schließt die Vertragsklage des Werkmeisters nicht aus, sondern kann nur Entschädigung bewirken. In dem ehfräulichen Vermögensverwaltungsrechte bei Entfernung des Ehemannes nach einem unbekanntem Aufenthaltsorte liegt auch der Abschluß von durch diese Verwaltung veranlaßten Verkverdingungsverträgen (pr. Landr.)	169
Hat der Werkbesteller das Werk angenommen, so kann er wegen nicht sofort erkennbarer Mängel nicht bloß Entschädigung vom Werkmeister verlangen, sondern denselben auch alternativ zur nachträglichen Wendung der Gebrechen anhalten, wenn nicht ein Verzicht durch konkludente Handlung entgegensteht	204
Widerspruchsklage nach Art. 870 der Proz.-Ordn.	46
Legitimation zur Widerspruchsklage	173
Berufungsfrist hierin	191
Widerspruchsklage eines Dritten beim Rechtsstreite in keiner Weise Betheiligten	173
Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung eines Uebereinkommens eines Gewerbsmeisters mit einer Stadtgemeinde wegen der Pflege erkrankter bei ihm in Arbeit stehender Gesellen	221
Gerichtszuständigkeit für eine als Widerspruchsklage zu behandelnde Intervention	286
Wiederausnahme des Verfahrens gegen ein rechtskräftiges civilgerichtliches Urtheil auf Grund eines schwurgerichtlichen Urtheiles	396
Wiederrufsrecht des Ehemannes hinsichtlich der Veräußerungen seiner Ehefrau nach fr. R.	130
Windsheim. Dortselbst geltende Rechte	378
Wittwe: Verfügung einer solchen über die Theilung ihres Nachlasses an ihre zur Intestaterbsfolge berufenen Kinder nach ihrem Ableben	64
Wohnsitz eines Unteroffiziers	44
Württembergisches Hypothekenrecht	8
WvH, Fr. v., die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge nach schweizerischem Hypothekenrechte	8
Zahlung: Klage auf Hypotheklöschung wegen solcher	414
Zahlungsbefehl: Der auf einen solch bedingten erlassene Vollstreckungsbefehl hat die Wirkung eines richterlichen Urtheiles	144

	Seite
Zehent: Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft desselben	81, 307, 323,
Insbesondere nach bayer. Rechte	339
Verweltlichung eines geistlichen Zehents	340
Nichtanwendbarkeit des Gef. v. 28. Mai 1852, die Sicherung u. der auf dem Zehentrechte lastenden kirchlichen Baupflicht betr., auf eine dem Zehentberechtigten obliegende ausschließende Kultusbaupflicht	331
Ueber die Rechtsverhältnisse des Kultusbauberechtigten gegenüber dem baupflichtigen Zehentbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehents an die Ablösungskasse	156
Zeit des guten Glaubens beim hypothekrechtlichen Erwerb	9, 11
Zeugen: deren vorherige Benennung an die Gegenpartei	136
Unterlassung der Vorladung derselben	96
Beweis gegen die Glaubwürdigkeit von solchen	189
Unterlassene Konstatirung der Veridigung der Zeugen in erster Instanz bildet keinen Nichtigkeitsgrund	237
Zeugenaussagen: Unterlassung der Protokolirung derselben	285
Zeugenbeweis: Berücksichtigung der Ergebnisse eines solchen in späteren Prozessen	158
Gegen eine vor dem 1. Juli 1870 erteilte vollbeweisende Urkunde	79
Zeugenverhör: Nichtigkeitsbeschwerde wegen Anordnung desselben	369
	376
Zeugenschaft eines Gantschuldners in dem Prozesse des Massaverwalters gegen einen Schuldner des Gantschuldners	354
Vergleichen einer Ehefrau, welche mit ihrem Ehemanne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, in einem Rechtsstreite desselben	285
Vergleichen von Personen, welche an dem Ausgange des Prozesses ein direktes Interesse haben	395
Zubehörungen s. Maschinen, Schafsheerde.	
Zurückforderung s. Unsässigmachung, <i>Condictio sine causa</i> .	
Zuständigkeit s. Kompetenz.	
Zustellung: unrichtige der Berufungseinlegung, Geltendmachung derselben	79
Zustellung der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn die obliegende Partei gestorben ist	191
Zustellung an den Ehemann für sich und als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder, wenn seine Ehefrau, die mit ihm Partei war, gestorben ist	221
Zwangöveräußerung gepfändeter Fahrnisse, Erlös hieraus	82
Zwangöversteigerung: Zuständigkeit der Bezirksgerichte im Subhastationsverfahren	112
Ein unter der Herrschaft des StGB. v. 10. Nov. 1861 gegebenes Versprechen für die Unterlassung des Mitbleibens bei einer Zwangöversteigerung zur selben Zeit ist nicht klagbar	192
Zweite Ehe s. Ehe.	

Systematisches Register.

I. Civilprozeß.

A. Prozeßordnung

vom 29. April 1869.

Art. 1 mit 34 ff. Beurtheilung einer gerichtlichen Handlung oder Entscheidung wegen eines vorher schon von der Verwaltung erhobenen Kompetenzkonfliktes. 110.

Art. 1 mit 788 Biff. 2. Zuständigkeit der Gerichte für eine Allmentenklage, welche auf einen vor einer Verwaltungsbehörde abgeschlossenen Dienstvertrag gegründet ist. 207.

Art. 1 mit 788 Biff. 2 und Art. 815 Abs. 1, bezw. 106 und 111. Klagen von Gemeinden gegen Gemeindeglieder wegen Zahlung von Distrikts- und Gemeindefumlagen gehören nicht vor die Gerichte. — Ausspruch des obersten Gerichtshofes über die Kosten der Vorinstanzen. 284.

Art. 11, 511, 686. Abweisung der Klage vom Einzelgerichte statt Verweisung derselben vor das Kollegialgericht. Berufung in der Hauptsache und im Kostenpunkte, falls die Kosten die Berufungssumme erreichen. 219.

Art. 12. Wohnsitz von Unteroffizieren. 44.

Art. 14 Abs. 2. Führung der Vormundschaft über Uneheliche. 94.

Art. 23. Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung am Wohnort des Klägers gestellt. 44.

Art. 33, 34. Verbindung mehrerer Rechtsstreitigkeiten. Festsetzung der Zuständigkeit. 284.

Art. 34 und Einf.-Ges. Art. 4. Zuständigkeit zur Fortführung der von einem Gerichte seither geführten Vormundschaft. 353.

Art. 66, 789. Intervention durch Anschluß an die von einer Hauptpartei erhobene Nichtigkeitsbeschwerde. 44.

Art. 89 mit 689 und 725. Unstatthaftigkeit der Berufung wegen Mangels der Vollmacht des Anwalts im zweiten Rechtszuge. 236.

Art. 105—118. Ueber Behandlung der Anwaltskosten, wenn der im Auftrage der Partei vorbereitete Rechtsstreit später nicht rechtshängig wird. 115.

Art. 106 Abs. 3. Anwaltskosten beim Einzelgerichte. 144.

Art. 106. Verurtheilung des Klägers in die Kosten. 172.

Art. 106, 109. Nichtigkeitsbeschwerde wegen Kompensation der Kosten. 189. Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkosten. 256.

Art. 106 mit 109 und 736. Kosten der Berufungsinstanz. 157.

Art. 144 mit 134. Armenrecht. Kosten hiebei. 95.

Art. 154, 155, 156 mit 274 und 328 Abs. 4. Abweisung der Klage in angebrachter Art ist dem neuen Verfahren fremd. 44.
Art. 154, 274. Mangelhafte Substanziierung eines Anspruchs 172.

Art. 157. Zur Verhandlung zugelassene und wirklich verhandelte Streitpunkte. 95.

Art. 157, 190. Die ungewisse und nicht erzwingbare künftige Anstellung von Klagen Dritter bildet keine Präjudizialsache. 284.

Art. 160. Anfechtung eines Urtheiles des Appellationsgerichts, weil der Staatsanwalt in der Sitzung desselben nicht zugegen war. 219.

Art. 180, 181. Unzulässige Klageänderung liegt nicht vor, wenn die abgeänderte Geschichtserzählung die Identität des Rechtsstreites nicht aufhebt. 236.

Art. 180, 262. Unzulässige Klageänderung und über den Parteienantrag hinausgehendes Urtheil. 353.

Art. 216, 791. Die Einhaltung oder Verfümmung von Fristen ist Thatsache. 99.

Art. 225 mit 230, 319, 324 und 328. Beweis des Eigenthums. 172.

Art. 248. Urkunderstellung durch das Gericht 284.

Art. 262 mit 112. Aufrechnung von Anwaltskosten des Gegners an einer der verurtheilten Partei gegen diesen zustehenden Forderung. 208.

Art. 262, 264. Wichtigkeitserklärung eines Testaments. 95.

Art. 262, 264 mit 180, 704, 707, 728 und 729. Gegenüberter Rechtsgrund des Klageanspruches in der Verhandlung des zweiten Rechtszuges. 126.

Art. 262; Einf.-Ges. Art. 23. Abweichende Zuerkennung vom Klageanspruch 95.

Art. 263 mit 230 und 262. Klage auf Anerkennung der Freiheit von aller Baualast, Verurtheilung des Beklagten zur Wendung der kleineren Baufälle. 126.

Art. 264 Abs. 1. Unrichtige Bezeichnung einer Grenzberichtigungsklage. 78.

Art. 283 und 328. Unerheblichkeit der angebotenen Beweise. 144.

Art. 320. Benützung des Ergebnisses eines in einem früheren Prozesse geführten Zeugenbeweises in einem späteren. 79.

Art. 320, 323. Beweiskraft inländischer, rechtskräftiger Strafurtheile vor den bürgerlichen Gerichten. 285.

Art. 324. Unterlassung des Beweisanerbietens. 126.

Art. 328. Beweislast bei der Klage auf Freigabe von, einem Dritten gehörigen, gepfändeten Sachen des Schuldners gegen den Gläubiger 127.

Art. 328 mit 324. Definitivurtheil mit Umgehung einer Beweisaufgabe. 219.

Art. 328, 332, 237, 345, 707. Neuerliche Geltendmachung von Beweismitteln im ersten Rechtszuge. 285.

Art. 345 mit 180 und 707. Unzulässige Klageänderung beim Beweisverfahren. 44.

Art. 353. Beweiskraft des Protokollcs einer Verwaltungsbehörde vor den Gerichten. 110.

Art. 355, 399; Einf.-Ges. Art. 24. Zeugenbeweis über Nebenabreden zu einem vor dem 1. Juli 1870 in einer Privaturkunde abgeschlossenen Vertrage. 45.

Art. 358. Beweis des Datums einer Urkunde. 237.

Art. 376 Abs. 2. Unterlassung der Verklagung wegen Bestreitung der Richtigkeit einer Urkunde, wenn hierauf kein Antrag gestellt wurde. 96.

Art. 388—390. Genaue Bezeichnung der Urkunden bei der Klage auf Herausgabe derselben. 219.

Art. 399, Einf.-Ges. Art. 24. Zeugenbeweis gegen eine vor dem 1. Juli 1870 errichtete vollbeweisende Urkunde. 369.

Art. 399 mit 322 und Einf.-Ges. Art. 24. Verursächigung des Zugeständnisses des ungenauen Inhaltes einer nach dem 1. Juli 1870 errichteten notariellen Urkunde. — Beweis durch Zeugen und Vermuthungen gegen eine vor diesem Tage errichtete notarielle Urkunde. 62.

Art. 400. Zeugenschaft einer mit ihrem Ehemanne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau in einem Rechtsstreite desselben. 285.

Art. 400 und 449 mit 1234, 1280 Zeugenschaft eines Gantschuldners in einem Rechtsstreite des Massadewalters gegen einen Schuldner des Gantschuldners. 354.

Art. 409. Unterlassene Vorladung der Zeugen. 189.

Art. 412, 530. Vorherige Benennung der Zeugen. 96.

Art. 414 mit 324 und 328. Beweisführung gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen. 237.

Art. 419 Abs. 5. Unterlassene Protokollierung der Zeugenaussagen. 158.

Art. 423, 795 Abs. 2. Unterlassene Konstatirung der Beerdigung der Zeugen im ersten Rechtszuge. 285.

Art. 454. Eideszuschlebung in einem Rechtsstreite gegen zwei Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft leben. 172.

Art. 457 Ziff. 3, 4 und Abs. 3. Beweis, daß die Unterschrift einer Privaturkunde erschlichen sei. 79.

Art. 457. Eideszuschlebung über einen Beisatz, durch welchen der Delat einen Ehebruch beging. 96.

Art. 459, 460 mit 454. Zurückschiebung eines Eides, der keine eigene Handlung des Delaten betrifft. 208.

Art. 460 mit 462—456 und 459. Eideszuschlebung an eine juristische Person. 220.

Art. 465 mit 180, 460 und 463. Eidbestellung nicht nach dem festgesetzten Eidesworte. 189.

Art. 467. Eideszuschlebung an den Drittschuldner über die Übergabe des beschlagnahmten Darlehens. 237.

Art. 469. Erfüllungseid bezüglich eines Cessionvertrages. 286.

Art. 469 mit 472 und 467 Ziff. 1. Erfüllungseid bezüglich der Vaterschaft des von einer von ihrem Ehemanne verlassenen Ehefrau geborenen Kindes. 286.

Art. 553—564. Ein auf einen bedingten Zahlungsbefehl

erlassener Vollstreckungsbeschluss hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils. 144.

Art. 606 Biff. 2, Art. 607, 624, 856 Biff. 3; 870, 1002. Gerichtsjustizämde für eine als Widerspruchslage zu behandelnde Intervention. 286.

Art. 609. Sicherheitsleistung bei Vorsichtsverfügungen. 256.

Art. 635. Aufhebung einer Vorsichtsverfügung. 256.

Art. 682, 683, 788; Einf.-Ges. Art. 19. Rechtskraft eines in einer vor dem 1. Juli 1870 anhängig gewesenen Sache nach diesem Tage verkündeten Beweisurtheils. 158.

Art. 682, 683. Berufung gegen Urtheile in Ehecheidungsprozessen nach der Nürnberger Ehecheidungsordnung. 190.

Art. 685. Berechnung der Beschwerdesumme. 82.

Art. 686. Kapital nicht Zinsbetrag als Berufungssumme. 286.

Art. 686 mit 106 und 691. Einrechnung der Kosten in die Berufungssumme. 286.

Art. 695. Zahlung der Prozesskosten vor Ablauf der Berufungsfrist bildet für sich allein keine Unterwerfung unter das Urtheil. 221, 237.

Art. 695, 791. Die unzweideutige Unterwerfung unter das Urtheil ist eine Thatsache. 96.

Art. 697 Abs. 3 mit 129 und 728. Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil zweiter Instanz, weil das der ersten nicht zugefällt war. 158.

Art. 698 mit 192, 203, 218—220, 724, 725, 788 Biff. 6 und 793. Unrichtige Zustellung der Berufungseinlegung. 79.

Art. 678 mit 193, 58 und 202. Bestellung der Berufung an den Ehemann für sich und als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder, wenn die mit ihm Partei bildende Ehefrau mit Hinterlassung minderjähriger Kinder verstorben ist. 221.

Art. 707. Substanziierung einer schon im ersten Rechtszuge vorgebrachten Einrede durch Urkunden im zweiten. 127.

Art. 707 mit 396 und 433. Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verwerfung von Beweismitteln im zweiten Rechtszuge. 111.

Art. 708 mit 682. Verbindung der Berufung über verschledene Ausprüche. 256.

Art. 724 mit 245 und 710. Verfahren, wenn in der Sitzung zur Hinterlegung der Anträge in der Berufungsinstanz der Anwalt des Appellanten nicht erscheint. 111.

Art. 759, 760, 788. Gegen Erkenntnisse der nichtstreitigen Rechtspflege, welche nur gerichtablehnende Einreden verwerfen, ist Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. 354.

Art. 761 Biff. 1, 762. Thatsächlicher Irrthum in einem Urtheile. 45.

Art. 788. Nur das Urtheil der letzten Instanz ist mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. 45, 111, 127, 190.

Art. 788 B. 4. Vernichtung eines Urtheils wegen Mangels von Gründen. 287.

Art. 788 Biff. 4 mit 285—287. Mangelhafte Darstellung des Sachverhaltes als Nichtigkeitsbeschwerdegrund. 172.

Art. 788 mit 683. Gegen den Ausspruch im Kostenpunkte

ist nur dann Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, wenn das Urtheil mit einer selbständigen angefochten werden kann 128. Gegen Urtheile, welche forsdeminatorische Einreden verwerfen, ist Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. 110.

Art. 788 mit 693 Ziff. 2 Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Endurtheil des ersten Rechtszuges auf eine Widerspruchsfähigkeit, wodurch das Eigenthum eines beschlagnahmten Immobilien beansprucht wird. 208.

Art. 788 mit Einf.-Ges. Art. 1 bezw. 18. Das Urtheil des letzten ordentlichen Rechtszuges, der durch eine erst nach dem 1. Juli 1870 zugestellte Klagevorladung anhängig geworden ist, kann nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde des neuen Verfahrens angefochten werden. 208.

Art. 790. Bei Verschiedenheit der Verpflichtungsgründe und Verurtheilung des Beklagten wegen Liquidität des einen kann das Urtheil nicht vernichtet werden, wenn die Verurtheilung nur durch die Liquidität eines anderen gerechtfertigt erscheint. 190.

Art. 791. Die Feststellung der in einem administrativen Protokolle niedergelegten Aeusserungen ist thatsächlicher Natur. 191.

Art. 791. Thatsache ist, ob eine vor Errichtung eines notariellen Immobiliarkaufvertrages versprochene Summe Nebenleistung oder Freigebigkeit ist. 111.

Art. 791. Aufsehung der thatsächlichen Ergebnisse der Verhandlungen und Beweise. 45.

Art. 792. Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines nicht von Amtes wegen zu berücksichtigenden, vom Beklagten in der Berufungsinstanz nicht wiederholten Einwandes. 221.

Art. 792. In dem älteren Verfahren nicht vorgebrachte Einreden können im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde nicht nachgeholt werden. 221.

Art. 795 Abs. 1 mit 695. Unterwerfung unter die erzwingbare Vollstreckung eines Urtheils enthält keinen Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde. 45, 128, 173.

Art. 795 mit Einf.-Ges. Art. 14, 15 und 18. Berufung gegen ein vor dem 1. Juli 1870 verkündetes Urtheil, von einer Partei erst nach diesem Tage eingelegt. 46.

Art. 795 mit 3 und 5 Ziff. 3. Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verurtheilung zur Zahlung der Rente bei Bestrellung des Hauptrechtes. 287.

Art. 798 Ziff. 2 mit 218 Abs. 2 und 812. Spezielle Bezeichnung der vermeintlich verletzten Rechtsregeln. 97.

Art. 798, 800. Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Angabe der Erschelungsfrist. 288.

Art. 800 mit 193 Ziff. 5 und 218 Abs. 2. Zustellung der Nichtigkeitsbeschwerde. 62.

Art. 800 mit 202, 203, 211, 218 und 816. Zustellung der Nichtigkeitsbeschwerde, wenn die obstehende Partei verstorben ist. 191.

Art. 809. Antrag auf Vertagung der Verhandlung der Nichtigkeitsbeschwerde. 128.

Art. 812 mit 165 Ziff. 5, 788 Ziff. 7 und 798 Ziff. 2. Ohne Aufstellung bestimmter Beschwerden und spezieller Nichtig-

Keltgründe kann auf die materielle Würdigung der Nichtigkeitsschwerde nicht eingegangen werden. 158.

Art. 840. Zuständigkeit im Subhastationsverfahren. 112.

Art. 840 mit 7, 9 u. 11. Ob ein handelsgerichtliches Urtheil, welches eine offene Handelsgesellschaft verurtheilt, gegen einen einzelnen Gesellschafter vollstreckbar sei, ist von dem Vollstreckungsgerichte zu entscheiden. 159.

Art. 840 mit 868 und 885 Abs. 2. Widerspruchsklage eines Gewerbdienstlers gegen die vollstreckbare Entscheidung, welche sich auf ein zwischen ihm und einer Stadtgemeinde getroffenes Uebereinkommen wegen der Pflege erkrankter bei ihm in Arbeit stehender Gesellen stützt. 221.

Art. 853 Abs. 3 mit 842. Berufungsfrist in Widerspruchsklagen. 191.

Art. 868 mit 833, 842 u. 843. Legitimation zum Widerspruch gegen eine Vollstreckung. 173.

Art. 916. Haftung des Verwahrers für abhanden gekommene Pfandgegenstände. 159.

Art. 919 mit 902, 909 u. 922, dann 605, 607, 842 u. 867. Anschließung an die Beschlagnahme von Fahrnissen. 288.

Art. 968. Arrest auf Nahrungszuflüsse der Eltern aus dem Vermögen ihrer Kinder. 174.

Art. 972, 976, 980, 981. Einspruch des Arrestbeflagten gegen ein Verkündungsurtheil. 46.

Art. 1218 mit 1193, 1194, 1206 u. 1225. Erlös aus der Zwangsveräußerung gepfändeter Fahrnisse. 62.

Art. 1267. Der Umstand, daß durch das Grundvermögen die auf demselben haftenden Hypothekenschulden nicht gedeckt werden, steht der Eröffnung der Gant nicht entgegen. 401.

B. Einführungs-Gesetz zur Prozeß-Ordnung.

Art. 3. Biff. 13, Art. 23. Abs. 1. Vorzugsrecht der vor dem 1. Juli 1870 in vim executionis erfolgten Einweisung in eine Forderung in einer nach genanntem Tage ausgebrochenen Gant. 288.

Art. 14, 15, 19, 23. Rechtskraft eines von einem Einzelrichter, in einer vor dem 1. Juli 1870 anhängigen Sache, nach diesem Tage erlassenen und verkündeten Beweisinterlokuts. 256.

Art. 17. Unterlassung der in Abs. 3 dieses Art. vorgeschriebenen Vorladung. 63.

Art. 19. Rechtskraft eines von einem Bezirksgerichte in einer vor dem 1. Juli 1870 bei ihm anhängig gewordenen Streitsache nach diesem Tage verkündeten Beweisurtheils. 238.

Art. 19 mit 14, 15. Rechtskraft eines in zweiter Instanz vor dem 1. Juli 1870 gefällten, nach diesem Tage verkündeten Beweisinterlokuts. 238.

Art. 23. Prüfung eines Beweisverfahrens nach den Vorschriften der Gerichtsordnung v. 1753. 80.

Art. 24. Beweis durch Zeugen und Eid gegen eine vor dem 1. Juli 1870 erteilte Notariatsurkunde. 257.

Art. 139 u. 142. Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde wählend. der Gerichtsferten. 159. 144.

C. Prioritäts-Ordnung vom 1. Juni 1822.

§. 19 mit dem Gesetze hierüber v. 1. Juli 1856. Befreiung der Gläubiger der solidarischen Hypothek, im Falle Grundstücke, auf welchen nebst anderen im Besitze des Schuldners verbliebenen Immobilien eine Verbaudhypothek eingetragen ist, in den Besitz Dritter übergegangen sind, dann aber der ursprüngliche Schuldner in Gant geräth. 47.

§. 23 Biff. 5. Begriff der Verwaltung und des Verwalters. 271.

§. 23 Biff. 8. Vorzugsrecht einer vor dem 1. Juli 1870 in vim executionis erfolgten Einweisung in eine Forderung in einer nach genanntem Tage ausgebrochenen Gant. 288.

D. Kompetenzkonflikts-Gesetz vom 28. Mai 1850.

Art. 5, 6. Beurtheilung einer gerichtlichen Handlung oder Entscheidung wegen eines vorher schon von der Verwaltung erhobenen Kompetenzkonfliktes. 110.

E. Notariatsgesetz vom 10. November 1861.

Art. 14. a) Verhältniß dieses Artikels zu Th. I Tit. 9 §. 332 des allgem. preuß. Landr. 153. b) Feststellung durch den Richter, daß der in der Urkunde verlaubliche Vertrag nur zum Scheine abgeschlossen sei. 48. c) Erfüllung simultanter Verträge. 275. 355. d) Ein nach dem notariellen Abschluß eines Gutfaufes vom Käufer dem Verkäufer gemachtes Versprechen, eine weitere Summe zu zahlen, wodurch der faktirte Kaufschilling erhöht werden sollte, ist nichtig. 193. e) Verpflichtung des Käufers, beim Abschluß eines Immobiliarkaufvertrages aus dem Kaufschillinge eine Zahlung an einen Dritten zu leisten. 378. f) Bei Weiterveräußerung des Kaufobjektes mit Zustimmung des ursprünglichen Verkäufers, für den hiemegen eine Dispositionsbeschränkung eingetragen war und dem für seine Zustimmung eine Gelbleistung versprochen, bedarf dieses Versprechen nicht der notariellen Verbriefung. 64. g) Zurückforderung von Zahlungen aus einem mündlichen Nebenvertrage. 81. h) Vertragsform des vom Hypothekgläubiger einem Dritten erteilten Auftrages, die Forderung bei dem Schuldner zu erheben und des von ihm dem Schuldner erteilten Auftrages, die Forderungen an jenen Dritten zu bezahlen. 129. i) Notarielle Beurkundung der Einwilligung des Ehemannes zu Veräußerungen seiner Ehefrau nach fränk. Recht. 130.

Art. 60. a) Verfügung einer Wittwe über Vertheilung ihres Nachlasses unter ihre Kinder nach ihrem Ableben. 64. b) Nichtig-

keit des Testamentes wegen Verwandtschaft der Zeugen. 95. 98.
c) Mündliche Erklärung des Disponenten. 402.

F. Handels- und Wechselprozeß.

a) Die Klage auf Löschung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kaution gehört nicht vor das Handels- sondern vor das Bezirksgericht. 399. b) Ob ein handelsgerichtliches Urtheil, welches eine offene Handelsgesellschaft verurtheilt, gegen einen einzelnen Gesellschaftler vollstreckbar sei, ist nicht vom Handels- sondern vom Vollstreckungsgerichte zu entscheiden. 159.

II. Civilrecht.

A. Allgemeine Lehren.

a) Bei dem Strelke eines hauptbaupflichtigen Dritten gegen Mitglieder einer Kirchengemeinde wegen Leistung von Hand- und Spanndiensten zu Kultusbauten liegt auf Seite der Beklagten eine Gemeldefache im weiteren Sinne vor. 159. b) Vermögen der Gewerbevereine. 160. c) Ueber die kurzen Verjährungsfristen nach Th. I Tit. 5 §. 343 u. 344 bzw. §. 325 des preuß. Landr. 125. d) Unvordenklichkeit, deren Unterbrechung. 80. e) Außerhalb der Ringmauern der vormaligen Reichsstadt Windshelm geltende Rechte. 378.

B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Eigenthum. a) Miteigenthum an einer gemeinschaftlichen Sache. 112. b) Zur Lehre von der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache. 108. c) Rechtsverhältnisse aus einem privatrechtlichen Geschäft, wodurch der Magistrat einer Stadt von dem Eigentümer eines Hauses das Recht erworben hat, im Falle des Umbaus des Hauses die Einhaltung der Baulinie und die Abtretung des nach derselben in den Straßenzug fallenden Areals zu verlangen. 174. d) Veräußerungsverbot bei einer mehreren gemeinschaftlich hinterlassenen Sache. 128. e) Maschinen als Bestandtheile eines Gebäudes. Möglichkeit des Eigenthumsvorbehaltes an denselben. 335. f) Maschinen einer Rattendruckeri sind nicht Zugehörungen des Gebäudes. 361. g) Eine Schafherde als Gutszugehörung. 338. h) Traditio longa manu. 253. i) Die Vermählung, Eigentümer eines Grundstückes zu sein, enthält keine Besitzübertragung. 396. k) Ersatz des Affektionsverlustes bei der Expropriation. 192. l) Aufsechtung eines gerichtlichen Urtheils über die Feststellung einer Entschädigung im Expropriationsverfahren. 238. m) Actio ad exhibendam auf Vorgeigung einer Urkunde. 370.

n) Aufsechtung von fiskalischen Veräußerungen. 378. o) Anspruch auf Zurückgabe von Kirchen und Kirchenvermögen aus dem Dönanbrüder Friedensinstrumente. 46. p) Bauen an der Grenze nach preuß. Ldr. 174.

2) Servituten. a) Verjährung derselben. 47. b) Ersetzung derselben nach pr. Landr. 223. c) Ausübung einer Servitut ohne Absicht bewirkt keine Ersetzung. 129. d) Ersetzung eines Wasserbenützungsrchtes. 289. e) Servitut bezüglich einer Wasserleitung. 160. f) Das Recht auf einer bestimmten Fläche eines fremden Grundstückes den Torf abzubauen, ist nicht nothwendig ein dingliches. 161. g) Klage auf Anerkennung einer durch Verjährung erworbenen Servitut. 112. h) Wasseraktliche einzelner Grundeigentümer aus Wasserleitungen der Gemeinde. 209. i) Lichtrecht nach preuß. Landr. 174.

3) Deutsche Realgerechtsame. a) Baulast bei protestantischen Kirchen. 81. b) Baulast des Patronats (gem. u. pr. Landr.) 97. c) Nichtanwendbarkeit des Ges. v. 28. Mai 1852, die Sicherung zc. der auf dem Zehentrechte lastenden kirchlichen Baupflicht betr., auf eine dem Zehentberechtigten obliegende ausschließende Kultusbauptpflicht. 156. d) Ueber die Rechtsverhältnisse der Kultusbauberechtigten gegenüber dem baupflichtigen Zehentbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehents an die Ablösungskasse. 9. 11. e) Kultusbaulast nach Art. VIII der Unsbacher Konfistorialordnung und dem preuß. Landr. 257. f) Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft des Zehenten in Rechtsstreitigkeiten über Kirchenbaulast. 307. 323. 339. g) Die Baupflicht des k. Fiskus als Rechtsnachfolger eines säkularisirten Klosters erstreckt sich nicht auf die später zur Pfarrkirche umgewandelte Klosterkirche. 367. h) Kirchenbaulast der Filialisten nach gem. u. fränk. Recht. 370. i) Verjährung der Kultusbaulast nach pr. Landr. 161. k) Umfang und Ausübung eines Weiderrchtes. 63. l) Entscheidung des Herkommens hierüber. 80. m) Unterbrechung der Ersetzung eines Weiderrchtes nach pr. Landr. 129. n) Waldstreubezugsrecht. 80. o) Forstrchte. Vertrag hierüber nach Oberpfälz. Landr. 239. p) Holzbezug der Pfarrelen aus Gemeinbewaldungen in der Pfalz. 146.

4) Pfand-, insbesondere Hypothekenrecht. a) Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte von Professor Regelsberger in Siegen. I. Einleitung. 2. II Aufgabe. Literatur. 7. III. Von der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches im Allgemeinen 17. IV. Begriff des materiellen Oeffentlichkeitsprinzips nach dem neueren Hypothekenrechte überhaupt 20. V. Begriff des materiellen Oeffentlichkeitsprinzips nach bayerischem Rechte. 1) Rechtskraft des Hypothekenbuchinhaltes. 49. 2) Ausschluß der Berufung auf die Unkenntniß des Hypothekenbuchinhaltes. 52. 268. 3) Unächte Folgen der Oeffentlichkeit. 54. VI. Vom Schutze des Hypothekenrechtlichen Erwerbes. A. Gegenstand des Schutzes. 1) Der hypothekenrechtliche Erwerb. 56. 2) Der übrige dingliche Rechtserwerb. 58. B. Voraussetzungen des hypothekenrechtlichen Schutzes 1) Erwerb im Vertrauen auf das Hypothekenbuch. 69. 2) Täuschung durch das öffentliche Buch. 83. 3) Guter Glaube. 90. a) Begriff 92. b) Entschuldbarkeit der

Unkenntniß. 103. o) Auf wessen Bewußtsein kommt es an? aa) Bei der Rechtsnachfolge in ein Hypothekenrecht. 118. bb) Beim Erwerb durch Mittelpersonen. 131. d) Von der Zeit des guten Glaubens. 136. e) Wirkung der Schwertglaubigkeit: aa) der inneren Kraft nach. 179. bb) Dem Umfange nach. 186. f) Vom Beweis des guten Glaubens. 195. 4) Entgeltlichkeit des Erwerbes. 197. C. Wirkung des hypothekenrechtlichen Schutzes. 1) Begriffliche Bestimmung. 211. 2) Bedeutung der bürgerlichen Eintragung für die einzelnen Erwerbsthatsachen. 216. 3) Verwirklichung des positiven Dessenlichkeitprinzips im Einzelnen. a) Bei der Errichtung einer Hypothek. 227. b) Bei der Begründung von Rechten an einer bestehenden Hypothek. 230. c) Bei der Aufhebung eines hypothekarischen Rechtes. 246. 4) Beschränkung der Wirkung der Rechtskraft auf das dingliche Recht. 247. 5) Von den Erfordernissen des durch die Rechtskraft des Hypothekenbuches Geschädigten. 250. —

b) Erstreckung einer Hypothek auf den ideellen Antheil an einer dem Verpfändeten und dem Hause des Nachbarn gemeinschaftlichen Mauer. 113. c) Verzicht auf eine erworbene Hypothek. 413. d) Hypothekklage gegen Dritte. 81. e) Klage auf Löschung der Hypothek wegen Zahlung. 414. f) Persönliche Klage auf Löschung der Hypothek 224. g) Löschung der Hypothek nach §. 80 b. HGB. 240. h) Wirksamkeit der zur Ungebühr gelöschten Hypotheken. 359. i) Hypothekarische Kautio eines Bürgen. 377. k) Anfechtung einer Hypothekbestellung durch das Paulianische Rechtsmittel. 109. l) Haftung eines Hypothekensamten. 223. m) Protestationen im Hypothekenbuche. Erfordernisse und Wirkungen derselben. 176. Bescheinigung hiezu. 304. 306. n) Die gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkungen der Dessenlichkeit des Hypothekenbuches finden auch in dem Falle Anwendung, wenn zum Zwecke der Eintragung einer bestellten Hypothek die Anlegung eines Hypothekensystems für den verpfändeten Grundbesitz erst veranlaßt war. 40. o) Erkreute sich derjenige, welcher durch Exekution eine Hypothekforderung erworben hat, des Schutzes der Dessenlichkeit des Hyp.-Buches. 371. p) Zu §§. 9 u. 11 der Instruktion für Schätzungen und Schätzeleute in Hypothekensachen. 369.

O. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Gegenstände. a) Gegenstand der Verträge. 192. b) Verträge zu Gunsten Dritter. 63. c) Irrthum bei Verträgen. 161. d) Suspensivbedingung. 97. e) Erfüllung. Obligation. 210. f) Erfüllung simultaner Verträge. 275. 355. g) Ort der Erfüllung. 378. h) Cession. α) Haftung pro nomine bono. 176. β) Procurator in rem suam. 281. γ) Zahlung des debitor cessus. 391. i) Novation. 193. 354. k) Delegation und Expromission. 194. l) Kompensation. 289. 398. m) Verjährung der Forderungen. 248. n) Eviktion. 397. o) Richtigkeit eines Amortisationsverfahrens. 380. p) Retention. 97.

2) Einzelne Obligationen aus Verträgen und

vertragsähnlichen Verhältnissen. a) Kauf. 82. 162. 198. 379. b) Gewährleistung bei Blechveräußerungen nach dem Ers. v. 26. März 1859. 129. 225. 130. 224. 414. c) Kaufvertrag. 176. 879. d) Werkverbindung. 98. 169. 204. e) Dienstvertrag. 146. f) Mietvertrag. 289 379. g) Gesellschaft. 64. h) Mandat. 123. 379. 398. i) Geldkäufverbindung. 78. 210. 414. k) Gewerbslehrevertrag. 240. l) Assignation 414. m) Constitutum debiti proprii. 225. n) Bürgschaft. 193. 397. o) Interzession. 399 p) Schenkung. 161.

3) Obligationen aus unerlaubten Handlungen und den übrigen Entstehungsgründen. a) Paulianisches Rechtsmittel. 109. 176. 241. b) Einleitung giftiger Stoffe aus einer Fabrik in ein Fischwasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Austräumung des mit den schädlichen Stoffen durchsetzten Schlammes neben dem auf Schadenersatz. 296. c) Condictio indebiti 242. 299. d) Condictio sine causa. 14. 98. 177. 258.

D. Familienrecht.

a) Alimentationspflicht der Kinder. 379. b) Alimentationspflicht des außerehelichen Vaters. 399 c) Schenkung des Vaters an sein Hauskind. 194. d) Fiskus. 226. e) Außerehelicher Beischlaf. 80. 225. 241. 257. 288. f) Zahlung der Schulden einer Ehefrau durch den Ehemann. 98. g) Beschränkung der eheherrlichen Veräußerung bei versamelter Ehe nach Nürnberger Recht. 108. h) Zuwendungen an den zweiten Eheheil nach der Nürnberger Reformation. 130. i) Widerspruchsrecht des Ehemanns bei Veräußerungen seiner Ehefrau nach fränk. Recht. 130. k) Konsolidation des beiderseitigen Vermögens der Eheheile findet bei Handwerkern zu offener Tische nach Augsburger Statutarrecht selbst bei unerbter Ehe nicht statt. 139. l) Haftung der Ehefrau für Schulden des Ehemanns nach preuß. Landr. und Deutschord. R. 290. m) Vergleich nach Mainzer Landr. 415 n) Böbliche Verlassung nach pr. LR. 318. o) Votalsystem. 354. p) Gütergemeinschaft. 290. 415. q) Errungenschaft. 258. r) Errungenschaftsgemeinschaft. 290. s) Hut- u. Schleierrecht in den vormalig v. Thüningenschen Territorien. 147. t) Ehe- und Erbverträge. 177. 416. u) Reclamatio uxoria des fränk. R. 113. 291. v) Vormundschaft. 48. w) Cura prodigi. 242.

E. Erbrecht.

a) Todespräsumtion. 302. b) Succession in den Nachlass eines außerehelichen Sohnes. 48. c) Erbtheilung. 146. 178. 226. 415. d) Erbschaftskauf. 194. e) Pflichttheil. 162. f) Schenkung von Todeswegen. 82 g) Universalabkommli. 146. h) Verfügung einer Wittwe über die Vertheilung ihres Nachlasses unter ihre ehelichen zur Intestaterbfolge berufenen Kinder. 64. i) Testamente

95. k) Constitutio Bertholdiana v. 12. Nov. 1364. 114. l) Privilegium Albertinum des Münchener Statutarrechts. 118.

III. Handelsrecht.

Art. 4, 271 Ziff. 1, 273 Abs. 1, 277, 326, 354, 356 des allgem. b. G. Gewerbmäßige Betreibung des Pferdehandels. 82.

Art. 85 mit 111, 112, 119, 121 u. 122 besf. Offene Handelsgesellschaft. 162.

Art. 391, 423, 424. besf. Beweisraft des Frachtbriefes. 118.

IV. Staatsrecht.

a) Gesetz v. 29. April 1869 über öffentliche Armen- und Krankenpflege. Art. 11. 20 u. 53. 221. b) Revidirte. Ansfässigkeit. Ges. v. Juli 1834. §. 9. 82. c) Gemeindeordnung v. 29. April 1869. Art. 206. 159. d) Gewerbegesetz v. 1825. Art. 7. 160. e) Desselben v. 1868. Art. 26. 160. f) Expropriationsgesetz v. 17. Nov. 1837 Art. 5 Ziff. 2. 192. Art. 15 mit 19 u. 5 Ziff. 2. lit. c. 238. g) Wasserbenützungsgesetz v. 28. Mal 1852. Art. 66, 69, u. 74—76. S. 222. h) Forstgesetz v. 28. Mal 1852. Art. 25. 80. i) Staatsdienervertrag 414.

V. Strafrecht und Strafprozeß.

Ueber den Antrag auf Verfolgung wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit bei Anwendung der bayerischen Strafprozeßgesetze 387. 402.

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

Inhalt: Anzeige. — Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekensuchs. — Ueber die Rechtsverhältnisse des Kultusdauereigentums gegenüber dem baupflichtigen Zehntenbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehnts an die Ablösungskasse. — Zurückforderung eines ausgestellten Wechsels auf Grund rechtlosen Innehabens.

Anzeige.

Den Lesern dieser Blätter wird bekannt gegeben, daß von nun an der Rath am obersten Gerichtshofe, Herr Karl Fettiich, die Herausgabe der Blätter für Rechtsanwendung gemeinschaftlich mit dem Unterzeichneten besorgen wird.

Die hiedurch eintretende Theilung einer Arbeitslast, welche allmählig für die Schultern eines Einzelnen zu schwer wurde, sichert das ganz regelmäßige Erscheinen des mit gegenwärtiger Nummer beginnenden Bandes. Sie ermöglicht zugleich, zum Inhalte unserer Zeitschrift solche Sparten heranzuziehen, welche in den letzten Jahrgängen nur beiläufig unberücksichtigt blieben, weil dem bisherigen einzigen Herausgeber die Zeit gebrach, den durch die neueren Ergebnisse der bayerischen und deutschen Gesetzgebung so reichlich gebotenen Stoff zu bewältigen.

Zugleich wird die Theilnahme seines hochgeehrten Kollegen Fettiich an der Herausgabe dieses Bandes dem Unterzeichneten gestatten, die zu seinem großen Bedauern noch rückständigen Nummern des Jahrganges 1871 und die zweite Hälfte des II. Ergänzungsbandes, für welche die Bearbeitungen bereits vorliegen, nun rasch zum Drucke zu befördern.

Dr. Stepper.

Neue Folge XVII. Band.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

I. Einleitung.

§. 1.

Mehr als für ein anderes dingliches Recht erhellt die Sicherheit des Verkehrs für das Pfandrecht eine künstliche Einrichtung, welche sein Dasein jederzeit auch anderen Personen außer dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner erkennen läßt. Die übrigen dinglichen Rechte gewähren dem Berechtigten mehr oder minder ausgedehnte körperliche Nutzungsbefugnisse, welche während der ganzen Dauer des Rechtes beständig oder periodisch geltend gemacht werden können, und durch deren Ausübung sich die ideelle Rechts Herrschaft in der Außenwelt beurkundet. Das Pfandrecht dagegen entbehrt eines solchen materiellen Gehaltes, es verharrt vorerst in einem Schlummerzustande, seine Geltendmachung läßt vielleicht Jahre auf sich warten, nicht aus Saumseligkeit des Berechtigten, wogegen Verjährung schügen könnte, sondern nach den innersten Bedingungen seines Wesens. Und doch ist es kein wenig gefährlicher Feind. Kommt der Anlaß, so bricht es hervor und vernichtet alle ihm entgegenstehenden Rechte an der Sache, auch wenn sie sich bisher eines noch so unangefochtenen Bestandes erfreuten.

Andererseits wird das Pfandrecht seiner wirthschaftlichen Aufgabe als Kreditbeförderungsmittel nur dann vollkommen Genüge leisten, wenn der Gläubiger sich in sicherer Weise über die Voraussetzungen seines Erwerbes zu unterrichten vermag, und wenn ihm Gewähr dafür geboten ist, daß nicht

spätere Rechtsvorgänge die Wirksamkeit seines Rechtes aufheben oder schmälern.

Das römische Recht wurde dieser doppelten Anforderung nur unvollkommen gerecht. Zwar entbehrte die eine unseres Wissens älteste Verpfändungsform, *fiducia*, nicht einer gewissen Oeffentlichkeit, da die Errichtung nur durch *in jure cessio* oder *mancipatio* erfolgen konnte. Auch war dem römischen Rechte das Besitzpfand, *pignus*, wohlbekannt, welches wenigstens bei beweglichen Sachen den Rücksichten auf die Sicherheit sowohl des Gläubigers als Dritter genügende Rechnung trägt. Allein daneben bestand die Möglichkeit einer Verpfändung durch formlose Verabredung zwischen dem Gläubiger und dem derzeitigen Pfandeigenthümer, und selbst dieser doch immerhin in die Außenwelt fallende Vorgang wurde in nicht seltenen Fällen durch eine Rechtsvorschrift ersetzt. Bald überwucherte diese Pfandform, *hypotheca*, ihre beiden älteren Geschwister; denn nicht nur war sie bequemer, sondern sie ermöglichte auch, die Verwendbarkeit einer Sache zum Realkreditmittel in höherem Maße auszunützen. Es hätte kaum mehr der willkürlichen Vorzugsprivilegien bedurft, um die römische Pfandgesetzgebung nahezu zu entwerthen. Man kann der technischen Ausgestaltung des römischen Pfandrechtes seine volle Bewunderung zollen und wird sie ohne Ungerechtigkeit nicht vorenthalten dürfen. Aber alle Unbefangene werden darin übereinstimmen, daß die Grundlagen desselben ungesund waren und nicht geeignet, um darauf ein solides Gebäude für den Realkredit aufzuführen. Daher mußten auch alle Versuche, vom Standpunkte des bestehenden Systemes aus dem kranken Rechtszustande Heilung zu verschaffen, so wohlgemeint sie auch waren, von vornherein der Aussicht auf Erfolg entbehren.

*

§. 2.

Gerade umgekehrt verhielt es sich im älteren deutschen Rechte. Die Grundlagen des Pfandrechtes waren hier gesund und sicherten das deutsche Recht vor den Verirrungen der römischen Rechtsentwicklung; aber ihre Aus- und Durchbildung war eine dürftige, was bei dem Mangel einer wahren Rechtswissenschaft nicht eben Wunder nehmen kann.

Seit alter Zeit hielt man in Deutschland nicht bloß für die Uebereignung sondern auch für die Verpfändung von Grundstücken an der Oeffentlichkeit des Erwerbstaten fest. Ursprünglich vollzog sich derselbe in der Gestalt der Auflassung, einer feierlichen öffentlichen Kundgebung des Veräußerungs- oder Verpfändungswillens, sei es vor gesessenem Gerichte, in Städten auch wohl vor dem Rathe — oder wenigstens vor Zeugen¹⁾. Seit dem XIV. Jahrhundert verband sich damit die Einschreibung des Rechtsgeschäftes in ein öffentliches Buch (Gerichts- oder Stadtbuch), eine Uebung, die bald zur Rechtspflicht erstarkte, so daß erst mit der Eintragung das Eigenthum oder Pfandrecht als erworben galt.

Durch diese Einrichtung hatte die eine Anforderung Genüge gefunden, das Pfandrecht war jederzeit erkennbar und damit das Interesse dritter Personen außer dem Pfandgläubiger gewahrt. Aber auch das andere Bedürfnis, dem Pfandgläubiger für den Erwerb seines Rechtes Sicherheit zu bieten, blieb nicht unbefriedigt, wenn nur die Auflassung vor Gericht erfolgte, was, obwohl in der Willkür der Betheiligten stehend, doch gewiß in der Regel beobachtet wurde. Aus der gerichtlichen Auflassung

¹⁾ Meibom, das deutsche Pfandrecht S. 318—324, 415—421 und dazu Stobbe in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift IX S. 310 fg.

entsprang die rechte Gewere mit der Wirkung, daß auf das dreimalige Aufgebot der Veräußerung oder Verpfändung ein Widerspruch von den in der Gerichtsversammlung Anwesenden sofort, von den Abwesenden binnen Jahr und Tag erhoben werden mußte, widrigenfalls sie damit für alle Zukunft ausgeschlossen waren²⁾. Durch diese *Verschweigung* wurde der Erwerb jeder Anfechtung entrückt und der Inhalt des Grundbuchs befaß sich mit dem wirklichen Rechtszustande im Einklange sei es sofort oder nach Ablauf der Einspruchsfrist.

§. 3.

Das einbringende römische Recht gewann auch da, wo es vielleicht am wenigsten berechtigt war, im Gebiete des Pfandrechtes die Herrschaft. Nur in wenigen kleinen Rechtsprengeln, namentlich in Städten, wußte sich die deutschrechtliche Sazung zu behaupten. Jedoch wurde das System der Verschweigung hier und da verdrängt durch den der Sicherheit des Verkehrs mit Grundstücken noch förderlicheren Grundsatz, daß formrichtig eingetragene Rechte von jedem Dritten sofort und ohne Weiteres als bestehend und alle nicht eingetragenen als nicht bestehend betrachtet werden dürfen. Man kann dies das System der formalen Rechtskraft des öffentlichen Buches nennen.

Diese Aenderung war freilich tiefgreifender und folgenreicher, als auf den ersten Blick scheint. Nach dem Systeme der Verschweigung ist der Inhalt des Buches wahr, weil das damit nicht übereinstimmende „verschwiegene“ Recht seine Geltung verliert. Beim Systeme der formalen Rechtskraft verliert das entgegenstehende materielle Recht seine Geltung, weil

²⁾ Sachsenspiegel II, 44 u. 42 §. 2. Meibom a. a. D. S. 324 Note 193.

der Inhalt des Buches wahr ist oder — was im Erfolge gleich kommt — als wahr erachtet werden muß. Dort ist die zerstörende Wirkung die primäre, die begründende die folgeweise; hier verhält es sich umgekehrt. Jenes Prinzip ist seinem Schwerepunkte nach negativ, dieses positiv. Dort wird jeder Widerstreit zwischen formellem und materiellem Rechte ferngehalten, indem das letztere nach dem Inhalte des Buches umgestaltet wird; sie gleicht darin der römischen Erfindung, mit der sie auch den wirtschaftlichen Endzweck theilt: ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent (L. 1 pr. de usurp. 41, 3). Hier dagegen wird entweder das materielle Recht vollständig erbrüct oder beide Rechte wandeln selbstständige Wege, wobei die Gesetzgebung zu bestimmen hat, welchem von beiden im Widerstreitfalle das Uebergewicht zukommt.

Diese Gegenüberstellung ließe sich noch weiter ausspinnen. Doch genügt an diesem Orte noch darauf aufmerksam zu machen, daß nach dem Principe der formalen Rechtskraft die Einrichtung eines öffentlichen Buches weit mehr in den Vordergrund rückt und den Schwerpunkt des Systemes bildet als nach dem Rechte der Verschweigung. Dieses kann ohne ein öffentliches Buch bestehen und hat ohne ein solches Jahrhunderte lang bestanden; für das Prinzip der Rechtskraft bildet die Bucheinrichtung die nothwendige Unterlage.

Das System der Verschweigung hat sich zwar vereinzelt bis in die neuere Zeit erhalten²⁾, aber im Ganzen dem Systeme der formalen Rechtskraft den Platz räumen müssen. Namentlich steht auf diesem Boden die preussische Hypothekengesetzgebung vom vorigen Jahrhunderte nebst ihren Nach-

²⁾ Vgl. Erner, das Publizitätsprinzip, Studien zum österreichischen Hypothekenrechte S. 13.

bildungen, worunter das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 zeitlich voransteht.

II. Aufgabe. Literatur.

§. 4.

Als kennzeichnende Merkmale des neueren Hypothekenrechtes pflegt man den Grundsatz der Besonderheit (Spezialität) und den Grundsatz der Oeffentlichkeit (Publizität) zu nennen. Mit Recht. Denn einerseits prägt sich in diesen Grundzügen der Gegensatz zur römischen Pfandgesetzgebung am schärfsten aus, andererseits verdanken dieselben ihre vollkommene Ausbildung erst der neueren Rechtsentwicklung. Von beiden ist wiederum der Grundsatz der Oeffentlichkeit von ungleich größerer Tragweite. Er durchbringt mit seinem Einflusse alle Theile des Hypothekenrechtes, und die Art und Weise, wie ihm gegenüber die einzelne Gesetzgebung Stellung genommen hat, brüct ihr am meisten ein eigenthümliches Gepräge auf.

Die Fassung dieses Grundsatzes bietet aber auch der Gesetzgebung und Doktrin die größte Schwierigkeit. Und doch wird die Rechtsanwendung so lange auf schaukelnden Wogen unsicher einhersegeln, als nicht eine feste und ausreichende Formulirung des Begriffes gelungen ist.

Was in diesem Punkte bisher für das bayerische Hypothekenrecht geleistet ist, kann als befriedigend nicht erachtet werden.

Der verdienstvolle Kommentar von Gönner liefert selbstverständlich auch für die richtige Auffassung dieser schwierigen Lehre schätzenswerthe Beiträge. Allein der Verfasser stand zu sehr unter dem Bann der nichts weniger als glücklichen Redaktion von §. 25 des Hyp.=Ges., als daß er zu einer

besseren Begriffsfassung oder auch nur zu dem Bewußtsein eines Bedürfnisses dafür gelangt wäre.

Lehner gibt in seinen Lehrbüchern nicht viel mehr als den Wortlaut des Gesetzes; als ob derselbe der Erläuterung so wenig bedürfte!

Im Uebrigen finden sich nur noch vereinzelt Erörterungen über Fragen aus der Lehre von der Oeffentlichkeit. In ihrer Gesamtheit ist dieselbe noch nie zum Gegenstande einer besonderen Untersuchung gemacht worden.

Dagegen wurde diese Aufgabe für einige außer-bayerische Rechte gelöst:

1) für Württemberg durch eine Abhandlung von Wächter in seinen Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte, im ersten Hefte, in der siebenten Erörterung, betitelt: Die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung für die Sicherung und die Natur der eingetragenen Rechte (nach württembergischem Rechte);

2) für Oesterreich durch Exner in der Note 3 bezeichneten sehr beachtenswerthen Schrift;

3) für das Recht der deutsch-schweizerischen Kantone gibt eine Uebersicht, jedoch mit einer lichtvollen wissenschaftlichen Einleitung, eine Abhandlung von Fr. von Wyß (Bezirksrichter in Zürich), abgedruckt in der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bb. XVII Abh. S. 91 fg. mit dem Titel: die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge.

Bei der Verwandtschaft, welche zwischen diesen Rechten und dem bayerischen in den Grundlagen trotz mancher Verschiedenheit in der Einzeldurchführung besteht, fördern die aufgeführten wissenschaftlichen Arbeiten auch die Erkenntniß des einheimischen Hypothekenrechtes, und seien sie daher zur Berücksichtigung auf das Wärmste empfohlen.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber die Rechtsverhältnisse des Kultusbauberechtigten gegenüber dem haupflichtigen Zehentbesitzer nach erfolgter Ueberweisung des Zehents an die Ablösungskasse.

Bl. f. W. I. Erg.-Bd. S. 49, 51, 76, 80.

Hierüber enthalten die Motive eines neuerlichen oberstrichterlichen Erkenntnisses nachstehende Ausführung.

Die Zehentbaulast als Reallast kann an sich nur auf einem Objecte ruhen, das als Grundrecht dem Grundbesitze gleichgestellt zu werden vermag und dessen Besitzer durch das Object selbst als jeweilig Verpflichteter gehörig festgestellt wird.

Es folgt dieß aus der dinglichen Natur der Last von selbst. Wenn daher das Grundentlastungsgesetz vom 4. Juni 1848 im §. 34 bestimmt hat, daß die Rechte derjenigen, zu deren Gunsten solche Lasten auferlegt sind, auf die Ablösungskapitalien übergehen, so folgt hieraus noch nicht, daß diese Kapitalien oder die dieselben repräsentirenden Werthpapiere schlechthin, auch wenn sie im Verkehre kursiren und durch Surrogate ersetzt sind, die Träger dieser Last sein sollen. Es wäre dieses auch unmöglich und wäre die Identität der Unterlage der Last unter einer solchen Voraussetzung gar nicht mehr festzustellen. Die fragliche Bestimmung steht vielmehr mit dem nächsten Absate des Gesetzes im nothwendigen Zusammenhange. Hiernach können die Berechtigten zu ihrer Sicherheit verlangen, daß die eingehenden Ablösungssummen oder Ablösungsschuldbriefe in so weit in gerichtliche Verwahrung genommen werden, als es durch den Inhalt ihrer Berechtigung gerechtfertigt ist. Der Uebergang der dinglichen Berechtigung auf dem ursprünglichen Objecte ist daher nur dadurch erhalten, daß das Surrogat gehörig ausgewiesen und zur Festhaltung seiner Identität gericht-

lich verwahrt wird und nur so weit, als diese gerichtliche Verwahrung eintritt. Es hat daher die Dinglichkeit des Rechtes bezüglich des Objektes nur eine ausnahmsweise Ausdehnung erhalten, die eine weiter gehende Auslegung gar nicht zuläßt und die sich auf den Ueberschuß des Ablösungskapitales über den Umfang der Reallast überhaupt nicht erstreckt. Es ist eine solche Deponirung bei den in gleicher Lage befindlichen und im cit. §. 34 mit erwähnten Hypothekforderungen selbstverständlich, da ein in freier Verfügung kursirendes Werthpapier oder Geld von selbst nicht Bestandtheil des Hyp.-Objectes sein kann, daher das Ablösungskapital oder dessen Surrogat nur dann diese Eigenschaft anzunehmen vermag, wenn dasselbe deponirt und hierüber Vormerkung im Hyp.-Buche gemacht ist (vgl. §. 38 des Hyp.-Ges.). Dieselbe Deponirung ist auch zur Erhaltung der Dinglichkeit von Berechtigungen, wie eine solche hier in Frage steht, erforderlich, indem sie das alleinige Mittel ist, die Identität der Unterlage der Verpflichtung, namentlich wenn die Ablösung als in Baargeld geschehen gedacht würde, festzustellen.

Wird das Recht auf Deponirung, wie solches §. 34 des Grundentlastungsgesetzes und später §. 30 des Forstges. anordnet, nicht geltend gemacht, werden vielmehr die Ablösungskapitalien und deren Surrogate an den Empfangsberechtigten zur freien Verfügung hinausgegeben, so kann (insbesondere bei Baargeld) eine hierauf ruhende dingliche Last und die ihr entsprechende Berechtigung nicht mehr gedacht werden, sondern es könnte, wie die Entschließung des k. Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulanangelegenheiten vom 19. Okt. 1850 im §. 6 auch voraussetzt, nur eine persönliche Klage gegen den Empfänger insbesondere auch auf Sicherstellung künftiger Erfüllung seiner Pflicht in Frage stehen, durch welche Sicherstellung erst das Objekt für eine dingliche Berechtigung wieder geschaffen werden müßte.

DNBGrf. vom 10. Juni 1871 Nr. 827 v. 1870.

Nachschrift. Die in der Nachschrift zu dem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 19. Juni 1866, enthalten im I. Erg.-Bande dieser Blätter S. 51 versuchte Ausführung, daß dingliche Recht des Bauberechtigten ruhe auch auf den in den Besitz des ursprünglich Zehentberechtigten übergegangenen Ablösungspapieren, es greife daher eine dingliche Klage gegen denselben Platz, erscheint in diesem neuerlichen Erkenntnisse nicht als gebilligt. Abgesehen von den Gründen zu Vexteren, würde die unbedingte Fortdauer der dinglichen Berechtigung (ohne amtliche Deponirung der Surrogate) schon das Bedenken gegen sich haben, daß deren Durchführung gegenüber den dritten Besitzern gar nicht möglich wäre, weshalb solche auch nicht geltend zu machen versucht wurde, daß somit gerade die eigentlichste Wirkung des dinglichen Rechtes in Wegfall käme, so daß nur der Empfänger der Zehentäquivalente für die Dauer deren Besitzes noch als dinglich haftbar erschiene. Eine solche Unterscheidung liegt nicht im Gesetze und kann — nachdem dasselbe an dem Wesen der Kultusbaupflicht nichts ändern wollte, auch aus demselben nicht gefolgert werden. Hieraus ergibt sich, daß als Voraussetzung der Fortdauer der dinglichen Berechtigung nach dem Gesetze die durch dasselbe angeordnete Deponirung der Äquivalente erscheint, wie diese Deponirung auch nur die Voraussetzung der Fortdauer der Hypothekrechte in Verbindung mit dem betreffenden Hypothekenbucheintrage sein kann.

Es kann daher nach Hinausgabe der Ablösungsbeträge nur die persönliche Haftung des Empfängers gegenüber dem Kultusbauberechtigten in Frage stehen.

Diese persönliche Haftung, bisher auch allseitig angenommen, wird aber (auch gegenüber der Theorie, die bei Realasten das obligatorische Moment ausschließt) im gegebenen Falle nicht zu bezweifeln sein, indem sich solche nothwendig aus dem Gesetze (Art. 34 des Ablösungsgesetzes) ergibt. So wie der Kultusbauberechtigte die Deponirung der Ablös-

ungspapiere bzw. der Baarbeträge verlangen kann, ebenso hat der bisher zehentberechtigte Baupflichtige, in dessen Besitz die Ablösungspapiere übergehen sollen, die Verbindlichkeit, durch dieselben ein Surrogat für das Zehentrecht dem Bauberechtigten zu stellen.

Wenn auch Letzterer die ihm durch Art. 34 des Ablösungsgesetzes und Art. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1852 zustehenden Rechte innerhalb einer bestimmten Frist nicht ausübt, so folgt hieraus noch kein absoluter Verzicht auf die fragliche Berechtigung, sondern die Ablösungspapiere bzw. Baarbeträge werden eben an den Baupflichtigen hinausgegeben auf Gefahr des Bauberechtigten, welcher dadurch um das Mittel zur Verwirklichung seines Rechtes gebracht werden kann. Der Verpflichtete erlangt nur den Besitz der Ablösungsbeiträge; es wird dagegen sein Verhältniß zu dem Berechtigten nicht geändert, es dauert seine Verbindlichkeit zur Surrogatstellung nach wie vor fort, nach dem er die das belastete Zehentrecht selbst repräsentirenden Werthe an sich genommen hat.

Es hat somit eine persönliche Klage auf Sicherstellung der Baupflicht gegen ihn statt (vergl. auch Art. 16 Abs. 2. des Gesetzes v. 28. Mai 1852). Ist aber diese Sicherstellung einmal erfolgt, so ist die Sache gerade so anzusehen, als wenn ursprünglich die Deponirung erfolgt wäre; denn es ruht das dingliche Recht nicht bloß auf den ursprünglichen Ablösungspapieren und Baarbeträgen sondern es geht auch auf deren successive Surrogate über. Es ist daher der in den oben allegirten Bl. f. N. N. enthaltenen Ausführung, daß, wenn die persönliche Klage zur Deponirung gleichwerther Papiere (worin eben die Sicherheitsleistung besteht, vergl. Art. 34 des Ablösungs- u. Art. 30 des Forst-Gesetzes) geführt hat, das dingliche Recht als wiederhergestellt zu betrachten ist, mit vollem Grunde beizupflichten und es ist der Bauberechtigte durch diese Wiederherstellung vollkommen in die frühere Lage versetzt.

Man kann nicht einwenden, für die Annahme der Wiederherstellung eines einmal untergegangenen dinglichen Rechtes fehle es an einem besonderen Rechtsgrunde.

Streng genommen ist mit dem Aufhören der Zehentberechtigung allein das Objekt für die dingliche Bauberechtigung gefallen. Das Gesetz gewähre diesem dinglichen Rechte nur eine ausnahmsweise Fortdauer durch Unterstellung eines neuen Objektes.

Ist die dingliche Berechtigung durch die ursprüngliche Deponirung der Papiere bzw. Werthe als kontinuiert gedacht, so ist nicht einzusehen, warum nicht der gleiche Erfolg bei jeder späteren Surrogirung des ursprünglich belasteten Objektes eintreten solle, da hiedurch nur das bewirkt wird, was ursprünglich zu geschehen hatte.

Nur durch diese Auffassung ist das Recht des Bauberechtigten gegen außerdem leicht mögliche Gefährdung gewahrt.

Die Fortdauer der Haftung des Baupflichtigen auch nach Hinausgabe bzw. Veräußerung der Ablösungspapiere ist auch in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 31. Jan. 1870 Nr. 1241 v. 1869 und zwar auf Grund einer beifälligen konstanten Praxis anerkannt und ausgeführt, daß durch Art. 34 des Ablösungs-Gesetzes zwar ausgesprochen sei, daß die Rechte derjenigen, welche dauernde Lasten von dem früher bestandenen Zehentrechte zu fordern hatten, auf die Ablösungsschuldbriefe übergehen sollten; daß ihnen hiedurch aber nur die Möglichkeit habe eingeräumt werden wollen, ihre beifälligen Rechte sicher zu stellen, keineswegs aber bestimmt worden sei, daß sie dieser Rechte verlustig würden, wenn sie von dieser Sicherung keinen Gebrauch machen sollten und die Ablösungspapiere in die freie Disposition der früheren Zehentberechtigten übergehen ließen.

Ist auch in diesem Erkenntnisse die Art der Haftung — ob dinglich oder nur persönlich — nicht

näher bezeichnet, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß nur die persönliche Haftung in Frage stehen könne, weil nach Veräußerung der Ablösungspapiere (mit welchem Falle die Hinausgabe der Papiere zur freien Verfügung auf gleiche Stufe gestellt ist) von einer Unterlage für ein dingliches Recht nicht mehr gesprochen werden kann.

hh.

2.

Zurückforderung eines ausgestellten Wechsels auf Grund rechtlosen Innehabens.

Die Wittwe Karoline S. hatte einen Wechsel vom 10. Nov. 1865 über 1200 fl. dem Salomon Sch. gegen dessen Zusicherung, von demselben keinen Gebrauch zu machen, sondern solchen wieder zurückzugeben, um dem Sch. dadurch Kredit zu verschaffen, nach ihrer Behauptung gegen Rückschein ausgestellt. Später wurde der Wechsel von Sch. gegen sie eingeklagt und die Beklagte auch zur Bezahlung verurtheilt. Vor dem Vollzuge des handelsgerichtlichen Ausspruches stellte dieselbe bei dem ordentlichen Richter gegen Sch. Klage auf Zurückgabe des Wechsels wegen rechtlosen Innehabens und zugleich noch aus einem weiteren tatsächlichen Grunde, der hier nicht von Interesse ist.

Die beiden ersten Instanzen wiesen die Klage ab, insbesondere aus dem Grunde, weil das handelsgerichtliche Erkenntniß noch nicht vollzogen und nach dessen Vollzug nur eine Klage auf Schadloshaltung statthaft sei.

Der oberste Gerichtshof erkannte jedoch auf Beweis der erheblichen Klagsbegründung, indem er die Klage in der Richtung auf sofortige Rückgabe des Wechsels für zulässig erklärte.

Die Motive sind im Wesentlichen folgende:

Die Klage bezweckt Rückgabe der Wechselsumme über 1200 fl. und ist auf ein rechtloses Innehaben seitens des Beklagten Salomon Sch. gegründet; es bezweckt aber auch diese Klage zugleich ein

Erkenntniß dahin, daß, abgesehen von dem Formalakte des Wechselacceptes, ein materieller Schuldgrund nicht bestehe, indem jener Wechsel nicht in der Absicht, eine Wechselobligation zu begründen, ausgestellt wurde, sondern lediglich zum Scheine, nämlich weil Wechselempfänger solchen Wechsel, um sich das nothwendige Geld zu verschaffen, sich geben ließ, während die Wittve H. nichts schuldig war und auch eine Valuta nicht erhalten hatte.

Die also substanzirte Klage ist, soweit sie die Rückgabe des ohne rechtliche Verpflichtung auf Ersuchen unentgeltlich lediglich zu obigem Zwecke — zur Kreditgönning — überlassenen Wechsels gerichtet ist, geboren mit dem gemachten Gebrauche und beziehungsweise in dem Momente, als Sch. jenen Wechsel gegen die vertragmäßige Verpflichtung durch Geltendmachung des scheinbar begründeten wechselrechtlichen Verhältnisses mißbraucht hat.

Von diesem Momente an besteht für die Wittve H. eine Rechtsverletzung und ist folgegemaß diese berechtigt, die ausgestellte Wechselurkunde zurückzuverlangen.

Ebenso besteht dasselbe rechtliche Interesse an einem Erkenntnisse dahin, daß Klägerin aus jenem scheinbaren Wechselkontrakte, weil bloß simulirt, nichts schulde, in dem Momente, als Sch. jenen Wechsel durch dessen Einklagung mißbraucht hat, und es ist kein gesetzliches Hinderniß, diese Klage zu erheben, darin zu finden, daß die Wittve H. dem handelsgerichtlichen Urtheile zur Zeit noch nicht Genüge geleistet hat.

Die erstrichterliche Annahme, daß eine wirkliche materielle Rechtsverletzung für die Klägerin erst dann bestehe, wenn sie, jenem handelsgerichtlichen Urtheile entsprechend, gezahlt hat, ist dem oben Erörterten gemäß nicht zu billigen; das Streitobjekt besteht hienach in der Rückgabe des fraglichen Wechsels, dessen Wirrung für die Wittve H. mit der größten Gefahr verbunden ist, da sie wechselrechtlich dem Giratar für die Wechseleinlösung haftet,

wenn auch dem Sch. ein Recht auf die Wechselsumme aberkannt werden sollte, und es liegt außerdem im rechtlichen Interesse der Wittve H., möglichst rasch ein Urtheil zu erwirken, daß sie dem Sch. materiell nichts schulde, so daß die konkrete Klage, auch insoweit sie letzteren Zweck verfolge, zweifellos bereits geboren ist, wobei es selbstverständlich dahin gestellt bleiben muß, ob und welchen Einfluß das Handelsgericht einem Urtheile des ordentlichen Civilgerichtes gesetlich auf die Sistirung der Wechselexecution zu gewähren hat.

Die vom Appell.-Gerichte aufgestellte Behauptung; daß der fragliche Wechsel dem Sch. zur Sicherheit belassen wurde und deshalb nicht zurückverlangt werden könne, ist irrig; denn ausdrücklich wird in der Klage behauptet, daß dieser Wechsel ohne irgend eine Verpflichtung lediglich deshalb ausgestellt wurde, weil Sch. vorgab, solchen zu brauchen, um Geld aufzutreiben, daß dagegen dieser Wechsel sofort wieder zurückgegeben werden sollte, und ist insbesondere hervorgehoben, daß der s. g. Rückschein vom 10. Nov. 1865, welcher bestätigen sollte, daß vom Wechsel kein Gebrauch gemacht werden sollte, während hierin von einer Wechsellausstellung zur Sicherheit gehandelt sei, dem Uebereinkommen zuwider, nämlich unrichtig abgefaßt sei.

Ebendeshalb ist die vom Appell.-Gerichte hieran geknüpfte Folge, daß die konkrete Klage nur auf Schadloshaltung gerichtet sein könne, unrichtig. Primär ist stets jede Klage aus einem Vertrage auf Vertragserfüllung zulässig.

Die Entbindung des Sal. Sch. von der vorwürfigen Klage zur Zeit ist hienach nicht gerechtfertigt und insofern also die Revisionsbeschwerde begründet.

DABerf. v. 18. Febr. 1871 Nr. 372 v. 1870.
hh.

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Nach dem obersächsischen Landrechte sieht die Einsetzung des Vertrages, wodurch außerrechtliche Kinder vereintündlichsetzt werden, nur den mit vereintündlichsetzten ehelichen Kindern zu. — Unwirksamkeit der Selbstentmündigung insbesondere nach französischem Rechte.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.
(Fortsetzung.)

III. Von der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs im Allgemeinen.

§. 5.

Doppelte Bedeutung.

Im ersten Titel sechsten Abschnitte handelt das bayerische Hypothekengesetz „Von den Einträgen in das Hypothekenbuch.“ Die beiden ersten Paragraphen (22 und 23) stellen fest, „was eingetragen werden soll,“ die §§. 24 — 26 beschäftigen sich mit der „Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs.“

Die letztere Bezeichnung erweckt zunächst den Gedanken an eine Kundbarkeit des Hypothekenbuchinhaltes, an freie Zugänglichkeit des Hypothekenbuchs behufs Einsichtnahme, mit einem Worte an die Oeffenheit dieses Buches.

Dieser Gedanke ist so wenig unrichtig, daß
Neue Folge XVII. Band.

damit wirklich eine Seite der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches bezeichnet ist, freilich nur Eine Seite. Fassen wir das Hyp.-Buch einstweilen als ein Verzeichniß von Hypothekenrechten: was wäre dem Verfehrer mit der offenen Zugänglichkeit gebient, wenn dieses Verzeichniß der Vollständigkeit entbehrte, wenn daraus nicht die gesammte hypothekarische Belastung eines Grundstückes, und nicht bloß diese sondern auch die Befugniß zur Verpfändung und die Berechtigung an der Hypothek ersehen werden könnte?

Eine thatsächliche Vollständigkeit im Sinne einer vollkommenen steten Uebereinstimmung des Buches mit den materiellen Rechtsvorgängen ist mit Sicherheit nicht zu erreichen. Hier muß ein positiver Rechtsatz eingreifen, welcher künstlich ersetzt, was auf thatsächlichem Wege nicht erlangt werden kann: eine Gewähr für die Wahrheit des im Hyp.-Buche geschilderten Rechtszustandes eines Grundstückes, und damit eine Zuverlässigkeit dieses Buches.

Dieses positive Gebot mit seinen Folgesätzen bildet die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches im zweiten Sinne.

Sofort leuchtet ein, daß der letztere Begriff von ungleich größerem Gewichte ist als der erstere. Er allein ergreift die Rechtsverhältnisse in ihrer rechtlichen Geltung. Man kann ihn daher den materiellen Begriff der Oeffentlichkeit nennen, den ersteren den formellen. Die Vorschriften über die formelle Oeffentlichkeit gehören der Hypotheken-Ordnung an, die Rechtsätze über das materielle Oeffentlichkeitsprinzip dem Hypotheken-Rechte. Deshalb wäre für §. 24 des H.-G.'s, welcher den Grundsatz der Offenheit des Hyp.-Buches ausspricht, die systematisch richtigere Stellung im zweiten Titel „von Füh-

zung der Hypothekenbücher und vom Verfahren in Hypothekensachen ⁴⁾."

Beide Begriffe stehen nicht in untrennbarem Zusammenhange. Es könnte die Offenheit des Hyp.=Buches angenommen werden ohne die Oeffentlichkeit der Hyp.=Rechte. Die großherzoglich hessische Pfandgesetzgebung vom 15. September 1858 und 19. Januar 1859 z. B. anerkennt das Prinzip der Offenheit; vom materiellen Prinzip der Oeffentlichkeit enthält sie nur schwache Spuren. Freilich die gesetzliche Gewährleistung der Zuverlässigkeit des Hyp.=Buches, welche wesentlich nach außen gerichtet ist und dem Verkehre mit Liegenschaften eine sichere Grundlage bieten soll, hat ohne Offenheit des Hyp.=Buches keinen Sinn.

Die formelle Oeffentlichkeit ist auch im bayerischen Rechte in klarer und zweckentsprechender Weise geordnet. Es haben sich darüber in der Anwendung bisher nur wenige Zweifel erhoben. Deshalb will ich derselben an diesem Ort keine eingehendere Betrachtung widmen und nur für außer-bayerische Leser Folgendes bemerken.

Die Offenheit des H.=Buches ist nach bayerischem Rechte nicht unbeschränkt, wie z. B. die des Handels- und Genossenschaftsregisters. Dafür besteht auch in der That beim Hyp.=Buche ein Bedürfniß nicht. Das Recht zur Einsicht ist nur Personen verstattet, welche ein berechtigtes Interesse daran haben und glaubhaft zu machen vermögen, und auch nur für diejenigen Stellen, worauf sich ihr Interesse bezieht. Das

⁴⁾ In den preussischen Entwürfen eines Gesetzes über das Grundbuch- und Hypothekenwesen vom J. 1868 und 1869 ist die entsprechende Bestimmung der Hypotheken(= jetzt Grundbuch=) Ordnung einverleibt. Vgl. §. 16 dieses Entwurfes.

bayerische Recht geht hierin mit den meisten anderen Gesetzgebungen zusammen. Nur begnügt es sich nicht mit einer allgemeinen Bestimmung, sondern bezeichnet die zur Einsichtnahme berechtigten Personen im Einzelnen.

Hyp.=Wes. §§. 24 und 116.

In demselben Umfange wird das Recht auf einen beglaubigten Auszug aus dem Hypothekenbuche anerkannt. Da diese Befugniß die weitergehende ist, so darf unbedenklich die Aufzählung in §. 24 durch den Inhalt des §. 116 ergänzt werden.

IV. Begriff des materiellen Oeffentlichkeitsprinzipes nach dem neueren Hypothekenrechte überhaupt.

§. 6.

Das neuere Hypothekenrecht ruht auf dem Grundsatz, daß die Hypothek als dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache erst durch die Einschreibung der Verpfändung in ein öffentliches Buch (Grund- oder Hypothekenbuch) Dasein erhält. Der bloße Vertrag, das Vermächtniß, die Rechtsvorschrift können einen obligatorischen Anspruch auf Eintragung gegen die Person des Eigenthümers erzeugen, die Sache selbst wird dadurch noch nicht ergriffen.

Auf diesem Boden steht durchaus auch das bayerische Hypothekengesetz. Man vgl. die §§. 1, 9 — 15 und 21.

§. 21: „Die Hypothek als dingliches Recht wird durch die förmliche Eintragung in das öffentliche und unter amtlichem Glauben geführte Hypothekenbuch erworben und erst von der Zeit dieser Eintragung erhält eine Forderung die Rechte der Hypothek ohne Unterschied, ob das Recht sie zu erwerben auf dem Gesetze oder Privatwillen beruht“.

Die Eintragung ist also ein Entstehungselement des Hypothekenrechtes; sie begründet nicht bloß ein Beweismittel, das ja nur Zeugniß geben kann von anderweit entstandenen Rechte, und geht auch nicht in der Bedeutung auf, das dingliche Recht zur Kenntniß Aller zu bringen, die daran ein Interesse haben.

Die Eintragung des Hypothekenrechtes ist jedoch nur ein formelles Erforderniß seines Erwerbes. Die materielle Grundlage ruht in der zu versichernden Forderung, in der Bewilligung der Hypothek durch den Eigenthümer, deren Stelle jedoch durch Rechtsvorschrift vertreten werden kann, und in der Fähigkeit des Eigenthümers zur Hypothekbestellung.

Um erhöhte Sicherheit zu gewinnen, knüpft das neuere Hypothekenrecht die Verpfändungsbefugniß an die doppelte Bedingung, daß der Verpfänder im Hypothekenbuche als Eigenthümer vorgetragen ist — was übrigens nach dem Hypothekenbuch- (im Gegensatz zum Grundbuch-) Systeme nur dann ein Erforderniß bildet, wenn für das Grundstück schon ein Folium besteht — und daß das Hypothekenbuch eine Verfügungsbeschränkung für den Eigenthümer nicht aufweist.

Hyp. Ges. §§. 14, 26 Nr. 1.

Indeß hat der Eigenthümererwerb, auf dessen Nachweis hin der Eigenthumseintrag erfolgt, seine besonderen materiellen Voraussetzungen, über deren Dasein sich bei aller Gewissenhaftigkeit die Hypothekenbehörde täuschen kann. Nicht minder können Verfügungsbeschränkungen bestehen, ohne daß das Hypothekenbuch sie erkennen läßt.

Welche Bedeutung haben nun die materiellen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes?

Nach natürlicher Betrachtung ist nur die Verletzung der formellen und materiellen Erfordernisse

im Stande, die entsprechende rechtliche Wirkung (Eigenthum, Hypothekenrecht u. s. w.) zu erzeugen. Und was in der Person des ursprünglichen Erwerbers nicht gültig entstanden ist, das kann auch durch Uebertragung keine Geltung gewinnen: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (L. 54. L. 175 §. 1 R. J. 50, 17).

Von diesem Standpunkte ist der Eintrag nur Zuthat, wengleich eine wesentliche, für sich bloßer Schein, ein körperloses Schattenbild und ganz und gar nicht fähig, einen Mangel in den materiellen Voraussetzungen zu decken. Danach unterliegen die Einträge der unbedingten Aufsechtung vom Boden des materiellen Rechtes für Jeden, der auf sie einen Anspruch zurückführt.

Das positive Recht kann aber die natürliche Verbindung durch einen Machtspruch lösen und an die Vollziehung der rechtlichen Form allein die Entstehung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses knüpfen ohne Rücksicht auf die materielle Grundlage. Die dadurch ermöglichte Schädigung materieller Rechte kann ihre Ausgleichung nur nach den civilrechtlichen Grundsätzen grundloser Bereicherung finden, wofür Art. 83 der deutschen Wechselordnung ein Beispiel liefert.

Angewendet auf die Hypothekenbucheinrichtung heißt dieß: der rechtsförmliche Eintrag für sich erzeugt die beabsichtigte rechtliche Wirkung (Entstehung der Hypothek, Uebertragung derselben u. s. w.). *Inscriptio facit jus und datum beati inscripti.*

Nun freilich, in dieser unbedingten Geltung liegt der Satz den neueren Hypothekenrechten nicht zu Grunde, wie sofort gezeigt werden wird.

§. 7.

Auf der gezeichneten Auflösung der Rechtsver-

hältnisse von ihrem materiellen Grunde und auf der Erhebung der äußeren Erscheinung zur selbständigen Rechtsverzeugerin beruht der dem Kenner des römischen und heutigen Rechtes wohlbekannte Begriff des formalen Rechtes⁵⁾. Was hat aber damit die Oeffentlichkeit zu thun? Wie ist man berechtigt, die Eigenthümlichkeiten dieses Systemes als Wirkungen der Oeffentlichkeit darzustellen, die Gesamtheit derselben ein Prinzip der Oeffentlichkeit zu nennen? Die Erklärung dieses weitverbreiteten Sprachgebrauches liegt in Folgendem.

Das Hypothekenbuch, bestimmt, dem Verkehre

5) Man spricht von formalem, auch formellem oder förmlichem Rechte in verschiedenem Sinne.

a. Einmal wird damit der Zug eines positiven Rechtes nach bestimmten nicht willkürlich zu vernachlässigenden Formen der Rechtsgeschäfte bezeichnet. In diesem Verständnisse nennt man das ältere römische Recht ein formelles, das heutige gemeine ein formloses Recht.

b. Verwandt ist damit die Scheidung des Inhaltes eines einzelnen positiven Rechtes in ein förmliches oder Formalrecht und in ein formloses Recht. So zählt das Wechselrecht zu dem formellen Rechte in diesem Sinne, weil für die Erscheinung der Wechselklärungen eine bestimmte Form vorgeschrieben ist; aber nicht minder das Testament, die Schenkung von bedeutendem Betrage, die vergleichsweise Abfindung letztwillig hinterlassener Alimente.

c. Endlich begreift man unter dem genannten Ausdrucke auch diejenigen Rechtsverhältnisse, welche ihre rechtliche Geltung nicht auf die folgerichtige Verwirklichung allgemeiner Rechtsprinzipien sondern auf das Eingreifen eines positiven Rechtsgebotes zurückführen. Stat pro ratione voluntas. Wie die verbindliche Kraft des Gesetzes nicht auf seinem inneren Werthe beruht sondern auf der Machtvollkommenheit seines Urhebers, so begründet z. B. das richterliche Urtheil einen unangreifbaren Rechtszustand unter den Parteien, nicht weil und insofern es dem wahren

als Grundlage bei hypothekenrechtlichen Verfügungen zu dienen, fordert gerade durch seine Offenheit das Vertrauen des Publikums in die Richtigkeit seines Inhaltes heraus. Soll es nicht seinen Zweck verfehlen oder geradezu zum Fallstrick werden, so muß sich damit eine Bürgschaft für die Wahrheit der darin gegebenen Darstellung der Rechtsverhältnisse verbinden. Die Gesetzgebung kann nun und wird in erster Linie auf Vorschriften und Einrichtungen Bedacht nehmen, welche geeignet sind einen Zwiespalt zwischen dem wirklichen Rechtszustande eines Grundstückes und der Schilderung im Hypothekenbuche möglichst fern zu halten. Allein man mag die Sorgfalt bei der Führung der Hypothekenbücher noch so

Sach- und Rechtsverhältnisse entspricht, sondern weil ein Rechtsatz besteht, welcher sagt: was der zuständige Richter auf Grund eines rechtsförmlichen Verfahrens nach dem bestehenden Gesetze als Recht auspricht, das hat unabänderliche Geltung für den Richter wie für die Parteien (Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes S. 42). Man bezeichnet diese Eigenthümlichkeit auch als „äußere“ oder „juristische“ oder „formelle Wahrheit“. Auch die Vorschriften der sog. juristischen Beweislehre begründen juristische oder formelle Wahrheit (Wehll, System des orientl. Civilprocesses S. 21). Der Gegensatz hierzu wird „materielles Recht“ oder „materielle Wahrheit“ genannt (Nach Unger stammt der Ausdruck „förmliches Recht, förmliche Wahrheit“ von Justus Möser, patriotische Phantasieen. Ausgabe von 1842 Thl. IV Nr. XXX S. 110 — 114: „Von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechtes“). Meinem Sprachgeföhle sagt für den zuletzt entwickelten Begriff der Ausdruck „formales Recht“ noch am meisten zu, obwohl alle drei Bezeichnungen „formal, formell, förmlich“ bedenklich sind, weil sie den Gedanken auf das ganz verschiedene Gebiet der feierlichen Erscheinungsform einer Willenserklärung lenken.

sehr steigern, die Vollziehung eines Eintrages von den umfassendsten Untersuchungen abhängig machen: es wird nie gelingen, Täuschung und Irrthum der Behörde und damit eine Unrichtigkeit des öffentlichen Buches vollkommen auszuschließen. Man läuft auf diesem Wege nur Gefahr, den Geschäftsgang in Hypothekensachen außerordentlich zu erschweren und dem Verkehre schädliche Fesseln anzulegen. Ist man doch im Begriffe, mit dem Legalitätsprinzip in dieser Ausdehnung entschieden zu brechen⁶⁾.

Es gibt nur Einen ausreichenden Schutz gegen Täuschung, nur Eine wirkliche Sicherung, das ist der Rechtsatz: Was im Hypothekenbuche steht, ist wahr, weil es darin steht, und von demjenigen, was zur Aufzeichnung im Hypothekenbuche bestimmt ist, ist nur wahr, was dort steht. Mit anderen Worten: der Stand der Rechtsverhältnisse, für deren Beschreibung das Hyp.-Buch vorhanden ist, entspricht genau dem Ausweise durch dieses Buch.

Die Erhebung des Hypothekenbuchinhaltes zur formalen Wahrheit steht sonach in einem inneren Zusammenhange mit der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches im nächstliegenden äußerlichen Sinne. Sie ist die nicht wohl zu entbehrende Begleiterin der letzteren, wenn diese dem Verkehre einen wirklichen Dienst leisten soll. Auf diesen Zusammenhang gründet sich die Berechtigung, die gesetzliche Gewähr für die Richtigkeit des Hypothekenbuchs als eine Seite der Oeffentlichkeit zu bezeichnen. Und weil dadurch das Dasein der Rechtsverhältnisse ober

⁶⁾ Vgl. den neuesten preussischen Entwurf eines Gesetzes über Grundeigenthum und Hypothekenrecht §. 77 (jetzt §. 68.) und Motive S. 87. Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatr. Bb. III §. 198 Note 7.

ihre Wirksamkeit ergriffen wird, so ist das Prinzip ein materielles oder inneres. Um jede Verwechslung mit der Deffentlichkeit im äußerlichen Sinne zu vermeiden, würde sich empfehlen, den angegebenen materiellen Grundsatz die Rechtskraft des Hyp.-Buches zu nennen ¹⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Nach dem oberpfälzer Landrechte steht die Anfechtung des Vertrages, wodurch außereheliche Kinder vereinkindschaftet werden, nur den mitvereinkindschafteten ehelichen Kindern zu.

Vgl. Bl. f. RW. Bb. XIX S. 92.

R. Z. schloß bei seiner Verehelichung mit der B. einen Ehe- und Erbvertrag ab, welcher unter Nr. IV eine Vereinkindschaftung der Kinder beider Eheschließenden dahin enthielt, daß das voreheliche Kind des R. Z., Namens Sabine Z., und das außereheliche Kind der B., Namens Johann F., sowohl unter sich, als auch wenn Kinder aus der zu schließenden Ehe nachfolgen sollten, mit diesen nachfolgenden Kindern gleiche Erbrechte an dem Vermögen ihrer beiderseitigen Eltern haben sollen, wobei noch bemerkt wurde, daß diese Stipulationen ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der beiden genannten in die Ehe gebrachten Kinder getroffen

¹⁾ Das Mecklenburger Recht spricht in demselben Sinne von dem Rechtsbestande und der Unumstößlichkeit der Hyp.-Buch-Einträge. Meibom, das Mecklenburgische Hypothekenrecht S. 83.

werden. In Nr. VI des Vertrages wurde sodann bestimmt, daß auf Vorabsterben des einen wie des andern Eheheiles für den Fall, wenn die beiderseitigen Kinder Sabina B. und Johann F. vorher verstorben und auch aus der nachfolgenden Ehe Kinder nicht vorhanden wären, der lektlebende Eheheil gehalten sein soll, an die nächsten Verwandten des zuerst Verstorbenen binnen Jahresfrist die Summe von 2000 fl. hinaus zu bezahlen. Nach Vorableben des Ehemannes und der erstehelichen Tochter desselben wurde, nachdem die zuletzt geschlossene Ehe kinderlos geblieben war, der Rückfallsanspruch gegen die Wittve geltend gemacht und unter Anderem insbesondere damit zu begründen versucht, daß nach dem hier noch zur Anwendung kommenden Oberpfälzer Landrechte die Vereinkindschaftung unehelicher Kinder (des Johann F.) unzulässig sei. Die bezügliche Klagebegründung wurde jedoch deshalb verworfen, weil nur die vereinkindschaftete eheliche Tochter des K. B., Sabina B., zur Anfechtung der Vereinkindschaftung legitimirt gewesen wäre, nicht aber K. B. selbst oder dessen Erben.

Die dießfälligen Motive des oberstrichterlichen Erkenntnisses lauten im Wesentlichen:

Es kann nicht als richtig anerkannt werden, daß die in Ziff. IV des Ehe- und Erbvertrages enthaltene Stipulation als ungiltig und unwirksam zu erachten sei.

Es ist nicht zu bestreiten, daß nach dem hier zur Anwendung kommenden Oberpfälzer Landrechte zur vollen Wirksamkeit einer Einkindschaftung vorausgesetzt wird, daß die Eheleute beiderseits eheliche Kinder in die Ehe bringen oder im Falle nur auf einer Seite eheliche Kinder vorhanden sind, beide nachher in stehender Ehe eheliche Kinder miteinander erzeugen (Oberpfälz. Ldr. Th. II Tit. 26), — Vor-

aussagungen, welche hier nicht vorliegen, da nur R. Z. ein eheliches Kind in die zweite Ehe brachte, das von seiner zweiten Ehefrau in die Ehe gebrachte Kind aber außerehelich mit einem anderen Vater erzeugt war und die zweite Ehe kinderlos blieb; allein wenn auch hienach die eingekindschaftete Tochter des R. Z. bezw. deren gesetzlicher Vertreter berechtigt gewesen wäre, die Gültigkeit der Einkindschaftung anzufechten, so steht doch eine gleiche Berechtigung keineswegs dem letzteren selbst oder seinen Intestaterben zu.

Das Oberpfälzer Recht sagt, wie die Revidenten selbst in ihrer Replik hervorgehoben haben, die Einkindschaftung von dem Gesichtspunkte eines Erbvertrages auf. Durch dieselbe sollen den Vorkindern sowohl unter sich als auch mit den in der beabsichtigten Ehe zu erzeugenden Kindern gleiche Erbrechte auf das Vermögen der beiderseitigen Eltern eingeräumt werden. Mit dieser Auffassung steht auch der Inhalt der unter Ziff. IV des Ehe- und Erbvertrages vom 17. Febr. 1851 enthaltenen Bestimmung durchaus im Einklange. In derselben ist der Wille des R. Z. und seiner Verlobten klar und deutlich dahin ausgesprochen, daß das vorerwähnte Kind des Ersteren, Namens Sabine Z., und das außereheliche Kind der Letzteren, Namens Johann F., sowohl unter sich als auch, wenn Kinder aus gegenwärtiger Ehe nachfolgen sollten, mit diesen nachfolgenden Kindern gleiche Erbrechte und gleiche Erbansprüche auf das Vermögen ihrer beiderseitigen Aeltern haben sollen.

Es kann hienach nicht bezweifelt werden, daß der außerehelich geborene Joh. F. nach der Absicht der vertragsschließenden Theile in dem Falle alleiniger Erbe des R. Z. werden sollte, wenn die Tochter Sabina vor ihrem Vater versterben und die zweite Ehe kinderlos bleiben würde, und zwar um

so weniger, als unter Ziff. IV des Vertrages noch ausdrücklich bemerkt ist, daß die daselbst enthaltenen Stipulationen ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der beiden genannten in die Ehe gebrachten Kinder getroffen werden.

Daß dem Joh. F. durch die erwähnte Stipulation vertragsmäßig eingeräumte Erbrecht konnte demselben von K. Z. nicht durch die Berufung auf die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit der Einkindschaftung außerehelicher Kinder nach Oberpfälzer Recht wieder entzogen werden, weil die eine Beschränkung der Einkindschaftung bezweckenden und deren Wirksamkeit von der Erfüllung gewisser Erfordernisse abhängig machenden gesetzlichen Vorschriften lediglich im Interesse der durch die Einkindschaftung etwa gefährdeten Kinder, nicht aber zu Gunsten der einkindschaftenden Eltern gegeben sind, für welche vielmehr die Einkindschaftung sich als ein Vortheil darstellt, da sie durch dieselbe der Verpflichtung enthoben werden, die durch die Eingehung einer weiteren Ehe im Interesse der Kinder gebotene Vermögensauseinandersetzung vorzunehmen.

War aber hienach K. Z. selbst zu einer Anfechtung der Einkindschaftung beziehungsweise des durch dieselbe eingegangenen Erbvertrages nicht berechtigt, so mangelt auch seinen Verwandten als dessen Intestaterben jede Befugniß hierzu.

Nach dem Vorbemerkten läßt sich allerdings nicht verkennen, und muß den Revidenten zugegeben werden, daß die unter Ziff. VI des Ehe- und Erbvertrages vom 17. Febr. 1851 getroffene Bestimmung im Zusammenhange steht mit der in Ziff. VI daselbst enthaltenen Stipulation.

Die aus Ziff. VI hervorgehende Erbeinsetzung des überlebenden Eheheiles mit der demselben gemachten Auflage der Hinauszahlung einer Rückfallsumme von 2000 fl. an die nächsten Verwandten

deß zuerst Verstorbenen wurde gerade deshalb von dem Tode der beiderseitigen Kinder Sabine B. und Johann F. und der Kinderlosigkeit der einzugehenden Ehe abhängig gemacht, weil in Ziff. IV den vorhandenen und etwa noch zu gewärtigenden Kindern vertragmäßige Erbrechte auf das Vermögen ihrer beiderseitigen Eltern eingeräumt worden waren und daher, so lange sich noch eines dieser Kinder am Leben befand, der vorverstorbene Ehe theil, wie auch am Schlusse der Ziff. VI noch besonders hervorgehoben ist, von diesem ihn überlebenden Kinde beerbt wurde. Allein nachdem das vorcheliche Kind Sabine B. verstorben ist, ohne daß von seiner Seite eine Anfechtung der Einkindschaftung erfolgte und den Klägern, wie oben gezeigt, kein Recht zusteht, die unter Ziff. IV des Vertrages getroffene Stipulation anzufechten, so ist die Voraussetzung, von welcher bei der in Ziff. VI getroffenen Verabredung ausgegangen wurde, nämlich der Rechtsbestand deß abgeschlossenen Erbvertrages in der That gegeben und da Joh. F. sich unbestritten noch am Leben befindet, so können die Kläger sich zur Begründung ihres Rückfallsanspruches nicht auf Ziff. VI des Ehe- und Erbvertrages berufen.

DA&Erf. v. 14. März 1870 Nr. 480 v. 1870. hh.

2.

Unwirksamkeit der Selbstentmündigung insbesondere nach fränkischem Rechte.

Gegen Georg W. wurde 1832 von seinem Schwiegervater Sebastian N. und dem Gemeindevorsteher bei Gericht die Anzeige gemacht, daß er die schädlichsten Kontrakte mit Juden mache und, wenn ihm kein Einhalt gethan werde, in Kurzem an den Bettelstab gebracht sein würde.

Daß Gericht erließ hierauf die im fränkischen

Rechte (Th. III Tit. 27 der Landg.-Ordn.) vorgesehene erstmalige Verwarnung des Georg W., ohne daß Weitere zur Bestellung einer Kuratel gegen Verschwendung führende Verfahren (zweite Verwarnung: Prodigalitätserklärung durch Urtheil und Bestellung eines Kurators mit öffentl. Bekanntmachung — Landg.-Ordn. a. a. O. §. 2—6) fortzusetzen. Erst am 31. März 1834 wurde Georg W., weil aus dessen Debitakten hervorgehe, daß er einen großen Theil seiner Schulden leichtsinnig kontrahirt habe, mittelst einer einfachen Protokollarverhandlung ohne näheren Vorhalt hierüber und ohne zur Verantwortung aufgefordert worden zu sein, von Gerichtswegen zugleich mit seiner Ehefrau, gegen welche übrigens der Verdacht einer unwirtschaftlichen Haushaltung nicht bestand, und zwar mit beider Bewilligung unter die Kuratel des Sebastian R. gestellt. In der beifälligen Ausschreibung vom 23. April 1834 ist hervorgehoben, daß Georg W. und seine Ehefrau sich freiwillig unter die Kuratel des Sebastian R. gestellt haben, und sodann die Bemerkung an gereicht, daß demnach mit diesen Eheleuten lästige Verträge ohne Zustimmung ihres Kurators rechtgiltig nicht abgeschlossen werden können.

Am 12. Febr. 1866 stellte Georg W. ein Schuldbekennniß aus und es war nun die Frage zu entscheiden, ob dasselbe gegenüber den vorbezeichneten Vorgängen Rechtswirksamkeit habe oder nicht. Der oberste Gerichtshof sprach sich mit der zweiten Instanz für Letzteres aus, hervorhebend, daß die vorgeschriebene Kuratel-Bestellung durch Gerichtsbeschluß durch den Inhalt des Protokolles vom 31. März 1834 und namentlich durch die Bemerkung, das Ehepaar sei von Gerichtswegen unter Kuratel gestellt worden, in keiner Weise als ersetzt erscheint, weil ein Gerichtsbeschluß auf Grund vorschristsmäßiger Instruktion nicht vorliege, die Kuratel-Bestell-

ung vielmehr, wie insbesondere auch die Ausschreibung vom 23. April 1834 ergebe, durch die freiwillige Unterwerfung unter dieselbe motivirt werde. Es ist ferner bemerkt, daß, wenn auch in dem Protokolle vom 31. März 1834 ein auf die Notorietät gegründeter Richterspruch auf Kuratel-Bestellung enthalten sein würde, Kläger doch nicht an der Geltendmachung des Schuldbekenntnisses vom 12. Febr. 1866 hiedurch gehindert wäre, weil in der oben erwähnten Ausschreibung ausdrücklich und allein als der Grund der Kuratel-Bestellung über das Ehepaar W. dessen freiwillige Entmündigung angegeben wurde, für Dritte aber nur dieses Publikandum entscheiden könne (Glück, Komm. Bd. XXXIII S. 192) und demnach Kläger vollberechtigt gewesen sei, bei der Unwirksamkeit einer Selbstentmündigung die hierauf gestützte Erklärung, daß Georg W. ohne Zustimmung eines Kurators nicht handeln könne, nicht zu beachten, sondern hierin allenfalls die vertragweise Uebertragung der Vermögens-Verwaltung auf Sebast. S. und später dessen Nachfolger zu sehen, welche Uebertragung allein dem Georg W. nicht im Wege stand, nebenbei auch nach eigenem Belieben und ohne Zuziehung des S. rechtsgiltig Verpflichtungshandlungen vorzunehmen.

D. O. Erf. v. 27. Febr. 1871 Nr. 553 v. 1870.

Dieselben Grundsätze bezüglich der Unwirksamkeit der Selbstentmündigung gelten zweifellos auch nach den übrigen in Bayern bestehenden Civilrechten. Bezüglich des preussischen und bayerischen Landrechtes und des gemeinen Rechtes liegen hierüber bereits Aussprüche in Fällen vor, in welchen übrigens die Sachlage noch einfacher gestaltet war (vgl. Bl. f. R.-A. Bd. XXI S. 477, Bd. XXXII S. 44).

hh.

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

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches (Fortsetzung). — Die gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches finden auch in dem Falle Anwendung, wenn zum Zwecke der Eintragung einer bestellten Hypothek die Anlegung eines Hypothekensollums für den verpfändeten Grundbesitz erst veranlaßt war. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 1. — 10. Januar 1872.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 8.

Die Rechtskraft des Hyp.-Buches erinnert an die Rechtskraft des richterlichen Urtheiles. In der That besteht eine Verwandtschaft zwischen beiden. Hier wie dort wird aus rechtspolitischen Gründen die juristische Folgerichtigkeit durchbrochen und die Sicherheit des Verkehrs mit einem Opfer am materiellen Principe des Rechtes erkaufte.

Aber in einem Punkte gehen sie ganz wesentlich auseinander und das ist folgender. Während die Rechtskraft des Urtheiles in seiner regelmäßigen Erscheinung nur nach innen wirkt,

quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur. L. 7 §. 4 L. 3 de exc. rei jud. 44, 2.

und: res inter alios iudicatae neque emolumentum asferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare C. 2 quib. res jud. 7, 56. —

besteht für die Rechtskraft des Hypotheken-

Neue Folge XVII. Band.

buches ein Bedürfnis nur nach außen d. h. zu Gunsten des Dritten, welcher im Vertrauen auf den ihm amtlich bekannt gegebenen Stand der Rechtsverhältnisse seine Verfügungen trifft. Dieser Satz bedarf der Erläuterung.

Die Bedeutung der Rechtskraft liegt bei den Bucheinträgen darin, daß gegenüber der formell und äußerlich vollkommenen Erscheinung der Rechtsverhältnisse im Buche alle nicht sichtbar heraustretenden materiellen Mängel derselben nicht zur Geltung kommen, mögen sie die Entstehung oder den Fortbestand betreffen. Warum? Damit jeder Dritte durch Einsicht des öffentlichen Buches sich in untrüglicher Weise über den Rechtszustand eines Grundstückes unterrichten könne und in seinem Vertrauen auf das öffentliche Buch nicht getäuscht werde; das letztere soll, wie schon mehrfach hervorgehoben, eine zuverlässige Grundlage für den Verkehr mit Liegenschaften bieten. Dieser Zweck bedingt aber nicht, daß die Wirkung der verborgenen materiellen Mängel auch zu Gunsten desjenigen ausgeschlossen werde, welcher den Bucheintrag erst erlangt hat und für den der Rechtswerb oder die Befreiung von einer dinglichen Last nicht auf einer *res inter alios acta* beruht.

Verdeutlichen wir uns diese Begrenzung an Beispielen. Hat ein Gläubiger von seinem minderjährigen Schuldner ohne des Vormundes Genehmigung eine Hypothek bewilligt erhalten, so deckt der Eintrag den Mangel der Verfügungsunfähigkeit des Bestellers nicht für den ursprünglichen Erwerber der Hypothekenrechte und seine Erben; ihnen gegenüber tritt der materielle Bestand des Rechtsverhältnisses in Kraft. Dagegen sind der Cessionar der Hypothekforderung, der Asterhypothekar, überhaupt jeder Sonderrechtsnachfolger des ursprünglichen Hypothekgläubigers gegen die Geltendmachung jedes aus dem öffentlichen Buche nicht ersichtlichen Mangels in

Rechte ihres Vorgängers durch den Grundsatz der Oeffentlichkeit geschützt. Ferner: willigt ein Gläubiger in die Löschung der Hypothek in irrthümlicher Annahme der Schuldtilgung, so schließt der Löschungseintrag die Anfechtung nicht aus gegenüber demjenigen Pfandeigenthümer und demjenigen Hypothekgläubigern, welche zur Zeit der Löschung in dieser Eigenschaft eingetragen waren, sowie deren Erben, wohl aber in der Richtung gegen einen späteren Erwerber des Eigenthumes oder eines Hypothekenrechtes an der Sache.

Wer also einem Eintrage nicht als einer unter anderen Personen zugetragenen Thatsache gegenübersteht; wer bei dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte als Betheiliger mitgewirkt, der ist gegen den Einfluß der materiellen Fehler nicht geschützt und zwar ganz unabhängig davon, ob er sie gekannt oder nicht gekannt hat und hätte wissen müssen.

Durch diese relative Wirkung unterscheidet sich das Prinzip der Oeffentlichkeit von der Ersizung. Auch die Ersizung hat die Bestimmung, Mängel im Erwerbe des Eigenthumes oder eines Servitutrechtes unschädlich zu machen. Allein sobald die Voraussetzungen der Ersizung vorliegen, besteht das Recht für Jedermann; die Wirkung ist nicht bloß dinglich sondern auch absolut. In diesem Punkte trifft mit der Ersizung die altdeutsche Verschweigung am Rechte zusammen. Daher liegt hierin ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen diesem Systeme und dem Systeme der Rechtskraft (vgl. oben §. 2, 3).

§. 9.

Unsere Untersuchung, welche bisher eine wesentlich positive Richtung verfolgte, soll vervollständigt werden durch die Feststellung, worin das Prinzip der Oeffentlichkeit nicht besteht. Hierbei werden natürlich nur naheliegende Abirrungen von der richtigen Auffassung in Berücksichtigung gezogen.

*

1) Das (Grund- oder) Hypothekenbuch liefert ein hervorragendes Beweismittel, es hat die Kraft einer öffentlichen Urkunde; denn es wird unter öffentlichem Glauben geführt.

Bayer. Hyp.-Ges. §. 93.

Allein diese Bedeutung liegt auf dem Gebiete des Prozeßes. Das Prinzip der Oeffentlichkeit ist aber ein materiell-rechtliches. Die prozessualische Wirkung ist mit der Hypothekenbucheinrichtung nothwendig verknüpft, das Prinzip der Oeffentlichkeit aber nur eine positive That derselben.

2) Alle bekannten Rechte verlangen zur Vollkommenheit gewisser Rechtsgeschäfte die Einkleidung in eine bestimmte Form, für Testamente, Schenkungen von bedeutendem Werthe, vertragmäßige Abfindung einer letztwillig hinterlassenen Alimentenberechtigung u. s. w. Besteht nun das Wesen der Oeffentlichkeit darin, daß die Einträge in das öffentliche Buch der gesetzlich gebotene Ausdruck des betreffenden Parteiwillens sind, daß sie mit anderen Worten Formgeschäfte darstellen? Ist darunter vielleicht die Vorschrift zu verstehen, daß die Verpfändung von Liegenschaften in öffentlichen Büchern zu verlautbaren ist?

Keineswegs. Das Prinzip der Oeffentlichkeit erstreckt seine Wirkung über die Errichtung von Hypothekrechten hinaus. Es fallen unter seine Herrschaft Rechtsvorgänge, für deren Gültigkeit an sich die Eintragung in das Hypothekenbuch ein Erforderniß nicht bildet, z. B. die Uebertragung bestehender Hypothekrechte an einer Liegenschaft. Da ferner die Willenserklärungen, auf deren Grund eine Eintragung, eine Vormerkung oder eine Löschung im Hyp.-Buche stattfinden soll, nach den meisten Gesetzgebungen der notariellen oder gerichtlichen Fertigung unterworfen sind,

Bayer. Notar.-Ges. Art. 12 Abs. 2; preuß. Landr. I, 10 §§. 15 — 17
so läge eine wahre Superfötation von Formvor-

Schriften vor, wenn die bücherliche Eintragung nur den Charakter einer Geschäftsform hätte.

Auch in der gesteigerten Bedeutung der Form, wonach sie nicht bloß ein Element der Entstehung sondern auch des Fortbestandes von Rechtsverhältnissen ist, wie bei dem Wechsel und den Inhaberpapieren, darf nach dem Angeführten die materielle Eigenthümlichkeit des neueren Hypothekenwesens nicht gesucht werden.

Über gerade der Wechsel und die Inhaberpapiere legen eine andere Auffassung nahe, nämlich

3) daß die Bucheinträge sog. abstrakte (reine, losgelöste) Willenserklärungen einschließen, deren Rechtsgültigkeit nur das Dasein des Willens, das Ob gewollt ist zur Bedingung hat, nicht die Richtigkeit des Bestimmungsgrundes, des Warum (causa).

Windscheid, Pand. §. 319.

Allein auch damit befindet man sich auf falscher Fährte.

Vor Allem beurfunden die Bucheinträge nicht Willenserklärungen sondern Rechtsverhältnisse (Eigenthum, Hypothek u. s. w.), welche überdies in Willenserklärungen nur der Regel nach, keineswegs nothwendig ihren Ursprung haben.

Nun läßt sich allerdings ein Grundbuch oder Hypothekenrecht denken, welches von einem verwandten Grundgedanken beherrscht wird. Es kann das Gesetz die Gültigkeit der Einträge unabhängig erklären von dem Rechtsgrunde, welcher den eingetragenen Erwerb oder die eingetragene Befreiung materiell zu rechtfertigen vermag. Folgerichtig darf dann auch für die Eintragung d. h. die Vollziehung des Eintrages durch die Hypothekenbehörde der Nachweis eines solchen Rechtsgrundes nicht gefordert werden.

Daß aber hierin nicht das Wesen der Oeffentlichkeit beschlossen liegt, dafür liefern zwei bedeutende deutsche Hypothekengesetzgebungen, die preussische

und die bayerische, schlagende Belege. Beide stehen auf dem Boden des Oeffentlichkeitsprinzipes und beiden ist die Theorie der abstrakten Einträge fremd; die Durchführung dieser Theorie bildet erst eines der Ziele für die im Werke befindliche Reform des preussischen Hypothekenrechtes^{*)}. Was insonderheit das bayerische Hypothekenrecht anlangt, so verlangt dasselbe ganz bestimmt sowohl die Eintragung des „Besitztitel“ beim Eigenthumsvortrage

Hyp.-Ges. §. 22 Nr. 6, §. 136 Nr. 2
als die Angabe des „Rechtstitel“ für die Forderung,

Hyp.-Ges. §. 144 Nr. 2,
wenn auch die Verletzung der zweiten Vorschrift keine Nichtigkeit begründet.

Gönnert I S. 114**; Bl. f. R. XIII
S. 105.

Noch mehr. Die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches deckt Mängel, welche das Dasein des Willens betreffen und darum die Geltung abstrakter Erklärungen ausschließen z. B. Verpflichtungs- oder Veräußerungsunfähigkeit.

Erwägt man dazu noch die bloß relative Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzipes (§. 8), so wird zur Verwechslung des Letzteren mit dem Rechtsinstitute der abstrakten Willenserklärungen und Rechtsverhältnisse wohl keine Versuchung mehr bestehen.

*) Man vergl. hierüber die gleich lesenswerthen Schriften von Ziebart, die Reform des Grundbuchrechtes S. 1 fg. und Bähr, die preussischen Gesetzentwürfe über die Rechte am Grundvermögen S. 43 (erschien in Thering's Jahrb. Bd. XI Abh. I und im Sonderabdrucke). Beide Schriftsteller nennen das, was ich als Grundsatz der abstrakten Einträge bezeichnete, das formalrechtliche Prinzip. Warum ich diesen Ausdruck nicht für glücklich halte, habe ich ausgeführt in meinen civilrechtlichen Erörterungen Heft I S. 138; übereinstimmend Windscheid, Pand. §. 319 Note 2.

§. 10.

Wenn aber das Wesen des Oeffentlichkeitsprinzipes unter alle diese Gesichtspunkte nicht gebracht werden kann: worin besteht es dann in Wirklichkeit?

Ein Schriftsteller, der sich um die Aufhellung dieser Seite des neueren Hypothekenechtes ein unbestreitbares Verdienst erworben hat,

Prinz, der Einfluß der Hypothekenebuchverfassung auf das Sachenrecht, insbesondere die Lehre von den Protestationen, dargestellt nach preussischen Rechte S. 29 u. a. a. D.

bezeichnet die Wirkung der Oeffentlichkeit als Erzeugung einer unumstößlichen Vermuthung für die Sachlegitimation des Auktor, als Schaffung einer besonderen publizistischen oder Verkehrslegitimation.

Diese Fassung trifft gewiß eine Seite im Begriffe und zwar eine sehr wichtige Seite, aber sie erschöpft ihn nicht. Sie begreift z. B. nicht den Ausschluß der nicht eingetragenen Einreden gegenüber dem gutgläubigen Erwerber einer Hypothekforderung, nicht die Unwirksamkeit einer materiell ungerechtfertigt geldschten Hypothek oder einer nicht eingetragenen aber eintragungsfähigen sonstigen dinglichen Belastung wie einer Zehntpflichtigkeit oder eines Nießbrauches.

Will man aber dem Begriffe „Sachlegitimation des Auktor“ eine Ausdehnung geben, daß er auch alle diese Wirkungen faßt, dann läuft man Gefahr, unverständlich zu bleiben.

Vollständig ist jedoch die Begriffsbestimmung, wenn wir sagen:

die Oeffentlichkeit gewährleistet das Dasein der positiven und negativen Voraussetzungen für den Erwerb eines dinglichen Rechtes oder einer

dinglichen Befreiung in der vom Hypothekenbuche ausgewiesenen Beschaffenheit, soweit dasselbe zur Aufnahme dieser Voraussetzungen gesetzlich bestimmt ist.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Wirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs finden auch in dem Falle Anwendung, wenn zum Zwecke der Eintragung einer bestellten Hypothek die Anlegung eines Hypothekensoliums für den verpfändeten Grundbesitz erst veranlaßt war.

A. hatte seine an Peter K. verheiratete Tochter in seinem Testamente als Erbin eingesetzt mit der weiteren Bestimmung, daß mehrere zum Rücklasse gehörige Grundstücke, die nach Plannummern bezeichnet wurden, wenn aus der Ehe der Erbin Kinder hervorgehen würden, sofort diesen eigenthümlich gehören und die K.'schen Eheleute nur die Nutzung an diesen Grundstücken haben sollen.

Der vorgefehene Fall trat ein. Die K.'schen Eheleute verpfändeten später die in Frage stehenden Grundstücke an E. für eine Darlehensforderung und wurde, nachdem ein Hypothekensolium für die Grundstücke zum Zwecke der Eintragung der Hypothek erst angelegt worden war, diese auch eingetragen, während der Besitzeintrag auf die in ehelicher Gütergemeinschaft lebenden K.'schen Eheleute lautete.

Dieser Hypothekseintrag wurde später von der für die K.'schen Kinder bestellten Kuratel angefochten, weil hiedurch ihre Eigenthumsrechte verletzt seien.

Der oberste Gerichtshof hielt gegenüber den divergirenden Anschauungen der Vorinstanzen, welche sein besonderes Interesse bieten, die Klage unter der Voraussetzung für begründet, daß bewiesen werde, daß E. zur Zeit der Hypothekbestellung gewußt

habe, daß die verpfändeten Grundstücke den Kl.'schen Kindern gehören.

Zur Begründung ist — nachdem vorher erörtert wurde, daß die bezügliche Testamentsbestimmung des A. ein Vermächtniß für seine Enkel enthalte, in Folge dessen diese mit ihrer Existenz das Eigenthum der Grundstücke sofort erworben haben, und nachdem die Grundsätze über die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs näher dargelegt worden waren, bezüglich der Eingang bezichneten Frage Nachstehendes ausgeführt:

Diese Grundsätze müssen auch unbedingte Anwendung auf Hypotheken bezüglich von Grundstücken finden, für welche, weil sie bisher noch nie dem Pfandnegus unterstellt gewesen waren, erst wegen der nun einzutragenden Hypothek ein Folium im Hypothekenbuche zu eröffnen ist. Zuzolge der Bestimmungen des §. 120 des Hypothekengesetzes in Verbindung mit §. 4 des Einführungsgesetzes hiezu, dann §§. 12, 50, 51 der bezüglichen Instruktion soll über eine unbewegliche Sache ein Eintrag im Hypothekenbuche unter einem besonderen Nummer und Folium nur dann vollzogen werden, wenn hiezu Veranlassung gegeben ist; eine solche „hinreichende, besondere“ Veranlassung erscheint aber, nachdem im erwähnten §. 12 der Instruktion die Anmeldung von auf speziellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten zc. hiebei ausdrücklich ausgeschlossen ist, gesetzlich nur dann gegeben, wenn es sich bezüglich der einzutragenden unbeweglichen Sache um die Begründung eines hypothekenrechtlichen Verhältnisses handelt, also um ein Verhältniß, welches ausschließlich nach den Bestimmungen des Hypothekengesetzes zu beurtheilen ist und welches mit seiner gesetzmäßigen Konstatirung nach Maßgabe der §§. 119 u. ff. besonders §. 129 u. ff. des Hypothekengesetzes im Hypothekenbuche aller der durch dieses Gesetz den Hypotheken zugesicherten Vortheile und Bewährschaften, somit auch des Schutzes der Oeffentlichkeit und der Spezial-

tät, theilhaftig wird. — Ein Grund, warum solchen Hypotheken, bezüglich deren über ein bisher noch nicht verpfändet gewesenes Objekt ein Hypothekfolium erst angelegt wird, so daß ältere Hypothekareinträge hinsichtlich dieses Objektes, namentlich in II. Rubrik über den Besitztitel nicht vorliegen können, dieser Schutz der Deffentlichkeit nach Maßgabe der §§. 25 u. 26 des Hypothekengesetzes versagt sein sollte, läßt sich nicht auffinden, vielmehr muß — nachdem dem Eigenthümer durch §. 51 der Instruktion ein Mittel der Sicherung gegen die ihm etwa in Folge des §. 26 Ziff. 2 des Hyp.-Ges. drohende Gefahr gewährt ist, unbedingt ausgesprochen werden, daß das Hypothekengesetz gerade solchen Hypotheken diesen Schutz der Deffentlichkeit zukommen lassen wollte und mußte, um seine Intention, den Realcredit zu heben, erfüllt zu sehen, indem die gegentheilige Auffassung zu dem sonderbaren Resultate führen würde, daß die auf einem, weil bisher noch nie verpfändet, im Hypothekenbuche nicht eingetragenen Grundbesitze bestellten — also Ersten — Hypotheken, nach dem Gesetze eines geringeren Schutzes vor Aufsechtung sich zu erfreuen hätten, als diejenigen Hypotheken, welche auf einem mit einer Hypothek schon belasteten und daher mit einem Hypothekfolium versehenen Grundbesitze — also zur zweiten Stelle — eingetragen sind, womit die Absicht des Gesetzgebers, durch die Aussicht auf eine vor Aufsechtungen möglichst gesicherte Geldanlage der Landwirthschaft den Zufluß des Kapitals zu eröffnen, statt befördert, geradezu vereitelt würde.

Zufolge dieser Erörterungen kann daher der Umstand, daß bisher bezüglich der Grundstücke Pl.-Nr. 579, 666, 2731 ein Hypothekfolium, woraus der Beklagte den Besitztitel der Eheleute Kl. hinsichtlich der vorerwähnten Grundstücke zu entnehmen vermocht, im Hypothekenbuche nicht bestanden, sowie der weitere Umstand, daß die Berichtigung des Besitztittels bezüglich dieser Grundstücke auf die Peter

Kl.'schen Eheleute im Hypothekenbuche an demselben Tage, 20. Dec. 1864, eingetragen worden, an welchem auch die Hypothek für 560 fl. zu Gunsten des Beklagten intabulirt wurde, in keiner Weise geeignet erachtet werden, die rechtliche Wirksamkeit dieser Hypothek des Beklagten in Frage zu stellen, da — was besonders den letzteren Umstand betrifft — das Gesetz bezüglich der Größe des Zeitraumes zwischen der vollzogenen Besitzttitleberichtigung und der erfolgten Intabulirung der Hypothek eine Bestimmung nicht enthält und daher bei dem völligen Mangel desfalliger Anhaltspunkte der Richter außer Stande ist, ohne Gefahr der Willkür eine Zeitbestimmung zu geben, und im Uebrigen die Thatsache genügen muß, daß das Hypothekenbuch einen die Angaben der Eheleute Kl., als der Konstituenten der Hypothek, hinsichtlich ihrer Besitzrechte an fraglichen Grundstücken, wie den Inhalt ihres Katasters widerlegenden Eintrag zur Zeit der am 21. Nov. 1864 erfolgten Schuldverschreibung und Hypothekbestellung nicht enthalten hat.

Hienach muß die Hypothekbestellung auf fraglichen drei Grundstücken zu Gunsten des Beklagten mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Hypothekengesetzes als rechtswirksam erachtet werden, sofern nicht die klagende Kuratel darzuthun vermag, daß der Beklagte bei der Hypothekbestellung die wahren Eigenthumsverhältnisse bezüglich der verpfändeten drei Grundstücke gekannt und gewußt habe, daß dieselben nicht Eigenthum der Peter Kl.'schen Eheleute, sondern vielmehr Eigenthum der minderjährigen Kinder derselben seien, womit der eine wesentliche Vorbedingung für die rechtliche Wirksamkeit dieser Hypothek des Beklagten bildende „gute Glaube“ des Letzteren unbedingt ausgeschlossen erschiene.

DAÖGrf. v. 4. April 1871 Nr. 243 v. 1870.
hh.

Uebersicht
über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des
obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civil-
rechtes und Civilprozesses.
 1.—10. Januar 1872.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom
29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 12. Bei Gelegenheit eines Kompetenzkonfliktes über die Behandlung der Verlassenschaft eines Unteroffiziers wurde anerkannt, daß ein solcher seinen Wohnsitz im Garnisonsorte dann habe, wenn er den Militärdienst zu seinem Lebensberufe gewählt und die Absicht der Rückkehr in seine Heimath aufgegeben habe. Erf. v. 3. Jan. Reg.=Nr. 15.

Art. 23. Die Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung eines mündlich abgeschlossenen Schweinekaufes wurde vom Käufer gegen den anderwärts wohnenden Verkäufer am Orte des Wohnortes des Klägers angestellt, weil bebunden worden sei, daß dort die Schweine an den Käufer abzuliefern seien. Dieses Gericht wurde für zuständig anerkannt, da es auf den Beweggrund einer solchen Bestimmung über den Erfüllungsort nicht ankomme. Urth. v. 8. Jan. HWNr. 395.

Art. 66, 789. Die Intervention kann auch durch den Anschluß an die von einer der Hauptparteien erhobene Wichtigkeitsbeschwerde erfolgen. Urth. v. 3. Jan. HWNr. 284.

Art. 154, 155, 156 mit 274 und 328 Abs. 4. Das neue Verfahren kennt keine Abweisung der Klage in angebrachter Art. Ist die Klage nicht gehörig substantiirt, so hat das Gericht von den in den angegebenen Artikeln ihm ertheilten Befugnissen Gebrauch zu machen (vgl. Bl. f. RA. Bd. 36 S. 337 ff.). Urth. v. 4. Jan. HWNr. 320.

Art. 345 mit 180 und 707. Wenn im Be-

weißverfahren außer dem Falle des Art. 322 ganz andere, als die zur Klagebegründung gebrauchten Thatsachen bewiesen werden, so ist eine unzulässige Klageänderung gegeben und der Richter kann, wenn sich der Beklagte derselben widersetzt, diesen nicht auf Grund solcher neuen Thatsachen verurtheilen. Urth. v. 2. Jan. *SB*Nr. 282.

Art. 355, 399; Einf.: Ges. Art. 24. Ueber Nebenabreden zu einem Vertrage, welcher vor dem 1. Juli 1870 unter Errichtung einer Privaturkunde abgeschlossen wurde, ist Zeugenbeweis zulässig. Urth. v. 8. Jan. *SB*Nr. 363.

Proz.=Ordn. Art. 399. Der Beweis, daß ein in einer öffentlichen Urkunde verlautbarter Vertrag simulirt sei, kann durch Zeugen geführt werden. Urth. v. 5. Jan. *SB*Nr. 304.

Art. 761 Ziff. 1, Art. 762. Wenn in einem Urtheile ein thatsächlicher Irrthum vorkommt, welchen das Gericht aus der eigenen ungenauen Geschichtserzählung der Partei schöpfte und welcher erst durch ergänzende Behauptungen in der Wiederaufnahmsklage und durch erst mit dieser produzierte Urkunden als Irrthum dargelegt wird, so kann das Verfahren nicht wieder aufgenommen werden. Urth. v. 2. Jan. *SB*Nr. 361.

Art. 788. Nur das Urtheil der letzten Instanz, nicht auch das demselben voraus gegangene der ersten kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Urth. v. 5. Jan. *SB*Nr. 306.

Art. 791. Die Anfechtung der thatsächlichen Ergebnisse der Verhandlungen und Beweise kann, wenn kein Gesetz verletzt ist, bei der materiellen Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugelassen werden, macht aber diese nicht formell unzulässig. Urth. v. 5. Jan. *SB*Nr. 306 u. v. 5. Jan. *SB*Nr. 357.

Art. 795 mit 695 u. 797. Die Befolgung eines für vollstreckbar erklärten Urtheiles und der Verzicht auf die Zustellung desselben enthalten keine

Unterwerfung unter die Entscheidung. Urth. v. 3. Jan. HBNr. 284.

Art. 795 mit Einf.=Gej. Art. 14, 15 u. 18. Wenn gegen ein vor dem Juli 1870 verkündetes Urtheil die eine Partei noch vor diesem Tage, die andere aber erst nach diesem Tage Berufung eingelegt hat, so sind diese beiden Berufungen nach den Vorschriften der O. v. 1753 zu verhandeln und zu entscheiden. Urth. v. 5. Jan. HBNr. 342.

Proz.=Ordn. Art. 870. Die in diesem Art. zugelassenen Widerspruchsklagen müssen immer gegen die beiden Hauptparteien, den Gläubiger und den Schuldner, erhoben werden. Sie müssen selbst dann zugleich gegen den Schuldner gerichtet werden, wenn dieser das behauptete Eigenthum oder sonstige Recht des Widerspruchsklägers nicht bestreitet. Urth. v. 5. Jan. HBNr. 376.

Art. 972, 976, 980, 981. Der Arrestbeklagte kann den Einspruch gegen ein Versäumungsurtheil, durch welches der Arrestkläger in die mit Beschlagnahme belegte Forderung eingewiesen wurde, nicht mit der Behauptung rechtfertigen, daß die gegen den Drittschuldner bestehende Forderung nicht ihm, dem Arrestbeklagten, sondern einem anderen Forderungsberechtigten zustehe. Die Frage, ob dem Arrestbeklagten die Forderung gegen den Drittschuldner zustehe, ist, wenn dieser keine die Forderung anerkennende Erklärung abgegeben hat, zwischen dem Arrestkläger und dem Drittschuldner, nicht zwischen dem Arrestkläger und Arrestbeklagten auszutragen. Urth. v. 8. Jan. HBNr. 358.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Eigenthum. Der aus Art. V §. 31 u. 32 des Osnabrücker Friedensinstrumentes hervorgehende Anspruch, daß Kirchen und Kirchenvermögen an denjenigen Religionstheil zurückgegeben werden, welcher sie im Jahre 1624 inne hatte, ist nicht durch die Voraussetzung bedingt, daß in der

Ortschaft, um deren Kirche und Kirchenvermögen gestritten wird, zur Zeit des Abschlusses jenes Friedens eine Kirchengemeinde des klagenden Religionstheiles bestand; der Anspruch konnte vielmehr auch von einer erst nach jenem Friedensschlusse wieder gebildeten Gemeinde erhoben werden. Der Anspruch unterliegt aber der gemeinrechtlichen Klagenverjährung, so daß eine Kirchengemeinde, welche sich bei einem zu Anfang des vorigen Jahrhunderts vom anderen Religionstheile ihr eingeräumten Simultaneum bisher beruhigte, nicht erst jetzt auf Grund der oben angeführten Bestimmungen den Anspruch auf das Alleineigenthum an Kirche und Kirchenvermögen mit Erfolg erheben kann. Urth. v. 5. Jan. 58 Nr. 342.

Servituten. Bayer. Pr. Th. II Kap. VII §. 5 Nr. 4. Die Besitzhandlungen, auf welche die erwerbende Verjährung eines Serviturrechtes begründet werden will, müssen mit der Absicht, dadurch ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, vorgenommen worden sein. Urth. v. 4. Jan. 58 Nr. 311.

Hypothekenrecht. Prior.-Ordn. §. 19 mit dem Gesetze hierüber v. 1. Juli 1856. Hypotheken-Gesetz §§. 40, 42, 45, 57, 70, 79. Im Falle Grundstücke, auf welchen nebst anderen im Besitze des Schuldners verbliebenen Immobilien eine Verbandhypothek eingetragen ist, in den Besitz Dritter übergegangen sind, dann aber der ursprüngliche Schuldner in Gant geräth, steht dem Gläubiger der solidarischen Hypothek zu, durch Klage gegen die dritten Besitzer der mitbelasteten Grundstücke zu erwirken, daß die Grundstücke zum Zwecke seiner Befriedigung nach dem Maße der auf den Erlös aus denselben entfallenden Schuldantheile der Zwangsveräußerung unterstellt werden. Dieser Klage können sich die Nachhypothekgläubiger wegen ihres rechtlichen Interesse an der dem Ges. v. 1. Juli 1856 entsprechenden Befriedigung des vorgehenden Hypothekgläubigers aus sämmtlichen diesem ver-

pfändeten Objekten selbst dann anschließen, wenn ihnen die Grundstücke der dritten Besitzer nicht verpfändet sind. Die dritten Besitzer können durch Bezahlung der Schuld, wofür die Verbandshypothek besteht, die Veräußerung ihrer Grundstücke abwenden, nicht aber die Klage durch eine aus der Liquidation der Schuld des Hauptklägers in der abhängigen Gant abgeleitete Einrede der Litispandez entkräften. Urth. v. 3. Jan. *HWNr.* 284.

Verträge. *Not.-Ges. Art. 14.* Es enthält keine Verletzung dieser Gesetzstelle, wenn der Richter aus den der Errichtung einer Notariatsurkunde vorausgegangenen mündlichen Verabredungen feststellt, daß der in der Urkunde verlautbarte Vertrag von den Parteien nur zum Scheine abgeschlossen wurde. Urth. v. 5. Jan. *HWNr.* 304.

Vormundschaft. *Mainzer Ur. Gem. R. Fr. 1 pr. §. 1 ubi pup. educ. (27,2). Const. 1 eod. (5,49).* Die Bestimmung, wo der Pupil erzogen werden soll, steht nicht dem Vormunde zu. Wenn der Vater darüber nicht in einem Testamente bestimmt hat, der Vormund und die nächsten Verwandten aber darüber, wem die Erziehung anzuvertrauen sei, verschiedener Meinung sind, so entscheidet die Obervormundschaftsbehörde unter freier Würdigung aller einschlagenden Verhältnisse. Urth. v. 9. Jan. *HWNr.* 378.

Erbrecht. *Bayer. Ur. Th. I Kap. IV §. 3 Nr. 4; Th. III Kap. XII §. 3 Nr. 7 u. 8 mit §. 2 Nr. 11 drittens.* In den Nachlaß eines außerehelich geborenen, nicht legitimirten Sohnes succedirt ab intestato neben seiner Mutter auch die mit dieser von demselben Vater außerehelich erzeugte Schwester, weil sie, wenn auch in bloß natürlicher Verwandtschaft, zweibändige Schwester des Erblassers ist. Urth. v. 2. Jan. *HWNr.* 266.

77.

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekeneuches (Fortsetzung).
— Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Vollrechtes und Vollprozesses. 11. — 24. Januar 1872.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekeneuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Siehen.
(Fortsetzung.)

V. Begriff des materiellen Oeffentlichkeitsprinzipes nach bayerischem Rechte.

1. Rechtskraft des Hypothekeneuchinhaltes.

§. 11.

Das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 hat den Grundsatz der Oeffentlichkeit im formellen und materiellen Sinne angenommen und innerhalb seiner Sphäre mit Folgerichtigkeit durchgeführt. Aber gerade durch die Begrenzung dieser Sphäre nimmt es im Kreise der neueren deutschen Hypothekengesetzgebungen eine Sonderstellung ein⁹⁾. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich seine Aufgabe auf die Sicher-

⁹⁾ Doch gehören auch in Mecklenburg die Hypothekeneucher für die ritterschaftlichen Landgüter sowie die Hypothekeneucher für die Erbpachtstellen auf den Klostergütern dem Pfandbuchsystern an. Meibom, Mecklenb. Hyp. R. S. 7. — Auch die Kantone Uri und Unterwalden haben nach von Wyß (Zeitschr. für Schweiz. Recht XVII S. 96 Note 1) in der neueren Zeit reine Hypothekengesetze erlassen.

ung der Hypothekrechte und des Verkehrs mit hypothekarischen Forderungen beschränkt und die übrigen Rechte an Liegenschaften nur insoweit einer neuen Ordnung unterzogen, als sie für den Realcredit von Bedeutung sind. Daß der bayerischen Hypothekenverfassung zu Grunde liegende öffentliche Buch heißt nicht bloß sondern ist lediglich ein Hypothekenbuch.

Gönnert I S. 259.

Eine Prüfung des Pfandbuchsystemes nach seiner legislativen Berechtigung liegt außerhalb meiner Aufgabe. Es ist mir ausschließlich um die Erkenntniß des geltenden Rechtes zu thun; Andere mögen dann beurtheilen, inwieweit dasselbe den Anforderungen des heutigen Verkehrslebens genügt.

Durch den eigenthümlichen Standpunkt des bayerischen Gesetzes werden auch dem Principe der Rechtskraft des Hypothekenbuchsinhaltes engere Grenzen gesteckt. Zwar beherrscht dasselbe nicht bloß die Hypothekrechte sondern auch das Eigenthum und manche dingliche Belastungen von Liegenschaften außer den Hypotheken. Aber das Eigenthum und die zuletzt gedachten dinglichen Rechte unterliegen diesem Einflusse nicht selbständig und in ihrem ganzen Dasein, sondern nur soweit sie die Geltung oder Wirksamkeit von Hypothekrechten berühren.

Diesem Gedanken hat das Hyp.-Ges. in §. 25 Abs. 1 folgenden — weder in sprachlicher noch in sachlicher Hinsicht gerade glücklichen — Ausdruck gegeben:

„Aus dieser (d. h. formellen) Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches entsteht die Folge, daß jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und im guten Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind.“

Der Gesetzgeber begnügte sich indeß nicht mit der Formulirung des Prinzipes sondern hob im folgenden §. 26 einzelne besonders eingreifende Anwendungen hervor. Freilich verdient nicht Alles, was da vorkommt, diesen Namen. Für Nr. 3 alda wird der Beweis unten (§. 19) geführt werden. Die Nr. 4 aber führt sogar einen neuen das Prinzip des §. 25 einschränkenden Gedanken ein; denn es heißt:

„Der Schuldner kann die Einreden, welche er dem Gläubiger über die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekforderung entgegensetzen konnte, wider den Dritten, der die Hypothek durch lästigen Titel und in gutem Glauben an sich brachte, nur alsdann gebrauchen, wenn sein Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist.“

§. 12.

Führt man den wenig greifbaren Ausdruck des Gesetzes auf seinen wahren Gehalt zurück, so ergeben sich folgende Merkmale.

I. Die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches verleiht einen eigenthümlichen dem allgemeinen Civilrechte unbekanntem Schutz.

Dieser Schutz besteht in der Gewähr für die Richtigkeit des durch das Hypothekenbuch ausgewiesenen Rechtszustandes einer Liegenschaft (oder eines nach Hyp.-Ges. §. 3 selbständig hypothekfähigen dinglichen Rechtes) sowie der rechtlichen Beschaffenheit der darauf eingetragenen oder vorgemerkten Forderungen.

II. Die Gewähr für die Richtigkeit eines Eintrages oder Vermerkes tritt nur zu Gunsten Dritter ein, welche und soweit sie demselben als einer unter anderen Personen vollendeten Thatsache gegenüberstehen, nicht für diejenigen, welche den Eintrag oder Vermerk selbst erst erlangt haben, auch nicht für deren Erben (vgl. oben §. 8).

*

III. Die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches schützt aber nur

1. den Erwerb von Hypothekrechten und von eintragungsfähigen Rechten an ihnen;
2. die Befreiung von solchen Rechten.

IV. Der Schutz hat zur Voraussetzung:

1. daß der Erwerb des Rechtes oder der Befreiung im Vertrauen auf die materielle Richtigkeit des Hypothekenbuchinhaltes gemacht wurde;

2. daß der Erwerber über das seinem Erwerbe an sich entgegenstehende aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtliche Hinderniß in entschuldbarer Unkenntniß war;

3. daß insonderheit der Erwerb aus der Uebertragung eines bestehenden Hypothekrechtes auf Grund eines entgeltlichen Geschäftes stattfand.

Die Wirkung der Oeffentlichkeit, wie sie im Bisherigen erkannt wurde, läßt sich mit einem kurzen, allerdings nicht vollkommenen genauen Ausdruck bezeichnen als Schutz des hypothekrechtlichen Erwerbes. Hierauf beschränkt unser Hyp.-Gesetz das Prinzip der Rechtskraft des Hypothekenbuchinhaltes. Aber es ist dieß nicht die einzige materielle Wirkung der Oeffentlichkeit.

2. Ausschluß der Berufung auf die Unkenntniß des Hypothekenbuchinhaltes.

§. 13.

Das Civilrecht knüpft in gewissen Verhältnissen an die Unkenntniß eines Umstandes rechtliche Vortheile. So wird der in guten Treuen an den Cedenten zahlende Schuldner gegen den Anspruch des Cessionars auf nochmalige Zahlung geschützt ¹⁰⁾;

¹⁰⁾ L. 17 de transact. 2, 15 mit Bähr in Iherling's Jahrb. I S. 415 — Preuß. Landr. I. 11 §. 413 mit Förster, preuß. Privatr. I §. 99 Note 191.

die Unkenntniß des Pfandrechtes kann zur Erstickung der Pfandfreiheit führen u. s. w. ¹¹⁾).

Der Regel nach kommt freilich diese Vergünstigung nur der entschuldbaren Unkenntniß zu gute, und schon wegen dieser Eigenschaft dürfte bei der Offenheit des Hyp.-Buches bezweifelt werden, ob sich Jemand mit Erfolg auf die Unkenntniß eines Umstandes berufen könnte, welcher aus dem Hyp.-Buche zu ersehen war. Allein das Hyp.-Gesetz hat die Regelung der Folgen aus unterlassener Einsichtnahme nicht dem Civilrechte überlassen sondern dem Rechte auf Einsicht geradezu eine Pflicht zur Einsicht an die Seite gestellt. Es bestimmt §. 25 Abs. 2:

„Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hypothekenbuche eingetragen ist, zu seinem Vortheil anführen“ ¹²⁾

Dieser Satz hat seinen Grund und seine Rechtfertigung in der Offenheit des Hyp.-Buches; er schließt somit eine zweite und zwar materielle Wirkung der Oeffentlichkeit ein, welche sich zum Principe der Rechtskraft theils als dessen Widerspiel theils als Ergänzung verhält.

Als Widerspiel; denn während nach der früheren Betrachtung die Hypothekenbuchverfassung einen Schutz verleiht, welcher dem allgemeinen Civilrechte fremd ist, entzieht sie durch den zweiten Grundsatz einen Schutz, auf den unter Umständen nach allgemeinem Civilrechte ein Anspruch besteht.

Als Ergänzung; denn in diesem Satze tritt dem Schutze des Erwerbers der Schutz des erworbenen Rechts zur Seite; so ist z. B. der Cessionar einer Hypothekforderung durch die Vormerkung seines For-

¹¹⁾ Ein freilich selbst nach gemeinem Rechte bestrittener Punkt. Windscheid P. §. 248 Note 17.

¹²⁾ Der gleiche Satz findet sich im preussischen Landr. I, 4 §. 19.

berungsbewerbes im Hyp.-Buche gegen die nachtheiligen Folgen einer Zahlung des Schuldners an den Lebenden gesichert.

3. Unächte Folgen der Oeffentlichkeit.
§. 14.

Mit den angegebenen zwei Wirkungen sind die materiellen Folgen der Oeffentlichkeit m. E. erschöpft. Ich kann insbesondere nicht beipflichten, wenn hierunter auch der Grundsatz gestellt wird, daß Hypothekrechte nur durch Eintragung in das öffentliche Buch entstehen. Es läßt sich diese Vorschrift ohne Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches denken, und umgekehrt könnte das Prinzip der Oeffentlichkeit ohne diese Vorschrift bestehen, wie uns die Bedeutung der Eintragung für den Erwerb bestehender Hypothekrechte lehrt.

Mehr Schein von Berechtigung hat für sich, den eigenthümlichen Einfluß der Hypothekenbucheinträge auf die Verjährung der Rechte mit der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches in Beziehung zu setzen.

Nach den §§. 31 und 32 des Hyp.-Ges. soll jeder Eintrag in das Hyp.-Buch die Verjährung zum Vortheile desjenigen, für dessen Rechte die Eintragung Protestation oder Vormerkung geschehen ist, unterbrechen, und gegen den Inhalt des Hyp.-Buches insoweit keine Verjährung stattfinden, als dieselbe den eingetragenen Hypotheken oder den darin vorgemerkten Forderungen zum Nachtheile gereichen würde. Also Hemmung der begonnenen und Ausschluß des Beginnes der Verjährung gegenüber den durch Einschreibung gewährten Rechten.

Der enge Zusammenhang dieser Rechtsfäße mit der Hypothekenverfassung ist unverkennbar. Oeffentliche Bücher und Verjährung können nach Wönners¹²⁾ richtiger Bemerkung nicht auf demselben

¹²⁾ Komm. I S. 335. Vergl. auch Währ im Jhering's Jahrb. XI S. 71 Note 35.

Gebiete wirksam sein. Beide verfolgen dasselbe Ziel: Festigung des Rechtszustandes durch Anknüpfung der Rechtsverhältnisse an gewisse äußerlich hervortretende Merkmale. Aber von den beiden Wegen, welche sie zur Erreichung des Zieles einschlagen, ist in Umkehrung des Dichterwortes zu sagen: thut sich der eine dir auf, schließt sich der andre dir zu. Die Durchführung der Hypothekenbucheinrichtung hat eine Beschränkung der civilrechtlichen Verjährung zur nothwendigen Folge.

Darf aber diese Folge eine Wirkung der Oeffentlichkeit genannt werden? Man hat dieß behauptet, weil der Ausschluß der Verjährung Dritte, welche auf Grund eines Eintrages Rechte erwerben, vor Schaden behüten soll.

Heyne, Komn. zum sächs. Hyp.-Ges. I S. 169.

Das wäre richtig, wenn dieser Ausschluß bloß für Dritte gelten würde. Da er aber auch dem ursprünglichen Erwerber eines Eintrages zu gute kommt, so fällt er nicht unter das Oeffentlichkeitsprinzip, das, wie wir gesehen haben, seine Wirkungen gerade nach außen erstreckt.

Vgl. oben die §§. 8 u. 12, sowie

Simon im Archiv für civil. Praxis Bd. 41 S. 348 fg., S. 350 Note 9.

Es ist bemerkenswerth, daß das bayer. Hyp.-Ges. die Rechtsätze über den Verjährungsausschluß nicht unter die Rubrik „Oeffentlichkeit des Hypothekenbuche“ gestellt hat sondern neben diese unter die höhere Abtheilung „von den Einträgen in das Hypothekenbuch“.

Die materiellen Wirkungen der Oeffentlichkeit lassen sich demnach auf zwei Hauptgesichtspunkte zurückführen:

1. Schutz des hypothekrechtlichen Erwerbes;
2. Ausschluß der Berufung auf die Unkenntniß des Hypothekenbuchinhalte.

Es wird die Aufgabe der nachfolgenden Erörterungen sein, Voraussetzungen, Inhalt und Umfang dieser Wirkungen genauer zu bestimmen.

VI. Vom Schutze des hypothekrechtlichen Erwerbes.

A. Gegenstand des Schutzes.

1. Der hypothekrechtliche Erwerb.

§. 15.

Im Commentare I S. 276 sagt Böner: „Die Wirkungen (der Oeffentlichkeit) erstrecken sich auf alle Verhältnisse und Geschäfte, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen und deswegen vermöge §. 22 an die Eintragung in das öffentliche Buch unter dem Rechtsnachtheile gebunden sind“. Wer ersieht nicht sofort, daß hier zwei wesentlich verschiedene Fragen zusammengeworfen werden, nämlich:

a) wem kommt der Schutz der Oeffentlichkeit zu gute?

b) welche Verhältnisse stehen unter der Herrschaft des Oeffentlichkeitsprinzipes?

Die nachfolgende Erörterung wird, wie ich hoffe, zeigen, daß eine klare Einsicht in das Wesen des Oeffentlichkeitsprinzipes nur bei Trennung dieser beiden Fragen gewonnen werden kann; auf diesem Wege wird das Räthsel schwinden, wie z. B. der Nießbrauch nach einer Richtung der Oeffentlichkeit anheimfällt, nach allen anderen nicht.

Das Hyp.-Gesetz gibt hier wie anderwärts in dieser Lehre nur unvollkommenen Aufschluß. Es soll sich des Schutzes der Oeffentlichkeit erfreuen jede Handlung, welche und „soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht“. Glücklicherweise kommt dieser allzu dehnbaren Begriffsbestimmung

die Beispielanführung in §. 26 zu Hilfe. Hiernach und den sonstigen Anhaltspunkten im Hyp.-Gesetze zufolge kommt der Schutz der Öeffentlichkeit zu gute:

1. Dem Erwerbe einer Hypothek und zwar sowohl:

a. aus ursprünglicher Begründung (sog. konstitutivem Erwerb),

Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 1 und 2

jedoch einschließlich der Hypothekbestellung gemäß Hyp.-Ges. §. 84 Abs. 1 und §. 150 — als

b. aus der Uebertragung einer bestehenden Hypothek (translativem Erwerbe);

Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4—6, §. 53 Abs. 1.

2. Dem Erwerbe von eintragungsfähigen Rechten an Hypotheken, genauer dem Erwerbe:

a. aus der Verpfändung einer Hypothekforderung;

Hyp.-Ges. §. 53 Abs. 2 und 3, §. 155,

b. aus der Abtretung des Vorzugsrechtes:

Hyp.-Ges. §§. 62, 151; Bl. f. R.-A. XVI S.

82 und meine Abhandlung über die Sicherheitshypothek §. 17 (Bl. f. RA. XXXVI S. 207 fg.),

endlich

c. des durch Vormerk im Hyp.-Buche begründeten Rückgriffrechtes bei Verbandhypotheken.

Bönnert, Komm. I S. 468.

3. Der Befreiung von einer Hypothek, insoferne sie sich auf ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft stützt.

Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 6.

Zu Vorstehendem zwei Bemerkungen.

Zu 1. u. 2. — Dem Erwerbe aus der Eintragung steht der Erwerb aus einer Vormerkung in Ansehung des Öeffentlichkeitsschutzes gleich. Denn Zweck der Vormerkung ist, dem künftigen Hypothekrechte die Sicherheit zu wahren, welche sonst nur

die Eintragung zu verleihen vermag; und hiefür steht die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches in erster Linie.

Hyp.-Ges. §. 30 Abs. 2

Böner, I S. 327.

Während nun aus der Vormerkung ein wahrer Erwerb entspringt, wenn auch nur eines bedingten Rechtes,

vgl. meine Abhandlung über die Sicherheitshypothek §. 7,

hat dagegen die bloße Verwahrung (Protestation) diese Wirkung nicht; sie begründet daher auch nicht den Schutz der Oeffentlichkeit.

Bl. f. R.-A. XXII S. 221.

Zu 3. Auch das Civilrecht schützt den Schuldner, der im guten Glauben an die ihm als Gläubiger bekannte Person zahlt¹⁴⁾. Allein der Schutz der Oeffentlichkeit nach Hypothekenrecht reicht weiter. Einmal ist nach dem Civilrechte mindestens zweifelhaft, ob der Schuldner dem wirklichen Gläubiger gegenüber sich auf eine unentgeltliche Befreiung durch den vermeintlichen Gläubiger berufen kann.

Bähr in Ihering's Jahrb. I S. 419.

Das Hyp.-Gesetz dagegen läßt einer Unterscheidung innerhalb der Schuldaufhebungsgründe keinen Raum. Dann erstreckt sich der Schutz der Oeffentlichkeit auch auf die bloße Tilgung des Hypothekenrechtes unter Aufrechthaltung der persönlichen Forderung.

Hyp.-Ges. §§. 79, 80.

2. Der übrige dingliche Rechtserwerb.

§. 16.

Nach dem beschränkten Oeffentlichkeitsprinzip des Pfandbuchsystemes, welchem unser Hypothekenrecht angehört, kann auf den Eintrag in der zweiten Ru-

¹⁴⁾ Vgl. die Nachweise in Note 10.

brif des Hypothekenbuchs Niemand das gegenwärtige Dasein oder auch nur den Erwerb des Eigenthums, eines Pfandrechts, eines Nießbrauchs oder einer Reallast gründen. Ebenso wenig kann das Dasein eines solchen Rechtes oder einer Verfügungsbefchränkung des Eigenthümers mit dem Mangel einer Beurkundung im Hypothekenbuche von Anderen als den Hypothekenberechtigten (§. 15) bekämpft werden. Erwerb und Verlust dieser Rechte befinden sich — weil, wie das Gesetz sagt „mit dem Hypothekenwesen nicht in Verbindung stehend“ — unter der Herrschaft des allgemeinen Civilgesetzes, und nur soweit diese Rechte mit hypothekenrechtlichem Erwerbe in Berührung kommen, wird der Vollzug des Eintrages nützlich, seine Unterlassung von Nachtheil.

Allerdings gebietet das Gesetz ausdrücklich die Eintragung des Namens des Eigenthümers, dessen Besitztittels und jeder Veränderung, die sich daran ergibt; allein nicht unter Androhung der Nichtigkeit des Erwerbes oder des Verlustes des Rechtes sondern nur „bei Vermeidung der im Tit. I §§. 25 und 26 bemerkten Rechtsfolgen“.

Hyp.-Ges. §. 22 Nr. 6 mit §. 138.

Der oberste Gerichtshof hat diesen Satz wiederholt anerkannt, indem er z. B. einen nicht eingetragenen Nießbrauch dem dritten rechtlichen Besitzer der Sache gegenüber für gültig erklärte.

Bl. f. R. A. XXXII S. 133 fg. XXXVI S. 20 fg.

Auch für den Besitz einer Sache oder eines Rechtes folgt aus dem Eintrage nichts; der Nichteingetragene kann besitzen und der Eingetragene kann Nichtbesitzer sein¹⁵⁾.

Bl. f. R. A. V S. 143 fg.,

Bölderndorff ebenda XVI S. 406 fg.

¹⁵⁾ Nach österreichischem Rechte wird durch den Eintrag

Wenn daher im Gebiete des gemeinen oder des bayerischen Civilrechtes ein Eigenthümer sein Grundstück nach einander erst dem A dann dem B verkauft, aber den Besitz daran nur dem B überträgt, so wird der Letztere, und nur er Eigenthümer, wenn auch A schon vor der Tradition an B die Verichtigung des „Besitztittels“ im Hyp.-Buche auf seinen Namen ausgeübt hätte. Denn nach den genannten Rechten vermag der Kauf nur in Verbindung mit Besitzübergabe das Eigenthum zu übertragen; die Eintragung kann aber den Besitzerwerb weder bewirken noch ersetzen. So wenig A durch die Einschreibung seines Namens Eigenthum erwirbt, so wenig wird dadurch oder durch den Mangel eines Eintrages zu Gunsten des B der Eigenthümerwerb des Letzteren gehindert.

Gönnert I S. 259, 279.

Nicht einmal der Beweis eines solchen Rechtes oder seines Besitzes kann mit dem Eintrage im Hypothekenbuche geliefert werden. Das Letztere ist in dieser Hinsicht ein *documentum referens sine relato*. Die Annahme einer an den Eintrag sich knüpfenden rechtlichen Vermuthung für das Dasein des eingetragenen Rechtes entbehrt jeder gesetzlichen Unterlage.

Wächter, Erörter. I S. 219 fg.

§. 17.

Für die eben entwickelte Beschränkung darf man wohl auf allgemeine Zustimmung rechnen. Zweifel

ein eigenthümlicher sog. bürgerlicher oder Tabular-Besitz begründet, von dem der Besitz nach dem gewöhnlichen Begriffe als Naturalbesitz unterschieden wird. Bürg. Ges.-Buch für die österr. Staaten §§. 321, 322, 350. Indeß ist die rechtliche Natur des Tabularbesitzes bestritten. Vgl. Kanda, der Besitz nach österr. Rechte S. 5.

kann dagegen die Frage erwecken, ob nicht der Erwerb des liegenschaftlichen Eigenthumes und der Erwerb von solchen dinglichen Rechten, welche nach Hyp.-Ges. §. 3 selbständig hypothekfähig sind, insoweit den Schutz der Oeffentlichkeit genießen, daß Hypothekrechte, deren Vorhandensein zur Zeit des Erwerbes aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlich ist, dem gutgläubigen Erwerber des Eigenthumes oder hypothekfähigen Rechtes gegenüber keine Geltung besitzen.

Der Bejahung dieser Frage scheint eine ausdrückliche Bestimmung des Hypothekengesetzes recht deutlich das Wort zu reden. Es sagt nämlich §. 26 Nr. 3:

„Aus einem gegen den vorigen Eigenthümer begründeten Rechte kann eine Hypothek gegen den neuen Besizer, sobald dieser im Hypothekenbuche eingetragen ist, nicht mehr verlangt werden.“

Und doch wird eine genauere Betrachtung die Ueberzeugung begründen, daß der Schutz des Eigenthumserwerbes (wie ich der Kürze wegen sagen will), soweit er nach unserem Hypothekenrechte besteht, keine Folge des Oeffentlichkeitsprinzipes ist, und soweit er als Folge dieses Prinzipes anzusehen wäre, nach unserem Hypothekenrechte nicht besteht. Der Erwerber ist geschützt gegen nicht ersichtliche Hypothekrechte, welche auch in Wirklichkeit nicht bestehen; er ist nicht geschützt gegen nicht ersichtliche Hypothekrechte, welche in Wirklichkeit vorhanden sind.

Diese Behauptung soll im Folgenden bewiesen werden.

(Fortsetzung folgt.)

Uebersicht
über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des
obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civil-
rechtes und Civilprozesses.
 11.—24. Januar 1872.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom
29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 399 mit 322 und Einf.=Ges. Art. 24. Es ist keine Verletzung des Art. 399, wenn der Richter das Zugeständniß berücksichtigt, daß der Inhalt einer nach dem 1. Juli 1870 errichteten notariellen Urkunde ungenau sei. — Gegen den Inhalt einer vor diesem Tage errichteten notariellen Urkunde ist Beweis durch Zeugen und Vermuthungen zulässig. Urth. v. 13. Jan. SBNr. 373.

Proz.=Ordn. Art. 685. Wenn der Anspruch nur durch den Einwand bestritten wurde, daß Beklagter denselben nur gegen eine Leistung von Seite des Klägers zu erfüllen habe, so ist bei einer auf Zuerkennung dieser Gegenleistung gerichteten Berufung die Beschwerdesumme nach dem Werthe der Gegenleistung, nicht nach dem des Klagobjektes zu berechnen. Urth. v. 19. Jan. SBNr. 111.

Art. 800 mit 193 Ziff. 5 und Art. 218 Abs. 2. Die Nichtigkeitsbeschwerde muß als nichtig verworfen werden, wenn die Beschwerbeschrist nicht dem Nichtigkeitsbeklagten selbst sondern nur dem in der Vorinstanz für sie aufgetretenen Anwalte zugestellt wurde. Wo eine Gantmasse Nichtigkeitsbeklagte und für sie ein Masseverwalter bestellt ist, kann die Zustellung mit Wirksamkeit nur an diesen geschehen. Urth. v. 17. Jan. SBNr. 359.

Art. 1218 mit 1193, 1194, 1206 u. 1225. Der Erlöb aus der Zwangsveräußerung gepfändeter Fahrnisse gehört dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger, wenn auch zur Zeit der Versteigerung wegen

Antrages auf Banteröffnung die Prüfung der Vermögenslage des Schuldners angeordnet ist und später auf Banteröffnung erkannt wird. Es folgt dies daraus, daß (Art. 1218) erst von der Banteröffnung an kein Vollstreckungsverfahren mehr eingeleitet oder zum Vortheile einzelner Gläubiger fortgesetzt werden darf. Nicht entgegen stehen Art. 1194 und 1225 Ziff. 1, weil ersterer die Einstellung der Partikularexecutionen nicht als Sicherungsmaßregel bezeichnet, letzterer sich nur auf freiwillige Zahlungen des Schuldners bezieht. Diese Auslegung des Art. 1218 wird auch durch seine Entstehungsgeschichte unterstützt. Urth. v. 12. Jan. SBR. 369.

Einf.-Ges. Art. 17. Im Parteiprozesse hat die Unterlassung der in Abs. 3 dieses Artikels vorgeschriebenen Vorladung den Ausschluß mit dem Beweise auch dann zur Folge, wenn die gleichfalls beweispflichtige Gegenpartei den Säumnigen zur Urtheilsergänzung laden, oder dieser statt einer Vorladung in die Sitzung eine schriftliche Mittheilung nach Vorschrift des Abs. 2 a. a. O. jener zustellen ließ. Urth. v. 19. Jan. SBR. 343.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Servituten. Weiderecht. Gem. R. Mehrere Grundeigenthümer, auf deren Grundstücken ein Dritter ein nach der Stückzahl des Weideviehes beschränktes Weiderecht hat, während ihnen selbst die Mithut zur Hälfte zusteht, dürfen zur Ausübung derselben ihr Vieh zu einer gemeinsamen Heerde von gleicher Stückzahl, wie sie dem Weideberechtigten zusteht, zusammentreiben. Urth. v. 17. Jan. SBR. 310.

Verträge. Gem. R. Verträge zu Gunsten Dritter. Aus der bei einem Gutsübergabevertrage vom Uebernehmer eingegangenen Verpflichtung, „alle Kurrentschulden“ des Uebergebers zu zahlen, erlangen die Kurrentgläubiger des letzteren,

deren Forderungen vor dem Uebergabßvertrage entstanden sind, Klagerechte gegen den Uebernehmer. Urth. v. 12. Jan. *HWR.* 302.

Vertragßform. Not. = Ges. Art. 14. Wenn dem Verkäufer einer Liegenschaft das Recht eingeräumt ist, daß ohne seine besondere Zustimmung der Käufer sie nicht weiter veräußern darf und dieß als Dispositionßbeschränkung im Hypothekenbuche eingetragen ist, später aber eine Weiterveräußerung mit Zustimmung des ursprünglichen Verkäufers stattfindet und diesem für die Ertheilung seiner Zustimmung eine Gelbleistung versprochen wird, so bedarf dießes Versprechen zu seiner Wirksamkeit der notariellen Verbriefung nicht. Urth. v. 20. Jan. *HWR.* 349.

Gesellschaft. Bayer. *LR.* Th. IV Kap. VIII §. 5 Nr. 2. Ein Gesellschafter, welcher die Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft diesem gegenüber anerkennt, kann die Aufrechnung des Mitgesellschafters, welcher diese Forderung bezahlt, nicht deswegen bestreiten, weil dieser der Forderung eine Einrede hätte entgegensetzen sollen. Urth. v. 16. Jan. *HWR.* 331.

Erbrecht. Bayer. *LR.* Th. III Kap. III §. 23, Kap. IV §. 8, 9, Kap. V §. 1. Not. = Ges. Art. 60. Die Verfügung einer Wittve, welche diese als Vermögenstheilung bezeichnet und welche keine Erbeneinsetzung, sondern nur Bestimmungen über die Vertheilung ihres Nachlasses unter ihre ehelichen zur Intestaterbschaft berufenen Kinder nach ihrem Ableben enthält, ist rechtswirksam, wenn sie in der durch Art. 60 des Not. = Ges. vorgeschriebenen Form beurkundet ist. Die *clausula codicillaris* ist zu ihrer Gültigkeit nicht erforderlich. Urth. v. 23. Jan. *HWR.* 372.

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

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Rechnungsstellung während der Geschäftsführung. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 25. Januar bis 7. Februar 1872.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 18.

1. Die Hypothek als dingliches Recht ist durch die förmliche Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt. Der Anspruch auf Eintragung hat nur obligatorischen Charakter.

Hyp.=Ges. §§. 1, 9, 10, 21.

Ein Sonderrechtswachfolger im Eigenthume tritt in die obligatorischen Verbindlichkeiten seines Vorgängers nicht ein. Folglich kann ein gegen den Vorkeren begründeter Rechtstitel nicht die Grundlage abgeben für einen Hypothekenerwerb gegenüber dem jetzt allein zur Verpfändung der Sache berechtigten gegenwärtigen Eigenthümer.

Hyp.=Ges. §§. 4, 13, 109—112.

Der Satz im Hyp.=Ges. §. 26 Nr. 3 ist mithin nur eine Anwendung der Regel, daß der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek bedingt ist durch einen gegen den jetzigen Eigenthümer des Grundstückes begründeten Rechtstitel und zwar darum, weil der Nichteigenthümer nicht verpfänden kann.

Neue Folge XVII. Band.

Wie man hieraus ersieht, so hat die fragliche Vorschrift mit dem im Hyp.-Ges. §. 25 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz nicht den mindesten Zusammenhang; ihre Stellung ist ein systematischer Mißgriff.

Daß dem so ist, hat aber praktische Bedeutung. Denn wäre der Satz in §. 26 Nr. 3 ein Ausfluß des Oeffentlichkeitsprinzipes, so würde der darin vorgetragene Schutz durch den guten Glauben des gegenwärtigen Eigenthümers bedingt sein. Es wird aber unten (§. 28) der Nachweis geliefert werden, daß nach prinzipiellen Gesichtspunkten der gegenwärtige Eigenthümer, der sein Recht durch Sonderrechtsnachfolge erlangt hat, der Eintragung einer Hypothek auf Grund eines gegen seinen Vorgänger begründeten Titels auch dann erfolgreichen Widerstand entgegensetzen kann, wenn er zur Zeit seines Erwerbs das Dasein des Titels kannte. Wenn daher die oben gegebene Erklärung des §. 26 Nr. 3 nicht richtig wäre, so würde das Hypothekengesetz eine Anomalie aufstellen, wofür sich in keinem der bekannten Rechte, das preußische eingeschlossen, eine Analogie auffinden läßt.

§. 19.

2. Trotz des Grundsatzes, daß Hypothekrechte nur durch Eintragung in das Hyp.-Buch entstehen, können Hypothekrechte existiren, deren Dasein aus dem Hyp.-Buche nicht erhellt, und zwar aus folgenden Grunden.

Die formell richtige Löschung hat für sich nicht die Kraft, den Untergang einer Hypothek herbeizuführen, wie umgekehrt der Untergang nicht nothwendig durch die Löschung bedingt ist. Löschung und Erlöschung sind keine identischen Begriffe. Die Löschung tilgt das Hypothekrecht nur dann, wenn sie entweder mit Einwilligung des gegenwärtigen

verfügungsberechtigten Inhabers des Hypothekrechts oder auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils erfolgt.

Hyp.-Gesez §§. 71, 83, 85.

Fehlt dem Lösungsakte diese materielle Grundlage, beruht er z. B. auf einem Versehen der Hypothekenbehörde¹⁶⁾ oder hat eine Personenverwechslung über den Mangel der Einwilligung des Hypothekberechtigten getäuscht, so ist die Lösung nichtig und das Hypothekrecht besteht des Lösungsvermerkes ungeachtet fort.

Vermöge des Prinzipes der Oeffentlichkeit besitzt eine solche Hypothek jedoch denjenigen Gläubigern gegenüber keine Wirkung, welche nach der Lösung in gutem Glauben an die wirkliche Erlösung der Hypothek die Eintragung ihrer Forderung erlangt haben.

Ebenso wenig kann die Nichtigkeit der Lösung solchen Personen entgegengehalten werden, welche sich im gleichen Glauben ein der gelöschten Hypothek nachstehendes Hypothekrecht abtreten oder verpfänden ließen.

Diese Sätze, welche in der preussischen Hypothekenordnung von 1783 Tit. 2 §§. 285, 287 und in dem preuß. Landr. I, 20 §§. 526 — 529¹⁷⁾ ausdrücklich anerkannt sind, gelten um nichts weniger für unser Hypothekenrecht; sie folgen aus dem allgemeinen Grundsatz des §. 25 Abs. 1.

Vgl. auch Gönner I S. 283*.

Ist nun gegen solche latente Hypothekrechte

¹⁶⁾ Verwandt damit ist das Uebergehen einer ungelöschten Hypothek bei der Uebertragung eines Hypothekenfoliums in ein neues Buch. Koch, Komm. z. preuß. Landr. I, 20 §. 526 Note 53.

¹⁷⁾ §. 526: Ist die Lösung einer Hypothek zur Ungebühr erfolgt: so verliert zwar der Gläubiger dadurch noch nicht sein aus der Eintragung erhaltenes

nicht auch der Erwerber des Eigenthumes geschützt?

So sehr ich das Bedürfniß nach einem Eingreifen des Oeffentlichkeitsprinzipes in dieser Richtung anerkenne, so wenig kann ich mich überzeugen, daß dieser Schutz von unserem geltenden Hypothekenrechte wirklich gewährt wird. Auf den Wortlaut des §. 25 Abs. 1 ist er gewiß nicht zu gründen. Denn wenn auch der Eigenthumswerb „im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommen wird“, so kann er doch nicht „eine mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehende Handlung“ genannt werden. Oder man gibt diesem Begriffe eine Deutung, wonach jeder Rechtserwerb an Liegenschaften darunter fällt, eine Ausdehnung, welche dem Gesetzgeber sicher fern lag.

Viel eher könnte man die Anerkennung des fraglichen Schutzes in der oben ausgehobenen Wortschrift des §. 26 Nr. 3 finden und damit überdies dessen systematische Stellung zu retten suchen. Allein das Gesetz spricht an diesem Orte augenscheinlich bloß von dem Rechte auf eine durch Eintragung erst zu begründende Hypothek, nicht von der Wirksamkeit bestehender Hypothekenrechte, welche allein bei ungültig gelöschten Hypotheken in Frage kommen kann.

dingliches Recht. §. 527: Doch kann er zum Nachtheil derjenigen, welche sich erst nach erfolgter Löschung haben eintragen lassen, keinen Gebrauch machen. §. 528: Hingegen können diejenigen, welche zur Zeit der Löschung schon eingetragen waren, daraus keinen Vortheil ziehen. §. 529: Wohl aber kommt eine solche Löschung denjenigen zu Statten, welche sich eine nachstehende schon vorher eingetragene Forderung erst nach erfolgter Löschung abtreten oder verpfänden und die Cession oder Verpfändung im Hypothekenbuche haben vormerken lassen.

Der Versuch aber, dem angeführten Bedürfnisse durch eine ausdehnende Auslegung entgegenzukommen, muß an der Erwägung scheitern, daß die Erstreckung des Oeffentlichkeitsprinzipes auf den Schutz des Eigenthumserwerbes über die Sphäre unseres Hypothekengesetzes hinausführt; denn das selbe ist nur auf Erleichterung und Sicherung des Realkredites, nicht auf die Sicherung des Verkehrs mit Liegenschaften überhaupt berechnet¹⁸⁾.

Vgl. den Eingang des Gesetzes und oben §. 15.

B. Voraussetzungen des hypothekenrechtlichen Schutzes.

1. Erwerb im Vertrauen auf das Hypothekenbuch.

§. 20.

Die Rechtskraft des Hypothekenbuchinhaltes bezweckt Abwendung der Nachtheile, welche aus einer Täuschung durch das öffentliche Buch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erwachsen würden. Wenn das Hyp.-Buch den A. als den Eigenthümer eines Grundstückes bezeichnet, während in Wirklichkeit B. Eigenthümer ist, so erwirbt ein Gläubiger aus der Hypothekbestellung des A. nach Civilrecht keine Hypothek, da der Nichteigenthümer die Sache nicht mit Pfandrechten belasten kann. Und doch ist der Gläubiger gerade durch das öffentliche

¹⁸⁾ Auch in der Rechtsprechung des Berliner Obertribunals ist anerkannt, daß die oben erwähnte dem hypothekenrechtlichen Oeffentlichkeitsprinzipe entnommene Bestimmung des Landr. I. 20 §. 527 auf den Erwerber des Eigenthumes keine Beziehung habe. Entscheid. des Obertribunals Bd. XVI S. 49 fg. Die landrechtlichen Vorschriften dienen nun gerade unserer Hypothekengesetzgebung zum Vorbilde.

Buch zu dem Glauben verleitet oder mindestens in demselben bestärkt worden, daß A. ihm ein gültiges Pfandrecht bestellen könne. Gegen diese civilrechtliche Folge tritt das Prinzip der Rechtskraft schützend ein, damit mein Vertrauen auf das Hypothekenbuch mir nicht die Nachtheile einer Täuschung zuziehe und mithin ein unbedingtes sein könne.

Aus dieser Grundrichtung des Oeffentlichkeitsprinzipes ergeben sich aber auch wichtige Schranken desselben.

1. Ein Erwerber, der weiß, daß die im Hyp.-Buche geschilderte Rechtslage der Wirklichkeit nicht entspricht, ist durch das öffentliche Buch nicht getäuscht und vermag sich nicht auf die dort gegebene Darstellung zu berufen. Er ist nicht getäuscht, denn die Täuschung begreift nicht bloß das äußere Erregungsmoment, welches an sich geeignet ist, ein unrichtiges Bewußtsein zu erzeugen, sondern auch den inneren Erfolg, das Vorhandensein des Irrthums. Wer von dem wahren Rechtsbestande Kenntniß hat, befindet sich nicht im Irrthume; er handelt nur scheinbar im Vertrauen auf das Hypothekenbuch.

Wie man sich hieraus überzeugt, so folgt das Erforderniß der Gutgläubigkeit schon aus der gesetzlichen Voraussetzung, daß der zu schützenswerthe Erwerb im Vertrauen auf das Hyp.-Buch vorgenommen ist. Und so leitet auch die österreichische Jurisprudenz dieses Erforderniß lediglich aus dem Ausdrucke im §. 1500 des allg. bürgerl. G. B.'s „im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher“ her.

Erzner, a. a. O. S. 62, 82 fg.

Unser Hyp.-Ges. hat aber den guten Glauben noch besonders hervorgehoben; darum wird ihm unten eine besondere Betrachtung gewidmet werden.

Vgl. die §§. 26—39.

2. Die schützende Kraft der Oeffentlichkeit erstreckt sich nicht auf denjenigen Erwerb, welcher seiner Natur nach zu der Verlässlichkeit des Hypothekenbuchs außer Beziehung steht¹⁹⁾. Dahin gehört der Erwerb durch Erbgang und durch den Eintritt in die eheliche Gütergemeinschaft. Denn der Uebergang eines hypothekarischen Rechtes tritt hier nicht selbstständig ein, sondern nur als untrennbare Folge eines anderen rechtlichen Ereignisses, des Erbschaftserwerbs oder der Eheschließung. Niemand wird aber behaupten wollen, daß diese Rechtsakte auf dem Vertrauen in das Hypothekenbuch fußen.

Entscheidend ist jedoch nur die allgemeine rechtliche Natur des Erwerbsakts, nicht das subjektive Bewußtsein des Erwerbers. Daher kommt die Wirkung der Oeffentlichkeit auch demjenigen zu gute, der von dem Inhalte des Hypothekenbuchs keine Kenntniß genommen hat. So kann gegen den Cessionar einer Hypothekforderung ein zur Zeit der Cession im Hyp.-Buche nicht eingetragener Nießbrauch auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Cessionar nachweisbar die zweite Rubrik des Hypothekenbuchs damals keines Blicks gewürdigt hätte.

§. 21.

Man hat dem zuletzt berührten Erfordernisse die Fassung gegeben, daß die Wirkung der Oeffentlichkeit nur dann eintrete, wenn im Vertrauen auf das Hypothekenbuch Kredit oder Nachsicht gewährt worden sei.

Nachschrift des Herausgebers in Bl. f. R. N. XXII S. 222 fg.

Graf in Gönner's Kommentar Bd. III S. 55.

Damit wird der Gedanke des Gesetzgebers

¹⁹⁾ Vgl. auch unten §. 30 a. E.

nicht getroffen. Es erhebt dieß schon daraus, daß nach dieser Fassung manche gesetzliche Hypotheken außer dem Schutze der Oeffentlichkeit stünden; ich erinnere an die Fälle des Hyp.-Ges. §. 12 Nr. 7, 8, 12. Dagegen baut auch hier der Gläubiger darauf, daß die Eintragung seiner Forderung ihm die Sicherheit gewähre, welche der Inhalt des Hypothekenbuches entnehmen läßt. Und dieß ist für die Begründung des Schutzes der Oeffentlichkeit genügend.

Es liegt hier übrigens kein bloßer Streit um Worte vor sondern eine Meinungsverschiedenheit von praktischer Tragweite, wie an folgendem Beispiele gezeigt werden soll.

Eine Hypothekforderung kann auch durch richterlichen Spruch übereignet werden. Abgesehen von der Zuweisung im Theilungsprozeße

L. 3 fam. etc. 10, 2

kommt die Uebereignung von Hypothekforderungen im Hilfsvollstreckungsverfahren vor zur Befriedigung eines urtheilsmäßigen Anspruches.

C. 4 quae res pign. 8, 17.

Ob nun derjenige, welcher durch eine Maßregel der Exekution eine Hypothekforderung erworben hat, sich des Schutzes der Oeffentlichkeit erfreue, ist eine in der bayerischen und preussischen Jurisprudenz gleich sehr bestrittene Frage.

Für die bejahende Ansicht haben sich ausgesprochen: das bayerische Oberappellationsgericht in zwei Erkenntnissen (Bl. f. R. XXXIV S. 97—100; XXXV S. 134 fg.)

das Berliner Obertribunal in dem Plenarbeschlusse vom 7. Mai 1855 (Entscheidungen des D.-Tr. Bd. 30 S. 408 fg.)²⁰⁾

²⁰⁾ In gleichem Sinne ist durch Plenarbeschluß vom

Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts Bb. III §. 198 Note 29 a. E. und Note 61, §. 199 Note 64 a. E.

Nicht entscheidend ist

Günner, II S. 280*,

indem sich seine Bemerkung sehr wohl nur auf das hypothekenamtliche Verfahren beziehen kann.

Verneint wurde die Frage

in zwei Nachschriften zu oberstrichterlichen Erkenntnissen in Bl. f. R.-A. XXII S. 222 fg.²¹⁾ und XXXIV S. 101 fg.,

welche wesentlich davon ausgehen, daß, wer durch Beschlagnahme einer Hypothekforderung seines Schuldners Deckung für ein ihm zuerkanntes Guthaben sucht, keine Handlung im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vornimmt;

von Prinz (in dem §. 10 angeführten Werke S. 47, 216 fg.)

Nach der Ansicht dieses Schriftstellers soll der Schutz der Oeffentlichkeit nur die Gewährleistungspflicht des Rechtsurhebers vertreten, woraus sich von selbst die Beschränkung auf den Erwerb aus Rechtsgeschäften ergibt. Die Unrichtigkeit dieses prinzipiellen Gesichtspunktes wird schon durch die Wirkung der Oeffentlichkeit auf Hypotheken mit gesetzlichem Titel dargethan.

Daß ich den bejahenden Stimmen beitrete, kann nach dem Vorangeschickten nicht zweifelhaft

18. Dezember 1837 (Entscheidungen Bb. 3 S. 235 fg.) der verwandte Fall entschieden worden, wenn gegen den eingetragenen Eigenthümer, der es in Wirklichkeit nicht ist, im Wege der Exekution eine Hypothekbestellung erwirkt wurde.

²¹⁾ Mit der hier vorausgehenden Entscheidung des O.A.G.'s bin ich vollkommen einverstanden wegen der Protestationseigenschaft des fraglichen Eintrages. Vgl. oben §. 15 Ziff. 2.

sein. Es ist in der That nicht abzusehen, warum es für den Schutz durch das öffentliche Buch einen Unterschied begründen soll, ob ich durch den freien Entschluß meines Schuldners oder mit Hilfe des Richters Inhaber einer Hypothekforderung geworden bin²²⁾. Ich handle im zweiten Falle doch sicherlich auch im Vertrauen auf das Hyp.-Buch, indem ich glaube, durch die erwirkte richterliche Uebereignung in dem Maße gedeckt worden zu sein als dieß der Inhalt des Hyp.-Buchs entnehmen läßt. Man darf nicht geltend machen, daß der Exekutionsucher durch die Täuschung in keine schlimmere Lage kommt als vor dem Einweisungsakte, er habe für den hypothekarischen Erwerb nichts aufgeopfert. Denn abgesehen davon, daß die Wirkung des Oeffentlich-

²²⁾ In den Entscheidungsgründen zu dem Plenarbeschlusse des Berliner Obertribunales vom 7. Mai 1855 findet sich hierüber folgende treffende Bemerkung: „Das Gesetz hätte füglich aussprechen können . . ., daß der Exekutionsucher zur Ausstellung der Cession durch exekutivische Zwangsmittel angehalten werden könne. Wäre eine solche Bestimmung getroffen, wäre also eine ausdrückliche von dem Exekutionsucher ausgehende Cession erforderlich geachtet worden, so würde gewiß nicht zu bezweifeln sein, daß eine solche Cession, wiewohl durch den Richter erzwungen, alle durch das Gesetz an die Cession geknüpften Folgen und Wirkungen haben müßte. Das Gesetz ist jedoch noch einen Schritt weiter gegangen. Um dem bösen Schuldner die Gelegenheit zu entziehen, durch Verfassung der Cession den Gläubiger ohne Noth aufzuhalten und in seinem Rechte zu verlegen, ist ausgesprochen, daß es der Cession des Exekutionsuchers nicht bedürfen, die Verfügung des Gerichtes vielmehr die Stelle der Cession vertreten . . . solle. Hiernach ist völlig klar, daß die sog. Cessions-Verfügung des Richters in allen Beziehungen die Stelle der von dem Exekutionsucher auszustellenden Cession vertreten soll. Eben deßhalb muß sie auch dieselben Wirkungen haben“.

keitsprinzipes nur dem unentgeltlichen Erwerbe einer Hypothekforderung entzogen ist, wovon bei der Ueberweisung zur Befriedigung für eine urtheilsmäßige Forderung nicht die Rede sein kann, so ist die Möglichkeit gar nicht so fernliegend, daß ohne die Täuschung durch das Hyp.-Buch der Exekutionskläger andere Hilfsvollstreckungsmittel aufgesucht und wirkliche Deckung erlangt haben würde.

Prinz macht den Einwand, daß nach unserer Ansicht der Exequend vermittelt des Richters zum Betrüger an dem wirklichen Forderungsinhaber werde und eine Negreßpflicht überkomme. Allein soweit der hypothekarische Erwerb des Exekutionsklägers ohne Wissen und Willen des Exekutionsbesklagten vor sich geht, fällt diesem kein Betrug zur Last, und er haftet dem geschädigten bisherigen Forderungsinhaber jedenfalls nur auf den Betrag seiner Bereicherung. Der Nachtheil, welcher hieraus für ihn entspringt, ist ohne Erheblichkeit, trifft ihn jedoch ganz billig, da auch er unterlassen hat, auf Richtigstellung des Hyp.-Buchs rechtzeitig hinzuwirken.

§. 22.

Die bisherige Darstellung könnte die Meinung erwecken, als ob jede Zuweisung einer Forderung im Exekutionswege eine Uebereignung derselben enthielte. Das ist keineswegs der Fall, und durch die Anerkennung dieser verschiedenen Bedeutung der richterlichen Zuweisung wird vielleicht mit manchem Anhänger der gegentheiligen Meinung eine Verständigung erzielt. Es sind zwei Möglichkeiten vorhanden.

a) Die exekutivische Zuweisung geschieht in der Absicht, die Forderung dem Exekutionskläger in Zahlung zu geben. Die zugewiesene

Forderung bildet das Entgelt für das Guthaben, um dessen willen die Hilfsvollstreckung eingetreten ist.

In diesem Falle wird der Exekutionssucher durch den richterlichen Ueberweisungsakt zum Rechtsnachfolger des Exekutionsbeklagten in der beschlagnahmten Forderung, er wird Forderungseigner, Gläubiger, kurz Cessionar im heutigen Sinne des Wortes. Er hat, um mit römischen Ausdrücken zu sprechen, *utilis actio suo nomine*.

L. 55 de procur. 3,3.

C. 5 i. f. quando fiscus 4,17.

Windscheid, die Actio des römischen Civilrechtes S. 124 fg.

Das Exekutionsguthaben geht sofort durch die Ueberweisung auf den Betrag der zugewiesenen Forderung unter; die letztere ist Befriedigungsgegenstand und unmittelbare Deckung.

b) Die Zuweisung kann aber auch in der Absicht geschehen, daß der Exekutionssucher in der zugewiesenen Forderung nur ein Mittel zu seiner Befriedigung erhalte. Die Ueberweisung erfolgt nicht an Zahlungsstatt sondern Zahlungshalber.

Hier bleibt der Exekutionsbeklagte einstweilen noch Gläubiger der beschlagnahmten Forderung und verliert durch die Beschlagnahme nur das Verfügungsrecht über dieselbe. Der Exekutionssucher hat die Stellung eines *procurator in rem suam*, eines Einzugsbefullmächtigten, zwar mit dem Rechte der Klaganstellung gegen den Schuldner in der beschlagnahmten Forderung, aber seine Klage ist *directa actio alieno nomine*. Das Exekutionsguthaben wird hier nicht schon durch die Ueberweisung ganz oder theilweise getilgt, sondern erst, wenn und insoweit der Exekutionssucher vom Schuldner der zugewiesenen Forderung befriedigt wird. Die letztere ist somit nur Befriedigungsmittel und geht in das Vermögen des Exekutionssuchers gar nicht über. —

Es kann hier die volle praktische Bedeutung des gezeichneten Gegensatzes nicht zur Darstellung gebracht und namentlich der Einfluß desselben auf die Zulässigkeit von Einreden aus der Person des Exekutionsbeklagten gegen den Exekutionskläger nur angedeutet werden²⁹⁾. An diesem Ort ist nur hervorzuheben, daß der Schutz der Oeffentlichkeit nach Hyp.-Ges. §. 25 Abs. 1 und §. 26 Nr. 4 und 5 allein der exekutivischen Zuweisung in der Bedeutung einer Ueberweisung zukommt, nicht der Zuweisung der Forderung als bloßen Befriedigungsmittels.

Sehr scharf findet sich der Gegensatz hervorgehoben in dem preussischen Gesetze vom 4. Juni 1822 über die Rechtsverhältnisse bei der Exekution in Aktivforderungen, und das Obertribunal hat anerkannt, daß die Rechtskraft des Hyp.-Buches dem Exekutionsfucher nur zustehet, wenn die richterliche Zuweisung eine Cession und nicht eine bloße „Assignment“ beabsichtige.

Entscheidungen Bd. 30 S. 416 fg.

Auch die neue bürgerliche Prozeßordnung für Bayern kennt die Einweisung in Forderungen als Vollstreckungsmittel (Art. 856 Nr. 3, Art. 966 fg.). Ihre Wirkung wird im Art. 985 Abs. 1 dahin bestimmt, daß der Arrestkläger (Exekutionsfucher) in Ansehung der beschlagnahmten Forderung bis zum Belaufe des Betrages, für welchen die Einweisung erfolgt ist, dem Drittschuldner gegenüber in alle Rechte des Arrestbeklagten eintrete.

Liegt darin Cession oder Einzugsbevollmächtigung? Die Entscheidung dieser Frage will ich Eingeweihteren überlassen. Wie sich das Ergebnis zur

²⁹⁾ Man vgl. die Ausführung in den Entscheidungen des Berliner Obertribunales Bd. 30 S. 442.

Frage über den Erwerb des hypothekrechtlichen Schutzes stellt, ist aus dem Vorstehenden ersichtlich. In jedem Falle aber sichert sich der Exekutionssucher durch die Einschreibung der Arrestanlegung in das Hyp.-Buch (bürg. P.D. Art. 974 Abs. 2) gegen die Nachtheile aus einer späteren Verfügung des Arrestbeflagten über die beschlagene Forderung.
(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Rechnungsstellung während der Geschäftsführung.

In einem neuerlichen Erkenntnis hat der oberste Gerichtshof wiederholt den Grundsatz ausgesprochen, daß die Rechnungsstellung, nicht bloß am Schlusse des ganzen Geschäftes, sondern auch in der Zwischenzeit gefordert werden könne und daß dieß insbesondere dann der Fall sei, wenn der Beginn des Geschäftes bereits vor längerer Zeit (im gegebenen Falle vor 8 Jahren) stattgefunden hat und die Geschäftsführung zur Zeit der Forderung der Rechnungsstellung zu einem gewissen Abschnitte gelangt ist.

DA&Erf. v. 4. März 1871 Nr. 595 v. 1870.
hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtspredung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

25. Januar bis 7. Februar 1872.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 264 Abs. 1. Wenn mit einer als Grenzberichtigungsklage bezeichneten Klage

die Zuerkennung einer im Besitze des Beklagten befindlichen Grundfläche bis zu einer bestimmt bezeichneten Grenze angesprochen wird, so hindert bei gehöriger Begründung des Anspruches die unrichtige Bezeichnung der Klage¹⁾ die Zulassung des Klägers zum Beweise seines Eigenthumes und die Zuerkennung desselben bei erbrachtem Beweise nicht. Urth. v. 30. Jan. §WMr. 362.

Art. 320. Das Ergebniß des in einem früheren Prozesse geführten Zeugenbeweises darf in einem späteren nicht als gerichtskundige und darum keines Beweises bedürftige Thatsache aufgestellt werden, sofern nicht zwischen den beiden Prozessen ein die Erstreckung der Rechtskraft wirkender Zusammenhang besteht. Urth. v. 29. Jan. §WMr. 353.

Art. 457 Ziff. 3, 4 u. Abs. 3. Der Beweis, daß die anerkannte Unterschrift einer Privat-Schuldenurkunde durch falsche Vorspiegelungen des darin als Gläubiger Bezeichneten über den Inhalt der Urkunde erschlichen worden sei, kann durch Eideszuschiebung geführt werden. Urth. v. 26. Jan. §WMr. 406.

Art. 698 mit Art. 192, 203, 218—220, 724, 725, 788 Ziff. 6 und Art. 793. Die unrichtige Zustellung der Berufungseinlegung an einzelne von mehreren Appellaten muß in der Berufungsinstanz selbst geltend gemacht werden; ist dieß unterlassen worden, so kann auf die fehlerhafte Zustellung eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil des Berufungsgerichtes nicht gegründet werden. Urth. v. 1. Febr. §WMr. 374.

Art. 788 Ziff. 1, Art. 820. Wenn ein Appellationsgericht, nachdem sein Urtheil vernichtet worden, in dem neuen Urtheile auf Grund einer von der des vernichteten Urtheiles abweichenden

¹⁾ Vergl. hierüber Bl. f. RA. Bb. XXXVI S. 353.

thatsächlichen Feststellung zu demselben Ausspruche, wie in dem früheren Urtheile, gelangt, und dabei gesetzliche Vorschriften nicht verletzt sind, so kann das neue Urtheil nicht wegen Verstößes gegen das cassatorische Urtheil angefochten werden. Auch eine Plenarentscheidung ist in solchem Falle nicht zulässig, da die neue Entscheidung nicht auf einem Widerspruche mit der Rechtsansicht des obersten Gerichtshofes beruht. Urth. v. 5. Febr. *SB*Nr. 398.

Einf.=Ges. Art. 23. Wo in Gemäßheit dieses Art. ein durchgeführtes Beweisverfahren nach den Vorschriften der *Ger.=Ordn.* v. 1753 zu prüfen ist, darf der Beklagte wegen der Rechtskraft des Beweisinterlokutes nicht aus einem neuen, von dem zum Beweise aufgesetzten gänzlich verschiedenen Klagegrunde verurtheilt werden. Urth. v. 29. Jan. *SB*Nr. 396.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Vaterschaft. Gem. u. bayer. Recht. Bei Berechnung der längsten Schwangerschaftsdauer von 302 Tagen ist sowohl der Tag der Beivohnung als auch der der Geburt des Kindes mitzuzählen. Urth. v. 27. Jan. *SB*Nr. 416.

Unvordenklichkeit. Bayer. *MR. Th. II Kap. IV §. 9* u. Anm. zu *§. 11*. Wenn der Besitz bereits damals, als er unterbrochen wurde, ein unvordenklicher war, so hebt die Unterbrechung seine Wirkung nicht auf. Urth. v. 29. Jan. *SB*Nr. 353.

Weiderecht. Bayer. *MR. Th. II Kap. VII §. 6* Anm. Nr. 2, c; *Kap. VIII §. 13* Anm. Nr. 2 u. 5. Ob auf Alpenweiden Bestandvieh (Kostschafe) aufgetrieben werden dürfe, darüber entscheidet das Herkommen bzw. die Ausübung des Weiderechtes seit unvordenklicher Zeit. Urth. v. 29. Jan. *SB*Nr. 353.

Waldstreubezugsrecht. Forstgesetz Art. 25.

Der Streit unter mehreren gemeinschaftlich aus einem privatrechtlichen Titel zum Streubezuge im Walde eines Dritten (einer Gemeinde) Berechtigten über den Vertheilungsmaßstab des mit Rücksicht auf die nachhaltige Bewirthschaftung des Waldes bereits unbeanstandet festgestellten Gesamtstreubes zuges unter die einzelnen Mitberechtigten gehört zur Zuständigkeit der Gerichte. Urth. v. 1. Febr. HBNr. 374.

Kirchenbaulast. Gem. R. Die subsidiäre Baupflicht erstreckt sich auch bei protestantischen Kirchen auf die Kirchenglocken als wesentliche Zubehörungen christlicher Kirchen. Urth. v. 26. Jan. HBNr. 355.

Gem. R. Nach dem konstanten und darum als Gewohnheitsrecht anzuerkennenden Gerichtsgebrauche des obersten Gerichtshofes spricht in jenen Landestheilen, in denen hierüber keine partikularrechtlichen Bestimmungen bestehen, eine von der Beweislast befreiende Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten. Urth. v. 3. Febr. HBNr. 379²⁾.

Hypothekenrecht. Hyp.-Ges. §. 54 u. 56. Die dingliche Hypothekklage auf Zahlung aus der verpfändeten Sache geht gegen den Dritten, welcher aus einem zur Erlangung des Eigenthumes tauglichen Titel in den Besitz der verpfändeten Sache gekommen ist, auch dann, wenn im Hypothekenbuche ein Anderer als Besitzer eingetragen ist. Urth. v. 27. Jan. HBNr. 415.

Schenkung (von Todeß wegen) s. unter Erbrecht.

Vertragsform. Not.-Ges. Art. 14. Wenn bei einem Tausche von Immobilien eine geringere Tauschaufgabe notariell verlautbart, mündlich aber eine höhere verabrebet wurde, so können Zahlungen,

²⁾ Weitere Besprechung dieser Frage ist vorbereitet.

welche ausdrücklich an dem mündlich versprochenen Mehrbetrage geleistet wurden, nicht zurückgefordert werden, wenn nicht Vernichtung des ganzen Tauschvertrages begehrt wird. Urth. v. 5. Febr. *hB*Nr. 383²⁾.

Kaufvertrag. Allg. d. Handels-G. B. Art. 4, 271 Ziff. 1, Art. 273 Abs. 1, Art. 277, 326, 354, 356. Wenn ein den Pferdehandel gewerbmäßig Betreibender ein Pferd zum Zwecke der Weiterveräußerung kauft, so ist der Vertrag auch dann nach den Bestimmungen des a. d. *hB* B. zu beurtheilen, wenn der Verkäufer kein Kaufmann ist. Letzterer kann daher das Pferd weiter verkaufen, wenn der Käufer den Kaufschilling, für welchen eine Zahlungsfrist nicht festgesetzt war, nicht zahlt, nachdem ihm zuvor hiezu vom Verkäufer unter Androhung des Rücktrittes vom Vertrage eine angemessene Frist gewährt war. Urth. v. 30. Jan. *hB*Nr. 425.

Konditionen. Bayer. *VR*. Th. IV Kap. I §. 16, Kap. XIII §. 9. Revid. Ansfässigl.-Ges. v. 1. Juli 1834 §. 9. Was unter der Herrschaft des letztgenannten Gesetzes einer Gemeinde als vertragmäßige Entgeltung für die Bewilligung einer Ansfässigmachung gegeben wurde, kann mit der nach bayer. *VR*. auch die *injusta causa* umfassenden *condictio sine causa* zurückgefordert werden. Urth. v. 27. Jan. *hB*Nr. 336.

Erbrecht. Bayer. *VR*. Th. III Kap. VIII §. 1, 2, 3. Schenkungen von Todeswegen sind, auch wenn die zu schenkende Sache dem Beschenkten übergeben wurde, ungiltig, wenn sie nicht in der für die Errichtung von Legaten vorgeschriebenen Form errichtet sind. Urth. v. 6. Jan. *hB*Nr. 365.

²⁾ Die Frage wird in unseren Blättern weiter besprochen werden.

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches (Fortsetzung).
— Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes.
S. bis 21. Februar 1872.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 23.

2. Täuschung durch das öffentliche Buch.

Zu dem bisher (§§. 20—22) betonten inneren Momente der Täuschung, dem Glauben des Erwerbers an die Richtigkeit des Hyp.=Buch=Inhaltes muß sich das äußere Moment gesellen, daß die Täuschung in der Beschaffenheit des Hyp.=Buch=Inhaltes einen rechtfertigenden Grund besitzt. Daher ist

1) der Schutz der Oeffentlichkeit durch die formelle Rechtsbeständigkeit der Einträge bedingt. Ein Verstoß nach dieser Richtung wird bei aufmerksamer Prüfung nicht verborgen bleiben, mag bei einer Hypothekforderung der Name des Gläubigers oder die Angabe der Summe fehlen oder mag die Beschreibung des Grundstückes ungenügend oder für ein hypothekunfähiges Recht ein Folium angelegt sein u. s. w.

Wie aber verhält es sich mit Einträgen, welche auf Fälschung oder auf einem Schreibverstoße der Hypothekenbehörde beruhen? Es ist z. B. eine Hypothek auf ein unrichtiges Grundstück eingetragen oder statt des Joh. Schmidt der Joh. Schmitt von F. als Eigenthümer eingeschrieben. Auch solche

Neue Folge XVII. Band.

Einträge bilden eine taugliche Unterlage für die Wirkung der Oeffentlichkeit nicht. Kein Zweifel, daß der dem Hyp.-Buche vertrauende Erwerber in Schaden kommen kann. Allein soll er geschützt werden auf Kosten derjenigen Personen, welche durch die Aufrechthaltung des gefälschten oder irrthümlichen Eintrages benachtheiligt würden und denen jede Möglichkeit fehlt, solche Schädigungen abzuwehren?²⁴⁾

2) Dem Erwerber wird auch die Folge derjenigen Täuschung nicht abgenommen, welche im Hyp.-Buche nur ihre zufällige Veranlassung findet. Es tritt z. B. dem Erwerber unter dem Namen des eingetragenen Eigenthümers oder Hypothekgläubigers eine andere Person handelnd gegenüber. Die Täuschung liegt hier nicht im Hyp.-Buche sondern außerhalb desselben. Sie schadet freilich nur dem über die Personeneinheit getäuschten Erwerber und seinen Erben, nicht aber einem Sondernachfolger desselben aus dem unten (§. 42) zu erörternden Grunde.

3) Es muß gerade das Hypotheken-Buch sein, welches die Täuschung hervorruft, nicht irgend eine andere wenn gleich vom Hypothekenamte gefertigte Urkunde²⁵⁾. Entspricht jenes der Wirklichkeit und die unrichtige Darstellung findet sich z. B. in einem Hypothekenbriefe oder Recognitionsscheine oder Hypothekenbuchauszuge, so hat der Erwerber die Nachtheile seines Irrthumes zu tragen, mag auch sein Vertrauen auf die fehlerhafte Urkunde z. B. auf einen Auszug aus dem Hypothekenbuche durchaus nicht als leichtfertig bezeichnet werden können.

Zwar haben alle diese Urkunden „die Kraft gerichtlicher Dokumente“.

Hyp.-Ges. §§. 91, 93, 170.

²⁴⁾ Ebenso Erner a. a. O. S. 61.

²⁵⁾ Weibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 85 fg. Erkenntniß des O. A. in Rostock in Buchta und Budde, Entscheidungen des Mecklenb. O. A. 's Bb. IV S. 155.

Aber diese Eigenschaft verleiht ihnen nur gesteigerte Beweis-, nicht formale Rechtskraft. arg. Hyp.=Ges. §. 25 Abs. 1: „im Vertrauen auf dasselbe“ (d. h. das Hyp.=Buch) „nach den im Hyp.=Buche befindlichen Einträgen“ u. a.

§. 170: „Rekognitionsscheine sind Certifikate über eine im Hyp.=Buch geschehene Einschreibung“. §. 172: „Solche Scheine“.

Gegen Täuschungen durch amtliche Ausfertigungen sucht das Hyp.=Gesetz die Betheiligten anderweit zu schützen, ohne freilich einen gleich durchgreifenden Erfolg zu erzielen: durch Schärfung der Aufmerksamkeit und Vorsicht der Hypothekenbehörden und durch Haftbarmachung derselben für Versehen.

Hyp.=Ges. §. 95 Nr. 2, §. 98 Nr. 3, §. 117; Instruk. §§. 2, 3, 36, 37.

§. 24.

Beurkundung des Erwerbes durch das Hypothekenbuch?

Es gibt einen hypothekrechtlichen Erwerb, der durch die Eintragung im Hyp.=Buche nicht bedingt ist, der Rechtserwerb an bestehenden Hypothekenrechten durch Abtretung oder Verpfändung. Nicht minder kann die Befreiung von einem Hypothekrechte, z. B. durch Zahlung, erwirkt werden ohne Löschung im Hyp.=Buche. Freilich unterliegt solcher Erwerb (und solche Befreiung) den Gefahren aus der Oeffentlichkeit des Hyp.=Buches: der nicht eingetragene Cessionar hat zu befürchten, daß der Cedent die Hyp.=Forderung zum zweiten Male cedirt und daß der zweite Cessionar, wenn er nur unter einem lästigen Titel erworben hat, sich für die Gültigkeit seines Erwerbes auf den Inhalt des Hyp.=Buches beruft; der Schuldner, welcher die Erlöschung des Hypothekrechtes nicht vermerken läßt, befährt, daß

der Gläubiger die erloschene Hypothek an einen gutgläubigen Erwerber abtritt, welchem gegenüber die Einrede der Zahlung nicht Platz greift.

Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 6 und Nr. 5.

Das ist unbestritten und unbestreitbar. Aber es entsteht für den besprochenen Erwerb und die besprochene Befreiung die weniger zweifellose und trotz der Art. 14 und 15 des Notar.-Ges. nicht unpraktische Frage, ob der Erwerb eines durch Eintrag nicht bedingten Rechtes oder einer durch Eintragung nicht bedingten Befreiung sich für die Entstehung seines Rechtes auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches berufen kann, wenn sein Erwerb oder die Befreiung im Hyp.-Buche weder eingetragen noch vorgemerkt ist, oder ob dieser Rechtsschutz nur durch die bücherliche Beurkundung des Erwerbes oder der Befreiung erworben wird. Mit anderen Worten: genügt für die Berufung auf die Rechtskraft des Hyp.-Buches die Thatsache, daß im Vertrauen auf das selbe gehandelt wurde, oder muß laut des Hypothekenbuches gehandelt sein?

Bevor ich zur Lösung der Frage übergehe, will ich die Bedeutung derselben an einigen Beispielen erläutern.

1) A. hat sich von F. eine Hypothekforderung abtreten lassen zu einer Zeit, wo dieselbe durch Zahlung getilgt war, ohne daß jedoch das Hyp.-Buch darüber etwas entnehmen ließ. Nach Civilrecht steht die Einrede der Zahlung auch dem Cessionar entgegen. Nach Hypothekenrecht ist sie dann unzweifelhaft ausgeschlossen, wenn A. die Forderung gegen Entgelt ohne Kenntniß von der Zahlung erwarb und seinen Erwerb im Hyp.-Buche eintragen ließ. Hat A. diesen Schutz auch dann, wenn der Cessionsvermerk im Hyp.-Buche fehlt?

2) Der Schuldner zahlt an F., den ursprünglichen Gläubiger, erst nach Abtretung der Forderung an A., aber ohne Kenntniß davon, da auch das

Hyp.-Buch über den Gläubigerwechsel nichts enthält. Ist der Schuldner kraft Hyp.-Ges. §. 25 Abs. 1 und §. 26 Nr. 6 gegen nochmalige Zahlung geschützt, wenn er einen Lösungsvermerk nicht eintragen läßt?

3) E. hat dieselbe Hypothekforderung erst an A. und dann an B. abgetreten. Kann sich B. für seinen Erwerb dem A. gegenüber auf die Deffentlichkeit des Hyp.-Buches berufen? Beide Cessionare haben im Glauben an das Hyp.-Buch gehandelt. Ein Vorzug des neueren Erwerbers vor dem älteren ist wenigstens nach Civilrecht nicht begründet.

W ä h r in Ihering's Jahrb. I S. 435 fg.

W i n d s c h e i d , P. §. 331 Note 10.

4) E. hat seine Hypothekforderung erst dem A. abgetreten und dann dem B. verpfändet. Keiner von den beiden Erwerbern hat sein Recht im Hyp.-Buche vermerken lassen.

§. 25.

Die angeführten Beispiele zeigen, in welche Schwierigkeiten die Ansicht verwickelt, daß der Schutz der Deffentlichkeit von einer bücherlichen Beurkundung des Erwerbes oder der Befrelung unabhängig sei, während der entgegengesetzte Standpunkt insofern auf gewiesene Bahnen leitet, als danach ein Akt, der weder eingetragen noch vorgemerkt ist, unter den Regeln des Civilrechtes steht.

Es ist ferner gewiß keine unbillige Forderung, daß derjenige, welcher sich auf die Richtigkeit des Hyp.-Buches berufen und Anderen die Folgen ihrer Nachlässigkeit überbunden wissen will, seinerseits zu einer Richtigstellung des öffentlichen Buches beitrage.

Indeß sind diese Erwägungen doch nur rechtspolitischer Natur, gelten de lege ferenda, nicht de lege lata. Unser Hyp.-Gesetz stellt nirgends die Eintragung oder Vormerkung der hypothekarischen

Rechte oder der Befreiung von einer hypothekarischen Last ausdrücklich als Erforderniß für den Schutz der Oeffentlichkeit auf, und ich kenne keine Vorschrift, aus welcher diese Voraussetzung stillschweigend mittelst eines sicheren Schlusses folgte. §. 26 Nr. 4 spricht nur vom „Ansiehbringen“ einer eingetragenen Forderung. Einzig der Wortlaut von §. 53 Abs. 3 könnte in diesem Sinne gedeutet werden, indem es heißt:

„Die Verpfändung (einer Hypothekforderung) erlangt dadurch (d. h. durch die Eintragung im Hyp.-Buche) alle rechtlichen Wirkungen, welche nach den §§. 25 und 26 aus der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches entspringen“.

Diese Worte lassen — das ist kein Zweifel — die Auslegung zu, daß die Verpfändung einer Hyp.-Forderung vor der Eintragung jedes Schutzes der Oeffentlichkeit entbehre. Ist dieß der Sinn der angeführten Gesetzstelle, dann bildet in diesem Falle d. h. bei der Verpfändung einer Hyp.-Forderung die Eintragung eine Voraussetzung für die Berufung auf die formale Kraft des Hyp.-Buches.

Man wird aber zugeben müssen, daß diese Auslegung nicht nothwendig ist. Es kann sich sehr wohl der Gesetzgeber nur den Schutz des erworbenen Rechtes (gegen Aufhebung des Pfandrechtes hinter dem Rücken des Forderungspfandgläubigers), nicht des Rechtserwerbs, abhängig gedacht haben von der Eintragung der Verpfändung, so daß auch ohne die letztere dem Forderungspfandgläubiger für das Dasein der Hypothek und die Verpfändungsbefugniß des eingetragenen Hyp.-Gläubigers die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches schützend zur Seite steht. Ich bin geneigt, der zweiten Auslegung den Vorzug zu geben, weil mit ihr die Anerkennung eines Ausnahmefalles vertrieben wird.

Ist nun vom Standpunkte unseres Hyp.-Gesetzes die Eintragung eines Rechtserwerbes als Voraus-

setzung für dessen Schutz durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches nicht anzusehen, so drängt sich die Frage zur Beantwortung, wie die hieraus sich ergebenden und in den obigen Beispielen angeedeuteten Verwickelungen zu lösen sind.

Hiesfür ist m. E. im Geiste des Hyp.-Gesetzes der Satz anzuerkennen, daß der neuere Erwerb Akt dem älteren vorgeht. Denn der hypothekrechtliche Schutz eines nicht eingetragenen Rechtes kann sich nur auf die Voraussetzungen für dessen Erwerb erstrecken und nicht auch eine Gewähr gegen spätere Beeinträchtigung enthalten. Danach steht der nicht eingetragene ältere Erwerber einem gleichfalls nicht eingetragenen späteren Erwerber nicht schlechter aber auch nicht besser gegenüber als einem eingetragenen. Freilich kann Jener seine Lage bessern und den vollen hypothekrechtlichen Schutz sich sichern, wenn er nachträglich seinen Erwerb eintragen läßt. Nur darf es nicht im Bewußtsein von dem ihm vorgehenden Rechte des zweiten Erwerbers geschehen ²⁶⁾.

26) Die in den letzten beiden §§. behandelte Frage ist auch für die außerbayerischen Rechte nicht ausge-
tragen.

1) Das preußische Landrecht stellt das Erforderniß der bürgerlichen Beurkundung ausdrücklich nur für einen Fall auf, Th. I Tit. 20 §. 529, im Gegensatz zur Hyp.-Ordnung von 1783 Tit. II §. 287, welche für denselben Fall den hypothekrechtlichen Schutz ohne diese Voraussetzung zusichert.

2) Nach österreichischem Rechte sind die Ansichten sehr getheilt. Mit Entschiedenheit vertritt der neueste Schriftsteller, Exner a. a. O. S. 78, den Satz, daß „die publica fides des Tabularstandes nur Tabularakte schützt und daß demzufolge die außerbürgerliche Cession einer Hypothekensforderung nur wie jede gemeine Forderungsabtretung wirkt“.

3) Das württembergische Pfandgesetz vom 15. April 1825 gedenkt gleichfalls der Eintragung als Voraussetzung für den hypothekrechtlichen Schutz ausdrücklich nur in einer besonderen Anwendung,

3. Guter Glaube.

§. 26.

Wenn dingliche Wirkung nur äußern könnte, was und wie es im Hypothekenbuche verzeichnet steht, wenn ferner die Hypothekrechte unabhängig wären von der Forderung, für welche sie bestellt sind, dann hätte ein Erforderniß des guten Glaubens keinen Boden. So kann von einer Schlechtgläubigkeit in Ansehung nicht eingetragener Hypotheken keine Rede sein, weil es solche nicht gibt.

Entscheidungen des Berliner Obertribunals
Bd. 9 S. 34 fg.

Förster a. a. O. I S. 125.

Wie aber schon mehrfach hervorgehoben, so kann nach unserem Hypothekenrechte Jemand Eigenthümer eines Grundstückes, Inhaber eines Nießbrauchs-, eines Grundzins- oder Zehntrechtes oder auch einer Hypothekforderung sein, ohne daß er im Hypothekenbuche als solcher vorgetragen ist, und es können Mängel der Forderung dem dinglichen Recht der Hypothek Eintrag thun, wovon das Hypothekenbuch nichts ausweist. Kurz, der Eingetragene kann Nichtberechtigter und der Berechtigte Nichteingetragener sein.

In Folge dessen treten vor die Gesetzgebung zwei im entgegengesetzten Interesse Betheiligte mit dem Anspruche auf Schutz: der Inhaber des materiellen Rechtes und der Erwerber, welcher auf das öffentliche Buch sein Vertrauen gesetzt hat. Gründe der Zweckmäßigkeit sprechen dafür, dem Letzteren den Vorzug zu geben (vgl. oben §. 7), aber doch nur soweit als ihm das seinem Erwerbe entgegenstehende aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtliche

nämlich auf den Erwerb aus der Abtretung oder Verpfändung einer eingetragenen Forderung (Art. 88).

4) In Mecklenburg gilt, wenn ich Weibom, Mecklenb. Hyp.-R. S. 90 richtig auffasse, der Standpunkt des bayerischen Rechtes.

materielle Recht nicht außerdem bekannt war. Durch die Kenntniß verliert für ihn die Unterlassung der Einschreibung im Hyp.-Buche jede Bedeutung; denn dem Verschäumniſſe ohne Weiteres einen Verzicht unterstellen hieße mit feststehenden Rechtsgrundsätzen in schneidenden Widerspruch treten. Daß Erforderniß des guten Glaubens ist ein materielles Moment, welches dem formalen Prinzipie der Rechtskraft mitbernd zur Seite tritt, und wir begegnen hier der in der Rechtswissenschaft öfter entgegentretenenden Erscheinung, daß zwei gegenüberstehende Motive eine Mittelwirkung erzeugen, das Parallelogramm der Kräfte im Gebiete der Jurisprudenz.

Die Entziehung des Schutzes der Oeffentlichkeit wegen Kenntniß des abweichenden materiellen Rechtszustandes hat daher seinen Grund nicht in einer auf die Unredlichkeit gesetzten Strafe, sondern in dem Wegfalle des Grundes für die Inanspruchnahme der Erwerbers gegen die civilrechtliche Wirkung des entgegenstehenden materiellen Rechtes²⁷⁾.

²⁷⁾ Es verhält sich ähnlich mit dem civilrechtlichen Institute der Klagverjährung. Vielfach wird die Wirkung der Verjährung zurückgeführt auf eine Strafe für den Klagberechtigten wegen Nichtanstellung der Klage und mit dieser irrthümlichen theoretischen Begründung eine Reihe praktisch höchst bedenklicher Folgen verknüpft z. B. daß der Beginn der Verjährung überall durch eine Verschuldung des Klagberechtigten bedingt sei, daß die Verjährung, weil nur eine *exceptio in odium creditoris* erzeugend, nicht die Forderung selbst tilge sondern nur deren Klagbarkeit. Es ist hier nicht der Ort, die Unrichtigkeit dieser Anschauung nachzuweisen (vgl. darüber Vangerow, P. S. 147. I. 2 und S. 151). Nur darauf möchte ich aufmerksam machen, wie wenig mit jenem Standpunkte die auch in neueren Gesetzen (z. B. deutsche Wechs.-Ordn. Art. 80) festgehaltene Vorschrift zu reimen ist, daß die Unterbrechung der Verjährung nicht schon mit der Einreichung der Klage, sondern erst mit der Mittheilung derselben an den Beklagten eintritt.

Vgl. auch die Motive zum bayern. Entwurfe eines Sachenrechtes S. 33 fg.

Dies ist der richtige Standpunkt für die Auffassung unseres Erfordernisses, und von ihm aus müssen die gerade hier in großer Zahl auftauchenden Zweifelsfragen gelöst werden.

Die gesetzgeberische Berechtigung dieses Erfordernisses hat in neuester Zeit Aufsechtung erfahren, indem, wie es scheint, ohne Erfolg. In unser Gesetzbuch ist es aus dem preussischen Landrechte übergegangen, welches damit eine Neuerung gegenüber der preussischen Hypothekenordnung von 1783 einführte. Indes findet sich derselbe Gedanke schon in älteren namentlich schweizerischen Rechten ²⁰⁾.

a. Begriff.

§. 27.

Der gute Glaube im Sinne unseres Hyp.-Ges. ist regelmäßig ein negativer, kein positiver Begriff; er ist nicht die Ueberzeugung des Erwerbers von der Vollwirksamkeit seines Rechtes, sondern die Unkenntniß von einem seinen Erwerb nach Civilrecht ausschließenden oder beschränkenden rechtlichen Hindernisse. Nur dann wenn der Erwerber vorher mit dem Hindernisse seines Erwerbes bekannt war, besteht sein redliches Bewußtsein nicht in dem bloßen Nichtwissen von der Fortdauer dieses Hindernisses sondern in der positiven Ueberzeugung — zwar nicht von

²⁰⁾ Vgl. Rothing „über das Hypothekarreht im Kanton Schwyz“ in der Zeitschr. für Schweiz. Recht Bb. VI S. 197 und Fr. von Wyß (Prof.) daselbst Bb. IX S. 81 fg.

Von den neueren Gesetzgebungen haben das Erforderniß des guten Glaubens angenommen: das österreichische Recht (vgl. oben §. 20), das württembergische (Pfanbg. Art. 72, 88), das sächsische (bürg. GB. §. 278), das Zürcher (privatr. GB. §§. 800, 846).

der Vollkommenheit seines Erwerbes, wohl aber — von der gegenwärtigen Beseitigung jenes Hindernisses.

Goldschmidt in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. IX S. 26—28.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung darf man sich freilich nicht auf den römisch-rechtlichen Begriff der bona fides berufen, wie es in

Bl. f. RA. XXXIII S. 386

geschleht; denn dieser könnte ein positiver sein — und er ist es nach meinem und Anderer Dafürhalten,

Wächter, die bona fides Leipzig 1871 S. 8—14 —

und der ganz selbstständige Begriff des Hyp. = Ges. gleichwohl negativ. Die Begründung ist vielmehr dem Hypothekenrechte selbst zu entnehmen und im Früheren von mir schon angedeutet.

Das Oeffentlichkeitsprinzip soll schützen gegen Täuschungen, zu welchen der Inhalt des Hyp. = Buches unmittelbaren Anlaß gibt (vgl. oben §§. 7, 20—23). Nicht getäuscht ist aber, wer weiß, daß die wirkliche Rechtslage der Darstellung im Hyp. = Buche nicht entspricht. Seine Kenntniß des materiellen Hindernisses ersetzt für ihn dessen Einschreibung²⁹⁾.

Eine Verkennung des hypothekenrechtlichen Begriffes des guten Glaubens liegt aber auch zu Grunde, wenn man denselben auf das rein ethische Gebiet der „individuellen Empfindung der Unredlichkeit“ hinüberspielt.

Z. B. Bl. f. RA. XXXV S. 142 ff.

Der moralisch Redliche kann unredlich nach

²⁹⁾ Diese Auffassung wird getheilt für das preussische Recht von Förster, preuß. Privatr. Bd. III S. 198 bei Note 6 und Prinz, Einfluß S. 34, für das sächsische Recht in einem Erkenntnisse des O. A. G. in Dresden, abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. XII Nr. 239.

rechtlichen Begriffen und der moralisch Unredliche im rechtlichen Sinne redlich sein. Denn die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches hat nicht die Aufgabe, die Redlichkeit zu belohnen und die Unredlichkeit zu bestrafen. Hat Jemand z. B. Kenntniß von einer Thatsache, welche die rechtliche Kraft besitzt, seinen Erwerb zu hindern, so ist er kein gutgläubiger Erwerber, auch wenn er aus Irrthum darin ein rechtliches Hinderniß nicht erblickt und vom moralischen Standpunkte immerhin als redlich erachtet werden muß. Umgekehrt erfreut sich des Schutzes der Oeffentlichkeit als gutgläubiger Erwerber, wer von einem wirklichen Hindernisse seines Erwerbes keine Kenntniß besitzt, aber irrthümlich ein nicht vorhandenes annimmt: plus in re est quam in existimatione mentis (L. 9 §. 4 de jur. et facti ignor. 22,6) ³⁰⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

8. bis 21. Februar 1872.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ord. Art. 14. Abs. 2. Das Gericht, unter welchem zur Zeit der Geburt eines unehelichen Kindes die Mutter den Wohnsitz hatte, bleibt zur Fortführung der Vormundschaft über jenes Kind auch nach Veränderung des Wohnsitzes der Mutter zuständig. Erf. v. 15. Febr. Reg.=Nr. 1.

³⁰⁾ Hierin geht das Hyp.=Gesetz mit den römischen Vorschriften für die Eigenthumserstzung zusammen: L. 2 §. 2 pro emptore 41, 4; L. 3 pro donato 41, 6; eigenthümlich L. 32 §. 1 de usurp. 41, 3.

Art. 144 mit 134. Diese Vorschrift greift nur Platz, wenn der obsiegenden armen Partei eine vermögliche gegenübersteht. Ist die unterliegende Partei gleichfalls zum Armenrechte belassen, so können nur ausgelegte, nicht aber bloß vorgezeichnete Kosten von ihr verlangt werden. Urth. v. 19. Febr. 5WMr. 324.

Art. 157. Zur Verhandlung zugelassene und wirklich verhandelte Streitpunkte können nicht auf Grund des angef. Art. zum besonderen Austrage verwiesen, sondern müssen materiell beurtheilt werden. Urth. v. 9. Febr. 5WMr. 405.

Art. 216, 791. Ob eine Partei an der Einhaltung einer Frist unabwendbar verhindert war oder ihr deßfalls ein Verschümmiß zur Last fällt, ist thatsächliche Feststellung und kann diese mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden. Urth. v. 19. Febr. 5WMr. 324.

Art. 262, 264. Daß nach Mot.=Ges. Art. 60 errichtete Testament einer Ehefrau war als nichtig angefochten, weil einer der Zeugen mit dem zum Alleinerben eingesetzten Ehemanne der Testatrix im dritten Grade der Seitenlinie nach civilrechtlicher Berechnung blutsverwandt war. Die zweite Instanz erkannte auf Nichtigkeit des Testaments, weil hienach dieser Zeuge mit der Testatrix im gleichen Grade verschwägert sei. Der oberste Gerichtshof verwarf die hiegegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, weil alle thatsächlichen Momente, aus welchen sich diese Schwägerschaft ergibt, in der Klage angeführt und im Urtheile festgestellt waren und nicht auf Anderes oder mehr als auf die in der Klage erbetene Nichtigkeitsklärung des Testaments erkannt wurde. Urth. v. 17. Febr. 5WMr. 423.

Proz.=Ord. Art. 262; Einf.=Ges. Art. 23. Wenn auf Anerkennung eines Durchgangsbrechtes zur Nachtzeit geklagt ist, weil der Beklagte den Durchgang zu solcher Zeit verwehrt hat, dieser aber

in der Klagebeantwortung das ganze Recht bestreitet, weil der Durchgang auch bei Tag nur vergünstigungsweise gestattet worden sei, der Richter auch dem Beklagten den Beweis der bloßen Vergünstigung im Beweisinterlokute freiließ, so verlegt es die bezeichneten Gesetzstellen nicht, wenn nach durchgeführtem Beweisverfahren im Endurtheile die Klage zwar bezüglich des Durchganges bei Nacht abgewiesen, der Beklagte aber zur Gestattung des Durchganges bei Tag verurtheilt wird. Urth. v. 17. Febr. *EW*Nr. 411.

Proz.-Ordn. Art. 319. S. unter II. Suspendivbedingung.

Art. 376 Abs. 2. Auf die Unterlassung der Vertagung wegen der erst in der Sitzung erfolgten Bestreitung der Richtigkeit einer Urkunde kann die Anfechtung des in dieser Sitzung erlassenen Urtheiles mit der Wichtigkeitsbeschwerde nicht gegründet werden, wenn der Bestreitende gar keinen Antrag auf Vertagung gestellt hat. Urth. v. 16. Febr. *EW*Nr. 428.

Art. 412, 530. Der Einzelrichter ist nicht verpflichtet, von der Partei in die Sitzung mitgebrachte Zeugen zu vernehmen, wenn diese Zeugen der Gegenpartei nicht vorher bekannt sind. Die Unterlassung der Vernehmung solcher Zeugen ist auch ohne Verwerfungsantrag der Gegenpartei gerechtfertigt, wenn die beweisführende Partei selbst keinen förmlichen Antrag auf Vernehmung der mitgebrachten Personen als Zeugen gestellt hat. Urth. v. 15. Febr. *EW*Nr. 392.

Art. 457. Eideszuschlebung über einen Beis Schlaf, durch welchen der Delat einen Ehebruch beging, ist auch dann unzulässig, wenn ein Strafantrag der Ehefrau nicht vorliegt oder wenn behauptet wird, die Eheleute hätten sich wegen des Ehebruches wieder versöhnt. Urth. v. 15. Febr. *EW*Nr. 392.

Art. 695, 791. Die Feststellung, daß in einer Handlung eine unzweideutige Unterwerfung unter

daß Urtheil liege, kann als thatsächliche nicht mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Urth. v. 16. Febr. *hWR.* 428.

Art. 798 Ziff. 2 mit Art. 218 Abj. 2 und Art. 812. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird formell zulässig nicht durch eine nur allgemeine Angabe der Verletzung der Rechtsregeln über eine Rechtsmaterie (im gegebenen Falle: „der über Nutzungen am Gemeindevermögen geltenden Rechtsnormen“—„der gemeinrechtlichen Lehre über Markgenossenschaft und Realgemeinde“—„der in der Gemeindeordnung v. 29. Apr. 1869 über Gemeindennutzungen niedergelegten Grundsätze“), sondern allein durch spezielle Bezeichnung der vermeintlich verletzten konkreten Rechtsregel. Urth. v. 20. Febr. *hWR.* 391.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Kirchenbaulast. Gem. R. u. preuß. *LR.* *Th.* II Tit. 11 §. 568—570 u. §. 598 ff.; Grundlasten=Ablös.=Ges. v. 4. Juni 1848 Art. 34. Eine Baulast, welche dem Patron als solchem obliegt, nicht wegen des Bezuges ursprünglich zur Kirche gehöriger Einkünfte (z. B. eines kirchlichen Zehnten, in welchem Falle die Baulast auf diesem ruht), haftet auch dann, wenn das Patronat in der Weise mit einem Gute verbunden ist, daß jeder Besitzer desselben das Patronat auszuüben hat, nicht als Reallast auf diesem Gute. Urth. v. 10. Febr. *hWR.* 422.

Obligationenrecht. Retention. Bayer. *LR.* *Th.* IV Kap. XV §. 2. Das Retentionsrecht kann nicht durch bloßes Zahlungsversprechen sondern nur durch wirkliche Zahlung aufgehoben werden. Urth. v. 16. Febr. *hWR.* 430.

Suspensivbedingung. Beweislast. Gem. R. Wenn der Kläger seinen Anspruch auf einen nach seiner Behauptung unbedingten Vertrag stützt und der Beklagte sich damit vertheidigt, daß der Vertrag unter einer (nicht eingetretenen) Suspensiv-

bedingung abgeschlossen worden sei, hat der Beklagte den Beweis seiner Behauptung zu liefern. Urth. v. 19. Febr. *SBNr.* 367.

Werkverdingung. Bayer. *LR. Th.* IV Kap. VI §. 3 Nr. 4. Der Afford über die Reparatur eines schadhaft gewordenen Werkes (im gegebenen Falle eines Branntwein-Brennapparates), nicht allein die Herstellung eines ganz neuen Werkes, fällt unter den Begriff der *locatio conductio operis* (im Gegensatz zur *loc. cond. operarum*). Urth. v. 16. Febr. *SBNr.* 430.

Konditionen. Gem. R. und bayer. *LR. Th.* IV Kap. XIII §. 9. Wenn an Zahlungsstatt für den Kaufpreis eines Immobile eine Forderung cedirt wurde, der Kauf aber wegen Mangel eines Notariatsinstrumentes nichtig ist, so kann die *condictio sine causa*, so lange der Cessionar die Forderung noch nicht eingehoben hat, nicht auf Rückzahlung des Kaufpreises sondern nur auf Rückcession der Forderung gerichtet werden. Urth. v. 19. Febr. *SBNr.* 375.

Familienrecht. Bayreuther Landeskonst. Tit. VII §. 3—5. Wenn der Ehemann von der Ehefrau einseitig gemachte Schulden ohne Vorbehalt zahlt, so erkennt er sie dadurch als das gemeinschaftliche Vermögen belastend an und die Erben des Ehemannes können sie der Ehefrau nicht an den Ulaten aufrechnen. Urth. v. 20. Febr. *SBNr.* 453.

Erbrecht. Testamente nach Not.-Ges. Art. 60 (mit Art. 47 Ziff. 1 und Art. 54 Ziff. 2). Ein vor einem Notare errichtetes Testament ist nichtig, wenn einer der dabei zugezogenen Zeugen mit dem Testator im dritten Grade der Seitenlinie nach civilrechtlicher Berechnung verschwägert ist. Bei Beurtheilung dieser Frage geben die Bestimmungen des Not.-Ges. über die Qualität der Instrumentenzeugen allein Maß. Urth. v. 17. Febr. *SBNr.* 423.

77.

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

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypotheknbuches (Fortsetzung). — Die Beschränkung der eheherrlichen Veräußerung bei verfallener Ehe nach Rürnberger Recht betrifft nur den ehesträulichen Antheil an dem veräußerten Gute. — Zur Lehre von der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache. — Hypothekbestellung. Pausanisches Rechtsmittel. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprocesses. 22. Februar bis 6. März 1872.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypotheknbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 28.

Aus der richtigen Begriffsbestimmung folgt, daß nur die Kenntniß eines solchen Umstandes schädlich sein kann, welcher nach den Grundsätzen des Civilrechtes befähigt ist, den in Frage stehenden Erwerb auszuschließen oder zu schmälern. Ein Hinderniß dieser Art liegt aber in einer bloß obligatorischen Gebundenheit des Verfügenden nicht. Wenn daher der Eigenthümer sein Grundstück bereits verkauft aber noch nicht übergeben, oder wenn er sich zur Einräumung einer Hypothek an diesem Grundstücke zu Gunsten des A. verpflichtet hat, so ist er dadurch in der dinglichen Verfügung über die Sache noch nicht beschränkt. Gesezt, er bestellt jetzt dem B. eine Hypothek an demselben Grundstücke, so macht er sich dadurch zwar einer Verletzung seiner Vertragspflicht gegenüber dem Käufer oder dem Gläubiger mit dem älteren Hypothektitel schuldig, aber die Hypothekbestellung an den B. ist vollkommen gültig und die Beeinträchtigten können sich wegen Schadenersatzes nur an ihren

Neue Folge XVII. Band.



Vertragsgegner halten. So unzweifelhaft nach gemeinem Rechte:

C. 6 de her. vel act. vend. 4,39: Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur.

C. 15 de rei vind. 3,32.

Nun vergegenwärtige man sich die Konsequenz der Ansicht, daß die Kenntniß von einer obligatorischen Gebundenheit des Verfügenden den guten Glauben des Erwerbers ausschliesse. Das heißt, dem Hyp.=Geseze unterstellen, es habe im Gegensatz zum Civilrechte die obligatorischen Verpflichtungen zu Hindernissen des dinglichen Verfügungsrechtes erhoben, habe damit ein neues Prinzip geschaffen, welches nicht nur mit der Oeffentlichkeit des Hyp.=Buches nicht das Mindeste zu thun hat, sondern zu dem Hypothekenrechte überhaupt in keiner engeren Beziehung steht als zu dem gesammten Sachenrechte. Und diese Anomalie sollen wir folgern dürfen aus dem Erfordernisse des guten Glaubens, welches vom Hyp.=Geseze nur in Verbindung mit dem Grundsatz der Oeffentlichkeit aufgestellt wird! Gleichwohl findet sich die bekämpfte Ansicht vertreten in einem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes vom 17. Januar 1871.

Bl. f. N. XXXVI S. 221 fg.

Man sieht, wohin es führt, wenn man den Begriff der Gutgläubigkeit nicht streng auf dem Boden hält und in dem Zusammenhange auffaßt, wohin ihn der Gesetzgeber gestellt hat.

Es heißt den sittlichen Standpunkt in das Rechtsgebiet übertragen, wenn man eine Theilnahme am Vertragsbruche und eine rechtlich erhebliche Un-

redlichkeit des Erwerbers darin erblicken will, daß er im Bewußtsein von der obligatorischen Gebundenheit seines Rechtsurhebers den Erwerb macht. Wir dürfen nicht ohne zwingende Gründe dem Gesetzgeber eine so starke Verkennung der Grenzen von Recht und Sittlichkeit unterstellen. Auch Gönner sagt im Kommentar I S. 282 Note*, daß „Klugheit und Sorgfalt keine mala fides seien und daß auch im Hypothekenrechte der Satz gelte: jura vigilantibus sunt scripta“³¹⁾).

Man könnte versucht sein, die Ausdehnung der Schlechtgläubigkeit auf die Kenntniß bloß obligatorischer Ansprüche aus der Vorschrift des Hyp.-Ges. §. 28 zu folgern, wonach „der Käufer einer Sache vor gänzlicher Berichtigung des Besitztittels die Einschreibung einer Protestation im Hyp.-Buche verlangen kann. Allein es ist durchaus der Satz nicht richtig, daß die Kenntniß von allen denjenigen Thatsachen, welche die Berechtigung zu einer Protestation geben, einen schlechten Glauben im Sinne des Hypothekengesetzes begründen. Wegen eines vertragsmäßigen Verpfändungsverbotes z. B. kann eine Verwahrung im Hyp.-Buche beantragt werden; so lange aber die Einschreibung noch nicht erfolgt ist, hat dasselbe für den Hypothekenerwerb keine Bedeutung, auch nicht wenn ein neuer Hypothekenerwerber von dem nicht eingeschriebenen Vertrage Kenntniß hat.

Hyp.-Ges. §. 44 Abs. 2.

Bürg. Proz.-Ordn. Art. 625 und 626.

Hiermit stimmen:

der bayer. Entwurf eines Sachenrechtes Art. 78
und die Motive hiezu S. 38.

Egner, Publizitätsprinzip S. 83 fg.

³¹⁾ Der gesunde Takt der römischen Juristen hat sie vor der im Texte gerügten Verirrung bewahrt. L. 18 §. 2 usurp. 41,3, L. 8 pro emptore 41,4.

Wächter, Erörterungen I S. 206 Note 53.

Meibom, Mecklenb. Hypothekenr. S. 91.

Nur das preussische Recht nimmt eine Sonderstellung ein. Im Zusammenhange mit der von ihm adoptirten Theorie vom Rechte zur Sache (jus ad rem), jenem Mittelbegriffe zwischen dinglichem und obligatorischem Rechte, welches treffend charakterisirt wird von

Förster, preuß. Privatr. Bd. III §. 156, stellt dasselbe den Satz auf, daß der Erwerber eines dinglichen Rechtes, mithin auch einer Hypothek, sein Recht gegen denjenigen nicht geltend machen kann, von welchem er wußte, daß er bereits vor ihm einen obligatorischen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes an derselben Sache (jus ad rem) hatte.

Preuß. Landr. I, 10 §. 25; Alt. 19 §. 5.

Jedoch hat dieser Satz keine Geltung für das Zusammentreffen eines Hypothekgläubigers mit einem persönlichen Gläubiger, der nur einen älteren Hypothektitel für sich hat, und ebensowenig für das Zusammentreffen des Eigenthümererwerbers mit dem Inhaber eines älteren Hypothektitels (vergl. oben §. 18 a. E.).

Koch, Komm. zum preuß. Landr. I, 19 §. 5 Note 3.

Hören wir, was einer der gründlichsten Kenner des preussischen Rechtes über den landrechtlichen Standpunkt in dieser Frage urtheilt:

„Diese Schlechtgläubigkeit, die in dem bloßen Wissen von der obligatorischen Berechtigung des Veräußerers zu einer dritten Person über dasselbe Grundstück besteht, ist dem preussischen Rechte ganz eigenthümlich und überspannt den Begriff der mala fides in ganz ungehörigem Maße. Weder das gemeine Recht noch die neueren deutschen Gesetzgebungen kennen ihn und es ist

dringend zu wünschen, daß er bei einer Reform der preuß. Gesetzgebung beseitigt werde: er ist mit dem unbedingten Glauben der öffentlichen Bücher schlechthin unvereinbar“.

So Förster, preuß. Privatr. Bb. I §. 23 Note* mit Bb. III §. 172 Note 40.

M. vgl. auch die Motive zum preuß. Entwurfe eines Gesetzes über Grundeigenthum und Hypothekenrecht von 1868 S. 35—37.

Zum Schlusse ist noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht der Satz des preussischen Rechtes in demjenigen Gebiete Bayerns Geltung habe, wo das allgemeine preussische Landrecht als Quelle des Civilrechtes eingeführt ist. Ich glaube, die Frage sei zu verneinen, soweit dieselbe die Geltung von hypothekarischen Rechten betrifft; denn diese stehen unter der ausschließlichen Herrschaft des jüngeren Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822.

§. 29.

b. Entschuldbarkeit der Unkenntniß.

Das römische Recht stellt der wirklichen Kenntniß einer Thatsache die unentschuldbare Unkenntniß in allen denjenigen Fällen gleich, wo die Nichtkenntniß die Voraussetzung einer Rechtsbegünstigung bildet³²⁾.

³²⁾ Den Gegensatz hiezu bilden diejenigen Fälle, wo das rechtswidrige Bewußtsein zum Thatbestande eines Delictes oder zu den Vorbedingungen eines strafartigen Nachtheiles gehört. Hier wirkt jeder Irrthum und jede Unkenntniß als Ausschließungsgrund des rechtswidrigen Bewußtseins ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit. — Ich habe diese m. E. in den Quellen des römischen Rechtes vollkommen begründete Ansicht in einem Erkenntnisse der Siebener Juristenfakultät als Spruchkollegium aufgestellt. Sie näher

Diese Anschauung wurzelt so tief im Rechtsgefühl und durchbringt so sehr alle bekannten Rechte, daß sie auch für den hypothekengesetzlichen Begriff des guten Glaubens als maßgebend anerkannt werden muß, wie es denn von der Praxis geschieht.

Bl. f. *RA.* XXXII (Erg. S. 22³³).

Ne melioris conditionis sint stulti quam periti (L. 4 quod vi aut clam 43,24), gewiß, der Dumme und der Leichtsinrige sollen sich keiner besseren Lage erfreuen als der Kluge und Umsichtige. Und wie überhaupt im Leben die theoretisch leicht zu bestimmende Grenze zwischen Arglist und grober Fahrlässigkeit oft schwer zu ziehen ist, so liegen auch die Kenntniß der Wirklichkeit und das leichtsinnige Unterlassen der Aufklärung darüber nahe beisammen. Auch die deutsche Wechselordnung stellt im Art. 74 die grobe Fahrlässigkeit beim Erwerbe dem bösen Glauben gleich. Dasselbe wird mit gutem Grunde für den Begriff der Redlichkeit nach Art. 306 des deutschen Handelsgesetzbuchs behauptet.

Goldschmidt a. a. O. S. 29 sq.

Diese Analogieen sind aber um so bestärkender als die angeführten wechsel- und handelsrechtlichen Bestimmungen mit dem Oeffentlichkeitsprinzip des Hypothekenrechtes die Grundrichtung gemeinsam

zu rechtfertigen und namentlich gegen den Widerspruch Wächter's in seiner Schrift: die *bona fides* S. 91 sq. zu vertheidigen, muß ich mir für einen anderen Ort vorbehalten.

- 22) Ebenso die nichtbayerische Praxis. Vergl. Koch, Komm. z. preuß. Landr. I, 20 §. 423 Note 59; Erner, das Publizitätsprinzip nach österr. Recht S. 85; Meibom, mecklenburg. Hyp.-Recht S. 92. — Dazu den bayer. Entwurf eines Sachenrechtes Art. 18: Dem unredlichen Besitzer steht derjenige gleich, dessen guter Glaube auf einem nicht entschuldbaren Irrthume über Thatsachen oder Rechtsätze beruht. Motive S. 17.

haben, die Geltung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, aus Rücksichten der Verkehrssicherheit abzuschwächen.

Aus dem Vorstehenden folgt aber, daß nur großes Verschulden d. h. die Außerachtlassung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit den guten Glauben ausschließt: *culpa lata dolo aequiparatur*. Weitwendige und ängstliche Nachforschungen zu pflegen ist eine Zümmthung, welche mit der Aufstellung eines öffentlichen Buches und dem dadurch beachteten Vortheile in Widerspruch steht.

DAZU. in Bl. f. N. XXXV S. 136.

Im Uebrigen ist die Frage, was als unentschuldbare Unkenntniß zu erachten sei, nach den Grundsätzen des Civilrechtes zu beurtheilen, damit auch die Frage nach der Entschuldbarkeit des Rechtsirrhumes.

L. 3 L. 6 L. 9 pr. — §. 3 de jur. et fact. ignor. 22,6.

Preuß. Landr. I, 3 §§. 18—22, 79, 82; ferner Einl. §. 12²⁴⁾.

Dazu ist noch Folgendes zu bemerken.

1) Unkenntniß des Hyp.-Buchinhaltes schadet immer, schon kraft der besonderen Vorschrift im Hyp.-Ges. §. 25 Abs. 2. Nicht minder die Unkenntniß öffentlicher Bekanntmachungen z. B. eines Banterkenntnisses.

Ueber das Letztere vergl. bürgerl. Proz.-Ordn. Art. 1210.

2) Ob Selbstdem als unentschuldbare Unkenntniß angerechnet werden kann, daß er sich be-

²⁴⁾ Nach dem Landrechte wird auch ein mäßiges d. h. mittleres Verschulden zugerechnet. Man vergl. jedoch Förster I §. 30 Note 5 und Pring, Einfluß S. 38 fg. 217 fg.

hufß seiner Unterrichtung auf die Einsicht des Hyp.-Buches beschränkt und nicht auch andere Urkunden zu Rathe gezogen hat, z. B. den Schuld- und Hypothekenbrief, die dem Eintrage zu Grunde liegende Notariatsurkunde, die Hypothekenprotokolle und Belagen: das ist eine Thatfrage, welche sich einer allgemeinen Beantwortung entzieht. Als Regel ist allerdings festzuhalten, daß „das Hyp.-Buch ganz und allein das Medium sei, in welchem das auf öffentliche Bücher gebaute Hypothekeninstitut lebt und wirkt“.

Ödner I S. 254 fg., II S. 112²⁵).

Doch kann in den Umständen des einzelnen Falles eine entschiedene Aufforderung zur Einsicht anderer Urkunden liegen, der nicht zu entsprechen entweder Leichtsinns oder absichtliches Verschließen vor der Aufklärung sein würde.

3) Woher der Erwerber die Kenntniß von der wahren dem Hyp.-Buchinhalte nicht entsprechenden Rechtslage erlangt hat, ist gleichgültig; genug, daß seine Kenntniß eine sichere ist d. h. daß ihm überzeugende Gründe für die Wahrheit der ihm zugekommenen Nachricht vorliegen.

Ödner I S. 440.

Blose Gerüchte begründen nicht schon eine Schleichtgläubigkeit. Doch können sie unter Umständen erhebliche Zweifel hervorrufen, welche die Pflicht zu weiterer Nachforschung auferlegen. Eine Unsicherheit, welche als Ergebnis der bestmöglichen Schritte bleibt, entzieht nicht unbedingt dem Schutze der Oeffentlichkeit; nämlich dann nicht, wenn die

²⁵) Ebenso Förster, preuß. Privatr. I §. 23 bei Note 45. Bar, hannoversches Hyp.-Recht S. 35. Meibom, Mecklenb. Hyp.-Recht S. 92. — Weiter geht in Betreff der Notariatsurkunden, wenn ich ihn recht verstehe, Graf im Ödner'schen Komm. III S. 50, 54.

Gründe für die materielle Richtigkeit der Darstellung im Hyp.-Buch überwiegen; denn geringe Bedenken können selbst beim besten Rechte aufstauen. Im umgekehrten Falle mag zwar der Erwerber das Rechtsgeschäft wagen; er wird sich aber seiner Zeit gegen das wirklich nachgewiesene Recht nicht mit der Berufung auf das Hyp.-Buch decken können. Manche Schriftsteller behaupten, daß die Kenntniß von der Inanspruchnahme eines Rechtes allemal dem beanspruchten Rechte gegenüber, wenn dasselbe hinterher richterlich anerkannt wurde, die Deckung mit der Rechtskraft des Hyp.-Buches ausschliesse ohne Rücksicht darauf, wie glaublich dem Erwerber die Richtigkeit des Anspruches erschienen ist und erscheinen durfte.

Wächter, Erörterungen I S. 207

(dem freilich einzuräumen ist, daß diese Ansicht für das württembergische Recht in dem Wortlaute des Pfandgesetzes Art. 65 einen Stützpunkt besitzt).

Meibom, Mecklenb. Hyp.-R. S. 91.

Diese Behauptung geht m. E. zu weit; sie ist geeignet, dem Nutzen der öffentlichen Bücher ernstlichen Eintrag zu thun. Die Inanspruchnahme eines Rechtes ist nach den oben entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen^{25a)}. Ist freilich der Anspruch schon gerichtlich erhoben und dieß dem Erwerber bekannt, so kann der Letztere die Anerkennung des späteren richterlichen Urtheiles nicht ablehnen.

Prinz, Einfluß S. 35.

(Fortsetzung folgt.)

^{25a)} M. vgl. L. 2 quod falso tutore 27,6: Si id, inquit, actor ignoraverit, Labeo: et si diotum sit ei, et bona fide non crediderit. Dazu L. 10 §. 3 quae in fraud. cred. 42, 8; C. 17 de rei vind. 3, 32; C. 2 i. f. debitorem 8, 29 und Brunö, das Wesen der bona fides (1872) S. 86 fg.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Die Beschränkung der ehelichen Veräußerung bei versammter Ehe nach Nürnberger Recht betrifft nur den ehelichen Antheil an dem veräußerten Gute.

Hierüber kommt in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse (woburch die Aussprüche der Vorinstanzen abgeändert wurden) Folgendes vor:

Die Nürnberger Reformation bestimmt in Tit. XXVIII Gesetz 1 in Betreff der versammten Ehe, daß keines der Ehegatten Macht habe, außerhalb des anderen und ohne dessen Wissen und Willen Schulden zu machen oder zu verschreiben, und daß, wenn dieß dennoch geschehe, hiedurch der andere Ehegenosse nicht verbunden oder verpflichtet, sondern daß Alles demselben an seinem gebührenden halben Theile unschädlich sein soll. Hiernach war der Ehemann gesetzlich nur behindert, über den seiner Ehefrau gebührenden halben Theil (an der im gegebenen Falle obirten Forderung) rechtswirksam zu verfügen, während der Veräußerungsakt für seinen Antheil zu Recht besteht.

DAZEr. v. 1. April 1871. Nr. 343 v. 1870.
hh.

2.

Zur Lehre von der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache.

Die Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Waldes waren, als dessen Theilung in Frage stand, über den Theilungsmodus uneinig.

Kläger verlangte Theilung des durch die Versteigerung zu erzielenden Erlöses, die Beklagten beantragten Naturaltheilung. Nachdem sich durch das von Seite des Gerichtes erholte Gutachten von Sachverständigen die Thunlichkeit der letzteren herausgestellt hatte, wobei übrigens für zwei Antheile eine baare Zulage von 198 fl. 31 fr. und 4 fl. 3 fr., für zwei Antheile die bezügliche Herauszahlung mit 48 fl. 48 fr. und 153 fl. 46 fr. in Aussicht genommen worden war, erkannte das betr. Appellationsgericht auf diese Art der Theilung und der oberste Gerichtshof billigte diesen Ausspruch in der Erwägung, daß die Naturaltheilung, wenn möglich, die Regel bilde, die hier in Aussicht stehenden Hinäuszahlungen nicht so erheblich seien, um diesen Theilungsmodus als unannehmbar erscheinen zu lassen, und daß zudem die bezügliche Gefahr, da die Antheile sich durch das Loos bestimmen, eine gleiche sei.

DABGrf. v. 4. April 1871 Nr. 540 v. 1870.

Die letzte Erwägung dürfte nicht unbedenklich sein. hh.

3.

Hypothekbestellung. Paulianisches Rechtsmittel.

Die Ehräumung einer Hypothek für eine ältere mit einem Hypothektitel nicht besetzte Forderung würde, wenn solche nicht erfolgt ist, um einem bereits zur Geltung gelangten Interesse und damit verbündeten Andrängen des Gläubigers zu genügen, sohn nicht als eine Gegenleistung für Forderungsnachsicht u. s. w. von Seite des Gläubigers erscheint, als eine Rechtshandlung, welche eine freigebige Verfügung enthält, in zwei neuerlichen oberstrichterlichen

Erkenntnissen *) v. 14. März 1871 (RNr. 521 und 736 v. 1870) erklärt und zwar in Konformität mit den Aussprüchen vom 15. Dez. 1845 u. 20. Nov. 1866 und gegen die Auffassung in den Erkenntnissen v. 13. Juli 1854 u. 13. Dez. 1862 (vergl. Bl. f. R. u. Bd. 14 S. 25, Bd. 19 S. 297, Bd. 28 S. 74, Bd. 32 S. 78, dann Prozeßordnung Art. 1225 Ziff. 2).

hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

22. Februar bis 6. März 1872.

I. Zur Proz.=Ordn. vom 29. Apr. 1869 und zum Ges. v. 28. Mai 1850, die Kompetenzkonflikte betr.

Proz.=Ordn. Art. 1 mit 34 ff. u. Kompetenzkonfliktges. v. 28. Mai 1850 Art. 5, 6. — Proz.=Ordn. Art. 788 mit 683. Die Frage, ob eine gerichtliche Handlung oder Entscheidung wegen eines vorher schon von der Verwaltung erhobenen Kompetenzkonfliktes nichtig sei, kann, wenn neben dem Komp.=Konfl. auch Nichtigkeitsbeschwerde erhoben ist, erst nach Entscheidung des ersteren beurtheilt werden. — Gegen Urtheile, welche foridikatorische Einreden verwerfen, ist Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig. Urth. v. 24. Febr. HWNr. 329.

Proz.=Ordn. Art. 353. Das Protokoll einer

*) Auch in einem im neuen Verfahren erlassenen Urtheile vom 18. Dez. 1871 HWNr. 352 UB. Nr. 41 III hat der oberste Gerichtshof so erkannt. . . .

Verwaltungsbehörde (im gegebenen Falle der Verwaltung einer Kreisirrenanstalt), welches die Entlassung eines ihr untergebenen öffentlichen Dieners (Irenenwärters) wegen disziplinären Dienstvergehens konstatiert, macht vollen Beweis für die Existenz eines solchen; den Gerichten steht nicht zu, zu beurtheilen, ob die darin angeführten Thatsachen den Thatbestand eines solchen bilden. Urth. v. 23. Febr. *h*W^{Nr.} 393.

Art. 707 mit 396 u. 433. Wenn im zweiten Rechtszuge der Antrag auf Erhebung eines Augenscheines und die Vernehmung von Sachverständigen zur Führung eines Gegenbeweises gegen einen im ersten Rechtszuge erbrachten Zeugenbeweis gestellt, aber verworfen wird, so kann dieß nicht mit der Richtigkeitsbeschwerde angefochten werden, weil die Erhebung dieser Beweismittel im richterlichen Ermessen steht. Urth. v. 27. Febr. *h*W^{Nr.} 400.

Art. 724 mit 245 u. 710. Wenn nach Einlegung einer Berufung von den Anwälten des Appellanten und Appellaten motivirte Anträge gewechselt und in der Sitzung zur Hinterlegung der Anträge hinterlegt wurden, in der Sitzung zur Verhandlung aber der Anwalt des Appellanten nicht erscheint, so ist nicht Versäumungserkenntniß zu erlassen sondern in die Verhandlung einzutreten, dabei die materielle Begründung der Berufung nach dem hinterlegten Antrage des Appellanten und den zu seiner Motivirung schriftlich vorgetragenen Thatsachen und Rechtsausführungen zu prüfen und darüber das als kontrabiktorische geltende Urtheil zu erlassen. Urth. 5. März *h*W^{Nr.} 437.

Art. 788. Gegen ein Endurtheil des ersten Rechtszuges ist, wenn der Beschwerdegegenstand die Berufungssumme erreicht, Richtigkeitsbeschwerde unzulässig. Urth. v. 4. März. *h*W^{Nr.} 449.

Art. 791. Ob eine vor der notariellen Er-

richtung eines Kaufvertrages über ein Immobile einem von mehreren Mitverkäufern versprochene Summe Nebenleistung aus dem Kaufvertrage sei oder eine von diesem unabhängige Freigebigkeit enthalte (wovon das Erforderniß notarieller Beurkundung abhängt), ist Thatfrage. Urth. v. 24. Febr. 53 Nr. 397.

Wenn auf Anerkennung einer durch Verjährung erworbenen Servitut, den im herrschenden Anwesen anfallenden Dünger auf dem dienenden Grundstücke zu lagern, geklagt war und als Ergebnis des Beweisverfahrens festgestellt wurde, daß das dienende Grundstück während der Verjährungszeit in dieser Weise benützt wurde, so kann das nach der Klagebitte erkennende Urtheil nicht deswegen als nichtig angefochten werden, weil es nicht auf die Ablagerung des Düngers von der während der Verjährungszeit im herrschenden Anwesen gehaltenen Viehgattung beschränkt wurde, sonach die Rechtsregel: tantum praescriptum, quantum possessum — verletzt sei. Urth. v. 1. März 53 Nr. 432.

Art. 840. Wenn nach der zum Zwecke der Subhastation für eine Hypothekforderung erfolgten und im Hypothekenbuche vorgezeichneten Beschlagnahme von Grundstücken die auf denselben stehenden Früchte für einen Kurrentgläubiger gepfändet und auf dem Halme versteigert werden, so ist für die Klage des Hypothekgläubigers gegen den Kurrentgläubiger auf Herausgabe des Letzterem ausgetantworteten Strichschillinges für die Früchte das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel die Immobilien liegen. Urth. v. 2. März 53 Nr. 418.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Miteigenthum. Fr. 52 §. 10

(17,2); Const. 4 (8,10). Dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer, welcher wegen Saumsal des anderen Miteigenthümers die Reparatur allein vorgenommen hat, fällt durch den Ablauf von vier Monaten nach Aufforderung zum Ersatz des treffenden Theiles der Reparaturkosten das Aneigenthum der Mauer nicht von selbst und unter Erlöschung des Ersatzanspruches zu, sondern er hat nach Ablauf jener Frist nur die Wahl, entweder auf Ersatz des Kostentheiles oder auf Zuerkennung des Aneigenthumes zu klagen. Urth. v. 27. Febr. *SB*Nr. 407.

Servituten. S. oben unter I zu Proz.-Ordn. Art. 791 Abs. 2.

Pfandrecht. Hyp.-Ges. §. 33. Die, wenn auch ohne Zustimmung des Nachbarn, auf einem Hause errichtete Hypothek erstreckt sich auf den idealen Antheil an einer dem verpfändeten und dem Hause des Nachbarn gemeinschaftlichen Mauer. Urth. v. 27. Febr. *SB*Nr. 407.

Obligationenrecht. Frachtgeschäft. Allg. d. Handels-GB. Art. 391, 423, 424. Nicht unter allen Umständen muß der Frachtführer (im vorliegenden Falle eine Eisenbahn) die Gewichtsangabe im Frachtbriefe gegen sich gelten lassen; er kann vielmehr die Beweiskraft des Frachtbriefes durch Vereinbarung ausschließen, insbesondere kann für den Fall, daß die Ausladung der Güter nach Vereinbarung von dem Absender besorgt wird, die Eisenbahn durch Reglement die Beweiskraft des Frachtbriefes über Gewicht und Menge des Gutes ausschließen, da die Bestimmung des Art. 791 nicht zu den im Art. 423 bezeichneten gehört. Urth. v. 2. März *SB*Nr. 404.

Familienrecht. *Reclamatio uxoria* des fränkischen Rechts. Wenn der Ehemann ein

Rechtsgeschäft abschließt und daraus von seinem Mitkontrahenten verklagt wird, später aber die Ehefrau wegen dieses Geschäftes die Reklamationsklage erhebt, so kann diese auf den Ertrag der dem Ehemanne zur Last gefallenem Prozeßkosten nicht erstreckt werden. Urth. v. 2. März §B Nr. 463.

Erbrecht. Testamente. Die s. g. Constitutio Bertholdiana v. 12. Nov. 1364¹⁾ über die Form der Testamente der Geistlichen (aber nicht die Erläuterungsverordnung des Bischofs Martin zu derselben von 1700) hat in den Bezirken, welche zum Territorium Pfalz-Neuburg, aber zur Diözese Eichstätt gehörten, noch Gültigkeit. Urth. v. 5. März §B Nr. 257.

Mainzer R. Tit. 8 §. 21, Tit. 11 §. 1; §. 12 Inst. 2, 23; const. ult. Cod. 6, 42. Durch die angeführten Vorschriften des R. R., welche nur die Formen für nicht privilegirte letztwillige Verfügungen bestimmen, ist die Anwendung der angeführten gemeinrechtlichen Bestimmungen über die s. g. Dralsideikommissse nicht ausgeschlossen. Urth. v. 4. März §B Nr. 408.

77.

¹⁾ S. Arnold, Beiträge z. deutschen Privatr. Bb. I S. 308.

Verichtigung. S. 84 Note 25. Z. 2 statt: „Buchta“ lies: „Buchta“.

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

Inhalt: Ueber Behandlung der Anwaltskosten, wenn der im Auftrage der Partei vorbereitete Rechtsstreit nicht rechtshängig wird. — Das Prinzip der Öffentlichkeit des Hypothekenduches (Fortsetzung). — Mandat. Der Anspruch des Mandatars auf Vergütung der Auslagen ist durch besondere Vertragsbestimmungen auch dann ausgeschlossen, wenn in letzteren für den Mandatar ein gewagtes Geschäft liegt. Bayerisches Landrecht. — Ueber die kurzen Verjährungsfristen nach Z. 1 Tit. 6 §. 343 u. 344 bzw. §. 325 des preuß. Landrechtes. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprocesses. 7.—20. März 1872.

Ueber Behandlung der Anwaltskosten, wenn der im Auftrage der Partei vorbereitete Rechtsstreit später nicht rechtshängig wird.

Es hat sich besonderer Anlaß ergeben, die vorliegende Frage näher zu erörtern. Es kommt nicht selten vor, daß ein Rechtsanwalt von einer Partei zur Klagestellung beauftragt wird und daß behufs Vorbereitung der Sache für die gerichtliche Austragung derselben nicht unerhebliche Kosten erwachsen, so insbesondere durch Aktenübersendung, Ausfertigung von Notariats- und hypothekenamtlichen Urkunden, Informationsaugenschein, Gutachten von Sachverständigen u. s. w., während es nachträglich zur wirklichen Anhängigmachung des Rechtsanspruches bei Gericht nicht kommt, sei es, daß der Anspruch vorher freiwillig anerkannt oder zurückgezogen, oder verglichen und der Vergleich vollzogen wird.

Es fragt sich nun, sind solche Kosten von jenem Gerichte, bei welchem die Sache anhängig zu machen gewesen wäre, vor deren Geltendmachung festzusetzen, kann daher die Partei, welcher die Bezahlung der Kosten obliegt, deren vorgängige Festsetzung verlangen?

Diese Frage muß entschieden verneint werden.

Neue Folge XVII. Band.

Die Prozeßordnung enthält über die bezügliche Frage nichts und es wäre ungerichtlich, derselben deshalb den Vorwurf der Lückenhaftigkeit zu machen. Gegenstand der Prozeßordnung ist das gerichtliche Verfahren in Civilrechtsstreiten; nur was hiezu zusammenhängt konnte, daher in dieselbe Aufnahme finden, also die Kostenfrage nur als Nebensache der rechtshängig gewordenen Hauptsache.

Diese Rechtshängigkeit ist in der Prozeß-Ordnung überall vorausgesetzt, wo von der Kostenfestsetzung durch den Richter die Rede ist.

Aus Anlaß der Vorbereitung eines Rechtsstreites erwachsene Kosten können daher nicht als Nebensache eines Anspruches behandelt und in dieser Weise festgesetzt werden. Es setzt insbesondere Art. 28 und 33 Abs. 3 der Prozeß-Ordnung behufs Annahme der Konnexität voraus, daß die bezügliche Hauptsache bei Gericht wenigstens anhängig war und nach Art. 179 bewirkt erst die Zustellung der Klage (oder eigentlich richtiger die Ladung des Beklagten) die Prävention des Gerichtes in Allem, was zur Streitsache gehört. Die Bestimmungen über Festsetzung der Kosten durch die Gerichte setzen daher ein Urtheil (vergl. insbes. Art. 113, 115, 878 und 879 der Prozeß-Ordnung mit Art. 111) oder Streitabstand (Art. 498) voraus, sind daher auf Kosten, die nur außergerichtliche geblieben sind, nicht anwendbar.

Es ist daher das bloß allgemeine Verlangen einer richterlichen vorgängigen Festsetzung solcher Kosten von Seite des Zahlungspflichtigen nicht gerechtfertigt. Derselbe muß sich vielmehr — wie bei jedem einer Festsetzung unterliegenden Ansprüche — schlüssig machen, welchen Betrag dieser Kosten er anerkennen und welchen er bestreiten wolle. Der richtige Weg der Vertreibung ist sodann nur der Weg der selbstständigen Klage gegen die zahlungs-

pflichtige Partei, bei welcher Klagestellung die außergerichtlichen Kosten selbstständiger Streitgegenstand, also Hauptsache sind, und diese Klage ist — wie jede andere — bei dem nach den gegebenen Momenten zuständigen Gerichte anhängig zu machen.

Hier nun können die Kostenansätze, wie jeder erst feststellbare Anspruch, allerdings bestritten werden und die Folge hiervon ist, daß der Richter den streitigen Anspruch auch feststellen muß (vergl. Art. 109 Abs. 2 der Proz.-Ordn.). Es steht aber nichts entgegen, daß dieses an der Hand der Gebührenordnung durch den aburtheilenden Richter geschieht, da dieselbe die rechtliche Grundlage seiner nothwendig gewordenen Entscheidung zu bilden hat, daß ferner, wo die Gebühren-Ordnung nicht feste Sätze enthält, das richterliche Ermessen, wie überall in ähnlichen Fällen, den Ausschlag zu geben bestimmt ist. Diese Festsetzung enthält jedoch eine urtheilsmäßige Feststellung der Hauptsache selbst und unterscheidet sich dadurch von der accessorischen Festsetzung der Prozeßkosten als Nebensache, was sich sofort bei der Frage über die Statthaftigkeit der Rechtsmittel kund gibt. Während nämlich gegen die Festsetzung der Kosten als bloßer Nebensache durch den Richter der rechtshängigen Hauptsache Rechtsmittel (von Art. 114 Abs. 1 der Proz.-Ordn. abgesehen) nicht stattfinden (Art. 114 Abs. 2 u. Art. 115 daselbst), ist bei der klagweisen Verfolgung der Kosten als selbstständiger Hauptsache die Statthaftigkeit der Rechtsmittel ganz nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen.

Eine solche Einklagung kann um so minder beanstandet werden, als nach Art. 118 Abs. 1 der Proz.-Ordn., auf welchen sich die Art. 28 u. 33 Abs. 3 mitbeziehen, selbst die Kosten in der rechtshängig gewordenen Sache gegen die eigene Partei des Anwaltes im Wege der Klage geltend zu machen sind

und die vorgängige Festsetzung der Kosten, wie hier, im obigen Falle nach der Sachlage nicht möglich ist.

In dieser Weise wird daher die angeregte Frage ihre einfache Lösung finden. In gleicher Weise wurde dieselbe bisher in der Pfalz behandelt.

hh.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

c. Auf wessen Bewußtsein kommt es an?

§. 30.

aa. Bei der Rechtsnachfolge in ein Hypothekenrecht.

Erwirbt Jemand ein bestehendes Hypothekenrecht, so kann der Fall eintreten, daß das redliche Bewußtsein nur in der Person seines Rechtsvorgängers, nicht aber in seiner eigenen Person vorhanden ist oder umgekehrt. Wessen Unkenntniß entscheidet nun für den Schutz durch die Oeffentlichkeit?

Wir haben zwei Arten von Rechtsnachfolgern, Gesamtnachfolger (Erben) und Sondernachfolger.

1) Die Frage, ob dem Erben die Rechtskraft des Hyp.-Buches zu gute komme, wird durch die zwei Sätze beherrscht: daß der eigene Erwerb des Erben gar nicht unter dem Schutze der Oeffentlichkeit steht, und daß die Unkenntniß von der materiellen Mangelhaftigkeit des Erwerbes bloß im Zeitpunkte des Erwerbes vorhanden zu sein braucht. Der erste Satz wurde oben (§. 20 Ziff. 2) be-

gründet, der zweite wird unten (§. 32) erwohnen werden.

Der Erbe kann demnach die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches nur für den hypothekarischen Erwerb seines Erblassers anrufen, dessen Erfolg freilich jetzt auf ihn übergegangen ist. Mithin ist allein das Bewußtsein des Erblassers maßgebend. Hat dieser das Hinderniß seines Erwerbes gekannt oder hätte er es kennen sollen, so nützt dem Erben seine eigene Unkenntniß nichts, und umgekehrt ist dem Erben unverfänglich, wenn ihm der materielle Mangel im Erwerbe seines Erblassers bekannt war, während dieser selbst sich darüber in entschuldbarer Unkenntniß befand³⁶⁾.

2) Was die Sonderrechtsnachfolge in ein hypothekarisches Recht anlangt, so müssen wir die zwei möglichen Fälle auseinanderhalten.

a) Der ursprüngliche Erwerber des Rechtes war in gutem Glauben, aber der Sondernachfolger kannte schon bei seinem Erwerbe die materielle Mangelhaftigkeit des Erwerbes seines Vorgängers. Daß hiegegen der Letztere vermöge der Rechtskraft des Hyp.-Buches geschützt war, steht fest. Erfreut sich dieses Schutzes aber auch der gegenwärtige Inhaber des Rechtes?

Es scheint, als ob diese Frage verneint werden müßte, und in der That geschieht dieß auch von einigen Schriftstellern:

Förster a. a. D. §. 198 Note 29: „Uebrigens kommt es immer nur auf den guten Glauben des letzten Erwerbers an“.

Meibom a. a. D. S. 90: „Der schlechtgläubige Cessionar kann sich nicht darauf berufen,

³⁶⁾ Die Analogie hiezu findet sich bei der bona fides als Erforderniß der Eigenthümerstzung. Wangerow, B. S. 322 Anm. 2.

daß der Cedent beim Erwerbe des Rechtes in gutem Glauben war“.

Ich erachte diese Ansicht für unrichtig aus einem doppelten Grunde.

Vor Allem wäre der Schutz der Oeffentlichkeit nur ein halber, wenn dem gutgläubigen Erwerber eines hypothekarischen Rechtes durch die nachträgliche Verbreitung der Kunde von der materiellen Mangelhaftigkeit seines Erwerbes die Möglichkeit entzogen würde, sein Recht zum vollen Werthe zu veräußern. Darunter würde nicht einmal der Pfandschuldner gewinnen, da er dann weit eher eine Ausklagung zu befürchten hat, als wenn dem Gläubiger der andere Weg zur Verwerthung seines Forderungsrechts offen steht.

Wächter, Erörterungen I S. 211 Note 55.

Das ist freilich nur ein Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit. Uebern er fällt doppelt ins Gewicht bei einem Rechtsinstitute, welches den ausgesprochenen Zweck hat, den Verkehr mit Hypothekforderungen zu erleichtern.

Der vorstehenden Erwägung tritt aber ein ganz positiver Grund zur Seite, der m. W. bisher gänzlich übersehen wurde.

Wer in gutem Glauben eine Hypothek bestellt oder ein bestehendes Hypothekenrecht abgetreten erhält, erwirbt ein wahres dingliches Recht, nicht bloß einen für seine Person gegen Anfechtung geschützten Anspruch (vgl. unten). Es kommt nun allerdings öfter vor, daß ein Mangel im dinglichen Rechtserwerbe nicht bloß gegen den Erwerber selbst sondern auch gegen seinen Sonderrechtsnachfolger geltend gemacht werden kann.

3. B. L. 4 §§. 31—33 de doli m. exc. 44,4.

Aber daß der Mangel im Erwerbe des Rechtsvorgängers erst in der Person des Nachfolgers seine

Wirkung beginne, dafür ist mir im ganzen positiven Rechte ein Beispiel nicht bekannt. Dagegen finden sich für unsere Ansicht zahlreiche Analogieen. Um nur Eine hervorzuheben, so bestimmt das deutsche Handelsgesetzbuch in den Art. 306—308, daß derjenige, welchem Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben werden, das Eigenthum erwerbe, selbst wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, unter der Voraussetzung jedoch, daß er sich beim Erwerbe in Unkenntniß vom Nichteigenthum seines Rechtsurhebers befindet. Es besteht aber darüber völlige Uebereinstimmung, daß der Eigenthümerwerb von einem solchen Eigenthümer nicht ausgeschlossen wird, wenn der zweite Erwerber wußte, daß der Rechtsurheber seines unmittelbaren Vormannes nicht Eigenthümer war.

Goldschmidt in seiner Zeitschr. IX S. 38.

Nach der hier vertheidigten Ansicht vermag selbst die nachträgliche Einschreibung des dem erworbenen Rechte entgegenstehenden materiellen Hindernisses eine nachtheilige Wirkung für das erworbene Recht weder jetzt noch in der Zukunft hervorzubringen.

Daß in Vorstehendem Ausgeführte gilt nicht bloß für den zunächst ins Auge gefaßten Fall, wenn der erste Cedent der gutgläubige Erwerber ist, sondern auch wenn zwar dieser sich in schlechtem Glauben befand, aber einer der nachfolgenden Cedenten durch gutgläubigen und (vgl. S. 40) lästigen Erwerb ein vollkommenes dingliches Recht erhalten hatte.

b. War umgekehrt der Rechtsvorgänger in schlechtem Glauben, dagegen der Sonderrechtsnachfolger in entschuldbarer Unkenntniß von der Mangelhaftigkeit des Rechtes seines Vorgängers und damit, materiell betrachtet, seines eigenen Erwerbes, so ist

der Sonderrechtsnachfolger durch seinen eigenen guten Glauben gedeckt, jedoch nur soweit er im Vertrauen auf das Hypothekenbuch handelte. Der letztere Vorbehalt ist nothwendig; denn wenn z. B. der unmittelbare Rechtsvorgänger als Inhaber der Hypothekforderung im Hyp.=Buche nicht eingeschrieben war — was bei dem Erwerbe bestehender Hypothekforderungen nicht selten vorkommt — so wird zwar die Gläubigereigenschaft des eingetragenen mittelbaren, nicht aber die Gläubigereigenschaft des nicht eingetragenen unmittelbaren Rechtsvorgängers durch die Oeffentlichkeit des Hyp.=Buches gedeckt. Hat daher z. B. der Letztere die Forderung von einem minderjährigen Gläubiger übertragen erhalten, so wird dieser Mangel auch für seinen unmittelbaren Sonderrechtsnachfolger nicht unschädlich. (Man vgl. auch oben §. 20 Ziff. 2.)

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung über die Sicherheit der Sonderrechtsnachfolger des Erwerbers einer Hypothek läßt sich in die Worte des württembergischen Pfandgesetzes Art. 72 fassen:

Jeder, auf welchen eine durch Unterpfänder versicherte Forderung übertragen wird, kann zur Zurückweisung der Ansprüche Dritter die Rechte seines Vorgängers geltend machen.

Ueberdies ist derjenige, welcher eine versicherte Forderung auf den Grund der Einträge in das Unterpfandbuch mit lästigem Titel und in gutem Glauben eigenthümlich oder pfandweise erwirbt, selbst gegen diejenigen nicht eingetragenen Ansprüche und Einwendungen des Hauptschuldners oder Dritter gesichert, welche der Vorgänger in Folge seiner eigenen Handlungen oder wegen eigener Wissenschaft gegen sich anerkennen mußte.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Mandat. Der Anspruch des Mandatars auf Vergütung der Auslagen ist durch besondere Vertragsbestimmungen auch dann ausgeschlossen, wenn in letzteren für den Mandatar ein gewagtes Geschäft liegt. Bayerisches Landrecht.

A. hatte eine größere Gutsertrümmerung übernommen mit der vertragsmäßigen Bestimmung, daß er mit Ausnahme der Beurkundungskosten alle hierbei sich ergebenden Auslagen selbst zu bestreiten habe, wozugen er für den Fall der Erzielung bestimmter höherer Preise durch Prozentanttheile an diesen einen in Aussicht gestellten Gewinn zu machen gehabt hätte.

Nachdem das Unternehmen und zwar bloß wegen ungünstiger Zeitverhältnisse den vom A. erwarteten Erfolg nicht gehabt hatte, verlangte derselbe Ersatz seiner Auslagen, weil dieser dem Mandatar nach allgemeiner gesetzlicher Bestimmung zustehe und der ungünstige Erfolg außer seinem Verschulden liege.

Dieser Anspruch wurde aus nachstehenden obersterichterlichen Motiven aberkannt:

Obgleich im Landrechte Th. IV Kap. IX §. 6 Ziff. 3 bestimmt ist, daß dem Mandatar, auch wenn er das Geschäft ohne Verschulden entweder gar nicht oder nicht nach Wunsch ausgeführt hat, dennoch der Ersatz der auf das Geschäft verwendeten Kosten gebühre, so tritt doch diese Bestimmung hinter die besonderen Verabredungen des in Mitte liegenden Vertrages zurück, vermöge dessen der Mandatar gegen die gesetzliche Regel die Bestreitung der Geschäftsauslagen ausdrücklich auf sich genommen und seine Schadloshaltung nur von dem zufälligen

Eintritte eines seinen Vorausschlägen entsprechenden Geschäftsergebnisses abhängig gemacht hat.

Dieses Wagniß auf Zufall ergibt sich insbesondere daraus, daß der Beklagte, wenn er nicht sämtliche Gutbestandtheile um die limitirten Preise an den Mann bringen konnte, die Erreichung eines das Honorar bedingenden Gesammtverlustes gar nicht erwarten durfte, in der Belastung der Parzellenkäufer mit Prozenten aber ein wieder nur von sehr günstigen Umständen abhängiges mithin keineswegs sicheres Deckungsmittel an der Hand hatte. Ungeachtet dieser schon im Vertrage vorgesehenen Eventualitäten hat der Beklagte dennoch die Tragung der Auslagen unbedingt übernommen und sich für den in solchen Geschäften sehr nahe liegenden Fall, daß der Honorarbezug die Auslagen nicht decken könnte, die von der Mandantschaft zu leistende Vergütung nicht vorbehalten.

Aus diesem Vertrage leuchtet daher unverkennbar die Intention hervor, daß zwar einerseits dem Geschäftsführer ein seine muthmaßlichen Auslagen weit übersteigender Gewinn in Aussicht gestellt, sich aber andererseits der Ersprießlichkeit seiner Geschäftsaufgabe dadurch zu versichern gesucht wurde, daß beim Mißglücken des Projektes nicht nur der Verlust des Honorars, sondern auch die gänzliche oder theilweise Einbuße der gehaltenen Auslagen einzutreten hatte.

Bei Rechtsgeschäften dieser Art greift nach Landesrecht Th. IV Kap. IV §. 4 die Bestimmung Platz, daß beim Kaufe einer künftigen Sache, welche erst durch Fleiß oder Glück zu erlangen gehofft wird, die dafür eingesezte Leistung, auch wenn der erwartete Erfolg ausgeblieben ist, dennoch erfüllt werden muß, oder wenn sie bereits erfüllt ist, mit der *condictio ob causam datorum* nicht mehr zurückverlangt werden kann — ein Grundsatz, welcher nicht bloß

beim Kaufe, sondern in allen Verträgen, wo eine bestimmte Leistung gegen Erlangung einer gehofften Sache übernommen wird, gleiche Anwendung erleidet.

Nur dann, wenn der unglückliche Ausgang durch eigene Schuld des anderen Kontrahenten verursacht worden wäre, könnte von demselben der Rückersaß des Geleisteten begehrt werden, dieses Verschulden ist aber dadurch nicht gegeben, daß die Geschäftsunternehmer, nachdem die Ausführbarkeit ihres Projektes wegen Ungunst der Zeitverhältnisse unmöglich geworden und nach fruchtlosem Einflusse von 10 Monaten eine Besserung der Zustände nicht zu erwarten war, im unverschuldeten Drange der Nothwendigkeit das Unternehmen aufgegeben und ihrem in Mitbetheiligung gezogenen Geschäftsführer das Mandat gekündigt haben.

DAErf. v. 20. Okt. 1868 Nr. 694.

hh.

2.

Ueber die kurzen Verjährungsfristen nach Th. I Tit. 5 §. 343 u. 344 bezw. §. 325 des preuß. Landrechtes.

Der in diesen Blättern Bd. XXIII S. 289 enthaltenen Ausführung und den hierin mitgetheilten oberstrichterlichen Ausprüchen ist der oberste Gerichtshof in einem weiteren Erkenntnisse vom 20. Okt. 1868 Nr. 648 beigetreten, in dem ausgeführt ist, daß die in Frage stehenden kurzen Verjährungsfristen nur in denjenigen Fällen zur Anwendung zu kommen haben, in welchen der Käufer von dem ganzen Vertrage zurücktreten kann, während der Schadensersatzanspruch wegen Eviction (Th. I Tit. 11 §. 169 u. 154—163 des preuß. Landrechtes) als Gegenstand der Kontraktklage erscheint, welche der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist.

hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

7.—20. März 1872.

I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einf.-Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.-Ordn. Art. 262, 264 mit 180, 704, 707, 728 u. 729. Der Richter, auch der des zweiten Rechtszuges, darf der Klage aus einem anderen Rechtsgrunde, als dem in der Klage vortragenen, stattgeben, wenn die dem Anspruche in dieser Richtung zu Grunde liegenden Thatfachen aus den Verhandlungen sich ergeben und nicht dem Gegenstande nach ein Anderes oder Mehreres, als um was in der Klage gebeten ist, zuerkannt wird. Ein Mehreres ist aber auch dann zuerkannt, wenn in einem Erbtheilungsprozesse dem beklagten Theile weniger (im gegebenen Falle ein Kindstheil an der gemein vermischten Hausfahrniß) zugetheilt wird, als in der Klagebitte demselben zugestanden ist (im gegebenen Falle ein Kindstheil am gesammten Rücklasse des Erblassers), oder wenn dem beklagten Theile nicht voll zugetheilt wird, was im Laufe des Prozesses als demselben zustehend vom klagenden Theile anerkannt wurde (im gegebenen Falle das Viratthgut der beklagten Wittve). Urth. v. 15. März §WMr. 399.

In gleicher Weise wurde Art. 262 ausgelegt im Urth. v. 16. März §WMr. 413.

Art. 263 mit 230 u. 262. Die beiden letztgenannten Art. sind nicht verletzt, wenn die Klagebitte auf Anerkennung der Freiheit von aller Baulast gerichtet war, der Beklagte aber von der Last, kleine Baufälle zu wenden, verurtheilt wurde. Urth. v. 16. März §WMr. 414.

Art. 324. Die Unterlassung des Beweisaners-

bletens ist unschädlich, wenn der Richter nach den übrigen Ergebnissen der Verhandlung die bestrittene Thatsache als feststehend annimmt. Urth. v. 11. März SBNr. 389.

Art. 328. Wenn ein Gläubiger im Besitze eines Dritten befindliche Sachen, weil sie angeblich seinem Schuldner gehören, mit Beschlag belegen läßt und der Dritte unter dem Vorgeben, daß er selbst Eigenthümer der beschlagnahmten Sachen sei, Klage auf Freigabe der Sachen gegen den Gläubiger erhebt, so trifft die Beweislast darüber, daß der Schuldner Eigenthümer sei, den beklagten Gläubiger, weil der Kläger durch den Besitz vom Beweise befreit ist. Wenn aber der beklagte Gläubiger jenen Beweis nicht anbietet, so kann deswegen nicht sogleich auf Freigabe der mit Beschlag belegten Sache erkannt, sondern es muß vorerst nach Art. 328 Abs. 4 verfahren werden. Urth. v. 16. März SBNr. 487.

Art. 707. Zur besseren Substanziung einer schon im ersten Rechtszuge vorgebrachten Einrede im zweiten Urkunden vorzulegen, ist zulässig. Urth. v. 11. März SBNr. 389.

Art. 707 Abs. 2 mit Art. 180. Einf.-Ges. Art. 23. Daß im zweiten Rechtszuge neue Vorbringen einer wahren Replik gegen eine im ersten Rechtszuge vorgebrachte Einrede enthält keine unzulässige Abänderung der ursprünglichen Klage. Auch wenn die Sache im ersten Rechtszuge nach dem früheren Verfahren verhandelt und entschieden war, steht dem neuen Vorbringen einer solchen Replik im zweiten Rechtszuge im Hinblick auf Ger.-Ordn. Kap. XV §. 5 Nr. 8 der angef. Art. 23 nicht entgegen. Urth. v. 8. März SBNr. 429.

Art. 788. Nur das Urtheil des letzten Rechtszuges, nicht auch die demselben vorausgegangenen Urtheile der ersten Instanz können mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Urth. v. 8. März SBNr. 446 und v. 15. März SBNr. 399.

Art. 788 mit 683. Urtheile, gegen welche keine selbstständige Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist (in den gegebenen Fällen Verwerfung foribeklinatorischer Einreden), können auch in ihrem Ausspruche über den Kostenpunkt mit keiner solchen angefochten werden. Urth. v. 15. März *SB*Nr. 452 und *SB*Nr. 483.

Art. 795 Abs. 1 mit Art. 695. Die Unterwerfung unter die erzwingbare Vollstreckung eines Urtheiles enthält keine Unterwerfung unter die Entscheidung selbst, daher auch keinen Verzicht auf die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde. Urth. v. 8. März *SB*Nr. 429.

Art. 809. Dem Antrage auf Vertagung der Verhandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde kann nicht stattgegeben werden, wenn der Grund auf einem Versehen des antragstellenden Anwaltes oder seines Hilfspersonales (im gegebenen Falle Versäumung vorgängiger Erwirkung des Armenrechtes für die Kassationsinstanz) beruht. Beschl. v. 8. März *SB*Nr. 429.

Einf.-Ges. Art. 14, 15, 19, 23. Wenn der Einzelrichter in einer vor dem 1. Juli 1870 bei ihm anhängig gewordenen Sache das Beweisinterlokut erst nach diesem Tage erlassen hat und dasselbe mit Berufung nicht angefochten wurde, so beschreitet es die Rechtskraft und muß bei späterer Berufung gegen das end- oder eidauflegende Urtheil auch von der zweiten Instanz ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Urth. v. 8. März *SB*Nr. 446.¹⁾

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Veräußerungsverbot. Gem. R. Wenn Mehreren gemeinschaftlich eine Sache mit der Anordnung hinterlassen ist, daß kein Theil derselben an Fremde veräußert werden dürfe, so wird die Klage auf Anfechtung eines dieser Anordnungen

¹⁾ Wird weiter besprochen.

zuwiderlaufenden Verkaufes den Miteigenthümern schon mit der Perfektion des Verkaufsgeschäftes geboren. Urth. v. 11. März *SB*Nr. 371.

Servituten. Ersizung. Bayer. *PR*. Th. II. Kap. VII §. 5 Nr. 4. Die Ausübung ohne die Absicht, an dem fremden Eigenthume eine Berechtigte geltend zu machen, bewirkt keine Ersizung. Urth. v. 15. März *SB*Nr. 460.

Weiderecht. Unterbrechung der Ersizung. Preuß. *PR*. Th. I Tit. 9 §§. 603—607. Die Ersizung des Rechtes der Mitglieder einer Gemeinde, auf der Gemeindegemarkung neben dem Weidberechtigten die Mithut auszuüben, wird durch eine dem Gemeindevorsteher zugestellte negatorische Klage des Weidberechtigten unterbrochen. Urth. v. 8. März *SB*Nr. 410.

Obligationenrecht. Vertragsform. Mainzische Verordn. v. 24. Mai 1798 und Ges. über deren Aufhebung v. 5. Okt. 1863. Not.-Ges. Art. 14. Der vom Hypothekgläubiger einem Dritten ertheilte Auftrag, die Forderung bei dem Schuldner zu erheben und der von ihm dem Schuldner ertheilte Auftrag, die Forderung an jenen Dritten zu zahlen, bedürften weder nach der angeführten Verordnung gerichtlicher Protokollirung, noch bedürfen sie jetzt notarieller Beurkundung. Urth. v. 12. März *SB*Nr. 402.

Gewährleistung bei Viehveräußerungen. Art. 4 des Ges. v. 26. März 1859. Der Verkäufer eines Thieres haftet während der Gewährsfrist für den Minderwerth, welcher sich bei dem Schlachten des Thieres durch einen Fehler desselben (im gegebenen Falle Perlsucht einer Kuh) ergibt, auch dann, wenn nicht der erste Käufer sondern ein anderer von diesem das Thier zum Schlachten erwarb und schlachtete. Urth. v. 15. März *SB*Nr. 467.²⁾

²⁾ Ausführliche Besprechung folgt.

Desgleichen zu Art. 9 u. 10 des angef. Ges. Auch wegen der bei einer Viehveräußerung für eine gewisse Zeit übernommenen Gewähr besonderer Eigenschaften des veräußerten Thieres (im gegebenen Falle Trächtigkeit einer vertauschten Kuh mit der Zusicherung, daß sie bis zu einem bestimmten Tage ein Kalb bringe) muß die Klage innerhalb 14 Tagen nach Ablauf der Gewährfrist erhoben werden. Urth. v. 20. März S. Nr. 454.

Familienrecht. Veräußerungen einer Ehefrau nach fränk. R. Not.-Ges. Art. 14. Daß in Th. III Tit. 102 §. 1 der Landgerichtsordn. d. Herzogth. Franken dem Ehemanne eingeräumte Widerrufungsrecht wird nur durch die Einwilligung desselben zu der von seiner Ehefrau vorgenommenen Veräußerung ihrer Güter ausgeschlossen, nicht schon durch die Kenntniß von solcher Veräußerung. Im Falle der Veräußerung liegender Güter muß die Einwilligung des Ehemannes notariell beurkundet sein. Daß Widerrufsrecht erlischt nicht dadurch, daß der Ehemann nach angestellter Requisition Klage Erbe der Ehefrau wird. Urth. v. 9. März S. Nr. 461.

Zweite Ehe. Nürnberger Reform. Tit. 28 Ges. 8, Tit. 33 Ges. 7. Die Bestimmung, daß der conjux binubus dem zweiten Eheheile weder durch Vertrag noch durch letzten Willen mehr als einem Kinde erster Ehe zuwenden kann, ist prohibitiver Natur. Eine solche Zuwendung ist daher bezüglich des einen Kindstheil übersteigenden Betrages auch bei Zustimmung der erstehelichen Kinder zu dem sie enthaltenden Ehevertrage und Genehmigung desselben durch die Obervormundschaft nichtig. Dagegen können nach dem Tode des in zweiter Ehe lebenden Vaters die Kinder durch vertragmäßige Erbtheilung ihre Mutter bezw. Stiefmutter auch zu einem einen Kindstheil übersteigenden Betrage an dem Rücklasse ihres Vaters Theil nehmen lassen. Urth. v. 16. März S. Nr. 413. 77.

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

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

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Auch bei Handwerkern zu offener Tafel findet nach Augsburg'scher Statutarrecht selbst bei unbeerbter Ehe eine Konsolidation des belterblichen Vermögens der Ehegatten nicht statt. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses, 21. März bis 3. April.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 31.

bb. Beim Erwerb durch Mittelpersonen.

Die rechtliche Verschiedenheit in der Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften, welche sich in den Begriffen Bote und Stellvertreter keineswegs erschöpft, gewinnt auch für die Frage Bedeutung, wessen Bewußtsein den guten Glauben als Erforderniß des hypothekenrechtlichen Schutzes bestimme. Gleichwohl ist durch unsern gegenwärtigen Zweck nicht geboten, auf die mannigfaltigen Erscheinungen einzeln einzutreten. Denn eine einfache Betrachtung der Sache drängt sofort die Ueberzeugung auf, daß der rechtliche Erfolg eines Geschäftes den Stempel der Redlichkeit oder Unredlichkeit nur durch das Bewußtsein einer solchen Mittelperson empfangen kann, deren rechtlicher Wille in Vertretung des fremden Willens das Rechtsgeschäft hervorgebracht und ihm seinen Inhalt gegeben hat. Diese Mitwirkung

Neue Folge XVII. Band.

kennzeichnet den Stellvertreter. Hierdurch hebt er sich kennbar ab

1) von der Mittelsperson, welche bei Abschluß des Geschäftes einen bloß thatsächlichen und darum durch leblose Werkzeuge zu ersetzenden Dienst leistet wie der Bote. Indem der Letztere dem Briefe und Telegraphen vergleichbar einen fremden Willen als solchen ausspricht, bethätigt er seinen eigenen rechtlichen Willen gar nicht, er ist bloßes Sprachrohr für fremde Willenserklärung³⁷⁾. Was er in Bezug auf den Gegenstand des Rechtsgeschäftes außer dem ihm zur Mittheilung Aufgetragenen weiß oder nicht weiß, ist für den Erfolg des Rechtsgeschäftes völlig gleichgültig.

Dasselbe muß behauptet werden

2) für die Urkundsperson, welche die Willenserklärung der Parteien in feierliche Form bringt, für den Notar. Auch dieser gibt nur fremder Willenserklärung als solcher Ausdruck. Allerdings muß sein rechtlicher Wille mitwirken, um der Willenserklärung eine höhere rechtliche Geltung zu verleihen, als sie aus dem Munde der Parteien erhalten kann. Allein sein Wille greift nicht statt sondern neben den Bethelligten ein. Der Rath und die Belehrung, womit der Notar den Parteien zur Seite steht, wirkt höchstens als Beweggrund beim Willensentschlusse der Letzteren mit; der Wille selbst als Inhalt des

³⁷⁾ In neuerer Zeit hat Schlemann in der Zeitschr. für das gesammte Handelsr. Bb. XVI Abh. 1, namentlich auf S. 14 fg. versucht, zwischen den Boten und den Stellvertreter noch den Begriff des „Vertreters“ d. h. des Ueberbringers mündlicher Willenserklärung einzuschleiben. Seine scharfsinnige Ausführung ist nicht überzeugend.

Rechtsgeschäftes geht nur von diesen aus. Indem ferner der Notar die von ihm aufgenommenen Verhandlungen dem Hypothekenamte zur Vornahme der entsprechenden Einträge übermittelt,

Notar. Ges. Art. 11 Abs. 3, Art. 15

handelt er nicht als Vertreter der Parteien sondern in Erfüllung der ihm obliegenden öffentlichen Pflichten.

Zink, Komm. z. Notar. Ges. Bd. I S. 107.

Daher ist den Parteien das Wissen des Notars so wenig schädlich als sein Nichtwissen nütze.

Ganz anders der Stellvertreter. Wie das Wort besagt, so tritt er in der Hervorbringung des Rechtsgeschäftes an die Stelle der Partei, für welche die Wirkungen beabsichtigt sind. Sein Wille ist der erzeugende Faktor, und ist dieser sein Wille unredlich, so wird der dadurch vermittelte Erfolg selbst zum unredlichen. Man kann nicht Feigen von den Disteln lesen oder Trauben von den Dornen. Von der entgegengesetzten Ansicht aus würden die nachtheiligen Folgen der Oeffentlichkeit nicht einmal durch eine ausdrückliche Verständigung des Stellvertreters von der wirklichen Rechtslage abgewendet werden können; und da der Vertretene zuweilen nicht erreichbar, zuweilen handlungsunfähig ist, so gelangt man mit dieser Ansicht in nicht wenigen Fällen zu dem trostlosen Ergebnis, daß der wirklich Berechtigte den schädlichsten Verfügungen über seine Gerechtsame mit gebundenen Händen gegenübersteht.

Es kann demnach kein Zweifel darüber aufkommen, daß das redliche Bewußtsein des Vertreters eine Voraussetzung für den Erwerb des Schutzes der Oeffentlichkeit bildet. Wie verhält sich aber zu diesem Erwerb das Bewußtsein des Vertretenen?

Sollte sich derselbe mit der Unkenntniß seines Vertreters decken können, während er selbst im Zeitpunkte des Erwerbes das entgegenstehende materielle Hinderniß kannte und dennoch den Erwerbssakt vor sich gehen ließ? Das hieße doch die Form des Rechtes gegen seinen Inhalt kehren. Gegen solche Handlungsweise schützt die Einrede der Arglist. Doch genügt zu deren Begründung die Kenntniß des Vertretenen von der wahren Rechtslage für sich nicht; es muß vielmehr hinzukommen, daß derselbe von der Absicht des Vertreters, diesen besonderen Erwerb vorzunehmen, unterrichtet und in der Lage war, auf die Unvollkommenheit des beabsichtigten Erwerbssaktes aufmerksam zu machen.

War der Vertreter nicht gehörig bevollmächtigt, so daß seine Handlung erst durch die nachträgliche Genehmigung des Vertretenen Wirksamkeit gewinnen kann, so entscheidet nicht das Wissen des Letzteren im Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses sondern der Genehmigung.

Hyp. Ges. §. 103.

Gönnner, Komm. II S. 55 fg.

Das Wissen eines handlungsunfähigen Vertretenen kommt selbstverständlich nicht in Betracht.

Um das Gesagte kurz zusammen zu fassen, so ist bei dem Rechtserwerbe durch Stellvertreter der Schutz der Oeffentlichkeit bedingt:

a) immer durch das redliche Bewußtsein des Vertreters,

b) auch durch das redliche Bewußtsein des Vertretenen, wenn derselbe von dem beabsichtigten Erwerbe Kenntniß besaß und damals bereits handlungsfähig war.

Daß die hier entwickelte Lösung dem Wesen der Sache entspricht, wird durch eine verwandte Entscheidung des römischen Rechtes bestätigt.

Die Eigenthumsersizung ist gleichfalls durch das redliche Bewußtsein des Erwerbers bedingt. Erwirbt Jemand den Besitz durch einen Stellvertreter, so beginnt der Regel nach die Ersizung erst in dem Moment, wo der Vertretene von der Besitzergreifung durch den Vertreter Kenntniß erlangt. Gewissen Vertretenen wird aber der Ersizungsbefiß sofort mit der Besitzergreifung durch den Stellvertreter erworben unabhängig von ihrem Wissen davon.

Puchta, Pand. §. 157.

Die Fälle der zweiten Art sind es gerade, welche hier in Betracht kommen; denn auch bei dem hypothekarischen Erwerbe entsteht die Wirkung des vom gehörig bevollmächtigten Vertreter vorgenommenen Erwerbsgeschäftes sofort in der Person des Vertretenen und nicht erst in dem Moment, wo der Letztere die Vornahme des Geschäftes erfährt. In den gedachten Fällen macht nun das römische Recht die Ersizung vor Allem und ohne Ausnahme abhängig von dem redlichen Bewußtsein des Vertreters. Es wird aber auch das redliche Bewußtsein des Vertretenen erfordert, wenn dieser zufällig von dem vorzunehmenden Erwerbe der Sache Kenntniß hatte.

Bangerow Pand. §. 321 Anm. 3.

Nach dieser Analogie entscheidet Goldschmidt in seiner Zeitschrift IX S. 38 — 41 die gleiche Frage für den handelsrechtlichen Eigenthumswerb gemäß HGB. Art. 306 ²⁰).

²⁰) In demselben Sinne ist wohl auch die kurze Bemerkung von Meibom, meklenb. Hyp. R. S. 90 aufzufassen.

d. Von der Zeit des guten Glaubens.

§. 32.

Nicht bloß der Zustand der Dinge an sich, auch das Wissen der Menschen davon ist veränderlich. Was jetzt noch meiner Kenntniß verschlossen ist, darüber kann mir die nächste Stunde Aufklärung bringen. Wir würden daher unsere Aufgabe nur unvollkommen lösen, wenn wir nicht auch die Zeit genau bestimmen würden, in welcher behufs Begründung des Schutzes der Oeffentlichkeit der gute Glaube vorhanden sein muß. Der Wortlaut des Hyp.-Gesetzes läßt uns über diesen wie über so manchen anderen wesentlichen Punkt in dieser Lehre fast gänzlich rathlos, und wir sind für die Lösung auf Folgerungen aus der Natur des hypothekarischen Erwerbes und aus dem Wesen des Prinzipes der Rechtskraft verwiesen.

Was soll die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches? Den Erwerb von Hypothekrechten und den Erwerb der Befreiung von hypothekarischen Lasten sichern. Folglich kann nur der Zustand des Bewußtseins zur Zeit dieses Erwerbes entscheiden, und eine Bekanntschaft des Erwerbers, mit dem wirklichen Rechtszustande nicht schaden, welche jener Zeit vorausgeht oder nachfolgt. Die frühere Bekanntschaft nicht, weil bei der Wandelbarkeit der Verhältnisse der Erwerber begünstigt im Zeitpunkte des Erwerbes zu dem Glauben an das Hyp.-Buch berechtigt sein kann; damit soll der früheren Kenntniß durchaus nicht jede Bedeutung für die Beschaffenheit des guten Glaubens abgesprochen sein (vgl. oben §. 27). Die spätere Kenntniß nicht, weil der gute Glaube nur ein Er-

forderniß für den Erwerb, nicht auch für den Fortbestand des erworbenen Rechtes ist. Deshalb vermag sogar die nachträgliche Einschreibung des materiellen Hindernisses in das Hyp.-Buch dem erworbenen Rechte oder der erworbenen Befreiung die einmal begründete Geltung nicht wieder zu rauben²⁹⁾.

Welches ist aber die Zeit des Erwerbes? Dieser Punkt soll uns in den folgenden §§. beschäftigen.

§. 33.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage macht keine besondere Schwierigkeit für denjenigen Erwerb, welcher durch einen Eintrag im Hyp.-Buche nicht bedingt ist. Sowohl bei dem Erwerbe aus der Abtretung einer Hypothekforderung als bei der Befreiung von einer Hypothek durch Zahlung der Schuld genügt das Vorhandensein des guten Glaubens im Zeitpunkte dieses Erwerbsgeschäftes; der Zustand des Bewußtseins im Zeitpunkte der Eintragung des Erwerbes ist gleichgültig. Dieß kann selbst mit den Worten des Hyp.-Gesetzes belegt werden, welches im §. 26 Nr. 4 nur verlangt, daß der Cessionar die eingetragene Hypothekforderung in gutem Glauben „an sich gebracht hat.“ Das Ansichbringen wird aber auch ohne die Einschreibung der Cession im Hyp.-Buche vollendet.

Bl. f. R. A. XXXV S. 141.

Es kann sich freilich auch der durch Buchung nicht

²⁹⁾ Deutlicher sprechen sich hierüber andere Gesetze aus. Das österr. bürg. G. B. §. 1443 a. E.: „oder dem Cessionar bei Uebernehmung der letzteren (d. h. einer den öffentlichen Büchern einverleibten Forderung) bekannt gemacht worden ist“. Ebenso das würtemb. Recht, vgl. oben Note 26 Biff. 3.

bedingte Erwerb aus mehreren Handlungen zusammenzusetzen, welche möglicherweise zeitlich auseinanderfallen; ich erinnere nur an die Verpfändung von Hypothekenforderungen, für welche die Uebergabe der Schuldburkunde ein Erforderniß bildet.

Vgl. die Abhandlung über die Sicherheitshypothek §. 15 (in Bl. f. N. XXXVI S. 199).

In einem solchen Falle muß die Gutgläubigkeit sicherlich bei jedem der mehreren Akte vorhanden sein ⁴⁰⁾. Und selbst für die Zwischenzeit wird sie nicht entbehrt werden können, es müßte denn sein, daß das eintretende schlechte Bewußtsein vor dem nächsten Akt durch triftige Gründe in sein Gegenteil verwandelt wird. Hier ist also Raum für den Satz: *mala fides superveniens nocet*.

Nach dem gegenwärtigen bayerischen Rechte ist bei der Uebertragung und bei der Verpfändung einer Hypothekforderung wenigstens die Erklärung des Gedanten beziehungsweise des Verpfänders bei Vermeidung der Nichtigkeit an die notarielle Beurkundung geknüpft.

Notar. Ges. Art. 14

Landtagsabschied vom 29. April 1869 §. 60.

Hierzu verhält sich nun die vorgängige Verabredung der Parteien als bloßer Vorvertrag, der eine Klage auf Verlautbarung erzeugt; sie bildet aber weder den Vertrag selbst noch auch nur einen Bestandtheil desselben.

Regelsberger, civilrechtl. Erörter. Heft I S. 142 fg.

N. M. in Bl. f. N. XXXIV S. 168.

(Fortsetzung folgt.)

⁴⁰⁾ Dasselbe verlangt das römische Recht bei der Eigenthumserwerbung, wenn der Erwerbgrund Kauf ist. L. 2 pr. §. 13 pro emptore 41, 4. Vgl. auch Goldschmidt in seiner Zeitschr. IX S. 37 fg.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Auch bei Handwerkern zu offener Tasche findet nach Augsburger Statutarrecht selbst bei unbeerbter Ehe eine Konsolidation des beiderseitigen Vermögens der Eheheile nicht statt. Vergl. Bl. f. N. V. Bb. 33 S. 230 Ziff. 3 mit Note 14 u. 15.

Die Metzgerwittwe Karoline G. in Augsburg, welche von der Mutter und den zwei Brüdern ihres ohne Descendenz verstorbenen Ehegatten auf Herausgabe des Nachlasses desselben belangt wurde, suchte sich diesem Anspruche mit der Behauptung zu entziehen, daß sie und ihr verlebter Ehemann als Handwerker von der offenen Tasche nach Augsburger Statutarrecht in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hätten und zwar mit der nach deutschrechtlichen Grundsätzen hieran sich knüpfenden Folge, daß das gemeinschaftliche Vermögen nach dem kinderlosen Ableben des einen Ehegatten in der Person des überlebenden sich konsolidire und dadurch in das Alleineigenthum desselben übergehe.

Dieser Einwand wurde jedoch als unbegründet zurückgewiesen und diese Zurückweisung von dem obersten Gerichtshofe, an welchen die Sache in Folge Revisionsgesuches der Beklagten gelangt war, aus nachstehenden Gründen bestätigt.

Abgesehen von der Frage, ob bei den Handwerkern von der offenen Tasche die Gemeinschaft des ehelichen Vermögens überhaupt als allgemeine Gütergemeinschaft oder nur als Errungenschaftsgemeinschaft in Betracht zu kommen habe, steht jedenfalls so viel fest, daß das von der Beklagten vertretene Konsolidationsprinzip im gemeinen deutschen Privatrechte als allgemein gültiger Rechtsatz nicht anerkannt wird, sondern nur einzelnen Partikulargesetzgebungen zur Grundlage dient.

Die meisten Statutarrechte erteilen dem überlebenden Ehegatten ein mehr oder minder beschränktes Erbrecht in den Nachlaß des Verstorbenen, während der Rechtsatz, daß der überlebende Ehegatte zufolge des in der Ehe bestandenen Gesamteigentums (*condominium plurium in solidum*) nicht vermöge Erbrechtes sondern vermöge des Eigentums das gesammte eheliche Vermögen an sich ziehe oder bei beerbter Ehe die Gütergemeinschaft mit den Kindern fortsetze, nicht als allgemeine Lehre gilt und keinesfalls in das hier maßgebende Augsburger Statutarrecht Eingang gefunden hat.

Als der regelmäßige Güterstand tritt in der Stadt Augsburg das Dotalsystem, mithin das Prinzip der Gütertrennung, hervor. Auf Ableben des einen Gatten zieht der überlebende Theil sein Eingebrachtes zurück und der übrige Nachlaß wird unter die Erben des Verlebten vertheilt. Dem überlebenden Ehegatten ist nach §. 39 der Augsburger Pflegeordnung nur ein eventuelles Erbrecht mit Ausschluß der Seitenverwandten des Verlebten dann gestattet, wenn Erben in ab- oder aufsteigender Linie nicht vorhanden sind. Diese Erbfolge vollzieht sich aber nicht nach dem Grundsatz der Konsolidation sondern behält den Charakter eines Erbrechtes bei und wird überhaupt erst wirksam, wenn der Verlebte keine andere Verfügung von Todeswegen getroffen hat.

In der oben allegirten Bestimmung der Pflegeordnung ist aber das dem überlebenden Ehegatten eventuell zugestandene Erbrecht so allgemein angeordnet, daß es nicht nur auf den regelmäßigen Güterstand, sondern auch auf den Fall bezogen werden muß, wenn ausnahmsweise unter den Eheleuten wegen ihres Handwerksbetriebes in offener

Tasche oder in gemeinsamer Handlung eine Gemeinschaft des ehelichen Vermögens bestanden hat.

Auch bei diesem exceptionellen Güterstande ist in den einschlägigen Bestimmungen des Augsburger Statutarrechtes das Prinzip der Gültertrennung und Beerbung beibehalten und hierin nicht der mindeste Anhaltspunkt für die Anerkennung des Konsolidationsprinzipes zu finden. Gemäß §. 44 der Augsburger Pflegeordnung ist nemlich den Eheleuten von der offenen Tasche ebenso, wie allen anderen nach Augsburgerischem Rechte lebenden Ehegatten, ausdrücklich das Recht vorbehalten, über ihre Hinterlassenschaft letztwillig zu verfügen, was nicht der Fall sein könnte, wenn das, jede einseitige Disposition nothwendig ausschließende Konsolidationsrecht irgendwie Platz zu greifen hätte. Ferner ist bestimmt, daß auf Ableben des einen Ehegatten vorerst die Schulden aus dem beiderseits gemeinen Gute abgeführt werden, sodann aber jedem Theile sein Eingebrauchtes sowie der halbe Gewinn gebühren soll. Auch mit dieser Bestimmung läßt sich die Theorie über das Gesamteigenthum mit den sich hieran knüpfenden Folgen um so weniger in Einklang bringen, als nicht einmal die Errungenschaft als Gesamteigenthum behaubelt, sondern wie ein Miteigenthum (condominium pro indiviso) nach Hälften getheilt wird.

Allerdings ist im §. 44 der Pflegeordnung nur der Fall vorgesehen, daß ein Ehegatte mit Hinterlassung eines oder mehrerer Kinder stirbt, und deshalb noch die Bestimmung beigefügt, daß beim Vorhandensein nur eines Kindes der überlebende Ehegatte außer dem Eingebrauchten und der Gewinnhälfte auch noch ein Dritttheil aus der Verlassenschaft des Verstorbenen oder, beim Vorhandensein

mehrere Kinder, einen gleichen Kindertheil hieraus zu empfangen habe. Allein daraus, daß im Augsburger Statutarrechte bezüglich der Handwerker von der offenen Tasche nur der Fall der beerbten und nicht auch der unbeerbten Ehe ausdrücklich besprochen wird, kann die Berechtigung nicht abgeleitet werden, bei Erforschung der für die unbeerbte Ehe maßgebenden Successionsrechte die für beerbte Ehen aufgestellten Regeln gänzlich aufzugeben und nach einem Principe zu greifen, welches weder in den einschlägigen Partikulargesetzen irgendwie zum Ausdruck gelangt, noch auch im gemeinen deutschen Rechte als allgemein gültige Norm anerkannt ist.

Steht aber bei der fraglichen Gütergemeinschaft im Gegensatz zum Gesamteigenthume und seinen Folgen der Grundsatz der Auflösung der Gemeinschaft und der Beerbung nach den über die Erbfolge aufgestellten Regeln unzweifelhaft fest, so muß bezüglich der Handwerker von den offenen Taschen auch bei unbeerbten Ehen die Vorschrift des §. 44 in Verbindung mit §. 39 der Pflegeordnung als das in erster Linie maßgebende Gesetz zur Anwendung gelangen, und der Satz, daß das Eingebachte nebst der Gewinnhälfte die Verlassenschaft des vorabgestorbenen Ehegatten zu bilden habe, bei der unbeerbten wie beerbten Ehe als entscheidend voranzutreten.

Hienach hat der überlebende Ehegatte auch seinerseits außer dem Eingebachten lediglih den halben Gewinn aus der Errungenschaft an sich zu ziehen, als Erbe in das Vermögen des Verstorbenen aber nur dann einzutreten, wenn er entweder in beerbter Ehe gemeinschaftlich mit den Kindern succedirt, oder bei unbeerbter Ehe, wie dieß bei allen anderen Ehegatten auch zutrifft, durch das Vorhan-

denkeln von Ascendenten nicht ausgeschlossen ist. *)

DAÖErf. v. 4. März 1871 Nr. 726 v. 1870.
hh.

- *) In einem oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 27. Sept. 1869 Nr. 529 ist ein dem obigen ganz gleichgearteter Fall entschieden. In den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses ist gesagt:

„Es kann dem Revidenten zugegeben werden, daß die Gütergemeinschaft, in welcher nach dem hier in Anwendung kommenden Augsburger Statutarrechte die Ehefrauen von Gewerbsleuten, die mit ihren Ehemännern in offenem Laden sitzen, kaufen und verkaufen, mit diesen ihren Ehemännern stehen, eine allgemeine ist, solange die Ehe dauert; dieß ergibt sich klar nicht nur aus der unbedingten und unbeschränkten Haftung beider Ehegatten für vorhandene Schulden, sondern auch aus dem in der Augsburger Pflegeordnung von 1779 §. XLIV gebrauchten Ausdruck: „eheliche Gemeinschaft des Vermögens“, der sich nur auf eine allgemeine Gütergemeinschaft beziehen läßt. Allein hieraus folgt nicht dem Revidenten Günstiges für den hier vorliegenden Fall der Auflösung einer kinderlosen Ehe durch den Tod.“

Für den Satz, daß der in der Pflegeordnung §. 39 Abs. 2 dem überlebenden Ehegatten beim Nichtvorhandensein von Descendenten und Ascendenten eingeräumte Anspruch auf das Vermögen des Vorverstorbenen die Natur eines Erbrechtes, nicht die der Konsolidation habe, ist sich noch bezogen auf die Rathsbekrete vom 19. April 1583 und 7. Oktober 1721 (Huber, Augsb. Statutarr. S. 141 u. 170), worin die Eigenschaft des fraglichen Anspruches als eines Erbrechtes klar ausgedrückt sei.

Im Uebrigen stimmen die Entscheidungsgründe jenes früheren Erkenntnisses mit den oben mitgetheilten überein.

St.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

21. März bis 3. April.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 106 Abs. 3. Auch die Einfachheit der Sache bildet keinen Grund, die Kosten der Vertretung einer Partei durch einen Anwalt bei einem Einzelgerichte vom Erlaße auszuschließen; nur die Reisekosten können vom Erlaße ausgeschlossen werden. Urth. v. 26. März *hBNr.* 448.

Art. 283 und 328. Die Vorschrift des Art. 328 ist nicht verletzt, wenn der Richter die angebotenen Beweise für unerheblich erklärt; auch kann in diesem Falle keine Ergänzung des Urtheiles verlangt werden. Urth. v. 23. März *hBNr.* 394.

Art. 553—564. Der auf erwirkten bedingten Zahlungsbefehl, gegen welchen keine Protestation angemeldet wurde, erlassene Vollstreckungsbeschluß hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheiles; daß in Folge desselben Bezahlte kann nicht mit der *condictio sine causa* zurückgefordert werden, weil die Schuld, wegen deren der Zahlungsbefehl erwirkt war, schon bezahlt gewesen sei. Urth. v. 26. März *hBNr.* 476.

Einf.=Ges. Art. 142 mit 138 u. 139. Auch der Lauf der Frist für Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urtheil, welches in einer zur einzelrichterlichen Zuständigkeit gehörenden Sache von einem Bezirksgerichte im zweiten Rechtszuge

erlassen wurde, ist während der Gerichtsferien unterbrochen. Urth. v. 26. März S. Nr. 473.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Holzbezug der Pfarreien aus Gemeindewaldungen in der Pfalz. Wenn es sich um den Erwerb des dinglichen (Servitut-) Rechtes einer Pfarrei zum Bezuge des nöthigen Brennholzes aus einem Gemeindewalde durch unvorüberliches, vor Einführung der französischen Gesetzgebung in der Pfalz entstandenes Herkommen handelt, so ersetzt dieses Herkommen den Primordialtitel des Rechtes und es kann, wenn die das Herkommen bildenden Thatfachen vom Richter aus Akten und darin aufbewahrten Urkunden entnommen werden, die Beweiskraft dieser Urkunden nicht nach den Bestimmungen des Code civil art. 1322—1331 u. 1337 beurtheilt werden. Ebenso wenig können auf einen solchen Erwerb die Vorschriften des Code civil über Verjährung (art. 2229—2232) angewendet werden. Durch die französischen Gesetze über Beseitigung der Frudallasten ist eine derartige Berechtigung nicht aufgehoben, da dabei kein getheiltes Eigenthum und kein Subjektionsverhältniß in Frage steht, auch die Berechtigung keineswegs unter den Begriff des aufgehobenen fouage (locagium, Rauchzins) fällt. Urth. v. 30. März S. Nr. 196.

Obligationenrecht. Dienstvertrag. Schriftliche Errichtung. Kündigung. Preuß. R. Th. I Tit. 5 §. 156, Th. II Tit. 5 §. 187, 195 mit Einl. §. 49. Der Anstellungsvertrag der Vorsteher einer Privatschule mit einem Lehrer an dieser kann nicht mehr wegen Mangels schriftlicher Errichtung angefochten werden, nachdem er durch fortlaufende Dienstleistung und Bezahlung in Erfüllung

getreten ist. Wenn darin keine Aufkündigungssfrist festgesetzt ist, so gilt eine vierteljährige. Urth. v. 27. März *SB*Nr. 505.

Condictio sine causa. S. unter I zu *Proj.*-Ordn. Art. 553—564.

Erbrecht. Universalfideikommiß. Kodizillarlausel. Const. 8 Cod. 6, 36. Daß in einem mit der Kodizillarlausel versehenen Testamente angeordnete Universalfideikommiß bleibt aufrecht, wenn auch das Testament durch Vorabsterben des eingesetzten Erben vor dem Erblasser desituit wird, da in diesem Falle der Intestaterbe die Erbschaft zu restituiren hat. Dem Fideikommissar, welcher in den Besitz der Erbschaft gelangt ist und vom Intestaterben auf deren Herausgabe verklagt wird, steht die Const. 8 cit. nicht entgegen, wenn er sein Recht primär aus dem Testamente als solchem, eventuell aus demselben als Kodizill ableitet. Urth. v. 22. März *SB*Nr. 458.

Erbtheilung. Inventar. Brandenb. Kulmbacher Landeskons. Tit. 7 §. 16. Die dortige Bestimmung, daß die Stiefmutter bezw. Großmutter mit den Stiefkindern bezw. Enkeln unter Errichtung eines Inventares abzutheilen habe, kommt nicht zur Anwendung, wo ein von den Stiefkindern bezw. Enkeln und deren Vormundschaft anerkannter Erbvertrag die Inventarisirung und Abtheilung ausschließt. Urth. v. 27. März *SB*Nr. 424.

77.

Rebalt.: Dr. Steppes u. R. Fetting. Verl.: Palm & Enke
(Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

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

Inhalt: Ueber das fuldaische Gut- und Schleierrecht in den vormals reichsritterschaftlichen freiherrlich von Thüngen'schen Territorien. — Verhältnis des Art. 14 des Notariatsgesetzes zu Th. I Lit. 9 S. 332 des allg. preuß. Landrechtes. — Nichtanwendbarkeit des Gesetzes vom 28. Mai 1862 die Sicherung etc. etc. der auf dem Zehentrechte lastenden kirchlichen Baupflicht betr., auf eine dem Zehentberechtigten obliegende ausschließende Kultusbaupflicht. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses. 3. bis 17. April.

Ueber das fuldaische Gut- und Schleierrecht in den
vormals reichsritterschaftlichen freiherrlich von
thüngen'schen Territorien.

Von Oberstaatsanwalt Seel.

(Fortsetzung zu B. XXXVI S. 85, 371.)

Von Seite des Notars zu Brückenau wurde die Frage angeregt, ob in der sogenannten Thüngen'schen Cent das fuldaische Gut- und Schleierrecht¹⁾ oder die Bestimmungen des Würzburger Landrechtes über die ehelichen Güterverhältnisse gelten. Eingehende Erhebungen, welche im Wege der Dienstesaufsicht gepflogen wurden, führten zu dem Resultate, daß sich der Umfang der Thüngen'schen Cent, welche Bezeichnung im Volksmunde noch gangbar ist, mit Sicherheit nicht mehr feststellen lasse, und muß daher obige Frage dahin erweitert werden, ob in den vormals reichsritterschaftlichen freiherrlich v. Thüngen'schen Territorien für die ehelichen Güterverhältnisse das

¹⁾ Bezüglich dessen auf Thomas, System des fuldaischen Privatrechtes Bb. II S. 302 ff., dann v. Weber, Statutarrechte Bb. III Th. II S. 930 ff. verwiesen wird.



fuldaische Hut- und Schleierrecht oder das Würzburger Landrecht maßgebend sei. Man ist hier an die geschichtliche Forschung gemiesen und diese führt auf den Zustand vor Auflösung des früheren deut'schen Reiches zurück.

Damals gehörten die später mit Bayern vereinigten reichsritterschaftlichen v. Thüngen'schen Besitzungen dem Mainquartiere des fränkischen Ritterortes Rhön und Werra an. Gemäß art. 25 der Rheinbundsakte vom 12. Juli 1806 gingen die Souveränitätsrechte hieran zuerst am 23. September 1805 an den Fürst Primas über, wurden aber, als der Großherzog von Würzburg durch Accessionsvertrag vom 25. desselben Monats dem Rheinbunde beitrug, am 15. Dezember 1806 an diesen Fürsten übertragen. Die hiedurch entstandenen Irrungen, während welcher seitens des Großherzogs von Würzburg eine provisorische Ausübung der Hoheitsrechte stattfand, wurden zwischen diesem und dem Fürst Primas durch Staatsvertrag von 7. September 1808 ausgeglichen, wonach die volle Souveränität Würzburgs über jene Territorien anerkannt wurde. Mit dem Großherzogthum Würzburg gingen besagte Territorien später an die Krone Bayern über und waren in mehrere Thüngen'sche Patrimonialgerichte eingetheilt, welche allmählig den umliegenden Landgerichten Brückenau, Hammelburg, Gemünden und Karlstadt einverleibt wurden. —

In der freiherrlich v. Thüngen'schen verbesserten Gerichtsordnung vom 22. Februar 1747 — Fol. 6^v war nun bestimmt:

„Sonsten und überhaupt soll in meinen herrschaftlichen Marktstellen, Dorfschaften, Mühlen und Höfen bei Verheirathung und Errichtung der Ehepacten oder ehelichen Verhältnisse das Hut- und Schleierrecht oder die Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten altem Herkommen gemäß

eingeführt und alle vorkommende casus wie in den benachbarten fuldischen und anderen angrenzenden Ländern dieses fuldischen Landrechtes gerichtet und geschlichtet, wo aber ein casus nicht darin zu finden und ausgedrückt ist, nach allgemeinem kaiserlichen Rechte entschieden werden.“

Nach Mediatisirung und Subjection der Reichsritterschaft erschien das großherzoglich Würzburg'sche Edikt vom 9. Juni 1807 (Würzburger Regierungsblatt 1807 S. 47), woselbst es heißt:

„§. 55. Daß die Patrimonialgerichtshalter die Justiz nach den bestehenden Gesetzen verwalten und bei Leitung des Prozeßganges in allen vor der Subjection ihrer Gutsherrn noch nicht rechts-hängig gewesenen Sachen die Vorschrift des im Großherzogthume recipirten Gerichts-Kodex beobachten sollen.“

Außerdem ist in §. 175 die vollkommene Gleichstellung der Mediatunterthanen mit den altwürzburg'schen Unterthanen ausgesprochen.

Die Verordnung vom 4. November 1810 (Regierungsblatt S. 67), woselbst in §. 12 vorge-schrieben ist, daß in den nach 1. Jänner 1811 zur Entscheidung kommenden Rechts-sachen vorerst die Lokalrechte und Gewohnheiten, die Würzburg'schen Landesgesetze und Gewohnheiten, und nach diesen die subsidiarischen Gesetze (gemeines Recht) zur Anwendung kommen sollen, bezieht sich nur auf die durch Staatsvertrag vom 26. Mai 1810 erworbenen Gebiets-theile.

Schelhaf, Würzburger Landrecht S. 13.

Wenn aber nach diesen pragmatischen Quellen eine formelle Aufhebung der beregten Bestimmung der Thüngen'schen Gerichtsordnung von 1747 niemals in Mitte trat, so fand doch nach dem vollge-wichtigen Zeugnisse des Appellationsgerichtsdirektors v. Schelhaf in dessen Beiträgen zur Deutschen Ge-

gesetzkunde (1827 §. 28 S. 28) in der Praxis die Vorschrift des §. 55 des Ediktes vom 9. Juni 1807 allenthalben die Auslegung, daß hiedurch in den gutsherrlichen Besizungen das Würzburger Landrecht eingeführt sei, und dehnte sonach das Würzburger Landrecht seine Geltung usuell auf die vor- malß reichsritterschaftlichen Besizungen aus.

Dessen ungeachtet erhielt sich das Hut- und Schleiterrecht in den ehemals Thüngen'schen Territorien in Uebung²⁾. Die Belege werden in Nach- stehendem aufgeführt.

1) Schon in mehreren speziellen Rechtsfachen entspann sich hierüber eine Diskussion, namentlich in zwei bei dem Landgerichte Brückenau anhängigen auf die Thüngen'schen Orte Dettler und Zeitloß bezüglichen Verlassenschaften, ohne im Rechtswege ausgetragen zu werden, dann in der Streitsache Lauer gegen Fäth, in welcher ein oberstrichterliches Erkenntniß vom 23. Juni 1868 Beweis darüber auferlegte, daß das fuldaische Hut- und Schleiterrecht im Orte Thüngen als Gewohnheitsrecht gelte.

Auch diese Sache kam nicht zur endlichen Entscheidung, da sie verglichen wurde. In der Streitsache Wolz gegen Weidlein dagegen wurde durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 27. April 1860 Beweis auferlegt, daß das Hut- und Schleiterrecht im Orte Burgsinn als Gewohnheitsrecht bestehe, und dieser Beweis mittels Erkenntniß des unterfränkischen Appellationsgerichtes vom 4. Juni 1861 als erbracht anerkannt. Hierin liegt aber ein Anhaltspunkt für die vorwürfige Frage überhaupt, weil Burgsinn zu den thüngen'schen Territorien gehört,

²⁾ Auf die Privatarbeiten über Gesetzesstatistik von Jäc S. 76, 78, 98, Peißl S. 91, 92, 103 sei nur nebenbei verwiesen.

und mit denselben gleiche politische Wandlungen erfuhr.

2) Zunächst kommen die auf umfassende amtliche Erhebungen sich stützenden von dem als gründlichen Kenner der staatsrechtlichen Verhältnisse Frankreichs berühmten Appellationsgerichts-Präsidenten v. Papius redigirten Akten des unterfränkischen Appellationsgerichtes über Gesetzesstatistik in Betracht, woselbst konstatirt ist, daß in den ehemals reichsritterschaftlichen Gebieten, welche den Landgerichten Brückenau, Hammelburg, Weinünden und Karlstadt einverleibt sind, auch seit der Subjektion bei Verheirathungen und Errichtung von Eheverträgen das Gut- und Schleierrecht in Anwendung geblieben sei.

3) Dies findet seine Bestätigung durch die in den älteren Kontraktenprotokollen gepflogenen Nachforschungen. Das Kontraktenprotokoll des im J. 1835 aufgelösten thüngen'schen Patrimonialgerichtes Burgsinn weist aus der Periode von 1807—1835 80 Eheverträge auf, welchen in 68 Fällen das Gut- und Schleierrecht zu Grunde gelegt wurde, während in 5 weiteren Fällen dasselbe zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber allgemeine Gütergemeinschaft mit der Folge ausschließlicher gegenseitiger Beerbung — was mit dem Gut- und Schleierrechte gleichbedeutend ist — verabrebet wurde. Das Kontraktenprotokoll des thüngen'schen Patrimonialgerichtes Höllrich weist in der Periode von 1823—1847 38 Eheverträge aus, welchen in 32 Fällen das Gut- und Schleierrecht zu Grunde gelegt wurde. Das Kontraktenprotokoll des thüngen'schen Patrimonialgerichtes Zeitloß enthält aus der Periode seit der Subjektion bis zu der im Jahre 1848 erfolgten Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit 309 Eheverträge, in denen das Gut- und Schleierrecht zu Grunde gelegt ist, während nur wenige Eheverträge abweichende Bestimmungen enthalten, und dient zugleich als

Gegenprobe der Umstand, daß bei diesem Patrimonialgerichte keine Grundtheilungskarten vorhanden waren, während deren zahlreiche vorhanden gewesen sein müßten; wenn dortselbst das Würzburger Güterrecht in Aufnahme gekommen wäre.

4) Hieran reiht sich endlich die Praxis seit dem Bestehen des Notariats-Institutes an. In den Eheverträgen, welche von Personen aus thüngen'schen Ortschaften geschlossen wurden, kam das Gut- und Schleierrecht, und zwar bei dem Notariat Brückenau unter 46 Eheverträgen in 43 Fällen zur Anwendung, während in 3 Fällen das Würzburger Landrecht adoptirt wurde; bei dem Notariate Hammelburg kam das Gut- und Schleierrecht unter 26 Eheverträgen in 24 Fällen zur Anwendung, während in 2 Fällen das Würzburger Güterrecht bedungen wurde. Dagegen bei den Notariaten Gemünden und Karlstadt kam kein Ehevertrag mehr vor, in welchem das Gut- und Schleierrecht Geltung erlangt hätte. Es ergibt sich hieraus, daß das Gut- und Schleierrecht sich von der Peripherie mehr auf das Centrum der thüngen'schen Territorien zurückzieht, und je kompakter die Bevölkerung in thüngen'schen Ortschaften sitzt, um so unvermischter hat sich das Gut- und Schleierrecht erhalten, während es in den Ausläufern gegen das Geltungsgebiet des Würzburger Landrechts hin im Volksbewußtsein auszusterven scheint. —

Mag nun die gegenwärtige Erörterung auch theilweise dem Bereiche der Rechtsgeschichte anheimfallen, so dürfte sie doch nicht minder für die praktische Rechtsanwendung ein lebendiges Interesse bieten, da hiemit die Spuren des Fortlebens einer uralten deutschen Rechtsgewohnheit nachgewiesen und vor dem Erlöschen bewahrt werden sollen.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Verhältniß des Art. 14 des Notariatsgesetzes zu Th. I Tit. 9 §. 332 des allg. preuß. Landrechtes.

1.

A. schloß mit der Gemeinde F. wegen Erwerbung eines Bauplatzes derselben vorläufig einen außer-notariellen Vertrag. Ehe derselbe durch den Notar beurkundet wurde, erbaute A. mit Wissen und Duldung der Gemeinde F. ein Haus auf diesem Platze.

Nachdem später die notarielle Beurkundung des

Vertrages nicht zu Stande gekommen war, handelte es sich darum, ob A. den Bauplatz an die Gemeinde wieder herauszugeben oder denselben durch das geduldete Ueberbauen zum Eigenthume erworben habe und die Gemeinde F. deshalb nur entschädigen müsse. Die erste Instanz nahm auf Grund des preuß. Landrechtes Th. I Tit. 9 §. 332 (wonach der Eigenthümer des Grundes und Bodens, wenn er um den Bau gewußt und nicht sogleich, als er davon Nachricht erhalten, der Fortsetzung desselben auf eine solche Art widersprochen hat, daß es zur Kenntniß des Bauenden gelangt ist, mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen muß) das Letztere an, während die zweite Instanz diese Bestimmung hier insbesondere deshalb für unanwendbar erachtete, weil die Uebergabe des Bauplatzes auf Grund eines nichtigen Vertrages erfolgt sei; also nur dieses Moment entscheidend und dadurch die Anwendung des §. 332 a. a. O. ausgeschlossen sei.

Der oberste Gerichtshof theilte jedoch die erste

richterliche Anschauung aus nachfolgenden Erwägungen:

Wenn auch als richtig anzuerkennen ist, daß der Beklagte allerdings auf Grund eines nach Art. 14 des Not.-Ges. ungiltigen Kaufvertrages den nun zurückverlangten Bauplatz in Besitz genommen hat und daß bei der rechtlichen Untwirksamkeit solchen Vertrages dieser Bauplatz wieder an dessen früheren Eigenthümer zurückzugeben wäre und zwar in dem ursprünglichen Zustande, so ist doch die Ansicht, daß, obgleich im gegebenen Falle diese Restitution ohne Abbruch eines seither hierauf gebauten Hauses nicht möglich ist, dieselbe gleichwohl stattzufinden habe und es der Exekution zu überlassen sei, ob dieses Urtheil vollziehbar sein werde, nicht zu billigen, und ist der Grundsatz, daß der §. 332 hier unanwendbar sei, weil Beklagter auf Grund eines Vertrages in den Besitz des fraglichen Streitobjektes gekommen sei und weil zwischen Eigenthümerwerb auf Grund eines Vertrages und eines Baues auf fremdem Boden ein Unterschied bestehe, in den Gesetzen nirgends begründet.

Der §. 332 spricht ganz allgemein von der Inädifikation auf fremdem Boden mit Wissen und ohne Willertebe des Eigenthümers; er unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Ursachen, welche einen solchen Bau auf fremdem Boden veranlassen und ebenso wenig, welches Motiv den Eigenthümer bestimmt haben mag, auf seinem Boden den Bau durch einen Dritten zuzulassen.

Demzufolge ist es völlig irrelevant, daß der Beklagte den kritischen Grund und Boden auf einen nichtigen Vertrag hin in Besitz genommen, es ist eben so irrelevant, daß die klagende Gemeinde F. den Bau in der Meinung, es werde der Privatvertrag vom 12. Nov. 1862 durch notarielle Verbriefung

Giltigkeit erlangen, zugelassen hat; entscheidend für die Anwendbarkeit des mehrallegirten §. 332 ist einzig und allein die Thatsache, daß nun ein Wohnhaus auf diesem fremden Grund und Boden errichtet ist und daß die Eigenthümerin dieses Grund und Bodens den fraglichen Bau, obgleich sie hievon vom Anfange an Kenntniß hatte, ohne Widerrede beginnen und vollenden ließ.

Wenn die II. Instanz noch weiters zur Rechtfertigung ihres Ausspruches anführt, daß die Ungiltigkeit eines Vertrages wegen mangelnder notarieller Errichtung jede Forderung auf Entschädigung ausschließe und die Vorschrift des §. 332 eben nur die Leistung einer Entschädigung zum Gegenstande habe, so ist hiegegen zu erwägen, daß diese Entschädigung ihre faktische und rechtliche Grundlage nicht in der Nichterfüllung eines ungiltigen Vertrages hat, sondern darin, daß der Beklagte durch das Bauen auf dem Boden der Gemeinde F. Eigenthümer dieses Bodens wurde und sohin dem früheren Eigenthümer Ersatz des hiedurch verlorenen Eigenthumes leisten muß, welchem zufolge keine Entschädigung wegen Nichterfüllung eines nichtigen Vertrages in Frage steht.

Dem oben Erörterten zufolge ist es gleichgültig, daß Beklagter die notarielle Verlautbarung des Privatvertrages verweigerte; jedenfalls kann hierin selbstverständlich keine widerrechtliche oder boslose Handlung desselben gefunden werden und ist auch kein Grund gegeben, anzunehmen, daß derselbe von Anfang an jenen Vertrag nicht zu erfüllen die Absicht hatte und also nicht in der Meinung, auf seinem Grunde zu bauen, gehandelt habe.

Es ist daher auch die klägerische Aufstellung, daß durch Art. 14 des Not.-Ges. der allegirte §. 332 aufgehoben erscheine, unberechtigt; denn das

Not.-Ges. behandelt im Art. 14 Rechtsgeschäfte über Immobilien, während der fragliche §. 332 eine originäre Eigenthumsüberweisart zum Gegenstande hat, wobei eine ausdrückliche Willenserklärung, über ein Immobile Verfügung treffen zu wollen, nicht in Frage steht, auch nicht die Fiktion oder Präsumtion solcher rechtlicher Veräußerung eines Grund und Bodens durch Gestattung eines Baues auf demselben angenommen werden muß.

Ganz unpassend ist auch die Bezugnahme der Klägerin auf Th. I Tit. 7 §. 223 des pr. LR., da hier lediglich bestimmt ist, daß der unerbliche Besitzer einer Sache solche mit allen Früchten zu restituiren hat und hienach die Spezialbestimmung des §. 332, wonach die Rückgabe fremden Grund und Bodens dann nicht gefordert werden kann, wenn hierauf mit Wissen und ohne Widerrede des Eigenthümers ein Bau aufgeführt wurde, keineswegs unanwendbar erklärt ist.

DA&Erf. v. 11. Apr. 1871 RNr. 421 v. 1870.
hh.

2.

Nichtanwendbarkeit des Gesetzes vom 28. Mai 1852, die Sicherung zc. zc. der auf dem Zehntrechte lastenden kirchlichen Baupflicht betr., auf eine dem Zehntberechtigten obliegende ausschließende Kultusbaupflicht.

Die Baupflicht des Zehntberechtigten ist nach gemeinem Kirchenrechte, womit die Observanzen in den einzelnen Bisthümern regelmäßig übereinstimmen, eine subsidiäre. Gleichwohl kann es vorkommen, daß die Baupflicht des Zehntberechtigten in Folge besonderer Vorgänge (Stiftungsakte, spezielles Uebereinkommen, Verjährung) zur primären und ausschließenden wird.

In diesem Falle fragt es sich, ob die Bestim-

mungen des obigen Gesetzes auf eine solche Baupflicht Anwendung finden können. Diese Frage ist nach einem oberstrichterlichen Erkenntnisse zu verneinen, indem hierin ausgeführt wurde, daß fragliches Gesetz nur auf die subsidiäre Baupflicht, nicht aber auf eine primäre, Anwendung zu finden hat, nachdem sich aus den Motiven des Gesetzentwurfes (Verhbl. der R. d. Abg. v. 1852 Beil.:Bd. 4 S. 229) und aus den hierüber gepflogenen Verhandlungen (Stenograph. Ber. Bd. 5 S. 296, 303 u. 308) mit Zuverlässigkeit ergibt, daß dieses Gesetz nur die Fälle der Zehentbaukonkurrenz, nur die Verpflichtung des Zehentberechtigten, bei Unvermögenheit der betr. Kirchenstiftungen zu den Kosten der Bauten an Kirchen und Pfarrhöfen beizutragen, also nur die subsidiäre Baupflicht der Dezimatoren, im Auge hat.

DAUERf. v. 4. Apr. 1871 Nr. 921 v. 1869.
hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

3. bis 17. April.

I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einf.-Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.-Ordn. Art. 106 mit 109 und 736. Wenn keiner der in Art. 106 Abs. 2 bzw. 736, dann Art. 109, aufgestellten Ausnahmefälle vorliegt, fallen die Kosten der Berufungsinstanz dem in dem Rechtsstreite unterliegenden Theile zur Last. Aus dem Grunde, weil der unterliegende Theil im ersten Rechtszuge obgesiegt hatte, können die Kosten des zweiten nicht verglichen werden. Urth. v. 15. Apr. 53Nr. 475.

Art. 419 Abs. 5. Wenn in einer inappellablen Sache Zeugen in öffentlicher Sitzung vernommen wurden und das Gericht von Protokollierung ihrer Aussage abzusehen beschlossen hat, weil die Verhandlung über das Beweisergebniß nahe bevorstehe, so kann auch bei dem Nichteintreten dieser Voraussetzung die Unterlassung der Protokollierung keinen Grund zur Vernichtung des auf das Beweisverfahren erlassenen Urtheiles abgeben, wenn in diesem constatirt ist, daß dem Gerichte durch gefertigte Vormerkungen und das Erinnerungs-Vermögen der Richter die Zeugenaussagen noch vollständig bekannt seien. Urth. v. 15. Apr. *EW*Nr. 447.

Art. 682, 683, 788; Einf.-Ges. Art. 19. Wenn in einer vor dem 1. Juli 1870 anhängig gewesenen Sache ein Beweisurtheil erlassen, aber erst nach dem genannten Tage verkündet wurde, so erlangt es, weil es nach Einf.-Ges. Art. 19 weder mit Berufung noch Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden konnte, keine Rechtskraft, bindet daher auch den Richter nicht bei der endlichen Beurtheilung der Sache. Urth. v. 8. Apr. *EW*Nr. 482.

Proz.-Ordn. Art. 697 Abs. 3 mit Art. 129 und 728. Ein Urtheil zweiter Instanz kann nicht bezweigen, weil das der ersten nicht zugestellt war, als nichtig angefochten werden. Urth. v. 6. Apr. *EW*Nr. 501.

Art. 812 mit 165 Z. 5, 788 Z. 7 und 798 Z. 2. Auf die materielle Würdigung der Nichtigkeitsbeschwerde kann nicht eingegangen werden, wenn in derselben ohne Aufstellung bestimmter Beschwerden und ohne Angabe spezieller Nichtigkeitsgründe nur um Vernichtung des Urtheiles gebeten wird, weil dasselbe „auf unrichtiger Auslegung und Anwendung“ des Gesetzes (im gegebenen Falle: „der Bestimmungen des bayreuther Rechtes und des

preuß. Landrecht“) beruhe. Urth. v. 12. Apr. *HW*Nr. 468.

Art. 821, 868. S. unter II: offene Handelsgesellschaft.

Art. 840 mit 7, 9 und 11. Die durch eine Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung streitig gewordene Frage, ob ein handelsgerichtliches Urtheil, welches eine offene Handelsgesellschaft zu einer Zahlung verurtheilt, gegen einen einzelnen Gesellschafter vollstreckbar sei, kann nicht an das Handelsgericht verwiesen, sondern muß vom Vollstreckungsgerichte selbst entschieden werden. Urth. v. 12. Apr. *HW*Nr. 499.

Art. 916. Der Verwahrer haftet nicht für das Abhandenkommen gepfändeter Gegenstände aus dem Gewahrsame des Schuldners, wenn er nicht ausdrücklich erklärt hat, sie in diesem auf seine (des Verwahrers) Gefahr lassen zu wollen. Urth. v. 6. Apr. *HW*Nr. 501.

Einl.-Ges. Art. 139 u. 142. Die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerde während der Gerichtsferien ist wirksam und hat nur die Folge, daß die Erscheinungsfrist erst mit der Beendigung der Ferien zu laufen beginnt. Urth. v. 15. Apr. *HW*Nr. 426.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Allgemeine Lehren. Gemeindefachen. Kirchengemeinden. Preuß. Landrecht Th. II Tit. 6 §. 88. Gemeindeordn. v. 29. Apr. 1869 Art. 206 legt Abs. Bei dem Strelte eines hauptbaupflichtigen Dritten gegen die Mitglieder einer Kirchengemeinde wegen Leistung von Hand- und Spanndiensten zu Kultusbauten liegt auf Seite der Beklagten eine Gemeindefache im weiteren Sinne vor, bezüglich deren die Kirchengemeinde und deren Organ die Gesamtheit der einzel-

nen Gemeindeglieder zu vertreten legitimirt ist. Urth. v. 12. Apr. SNr. 441.

Vermögen der Gewerksvereine. Gew.:Ges. v. 1825 Art. 7 und v. 1868 Art. 26. Auf die nach Art. 7 des Gewerksgesetzes von 1825 gebildeten Gewerksvereine waren die in den Anmerkungen zum bayer. LR. Th. V Kap. XXX über die Rechtsverhältnisse der Zünfte aufgestellten Grundsätze nicht mehr anwendbar. Jene Gewerksvereine bildeten Genossenschaften, das Vermögen derselben gehörte der Gesamtheit der Vereinsgenossen als Rechtssubjekt an, war Gesamteigenthum. Durch Art. 26 des Gewerksgesetzes von 1868 wurde dieses Vermögen auf die damals vorhandenen Vereinsgenossen als einzelne Rechtssubjekte übertragen; unter diesen entstand hiedurch eine zufällige Rechtsgemeinschaft (communio incidens, Miteigenthum), welche so lange fortbauert, bis das Vermögen entweder auf Andere, etwa einen nach Gew.:Ges. v. 1868 Art. 25 neugebildeten Verein der Gewerksgenossen) übertragen oder unter die Theilhaber vertheilt wird. — In Fällen, wo ein (bezirksamtlicher) Gewerksverein aus der Vereinigung zweier vorher in getrennten (landgerichtlichen) Bezirken bestandener Gewerksvereine gebildet wurde, dabei aber dem einen derselben sein Vermögen zur besonderen Verwaltung verblieb, fällt dieses Separatvermögen auch nur an die Vereinsgenossen des besonderen Distriktes und es nehmen im Falle einer Theilung desselben an dieser nur diejenigen Mitglieder des Gesamtvereines Theil, welche dem besonderen Distrikte angehören, diese aber auch alle. Urth. v. 12. Apr. SNr. 351.

Sachenrecht. Servituten. Bayer. LR. Th. II Kap. VII §. 6 Nr. 4. Diese Vorschrift geht nicht so weit, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes gezwungen werden könnte, eine bestehende Wasserleitung umzubauen und auf

eine dem Besizer des dienenden Grundstückes gehörige andere Liegenschaft zu verlegen. Urth. v. 13. Apr. SBNr. 506.

Recht, Torf zu stechen. Not.-Ges. Art. 14. Das Recht, auf einer bestimmten Fläche eines fremden Grundstückes den Torf abzubauen, ist nicht nothwendig ein dingliches. Es kann auch mit rein obligatorischer Wirkung eingeräumt werden. In diesem Falle bedarf das Aufgeben des Rechtes keiner notariellen Beurkundung. Urth. v. 15. Apr. SBNr. 426.

Nießbrauch. S. unter Obligationenrecht: Kauf.

Kulturbaulast. Preuß. VR. Th. I Tit. 9 §. 543; Einf. = Pat. v. 29. Nov. 1795 Ziff. XII Abs. 2. Wenn eine Kirchenstiftung bei eintretendem Baufälle ungeachtet ihrer Undermögengheit den subsidiär Baupflichtigen (im gegebenen Falle den Fiskus) nicht in Anspruch nimmt, so beginnt mit diesem Baufälle die 44jährige Extinctivverjährung auch dann, wenn ihr die Mittel zur Wendung des Baufalles von einem Dritten (i. geg. F. der Kirchengemeinde) verschafft wurden. Die Vorschriften des preuß. VR. über diese Verjährung kommen für die ganze Verjährungszeit auch dann zur Anwendung, wenn der Beginn derselben hinter den 1. Januar 1796 zurückfällt, dieselbe aber an diesem Tage noch nicht beendigt war. Urth. v. 9. Apr. SBNr. 471.

Obligationenrecht. Irrthum bei Verträgen. Ein notariell verbriefteter Kaufvertrag ist rechtswirksam, wenn beide Kontrahenten dasselbe Grundstück als Kaufsobjekt im Sinne hatten und es nur nach Namen und Plannummer falsch bezeichneten. Urth. v. 5. Apr. SBNr. 490.

Schenkung. Eine Schenkung verliert diesen Charakter nicht, wenn der Beschenkte in dem Schenkungsvertrage selbst dem Schenkgeber für den Fall eines ungewissen künftigen Ereignisses eine

Leistung verspricht. Urth. v. 6. Apr. §WMr. 489.

Schenkung. Inoffiziosität derselben f. unter Erbrecht.

Kauf. Wenn der Kaufpreis auf eine bestimmte Zeit kreditirt war, diese Zeit aber abgelaufen ist, so kann der Käufer die lastenfreie Tradition des Kaufobjektes nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen. Urth. v. 16. Apr. §WMr. 478.

Kauf mit vorbehaltener Nutznießung. Werthesberechnung. Die in fr. 80 ad leg. Falc. 35,2 für die Berechnung des Werthes einer legitirten Nutznießung aufgestellten Grundsätze leiden analoge Anwendung auf die Berechnung des Werthes einer bei einem Kaufe vorbehaltenen Nutznießung. Urth. v. 8. Apr. §WMr. 482.

Ueberlassung des Torfstiches. S. unter Sachenrecht.

Offene Handelsgesellschaft. §OB. Art. 85 mit 111, 112, 113, 119, 121 u. 122. Die offene Handelsgesellschaft ist ein selbständiges, von den Personen der einzelnen Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt. Ein die Gesellschaft zu einer Zahlung verurtheilendes Erkenntniß kann daher am Gesellschaftsvermögen, aber nicht direkt gegen die einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden. Diefen gegenüber dient das Urtheil nur zur Begründung des Anspruches auf deren Haftung nach §OB. Art. 112. Urth. v. 12. Apr. §WMr. 499.

Erbrecht. Pflichttheil. Inoffiziöse Schenkung. Wenn Jemand eine Schenkung dadurch erhalten hat, daß ihm eine Sache unter dem wahren Werthe verkauft wurde, so ist die Anfechtung dieser Schenkung als inoffiziös durch die Pflichterben auch dann statthast, wenn der Kaufpreis mehr als die Hälfte des wahren Werthes der Sache beträgt. Urth. v. 8. Apr. §WMr. 482.

77.

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

Dr. J. A. Feuffert's

Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Werkverdingung. Die Einwendung, das Werk sei nicht gehörig vollendet übergeben worden, schließt die Veritaagsklage des Werkmeisters nicht aus, sondern kann nur Entschädigung bewirken. In dem ehesträulichen Vermögensverwaltungs-Rechte bei Entfernung des Ehemannes nach einem unbekanntem Ausenbalsort liegt auch der Abschlus von durch diese Verwaltung veranlassien Werkverdingungsverträgen. Preussisches Landrecht. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses. 18. April bis 1. Mai.

Das Prinzip der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 34.

Wo das hypothekarische Recht erst mit der Eintragung in das Hyp.-Buch zur Entstehung kommt, da tritt vor Allen der Zweifel entgegen, welche Akte Bestandtheile des Erwerbsvorganges sind. Das Hyp.-Gesetz verlangt im §. 9 zur Erwerbung einer Hypothek erstens einen Rechtstitel, zweitens die Eintragung der Forderung in das Hyp.-Buch. Es liegt daher nahe, den Akt, welcher den Hyp.-Titel begründet, den Erwerbshandlungen zuzuzählen und folgerichtig das Vorhandensein des guten Glaubens schon im Zeitpunkte dieses Aktes zu fordern. Mit dieser Ansicht würde aber das Wesen des Hyp.-Titels und sein Verhältniß zur Hypothek verkannt.

Der Hyp.-Titel beruht auf einem obligatorischen Verhältnisse, welches bloß „den Anspruch

Neue Folge XVII. Band.



auf Erwerbung“ einer Hypothek erzeugt und in Verbindung mit dem persönlichen Schuldverhältnisse den Hypothekerwerb materiell rechtfertigt. Der Hyp.-Titel verhält sich zum Erwerbe des dinglichen Hypothekrechtes wie der Grund der Uebereignung (causa traditionis) zur Eigenthumsübertragung⁴¹⁾; er ist Voraussetzung, nicht Bestandtheil des dinglichen Rechtsertes. Sein Mangel macht die Hypothekerrichtung aufsechtbar, nicht nichtig.

Für den Eigenthumswerb ist dieß außer Streit, L. 36 de acquir. dom. 41, 1, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 4.

Für das Verhältniß des Hyp.-Titels zum Hyp.-Erwerb folgt daselbe

a) aus §. 21 des Hyp.-Ges., welcher den Erwerb der Hypothek „als dinglichen Rechtes“ lediglich in die förmliche Eintragung in das öffentliche Buch verlegt;

b) aus §. 16, demzufolge der Mangel eines Rechtstitels zur Hypothek bloß eine Aufsechtbarkeit der eingetragenen Hypothek begründet. Dieß wird ausdrücklich bestätigt von

Günner, Komm. I S. 230;

denn was dieser Schriftsteller mit relativer Nichtigkeit bezeichnet, ist in Wahrheit Aufsechtbarkeit. Danach gewinnen scheinbar entgegenstehende Aeußerungen, z. B. auf S. 138 fg., ihr richtiges Verhältniß.

Vgl. auch Bl. f. R. N. XXV S. 188 fg.

Bildet nun der Hyp.-Titel auch da, wo er auf

⁴¹⁾ Die ältere Rechtsprache nennt überhaupt das Forberungsrecht, welches auf Einräumung eines anderen Rechtes zusteht, den Titel zu diesem Rechte; darauf gründete sich die jetzt verlassene Theorie vom titulus und modus acquirendi bei dinglichen Rechten. Wächter, würtemb. Privatr. II S. 606 fg.

einem Rechtsgeschäfte beruht, keinen Bestandtheil des dinglichen Hypothekenerwerbes, so schadet für die Begründung des Schutzes der Oeffentlichkeit nicht, daß der Gläubiger im Zeitpunkte der Entstehung des Rechtstitels von einem Umstande Kenntniß hat, welcher seinem dinglichen Rechtserwerbe jetzt entgegenstehen würde. Diese Entscheidung entspricht auch der Natur der Sache.

Der Hyp.-Titel eröffnet nur die Möglichkeit des Hyp.-Erwerbes. Es steht noch dahin, ob von ihr Gebrauch gemacht werden wird. Sprechend tritt dieß bei den gesetzlichen Titeln heraus; es würde hier gar keinen Sinn haben, das Vorhandensein des guten Glaubens zur Zeit ihrer Entstehung zu fordern. Bei den auf Privatwillen beruhenden Titeln gewinnt das bekämpfte Erforderniß nur daraus den Schein einer Berechtigung, daß der Begründung des Titels die Eintragung oder wenigstens das Gesuch um dieselbe auf dem Fuße zu folgen pflegt.

Allein dieses Aneinanderschließen ist rein thatsächlich und äußerlich und darf nicht über die rechtliche Selbständigkeit der Akte täuschen.

Ich sagte, die Schlechtgläubigkeit zur Zeit der Entstehung des Hyp.-Titels hindere den nachträglichen Erwerb des Schutzes aus der Oeffentlichkeit nicht. Ich sagte nicht, dieselbe sei völlig bedeutungslos; Dieß ist sie um deswillen nicht, weil und insoweit überhaupt die frühere Kenntniß von Hindernissen dem guten Glauben einen andern Charakter verleiht, ihn aus einem negativen zu einem positiven Moment gestaltet (vgl. oben §. 27).

§. 35.

Wenn nun auch der Entstehungsmoment des Hyp.-Titels für die gegenwärtige Frage außer Betracht zu bleiben hat, so ist dieselbe noch keineswegs gelöst. Die Eintragung einer Hypothek

*

muß regelmäßig, wenn auch nicht immer, durch ein darauf gerichtetes Gesuch oder durch Vorlage der die erforderliche Parteierklärung enthaltenden Notariatsurkunde beim Hypothekename veranlaßt, sie muß angemeldet werden.

Hyp.-Ges. §. 96 mit §. 99 Nr. 2.

Möglicherweise folgt die Eintragung auf dem Fuße; unter Umständen werden anderweitige Verhandlungen nothwendig, welche die Eintragung verzögern.

Instruktion zum Vollzuge des Notar. Ges. §. 71.

Wie groß auch immer der Zeitraum sein mag, welcher zwischen der Anmeldung und der Eintragung verläuft, immerhin wird fraglich, ob das Vorhandensein der Gutgläubigkeit im Zeitpunkte der Anmeldung genügt, oder ob deren Fortdauer bis zur Eintragung erforderlich ist.

Nicht selten begegnet man der Ansicht, daß für die Gutgläubigkeit nur der Zeitpunkt entscheide, wo der Erwerber die zum Erwerbe seines Rechtes von seiner Seite nöthige Thätigkeit vollendet hat, z. B. Meibom, a. a. O. S. 90⁴²⁾.

Es liegt dieser Behauptung, soviel ich sehe, nur eine Zweckmäßigkeitsrücksicht zu Grunde. Vom prinzipiellen Standpunkte gelangt man zu der entgegengesetzten Entscheidung. Nur der gutgläubige „Erwerb“ begründet den Schutz der Oeffentlichkeit. Die Anmeldung bezeichnet aber bloß den Beginn des Erwerbsvorganges, die Vollendung desselben knüpft sich erst an die Eintragung, und so lange diese nicht erfolgt ist, hat der Gläubiger die Hypothek nicht erworben. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Einschreibung eines Hindernisses, auch wenn

⁴²⁾ Ebenso Erner a. a. O. S. 87, jedoch unter Bezugnahme auf einen eigenthümlichen Grundsatz des österreichischen Grundbuchverfahrens.

sie der Anmeldung des Hypothekenrechtes nachfolgt, dessen Entstehung ausschließt.

• Bödner I S. 290 Ziff. 3, II S. 110.

Nun aber wird, wie früher bemerkt, die Einschreibung dem Erwerber gegenüber durch dessen sonstige Kenntniß ersetzt.

Zu demselben Ergebnisse führt eine andere Erwägung. Der Zweck des Oeffentlichkeitsprinzipes geht doch nur dahin, daß der Gläubiger aus der Eintragung diejenige Sicherheit erwerbe, welche er nach dem Inhalte des Hyp.-Buches und nach seiner sonstigen Wissenschaft anzunehmen berechtigt ist. Erfahre ich nun vor der Eintragung meiner Hypothek, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer des zu belastenden Grundstückes oder nicht Verfügungsberechtigt ist, so habe ich keinen Grund, mir auf einen Hypothekenerwerb Hoffnung zu machen.

Allerdings ist mit der hier vertretenen Ansicht die mißliche Folge verknüpft, daß dem Gläubiger eine von ihm völlig unverschuldete Verzögerung der Eintragung schädlich werden kann. Allein wenn dieses Uebel auch so erheblich wäre, wie es auf den ersten Blick scheint, ich wüßte nicht, wie man sich ohne einen besonderen Rechtsatz der Konsequenz erwehren kann. Es ist übrigens die Gefahr in Wirklichkeit nicht so groß.

Einmal sorgt dafür die gesetzliche Bestimmung, welche den Hyp.-Ämtern die unverweilte Eintragung bei gehöriger Begründung des Besuches zur Pflicht macht.

Hyp.-Ges. §. 95 Nr. 3.

Instrukt. §. 2 Nr. 2, §. 35 Nr. 1.

Dann schließt jedes Besuch um förmliche Eintragung das Besuch um einstweilige Vormerkung stillschweigend in sich.

Hyp.-Ges. §. 106.

Das Hyp.-Amt ist daher verbunden, auf Grund

des eingereichten Gesuches, wenn es nur nicht sofort als verwerflich erscheint, eine Vormerkung einzuschreiben. Für den Erwerb des hypothekenrechtlichen Schutzes steht aber die Vormerkung einem Eintrage gleich (oben §. 15).

Endlich wird ein vorsichtiger Gläubiger mit der Auskhändigung des Darlehens bis zur Vollendung der Eintragung warten, nicht zu gedenken des Ersatzanspruches, welchen er gegen den fehlenden Hyp.-Beamten hat.

Öbner I S. 485 fg.

Nur für den im Hyp.-Ges. §. 23 Abs. 2 und 3 vorgesehenen Fall kann man über die Anwendbarkeit der vorstehenden Entscheidung zweifelhaft sein, da hier die Aufnahme in das Anmelbungsprotokoll oder was deren Stelle vertritt⁴³⁾, den angemeldeten Einträgen den Vorzug sichert. Allein dieser Vortheil wird doch nur später angemeldeten Einträgen gegenüber begründet; das Verhältniß zu vorher schon vorhandenen Rechten bleibt davon unberührt. Die Entscheidung, welche

Öbner, I S. 268

über das Zusammentreffen eines Eintragungsgesuches mit einer Protestationsanmeldung gibt, entbehrt jedes inneren Grundes.

Das Berliner Obertribunal hat mehrfach im Sinne unserer Ansicht erkannt⁴⁴⁾.

(Fortsetzung folgt.)

⁴³⁾ Graf im Kom. III S. 47 fg., welchem jedoch darin nicht beizupflichten ist, daß sich heutzutage die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht mehr nach der Zeit des Eintrages sondern der Anmeldung bestimmen.

⁴⁴⁾ Förster I S. 23 Note 46; III S. 198 Note 29. Koch, Komm. z. Landr. I, 20 S. 410 Note 48. Nur die der Anmeldung der Hypothek nachgehende

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Werkverdingung. Die Einwendung, das Werk sei nicht gehörig vollendet übergeben worden, schließt die Vertragsklage des Werkmeisters nicht aus, sondern kann nur Entschädigung bewirken. In dem ehfräulichen Vermögensverwaltungsrechte bei Entfernung des Ehemannes nach einem unbekanntem Aufenthaltsorte liegt auch der Abschluß von durch diese Verwaltung veranlaßten Werkverdingungsverträgen. Preussisches Landrecht.

Ueber vorstehende Sätze enthalten die Motive eines oberstrichterlichen Erkenntnisses im Wesentlichen Folgendes:

Nach §. 932 Tit. XI Th. I des pr. Landr. kann ein Werkmeister die Zahlung für ein von ihm vertragsmäßig hergestelltes Werk von dem Besteller verlangen, wenn solcher dieses Werk übernommen hat.

Hieran reiht sich der §. 968 a. a. O., wonach, wenn der Bau von dem Bauherrn einmal übernommen worden ist, der Baumeister wegen Fehler oder Mängel nur im Wege einer Entschädigungsklage innerhalb 3 Jahre in Anspruch genommen werden kann, wodurch selbstverständlich dessen obige Berechtigung, mit der Uebernahme die Zahlung zu beanspruchen, keineswegs beeinträchtigt werden kann.

Der Kläger verlangt nun durch seine Klage die Bezahlung seiner auf den fraglichen Hausbau verwendeten Auslagen und seines Arbeitsverdienstes, während die Beklagte die Uebernahme des Baues zugesteht.

Gegen diese im Geseße liegende Berechtigung des Klägers kann sich die Beklagte nicht durch die

Veräußerung des Eigenthumes soll der Verwirklichung der Eintragung und ihrer Wirkung unschädlich sein, wenn nur die Eintragung der Hypothek der Besitztitelberechtigung vorausgeht. Entscheid. Bb. XIX S. 18 Bb. XXXV S. 422.

Eintrede schügen, daß zur Zeit der Klagestellung das Haus noch nicht fertig gewesen und sie vertragsmäßig erst dann zur Zahlung verbunden sei, wenn solches in allen seinen Theilen fertig hergestellt sein werde, indem nirgends von der Beklagten behauptet wurde, sie habe von dem §. 943 a. a. D. Gebrauch gemacht und die Uebnahme des Hauses von dem Urtheile von Sachverständigen über die Fehlerlosigkeit und Vollständigkeit des Werkes abhängig erklärt, sonach angenommen werden muß, sie habe solches als fertig ohne Vorbehalt übernommen. Dieser Einwand kann daher die Vertragsklage im Allgemeinen nicht ausschließen.

Ebensowenig haltbar ist aber auch der dem Kläger darüber auferlegte Beweis, daß die fragliche Auftragsvertheilung mit Zustimmung des Ehemannes oder mit dessen Genehmigung erfolgt sei.

Erwägt man, daß der §. 202 Tit. I Th. II des pr. Landr. der Frau die Berechtigung einräumt, im Falle, als der Ehemann sich entfernt hat und sein Aufenthalt unbekannt ist, Alles zu thun, was zu einer ordentlichen Vermögensverwaltung erforderlich ist und der §. 203 diese Berechtigung auf alle Fälle ausdehnt, wo mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, daß aber amtlich constatirt ist, der Aufenthalt des Ehemannes sei nicht zu ermitteln, hiedurch aber der im allegirten Paragraph berührte Fall eingetreten ist, — erwägt man ferner, daß diese Bestimmung des Landrechtes keineswegs nur die prozessuale Befugniß der Frau, ihren Mann vor Gericht zu vertreten, betrifft, sondern solche im gegebenen Falle zur vollständigen Verwaltung des ehe-lichen Vermögens berechtigt, wozu auch der Bau eines Hauses gehört, — daß sonach die nach §. 205 a. a. D. dem Ehemanne zustehende Vermögensverwaltung im Falle dessen Entfernung an einen unbekanntem Ort ohne Einschränkung auf die Frau

durch das Gesetz übergeht, daß aber ferner die Ehefrau, welche unter dem Schutze dieses Gesetzes, so nach rechtmäßig einen Vertrag eingegangen hat, dem Dritten, mit welchem sie kontrahirt hat, gegenüber diese ihm rechtsverbindliche Handlung aus dem Grunde der mangelnden Einwilligung ihres Mannes nicht selbst anfechten und die Annullirung dieses Vertrages verlangen kann, — erwägt man endlich, daß die versio in rem vom Kläger rechtzeitig als weiterer Klagegrund geltend gemacht ist, daß eine solche aber nach den Begriffsbestimmungen in Tit. XIII Th. I §. 262 ff. hier rücksichtlich des Ehemannes gegeben wäre und auch der §. 277 dieser Annahme nicht entgegenstehen würde, da mit dem Ehemanne selbst ein Vertrag nicht abgeschlossen wurde, die Verwendung aus dem Vermögen des Klägers aber in dessen Nutzen bei noch bestehender Ehe erfolgte und auch in Ansehung der Frau gerade für den Fall, als der Vertrag wegen Nichtzustimmung des Ehemannes nicht zu Recht bestehen könnte, gegen sie der Klagegrund ex versione in rem wieder aufleben würde, so ergibt sich das unabweißliche Resultat, daß der Kläger in dieser Richtung keinen Beweis mehr zu führen hat.

DUO Erf. v. 13. Okt. 1868 Nr. 629.

Bemerkung. Es handelte sich im bezeichneten Falle, so weit der Sachverhalt bemessen werden kann, nicht um den Bau eines ganz neuen Hauses, so daß eine Umgestaltung des Vermögensstockes in Frage stünde, sondern um die Wiederherstellung eines baufälligen Hauses, sohin um Erhaltung des vorhandenen Vermögens, welche zu einer ordentlichen und gewöhnlichen Vermögensverwaltung im Sinne des §. 202 Th. II Tit. 1 des preuß. Landrechtes unbedenklich gehört, während sich im entgegengesetzten Falle die Sache wohl anders gestalten würde und nur der Einfluß der versio in rem in Frage stünde.

hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

18. April bis 1. Mai.

I. Zur Proz.-Ordn. vom 29. Apr. 1869.

Art. 106. Wenn der Richter die der angestellten Klage vom Beklagten entgegengesetzten Einreden für begründet und liquid erkennt, der Beklagte aber aus einem nach der Zustellung der Klageschrift und nach Hinterlegung der Anträge vorgegangenen Rechtsgeschäfte eine Forderung des Klägers anerkennt und Zahlung verspricht, so ist der Kläger gleichwohl als unterlegender Theil in die Kosten zu verurtheilen. Urth. v. 19. Apr. *SB*Nr. 512.

Art. 154, 274. Wegen mangelhafter Substanziung kann ein Anspruch nicht verworfen werden, wenn nicht zuvor vom Fragerechte und eventuell von der Wiederaufnahme der Verhandlung Gebrauch gemacht wurde. Urth. v. 20. Apr. *SB*Nr. 508.

Art. 225 mit 230, 319, 324 u. 328. Zur Begründung des Eigenthumsanspruches gehört die Bezeichnung und erforderlichen Falles der Beweis derjenigen Thatfachen, welche das Gesetz zur Erwerbung des Eigenthums erfordert. Urth. v. 19. Apr. *SB*Nr. 443.

Art. 454. Wenn die Klage gegen beide Eheleute gerichtet ist, so kann auch dann, wenn dieselben in Gütergemeinschaft leben, der Eid über eine von der Ehefrau allein vorgenommene Handlung, welche der Ehemann nicht unmittelbar wahrgenommen hat, nur der Ehefrau, nicht auch dem Ehemanne zugeschohen werden. Urth. v. 22. Apr. *SB*Nr. 504.

Art. 788 Ziff. 4 mit Art. 285 bis 287. Wegen Mangelhaftigkeit der von den Anwälten gefertigten und ohne Beanstandung gebliebenen Dar-

stellung des Sachverhaltes kann das Urtheil nicht als nichtig angefochten werden. Urth. v. 20. Apr. 58Nr. 508.

Art. 795 mit 695 Abs. 2. Das Versprechen und die Leistung einer Zahlung, zu welcher ein vollstreckbares Urtheil des letzten Rechtszuges verurtheilt hat, schließt die Nichtigkeitsbeschwerde gegen dieses Urtheil nicht aus¹⁾. Urth. v. 22. Apr. 58Nr. 504.

Art. 868. Wenn ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß einem Dritten, welcher an dem Rechtsstreite in keiner Weise Theil genommen hat und gegen welchen die Rechtskraft des Urtheiles auch aus einem sonstigen Grunde nicht wirkt, mit Befriedigungsgebot zugestellt wird, so kann dieser die Widerspruchsklage erheben und sie darauf gründen, daß die Vollstreckung gegen ihn nicht eingeleitet werden durfte. Urth. v. 22. Apr. 58Nr. 436.

Art. 868 mit 833, 842 u. 843. Zum Widerspruche gegen eine Vollstreckung ist nur die verfolgte Partei berechtigt. Wenn daher der Schuldner gestorben ist und nach seinem Tode die Vollstreckung nicht nach Vorschrift des Art. 833 gegen seine Erben eingeleitet, sondern die vollstreckbare Urkunde mit dem Befriedigungsgebote einer nicht erbtheiligten dritten Person für den Verstorbenen (!) zugestellt wurde, so sind die Erben zu einer Widerspruche

¹⁾ Dieß hat der oberste Gerichtshof schon oft ausgesprochen, kommt aber sehr häufig in die Lage, es wieder auszusprechen. Insbesondere wird auch wegen Zahlung der Kosten, welche der Nichtigkeitskläger nach dem angefochtenen Urtheile schuldet, die Nichtigkeitsbeschwerde sehr häufig als nach Art. 795 unzulässig angefochten, aber natürlich auch dieser Anfechtungsgrund jedesmal verworfen. Die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes ist hierin so konstant, daß wir den Lesern weitere berartige Ausprüche nicht mehr mittheilen werden.

spruchsklage weder veranlaßt noch legitimirt. Urth. v. 27. Apr. *SB*Nr. 525.

Art. 968. Wenn der Arrest auf Nutzungsbzüge der Eltern aus dem Vermögen ihrer Kinder (im gegebenen Falle Zinsen aus einem den Kindern geschuldeten Hypothekenskapitale) angelegt wird, so trifft die Beweislast, daß sie nicht zur Alimention der Kinder nothwendig sind, den Arrestkläger. Urth. v. 30. Apr. *SB*Nr. 519.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Eigenthum. Baulinie. Wenn der Magistrat einer Stadt durch ein privatrechtliches Geschäft das Recht erworben hat, von dem Eigenthümer eines Hauses im Falle des Umbaues desselben die Einhaltung einer bestimmten Baulinie und die Abtretung des nach derselben in den Straßenzug fallenden Areales zu erlangen, dann aber eine andere Baulinie vorbehaltlos baupolizeilich genehmigt, so kann er für diesen Baufall nicht mehr auf der vertragmäßigen Baulinie bestehen und die Einlegung des nach dem baupolizeilich genehmigten Plane aufgeführten Gebäudes nicht verlangen. Urth. v. 26. Apr. *SB*Nr. 524.

Nichtrecht. Preuß. *LR*. *Th*. I *Tit*. 8 §. 138. Die Verpflichtung zu der a. a. O. vorgeschriebenen Erhöhung und Verwahrung der Fenster besteht nur, wenn die Grenzlinie der Wand oder Mauer mit der des nachbarlichen Hofes oder Gartens zusammenstößt. Urth. v. 19. Apr. *SB*Nr. 443.

Bauen an der Grenze. Preuß. *LR*. *Th*. I *Tit*. 9 §. 342. Wenn ein die Grenze überschreitender Bau auf Kosten des Bauenden zurücksetzt werden soll, so hat der dieß beanspruchende Kläger die wahre Grenzlinie zu beweisen. Urth. v. 19. Apr. *SB*Nr. 443.

Hypotheken. Erfordernisse und Wirkungen von Protestationen. Hyp.-Ges. §. 25 bis 29, 85. Die Vormerkung der Protestation im Hyp.-Buche genügt, um die Einwendungen gegen die Richtigkeit der Forderung demjenigen, welcher nachher die Forderung durch Cession erworben hat, entgegenzusetzen zu können. Die Angabe des Grundes, aus welchem die Forderung bestritten wird, gehört nur zur Rechtfertigung des Antrages an das Hyp.-Amt auf Vormerkung der Protestation, seine Bezeichnung im Eintrage in das Hypothekenbuch ist aber zur Wirksamkeit der Protestation nicht erforderlich. — In einem Falle bestand die ihrem Betrage nach protestirte Forderung aus einem Kaufschillinge von 10000 fl., welche der Verkäufer dem Käufer gegen Bestellung einer Hypothek auf dem gekauften Anwesen kreditirt hatte. Die Protestation gründete sich nach dem Hyp.-Protokolle auf den Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft des Kaufsobjektes. Nach der Vormerkung der Protestation und Beginn des Rechtsstreites über Minderung des Kaufpreises gegen den Verkäufer hatte dieser die Kaufschillingesforderung successive theils verpfändet, theils definitiv cedirt, wobei jedesmal dem verpfändeten oder cedirten Betrage der Vorrang vor der dem Kaufschillingesgläubiger verbleibenden Restsumme eingeräumt und hierauf der Rest selbst durch Cession veräußert wurde. Nachdem durch rechtskräftiges Erkenntniß der Kaufpreis auf 8000 fl. gemindert worden war, erhob der Schuldner gegen den Cessionar, dem die letzten 2000 fl. abgetreten waren, Klage auf Löschung derselben und dieser wurde zur Gestattung der Löschung verurtheilt, weil in Folge der rückwirkenden Kraft der Protestationsvereinigung (§. 29 Abs. 2) die letzte Cession wirkungslos, die diesen vorausgehenden Verpfändungen und Cef-

flonen aber rechtswirksam geworden. Urth. v. 20. Apr. HBNr. 450.

Obligationenrecht. Cession. Haftung pro nomine bono. Wenn der Cedent einer noch nicht fälligen, sondern erst durch Kündigung fällig werdenden Forderung dem Cessionar für Bonität und Liquidität in Haupt- und Nebensache zu haften verspricht und der Cessionar rechtzeitig kündigt, so erstreckt sich die Haftung des Cedenten auch auf den Ersatz der vom Ablaufe der Kündigungsfrist an erwachsenen Verzugszinsen und der auf Liquidation des Kapitals und der Zinsen im Konkurse des Schuldners erwachsenen Kosten. Urth. v. 29. Apr. HBNr. 529.

Tauschvertrag. Wenn bei einem Tauschvertrage von Seite des einen Kontrahenten eine Tauschgabe von 3000 fl. versprochen und bedungen wurde, daß dieselbe durch Uebernahme eines auf dem vom Promittenten ertauschten Anwesen eingetragenen Annuitätenkapitals von 2000 fl. und durch Baarzahlung von 1000 fl. entrichtet werden soll, dann aber sich ergibt, daß zur Zeit des Tauschabschlusses das Hypothekenskapital durch Annuitätenzahlung um 85 fl. gemindert war, so erhöht sich um diesen Betrag (auf 1085 fl.) die baar zu zahlende Summe. Urth. v. 23. Apr. HBNr. 492.

Paulianisches Rechtsmittel. In einer Streitsache, worin auf die in fraudem creditorum geschehene Veräußerung das vor dem 1. Juli 1870 geltende Recht noch anzuwenden war, wurde ausgesprochen, daß die actio Pauliana auch dann in Einem Jahre verjährt, wenn der Beklagte an der Gefährde des Schuldners Theil nahm, und daß die Anhängigkeit einer paulianischen Klage auch gegen einen Anderen, welcher gleichfalls zur Vernachtheiligung der übrigen Gläubiger Vermögensstücke vom Schuldner erworben hatte, den Beginn

der Verjährung nicht bis zur Entscheidung des Streites gegen jenen Andern aufschiebe, wenn der Kläger wußte, daß die Rescission jener anderen Veräußerung nicht seine volle Befriedigung herbeiführen könne, — dann daß eine Bereicherung des Erwerbers, bezüglich welcher die Klagenverjährungsfrist dreißig Jahre dauert, nicht schon dadurch gegeben sei, daß der Käufer in der Lage war, mit dem Kaufpreise eine unprivilegirte Forderung gegen den überschuldeten Verkäufer zu kompensiren. Urth. v. 27. Apr. HWNr. 503.

Condictio sine causa. Wenn dem Schuldner Sachen abgepfändet und versteigert wurden, den Erlös aber der Gläubiger ausgezahlt erhielt, so kann, wenn die gepfändeten Sachen nicht Eigenthum des Schuldners sondern eines Dritten für die Schuld nicht Haftenden waren, dieser Dritte den Erlös vom Gläubiger mit der *condictio indebiti* zurückfordern. Urth. v. 20. Apr. HWNr. 491.

Familienrecht. Ehe- und Erbverträge. Abgesehen von der Frage, ob nicht auch die einfache Aufhebung eines ganzen Ehe- und Erbvertrages nur in der für Errichtung desselben vorgeschriebenen Form rechtsgiltig geschehen kann, ist jedenfalls die Aufhebung einer einzelnen Bestimmung eines solchen Vertrages (im gegebenen Falle Rückfallstipulationen) unter Aufrechthaltung seines übrigen Inhaltes (i. geg. F. der allgemeinen Gütergemeinschaft mit gegenseitigem Erbrechte der Ehegatten) an jene Form gebunden, weil dieß eine der Schließung eines neuen Vertrages ganz gleichstehende Abänderung des bestehenden ist. Urth. v. 30. Apr. HWNr. 513.

Haftung für Schulden bei vererbter Ehe des fränkischen Landrechtes. In einer, sei es durch Kindererzeugung oder durch Kondonation zc. vererbten Ehe sind auch die von dem Ehemanne

oder der Ehefrau allein kontrahirten Schulden aus der gemeinschaftlichen Vermögensmasse zu zahlen. Dabei ist zwar vorausgesetzt, daß der kontrahirende Ehegatte dabei innerhalb des ihm in der Ehe bezüglich des Vermögens angewiesenen Wirkungskreises gehandelt habe; so daß die vom Ehemanne als dem Haupte der ehelichen Gemeinschaft und Verwalter des gemeinsamen Vermögens kontrahirten Schulden regelmäßig aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu decken sind, während bei den von der Ehefrau einseitig kontrahirten Schulden hiezu noch erfordert wird, daß das Rechtsgeschäft, aus welchem die Schuld entstand, zu dem der Frau angewiesenen Wirkungskreise der Haushaltung gehörte. Jedoch kann der Ehemann die Uebernahme der Schuld auf das gemeinsame Vermögen nur dann verweigern, wenn er nachweist, daß die Frau bei Kontrahirung derselben ihren Wirkungskreis überschritten hat, was aus der bloß heimlichen Kontrahirung der Schuld oder aus deren Kontrahirung ohne Noth und Bedürfniß oder aus der Verwendung des durch ihre Verträge Erlangten für die Ehefrau allein noch keineswegs hervorgeht. Auch kann der Ehemann die Deckung der Schuld aus dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht dadurch abwenden, daß er die Gütergemeinschaft aufgibt und auf allen Antheil an dem Vermögen oder Nachlaß der Ehefrau zu verzichten bereit ist. Urth. v. 22. Apr. *SBNr.* 504.

Erbrecht. Erbverträge s. Familienrecht: Ehe- und Erbverträge.

Erbtheilung. Eine bedingte Forderung an die Erbmasse kann, wenn die Bedingung noch nicht eingetreten und deren Eintritt ungewiß ist, von demjenigen Erben, der sie als Schuld übernommen hat, nicht zur Verminderung der Erbtheile der Miterben angerechnet werden. Nur Kautio kann der Schuldübernehmer von den Miterben verlangen. Urth. v. 20. Apr. *SBNr.* 508. 77.

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

Dr. J. A. Heuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekensbuches (Fortsetzung). — Ueber die Voraussetzung des häuslichen Zusammenwohnens der Ehegatten bei Beerbung nach dem in München geltenden Privilegium Albertinum. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 2.—15. Mal.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekensbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Sießen.

(Fortsetzung.)

e) Wirkung der Schlechtgläubigkeit.

aa. Der inneren Kraft nach.

§. 36.

In unserer Betrachtung über das Erforderniß des guten Glaubens stellen wir den Satz obenan: die Kenntniß des Erwerbers von einem Hinderniß seines Erwerbes ersetzt ihm gegenüber die Einschreibung; der wirklichen Kenntniß steht aber die unentschuldbare Unkenntniß gleich.

Hieraus ergibt sich als einfache Folge, daß ein Mangel des Erwerbes, von welchem der Erwerber Kenntniß besaß oder besessen haben sollte, mit der Berufung auf die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches nicht gedeckt werden kann. Insofern treten die Regeln des allgemeinen Civilrechtes wieder in ihre Kraft.

Je nachdem nun dieser Erwerbsmangel die
Neue Folge XVII. Band.

Möglichkeit der Geltendmachung Jedem eröffnet, in dessen Rechte die Aufrechthaltung des Erwerbes beeinträchtigend eingreift, oder bloß ein persönliches Anfechtungsrecht begründet, wirkt auch die Schlechtgläubigkeit bald absolut bald relativ. So ist z. B. das Eigenthum des Verpfänders ein Erforderniß für die gültige Entstehung seines Hypothekrechtes. Wurde daher der Gläubiger zur Zeit der Hypothekbestellung, daß der Verpfänder nicht mehr Eigenthümer des zu verpfändenden Grundstückes war, obwohl er als solcher im Hyp.-Buch noch erschien, so kann dieser Mangel mit Erfolg nicht bloß von dem damaligen wirklichen Gläubiger und dessen Erben gerügt werden sondern auch von seinen Sonderrechtsnachfolgern im Eigenthum, von den nachstehenden Hypothekgläubigern und im Fall des Konkurses sogar von den nicht versicherten Gläubigern. Anders dagegen z. B. wenn dem Erwerber einer hypothekarischen Forderung bekannt war, daß der Schuldner gegen den Cedenten eine aufrechenbare Gegenforderung besitze. In diesem Fall ist die Schlechtgläubigkeit für alle Personen außer dem Schuldner und seinen Erben völlig bedeutungslos. Freilich steht die Wirkung, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, keineswegs für alle Erwerbsmängel außer Streit z. B. nicht für die Umgehung der guts- oder lehnherrlichen Zustimmung bei der Verpfändung eines im Guts- oder Lehnsverbande stehenden Grundstückes⁴⁵⁾.

Die rechtliche Natur des Erwerbsmangels ist auch maßgebend für die Wirkung der Schlechtgläubigkeit in passiver Richtung d. h. für die Frage, gegen wen sie geltend gemacht werden kann. Doch nicht so vollkommen als nach der aktiven Seite hin;

⁴⁵⁾ Vgl. Bl. f. N. V. S. 160 Nr. 6, XVII S. 139, XXV S. 246 Note 67 und dagegen Lehner, Lehrb. des Hyp.-Rechtes §§. 27, 168.

denn es greift das Prinzip der Rechtskraft des Hyp.-Buches beschränkend ein. Wir haben früher gesehen, daß der Sonderrechtsnachfolger durch seine eigene Gutgläubigkeit gedeckt wird. Mag daher auch z. B. der ursprüngliche Gläubiger die Hypothek in dem Bewußtsein erworben haben, daß der Verpfänder das Eigenthum an der Sache bereits verloren hatte, so schadet dieß dem Cessionar nicht, wenn nur er bei der Cession von diesem Mangel im Rechte seines Vorgängers keine Kenntniß besaß.

M. vgl. die Ausführung oben §. 30.

Um das Ergebniß der eben gepflogenen Untersuchung schärfer herauszuheben, fasse ich dasselbe in folgende Sätze:

1) Der gute Glaube ist ein Erforderniß (Bedingung) für den Erwerb des Schutzes durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches; beim schlechten Glauben des Erwerbers behaupten die materiellen Mängel des Erwerbes ihre gewöhnliche civilrechtliche Wirkung.

2) Ist der materielle Erwerbsmangel nach Civilrecht befähigt, die Entstehung des dinglichen Rechtes auszuschließen, so ist der hypothekenrechtliche Erwerb bei vorhandener Schleghtgläubigkeit des Erwerbers nichtig, und zwar selbst dann, wenn er bereits in das Hyp.-Buch als Eintrag oder Vormerkung Eingang gefunden haben sollte. In soweit läßt sich der gute Glaube als mittelbares Erforderniß des dinglichen Erwerbes selbst bezeichnen.

3) Wenn dagegen der materielle Erwerbsmangel civilrechtlich den dinglichen Erwerb nur anfechtbar macht, so beschränkt sich die Wirkung des schlechten Glaubens darauf, der materiellrechtlichen Anfechtbarkeit des hypothekarischen Erwerbes Raum zu lassen.

4) Ein Hinderniß der Entstehung seines Rechtes kann dem schlechtgläubigen Erwerber von Jedem entgegengehalten werden, gegen welchen er

*

sein Recht zur Geltung bringen will. Das Recht der Anfechtung steht nur gewissen Personen zu, für Andere ist der Erwerb unangreifbar.

5) In passiver Richtung kann die civilrechtliche Wirksamkeit der materiellen Erwerbsmängel trotz Schlichtgläubigkeit des ursprünglichen Erwerbers gehemmt sein gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger in Folge dessen eigener Gutgläubigkeit.

§. 37.

Die vorstehenden Sätze erfreuen sich keineswegs sämtlich allgemeiner Anerkennung. Vielmehr findet sich bei Schriftstellern mehrfach die Behauptung vertreten, der hypothekarische Erwerb sei trotz der Schlichtgläubigkeit des Erwerbers in jedem Fall an sich gültig und unterliege nur der Anfechtung, wobei die Einen auf das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung verweisen,

Wächter *Erörter.* Heft I S. 208 fg.

die Anderen den Gesichtspunkt der civilrechtlichen Arglist hervorheben und in der *actio* und *exceptio doli* die Anfechtungsmittel erblicken.

Egner *a. a. O.* S. 62, 87 fg.

Melbon *a. a. O.* S. 89.

von Wyß in der *Zeitschr. für schweiz. Recht* XVII S. 137, 142 fg.

Ich will nun nicht entscheiden, ob diese Ansicht in dem Wortlaut anderer Gesetzgebungen, namentlich im württembergischen Pfandgesetz (Art. 89) eine Rechtfertigung findet. Aber vom allgemeinen Standpunkt aus muß ich die Richtigkeit derselben ernstlich bezweifeln. Die Anfechtungstheorie stützt sich einzig auf die Natur der Bucheinträge als Formalakte. Folglich kann sie sich nur auf denjenigen hypothekarischen Erwerb erstrecken, welcher im Hyp.-Buche beurkundet ist, nicht z. B. auf eine

außerbüchliche Cession. Angenommen daher, der Cessionar wußte beim Erwerb, daß der Cedent nicht verfügungsberechtigt ist, so würde nach der Anfechtungstheorie sein Erwerb bis zu dessen Vormerkung im Hyp.-Buch nichtig sein, von da an aber bestehen und bloßer Anfechtung unterliegen.

Die Bedeutung eines Formalaktes wird herein gesetzt, daß sein rechtliches Dasein unabhängig ist von den materiellen Voraussetzungen, die Entstehung einer Hypothek unabhängig von der Gültigkeit der Forderung, von der Einwilligung des derzeitigen Eigenthümers, von der Verfügungsfähigkeit des Verpfänders u. s. w. In diesem Sinn kommt nun die Formalnatur den Bucheinträgen nach vielen Gesetzen und insonderheit nach bayerischem Hypothekenrecht entschieden nicht zu. Für das Letztere geht dieß aus verschiedenen Vorschriften des Hyp.-Ges., namentlich aus den §§. 2, 4, 14, 21 mit Unzweideutigkeit hervor.

Allerdings kann eine Hypothek, welche zur Zeit der Eintragung wegen Ungültigkeit der Forderung oder wegen mangelnder Einwilligung des Eigenthümers nichtig war, durch die nachträgliche Entstehung der Forderung oder durch die Genehmigung der Verpfändung von Seite des Eigenthümers zur Gültigkeit gelangen; und dieser Fall zählt nicht gerade zu den seltenen Erscheinungen, indem viele Gläubiger die Aushändigung der Darlehenssumme bis zur Benachrichtigung vom Vollzug der Eintragung verschieben. Allein wir dürfen aus diesem Grund dem Bucheintrag nicht für die Zwischenzeit Rechtsbestand zuschreiben, nicht die Hypothek als vorhanden und nur anfechtbar erklären. Die zutreffende juristische Formel für diesen Schlummerzustand ist vielmehr relative oder heilbare Nichtigkeit. Ein Rechtsakt von der gedachten Beschaffenheit ist zunächst nichtig und trägt nur den Keim zu künftig möglicher

Gültigkeit in sich, so daß beim Eintritt des die Erstkräftigung wirkenden Ereignisses nicht nur kein neuer Eintrag nothwendig wird, sondern auch die Priorität des Eintrages sich nach dem alten Datum bestimmt.

Der praktische Unterschied von relativer Nichtigkeit und bloßer Anfechtbarkeit beruht aber darin, daß, weil das Richtige rechtlich nicht vorhanden ist, jede Nichtigkeit, auch die relative, von Jedermann geltend gemacht werden kann, welchem das richtige Recht entgegengesetzt werden will; während bei der Anfechtbarkeit nur gewisse Personen ein Recht zur Beseitigung der eingetretenen rechtlichen Wirkung besitzen, ein Recht, das ihnen überdies mit oder ohne ihren Willen z. B. durch Verzicht oder Verjährung verloren gehen kann. Wenn man daher in unserem Fall den Kreis der wegen schlichtgläubigen Erwerbes anfechtungsberechtigten Personen so weit faßt, wie Exner, wenn man Jeden für aktiv legitimirt erklärt, „dessen bürgerliche Interessen durch den fraglichen Tabularakt geschädigt oder gefährdet sind, ohne Rücksicht darauf, ob er sonst mit dem Gegner in einem Rechtsverhältniß steht oder nicht“, so schrumpft die praktische Tragweite der Meinungsverschiedenheit zwischen uns und den Vertheidigern der Anfechtungstheorie erheblich zusammen. Anders dagegen, wenn das Recht der Anfechtung auf diejenigen Personen beschränkt wird, deren Recht unmittelbar durch den auf schlechtem Glauben beruhenden hypothekarischen Erwerb beeinträchtigt wird, sowie auf deren Erben. Denn dazu gehört bei der Eintragung einer Hypothek nur der damalige Eigenthümer, nicht sein Sonderrechtsnachfolger, also auch nicht ein nachfolgender Hypothekgläubiger.

Man führt zu Gunsten der Anfechtungstheorie eine Autorität ins Feld, die gerade wir am wenigsten verschlagen dürfen, nämlich Bönnert, welcher im Kommentar I S. 282 äußert:

„derjenige, dem diese in bösem Glauben geschehene Handlung zum Nachtheil gereicht, ist befugt, sie anzufechten“.

Alein aus der unmittelbar darauf folgenden Darstellung erhellt, warum der Kommentator nur eine Anfechtbarkeit des Erwerbes annehmen zu dürfen glaubt: weil dasselbe Recht gegenüber einem gutgläubigen Sonderrechtsnachfolger unangreifbar wird. Der Satz: *nemo plus juris riq.* ist so tief in unser Fleisch und Blut übergegangen, daß uns die Geltung eines Rechts bei dem Nachfolger nothwendig die Geltung desselben bei dem Vorgänger zu bedingen scheint. Man übersieht aber hiebei das selbständige Eingreifen des Prinzips der Rechtskraft zu Gunsten des Sonderrechtsnachfolgers. Wenn in Folge dieses Grundsatzes allen Regeln des allgemeinen Civilrechts zuwider aus der Hypothekbestellung eines Nichteigenthümers ein vollgültiges Hypothekrecht entstehen kann: warum sollte nicht auch kraft desselben Prinzips durch das Uebertragungsgeschäft eines vermeintlichen Hypothekgläubigers in der Person des gutgläubigen Erwerbers ein vorher nicht vorhandenes Hypothekrecht ins Dasein gerufen werden können? Das auffallende Ergebnis, daß der Nachfolger mehr Rechte haben soll als sein Urheber, verschwindet, sobald man erwägt, daß der Erstere die Entstehung seines Rechtes im Grunde gar nicht aus der Berechtigung des Letzteren herleitet sondern aus der formellen Wahrheit des Hypothekenbuchinhaltes, daß er sich also, um es mit einem Worte zu sagen, überhaupt nicht auf ein Successionsverhältniß stützt, so wenig als der Eigenthümer, welcher sein Recht auf Erfindung oder auf einen handelsrechtlichen Erwerb gründet. Es liegt deshalb keine Nöthigung vor, aus dem angegebenen Grund im Widerspruch mit den im vorigen §. an-

geführten prinzipiellen Erwägungen zur Anfechtungstheorie überzugehen.

W. vgl. das preuß. Landr. I, 10 §. 10:

Weiß aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besizer über das Grundstück Verhandlungen schließt, daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer sei, so kann er dadurch zum Nachtheil des letzteren kein Recht erwerben.

§. 38.

bb. Dem Umfange nach.

Die Wirkung der Schlichtgläubigkeit beschränkt sich auf das Recht (Rechtsverhältniß oder rechtliche Thatsache), wovon der Erwerber Kenntniß hatte oder bei einiger Aufmerksamkeit Kenntniß haben konnte. Derselbe verwirkt durch das Bewußtsein von Einem Hinderniß seines Erwerbes nicht den Schuß der Oeffentlichkeit überhaupt, nicht einmal für diesen besonderen Erwerb in Ansehung anderer ihm unbekannt gebliebener Hindernisse.

Zwar könnte es scheinen, als ob nach dem Grundsatz: *beneficium indigno non datur* das Gegentheil anzunehmen sei. Allein gerade hier läßt sich recht schlagend darthun, wie ungerechtfertigt der oben bekämpfte subjektiv-ethische Standpunkt ist und wohin es führt, wenn man die Wirkung der Schlichtgläubigkeit als eine Strafe der unredlichen Handlungsweise auffassen wollte. Ein Erwerb darf darum nicht schlechtthin als ein unredlicher bezeichnet werden, weil der Erwerber einen Mangel derselben kennt⁴⁶⁾. Kann Jemand nicht in der Hoffnung erwerben, daß das Hinderniß hinterher gehoben

⁴⁶⁾ U. W. Prinz Einfluß S. 35.

werde? Daß z. B. der noch als Eigenthümer eingetragene verpfändende Nichteigenthümer in kurzer Zeit das Eigenthum zurückerwerben, daß der Schuldner von der exceptio Sci Macedoniani keinen Gebrauch machen werde u. s. w.? Oder kann er nicht den Vorfaß haben, dem ihm bekannten Mangel seines Erwerbes dereinst die Wirkung nicht zu bestreiten? z. B. es ist ihm bekannt, daß ein Dritter an dem verpfändeten Grundstück einen Nießbrauch hat. Der Gesetzgeber würde doch in der That bei der Möglichkeit solcher und ähnlicher Beweggründe mit der unterschiedslosen Unterstellung einer allgemeinen untreulichen Gesinnung des Erwerbers das Ziel erheblich überschießen.

Es spricht für die geltend gemachte Beschränkung noch folgender Grund. Die nicht aus dem Hyp.-Buch geschöpfte Kenntniß eines Mangels kann keine stärkere Wirkung haben als die dem Hyp.-Buch entnommene. Nun unterliegt aber keinem Zweifel, daß derjenige nicht völlig des Schutzes der Oeffentlichkeit verlustig wird, welcher aus einem Eintrag im Hyp.-Buch einen Mangel seines Erwerbs kennt z. B. einen Nießbrauch oder eine Einrede. Auch mag noch darauf hingewiesen werden, daß der bayer. Entwurf eines Sachenrechts der Schlechtgläubigkeit nur die beschränktere Wirkung beilegt. Dieß hat insofern Gewicht für die Auslegung des geltenden Rechts, als der Entwurf ausgesprochenen Maßen, vom Uebergang zum Grundbuchsystern abgesehen, eine prinzipielle Abweichung von den „bewährten Grundlagen des bisherigen Hypothekensrechts“ nicht beabsichtigt.

Motive zum genannten Entwurf S. 31 fg. S. 108.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Ueber die Voraussetzung des häuslichen Zusammenwohnens der Ehegatten bei Beerbung nach dem in München geltenden Privilegium Albertinum.

Hierüber kommt in einem oberstrichterlichen Erkenntnisse Folgendes vor:

Nach dem Privilegium des Herzogs Albrecht vom Jahre 1500 erbt der überlebende Ehegatte den verstorbenen, wenn beide kinderlos und ohne Erbvertrag ehelich und häuslich bei einander wohnen. Daraus folgt per argumentum e contrario, daß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nicht besteht, wenn zur Zeit des Todes des verstorbenen das eheliche oder häusliche Zusammenwohnen beider Eheleute nicht mehr statt fand, gleichgültig, ob die Trennung der Eheleute durch Lossagung des einen, freiwillige Uebereinkunft beider oder richterliches Urtheil erfolgt ist.

Im gegebenen Falle kann nun das Verhalten der K.'schen Eheleute zur Zeit des Todes des Anton K. zunächst nicht in Betracht kommen, weil die durch die Geisteskrankheit des Ehemannes hervorgerufene faktische Unmöglichkeit des Zusammenlebens beider Eheleute dem Rechte der Frau auf den Nachlaß ihres Mannes nicht präjudizirlich sein kann; dieses Recht müßte anerkannt werden, wenn feststände, daß beide Eheleute bis zur Verbringung des Anton K. in das Irrenhaus ehelich und häuslich zusammengewohnt haben, was jedoch nicht der Fall war.

Es ist noch beigefügt, daß die allenfallsige Absicht der K.'schen Ehefrau, nach Genesung ihres Mannes ihr Zusammenleben mit demselben wieder

fortzusetzen, unerheblich, zudem gleichfalls durch natorische Thatsache widerlegt sei.

DAßErk. v. 11. Apr. 1871 RRr. 693 v. 1870. hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

2.—15. Mai.

I. Zur Proz.-Ordn. vom 29. Apr. 1869.

Art. 106, 109. Wenn bei theilweiser Entbindung und theilweiser Verurtheilung des Beklagten die sämtlichen Kosten kompensirt wurden, so kann hierauf auch dann keine Richtigkeitsbeschwerde gegründet werden, wenn der eine Ausspruch ein Beweisverfahren, der andere ein solches nicht erforderte. Urth. v. 13. Mai SBR. 522.

Art. 409. Wenn die beweispflichtige Partei die an der Vernehmungstagfahrt vorzuführenden Zeugen der Gegenpartei zwar kund gemacht (Art. 412), aber deren Vorladung durch den Gerichtsvollzieher unterlassen hat, so hat dieß für sie den Nachtheil, daß beim Ausbleiben der Zeugen nicht gegen diese nach Art. 427 verfahren werden und die Partei sie so verlieren kann. Sind aber die Zeugen auch ohne Ladung durch den Gerichtsvollzieher zur Vernehmungstagfahrt erschienen, etwa von der vorführenden Partei zu dieser mitgebracht worden, so hat das Gericht nicht das Recht, deren Vernehmung wegen mangelnder Ladung zu verweigern. Urth. v. 6. Mai SBR. 459.

Art. 465 mit 180, 460 u. 463. Wenn in der für die Eibestellung bestimmten Sitzung der

Schwurpflichtige Kläger erklärt, daß er den Eid nicht nach dem vorläufig festgesetzten Eidesfrage sondern nur in einer anderen Fassung leisten könne, und diese Fassung zwar eine Aenderung der Klage enthält, der Beklagte aber sich dieser nicht widersetzt, sondern die Ableistung des Eides in der veränderten Fassung geschehen läßt, ohne Berufung anzuzeigen, so kann nach erfolgter Eidesleistung die Klage nicht mehr wegen Klageänderung abgewiesen, sondern es muß dem Endurtheile die dem geleisteten Eide entsprechende tatsächliche Klagebegründung unterstellt werden. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Schwurpflichtige zur Leistung des geschworenen Eides nur mit Vorbehalt der richterlichen Entscheidung über die Wirksamkeit dieser Eidesleistung zugelassen wurde, da nach Art. 460 Abs. 2 die Festsetzung des Eidesfrages in der zur Eidesleistung anberaumten Sitzung endgiltig, daher ein solcher Vorbehalt unzulässig und wirkungslos ist. Urth. v. 7. Mai *HW*Nr. 537.

Art. 682, 683. Gegen Urtheile in Ehescheidungsprozessen, welche bloß die in Art. 44 der Nürnberger Ehescheidungsordnung vorgesehene sechswoöchentliche Bedenkfrist vorstrecken, ist Berufung nicht zulässig, da solche Urtheile keine Endurtheile und denselben nicht gleichgestellt sind, auch in dem analogen Falle des Art. 670 d. *Proz.*-*Ordn.* die Berufung vom Gesetze nicht zugelassen ist. Urth. v. 6. Mai *HW*Nr. 498.

Art. 788, 795. Gegen ein Urtheil, welches mit der Berufung angefochten werden kann, ist keine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Urth. v. 4. Mai *HW*Nr. 530.

Art. 790. Wenn tatsächlich feststeht, daß der Beklagte dem Kläger dieselbe Leistung aus zwei verschiedenen Verpflichtungsgründen schuldet, und der Richter des letzten ordentlichen Rechtszuges den

Beklagten wegen Liquidität des einen Verpflichtungsgrundes verurtheilt, hiebei aber das Gesetz unrichtig angewendet hat, so kann das Urtheil dennoch nicht cassirt werden, wenn die Verurtheilung durch die Liquidität des anderen Verpflichtungsgrundes gerechtfertigt erscheint. Urth. v. 11. Mai SBNr. 536.

Art. 791. Die Feststellung, daß die in einem administrativen Protokolle niedergelegten gegenseitigen Aeußerungen nach der Veranlassung und dem Wortlaute dieses Protokolles nicht in der Absicht gemacht worden seien, ein bindendes Versprechen zu geben und anzunehmen, ist thatsächlicher Natur und kann, wenn dabei keine gesetzliche Vorschrift verletzt wurde, durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden. Urth. v. 3. Mai SBNr. 527.

Art. 800 mit 202, 203, 211, 218 und 816. Wenn die obsiegende Partei verstorben ist, so kann die Nichtigkeitsbeschwerde mit Wirksamkeit nicht erhoben werden durch Zustellung der Beschwerbeschrist an die Erben insgesammt nach Vorschrift des Art. 211, sondern nur durch Zustellung an jeden einzelnen der Erben oder einen Zustellungsbevollmächtigten derselben und jedenfalls unter Bezeichnung der einzelnen Erben nach Vor- und Familiennamen, Stand oder Gewerbe und Wohnort¹⁾. Urth. v. 24. Apr. SBNr. 439.

Art. 853 Abs. 3 mit Art. 842. Nach rechtskräftiger Verurtheilung und zugestelltem Befriedigungsgebote deponirte der Beklagte die urtheilsmäßige Schuld und stellte sodann Widerspruchsklage, durch die er weitere Gegenforderungen nach Art. 868 Ziff. 4 geltend machte. Gegen das hierauf in I.

¹⁾ Die Nichtigkeitsbeschwerde war in Gemäßheit des Art. 820 Abs. 2 der Proz.-Ordn. ergriffen, daher obiger Ausspruch in einer Plenarsitzung d. ob. Ohsf. erfolgte. Er wird hier nachgetragen, da er in der letzten Nr. der Blätter übersehen war.

Instanz ergangene Urtheil legte der Widerspruchsbeklagte Berufung erst nach dem Ablaufe von 15 Tagen ein, welche als verspätet verworfen wurde. Auch die hiegegen erhobene Wichtigkeitsbeschwerde wurde verworfen, weil mit der Zustellung des Befriedigungsgebotes die Vollstreckung begann, daher die Berufungsfrist nur 15 Tage lief. Urth. v. 13. Mai 5B Nr. 534.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Eigenthum. Expropriation. Ges. v. 17. Nov. 1837 Art. V Ziff. 2. Auf Grund von lit. a, c und d a. a. O. kann dem Eigenthümer kein Ersatz zugesprochen werden für den angesprochenen Affektions-Mehrwerth, welchen das Anwesen bewegen haben soll, weil es der Eigenthümer zu eigener Benützung nach seinem Geschmacke und Bequemlichkeit eingerichtet hatte, auch nicht dafür, daß derselbe, bis er sich ein anderes ebenso einrichten könne, ein provisorisches Unterkommen suchen und Umzüge machen müsse, auch nicht für verhinderte Erndtung von Früchten, wenn ein Ersatz hiefür gar nicht angesprochen und liquidirt wurde. Urth. v. 3. Mai 5B Nr. 431.

Eigenthumsvorbehalt. C. Obligationenrecht: Verkauf zc.

Hypotheken. Hyp.-Ges. §. 56. C. Obligationenrecht: Delegation zc.

Obligationenrecht. Gegenstand der Verträge. Aus einem Uebereinkommen, wodurch dem einen Paziscenten für den Fall des Eintrettes eines Ereignisses, welcher das Unterlassen des Mitbietens bei einer Zwangsversteigerung von Seiten des Promissars voraussetzt, Leistungen versprochen werden, können diese nicht eingeklagt werden, wenn

Versprechen und Versteigerung in die Zeit der Herrschaft des bayerischen StGB. v. 10. Nov. 1861 fielen. Urth. v. 6. Mai *SB* Nr. 539.

Form der Verträge. Not.-Ges. Art. 14. Wenn thatsächlich feststeht, daß durch ein nach dem notariellen Abschlusse eines Gutskauf- bzw. Uebergabvertrages mündlich gegebenes Versprechen des Käufers bzw. Uebernehmers, dem Verkäufer bzw. Gutzüberger eine Geldsumme zu zahlen, der notariell pactirte Kauf- bzw. Uebergabsschilling um den versprochenen Betrag erhöht werden sollte, so ist dieses Versprechen nichtig. Urth. v. 11. Mai *SB* Nr. 515.

S. auch Erbrecht: Erbschaftskauf.

Verkauf mit Eigenthumsvorbehalt. Wenn eine verkaufte bewegliche Sache dem Käufer nicht bloß auf beliebigen Widerruf tradirt sondern ihm der Kaufpreis kreditirt und nur zu dessen Sicherung das Eigenthum an dem tradirten Kaufobjekte vom Verkäufer sich vorbehalten wurde, so kann dieser gegen einen Dritten, welcher die Sache pfänden und verkaufen ließ, den Eigenthumsanspruch dann nicht mit Erfolg geltend machen, wenn der Erlös aus der Sache und aus ihrem mittlerweile erfolgten Zuwachse (im gegebenen Falle aus der mit Eigenthumsvorbehalt verkauften Kuh und dem von ihr mittlerweile gebrachten Kalbe) zur Befriedigung des Gläubigers und überdieß zur Deckung des kreditirten Kaufpreises zureicht. Urth. v. 11. Mai *SB* Nr. 516.

Bürgschaft. Novation. Bayer. LN. Th. IV Kap. XV §. 4 Nr. 6. Wenn eine Schuld, für welche ein Dritter Bürge geworden, durch Novation in eine andere umgewandelt wird, so kann die Fortdauer der Haftung des Bürgen für die neue Schuld nicht durch einen von dem Hauptschuldner und Gläubiger allein gemachten Vorbe-

halt, sondern nur durch Zustimmung des Bürgen bewirkt werden. Urth. v. 4. Mai §WMr. 531.

Delegation und Expromission. §. 3 Inst. 3, 30; L. 8 Cod. 8, 42; Bayer. LR. Th. IV Kap. XV §. 4 Nr. 1, §. 5 Nr. 2, §. 6 Nr. 1; Hyp.-Ges. §. 56. Wenn der neue Erwerber eines verhypothekirten Gutes die darauf haftende Hypothekschuld des Verkäufers mit Zustimmung des Gläubigers übernimmt, so wird der ursprüngliche Schuldner nur dann auch von der persönlichen Haftung für die Schuld befreit, wenn dieß der Gläubiger ausdrücklich erklärt hat. Urth. v. 11. Mai §WMr. 536.

Familienrecht. Schenkung des Vaters an sein Hauskind. Bayer. LR. Th. I Kap. V §. 2 Nr. 4 und Anm. zu Th. III Kap. VIII §. 9 lit. e. Eine reine Schenkung, welche der Vater einem noch in seiner Gewalt stehenden Kinde macht, bildet zwar ein bonum profectitium im Sinne der Anm. z. bayer. LR. Th. III Kap. I §. 15 Nr. 5 u. 6, welches als solches der Kollation unterworfen ist, aber kein peculium profectitium, weil sie nicht im Eigenthum, Nutzgenusse und Besitze des Vaters bleibt sondern in das Vermögen des Kindes übergeht, welchem daran nicht, wie bei dem peculium prof., nur Detention und Verwaltung bis zu einer Revo- kation von Seite des Vaters zusteht. Urth. v. 11. Mai §WMr. 445.

Erbrecht. Erbschaftskauf. Der Verkauf einer vom Erben durch Antretung erworbenen Erbschaft, unter welcher sich Immobilien befinden, ist ohne notarielle Verlautbarung nichtig. Urth. v. 3. Mai §WMr. 533.

77.

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

Dr. J. A. Heuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Hat der Werbesteller das Wort angenommen, so kann er wegen nicht sofort erkennbarer Mängel nicht bloß Entschädigung vom Werkmeister verlangen, sondern denselben auch alternativ zur nachträglichen Wendung der Gebrechen anhalten, wenn nicht eine Verzicht durch konkludente Handlung entgegensteht. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Gläubigerrechts und Gläubigerprozesses. 16.—29. Mai.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 39.

f) Vom Beweis des guten Glaubens.

Zu den landläufigsten Sätzen in der Rechtswissenschaft zählt die Behauptung, daß für den guten Glauben eine Rechtsvermuthung stehe.

J. B. Arndts, Lehrb. der Pandekten §. 114 a. E.

Dieselbe hat sich so sehr in Theorie und Praxis einzubürgern gewußt, daß es fast verwegen erscheint, sie um ihre Legitimation zu befragen oder gar ihr die Berechtigung abzusprechen. Und doch kann ich ein doppeltes Bedenken gegen ihre Wichtigkeit nicht unterdrücken, ein mehr theoretisches oder doktrinales und ein praktisches.

Man will mit dem Satze ausdrücken, daß kraft Rechtsvorschrift die Redlichkeit einer Person bis zum Beweise des Gegentheiles vorausgesetzt werde. Wer mithin auf redlichen Erwerb oder redlichen Besitz einen Anspruch gründet, der ist vom Beweise dieser Eigenschaft seines Erwerbes oder Besitzes frei; die Beweislast trifft den Gegner, welcher das Vorhandensein der Redlichkeit bestrittet.

Neue Folge XVII. Band.



Allein diese Merkmale kennzeichnen nicht das Wesen der Rechtsvermuthung sondern der gesetzlichen (oder gewohnheitsrechtlichen) Annahme. Die Rechtsvermuthung befreit nicht die nach allgemeinen Grundsätzen beweispflichtige Partei vom Beweise, sie wälzt nicht, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, die Beweislast auf den Gegner, sondern sie erleichtert nur jener Partei die Beweisführung, indem sie ihr gestattet, an Stelle der zu erweisenden Thatsache eine andere dem Richter zur Ueberzeugung zu bringen, von welcher kraft Rechtsfages auf das Dasein der ersteren zu schließen ist.

Unger, österr. Privatr. II S. 581.

Within geht ein Rechtsfag, welcher von dem Beweise des guten Glaubens völlig befreit und die Beweislast dem Gegner überbürdet, über den Begriff einer Rechtsvermuthung hinaus, er begründet eine gesetzliche Annahme.

Ein solcher Rechtsfag besteht aber nur partikularrechtlich.

S. J. B. im preuß. Vandr. I, 7 §§. 18 (19, 20), 179.

Für das gemeine Recht ist er weder aus dem römischen noch aus dem kanonischen Recht nachzuweisen.

Goldschmidt in seiner Zeitschrift VIII S. 42 Note 32.

Aus seiner vielfältigen Anerkennung in richterlichen Urtheilen und in wissenschaftlichen Werken eine gewohnheitsrechtliche Geltung abzuleiten, verbietet die Warnung des Juristen Celsus in L. 39 de legib. 1,3:

Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Gegen die gesetzliche Annahme des guten Glaubens erklären sich u. A.

Savigny, Obl.:R. II S. 149 fg.

Windscheid, Pand. §. 177 Ziff. 4.

Seuffert's Arch. IX Nr. 206.

Uebrigens ist die praktische Abweichung der beiden Ansichten da keine sehr erhebliche, wo der richterlichen Beweiswürdigung die erforderliche Freiheit verstattet ist. Der gute Glaube ist eine innere Thatsache, welche nur aus den die betreffende Handlung (Erwerb) oder den betreffenden Zustand (Besitz) begleitenden Umständen erschlossen werden kann. Sofern nur diese Umstände farblos sind, greift die Erfahrung ein, daß der unredliche Erwerb oder unredliche Besitz, weil gefährlich oder unsicher, nicht die Regel bildet. Man kann daher sagen, der Redlichkeit stehe eine tatsächliche Annahme zur Seite. Allein sobald die Umstände das Zutreffen dieser Regel im einzelnen Fall zweifelhaft machen oder gar den Verdacht der Unredlichkeit erwecken, hat derjenige, welcher sich auf den guten Glauben beruft, dem Richter besondere Anhaltspunkte an die Hand zu geben, welche auf die Redlichkeit des Erwerbes oder Besitzes schließen lassen, ohne daß der Beguer seinerseits eine Widerlegung der Redlichkeit versucht hätte.

Ziebarth, die Realexecution und die Obligation
S. 264 fg.

Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch für den guten Glauben als Erforderniß des hypothekensrechtlichen Schutzes.

4) Entgeltlichkeit des Erwerbes.

§. 40.

Der Schutz, welchen die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches dem hypothekarischen Erwerber gewährt, geht auf Kosten eines wirklichen Berechtigten. Die Billigkeit fordert, solche Vergünstigung nur zur Abwendung positiven Schadens eintreten zu lassen, nicht auch zur Erhaltung eines reinen Gewinnes; mit anderen Worten, der Schutz soll sich nur auf den entgeltlichen Erwerb erstrecken. Diese Beschränkung steht auch keineswegs mit dem Zweck

des Oeffentlichkeitsprinzips, der Förderung der Verkehrssicherheit, in Widerspruch. Denn unentgeltliche Geschäfte haben für den Verkehr keine so erhebliche Bedeutung, um einen immerhin empfindlichen Eingriff in den ordentlichen Gang des Rechtes zu rechtfertigen. Will man diesem Gedanken einen schroffen Ausdruck geben, so kann man sagen: Schenkungen und Vermächtnisse sind keine Verkehrsgeschäfte.

An Beispielen für die Anerkennung der erwähnten Billigkeitsforderung fehlt es weder im älteren noch im neueren Recht. Gegen die *actio Pauliana* ist der gutgläubige Erwerber nur dann geschützt, wenn er gegen Entgelt erworben hat.

L. 6 §. 11 §. 13 quae in fraudem credit.
42, 8.

Die *exceptio doli* aus der Person des Rechtsvorgängers ist nur gegen denjenigen Sonderrechtsnachfolger wirkungslos, der seinen Erwerb auf einen lästigen Titel stützt.

L. 4 §§. 28—31 de exc. doli 44, 4.

Daß Schenkungen, Vermächtnisse, Mitgiftbestellung nicht die Grundlage des Eigenthumserwerbs gemäß Art. 306 des *§. 306* sein können, unterliegt keinem Zweifel, denn die Veräußerung muß „im Handelsbetrieb“ erfolgt sein.

Goldschmidt a. a. O. S. 15.

Man vgl. ähnliche Vorschriften im

Preuß. Landr. I, 15 §§. 42—44.

Oesterr. Ges.-Buch §. 367.

So schien denn auch der preussischen und bayerischen Hypothekengesetzgebung unbillig, daß das materielle Recht durch die formale Kraft des Hyp.-Buches zu Gunsten eines Erwerbes überwunden werde, welcher reinen Gewinn für den Erwerber darstellt. Indessen stellen beide Gesetzgebungen das Erforderniß der Entgeltlichkeit ausdrücklich nur in Einer Anwendung auf, das preussische Recht für den Erwerb „von Rechten auf eine eingetragene Forder-

ung“, daß bayerische für den Erwerb „einer eingetragenen Hypothek“.

Preuß. Landr. I, 20 §. 423.

Bayer. Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4 (vgl. den Wortlaut oben §. 11 a. E.).

Dies legt vor Allem die Frage nahe, ob die Entgeltlichkeit des Erwerbes den Schutz der Öffentlichkeit bloß in dem vom Gesetz hervorgehobenen Fall bedinge oder ob sie eine allgemeine Voraussetzung für den Sieg der formalen Kraft des Hyp.-Buches über das materielle Recht bilde.

Für die Entscheidung der Frage im letzteren Sinn läßt sich außer der an die Spitze gestellten allgemeinen Erwägung anführen:

a) daß von einem unentgeltlichen Erwerb nicht wohl gesagt werden könne, er geschehe im Vertrauen auf das Hyp.-Buch — ein Grund, der namentlich von Schriftstellern des österreichischen Rechtes betont wird⁴⁷⁾;

b) insbesondere für das bayerische Recht, daß die Sätze des §. 26 Hyp.-Ges. nur Folgerungen aus dem allgemeinen Prinzip der Rechtskraft des Hyp.-Buches enthalten, wie aus den Eingangsworten dieses §. erhelle: „Diesen Bestimmungen (§. 25) gemäß kann insonderheit u. s. w.“.

Trotzdem scheinen mir die Gründe, welche gegen die Erweiterung des fraglichen Erfordernisses über den Wortlaut des Gesetzes sprechen, überwiegend. Denn

ad a) was aus dem Ausdruck „eine im Vertrauen auf das Hyp.-Buch vorgenommene Handlung“ zu folgern ist, wurde oben §§. 20—22 gezeigt. Daraus die Entgeltlichkeit des Erwerbes abzuleiten, ist gewagt, da auch der Wille, eine Schenkung, ein Vermächtniß oder eine Doctbestellung anzunehmen, sehr wohl durch die Rücksicht auf

⁴⁷⁾ Vgl. die Literatur für und wider bei Erner a. a. D. S. 63 Note 11.

den Bestand des Rechtes nach dem Ausweis des Hyp.-Bucheß hervorgerufen sein kann.

ad b) Die Unstichhaltigkeit dieses Grundes wurde schon oben nachgewiesen (vgl. §. 11 a. E.).

Allgemeine Grundgedanken aber, wie der Eingang dieses §. erwähnte, oder gar der noch weitere, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe, können nur zur Beleuchtung und Erklärung vorhandener Rechtsätze dienen, niemals ein Prinzip abgeben, aus welchem Rechtsätze durch bloße Schlußfolgerung herzuleiten sind.

Dabei ist noch gar nicht der Schwierigkeiten gedacht, welche die Anwendung unseres Erfordernisseß über den im Befehle bezeichneten Umfang im Gefolge hätte, Schwierigkeiten, die so bedeutend sind, daß eine gesetzgeberische Lösung kaum zu entbehren wäre. Ist z. B. der ursprüngliche Erwerb eines Hypothekrechtes ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Erwerb?

Es folgt also, daß nur bei dem Erwerb einer bestehenden Hypothekforderung der Schutz der Oeffentlichkeit durch die Entgeltlichkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes bedingt ist. Nicht einmal die Verpfändung einer hypothekarischen Forderung untersteht diesem Erforderniß⁴⁰⁾.

§. 41.

Daß in Rede stehende Erforderniß gibt noch zu folgenden Bemerkungen Anlaß.

1) Daß Hyp.-Bef. verlangt einen „lästigen Titel“. Folglich muß nach der Natur des dem Er-

⁴⁰⁾ Auch für das preußische Recht scheint die beschränkende Auslegung entschieden die Oberhand zu besitzen. Zwar vertheidigt Prinz Einfluß S. 32 ff. 48 ff. die allgemeinere Geltung, aber aus wenig überzeugenden Gründen. Vergl. dagegen Förster preuß. Privatr. III S. 166 Note 33.

werb der Hypothekforderung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes auch dem Erwerber ein vermögensrechtliches Opfer auferlegt sein. Solche Geschäfte sind vornämlich: Kauf, Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt, Ueberweisung bei der Theilung einer Vermögensgemeinschaft (unter Miterben oder Gesellschaftern), Vergleich, welcher ja immer ein gegenseitiges Opfer zur Voraussetzung hat (C. 2. 38 de transact. 2,4). Dagegen ist vom Schuß der Oeffentlichkeit ausgeschlossen der Erwerb aus: Schenkung, Vermächtniß, Mitgiftbestellung. Erbgang zählt auch zu den nichtlästigen Titeln, allein der Erbe entbehrt nicht bloß wegen dieses Mangels der Berufung auf die Rechtskraft des Hyp.-Buches (vgl. oben §. 20 Ziff. 2).

2) Es kann vorkommen, daß der Erwerb einer Hypothekforderung theilweise entgeltlich theilweise unentgeltlich ist. A. und B. sind Erben des F., welcher noch im Hyp.-Buch als Inhaber einer Hypothekforderung vorgetragen ist, obwohl er dieselbe schon längst an C. (cessionarius) abgetreten hatte. Bei der Erbschaftsausseinandersetzung übernimmt A. diese Hypothekforderung ganz auf seinen Theil⁴⁹⁾, und hat folglich dieselbe, soweit sie ihm unmittelbar durch die Erbfolge zukam, unentgeltlich, soweit er aber den Erwerb auf die Abtretung des Antheiles von Seite seines Miterben zurückführt, gegen Entgelt. Eine folgerichtige Anwendung des hypothekenrechtlichen Grundsatzes führt zu dem Ergebnis, daß A. nur auf die Hälfte der Hypothekforderung gegen die Ansprüche des C. geschützt ist. Man könnte dagegen einwenden, daß A. den Antheil des B. nur als Erbsatz für ein Erbschaftstück erwerbe, so daß dieser Antheil

⁴⁹⁾ Gemeintlich ist der Theilungsrichter angewiesen, bei Erbschaftsforderungen wo möglich die Zerspaltung aus dem Erbgang durch Zuweisung der Theile einer Forderung an einen der Erben unschädlich zu machen. L. 3 sam. herc. 10,2; L. 11 de distract. pign. 20,5.

selbst den Charakter eines Erbschaftsstückes erhalte nach der Regel: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* (L. 22 H. P. 5,3).

Alein damit würde man willkürlich dem Erwerbsgrund der Forderung, wovon das Hyp.-Ges. allein spricht, den Erwerbsgrund des Entgelts der Forderung unterschieben. Die angeführte Regel aber bezeichnet nur eine eigenthümliche Erstreckung der Erbschaftsklage, damit der Erbschaftsbesitzer nicht auf Kosten des wirklichen Erben eine Bereicherung behalten soll; ein allgemeines Prinzip ist darin nicht niedergelegt.

Puchta, Vorlesungen Bb. I Weil. XVI.

Ebenso wenig liegt ein unentgeltlicher Erwerb vor, wenn der Vermächtnisnehmer vom Vermächtnisträger statt der vermachten 1000 fl. eine Hypothekforderung an Erfüllungstatt annimmt.

Ein anderes von

Wächter, Erörterungen I S. 244 Note 72 geltend gemachtes Bedenken geht dahin, daß der Erwerb des Erben, welcher die ganze Forderung zugewiesen erhält, auch in Ansehung der Antheile seiner Miterben nicht auf Grund des öffentlichen Buches stattfinden, wenn dieselben darin noch nicht als Eigener vorgetragen waren. Das ist jedoch nur richtig, soweit sich der Erwerber auf Erwerbserfordernisse stützt, die lediglich auf die Person seiner Miterben Bezug haben z. B. auf ihre Erbeneigenschaft, auf den Erbschaftsantritt. Dafür bietet ihm das Hypothekenbuch keinen Schutz. Dagegen handelt er im Vertrauen auf das Hypothekenbuch, indem er annimmt, daß sein mittelbarer Rechtsvorgänger, der Erblasser, bis zu seinem Tode der Berechtigte gewesen sei, wie ihn das Hyp.-Buch ausweist. Und dafür steht ihm in seiner Eigenschaft als Sonderrechtsnachfolger der Schutz der Oeffentlichkeit allerdings zur Seite⁵⁰⁾.

⁵⁰⁾ Mit uns stimmt Exner a. a. O. S. 65.

3) Ist die Hypothekforderung bereits durch mehrere Hände gegangen und derjenige, welcher den Schutz der Oeffentlichkeit für sich anruft, nur mittelbarer Nachfolger des ursprünglichen Hypothekgläubigers, so ist so viel gewiß, daß ihm der Schutz zukommt, wenn sein Erwerb ein entgeltlicher ist, und daß ihm ein unentgeltlicher Erwerb eines seiner Rechtsvorgänger nicht schadet.

Wie aber im umgekehrten Fall? Ich glaube, die prinzipiellen und Zweckmäßigkeitgründe, welche oben (§. 30) für die verwandte Frage beim guten Glauben hervorgehoben wurden, finden hier nicht minder Anwendung und führen zu dem Ergebnis, daß der hypothekenrechtliche Schutz für jeden Forderungsinhaber begründet ist, wenn nur einer der vorgehenden Cessionare die Forderung unter einem lästigen Titel und so weiter dadurch den Schutz erworben hat.

4) Was die Beweislast hinsichtlich des hier besprochenen Erfordernisses anlangt, so neige ich mich der Ansicht zu, daß dieselbe denjenigen trifft, welcher auf den hypothekenrechtlichen Schutz Anspruch macht. Es ist zwar richtig, daß der Cessionar für den Beweis des Forderungserwerbes nicht nothwendig den Cessionsgrund darzuthun hat; es genügt, wenn er das Cessionsgeschäft beweist z. B. durch Vorlage eines vom Cedenten verfaßten Cessionsbekenntnisses, welches bei beurkundeten Forderungen als Vermerk unter die Schulburskunde gesetzt zu werden pflegt.

Bähr in Thering's Jahrb. I S. 396.

Alein hier ist nicht sowohl der Erwerb der Forderung als vielmehr der Erwerb des hypothekenrechtlichen Schutzes in Frage, und dessen Voraussetzungen muß bestrittenen Falls derjenige beweisen, welcher sich darauf stützt.

A. M. Egner a. a. O. S. 64.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Hat der Werkbesteller das Werk angenommen, so kann er wegen nicht sofort erkennbarer Mängel nicht bloß Entschädigung vom Werkmeister verlangen, sondern denselben auch alternativ zur nachträglichen Wendung der Gebrechen anhalten, wenn nicht ein Verzicht durch konkludente Handlung entgegensteht.

(Gemeines Recht.)

Hierüber lassen die Motive eines oberstrichterlichen Erkenntnisses Folgendes entnehmen.

Der Uebernehmer ist gesetzlich verbunden, das gebungene Werk der Bestellung gemäß und fehlerfrei zu verfertigen oder auszuführen und hiebei für jedes Versehen einzustehen — l. 13 §. 1, 5, 6, l. 25 §. 7, l. 51 §. 1 Dig. Loc. cond. (19, 2); Puchta Pandekten Aufl. 6 S. 522.

Der Uebernehmer, welcher sich nicht an die Vorschrift des Bestellers hält, macht etwas Anderes, als ihm aufgetragen war, und der, welcher ein fehlerhaftes Werk liefert, handelt nicht minder gegen die Vorschrift, wenn auch nicht gegen die ausdrückliche, doch gegen die sich von selbst verstehende.

Daß dem Besteller gegen den Uebernehmer wegen fehlerhafter Fertigung des Werkes die actio Locati zu Gebote steht, läßt die angezogene Digestenstelle l. 51 klar entnehmen; worauf diese Klage in einem solchen Falle geht, darüber enthalten jedoch die Quellen keine Bestimmung; es ist daher zu untersuchen, ob, da nach klägerischer Behauptung das von dem Beklagten gelieferte Werk (Gebäude) theilweise an wesentlichen Mängeln leidet, der Kläger ausschließend darauf angewiesen ist, Schadensersatz zu verlangen, das Interesse geltend zu machen, oder ob die hier von dem Kläger gewählte Klage auf Vertragserfüllung von Seite des Beklagten durch Verbesserung der hinsichtlich der Bedachung des fraglichen Hauses angezeigten Fehler, vielmehr durch erneute fehlerfreie Herstellung jener mangelhaften Bedachung gegenwärtig Platz greift.

Daß der Besteller in einem so gelegenen Falle sich mit bloßem Schadenersatz begnügen könne, leidet wohl keinen Zweifel, ebensowenig, daß sich Fälle denken lassen, in welchen das Begnügen des Bestellers mit Entschädigung sogar zur zwingenden Nothwendigkeit wird (Verderbing, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, S. 95 ff., insbesondere S. 98; Ann. z. bay. R. Th. IV Kap. VI §. 7 Nr. 2, d), was überhaupt allemal dann eintritt, wenn die Erfüllung des Kontraktes ganz unmöglich ist.

Die actio locati conducti ist regelmäßig, wie alle s. g. actiones bonae fidei) auf Erfüllung der unter den Theilen geschlossenen Uebereinkunft gerichtet: l. 51 cit. princ., l. 15 §. 1 Dig. eod. im Vergleiche mit l. 11 §. 1 Dig. de act. emt. et vend. (19, 1).

Der Besteller darf also im Klagswege darauf antragen, daß der Uebernehmer gerichtlich verhalten werde, das Fehlerhafte in Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung das gedungene Werk fehlerfrei zu liefern, zu verbessern oder nach Umständen das Mangelhafte neu herzustellen, insoferne dieses nemlich nicht anders geschehen kann — Verderbing a. a. O. S. 98, 99.

Der Fall der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung durch den Beklagten in der von dem Kläger so begehrten Weise der erneuten fehlerfreien Herstellung der beanstandeten Bedachung des Hauses ist hier nicht entfernt gegeben, und es erscheint der Einwurf unbehelflich, daß die Neuherstellung des mangelhaften Daches nicht mehr unter den ursprünglichen, zur Zeit der getroffenen Vereinbarung bestandenen Verhältnissen namentlich in Bezug auf die damaligen, für Material und Arbeit zu Grunde gelegten Preise und Löhne stattfinden könne; denn sollten inzwischen die hiefür bestehenden Preise und Löhne sich erhöht haben und der Beklagte hieraus einen pekuniären Nachtheil erfahren, so trafe ihn

solcher mit Recht als die Folge seines schuldhaften Verfahrens — l. 203 Dig. de R. J. (50, 17).

Nicht minder vergeblich zeigt sich die Bekämpfung des Revidenten, gefehrt gegen die zweitrichterliche, übrigens schon vom Erstgerichte getheilte Annahme, daß im vorliegenden Falle verborgene (Bau-) Gebrechen in Frage stehen.

Wollte man selbst die Meinung als die richtige gelten lassen, daß es eine stillschweigende Billigung des angenommenen fertigen Werkes auf Seite des Bestellers im rechtlichen Sinne gebe, (obwohl nach strenger Ausführung der Quellen füglich nur von einem faktischen Verzicht desselben, durch konkludente Handlungen geoffenbart, auf die ihm gesetzlich eingeräumte Befugniß der Prüfung (Untersuchung) des ihm überwiesenen vollendeten Werkes die Rede sein kann und lediglich ein derartiger Verzicht dazu angethan ist, die Befreiung des Unternehmers von der ihn sonst treffenden Haftung für dessen Mangelhaftigkeit herbeizuführen), so vermöchte in dem hier zugestandenen vorbehaltlosen Bezihen und Bewohnen des fertigen Hauses durch den Besteller ein von letzterer Wirkung begleiteter Verzicht desselben auf das ihm zustehende Prüfungsrecht, da hiemit eine Aenderung in dem rechtlichen und thatsächlichen Verhältnisse des Bestellers nicht vor sich geht, so wenig, als eine bedeutsame stillschweigende Billigung des Werkes von seiner Seite gefunden zu werden. Weiske, skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtlicher Gegenstände. S. 36 ff.

Aber auch aus der vorliegend unbestrittenen Thatsache der nach abgenommenem Werke von dem Besteller geleisteten Zahlung, beziehentlich hypothekarischen Sicherstellung der bedungenen Akkordsumme an und für den Conductor läßt sich, zumal der Verzicht das wissentliche Aufgeben eines Rechtes voraussetzt, insbesondere unter den obwaltenden Umständen, nemlich in Anbetracht der eigenthümlichen Beschaffenheit der beregten Mängel des Hauses,

vielmehr seiner Bedachung, ein so qualifizirter Verzicht oder aber eine präjudizielle stillschweigende Billigung des Werkes auf Seite des Bestellers nicht ableiten.

Die Verantwortlichkeit des Conductor für Fehlerhaftigkeit des gelieferten Werkes hört nicht auf, wenn er dessen Abnahme durch Arglist veranlaßt hat, und auch dann nicht, wenn die Fehler bei der Abnahme für den Besteller ohne dessen Verschulden verdeckte waren und Conductor solche absichtlich verschwiegen hat, — Keller, Pand. Aufl. 2 Bd. II S. 88; Windscheid, Lehrb. des Pand.-R. Bd. II Abth. 2 S. 120 Note 3.

Im gegebenen Falle erscheint Kläger als Laie im Kaufsache, der Beklagte dagegen als sachkundiger Geschäftsmann, die beregten Mängel haften an der Geringshaltigkeit des von dem letzteren verwendeten Materiales (Dachplatten) und an der technisch ungehörigen Konstruktion des Dachstuhles zu dem von ihm aufgeführten Gebäude, sind also Gebrechen, deren sofortige Wahrnehmung nur dem geübten Kennerblicke des Fachmannes zugänglich ist, die erst im Laufe der Zeit nach gepflogener fortgesetzter Benützung des Gebäudes und dessen Erprobung unter Elementareinflüssen durch den laienhaften Besteller diesem selbst sichtbar in ihren nachtheiligen Folgen für das Gebäude erfahrungsgemäß hervorzutreten pflegen.

DAßErf. v. 17. Nov. 1868 RNr. 738.

hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

16.—29. Mai.

**I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einführungsge-
setz vom 29. Apr. 1869.**

Proz.-Ordn. Art. 1. S. Sachenrecht: Wasser-
abstiche zc.

Art. 1 mit 788 Ziff. 2. Eine Klage auf
Reichung von Alimenter, welche auf einen Dienst-

vertrag gegründet ist, gehört auch dann zur Zuständigkeit der Gerichte, wenn der Dienstvertrag vor einer Administrativbehörde bei der Verhandlung über die Aufnahme eines der Kontrahenten in einen Gemeindeverband abgeschlossen wurde. Urth. v. 17. Mai 5B Nr. 543.

Art. 262 mit 112. Wo die Voraussetzungen des Art. 112 gegeben sind, kann die Befugniß, Anwaltskosten des Gegners an einer Forderung aufzurechnen, welche der zum Kostenersatze verurtheilten Partei gegen jenen zusteht, nicht ohne einen rechtsförmlichen Antrag auf Zuerkennung dieser Befugniß und kontradiktorische Verhandlung hierüber zugesprochen werden. Urth. v. 17. Mai 5B Nr. 563.

Art. 459, 460 mit 454. Wenn ein Eid zurückschoben wird, der keine eigene Handlung des Relaten betrifft, sondern eine solche, welche der Relat unmittelbar wahrgenommen haben soll, so muß dieser mit dem Vorbringen, er sei bei dem Vorfalle, über welchen geschworen werden soll, nicht anwesend gewesen, auch dann gehört und nöthigenfalls zu dem anerbotenen Beweise seiner Abwesenheit zugelassen werden, wenn er früher seine Abwesenheit dabel zugestanden hatte. Urth. v. 17. Mai 5B Nr. 548.

Art. 788 mit 693 Ziff. 2. Das Endurtheil des ersten Rechtszuges auf eine Widerspruchsklage, wodurch ein Dritter das Eigenthum eines zum Zwecke der Subhastation beschlagnahmten Immobile ausdrückt, kann auch dann, wenn die Forderung, wegen welcher die Beschlagnahme erfolgte, die Berufungssumme nicht erreicht, von dem die Subhastation betreibenden Gläubiger mit der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden, weil dagegen Berufung ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes stattfindet. Urth. v. 17. Mai 5B Nr. 511.

Art. 788 mit Einf.-Ges. Art. 1 bezw. 18. Das Urtheil des letzten ordentlichen Rechtszuges in

einem Rechtstreite, der durch eine erst nach dem 1. Juli 1870 zugestellte Klagsvorladung anhängig geworden ist, kann nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde des neuen Verfahrens, nicht mit einer auf die Gerichtsordnung von 1753 und Art. 18 des Einf.-Ges. begründeten angefochten werden, wenn auch die Begründung der Klage auf einem vor 1870 gerichtlich erklärten Anerkenntnisse und auf der Rechtskraft eines vor 1870 erlassenen Urtheiles beruht. Urth. v. 17. Mai 5Wr. 543.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Allgemeine Lehre. Gemeindefachen. C. Sachenrecht: Wasserabstiche ic.

Sachenrecht. Wasserabstiche einzelner Grundeigentümer aus Wasserleitungen der Gemeinde. Zuständigkeit. Wo einzelnen grundbesitzenden Gemeindegliedern (in den gegebenen Fällen gegen Entrichtung von Wasserzinsen) die Befugniß ertheilt wurde, für ihre Häuser oder Gärten Wasser durch Abstiche aus den zu öffentlichen Zwecken der Gemeinde bestehenden Röhrenleitungen zu beziehen und diese Befugniß auch ihren Nachfolgern im Eigenthume fraglicher Häuser und Gärten belassen wurde, sind diese so lange, als die Bestimmung der Wasserleitungen zu öffentlichen Zwecken dauert, den Anordnungen und Beschränkungen der gemeindlichen Verwaltungorgane über die Benützungsweise der Abstiche unterworfen und können gegen solche nur im administrativen Instanzenzuge Abhilfe suchen, nicht aber bei den Gerichten auf Schutz im Besitze klagen. Die Abweisung solcher Besißklagen von den Gerichten wegen mangelnder Zuständigkeit verletzt weder den Art. 36 der Gemeindeordnung vom 29. Apr. 1869, welcher nur die Kompetenz für Streitigkeiten über Benützrechte am nutzbaren Gemeindeguthume im Gegensatze zu öffentlichen Anstalten regulirt, noch die Art. 33—38 und 59 des Wasserbenützungsgesetzes, welche von Pri-

batwasser als Zubehör der Grundstücke, auf denen es fließt, und von Benützung der Privatflüsse handeln. — Auch der Ablauf der Verjährungsfrist seit der Bewilligung des Abstiches ist irrelevant, wenn feststeht, daß schon ursprünglich kein Besitz eines Privatrechtes stattfand. Urth. v. 18. Mai 53Nr. 528 u. 535.

Obligationenrecht. Erfüllung. Oblation. Bayer. R. Th. IV Kap. XIV §. 15. Der Verbindlichkeit zum Erfage von Bausteinen wollte der Schuldner dadurch nachgekommen sein, daß er die gleiche Zahl Steine auf den Bauplatz, von dem er sie entnommen, wieder geliefert und dadurch den früheren Zustand wiederhergestellt habe. Es wurde ausgesprochen, daß dieß nur dann als Erfüllung gelten könnte, wenn entweder der Ersagberechtigte die Steine auch angenommen hätte, oder die Realoblation in Gegenwart von zwei Zeugen geschehen und ihr im Falle verweigerter Annahme die gerichtliche Deponirung gefolgt wäre. Urth. v. 28. Mai 53Nr. 526.

Besorgung fremder Geschäfte. Bayer. R. Th. IV Kap. IX §. 10 und Kap. XIII §. 2 Nr. 8. Die Schulgemeinde, auf deren vorausgegangene Klage der Beklagte zur Anerkennung und Erfüllung seiner privatrechtlichen Verpflichtung, die Lehrerbefoldungen zu entrichten und das Schulholz zu liefern, verurtheilt wurde, kann den Ersag der Auslagen, welche sie vor jenem Rechtsstreite und während desselben auf Lehrerbefoldungen und Schulholz gemacht hat, mittels besonderer Klage verlangen, da die selbständige actio negotiorum gestorum contraria bzw. (so weit die Auslagen auf Befehl der Administrativbehörden gemacht wurden) mandati contraria durch Aburtheilung der konfessorischen Klage ohne Zuerkennung des fraglichen Erfages keineswegs erloschen ist. Urth. v. 23. Mai 53Nr. 559. 77.

Redakt: Dr. Steppes u. K. Hettich. Verl.: Palm & Ente (Adolph Ente) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Feuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches (Fortsetzung). — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 30. Mai bis 12. Juni.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

C. Wirkung des hypothekenrechtlichen Schutzes.

§. 42.

1) Begriffliche Bestimmung.

Damit ein Rechtsgeschäft die beabsichtigte rechtliche Wirkung äußere, müssen zu dem Errichtungsakte gewisse Voraussetzungen treten, welche sich bei aller Verschiedenheit für den einzelnen Fall nach einem allgemeinen Gesichtspunkte auf zwei Gruppen zurückführen lassen: sie sind entweder positiv oder negativ. Die Entstehung der rechtlichen Wirkung ist dadurch bedingt, daß neben den die Errichtung des Rechtsgeschäftes einschließenden Handlungen gewisse Thatsachen vorhanden sind, positive Voraussetzungen, und daß andere fehlen und zwar alle diejenigen, welche die Wirkung des Errichtungsaktes trotz des Vorhandenseins der ersteren ausschließen,

Neue Folge XVII. Band.

negative Voraussetzungen. Für den Erwerb einer Hypothek z. B. ist das Eigenthum des Verpfänders positive, der Mangel eines Veräußerungsverbotes negative Voraussetzung. Der Errichtungskakt und die rechtlichen Voraussetzungen bilden zusammen den Thatbestand des Rechtsgeschäftes.

Die Rechtskraft des Hyp.-Buches bewirkt nun, daß dem Erwerber eines hypothekarischen Rechtes (oder einer hypothekarischen Befreiung) die positiven und negativen rechtlichen Voraussetzungen seines Erwerbes, soweit zu deren Aufnahme das Hyp.-Buch gesetzlich bestimmt ist, in der vom Hyp.-Buche ausgewiesenen Beschaffenheit gesetzlich gewährleistet werden. (Vgl. oben §. 10 a. E.)

Und worin besteht diese Gewährleistung? In der Aufstellung einer unwiderlegbaren Annahme für das Dasein dieser Voraussetzungen. Mit anderen Worten, das Gesetz bestimmt: beim Vorliegen der Erfordernisse für den hypothekrechtlichen Schutz müssen die positiven und negativen rechtlichen Voraussetzungen des Erwerbes, über welche das Hyp.-Buch Aufschluß geben soll, mit Ausschluß jedes Gegenbeweises als vorhanden angenommen werden, wenn das Hyp.-Buch ihr Dasein ausweist.

Man darf hier nicht von einer gesetzlichen „Vermuthung“ sprechen aus dem oben (§. 39) angeführten Grunde. Ebenso wenig von einer „Fiktion“. Denn fingirt d. h. erdichtet wird das Nichtvorhandene, das Nichtwirkliche. Die Fiktion erhebt zur Grundlage der rechtlichen Beurtheilung, wovon das Gegentheil feststeht⁵¹⁾. Die hier in Rede stehende

⁵¹⁾ *Actiones, ficticiae* (Gai. Inst. IV. §§. 34—38); *fictio legis Corneliae* (L. 1 pr. ad leg. Falco.

gesetzliche Annahme aber kann nicht bloß sondern wird in der Regel mit der Wirklichkeit übereinstimmen; die Rechtskraft des Hyp.-Buches enthält so wenig eine Fiktion als die Rechtskraft des richterlichen Urtheiles⁵²⁾.

Insoweit der Hypothekenebuchinhalt mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht, durchbricht das Oeffentlichkeitsprinzip den elementaren Rechtsatz: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Es ist dieß freilich nicht die einzige Wirkung; denn zuweilen macht dasselbe nur den aus der Verfügungsunfähigkeit des Rechtsurhebers entspringenden Mangel unschädlich.

§. 43.

Zum Beweise, daß die angegebene Begriffsfassung bei Lösung der praktischen Fragen als sicherer Führer dienen kann, will ich nur auf folgende Anwendungen hinweisen.

Ein hypothekarischer Erwerb ist dadurch, daß ihm der Schutz der Oeffentlichkeit zur Seite steht, der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit keineswegs völlig entrückt. Denn der Grund der Mangelhaftigkeit kann im Errichtungsalte oder in solchen Voraussetzungen liegen, zu deren Aufnahme das Hyp.-Buch nicht bestimmt ist. Die Eintragung eines solchen Erwerbes in das Hyp.-Buch heilt diese Gebrechen

35,2); fingirte Erfüllung einer Bedingung (L. 161 R. I. 50,17); *facti possessores* (L. 13 §. 13 H. P. 5,3; L. 157 §. 1 R. I. 50,17) u. A.

⁵²⁾ Wächter, Würtemb. Privatr. II S. 450 Note 32 mit Jhering, Geist des röm. Rechts III S. 293 fg. (1. Aufl. S. 284 fg.). Ohne genügenden Grund hält an der bekämpften Fassung fest Förster, preuß. Privatr. I. §. 54 Note 254.

weder für den Erwerber noch für dessen Erben. Für jenen nicht, weil das zu erwerbende Recht doch in der That sich nicht selbst Erwerbsvoraussetzung sein d. h. als Grundlage dienen kann. Der Erbe aber genießt, wie schon früher hervorgehoben, keinen selbstständigen hypothekrechtlichen Schutz, er hat ihn nur aus der Person seines Erblassers. Erst der Sondernachfolger gewinnt dem eingetragenen Rechte gegenüber eine selbständige Stellung. Für ihn ist das Dasein des Rechtes seines Vorgängers eine Erwerbsvoraussetzung, und sie wird zu seinen Gunsten vermöge des Schutzes der Oeffentlichkeit durch den Eintrag im Hyp.-Buche zweifellos gestellt. Der Sondernachfolger, welcher sich auf die Rechtskraft des Hyp.-Buches stützen kann, hat daher vor dem Sondernachfolger nach Civilrecht einen erheblichen Vortheil. Während der Letztere im Bestreitungs-falle die einzelnen Erfordernisse des Erwerbes in der Person seines Rechtsurhebers darthun muß, um daraus einen Schluß auf dessen Recht im Zeitpunkte der Rechtsnachfolge zu ermöglichen, und während er trotzdem die Gefahr läuft, daß von gegnerischer Seite ein Hinderniß der Entstehung oder der Fortdauer jenes Rechtes zur richterlichen Ueberzeugung gebracht wird: ist der Sondernachfolger nach Hypothekenrecht kraft des Grundsatzes der Oeffentlichkeit jener Schwierigkeit und dieser Gefahr enthoben, das Hyp.-Buch weist das Dasein des fraglichen Rechtes in unumstößlicher Weise aus.

Der Cessionar einer Hypothekforderung ist durch die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches gegen alle nicht vorgemerkten Einreden gedeckt, deren Entstehung auf die Zeit vor seinem Erwerbe zurückreicht. Denn die Rechtskraft des Hyp.-Buches gewährleistet dem Erwerber nicht bloß das ipso-jure-Bestehen

des eingetragenen Rechtes, sondern auch den wirklichen Bestand desselben. Dagegen bleibt das Recht des Cessionars allen denjenigen Einreden ausgesetzt, welche erst ihm gegenüber entstanden sind.

Und wesentlich gleich wirkt die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches zu Gunsten jedes dritten hypothekarischen Erwerbers, für dessen Recht ein bestimmter durch das Hyp.-Buch klar zu stellender Rechtszustand z. B. Untergang einer Hypothek eine Erwerbsvoraussetzung bildet. Dieses Beispiel wird nichts Auffallendes haben, wenn man erwägt, daß auch die Uneingeschränktheit des Erwerbes unter dem Schutze der Oeffentlichkeit steht. Die Erlöschung einer früheren Hypothek ist in diesem Sinne Voraussetzung für den Erwerb aus einer späteren Hypothekbestellung.

Ich habe früher (§. 12 Ziff. II) die Stellung des dritten Erwerbers so bezeichnet: er befinde sich dem Eintrage des Rechtes seines Urhebers u. s. w. als einer unter anderen Personen vollendeten Thatfache gegenüber. Zur Vervollständigung ist noch Folgendes beizufügen.

Wie groß der Zeitraum ist, welcher zwischen dem Vollzuge der Eintragung und seinem Erwerbe in Mitte liegt, das bleibt für die Wirkung der Oeffentlichkeit völlig gleichgültig. Wenn daher die Bestellung einer Hypothek erst den Anlaß bietet, für ein bestimmtes Grundstück ein Hyp.-Folium anzulegen, und wenn folglich die Eintragung der Hypothek sich zeitlich an die Einschreibung des Verpfänders als Eigenthümers des Unterpfandes unmittelbar anschließt, so wird gleichwohl das Eigenthumsrecht des Letzteren als Voraussetzung jenes Hypothekenerwerbes durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches zur unwiderlegbaren Thatfache. Denn der Eigenthumseintrag ruht

auf einem Akte zwischen dem Eigenthumsansprecher und der Hypothekenbehörde, auf dem Eigenthumsfeststellungsakte, bei welchem möglicherweise dritte Personen noch thätig auftreten, niemals aber der Gläubiger als Erwerber der Hypothek. Der Letztere wirkt zu jenem Eintrage in keiner Weise mit.

Hyp.-Ges. §§. 138—143.

Einführungsgesetz zum Hyp.-Ges. §§. 4, 5.

Instruktion §§. 51, 57.

DAOE. in Bl. f. RA. XXXVII S. 40 fg.

§. 44.

2) Bedeutung der bürgerlichen Eintragung für die einzelnen Erwerbsthatsachen.

Da nur diejenigen Voraussetzungen eines hypothekrechtlichen Erwerbes vom Prinzipie der Oeffentlichkeit ergriffen werden, für welche das Hyp.-Buch gesetzlich einen Raum hat, so verlohnt sich zu untersuchen, welche Thatsachen überhaupt im Hyp.-Buche Aufnahme finden, und welches Gewicht die Einzeichnung einer eintragungsfähigen Thatsache für deren rechtliche Geltung besitzt.

Nach dieser Richtung ordnen sich die in Frage kommenden Thatsachen in vier Gruppen.

1) Thatsachen, welche sich nicht bloß zur Eintragung eignen, sondern ohne dieselbe des rechtlichen Daseins entbehren: Hypothekrechte, Verpfändungsbefugniß. Für sie ist die Eintragung nothwendig.

2) Thatsachen, für welche die Eintragung zwar nicht Existenzbedingung, wohl aber von Erheblichkeit ist, weil sie dadurch allein vor den aus der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches entspringenden Gefahren geschützt werden: Eigenthum am Grundstücke, alle vermöge eines besondern Rechtstitels darauf

haftenden dinglichen Lasten mit Ausnahme der Grunddienstbarkeiten (also Reallasten, persönliche Dienstbarkeiten)⁵³⁾, Verfügungsbeschränkungen des Eigenthümers, welche aus einer rechtlichen Eigenschaft des Grundstückes folgen (aus der Familiensideikommiß-, Lehn-, Stamm- oder Erbguteigenschaft des Grundstückes, aus resolutiv bedingtem Eigenthume, aus einem anhängigen Eigenthumsstreite), Erwerb und Verpfändung einer bestehenden Hypothekforderung, Einwendungen gegen die Richtigkeit einer solchen, Verfügungsbeschränkungen des Hypothekgläubigers, sofern sie nicht auf einer persönlichen Eigenschaft desselben beruhen, Erlöschung eines Hypothekrechtes.

Für alle diese Thatfachen ist die Eintragung nützlich.

3) Thatfachen, welche ohne Eintragung auch der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches gegenüber ihre ordentliche Wirkung äußern und darum vom Hyp.-Buche ausgeschlossen bleiben: dingliche nicht auf einem besondern Rechtsgrunde ruhende Lasten, Grunddienstbarkeiten⁵⁴⁾, Verfügungsunfähigkeit in Folge persönlicher Eigenschaften des als Eigenthümer oder Hypothekberechtigten Eingetragenen (aus Minderjährigkeit, Entmündigung)⁵⁵⁾.

4) Thatfachen, deren Einschreibung geboten ist und die gleichwohl des Schutzes der Oeffentlichkeit entbehren: Versicherung eines Gebäudes gegen Brandschaden, Flächeninhalt und Werth eines

53) Auch die persönlichen Dienstbarkeiten, deren Inhalt sich auf eine einzelne Gebrauchsbefugniß beschränkt? Verneint in Bl. f. R. XXXII S. 129 fg.

54) Vgl. dazu die vorige Note.

55) Bl. f. R. III S. 240.

Grundstückes (Hyp.-Ges. §§. 41, 132; Instrukt. §. 14 §. 19 Nr. 2).

Die auf Nr. 4 bezüglichen Bemerkungen betreffen entweder nackte Thatsachen, denen gegenüber auch das positive Recht keine Gewalt besitzt und die es durch seinen Machtspruch weder schaffen noch beseitigen kann, oder sie berühren die Rechtssphäre dritter Personen, ohne deren Wissen und Willen die Einschreibung vor sich geht, welche darum auch unter den Folgen der Einschreibung nicht leiden dürfen.

Rechtlicher Natur sind nicht bloß die Thatsachen der ersten und zweiten sondern auch die der dritten Gruppe. Wenn gleichwohl auf die letzteren die Rechtskraft des Hyp.-Buches nicht erstreckt ist, so hat dies seinen Grund nur in einer Zweckmäßigkeitserwägung, für die einen, weil man annimmt, daß ein vorsichtiger Erwerber sich ohne Einschreibung in das Hyp.-Buch von ihrem Dasein unschwer überzeugen könne, für die anderen, weil man ihren nachtheiligen Einfluß auf die hypothekarischen Rechte nicht für erheblich genug erachtet, um mit ihrer Aufzeichnung die Blätter des Hyp.-Buches zu belasten.

Der öffentliche Glaube ergreift sonach nur die Thatsachen der ersten und zweiten Gruppe. Aber weil auch die letzteren, so muß der beliebte Satz aufgegeben werden, daß nur diejenigen rechtlichen Thatsachen der Herrschaft des Öffentlichkeitsprinzips unterliegen, für welche ein Eintragungszwang besteht. Denn man kann unter dem Zwange der Eintragung doch nur das Gebot der letzteren bei Vermeidung der Rechtungültigkeit der betreffenden Thatsache verstehen.

(Fortsetzung folgt.)

Uebersicht
über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des
obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civil-
rechtes und Civilprozesses.

30. Mai bis 12. Juni.

I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einführungsge-
setz vom 29. Apr. 1869.

Proz.-Ordn. Art. 11, 511, 686. Wenn der Einzelrichter in einem Falle des Art. 11 der Proz.-Ordn., statt die Sache vor das Kollegialgericht zu verweisen und diesem auch die Entscheidung über die Kosten zu überlassen, die Abweisung der Klage vom Einzelgerichte ausspricht und den Kläger in die Kosten verurtheilt, so ist, falls die Kosten die Berufssumme betragen, Berufung in der Hauptsache und im Kostenpunkte zulässig. Urth. v. 4. Juni **§BNr. 577.**

Art. 160. Ein zur Entschädigung wegen einer Amtshandlung verurtheilter Richter kann das appellationsgerichtliche Urtheil nicht deswegen als nichtig anfechten, weil in der öffentlichen Sitzung des Appellationsgerichtes der Staatsanwalt nicht zugegen war. Urth. v. 1. Juni **§BNr. 520.**

Art. 328 mit 324. Stehen die zur Begründung der Klage erforderlichen Thatfachen nach dem Ergebnisse der ersten Verhandlung fest, während weitere Thatfachen, zu deren Beweis sich Kläger erboten hat, unerheblich sind, so sind die angeführten Art. durch Erlassung eines definitiven (verurtheilenden) Erkenntnisses mit Umgehung einer Beweisaufgabe nicht verletzt. Urth. v. 4. Juni **§BNr. 557.**

Art. 388—390. In der Klage gegen einen

Dritten auf Herausgabe von Urkunden müssen die einzelnen Urkunden, deren Herausgabe angesprochen wird, nach ihrem Inhalte, der Zeit ihrer Entstehung und den Personen, zwischen welchen oder für welche sie errichtet wurden, möglichst genau bezeichnet werden; ein allgemeines Verlangen aller Urkunden, welche über ein bezeichnetes Rechtsverhältnis von einem angegebenen Jahre an errichtet wurden, genügt nicht. Urth. v. 7. Juni *GW*r. 566.

Art. 460 mit 452—456 u. 459. Wenn einer juristischen Person der Eid darüber, daß an sie bestimmte Zahlungen nicht geleistet wurden, zugeschoben ist, so liegt in der Annahme des Eides noch keine Vereinbarung über die Eidesformel, vielmehr können auch nach vorläufiger Festsetzung der Eidesformel die zur Eidesleistung bezeichneten Vertreter bei ihrem Erscheinen in der zur Eidesleistung bestimmten Sitzung noch geltend machen, daß sie über die behaupteten Zahlungen keine eigenen Wahrnehmungen gemacht haben, und kann, wenn sich dieß aus der Verhandlung hierüber ergibt, die endgiltige Festsetzung des Eidesfases sodann in der durch Art. 456 vorgeschriebenen Form erfolgen. Urth. v. 31. Mai *GW*r. 556.

Art. 684 mit 66 Z. 2 u. Art. 68 Abs. 2. Wenn die Mutter wegen der Kindbettkosten und der Kindesvormund wegen der Alimente gegen den außerehelichen Konkubenten gemeinschaftlich geklagt haben, so kann die Kindesmutter durch eine von ihr allein erhobene Berufung den Richter des zweiten Rechtszuges auch mit der Alimentenfrage befassen, da sie wegen ihrer eventuellen Alimentationspflicht (bayer. *OR*. Th. I Kap. IV §. 7 Nr. 1 mit 5) bezüglich dieser Frage Nebenpartei ist. Urth. v. 11. Juni *GW*r. 604.

Art. 695. Die Zahlung urtheilsmäßiger Prozeßkosten vor Ablauf der Berufungsfrist kann für sich allein nicht als Unterwerfung unter das Urtheil angesehen werden sondern es ist auf die Veranlassung zur Zahlung Rücksicht zu nehmen (im gegebenen Falle war die Zahlung nicht freiwillig, sondern an den zur Auspfändung erschienenen Gerichtsvollzieher erfolgt). Urth. v. 10. Juni *HW* Nr. 572.

Art. 698 mit 193, 58 u. 202, dann bayer. RM. Th. I Kap. V §. 1, Kap. VII §. 2 Nr. 2. Wenn in einem Rechtsstreite, dessen eine Partei aus einem Ehepaare bestand, diesem gegenüber Berufung erhoben werden soll, die Ehefrau aber vor deren Einlegung mit Hinterlassung minderjähriger Kinder gestorben ist, so hat die Zustellung an den Ehemann für sich und an ihn als gesetzlichen Vertreter seiner Kinder zu erfolgen. Urth. v. 31. Mai *HW* Nr. 556.

Proz.-Ord. Art. 792. Wenn in erster Instanz ein nicht von Amtswegen zu berücksichtigender Einwand des Beklagten verworfen, dieser aber aus anderen Gründen von der Klage entbunden, hiegegen vom Kläger Berufung ergriffen und bei Verhandlung derselben vom Beklagten jener Einwand nicht wieder vorgebracht wurde, so kann auf denselben der Beklagte keine Richtigkeitsbeschwerde gegen das ihn verurtheilende Urtheil des zweiten Rechtszuges gründen. Urth. v. 1. Juni *HW* Nr. 520.

Art. 792 mit Einf.-Ges. Art. 23. Eine Einrede, welche in dem vor dem 1. Juli 1870 nach den Vorschriften der Ger.-Ordn. v. 1753 durchgeführten Verfahren nicht vorgebracht war, kann im Wege der Richtigkeitsbeschwerde nicht nachgeholt werden. Urth. v. 1. Juni *HW* Nr. 520.

Proz.-Ordn. Art. 840 mit 868 und 885 Abs. 2, dann Ges. v. 29. April 1869 ü. d. öffentl.

Armen- u. Krankenpflege Art. 11, 20 u. 43. Wenn ein Gewerbsmeister mit einer Stadtgemeinde wegen der Pflege erkrankter bei ihm in Arbeit stehender Gesellen ein besonderes Uebereinkommen getroffen hat und auf den Grund desselben durch eine für vollstreckbar erklärte Entscheidung des Stadtmagistrates zu einer Leistung angehalten wird, so kann er durch eine Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung nicht den Rechtsbestand jenes Beschlusses anfechten. Urth. v. 7. Juni §Wtr. 546.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Triftgewässer. Wasserbenützung. Ges. v. 28. Mai 1852 Art. 66, 69. Der Begriff des Triftgewässers und somit die Anwendung des Art. 69 a. a. O. ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß das zum Flößen von Blochholz dienende Gewässer ein öffentlicher Fluß ist. War eine Beschädigung der Ufereigenthümer durch eine schuldhafte Handlung des Flößenden verursacht (im gegebenen Falle die Uberschwemmung einer Wiese durch Aufstauung von Blöchern, welche gegen die Vorschriften der einschlägigen Floßordnung und gegen ein hierauf gegründetes Verbot des Floßaufsehers eingeworfen wurden), so haftet der Flößer solidarisches mit Anderen, welchen Verschulden bezüglich jenes Schadens zur Last fällt. Urth. v. 7. Juni §Wtr. 549.

Triebwerke an Privatflüssen. Angef. Ges. Art. 74—76. Not.-Ges. Art. 14. Wenn ein Ufereigenthümer an einem Privatflusse bei der über das Vorhaben eines anderen Ufereigenthümers, die Stauvorrichtung eines Triebwerkes zu

erhöhen, gepflogenen Administrativverhandlung einen Einspruch auf Grund von Privatrechten (Freiheit des Eigenthumes) nicht erhoben sondern dem (durch Aufführung von Dämmen auf den das Ufer begrenzenden Grundstücken auszuführenden) Unternehmen zugestimmt und dieses die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erhalten hat, so kann ein Singularsuccessor im Eigenthume der Uferländereien des Zustimmenden die Befugniß des Unternehmers zur Errichtung der planmäßigen Dämme durch eine Negatorienklage nicht mehr bestreiten, wenn auch über das vor der Verwaltungsbehörde abgeschlossene und von ihr genehmigte Uebereinkommen eine notarielle Urkunde nicht errichtet wurde. Urth. v. 4. Juni 53Nr. 480.

Servitutenersizung. Preuß. VR. Th. I Tit. 22 §. 14 mit Tit. 7 §. 14, 80 u. 107. Wenn die Eigenthümer von Wiesen dreißig Jahre lang ohne Protestation sich gefallen ließen, daß die Eigenthümer eines anstoßenden Weiheres die aus demselben gewonnene Streu auf den Wiesen trockneten und über dieselben abführten, dieß auch nicht nach vorher erholter und erhaltener Erlaubniß der Wieseneigenthümer geschah (über welche Negative im gegebenen Falle auf Eid erkannt war), so bedarf es zur Ersizung der Servitut nicht noch eines besonderen von den Weihereigenthümern zu führenden Beweises, daß das Trocknen und Abführen als ein wirkliches Recht ausgeübt worden sei (vergl. Plenarbeschl. v. 5. März 1847 Reg.-Bl. S. 419 ff.). Urth. v. 31. Mai 53Nr. 514.

Hypothekenrecht. Haftung des Hyp.-Amtes. Hyp.-Ges. §. 98 mit 140 und 99 Ziff. 2. Der Hypothekenbeamte, welcher, ohne den Verkäufer zu vernehmen, den Käufer in das

Hypothekenbuch als Eigenthümer auf Grund einer Kaufurkunde einschreibt, welche ihm nicht in Urschrift vorgelegt wurde, haftet dem Verkäufer für den Schaden, der ihm aus der Einschreibung erwächst. (Er war im gegebenen Falle dadurch entstanden, daß in der Urkunde dem Verkäufer Hypothek für den kreditirten Kaufschilling bestellt war und der gleichzeitige Eintrag dieser Hypothek wegen Nichtvorliegens der Urkunde unterblieb.) Urth. v. 1. Juni *HWR.* 520.

Persönliche Klage nach Löschung der Hypothek. *Hyp.-Ges.* §. 49, 50. Der mit der persönlichen Klage belangte ursprüngliche Schuldner kann derselben mit zerstörender Wirkung die Einrede entgegensetzen, der Gläubiger habe seine Befriedigung aus dem im Eigenthume eines Dritten befindlichen Objecte einer für die Forderung bestellten Hypothek sich dadurch selbst unmöglich gemacht, daß er ohne seine, des persönlichen Schuldners Zustimmung die Hypothek löschen ließ. Urth. v. 10. Juni *HWR.* 565.

Obligationenrecht. Gewährschaft bei Viehveräußerungen. *Ges.* v. 26. März 1859 Art. 4, 9, 10. Die Klage auf Entschädigung wegen Milchentganges aus einem Kuhkaufe, wobei der Verkäufer die Gewährschaft für das Kalben der Kuh bis zu einem bestimmten Tage übernommen hatte, ist nicht verjährt, wenn der Käufer vor Ablauf von 14 Tagen, von jenem Tage an gerechnet, dem Verkäufer das Nichterfolgen des Kalbens anzeigte, die Klage aber erst nach dem später wirklich erfolgten Kalben anstellte¹⁾. Urth. v. 8. Juni *HWR.* 562.

¹⁾ Weitere Besprechung dieser nach Ansicht der Redak-

Gewährschaft. Erfaß der aus dem verkauften Thiere gezogenen Nutzungen. Ges. v. 26. März 1859 Art. 5. Der Veräußerer fehlerhafter Thiere hat im Falle der Vertragsaufhebung keinen selbständigen Anspruch auf Erfaß der vom Erwerber aus den Thieren gezogenen Nutzungen, sondern nur die Befugniß, den Betrag solcher Nutzungen mit den von ihm zu ersetzenden Fütterungskosten zu kompensiren. So weit der Betrag der Nutzungen die Fütterungskosten übersteigt oder soferne der Erwerber Fütterungskosten gar nicht begehrt, ist dieser daher zu einem Erfaße für Nutzungen nicht verpflichtet. Urth. v. 11. Juni HWr. 617.

Haftung der Staatsbeamten für Amtshandlungen. S. Sachenrecht. Hypothekenrecht. Haftung 2c. 2c.

Delegation. Der Delegat, welcher nicht Schuldner des Deleganten ist, kann von diesem die Zahlung des Betrages der übernommenen Schuld auch dann verlangen, wenn er den Delegatar noch nicht befriedigt hat. Urth. v. 4. Juni HWr. 560.

Constitutum debiti proprii. Die Zahlung, welche sich ein Kontrahent für eine gesetzlich verbotene Handlung versprechen ließ, wird auch nicht durch ein nach der Bornahme dieser Handlung wiederholtes Zahlungsverprechen klagbar. Urth. v. 4. Juni HWr. 557.

Verbindlichkeit aus außerehelichem Weischlaf. Bayer. LN. Th. I Kap. IV §. 9 Nr. 4, Th. IV Kap. XVI §. 6 Nr. 6. Wegen der Delikttheigenschaft des außere-

tion höchst bedenklichen Entscheidung bleibt vorbehalten.

ehehchen Beischlafes kann ein Konkubent sowohl bezüglich der Alimente für das Kind als der Kindbettkosten für die Mutter auf das Ganze auch dann verurtheilt werden, wenn der Beischlaf zur kritischen Zeit mit einem Andern (im gegebenen Falle mit einem aus dem letzten Kriege nicht mehr Zurückgekehrten) zugestanden ist. Urth. v. 11. Juni 53Mr. 604.

Familienrecht. **Pesulien.** **Bayer. P.R.** Th. I Kap. V §. 5 u. Anm. Nr. 4. Das *peculium adventitium regulare* seines minderjährigen Kindes (im gegebenen Falle das Vermächtniß eines Seitenverwandten) darf der Vater nicht zur Bezahlung seiner eigenen Schulden verwenden, und wird ihm, wenn er wegen üblen Haushaltes vergantet wurde, Administration und Nutznießung desselben mit Recht entzogen. Urth. v. 8. Juni 53Mr. 538.

Erbrecht. **Erbenschaftstheilung.** **Bayer. P.R.** Th. III Kap. I §. 14 Nr. 12. Der Grundsatz, daß Forderungen ipso jure getheilt seien, findet auch auf Forderungen des Erblassers gegen einen seiner Erben statt, so daß eine Forderung des Erblassers gegen einen von zwei Erben zu gleichen Theilen zur einen Hälfte durch Konsolidation erlischt, zur anderen Hälfte vom Miterben auch ohne vorgängigen Theilungsakt eingeklagt werden kann. Urth. v. 4. Juni 53Mr. 577.

77.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 13.—20. Juni.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Siegen.

(Fortsetzung.)

3) Verwirklichung des positiven Oeffentlichkeitsprinzipes im Einzelnen.

§. 45.

a) Bei der Errichtung einer Hypothek.

Die bisherige Beschreibung von der Wirkung der Rechtskraft des Hyp.-Buches ist im Wesentlichen über die Aufstellung einer allgemeinen Formel nicht hinausgerückt. Der Beweis ihrer Richtigkeit kann nur auf dem Wege geführt werden, daß die Wirkung des Prinzipes bei den einzelnen Hypothekenrechtsgeschäften in den Hauptrichtungen verfolgt wird. Diese Betrachtung wird zugleich Gelegenheit bieten, die bereits ausgeführten Lehren in manchen Punkten zu ergänzen.

Unter den Hypothekenrechtsgeschäften erhält wie gebührend den Vorrang die Errichtung einer

Neue Folge XVII. Band.



Hypothek. Die an die Oeffentlichkeit geknüpft gefesliche Annahme streitet hiebei dafür:

1) hinsichtlich des Gegenstandes:

a) daß das verpfändete Grundstück oder Realrecht die im Hyp.=Buche angegebenen Zugehörungen habe, wobei jedoch nicht zu übersehen ist, daß nur die auf besonderer Willenserklärung beruhenden einen Platz im Hyp.=Buche finden;

Hyp.=Ges. §. 22 Nr. 3 u. 4 §§. 34—38 §. 130 Nr. 5;

b) daß andere aus besonderem Rechtsgrunde herrührende dingliche Lasten außer den im Hyp.=Buche eingetragenen einschließlich der Hypotheken und ausschließlich der Grunddienstbarkeiten auf dem Unterpfande nicht haften.

Hyp.=Ges. §. 22 Nr. 5 u. 8 §. 135 Instruk. §§. 16, 17.

2) hinsichtlich der Verfügungsberechtigung:

a) daß derjenige, auf dessen Namen zur Zeit im Hyp.=Buche das Eigenthum steht, Eigenthümer des Grundstückes sei, und

b) daß demselben andere als im Hyp.=Buche vermerkte und der Buchung fähige Verfügungsbeschränkungen nicht entgegenstehen.

Hyp.=Ges. §. 22 Nr. 2, 6, 7 §. 26 Nr. 1⁵⁶⁾

⁵⁶⁾ Der Ausdruck im Hyp.=Ges. §. 26 Nr. 1 ist zu eng, indem es heißt: für Forderungen an denjenigen, welchen das Hyp.=Buch als gegenwärtigen Eigenthümer benennt, (kann) eine Hypothek gültig eingetragen werden. Sicherlich wollte die Wirkung der Rechtskraft für die Verpfändung zu Gunsten fremder Schulden nicht abgesprochen werden.

§§. 138—143. Bürgerl. Prozeß-Ordn. Art. 1046, 1050, 1222, 1229.

Was den Eigenthumseintrag insoliderheit anlangt, so wird der Hypothekenerwerb durch eine spätere richterliche Überkennung des Rechtes des Bucheigenthümers nicht berührt und zwar selbst dann nicht, wenn das Urtheil sich auf einen vor die Zeit des Hypothekenerwerbes zurückreichenden Rechtsgrund stützt oder wenn der Rechtsstreit schon damals anhängig war. Jedoch hat dieser Schutz zur Voraussetzung, daß weder der Eigenthumsanspruch aus dem Hyp.-Buche ersichtlich noch die gerichtliche Anhängigmachung desselben dem Erwerber sonst bekannt war. Die letztere Alternative müßte freilich gestrichen werden, wenn die Meinung richtig wäre, daß die Verpfändungsbefugniß des bloßen Bucheigenthümers eine absolute und die Gültigkeit der von ihm bestellten Hypothek durch den guten Glauben des Erwerbers nicht bedingt sei.

v. Böldernborff in Bl. f. R. X. XVI S. 406 fg.

Alein diese Ansicht verdient gewiß keinen Beifall. Es wird dafür angeführt, daß Hyp.-Buch habe für die Verpfändungsbefugniß die Bedeutung eines Grundbuches. Hieran ist soviel wahr, daß nur durch den Eigenthumseintrag im Hyp.-Buche die Befugniß zur Hypothekbestellung erworben wird. Der umgekehrte Satz aber ist nicht einmal eine nothwendige Folge des Grundbuchsystemes, wie z. B. der bayr. Entwurf eines Sachenrechtes Art. 59 zeigt, noch viel weniger aber mit dem prinzipiellen Standpunkte unseres Hyp.-Gesezes vereinbar. Auch das preußische Landrecht stellt auf den guten Glauben des Erwerbers ab (I, 10 §. 10). Ein oberappellationsgerichtliches Erkenntniß aus neuester Zeit

*

tritt der bekämpften Ansicht sehr bestimmt entgegen.

Bl. f. *RA.* XXXVII ©. 43.

Gegen die Gültigkeit der Hypothekbestellung von Seite des bloßen Bucheigenthümers ist übrigens selbst derjenige wirkliche Eigenthümer nicht geschützt, welcher sein Recht im Wege der gesetzlichen Zwangsenteignung erlangt hat.

DAÖG. in Bl. f. *RA.* XXII ©. 359 fg.

§. 46.

b.) Bei der Begründung von Rechten an einer bestehenden Hypothek.

Unter diesen Begriff fallen folgende drei Rechtsgänge: die Uebertragung einer Hypothekforderung, die Verpfändung derselben und die Abtretung des Vorzugsrechtes.

Um mit dem letztgenannten Geschäfte zu beginnen, so habe ich an früherem Orte die rechtliche Bedeutung der Vorzugsabtretung dahin bestimmt, daß ohne wechselseitige Cession der Hypothekforderungen und ohne wirklichen Stellentausch der vortretende (jüngere) Hypothekgläubiger das dingliche Recht erlange, die Befriedigung, welche dem zurücktretenden (älteren) Hypothekgläubiger an bevorzugter Stelle zukommt, zur Deckung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen.

Vgl. meine Abhandlung über die Sicherheitshypothek §. 17 in Bl. f. *RA.* XXXVI ©. 209 fg.

Nach dieser Auffassung erwirbt der Berechtigte aus der Vorzugsabtretung insofern nur ein be-

dingtes Recht, als sein Anspruch sich auf den Bezug dessen beschränkt, was und mithin wenn etwas auf die zurücktretende Post entfällt. Die Stellung dieses Berechtigten wurde mit der eines procurator in rem suam verglichen und ein Unterschied nur darin gefunden, daß die Vorzugsabtretung ein unentziehbares Recht begründet, welches auch gegen den Sondernachfolger des zurücktretenden Gläubigers wirkt. Wer aber fremdes Recht wenn auch zu eigenem Vortheil ausübt, der muß jede Bestreitung dieses Rechts gegen sich gelten lassen, welche dem von ihm Vertretenen selbst entgegengesetzt werden könnte. Aus diesem Grunde kann dem Berechtigten aus der Vorzugsabtretung die Rechtskraft des Hyp.-Buches in Ansehung des Daseins der zurücktretenden Post so wenig zu gute kommen als demjenigen, welcher die bloße Ermächtigung zur Beitreibung einer Hyp.-Forderung, nicht die Hyp.-Forderung selbst, z. B. im Exekutionswege, erlangt hat (vgl. oben §. 22 lit. b).

Ist demnach ein solcher Berechtigter des Schutzes aus der Oeffentlichkeit völlig baar? Keineswegs, denn daß der zurücktretenden Post der aus dem Hyp.-Buche ersichtliche Rang zukomme, dafür kann sich der Berechtigte aus seinem eignen Erwerbe auf die formale Kraft des Hyp.-Buches berufen. Läge nicht die Gefahr des Mißverständnisses nahe, so könnte man die beschränkte Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzips so erklären: Gegenstand des Erwerbes ist in diesem Falle nicht die Hypothekforderung selbst, sondern nur ihr Rang.

Dieser Schutz ist nichts weniger als praktisch bedeutungslos. Nehmen wir an, A. und B. haben an einem Grundstücke an demselben Tage Hypothekrechte erworben; dabei war verabredet, daß die For-

derung des A. vor der des B. den Vorrang haben solle (Hyp.=Ges. §. 23 Abs. 2). In das Hyp.=Buch wurde jedoch eine Bemerkung über diese vertragmäßige Rangvertheilung nicht aufgenommen. Wenn nun B. den Vorzug seiner Hypothek einem späteren Gläubiger abtritt, so kann der Letztere, falls ihm nur das besondere Verhältniß zwischen den beiden gleichalterigen Forderungen beim Abschlusse des Abtretungsvertrages unbekannt war, kraft der Oeffentlichkeit des Hyp.=Bucheß auf Befriedigung neben A. Anspruch machen.

§. 47.

Es erübrigt, die Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzipes bei der Uebertragung und bei der Verpfändung von Hyp.=Forderungen zu betrachten. Hierbei erstreckt sich die gesetzliche Annahme gleichmäßig darauf:

1) daß das den Gegenstand der Verfügung bildende Hypothekrecht in dem aus dem Hyp.=Buche ersichtlichen Umfange vorhanden sei, und daß demselben andere als die durch das Hyp.=Buch ausgewiesenen Einreden nicht entgegenstehen⁵⁷⁾,

2) daß der als gegenwärtiger Forderungsinhaber Eingetragene der wirkliche Gläubiger und daß sein Recht mit anderen als den aus dem Hyp.=Buche ersichtlichen Beschränkungen nicht behaftet sei. Als solche Beschränkungen sind zu nennen: die Verpfändung der Hyp.=Forderung, die

⁵⁷⁾ Ueber die Art der Vormerkung von Einreden vgl. u. A. Bl. f. R. XXXVII S. 175.

Abtretung des Vorzugsrechtes, die gerichtliche Beschlagnahme.

Hyp.-Ges. §. 22 Nr. 8, §. 145 Nr. 3 u. 4, §§. 151, 155, 156.

Bürg. Proz.-Ord. Art. 974 Abs. 2.

Zu 1) folgende Erläuterungen.

Das Wort Einreden ist hier in dem weiteren Sinne eines jeden „Widerspruches gegen die Forderung“ zu verstehen; der letztere Ausdruck wird in Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4 abwechselnd mit „Einreden gegen die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekforderung“ gebraucht. Es macht keinen Unterschied, ob der Widerspruch das Dasein⁵⁸⁾ oder die Wirksamkeit⁵⁹⁾ einer Hypothekforderung, ihre

⁵⁸⁾ Beispiele: die eingetragene Forderung rühre aus einem unerlaubten Spiele her, sie sei durch Zahlung erloschen. Böner I S. 115, 398.

⁵⁹⁾ Hieher gehört der Einwand, daß die Forderung von Seite des Gläubigers unkündbar sei oder einer längeren als der verkehrsüblichen Kündigungsfrist unterliege. Zwar ist bestritten, ob die Rechtskraft des Hyp.-Buches sich auch auf das Kündigungsrecht erstreckt. Das Hyp.-Ges. gebietet die Einschreibung der Unkündbarkeit nicht (m. vgl. namentlich §. 22 Nr. 8, §. 145). Nach der Vollzugsinstruktion §. 28 Nr. 8 soll eine Bemerkung darüber nur auf besonderes Verlangen des Gläubigers oder des Schuldners aufgenommen werden. Aus diesem Stillschweigen des Gesetzes folgert Böner II S. 254, daß die Bestimmung über die Verfallszeit den Folgen der Deffentlichkeit nicht unterworfen sei. Dagegen aber ein OAG. (Bl. f. N. XI S. 222 fg.), wie ich glaube, mit gutem Grund. Die Berufung des Beklagten auf eine vertragmäßige Hinausschiebung der Fälligkeit ist eine Einrede gegen die Forderung, welche ohne eine Vormerkung im Hyp.-Buche dem gutgläubigen dritten Erwerber nicht entgegengehalten

Entstehung oder ihren Fortbestand, die persönliche Forderung oder das Hypothekrecht⁶⁰⁾ betrifft, ob er dem Schuldner beziehungsweise dem dritten Unterpfaundersinhaber bekannt war oder nicht. Hierin liegt freilich eine Härte für die letztgenannten Personen, zumal wenn sie sich über ihr Widerspruchs-

werden kann (Hyp.=Gef. §. 26 Nr. 4). Daß das Gesetz die Einschreibung der Kündigungszeit nicht geradezu gebietet, ist unverfänglich; auch für andere Einreden besteht ein solches Gebot nicht. Wenn daher das Hyp.=Buch über die Kündbarkeit nichts entnehmen läßt, so haben kraft der Oeffentlichkeit des Hyp.=Buches nachtheiligere Fälligkeitsbedingungen als die jeden Orts durch Gesetz oder Gewohnheit begründeten, dem dritten gutgläubigen Erwerber gegenüber keine Wirkung.

- ⁶⁰⁾ Wächter (Erörterungen I S. 268 Note 92) behauptet, daß der Schutz der Oeffentlichkeit sich auf die Einreden gegen die Gültigkeit des Hypothek-Rechtes nicht erstreckt. In dieser Allgemeinheit verbietet die ausgesprochene Ansicht keine Billigung. Allerdings kann ein rechtsförmlich eingetragenes Hypothekrecht wegen Mangels eines Hypothektitels nicht angefochten werden (Hyp.=Gef. §. 16), indem die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Unterpfaundeigentümers in die Eintragung den Titel ersetzt. Allein fraglich scheint mir schon, ob die Anfechtung auch dann wegfällt, wenn die Einwilligung auf der irrthümlichen Voraussetzung eines Hypothektitels beruht, was Gönner I S. 397 schlechtthin bejaht. Jedenfalls aber gibt es Einwendungen gegen das Hypothekrecht, welche nicht der Berechtigung zur Hypothek entnommen sind. Ein Irrthum Gönner's (I S. 399) ist freilich, daß das auf Grund einer natürlichen Verbindlichkeit bestellte Pfandrecht immer der Klagbarkeit entbehre. Vgl. dagegen Wangerow §. 364 Anm. 2.

recht in entschuldbarer Unkenntniß befanden. Allein ohne Opfer kann die Wohlthat des Oeffentlichkeitsprinzipes nicht gewonnen werden. Auch darf man nicht übersehen, daß der Ausschluß der nicht vorge- merkten Einreden nicht zur Strafe des saumseligen Schuldners sondern aus Rücksicht auf den dritten Erwerber eingeführt ist.

Nur die Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen hypothekarisch versicherte Darlehensforderungen macht eine beschränkte Ausnahme. Sie kann jedem, auch dem dritten gutgläubigen Inhaber einer solchen Hypothekforderung entgegengehalten werden, ohne daß sie zur Zeit dessen Erwerbes im Hyp.-Buche vorgemerkt war, jedoch nur entweder innerhalb dreißig Tagen von der Eintragung der Hypothek an gerechnet⁶¹⁾, oder selbst nachher unter der Voraussetzung, daß die Vormerkung innerhalb dieser Frist nachgeholt wurde. Sie richtet sich über- dies nur gegen die Empfangsbekanntnisse im Hypothe- kenprotokolle, Hypothekenbriefe und Hypothekenbuche.

Art. 2 des Gesetzes vom 26. März 1859, die Einrede des nicht gezahlten Geldes oder Hei- rathsgutes betr., wodurch §. 47 des Hyp.-Ges. beseitigt wurde.

⁶¹⁾ Graf im Komm. III S. 81 fg. stellt die Behauptung auf, daß in Gemäßheit des Notariatsgesetzes die dreißigtägige Frist von der Unterzeichnung derjenigen Notariatsurkunde an zu rechnen sei, in welcher der Hypothektitel bestellt wurde. W. E. mit Unrecht. Der Grund der gesetzlichen Ausnahme liegt in der erfahrungsmäßigen Thatsache, daß die Kapitalisten die Darlehenssumme vor der Eintragung der Hypo- thek nicht auszuhandigen pflegen; und diese Übung ist vor wie nach dem Notariatsgesetze dieselbe.

Dabei ist noch fraglich, ob die Einrede gegenüber dem dritten gutgläubigen Erwerber der Hypothekforderung auch dann Platz greift, wenn die Darlehenseigenschaft aus dem Hyp.-Buche nicht erhellt. Es kann ja entweder ein anderer Forderungsgrund genannt oder jede Angabe hierüber unterlassen sein, ein Mangel, welcher trotz Hyp.-Ges. §. 145 Nr. 2 eine Nichtigkeit der Hypothek nicht begründet.

Bl. f. RA. XIII S. 105.

Die aufgeworfene Frage ist für beide Fälle zu verneinen; die gegentheilige Meinung würde dem Verkehr mit Hypothekforderungen wesentlichen Eintrag thun.

Ödner I S. 400 Ziff. 2.

(Fortsetzung folgt.)

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

13.—26. Juni.

I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einführungsge- setz vom 29. Apr. 1869.

Proz.-Ordn. Art. 89 mit 689 u. 725. Wenn die Berufung für den Appellanten durch seinen Anwalt eingelegt wurde, kann sie nur dann als unstatthaft erklärt werden, wenn der Appellat die Unstatthaftigkeit derselben wegen Mangels der Bevollmächtigung des Anwaltes im II. Rechtszuge behauptet. Urth. v. 22. Juni 57Nr. 601.

Art. 180, 181. Eine abweichende Erzählung der Thatfachen, durch welche der Vertrag (im ge-

gebenen Falle ein Darlehen) entstanden ist, enthält dann keine unzulässige Klageänderung, wenn feststeht, daß nur eine einzige Darlehensschuld des Beklagten an den Kläger je existirte, die abgeänderte Geschichtserzählung also die Identität des Rechtsstreites nicht aufhebt. Urth. v. 17. Juni 53Nr. 626.

Art. 345 mit 319, 322 Abs. 1 u. Art. 469. S. unter II Obligationenrecht: zum preuß. Landr. Th. II Tit. 1 §§. 1104—1126.

Art. 358. Durch eine Bescheinigung über den Rückempfang hinterlegten Geldes wird das Datum derselben erwiesen auch gegen Denjenigen, welcher das Depositum mit Beschlag belegt hat und über Rechtfertigung des Arrestes und Einweisung gegen den als Drittschuldner zum Streite beigeladenen Depositar streitet. Urth. v. 21. Juni 53Nr. 551.

Art. 414 mit 324 u. 328. Wer von Art. 414 Abs. 1 Gebrauch machen will, hat die Thatfachen zu bezeichnen, aus welchen sich die Unglaubwürdigkeit ergibt; einer allgemeinen Benennung von neuen Zeugen dafür, daß die vernommenen Zeugen unglaubwürdig seien, wird mit Recht keine Folge gegeben. Urth. v. 14. Juni 53Nr. 558.

Art. 467. Wenn zu dem nach Beschlagnahme einer Darlehensforderung zwischen dem Gläubiger und Schuldner wegen Rechtfertigung des Arrestes und Einweisung in die Forderung entstandenen Prozesse der Drittschuldner beigeladen ist, hat nur dieser den über die Hingabe des beschlaggenommenen Darlehens zugeschobenen Eid zu leisten, weil die Natur des Darlehens dies mit sich bringt. Urth. v. 21. Juni 53Nr. 551.

Art. 695. Wenn der im ersten Rechtszuge zur Kostenzahlung Verurtheilte diese Kosten nicht

in der Absicht, dadurch auf die Berufung zu verzichten, sondern bewogen durch ein Bestreidigungsgebot mit Androhung der Pfändung und unter ausdrücklichem Vorbehalte der Berufung gezahlt hat, so ist er mit der Berufung zuzulassen. Urth. v. 22. Juni *HB*Nr. 601.

Art. 793. Vgl. unter II Sachenrecht: Expropriation.

Art. 1225 und Einf.=Ges. Art. 1—3. C. II. Obligationenrecht: Paulianisches RM.

Einf.=Ges. Art. 19. Ein von einem Bezirksgerichte in einer vor dem 1. Juli 1870 bei ihm anhängig gewordenen Streitsache nach diesem Tage verkündetes Beweiserkenntniß beschreitet auch dann die Rechtskraft nicht, wenn nach den älteren Prozeßgesetzen eine Berufung gegen dasselbe wegen Mangels der Berufungssumme ausgeschlossen gewesen wäre. Urth. v. 15. Juni *HB*Nr. 545.

Art. 19 mit 14, 15. Ein in zweiter Instanz vor dem 1. Juli 1870 gefälltes, aber erst nach diesem Tage verkündetes Beweisinterlokut beschreitet keine Rechtskraft. Urth. v. 11. Juni¹⁾ *HB*Nr. 561.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Expropriation. Ges. v. 17. Nov. 1837 Art. XV mit XIX, — Art. V Ziff. 2 lit. c. Daß gerichtliche Urtheil über die Feststellung der Entschädigung des Expropriaten kann nicht deswegen als nichtig angefochten werden, weil in dem vorausgegangenen administrativen Ver-

¹⁾ Nachtrag zur Uebersicht in Nr. 14.

fahren über die Zulässigkeit der Enteignung nicht gesetzlich verfahren (im gegebenen Falle: ein als Hypothekgläubiger Betheiligter nicht gehört) worden sei. — Ein Zuschlag zum gemeinen Werthe des abzutretenden Gegenstandes nach Art. V Ziff. 2 lit. c a. a. O. kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß möglicherweise eine Erweiterung der Fabrikanlage des Expropriaten nöthig und hiezu die expropriirte Grundfläche benützt werden könnte. Es müßte vielmehr die Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit feststehen, daß eine Erweiterung nothwendig werde und hiezu die abzutretende Grundfläche nothwendig sei (im gegebenen Falle stand fest, daß zu einer Erweiterung auch andere Grundstücke des Expropriaten benützt werden könnten). — Wenn der Expropriat bisher ein auf dem Eigenthume des Exproprianten angelegtes Schienengeleise benützte, so kann er einen Zuschlag zur Entschädigung für den Wegfall dieser Benützung nur dann ansprechen, wenn ihm zur Benützung eine Berechtigung zustand, nicht, wenn ihm dieselbe nur vergünstigungsweise gestattet war. — Bei Feststellung der Expropriationsentschädigung kommen nur solche Nachtheile in Betracht, welche aus der Abtretung selbst entstehen, nicht auch solche, welche sich erst aus der Benützungsweise des abgetretenen Grundes durch den Expropriaten ergeben (es handelte sich um Belästigung einer Fabrik durch Kohlenstaub, wenn auf der abgetretenen Fläche Kohlenlager errichtet würden). Urth. v. 17. Juni §Wtr. 421.

Forstrechte. Oberpfälzer Wt. Th. I Tit. 8. Ein (im gegebenen Falle vor der Wirksamkeit des Notariatsgesetzes) von den zum Bezuge der Rechte aus der Waldung eines Dritten berechtigten Anwesenßbesitzern darüber abgeschlossener

Vertrag, daß die Streu gleichheitlich — statt nach dem Hockfuß — vertheilt werden soll, bedurfte der gerichtlichen Verbriefung nicht. Urth. v. 11. Juni²⁾ HBNr. 561.

Hypotheken. Löschung derselben. Hyp.-Ges. §. 80. Die Surrogirung einer vertragsmäßig bestellten hypothekarischen Kaution durch eine anderweitige Sicherheitsleistung ist nur mit Zustimmung dessen, dem die Kaution gestellt wurde, zulässig und kann daher auf Grund thatsächlichen Anbietens einer solchen Surrogirung nicht auf Löschung geklagt werden. Urth. v. 15. Juni HBNr. 573.

Obligationenrecht. Verjährung der Forderungen nach dem Ges. v. 26. März 1859. Durch Ablauf der in diesem Gesetze bestimmten Verjährungsfristen erlöschen die darin bezeichneten Forderungen gänzlich; eine die *condictio indebiti* ausschließende natürliche Verblindlichkeit bleibt nicht zurück. — Eine erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgte Anerkennung der Forderung hebt diese Wirkung der Verjährung nicht auf. — Art. 1 Abs. 2 des Ges. v. 26. März 1859 bezieht sich auch auf Verzugszinsen. Urth. v. 17. Juni HBNr. 484.

Gewerbeklehrvertrag. Wenn ein Gewerbsmeister gegen ein für die ganze Lehre in Einer Summe bestimmtes, aber in pränumerationsweisen Abtheilungen und Fristen zu zahlendes Lehrgeld die Lehre eines Jungen übernimmt und die vollständige Erfüllung der Lehrverpflichtung durch den während der Lehrzeit erfolgten Tod des Lehr-

²⁾ Nachtrag zur Uebersicht in Nr. 14.

herrs unmöglich wird, so entscheidet sich die Frage, was als Entgelt für die theilweise Erfüllung des Lehrvertrages zu leisten sei, nicht danach, welche Fristzahlungen zur Zeit des Todes des Lehrherrn bereits fällig waren, sondern nach dem Verhältnisse, in welchem die wirklich ertheilte zur vollständigen Lehre und dem für letztere bedungenen Lehrgelde steht. Urth. v. 22. Juni *SB*Nr. 577.

Paulianisches Rechtsmittel. Die Anfechtung eines im Jahre 1867 abgeschlossenen Vertrages mit dem Paulianischen Rechtsmittel ist nach Kap. XIX §. 19 der Gerichtsordnung v. 1753 zu beurtheilen. Urth. v. 14. Juni *SB*Nr. 502 u. v. 26. Juni *SB*Nr. 594.

Die Paulianische Klage kann gegen den Erwerber allein angestellt, der fraudulös Veräußernde muß nicht mitverklagt werden. — Der mit der Paulianischen Klage Belangte kann Einreden gegen die dem Kläger gegen den Veräußerer zustehende Forderung, mit welcher dieser ausgeschlossen ist, nur dann vorbringen, wenn dieser Ausschluß vom Veräußerer dolose herbeigeführt ist. Urth. v. 26. Juni *SB*Nr. 594.

Außereheliche Schwängerung. Preuß. Landr. Th. II Tit. 1 §. 1044. Der Thatsache allein, daß die Weibsperson vor dem Umgang mit dem Schwängerer Anderen den Beischlaf gestattet hat; macht sie nicht bescholten. Urth. v. 17. Juni *SB*Nr. 611.

Preuß. Landr. Th. II Tit. 1 §§. 1104 bis 1126. Die hierin gegebenen Vorschriften sind durch die Bestimmungen der Proz.-Ordn. über die richterliche Prüfung der Beweise und über den gesetzlich auferlegten Eid nicht aufgehoben. Urth. v. 17. Juni *SB*Nr. 611.

Condictio indebiti nach bayer. *OR.* Wenn der dritte Besitzer des Hypothekenobjectes in entschuldbarer Ungewißheit darüber, ob die Hypothekenschuld nicht schon vom persönlichen Schuldner getilgt wurde, zahlt, und die Schuld wirklich getilgt war, so steht ihm die *condictio indebiti* zu (Anm. zu *OR.* Th. IV Kap. XIII §. 5 Nr. 4 lit. d mit l. ult. *Cod. h. t.*). — Auch auf Rechtsirrtum kann sich der Zahlende berufen, wenn derselbe als entschuldbar festgestellt ist (Anm. a. a. O. lit. c u. zu Th. I Kap. I §. 7; im gegebenen Falle gehörte der Zahlende, der die Verjährungsfristen des *Bes. v. 26. März 1859* nicht kannte, als Gütler dem Bauernstande an). — Eine Anerkennung der Schuld mit Zahlungsversprechen schließt die *condictio indebiti* nicht aus, wenn sie auf demselben Irrthum wie die nachfolgende Zahlung beruht. *Urth. v. 17. Juni* *OBNr. 484.*

Familienrecht. Kuratel über *Berschwendler*. Bayer. *OR.* Ein Vertrag, welcher mit einem Großjährigen zu einer Zeit, wo das schon gefaßte Erkenntniß über seine Stellung unter Kuratel wegen Verschwendung noch nicht verflündet war, in gutem Glauben abgeschlossen wurde, kann vom Kurator mit Erfolg nicht angefochten werden. *Urth. v. 18. Juni* *OBNr. 568.*

77.

Dr. J. A. Feuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs (Fortsetzung). — Zur Lehre von der longa manu traditio. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes im Gegenstände des Gläubiger- und Gläubigerprozesses. 27. Juni bis 10. Juli.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Fortsetzung.)

§. 48.

Der eben besprochenen Ausnahme wäre eine zweite anzureihen, wenn die Ansicht Billigung verdiente, daß der gutgläubige dritte Erwerber einer hypothekarisch versicherten *Peirathguttsforderung* im Konkurse des Ehemannes gegen die auf den Mangel der wirklichen Einbringung gestützte Anfechtung seines Rechtes durch die übrigen Gläubiger auch dann von der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buchs nicht gedeckt werde, wenn ein hierauf bezüglicher Widerspruch zur Zeit seines Erwerbes im Hyp.-Buche nicht vorgemerkt war. Obwohl diese Meinung von gewichtigen Autoritäten getragen ist,

Gönnert I S. 401

Lehner Hyp.-Recht §. 140 lit. β

DAOE. vom 9. Juni 1860 in Bl. f. RA.

XXVI S. 28 fg.

so muß ich ihr doch entschieden entgegenreten. Ich erachte sie für unrichtig sowohl nach dem Rechte vor

Neue Folge XVII. Band.



dem angeführten Gesetze vom 26. März 1859 als insbesondere kraft dieses Gesetzes.

Der einzige Grund, auf welchen jene Ansicht gestützt wird, besteht darin, daß die Heirathgutsforderung eine bedingte Forderung sei, bedingt nämlich durch den Beweis der wirklichen Einbringung des Heirathgutes nach den in den verschiedenen Gebietstheilen des Königreiches bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen.

Hier liegt vor Allem ein Verstoß gegen die juristische Logik zu Grunde. Daß Dasein eines Rechtsverhältnisses hängt niemals von seinem Beweise ab; der letztere kommt nur bei der Verwirklichung eines Anspruches vor Gericht zur Sprache, und auch hier nur, wenn gegen die thatsächliche Grundlage desselben Widerspruch erhoben ist. Folglich ist es unlogisch, zu sagen, die „Forderung“ sei durch den Beweis bedingt. Es ist dieß sogar in der Wendung unrichtig, daß die gerichtliche Verwirklichung einer Forderung durch den Beweis bedingt sei. Was bleibt demnach von jener Behauptung als brauchbarer Rest? Nichts als der Satz: der Kläger aus einer Heirathgutsforderung wird durch die Zeugnung des Beklagten, daß das Heirathgut eingebracht worden sei, in die Nothwendigkeit versetzt, den Beweis dieser Klagthatfache zu übernehmen. Allein abgesehen davon, daß auch diese Regel nicht unbedingt gilt (Keller, Pand. S. 400), so frage ich: liegt denn hierin für diese Forderung eine Besonderheit? Gilt nicht das Gleiche für die Forderungen aus einem Darlehens-, Deposital-, Commodat-Vertrag u. s. w.?

Das Eigenthümliche bei der Heirathgutsforderung betrifft — oder vielmehr betraf — nur die Art der Beweisführung, ganz besonders im Konkurse des Ehemannes gegenüber den die Ein-

bringung leugnenden Gläubigern und Kindern aus einer früheren Ehe, worüber die bay. Ger.-Ordn. von 1753 Kap. XX §. 6 Nr. 5 und 6 — vergl. mit dem bay. Landr. Th. I Kap. 6 §. 24 — Bestimmungen aufstellt. Jeder Beweis ist durch das Vorliegen eines gültigen Widerspruchs bedingt. Einen im Hyp.-Buche nicht vorgemerkten Widerspruch schließt aber das Hyp.-Ges. §. 26 Nr. 4 in der Richtung gegen den dritten gutgläubigen Erwerber einer Hypothekforderung aus, ohne für die Heirathgutsforderung eine Ausnahme zu machen, wie es im Gegensatz hiezu für die Einrede des nicht bezahlten Geldes gegen Gelddarlehen im §. 47 wirklich geschieht. Folglich fehlt gegenüber dem dritten gutgläubigen Inhaber einer hypothekarisch versicherten Heirathgutsforderung die Voraussetzung jener eigenthümlichen Beweisvorschriften. Schwer begreiflich ist, wie man die gegnerische Ansicht auf §. 30 der Prior.-Ordn. stützen konnte, wo nur gesagt ist, daß „es in Ansehung der Ehefrauen, was den Beweis der wirklichen Einbringung des Heirathgutes anlangt, bei den in den verschiedenen Gebietstheilen bisher gesetzlichen Bestimmungen belassen werde“.

Durch das Gesetz vom 26. März 1859 Art. 1 und 3 sind für schriftliche seit dem Erscheinen dieses Gesetzes ausgestellte Empfangsbekennnisse die bis dahin in Kraft befindlichen beschränkenden Vorschriften der Ger.-Ordn. und der in den einzelnen Landestheilen geltenden Civilrechte beseitigt; es ist dieß für die Einwendung des nicht eingebrachten Heirathgutes noch ausdrücklich ausgesprochen. Auch führte der Regierungsentwurf in Art. 5 unter den durch das fragliche Gesetz aufzuhebenden Rechtsvorschriften in erster Reihe die Bestimmungen der Ger.-Ordn. Kap. XX §. 6 Nr. 5 und 6 auf, und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen, nicht wegen mate-

*

rieller Unrichtigkeit, wurde der genannte Art. in das Gesetz nicht aufgenommen. Daher kann sich jeder Inhaber einer hypothekarisch versicherten Forderung auf das im Hypothekenbucheintrag niedergelegte Empfangsbekanntniß mit voller Wirksamkeit berufen, wenn nur der Eintrag aus der Zeit nach dem Erscheinen des mehrgedachten Gesetzes stammt. Ob solchem Empfangsbekanntniß gegenüber der direkte Gegenbeweis von Belang sei und ob derselbe insbesondere durch Fidejussion in oder außer dem Konkurse geführt werden könne, das ist eine Frage, deren Beantwortung mich zu weit von meinem Gegenstande entfernen würde. Ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß die im Ganzen verdienstliche Ausführung von

Zink im Komn. über das angeführte Gesetz vom 26. März 1859 (Dollmann's Sammlung Thl. I Bd. 3 Heft 4 S. 261 fg.)

gerade in dieser Lehre (Nr. 11 S. 295) von Unrichtigkeiten nicht völlig frei ist.

§. 49.

o) Bei der Aufhebung eines hypothekarischen Rechtes.

Der im Hyp.-Buche als gegenwärtiger Inhaber einer Hypothekforderung Benannte gilt zu jeder die Aufhebung des Hypothekrechtes bezielenden Handlung befugt, soweit nicht Verfügungsbeschränkungen vorgemerkt sind oder aus persönlichen Eigenschaften des Inhabers folgen (vergl. oben §. 44 Ziff. 1). Wird vom bloßen Buchgläubiger in die Löschung der Hypothek gewilligt, es sei auf Grund der Zahlung oder ohne Entgelt, so geht durch den Vollzug der Löschung das Hypothekrecht für den

wirklichen Inhaber verloren, wenn nur der Unterpfandbesitzer in entschuldigter Unkenntniß von der Nichtberechtigung des Buchgläubigers sich befand.

In gleicher Weise wird durch das Hyp.-Buch Sicherheit begründet für die Verfügungsberechtigung über ein im Hyp.-Buche vorgemerktes Pfandrecht an einer Hypothek oder über den Vorzug eines Hypothekrechtes.

- 4) Beschränkung der Wirkung der Rechtskraft auf das dingliche Recht.

§. 50.

Der oben (§. 47) beschriebene Ausschluß der Einreden besteht nur gegenüber dem hypothekarischen Ansprüche (*actio hypothecaria*), während das Forderungsrecht (*actio in personam*) der Bekämpfung nach den Grundsätzen des Civilrechtes unterliegt. Es ist lediglich der Erwerb des dinglichen Rechtes, welcher durch die Rechtskraft des Hyp.-Buches gewährleistet wird, nicht auch der Erwerb der persönlichen Forderung. Durch die Zahlung an den Buchgläubiger geht zwar die Hypothek unter; ob auch die persönliche Schuld, das bestimmt sich nach den Regeln des Civilrechtes. Kurz, das Oeffentlichkeitsprinzip beherrscht und durchbringt mit seinem Einfluß nur das dingliche Recht der Hypothek, nicht unmittelbar das zu Grunde liegende obligatorische Verhältniß.

Ödner I S. 410.

Diese Beschränkung folgt schon aus dem Wesen eines Hypothekengesetzes, dessen Zweck Ordnung der Hypothekrechte, Sicherung des Realcredits, nicht des Credits überhaupt ist. Aller-

dinge sind der persönliche und der hypothekarische Anspruch auf denselben Vermögenswerth gerichtet. Allein das ist kein genügender Grund, um den vermögensrechtlichen Anspruch nach seiner obligatorischen Seite den eigenthümlichen Grundsätzen des Hypothekenrechtes zu unterwerfen. Da das Unterpfaud den Betrag der Forderung nicht selten nur in sehr unvollkommener Weise, zuweilen gar nicht deckt, so läßt sich für die Bestimmung des rechtlichen Schicksals der Obligatio durch die Hypothek nicht einmal ein ausreichender legislativer Grund absehen, geschweige denn daß wir ohne bestimmte Vorschrift im Gesetz berechtigt wären, die Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzipes auf das persönliche Schuldverhältniß auszudehnen. Und eine solche Vorschrift ist in unserem Hyp.-Gesetz nicht zu finden. Zwar greift dasselbe mit einer Bestimmung über die dingliche Rechtssphäre hinaus; nach den §§. 31 und 32 bildet der Eintrag oder die Vormerkung einer Forderung ein Verjährungshinderniß für den hypothekarischen und den obligatorischen Anspruch⁶²⁾. Allein abgesehen davon, daß der Ausschluß der Verjährung nicht auf die Rechtskraft des Hyp.-Buches zurückzuführen ist (oben §. 14), so kennzeichnet sich die fragliche Ausdehnung deutlich als eine vereinzelt Ausnahme, welche für die Regel ein nicht abzuleitendes argumentum a contrario liefert.

Freilich gewinnt das Hypothekrecht durch die Trennung von dem Schicksal der persönlichen Forderung eine gewisse Selbständigkeit, welche mit der

⁶²⁾ Gönner I S. 342. Das bayerische Recht weicht hierin vom preussischen ab; dieses bleibt dem prinzipgemäßen Umfang treu. Preuß. Landr. I, 20 §§. 248, 535; Prinz, Einfluß S. 231 fg.

accessorischen Natur des Pfandrechtes nicht im Einklang steht. Der Gesetzgeber war sich dessen wohl bewußt; er hat die accessorische Eigenschaft der Hypothekrechte nur vorbehaltlich der durch die Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches gebotenen Einschränkungen anerkannt.

Hyp.-Ges. §. 2.

Auch das preussische und österreichische Recht grenzen die Wirkung der Rechtskraft des Hyp.-Buches auf den dinglichen Anspruch ein, obwohl beide prinzipiell an der accessorischen Natur der Hypothek festhalten⁶³⁾.

Förster a. a. O. §. 198 Note 51.

Prinz, Einfluß S. 224 fg.

Egner a. a. O. S. 79 mit S. 37 fg.

⁶³⁾ Vereinzelt Beispiele der Emanzipation des Pfandrechtes von dem Schicksale und zwar von dem Fortbestande der Forderung finden sich schon im römischen Rechte: L. 13 §. 4 de pign. et hyp. 20,1; L. 59 pr. ad SC. Treb. 36,1; L. 38 §. 5 de solut. 46,3; C. 8 de pign. 8,14; C. 2 de lit. pign. 8,31; dazu einige Fälle der sog. hypothekarischen Succession z. B. der durch Ausübung des jus offerendi begründete Hypothekenerwerb. Ein neuerer Schriftsteller hat die Ansicht aufgestellt, daß das nach Untergang der Forderung in den angeführten Fällen anerkannte pignus gar nicht Pfandrecht sondern ein Recht anderer Art, sog. Werthrecht sei, für das man nur Bequemlichkeit halber die formula hypothecaria gegeben habe (Bremer, Hypothek und Grundschuldb. S. 67 fg.; derselbe will sogar noch ein drittes begrifflich unterschiedenes Recht im pignus entdeckt haben, das sog. Vorrecht des Eigenthümers; man lese darüber S. 51 fg. nach).

- 5) Von den Erfahensprüchen der durch die Rechtskraft des Hypothekenbuchs Geschädigten.

§. 51.

Es liegt im Wesen des formalen Rechtes, daß es seine Wege selbstständig wandelt und sich zur Geltung bringt ohne Rücksicht, ob es mit dem materiellen Rechte zusammentrifft oder sich kreuzt. Der erstere Fall stellt das Normale dar, daß im Interesse des Verkehrs Wünschenwerthe und durch die Rechteinrichtungen möglichst Anzustrebende. Das Interesse des Juristen aber haftet, wie das des Arztes, an der pathologischen Erscheinung, an der Störung des normalen Verhältnisses, am Konflikt. Nun wissen wir zwar schon, daß aus diesem Kampf das formale Recht als Sieger hervorgeht und daß das materielle Recht einen Abbruch erleidet. Allein auf welcher Person dieser Nachtheil in letzter Linie haften bleibt, ob auf dem zunächst Betroffenen oder ob dieser ihn auf andere Schultern abwälzen kann, das ist eine Frage, die noch nicht in den Kreis unserer Betrachtung gezogen und derselben doch sehr bedürftig ist.

Schwerlich wird für die verschiedenen Fälle derselbe rechtliche Gesichtspunkt ausreichen. Wir werden uns wenigstens nicht die Mühe ersparen können, die aufgeworfene Frage an den einzelnen Erscheinungsformen des Widerstreites zu prüfen. Als solche treten uns hauptsächlich folgende entgegen:

I) Ein Grundstück wird vom Nichteigenthümer ohne die Zustimmung des Eigenthümers mit einer gültigen Hypothek belastet.

II) Es ist ein wirksames Hypothekrecht vorhanden ohne eine wirksame persönliche Forderung.

III) Der persönliche und der dingliche Anspruch stehen verschiedenen Personen zu.

IV) Dem wirklichen Hypothekgläubiger wird durch die Verfügung eines Nichtberechtigten das Hypothekrecht entzogen oder beeinträchtigt.

§. 52.

Zu I) Wenn der bloße Bucheigenthümer das Grundstück einem Gläubiger hypothekarisch verpfändet, der an dem wirklichen Eigenthumsrechte des Ersteren zu zweifeln keinen Grund hat, so kann der Hypothek vom wirklichen Eigenthümer die Anerkennung nicht versagt werden. Kommt in der Folge der hypothekarische Anspruch zur Verwirklichung, so wird der Betrag desselben aus dem Vermögen des wirklichen Eigenthümers gezogen. Hat nun der Letztere einen Rückgriff und gegen wen?

1) Handelte der Bucheigenthümer im Bewußtsein der mangelnden materiellen Verpfändungsbezugnis, so greift gegen ihn die *actio doli*⁶⁴⁾ auf vollen Schadensersatz Platz; denn er konnte sich bei seinem Vorgehen nicht verbergen, daß er damit das Recht des wirklichen Eigenthümers in die Gefahr wesentlicher Benachtheiligung versetze.

L. 7 §. 3 de dolo malo 4,3: . . . Qui mihi debebat . . . fundum, et dum tradit, im-

⁶⁴⁾ Nicht die *actio legis Aquiliae*, wie Pringz, Einfluss S. 112 meint; denn diese Klage hat einen Schaden an einem bestimmten körperlichen Gegenstand zur Voraussetzung, während im Falle des Textes das Vermögen des Eigenthümers als Werthganzes getroffen wird. Ihering in seinem Jahrb. IV S. 24 fg., Windscheid Pand. §. 455 Note 6.

posuit ei servitutum . . . ait Labeo, dan-
dam in eum de dolo actionem.

Daß die Absicht, dem wirklichen Eigenthümer zu schaden, der Beweggrund der Handlung war, ist kein Erforderniß dieser Klage. Der Bucheigen-
thümer haftet, auch wenn er seinen oder eines Drit-
ten Vortheil verfolgte, vorausgesetzt nur, daß er
die Schädigung des wirklichen Eigenthümers vor-
ausah.

Ihering, der Ucca-Bistoja-Uktenstreit S. 44.

2) Wenn bagegen der Bucheigenthümer sich für den Berechtigten hielt, so ist er nur insoweit ersatzpflichtig, als die Tilgung des hypothekarischen Anspruches ihm zu gute kam d. h. wenn er für die Hauptschuld persönlich haftete. Der wirkliche Eigen-
thümer hat die Stellung eines dritten rechtmäßigen Be-
sizers der Pfandsache, welcher gegen Befriedigung
des Hypothekgläubigers in dessen Rechte gegen die
aus der persönlichen Schuld haftenden Personen
eintritt. Daß dieser Forderungsübergang auch ohne
Abtretung von Seite des Gläubigers kraft einer
sog. cessio legis stattfindet, wird schon nach ge-
meinem Recht mit gutem Grund behauptet

Windscheid P. §. 233^a Note 1, §. 235
Note 18,

ist aber vollends für das bayerische Hypothekenrecht
durch den klaren Wortlaut des Gesetzes außer
Zweifel.

Hyp.-Ges. §. 58 Abs. 1.

Aus dem Vorstehenden erhellt, daß derselbe
Ersaganspruch dem durch die Verwirklichung des
hypothekarischen Anspruches geschädigten Eigenthümer
gegen den persönlichen Schuldner zusteht, der nicht
der verpfändende Bucheigenthümer ist.

Weber der ersten noch der zweiten Ersagklage
kann mit Erfolg der Einwand entgegen gesetzt wer-

den, daß der Kläger seine Benachtheiligung selbst verschuldet habe, indem er unterließ den Besitztitel auf seinen Namen im Hyp.-Buche berichtigen zu lassen. Denn abgesehen davon, daß unter Umständen dem Kläger eine wirkliche Nachlässigkeit gar nicht zur Last fällt, so würde durch eine solche im ersten Fall der Dolus des Beklagten nicht aufgewogen; im zweiten Fall aber, wo die Haftung aus seinem Schuldverhältnisse zum persönlichen Gläubiger hergeleitet wird, bleibt das Verhalten des ein bloß abgeleiteten Recht geltend machenden Klägers hinsichtlich der Hypothek außer Betracht.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Zur Lehre von der longa manu traditio.

Eine Notariatsurkunde enthielt folgende Bestimmung:

es solle dem N. N. die ihm zum Eigenthum abgetretene Schneidsäge zu F. nebst den dazu gehörigen Gebäuden u. u. hiemit kraft dieser Urkunde förmlich extradirt und überwiesen sein.

Hieraus wurde eine Uebergabe von langer Hand abzuleiten versucht, der oberste Gerichtshof verwarf jedoch die befallige Ausführung aus nachstehenden Gründen:

Revident sucht darzuthun, daß in der angeführten Stelle der Notariatsurkunde vom 5. März 1869 eine zur Besitz-Übertragung geeignete traditio longa manu liege, und beruft sich hiefür auf die Anm. zum bayert. Landr. Th. II Kap. III §. 7 Z. 7,

indem hierin gesagt sei, daß die Uebergabe auch in Abwesenheit der zu tradirenden Sache erfolgen könne, und hieraus in Verbindung mit der unter Ziff. 6 daselbst vorausgehenden Bemerkung, wonach die traditio auch juris intellectu sich vollziehen lasse, klar hervorgehe, daß die traditio longa manu auch nudo affectu erfolgen könne, wenn nur die Absicht zu tradiren offenbar sei.

Alein die Annahme, daß mit den Worten in Ziff. 7 a. a. O., die Uebergabe longa manu werde bald in Abwesenheit, bald in Gegenwart der zu tradirenden Sache bewerkstelligt, gesagt sein wolle, die Uebergabe könne schon durch die bloße Erklärung des Willens, zu übergeben, erfolgen, ohne daß es dazu eines weiteren realen Aktes bedürfe, ist, — ganz abgesehen davon, daß sich dieselbe auch mit dem Texte des Gesetzes nicht wohl vereinigen ließe, — schon dadurch ausgeschlossen, daß in der vorausgehenden Ziff. 5 der Anmerkungen an demselben Orte ausdrücklich bemerkt ist, daß die in dem Hauptkontrakte enthaltenen Worte: „Ich übergebe“ — den Beweis der Tradition noch nicht ausmachen und daß dieser Beweis noch viel weniger dadurch gellefert werde, wenn in dem Hauptkontrakte die Lizenz zur eigenmächtigen Besiznahme ertheilt wurde, indem a potentia ad actum noch kein bündiger Schluß sei. — Es steht überdieß jener Annahme entgegen, daß, wie die in den Anmerkungen Ziff. 1—10 zu dem von der Tradition handelnden §. 7 Th. II Kap. III des Landrechtes enthaltenen mehrfachen Citate zeigen, die ganze befallige Satzung des Landrechtes auf dem Boden des gemeinen Rechtes ruht, und daß nach letzterem die bloße Willenserklärung des bisherigen Besizers zur Besizübertragung auf eine andere Person, wenn diese nicht vorher schon wenigstens die Detention der Sache hatte,

nicht genügt, sondern dazu noch ein körperlicher Akt kommen muß, durch welchen es dem Erwerber möglich wird, seine Herrschaft über die Sache durch unmittelbar gegenwärtige Einwirkung auf dieselbe geltend zu machen, also z. B. bei Grundstücken wenigstens eine Vorzeigung derselben oder Hinweisung darauf, wenn auch nur aus der Ferne, wie dieß auch in dem an der mehrgedachten Stelle der Anmerkungen Ziffer 7 a. E. citirten Werke von Stryk, *usus modernus pandectarum ad. lib. 41 tit. 1 §. XXXII* in Bezug auf die *traditio longa manu* speziell bemerkt ist, indem es daselbst heißt: *Longa manu res traditur, quando illa oculis demonstratur*. Auch ist dasßelbe schon in jener Stelle der Anmerkungen selbst ausgedrückt, indem dieselbe im Zusammenhange lautet: „*Longa manu* werde die Uebergabe meistens *oculis et affectu* bewerkstelligt, und zwar bald in Abwesenheit, bald in Anwesenheit der zu extrahirenden Sache durch die Vorlegung, Vorweisung, Bewahrung oder Bezeichnung derselben“, womit offenbar verlangt ist, daß die Sache, wenn auch nicht in unmittelbare körperliche Berührung, doch wenigstens zur sinnlichen Wahrnehmung des Erwerbers mittelst des Gesichtes gebracht wurde, wie denn diese Voraussetzung auch der am Schlusse derselben Ziffer der Anmerkungen enthaltenen Bemerkung zu Grunde liegt, daß es einerlei sei, ob die Vorweisung in der Nähe oder Ferne geschieht.

DAWGrf. v. 14. Apr. 1871 Nr. 728 v. 1870.
hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

27. Juni bis 10. Juli.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einführungsge- setz vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 106, 109. Wenn nur auf Herstellung eines Inventars und eidliche Bekräftigung geklagt war und der Beklagte hiezu verurtheilt wird, so hat er ohne Rücksicht darauf, welcher materielle Erfolg dem Kläger aus dieser Verurtheilung erwächst, die Prozeßkosten zu tragen. Urth. v. 2. Juli *HW*Nr. 540.

Art. 609. Wenn auf Anwendung der in diesem Art. enthaltenen Vorschrift kein Antrag gestellt ist, so kann eine Nichtigkeitsbeschwerde darüber, daß sie der Richter nicht dennoch in Anwendung gebracht habe, mit Erfolg nicht erhoben werden. Urth. v. 6. Juli *HW*Nr. 596.

Art. 635. Auch aus rechtlichen Erwägungen kann das Gericht nach verhandelter Sache auf Antrag der Partei, gegen welche eine Vorsichtsverfügung erlassen war, diese wieder aufheben. Urth. v. 6. Juli *HW*Nr. 596.

Art. 708 mit 682. Wenn in demselben Urtheile bezüglich der Hauptsache die Vernehmung von Sachverständigen angeordnet ist und die Beschlagnahme einer Forderung des Beklagten, welche zugleich mit der Klage in der Hauptsache vom Kläger vorsorglich erwirkt war, wieder aufgehoben wird, so kann dieser mit der Berufung über letzteren Ausspruch keine solche über den ersten verbinden. Urth. v. 6. Juli *HW*Nr. 596.

Einf.=Ges. Art. 14, 15, 19, 23. Wenn vor

dem Einzelrichter die Sache vor dem 1. Juli 1870 schon anhängig war, daß Beweisinterlokut aber erst nach diesem Tage erlassen und verkündet wurde, so erlangt es, wenn keine Berufung dagegen eingelegt wurde, Rechtskraft¹⁾. Urth. v. 5. Juli *SNr.* 606.

Art. 24. Wenn bezüglich eines vor dem 1. Juli 1870 notariell beurkundeten Tauschvertrages behauptet ist, daß dem Notare noch weitere als die in der Urkunde angeführten Grundstücke als Bestandtheile des einen der Tauschobjekte bezeichnet, von ihm aber aus Versehen nicht aufgenommen wurden, so ist der Beweis dieser Behauptung auch durch Zeugen und Eid zulässig. Urth. v. 28. Juni *SNr.* 603.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Kulturbaulast. Unsbach. Konsistor. *Ordn.* Art. VII und Preuß. *LR.* Wem die subsidiäre Baulast an den Gebäuden einer Pfarrstiftung obliegt, der kann sich der durch Sturmwind nothwendig gewordenen Hauptreparatur des Zaunes eines zum Pfarrhause gehörigen Gartens nicht entziehen. Urth. v. 9. Juli *SNr.* 569.

Obligationenrecht. Form der Verträge. Not. *Ges.* Art. 14. *S.* unter I zum *Einf. *Ges.** Art. 24.

Rechtsverhältnisse aus dem außerehe-
lichen Weislafe. Preuß. *Landr.* Der *§.* 83

¹⁾ Wird demnächst zugleich mit dem oben *S.* 128 zu denselben Artikeln des *Einf. *Ges.** mitgetheilten Urtheile weiter besprochen. Einstreifen wird auf die in der *Samm-
lung v. Entsch. d. ob. *Shf.* i. *Gegst. d. Civilr.*
u. *Proz.* Bb. 1 *Hft.* 2 *Nr.* 50, *Hft.* 4 *Nr.* 143—145
enthaltenen Urtheile verwiesen.*

des ersten Anhanges zum preuß. RM. findet auf das bayerische Militär keine Anwendung, da derselbe nur eine Ausnahmsbestimmung für die preussische Armee enthält. Urth. v. 1. Juli *HR.* 541 und 542.

Condictio sine causa. Bayer. RM. Th. IV Kap. XIII §. 9. Wenn die dem Schuldner abgepfändete und zu Gunsten des Gläubigers verkaufte Sache Eigenthum eines Dritten war, kann dieser den Erlös aus derselben vom Gläubiger nicht kondigiren, weil die cond. sine causa ein subsidiäres Rechtsmittel ist und dem Eigenthümer die Bindung gegen den Käufer der Sache zusteht²⁾. Urth. v. 8. Juli *HR.* 470.

Familienrecht. Errungenschaft. Preuß. RM. Th. II Tit. 1 §. 396, 400, 401, 406, 407. Bewegliches Gut (Vieh), welches während der Ehe angeschafft wurde, ist, so lange diese besteht, zur Errungenschaft zu rechnen und kann von den Gläubigern des Ehemannes angegriffen werden, ohne daß es einer Untersuchung bedarf, ob das Geld, woraus dasselbe angeschafft wurde, von ehemännlicher oder eheweiblicher Seite her stammt. Urth. v. 2. Juli *HR.* 608.

77.

²⁾ Vergl. Urth. v. 20. Apr. *HR.* 513 oben S. 177. Ob sich die beiden Ausprüche vereinigen lassen und, wenn nicht, welcher der richtige ist, wird weiter zu besprechen sein.

Verichtigung. S. 62 Z. 14 v. u. statt: „*HR.* 111“ lies: „*HR.* 323“.

Rebalt: Dr. Steppes u. R. Fetsch. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 17. August 1872. 37. Jahrgang. № 17.

Dr. J. A. Feuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Glückwunsch. — Das Prinzip der Öffentlichkeit des Hypothekendaches (Schluß). — Zu S. 23 Ziff. 6 der Prioritäts-Ordnung. Begriff der „Verwaltung“ und des „Verwalters“. — Rottg.

Herzliche Glückwünsche

den hochverehrten Mitarbeitern an den Blättern für
Rechtsanwendung,

Herrn Oberappellationsgerichtsrath **Reitmayr**

und

Herrn Bezirks- und Handelsgerichtsrath **Sausser,**

zu der öffentlichen Anerkennung Ihrer großen Verdienste
um die Rechtswissenschaft und deren Pflege in Bayern,
zu der hiedurch so wohlverdienten Ehre, welche Ihnen
die Juristenfakultät der Universität München bei Gelegen-
heit des vierhundertjährigen Jubelfestes dieser Hochschule
durch Verleihung des Doktorgrades erwiesen hat.

Die Herausgeber.

Neue Folge XVII. Band.

Das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayerischem Rechte.

Von Professor Regelsberger in Gießen.

(Schluß.)

§. 53.

Zu II. Daß Vorhandensein eines wirksamen Hypothekrechtes ohne eine wirksame persönliche Forderung kann darauf beruhen, daß Jemand für eine nichtige oder anfechtbare Forderung eine Hypothek erhält, welche er, bevor gegen die Richtigkeit der Forderung im Hypothekenbuche ein Widerspruch vorgemerkt ist, an einen gutgläubigen Dritten auf Grund eines lästigen Titels überträgt. Ferner entsteht die angegebene Unregelmäßigkeit, wenn eine erloschene, aber im Hyp.-Buche noch nicht gelöschte Hypothek an einen gutgläubigen Dritten gegen Entgelt abgetreten wird.

Der Nachtheil trifft auch hier zunächst den Unterpfandsberechtigten und zwar nach dem regelmäßigen Gange denjenigen, welcher im Zeitpunkte der materiell ungiltigen, formell aber wirksamen Belastung des Grundstückes Eigenthümer ist, oder dessen Erben. Denn wenn von ihnen nachher das Grundstück gegen Entgelt veräußert wird, so kommt ihnen der Betrag des hypothekarischen Anspruches entweder sofort durch Abzug am Kaufpreise oder nachher im Regreßwege auf Rechnung.

Urheber des Nachtheils ist der Cedent, welcher durch das Abtretungsgeschäft die bisherige Schein-

belastung (*obligatio rei nulla vel inanis*) in eine wirkliche Belastung verwandelt hat.

Was nun den Erstattungsanspruch des Eigenthümers anlangt, so bietet derselbe

1) keine Schwierigkeit für den Fall, daß dem Cedenten die materielle Ungültigkeit seines Rechtes bekannt war. Es schlagen dann dieselben Grundsätze an, welche im vorigen §. unter Ziff. 1 erörtert wurden. Nur tritt hier, falls die Cession eine entgeltliche war, neben die *actio doli* noch die *condictio ob injustam causam*, und wer für das heutige Recht noch an der subsidiären Natur der *actio doli* festhält⁶⁵⁾, der muß sogar die zweite Klage voranstellen, soweit mit ihr der Zweck so vollkommen erreicht werden kann wie mit der Deliktklage. Dieß wird allerdings nicht immer der Fall sein, da die *condictio* sich auf die Bereicherung des Beklagten beschränkt.

L. 6 de *condict. ob turp. vel injust. caus.*

12,5: . . . *id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici.*

2) Wenn der Cedent im Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Hypothek handelte, so spricht die Billigkeit für einen Erstattungsanspruch des Geschädigten wenigstens für den Fall, daß die Abtretung, wie es die Regel sein wird, gegen Entgelt stattfand. Aber wie ist dieser Anspruch rechtlich zu begründen?

Es gibt Klagen, welche dazu bestimmt sind, das Rechtsverhältniß zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder nach der obligatorischen Seite zu regeln;

⁶⁵⁾ Vgl. Windscheld P. §. 451 Note 10 lit. o.

daß sind die actiones in personam pignericia, welche dem Verpfänder als actio directa, dem Pfandgläubiger als contraria zustehen. Die Anwendung der ersteren Klage zur Verwirklichung der hier in Frage befindlichen Ersatzansprüche unterliegt gewiß keinem Bedenken, sofern sich nur der Besteller und der ursprüngliche Empfänger der beschwerenden Hypothek oder deren Erben als Beteiligte gegenüber befinden. Daß durch die Verpfändung für eine ungünstige Forderung ein Pfandrecht nicht erzeugt wird, bildet für die Entstehung des obligatorischen Pfandverhältnisses bekanntlich kein Hinderniß.

L. 9 pr. §. 4, L. 11 §. 2, L. 16 §. 1, L. 32 L. 36 de pignorat. act. 13,7.

Aber wie, wenn der nicht bloß mögliche sondern sehr häufige Fall vorliegt, daß der Beschädigte ein Sondernachfolger des ursprünglichen Verpfänders oder der Schädiger ein Sondernachfolger des ursprünglichen Hypothekgläubigers oder daß beide Beteiligte Sondernachfolger der ursprünglichen Partelen sind?

Nach meiner Ueberzeugung leistet auch hiefür die actio in personam pignericia directa die gewünschte Hilfe.

Daß römische Recht hat daß durch die actiones pignericiae beherrschte obligatorische Verhältniß über den Kreis der Besitzpfandbestellung erweitert; es hat dasselbe nicht nur an das bloße Vertragspfand sondern sogar an das gesetzliche Pfandrecht angeschlossen.

L. 7 pr. de distr. pign. 20,5; L. 11 §. 5 de pign. act. 13,7.

Darüber ist man jetzt ziemlich einverstanden. Vgl. Windscheid P. §. 381 a. E.

Aber ich glaube, man hat sich die Bedeutung dieser Ausdehnung nicht zum vollen Bewußtsein gebracht. Es folgt aus ihr, daß die Grundlage des obligatorischen Pfandverhältnisses nunmehr in dem Gegenüberstehen von Pfandgläubiger und Pfandeigenthümer zu suchen ist. Mit anderen Worten, die Pfandobligation ist zur Zustandobligation geworden. Daher ist auch die Behauptung wohl gerechtfertigt, daß in dem entwickelten römischen Rechte die *actiones (in personam) pignericiae* den unentbehrlichen Begleiter eines jeden Pfandrechtes bilden.

Dernburg Pfandr. I §. 16⁶⁶).

Diese Auffassung drängt uns aber zu der weitern Folge, daß dieses Pfandverhältniß zwischen jedem Pfandgläubiger und jedem Eigenthümer des Unterpfandes entsteht, auch zwischen denjenigen, welche erst durch Rechtsnachfolge in diese Stellung eingetreten sind.

Es ist freilich ein vergebliches Bemühen, die Anerkennung dieses Satzes im römischen Rechte nachzuweisen⁶⁷). Die römische Jurisprudenz stand

⁶⁶) Dieser Schriftsteller bemerkt (I S. 140): „Die Zuthellung der *actiones pignericiae* zu den Realcontracten war Sache theoretischen Systematisirens, welches die vom Prätor geschaffenen Obligationsgattungen in das herkömmliche Schema einzuweisen suchte; es ist nicht nachweisbar, daß Prätor und Praxis diesem Gedanken einen bildenden Einfluß auf das Institut beileigten“.

⁶⁷) C. 2 si pignus pignori 8,24 deutet nicht gangbar, wenn auch mit Wahrscheinlichkeit, auf die *actio in personam pignericia* hin. Aber dieß auch als

noch zu sehr unter dem Banne des Andenkens an den geschichtlichen Ursprung aller pfandrechtlichen Wirkungen, als daß sie zu dieser Konsequenz sich hätte entschließen können. Mußte sich doch selbst das gesetzliche Pfandrecht auf einen stillschweigenden Verpfändungsvertrag zurückführen lassen, so wenig dieß mit der Wirklichkeit im einzelnen Falle übereinstimmte. Ebensovienig bietet unserer Folgerung die vielberufene Stelle des kanonischen Rechtes (cap. 6 X. de pign. 3,21) eine ausreichende Stütze. Allein es entspricht dem heutigen, von jenem historischen Anklang völlig freien Rechtsbewußtsein, diesen Schluß zu ziehen, zumal derselbe einem entschiedenen Bedürfnisse des Rechtslebens entgegenkommt. Von diesem Gefühl beherrscht haben die alten Praktiker⁶⁸⁾ der *actio in pers. pign.*

gewiß angenommen, so läßt sich die Klage, welche der Verpfänder gegen den Pfandgläubiger anstellt, als die *actio pign. dir.* des Austerverpfänders auffassen, welche mittelst freiwilliger oder erzwungener Cession auf den Verpfänder übergegangen ist.

68) Vgl. deren Aufzählung bei Glück, Erläuterung der Pand. Bb. 14 S. 156 fg. und Dernburg Pfandr. I S. 154 Note 41a. Der Letztere erklärt sich trotz seines oben bezeichneten freieren Standpunktes sehr entschieden gegen die Erstreckung der persönlichen Pfandklage auf die Singularsuccessoren; denn die *actio pign.* beruhe auf einem Kontrakte zwischen Geber und Nehmer des Pfandes. Allein wo ist denn der Kontrakt in den Fällen des gesetzlichen und jedes nicht vertragmäßigen Pfandrechts? Er existirt nur vermöge Fiktion d. h. in Wirklichkeit nicht. Das Pfandverhältnis hat somit eine andere Quelle: *ex re venit actio* (L. 46 O. e. A. 44,7). Uebrigens sucht auch Dernburg dem Verpfänder (freilich

eine Ausdehnung gegeben, welche freilich das be-
rechtigte Ziel überschreitet.

Ist das Ausgeführte richtig, so dient die actio
in pers. pign. zur Verfolgung der aus dem Pfand-
verhältnisse entspringenden persönlichen Ansprüche, wer
auch immer der beschädigte Unterpfandseigenthümer
und wer der schädigende Hypothekgläubiger sein mag.

Die Quellen geben dem Verpfänder die ge-
nannte Klage, um dem Gläubiger den Ueberschuß
des Erlöses aus dem Pfande und sogar Zinsen
davon abzufordern.

L. 6 §. ult. L. 7 L. 24 §. 2 L. 42 de pign.
act. 13,7.

Nach dieser Analogie ist die Richtung der act.
pign. auf Herausgabe des Erlöses aus einer un-
gerechtfertigten Veräußerung des formell bestehen-
den Hypothekrechtes kaum zu beanstanden. Das
obligatorische Pfandverhältniß steht unter der Herr-
schaft von Treu und Glauben. Siegegen würde
der Gläubiger gröblich verstoßen, wenn er einen Ge-
winn behalten wollte, den er, wenn auch ohne wahres

nicht jedem Pfandseigenthümer) eine persönliche Klage
gegen den Cessionar zu verschaffen, indem er einen
stillschweigenden Vertrag zwischen Cedent und Cessionar
unterstellt des Inhaltes, daß Letzterer nach
Tilgung der Schuld das Pfand an den Verpfänder
herausgebe; hieraus soll der Letztere die actio venditi
utilis haben.

Wem das von mir verteidigte Vorgehen zu kühn
erscheint, dem möchte ich die treffenden Worte
Fhering's über das System als einer unversteg-
baren Quelle neuen Stoffes in Bb. 2 S. 369 fg.
(2. Aufl.) seines Geistes des römischen Rechtes ent-
gegenhalten.

Verschulden, auf Kosten des Pfandgelgenthümers gemacht hat.

Wir müssen aber auf der angenommenen Grundlage noch weiter gehen und den Cedenten selbst bei unentgeltlicher Uebertragung für ersatzpflichtig erklären, wenn er die Ungültigkeit seines Rechtes bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte erkennen müssen; denn im obligatorischen Pfandverhältnisse ist jeder Theil dem anderen für jede schuldhaftige Benachtheiligung verantwortlich.

L. 13 §. 1 L. 14 de pign. act. 13,7.

§. 54.

Zu III. Wenn ein Hyp.-Gläubiger seine Forderung zunächst dem A. cedirt und, bevor diese Abtretung im Hyp.-Buche vermerkt ist, dem B., so kann, den gutgläubigen Erwerb des Letzteren vorausgesetzt, der hypothekarische Anspruch wirksam nur von diesem geltend gemacht werden, während der obligatorische bei A. verbleibt. Wegen der Einheit des vermögensrechtlichen Interesses können beide Ansprüche nicht neben einander zur Verwirklichung kommen. Welcher ist der stärkere?

Aus der Rechtskraft des Hyp.-Buches folgt, daß, um bei dem angeführten Beispiele zu bleiben, durch die Befriedigung des A. die Geltendmachung des hypothekarischen Anspruches nicht gehindert wird. Umgekehrt aber kann der persönlichen Forderung die Zahlung an den rechtmäßigen Inhaber des hypothekarischen Rechtes mit Erfolg entgegengehalten werden⁶⁹⁾. Obwohl nun der mit der persönlichen

⁶⁹⁾ So wurde nach römischem Rechte der Hauptschuldner durch die Zahlung des Mandator befreit, wenn auch nicht

Klage Belangte vor der Befriedigung des hypothekarisch Berechtigten die Zahlung ablehnen kann, bis er wegen Löschung der Hypothek vollkommen gesichert ist⁷⁰⁾, so verdient doch die Frage Erwägung, ob der ohne solche Vorsicht Zahlende kein Mittel der Schadloshaltung besitzt, wenn er sich durch die Zahlung geschädigt hat. Es scheint mir nicht zweifelhaft, daß er vom befriedigten Gläubiger die Abtretung desjenigen Ersatzanspruches verlangen kann, welchen dieser im Fall der verweigerten Zahlung gegen seinen Cedenten haben würde.

Arg. L. 29 §. 3 mand. 17,1 mit L. 36 de fidejuss. 46,1 und L. 5 pr. de censibus 50,15.

Vergl. über eine verwandte Frage Bähr in Ihering's Jahrb. I S. 439 fg.

Der Cedent haftet nämlich dem ersten Cessionar wegen der Benachtheiligung durch die zweite Cession im Falle der wirklichen Arglist mit actio doli, außerdem aus dem der Cession zu Grunde liegen-

ipso jure, obwohl dieser seine Verbindlichkeit aus dem Mandatverhältnisse (mandatum qualificatum) und nicht die Hauptschuld erfüllt hatte. Wegen der Einheit des vermögensrechtlichen Interesses wirkte die Aufhebung jener auf den Fortbestand dieser zurück. L. 28 mand. 17,1.

⁷⁰⁾ Nach Sönnner's Meinung (Bb. I S. 411) kann der mit der persönlichen Klage hervortretende Gläubiger vom Schuldner auf die vorgängige Geltendmachung des hypothekarischen Rechtes verwiesen werden. Im römischen Rechte, worauf sich Sönnner beruft, ist diese Beschränkung des persönlichen Forberungsrechts nicht begründet. (Ueber die sog. exceptio excussionis realis vgl. Dernburg Pfandr. II S. 370 fg.). Sie findet aber auch, soviel ich sehe, im bayerischen Hyp.-Gesetze keine Stütze.

den Rechtsverhältnisse (Kauf⁷¹⁾, Hingabe an Zahlungsstatt, Tausch u. s. w.)

Schliemann, die Haftung des Cedenten
S. 17 fg.

Ganz ähnlich verhält es sich zu IV. In dem Fall, da der Cessionar einer Hyp.-Forderung unterläßt, seinen Erwerb im Hyp.-Buche vermerken zu lassen, kann der Cedent von der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches auch in der Art Mißbrauch machen, daß er von dem Pfandschuldner Zahlung entgegennimmt und die Löschung der Hypothek bewilligt, oder daß er die Hypothek verpfändet. Für den gutgläubigen Dritten entspringen aus diesen Verfügungen gültige Wirkungen und zwar auf Kosten des wahren Hypothekberechtigten, welcher sich dafür bei dem Cedenten zu erholen hat nach den eben entwickelten Grundsätzen.

IV. Vom Ausschlusse der Berufung auf die Unkenntniß des Hypothekenbuchinhaltes.

§. 55.

Dem oben (§. 13) über diesen Grundsatz Erörterten sind nur wenige Bemerkungen beizufügen.

1) Die Pflicht, sich durch Einsicht des Hyp.-Buches über den Stand der dinglichen Rechtsverhältnisse an einem Grundstücke zu unterrichten, besteht nur für solche Verfügungen, welche Hypothek-

⁷¹⁾ L. 4 L. 6 L. 23 §. 1 de her. vel act. vend. 18,4.

rechte berühren. Es folgt diese Beschränkung eben so sehr aus der Stellung unserer Vorschrift im Gesetze als aus der Hypothekenbucheigenschaft unserer öffentlichen Bücher. Daher ist die Frage, ob aus der Unterlassung der Hyp.=Bucheinsicht ein Hinderniß der Eigenthumsübertragung an einem Grundstücke hergeleitet werden könne, nicht nach dem hier in Rede stehenden Grundsatz sondern nach den civilrechtlichen Regeln über redliches Bewußtsein zu beurtheilen.

Ö ö n n e r I S. 279.

Noch weniger kann der Verkäufer eines Grundstücks die Ersatzeleistung wegen nicht angezeigter Lasten mit der Berufung auf unsere Vorschrift ablehnen. Das bestätigt auch die Bestimmung des Hyp.=Ges. §. 25 Abs. 3, wonach den durch die Vorschriften in Abs. 1 und 2 desselben §. geschädigten Personen der persönliche Ersatzanspruch vorbehalten bleiben soll.

Dem letzterwähnten gesetzlichen Vorbehalt zufolge berührt der Grundsatz über die Unzulässigkeit der Berufung auf die Unkenntniß des Hyp.=Buchinhaltes selbst bei hypothekrechtlichen Verfügungen nicht die Pflichten der vertragsschließenden Personen gegen einander sondern nur ihr Verhältniß zu Dritten. So ist der ursprüngliche Inhaber einer Hypothekforderung, welcher seinen Anspruch erst dem A. und dann dem B. abtritt, gegen den Ersatzanspruch des Letzteren nicht gedeckt, auch wenn zur Zeit der Cession an diesen der Erwerb des A. im Hyp.=Buche bereits eingetragen war ⁷²⁾).

⁷²⁾ Auch das Berliner Obertribunal ist von der umfangreicheren Auslegung der entsprechenden landrechtlichen Vorschrift (Pr. LR. I, 4 §. 19) zurückgekommen,

2) Der Vorwurf der Unkenntniß fällt hinweg, wenn die betreffende Thatsache nicht an der ihr nach der Hyp.-Buchverfassung zukommenden Stelle vorgetragen war. Dieß ist zweifellos, wenn der fragliche Eintrag sich auf einem falschen Folium befindet. Ob auch, wenn nur die Rubrik verfehlt ist? Dieß ist m. E. eine Thatfrage⁷³⁾.

3) Die Anwendung unseres Grundsatzes kann einer Schwierigkeit unterliegen auch wegen des Zeitverhältnisses zwischen dem fraglichen Eintrage und der hypothekrechtlichen Verfügung. Zwar wird man sich für seine Geltung entscheiden müssen, wenn der Eintrag schon am Tage vor der hypothekrechtlichen Verfügung vorhanden war. Wenn er dagegen nur aus einem früheren Zeitpunkte desselben Tages datirt, so wird das Urtheil von den Umständen des einzelnen Falles abhängen. Während ein augenblicklicher Anschluß der Handlung an die Hyp.-Bucheinsicht nicht selten eine thatsächliche Unmöglichkeit sein wird, kann man dagegen z. B. von einem Schuldner wohl verlangen, daß er sich unmittelbar vor der Zahlung über den gegenwärtigen Forderungsinhaber aus dem Hyp.-Buche vergewissere⁷⁴⁾. Immerhin wird für den letzteren Fall der Nachweis der Früherzeitigkeit des Eintrages beson-

obwohl die Stellung der letzteren hiezu einigen Anhalt bot. Entscheidungen Bb. XXXVI S. 1 fg. Dagegen freilich Koch im Kommentar zu I, 11 §. 183 Note 27.

⁷³⁾ Ebenso das Berliner Obertribunal. Entscheid. LX S. 6 fg. Vgl. auch Prinz Einfluß S. 38 fg.

⁷⁴⁾ Vgl. über die preussische Praxis Koch Komm. zum Landr. I, 4 §. 19 Note 30.

ders erbracht werden müssen, da das Hyp.=Buch nur den Tag, nicht die Stunde der Eintragung angibt.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Zu §. 23 Biff. 5 der Prioritäts=Ordnung. Begriff der „Verwaltung“ und des „Verwalters“.

Hierüber kommt in den Motiven eines obersterichterlichen Erkenntnisses Folgendes vor.

Pfarrer D. besorgte unbestrittenermaßen die Kassa= und Rechnungsgeschäfte bezüglich des Vermögens der Kirchenstiftungen N. N. fast ausschließlich und ohne wesentliche Mitwirkung von Seite der übrigen Kirchenverwaltung=Mitglieder. Er hatte die Kasse in Verwahr, fertigte sämtliche Rechnungen an, vereinnahmte die meisten der heimgesahlten Stiftungskapitalien selbst und quittirte sämtliche Zahlungen theils allein, theils gemeinschaftlich mit den übrigen Verwaltungsgliedern.

Er war somit thatsächlich unzweifelhaft Verwalter des Vermögens der fraglichen Kirchenstiftungen.

Er war auch gesetzlich zur Mitverwaltung dieses Stiftungs=Vermögens berufen.

Das Kirchenvermögen jeder Konfession und Pfarochie ist nach §. 94 des revidirten Gemeinde=Ediktes in den Landgemeinden ebenso, wie in den Städten, einer besonderen Kirchenverwaltung anvertraut, welche aus dem betreffenden Ortspfarrer, dem Gemeindevorsteher oder einem Mitgliede des Ge=

meinde-Ausschusses und aus zwei bis vier besonders gewählten Gemeindegliedern derselben Konfession besteht¹⁾). Diesen Mitgliedern der Kirchen-Verwaltung ist also zusammen die Verwaltung des Kirchen-Vermögens vom Gesetze übertragen; sie haben gemeinschaftlich diese Vermögensverwaltung zu führen, und es ändert hieran nichts, daß einzelne bestimmte Geschäfte, nämlich die Führung der Kasse, die Erhebung der Einnahmen, die Bestreitung der Ausgaben und die Herstellung der Rechnungen hierüber nach dem Gesetze speziell dem von der Kirchenverwaltung gewählten Kirchenpfleger zukommen. Die eigentliche Verwaltung des Vermögens steht, wie die Revisionschrift selbst zugibt, nicht einem oder mehreren einzelnen der Ausschußmitglieder, sondern der Gesamtheit derselben zu und der Kirchenpfleger ist bezüglich aller wichtigen Verwaltungs-Angelegenheiten, mit bloßer Ausnahme der ständigen Einnahmen und Ausgaben, an die nach der Stimmenmehrheit zu fassenden Beschlüsse des gesammten Ausschusses gebunden (§. 102 des rev. Gemeinde-Ediktes u. Ziff. 142—144 der Vollzugsvorschriften zu diesem Gesetze. Döllinger, B. u. E. Bd. XI S. 107 ff.).

Es werden daher auch die Jahresrechnungen über das Kirchen-Vermögen im Namen und unter der Verantwortlichkeit der gesammten Kirchenverwaltung gestellt und von sämtlichen Verwaltungsmitgliedern unterzeichnet (§. 48 des Regulatives zur Geschäftsführung der Verwaltungen in den Landgemeinden vom 24. Sept. 1818, §. 143 der alleg. Vollg.-Vorschr. zum rev. Gem.-Edikte).

¹⁾ Vergl. nunmehr Art. 206 Abs. 2 Ziff. 3 u. Abs. 3 der Gemeinde-Ordnung v. 29. April 1869.

Sämmtliche Mitglieder der Kirchenverwaltung erscheinen gesellig als Theilnehmer an der Verwaltung des Kirchenstiftungs-Vermögens, als Mitverwalter dieses Vermögens, und Schadens-Ersatzansprüche, welche der Kirchenstiftung gegen das eine oder andere dieser Mitglieder aus der Führung dieser Vermögensverwaltung entsprungen sind, gehören deshalb zu den mit dem Vorzugsrechte des §. 23 Ziff. 5 der Prior.-Ordn. versehenen Forderungen.

Bezüglich des Ortspfarrers gilt dieß um so mehr, weil derselbe zugleich Vorstand der Kirchenverwaltung ist und als solcher nicht bloß den Geschäftsgang derselben zu leiten hat, sondern auch zur Aufsicht und Kontrolle über die Thätigkeit der übrigen Verwaltungsmitglieder besonders verpflichtet erscheint.

Die Eigenschaft eines gesellig berufenen Mitverwalters des Kirchenstiftungsvermögens, welche Pfarrer D. hienach hatte, indem er Vorstand der Kirchenverwaltungen seines Pfarrsprengels war, konnte derselbe auch dadurch nicht verlieren, daß er die Befugnisse, welche ihm als Vorstand der Kirchenverwaltung gesetz- und verordnungsmäßig zustanden, überschritt, indem er das Kassa- und Rechnungswesen, welches dem Kirchenpfleger obgelegen wäre, selbst besorgt und Angelegenheiten, welche der Zuständigkeit des Gesamtausschusses anheimfielen, eigenmächtig allein behandelte. Wenn die übrigen Kirchenverwaltungsmitglieder diese Uebergriffe des Pfarrers D. in ihre Befugnisse aus Fahrlässigkeit duldeten und diesem dadurch die Begehung der vor-gefallenen Veruntreuungen des Stiftungsvermögens möglich machten oder erleichterten, so konnte dieß nach Umständen eine Mithaftung derselben für den dadurch den Kirchenstiftungen verursachten Schaden

begründen, es ändert aber nichts an der Thatsache, daß Pfarrer D. diese Veruntreuungen in seiner Stellung als Mitglied und Vorstand der Kirchenverwaltung und somit in der Eigenschaft eines Mitverwalters des Kirchenvermögens verübte. Er ist in den Besitz der betreffenden Gelder nur gekommen, weil er Vorstand der Kirchenverwaltung und damit Mitverwalter des betreffenden Kirchenvermögens war; nur deshalb wurden von den Schuldnern der Kirchenstiftungen die für diese geleisteten Zahlungen an ihn gemacht und die so in seine Hände gelangten Gelder von Seite der übrigen Verwaltungsmitglieder in denselben belassen.

Die Ersatzansprüche, welche den bezüglichlichen Kirchenstiftungen wegen Veruntreuung dieser Gelder judikatmäßig gegen Pfarrer D. zustehen, erscheinen somit als aus dessen Verwaltung des Vermögens derselben entsprungen - und die Vorinstanzen haben deshalb mit Recht diese Ersatzforderungen als mit dem Vorzugsrechte des §. 23 Ziff. 5 der Prior.-Ordn. versehen erklärt.

DA&Erf. v. 9. Nov. 1868 Nr. 634.

hh.

Zur Notiz: Die Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses für den Zeitabschnitt vom 11. Juli bis zu den Gerichtsferien (1. August) erscheint in Nr. 18. — Nach den Gerichtsferien werden die Uebersichten in der am 26. Oktober erscheinenden Nr. 22 wieder beginnen und in bisheriger Regelmäßigkeit fortgesetzt werden.

St.

Redakt: Dr. Steppes u. R. Hettich. Berl.: Palm & Enke
(Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Samstag den 31. August 1872. 37. Jahrgang. № 18.

Dr. J. A. Heuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Erfüllung simulirter Verträge. Art. 14 des Notariatsgesetzes. — Es gibt nach heutigem Rechte keinen von dem Cessionar verschriebenen procurator in rem suam. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Gläubiger- und Gläubigerprozesses. 11. bis 31. Juli.

Erfüllung simulirter Verträge. Art. 14 des Notariatsgesetzes.

(Vgl. Bl. f. R. u. B. XXX S. 360; Bb. XXXI S. 218; Bb. XXXII S. 139, 245, 368; Bb. XXXIII S. 185, 209; Bb. XXXV S. 9, 361; f. auch oben S. 81, 82.)

Nach einem notariell beurkundeten Vertrage, worin D. u. S. ihre Anwesen gegenseitig vertauschten, hatte D. dem S. eine Aufgabe von 190 fl. versprochen. Als nun S. den D. auf Zahlung eines Restes dieser Aufgabe zu 180 fl. belangte und dieser einwendete, die ganze Tauschaufgabe sei durch Zahlungen und Gegenforderungen getilgt, gestand S. ein, seit dem Vertragsabschlusse Zahlungen im Gesamtbetrage zu 460 fl. von D. erhalten zu haben, behauptete aber zugleich, er und D. seien in Wahrheit auf eine Tauschaufgabe von 640 fl. eingetretten, hätten aber dieselbe, um Taxen zu ersparen, dem Notar nur zu 190 fl. angegeben und seien bei den Zahlungen übereingekommen, daß solche nicht an der im notariellen Vertrage stipulirten Summe, sondern am verschwiegenen Theile der Tauschaufgabe gemacht wurden. D. gab die Erzählung des S. über die unrichtige Verlautbarung des Vertrages als wahr zu, verlangte aber, daß

Neue Folge XVII. Band.

die Zahlungen jedenfalls an der beurkundeten Tausch-
aufgabe abgerechnet werden, weil die nicht verbrieftete
Nebenverabredung unwirksam sei.

In I. Instanz wurde die Klage abgewiesen.
Der oberste Gerichtshof vernichtete jedoch am 5.
Febr. 1872 (Nr. 383 v. 1871) dieses Urtheil aus
folgenden Gründen:

Wenn die Parteien sich dahin vereinigten, daß
die Zahlungen zuerst an dem bei der Protokollierung
verschwiegenen Theile der Tauschtaufgabe abzurechnen
seien, könne hienach eine Zahlung der im notariellen
Vertrage bedungenen Tauschtaufgabe nicht erfolgt
sein, ehe die erlegten Raten die Tilgung des ande-
ren Theiles herbeigeführt hätten. Dem D. stehe
auch kein Rückforderungsrecht zu, um die gezahlten
Beträge gegen den Klagsanspruch im Wege der
Kompensation geltend zu machen, wie bereits in
dem Erf. v. 17. Febr. 1868 (Bl. f. N. u. Bd. XXXIII
S. 211) ausgesprochen worden sei. Wenn es auch
jedem der Kontrahenten zustehe, ein Geschäft als
nichtig anzufechten, welches anders als nach der
wahren Intention derselben beurkundet wurde, und
daß seinem wahren aber nicht beurkundeten Inhalte
nach wegen eines Formmangels ungiltig ist, so
müsse damit zwischen den Vertragsschließenden Alles
auf den Zustand vor dem Kontraktabschlusse zu-
rückkehren; nicht aber könne der eine Kontrahent das
Tauschobjekt in Händen behalten und dasjenige,
was er als Implement für dasselbe gegeben, zu-
rückfordern.

Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung er-
heben sich gewichtige Bedenken. S. hat in der
Replik zugestanden, daß der notariell beurkundete
Vertrag simulirt war. Aus diesem Vertrage
konnte also S. wegen Mangels eines ernstlichen
Willens kein Recht ableiten. Der bloß mündlich

von C. und D. geschlossene Vertrag war aber wegen Mangels der im Art. 14 des Not.-Gesetzes vorgeschriebenen Form nichtig und konnte auch nicht etwa durch die bisherige theilweise Erfüllung zur Gültigkeit gelangen. Worauf sollte sich also die Klage stützen? — Fehlt es an einem Klagerecht, dann war D. nicht in der Lage, sich erst eine Befreiung von der Verbindlichkeit zur Erfüllung des schon an sich in jeder Hinsicht nichtigen Vertrages durch Zurückgabe des eingetauschten Anwesens erwerben zu müssen. Er bedurfte auch keiner Einrede der Zahlung oder Kompensation. Wenn er noch gar nichts bezahlt haben würde, hätte die Klage abgewiesen werden müssen.

Die Vergleichung der der Ueberschrift beigefügten Allegate beweist, daß die gegenwärtige obersterichterliche Entscheidung mit den bisher vom obersten Gerichtshofe befolgten Grundsätzen nicht übereinstimmt. Namentlich zeigt sich dieses in dem Bd. XXXV S. 361 mitgetheilten Falle, welcher nach unserem Dafürhalten mit dem gegenwärtigen im Wesentlichen vollkommen gleich gelagert war. Daß in vorstehender Entscheidung angezogene Erf. vom 17. Febr. 1868 betraf dagegen (wie auch in dem eben erwähnten Falle Bd. XXXV S. 364 vom oberst. Gbf. selbst bemerkt wurde) sicher einen hievon wesentlich verschiedenen Fall.

Hier war nämlich der Kaufpreis für ein Anwesen mündlich auf 10,400 fl. festgesetzt, bei der notar. Verlautbarung des Kaufes aber nur auf 8400 fl. angegeben worden, nachdem der Verkäufer seinem eigenen Beständnisse gemäß schon vorher vom Käufer eine Abzahlung am Kaufpreise von 2000 fl. erhalten hatte. Als nun der Käufer die vorausbezahlten 2000 fl. von dem verlautbarten Kaufpreise abgerechnet haben wollte, aber dessenun-

*

geachtet vom Verkäufer im Exekutivprozeße zur vollen Erlage der 8400 fl. angehalten worden war und sodann Klage auf Zurückstattung der angeblich zuviel bezahlten 2000 fl. stellte, erkannte der o. G., daß, wenn die 2000 fl. wirklich in der angegebenen Weise vorausbezahlt worden, der Verkäufer nicht schuldig sei, diese Summe dem Käufer zurückzugeben oder als Zahlung auf den verbrieften Kaufpreis zu verrechnen. Der Unterschied dieses Falles von dem gegenwärtigen ergibt sich jedoch bei näherer Zergliederung des Rechtsverhältnisses von selbst.

Eine Schuld kann erst dann bezahlt werden, wenn sie besteht. Die Schuld aus einem Kaufe unbeweglicher Güter entsteht aber erst mit der notar. Verlautbarung des Kaufvertrages. Uebergibt der Käufer schon vorher dem Verkäufer einen Theil des verabredeten Kaufpreises, so liegt darin nur ein Vorschuß zu dem Zwecke, solchen später, bei der rechtswirksamen Eingehung des Kaufes, zur sofortigen Abtragung des Kaufpreises zu verwenden. Kommt der beabsichtigte Kauf nicht wirklich zu Stande, so kann der Käufer den in Erwartung einer künftigen causa geleisteten Vorschuß mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückfordern — L. 1 §. 1, L. 2, 6, 7 §. 1, L. 10 u. 13 D. (12,4); Windscheid, Pand. II. Aufl. Bd. II S. 553; Seuffert's Archiv Bd. V n. 7. — Ist aber der notar. Kaufabschluss erfolgt, sohin die erwartete causa eingetreten, so fällt die *condictio* hinweg. Der Verkäufer ist berechtigt, den Vorschuß zur Deckung des Kaufpreises zu verwenden, und der Käufer kann nur insoferne noch weitere Ansprüche erheben, als ihm etwa das Kaufsgeschäft hiefür einen Rechtsgrund bietet. Hat er hiebei aus Irrthum den Vorschuß unberücksichtigt gelassen, so kann

er je nach Umständen die Billigkeit des Kaufes anfechten oder eine entsprechende Minderung der dadurch übernommenen neuen Obligation verlangen. — Haben dagegen, — wie bei der erwähnten Entscheidung in dem Falle. Bd. XXXIII S. 209 anzunehmen war, — selbe Theile bei dem notariellen Kaufabschlusse den Vorschuß in Anrechnung gebracht und überdies einen erst noch zu bezahlenden Kaufpreis bestimmt, dann besteht die Gegenleistung für das Kaufsobjekt in beiden zusammengekommen. Wird die schon vorher geleistete Summe in der Not.-Urkunde gar nicht erwähnt, so ist der Kaufvertrag unvollständig und nicht in einer den wahren Willen beider Theile ausdrückenden Weise beurkundet. Der Käufer kann ihn als nichtig anfechten. Er muß aber dann auch das Kaufsobjekt, wenn ihm dieses bereits vom Verkäufer tradirt wurde, zurückgeben, und wenn er sein Recht klageweise verfolgt, sich sogleich hiezu erbieten. Dieses that in dem angegebenen Falle der Käufer nicht. Er verlangte vielmehr nur die Zurückgabe der vorausbezahlten 2000 fl. oder deren Abrechnung am notar. verlautbarten Kaufpreise, und da dieses Verlangen ungerechtfertigt war, mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Dieser Fall unterscheidet sich also von dem gegenwärtigen nicht bloß dadurch, daß es sich um eine schon vor der notar. Verlautbarung des Vertrages geschehene Zahlung handelte, sondern auch und hauptsächlich dadurch, daß der Käufer im Wege der Klagestellung Rückersatz verlangte. Daß dieser im vorausgegangenen Exekutivprozeße Beklagter war, kann nicht in Betracht kommen. Entscheidend ist, daß er auf diesem Wege seine Verurtheilung im Vorprozeße als ungerechtfertigt zur Anerkennung zu bringen hatte. — In seiner

Stellung als Kläger war sein Streben darauf gerichtet, eine Aenderung des bisherigen Zustandes herbeizuführen, und dieses Streben konnte nur dann zum Ziele führen, wenn der von ihm angestrebte neue Zustand ein gesetzmäßiger war. Die Nichtigkeit des Kaufes konnte ihm daher nur insoferne zum Vortheile gereichen, als der Eintritt ihrer gesetzlichen Folgen von ihm auch wirklich beabsichtigt war. In der Stellung eines Beklagten dagegen hätte er sich darauf beschränken können, zu zeigen, daß das Verlangen des Klägers eines Rechtsgrundes entbehre, und hiezu hätte bei einer Kontraktklage die Nichtigkeit des Vertrages für sich allein schon genügt. — In diese ungünstige Lage, als Kläger aufzutreten zu müssen, ist aber in jenem Falle der Käufer durch seine eigene Schuld gerathen, wenn er dem Verkäufer nach geleisteter Vorauszahlung ein urkundliches Beweismittel über seine Verbindlichkeit zu einem erst noch zu zahlenden Kaufpreise von 8400 fl. in die Hände gab, während Derjenige, welcher neben dem beurkundeten Kaufpreise mündlich eine weitere Zahlung bloß verspricht, dem Verkäufer jedes Mittel entzieht, ihn nach Bezahlung der verlautbarten Summe noch zur Erfüllung seines mündlichen Versprechens zu zwingen.

Uebereinstimmend mit dem Erkenntnisse in Bd. XXXIII S. 211 hat der o. G. auch in einem anderen in Bd. XXXV S. 9 mitgetheilten Falle entschieden, in welchem gleichfalls der kaufende Theil Klage gestellt hatte, um die Anrechnung einer vorausbezahlten Summe zur Tilgung des im notar. Vertrage bedungenen Kaufpreises zu erwirken. In dem Bd. XXXII S. 139 mitgetheilten Falle dagegen, in welchem der Verkäufer als Kläger aufgetreten war, um außer dem vorausbezahlten

Beträge auch noch die volle verlaubliche Kaufsumme vom Käufer zu erlangen, erkannte der o. G., daß derselbe sich alle vor oder nach der Vertragsverbriefung geleisteten Beträge als Zahlungen der letzteren Summe anrechnen zu lassen habe. Wenn hier der beklagte Käufer sich weigerte, mit Einrechnung des vorausbezahlten Betrages mehr als die verlaubliche Kaufsumme zu bezahlen, dürfte ihm wohl nicht (vgl. Bd. XXXIII S. 216) alles Dasjenige entgegen gestanden sein, was in dem Falle Bd. XXXIII S. 209 dem Kläger entgegen stand.

. . k . .

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Es gibt nach heutigem Rechte keinen von dem Cessionar verschiedenen Procurator in rem suam.

Einer notariellen Vollmacht, wesentlich ergänzt durch eine im Prozesse zu Protokoll abgegebene Erklärung wollte der Sinn beigelegt werden, daß der zur Vertreibung der Hypothekforderung Bevollmächtigte diese Forderung zwar nicht durch Cession erworben habe, aber ermächtigt sei, dieselbe für sich beizutreiben und das Empfangene zu behalten. Hierdurch wäre, die Richtigkeit der Auslegung der Urkunden vorausgesetzt, der Erfolg eingetreten, daß zu einer solchen Ermächtigung die ergänzende zum gerichtlichen Protokolle abgegebene Erklärung genügt, diese Erklärung daher die Anwendbarkeit des Art. 14 des Notariatsgesetzes im gegebenen Falle ausgeschlossen hätte.

Der oberste Gerichtshof verwarf jedoch das eine Unterscheidung im vorbemerkten Sinne beziehlende Revisionsgesuch und bemerkte hiebei Folgendes:

Der Auftrag, eine fremde Forderung für sich bezutreiben und in Empfang zu nehmen, ist nichts Anderes als eine Cession, und nicht ein von dieser verschiedenes Rechtsgeschäft. Die Lehre von der Cession hat als höchsten Grundsatz zur Unterlage: die Forderung des Einen, die aber ein Anderer für sich und zu seinem Nutzen geltend macht. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. S. 202. Dieser Andere ist der procurator in rem suam, und das war im römischen Rechte der rein technische Ausdruck für Denjenigen, welchen man heutzutage „Cessionar“ zu nennen pflegt — Mühlenbruch a. a. O. S. 220. Heute versteht man unter „Cession“ jede Uebertragungsbart von Forderungen, welche nicht durch Erbeinfegung und auch nicht durch eigentliche Delegation erfolgt; es ist „Cession“ die Uebertragung der Befugniß, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen. Mühlenbruch a. a. O. S. 222. Es fällt mithin die procuratio in rem suam unter den Begriff „Cession“; denn einerseits verfolgt der procurator in rem suam ein eigenes Recht, indem er eine fremde Forderung für sich betreibt, und andererseits ist das Forderungsrecht, welches auf Grund einer Cession geltend gemacht wird, nach der in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht, immerhin ein fremdes, nämlich das Forderungsrecht des Cedenten, so daß gegenüber dem debitor cessus der Cessionar auch jetzt nur als procurator gilt. Vgl. Bangerow, Pand. §. 574 Anm. 1.

N. kann also nicht als ein procurator in rem

suam im Gegensatz zum Cessionar betrachtet werden, er ist vielmehr wirklicher Cessionar, das Rechtsgeschäft, aus welchem er klagt, ist eine Cession, und diese mußte nach Not.:Ges. Art. 14 notariisch beurkundet sein, wenn die Klage statthaft sein sollte. Nun liegt wohl eine notarische Vollmacht vor, aber nicht eine notarische Cession, auch, wie schon gezeigt, nicht eine notariisch beurkundete procuratio in rem suam, und wenn ja das, was in dieser Hinsicht jener Vollmacht fehlt, in der von G. bei der gerichtlichen Verhandlung vom 13. Sept. 1869 abgegebenen Erklärung als nachträglich ergänzt angenommen werden könnte, so würde doch wieder dieser Ergänzung die nothwendige notarielle Form fehlen. Es mag nemlich der Prozeßrichter befugt sein, eine einfache Prozeßvollmacht zu den Prozeß-Akten zu protokolliren, eine der Cession gleichkommende procuratio in rem suam aber zu beurkunden, das steht ihm ganz gewiß nicht zu. Not.:Ges. Art. 11 und Ger.:Verf.:Ges. v. 1861 Art. 18. Die Protokollareklärung des G. könnte also unter keinen Umständen „den vermißten nachträglichen Notariatsakt vertreten“. OABGf. v. 13. Apr. 1871 Rnt. 628 v. 1870. hh.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

II. bis 31 Juli.

**I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einführungsge-
setz vom 29. Apr. 1869.**

Proz.-Ordn. Art. 1. §. II Obligationenrecht:
Mieithvertrag.

Art. 1 mit 788 Z. 2 u. Art. 815 Abs. 1, bzw. 106 u. 111. Klagen von Gemeinden gegen Gemeindeglieder, gerichtet auf Verurtheilung der letzteren zur Zahlung von Distrikts- und Gemeindegeldumlagen, sind nicht zur Entscheidung der Gerichte geeignet. Wird das Urtheil eines Gerichtes über eine solche Klage vom obersten Gerichtshofe vernichtet und den Gerichten die weitere Einmischung untersagt, so hat derselbe auch Ausspruch über die Kosten der Vorinstanzen zu erlassen. Urth. v. 19. Juli 585—592.

Art. 33, 34. Beim Bez.=Ger. F. waren Streite anhängig von A. gegen B. und C., von B. gegen C., und von D. als Interventent in Sachen des A. gegen B. und C. Nun klagte E. beim Bez.=Ger. J. gegen B. und C. und verlangte, als eingewendet wurde, er hätte in F. klagen sollen, weil die Sache mit den dortigen Prozessen konnex sei, Festsetzung der Zuständigkeit nach Art. 34, wurde aber damit abgewiesen, weil die bei den verschiedenen Gerichten anhängigen Prozesse nicht unter denselben Parteien (Art. 33 Abs. 1) anhängig seien. Erf. v. 11. Juli 1872 RNr. 5.

Art. 157, 190. Auf die ungewisse und nicht erzwingbare künftige Anstellung von Klagen dritter Personen darf die Entscheidung einer vollständig verhandelten Sache nicht aufgeschoben werden. Urth. v. 15. Juli 630.

Art. 248. Ueber eine Aufstellung des Beklagten, welche keine Anerkennung eines Klagegrundes, sondern vielmehr die Darlegung des Ungrundes der Klage enthält, kann der Kläger vom Gerichte Urkunde nicht verlangen. Auch bedarf es einer Urkunde über das Zugeständniß eines Klagepostens nicht, wenn über denselben wegen Liquidität einer entgegenstehenden Einrede (im gegebenen Falle

Kompensation) auf Entbindung des Beklagten erkannt wird. Urth. v. 22. Juli SBNr. 618.

Art. 320, 323. Nur die Thatfachen, wegen deren Jemand durch ein inländisches rechtskräftiges Strafurtheil für schuldig erkannt wurde, nicht auch der sonstige Inhalt strafrechtlicher Untersuchungsakten (im gegebenen Falle die Angaben von Zeugen und des Beklagten selbst) gelten vor den bürgerlichen Gerichten als erwiesen. Urth. v. 15. Juli SBNr. 605.

Art. 328, 332, 337, 345, 707. Beweismittel (im gegebenen Falle Zeugen), welche der Beweispflichtige vorgeschlagen, das Gericht des ersten Rechtszuges aber im Beweisurtheile weder ausdrücklich zugelassen, noch auch im Tenor oder den Gründen irgendwie als verworfen bezeichnet hat, können vom Probanden im ersten Rechtszuge noch geltend gemacht und vom Gerichte zugelassen werden. Unterläßt die Partei diese Geltendmachung, so muß dies als Verzicht auf die Beweismittel betrachtet werden, wonach sie im zweiten Rechtszuge nicht mehr geltend gemacht werden können. Urth. v. 19. Juli SBNr. 637.

Art. 400. Die Ehefrau, welche mit dem Ehemanne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, aber an dem Rechtsstreite ihres Ehemannes in keiner Weise Theil nimmt, ist in diesem nicht untüchtige Zeugin im Sinne des Art. 400. Urth. v. 26. Juli SBNr. 620.

Art. 423, 795 Abs. 2. Aus der unterlassenen Konstatirung, daß im ersten Rechtszuge vernommene Zeugen auch beeidigt wurden, kann kein Nichtigkeitsgrund gegen das Urtheil des zweiten Rechtszuges abgeleitet werden, da, wenn die Beeidigung ordnungswidrig unterblieb, Abhilfe dagegen schon in

den Vorinstanzen gesucht werden mußte. Urth. v. 13. Juli *HBNr.* 623.

Art. 469. Der Erfüllungseid kann nicht direkt darüber: daß der Gegner des Schwörenden bei einem Cessionövertrage Kenntniß von der bereits früher erfolgten Zahlung des cedirten Kapitals hatte, auferlegt werden. Urth. v. 30. Juli *HBNr.* 613.

Art. 469 mit 472 u. 457 *Z.* 1. Der von ihrem Ehemanne seit Jahren verlassenen Ehefrau kann zur Herstellung des Beweises, daß ein Dritter Vater eines jüngst von ihr geborenen Kindes sei, der Erfüllungseid auferlegt werden. Urth. v. 22. Juli *HBNr.* 615.

Art. 606 *Ziff.* 2, Art. 607, 624, 856 *Ziff.* 3, Art. 870, 1002. Wenn eine Forderung durch Vorsichtsverfügung mit Arrest belegt und derselbe dem Arrestbeklagten gegenüber gerechtfertigt wurde, nun aber von einem Dritten (welchem im gegebenen Falle ein Theil der Forderung schon vor deren Beschlagnahme cedirt war) intervenirt wird, so ist für diese, als Widerspruchsklage (Art. 870) zu behandelnde Intervention das Gericht zuständig, von welchem die Vorsichtsverfügung und das Urtheil über die Rechtfertigung der Beschlagnahme ergangen ist. Urth. v. 19. Juli *HBNr.* 644.

Art. 686. Wenn auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde Zinsen gegen ein Ehepaar beigezrieben werden, die Ehefrau aber Widerspruchsklage deswegen erhebt, weil sie für das Kapital, also auch für die Zinsen nicht mithaftet, so bildet der Kapitalz, nicht der Zinsbetrag die Berufungssumme. Urth. v. 23. Juli *HBNr.* 570.

Art. 686 mit 106 und 691. Wenn der vom Einzelrichter zur Zahlung eines 25 fl. nicht erreichenden Betrages und in die Kosten verurtheilte Beklagte einer Berufung dadurch Eingang verschaffen will,

daß die Kosten allein die Berufungssumme erreichen, so darf er den im Urtheile festgesetzten Kosten des Klägers weitere, diesem vor der Urtheilsfällung erwachsene Kosten (weil solche nach Proz.-Ordn. Art. 115 nicht nachgefordert werden können), und Kosten des Klägers für vollstreckbare Ausfertigung des Urtheiles und dessen Zustellung mit Befriedigungsgebot (weil diese nach Proz.-Ordn. Art. 842 zum Vollstreckungsverfahren gehören) nicht zurechnen. Dagegen kann er seine (des Beklagten und Appellanten) eigene Kosten liquidiren und das Berufungsgericht hat dieselben zur Feststellung, ob Berufungssumme vorhanden sei, einer vorläufigen Prüfung zu unterziehen. Urth. v. 12. Juli 5B Nr. 581.

Art. 788 Ziff. 4. In einem Paternitätsstreite hatte die Klägerin die Klage auf den einmal an einem bestimmten Tage und Orte mit dem Beklagten vollzogenen Beischlaf gegründet. Die zweite Instanz erkannte auf den Haupteid mit Erstreckung der Eidesformel auf die ganze für die Schwangersung kritische Zeit, ohne Gründe für diese Abweichung von dem Parteivorbringen anzugeben. Das Urtheil wurde wegen Mangels von Gründen vernichtet. Urth. v. 30. Juli 5B Nr. 616.

Art. 795 mit 3 und 5 Ziff. 3. Wird bei einem Einzelgerichte eine verfallene Jahresrente (im gegebenen Falle die Jahresprämie zu 18 fl. einer Lebensversicherung) eingeklagt, vom Beklagten aber das Hauptrecht (i. geg. F. durch die Aufstellung, der Versicherungsvertrag sei durch die Nichtzahlung der Prämie aufgelöst worden) bestritten, so kann die Beschwerde, daß der Beklagte zur Zahlung der Rente verurtheilt und nicht die Sache nach Bestreitung des Hauptrechtes (Proz.-Ordn. Art. 11) an das Bezirksgericht verwiesen wurde, nicht als Nichtigkeitsbeschwerde an den obersten

Gerichtshof gebracht werden, da sie durch Berufung hätte geltend gemacht werden können. Urth. v. 12. Juli *HW* Nr. 645.

Art. 798, 800. Die unrichtige Angabe der Dauer der Erscheinungsfrist (in den gegebenen Fällen 30 Tage statt 38) macht die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht nichtig. Urth. v. 15. Jull *HW* Nr. 605 u. v. 19. Juli *HW* Nr. 644.

Art. 919 mit 902, 909 u. 922, dann 605, 607, 842 u. 867. An die Beschlagnahme von Fahrnissen auf Grund einer Vorsichtsverfügung kann, ehe dieselbe nach Vorschrift des Art. 909 in das Vollstreckungsverfahren übergeleitet wurde, die Anschließung eines anderen Gläubigers nicht stattfinden; dieser kann seine Rechte nur durch selbständige Pfändung wahren, worauf sich derjenige, welcher die Vorsichtsverfügung vollziehen ließ, seinerseits anschließen kann. Urth. v. 13. Jull *HW* Nr. 621.

Einf.=Ges. Art. 3 Ziff. 13, Art. 23 Abs. 1 und Prior.=Ordn. §. 23 Ziff. 8. Die vor dem 1. Juli 1870 in vim executionis erfolgte Einweisung in eine Forderung gibt in einer nach genanntem Tage ausgebrochenen Gant kein Separationsrecht, aber das Vorzugsrecht in vierter Klasse. Urth. v. 27. Juli *HW* Nr. 552.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Allgemeine Lehren. Vaterschaft. Gem. R. Wenn die Unmöglichkeit, daß der Ehemann Vater des von der Ehefrau geborenen Kindes sei, nachgewiesen wird, ist die Klage gegen einen Dritten auf Anerkennung der Vaterschaft zulässig (vergl. auch unter 1 zu Proz.=Ordn. Art. 469). Urth. v. 22. Jull *HW* Nr. 615.

Sachenrecht. Servituten. Ersizung.
 Gem. R. und Wasserbenützungsgesetz Art. 37. Die Dauer eines faktischen Zustandes, welcher dem Eigenthümer eines Grundstückes die Bewässerung desselben ermöglicht, während der Verjährungszeit oder auch seit Menschengedenken gibt demselben für sich allein noch kein Recht zur Wässerung. Vielmehr gehört dazu, wenn ein Servitutenrecht gegenüber einem benachbarten Grundstücke ausgesprochen wird, eine vom Eigenthümer des herrschenden Grundstückes auf dem dienenden errichtete und während jener Zeit bestandene Anlage oder, sofern es sich um ein vor der Wirksamkeit des Wasserbenützungsgesetzes erworbenes Recht handelt, der Bezug des Wassers unter Umständen, welche darin eine Rechtsausübung erkennen lassen. Urth. v. 13. Juli §B Nr. 619.

Obligationenrecht. Kompensation. Preuß. RN. Th. I Tit. 16 §. 359. Gegen eine liquide Forderung kann mit Forderungen, welche auf Rechnungsstellung beruhen oder welche Beweß durch Zeugen, Sachverständige und Eide erfordern, nicht kompensirt werden. Urth. v. 29. Juli §B Nr. 612.

Miethvertrag. Wenn eine Gemeinde durch ihren Vorsteher mit einem Gemeindegliede einen Miethvertrag abschließt, um in der gemietheten Wohnung Personen unterzubringen, für deren Unterkunft sie nach Vorschriften des öffentlichen Rechtes zu sorgen hat, so gehören die über den Miethvertrag entstehenden Streitigkeiten zur Zuständigkeit der Gerichte, welche an ihrer Entscheidung auch dadurch nicht gehindert sind, daß die Sache vorher an die Verwaltungsbehörden gebracht und von diesen entschieden war. Urth. v. 27. Juli §B Nr. 614.

Vollmacht. S. Familientrecht: Errungenschaftsgemeinschaft 2c.

Familienrecht. Allgemeine eheliche Gütergemeinschaft. Bayer. Landr. Th. I Kap. VI §. 32. Unter der Herrschaft des bayer. KR. sind durch den in vertragmäßiger ehelicher Gütergemeinschaft lebenden Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau bewilligte unentgeltliche Veräußerungen zum gemeinsamen Vermögen der Eheleute gehöriger dinglicher Rechte ungiltig und rechtswirksam. Urth. v. 12. Juli 53Mr. 664.

Errungenschaftsgemeinschaft. Haftung der Ehefrau für Schulden des Ehemannes. Vollmacht. Preuß. KR. und Deutschordens'sches Recht. Wenn die mit ihrem Ehemanne in Errungenschaftsgemeinschaft lebende Ehefrau dem Manne Generalvollmacht zu ihrer Vertretung in allen sie (die Ehefrau) betreffenden Rechtsangelegenheiten erteilt, so ermächtigt dieß den Bevollmächtigten nicht, eine Haftung der Ehefrau für seine (des Ehemannes) alleinige Schulden zu übernehmen und für solche Schulden den zum Einbringen der Ehefrau gehörigen Antheil an einem Anwesen mit Hypotheken zu belasten, wenn nicht die Vollmacht in den vom preuß. KR. Th. I Tit. 14 §. 221 ff. und Th. II Tit. 1 §. 341 ff. vorgeschriebenen Formen ausgestellt wurde. — Der Mangel der Verwahrung gegen Haftung für Schulden des Ehemannes (deutschordens'sche VO. v. 17. Juni 1767) macht die Ehefrau nur dann haftbar, wenn sie von der Schuld durch den Gläubiger des Ehemannes vor Gericht in Kenntniß gesetzt und über die Verwahrung zu Protokoll vernommen worden ist (VO. v. 18. Jan. 1805). Urth. v. 23. Juli 53Mr. 570.
77.

Redact: Dr. Steppes u. R. Fetting. Verl.: Palm & Enke
(Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber das ehedrällliche Ansehtungsrecht (reclamatio uxoria) nach fränkischem Rechte in Bezug auf Viehhandelsgeschäfte des Mannes. — Einleitung gyltlicher Stoffe aus einer Jabrell in ein Zischwasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Ausräumung des mit den schädlichen Stoffen durchsetzten Schlammes neben dem auf Schadensersatz. — Beweis des Irrthumes durch den Kläger bei Rückforderung der irrthümlichen Leistung einer Richtschuld, insbesondere auch nach bayer. Landrecht. — Ueber die Präsuntion des früheren Todes unvorigbarer Kinder, wenn dieselben in gemeinsamer Todes-Gefahr mit den Eltern umkommen. — Ueber die zur Einschreibung einer Protestation im Hypothekenbuche erforderliche Bescheinigung.

Ueber das ehedrällliche Ansehtungsrecht (reclamatio uxoria) nach fränkischem Rechte in Bezug auf Viehhandelsgeschäfte des Mannes.

Durch des hochlöblichen Stiftes Würzburg und Herzogthumes zu Franken kaiserliche Landgerichts-Ordnung ist in Th. III Tit. 102 §. 2 (Ausf. v. 1733 S. 228) die Bestimmung getroffen, daß da, wo — während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten — der Mann ohne des Weibes Wissen und Bewilligung zu merklichem und schwerem Nachtheile Etwas kontrahirt, handthiert oder sich obligirt und verbindet, solches dem Weibe ohne Schaden sei, „sie solle vielmehr Mäge und Macht haben, dasselbige ebener Maßen, auf Erkenntniß der Obrigkeit zu hintertreiben“.

Wegen der ungleichen Auslegung dieser Gesetzesbestimmung und der dadurch hervorgerufenen Unannehmlichkeiten und unnöthigen Streitigkeiten wurde in einem Erläuterungs-Reskripte v. 28. März 1700 (Sammlung würzburgischer Landesverordnungen Th. I S. 499 f.) ausgesprochen, daß es bei den vorerwähnten landgerichtlichen Dispositionen künftighin sein beständiges Bewenden haben und
Neue Folge XVII. Band.

denselben gemäß jeder dergleichen Kontrakt zwar gültig und verbindlich sein solle, „wo aber solcher zu des Weibes merklichem Schaden und schwerem Nachtheil gereichen würde, es dieser frei und unbenommen sein solle, sothane Läsion — unter den dort weiter aufgeführten Voraussetzungen — flagbar anzubringen und zu erweisen“.

Von diesem Aufsechtungsrechte der Ehefrau will nun Schelhaß in seiner Darstellung des heutzigen Würzburger Landrechtes §. 38 S. 71 die Gelddarlehens-Kontrakte und die Viehkauf-Verträge ausgenommen wissen, allein eine derartige Ausnahme dürfte in der letzteren Richtung nicht bestehen, wie sich aus der Entstehungsgeschichte und einer näheren Betrachtung des Inhaltes der von Schelhaß einfach in Bezug genommenen (S. 73 Note 3 a. a. D.) Verordnung v. 18. Januar 1759 Nr. 4 ergeben wird.

Am 1. Juni 1750 erschien nämlich ein fürstbischöflicher Erlaß (s. die angeführte Sammlung Bb. II S. 579 ff.) „betr. die Judenordnung, wie dieselben in Bezug ihrer Wohnung, Auf- führung, Handelschaft und anderer verschiedent- lichen Punkte sich zu achten haben“, in deren Nr. 10 unter Hinweis auf eine Verordnung vom 26. April 1742 „die Protokollirung der zwischen Christen und Juden vorgehenden Kontrakten betr.“ (a. a. D. S. 303 f.) weitläufig erörtert ist, daß Viehkontrakte zwischen Christen und Juden bei Amt jedesmal ordentlich zu pro- tokolliren seien und wie solches geschehen solle, wobei am Schlusse hinzugefügt wurde: „sonderheit- lich aber wird hiemit aller Handel zwischen Christen und Juden auf das halbe Vieh dergestalten unter- sagt, daß für das verflozene solche auf halbes Vleß vorgegangene Kontrakten in Zeit Jahr und Tag abgeändert, für das künftige hingegen als null, nichtig und unverbindlich, auch für beide sträflich gar nicht mehr geduldet werden sollen“.

Schon am 13. August 1750 wurde jedoch eine Erläuterung zu jener Judenordnung für nothwendig erachtet, durch welche die vorherführte Nr. 10 insoferne betroffen wurde, als „gemäß der Erfahrung, daß es dem Unterthanen hart falle, wann der Viehhandel auf Halbvieh gänzlich verboten bleibe“ dieses Verbot aufgehoben worden ist und an dessen Statt die Verfügung trat: „daß alle Kontrakten auf Halbvieh ohne Unterschied bei dem Ortsschultheißen in Weisheit des Weibes aufgezeichnet und hiernach bei Amt protokolliert werden sollen“ (a. a. O. S. 589).

Am 18. Januar 1759 wurde wieder eine Verordnung erlassen „die Protokollierung der Kontrakten zwischen Christen und Juden, auch Gegenwart und Einwilligung der Weiber betr.“, welche in Nr. 4 bestimmte, in welchen Fällen die Gegenwart und Einwilligung der Weiber zu den Vertragsschlüssen ihrer Männer nicht erforderlich sei, und dabei am Schlusse hervorhob: „Gleichengestalten wollen Wir es auch bei der Landesverordnung vom 13. August 1750 ad punctum 10 fernerhin belassen, Kraft dessen bei den Viehkontrakten ohne Unterschied, es mögen nun die Eheleute miteinander vererbet sein oder nicht, die Einwilligung des Eheweibes nicht von nöthen ist“ (a. a. O. S. 743).

Es mag dahin gestellt bleiben, ob sich diese Auslegung mit dem Wortlaute des einschlägigen Satzes der Landesverordnung v. 13. August 1750 vereinigen ließe, denn immerhin enthält sie eine neue gesetzliche Verfügung, deren Sinn und Tragweite nicht zweifelhaft sein können. Sie beschränkt sich nämlich, wie die übrigen vorgeführten Verordnungen, auf den Rechtsverkehr zwischen Christen und Juden und auf die Befreiung desselben für eine gewisse Gattung von Geschäften von einer Voraussetzung, welche zur Gültigkeit gleicher oder anderweitiger Vereinbarungen des mit seiner Frau in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Mannes

*

gegenüber anderen Personen nicht nothwendig war, d. i. von der gleichzeitigen Zustimmung des Weibes des christlichen Kontrahenten. Daß aber damit nicht nur in Bezug auf jene Viehkontrakte, sondern auch rücksichtlich der Viehhandelsgeschäfte überhaupt fernerhin die nachträgliche Widerspruchsklage der Ehefrau ausgeschlossen werden wollte und sollte, ist weder hier, noch sonstwo, sei es in einer der Ausführungsverfügung vom 22. Mai 1758 (vergl. a. a. O. S. 727 f.) betreffs der Geldanlehen entsprechenden oder irgend einer anderen Weise selbst nur angedeutet, und lag eine Entscheidung hierüber bei der — gezeigten — Verfolgung eines anderen Endzweckes dem Gesetzgeber damals sogar ferne. Dieses geht insbesondere noch daraus hervor, daß unter Nr. 4 der Verordnung vom 18. Januar 1759 vor dem Uebergange zu den Viehkontrakten Fälle erwähnt sind, in welchen eine Reclamation der Ehefrau ohnehin entweder gar nicht geboten oder nicht zulässig war, so daß bei der Verschiedenheit der behandelten Fälle eine Absicht, neben deren Gleichstellung in der Befreiung von der „Gegenswart und Einwilligung der Eheweiber“ eine solche rücksichtlich des Reklamationsrechtes der Frauen herbeizuführen, von Anfang nicht wohl bestanden haben kann.

Plesür spricht endlich auch die Verordnung vom 22. Juli 1777 „die Erklärung dunkel geschienener Stellen in der kaiserlichen Landgerichtsordnung betr.“ (s. die gedachte Sammlung Bd. III S. 150 bis 153) in Nr. 14, wodurch ausgesprochen wurde, „daß, wann ein dergleichen nachtheiliger Kontrakt in einer anderen, als in das treibende öffentliche Gewerbe einschlagenden Sache (vergl. hierüber die vorhergehenden Nr. 11 bis 13) von dem Ehemanne sollte abgeschlossen worden sein, und keine andere Vermögens-Vereinschaftung, als durch das mehrermeldte treibende Gewerbe zwischen den Eheleuten entstanden sein sollte, das Eheweib dagegen

zu reklamiren nicht einmal nöthig hätte“, und woraus hervorgeht, daß in anderen Sachen und bei anderer Vermögens-Vereinschaftung die Nothwendigkeit der ehedrücklichen Reclamation wider eine stattgehabte Benachtheiligung aufrecht erhalten bleibe, wenn nicht auch unter diesen Voraussetzungen eine Ausnahme davon gemacht ist, als welche unter der darauf Nr. 15 eben wieder nur die Aufnahme von Darlehen nach Maßgabe der Verordnung vom 22. Mai 1758 und nicht etwa auch der Abschluß von Viehhandelsgeschäften erwähnt ist.

Es scheint daher in von Weber's Darstellung der sämtlichen Provinzial- und Statutar-Rechte Bayern's Bd. III Th. 1 S. 109 Nr. 6 die Ausnahme von der mehrberührten Grundbestimmung der kaiserlichen Landesgerichts-Ordnung mit Recht lediglich auf Gelddarlehen beschränkt worden zu sein, und wenn in einem in diesen Blättern Bd. XXVII S. 250 ff. veröffentlichten oberstrichterlichen Erkenntnisse vom 2. September 1861 und in einer ebendasselbst enthaltenen Abhandlung über die allgemeine Gütergemeinschaft der bayern. Statuten Bd. XXXIII S. 244 unter die Ausnahmen auch die „Viehkaufverträge“ gerechnet sind, so ist dieses offenbar auf die bloße Autorität von Schelhaß hin geschehen und um so weniger von Belang, als die Anführung jeder näheren Begründung entbehrt und die angeregte Frage vor dem höchsten Gerichtshofe Bayern's weder dort, noch, so weit wenigstens gepflogene Nachforschungen reichten, bei einer anderen Gelegenheit prinzipiell zur Entscheidung gelangt ist.

Aber selbst wenn der Ausschluß des ehedrücklichen Reklamationsrechtes wider die Eingehung von Viehhandelsgeschäften zugegeben werden müßte, so würde man doch nicht das Gleiche gelten lassen können gegenüber einem Vertrage, durch welchen unter Bewilligung einer Entschädigung der frühere Vertrag aufgehoben wird. Denn abgesehen das

von, daß in dem letzteren Falle nicht dieselben gesetzgeberischen Motive, wie etwa noch dort, Platz griffen, nämlich die Rücksicht auf möglichste Sicherstellung des Handelsverkehrs auf offenem Markte, die Erfahrung äußerst seltenen Eintrittes merklicher und schwerer — anderweitig allenfalls nicht reparabler — Vermögensbenachtheiligung gerade hiebei u. s. w., ist für den späteren Vertrag das vorausgegangene Viehhandelsgeschäft wohl die Veranlassung, aber nicht mehr der unmittelbare Gegenstand seiner Errichtung, und es kann daher nicht gesagt werden, daß jener mit seinen besonderen, je nach Umständen für den einen der Kontrahenten vielleicht sehr nachtheiligen Bestimmungen in diesem aufgehe, beide Rechtshandlungen als ein untrennbares Ganzes zu betrachten seien, so daß sie in der fraglichen Richtung auch nicht nothwendig nach den gleichen Grundsätzen beurtheilt werden müssen, sondern die nachträglich abgeschlossene Uebereinkunft immerhin nach den maßgebenden allgemeinen Gesichtspunkten zu würdigen ist.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Einleitung giftiger Stoffe aus einer Fabrik in ein Fischwasser. Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Ausräumung des mit den schädlichen Stoffen durchsetzten Schlammes neben dem auf Schadensersatz.

Ueber vorberührte Fragen enthält ein obersterichterliches Erkenntniß nachfolgende Ausführungen:

Die Beklagten bestreiten die Begründung der Klage auch deswegen, weil aus derselben nicht zu entnehmen sei, in wie weit der angebliche tödtliche

Inhalt des Fischwassers durch eine widerrechtliche Handlung der beklagten Partei veranlaßt sei.

Da die Beklagten für den Betrieb ihrer Fabrik zu haften haben und es ihnen oblag, dafür zu sorgen, daß durch die giftigen Substanzen, welche sich in ihrer Fabrik befinden, kein Schaden entstehe, so liegt in der von ihnen mittelst der in den Stadtgraben gerichteten Rinne bethätigten Ableitung phosphorhaltiger Substanzen in das klägerische Fischwasser gewiß eine rechtswidrige Handlung, für welche sie einzutreten haben, wenn dieselbe auch durch ihre Arbeiter geschieht, weil es ihnen obliegt, die zur Verhütung von Schaden erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und die Ausführung zu überwachen.

Es liegt also allerdings eine den Schadenersatzanspruch des Klägers begründende rechtswidrige Handlung der Beklagten — ein *damnum injuria datum* — vor und erscheint die Revisionsbitte um Entbindung von der Schadenersatzklage als nicht begründet.

Eben so grundlos erscheint die weitere Beschwerde.

Wenn die *actio ex lege Aquilia* und die ihr nachgebildete *actio utilis* nur auf reinen Schadenersatz gerichtet werden können und mit derselben daher von den Beklagten nicht die Entfernung des von Phosphor durchdrungenen Schlammes aus dem Fischwasser des Klägers gefordert werden kann, so könnten die Beklagten doch auch mit der *actio legis Aquiliae utilis* für den Ersatz dieser Kosten haftbar gemacht werden. Da also jedenfalls ein Anspruch gegen die Beklagten wegen Vermengung des Fischwasserschlammes mit Phosphor mit der eben angeführten Klage geltend gemacht werden könnte, jedoch etwas Anderes gefordert wird, als mit dieser Klage gefordert werden kann, indem die Klage, anstatt auf Ersatz der seiner Zeit zu liquidirenden Kosten für die Aufräumung, auf diese selbst gerichtet ist; so könnte schon aus diesem Grunde nicht

die definitive Abweisung der Klage in dieser Richtung, wie in der Revision gebeten wird, sondern nur die Entbindung der Beklagten in der angebrachten Art erfolgen, worauf auch in den Vorinstanzen erkannt wurde.

Dem Kläger stand aber nicht bloß die vorbezeichnete Klage sondern auch das *interdictum quod vi aut clam* zu, dessen Anwendbarkeit von den Beklagten vergebens bestritten wird, indem dasselbe eine Ergänzung der Aquilischen Klage bildet, auch dem Pächter nach l. 11 §. 12 und l. 12 Dig. 43, 24 zusteht, bei stattgehabter Verunreinigung, Verderbung eines Brunnens und wohl auch eines Fischwassers nach l. 11 princ. Dig. 43, 24 Platz greift und auf Wiederherstellung des vor der Beschädigung bestandenen Zustandes — l. 15 §. 7 Dig. 43, 24 — gegen denjenigen gerichtet ist, welcher gegen Verbot oder heimlich gegen den Willen des Berechtigten auf ein Grundstück eingewirkt hat.

Für die Anwendbarkeit dieses Interdicts spricht sich auch die überwiegende Zahl der Rechtslehrer aus und wird hier nur auf Seuffert's Pandekten §. 421, Keller Pandekten §. 187, Windscheid Pandekten §. 465, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 5 S. 607, Puchta Pandekten §. 386, Wangerow Pandekten §. 677 hingewiesen.

Daß dasselbe auch in der Praxis zur Anwendung kommt, dafür sprechen die in Seuffert's Archiv Bd. V Nr. 25 und Bd. IX Nr. 293 abgedruckten Erkenntnisse.

Es bestreiten somit die Beklagten die Zulässigkeit dieses Interdicts ohne genügenden Grund.

Da der Zweck des Interdicts gerade der ist, daß der frühere Zustand wiederhergestellt und voller Schadenersatz geleistet werde, was die zuletzt angeführte Gesetzesstelle ausdrücklich vorschreibt, und da sich dieses Interdict von der *operis novi nunciatio* insbesondere dadurch unterscheidet, daß jenes

hauptsächlich die Wiederherstellung der Veränderungen auf fremdem Grunde und Boden und dieses die Veränderungen auf eigenem Grundstücke zum Gegenstande hat, so erscheint auch der Einwand, daß die Beklagten nicht zur Vornahme einer positiven Handlung und, wie in der Berufung betont wird, nicht auf fremdem Grunde gehalten sein können, nicht begründet.

Die Basis dieses Interdictes beruht auf der Ausführung der Veränderung an einem Grundstücke gegen den Willen des Berechtigten und zwar gegen dessen Bestreitung oder auf heimliche Weise, welche schon angenommen wird, wenn die Bestreitung zu befürchten war, l. 3 §. 7 Dig. 43, 24: *si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere.*

Wenn die erste Instanz weder ein Verbot des Klägers als behauptet, noch die Heimlichkeit bei dem Einleiten von Phosphor in das Fischwasser als gegeben annahm, und deswegen das Interdict in der angebrachten Art zurückwies, so haben Beklagte keinen Grund, sich hiegegen zu beschweren, und ist ihre Revisionsbitte um definitive Entbindung von dieser Klage vollständig grundlos.

DA&Erf. v. 30. Okt. 1868 RRr. 658.

hh.

2.

Beweis des Irrthumes durch den Kläger bei Rückforderung der irrthümlichen Leistung einer Nichtschuld, insbesondere auch nach bayer. Landrecht.

Vgl. Bl. f. RA. Bd. 17 S. 51 u. I. Erg.-Bd. S. 172.

Die erste Instanz hatte dem Kläger den Beweis des Irrthumes bei Bezahlung einer Nichtschuld in der Weise auferlegt, daß derselbe die bei der Bezahlung angeblich erfolgte Vorspiegelung von Seite des Beklagten zu erproben habe, während die zweite Instanz diesen Beweis für unnöthig hielt.

Der oberste Gerichtshof stellte jedoch die erste richterliche Beweisaufgabe wieder her.

Die beßfallsigen Motive lauten:

Die Hauptdifferenz zwischen der ersten und zweiten richterlichen Normirung des vom Kläger zu erbringenden Beweises besteht darin, daß die II. Instanz in dem erstrichterlichen Beweisaufgabe den Nachweis einer Vorspiegelung Seitens der Beklagten als Motiv des Irrthums des Klägers gestrichen hat.

In dieser Beziehung kommt nun Folgendes zu bemerken:

Nach gemeinem Rechte ist es bestritten, ob der die *condictio indebiti* anstellende Kläger außer der Zahlung einer Nichtschuld auch den Irrthum zu beweisen habe. Vgl. Glück, *Komm. Bd. XIII* S. 114; Weiske, *Rechtslexikon Bd. II* S. 897.

Nach der speziell von der Doppelleistung einer Zahlung handelnden *l. 25 §. 2 D. 22, 3* ist anzunehmen, daß Kläger in diesem Falle allerdings auch seinen Irrthum nachzuweisen habe, denn es heißt dortselbst, daß dann, wenn der, welcher das Geld gegeben hat, behaupten sollte, daß es Anfangs zwar eine Schuld gewesen ist, er aber, nachdem die Schuld getilgt gewesen ist, nachher aus Unwissenheit sie nochmals gezahlt hat, er beweisen müsse, daß er eine schon bezahlte Geldschuld aus Irrthum durch wiederholte Zahlung bezahlt hat: „ostendere, quod etc. jam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit“, — und in *fr. 25 pr. eodem* heißt es: der, welcher behauptet, daß er ungeschuldet gezahlt habe, müsse beweisen, daß in Folge der bösen Absicht des Empfängers oder in Folge irgend eines rechtmäßigen Grundes der Unwissenheit eine Nichtschuld von ihm gezahlt worden sei, und wenn er dieß nicht nachgewiesen haben werde, so habe er kein Zurückforderungsrecht: „et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationem quod per dolum accipientis vel aliquam justam igno-

rantiae causam indebitum esse solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere“.

Auch das bay. R. verlangt in Th. IV Kap. XIII §. 6 und den Anm. hiezu den Beweis des Irrthums von Seite des Klägers und zwar eines entschuldbaren, und es kann sich daher nur darum fragen, ob die vom Zweitrichter in Bezug genommene Stelle in Nr. 5 der Anm.: „daß falls das Indebitum einmal dargethan sei, hieraus eine große Präsuntion pro solvete erwachse, daß er aus Irrthum bezahlt habe“, — genüge, um die zweitrichterliche Abänderung des erstinstanziellen Erkenntnisses zu rechtfertigen.

Diese Frage ist aber für den vorliegenden Fall zu verneinen. Abgesehen davon, daß jene Präsuntion nicht im Texte des Gesetzes, sondern nur in den Anmerk. aufgestellt wird und daß auch die Lehrer des gem. Rechtes, welche dieselbe Vermuthung gelten lassen, ihr nicht die Kraft einer praesumptio qualificata einräumen, sondern nur so viel Wirkung beilegen, daß der Kläger zum Erfüllungsbeide gelassen werden könne (vgl. Glück, Komm. Bd. XIII S. 120), ist in den Anm. nur eine allgemeine Vermuthung aufgestellt, ohne die Last des Gegenbeweises dem Beklagten zu überbürden und es muß daher jedenfalls, zumal bei der oben erwähnten erforderlichen Qualität des behaupteten Irrthumes, dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, zu prüfen, ob der allgemein ausgesprochenen Vermuthung Besonderheiten des einzelnen Falles entgegenstehen; vergl. Seuffert, Komm. Bd. III S. 295.

Im Uebrigen ist ausgeführt, daß im gegebenen Falle besondere Momente dieser Vermuthung nicht zur Seite stehen, die Sachlage vielmehr gegen dieselbe spricht.

DNÖErk. v. 11. April 1871 RNr. 556 v. 1870.

Anmerkung. Diese Entscheidung ist mit der im Erg.-Bd. I S. 172 mitgetheilten (in welchem Falle übrigens ein Kontumazialbeweiserkenntniß vorlag, also nur die Thatsache der Leistung bei Annahme der Ablängnung der Klage, also auch des Empfanges, von Entscheidung gewesen wäre) — schon insoferne nicht übereinstimmend, als dort auch nach dem Texte des Landrechtes der Beweis des Irrthumes neben dem Beweise der Nichtschuld als nicht erfordert erklärt wird. Allerdings ist der Text des Landrechtes Th. III Kap. XIII §. 6 in Nr. 2 u. 3 nicht klar. Eben deshalb steht nichts entgegen, denselben durch die Ann. Nr. 5 lit. a für erläutert zu betrachten und nach dem subsidiären gemeinen Rechte zu beurtheilen. Daß die Beweislast des Klägers in Beziehung auf den Irrthum keine geringere deshalb werde, weil Beklagter den Empfang zugesteht und nur die Nichtschuld läugnet (vergl. §. 6 Nr. 3 a. a. O. mit Nr. 2), ist von selbst klar, indem nur die Ablängnung des Empfanges den Klagsbeweis erleichtert, daher die Ann. a. a. O. lit. a mit dem Gesetzes-Texte wohl nicht in Widerspruch stehen können. Für das gemeine Recht ist das Erforderniß des Beweises des Irrthums durch den Kläger auch in den erst jüngst erschienenen Pandekten von Dr. J. Baron §. 281 Nr. II aufgestellt.

hh.

3.

Ueber die Präsumtion des früheren Todes unvogtbarer Kinder, wenn dieselben in gemeinsamer Todes-Gefahr mit den Eltern umkommen.

Walburga N. hatte mit ihrem Ehemanne einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in welchem unter Anderem bestimmt war, daß im Falle kinderlosen Absterbens derselben der Ehemann Erbe sein und an deren Verwandte einen Rückfall von 1500 fl. bezahlen soll.

Nachdem Walburga N. mit ihren zwei noch unmündigen Kindern bei demselben Vorgange ermordet worden war, kam in Frage, ob dieselbe für kinderlos gestorben gelte. Diese Frage wurde vom obersten Gerichtshofe bejaht. Nachdem ausgeführt worden war, daß der Ehevertrag auch diesen Fall in sich schliesse, wurde in den Entscheidungsgründen unter Hinweisung auf die in l. 9 §. 1 u. 4 und l. 23 D. de rebus dubiis (34,5) und im bayer. Landrechte (Th. I Kap. VII §. 39 not. Ziff. 6 lit. o und Th. III Kap. I §. 9 in not. Ziff. 4 lit. d mit O. Kap. XII §. 2 in not. lit. 1) enthaltene Rechtsvermuthung gegenüber der Aufstellung, daß diese Vermuthung hier deshalb nicht Platz greifen könne, weil Walburga N. und ihre zwei Kinder Verwundungen an sich trugen, welche sofort und absolut den Tod herbeigeführt hätten, während anderseits aus der Natur der Sache hervorleuchte, daß es dem Mörder unmöglich gewesen sei, die genannten Personen gleichzeitig zu tödten, insbesondere hervorgehoben, daß aus diesem Umstande nur so viel folge, daß die Ermordung der Mutter und Kinder nicht in einem und demselben Zeitmomente, sondern successive bewirkt wurde und daß dieselben den tödtlichen Wunden sofort auch erlagen, keineswegs aber, welche Reihenfolge der Mörder bei Auswahl seiner Opfer beobachtete. Da gerade in der letzteren Beziehung der Vorgang völlig unaufgeklärt ist, so erübrige daher nur, auf die vom Gesetze aufgestellte Präsumtion zu recurriren, was um so weniger einem Bedenken unterliegen könne, als die Priorität des Todes, soferne dieselbe in anderer Weise nicht nachweisbar ist, nach den vom Gesetze statuirten Fiktionen auch in dem Falle zu bemessen sei, in welchem Vater und Sohn im Kriege das Leben verlieren, obwohl es als Regel angesehen werden dürfe, daß nicht in Folge eines und desselben Streiches oder durch ein und dasselbe Geschöß Vater

und Sohn während der Schlacht oder des Gefechtes den Tod gleichzeitig gefunden haben —

fr. 9 §. 1 D. 34,5 de reb. dubiis.

Stehe aber gezeigtermaßen dem Kläger die im Besetze begründete Vermuthung zur Seite, daß in dem erwähnten räuberischen Ueberfalle die Kinder vor ihrer Mutter das Leben verloren haben, so könne in dieser Hinsicht der Kläger zu einer Beweisführung nicht angehalten werden, sondern es sei vielmehr Sache des Beklagten, die Wirksamkeit der gesetzlichen Vermuthung durch den Nachweis des Gegentheiles auszuschließen.

DNBGrf. v. 15. April 1871 RMr. 638 v. 1870.
hh.

4.

Ueber die zur Einschreibung einer Protestation im Hypothekenbuche erforderliche Bescheinigung.

(Vergl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 31 S. 377.)

Der Gläubiger des früheren Besitzers hatte gegen den Eintrag des neuen Erwerbers die Einschreibung einer Protestation im Hypothekenbuche erwirkt, weil die Veräußerung nur in der Absicht geschehen sei, dem Gläubiger das Befriedigungsmittel zu entziehen.

Der Klage auf Löschung der Protestation wurde von der zweiten Instanz stattgegeben, weil für die Protestation die erforderliche Bescheinigung nicht gegeben gewesen sei und diese nicht mehr durch die im Prozesse wegen Löschung der Protestation dargelegten Bescheinigungsmomente ersetzt werden könne. Der oberste Gerichtshof trat dieser Anschauung bei und die bezüglichlichen Motive lauten:

Gemäß §. 27 des Hyp.-Ges. und von Gönner's Kommentar hiezv Bd. I S. 306 Nr. 7 muß jede Protestation auf eine besondere Thatsache sich gründen, als welche daselbst aufgeführt werden: ein Vertrag, ein Testament, ein anhängiger Rechtsstreit, ein vom Richter verfügtes Provisorium oder verkündetes Urtheil u. dgl.

Eine Bescheinigung des behaupteten Sachverhaltes, welche nach den allegirten Gesetzesstellen und von Gönner's Kommentar hiezu Bd. I S. 310 Nr. 3 nothwendig ist, konnte sofort nicht beigebracht werden, es war der Antrag auf Einschreibung der Protestation, wie im Inhäsiwdekrete des k. Landgerichtes H. vom 18. Februar 1869 näher ausgeführt ist, insbesondere nicht durch einen bereits anhängigen Rechtsstreit unterstützt und auch die beigelegten Auszüge aus den sonstigen Prozessakten wurden nach obigem Inhäsiwdekrete für sich allein zum Eintrage fraglicher Protestation nicht ausreichend erkannt, sondern bloß die Umstände im Allgemeinen wurden so gelagert befunden, daß dem Antragsteller durch Abschlagung seines Antrages ein empfindlicher Schaden zugefügt und dem Hyp.-Amte eventuell durch Stellung einer Negreßklage Verlegenheit bereitet werden konnte, daher vorzüglich in Anbetracht, daß im Zweifel Vormerklungen geschehen können, der Protestationseintrag verfügt worden ist.

Alein mit Recht hat die Vorinstanz hierin keine genügende Bescheinigung gefunden.

Die Frage, ob ein Anwesenverkauf mit dem paulianischen Rechtsmittel angefochten werden könne, ist komplizirter Natur und beruht auf mehrfachen Erwägungen, kann daher nicht vor dem Hyp.-Amte ausgetragen, sondern nur beim Prozeßgerichte entschieden werden.

Es hätte daher, wie in von Gönner's Kommentar Bd. I S. 311 Nr. 4 angedeutet ist, wenigstens so viel dargethan werden sollen, daß ein Rechtsstreit über die Reszission des fraglichen Anwesenverkaufes mittels der actio Pauliana bereits anhängig sei, was aber erwähnenswerthen der Fall nicht ist und auch nicht behauptet wurde.

Zwar suchte Beklagter im gegenwärtigen Prozesse das Versäumte nachzuholen und zu zeigen, daß alle Momente des paulianischen Rechtsmittels gegeben seien, und das Gericht I. Instanz hat in

seinem Erkenntnisse vom 11. Dezember 1869 vorzugsweise die im jetzigen Prozesse gewonnenen Anhaltspunkte seiner Entscheidung zu Grunde gelegt. Allein es geht nicht an, den hypothekamtlichen Verfügungen vom 20. Nov. 1868 und 18. Febr. 1869 Thatumstände zu unterstellen, welche zur Zeit ihres Erlasses noch nicht vorlagen und erst im Verlaufe des dormaligen seit 24. März 1869 begonnenen Processes gewonnen wurden.

OLG Erf. v. 18. April 1871 Nr. 613 v. 1870.

Bemerkung. Das letzte Motiv erscheint nicht als unbedenklich. Allerdings ist richtig, daß zunächst zu entscheiden war, ob die Einschreibung der Protestation nach der bei dem Hypotheknamte gegebenen Sachlage sich als gerechtfertigt darstelle oder nicht. Wurde aber im Prozesse wegen Löschung der Protestation festgestellt, daß eine solche überhaupt und zwar schon zur Zeit des Eintrages nach den Momenten, die sich in diesem Verfahren ergeben haben, gerechtfertigt war, so wäre jedenfalls der sofortigen Wiedereinschreibung derselben nichts im Wege gestanden, so wie sie auf Grund dieser Momente beantragt worden wäre. Dieser Antrag liegt aber dem Wesen nach von selbst in der Bestreitung der Löschung, es bedurfte daher einer Widerklage auf Aufrechterhaltung der Protestation nicht. Hat Kläger die Löschung einer Protestation verlangt, die er — wenn auch aus später erst hervorgetretenen Momenten — doch gestatten müßte, so wäre sein Antrag nur formell gegenüber der Motivirung der hypothekamtlichen Dekrete, nicht aber materiell nach der wirklich gegebenen Sachlage begründet, seinem Antrage stünde daher das materielle Recht entgegen und jedenfalls könnte demselben gegenüber der Rechtsatz analog zur Geltung gelangen: *dolo facit qui petit, quod redditurus est.*

hh.

Redakt: Dr. Steppes u. K. Fetting. Berl.: Palm & Enke
(Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Heuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast. — Zu §. 635 II 1 des preuß. Landrechts. Der hierin erwähnte „rechtmäßige Grund“ der Entfernung der Ehefrau ist nur auf im Gesetze selbst enthaltene Fälle der Ausnahme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens beziehbar, nicht aber aus allgemeinem richterlichem Ermessen festzustellen. Die Behauptung von Mißhandlung als Grund der Entfernung der Ehefrau veranlaßt in Hinblick auf §. 724 I. a. nur die Gestattung einer entsprechenden Rückforderung.

Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast.

(S. oben Seite 81, Urtheil v. 3. Febr. 5Wtr. 379.)

Wenn in einem Rechtsstreite über eine auf Zehnten ruhende Kirchenbaulast zwischen der baubedürftigen Kirche und dem Besitzer des in ihrem Sprengel zu verabreichenden Zehnten die Kirchenstiftung ihren Anspruch auf Leistung der Baubelträge auf die Behauptung gründet, daß der Zehnt ein kirchlicher sei, der Zehntbesitzer dagegen sich der Inanspruchnahme durch die Behauptung zu entziehen sucht, der Zehnt sei ein weltlicher, entsteht die Frage, welche Partei die Beweislast trifft, ob die Kirchenstiftung die kirchliche oder der Zehntbesitzer die weltliche Eigenschaft des Zehnten zu beweisen habe.

Der oberste Gerichtshof des Königreichs Bayern hat diese Frage für diejenigen Landestheile, in welchen das gemeine Recht zur Anwendung kommt, bisher immer zu Gunsten der Kirchenstiftung entschieden, und angenommen, daß jeder Zehnt seinem Ursprunge nach so lange als ein kirchlicher zu betrachten sei, bis das Gegentheil dargethan ist, wäh-

Neue Folge XVII. Band.

rend die Praxis der Gerichte I. und II. Instanz schwankte. Es liegen uns 12 solche Erkenntnisse aus den Jahren 1839 bis 1867 vor, und in den Vorträgen, welche zu diesen Erkenntnissen angefertigt wurden, sind noch ältere in gleichem Sinne ergangene oberstrichterliche Erkenntnisse angeführt, welche bis zum Jahre 18^{22/23} zurückreichen, jedoch nicht mehr vorhanden sind, sondern, um Raum zu gewinnen, der Vernichtung übergeben wurden. In den Vorträgen findet sich auch wiederholt die Bemerkung, daß der oberste Gerichtshof stets diese Ansicht festgehalten habe. — Eine hievon abweichende Entscheidung des obersten Gerichtshofes konnte bei möglichst sorgfältiger Nachforschung nicht aufgefunden werden. In 10 von den 12 erwähnten Erkenntnissen ist die Befreiung der Kirchenstiftung von der Beweislast hauptsächlich darauf gestützt, daß derselben eine Rechtsvermuthung für den kirchlichen Ursprung eines jeden Zehnten zur Seite stehe, während die übrigen 2 eine hievon abweichende Motivirung enthalten. Für die Rechtsvermuthung wurde sich berufen

- 1) auf die Bestimmungen in Kap. 1, 29 u. 30 X (3, 30) und Kap. 2 in 6^o (2, 5),
- 2) auf die Thatsache, daß die Zahl der Kirchenzehnten ursprünglich in Deutschland viel größer gewesen sei als die der Laienzehnten und sich jene zu diesen wie die Regel zur Ausnahme verhalten hätten.

Zur festeren Begründung und, um insbesondere dem Einwande zu begegnen, daß durch Veränderungen im Laufe der Zeit die Möglichkeit vorhanden war, daß die kirchlichen Zehnten ihre ursprüngliche Eigenschaft verloren und sich in Laienzehnten umwandelten, wurde in 4 von diesen Erkenntnissen (vom 24. März 1854 Nr. 226^{52/33}, vom 26. Nov. 1856 Nr. 1659^{54/55}, vom 13. Dez.

1856 Nr. 1175⁵⁴/₅₅ und vom 19. Dez. 1856 Nr. 1266⁵⁴/₅₅) noch weiter hervorgehoben:

- a) daß Concil von Trient habe in Sess. XXI Kap. 7 die Kirchenbaupflicht den Früchtlern eines jeden Vermögens auferlegt, welches von der baubedürftigen Kirche abstamme, es genüge hienach, wenn die Zehnten irgend einmal der Kirche gehörten, und es sei gleichgültig, auf welche Weise sie ihren jetzigen Besitzern zugekommen seien und ob sie noch mit der Kirche im Zusammenhange stünden,
- b) die Verbindlichkeit zur Erhaltung der Kirche habe auf den Zehnten schon während sie sich noch im Besitze der Kirche befinden, und bilden eine auf denselben ruhende Reallast, welche vermöge ihrer Dinglichkeit mit den Zehnten auf jeden Besitzer derselben übergehe.

Die beiden Erkenntnisse, welche in ihrer Motivirung hievon abweichen, sind vom 5. Febr. 1853 Nr. 494⁵⁰/₅₁ und vom 4. Nov. 1853 Nr. 798⁵¹/₅₂. Ihre Entscheidungsgründe stimmen fast wörtlich überein. Das letztere ist Bd. XXI S. 412 dieser Blätter in einem Auszuge mitgetheilt. Beide betrafen Fälle, in welchen die Kirchenstiftungen nicht klagend aufgetreten, sondern von den Zehntbesitzern auf Anerkennung der Freiheit von der Kirchenbaulast beklagt worden waren. Dieser Wechsel in den Partierollen konnte an und für sich keine Aenderung der Beweislast nach sich ziehen. Wenn auch die Kirchenstiftungen in der Stellung von Beklagten den Vortheil erlangten, daß die Reihe der Beweisführung erst in zweiter Linie an sie kam und nur für den Fall nothwendig wurde, wenn die Zehntbesitzer im Stande waren, die Voraussetzungen ihrer Klage zu beweisen, so mußte doch die Beweislast, welche jede Partei zu übernehmen hatte, wenn sie die

♦

Reihe der Beweisführung traf, immer und ohne Unterschied, welche von ihnen klagend oder als Beklagte aufgetreten war, immer die nemliche bleiben. Um die Befreiung der Kirchenstiftungen von dem Beweise über die kirchliche Eigenschaft der Zehnten abzuleiten, wurde von einem Unterschiede zwischen der *actio negatoria directa* und *utilis* ausgegangen. Die Gründe, heißt es hier, welche bei der wahren Negatorienklage für die Freiheit des Klägers von der Beweislast (über die Nichtexistenz der von dem Beklagten behaupteten Servitut) sprechen, seien bei einer *a. neg. utilis*, wie sie von den Zehntbesitzern gestellt worden, nicht in gleichem Maße vorhanden. Das Eigenthum sei ein ausschließliches Recht, das Zehntrecht dagegen selbst nur ein Recht an fremdem Eigenthum, dem die gleiche Ausschließlichkeit nicht innewohne. Die für die natürliche Freiheit sprechende Präsumpcion könne daher hier die Befreiung des Klägers von der Beweislast nicht bewirken, sondern müsse jedenfalls dem unbestrittenen Rechtsfalle weichen, daß auf dem größeren Theile der Zehnten, namentlich den kirchlichen, die subsidiäre kirchliche Baulast kraft des Gesetzes hafte. Nur in Ansehung der weltlichen Zehnten könne dieselbe ihre Wirkung äußern.

Hienach gewinnt es auf den ersten Anblick den Anschein, als habe in diesen 2 Erkenntnissen der oberste Gerichtshof die Befreiung der Kirchenstiftungen von der Beweislast über die kirchliche Eigenschaft der Zehnten aus anderen Gründen abgeleitet als in den übrigen Erkenntnissen. Man wird um so mehr versucht, dieses zu glauben, als am Schlusse der ganzen Ausführung gesagt wird, „es treffe die Klägerinnen die Beweislast in Ansehung der Eigenschaft der fragl. Zehnten schon nach der Regel, ohne daß es zum Zwecke der Feststellung der Beweislast auf Entscheidung der Frage anzu-

kommen hätte, ob für die kirchliche Eigenschaft des Zehnten eine von der Beweislast befreiende Präsumtion spreche“. Allein wenn man näher zusieht, zeigt sich bald, daß es nur so scheint.

Jedes Recht ist in seiner Art und in dem Umfange, worauf es sich erstreckt, ein ausschließliches. Es schließt alles Dasjenige aus, wodurch seine Ausübung gestört würde. Das Eigenthum unterscheidet sich von dem Zehntrechte nur dadurch, daß bei ihm der Umfang seiner Ausschließlichkeit ein größerer ist, als bei diesem. Für die Bestimmung der Beweislast kann es aber offenbar gar nichts entscheiden, ob der Umfang, in welchem ein Recht überhaupt mögliche Eingriffe ausschließt, groß oder klein ist, sondern es kommt hierbei nur darauf an, ob es dasjenige ausschließt, was der Gegner als sein Recht behauptet. Allein in dieser Hinsicht ist das Verhältniß ganz dasselbe, wenn bei der *actio neg. directa* der Eigenthümer dem *Servitut-* oder Zehntberechtigten, wie dann, wenn bei der *actio neg. utilis* der Zehntberechtigte dem zu Baubeiträgen aus den Zehnten Berechtigten gegenüber steht. Gerade so wie sich das Eigenthum ohne besondere Beschränkung ausschließlich verhält gegen den Zehntbezug, verhält sich auch das Zehntrecht ohne besondere Beschränkung ausschließlich gegen die Erhebung der Baubeiträge. Unsere Erkenntnisse halten auch den angeblichen Unterschied beider Fälle selbst nicht fest. Der Unterschied soll nach ihnen nicht in den beiden Klagen ihrer allgemeinen Natur nach gelegen sein, sondern er soll nur dann eintreten, wenn die *actio negatoria utilis* von einem Zehntberechtigten zur Abwehr der Kirchenbaulast gebraucht wird. In diesem Falle allein soll die Ausschließlichkeit des Zehntrechtes dem Ansprüche der baubedürftigen Kirche gegenüber ohne Wirkung sein, und zwar deshalb, weil ein

Thell der Zehnten, nemlich die Kirchenzehnten, gesetzlich mit der Kirchenbaupflicht belastet ist. Obwohl aber diese Belastung sich nicht auf alle Zehnten erstreckt, soll doch schon die bloße Behauptung der Kirchenbaulast genügen, allen Zehnten die Wirkung ihrer Ausschließlichkeit zu benehmen, so lange man noch nicht weiß, ob die Zehnten kirchliche oder weltliche sind. Jeder Zehnt wird also wegen der bloßen Möglichkeit, daß er ein kirchlicher ist, schon so behandelt, wie wenn er in Wirklichkeit ein kirchlicher wäre, so lange nicht der Zehntbesitzer durch den Beweis des Gegentheiles diese Möglichkeit zerstört. Ist das nicht ganz wieder dieselbe Rechtsvermuthung, wie sie in den übrigen 10 Erkenntnissen für die Kirchenzehnten angenommen wurde? Sie allein bildet den wahren Entscheidungsgrund. Die Unterscheidung zwischen der actio neg. directa und utilis steht müßig daneben. Aus ihr ist nichts gefolgert, was auf die Entscheidung hätte Einfluß haben können.

Es zeigt sich also, daß der oberste Gerichtshof in Bayern bisher in der That beständig die fragl. Rechtsvermuthung festgehalten hat.

Ueber diese Rechtsvermuthung ist in der Theorie, und Praxis viel gestritten worden*). Eine eingehendere Besprechung dieses Gegenstandes auf dem Standpunkte des gemeinen und bayerischen Rechtes sowie die Mittheilung einer neuen obersterichterlichen Entscheidung, durch welche dieser Rechtsvermuthung eine neue Grundlage gegeben wurde, dürfte daher hier willkommen sein.

*) Vgl. insbes. die hiegegen erhobenen Bedenken im Erg. = Bb. 1831—1832 S. 53—56, dann S. 317 bis 318.

Nach den Bestimmungen des Concils von Trident Sess. XXI Kap. 7 de reform. sind die Kosten der Unterhaltung und des Wiederaufbaues der Pfarrkirchen zunächst aus ihren eigenen Einkünften zu bestreiten, und wenn diese nicht hinreichen, alle Patrone und Andere, welche Einkünfte von den baubedürftigen Kirchen beziehen (*omnes patrones et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt*), hiefür in Anspruch zu nehmen.

Die letztere Vorschrift im Betreffe der subsidiär Baupflichtigen gründet sich auf die natürliche Billigkeit, daß Diejenigen, welche an dem Genusse eines Kirchenvermögens Theil nehmen, dann, wenn die Kirche nicht im Stande ist, sich selbst zu erhalten, nach dem Maße der Vortheile, welche sie aus dem Vermögen derselben genießen, zu ihrer Erhaltung beitragen. — Permaneder, die kirchliche Baulast §. 9 Note 5. — Hud in der Zeitschr. für deutsch. Recht u. d. RW. Bb. VIII S. 333. — Während des Mittelalters war es nemlich sehr oft vorgekommen, daß Kirchen eines Schutzes gegen Angriffe unrechtmäßiger Gewalt bedurften und daß, um ihnen einen solchen zu verschaffen, Laien mit Einkünften aus dem Kirchenvermögen belehnt wurden. Auch die bei den Kirchen angestellten Kleriker hatten sich nicht selten, als nach der Ausscheidung des Vermögens der einzelnen Kirchen die Verwaltungsüberschüsse dieser nicht mehr an die Bischöfe gelangten, solche Einkünfte in größerem Maße, als sie zu ihrer *sustentatio congrua* bedurften, angeeignet. — Permaneder a. a. O. §. 4 Nr. 6. — Lang im Archiv für civilist. Praxis Bb. XXVI S. 21. — Hatte die Kirche auf diese Weise so viel von ihren Einkünften verloren, daß sie ihre Baubedürfnisse nicht mehr bestreiten konnte, dann war ihr Fortbestand ohne Zuschuß unmöglich. Eine Kirche,

welche wegen Baufähigkeit unbrauchbar geworden ist und zu deren Wiederherstellung die erforderlichen Mittel in keiner Weise aufzubringen sind, muß nach den Bestimmungen des Concils von Trient ihre besondere Existenz aufgeben. Ihre Altäre müssen in einer anderen Kirche errichtet und ihre Rechte auf diese übertragen werden. In beiden oben erwähnten Fällen verstand es sich also von selbst, daß der Kirche das Recht zugestanden werden mußte, von den Früchten ihres eigenen Vermögens so viel, als sie zu ihrer Fortdauer bedurfte, zurückzunehmen. Im ersten Falle hatte die Belehnung der Laien mit den kirchlichen Einkünften selbst nur den Zweck, die Existenz der Kirche zu sichern und im zweiten Falle war der Bezug der Kircheneinkünfte durch die Kleriker durch ihre Anstellung bei der Kirche, also wieder durch deren Existenz bedingt.

Der Ausdruck „fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes“ darf nicht so aufgefaßt werden, als seien hierunter alle nutzbringenden Rechte gemeint, welche in dem Sinne von der baubedürftigen Kirche abstammen, daß es genüge, wenn sie nur einmal zu ihrem Vermögen gehörten, gleichviel, auf welche Weise sie in die Hände ihrer jetzigen Besitzer gekommen sind, und ob das Einkommen daraus noch in irgend einem Zusammenhange mit dem Kirchenvermögen steht oder nicht. Diese Auslegung stünde

1) im Widerspruche mit dem Rechtszustande vor dem Concil von Trient, welcher nach der übereinstimmenden Ansicht der Kirchenrechtslehrer durch die Bestimmung in der Sess. XXI Kap. 7 dieses Concils nicht abgeändert wurde. Vgl. insbes. Lang a. a. O. S. 23. — In den ältesten Zeiten bestritt bekanntlich der Bischof die Wendung der Baufälle an den Kirchengebäuden aus dem seiner Verwaltung untergebenen Kirchenvermögen seiner ganzen

Diese, von welchem der vierte Theil der Einkünfte für die Kultus- und Baubedürfnisse ausgeschieden wurde. Nachdem bei Errichtung der Pfarrkirchen diesen ein besonderes Vermögen zur eigenen Verwaltung zugewiesen worden war, vermochte man bald die Ausschcheidung eines bestimmten Theiles der Einkünfte für diesen Zweck nicht mehr einzuhalten, sondern betrachtete alle Einkünfte aus dem Kirchenvermögen für die Erhaltung der Kirchengebäude als verwendbar, und zwar auch diejenigen, welche an Kleriker oder Laien überlassen worden waren, soferne sie noch als zum Kirchenvermögen gehörig angesehen werden konnten. Letzteres war aber nur dann der Fall, wenn fruchtbringende Vermögensbestandtheile der Kirche bloß zum *ususfructus* oder *dominium utile* übertragen worden waren und der Kirche wenigstens noch das *Obererigenthum* daran verblieb. — Reinhardt, über kirchliche Baulast S. 62. — Permaneder a. a. O. §. 21 Nr. 6. — In diesem Sinne stellte das kanon. Recht in Kap. 1 X (3, 48) den allgemeinen Grundsatz auf: *Quicumque ecclesiasticum beneficium habent, omnino adjuvent ad tecta ecclesiae restauranda vel ipsas ecclesias emendandas*, und in Anwendung des nemlichen Grundsatzes wurden in Kap. 22 *caus.* 16 *qu.* 1 und Kap. 4 X (3, 48) auch die Pfründenbesitzer an Pfarrkirchen zu Baubeiträgen verpflichtet, insoweit ihr Einkommen die *congrua* übersteigt. — Permaneder a. a. O. §. 8 Nr. 3. — Brendel, Handb. des Kirchenrechtes III. Aufl. Bb. II S. 1296. — Richter, Lehrb. des Kirchenrechtes §. 303 Note 4. —

2) Die Kirche ist im Allgemeinen berechtigt, nutzbringende Rechte zu erwerben und wieder zu veräußern. Wäre aber jedes solches Recht, welches einmal in ihren Besitz gekommen ist, für alle Zeiten der kirchlichen Baulast unterworfen, so läge darin

ein Privilegium ganz eigenthümlicher Art, welches zur Folge hätte, daß Niemand mehr nutzbringende Rechte erwerben könnte ohne die Gefahr, damit für die Baukosten irgend einer Kirche haftbar zu werden. Auch die Ablösung der Grundrenten nach dem Grundlastenablös.-Ges. v. 4. Juni 1848 würde einer so ausgedehnten Haftung und den hieraus entstehenden Verwickelungen keine Grenze setzen, weil nach Art. 34 dieses Gesetzes die Rechte Derjenigen, zu deren Gunsten die Grundrenten belastet sind, auf die Ablösungskapitalien übergehen*). Hievon findet sich jedoch weder in den Quellen des kanon. Rechtes noch in den bezüglichlichen weltlichen Gesetzen die geringste Spur.

3) Von den Schriftstellern über Kirchenrecht wurde eine so weit gehende Auslegung auch niemals in Schutz genommen, sondern geradezu als unrichtig bezeichnet. — Dalwigk, prakt. Erörterungen auserl. Rechtsfälle S. 235. — Reinhardt a. a. D. S. 44, 60 u. f. — Permaneder a. a. D. S. 21 Nr. 2. — Brendel a. a. D. S. 1305 S. 435. —

Nach der richtigen Auslegung fraglicher Bestimmung des Concils von Trient können daher nur die Einkünfte aus solchen Rechten als mit der subsidiären Baupflicht belastet angesehen werden, welche auf irgend eine Weise noch zum Vermögen der baubedürftigen Kirche gehören, nicht aber aus solchen, welche, wenn sie auch einmal zu diesem Vermögen gehörten, zur Zeit des Baubedürfnisses gänzlich davon abgetrennt sind. — Seuffert, Archiv Bd. I n. 69, IV n. 72, XIX n. 256. — Anmerk. zum bayer. BR. Th. I Kap. 7 §. 42. n. 7.

*) Vergl. Bd. XVII S. 129.

Wird daher der Besitzer eines in dem Sprengel einer Pfarrei auszuübenden Zehntrechtes von der Pfarrkirche als subsidiär haupflichtig wegen seines Zehntbezuges, also mit einer dinglichen Klage, und zwar bloß auf die gesetzliche Vorschrift im Concil von Trient gestützt, in Anspruch genommen werden, so muß die Klage thatsächlich dadurch begründet werden, daß das Zehntrecht auf irgend eine Weise, sei es auch nur durch den Vorbehalt des Obereigenthums zum Vermögen der Pfarrkirche gehöre. Wird diese Behauptung von dem Beklagten widersprochen, so muß nach der allgemeinen Regel des Prozeßrechtes die Kirchenstiftung darüber Beweis liefern, daß sie ein solches Recht erworben habe, nach welchem der Zehnt als ein Einkommen aus ihrem Vermögen betrachtet werden kann, also daß sie das Zehntrecht selbst oder durch Lehensauftragung*) das Obereigenthum hieran erworben habe. Daß dieses Recht noch jetzt fortbauert, braucht sie natürlich nicht zu beweisen. Behauptet der Zehntbesitzer, daß es aufgehört habe und der Zehnt außer allen Zusammenhang mit dem Kirchenvermögen gekommen sei, so befindet er sich auf dem Boden der Einrede, und die Beweisführung hierüber trifft ihn.

Giegegen haben nun einige Lehrer des kanon. Rechtes, von den neueren insbesondere Gröndler in seiner Polemik des german. Rechtes Bb. I S. 307, Brendel a. a. O. S. 435 und Permauer a. a. O. S. 19 eine Vermuthung

*) Ein Auskunftsmittel, von welchem nach dem III. lateran. Concil, um den Willen der Kirche, welche auf Restitution der der Kirche früher entzogenen Zehnten drang, einigermaßen zu erfüllen, bisweilen Gebrauch gemacht worden sein soll. — Richter, Kirchenrecht S. 294 in f.

aufgestellt, nach welcher bei jedem Zehnte bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen werden sollte, daß derselbe von der Kirche abgeleitet und seinem Ursprunge nach ein kirchlicher sei. Gemeinrechtlich findet sich jedoch für diese Vermuthung kein haltbarer Grund.

(Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Zu §. 685 II 1 des preuß. Landrechtes. Der hierin erwähnte „rechtmäßige Grund“ der Entfernung der Ehefrau ist nur auf im Befehle selbst enthaltene Fälle der Ausnahme des gemeinschaftlichen Zusammenlebens beziehbar, nicht aber aus allgemeinem richterlichen Ermessen festzustellen.

Die Behauptung von Mißhandlung als Grund der Entfernung der Ehefrau veranlaßt in Hinblick auf §. 724 I. c. nur die Gestattung einer entsprechenden Rückkehrfrist.

Ueber Vorstehendes ist in den Motiven eines oberstrichterlichen Erkenntnisses enthalten, was folgt:

Durch die Vorschrift des §. 685 Th. II Tit. I des pr. Landr. ist der Civilrichter angewiesen, die Ehefrau, welche den Gatten ohne dessen Einwilligung oder rechtmäßigen Grund der Entfernung verläßt, zur Rückkehr anzuhalten; es kann demgemäß in dem vorliegenden Rechtsstreite, in welchem von dem Kläger das richterliche Rückkehrmandat gegen die Beklagte nachgesucht ist, bei der von letzterer vorgebrachten Einrede der Mißhandlung sich nur darum handeln, ob und unter welchen Voraussetzungen die Entfernung der Ehefrau als auf einem rechtmäßigen Grunde beruhend sich darstelle.

Die Revidentin will darlegen, daß die angezogene Vorschrift des §. 685 Th. 2 Tit. 1 des

pr. Landr. die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Entfernungsgrundes lediglich in das Ermessen des Richters nach allgemeinen Erwägungen der vorliegenden Umstände lege und durch die Bestimmung des §. 724 l. c., welche den Eherichter bei Einleitung des Ehescheidungsprozesses und Bescheinigung einer der Gesundheit der Klagpartei drohenden Gefahr die Trennung der Eheleute während der Dauer des Prozesses zu gestatten ermächtigt, die Befugniß des Civilrichters, auf eine Rückkehrklage des Ehemannes der von der Ehefrau entgegengesetzten Einrede der Mißhandlung im Falle des Nachweises Folge zu geben, nicht ausgeschlossen sei; offenbar aber mit Unrecht.

Das preuß. Landrecht gibt in der Einleitung §. 46 für die Auslegung der Gesetze dem Richter die Vorschrift, den Gesetzen keinen anderen Sinn beizulegen, als welcher aus den Worten und ihrem Zusammenhange oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellt. Der Grund der Bestimmung des §. 685 l. c. liegt nun klar zu Tage.

Dem Wesen der Ehe gemäß stellt das preuß. Landrecht in den §§. 174 bis 176 die Gemeinschaft der Lebensbeziehungen der Eheleute und die Unzulässigkeit einer eigenmächtigen Aufhebung ihrer Verbindung als Grundsatz auf; es können daher alle die Lebensgemeinschaft der Eheleute betreffenden Bestimmungen richtig nur in einer Weise ausgelegt werden, die mit diesem Grundsatz im Einklange steht. Die Gemeinschaft der Lebensbeziehungen der Eheleute hört nach pr. Landrechte nur auf mit völliger Trennung der Ehe durch den Tod, oder wenn beide Ehegatten, wie im vorliegenden Falle, oder auch nur der eine der protestantischen Religion zugethan sind, durch richterlichen Ausspruch mit der Folge der Auflösung des Ehebandes, und

hiemit steht im engen Zusammenhange die Vorschrift des §. 733 l. c., welche eine bloße Scheidung nach Tisch und Bett, wenn auch nur einer der Ehegatten der protestantischen Konfession angehört, als unstatthaft erklärt. Ist aber eine Scheidung von Tisch und Bett bei protestantischen Ehegatten ausgeschlossen, und daher eine Trennung der Eheleute ohne förmliche Ehescheidung mit dem Wesen der Ehe nach den Grundsätzen des pr. Landrechtes unvereinbar, so liegt in der durch §. 685 dem Richter auferlegten Verpflichtung, die Ehefrau bei einer Entfernung ohne rechtmäßigen Grund zur Rückkehr anzuhalten, nur eine unabweißliche Folgerichtigkeit; es ergibt sich aber auch weiter aus diesen Grundsätzen ebenso mit Nothwendigkeit, daß, wenn das Gesetz selbst Gründe der Entfernung bezeichnet, auch nur diese als besondere Ausnahmen ausdrücklich vorgesehenen Gründe als rechtmäßig gelten können und nach der gemäß der Natur der Sache gebotenen einschränkenden Auslegung allgemeine Erwägungen des Richters für die Bestimmung der Momente, welche einen rechtmäßigen Grund der Entfernung einer Ehefrau darbieten, abgeschnitten sind (zu vgl. Förster, Theorie u. Pr. des pr. Priv.-R. Bd. III S. 546 u. Note 13).

Als solche Ausnahmen bezeichnet das pr. Landrecht in den §§. 680, 681 u. 724 nur die Fälle, wenn der Ehemann wegen Verbrechen oder sonst wider die Gesetze sich in das Ausland begibt, oder wenn der Ehefrau die Pflicht, dem Manne zu folgen, durch einen vor der Ehe geschlossenen Vertrag erlassen, oder wenn bei nachgesuchter Scheidung*) von dem Eherichter der Ehefrau gestattet wurde, während des Prozesses getrennt von dem

*) Aus Gründen, die eine dem Leben oder der Gesundheit drohende Gefahr enthalten.

Gatten zu leben. Die beiden ersteren Ausnahmen enthalten nur eine nähere Feststellung der Tragweite des Grundsatzes einer Gemeinschaft der Lebensbeziehungen der Eheleute, wie sie das pr. Landrecht auffaßt; das Eingehen des Civilrichters auf eine solche der Rückkehrklage entgegengesetzte Einrede kann daher keinem Anstande unterliegen. Der letztere Ausnahmefall des §. 724 aber greift in das Wesen der Ehe, wie dieses das pr. Landrecht nach dem Grundsatz über den Umfang der Lebensgemeinschaft der Eheleute statuirt, selbst ein, und ist deshalb durch die Einleitung des Ehescheidungsprozesses bedingt, sowie nur provisorischer Natur; seine Feststellung ist darum auch dem Eherichter zugewiesen, und die von der Revidentin versuchte Aufstellung, daß Mißhandlungen, welche einen Ehescheidungsgrund bilden, um so mehr einen Entfernungsgrund für den mißhandelten Ehegatten darbieten müssen, kann für die Begründung der Zulässigkeit einer solchen Einrede und einer Kognition des Civilrichters nicht maßgebend sein, weil Angesichts der bereits erwähnten Vorschrift des §. 733 l. c. es nicht angeht, einen Rechtszustand herbeizuführen, der die Gemeinschaft der Lebensbeziehungen der Eheleute auflöst, in den übrigen Verhältnissen aber auf unbegrenzte Fortdauer die Ehe bestehen läßt. Es kann nun allerdings der Ehefrau nicht zugemuthet werden, wenn ihrer Gesundheit gefahrdrohende Ausschreitungen des Ehemannes vorgekommen sind, durch ein Verbleiben sich einer Wiederholung preiszugeben; aber sie ist darum nicht schutz- oder rechtlos gestellt; denn für diesen Fall steht ihr die Ehescheidungsklage und gleichzeitig der Antrag auf vorläufige Gestattung der Trennung während des Scheidungsprozesses nach §. 724 l. c. zu Gebote. Macht sie von dieser Klage nicht Gebrauch, so gibt sie offenbar zu erkennen, daß es ihr um eine Selbst-

ung gar nicht zu thun sei, oder sie eine Scheidungsklage nicht zu begründen vermöge, und sie kann sich, weil eine Trennung in persönlicher Beziehung, von den Fällen der §§. 681 u. 682 l. c. abgesehen, gesetzlich unstatthaft ist, der Verpflichtung zur Rückkehr nicht entziehen, wenn sie nicht als ihren Ehemann bösslich verlassend angesehen werden will. Die von der Revidentin der Klage entgegengestellte Einrede der Mißhandlung wurde daher mit Recht von der Vorinstanz nicht beachtet; wohl aber ist durch die Vorschrift des §. 685 der Civilrichter nicht gehindert, mit dem Ausspruche der Verpflichtung zur Rückkehr auch die Frist, innerhalb welcher die Rückkehr zu geschehen hat, nach den Umständen zu bestimmen, und ist hiezu, damit ein Mißbrauch des Rückkehrmandates zu einem formellen Trennungsgrunde abgewendet werde, hier um so mehr Veranlassung gegeben, als der Erstrichter die von der Beklagten vorgebrachte Einrede als zulässig erachtet hat (zu vgl. Koch, Lehrb. des pr. Priv.-R. 3. Aufl. Bd. 2 S. 595 §. 762 Ziff. 1 2 lit. a). Durch diese Frist ist die Revidentin in den Stand gesetzt, noch rechtzeitig bei dem Eherichter die vorläufige Trennung zu erwirken, wenn sie sich zur Stellung der Ehescheidungsklage veranlaßt erachtet und dieselbe durch die angeblichen Mißhandlungen begründen zu können glaubt, und war demgemäß unter Modification des obergerichtlichen Ausspruches, wie geschehen, zu erkennen.

OABErf. v. 25. April 1871 Nr. 659 v. 1870.

Bemerkung. Vorstehende Ausführung ist mit der neueren Rechtsprechung des Berliner Obertribunals wohl nicht vereinbar, letztere ist aber durch eine für Preußen gegebene Verordnung beeinflusst (vgl. Dr. E. F. Koch, Kommentar zum allgem. preuß. Landrecht 2. Th. 1. Bd. 1. Abth. S. 175 Not. 14).
hh.

Redakt: Dr. Steppes u. R. Fetsch. Berl.: Palm & Enke
(Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast. (Fortsetzung.) — Maschinen als Bestandtheile eines Gebäudes. Möglichkeit des Eigenthumsvorbehalts an denselben. — Eine Schaffherde als Gutzugehörung.

Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast.

(Fortsetzung.)

Eine praesumptio juris, welche die Befreiung von der regelmäßigen Beweislast nach sich ziehen soll, setzt ihrer Natur nach immer eine besondere Rechtsnorm voraus. — Art. 322 der neuen C.P.D. — Cod. jud. Kap. XII §. 2 n. 2. — Bayer, Civilprozeß VIII. Aufl. S. 717. — Eine derartige Norm, auf welche sich von Seite der Kirche dem Zehntberechtigten gegenüber im Streite über die Kirchenbaulast berufen werden könnte, findet sich jedoch in den Quellen des gemeinen Rechts nirgends. Die Vorschriften in Kap. 1, 29 u. 30 X (3, 30) und Kap. 2 in 6^{to} (2, 5) bestimmen nur das allgemeine Recht der Pfarrkirchen zur Erhebung der Zehnten und stellen eine gesetzliche Vermuthung dafür auf, daß im Streite über das Zehntrecht, wenn es ungewiß ist, ob dasselbe dem Pfarrer oder einem Andern zusteht, immer zu Gunsten des Ersteren zu entscheiden ist. Sie enthalten aber für den Fall, daß das Recht zum

Neue Folge XVII. Band.

Bezuge der Zehnten unbestritten nicht dem Pfarrer, sondern anderen Personen zusteht, gar keine Bestimmung.

Auch Gründler, Brendel und Permaneder berufen sich zur Begründung der von ihnen gelehrteten Rechtsvermuthung nicht auf diese Stellen. Brendel begründet dieselbe überhaupt nicht näher, sondern führt nur an, die Ansicht, daß der Zehnt im Allgemeinen kirchlichen Ursprunges sei, habe Veranlassung gegeben, die Zehntherrn ohne Unterschied zwischen kirchlichen und weltlichen Renten zur Baukonkurrenz zu ziehen, fügt aber sogleich selbst hinzu, daß diese Ansicht sich geschichtlich nicht erprobe. Permaneder dagegen gründet dieselbe darauf, daß „die Zahl der Kirchenzehnten, namentlich in Deutschland, ihrem Ursprunge nach ungleich größer als die der Laienzehnten“ sei. Ebenso Gründler. —

Allein wie kommt man denn von der Thatsache, daß es ursprünglich in Deutschland mehr Kirchenzehnten als Laienzehnten gab, — wenn es sich auch wirklich so verhielte — zu einer Rechtsvermuthung? Man sollte glauben, hieraus ließe sich höchstens nur eine thatsächliche Vermuthung entnehmen. Steht es fest, daß in einer Stadt die meisten Gewerbe Realrechte sind, folgt daraus schon eine Rechtsvermuthung dafür, daß auch jedes einzelne Gewerbe ein Realrecht sei? Sind in einem Gerichtsbezirke notorisch die meisten Grundstücke verpfändet, wem fällt es ein, daraus eine Rechtsvermuthung dafür ableiten zu wollen, daß auch jedes einzelne Grundstück verpfändet sei? — Keiner von den genannten drei Schriftstellern hat diese Frage beantwortet. Auch in den oberstrichterlichen Erkenntnissen wurde dieselbe immer mit Stillschweigen umgangen.

Die Behauptung, daß der bei weitem größte

Theil der Zehnten in Deutschland kirchlichen Ursprungs sei, ist ferner auch keineswegs unbestritten. Durch geschichtliche Forschungen ist erwiesen, daß in Deutschland schon vor Einführung der kirchlichen Zehnten Zehntabgaben bestanden, welche ihren Grund theils in dem römischen Colonate, theils in den deutschrechtlichen Verhältnissen der Hörigkeit und Grundbarkeit hatten. — Schnaubert, Erläuterungen des Lehentrechtes S. 194—195. — Birnbaum, die rechtliche Natur der Zehnten S. 46 r. u. S. 115 r. — Jacobson in Weiske's Rechtsleg. Bd. XV S. 473—476. — Solche, auf weltlichen Rechtsgründen beruhende Zehnten erwarb auch die Kirche im Laufe der Zeiten sehr oft durch Verleihung von Grundstücken mit dem Vorbehalte von Zehntabgaben, durch Schenkungen, lektwillige Zuwendungen, Kauf- und Tauschverträge u. dgl. — Birnbaum a. a. O. S. 239. — Richter, Lehrb. des Kirchenrechtes §. 293. — Permaneder, Handbuch des Kirchenrechtes §. 758 init. — Kirchl. Baulast §. 3 Nr. 1. — Die auf solche Weise von der Kirche erworbenen Zehnten (*decimae jure domini vel jure acquisitionis ecclesiasticae*) werden zwar im weiteren Sinne auch „Kirchenzehnten“ genannt. Dieser Name kommt ihnen aber nicht nach ihrem Ursprunge, sondern nach der zufälligen Person des Besitzers zu. Der Besitzer kann wechseln. Die Kirche kann den aus weltlichen Rechtsgründen erworbenen Zehnt (unter Einhaltung der für die Veräußerung von Kirchengütern vorgeschriebenen Bedingungen) nach den Bestimmungen des weltlichen Rechtes an Laien veräußern. Dann hört er auch im weiteren Sinne auf, ein „Kirchenzehnt“ zu sein. Nicht diese Kirchenzehnten sind es, an welche nach der Ansicht Permaneder's jene Rechtsvermuthung sich knüpfen soll, sondern die eigentlichen und im engeren Sinne sog.

*

Kirchenzehnten (*decimae jure divino ecclesiasticae*), welche aus keinem weltlichen Rechtsgrunde, sondern aus dem Rechte der Kirche allein entsprungen sind. — Permaneder, Kirchl. Baulast §. 20 u. §. 21 B vergl. §. 3.

Uebereinstimmend mit den Vorschriften des alten Testaments (Mos. I, 14. 20. 28. 22. III, 27. 30. 32. IV, 18. 21. V, 14. 22) wurde es nemlich auch in den ersten Zeiten des Christenthumes von den Gläubigen als eine Gewissenspflicht betrachtet, den zehnten Theil ihres Einkommens dem Altardienste zu opfern. Das anfänglich freiwillige Opfer wurde später durch Kirchensatzungen zu einem allgemeinen Gebote und durch weltliche Gesetze zu einer Zwangspflicht erhoben. Allein schon die oftmalige Erneuerung des Gebotes beweist, daß dessen allgemeine Durchführung auf vielfache Hindernisse stieß. — Jacobson a. a. D. S. 479. — Ueber den Widerwillen, welchen die Einführung der Kirchenzehnten in den neu bekehrten Ländern erregte, vgl. J. G. Böhmer, Jus ecclesiast. protest. Lib. III Tit. 30 §. 15, dann Brendel a. a. D. S. 1411. — Ein Haupthinderniß lag bei einem großen Theile der Grundbesitzer in dem Zusammentreffen des kirchlichen Zehnten mit einer gleichen Abgabe an den Grundherrn. In den Kapitularien der fränkischen Könige findet sich diese doppelte Abgabe häufig als eine Verbindlichkeit der Grundbesitzer angeführt (mit dem Ausdrucke *decimae et nonae*, weil sich die zweite Abgabe nach dem Abzuge der ersten als neunter Theil des Einkommens berechnete. — Walter, Lehrb. des Kirchenrechtes X. Aufl. §. 247 Note o); allein die Last dieser beiden Abgaben, welche den Grundbesitzer auf $\frac{1}{5}$ der Erträgnisse beschränkten, war zu drückend, als daß mit Strenge auf deren Entrichtung hätte bestanden werden können. — Reinhardt a. a. D. S. 40. —

Sicher ist, daß die Einführung der Kirchenzehnten in den verschiedenen Gegenden Deutschlands nur ungleichmäßig gelang. In manchen scheint sie nur in sehr beschränktem Umfange, in manchen gar nicht zu Stande gekommen zu sein. — Mittermaler, G. d. deutsch. Priv.-R. VII. Aufl. Bd. I S. 523 §. 182. — Walter, System d. deutsch. Priv.-R. §. 531 S. 602. — Als bekannt kann nur angenommen werden, daß in früherer Zeit der größte Theil der Zehnten in Deutschland überhaupt dem geistlichen Stande gehörte. — Wiese, Handb. d. Kirchenrechtes Bd. II S. 772. — Nach ihrem Ursprunge lassen sich aber die in den Besitz dieses Standes gekommenen Zehnten nicht mehr mit solcher Sicherheit ausscheiden, daß sich hieraus eine bestimmte, auf ganz Deutschland anwendbare, sohin im gemeinen Rechte zu verwerthende Folgerung ableiten ließe. — Richter a. a. D. — Vgl. noch Schnaubert a. a. D. S. 195. — Dalwigk a. a. D. S. 236. — Gerber, System des deutsch. Priv.-R. II S. 28 Note 2. — Seuffert's Archiv Bd. I n. 69, Bd. XXIV n. 136. —

Auf die thatsächliche Allgemeinheit der Kirchenzehnten kann daher die fragl. Vermuthung für den kirchlichen Ursprung eines jeden Zehnten nicht gestützt werden. Eher ließe sich eine solche Befreiung von der Beweislast, wie sie diese Vermuthung mit sich bringen soll, aus der Allgemeinheit des Rechtsgrundes ableiten, auf welchem die Verbindlichkeit zur Leistung der Kirchenzehnten beruht. Nach Kap. 29 u. 30 X (3, 30) ist jede Pfarrkirche berechtigt, den Zehnt von allen Grundstücken ihres Sprengels zu erheben. Nach Kap. 42 u. 56 caus. 16 qu. 1 soll ferner dieses Recht bei Vermeldung der Nichtigkeit des Geschäftes auf keine andere Kirche übertragen werden, und noch strenger ist in Kap. 13 caus. 1 qu. 3, Kap. 1 caus. 16

qu. 7, Kap. 7 X (2, 26) u. Kap. 15, 17 und 19 X (3, 30) die Veräußerung kirchlicher Zehnten an Laien untersagt, welche in diesen Vorschriften zum Besitze solcher Zehnten durchaus für unfähig erklärt sind. Nur die zeitweise Ausübung des Rechtes kann (abgesehen von päpstlicher Dispensation) nach kanon. Rechte Laien überlassen, nicht aber das Recht selbst der Kirche entzogen werden. — Permauer's Kirchenrecht §. 759 in f. u. 768. — Hätten diese Grundsätze unbeschränkte Geltung, so müßte jede Pfarrkirche regelmäßig das Zehntrecht auf allen Grundstücken ihres Sprengels besitzen, ein weltlicher Zehnt könnte immer nur ausnahmsweise und neben dem kirchlichen vorkommen, und wenn sich ein Kirchenzehnt in dem Besitze eines Laien befände, könnte diesem immer nur die Befugniß einer zeitweisen Ausübung daran zustehen, das Recht selbst aber wäre ein unveräußerlicher Bestandtheil des Vermögens der Pfarrkirche, in deren Sprengel der Zehnt verabreicht wird. In diesem Falle bedürfte es gar nicht mehr einer besonderen Rechtsvermuthung, sondern wenn einmal feststände, daß der Zehnt im Sprengel der Pfarrkirche bezogen wird, wäre die Kirchenstiftung schon nach der allgemeinen Regel zu keinem weiteren Beweise mehr verbunden, weil damit alle thatsächlichen Voraussetzungen der Klage auf Erfüllung der Baupflicht gegen den Zehntbesitzer gewiß wären.

Allein eine so unbeschränkte Geltung kommt den angegebenen Grundsätzen des kanon. Rechtes bei uns nicht zu. Was namentlich das eigenthümliche Hinderniß jeder Uebertragung der Kirchenzehnten auf Laien betrifft, welches die Kanonisten gewöhnlich mit dem Ausdrücke der „Spiritualität“ bezeichnen, so kann eine solche Eigenschaft als wesentlich dem Zehntrechte höchstens nur wegen seines Grundes beigelegt werden. Der Grund

des Kirchzehnts ist nach Kap. 1, 14 u. 26 X (3, 30) ein religiöser, nemlich die Pflicht zum Danke für den Segen des zeitlichen Erwerbes und zu einem Opfer, wodurch Gott als höchster Herr der ganzen Erde anerkannt wird. Aus diesem Grunde kann das Recht des geistlichen Zehnts natürlich von keinem Laien, sondern nur von der Kirche als der zum Empfange solcher Gaben berufenen religiösen Anstalt erworben und ausgeübt werden. In soweit dagegen das Recht irdische Güter zum Gegenstande hatte, war die Möglichkeit einer Veräußerung an Laien nicht ausgeschlossen. Von dieser Möglichkeit wurde denn auch zu verschiedenen Zeiten in reichlichem Maße Gebrauch gemacht. Das III. Konzil von Lateran im Jahre 1179 verbot zwar die fernere Veräußerung von Kirchzehnten an Laien; — Kap. 19 X (3, 30) — die bis dahin stattgefundenen Veräußerungen der Art wurden aber von dem kanon. Rechte selbst als zu Recht bestehend anerkannt. — Kap. 2 §. 3 in 6^o (3, 13). — Auch in späterer Zeit erhielten die Grundsätze des kanon. Rechtes keine unbeschränkte Geltung in Deutschland. Nach dem Zeugnisse praktischer Schriftsteller wurden die strengen Vorschriften des kanon. Rechtes über die Veräußerung von Kirchengütern in Deutschland überhaupt nicht genau befolgt. — Leyser, Meditat. Sp. 24 I. — Kreittmayr's Anmerk. zum bay. LR. Th. I Kap. 7 §. 42 n. 11. — Das Nennliche gilt von dem kanon. Verbote der Veräußerung von Kirchzehnten. Die Unfähigkeit der Laien zum Besitze solcher Zehnten fand nach dem III. lateran. Konzil ebensowenig wie vor demselben eine Anerkennung. — J. S. Böhmer l. c. §. 35. — Schnaubert a. a. O. S. 209. — Holzschuher, Theorie u. Kasuistik u. III. Aufl. Bd. II S. 470. — Eichhorn, Grundf. des Kirchenrechtes Bd. II

§. 819 sagt: „Unter dem Schutze dieser Pragis sind in der That die Kirchenzehnten in Deutschland nie anders behandelt worden als andere Kirchensachen“. §. 822: „Ein bestehendes kirchliches Zehntrecht kann durch jede Art der Veräußerung — der Pragis zufolge auch auf Laen übergehen“. Aus Kreittmahr's Anmerk. zum bay. RR. Th. II Kap. 10 §. 8 d ist zu entnehmen, daß sich auch in Bayern ein Gewohnheitsrecht gebildet hatte, nach welchem bei Behandlung der geistlichen Zehnten zwischen der Zeit vor und nach dem lateran. Konzil nicht unterschieden wurde. Daß bay. RR. selbst, welches in Th. II Kap. 10 §. 5 n. 3 u. §. 7 den Grundsatz angenommen hat, daß der geistliche Zehnt ohne päpstliche Einwilligung nicht auf beständig in weltlichen Besiß kommen könne, hat doch im §. 8 bestimmt, daß Zehnten, welche schon einmal auf rechtmäßige Weise in weltliche Hände gekommen seien, anderen weltlichen Dingen gleich geachtet werden sollen. Daß hier unter den „auf rechtmäßige Weise in weltliche Hände gekommenen“ Zehnten nicht bloß die vor dem lateran. Konzil veräußerten gemeint sind, erhellt deutlich genug aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes und den Anmerkungen hiezu.

Eine Anwendung der landrechtlichen Vorschrift im §. 8 findet sich in dem Mandate vom 27. Febr. 1758 (Mahr, Gen. Samml. 1784 Bd. II S. 1087). In diesem wurde ein Zehntbesißer wegen Gewißheit, daß sein Zehnt die qualitas ecclesiastica primordialis entweder niemals an sich gehabt oder im Laufe der Zeit wieder abgelegt hatte, von der Konkurrenz zum Kirchenbaue freigesprochen. Die Fassung des Mandates läßt entnehmen, daß der Landesherr sich darüber in Ungeißheit befand, ob der fragl. Zehnt seinem Ursprunge nach ein kirchlicher war, und daß er auf

eine Feststellung der Art, wie, und der Zeit, wann der Zehnt, wenn dieser ursprünglich ein kirchlicher war, seine ursprüngliche Eigenschaft abgelegt hatte, kein Gewicht legte.

Zur Verweltlichung eines geistlichen Zehnten mit der Folge, daß die darauf ruhende subsidiäre Baulast erlischt, bedarf es:

- 1) einer Veräußerung von Seite der Kirche. Eine Abtrennung durch einseitige Handlungen der Staatsgewalt hat diese Folge nicht, weil der Staat mit der Einziehung des Kirchenvermögens zugleich die darauf ruhenden Lasten übernimmt, wenn ihn nicht besondere Befehle hievon befreien. Bei der Säkularisation im Jahre 1803 wurde in den §§. 35 und 36 des R.D.Schlusses vom 23. Febr. 1803 die Verbindlichkeit zur Uebernahme dieser Lasten anerkannt, und in Bayern wird von Seite des k. Fiskus insbesondere die ihm hieraus erwachsene Pflicht zur Tragung der kirchlichen Baulast im Allgemeinen nicht widersprochen.
- 2) Die Veräußerung muß den Erfordernissen zu ihrer Gültigkeit nach den zu ihrer Zeit und an ihrem Orte bestandenen Rechtsnormen entsprechen. Außerdem braucht sich die Kirche nicht darauf zu beschränken, von dem Zehntbesitzer die Erfüllung der subsidiären Baulastpflicht zu verlangen, sondern sie kann die ungültig veräußerten Zehnten selbst vindizieren, insoweit nicht der Besitzer durch Verjährung geschützt ist.
- 3) Die Veräußerung muß eine vollkommene, d. h. ohne Vorbehalt eines Rechtes geschehen sein, welches die Zehntrente auch nach ihrer Veräußerung noch in gewisser Weise als einen Bestandtheil des Kirchenvermögens erscheinen

Heße. Zweifellos wird durch eine Uebertragung der Zehntrente zum freien Eigenthum der Zusammenhang mit dem Kirchenvermögen vollständig aufgehoben. Der Uebertragung zum freien Eigenthum wird von einigen Rechtslehrern die Belehnung gegen Entgelt gleich geachtet. — Reinhardt a. a. D. S. 62. — Permaneder, Kirchenrecht S. 792 1, b. — Kirchl. Baulast S. 21 C. —

Ist einmal ein Kirchenzehnt durch eine rechtlich nicht mehr anzufechtende, vollkommene Veräußerung von dem Kirchenvermögen gänzlich abgetrennt, dann kann — darüber sind alle Rechtslehrer einig — von der Fortdauer einer darauf ruhenden Baupflicht keine Rede mehr sein, wenn nicht diese bei der Veräußerung besonders ausbedungen wurde. — Vergl. insbes. Dalwigk a. a. D. S. 236. — Gründler, über die Verbindlichkeit zum Beitrage der Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Kultusgebäude S. 46. — Brendel a. a. D. S. 1305. — Huch a. a. D. S. 345. — Permaneder, Kirchl. Baulast S. 21 Nr. 2 u. 4 l. — Kreittmayr's Anmerk. zum bay. Ur. Th. I Kap. 7 S. 42 n. 7. — Daß sich ein solcher Vorbehalt bei kirchlichen Zehnten von selbst verstehe, läßt sich in keiner Weise behaupten. Ist einmal die Kirche nach dem geltenden Rechte befugt, einen solchen Zehnt vollständig zu veräußern, so muß sie, wenn sie von dieser Befugniß Gebrauch macht, einen von ihr beabsichtigten derartigen Vorbehalt ausdrücklich erklären, weil außerdem der Erwerber sich der Meinung, er erhalte den Zehnt lastenfrei, hingeben und in dieser Meinung nicht durch das Stillschweigen der Kirche getäuscht werden darf. Nur da, wo nach partikularrechtlichen Bestimmungen die Zehnten allgemein an der kirchlichen Baulast theilnehmen, kann ein solcher Vorbehalt als selbst-

verständlich betrachtet werden. In diesem Falle kann dann der Erwerber die Möglichkeit seiner Inanspruchnahme für den Kirchenbau voraussehen und wird bei einer Gegenleistung den Uebernahmspreis nach dem Anschlage der Werthsminderung herabsetzen.

Ebensowenig läßt sich ein Vorbehalt der kirchlichen Baupflicht an den veräußerten Kirchenzehnten aus dem Grunde behaupten, weil diese Pflicht mit den Kirchenzehnten schon vor ihrer Veräußerung, während sie sich noch im Besitze der Kirche befinden, verbunden sei und eine auf denselben ruhende Realast bilde, welche vermöge ihrer Dinglichkeit bei der Veräußerung der Zehnten mit diesen von selbst auf jeden Besizer derselben übergehe*). — Jede Pfarrkirche hat zwar die Pflicht, sich aus ihren Einkünften selbst zu erhalten. Diese Pflicht ist aber keine privatrechtliche, sondern hat ihren Grund in der kirchlichen Mission und ist ähnlich der Pflicht zur Selbsterhaltung, welche die Moral jeder physischen Person auferlegt. — *Succ a. a. D. S. 333.* — Als eine auf den Erträgen des Kirchenvermögens ruhende Realast kann sie schon deshalb nicht angesehen werden, weil die Kirche unmöglich ein dingliches Recht besitzen kann, wodurch sie sich selbst in ihrem Eigenthume beschränken würde. Der Satz des römischen Rechts: *Res propria nemini servit* — *L. 26 D. (8, 2)* — *L. 5 pr. D. (7, 6)* gilt auch hier. Die Baupflicht müßte also, wenn sie bei der vollkommenen Veräußerung der Kirchenzehnten als eine auf diesen ruhende Realast von dem neuen Erwerber übernommen werden sollte, als solche erst errichtet werden.

*) Diese Ansicht kommt nicht in den oben S. 309 angeführten oberstrichterlichen Erkenntnissen zum ersten Male vor. Sie findet sich schon bei Barthel: *Annotationes ad univ. jus canon.* 1765 p. 303.

Faßt man alles Bisherige zusammen, so ergibt sich hieraus:

- 1) daß die Kirchenzehnten in Deutschland nicht überall gleichmäßig Eingang fanden,
- 2) daß auch da, wo sie Eingang fanden, neben ihnen sehr oft noch andere, aus weltlichen Rechtsgründen entstandene Zehnten vorkommen und
- 3) daß die Kirchenzehnten wie die weltlichen Zehnten nach den in Deutschland geltend gewordenen Rechtsgrundsätzen von Geistlichen und Laien erworben und wieder veräußert werden konnten.

Auf diese Weise mußte es dahin kommen, daß im Laufe der Zeit der kirchliche Zehnt seine ursprüngliche Eigenschaft einer allgemeinen Kirchensteuer verlor und sich in eine privatrechtliche Grundrente gleich den übrigen Zehnten verwandelte, welche so, wie sie hergebracht war, bald von dem Pfarrer oder Bischöfe, bald von anderen Personen, und von diesen bald auf den Grund einer bloßen Belehnung, bald auf den Grund lehenfreier Erwerbung beansprucht werden konnte, bei der es aber nur in den seltensten Fällen mehr möglich sein wird, ihren ursprünglichen Rechtsgrund zu ermitteln.

— Eichhorn a. a. O. Bd. II S. 818. — Walter, System des deutsch. Priv.-R. §. 531 S. 602. — Gerber, deutsch. Priv.-R. II S. 73 Nr. 2. — Von der ursprünglichen Eigenschaft der Kirchensteuer hat sich nur noch soviel erhalten, daß dem Pfarrer nach gemeinem Rechte eine rechtliche Vermuthung für sein Recht zum Bezuge der Zehnten auf den Grundstücken in der Pfarrei zur Seite steht. Diese Vermuthung ist aber ein jus singulare. Sie darf daher nicht weiter ausgebehnt werden, und erstreckt sich namentlich nicht auf solche

Zehnten, welche zugestandenermaßen dem Pfarrer nicht gehören.

(Schluß folgt.)

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Maschinen als Bestandtheile eines Gebäudes. Möglichkeit des Eigenthumsvorbehaltes an denselben.

Ueber die bezeichneten, in neuerer Zeit mehrfach zur Anregung gelangten Fragen enthält ein oberstrichterliches Erkenntniß in seinen Motiven nachstehende Sätze.

Nachdem zunächst ausgeführt ist, daß der Eigenthumsvorbehalt an Maschinentheilen (hier einer Mühle) als beweglichen Sachen, wenn solche auch zur festen Verbindung mit dem Gebäude bestimmt waren, einer besonderen Form nicht bedurfte und daß dieser Vorbehalt nur durch wirkliche Inadifikation hätte wirkungslos gemacht werden können, dieser Fall aber nicht gegeben sei, heißt es weiter:

Der Hinzutritt einer beweglichen Sache zu einer unbeweglichen in Folge Einbauens (Verbauens) setzt voraus, daß erstere als Baumaterial für letztere völlig aufgeht, sohin einen Bestandtheil des Baues, der unbeweglichen Sache selbst bildet und ohne Zerstörung derselben nicht von dieser getrennt werden kann, oder daß die unbewegliche Sache die Unterlage der verbauten beweglichen

bildet und letztere die Bestimmung hat, als Gebäude auf ersterer zu ruhen und ohne diesen Zusammenhang zerstört wurde. Dieß kann von Maschinentheilen zu einem Werkgebäude nicht gesagt werden. Dieselben können zwar Zugehör des Gebäudes werden und werden solches namentlich dann, wenn sie in einer nothwendigen Beziehung zu demselben stehen und sie folgen daher als Zubehör der Hauptsache. Dieß setzt aber voraus, daß der Eigenthümer dieser letzteren das Eigenthum an der Zubehör erworben hat; während dagegen an der bloßen Zubehör, die kein ergänzender Bestandtheil des Ganzen wird, ein gesondertes Eigenthum bestehen kann. Die Maschinentheile eines Mühlenwerkes erscheinen zwar als geschliche Zubehör desselben, indem sie in einer nothwendigen Beziehung zur Hauptsache stehen, sie können aber von dieser getrennt werden und unterliegen je nach dem Bedürfnisse dem Wechsel, wie denn auch solcher bei der Mühle von A. im Jahre 1867 stattgefunden hat, da neue Maschinen gegen die alten ausgewechselt wurden. Hieran ändert nichts, daß einzelne Maschinentheile mit dem Gebäude in feste Verbindung kommen, da sie hiedurch ihr selbstständiges Bestehen als Maschinen nicht verlieren, nicht bloße Theile des Gebäudes selbst werden. Auch der Umstand ändert an der Sache nichts, daß die Einfügung und Los-trennung Veränderung am Mauerwerk des Gebäudes erfordert, die Herausnahme und Wiedereinsetzung einzelner Mauersteine, weil hiedurch die Mauer in ihrem Bestande nicht verändert wird.

Die Abtrennung solch' festgemachter Maschinentheile beschädigt das Gebäude nicht, sondern hat nur auf dessen momentane Bestimmung Einfluß.

Als Zubehörungen ihrer Bestimmung nach würden die hier in Frage stehenden Maschinentheile dem Hypothekrechte der Hauptsache, der Mühle in

A., von selbst und ohne Eintrag in das Hyp.-Buch unterlegen sein, da sie gerade so wie die ausgetauschte alte Mühleinrichtung zum Betriebe der Mühle gehörten, ihre Pertinenz-eigenschaft sohin nicht von einer Erklärung abhängig war. §. 34 u. 22 Ziff. 3 des Hyp.-Ges.

Der Eigenthumsvorbehalt war jedoch dem Beklagten gegenüber auch ohne Eintrag in das Hyp.-Buch wirksam, da er vor der Erwerbung seines dinglichen Hyp.-Rechtes von dem Eigenthumsvorbehalt Kenntniß genommen hatte. Der Beklagte hat von dem Vertrage vom 21. Januar 1867, worin der Eigenthumsvorbehalt gemacht wurde, nicht bloß einfache Kenntniß genommen, sondern an demselben sogar eigenes Interesse gehabt, da ihm wegen seiner Forderungen daran gelegen sein mußte, daß die Mühle in A. wieder in gehörigen Gang gebracht werde. Derselbe hat auch eben deshalb den Betrag von 600 fl. an Kläger für dessen Maschinenlieferung zur Bezahlung übernommen und auch wirklich bezahlt. Wenn daher in dem vom Beklagten mitunterzeichneten Vertrage Kläger den Eigenthumsvorbehalt zur Voraussetzung des übernommenen Lieferungsgeschäftes machte, so war dieser Vorbehalt dem Beklagten jedenfalls genehm und er würde, selbst wenn seine Hypotheken damals schon auf der Mühle im Hyp.-Buche eingetragen gewesen wären, doß gehandelt haben, wenn er den unbezweifelten Eigenthumsvorbehalt, der die Voraussetzung des auch im Interesse des Beklagten liegenden Vertragsabschlusses war, später zu bestreiten die geheime Absicht gehabt hatte.

DAÖGrf. vom 29. Apr. 1871 Nr. 770 v. 1870.

hh.

2.

Eine Schafherde als Gutzugehörung.

Den Satz, daß das auf einem Landgute vorhandene, zu dessen Bewirthschaftung dienende Vieh im Gutsinventar inbegriffen ist (l. 8 pr. 9 u. 12 D. de instructo vel instrumento legato (33, 7) und Annot. zum bayer. Landrechte Th. II Kap. II §. XIV Ziff. 4), hat der oberste Gerichtshof (Erf. vom 29. April 1871 Nr. 764 v. 1870) auch bezüglich einer Schafherde geltend gemacht, wenn sie sich zur kritischen Zeit wirklich auf dem Gute befand. Es ist nicht ersichtlich, in welcher Beziehung diese Herde zur Bewirthschaftung des Gutes stand, diese Beziehung wäre aber nach der Natur der Sache und insbesondere l. 9 D. l. c. von Einfluß. Wurde die Herde gehalten, um Grundstücke des Gutes durch die Weide ertragbar zu machen (quia non aliter ex saltu fructus percipi poterit), so wäre die Beziehung der Herde zum Gute, welche die Zubehöreigenschaft bedingt, allerdings gegeben, während andererseits Voraussetzungen des Gegentheiles leicht denkbar sind, und eine solche in l. 9 cit. auch ausgedrückt ist.

hh.

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

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast. (Schluß.) — Ueberblick über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 1. August bis 6. Oktober.

Ueber die Vermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Rechtsstreiten über Kirchenbaulast.

(Schluß.)

Im Uebrigen ergibt sich aus dem geschichtlichen Entwicklungsgange, welchen das Recht der Zehnten in Deutschland genommen hat, klar genug, daß auch die Allgemeinheit des Rechtsgrundes, aus welchem die Kirchenzehnten ihren Ursprung genommen haben, die aufgestellte Rechtsvermuthung nicht zu begründen vermag, und nachdem auf diese Weise alle hiefür angeführten theoretischen Gründe ihre Widerlegung gefunden haben, müssen wir zu dem Schlusse kommen, daß von einer solchen Vermuthung gemeinrechtlich überhaupt keine Rede sein kann.

Dahin geht auch die vorherrschende Stimme in der neueren Literatur. — Reinhardt a. a. D. S. 60. — Mittermaier a. a. D. Bb. I §. 182 in f. u. §. 183 I. — Walter, Syst. d. deutsch. Priv.-R. §. 532 IV. — Maurenbrecher, Lehrb. des gem. d. Priv.-R. §. 334. — Holzschuher a. a. D. Bb. II S. 469. — Guß a. a. D.

Neue Folge XVII. Band.



§. 345. — Blätter für administr. Pragis Bd. I
 §. 423. — Richter a. a. D. §. 625. —
 Jacobson a. a. D. Bd. VI §. 109. — Die
 beiden letztgenannten Schriftsteller haben sogar eine
 entgegengesetzte Rechtsvermuthung aufgestellt.
 — Kreittmayr hegte bereits großen Zweifel gegen
 die Ansicht Derjenigen, welche zu seiner Zeit das
 Bestehen einer praesumptio juris für die geistliche
 Eigenschaft der Zehnten vertheidigten. — Annot.
 ad Cod. civ. II cap. 10 §. 2 d. — In Rechts-
 streiten wurde diese Präsumtion von den Juristen-
 fakultäten in Ingolstadt, Tübingen und Halle sowie
 von dem vormaligen Reichskammergerichte verwor-
 fen — Reinhardt a. a. D. §. 46—49 —
 und hiemit stimmt auch die gegenwärtige Pragis
 der Oberapp.-Gerichte von Wiesbaden und Darm-
 stadt, der Obertribunale von Berlin und Stuttgart
 und des Revisionskollegiums für Landeskulturfachen
 in Berlin überein. — Seuffert's Archiv Bd. I
 n. 69, Bd. IV n. 70 u. 72, Bd. XIX n. 256,
 Bd. XXIII n. 156, Bd. XXIV n. 136.

Die bisherige Erörterung bewegte sich auß-
 schließlich auf dem Standpunkte des gemeinen
 deutschen Rechtes. Anders gestaltet sich die Sache
 auf dem Standpunkte des bayerischen Rechtes.
 Hier sind vor Allen diejenigen Landestheile auszu-
 scheiden, in welchen die auf Zehnten ruhende Kir-
 chenbanlast durch partikularrechtliche Bestimmungen
 auf besondere Weise geordnet ist, z. B. in Alt-
 bayern durch das Mandat vom 4. Okt. 1770
 (Kreittmayr's Gen. Samml. 1771 §. 493),
 im ehemaligen Gebiete des Fürstbisthums Würz-
 burg durch das Mandat vom 11. April 1687

(Laud. Mand. Samml. Bd. I S. 356), oder wo durch solche Bestimmungen die auf Zehnten ruhende Kirchenbulaft abgeschafft ist, wie nach preuß. RK. und in der Pfalz. Was ferner diejenigen Landestheile betrifft, in welchen bei dem Mangel einer partikulären Gesetzgebung im Allgemeinen das gemeine Recht in Anwendung zu kommen hat, so kann hier die vorwürfige Rechtsfrage durch die bisherige Erörterung, in welcher auf die besonderen Verhältnisse der einzelnen deutschen Länder keine Rücksicht genommen wurde, nicht als erledigt betrachtet werden. Gerade bezüglich dieser Landestheile befindet sich die bisherige Praxis des obersten Gerichtshofes von Bayern, wie gezeigt, in einem schneidenden Gegensatz mit der neueren Doktrin und der Gerichtspraxis in anderen deutschen Ländern. Woher diese Erscheinung? — Ist etwa der bayerische oberste Gerichtshof so zurückgeblieben, daß ihm die Entwicklung der neueren Doktrin in dieser Materie entgangen wäre, und daß er auch von den veröffentlichten Entscheidungen der anderen obersten Gerichtshöfe in Deutschland gar keine Kenntniß erlangt hätte? — Wer von den bisherigen Leistungen des bayerischen obersten Gerichtshofes unterrichtet ist, wird einer solchen Vermuthung im Voraus keinen Raum geben. Die zahlreichen Alegate aus der Literatur sowohl in den hieher bezüglichen Erkenntnissen als in den dazu angefertigten Vorträgen beweisen auch, daß derselbe in der That bei seinen Entscheidungen fortwährend die Ergebnisse der theoretischen und praktischen Arbeiten in dieser Materie berücksichtigte. Die Gründe, welche ihn bewogen, hier eine eigene Bahn einzuschlagen und auf derselben unbeirrt durch die Abweichung der gemeinrechtlichen Doktrin und die Verschiedenheit der Gerichtspraxis in anderen deutschen Ländern so lange Zeit zu verharren, waren, wie es scheint,

•

nicht bloß die in den Entscheidungsgründen der betr. Urtheile angeführten, sondern außerdem auch noch andere, welche sich auf die besonderen Verhältnisse in Bayern bezogen und in einer für den gegenwärtigen Gesamtzustand aller deutschen Länder zu bemessenden Theorie des gemeinen Rechtes nicht wohl verwerthet werden können.

Der Beweis, daß ein bestimmter Zehnt ursprünglich ein kirchlicher war, ist nemlich wohl immer unmöglich. Die Einführung der Kirchenzehnten in Deutschland geschah vor mehr als 1000 Jahren. Gelänge es auch, eine verlässige Kunde hierüber für ein ganzes Land oder eine Diöcese zu erhalten, so wird es doch schwerlich gelingen, eine solche Kunde für ein einzelnes, bestimmtes Zehntrecht ausfindig zu machen. Dagegen befindet sich der Zehntbesitzer weit eher in der Lage, einen Gegenbeweis liefern zu können. Fällt der Ursprung seines Zehnten, von welchem er behauptet, daß er aus einem weltlichen Rechtsgrunde entstanden sei, gleichfalls in eine so frühe Zeit zurück, so wird es ihm doch in der Regel nicht schwer sein, zu beweisen, daß der Zehnt wenigstens gegenwärtig die Eigenschaft eines weltlichen an sich trage, z. B. durch freie Veräußerung von einem Besitzer zum anderen selbst dann, wenn er ursprünglich ein kirchlicher gewesen sein sollte, zu einem weltlichen geworden sei, oder daß er die Freiheit des Zehnten von der Kirchenbaulast durch unvorbenkliche Verjährung, *usucapio libertatis* u. dgl. erworben habe.

Die Schwierigkeit einer Beweisführung, ja selbst die Unmöglichkeit einer solchen wegen eines zufälligen Mangels von Beweismitteln, ist zwar allerdings kein Grund, eine Partei von der ihr nach den Regeln des Prozeßrechtes obliegenden Beweispflicht zu befreien. Der Mangel an Beweismitteln über den Ursprung der Kirchenzehnten kann aber

wohl kaum mehr ein zufälliger genannt werden. Er ist ein allgemeiner, auf alle Kirchenzehnten sich erstreckender, und hat seinen Grund nicht so fast in tatsächlichen Umständen als vielmehr in einer Veränderung der Rechtsgrundsätze, welche im Laufe der Zeit eingetreten ist. Zu der Zeit, als die Kirchenzehnten eingeführt wurden, hatte die Kirche nach weltlichen Gesetzen, welche, wenn sie auch nicht allenthalben befolgt wurden, doch von unbezweifelbarer Geltung in Deutschland waren, das Recht, diese Steuern allgemein als Steuern zu erheben *). Solange ihr dieses Besteuerungsrecht zugestanden wurde, bedurfte sie nirgends eines besonderen Nachweises hierüber. Das Bedürfnis eines solchen Nachweises erwachte erst mit der Umwandlung der Kirchenzehnten in privatrechtliche Grundrenten. Bei dieser war jedoch dem Mangel von Beweismitteln schon nicht mehr abzuhelfen.

In denjenigen deutschen Ländern, wo die Kirchenzehnten nur selten oder gar keine Aufnahme gefunden hatten, oder wo sie im Laufe der Zeit wieder verschwunden oder in weltliche Zehnten übergegangen waren, mochte sich kein Bedürfnis einer besonderen Nachhülfe fühlbar machen. In jenen Ländern dagegen, wo, wie in Bayern, notorisch die Kirchenzehnten im Allgemeinen Aufnahme fanden, ein großer Theil der Zehnten sich noch im Besitze der Geistlichkeit befand, oder wo auch bei den in

*) Die Ansicht Birnbaum's, welcher in seiner oben angeführten Schrift die ursprüngliche Natur der Kirchenzehnten als einer an die Kirche zu entrichtenden Steuer bezweifelte, ist längst als unrichtig nachgewiesen. — Jacobson in Weiske's Rechtsler. Bd. XV S. 475. — Walter, deutsch. Priv.-R. S. 531 Note 4.

Laieubefiß übergegangenem Zehnten der Zusammenhang mit dem Kirchenvermögen fortbauerte, war es zunächst Sache der Gesetzgebung, für die Abwendung der aus der Aenderung des Rechtszustandes erwachsenen Nachtheile von der Kirche Sorge zu tragen. In manchen Landestheilen entstanden zu diesem Zwecke wirklich besondere Gesetze, so z. B. die bereits erwähnten Mandate von 1687 und 1770 in Würzburg und Altbayern, in anderen Observanzen*). In vielen Gegenden Deutschlands erhoben die älteren Kirchenrechtslehrer ihre Stimme dafür, daß auch die im Laieubefiß befindlichen Zehnten als belastet mit der Kirchenbaupflicht zu betrachten seien, soweit für sie nicht eine besondere Befreiung nachgewiesen werden könne. Erst seit J. S. Böhmers seine berühmte Abhandlung: *Vindiciae libertatis decimarum laicalium a contributione ad resect. eccles. paroch. veröffentliche* (1733), wendete sich die Theorie mehr und mehr der entgegengesetzten Ansicht zu. — Wo die gerichtliche Anerkennung des Anspruches einer Kirche auf Beiträge der Zehntbesitzer zum Kirchenbaue von dem Nachweise eines kirchlichen Ursprunges der Zehnten abhängig gemacht wurde, mußten alle derartigen Rechte, welche bestritten wurden, nothwendig zu Grunde gehen. Wo dagegen die Praxis der Gerichte der milderen Ansicht folgte und die Rechte der Kirchen fortwährend durch die Annahme einer besonderen Rechtsvermuthung in Schutz nahm, hat sich die allgemeine Rechtsansicht dafür entschieden, und es wäre eine Ungerechtigkeit, wenn nun auf einmal von dieser Uebung wieder abgegangen

*) Vgl. über eine solche in der Diöcese Eichstätt entstandene Observanz die Verh. d. R. v. Abg. 1852 Bb. V S. 399.

werden wollte. In jenen Landestheilen Bayerns, wo im Allgemeinen das gemeine Recht gilt, scheint ein solcher Schutz den Kirchen von jeher nach der überwiegenden Praxis der Gerichte zu Theil geworden zu sein. Daß diese Praxis von Seite des obersten Gerichtshofes mindestens seit einer langen Zeit ununterbrochen geübt wurde, ist gewiß. Dem konstanten Gerichtsgebrauche wird unter solchen Umständen sicherlich die Kraft eines Gewohnheitsrechtes beizumessen sein.

Ein Gewohnheitsrecht kann durch gerichtliche Urtheile auf zweifache Weise dargethan werden:

- 1) durch solche Urtheile, in welchen das Entstandensein eines Gewohnheitsrechtes auf den Grund richterlicher Untersuchung bestätigt wird,
- 2) durch solche Urtheile, in welchen die wiederholte Anwendung eines Rechtsfalles die Gewohnheit selbst enthält.

Die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes durch Urtheile der 2. Art ist freilich nur in einem sehr beschränkten Umfange möglich. Denn die Aufgabe der Gerichte ist nicht, das Recht zu machen, sondern es anzuwenden. Abgesehen von dem in L. 38 D. (1. 3) vorgesehenen Falle zweifelhafter Rechtsfragen, welcher übrigens kaum über die höchst seltenen Fälle einer absoluten Zweifelhastigkeit ausgebehnt werden darf, ergibt sich nur dann eine Gelegenheit hiezu, wenn die bestehenden Rechtsnormen sich in Folge der Entwicklung bestimmter Lebensverhältnisse als unzureichend darstellen.

Im vorliegenden Falle hatte der konstante Gerichtsgebrauch seine Quelle ohne Zweifel in der Ueberzeugung, daß die Annahme fragl. Rechtsvermuthung durch ein Bedürfniß für die Rechtspflege geboten sei. Einigermassen sprechen hiefür auch die Gründe, welche schon in den ältesten noch vorhan-

benen oberstrichterlichen Erkenntnissen zur Rechtfertigung dieser Vermuthung angeführt und in den späteren meistentheils wiederholt wurden. Sie sind eher dazu geeignet, die Annahme derselben als zweckmäßig, nicht aber, sie als eine nothwendige Folge bestehender Rechtsgrundsätze erscheinen zu lassen. Andererseits kann man auch nicht behaupten, daß der Gerichtsgebrauch aus einem theoretischen Irrthume entsprungen sei und deshalb keine Beachtung verdiene. Denn abgesehen davon, daß sein Ursprung unbekannt ist, sind auch die in den ältesten Erkenntnissen angeführten Gründe nicht geradezu unrichtig, sondern nur unzureichend, um den eingeführten Rechtsatz theoretisch zu rechtfertigen, was nothwendig immer der Fall sein muß, wenn es sich um die Einführung eines neuen Rechtsatzes handelt. Wenn ferner in einzelnen späteren Erkenntnissen der Versuch gemacht wurde, zu diesen Gründen noch weitere hinzuzufügen, deren Richtigkeit allerdings an sich schon eine theoretische Probe nicht aushält, so vermag auch dieser Umstand dem hievon unabhängig entstandenen Gerichtsgebrauche an seinem Gewichte nichts zu benehmen.

In einem am 3. Febr. 1872 (Nr. 369. 1871) erlassenen Urtheile hat nun der oberste Gerichtshof anerkannt, daß die von ihm bisher festgehaltene Rechtsvermuthung im gemeinen Rechte nicht begründet sei, zugleich jedoch ausgesprochen, daß für diese Rechtsvermuthung bezüglich derjenigen Landestheile Bayerns, in welchen das gemeine Recht in Anwendung zu kommen hat, ein Gewohnheitsrecht bestehe. Dieses Urtheil enthält folgende Rechtsausführung:

„Es ist allgemein bekannt, daß in Deutschland früher der bei weitem größte Theil der Zehn-

ten sich im Besitze der Kirche befand. Es ist ferner bekannt, daß die Kirche außer den Zehnten, welche sie aus verschiedenen privatrechtlichen Gründen erwarb, noch eine allgemeine Zehntabgabe beanspruchte, welche Anfangs von den Gläubigen als ein freiwilliges Opfer für den Gottesdienst gespendet, später aber durch Kirchengebote allgemein vorgeschrieben und durch weltliche Gesetze in eine mit Hülfe der Staatsgewalt erzwingbare Verbindlichkeit umgewandelt wurde. Der letztere Zehnt, welcher der Kirchenzehnt im eigentlichen und engeren Sinne genannt wird, steht nach Kap. 29 u. 30 X (3. 30) jeder Pfarrkirche in ihrem Sprengel zu, und im Kap. 2 in 6^o (2. 5) ist eine gesetzliche Vermuthung aufgestellt, welche den Pfarrer im Streite über sein Recht zum Bezuge dieses Zehnten von der Nothwendigkeit einer Beweisführung hierüber befreit. Das kanon. Recht verbietet ferner in Kap. 13 c. 1 qu. 3, — Kap. 42 u. 56 c. 16 qu. 1, — Kap. 1 c. 16 qu. 6, — Kap. 7 X (2. 26), — Kap. 15, 17 u. 19 X (3. 30) die Uebertragung eines solchen Zehnten auf eine andere Kirche und noch mehr dessen Veräußerung an Laien, und gestattet nur eine Ueberlassung der Ausübung des Rechtes an Laien, wodurch das Recht selbst von dem Kirchenvermögen nicht abgetrennt wird.

Aus diesem Allen läßt sich nun zwar noch kein Schluß auf eine nach gemeinem Rechte bestehende Vermuthung ziehen, vermöge welcher bei jedem Zehnten bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen werden müßte, er sei ein kirchlicher und zu den Einkünften der Pfarrkirche im Sinne der erwähnten Stelle des Konzils von Trient zu rechnen. Denn abgesehen davon, daß eine solche Rechtsvermuthung in den Quellen des gemeinen Rechtes nirgends ausgesprochen ist und die in Kap. 2 in 6^o (2. 5) ausgesprochene auf

den Fall, wenn das Recht zum Bezuge eines Zehnten unbestritten nicht dem Pfarrer gehört, seine Anwendung findet, steht auch der allgemeinen Vermuthung eines kirchlichen Ursprunges nicht bloß der Umstand entgegen, daß jedenfalls ein großer Theil der in Deutschland vorkommenden Zehnten seinen Ursprung weltlichen Rechtsgründen verdankt, sondern auch daß in Deutschland das Gebot der Kirchenzehnten nicht überall zur Durchführung und die Bestimmungen des kanon. Rechtes über ihre Unveräußerlichkeit und über die Unfähigkeit der Laien zu ihrem Besitze nicht zur allgemeinen Geltung gelangten, wodurch ihre ursprüngliche Eigenschaft einer allgemeinen Kirchensteuer sich verlor.

Demgemäß hätte in jedem Falle, in welchem der Besitzer eines im Sprengel einer baubedürftigen Pfarrkirche zu erhebenden Zehntes wegen kirchlicher Eigenschaft desselben als baupflichtig in Anspruch genommen wird, die Kirchenstiftung wenigstens zu beweisen, daß der Zehnt seinem Ursprunge nach ein Kirchenzehnt sei. Erst dann, wenn dieser Beweis gelleistet ist, könnte von dem Beklagten ein Beweis darüber verlangt werden, daß das Zehntrecht durch Veräußerung von dem Kirchenvermögen vollkommen abgetrennt worden sei. Es springt jedoch sogleich in die Augen, daß dadurch die Kirchenstiftung in eine sehr nachtheilige Lage versetzt würde. Die Einführung der Kirchenzehnten fällt in eine Zeit zurück, aus welcher nur in den seltensten Fällen die geschichtlichen Denkmäler eine bestimmte Kunde hievon für die einzelnen Orte zurückgelassen haben. Hierzu kommt, daß die Baupflicht der Dezimatoren nur eine subsidiäre ist, also bei Kirchen mit hinlänglichem eigenen Vermögen erst im Falle einer Verarmung derselben, und bei Kirchen, deren Mittel zu den gewöhnlichen Reparaturen ausreichen, erst im Falle eines Bedürfnisses zu außerordentlichen Repä-

raturen oder zum vollständigen Wiederaufbaue einzutreten hat, weshalb auch dann, wenn Kirchenzehnten durch Belehnung auf Laien übertragen worden waren, oft Jahrhunderte vergingen, ohne daß sich eine Veranlassung ergab, die Hauptpflicht des Zehntbesizers zu untersuchen. Den Kirchen ist es daher in solchen Fällen gewöhnlich unmöglich, einen Beweis über den kirchlichen Ursprung der Zehnten zu liefern, und diese Unmöglichkeit kann auch nicht wohl einem Verschulden ihrerseits zur Last gelegt werden. Denn zu der Zeit, als die Kirchenzehnten eingeführt wurden, und oft auch zu jener, als dieselben durch Belehnung in den Besitz von Laien übergingen, war das Recht der Kirche auf den Zehnten als allgemeine Kirchensteuer öffentlich anerkannt, und die Notorität befreit die einzelnen Kirchen von der Nothwendigkeit, sich weitere Beweismittel zu sammeln. In der Zumuthung einer Beweisführung liegt daher unter solchen Umständen eine Unbilligkeit.

Da die Rechtsverhältnisse bezüglich der Kirchenzehnten und der kirchlichen Baulast sich in Deutschland sehr verschieden gestalteten, erklärt es sich leicht, daß das Bedürfniß einer Abhülfe sich nicht in allen deutschen Ländern gleich fühlbar machte. Diese Ungleichheit hatte ohne Zweifel Einfluß auf die verschiedenen Ansichten der älteren Rechtslehrer, von welchen viele eine rechtliche Vermuthung für den kirchlichen Ursprung der Zehnten vertheidigten, andere diese Vermuthung bekämpften. Auch die Praxis der Gerichte konnte sich diesem Einflusse nicht entziehen. Nach dem Zeugnisse des R. Barthel in dessen Annot. ad univ. jus canon. 1765 ad Lib. III tit. 48 p. 302 bildete sich in der Diocese Würzburg ein Gewohnheitsrecht, nach welchem auch die im Besitze von Laien befindlichen Zehnten zum Kirchenbaue beigezogen wurden. Bei der gleich-

zeitigen Geltung der Bestimmungen des Konzils von Trient läßt sich die Entstehung dieses Gewohnheitsrechtes nur dadurch erklären, daß man von der Annahme ausging, alle Zehnten hätten sich ursprünglich im Besitze der Kirche befunden und seien bei ihrem Uebergange an Laien nicht voll kommen von dem Kirchenvermögen abgetrennt worden. Ohne Zweifel auf den Grund dieses Gewohnheitsrechtes erging die im ehemaligen Gebiete des Fürstbisthums Würzburg noch jetzt gültige Verordnung vom 11. April 1687, nach welcher die Zehnt Herren „durchgehends“, wenn sie keine Befreiung von der Baulast nachweisen können, zu Kirchenbaubeiträgen verpflichtet sind. Auch in Altbayern sah sich auf ähnliche Weise der Landesherr in dem Mandate vom 4. Oktbr. 1770 veranlaßt, geistliche und weltliche Zehnten, obwohl letztere nur mit geringeren Beiträgen, als konkurrenzpflichtig beim Kirchenbaue zu erklären. — Was die übrigen Landestheile von Bayern dießl. d. Rheines betrifft, wo bei dem Mangel partikularrechtlicher Bestimmungen das gemeine Recht in Anwendung zu kommen hat, wurde von dem obersten Gerichtshofe des Königreiches bisher bis zum Jahre 18^{22/23} zurück, also während eines Zeitraumes von beinahe 50 Jahren in allen daselbst zur Entscheidung gekommenen Rechtsstreiten über die auf Zehnten ruhende Baulast gleichmäßig an dem Grundsätze festgehalten, daß die Kirchenstiftung mit dem Beweise des kirchlichen Ursprunges zu verschonen und jeder Zehnt solange als ein kirchlicher zu betrachten sei, bis sein weltlicher Ursprung oder seine Verweltlichung bewiesen ist. Ein Abgehen von diesem Grundsätze kann nun nicht mehr für zulässig erachtet werden.

In der Regel ist zwar kein Gewicht bei Entscheidung einer Streitsache an die von ihm selbst oder von einem höheren Gerichte bei früheren Ent-

scheidungen in anderen Streitsachen ausgesprochenen Rechtsansichten gebunden. Mag eine Rechtsfrage noch so oft und so lange in gleicher Weise ent- schieden worden sein, so ist doch dadurch der Rich- ter, wenn er durch eine genauere Prüfung der Ge- setze oder aus wissenschaftlichen Gründen zu einer anderen Ueberzeugung gelangt, nicht gehindert, der- selben durch eine von der früheren Übung abwei- chende Entscheidung Ausdruck zu geben. — Non exemplis sed legibus judicandum est. L. 13 Cod. (7, 45). — Diese Regel erleidet jedoch eine zweifache Ausnahme. Bei der Entscheidung zweifel- hafter Rechtsfragen, welche sich aus dunklen Ge- setzen ergeben, ist dem konstanten Gerichtsgebrauche (der rerum perpetuo similiter judicatarum auc- toritas) in L. 38 D. (1, 3) ausdrücklich Geseßes- kraft beigelegt. Diesem Falle wird von den ange- sehensten Rechtslehrern der weitere Fall gleichge- stellt, wenn zur Entscheidung einer Frage gar kein Gesetz vorhanden ist oder die vorhandenen Gesetze unzureichend sind und dem Bedürfnisse einer den Lebensverhältnissen angemessenen Rechtspflege nur durch die Ausbildung besonderer Rechtsgrund- sätze abgeholfen werden kann. Käme in diesem Falle den gerichtlichen Urtheilen auch kein größeres Gewicht zu, als jeder anderen wissenschaftlichen Ar- beit eines Rechtsgelehrten, so läge es schon in der Pflicht des Richters, den angebahnten Weg zu be- treten, wenn er nicht einen anderen findet, der sicherer und besser zum Ziele führt. — Savigny, System Bd. I S. 95. — Die gerichtlichen Ur- theile haben aber den Vorzug, daß sie zugleich eine Anwendung des Rechtes auf wirkliche Fälle ent- halten und eine Reihe immer in demselben Sinne ergangener Entscheidungen in den Gerichtsunter- geben die Erwartung hervorruft, daß die nemlichen Grundsätze auch in künftigen gleichartigen Fällen

zur Anwendung gebracht werden. Dem in dieser Weise auftretenden konstanten Gerichtsgebrauche wird daher insoferne mit Recht eine bindende Kraft beigelegt, als in ihm ein entstandenes Gewohnheitsrecht zum Ausdruck gelangt ist. — Savigny, System Bd. I S. 90—93 u. 173. — Göschen, Vorlesungen Bd. I S. 98. — Buchta, Vorlesungen Bd. I S. 28 Z. 1. — Wächter, Württemb. Priv.-R. Bd. II S. 44. — Seuffert, Pand.-R. Bd. I §. 12 Note 2. — Glück, Comment. Bd. I S. 219.

Die Rechtsvermuthung für den kirchlichen Ursprung der Zehnten bezweckt die Ausfüllung einer Lücke, welche dadurch entstanden ist, daß die Vorschriften des kanon. Rechtes über die Kirchenzehnten, welche mit jenen des Konzils von Trient über die Kirchenbaulast in inniger Verbindung stehen, nur eine sehr beschränkte Geltung in Deutschland erlangten und die kirchliche Baupflicht der Zehntberechtigten in Deutschland selbst gemeinrechtlich nicht zum Gegenstande der Gesetzgebung gemacht wurde. Wenn sich daher zur Ausfüllung dieser Lücke in denjenigen Landestheilen Bayerns, in welchen das gemeine Recht in Anwendung zu kommen hat, ein konstanter Gerichtsgebrauch durch gleichförmige Entscheidungen der höchsten Instanz gebildet hat, so liegt darin die entschiedene Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes.

Die bisherige Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes ist übrigens nicht das einzige Zeugniß dafür, daß die Rechtsvermuthung für die kirchliche Eigenschaft der Zehnten in Bayern die allgemeine Anerkennung erlangt habe. Dieselbe wurde bei der Berathung des Gesetzes vom 28. Mai 1852 über die Sicherung, Fixirung und Ablösung der auf den Zehnten lastenden kirchlichen Baupflicht in beiden Kammern des Landtages zur Sprache gebracht und

von verschiedenen Kammermitgliedern als geltendes Recht behauptet, ohne daß dieser Behauptung von irgend einer Seite widersprochen worden wäre. — Verh. d. R. d. N. 18^{51/52} Bd. V S. 457, — R. d. A. 1852 Bd. V S. 398—399. — Ein gleiches Anerkenntniß von Seite der Staatsregierung enthält das Ausschreiben des k. StM. des Innern für Kirchen- und Schulen vom 19. Okt. 1850, die Sicherung und Ablösung der auf Zehnten ruhenden Baulast betr. (Intellbl. f. Unterfr. u. A. S. 892), welches im §. 2 die Polizeibehörden dahin instruirte, daß die Baupflicht der Dezimatoren in der Regel und nach gemeinem Rechte durch die Bezugnahme auf die betr. gesetzlichen Bestimmungen unter Nachweisung, daß der Zehnt in dem betr. Pfarrsprengel gelegen sei, ausreichend bescheinigt werden könne. . . k . .

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

1. August bis 6. Oktober.

I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einföhrungsgefes vom 29. Apr. 1869.

Proz.-Ordn. Art. 34 und Einf.-Ges. Art. 4. Wenn die Zuständigkeit zur Fortführung der von einem Gerichte seither geföhrten Obervormundschaft von einem anderen Gerichte, welches hiezu nicht zuständig ist, angesprochen wird, gegen die Zuständigkeit des ersteren selbst aber Bedenken bestehen, so ist nur die Unzuständigkeit des die Abtretung der Vormundschaft begehrenden Gerichtes auszusprechen. Urth. v. 6. Aug. Nr. 8.

Proz.-Ordn. Art. 180, 262. Es war auf Rückzahlung eines Darlehens von 125 fl. geklagt, der vom Kläger geföhrte Beweis hatte aber ergeben, daß

Kläger dem Beklagten nicht ein Darlehen gegeben, sondern für eine Wechselschuld desselben 75 fl. bezahlt und 50 fl. an Zinsen, Prozeßkosten und sonstigen Auslagen bestritten hatte. Daß den Beklagten gleichwohl zur Zahlung von 125 fl. verurtheilende Erkenntniß wurde wegen Verletzung voranzustehender Geseßstellen vernichtet. Urth. v. 5. Okt. HWNr. 672.

Art. 400 und 449 mit 1234, 1280. In einem Rechtsstreite des Masseverwalters gegen einen Schuldner des Gantschuldners kann dem Letzteren, wenn er sich am Rechtsstreite nicht betheiligt hat, der Eid nicht zugeschoben werden. Wird der Gantschuldner in einem solchen Prozesse als Zeuge benannt, so kann er nicht von Amtswegen als unthätig verworfen werden. Urth. v. 1. Okt. HWNr. 646.

Art. 759, 760, 788. Auch in der nichtstreitigen Rechtspflege ist gegen Erkenntnisse, welche nur eine gerichtsäblehnende Eintrede verwerfen, Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. Urth. v. 4. Okt. HWNr. 668.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Obligationenrecht. Novation. Gem. R. Es fällt nicht unter den gemeinrechtlichen Begriff der Novation, wenn ein Vertrag durch gegenseitige Einwilligung aufgehoben und erst später ein neuer Vertrag, wenn auch unter denselben Parteien und über denselben Gegenstand, abgeschlossen wird. Urth. v. 1. Okt. HWNr. 646.

Familienrecht. Ehe. Dotalsystem. Wenn Eheleute, deren Güterstand nach dem reinen Dotalsysteme des römischen Rechtes zu beurtheilen ist, während der Ehe gemeinschaftliches Eigenthum erwerben, so fällt nach dem Tode der Ehefrau deren Antheil daran ihren Erben zu. Urth. v. 1. Okt. HWNr. 632. 77.

Redakt: Dr. Stepper u. K. Hettich. Berl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Heuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Erfüllung simulirter Verträge. Art. 14 des Notariats-Gesetzes. — Wirksamkeit der zur Ungebühr geldlosten Hypotheken. — Maschinen einer Kaltunbrüderel sind nicht Zugehörungen des Gebäudes. Gem. Recht. — Die Hauptpflicht des 1. Gläubigers als Rechtsnachfolger eines säkularisirten Klosters erstreckt sich nicht auf die später zur Pfarrei umgewandelte Klosterkirche. — Zu §§. 9 u. 11 der Instruktion für Schöffen und Schöffenmänner in Hypothekensachen. R. V. vom 1823 S. 802. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 7. bis 13. October.

Erfüllung simulirter Verträge. Art. 14 des Notariats-Gesetzes.

Die oben S. 275 ff. mitgetheilte Erörterung bekämpft die oberstrichterliche Entscheidung des daselbst angeführten Rechtsfalles und behauptet, daß die Klage, mittelst welcher die Tauschaufgabe gefordert wurde, abzuweisen gewesen wäre.

Wir sind anderer Meinung und halten das oberstrichterliche Erkenntniß (siehe auch oben S. 81) für vollkommen gerechtfertigt.

Die erwähnte Erörterung stellt vor Allem die Frage, worauf sich denn, nachdem Kläger die in Mitte liegende Simulation in der Replik zugestanden habe, die gestellte Klage stützen sollte?

Hierauf ist zu antworten: die Klage stützt sich auf den notariell verlaublichen Tauschvertrag, durch welchen der Beklagte die geforderte Tauschaufgabe versprochen hat. Hiedurch ist die Klage an sich wohlbegründet, obschon sie durch die Einrede der Simulation zu vernichten gewesen wäre. Da sich aber Beklagter dieser Einrede nicht bedient, sondern die eingeklagte Summe schuldig geworden zu sein einbekannt und lediglich die Zahlung derselben vor-

Neue Folge XVII. Band.



geschützt hat, so befand er sich hiedurch mit dem Kläger, welcher das Verhältniß der Simulation gleichfalls umgangen hatte, in voller Uebereinstimmung dahin, daß dieses auch seinem Interesse nicht zusagende Verhältniß in ihrem Rechtsstreite außer Beachtung bleiben und nur die Frage der Zahlung zur richterlichen Entscheidung gelangen solle. Bei dieser Sachlage konnte die Klagebegründung durch das in der Replik abgelegte Zugeständniß nicht mehr beeinträchtigt werden, und zwar um so weniger, als Beklagter selbst in der Antwort auf die Replik das Zugeständniß der Simulation völlig bei Seite setzte, die im notariellen Tauschvertrage übernommene Verbindlichkeit wiederholt anerkannte und sich darauf beschränkte, die Rechtswirksamkeit der mündlichen Uebereinkunft wegen Mangels der gesetzlichen Form zu bestreiten.

Hätte man die Klage demungeachtet wegen Simulation abgewiesen, so wäre der Kläger, wenn er nicht die ganze, sowohl die mündlich vereinbarte als auch die notariell verlautbarte Tauschaufgabe fallen lassen wollte, gezwungen gewesen, auf Richtigkeit des ganzen Tauschgeschäftes zu klagen und hiedurch den Rückwechsel der umgetauschten Anwesen, sohin einen Zustand herbeizuführen, welchen, wie die Verhandlungen zeigen, beide Theile mit aller Sorgfalt zu vermeiden suchten. Was nun die behauptete Unwirksamkeit der mündlichen Uebereinkunft betrifft, so ist zunächst daran zu erinnern, daß, wer einen Vertrag auf Leistung und Gegenleistung abgeschlossen und die Erfüllung dessen, was ihm vertragsmäßig zu leisten war, angenommen hat, und sich nicht nur im Besitze und Genuße des Empfangnen befindet, sondern sich auch in diesem Besitze und Genuße behaupten will, die Anerkennung der seinerseits durch den fraglichen Vertrag übernommenen Verbindlichkeit nicht aus dem Grunde verweigern kann, weil

bei Abschluß des Vertrages die Beobachtung der gesetzlichen Form verabsäumt wurde.

Dieser in der Natur der Sache begründete, so wie im positiven Rechte anerkannte Satz (Bl. f. N. A. Bd. II S. 255) entscheidet gegen den Beklagten. Die in der notariell verlautbarten und in der mündlich getroffenen Uebereinkunft vom Beklagten übernommenen Leistungen bilden zusammen eine einzige Obligation, gegen welche er das eingetauschte Anwesen erhalten und angenommen hat, und da er nun im Prozesse die bestimmte Erklärung abgegeben hat, im Besitze und Genusse dieses Anwesens verbleiben zu wollen, so kann er sich nicht zugleich der Einwendung bedienen, daß die bloß mündlich getroffene Uebereinkunft wegen Mangels der gesetzlichen Form hinwegfalle, sohin daß auf diese Uebereinkunft Bezahle auf die notariell verlautbarte Verbindlichkeit angerechnet werden könne. Dieser Einwendung des Beklagten steht demnach die *replica doli* entgegen.

Bezüglich der Zulässigkeit der fraglichen Anrechnung behauptet nun die erwähnte Erörterung, es sei in dem aus einem Kaufvertrage entsprungenen Rechtsstreite zu unterscheiden, ob der Käufer die Stellung des Klägers oder des Beklagten einnehme, und daß wohl im letzteren, nicht aber im ersteren Falle die Anrechnung Platz greife, weil der klagende Käufer die Wichtigkeit nur unter dem sofortigen Anerbieten der Zurückgabe des erhaltenen Immobile geltend machen könne, während der beklagte Käufer die Wichtigkeit des Vertrages lediglich zu zeigen brauche.

Wir können dieser auf ein rein prozessuales Verhältniß zurückgeführten und dem natürlichen Rechtsgeföhle so sehr widerstrebenden Unterscheidung nicht beitreten, und sind der Meinung, daß die Anrechnung in dem einen wie in dem anderen Falle

gleich unstatthaft sei, weil in Gemäßheit obiger Ausführung der Käufer, welcher das Empfangene behalten und zugleich die Gegenleistung verweigern will, in ganz gleicher Weise dolose handelt, er möge nun Kläger oder Beklagter sein.

Wir haben übrigens schon früher (Bd. XXXIII S. 212) angeführt, daß, wenn der beurfundete und der verschwiegene Theil des Kaufschillings, obwohl beide zusammen nur eine einzige Obligation bilden, bezüglich der Zahlung von den Kontrahenten als abgesonderte Theile behandelt werden, die ausdrücklich auf letzteren Theil geleisteten Zahlungen vom Empfänger nicht unmittelbar auf ersteren Theil verrechnet werden dürfen, weil der Gläubiger, welcher eine Zahlung annimmt, sich der hiebei vom Schuldner getroffenen Bestimmung, auf welchen Theil der Schuld die geleistete Zahlung zu verrechnen sei, unbedingt zu unterwerfen hat (Wangerow Zeitf. Bd. III zu §. 589 I. 1); wir haben aber zugleich auch bemerkt, daß der Käufer, wenn er etwa zur Zurückforderung des auf den verschwiegenen Theil Bezahlten berechtigt sein sollte, die Unrechnung desselben auf den beurfundeten Theil im Wege der Kompensation bewirken könne.

Wir besorgen von keiner Seite einen Widerspruch der Richtigkeit dieser Sätze; aus denselben ergibt sich aber, daß der beklagte Käufer, welcher diesen Weg einschlägt, das Bezahlte thatsächlich konfizirt, also auch thatsächlich zum Gegenkläger wird, als welcher er mit seinem Anspruche selbst nach der in der erwähnten Erörterung aufgestellten Theorie zurückgewiesen werden müßte, so daß deren ganze Unterscheidung in sich selber zusammenfallen dürfte.

Wollte etwa behauptet werden, daß der beklagte Käufer in einer besseren Lage deshalb sei, weil der Verkäufer, welcher auf den Grund der

Notariats-Urkunde lediglich den beurkundeten Kaufschilling einflagt, hiedurch den Kaufvertrag, so wie er verlautbart ist, als das wahre Geschäft anerkennt, wodurch das mündliche Uebereinkommen wegfallt, sohin das, was auf dasselbe gegeben worden, vom Käufer kondizirt werden könne, so wäre zu entgegen, daß der Verkäufer, welchem die mündliche Uebereinkunft schon vor der Klagestellung erfüllt worden ist, keine Veranlassung mehr hätte, dieser Uebereinkunft in seiner Klage zu erwähnen, und sich auf die Einflagung des beurkundeten Kaufschillingstheiles beschränken müßte, so daß also aus seinem Schweigen jene Anerkennung ebensowenig als ein Verzicht, daß auf die mündliche Uebereinkunft bereits Empfangene behalten zu dürfen, gefolgert werden könnte.

Rm.

Wirksamkeit der zur Ungebühr gelöschten Hypotheken.

In seiner Abhandlung über das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches behauptet Regelsberger §. 19 (siehe oben S. 66—69) daß, wenn eine Hyp.-Forderung zur Ungebühr gelöscht wurde, der Gläubiger hiedurch noch nicht sein aus der Eintragung erhaltenes dingliches Recht verliere, daß vielmehr eine solche Hypothek fortbestehe, jedoch unwirksam sei gegenüber denjenigen, welche nach der Löschung im guten Glauben an die wirkliche Erlöschung der Hypothek die Eintragung ihrer Forderung oder die Abtretung oder Verpfändung eines der gelöschten Forderung nachstehenden Hypothekrechtes erlangt haben.

Dieser auch in Könners' Romm. Bd. I S. 283 aufgestellten Lehre soll hier nicht entgegen-

getreten werden; Regelsberger knüpft aber hieran die Frage, ob gegen solche latente Hypotheken auch der Erwerber des Eigenthums des Hyp.-Objectes geschützt sei, und verneint diese Frage, weil er, obwohl er das Bedürfnis eines solchen Schutzes anerkennt, nirgends in unserem Gesetze einen Grund zur Bejahung findet.

Es ist als richtig anzuerkennen, daß man, wie Regelsberger behauptet, das Prinzip der Oeffentlichkeit auf den Schutz des Eigenthums-Erwerbes nicht ausdehnen könne, weil dieser (H.G. §. 25) keine mit dem Hyp.-Wesen in Verbindung stehende Handlung sei, und daß auch H.G. §. 26 Nr. 3 nicht zur Bejahung der Frage führe, weil es sich dort um das Recht auf eine durch Eintragung erst zu begründende Hypothek, hier aber um die Wirksamkeit einer durch Eintragung bereits erworbenen Hypothek handle.

Nichts desto weniger aber wird man unsere Frage mit gutem Grunde bejahen können.

Steht auch der Eigenthums-Erwerb als solcher in keiner Verbindung mit dem Hyp.-Wesen, so wird man eine solche Verbindung doch zugeben müssen, soweit hiebei die hypothekarische Haftbarkeit des neuen Erwerbers und sohin ein mit den Rechten der Hyp.-Gläubiger in unmittelbarer Wechselwirkung stehendes Verhältniß in Frage kommt.

Indem nach §. 54 u. 55 d. Hyp.-Ges. der dritte Besitzer mit der Sache nur für jene Forderungen haftet, welche im Hyp.-Buche eingetragen oder vorgemerkt sind, so ist er hiedurch zur Bemessung der zu übernehmenden hypothekarischen Haftbarkeit auf den Inhalt des Hyp.-B. hingewiesen und er steht demnach, wenn er im Vertrauen auf denselben sein Rechtsverhältniß einrichtet, unter dem Schutze der Oeffentlichkeit, weshalb er von der Haftung für eine Hypothek, welche das Hyp.-Buch

als bereits erloschen bezeichnet, zwar nicht unbedingt, aber doch dann befreit ist, wenn er in gutem Glauben gehandelt hat.

Daß es aber zur Begründung des bösen Glaubens schon genügt, wenn er bei der Erwerbung Kenntniß besaß, daß die Löschung zur Ungebühr stattgefunden hatte, will der Verfasser dieses Aufsatzes (gegen die Ob. XXXV S. 142 ausgesprochene auf den römischrechtlichen Begriff der mala fides gestützte Ansicht) der Ausführung Regelsberger's in §. 27 (siehe oben S. 99) gerne zugeben, obgleich es viele Rechtsverständige gibt, welche an dem römischrechtlichen Begriffe des bösen Glaubens auch noch in Beziehung auf das moderne Hypothekenrecht festhalten.

Rm.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Maschinen einer Rattunbruderei sind nicht Zugehörungen des Gebäudes. Gem. Recht.

Es entstand in einer Konkursache die Rechtsfrage, ob der Erlös aus den Maschinen einer Rattunbruderei zur Hypothekarmasse gehöre, d. h. ob sich die an den Gebäuden erlangte Hypothek auf die Maschinen als Pertinenzien erstrecke oder nicht. Der oberste Gerichtshof verneinte diese Frage mit den Vorinstanzen aus nachstehenden Erwägungen:

Die Quellen sprechen, gleichwie sie das f. g. instrumentum fundi und das instrumentum domus nicht als Pertinenz anerkennen, so auch

dem instrumentum negotii vel artis d. i. den zur Ausübung eines Gewerbes oder einer Kunst erforderlichen Werkzeugen und Geräthschaften die Pertinenzqualität an mehreren Stellen ab (l. 13, 14, 15 pr. l. 17, 18 pr. §. 1 D. de instructo vel instrum. leg. 33, 7) und sie machen dabei keinen Unterschied, ob diese Gegenstände behufs ihres Gebrauches im Gebäude befestigt seien oder nicht, ob letzteres zur Ausübung des betreffenden Geschäftes eigens eingerichtet sei oder nicht.

Es entspricht dies auch dem Begriffe der Pertinenzeigenschaft im technischen Sinne. Pertinenzien einer Sache in diesem Sinne sind solche Sachen, welche, ohne wirkliche Bestandtheile einer anderen Sache zu sein, zu dieser doch in der Art gehören, daß sie nur um ihrerwillen vorhanden sind, die also die Bestimmung haben, dieser anderen Sache bleibend zu dienen, so daß deren Verwendbarkeit überhaupt oder wenigstens deren bessere und leichtere Verwendbarkeit durch ihre Beihilfe bedingt ist.

Pal. l. 13 §. 31, l. 17 §. 7 D. de act. emt. vend. (19, 1), l. 91 §. 5 D. de leg. III Arnolds Pand. §. 54, Windscheid Pand. §. 143, Heyne in Welcke's Rechtslex. Bb. 7 S. 904.

Diese Voraussetzung erscheint in Beziehung auf Vorrichtungen und Maschinen, welche zum Betriebe eines Gewerbes, beziehungsweise Fabrikgeschäftes notwendig sind, gegenüber dem Gebäude, worin dieses Geschäft ausgeübt wird und daher jene Gegenstände sich befinden, nicht gegeben.

Solche Gegenstände dienen, selbst wenn das Gebäude, worin das betreffende Geschäft ausgeübt wird, besonders für dieses spezielle Geschäft hergestellt oder adaptirt ist, nicht sowohl zum Gebrauche für dieses Gebäude selbst, als vielmehr gemeinschaftlich mit dem Gebäude für einen dritten Zweck, nemlich den des Gewerbes oder Fabrikbetriebes

des jeweiligen Besitzers. Es kann von ihnen nicht gesagt werden, daß sie lediglich um des Gebäudes willen da seien, man wird vielmehr umgekehrt oft und zwar gerade dann, wenn das Gebäude für den Fabrikbetrieb, zu dem die vorhandenen Maschinen dienen, besonders erbaut oder eingerichtet worden ist, eher sagen können, daß das Gebäude, so wie es beschaffen ist, um der darin befindlichen Maschinen willen da sei.

Es kann daher ein Pertinenzverhältnis im technischen Sinne bei solchen Gegenständen nicht als vorhanden angenommen werden,

vgl. Funke, Lehre v. d. Pertinenz, neue Aufl. S. 46, 62, 154.

Holzschuher, Theor. u. Cas. d. gem. Civ.-R. 3. Aufl. Bd. 2 S. 82.

Unger, System des östr. Priv.-R. Th. 1 S. 450 Nr. 39 u. S. 451 Nr. 42.

Wächter, Handb. d. wirt. Priv.-R. Bd. 1 S. 253 Nr. 24.

und daß insbesondere auch das Hyp.-Gef. selbst bezüglich solcher zu einem Gewerbs- oder Fabrikbetriebe nothwendigen Vorrichtungen und Geräthschaften die Pertinenzqualität gegenüber dem Gebäude, worin sie gebraucht werden, nicht schon als von selbst begründet erachtet, selbst wenn das Gebäude eigens zu dem fraglichen Geschäftsbetriebe eingerichtet ist, geht gerade aus dem schon erwähnten Abs. 2 des §. 34 des H.G. hervor; denn es sind dort Schiff und Geschirr bei Bräuhäusern, Maschinen, Werkzeuge u. bei anderen Realgerechtigkeiten auf gleiche Linie mit der Baumannsfahrniß bei landwirthschaftlichen Gütern, welche nach gemeinem Rechte unbestritten nicht zu den Pertinenzen gehört, gestellt und dieselben als Beispiele von solchen Gegenständen aufgeführt, welche, weil sie in wesentlicher Verbindung mit den betreffenden Immobilien stehen, durch

Privatwillen ausdrücklich als Zugehörungen des Hyp.-Objectes erklärt und als solche in das Hyp.-Buch eingetragen werden können; es werden also diese Gegenstände als solche betrachtet, welche nicht schon kraft des Gesetzes die Pertinenz-eigenschaft an sich tragen, obwohl z. B. Bräuhäuser zu dem Zwecke, zu dem Schiff und Geschirr derselben dienen, nothwendig eigens eingerichtet sein müssen.

Daran ändert, was die hier in Frage stehenden Maschinen betrifft, auch der Umstand nicht, daß dieselben größtentheils durch mechanische Befestigung mit dem einen Theil des verpfändeten Anwesens bildenden Fabrikgebäude verbunden sind, denn ohne diese Befestigung wäre der Gebrauch der Maschinen überhaupt nicht wohl möglich gewesen. Das wesentliche Merkmal der Pertinenz liegt immer nur in der Zweckbestimmung der betreffenden Sache zum bleibenden Dienste der anderen; die Kohäsion hat dabei nur insofern eine Bedeutung, als daraus nach Umständen auf die Absicht jener bleibenden Bestimmung geschlossen werden kann; ein solcher Schluß ist aber nicht berechtigt, wenn die Befestigung nothwendig ist, damit die Sache zu dem Zwecke, für den sie bestimmt ist, überhaupt gebraucht werden kann. Nur dann, wenn die Befestigung von der Art wäre, daß eine Trennung der Maschinen von dem Gebäude ohne Zerstörung ihrer selbst oder der Integrität des Gebäudes nicht möglich wäre, könnte dieselbe von Erheblichkeit sein, weil eben dann die Maschinen geradezu als Bestandtheile des Gebäudes erscheinen würden. Eine solche Art der Verbindung ist jedoch bezüglich der meisten der in Frage stehenden Maschinen unzweifelhaft nicht vorhanden, indem dieselben bloß durch Schrauben im Boden oder an der Wand befestigt sind, und daher nach den Aussagen der Sachverständigen durch bloßes Abnehmen der Schraubenmuttern ohne Beschä-

bigung des Gebäudes losgetrennt werden können. Nur der Dampfkessel ist nach denselben Auslagen in eine festere Verbindung durch Einmauerung in den Boden und Anbaung an das Gemäuer des Fabrikgebäudes gebracht. Daß aber auch diese Verbindung ohne wesentliche Beschädigung des Gebäudes gelöst werden könne, ist schon durch rechtskräftiges Erkenntniß des Appell.-Gerichtes vom 30. Juli 1869 ausgesprochen und auch von der Revidentin selbst nicht mehr bestritten.

DASt. Erf. v. 2. Mai 1871 Nr. 2.

Bemerkung. Gegen diese Entscheidung werden sich vom juridischen Standpunkte aus schwerlich erhebliche Einwendungen geltend machen lassen. Namentlich ist nach den Erscheinungen im Fabrikbetriebe die Erwägung sehr zutreffend, daß häufig Fabrikgebäude oder Bestandtheile von solchen der viel kostspieligeren Maschinen wegen aufgeführt und den Maschinen entsprechend hergestellt werden. Es sind auch in der That solche Bauten in ihrer Ausführung regelmäßig nur auf das nothwendigste Bedürfniß bemessen, so daß deren Werth zu dem der Maschinen in untergeordnetem Verhältnisse zu stehen pflegt. Ob jedoch eine Auffassung der Sache, wie sie in diesem Erkenntniße enthalten ist, dem Rechtsbedürfnisse entspricht, ist eine andere Frage, und der Befehlgebung wird hier eine weitere Aufgabe gestellt sein.

Vergleicht man diese Entscheidung mit dem oben Seite 335 mitgetheilten Erkenntniße vom 29. April 1871, so werden beide Ausprüche in ihren Erwägungen nebeneinander bestehen können. Dort handelte es sich um die Maschinen einer Mühle und sind solche als gesetzliche Pertinenzen bezeichnet. Die Frage, welche Pertinenzen gesetzliche sind, findet in den gemeinrechtlichen Quellen keine genügende

Entscheidung. Sie wird hier nur gelegentlich behandelt und sind Bestandtheile der Sache und Pertinenzen nicht gehörig geschieden. Die einzelnen Entscheidungen, die sich im römischen Rechte vorfinden, sind zudem auf unsere Lebensverhältnisse und Zustände nicht schlechtthin anwendbar (man vergl. G. F. Puchta, Pandekten §. 37, insbes. Note k u. l). In diesen Quellen wird übrigens die Pertinenzeigenschaft der Hauptsache nach auf den prinzipiellen Satz zurückgeführt, daß die zugehörnde Sache der Hauptsache wegen gehalten werde (quae propter aedes habentur) d. h. in ihr ihre dauernde Bestimmung finde. Die gesetzliche Pertinenzeigenschaft setzt also voraus, daß die Nebensache ihre vollständige und dauernde Bestimmung für die Hauptsache erlangt habe, ohne Bestandtheil derselben (wie Ofen und Herde eines Wohnhauses) geworden zu sein.

Dies gilt wohl von den Maschinen eines Mühlegebäudes. Hier ist nicht das Gebäude wegen der Maschinen da. Letztere müssen vielmehr dem Gebäude und der mit diesem verbundenen Wasserkraft sich anpassen, sie können also nicht die Hauptsache bilden. Der Beständigkeit ihrer Bestimmung steht ferner nicht entgegen, daß bei erfolgter Abnützung eine Auswechslung erfolgen muß, oder daß die Maschinen einer verbesserten Einrichtung Platz zu machen haben, denn im ersteren Falle hat die Bestimmung eben ihren Zweck erreicht, die Nebensache hat aufgehört, in ihrem früheren Zustande zu existiren, der zweite Fall dagegen ist nur ein eventueller, möglicher, der die (vorläufige) Beständigkeit der Bestimmung nicht auszuschließen vermag. Die Legalität der Pertinenz-Eigenschaft der Mühleinrichtung entspricht auch der Ausführung in den Anmerk. zum bayern. Landrechte Th. II Kap. 2 §. 14 in Nr. 3.

Das Ergebnis wird sein, daß die Pertinenz-

eigenschaft von Maschinen zu Gebäuden nach dem konkreten Falle bemessen werden muß und daß eine allgemeine Entscheidung hiefür gemeinrechtlich nicht aufstellbar ist. hh.

2.

Die Baupflicht des f. Fiskus als Rechtsnachfolger eines säkularisirten Klosters erstreckt sich nicht auf die später zur Pfarrkirche umgewandelte Klosterkirche.

Nach erfolgter Säkularisation des Klosters zu E. wurde und zwar 1806 die Klosterkirche der Kirchengemeinde E. als Pfarrkirche überlassen und gleichzeitig die neben der Klosterkirche bestandene alte Pfarrkirche zu E. wegen Baufälligkeit auf Abbruch verkauft.

Die Kirchenverwaltung E. machte nun bezüglich der ehemaligen Klosterkirche und nunmehrigen Pfarrkirche die primäre und ausschließliche Baupflicht des f. Fiskus geltend, weil in Folge der Aufhebung des Klosters alle Rechte und Lasten desselben auf das Staatsärar als Universal-Successor übergegangen seien, unter den Lasten aber insbesondere die Baupflicht bezüglich der ehemaligen Kloster- nun Pfarr-Kirche inbegriffen sei. In zweiter Instanz wurde der f. Fiskus von der Klage entbunden und der oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Es wurde hervorgehoben, daß wenn auch die Bestimmungen des tridentinischen Konzils sessio XXI Kap. 7 über die Konkurrenz zum Kirchenbau auf Klosterkirchen keine Anwendung fänden (Permaneder, kirchl. Baulast S. 10 u. 97, Annot. zum Landr. Th. I Kap. 7 S. XLII Z. 7), und wenn daher der Staat für die bauliche Unterhaltung der Klosterkirche als solcher einzutreten gehabt hätte, keinesfalls der Schluß gerechtfertigt erschiene, daß der Staat nach erfolgter Verwendung der Kloster-

kirche zur Pfarrkirche nunmehr bezüglich letzterer primär und unbedingt baupflichtig geworden sei; vielmehr hätten in Ansehung der Verpflichtung zur baulichen Unterhaltung der gegenwärtigen Pfarrkirche ohne Rücksicht auf ihre frühere Eigenschaft als Klosterkirche die Bestimmungen des trident. Konzils, bzw. des Mandates vom 4. Okt. 1770 in so lange zur Anwendung zu kommen, bis aus einem besonderen anderweitigen Rechtstitel die Baupflicht des k. Fiskus begründet zu werden vermöchte. Es ergebe sich dieses aus der gegenwärtigen Bestimmung der Kirche im Gegenhalte zur früheren.

Hieran vermöchten auch die Bestimmungen der §§. 35 u. 36 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803 nichts zu ändern, indem durch diesen ein neuer Rechtstitel für die kirchliche Baulast nicht geschaffen worden sei.

Selbst wenn die später abgebrochene alte Pfarrkirche mit ihrem Vermögen dem Kloster *C.* incorporirt gewesen wäre (was behauptet worden war), würde die primäre Baupflicht des k. Fiskus nicht geltend zu machen sein, weil das dem Kloster incorporirte Vermögen der Pfarrkirche *C.* auch in der Folge Kirchenvermögen geblieben wäre, so wie umgekehrt das Klostervermögen in Folge der Incorporation nicht Kirchenvermögen geworden sei, und weil die durch die Einverleibung begründete Baupflicht des Klosters nur darauf habe beruhen können, daß dieses die aus dem einverleibten Vermögen herrührenden Früchte bezog, während die erforderlichen Mittel auf Seite der primär pflichtigen Kirche ermangelten. Es hätte also in diesem Falle nur eine subsidiäre Baupflicht auf den k. Fiskus als Rechtsnachfolger des Klosters übergehen können. *Permaneder a. a. O. S. 97.*

DAÖGrf. v. 1. Mai 1871 Nr. 694 v. 1870. hh.

3.

Zu §. 9 u. 11 der Instruktion für Schätungen und Schätzmänner in Hypothekensachen. RBl. von 1823 S. 802.

Das Erforderniß eines bleibenden Werthes des Hypothekenobjectes zu einer gegebenen Zeit enthält insbesondere dann keinen innern Widerspruch, wenn der Werth des Gutes auch durch Deteriorationen gemindert worden sein soll, indem diese nicht unter die Beurtheilung der Schätzleute zu subsumiren sind, vielmehr nach § 45 des Hypoth.-Gesetzes den Hypothekgläubigern selbst das Mittel an die Hand gegeben ist, in dieser Richtung vor Verlustgefahr sich zu schützen.

DA&Erf. v. 24. April 1871. RNr. 570 v. 1870.
hh.

 Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

7. bis 13. Oktober.

**I. Zur Proz.-Ordn. und zum Einführungsge-
setz vom 29. Apr. 1869.**

Proz.-Ordn. Art. 399, Einf.-Ges. Art. 24.
Auch gegen den Inhalt einer vor dem 1. Juli 1870 errichteten vollbeweisenden Urkunde ist dann Zeugenbeweis nicht zulässig, wenn das zur Anwendung kommende Civilrecht denselben ausschließt (im gegebenen Falle handelte es sich um den Beweis gegen den Inhalt einer i. J. 1865 in der preuß. Rheinprovinz errichteten Urkunde über ein Rechtsgeschäft, worüber art. 1341 cod. civ. den Zeugenbeweis ausschließt). Urth. v. 12. Okt. S. W. Nr. 687.

Proz.-Ordn. Art. 791. Die Bestimmung des Grades der culpa, dessen sich der Besizer einer

Urkunde bei deren Hingabe an einen Dritten schuldig gemacht hat, gehört zur Thatfrage und kann die desfallige Feststellung nicht mit der Richtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Urth. v. 11. Okt. 631. 631.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Actio ad exhibendum.
Bayer. W. Th. II Kap. II §. 12. Wenn eine selbständige Klage auf Vorzeigung einer Urkunde, sei es auf Grund des Eigenthums an derselben oder auf Grund der Verpflichtung des Gegners zur Edition derselben, angestellt und dem Beklagten zum Beweise dieser Klage der Haupteid nur darüber, daß er die Urkunde weder besitze noch gefährlich aus Händen gelassen habe, zugeschoben und von ihm angenommen ist, so ist dieser nicht auch darüber zu schwören verbunden, ob er den dermaligen Inhaber wisse. Urth. v. 11. Okt. 631. 631.

Kirchenbulaast. Gem. u. Fränk. R. Gemeinrechtlich sind Filialisten, welche eine eigene Kirche mit eigenem Hilfspriester besitzen, worin der pfarrliche Sonn- und Feiertags-Gottesdienst gehalten wird und ihnen die Sacramente gespendet werden, von Beiträgen zur Erhaltung der Mutterkirche befreit. Dies gilt auch für das Gebiet des vormaligen Großherzogthums Würzburg, indem die Vorschrift der Verordnung vom 25. Febr. 1809, wonach auch solche Filialisten beim Bau der Pfarrkirchen und Pfarrwohnungen an der unentgeltlichen Leistung der nöthigen Hand- und Spanndienste Theil nehmen müssen, nicht auf andere Beiträge zu solchen Bauten ausgedehnt werden darf. Urth. v. 8. Okt. 622. 622.

Obligationenrecht. Actio ad exhibendum. S. unter Sachenrecht. 77.

Redact: Dr. Steppes u. L. Hettich. Verl.: Palm & Enke (Adolph Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

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

Inhalt: Kann sich der Gläubiger, welchem eine Hypothek-Forderung seines Schuldners durch richterliche Hilfsvollstreckung überwiesen worden ist, auf die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches berufen? — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Gläubiger- und Gläubigerprozeßes. 14.—27. Oktober. — Frage wegen Richtigkeit eines Amortisationsverfahrens. — Berichtigungen und Nachträge.

Kann sich der Gläubiger, welchem eine Hypothek-Forderung seines Schuldners durch richterliche Hilfsvollstreckung überwiesen worden ist, auf die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypotheken-Buches berufen?

In der in Nr. 1—17 dieses Bandes mitgetheilten Abhandlung über das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hyp.-Buches wirft Regelsberger (§. 21 S. 72) die Frage auf:

„Ob derjenige, welcher durch eine Maßregel der Exekution eine Hyp.-Forderung erworben hat, sich des Schutzes der Oeffentlichkeit erfreue“? und beantwortet diese von ihm als sehr bestritten bezeichnete Frage bejahend, wobei er bemerkt, daß sie auch vom obersten Gerichtshofe Bayerns in zwei Erkenntnissen (Bl. f. R. u. W. XXXIV S. 97 u. W. XXXV S. 134) bejaht worden sei, zugleich aber auch (§. 22 S. 75) zugibt, daß, wenn der Exekutionsucher die Hyp.-Forderung nicht als sofortige Zahlung, sondern nur in so weit erhalten hat, daß er ermächtigt wurde, sie selbst bel-

Neue Folge XVII. Band.

zutreiben, um das Erlangte zu seiner Befriedigung zu verwenden, die Wirkungen der Oeffentlichkeit nicht eintreten können.

Letzteres ist gewiß richtig; denn nun tritt der Exekutionssucher, wenn er zur Klage genöthigt ist, gegen den Hyp.-Schuldner nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des eingetragenen Hyp.-Gläubigers auf, weshalb im Betreffe der Forderung selbst und abgesehen von dem Einflusse einer vorgängigen Arrestanlegung von dem nemlichen Gesichtspunkte auszugehen ist, als wenn der Hyp.-Gläubiger selbst Klage erhoben hätte; die Wirkungen der Oeffentlichkeit können daher dem Exekutionssucher nur so weit zustehen, als sie auch dem klagenden Hyp.-Gläubiger zustünden, während sie sich auf das Verhältniß der Kontrahenten unter sich bekanntlich nicht erstrecken.

Betrachten wir nun die über die Exekution an Aktivforderungen in Bayern vorhandenen prozessualen Bestimmungen, so mußte der Fall, in welchem dem Vorstehenden gemäß der Schutz der Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist, in den unter der Herrschaft der Ger.-Ordn. v. J. 1753 vorgekommenen Rechtsfällen dieses Betreffs jedesmal gegeben sein, weil nach Kap. XVIII §. 3 Nr. 5 für die Exekution an Aktivforderungen vorgeschrieben ist, daß man dem Schuldner des verlierenden Theiles bei Strafe des doppelten Erlages ihm nichts mehr zu bezahlen, sondern das Geld entweder dem obsiegenden Theile selbst oder der Obrigkeit auszuliefern aufträgt, wobei dieser Auftrag, wenn es sich um eine Hyp.-Forderung handelt, nach §. 156 des Hyp.-Ges. auf Veranlassung des Exekutionsrichters im Hyp.-Buche vorgemerkt und, wenn es der gerichtlichen Geltendmachung der als Exekutionsmittel bestimmten Forderung bedarf, der Exekutionssucher (vergl. Seuffert, Comment. z. C.D. Bd. IV

§. 252 der I. Ausg. (301 der II.) und Bayer Vorträge über den gem. ord. Civilprozeß §. 701 d. VII. Ausg.) zur selbstigen Beitreibung ermächtigt wird.

Im Hinblick auf dieses Verfahren konnte die dem oberstrichterl. Erkenntnisse vom 19. Mai 1868 (Bl. f. N. Bd. XXXIV S. 97) folgende Nachschrift mit Grund annehmen, daß dem Exekutionssucher die Forderung nicht an Zahlungsstatt cedirt worden sei und daß ihm an seiner eigenen Forderung nur so viel abgerechnet werde, als er vom Hyp.-Schuldner beizutreiben vermag, so daß also auch nach Regelsberger ebenso, wie es in der Nachschrift behauptet ist, der Exekutionssucher von den Wirkungen der Oeffentlichkeit ausgeschlossen gewesen wäre.

Auch nach Kap. X §. 6 der bayer. Wechsel- und Merkantilgerichtsordnung vom J. 1785 nimmt der Exekutionssucher die Forderung nur so, wie sie als bestehend und einbringlich befunden wird.

Noch weit entschiedener tritt die Sache nach dem jetzt geltenden Prozeßgesetze vom 29. April 1869 hervor.

Hienach beginnt das Verfahren mit der Arrestanlegung, bei welcher der Drittschuldner aufgefodert wird, sich binnen 8 Tagen zu erklären, ob er anerkenne, daß die beschlagnahmte Forderung gegen ihn überhaupt entstanden, ob und wie sie etwa ganz oder theilweise getilgt oder ob ein sonstiges der Ausfolgelaßung entgegenstehendes Hinderniß vorhanden sei (Art. 972 u. 977).

Unterläßt der Drittschuldner, die Erklärung abzugeben, oder wird die abgegebene Erklärung als ungenügend oder unrichtig bestritten, so hat der Arrestkläger gegen den Drittschuldner Klage zu erheben, auf daß dieser nach Umständen zur Zahlung verurtheilt oder die beschlagnahmte Forderung richterlich festgestellt werde (Art. 981).

*

Wenn nun der Arrestkläger in die Forderung eingewiesen wird, so tritt er hiedurch bis zum treffenden Betrage dem Drittschuldner gegenüber in alle Rechte des Arrestbeflagten (Art. 985), wonach der auf den Grund seiner Erklärung oder der richterlichen Feststellung zur Zahlung verpflichtete Drittschuldner dieselbe dem Arrestkläger zu leisten hat (Art. 986 u. 989).

Wenn also Letzterer in die Rechte des Arrestbeflagten nur so weit eintritt, als diese als jetzt bestehend vom Drittschuldner anerkannt oder richterlich festgestellt sind, so liegt hierin zugleich der unverkennbare Widerspruch, daß der Drittschuldner dem Arrestkläger in dem dem Inhalte des Hyp.-Buches entsprechenden Umfange zu haften habe.

Würde ungeachtet des vorgeschriebenen Verfahrens ein Richter ohne vorgängige Anerkennung oder Feststellung der Forderung diese dem Arrestkläger an Zahlungsstatt cediren, so wäre die Sache gewiß nicht so anzusehen, als ob der Arrestbeflagte selbst cedirt hätte, vielmehr müßte die offenbare Nichtigkeit der richterlichen Verfügung gegen den hiebei unmittelbar beteiligten Arrestkläger den Ausschlag geben. Wohl aber kämen die Wirkungen der Oeffentlichkeit einem Dritten zu Hilfe, welchem der Arrestkläger, nachdem er auf Grund der richterlichen Verfügung als Cessionar im Hyp.-Buche eingetragen worden, die Forderung weiter cedirt hätte, weil dem Dritten die Prüfung des Erwerbstitels seines im Hyp.-Buch eingetragenen Cedenten nicht obliegt und er die Cession im bloßen Vertrauen auf den Inhalt des Hyp.-B. mit voller Sicherheit eingehen kann.

Dieser Fall ist es, welcher durch das oberste richterliche Erkenntniß vom 23. Dezember 1869 (Bl. f. N. A. Bd. XXXV S. 134) zur Entscheidung gekommen ist. Dasselbe besteht demnach, wie

auch die Nachschrift angenommen hat, in unbezweifelbarer Richtigkeit; unrichtig aber ist die Behauptung Regelsberger's, daß es eine Bejahung der von ihm formulirten Frage enthalte.

Rm.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

14.—27. Oktober.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einführungsge- setz vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 106. Es waren 35 fl. eingeklagt; der Beklagte brachte 6 fl. in Gegenrechnung und wurde zur Zahlung von 29 fl. verurtheilt, Kläger aber als unterliegender Theil in die Kosten verurtheilt. Das Urtheil wurde im Kostenspunkte vernichtet, da Kläger theilweise obgesiegt habe. Urth. v. 19. Okt. SBNr. 593.

Art. 111 mit 731. Wenn die zweite Instanz ein Endurtheil der ersten dahin abändert, daß von den Parteien noch Eide zu leisten seien, so kann sie nicht sofort in diesem eidauflegenden Erkenntnisse über die Kosten des zweiten Rechtszuges erkennen (im gegebenen Falle waren dieselben verglichen worden). Urth. v. 14. Okt. SBNr. 628.

Art. 296. Zu einer Klage auf Entschädigung war vom Kläger auch ein Antrag gegen den Beklagten auf Herausgabe einer Urkunde gestellt, vom Beklagten aber die Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes auch bezüglich der Hauptsache vorgeschützt. Das Gericht erkannte nach verhandelter Sache vorerst auf den Editions-

eib und dieses Erkenntniß wurde mit Berufung nicht angefochten. Nach Erledigung des Editionspunktes durch Ableistung des Editionseides erließ das Gericht Urtheil, wodurch die Klage „von hier“ abgelesen wurde, und wurde dieses Urtheil auf nun ergriffene Berufung bestätigt, daß der zweiten Instanz aber vernichtet, weil durch den Ausspruch im Editionspunkte die Unzuständigkeitseinrede stillschweigend verworfen worden und dieser Ausspruch rechtskräftig geworden sei, daher die rechtskräftig verworfene Einrede nicht mehr habe zugelassen werden dürfen. Urth. v. 15. Okt. 58Nr. 690.

Art. 323. Auch im Ungehorsamsverfahren wegen Vergehen ergangene Strafurtheile bilden nach Ablauf der achttägigen Einspruchsfrist Beweis im Civilprozeß. Bei allen Strafurtheilen erstreckt sich die Beweiskraft nur auf die That, deren der Verurtheilte für schuldig erklärt wurde, nicht auf hiefür unwesentliche Umstände, welche in den Entscheidungsgründen erwähnt sind. Urth. v. 22. Okt. 58Nr. 609.

Art. 345, 682, Einf.: Ges. Art. 19. Ein von einem Bezirksgerichte in einem am 1. Juli 1870 bereits bei ihm anhängigen Prozesse nach diesem Tage erlassenes und verkündetes Beweisinterlokut beschreitet die Rechtskraft nicht und ist der Richter an dasselbe bei Erlassung des Endurtheiles nicht gebunden. Urth. v. 19. Okt. 58Nr. 666.

Art. 402, 405, 793. Wenn das Gericht die Vernehmung der Zeugen einem beauftragten Richter überträgt, so kann dieß von der Partei, welche die Vernehmung geschehen ließ, ohne einen Gegenantrag auf Vernehmung der Zeugen in der Sitzung zu stellen, nicht zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das auf die Zeugenaussagen erlassene Urtheil benützt werden. Urth. v. 19. Okt. 58Nr. 660.

Art. 449, 460. Einwendungen gegen die Fassung des vorläufig festgesetzten Eidesatzes können nicht in der Kassationsinstanz, sondern müssen in der zur Eidesleistung bestimmten Sitzung vorgebracht werden. Urth. v. 19. Okt. §BNr. 660.

Art. 790. Wenn der Beklagte von der Klage entbunden wurde, weil der Anspruch des Klägers ungegründet und weil er jedenfalls durch eine vom Beklagten geltend gemachte Gegenforderung ausgeglichen sei, kann einer vom Kläger nur gegen den Ausspruch über den Grund der Klage gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde keine Folge gegeben werden. Urth. v. 25. Okt. §BNr. 676.

Art. 792 mit 728 Ziff. 2. Eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen der im ersten Rechtszuge erfolgten, im zweiten nicht abgeänderten Beurtheilung in die Kosten kann nicht erhoben werden, wenn eine spezielle Berufungsbeschwerde über den Ausspruch des ersten Richters im Kostenpunkte nicht erhoben war. Urth. v. 25. Okt. §BNr. 639.

Art. 795. Es ist kein Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der unterliegende Theil dem Gerichtsvollzieher ohne Auftrag, dem Gegner davon Kenntniß zu geben, gesprächsweise mittheilt, daß er beabsichtige, die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu erheben. Urth. v. 22. Okt. §BNr. 682.

Art. 853, Einf.-Ges. Art. 139, 142. Gegen ein Urtheil, wodurch über eine Klage auf Aufhebung des im Vollzuge eines Urtheiles erfolgten Zuschlages eines Immobile entschieden wird, läuft nur eine Berufungsfrist von 15 Tagen, welche durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen wird. Urth. v. 22. Okt. §BNr. 682.

Proz.-Ordn. Art. 966. Die Beihülfe, welche einem Landwehrmanne nach dem Reichsgesetze vom 22. Juni 1871 angewiesen wurde, unterliegt dem Arreste nicht. Urth. v. 19. Okt. §BNr. 675.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Allgemeine Lehren. Zur Gesetzesstatistik. Für das außerhalb der Ringmauern der vormaligen Reichsstadt Windsheim gelegene Territorium dieser Stadt hat als das Windsheimer Wohnheitsrecht ergänzende Rechtsquelle zunächst das Bayerische Provinzialrecht und erst nach diesem das allg. preussische Landrecht einzutreten. Urth. v. 18. Okt. §B Nr. 673.

Sachenrecht. Fiskalische Veräußerung. Die Vorschrift des gemeinen Rechts in §. ult. Inst. 2,6 u. l. 2, 3 Cod. 7,37, wonach eine vom Fiskus geschlossene Veräußerung auch in dem Falle, wenn die veräußerte Sache eine fremde ist, nicht angefochten werden kann, hat in Bayern wegen der entgegenstehenden Bestimmung der Verf.-Urk. Tit. IV §. 8 und des Expropr.-Ges. v. 17. Nov. 1837 keine Gültigkeit mehr. Urth. v. 14. Okt. §B Nr. 683.

Obligationenrecht. Vertragsform. Not.-Ges. Art. 14. Die vom Käufer eines Immobile vor oder bei dem Abschluß des Vertrages dem Verkäufer gegenüber eingegangene Verpflichtung, aus dem Kaufschilling eine Zahlung an einen Dritten zu leisten, erzeugt keine Klage des Verkäufers auf Entschädigung wegen Nichterfüllung, wenn der Kaufvertrag selbst von der Erfüllung dieser Verpflichtung abhängig gemacht, dieselbe aber nicht in die Notariatsurkunde aufgenommen wurde. Urth. v. 21. Okt. §B Nr. 658.

Ort der Erfüllung bei einer Güterübergabe mit Austrag. Bayer. LR. Th. IV Kap. XIV §. 10. Wenn bei einer Güterabtretung dem übergebenden Vater eine Wohnung außerhalb des Hauses des Uebernehmenden angewiesen ist, so hat letzterer dem ersteren die bedungenen Austrags-

rechnisse in dieser Wohnung abzuliefern. Urth. v. 26. Okt. 53Nr. 699.

Kauf. Wandlungsflage. Gem. R. Daß Bauholzstämme krumm sind oder Sprünge haben, ist auch dann kein verborgener sondern ein äußerlich wahrnehmbarer Fehler, wenn die Stämme, in Böden vereinigt, als Theile eines Flosses bei dem Angesichts dieses Flosses verhandelten Kaufe unter Wasser liegen, weil es Sache des Käufers ist, den Kauf nur unter Vorbehalt der Besichtigung oder einer bestimmten Beschaffenheit der verkauften Stämme abzuschließen. Urth. v. 22. Okt. 53Nr. 674.

Tausch. Bayer. R. Der Anspruch, ein ertauschtes Gut von einer Servitut zu befreien, welche der Kläger nach ausdrücklicher Bestimmung des Tauschvertrages nicht zu übernehmen hat, oder Entschädigung zu leisten, wird durch die Klage aus dem Tauschvertrage geltend gemacht. Urth. v. 26. Okt. 53Nr. 705.

Miethe. Bayer. R. Die Vermietzung einer Wohnung mit dem Versprechen, in Zukunft weder zu kündigen noch zu steigern, verpflichtet den Vermiether, die Wohnung um den bedungenen Miethzins dem Miether jedenfalls auf dessen Lebenszeit zu überlassen. Urth. v. 26. Okt. 53Nr. 749.

Auftrag. Bayer. R. Th. IV Kap. IX §. 2 u. 5. Wenn der Schuldner in Gegenwart und ohne Widerrede des Gläubigers einem Dritten eine Sache übergibt und ihm den Auftrag ertheilt, dieselbe zur Sicherung des Gläubigers zurückzubehalten, so gilt der Auftrag als auch vom Gläubiger ertheilt und der Beauftragte haftet, wenn er den Auftrag angenommen hat, dem Gläubiger für den richtigen Vollzug desselben. Urth. v. 22. Okt. 53Nr. 682.

Familienrecht. Alimentationspflicht der Kinder gegen die Eltern. Bayer. R.

Zh. I Kap. IV §. 7. Bei der Bestimmung des Maßes der Alimente sind die gegenwärtigen Verhältnisse der Berechtigten und Pflichtigen ohne Rücksicht auf künftig nur mögliche Wechselfälle bestimmend. Urth. v. 25. Okt. 53Nr. 700.

77.

Mittheilungen aus der appellationsgerichtlichen Praxis.

Klage wegen Nichtigkeit eines Amortisationsverfahrens.

Durch Erkenntniß eines kgl. Bezirksgerichtes vom 16. März 1869 war eine kgl. bayerische Grundrentenobligation, welche als Heirathskautio eines Offiziers vinkulirt und Eigenthum seiner Verlobten war, für kraftlos erklärt, nachdem sie in Folge des Todes des ersteren seiner hinterlassenen Wittwe unter definitiver Devinkulirung ohne Surrogationsverbindlichkeit ausgehändigt worden, und später zu Verlust gegangen war. Die besagte Grundrentenobligation wurde mit dem Vormerk versehen:

u. s. w. vinkulirt als Heirathskautio des N. und als Eigenthum seiner Verlobten N. N. vorgemerkt.

Diese Grundrentenobligation kam in den Besitz des außerhalb Bayerns wohnenden F., welcher beim kgl. Bezirksgerichte unterm 29. September 1869 das dießfaß von letzterem eingeleitete Amortisationsverfahren als nichtig ansocht, jedoch mit seiner dießfaßigen Klage unterm 16. Dezember 1870 abgewiesen wurde. Auf ergangene Berufung erließ das kgl. Appellationsgericht von Oberfranken unterm 30. März 1871 Urth. = Buch Nr. 132 das dieselbe als unbegründet verwerfende, in Nachstehendem motivirte Erkenntniß:

1) Soferne die Nichtigkeitsklage auf die Behauptung begründet wird, die Einleitung des Amortisationsverfahrens sei wegen der Beschaffenheit der amortisirten Obligation als eines Inhaberpapieres als eine gesetzwidrige und daß in diesem Verfahren ergangene Erkenntniß als nichtig zu betrachten, so setzt die ältere Gerichtsordnung in Kap. XVI §. 2 voraus, daß die rechtskräftige Sentenz entweder aus dem Mangel der Jurisdiktion oder dem der Citation mit unheilbarer Nullität behaftet sei, was aber beides nicht zutrifft.

2) Dem fgl. Bezirksgerichte stund nach Maßgabe der Bestimmung in §. II der allerhöchsten Verordnung vom 10. Oktober 1810, die Ausfertigung der Amortisationsedikte betr., gemäß welcher Amortisationsgesuche bei dem Gerichte des Implozanten anzubringen sind, als dem unbestritten ordentlichen Gerichte des dort domicilirenden Antragstellers die Gerichtsbarkeit zur Behandlung und Entscheidung des an dasselbe gebrachten Gesuches zu. Würde auch dieses Gericht, wie Appellant behauptet, unter unrichtiger Auffassung der Beschaffenheit der amortisirten Obligation als Namenpapiers das Amortisationsverfahren auf den gesetzlich ausgeschlossenen Fall der Amortisirung eines Inhaberpapiers zur Anwendung gebracht haben, so könnte hierin eine unheilbare Nichtigkeit wegen Mangels der Jurisdiktion nicht gefunden werden, sondern ließe sich in einem solchen Ausspruche nur eine auf irrthümlicher Anwendung gesetzlicher Bestimmungen beruhende unrichtige Entscheidung des an sich für diese Sache kompetenten Gerichtes erblicken, welche nur durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann*).

*) Jetzt verhielte sich die Frage anders, es würden bisher die Motive unter Ziff. 4 entscheiden.

3) Es ist aber auch kein Mangel der Citation bei dem kritischen Amortisationsverfahren unterlaufen, nachdem die in §. III Ziff. 4 der erwähnten Verordn. von 1810 vorgeschriebene Edictalladung des unbekanntem Inhabers der vermißten Obligation richtig erlassen, auch diese sowie das Amortisationserkenntniß selbst in der in §. IV a. a. O. vorgeschriebenen Weise veröffentlicht ist, diese Veröffentlichungen aber gesetzlich dazu bestimmt waren, die Stelle der unausführbaren persönlichen Ladung des unbekanntem Inhabers zu vertreten, und da auch in der Beschaffenheit der Edictalladung, nämlich in dem Umstande, daß sie nach gesetzlicher Bestimmung wie die Aufforderung zur Vorweisung der Urkunde bei Gericht, nicht aber auch zugleich zur Anbringung der Einreden gegen das Verfahren enthielt, eine Unvollständigkeit der Citation nicht erblickt werden kann, sondern diese Art der Ladung sich aus der Eigenthümlichkeit des Amortisationsverfahrens selbst erklärt, bei welchem es nur auf Beseitigung der Ungewißheit des Inhabers der Obligation abgesehen ist, und der Fortgang des Verfahrens, wenn dieser Zweck durch die Production der Urkunde erreicht und dadurch der Besizer bekannt geworden ist, ohne daß eine materielle Entscheidung über die Ansprüche des Inhabers auf das Eigenthum dieser Obligation getroffen wurde, sistirt werden muß, hiemit aber für letzteren von selbst die Veranlassung zur Erhebung von Einreden gegen die Einleitung des Verfahrens wegfällt.

4) Aber auch angenommen, es könne durch die Anwendung des Amortisationsverfahrens auf ein Inhaberpapier eine unheilbare Nullität ex defectu jurisdictionis im Sinne des §. 2 Kap. XVI der älteren Gerichtsordnung begründet werden, so fehlen im vorliegenden Falle auch für diesen Nichtigkeits-

grund die thatsächlichen Grundlagen, indem aus der Anschauung des für kraftlos erklärten Originals der desfallsigen Obligation, deren Vormerk lautet:

„vinkulirt als Heirathskautio[n] des N. in Folge Requisition, gemäß welcher diese Urkunde Eigenthum der Verlobten des Kautionsstellers, der N. N. ist“.

die richterliche Ueberzeugung gewonnen wurde, daß diese Obligation, wenn auch ursprünglich auf den Inhaber ausgestellt, durch diesen Vormerk auf den Namen der N. N. als Eigenthümerin der Obligation umgeschrieben worden war, und daß diese Vinkulirung zur Zeit der Antragsstellung der letzteren auf Einleitung des Amortisationsverfahrens noch aufrecht bestand, sohin fragliche Obligation mit Rücksicht auf die in der allerb. Verordn. vom 17. August 1813 enthaltene Bestimmung, welche die Amortisation auch der vinkulirten Inhaberobligationen gestattet, unzweifelhaft amortisirbar war, weil

a) die Eigenschaft eines Kreditpapiere[s] als Inhaber- oder Namen-Obligation ausschließlich aus dem Inhalte der Schuldverschreibung und den auf der Urkunde befindlichen, hierauf bezüglichen Vormerken bestimmt werden darf,

b) eine bestimmte Form für die Vinkulirung von auf den Inhaber lautenden Staatsobligationen nicht vorgeschrieben ist, und somit jeder Vormerk der emittirenden Behörde, aus welchem ersichtlich ist, daß die betreffende Obligation als Eigenthum eines bestimmten Inhabers bezeichnet werden soll, für ausreichend erachtet werden muß, um die Außersurfsetzung zu bewirken und der Obligation die Bedeutung eines auf Namen lautenden Staatspapiere[s] zu geben,

c) eine in der eben angegebenen Weise vinkulirte Obligation au Porteur die Eigenschaft eines

Namenspapieres in so lange behält, als nicht auf der Urkunde durch eine neue, von dem Eigenthümer des Papiers veranlasste Vormerkung der emittirenden Behörde oder, wie die höchste Bekanntmachung vom 7. April 1849 in Abs. 2 sich ausdrückt, der schuldenenden Kasse, die Winkulirung wieder aufgehoben bzw. gelöscht ist,

d) durch die im Vormerke auf der Urkunde enthaltene Bezeichnung der N. N. „als Eigenthümerin der Obligation“ die Umstellung dieses Inhaberpapieres in eine Nominal-Obligation bewirkt worden ist, diese Wirkung des Vormerkes aber eine unbedingte ist und in ihrer Dauer nicht von der Rücksichtnahme auf den Zweck, welcher Veranlassung zur Winkulirung gegeben hat, als einem für Entscheidung dieser Frage unwesentlichen Umstande abhängig gemacht werden kann, sondern bis zur förmlichen Löschung durch die kompetente Behörde fortbesteht,

e) ein Devinkulirungsvormerk der Grundrentenablösungskasse auf der Originalurkunde sich nicht vorfindet, dessen Stelle aber durch den Vormerk über die Auflösung des Heirathskautionsverbandes nicht als erfolgt angenommen werden kann, da die Devinkulirung nur von derjenigen Behörde ausgehen konnte, welche den Winkulationsvormerk gemacht hat, und dieser eben berührte Vormerk die Eigenthumsfrage selbst gar nicht berührt hat oder berühren konnte.

5) Wenn Kläger eventuell ein Restitutionsgesuch geltend macht gegen das Amortisationserkenntniß, so kann der Zweck eines solchen Restitutionsgesuches nach der Eigenthümlichkeit der gesetzlichen Bestimmungen über das Amortisationsverfahren als einen rein formellen Prozeß, bei welchem die Außerkraftsetzung der verloren gegangenen oder vermißten Urkunde (und zwar gemäß §. VIII der allgh.

Berordn. vom 10. Oktober 1810 mit der Wirkung der Aufhebung ihrer formellen und materiellen Bedeutung als Obligation und Beweismittel als die gesetzliche Folge der Unterlassung der Vorweisung der Urkunde durch den unbekanntem Besitzer innerhalb des in der Ediktalladung vorgestreckten sechsmonatlichen Termines sich darstellt, nur darauf gerichtet sein, daß diesen Ausspruch zur Folge habende Versäumnis zu heben und nachträglich zu der „versäumten Aufweisung der in Händen habenden Obligation“ zugelassen zu werden, um dadurch die Außerwirksamkeitsetzung des Amortisationserkenntnisses und zugleich der Aufhebung des Amortisationsverfahrens zu bewirken. (Die übrigen Motive beziehen sich ausschließlich auf Bestimmungen der älteren Ger.:D.).

Berichtigungen und Nachträge

von Professor Regelsberger.

Band XXXVI	§. 131	§. 1 a. G.	vgl. die Ministerialentscheidung vom 1. März 1855 in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern Bb. II S. 2.
„	„	§. 131 Note 1	der dem §. 67 des preussischen Entwurfes entsprechende §. des mittlerweile erlassenen Gesetzes ist §. 75.
„	„	§. 135 Note 5	der entsprechende §. des Gesetzes ist §. 24.

Band XXXVI	§. 136 Zeile 1 v. oben	nach den Worten „für die Hypotheken“ schalte ein „zum Schutz von Forderungen“.
„	§. 153 Zeile 11 v. o.	setze das Ausführungszeichen („) vor das Wort: eventuelles.
„	§. 168 zu Ziff. 3.,	vgl. Bluntschli, Kommentar zum privatrechtl. Gesetzbuch des Kantons Zürich §. 780 Num. 2.
„	§. 178 Note 20.	Die hier erwähnte neue Bestimmung bildet im Gesetz den §. 52.
„	§. 181.	Vgl. zu dem hier Gesagten Windscheid P. §. 340 a. E.
„	§. 184 Z. 12 v. o.	nach dem Wort: Ansprüchen setze das Schlusssführungszeichen („).
„	§. 200 a. E. v. §. 15.	Vgl. hierzu die übereinstimmende Ausführung in Bl. f. N. XXXII S. 117.
„	§. 212 Z. 4 v. u.	Statt „zurücktretenden“ lies „vortretenden“.
„	§. 212.	Zu den Literaturnachweisen füge noch: DAGE in Bl. f. N. XXXII S. 218.
„	§. 215 Z. 6 v. u.	Statt „seine“ lies „die“.
„ XXXVII	§. 4 Note 1.	Füge hinzu: Stobbe in Jhering's Jahrb. Bd. XII Abh. 2.
„	§. 19 Note 4.	Der entsprechende §. des Gesetzes ist §. 19.
„	§. 25 Note 6.	Die entsprechende Vorschrift findet sich mit nicht unerheblicher Veränderung im Gesetz über die Grundbuchordnung §. 46.
„	§. 57 Z. 16 v. u.	nach „§. 17“ schalte ein „Bd. XXXVI S. 208“.
„	§. 138 Z. 6 v. o.	vor „in“ setze: Bd. XXXVI S. 197 und folg.

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

Inhalt: Ueber den Antrag auf Verfolgung wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit bei Anwendung der bayerischen Strafprozeßgesetze. — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozeßes. 28. Oktober bis 10. November. — Die Klage auf Rösung einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautlon gehört vor das Bezirksgericht. — Der Umstand, daß durch das Grundvermögen die auf demselben haftenden Hypothekschulden nicht gedeckt werden, steht der Eröffnung der Bank nicht entgegen. — Zu Art. 60 des Rotaratsgesetzes.

Ueber den Antrag auf Verfolgung wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit bei Anwendung der bayerischen Strafprozeßgesetze.

Nach §. 64 des Reichsstrafgesetzbuches kann bei Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, der gestellte Antrag nach Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses nicht zurückgenommen werden.

Diese allgemeine Regel findet bei den Verbrechen wider die Sittlichkeit nach §. 176 und §. 177 jenes Gesetzes keine Anwendung, und enthalten vielmehr die beiden erwähnten Gesetzesstellen bezüglich des Antrages auf Verfolgung den vollkommen gleichlautenden Beisatz:

„Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, welcher jedoch, nachdem die förmliche Anklage bei Gericht erhoben worden, nicht mehr zurückgenommen werden kann“.

Die Frage nun, wann die förmliche Anklage bei Gericht als erhoben zu betrachten sei, hat in der norddeutschen Doktrin und Gerichtspraxis die verschiedenartigste Beantwortung gefunden, indem bald die staatsanwaltschaftliche Anklage auf Vorunter-

Neue Folge XVII. Band.

suchung, bald der Gerichtsbeschuß auf solche, bald das gerichtliche Erkenntniß auf förmliche Einleitung der Untersuchung (Erkenntniß auf Verweisung der Sache zur mündlichen Verhandlung), bald die Uebergabe der Anklageschrift durch den Staatsanwalt an das aburtheilende Gericht, bald die Ansetzung der mündlichen Hauptverhandlung als der Akt der förmlichen Anklageerhebung erachtet oder geltend gemacht werden wollte. Es dürfte daher nicht ohne Interesse sein, die angeregte Frage mit Rücksicht auf die einschlägigen Bestimmungen der bayerischen Strafprozeßgesetze einer näheren Erörterung zu unterstellen.

Vorauszuschicken ist die Bemerkung, daß der erwähnte Beisatz zu den beiden Gesetzesstellen im Wege der Modifikation in das Gesetz aufgenommen wurde. Der revidirte Entwurf enthielt lediglich den Beisatz:

„Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein“,
und erst die zur Berathung des II. Theiles des Strafgesetzbuches, Abschnitt VIII folgende, gebildete Kommission hat demselben seine gegenwärtige Fassung gegeben.

Was die Kommission zu dieser Aenderung veranlaßt hat, darüber hat sie sich nicht öffentlich ausgesprochen, auch sind die Kommissionsverhandlungen durch den Druck nicht bekannt gemacht worden, so daß nur durch doktrinaire Auslegung der Sinn und die Bedeutung jenes Beisatzes ermittelt werden kann.

Betrachtet man nun den Wortlaut desselben, so fällt vor Allem in die Augen, daß nach ihm die Zurücknahme des gestellten Antrages dann nicht mehr zulässig ist, wenn die Anklage bei Gericht erhoben worden. Es ist also nicht davon die Rede, daß die Erhebung durch das Gericht oder von demselben oder durch Erkenntniß von Seite des Gerichtes erfolgt sei, sondern die Anklageerhebung

wird hier als ein Akt behandelt, der ohne Zuthun des Gerichtes, jedoch vor demselben ausgeführt wird.

Weiter fällt in die Augen, daß in dem treffenden Beisage nicht von der Anklage überhaupt, sondern von der förmlichen Anklage gesprochen wird, welche Ausdrucksweise allem Anscheine nach der preussischen Strafprozeßverordnung vom 3. Januar 1849 nachgebildet ist, in welcher und zwar in den §. 1, 47, 48, 78 von der Untersuchung auf erhobene Anklage wegen Vergehens, von der förmlichen Eröffnung der Untersuchung auf den Grund einer staatsanwaltschaftlichen Anklageschrift und eines Gerichtsbefchlusses bei leichten Verbrechen und im Gegensage hiezu von dem appellationsgerichtlichen Beschlusse auf Verletzung in den Anklagestand in Schwurgerichtsfällen und der auf diese folgenden Einsendung der vom Oberstaatsanwälte zu fertigenden förmlichen Anklageschrift an das Schwurgericht gesprochen wird. Da nun nach §. 60 jener Verordnung Verbrechen nach §. 176 u. 177 des Reichsstrafgesetzbuches zu den Schwurgerichtsfällen gehören, so verleitet der Wortlaut des besprochenen Beisages zu der Annahme, in der Abgabe der staatsanwaltschaftlichen Anklageschrift an das urtheilende Gericht die Erhebung der förmlichen Anklage bei diesem Gerichte zu erblicken.

Abgesehen nun davon, daß der Wortlaut jenes Beisages viel zu allgemein und unbestimmt ist, um mit Sicherheit daraus einen solchen Schluß ziehen zu können, stehen einer Annahme obenerwähnter Art gewichtige Bedenken und vor Allem der Umstand entgegen, daß bei Verathung des besprochenen Beisages im Reichstage der Abgeordnete von Kirchmann, welcher Mitglied der obenerwähnten Reichstagskommission war, unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der Kommissionsberathung bezüglich des Antrages auf Verfolgung äußerte:

*

„Hier“ (nämlich in den Fällen des §. 176 u. 177 des Reichsstrafgesetzbuches) „darf der Antrag nicht mehr zurückgenommen werden, wenn die Anklage von dem Gerichte zugelassen ist“.

Cf. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes v. J. 1870 Bd. II p. 643.

Nach dieser Aeußerung, welche von keinem der in der Reichstagsversammlung anwesend gewesenen Mitglieder der genannten Reichstagskommission beanstandet wurde, bestünde die Erhebung förmlicher Anklage nicht in einer staatsanwaltschaftlichen Amtshandlung, sondern in einem Gerichtsbeschlusse.

Wollte man aber jenen Worten, als der einzelnen Aeußerung eines Abgeordneten, nur geringen Werth beilegen, so muß die Zweifelhaftigkeit des Wortlautes des gedachten Besatzes eine größere werden, wenn Folgendes in Erwägung gezogen wird:

Aufgabe der Reichstagskommission und des Reichstages war es, ein Gesetzbuch zu berathen, welches nicht für Preußen allein, sondern für den ganzen norddeutschen Bund Geltung haben und lediglich das Strafrecht umfassen sollte. Diesem Gesetzbuche gegenüber sollten die Strafprozeßgesetze der einzelnen Bundesstaaten in ungeschwächter Kraft aufrecht erhalten bleiben. Bei Berathung der §§. 176 u. 177 des Reichsstrafgesetzbuches war es insbesondere die Aufgabe der Reichstagskommission und des Reichstages, genau zu präzisiren, wie lange es dem Beschädigten gestattet sein solle, durch Rücknahme des gestellten Strafantrages die weitere Verfolgung des Thäters zu hindern. Und wenn hiebei behufs der nothwendigen zeitlichen Begrenzung der Wirksamkeit eines im Interesse des Beschädigten zu schaffenden Strafaufhebungsgrundes Bestimm-

ungen der geltenden Strafprozeßgesetze in Berücksichtigung gezogen werden mußten, so konnten die Gesetzgebungsfaktoren doch nicht einen in dem preussischen oder in einem anderen Landesprozeßgesetze vereinzelt vorgesehenen Prozeßakt als denjenigen Grenzpunkt fixiren, von welchem an dem Beschädigten die Möglichkeit genommen sein sollte, den Fortgang der Strafjustiz zu hindern, sondern es mußte dieß der Natur der Sache nach bezüglich eines Prozeßaktes oder Prozeßvorganges geschehen, welcher von allen Landesstrafprozeßgesetzen in möglichst gleichmäßiger Weise in Betracht gezogen war.

Nun enthalten aber die norddeutschen Landesstrafprozeßgesetze die verschiedenartigsten, mitunter einander entgegenstehenden Bestimmungen über Anschulldigung und Anklage oder deren Vertretung, über die Zuständigkeit, über das bei der Aburtheilung zu beobachtende Verfahren, und eine gleichförmige Bestimmung darüber, wann und von wem die förmliche Anklage bei Gericht zu erheben sei, findet sich in denselben nicht.

Es fehlt also jede gesetzliche Unterlage für die Annahme, daß der Gesetzgeber den mehrbesprochenen Beisatz so verstanden wissen wollte, wie er wörtlich lautet; und muß daher der fragliche Beisatz wie jedes andere zweifelhafte und unbestimmte Gesetz nicht nach dem Wortlaute, sondern nach der Absicht des Gesetzgebers bei seiner Erlassung und nach dem Grunde und Zwecke des Gesetzes ausgelegt werden.

Hiebei ist vor Allem die Entstehungsgeschichte des erwähnten Beisatzes und des §. 64 des Reichsstrafgesetzbuches einer näheren Würdigung zu unterstellen.

Wie bereits Eingangß erwähnt, war im revidirten Strafgesetzentwurfe vorgeschlagen, daß die Verfolgung wegen der in den jetzigen §§. 176 u.

177 des Reichsstrafgesetzbuches benannten Verbrechen nur auf Antrag des Beschädigten eintreten solle, und der Vorschlag damit motivirt, daß durch diese Schlußbestimmung einem vielfach geäußerten Verlangen nach einer besonderen Berücksichtigung der Interessen der verletzten Person, welche öfters eine Geheimhaltung der That dringend erforderten, entsprochen werde.

Der §. 64 des Reichsstrafgesetzbuches lautete nach dem Vorschlage des revidirten Entwurfes:

„Nach Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung kann der Antrag auf Bestrafung nicht wieder zurückgenommen werden, soweit nicht in einzelnen Fällen ausdrücklich ein Anderes bestimmt ist“;

und wäre in dieser Fassung auch anzuwenden gewesen auf einen Strafantrag nach §. 176 u. 177.

Anstatt der Worte: „Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung“ wurden aber die Worte:

„Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses“

in den §. 64 durch Mehrheitsbeschluß des Reichstages aufgenommen und zwar auf Antrag des Abgeordneten Dr. Meyer und Genossen hauptsächlich deshalb, um dem Antragsteller Zeit zu geben, nach gestelltem Antrage auf Verfolgung dessen Folgen in Ueberlegung ziehen und den im ersten Zorne gestellten Antrag wieder zurücknehmen zu können.

Schon bei der Berathung des §. 64 sprach sich der Abgeordnete Bürger gegen die allgemeine Ausdehnung der Zeit der möglichen Zurücknahme des Antrages auf Verfolgung aus, indem er bemerkte, daß, wenn die Ausdehnung ganz allgemein erfolge, der Grund, aus welchem der Gesetzentwurf bei den Verbrechen wider die Sittlichkeit die Bestrafung des Thäters von einem solchen Antrage abhängig mache und welcher in der Befürchtung bestehe, es würde durch die öffentliche Verhandlung

die Ehre der Verletzten und ihrer Familien in erheblichen Graden beschädigt, bezüglich dieser Verbrechen hinwegfalle.

Dessenungeachtet wurde der Modification Dr. Meyer's und Genossen vom Reichstage beigegeben, nachdem der Abgeordnete Vasker darauf hingewiesen hatte, daß man ja von der aufzustellenden allgemeinen Regel bei einzelnen Reaten Ausnahmen machen könne.

Als nun der von der Reichstagskommission in der Eingang erwähnten Weise modificirte Entwurf der Absätze 3 der jetzigen §§. 176 und 177 zur Berathung im Reichstage kam und der Abgeordnete Stumm mit Rücksicht auf die hohe Strafbarkeit und Gefährlichkeit der in jenen Bestimmungen behandelten Verbrechen die Streichung erwähnter Absätze beantragte, erklärten sich die Abgeordneten Dr. Schwarze, Miquel und von Kirchmann unter Hinweisung auf die schweren Nachtheile, mit welchen die wenn auch bei beschränkter Oeffentlichkeit stattfindenden Verhandlung die Familien der Verletzten und namentlich die verletzten Kinder bedrohe, gegen den Stumm'schen Antrag und es wurde auch die Beibehaltung des von der Reichstagskommission modificirten Beisatzes 3 zu jeder der erwähnten Bestimmungen durch Mehrheitsbeschluß des Reichstages angenommen.

Cf. die obencitirten stenographischen Berichte Bd. III p. 3 Bd. I p. 234—236, Bd. II p. 641—644.

Eine weitere Beanstandung fanden die beiden Beisätze nicht, was dafür spricht, daß die Gründe, welche für Beibehaltung derselben im Reichstage vorgebracht wurden, als die durchschlagenden bei allen Gesetzgebungsfaktoren angesehen wurden.

Hienach ist es klar, daß der Gesetzgeber lediglich in Beachtung der unschätzbaren, durch eine rück-

sichtlose öffentliche Verfolgung der hieher bezüglichen Verbrechen dem Beschädigten oder seiner Familie drohenden Nachtheile diese Verfolgung selbst vom Antrage des Ersteren abhängig machen und ihn sogar in die Lage versetzen wollte, die Wirkungen eines unüberlegt gestellten Strafantrages durch dessen Zurücknahme zu beseitigen. Es ist aber auch eben so klar, daß der Gesetzgeber dem Beschädigten diese Befugniß nicht unumschränkt, sondern nur insoweit eingeräumt wissen wollte, als es ihm noch möglich ist, die aus der Verfolgung drohenden Nachtheile durch Hemmung der ersteren zu beseitigen, somit in so lange, als die Verfolgung selbst noch keine öffentliche geworden ist.

Unter der Erhebung der förmlichen Anklage bei Gericht kann demgemäß nur derjenige Prozeßakt, oder eigentlich derjenige Prozeßabschnitt vom Gesetzgeber gemeint sein, in oder mit welchem die begonnene Strafverfolgung aus dem engen Rahmen des geheimen Vorverfahrens heraus und in den Bereich des öffentlichen Hauptverfahrens in unabweidbarer Weise hineintritt.

Wann dieser Uebergang und durch welchen Akt derselbe bewerkstelligt wird, daß ist eine Prozeßfrage, welche im einzelnen Falle nach dem einschlägigen Landesstrafprozeßgesetze zu beantworten ist.

(Schluß folgt.)

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

28. Oktober bis 10. November.

I. Zur Proz.=Ordn. vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 106, 109. Außer den in

Art. 109 Abs. 2 bestimmten Fällen darf ein Beklagter, welcher nur theilweise unterlegen ist, theilweise aber obgesiegt hat, nicht zur Tragung aller Prozeßkosten verurtheilt werden. Urth. v. 28. Okt. *HWR.* 730.

Art. 165, 796, 798, 812. Der Formfehler, daß in der Beschwerdebeyschrift der oberste Gerichtshof nicht als das Gericht benannt ist, an welches die Richtigkeitsbeschwerde gerichtet ist, hat die Richtigkeit der Beschwerde nicht zur Folge. Urth. v. 28. Okt. *HWR.* 688.

Art. 319. C. unter II, Obligationenrecht: Regreßklage ic.

Art. 355, 373, 399 mit 322. Der Beweis, daß der Aussteller einer Privaturkunde zu deren Unterzeichnung durch einen von dem, der daraus Rechte ableitet, in ihm erregten Irrthum veranlaßt worden sei, kann durch Zeugen und gemeine Vermuthungen geführt werden. Urth. v. 4. Nov. *HWR.* 647.

Art. 400. Die Aussagen von Zeugen, welche an dem Ausgange des Prozesses ein direktes Interesse haben, dürfen nicht beschworen ungeprüft gelassen werden, weil die vernommenen Personen untüchtige Zeugen seien. Urth. v. 9. Nov. *HWR.* 680.

Art. 705. Wenn in I. Instanz nur auf Anerkennung der Verpflichtung zu einer Leistung geklagt war, weil diese zur Zeit der Klagestellung noch nicht fällig war, dieselbe aber noch vor dem Urtheile fällig wird, so kann auf Grund der Ziff. 1 des angef. Art. im zweiten Rechtszuge die Verurtheilung des Beklagten zu der Leistung selbst erfolgen. Urth. v. 2. Nov. *HWR.* 691.

Art. 707. Wenn bei der Verhandlung über die Beweisresultate vom Beweisführer erklärt wird, daß er die Ableistung des (früher zugeschobenen und

angenommenen) Haupteiðes von Seite seines Gegners nicht wolle, weil er glaube, über die ihm zum Beweise obgelegenen Aufstellungen volle Probe erbracht zu haben, so enthält dieß einen ausdrücklichen Verzicht auf das Beweismittel des Haupteiðes, daher von demselben im zweiten Rechtszuge kein Gebrauch mehr gemacht werden kann. Urth. v. 9. Nov. SBNr. 680.

Art. 761, 763. Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein rechtskräftiges Urtheil des Civilgerichtes kann nicht zugelassen werden auf Grund eines schwurgerichtlichen Urtheiles, worin der Angeklagte durch den Wahrspruch der Geschwornen des Meineides für schuldig erkannt, aber vom Schwurgerichtshofe befwegen von der Strafe freigesprochen wurde, weil nach StGB. Art. 195 die strafrechtliche Verfolgung des Meineides ausgeschlossen sei. (Im gegebenen Falle hatte ein Ehemann den Haupteið geleistet, zur kritischen Zeit mit der Klägerin den Beischlaf nicht vollzogen zu haben.) Urth. v. 4. Nov. SBNr. 686.

Art. 791. Die Auslegung der Statuten einer vom Fabrikherrn gegründeten Unterstützungskasse für seine Fabrikarbeiter ist Feststellung des Inhaltes der Urkunde über einen zwischen dem Fabrikherrn und den Fabrikarbeitern bestehenden Vertrag; auf die Unrichtigkeit dieser Auslegung, sofern dabei kein Gesetz verletzt ist, kann daher eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht gestützt werden. Urth. v. 5. Nov. SBNr. 679.

Art. 967. C. unter II, Familienrecht: Alimentationspflicht zc.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Allgemeine Lehren. Besiz. Gem. R. Die

Verühmung, Eigenthümer eines Grundstückes zu sein, enthält keine Störung in dessen Besiß. Urth. v. 8. Nov. HBNr. 678.

Sachenrecht. Hypothekenrecht. Hyp.=Ges. §. 19 und 80. Der Bürge, welcher neben der Hauptschuld auch für Zinsen und Kosten haftet und hypothekarische Kautions gestellt hat, kann auch nach theilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Hauptschuldner so lange keine Minderung der Kautionssumme verlangen, als ungewiß ist, ob nicht der Betrag der Zinsen vom Schuldreste und der Kosten zur Höhe der Kautionssumme anwachsen werde. Urth. v. 4. Nov. HBNr. 669.

Hyp.=Ges. §. 57. Wenn der Bürge zur Sicherung des Gläubigers hypothekarische Kautions geleistet hat, daß mit dieser belastete Grundvermögen in die Hände eines Dritten übergegangen, die Forderung des Gläubigers im Konkurse des Hauptschuldners nicht befriedigt worden ist und nun der Gläubiger den dritten Besißer des vom Bürgen verhypothekirten Objektes mit der dinglichen Klage belangt, so kann der Beklagte sich nicht mit der Einrede schützen, daß zuerst der Bürge selbst mit der persönlichen Klage belangt werden müsse. Urth. v. 4. Nov. HBNr. 669.

Obligationenrecht. Eviktionsleistung. Für den Verlust eines Rechtes, welcher durch eigene Nachlässigkeit des Berechtigten herbeigeführt wurde, hat der Auktor keine Entschädigung zu leisten. (Im gegebenen Falle hatte der Beklagte bei dem Kaufe eines Anwesens vom Kläger diesem ein Wohnungsrecht im Hause und den Nuzgenuß an einem Garten konstituiert, der Verkäufer aber diese Rechte in das Hypothekenbuch nicht eintragen lassen, wodurch er, nachdem das Anwesen in dritte Hände gekommen, jene Rechte bei der Subhastation desselben verlor). Urth. v. 9. Nov. HBNr. 713.

Kompensation. Preuß. RN. Th. I Tit. 16 §. 359. Auch nach dem jetzigen Prozeßrechte ist in der Regel Erweislichkeit der Gegenforderung durch Urkunden Voraussetzung der Kompensation mit der liquiden Klageforderung. Urth. v. 2. Nov. 691.

Cession der Forderungen. Gem. R. Der debitor cessus kann nach der ihm durch den Cessionar von der Cession gemachten Anzeige nur noch dem Cessionar mit Wirksamkeit zahlen. (Das angefochtene Urtheil hatte angenommen, die Denunziation des Cessionars habe der Schuldner nicht zu beachten, sie müsse vom Cedenten ausgehen.) Urth. v. 5. Nov. 663.

Mandat. Geschäftsführung. Preuß. RN. Th. I Tit. 13 §. 82, 154, 231, 262. Wenn ein Bevollmächtigter zur Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes Verpflichtungen einging, so kann der Dritte, welcher diese Verpflichtungen für den Vollmachtgeber erfüllt, die gemachten Auslagen nur diesem — nicht dem Bevollmächtigten — aufrechnen, selbst wenn der Bevollmächtigte mit den Gläubigern im eigenen Namen kontrahirt hatte, weil der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten, wenn dieser selbst gezahlt hätte, zum Ersatze verpflichtet wäre, der Dritte also die Geschäfte des Vollmachtgebers besorgt hat. Urth. v. 9. Nov. 717.

Prozeßvollmacht. Haftung des Anwalts. Wenn der auf Negreß wegen eines Versäumnisses beklagte Anwalt sich damit vertheidigt, der Kläger habe den von ihm geführten Vorprozeß auch ohne das Versäumniß verlieren müssen, weil dem in diesem Vorprozesse Beklagten eine Gegenforderung zugestanden, so hat den Beweis dieser Gegenforderung der beklagte Anwalt — nicht der Negreßkläger die Nichtexistenz derselben — zu erbringen. Urth. v. 9. Nov. 680.

Intercession. Bayer. *U.* Wenn mehr nicht festgestellt ist, als daß Jemand die Schuld eines Anderen übernommen und seinen Willen, als Selbstzahler einzutreten, bestimmt zu erkennen gegeben habe, so kann das Rechtsverhältniß nur als Bürgschaft mit Verzicht auf Vorausklagung des Hauptschuldners, nicht als *Expromission*, beurtheilt werden. *Urth.* v. 5. Nov. *EW.* 671.

Familienrecht. Alimentationspflicht des außerehelichen Vaters. Auch im Geltungsgebiete des bayerischen Landrechtes kann die Bestimmung des Reichsgesetzes v. 21. Juni 1869 über Beschlagnahme des Dienst- oder Arbeitslohnes §. 4 *Ziff.* 3 nicht auf Beiträge des Vaters zur Alimentation seines außerehelichen Kindes ausgedehnt werden. *Urth.* v. 29. Okt. *EW.* 708.

77.

Mittheilungen aus der appellationsgerichtlichen Praxis.

1.

Die Klage auf Löschiing einer aus einem Handelsgeschäfte entstandenen hypothekarischen Kautiön gehört vor das Bezirksgericht.

Die *N. N.*'schen Gasthofsbesitzer in *B.* hatten ihre gegen *N. N.* erworbenen Forderungen an den Banquier *N. N.* und Genossen in *B.* cedirt und durch Notariatsurkunde sich verpflichtet, zu Gunsten der Cessionare auf ihrem — der Cedenten — Anwesen eine Kautiön bis zum Betrage von mehreren tausend Gulden zu bestellen, welche zu löschen war, sobald von dem debitor cessus der dießfallige Betrag an die Cessionare bezahlt worden sei. Nachdem dieser Zeitpunkt eingetreten war, klagten die *N. N.*'schen Eheleute beim kgl. Bezirksgerichte *N.*

auf Lösung dieser Kautio, wurden jedoch mit derselben dort abgewiesen, während das sgl. Appellationsgericht von Oberfranken mit Urtheil vom 11. Mai 1872 erkannte:

„die Klage sei nicht wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichtes abzuweisen, und habe das sgl. Bezirksgericht N. in der Hauptsache weiter zu verhandeln und zu erkennen“.

und zwar aus nachfolgenden Gründen:

Wenn auch die hier fragliche Cession sowohl mit Rücksicht auf die Person der Kontrahenten, als auf den Gegenstand des Vertrages als ein Handelsgeschäft zu betrachten ist, und somit die Rechtsverhältnisse aus demselben als eine Handelsache in den Bereich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit fallen, so ist doch der notarielle Vertrag über die Errichtung einer hypothekarischen Kautio vom nämlichen Tage ein für sich bestehendes selbständiges Geschäft, weil erst durch die notariell zu vollziehende Kautionsbestellung diese selbst in's Leben trat, und die hierüber errichtete Notariatsurkunde alle auf die Kautio bezüglichen Vertragsverhältnisse bestimmt und enthält, so daß aus ihr allein schon das ganze durch diese Kautionserrichtung zwischen den Kontrahenten begründete Rechtsgeschäft beurtheilt werden kann. Die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses bezüglich der Kautio ist von der Würdigung des Cessionsvertrages selbst nicht abhängig, und daher auch, da die Kautionsbestellung an sich kein Handelsgeschäft ist, vielmehr einen eigenen Rechtsakt für sich bildet, für die hieraus entspringenden Rechtsverhältnisse die Kompetenz der ordentlichen Gerichte begründet.

Die Kautionsbestellung ist aber auch deshalb der handelsgerichtlichen Kompetenz (und dorthin wollte der Erstrichter die Sache verwiesen haben) entrückt, weil sie als ein Vertrag über eine unbewegliche

Sache erscheint, solche Verträge aber nach Art. 275 des allg. deutsch. HGB. keine Handelsgeschäfte sind. Zu Verträgen über unbewegliche Sachen gehören alle Verträge, welche die Begründung, den Uebergang und die Aufhebung dinglicher und persönlicher Rechte auf unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, daher ohne Zweifel auch solche Verträge, welche die Errichtung und Löschung von Hypotheken betreffen. Es kommt dabei nicht darauf an, ob das Recht auf eine unbewegliche Sache ein dingliches oder persönliches sei, wenn nur der Gegenstand des Vertrages eine unbewegliche Sache ist. Wenn aber die Bestellung einer Hypothek oder hypothekarischen Kaution als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache zu erachten ist, so muß auch die aus demselben Vertrage abgeleitete Wiederbefreiung der unbeweglichen Sache von der Hypothekbelastung unter die Bestimmung des Art. 275 des a. d. HGB. fallen, denn in beiden Fällen handelt es sich um den Vollzug der Bestimmungen eines Vertrages über eine unbewegliche Sache. Es ist sonach auch aus diesem Gesichtspunkte der notarielle Vertrag über die Kautionsbestellung kein Handelsgeschäft, keine Handelsache im Sinne des Art. 63 des Einf.-Ges. zum HGB. und in Folge dessen im vorliegenden Falle die Zuständigkeit der gewöhnlichen Gerichte begründet, weshalb so wie geschehen die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an die erste Instanz verwiesen werden mußte, da die Verhandlung bisher lediglich auf die Zuständigkeitsfrage beschränkt wurde.

2.

Der Umstand, daß durch das Grundvermögen die auf demselben haftenden Hypothekenschulden nicht gedeckt werden, steht der Eröffnung der Gant nicht entgegen.

Diesen Grundsatz anerkannte das fgl. Appell.:

Gericht von Oberfranken unterm 27. Februar 1872 entgegen der Anschauung des Erstrichters, indem der von letzterem zur Rechtfertigung seines auf Abweisung des Antrages auf Ganteroöffnung abzielenden Erkenntnisses analog angezogene Art. 1267 der P.-Ordn. im vorliegenden Falle deshalb nicht Platz greifen könne, weil die Anwendung dieser im Hauptstück über das Liquidationsverfahren in der Gant eingestellten Gesetzesbestimmung voraussetzt, daß bereits das allgemeine Gantverfahren eingeleitet und die Anmeldung der einzelnen Forderungen, sowie die auf die Feststellung derselben und ihres Ranges bezügliche Verhandlung bethätigt wurde.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

Zu Art. 60 des Notariats-Gesetzes.

Daß die Vorschrift des Art. 60 Abs. 1 u. 4 des Notariatsgesetzes, nach welcher bei den von Notaren aufzunehmenden letztwilligen Verfügungen der Disponent dem Notare seinen letzten Willen mündlich zu erklären hat, und die Beobachtung dieser Vorschrift ausdrücklich zu beurkunden ist, nicht eine bestimmte formelle Beurkundung der mündlichen Erklärung vorschreibe, sondern daß es genüge, wenn die Thatsache dieser Erklärung überhaupt zweifellosen Ausdruck in der Urkunde gefunden hat, wurde vom obersten Gerichtshofe wiederholt ausgesprochen. OABGrf. v. 5. Mai 1871 RNr. 837 v. 1870. hh.

Redakt.: Dr. Steppes u. R. Fetting. Verl.: Palm & Ente (Wolpff Ente) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Ueber den Antrag auf Verfolgung wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit bei Anwendung der bayerischen Strafprozeßgesetze (Schluß). — Uebersicht über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Vorkrechtes und Vorkreßprozeßes. 11. bis 24. November. — Ueber Gutdankeirathung in Eheverträgen. — Kann der Ehemann, wenn er der Frau an seinem Hols gute das Mit-eigenthum und nach seinem Tode das Kneineigenthum im Ehever-trage eingeräumt hat, dasselbe wenigstens mit der Wirkung übergeben, daß seine Gutshälfte auf die Erwerber übergeht?

Ueber den Antrag auf Verfolgung wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit bei Anwendung der bayerischen Strafprozeßgesetze.

(Schluß.)

Zieht man bezüglich dieser Frage die Bestimmungen der bayerischen Strafprozeßgesetze in Betracht, so kommt zunächst zur Erwägung, daß die Aburtheilung des Verbrechens nach §. 177 des Reichsstrafgesetzbuches in der Regel dem Schwurgerichte zusteht, während die Aburtheilung des Verbrechens nach §. 176 l. c. in der Regel vor dem Bezirksgerichte und nach den Bestimmungen über das Verfahren in Vergehenssachen zu erfolgen hat.

Art. 56 Nr. 3 lit. b Art. 57 u. 67 des Einführungsvollzugsgesetzes vom 26. Dezember 1871.

Ausnahmsweise kann aber auch ein Verbrechen nach §. 177 vor dem Bezirksgerichte und ein Verbrechen nach §. 176 vor dem Schwurgerichte zur Aburtheilung gelangen. Der erste Fall ist gegeben, wenn der Thäter zur Zeit der Verübung der That zwar das zwölfte, nicht aber das achtzehnte Lebensjahr vollendet und die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht hatte. Der zweite Fall

Neue Folge XVII. Band.



ist vorhanden, wenn das Verbrechen nach §. 176 mit Verbrechen gleicher oder anderer Art in der Person des Thäters zusammentrifft.

§. 56 Abs. 1 §. 57 Nr. 3 RStGB. Art. 60 Abs. 1 Art. 61 Abs. 1 u. 2 des citirten Einführungsvollzugsgesetzes und §. 68 der Motive zu letzterem Gesetze.

Insoferne nun die That im ordentlichen Verfahren vor dem Schwurgerichtshofe zu verfolgen ist, ist nach obiger Erörterung die förmliche Anklage bei Gericht in dem Augenblicke als erhoben zu betrachten, in welchem das in Gemäßheit des Art. 63 des Gesetzes vom 10. November 1848, die Abänderung des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches betr., erlassene Erkenntniß des treffenden Appellationsgerichtes auf Anklage und Verweisung vor das Schwurgericht rechtskräftig geworden ist; denn so lange dieses Erkenntniß die Rechtskraft nicht beschritten hat, ist es sowohl dem Staatsanwalte als dem Angeklagten noch möglich, durch Erhebung der Richtigkeitsbeschwerde dessen Vernichtung herbeizuführen und dadurch den Eintritt der Sache in das öffentliche Verfahren für immer oder vorübergehend zu verhindern.

Der Antrag oder die Verfügung auf Voruntersuchung kann aber ebensowenig, wie der nach Beendigung der Voruntersuchung gestellte Antrag des Oberstaatsanwaltes an das k. Appellationsgericht auf Erkennung der Anklage und Verweisung der Sache vor das Schwurgericht als der Akt der Erhebung förmlicher Anklage bei Gericht angesehen werden; die ersterwähnten Akte nicht, weil die Voruntersuchung ja den Zweck hat, das nöthige Material zur Erhebung der Anklage vorerst zu sammeln, und der letzterwähnte Antrag nicht, weil das Appellationsgericht nach dem citirten Art. 63 des genannten Strafprozeßgesetzes an den Antrag des Ober-

staatsanwaltlich nicht gebunden ist, sondern nur dann auf Verweisung und damit auf Betretung des öffentlichen Rechtsweges zu erkennen hat, wenn nach seinem Ermessen die Verurtheilung des Angeklagten zu erwarten ist, während eine erhobene förmliche Anklage, abgesehen vom Tode des Angeklagten, schon der Natur der Sache nach nur ihre Erledigung nach öffentlicher Verhandlung finden kann. Daß übrigens ein oberstaatsanwaltschaftlicher Antrag erwählter Art die Erhebung förmlicher Anklage im Sinne des Gesetzes nicht bildet, geht schon daraus hervor, daß vom Appellationsgerichte selbst dann auf Anklage und Verweisung der Sache an das Schwurgericht erkannt werden kann, wenn der Oberstaatsanwalt Einstellung des Verfahrens, oder Ergänzung der Voruntersuchung, oder Verweisung der Sache an eine andere Behörde beantragt hat. Denn da ein solches Erkenntniß nach erlangter Rechtskraft die Aburtheilung des Angeklagten vor dem Schwurgerichte unvermeidlich herbeiführen muß, so wäre bei so gestalteter Sachlage der Fall gegeben, daß ein Mensch wegen Verbrechens gerichtlich abgeurtheilt würde, ohne daß eine Anklage überhaupt und ohne daß eine förmliche Anklage gegen ihn erhoben worden wäre, eine Annahme, welche mit den Prinzipien des bayerischen Strafprozeßrechtes im direkten Widerspruche stünde. Auch die Uebergabe der staatsanwaltschaftlichen Anklageschrift an das aburtheilende Gericht kann als der Akt förmlicher Anklageerhebung nicht erachtet werden, da dieselbe nach §. 65 l. c. nur die Zusammenstellung der der Anklage unterstellten Thatfachen und der gegen den Angeklagten vorliegenden Beweise, nicht aber die Anklage selbst bildet. Noch weniger kann man deren Erhebung in der Anberaumung des Verhandlungstermines, oder in der Erörterung der Anklage durch den Staatsanwalt in der Schwurgerichtsverhandlung finden.

Denn jene Amtshandlung des Schwurgerichtspräsidenten ist nur prozessleitender Natur und die erwähnte Amtshandlung des Staatsanwaltes besteht nach Art. 170 l. c. lediglich in der Darlegung der Ergebnisse des Beweisverfahrens und derjenigen Gründe, welche zur Rechtfertigung der erhobenen Anklage dienlich sein können, sie verpflichtet aber den Staatsanwalt nicht, unter allen Umständen dabel als öffentlicher Ankläger aufzutreten, was nicht der Fall sein könnte, wenn in dieser Amtshandlung erst die Erhebung förmlicher Anklage gelegen wäre.

Bei dem Ungehorsamsverfahren vor dem Schwurgerichte wird zu unterscheiden sein, ob der Angeklagte vor oder nach dem mit ihm nach §. 118 l. c. zu pflegenden Verhöre sich entfernt hat, für letzteren Fall wird das Erkenntniß auf Anklage und Verweisung alsbald rechtskräftig und damit diejenige Prozeßlage geschaffen, welche als der Moment der erhobenen förmlichen Anklage anzunehmen ist. Im ersteren Falle wird durch die Unausführbarkeit der Zustellung des erwähnten Erkenntnisses an den Angeklagten der Fortgang des Prozesses nicht aufgehalten und tritt, da gemäß Art. 277 u. 292 l. c. mit oder, wenn der Angeklagte erst nach Erlassung des Verweisungserkenntnisses sich entfernt hat, neben diesem Verweisungserkenntnisse die Ediktalladung des Beschuldigten verordnet und in dieser öffentlich bekannt zu machenden Ladung die Bezeichnung des Verbrechens mit Angabe der Zeit und des Ortes der Begehung, sowie der Name des Beschädigten nach Art. 279 u. 278 l. c. genannt wird, die Sache verhältnißmäßig viel früher in das Bereich der Oeffentlichkeit als durch die Verhandlung im ordentlichen Verfahren. Es dürfte daher hier schon mit Erlassung des Erkenntnisses auf Anklage und Verweisung und beziehungsweise mit Verordnung der Ediktalladung die Anklage gegen

den Abwesenden als förmlich erhoben zu erachten sein.

Wurde aber das Erkenntniß auf Anklage und Verweisung des Angeklagten vor das Schwurgericht erst in Gemäßheit des Art. 137 Ziff. 4 des Einführungsgesetzes vom 10. November 1861 vom obersten Gerichtshofe erlassen; so ist, da hiegegen Rechtsmittel unzulässig sind, damit, beziehungsweise mit dem Erkenntnisse, welches den gemäß Art. 129 Abs. 4 l. c. dagegen erhobenen Einspruch verwirft, die Anklage förmlich erhoben.

Bei dem Verfahren in Vergehenssachen vor dem Bezirksgerichte ist gegen das Erkenntniß auf Verweisung des Beschuldigten in die öffentliche Sitzung, mag dasselbe von einem Bezirksgerichte, Appellationsgerichte oder vom obersten Gerichtshofe erlassen worden sein, ein Rechtsmittel unzulässig, es tritt also mit diesem Erkenntnisse die Sache den Weg, welcher unaufhaltsam zur öffentlichen Verhandlung führt und gilt deshalb im Augenblicke der Erlassung eines solchen Erkenntnisses die Anklage förmlich erhoben.

Nach Art. 67 des Einführungsvollzugsgesetzes vom 26. Dezember 1871 richtet sich das Strafverfahren bei den von der Zuständigkeit der Schwurgerichte ausgenommenen Verbrechenssachen unbedingt nach den Vorschriften über das Verfahren in Vergehenssachen. Es ist deshalb auch eine unmittelbare Vorladung des Beschuldigten unter den im Art. 74 des Strafprozeßgesetzes vom 10. November 1848 enthaltenen Voraussetzungen wegen eines Verbrechens wider die Sittlichkeit möglich, da aber mit dem Gerichtsbeschlusse auf Vorladung die Sache in das Hauptverfahren eintritt, so muß die Erlassung eines solchen Beschlusses als die Erhebung der förmlichen Anklage angesehen werden.

Aus obiger Erörterung ergibt sich, daß der

durch ein Verbrechen nach §. 176 oder §. 177 des Reichsstrafgesetzbuchs Beschädigte den von ihm gestellten Antrag auf Verfolgung zurücknehmen kann;

- 1) bei dem ordentlichen Verfahren vor dem Schwurgerichte so lange, bis das appellationsgerichtliche Erkenntniß auf Anklage und Verweisung rechtskräftig geworden ist;
- 2) in allen übrigen Fällen bis zur Erlassung des Erkenntnisses oder Beschlusses auf Verweisung beziehungsweise Vorladung;
- 3) ausnahmsweise in einzelnen Fällen des Ungehorsamsverfahrens bis zur Verordnung der Ebfiktalladung vor das Schwurgericht und bis zur Verwerfung des Einspruches gegen ein oberstrichterliches Verweisungs-Erkentniß.

Daß die definitive Versekung des Angeklagten in den Stand der Anklage durch richterliches Erkenntniß als förmliche Erhebung der letzteren zu erachten sei, das hat das k. preussische Obertribunal mit Rücksicht auf das preussische und rheinische Strafverfahren anerkannt.

Oppenhoff die Rechtsprechung des Obertribunals Bd. XII p. 336, 427, 556.

Dr. Goldammer Archiv Bd. XIX p. 679, 759, 810; Bd. XX p. 103.

Dem entgegengesetzt hat das preussische Oberappellationsgericht die Einreichung der Anklageschrift durch den Oberstaatsanwalt an das urtheilende Gericht als den Akt der förmlichen Anklageerhebung bezeichnet.

Dr. Goldammer Archiv Bd. XX p. 102.

Uebereinstimmend mit der Anschauung des preussischen Obertribunals hat sich auch mit Rücksicht auf das bayerische Strafverfahren der oberste Gerichtshof zu München in einem Erkenntnisse vom 27. Juli 1872 im Allgemeinen ausgesprochen; jedoch hatte dieser Gerichtshof nach Lage des treffens-

den Falles keine Veranlassung, seinen Ausspruch genauer zu präzisiren. —

Auf den eben besprochenen Antrag auf Verfolgung nach §. 176 u. 177 finden übrigens die allgemeinen Bestimmungen der §§. 61, 62, 63, 64 Abs. 1 §. 65 des Reichsstrafgesetzbuches Anwendung, da er nur bezüglich der Zeit seiner zulässigen Zurücknahme besonderen Bestimmungen unterstellt, im übrigen aber nach den allgemeinen Grundsätzen über den Antrag auf Verfolgung zu beurtheilen ist.

n.

Uebersicht

über die neueren Ergebnisse der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in Gegenständen des Civilrechtes und Civilprozesses.

11.—24. November.

I. Zur Proz.=Ordn. und zum Einf.=Ges. vom 29. Apr. 1869.

Proz.=Ordn. Art. 1 mit Ges. v. 29. April 1869 ü. d. öff. Armen- und Krankenpflege Art. 5, 11, 43. Die Gerichte sind zuständig zur Verhandlung und Entscheidung über die Klage eines Apothekers gegen einen Dienstherrn auf Zahlung für die einem Diensthoten desselben verabreichten Medicamente. Urth. v. 11. Nov. *EW*Nr. 767.

Art. 5. Die Klage der Ehefrau auf Vernichtung eines ohne ihre Zustimmung von ihrem Ehemanne über eine Grenzirrung bezüglich eines Grundstückes, dessen Miteigenthümerin zu sein die Ehefrau behauptet, abgeschlossenen Vergleiches ist eine persönliche, daher keine der Zuständigkeit der Einzelgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes entzogene. Urth. v. 23. Nov. *EW*Nr. 746.

Art. 12, 21. S. unter II, Sachenrecht; Hypotheklöschungsklagen.

Art. 101 – 104 mit Gerichtsvollzieher-Ordnung
 Art. 13. Wenn in einem Prozesse, in welchem von Seite des beauftragten Gerichtsvollziehers ein schuldhaftes Versäumniß vorkam, der Auftraggeber Schaden erlitt, steht diesem die Klage auf Ersatz des Schadens direkt gegen den Gerichtsvollzieher zu, auch wenn letzterer den Dienst nicht selbst versah, sondern von einem Amtsverweser versehen ließ. Der Gerichtsvollzieher ist jedoch bei gehöriger Begründung des beschuldigten Vorbringens zum Beweise zuzulassen, daß der Schaden nicht durch das Versäumniß des Amtsverwesers sondern durch eigenes Verschulden des Auftraggebers entstanden sei. Urth. v. 22. Nov. *HW*Nr. 720.

Art. 180. Wenn eine Klage auf die Ermächtigung, eine Handlung auf Kosten des Beklagten vornehmen zu lassen, gestellt, das Gesuch aber dahin abgeändert wird, den Beklagten zur Vornahme dieser Handlung zu verurtheilen, so ist dieß keine Erweiterung sondern eine Einschränkung des Gesuches. Urth. v. 12. Nov. *HW*Nr. 715.

Art. 324, 370, 371. Der Inhalt einer Urkunde, welche zwar in der Klage als existent bezeichnet, aber weder als Beweismittel benützt, noch dem Gerichte vorgelegt wurde, darf vom Richter seinem Urtheile nicht zu Grunde gelegt werden. Urth. v. 22. Nov. *HW*Nr. 677.

Art. 328, 449, 451, 459, 460. Zur Leistung eines Haupteides, welcher einer eldesfähigen aber landesabwesenden Partei zugeschoben, in ihrem Namen angenommen und im Eideszuge als von ihr zu leisten festgesetzt ist, kann nicht der curator absentis substituirt werden. Urth. v. 19. Nov. *HW*Nr. 701.

Art. 684 mit 294, dann 1051, 1077. Gegen

daß Urtheil in einem über die Nichtigkeit des Zuschlages eines dem Zwangsverkaufe unterstellten Immobile geführten Rechtsstreite steht Hypothekgläubigern, welche sich im ersten Rechtszuge an diesem Streite nicht betheiligten, ein selbstständiges Berufungsrecht nicht zu. Plenarurth. ¹⁾ v. 22. Nov. §Wtr. 633.

Art. 685, 693 Z. 1. Wenn eine Handlung in Frage steht, welche von Dritten gegen Arbeitslohn vorgenommen werden kann (im gegebenen Falle die Herstellung eines Zaunes), so kann der Beschuwerdegegenstand nicht für unschätzbar betrachtet werden. Urth. v. 12. Nov. §Wtr. 715.

Art. 693 Z. 2 mit Art. 294. Die Widerspruchsklage einer Ehefrau war auf das Eigenthum an Mobilien im Werthe von 180 fl. gegründet, welche nebst Immobilien der Klägerin durch notariellen Vertrag zum Allein-Eigenthum überlassen waren. Das Bezirksgericht entband den Beklagten von der Klage, indem es in den Entscheidungsgründen den ganzen Abtretungsvertrag für nichtig erklärte. Die Berufung hiegegen wurde wegen Mangels der Berufungssumme als unstatthaft verworfen, das Urtheil des II. Rechtsz. aber vernichtet, weil das des I. sich auch auf die Eigenthumsübertragung der Immobilien erstreckte. Urth. v. 18. Nov. §Wtr. 809.

Art. 707. Im ersten Rechtszuge war Klägerin zum Beweise gelassen, daß Beklagter den Weischlaf mit ihr 8—14 Tage vor Lichtmess vollzogen habe. Sie verzichtete auf Zuschlebung des Eides hierüber. Im zweiten Rechtszuge wurde die Beweisaufgabe

¹⁾ Das frühere, dieselbe Rechtsansicht aufstellende Urtheil des obersten Gerichtshofes s. in der Sammlung v. Entsch. d. ob. Gerichtes in Ögnst. d. Civilr. u. Civilproz. Bb. I S. 402 ff. Nr. 141.

auf die Zeit vom 210. bis 285. Tage vor der Geburt des Kindes erstreckt. Zuschreibung des Haupteides wurde wegen des Verzichts nicht zugelassen und dieß auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gebilligt. Urth. v. 12. Nov. *HWR.* 583.

Art. 788 mit 683 Z. 1 u. Art. 460. Auch das im ersten Absage des Art. 460 vorgeschriebene Urtheil kann, wenn es im letzten ordentlichen Rechtszuge ergangen ist, mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Urth. v. 11. Nov. *HWR.* 655.

Art. 791, Einf.-Ges. Art. 66, Code civil art. 1347. Ob ein Schriftstück die dem Produzenten zum Beweise obliegende Thatsache wahrscheinlich mache, ist thatsächliches Ergebnis der Beweisprüfung, durch dessen einfache Bestreitung als unrichtig keine Nichtigkeitsbeschwerde begründet werden kann. Urth. v. 28. Okt.²⁾ *HWR.* 510.

Prog.-Ordn. Art. 799 Abs. 1. Der hierin ausgesprochene Suspensiv-Effekt der Nichtigkeitsbeschwerde beschränkt sich auf die Eidesleistung, erstreckt sich daher nicht auf andere, definitive Aussprüche des angefochtenen Urtheils, wie den Ausspruch über die Kosten des II. Rechtszuges. Urth. v. 18. Nov. *HWR.* 820.

Art. 820. Wenn nach Vernichtung eines Urtheiles das aburtheilende Gericht auf den gleichen Thatbestand die im vernichtenden Urtheile des obersten Gerichtshofes ausgesprochene Rechtsansicht in Anwendung bringt, so kann aus dem gleichen Grunde die Nichtigkeitsbeschwerde weder von der Partei, welche die frühere erhoben hatte, noch von dem früheren Nichtigkeitsbeklagten erhoben werden. Urth. v. 16. Nov. *HWR.* 748.

Art. 862. Die in diesem Art. vorgesehene Klage kann gestellt werden, ohne daß vorher dem

²⁾ Nachtrag zur Uebersicht in Nr. 25.

Verpflichteten die vollstreckbare Urkunde (im gegebenen Falle ein Vergleich) mit Befriedigungsgewalt zugestellt wurde. Urth. v. 12. Nov. 53Nr. 715.

Art. 972, 976, 977, 981 mit 106. Der auf angelegten Arrest in eine Forderung Eingewiesene kann, wenn er in dem Prozesse gegen den Drittschuldner unterliegt, auch dann in die Kosten dieses Processes verurtheilt werden, wenn der Drittschuldner der Aufforderung, sich über die mit Arrest besetzte Forderung zu erklären, nicht nachgekommen ist. Urth. v. 19. Nov. 53Nr. 726.

II. Civilrechtliche Entscheidungen.

Sachenrecht. Eigenthum. Preuß. OR. Th. I Tit. 7 §. 52, Tit. 9 §. 3, Tit. 19 §. 2. Durch den Kauf und die Tradition eines Grundstückes geht auch das Eigenthum eines darauf stehenden ungefüllten Baumes auf den Käufer über, wenn gleich sich der Verkäufer im Kaufvertrage das Eigenthum an diesem Baume vorbehalten hat. Doch kann der Anspruch des Verkäufers auf den Baum (als Recht zu der Sache) auch gegen den dritten Erwerber des Grundstückes wirksam sein, wenn dieser bei der Erwerbung das dem ersten Verkäufer vorbehaltene Recht kannte. Urth. v. 15. Nov. 53Nr. 823.

Hypothekenrecht. Verzicht. Hyp.-Ges. §. 79. Der Verzicht auf eine erworbene Hypothek muß vom Gläubiger erklärt sein. Die Erklärung eines Dritten ist nur wirksam, wenn dieser hiezu bevollmächtigt war oder die Verzichtserklärung vom Gläubiger genehmigt wird. Der einseitig erklärte Verzicht auf eine erworbene Hypothek kann widerrufen werden, so lange er nicht vom Hypothekenschuldner acceptirt oder die Hypothek gelöscht ist. Urth. v. 23. Nov. 53Nr. 770.

Klage auf Hypotheklöschung wegen Zahlung. Hyp.=Ges. §. 80, 162. Die Klage auf Löschung der Hypothek wegen Tilgung der Forderung, für welche sie bestellt war, durch Zahlung ist eine persönliche. Urth. v. 11. Nov. SBNr. 769.

Obligationenrecht. Gewährleistung. Ges. v. 26. März 1859 Art. 9. Wenn die Fehlerhaftigkeit eines Thieres zu einem neuen Vertrage führt, wodurch der Veräußerer dasselbe zurücknimmt und ein fehlerfreies dagegen zu geben verspricht, so steht der auf Erfüllung dieses neuen Vertrages gerichteten Klage oder Einrede nicht die Einrede oder Replik der Verjährung nach Art. 9 a. a. O. entgegen. Urth. v. 23. Nov. SBNr. 804.

Staatsdienstvertrag. Auditore. §. 17 der Rh. V.D. v. 29. Nov. 1869 zum Vollzuge der Militärstrafgerichtsordn. vom 29. Dez. 1869 gilt nur für die Friedenszeit, nicht aber für Verwendung von Auditoren der Feldgerichte bei einem auf dem Kriegsfuße stehenden Armee-Corps-Commando. Urth. v. 22. Nov. SBNr. 642.

Haftung der Gerichtsvollzieher für dienstliche Handlungen. S. unter I zu Proz.-Ordn. Art. 101 x.

Assignation wirkt nicht als Zahlung dessen, was Assignant dem Assignatar schuldet, wenn der Assignat die Zahlung verweigert. Der Verweigerung steht es gleich, wenn die Zahlung von unberechtigten Anforderungen abhängig gemacht wird. Urth. v. 16. Nov. SBNr. 738.

Negotiorum gestio. Wenn Jemand ohne Auftrag Geschäfte eines Anderen besorgt, welche ihrer Natur nach nichts aus dem Vermögen des Geschäftsherrn in die Hände des Geschäftsführers bringen (im gegebenen Falle Zahlung von Gerichtskosten, welche in Rechtsangelegenheiten des Geschäftsherrn erwachsen waren u. dgl.), so kann sich

dieser darauf, die Auslagen seien aus seinem, des Geschäftsherrn, Vermögen gemacht worden, nicht mit der Wirkung berufen, daß nun der Geschäftsführer zu beweisen habe, daß er die Auslagen aus seinem, des Geschäftsführers, eigenem Vermögen bestritten habe. Will der Geschäftsherr sich damit vertheidigen, die Auslagen seien aus Vermögenstheilen des Geschäftsherrn bestritten worden, welche der Geschäftsführer aus anderen zwischen Beiden bestehenden Rechtsverhältnissen in Händen gehabt, so ist dieß eine Einrede der Retention oder der Kompensation, welche der Geschäftsherr begründen und nöthigenfalls beweisen muß. Urth. v. 11. Nov. 58 Nr. 733.

Familienrecht. Haftung der Ehefrau für Schulden des Ehemannes. Mainz. VR. Tit. IV §. 2. Auf Grund der angef. Gesetzesstelle haftet die Ehefrau für eine nicht in das gemeinsame Hauswesen verwendete Schuld des Ehemannes dann nicht, wenn sie erst nach der Kontrahierung der Schuld von dieser Kenntniß erhielt. Urth. v. 11. Nov. 58 Nr. 655.

Gütergemeinschaft nach dem vorderösterreichischen bürgerl. Gesetzb. 5ptst. III §. 92 — 97. Während des Lebens beider Eheleute haftet keiner für die Schulden des anderen. Eine solche Haftung besteht also auch nach dem Tode des einen Ehegatten dann nicht, wenn die Gütergemeinschaft noch zu Lebzeiten beider Ehegatten von ihnen wieder aufgehoben wurde. Urth. v. 12. Nov. 58 Nr. 697.

Erbrecht. Erbtheilung nach Verkauf eines Erbtheils. Bayer. VR. Th. III Kap. I §. 14 Nr. 13. Wer den Erbtheil eines von mehreren Miterben gekauft hat, kann nicht Theilung der zur Erbschaft gehörigen unbeweglichen Güter durch öffentliche Versteigerung und Theilung des Erlöses

verlangen, wenn der älteste männliche weltliche Miterbe zur Uebernahme der Güter bereit und zur Einzahlung der Miterben im leidentlichen Anschlage vermögend ist. Dieses Recht des ältesten Manneserben ist durch den Landtagsabschied v. 10. Nov. 1861 Abschn. III §. 28 Ziff. 2 nicht aufgehoben. Urth. v. 15. Nov. 53 Nr. 723.

77.

Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern rechts des Rheines.

1.

Ueber Gutsanheirathung in Eheverträgen.

Es ist in diesen Blättern, insbesondere Bd. 31 S. 161 u. 177, die verschiedenartige Auffassung der Gutsanheirathungen in umfassender Weise zur Sprache gebracht.

Insbefondere ist aus der daselbst enthaltenen Anführung von oberstrichterlichen Entscheidungen zu entnehmen, daß die frühere Praxis, wonach die Gutsanheirathungen (auch in dem Falle, daß nicht gerade der Ausdruck anheirathen, sondern ähnliche Ausdrücke, wie Anheirathen zum Miteigenthume, Einräumung des Miteigenthums und Mitbesitzes und nach dem Tode des Alleineigenthums, gebraucht wurden) nur eine Anwartschaft auf den künftigen Erwerb des Gutes, nicht aber ein sofort eintretendes Miteigenthum an demselben verleihen, einer natürlicheren Auffassung, wonach der wirkliche Wortlaut auch die Absicht der Vertragsschließenden (wenn über diese nicht besondere Zweifel bestehen) auf sofortige Eigenthumsübertragung enthalte, Platz zu machen beginne.

Es wird nun wohl in den neueren Ehever-

trägen der Ausdruck „Anheirathen“ oder „Anheirathen zum Mitbesitze und Miteigenthume“ kaum mehr vorkommen, aber die Sache wird bleiben, da sie zu tief mit dem Rechtsleben des Volkes im Geltungsgebiete des bayer. Landrechtes verwachsen ist. Die Einräumung des Miteigenthumes an einem Gute und der Ueberlassung desselben zum Alleineigenthume nach dem Tode, sei es von Seite des Mannes oder der Frau, steht auch nach bayer. Landrechte in keinem Widerspruche mit dem Dotalsysteme, indem zum Heirathgute Alles gegeben werden kann, was eine Vermögenmehrung enthält und die Bedingungen bezüglich der Bestellung desselben in der freien Willkühr der Vertragsschließenden stehen, indem ferner auch bei der Wiederlage volle Freiheit bezüglich der Einräumung der Rechte hieran besteht (vergl. Landr. Th. I Kap. 1 §. 13 Nr. 10 u. 13 u. §. 14 Nr. 5).

Der Inhalt der neueren Eheverträge wird übrigens in den gegebenen Fällen die Absicht der Vertragsschließenden klarer entnehmen lassen.

Ein Ehevertrag noch aus dem Jahre 1832 lautete, allerdings mit Umgehung des Ausdruckes „anheirathen“, dahin: „Die Braut verspricht baar 800 fl. in die Ehe zu bringen, der Bräutigam wiederlegt dieses Heirathsgut mit seinem halben Hofgute, wie solches im Hypothekenbuche vorgetragen ist, und erklärt die Braut als vollkommene Miteigenthümerin und Mitbesitzerin während seines Lebens und als Alleineigenthümerin nach seinem allenfalls früheren Tode“.

Der Wesenheit nach ist dieser Wortlaut von den in dem Eingang allegirten Bande dieser Blätter besprochenen nicht verschieden.

Der oberste Gerichtshof trat auch hier der Auffassung des Vertrages nach seinem Wortlaute bei, indem letzterer, so lange eine gegentheilige Absicht

418 Verfügung des Ehemannes über seine Guthälfte.

der Partelen nicht dargelegt sei, den Ausschlag geben müsse, indem ferner der Wortlaut in Hinblick auf Landrecht Th. I Kap. 6 §. 14 Nr. 5 mit dem bestehenden Rechte nicht in Widerspruch trete.

Hienach dürfte die mehr natürliche Auffassung solcher Verträge die frühere, nur eine eventuelle Wirkung derselben zulassende, überwunden haben.

DA&Erf. v. 13. Mai 1871 RNr. 481 v. 1870.

2.

Kann der Ehemann, wenn er der Frau an seinem Hofgute das Miteigenthum und nach seinem Tode das Alleineigenthum im Ehevertrage eingeräumt hat, dasselbe wenigstens mit der Wirkung übergeben, daß seine Guthälfte auf die Erwerber übergeht?

Diese Frage wurde vom obersten Gerichtshofe verneint; und zwar zunächst schon deshalb, weil der Ehefrau nach dem Ableben des Ehemannes das Alleineigenthum an dem Anwesen ehevertragsgemäß zugesichert sei; und weil der Uebergabevertrag Bestimmungen enthalte, welche eine theilweise Aufrechterhaltung desselben nicht zuließen; dann aber auch deshalb, weil nach dem Ehevertrage, dem die Wirkung einer sofortigen Uebertragung des Miteigenthums beigegeben wurde, die Ansprüche beider Eheleute auf den fortbauernenden gemeinschaftlichen Besitz und Genuß des Gutes gesichert sein sollten, eine willkürliche Verfügung über das Miteigenthum aber dieser Intention widerstreben würde, die Interessen beider Eheleute in dieser Richtung also untheilbar seien.

DA&Erf. v. 13. Mai 1871 RNr. 481 v. 1870.

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



