

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

herausgegeben

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Appellationsgerichts-Rath in Eichstädt,

Dr. Christian Carl Glück,

Appellationsgerichts-Rath in Bamberg.

III. Band.

Erlangen, 1838.

Bei J. J. Palm und Ernst Enke.

R e g i s t e r

zum

dritten Band der Blätter für Rechts- Anwendung.

	Erste
Actio Pauliana: sie findet auch außer dem Concurß- verfahren statt	193
Ansicht über die Auslegung des Kap. XIX, §. 19, Nr. 1 der O.D.	337
Nachtrag hierzu	367
Adhäsion: 1) aus dem Verzicht auf Appellation läßt sich ein Verzicht auf die Adhäsions-Befugniß nicht folgern; 2) dadurch, daß die Formalien der gegnerischen Beru- fung — aus unerheblichen Gründen — angefochten wer- den, geht die Befugniß zu adhariren nicht verloren; 3) der Appellat ist durch die Desertion seiner Appella- tion nicht gehindert zu adhariren	255
Advokaten: können Verträge über Grundstücke u. ding- liche Rechte mit öffentlicher Auctorität nicht aufnehmen	190
Alimentation: s. Fränkisches Recht.	
Amthandlungen: s. Zeugenbeweis Nr. 6.	
Anastasianisches Gesetz: von der Natur der auf daselbe gegründeten Einrede und ihrem Einfluß auf die Beweislast	65
Appellation: wenn gegen das bloß die Prozeßleitung bezwirkende Erkenntniß zweiter Instanz zur dritten In- stanz residirt wird und der Richter erster Instanz die Acten eingeseudet hat, statt diese unzulässige Berufung zurückzuweisen, so muß der Richter zweiter Instanz die Zurückweisung aussprechen	59
Unzulässige Appellationen gegen einfache Decrete und Zwischenbescheide sind auch in dem Fall vom Unterrich- ter, oder im Fall er dieß übersehen sollte, vom Ober- richter zurück zu weisen, wenn die unzulässige Appel- lation unter der Maske einer Nullitätsquerel einge- schwärzt werden will	284
Die Beschwerde gegen den Ausspruch des Oerrich- ters, wodurch eine Appellation nach §. 18 der Prozeß- Nov. v. 22. Juli 1819 für unzulässig erklärt wurde, ist vom Untergericht, oder, wenn dieses die Acten ein- sendet, vom Obergericht als unstatthaft zu verwerfen und nicht zur Vorlage an das OAGericht zu bringen	383
Die Appellation gegen die Abweisung einer Nullitäts- querel hat in der Regel keine Suspendio-Wirkung	15

Appellation in Wechselfachen: s. Wechselprozeß.	
Appellationsfrist: deren Anfang, wenn der Publikationsact wegen Ausbleibens der richtig vorgeladenen Partheien im Publikationstermin nicht vorgenommen worden ist	123
Appellationssumme: bei Berufungen an das Oberappellationsgericht gegen ein Erkenntniß des Appellationsgerichts, welches	
1) die gegen ein untergerichtliches Erkenntniß erhobene Nichtigkeitsklage betrifft	363
oder	
2) eine Berufung aus formellen Gründen zurückweist	364
Armen-Partheifachen: über die Aufstellung von Officialanwalten in solchen	197
Verfahren in Armen-Partheifachen	32
Armenrecht: wegen Zulassung des Gegners zu solchem kann keine Beschwerde geführt werden	203
Arrestfachen: in dieser Materie sind zu unterscheiden	
1) diejenigen Fälle, in welchen die Begründung des außerord. Gerichtsstandes des Arrests erstrebt wird	113
2) die Fälle, in welchen nur die provisorische Sicherstellung der künftigen Execution bezweckt wird	114
3) das dem Arrestprozeß eigene Verfahren im Justificationstermin darf mit der Verhandlung der Hauptsache nicht verwechselt werden	117
4) die Nachsuchung des Arrests, als provisorische Sicherstellung nach G.D. VIII, §. 6, kann auch noch in der Executionsinstanz vorkommen	118
Attest: s. Zeugniß.	
Auslegung: s. Gesetz.	
Ausstattung: können die Erben der Geschwächten gegen den Stuprator auf Entrichtung der Ausstattung klagen, welche ihrer Erblasserin statt der Ehelichung gebührt hatte?	305
Austräger: s. Zeugendeweis Nr. 7.	
Behauptungen: vom richterlichen Amte in Bezug auf minder bestimmte Behauptungen	239
Berufung: s. Appellation.	
Besoldung: s. Gehalt.	
Betrug: über Ausstellung eines unwahren Zeugnisses ohne betrügl. Absicht	93
Beweis: s. Heirathgut, Verjährung.	
Beweis zum ewigen Gedächtniß: kann vor und nach der Streitbeseitigung statt finden	155
Begünstigung des Beklagten vor dem Kläger, wenn dieser Beweis vor der Streitbeseitigung begehrt wird	156
Diese Begünstigung fällt nach erfolgter Litiscontestation hinweg	157
Beweisfrist: von deren Anfang, wenn kein Publicationsact vorgenommen wurde	123
Muß derjenige, dem Beweis auferlegt ist, denselben	

Beweisfrist:	Seite
auch dann binnen der gesetzlichen Frist antreten oder wenigstens falviren, wenn der Gegentheil wider die Beweisaufgabe appellirt hat?	154
Briefkopierbücher: von deren Beweiskraft	397
Bürge: s. Zeugenbeweis Nr. 4.	
Calumnieneid: wie ist die in der Prozeßnovelle vom J. 1819, § 7 ausgesprochene Aufhebung der Bestimmungen der G.D. XIII. §. 6 über diesen Eid zu verstehen, besonders in Beziehung auf Fiskale?	254
Eedent: s. Zeugenbeweis Nr. 3.	
Citation: im Wechselprozeß	149
Codicille: zur Lehre von deren Form	140
Compensation: bei Injurien, nach preuß. Recht	389—394 401—407
Competenz: über den Ausspruch, durch welchen sich der Richter für incompetent erklärt	169
Zur Lehre von der Competenz in Mietbvertragsachen	142
Desgleichen bei Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Diensthoten	413
Competenz in Wechselfachen	148
Competenz zur Constatirung der Realgewerbe und ihres Umfangs	205
Concurs: Beiträge zur Lehre von der Liquidation durch Urkunden im Concourse	72—76
1) In welchen Fällen vertritt Bezugnahme auf Acten die Stelle der Production?	72
2) Die unterbliebene Bemerkung der geschehenen Production im Liquid. Protokoll ist dem Liquidanten unschädlich	74
3) Das Mutterprotokoll des gerichtlich ausgefertigten Documents braucht nicht mitproducirt zu werden	75
4) Ungenügende Surrogate der Production	75
5) Nur die Vorzeigung der Original-Urkunde, nicht deren Uebergabe zu den Acten, ist wesentlich nothwendig	75
Concursöffnung: von dem Präliminarverfahren wegen der Conc. Eröffnung	153
Constatirung der Realität der Gewerbe: s. Gewerbe.	
Contract: von der sog. exceptio non adimpleti u. non rite adimpl. contractus, s. unter Einreden.	
Curatelconsens: bei Rechtsstreiten der Gemeinden, s. Gemeinden.	
Depositen: von der Haftung des F. Fiskus u. der Gerichtsherrn für amtliche Depositen u. dem aus Unterschlagung oder schuldhafter Entaufferung derselben den Partheien zugehenden Schaden	241
Diebstahl:	
1) Dessen Unterschied vom Raub	209
2) Unterschied des eigentlichen Diebstahls vom sog. Funddiebstahl u. des letztern von der Unterschlagung	211

Diebstahl:

- 3) An wem kann ein Hunddiebstahl begangen werden? 213
- 4) Kann an einem Schatz ein Diebstahl, resp. Hunddiebstahl, oder eine Unterschlagung verübt werden? 232
- 5) Von dem Object des Hunddiebstahls 249
- 6) Von der rechtswidrigen Zueignung, als Erforderniß des Hunddiebstahls, u. deren Vermuthung 250
- 7) Kann der wegen eigentlichen Diebstahls Angeschuldigte, welcher die gestohlene Sache gefunden zu haben vorschützt, wegen Hunddiebstahls verurtheilt werden? 251
- 8) Wird von dem Gantirer, welcher Sachen, die zur Gantmasse gehören u. noch nicht veräußert waren, eigenmächtig an sich nimmt u. verkauft, ein Diebstahl, oder was sonst für eine straffbare Handlung begangen? 261
- 9) Ueber die Nothwendigkeit u. die Art der Werthserhebung der gestohlenen Sachen 263
- Wenn zu vermuthen steht, daß der Damnsifant den Werth der Ablaten, welche nicht tarirt werden konnten, zu hoch angegeben habe, u. deshalb Zweifel obwaltet, ob der Thatbestand des Verbrechens oder des Vergehens des Diebstahls anzunehmen sei, so ist für letzteres zu entscheiden. 127
- 10) Wenn am nämlichen Ort u. zur nämlichen Zeit Sachen verschiedener Personen entwendet werden, ist eine Mehrheit von Diebstählen anzunehmen, oder die That bloß als eine Handlung zu betrachten? 266
- 11) Vom Diebstahl am Holze im Walde 268
- 12) Der besonders erschwerende Umstand bei dem Diebstahl von Bleichstücken bezieht sich bloß auf öffentliche, nicht auf Privat-Bleichen 269
- 13) Der besonders erschwerende Umstand bei dem Diebstahl an Personen, mit welchen sich der Dieb in häuslicher Gemeinschaft befand, findet keine analoge Anwendung auf Diebstähle an Gästen und an oder von Miethskneuten 270
- 14) Einem Comploitanten, der den Diebstahl nicht mit begangen hat, kann der erschwerende Umstand der verabredeten Verbindung nicht noch besonders zur Strafe angerechnet werden 310
- 15) Entwendungen des Hausgesindes an Ess- und Trinkwaaren aus bloßer Lusternheit, sind immer nur polizeilich strafbar 312
- 16) In wie fern ist der Diebstahl an Sachen aus einem dem Gottesdienste bestimmten Orte als ausgezeichnet zu betrachten? 313
- 17) Die Auszeichnung des Diebstahls durch Einsteigen setzt voraus, daß eingestiegen wurde um zu stehlen 314
- 18) Von der gesetzlichen Vermuthung, daß der Einbruch oder das Einsteigen um des Diebstahls willen geschehen sei 315
- 19) In welcher Verbindung muß das nicht bewohnte Gebäude, in welches eingedrungen oder eingestiegen

Diebstahl:	Seite
wurde, mit dem Wohnhause stehen, um den Diebstahl als ausgezeichneten zu characterisiren?	341
20) Ist der Diebstahl ausgezeichnet, wenn von mehreren Dieben der eine auf den andern gestiegen ist, um in das Gebäude zu gelangen?	343
21) Nur wirkliches Einsteigen, nicht bloßes Hinan- oder Hinaufsteigen, begründet die Auszeichnung.	347
Bei dem ausgezeichneten Diebstahl durch Einbruch wird erfordert, daß der Dieb in das Haus hinein- gekommen sei.	94 347
22) Zur Auszeichnung des Diebstahls durch Einbruch gehört, daß solche Verwahrungsmittel verletzt wurden, welche geeignet waren, das Eigenthum zu sichern.	348
23) Zur Auszeichnung des Diebstahls durch Einbruch oder Einsteigen in ein bewohntes Gebäude ist die Anwesenheit der Bewohner zur Zeit des Diebstahls nicht erforderlich.	409
Ist ein ausgezeichnete Diebstahl vorhanden, wenn das Haus oder der Hofraum auf einer Seite unverschlossen ist, der Dieb aber, ohne solches zu wissen, auf der andern Seite eindringt oder einsteigt?	410
Diffessionseid: über dessen eventuellen Gebrauch.	287
Dienstboten: s. Manifestationseid.	
Dienstherrn u. Dienstboten — Streitigkeiten; s. Competenz.	
Dolus: Beleuchtung dieser Materie nach den Bestimmungen des bayer. StGB. I. Art. 41, 43 und 44, mit Hinsicht auf die mit dem Text collidirenden Anmerkungen.	273 289
Ehefrau: s. Zeugenbeweis Nr. 11.	
Ehrlose: von deren Untüchtigkeit zur Zeugenschaft.	78
Eid:	
1) Ist der Eid von Seite einer Gemeinde von allen Gemeindegliedern abzuleisten?	51
2) Wer hat diejenigen Gemeindeglieder, welche schwören sollen, zu wählen?	53
Oberappellationsgerichtliches Präjudiz hierüber.	256
Bei Entscheidung dieser beiden Fragen kommt in den vormals preuß. Gebietsheilen des Königr. Bayern die preuß. St. nicht mehr zur Anwendung.	49
Eidesdelation: in wiefern ist sie bei dem Gegenbeweise zulässig?	387
Eidesleistungen: von Reservationen u. Gewissensstruppen, welche in Bezug auf Eidesleistungen erklärt werden.	257
Einreden: zur Lehre von deren Supplirung, bezüglich der Frage: ob der Richter befugt sei, eine Klage aus dem Grunde der zu supplirenden Einrede der Verjährung von der Gerichtsschwelle zurückzuweisen?	132
Zur Lehre von der Einrede der entschiedenen Sache.	121

Einreden:

Ueber die Einrede des Mehrern gestatteten Verschlaß	47
Praktische Resultate der neuesten Literatur in der Lehre von den Einreden.	
1. Einleitung .	17
II. Ueber den röm. Begriff der exceptio u. dessen Unanwendbarkeit auf den heutigen processualischen Begriff der Einrede	19
III. Processualischer Begriff der Einrede	33
IV. Von der sog. exceptio legis Anastasiana und deren Einfluß auf die Beweislast	65
Bayerisches Recht über diesen Gegenstand	71
V. Ueber die Natur der sog. exceptio non adimpleti contractus u. deren Einfluß auf die Beweislast	85
Bei welchen Verträgen greift diese exceptio Platz?	89
Von der sog. exceptio non plenarie (r i t e) adimpleti contractus	92
VI. Ueber die sog. exceptio non numeratae pecuniae	214
1) Bei welchen Rechtsgeschäften u. Urkunden findet sie mit ihren Eigenthümlichkeiten statt?	216
2) Auch gegen Urkunden, welche den Empfang als in der Vergangenheit eingetreten bezeichnen?	217
3) Findet nach Ablauf der für die exc. n. n. p. gesetzten Frist noch ein Gegenbeweis statt?	219
4) Kann diese exceptio im Executiv-Proceß vorkommen?	219
Anwendung der Materie von der exc. n. n. p. in Bayern mit Hinsicht auf die Bestimmungen des bayerischen, preuß. u. gem. Rechts, u. die durch das bayer. Hyp. Gesetz bewirkten Modifikationen	220
VII Uebersicht der wirklichen Einreden, insonderheit derjenigen, welche aus besonderen Hindernissen gegen die Entstehung eines Rechts hergenommen sind	353
VIII. Von schrinbaren Einreden, wenn eine bloß in positive Form gefaßte verneinende Einlassung vorliegt u. deren Einfluß auf die Beweislast	357
Insonderheit	
1) von der Behauptung des Beklagten, daß ein an derer Vertrag geschlossen worden sei	357
2) Von der sog. exc. rei non sic, sed aliter gestae	359
3) Wenn der Eigenthumsklage die Behauptung des Miteigenthums entgegen gesetzt wird	362
4) Von der sog. exc. sub. et obreptionis	362
IX. Von den sog. dilatorischen Einreden, deren Verhältniß zur Einlassung u. deren Eintheilung in materiell-dilatorische u. sog. Proceß-Einreden	376
Klassen der letztern	378
X. Von dem Einflusse der aufgestellten Begriffe von Einlassung u. Einrede auf die Grundsätze von Abweisung der Klagen angebrachtermaßen u. auf die Begriffe vom Gegenbeweis	385
Einrede-Beweis: muß vom Richter auferlegt werden Vergl. auch S. 386.	394

Eisenbahnaktien: s. Verzug.	
Enterbung: hat die spezielle faktische Ausführung der Enterbungsurkunde im Testament, oder erst im Prozesse über dasselbe zu geschehen?	365
Erben: können die Erben der Geschwächten auf Aussetzung Klagen?	305
Erbrecht: s. Fränkisches Recht.	
Erkenntniß: zur Lehre von der Urtheilsverkündung	123
Erziehung: s. Kinder.	
Exceptio: s. Einreden.	
Execution: wird durch Berufung gegen die Abweisung der Nullitätsklage der Regel nach nicht gehemmt	15
Sind Geldstrafen ein zulässiges Executionsmittel gegen fiskalische Beamte?	108
Executivklage: ist sie aus zweiseitigen Verträgen zulässig?	87
Executivproceß: kann er auf eine Urkunde, in welcher keine Bestimmung über den Zahlungstermin enthalten oder worin derselbe nicht auf bestimmte Art ausgedrückt ist, begründet werden?	22
Ist die exceptio non num. pecuniae im Executivproceß zulässig?	219
Fiskalbeamte: s. Calumnieneid, Execution.	
Fiskus: s. Depositen.	
Forum: s. Gerichtsstand.	
Fränkisches Recht: Eigenthümlichkeiten der fränkischen Provincial- u. Statutar-Rechte:	
I. Hinsichtlich der Wirkungen der Grundabtheilung zwischen Eltern u. Kinder in Beziehung auf die Alimentationsverbindlichkeit	26
II. Hinsichtlich des Zeitpunkts von welchem an die rechtlichen Folgen der Grundabtheilung eintreten	118
III. Hinsichtlich der Wirkungen der Grundabtheilung auf das Erbrecht der abgetheilten Kinder in Ansehung des elterlichen u. großelterlichen Vermögens	135
IV. Hinsichtlich des Erbrechts der ehelichen Descendenten eines unehelichen Kindes in den großelterlichen Nachlaß	139
Fristen: vom Nachweise deren Beobachtung	191
Frohen: über Umwandlung der ungemessenen in gemessene	309
Gegendeweis: dessen Begriff u. Unterschied vom Einredendeweis	386
Einteilung in formellen u. materiellen Gegendeweis	387
Zur Lehre vom sog. indir. Gegendeweis	394
Gehalt: findet bei Einweisungen der Gläubiger in die Gehaltsabzüge des Schuldners ein Prioritätsverfahren statt?	76
Kann ein Justizbeamter, welcher wegen Verbrechen der Special-Untersuchung unterworfen u. bloß von der Instanz entlassen wurde, seinen vollen Gehalt, als	367

Standesgehalt, auf den Grund des Edicts IX. §. 23 in Anspruch nehmen?	330
Seldstrafen: als Executionsmittel gegen Fiskalbeamte	108
Gemeindeglieder: s. Zeugenbeweis Nr. 8.	
Gemeinden: über deren Eidesleistung, s. Eid.	
Wenn eine Gemeinde sich in einem Rechtsstreite eines andern, als des bei dem Gerichte aufgestellten Gemeindevorstandes bedienen will, so bedarf sie hierzu der Genehmigung d. Regierung nicht	61
Bedürfen Gemeinden auch dann, wenn sie in einem Rechtsstreite als Beklagte auftreten, eines Streitconsenses?	44
Ist die Beibringung des besondern Streitconsenses nothwendig, wenn das Gericht, vor welchem der Rechtsstreit geführt wurde, zugleich Curatelbehörde der betreffenden Gemeinde ist?	328
Gerichte: s. Zeugnißausstellung.	
Gerichtsherr: von dessen Haftung für amtliche Depositen	241
Gerichtspersonen: als Zeugen, s. Zeugenbeweis Nr. 6.	
Gerichtsstand: des Arrests	113
Zur Lehre vom <i>forum rei sitae</i>	40
Est. der dislocirten Offiziere	304
Gesetz: von Anwendung der subsidiären Gesetze u. Auslegung der Partikularrechte	129
Geständniß: im Civilproceß.	
I. Unterschied zwischen Einverständnis u. Geständniß	225
II. Begriff des Geständnisses	226
Erörterung der Frage, ob u. wiefern die processualische Wirksamkeit des Geständnisses davon abhänge, daß in Bezug auf die fragliche Thatsache eine übereinstimmende Erklärung des Gegners vorliege	227
III. Vom außergerichtlichen Geständniß	229
IV. Vom Widerruf des Geständnisses	231
Gevatterschaft: s. Zeugenbeweis Nr. 13.	
Gewerbe: zur Lehre von der Constatirung der realen Gewerbe	205
Gnomen	32 48 64 128 176
Grundabtheilung: s. Fränkisches Recht.	
Grundholden: s. Zeugenbeweis Nr. 12.	
Grundstücke: s. Immobiliverträge.	
Handlohn: aus der Handlohnbarkeit eines Guts in Kaufsfallen kann nicht gefolgert werden, daß auch bei Uebernahmen in Erbtheilungen Handlohn zu zahlen sei	272
Hauptschuldner: als Zeuge im Proceß gegen den Bürgen	112
Hausgenossen: s. Zeugenbeweis Nr. 14.	
Hauskinder: können sie selbstständig vor Gericht auftreten?	200

	Seite
Helrathgut: zur Lehre vom Beweise der Einbringung desselben	238
Hypothekenduch: zur Lehre von dessen Oeffentlichkeit	240
Immission: die Vorschriften der O.D. hierüber passen nicht auf Einweisungen in Gehaltsabzüge	77
Immobilienverträge: von der Wirksamkeit aussergerichtlicher schriftlicher Verträge über Immobilien, nach preuß. Recht	177
Von Ungiltigkeit der Immobilienverträge wegen jüdischer Einmischung	97
(S. das Nähere unter Juden.)	
Incompetenzklärung: von den Ausspruch des Richters hierüber	169
Injurien: als solche sind Urtheile über einzelne Handlungen oder Aeusserungen einer Person nicht unbedingt aufzufassen	365
Ueber Remission, Compensation u. Retorsion der Injurien, nach preuß. Recht.	
I. Von der stillschweigenden Remission durch unterlassene rechtzeitige Klage der Injurie	369
II. Die Compensation u. Retorsion der Injurien hat bloß auf die Privataenugthuung Einfluß	389
III. Wie ist die Bestimmung zu verstehen, daß die Compensation nur dann eintritt, wenn Injurien erwidert werden, die noch nicht erloschen waren?	391
IV. Ist gleichzeitige Erwidderung zur Compensation erforderlich	394
V. Erörterung einzelner Compensationens-Fälle	401
Insinuation der Ladungen im Wechselproceß	149
Instanzenentlassung wegen Verbrechen: deren Wirkung auf Gehaltsanspruch bei Justizbeamten	330
Intervenient: über dessen Recht, den ordentlichen Richter in der Hauptsache zu verbitten	297
Juden: die Verordnung, welche die Einmischung der Juden in Verträge über Immobilien bei Strafe der Nichtigkeit verbietet, ist durch das Edict vom 10. Juni 1813 nicht aufgehoben	97
Diese Verordnung ist in der Provinz Bayreuth nicht eingeführt	98
1) Die Nichtigkeitserklärung eines solchen Vertrags, oder die Erfüllung der Einrede der Nichtigkeit, kann von Amtswegen nicht geschehen	99
2) Die Verordnung ist nicht bloß zum Besten der Landleute gegeben	100
3) Nur der Christ, nicht der Jude, kann die Verordnung für sich in Bezug nehmen	100
4) Auf die Art der jüdischen Einmischung kommt es nicht an	101
5) Die Verordnung gilt auch für den Fall, wenn ein Jude den Schmuß gemacht hat	102

Juden:	Seite
6) Sie ist nicht auf den Fall des Buchers oder Betrugs beschränkt	102
7) Auch wegen Erfüllung des bereits geschlossenen Vertrags darf keine jüdische Einmischung statt finden	102
8) Jüdische Einmischung bei der Vertragsaufhebung steht außer dem Verbotsgebot	103
9) Bei öffentlichen Versteigerungen kommt dasselbe nicht zur Anwendung	103
10) Auch nicht bei Verträgen, die bloß wegen Güterhandel geschlossen werden	104
11) Anders verhält es sich, wenn ein Jude wirklich als Unterhändler gebraucht wurde	104
12) Auch gegen den Contrahenten, der die jüdische Einmischung bloß gestattet hat, kann die Nichtigkeitsklage erhoben werden	106
13) Derjenige Contrahent, welcher einen Juden gebraucht hat, kann gegen den andern Contrahenten, der hiervon nichts wußte, den Vertrag wegen jüdischer Einmischung nicht anfechten	107
14) Nachherige Anerkennung des Vertrags schließt dessen Anfechtung aus	107
15) Desgleichen eine vom Käufer geschehene Werthverminderung des Vertrags-Objectes	108
Justizbeamte: s. Gehalt.	
Kinder: vom Vorzugrecht derselben im Concurse ihres Vaters	336
Kinder unter väterl. Gewalt, s. Hauskinder.	
Grundabtheilung zwischen Eltern u. Kindern, s. Fränskes Recht.	
Kann dem außerehelichen Vater die Erziehung des Kindes wegen Verschiedenheit des Confessionsverhältnisses verweigert werden?	366
Klage: kann eine in Folge unrichtiger Erzählung der Thatgeschichte abgewiesene Klage auf den Grund besserer factischer Begründung erneuert werden, oder steht ihr exceptio rei judicatae entgegen?	121
Nachtrag hiezu in der Beilage zu Nr. 9.	
Kann eine Klage vom Amtswegen auf den Grund der Verjährung a limine abgewiesen werden?	132
Grundätze über Abweisung der Klagen angebrachtermaßen	385
Klagänderung: findet sie noch statt, wenn ein rechtskräftiges Interlocut vorliegt?	221
Kommissionsgeschäfte: über Erleichterung der Beweisführung bei dergleichen Rechtsstreiten	415
Ladung: deren Insinuation im Wechselproceß	149
Landwehr: über Subordinations-Vergehen der Landwehr u. deren Bestrafung	321
Lebensberuf	144
Legitimation zur Sache: hierüber kann ein abgekürztes Verfahren eingeleitet werden	80

Lehnherrliche Erinnerung: welche Folge hat deren unterlassene Einholung in einem Proceſſe unter dritten Perſonen, wobei der Lehnſiskus theilhaftig erſcheint?	96
Leumunds-erforſchungen: bei ſtrafrechtlichen Unterſuchungen	161
Liquidation: ſ. Concurſ.	
Litidenunciatio: als Zeuge, ſ. Zeugnisdeweis Nr. 5.	
Manifeſtationseid: welche Folge hat deſſen Verweigerung von Seite des Schuldners, der im Concurſe, oder im Executions-Verfahren, zu Folge rechtskräftiger Auflage, dieſen Eid leiſten ſollte?	319
Kann der Manifeſtationseid den Dienſtboten des Erb- laſſers zugemuthet werden?	349
Miethvertragsſachen: ſ. Competenz.	
Mora: ſ. Verzug.	
Nachlaßverträge: Nebenverabredungen bei ſolchen, vermöge welcher einigen Gläubigern, neben der offen gebotenen Dividende, noch beſondere Vergünstigungen vom Gemeinſchuldner zugeſichert werden, begründen kein Klagrecht	9
Richtigkeit: wegen unterlaſſener Einholung der lehnherrlichen Erinnerung	96
Richtigkeitsquerel: weder durch ſie, noch durch die gegen ihre Abweiſung eingelegte Berufung wird die Execution des rechtskräftigen Urtheils der Regel nach gehemmt	15
Ueber die Behandlung einer unzuläſſigen u. unter der Bezeichnung als Nullitätsquerel verſchleierten Appellation	284
S. auch Appellationsſumme.	
Nothfriſten: von deren Anfang, wenn kein wirklicher Publicationſact vorgenommen wurde	123
Oberrichterliches Amt: Erörterung der Frage, ob der Oberrichter, wenn er die in voriger Inſtanz ausgeſprochene Klagabweisung nicht gerechtfertigt hält, mit ſeinem Ausſpruche, daß die Klage nicht abzuweiſen ſei, die Sache zur weitem Entſcheidung an den vorigen Richter zurückzuweiſen, oder dieſe ſelbſt zu bewerkſtelligigen habe?	81
Oeffentlichkeit des Hyp. Buchs: ſ. Hyp. Buch.	
Officialanwälte: ſ. Armenpartheiſachen.	
Offiziere: ſ. Gerichtsſtand, Zeugnisdeweis Nr. 15.	
Partikularconcurſ: findet bei Einweiſungen in Gehaltsabzüge des Schuldners nicht ſtatt	77 367
Partikularrechte: ſ. Geſetz.	
Paulianische Klage: ſ. Actio Pauliana.	
Perhorreſcenz: ſ. Intervenient.	
Persona ſtandi in iudicio: bezüglich der Hauskinder	200
Präliminarverfahren wegen Concurſeröffnung	153

Preussisches Recht: s. Immoiliarverträge, Injurien, Schmerzgeld.	
Prioritätsstreite: finden sie bei Einweisungen in Gehaltsabzüge statt?	76 367
Provisorium: durch Arrest, s. Arrestsachen.	
Provocatio ex lege Diffamari: worin besteht das Wesen der Diffamation?	145
Publikation: s. Urtheilsverkündung.	
Rechtsmittel: zur Lehre von unzulässigen Rechtsmitteln	59 284 383
Refusation: kann der Interveniens den ordentlichen Richter in der Hauptsache verbitten?	297
Remission der Injurien. s. Injurien.	
Res judicata: zur Lehre von der Einrede der entschiedenen Sache	121
Restitutio in integrum: durch Entsagung auf das ordentliche Rechtsmittel kann sofort das außerord. Rechtsmittel der Restitution contra sententiam gebraucht werden	382
Restitution c. term. praejud. in Wechselsachen	150
Retorsion der Injurien: s. Injurien.	
Revision: zur Lehre von der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels	59
Richteramt: in Bezug auf minder bestimmte Behauptungen	239
Rügen: verschiedene Bedeutungen dieses Ausdrucks	369
Sachlegitimation: s. Legitimation.	
Schmerzgeld: kann nach preuß. Recht nur gefordert werden, wenn sich der Verletzte einer Kur unterworfen hat	30
Schwägerschaft: s. Zeugenbeweis Nr. 9.	
Schwängerung, außertheliche: s. Ausstattung, Zeugenbeweis Nr. 10.	
Schuldner: als Zeuge im Prozesse gegen den Bürgen	112
Soldaten: s. Zeugenbeweis Nr. 15.	
Standesgehalt: s. Gehalt.	
Strafrechtliche Processirung: deren Einfluß auf die Zeugenqualitat	78
Streitconsens zu Gemeinde-Processen: s. Gemeinden.	
Stuprator: s. Ausstattung.	
Subordination, Vergehen: s. Landwehr.	
Tagebuch der Praxis.	256 304 367
Urkunden: vom Beweis der Richtigkeit producirter Urkunden	288
Begriff alter Urkunden	416
Von der Liquidation durch Urkunden im Concurß, s. Concurß.	

	Seite
Urtheilsverkündung: zur Lehre hiervon u. dem Anfang der Beweistermine u. Nothfristen	123
Verbrechen u. Vergehen: Einfluß defßfalliger Processirung auf die Zeugenqualität	78
Verjährung: vom Beweise derselben	147
In wie fern können res merae facultatis eine unvordenkliche Verjährung begründen u. was ist hierbei zu beweisen?	63
Kann eine Klage wegen Verjährung von Amts wegen abgewiesen werden?	132
Verträge: s. Immo biliarverträge.	
Verzug: zur Lehre v. d. mora accipiendi in Bezug auf Prozesse über Eisenbahnactien	407
Vorzugsrecht: der Kinder des Gemeinschuldners	336
S. auch Prioritätsstreite.	
Wechselproceß: Beiträge zum bayerischen WPr.	
1) Bloß die Wechselfähigkeit des Beklagten bestimmt die Competenz des Wechselgerichts	148
2) Ruß der Klage der Wechsel im Original beigelegt werden?	148
3) Ueber Insinuation der Ladungen	149
4) Von Anmeldung u. Insinuation der Appellation	150
5) Die Ladung zum Publikationstermin ist peremptorisch	150
6) Restitution gegen Präjudicialtermine	150
Widersehung im Dienste: ist sie bei der Landwehr als Subordinationsvergehen oder als gemeines Verbrechen resp. Vergehen zu bestrafen?	321
Zeugendeweis im Civilproceße:	
1) Einfluß strafrechtlicher Processirung auf die Zeugenschafts- Qualität	78
2) Zeugen in eigener Sache	95
3) Der Eedent als Zeuge im Streite des Cessionars gegen den Schuldner	111
4) Der Schuldner als Zeuge in Sache des Gläubigers gegen den Bürgen	112
5) Kann der Litisdenunciat als Zeuge zugelassen werden?	126
6) Gerichtspersonen als Zeugen über Amtshandlungen	126
7) Austräger als Zeugen im Proceße der Gemeinde, welcher sie angehören	144
8) Gemeindeglieder als Zeugen in Gemeindeproceßen	158
9) Ueber Zeugen: Exceptionsmäßigkeit wegen Schwangerschaft	160
10) Er littene außereheliche Schwängerung macht eine Weibsperson nicht exceptionsmäßig	208
11) Die Ehefrau als Zeugin im Proceße ihres Mannes	223
12) Sind Grundholden im Proceße ihrer Grundherrschaft exceptionsmäßige Zeugen?	224

Zeugnbeweis:	Seite
13) Gewaltthaschaft begründet bei Protestanten keine Exceptionsmäßigkeit	236
14) Handgenossenschaft als Grund der Exceptionsmä- ßigkeit	237
15) Sind Soldaten im Proceſſe ihrer Offiziere ex- ceptionsmäßige Zeugen?	237
Zeugniß: iſt die Ausſtellung eines falſchen Zeugniſſes ohne betrügeriſche Abſicht als Vergehen ſtrafbar?	93
Zeugnißausſtellung: kann den Gerichten nur über Thatſachen, nicht über das Zuſtehen von Rechten ange- ſonnen werden	207
Zuhalter: v. d. exceptio plurium concumbentium	47
Zurechnung: Bemerkungen zur Lehre hiervon im Ge- biete des Strafrechts	1

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 1. Samstag, den 6. Jan. 1838.

Zur Nachricht.

Statt des wöchentlichen halben Bogens wird von nun an alle 14 Tage ein ganzer Bogen erscheinen.

Einige Bemerkungen zur Lehre von der Zurechnung im Gebiete des Strafrechts.

Den Richter lob' ich nicht, der zwar ist rechtsgelehrt,
Doch warmen Rechtsgefühls und scharfen Blicks entbehrt.

1.

Bei dem Einflusse, welcher dem Affekte in Bezug auf die Strafbarkeit einer Handlung bemessen wird, lassen sich 2 Gesichtspunkte aufstellen:

1) der relative, von welchem aus die im Affekte begangene Handlung mit der vorbedächtig verübten verglichen, und einfach das Resultat gezogen wird, daß jene minder strafbar sey, als diese;

2) der absolute, von welchem aus der Einfluß des Affektes auf die Willensfreiheit des Thäters erwogen, und in Frage gestellt wird, ob er sich der Strafbarkeit der Handlung überhaupt oder

etwa minder klar bewußt war; ob sich annehmen läßt, daß der Affekt durch Willenskraft hätte bemästert werden können, oder ob sich vielmehr derselbe als ein krankhafter Reiz darstellt, welcher die Willkühr gänzlich aufhebt, oder doch deren freie Wirksamkeit hindert?

Wenn der Gesetzgeber, von dem ersten dieser beiden Gesichtspunkte ausgehend, die im Affekt begangene That mit geringerer Strafe bedroht, als die vorbedächtige, so bestimmt ihn zu dieser Unterscheidung die Erwägung, daß in der letzteren der verbrecherische Willen stärker und gefährlicher hervortrete, als bei dem in der Leidenschaft begangenen Verbrechen: keineswegs aber liegt der fraglichen Unterscheidung die Ansicht zu Grunde, daß der Affekt die Zurechnung mindere; vielmehr zeigt wohl das Verhältniß der Strafen, mit welchen die im Affekte begangenen Handlungen bedroht werden, zu den über die vorbedächtlichen Thaten verhängten, daß der Gesetzgeber auch bei jenen volle Willensfreiheit und Bewußtseyn der Strafbarkeit voraussetzt.

In diese Kategorie gehört die Bestimmung Th. 1 Art. 95 Nr. V. unseres Strafgesetzbuches, welche es als einen Milderungsgrund anführt:

„wenn der Thäter in einer zufällig entstandenen und an sich zu entschuldigenden Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat.“

Dieser Milderungsgrund berechtigt aber nicht, von der gesetzlichen Strafe selbst abzugehen, die gedrohte Strafart zu verändern, oder die gesetzlich bestimmte Dauer derselben zu verkürzen,

sondern nur dazu: eine Freiheitsstrafe, welche durch Bestimmung der höchsten und geringsten Dauer gesetzlich zugemessen ist, innerhalb dieser Gränzen zu verkürzen, ingleichen, die zugleich mit der Hauptstrafe angedrohten verschärfenden Zusätze nachzulassen.

Hierher gehöret auch die Vorschrift des Art. 151 über die Bestrafung des Todtschlägers, nach welcher zwar der Todtschläger nicht, wie der Mörder, mit dem Tode, aber doch mit Zuchthaus auf unbestimmte Zeit bestraft wird; ferner die Vorschrift des Art. 185, nämlich insofern, als die für Körperverletzungen angedrohte Strafe, wenn die That in der Hitze des Zorns verübt worden, nicht weiter als bis zur Hälfte des gesetzlichen Minimums gemindert werden darf.

Geht man hingegen von dem zweiten der angeführten Gesichtspunkte aus, so ergiebt sich vorerst, daß bei einem solchen Grade des Affekts, welcher das Bewußtseyn der Strafbarkeit oder die Willkühr gänzlich aufhebt, die Handlung ganz straflos bleiben, oder doch die Zurechnung zum Dolus wegfallen müsse. ¹⁾ — War aber das Bewußtseyn nur getrübt, die Freiheit der Willkühr nicht ganz aufgehoben, so rechtfertigt sich eine solche Minderung der Strafe, wie sie dem Grade des Einflusses, welchen der Affekt im einzelnen Falle auf Bewußtseyn und Willkühr übte, als angemessen erscheint. — Nach Verhältniß der in der

¹⁾ Vergl. über die Zurechnung zum Dolus den gediegenen Aufsatz Höflers in v. Suraheins Zeitschrift für Theorie und Praxis des bayer. Rechts. Bd. I. S. 278. — Wir rechnen eine Reihe von Beiträgen aus derselben Feder zu den Zierden unsrer Wochenschrift.

verbrecherischen Handlung bethätigten Willkühr die Strafe abzustufen, fordert die Gerechtigkeit; — aber jenes Verhältniß ist so unendlich mannigfaltig, daß es eine nicht zu lösende Aufgabe wäre, in gesetzlicher Vorschrift mehrere gehörig begränzte Grade mangelhafter Zurechnung aufzustellen, etwa auch den Gradmesser an die Hand zu geben, und die Strafandrohungen in gehöriger Abstufung folgen zu lassen. — Es bleibt hier nichts übrig, als dem richterlichen Ermessen, unter Aufstellung allgemeiner leitender Grundsätze freien Spielraum einzuräumen.

So auch unsere bayerische Strafgesetzgebung. Es ist von derselben anerkannt, daß der Affekt zu einem solchen Grade gesteigert seyn könne, welcher die Zurechnung überhaupt oder doch die Zurechnung zum Dolus gänzlich ausschließt, (Anmerk. Bd. I. S. 300, 304 — 5, Bd. II. S. 25); es ist aber auch für diejenigen Fälle, in welchen das Bewußtseyn der Strafbarkeit nur getrübt, die Wirksamkeit der Willkühr nur beschränkt war, dem richterlichen Ermessen der gebührende Spielraum eingeräumt, indem die Anmerkungen Bd. I. S. 300 für solche Fälle auf den Art. 106 ²⁾ verweisen, welcher den Richter allgemein ermächtigt, nach Erwägung der Individualität des Falles:

²⁾ Der Art. 106 spricht zwar nur vom Einflusse der Mangelhaftigkeit des *Thatbestandes*. Aber das *Marginalie* des Artikels und die Anmerk. Bd. I. S. 300 liefern den Beweis, daß hier unter *Thatbestand* auch diejenigen Bedingungen der Strafbarkeit begriffen sind, welche die *Doktrin* (vgl. *Feuerbach* im Lehrbuche §. 82 Note c. *Martin* im Lehrbuche des CrM. §. 29) als *subjektiven Thatbestand* bezeichnet.

„eine geringere Strafe als die gesetzliche in
„Anwendung zu bringen“

Es ist jedoch dem richterlichen Ermessen dadurch eine Gränze gesetzt, daß zugleich auf Art. 152 und 185 Bezug genommen wird.³⁾ — Die Anmerkungen a. a. O. sprechen nämlich aus, daß in Fällen, in welchen in Bezug auf eine im Affekte begangene Handlung die Zurechnung als mangelhaft erscheint, die Strafe nach Analogie der Art. 152 und 185 abgemessen werden solle. Demzufolge hat, wenn die That bei voller Zurechnung mit einer absolut bestimmten Strafe be-

3) Diese Begränzung, diese Verweisung auf Art. 152 und 185 ist nichts weniger als consequent. Denn bei den Strafbestimmungen dieser Artikel waltet offenbar nicht der zweite sondern der erste der oben bezeichneten Gesichtspunkte vor. Man kann nicht sagen, daß den hier gegebenen Strafandrohungen die Annahme einer mangelhaften Zurechnung zu Grunde liege; nicht sowohl die Annahme einer geminderten Willkühr, als vielmehr die Erwägung der mindern Feindseligkeit und Gefährlichkeit des Willens hat den Gesetzgeber hier zu relativ milderen Strafandrohungen bestimmt. Dieß ergibt sich daraus, daß hier das Ermessen des Richters doch in bestimmte Gränzen eingeengt ist, während die mannigfachen Abstufungen der Zurechnung einer solchen Begränzung widersprechen; daß ferner der Art. 152 die Strafe des Zuchthauses auf 8 bis 12 Jahre androht, eine Strafe, deren Verhängung in Fällen, in welchen eine bedeutende Verdunklung des Bewußtseins der Strafbarkeit, eine große Schwächung der Willkühr anzunehmen ist, eine wahre Barbarei seyn würde. — Die Früchte der bewerkten Inconsequenz zeigen sich in Schwankungen und Verlegenheiten der Praxis, welche sich mitunter in Fällen der eben bezeichneten Art entweder geradezu über die ungeeignete Schranke hinwegsetzt, und auf dem Grunde des Art. 106 eine arbiträre, der Individualität des Falles angemessene Strafe ausspricht, oder den Ausweg in einem lössprechenden oder die That nur zur Kulpä imputirenden Urtheile sucht.

droht ist, eine dem 8 bis 12jährigen Zuchthaus im Verhältnisse zur Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit — analoge Minderung der ordentlichen Strafe einzutreten; ist aber die Strafe bei voller Zurechnung zwischen einem gesetzlich bestimmten Maximum oder Minimum auszumessen, so kann im Falle der wegen Affekts mangelhaften Zurechnung bis zur Hälfte des Minimums, (was ein Herabsteigen in der Strafart mit sich bringen kann), aber nicht weiter gemildert werden. Eine Ueberschreitung dieser Gränze zu Gunsten des Schuldigen läßt sich nur durch einen Begnadigungs-Antrag erwirken.

2.

Der menschlichen Gerechtigkeit wird es wohl niemals gelingen, alle diejenigen Momente gehörig zu berücksichtigen, welche auf die moralische Schuldhaftigkeit des Individuums wesentlichen Einfluß haben; die Schattirungen der Temperamente, die Einwirkung der Erziehung, des bösen Beispiels und aller der Lebensverhältnisse, die so oft darüber entscheiden, ob der Mensch auf dem Pfade des Rechts und der Tugend bleibt, oder ob er dem Laster und Verbrechen anheimfällt. — Aber auch der physische Zustand, die Gesundheit des Angeklagten wird häufig bei Verwaltung der Strafgerechtigkeit weniger berücksichtigt, als es geschehen sollte und könnte. Die Erfahrung lehrt, daß unregelmäßige Lebensart, zu große geistige Anstrengung, andauerndes Unterleibsleiden, widrige Lebensverhältnisse, Kummer und Sorgen u. s. w. eine eigenthümliche Verstimmlung des Nervensystems hervorbringen, welche sich in übergroßer Reizbarkeit, in Beschränkung der Fähigkeit, Eindrücken

des Augenblicks zu widerstehen, in krankhaftem Vormalten des Gemüths über den Geist kund giebt. Leidende solcher Art erscheinen vielleicht als ganz gesund; es sind keine oder keine auffallenden Störungen in den Funktionen des Organismus vorhanden; Niemand aus ihren Umgebungen bemerkt an denselben die Spuren einer Krankheit; — dennoch kann ihr Zustand von der Art seyn, daß die Integrität ihres Bewußtseyns und ihrer Willenskraft bezweifelt werden muß. Menschen, an denen ein solches Leiden zehrt, werden ohne ihr Verschulden, wenn der Dämon sie versucht, die Beute plötzlichen Affekts; sie lassen sich zu Uebertretungen der Strafgesetze hinreißen, hinsichtlich welcher eine sorgfältige Untersuchung ergeben wird, daß die Zurechnung entweder gar nicht oder etwa nur in sehr beschränktem Maße Platz greifen kann.

Möchten Inquirenten und erkennende Richter sich immer bemühen, den ganzen Menschen, welcher als Angeklagter vor ihnen steht, möglichst kennen zu lernen; es ist eine schöne, reichlich lohnende Aufgabe, nachzuweisen, daß der Verbrecher nur ein Unglücklicher sey.

3.

Wenn vom Einflusse des Affekts auf Zurechnung und Strafzumessung gesprochen wird, denkt man meistens nur an Aufwallungen des Zorns. Auch die Art. 151, 152 und 185 sprechen nur von Verbrechen, die in der Hitze des Zorns begangen werden. Allgemeiner hingegen sind die Anmerkungen zum Art. 119 Th. I. gefaßt, wo überhaupt vom Einflusse des Affekts auf die Imputabilität einer Handlung die Rede ist. In der

That bewirken auch andere Affekte, insbesondere Schrecken, Furcht, Bestürzung, daß, wie Cervantes es treffend ausdrückt, „der Mensch die ersten Bewegungen nicht in seiner Gewalt hat,“ und werden so die Triebfedern strafrechtlicher Thaten. — Einen sehr interessanten Fall eines Todtschlags aus Schrecken und Furcht, in welchem von dem Gerichtshofe zu Würzburg im Jahr 1816 ein lössprechendes Urtheil erlassen wurde, hat Kleinschrod im neuen Archiv für Kriminalrecht Bd. II. S. 421 ff. mitgetheilt. Merkmale von Affekten dieser Art treten nicht selten in Untersuchungen wegen Widersehung hervor. Allerdings ist es wohl begreiflich, daß Schrecken und Bestürzung die Herrschaft gewinnen und die Besonnenheit übermeistern können, wenn Jemand, der sich keiner Schuld bewußt, dessen nicht zu versehen hat, zu Verhaft gebracht werden soll; oder wenn dem Familienvater, der sich vielleicht, niedergebeugt durch drückende Nahrungsforgen, in dem oben zu Nr. 2 geschilderten Zustande befindet, nothwendige Bestandtheile des Haushalts oder der Wirthschaft von dem Pfandboten weggenommen werden wollen. Läßt sich nun in einem solchen Falle nach Erwägung aller Umstände als gewiß oder wahrscheinlich annehmen, daß sich der Angeklagte aus Bestürzung der Strafbarkeit seiner Widersehung nicht mit voller Klarheit, wie sie der Art. 39 Th. I. voraussetzt, bewußt war, so muß nach Vorschrift der Anmerkungen Bd. I. S. 300 analoge Anwendung des Art. 185 Platz greifen, und es kann die Strafe auf die Hälfte des gesetzlichen Minimums gemindert werden.

Auf gleiche Weise hat eine Ermäßigung der gesetzlichen Strafe bei Verbrechen oder Vergehen wider die Ehre des Staats einzutreten, wenn nämlich bewiesen vorliegt, daß die Beleidigung ohne vorbedachten Entschluß im Rausche, in der Hitze des Zorns, oder unter dem Einflusse schleichenden Wahnes oder krankhafter Reizbarkeit zugefügt wurde.

Seltfam genug hört man mitunter die Behauptung aufstellen, die Herabsetzung der Strafe nach Analogie des Artikel 185 dürfe bei Staats-Verbrechen und Vergehen nicht stattfinden. Diese Behauptung ist von allem Grunde entblößt. Die Vorschrift der Anmerkungen Bd I. S. 300 lautet ganz allgemein, sie ist zu einem Artikel des allgemeinen Theils gegeben, und hat daher bei allen Staats- — wie Privat- — Verbrechen und Vergehen, wo immer die Voraussetzung einer mangelhaften Zurechnung vorhanden ist, gleichmäßig in Anwendung zu kommen.

Wo die Gesetze nicht die Fälle unterscheiden,

Da soll der Richter auch die Scheidungskunst vermeiden.

Seuffert.

Nebenverträge, vermöge welcher der Gemeinschuldner einigen seiner Gläubiger aussergerichtlich neben der offen gebotenen Dividende noch besondere Vergünstigungen zusichert, begründen kein Klagerrecht.

(Zur bayer. GD. XVIII. §. 13 Nr. 2)

Von Dr. Georg Karl Seuffert. -

Die neuesten Versuche, den vielfachen Miß-

bräuchen, denen die Anwendung obiger Stelle der G. D. seither unterlegen ist, auf legislativem Wege abzuheffen, sind gescheitert. Es wird daher um so mehr Aufgabe der Praxis seyn, durch umsichtigen und consequenten Gebrauch der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, durch tieferes Eingehen in den Geist des Gesetzes, in dessen eigentlichen Grund und Endzweck, Recht und Billigkeit streng zu scheiden, einem jeden zu geben, was das Seine ist, und auch hier zu bewähren, daß in der Regel nicht das Gesetz, sondern nur dessen Anwendung es verschuldet, wenn so hin und wieder die Resultate der richterlichen Thätigkeit mit dem Rechte in grellen Widerspruch getreten sind, welches, gestützt auf ächte Religiosität vorlängst in dem Bewußtseyn des Volkes als das einzig wahre Recht gelebt hat und noch lebt.

Zu den schädlichsten und schändlichsten Mißbräuchen und Kunstgriffen, welche bei den nach G. D. l. c. erzielten Nachlaßverträgen angewendet zu werden pflegen, gehören jene Nebenverträge, wodurch der Gemeinschuldner lästige Dissentienten durch Zusicherung geheimer Vortheile vor den andern Gläubigern, zu beseitigen sucht.

Daß solche Nebenverträge nicht klagbar seyen, und die redlichen Gläubiger sogar zur Anfechtung des Arrangements berechtigen, wurde bereits in diesen Blättern Bd. I. S. 173 mit Recht behauptet. Hier folgt eine nähere Begründung dieser Ansicht und deren Richtigkeit selbst in dem besondern Falle, wenn bei entschiedener Mehrheit für das Arrangement, dasselbe bereits in 1. Instanz bestätigt war und der Nebenvertrag nur zur Ab-

wendung der von dem Dissidenten gegen das
 desfallsige Erkenntniß ergriffenen Berufung abge-
 schlossen worden ist.

Ein solcher Nebenvertrag ist in jedem Falle
 ungültig und begründet kein Klagerecht, denn:
 1) es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß die Ver-
 tragßbefugniß innerhalb der durch fr. 7 §. 7,
 Const. 6 et 30 de pactis gezogenen Grenzen unbe-
 dingt stattfindet; allein gerade diese Grenzen,
 Gesetz und feststehendes in dem Rechtsgeföhle des
 Volkes wurzelndes Herkommen sind bei den hier
 in Frage stehenden Nebenverträgen überschritten.
 Die gesetzliche Bestimmung, welche die Minorität
 der dissentirenden Gläubiger durch die consenti-
 rende Mehrheit zur Annahme eines Nachlaßvertra-
 ges zwingen läßt, ist ganz singulärer Art, wider-
 streitet den ersten Principien des strengen Rechts
 und erfordert daher in der Anwendung die engste
 Beschränkung auf die gesetzlichen Voraussetzungen,
 die sorgfältigste Ueberwachung der zu ihrer Gel-
 tendmachung erforderlichen Bedingungen. Hierzu
 gehört aber vor Allem die Vollständigkeit und
 Wahrheit der in Computation gezogenen Stimmen.
 Nach fr. 8 de pactis sollen alle Gläubiger convo-
 cirt, und nur dasjenige, was die mehreren der-
 selben wirklich beschließen, bindende Norm für
 die übrigen werden. Nur den Nachlaß, den die
 Majorität der Creditoren wirklich bewilliget, soll
 sich nach G. D. cap. 18 §. 13 auch die mindere
 Zahl gefallen lassen. Sind die abgegebenen Er-
 klärungen nur simulirt, durch die Aussicht auf
 eine reiche Nachlese erkaufte, so wird ein Theil
 der Stimmenden zu einem größeren Nachlasse ge-

zwungen, als der andere, das Erkenntniß auf falsche Prämissen gebaut, und das ohnehin sehr zu beschränkende Gesetz zur Hintergehung der Minderheit mißbraucht. So ferne es also besteht und angewendet werden muß, erscheint es *ex deductis* als eine unabweißbare Folge seines Bestehens, als ein nothwendiger Schluß von dem Zwecke auf die Mittel, daß alle Nebenverträge, wodurch dem einen oder dem andern Gläubiger mehr, als das offen vorgelegte Arrangement besagt, heimlich geboten oder versprochen wird, daß alle Nebenverträge, welche mit den öffentlich abgegebenen Erklärungen auf irgend eine Weise in Widerspruch stehen, als gegen Gesetz und Recht verstößend, kraft der Const. 6 et 30 de pactis für ungiltig und nach fr. 3 de condict ex injusta causa für unklagbar gehalten werden.

2) Jeder Gläubiger, der einem gerichtlich oder wenigstens öffentlich proponirten Nachlaß-Vertrage seine Zustimmung ertheilt, geht hiebei von der Rücksicht aus, daß der Schuldner nicht mehr, als er geboten, zu leisten vermöge, und daß jeder andere Gläubiger mit ihm gleich behandelt werde, sonst würde er den Nachlaß nicht bewilligen. Wird nun einzelnen Creditoren mehr bewilliget, als die übrigen erhalten, so wird dadurch offenbar das obige Princip (der Gleichstellung aller) erschüttert, und es erscheint solches schon deswegen als eine zur Verkürzung der übrigen Creditoren unternommene Handlung, weil sie, wenn es bekannt geworden wäre, sich nicht zu dem Nachlasse würden verstanden haben, zu welchem sie durch die Meinung inducirt wurden,

als ob ein Gläubiger wie der andere behandelt werde.

3) Nachlaßverhandlungen werden in der Regel bei vorliegender Insolvenz, sonach bei bevorstehendem Konkurse gepflogen. Nun verbietet und verpönt das b. StGBuch Bd. 1. Art. 276 derlei dolose Begünstigungen einzelner Gläubiger vor den übrigen, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß aus einer Handlung, welche das Gesetz bei Strafe verbietet, für den Thäter keine Rechte erwachsen können, welche vor dem Civil-Richter Schutz und Anerkennung zu finden vermöchten. Noch evidenter ist dieses in dem Falle, wenn bereits des Schuldners Vermögen provisorisch gesperrt, ein Zahlungsverbot erlassen, oder der Konkurs schon erkannt worden ist. Dann ist der Gemeinschuldner nach bekannten Rechten (fr. 7 §. 14 de pactis, G. D. cap. 19 §. 19 Nr. 4) nicht mehr befugt, mit einzelnen Gläubigern, ohne Konkurrenz aller Uebrigen, und unter Hintanzsetzung der Ansprüche gleich- oder mehr privilegierter oder selbst nachstehender Creditoren ein Abkommen zu treffen, ihnen mehr zu zahlen oder zu versprechen, als mit dem Resultate des allgemeinen Verfahrens verträglich ist. Was dem entgegen dennoch gegeben oder versprochen wird, ist vielmehr, wie die G. D. l. c. sich ausdrückt, ohne Kraft und kann nicht eingeklagt werden.

4) Steht aber diese Ansicht, als in juristischer Consequenz begründet fest, so muß es für den Erfolg ganz gleichgültig bleiben, ob der Nebenvertrag mit einem schon erklärten Dissentienten zur Abwendung eines Dissenses oder vor der

Erklärung zum Zwecke des Stimmenkaufes abgeschlossen wurde; denn hier wie dort bezweckt er nichts anderes, als eine falsche Stimme an der Stelle der wahren zu unterschreiben, und das Gesetz, sowie dessen Organe können nicht, im Widerspruche mit sich selbst, beiden zugleich eine rechtliche Wirkung einräumen.

5) Auch kann es an dem bisher gefundenen Resultate gar nichts ändern, wenn gegen die Minderzahl der Dissidenten das proponirte Arrangement durch ein Erkenntniß bestätigt, erstere hiegegen die Berufung ergriffen, solche aber in Folge einer besondern Uebereinkunft mit dem Gemeinschuldner wieder zurückgenommen, ihren Beitritt erklärt und auf Vollzug des Nachlassvertrages angetragen haben; denn im Lichte der Wahrheit betrachtet enthält eine solche Erklärung den unumwundenen Beitritt zu dem proponirten, also nicht separat abgeschlossenen Arrangement, ohne daß dem etwaigen reservirenden Beisatz: „der Beitritt geschehe vermöge besonderer Uebereinkunft“ ein größeres Gewicht beigelegt werden dürfte, als jedem anderen leichtscheuen, entweder gar nicht oder doch nicht deutlich ausgedrückten Vorbehalte in Rechtsgeschäften aller Art. Wenn nun später, nach Vollzug jenes in Rechtskraft erwachsenen Urtheils und dem gemäß geschehener Vertheilung der Dividenden, der heimlich beschwichtigte Dissident mit dem Inhalte der vorher nur ganz allgemein angekündigten Uebereinkunft hervortritt, und den Sold für seine Belehrung im Wege Rechts verlangt, so steht ihm die Einrede des Verzichtes und der

abgethanen Sache ex actis zerstörend entgegen, die bei noch schwebender Sache abgeschlossene Ueberkunft fällt in die Kategorie der unerlaubten Nebenverträge, und der Richter würde im Entsprechungsfalle nicht nur sein eigenes Erkenntniß und den darauf gebauten Vollzug des Arrangements in ihrem Bestande erschüttern, sondern auch den übrigen Gläubigern die Befugniß implicite ertheilen, die Aufhebung solch eines simulirten Nachlaßvertrages und die Wiedereinsetzung in ihre früheren Rechte zu begehren. ¹⁾

Gesetz, Natur der Sache, die allgemeine Sittlichkeit und das den einmal unter öffentlicher Auctorität festgesetzten Rechtsverhältnissen unentbehrliche Vertrauen fordern daher, daß allen Nebenverträgen zum Zwecke der separaten Begünstigung einzelner Gläubiger vor den übrigen das Klagerrecht versagt, und der, nur den offenen und ehrlichen Geschäften gebührende Schutz der Gesetze verweigert werde. ¹⁾

Von der Wirkung der Nichtigkeits-Querel.

Von Dr. G. R. Seuffert.

G. D. cap. 16. §. 2 Nr. 1 u. 2. Wird eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein rechtskräftiges Urtheil a limine judicii abgewiesen, so kann gegen den Querulanten, der gegen das abweisende Erkenntniß die Berufung ergriffen hat, dennoch mit der Exekution vorgefahren werden, sofern ihm nur durch den wirklichen Vollzug derselben, und die effektive Befriedigung des Gegentheiles ein unersetzlicher Schaden nicht zugeht. Denn die Nullitätsquerel, also auch die gegen deren Abweisung ergriffene Berufung hat an sich keinen Suspensiv-Effekt, es sey denn wegen unersetzlichen

¹⁾ Thibaut P. R. §. 1220. Erl. des Kr. u. St. G. Schweinfurt vom 20. März 1837 L. Nr. 247 $\frac{1}{2}$ und Erl. des OStG. f. d. UMR. vom 27 Okt. 1837 R. 5086
825

Schadens¹⁾. Dasselbe folgt auch aus der Analogie der in Betreff grundloser Restitutionsgesuche getroffenen Bestimmung der G. D. cap. XVI. §. 1 Nr. 8, wo es ausdrücklich heißt, daß dergleichen Restitutionsgesuche abgewiesen, und die Exekution hiedurch nicht gehemmt werden solle.

Wenn es in §. 2 *ibid.* heißt, daß eine Sentenz, welche aus Mangel an Citation oder Jurisdiction mit unheilbarer Nullität behaftet sey, niemals in rem judicatam erwachse, folglich nicht ad executionem gebracht werden könne, so wird die Voraussetzung als eine Thatsache, als etwas bereits Gegebenes gedacht, und die gesetzliche Disposition nicht auf das bloße Anbringen einer noch dazu ex ipsis narratis schon grundlosen Nullitätsquerel gebaut. Könnte durch eine solche Beschwerde die Exekution aufgehalten werden, so wäre jedem zahlungsflüchtigen Schuldner in der Vollstreckungs-Instanz noch ein bequemes Mittel gegeben, den Kläger trotz des ihm zur Seite stehenden rechtskräftigen Urtheils noch Jahre lang hinzuhalten, zumal es bei dergleichen Querelen auf keine Berufungs- oder Revisionssumme ankommen hat, daher alle Instanzen offen stehen würden, was das Gesetz, welches den rechtskräftigen Urtheilen in G. D. cap. 18 §. 1 schleunige und unaufhaltsame Vollstreckung zusichert, unmöglich gewollt haben kann.

Würde übrigens auch dem Schuldner durch den Exekutionsvollzug, oder die Befriedigung des Gegners ein unersetzlicher Schaden zugehen, falls er in dem Nullitätsprocesse obliegen sollte, so müssen doch jedenfalls die Rechte des letztern durch vorläufige Beschlagnahme der Exekutionsgegenstände, durch Veräußerungsverbote oder Deponirung der schuldigen Summe sicher gestellt werden.²⁾

¹⁾ Martin bürgerl. Proceß §. 284.

²⁾ Erkenntniß des Kr. u. StG. Schwinfurt v. 18. Aug. 37 N. $\frac{5724}{5528}$ u. Erkenntniß des AG. f. d. U. R. Kr. v. 27. Okt. 1837 N. $\frac{584}{48}$.

B l ä t t e r
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 2. Samstag, den 20. Jan. 1838.

**Praktische Resultate der neuesten Literatur in
der Lehre von den Einreden.**

Von Herrn Professor Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

I.

Daß es in Deutschland gegenwärtig an einer lebendigen Rechtsbildung fehlt, daß unser geltendes Recht eine stagnirende Masse geworden ist, welche die Richter erdrückt, statt von ihnen beherrscht zu werden, bedarf wohl eben so wenig eines Beweises, als daß hier Hülfe nur dann zu erwarten ist, wenn sich die Kluft wieder schließt, welche Theorie und Praxis — durch gleiche Schuld beider — jetzt scheidet. Darauf hinarbeiten ist der Zweck dieser Zeitschrift, und ihm entspricht es daher, den Richtern von Zeit zu Zeit die praktischen Resultate wissenschaftlicher Forschungen in gedrängten Uebersichten mitzutheilen, und sie dadurch zu einer genaueren Berücksichtigung derselben zu veranlassen, welche die Geschäftsüberladung sie allzuleicht übersehen läßt. Dazu soll hier der Versuch mit der Lehre von den Einreden gemacht

werden. Gleichbedeutend für die Rechtsanwendung durch ihren Einfluß auf die Beweislast, wie für wissenschaftliche Forschung durch ihren Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung des gesammten Rechtsstoffes, insbesondere mit der Fortbildung des römischen Rechts in den deutschen Gerichten, ist sie gleichwohl ungeachtet der fördernden Bestrebungen Gönner's bis jetzt noch zu keiner festen Begründung, nicht einmal zu einer genauen Abgränzung des Begriffs der Einrede gegen die verneinende Einlassung gebracht worden. Daher die erneuten schriftstellerischen Bestrebungen der jüngsten Zeit, über die nun berichtet werden soll. Schon im Jahre 1829 faßte Sittenis den Plan, die Lehre von den Einreden in einer umfassenden Monographie zu behandeln, und hat daraus einstweilen Bruchstücke mitgetheilt in v. Zu Rhein's Jahrbüchern des Processus, Nürnberg bei Campe 1830. B. 1. n. 6. u. 11 und in Linde's Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß Bd. 6. n. 13, in welchen er Geschichte, Begriff und Wesen der Einrede behandelt. Darauf machte die Juristen-Facultät zu München im Jahre 1830 „die Entwicklung des Begriffs der exceptio im römischen Rechte, seiner spätern Veränderungen und die Ausmittlung des Begriffs, welcher heutzutage im gemeinen Rechte mit dieser Art von Vertheidigungsmitteln zu verbinden ist“ zum Gegenstande einer Preisaufgabe. Die mit dem Preise und dem Accessit belohnten Arbeiten sind im Drucke erschienen, und sind

- 1) Dr. M. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich

entwickelt. — München b. Weber 1835.

- 2) Dr. J. Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München b. Jaquet 1835. —

Daran reiht sich zuletzt eine kleine Abhandlung über Exceptiones im Allgemeinen von Rosshirt in seiner Zeitschrift B. 2. H. 3. S. 336 ff. —

Außerdem sind in den letzten zehn Jahren viele specielle Untersuchungen über einzelne Theile unserer Lehre, namentlich darüber bekannt gemacht worden, ob bestimmte Vertheidigungsmittel des Beklagten, welche allgemein den Namen *exceptio* erhalten, wahre Einreden oder verneinende Einlassungen seyen; diese sollen weiter unter gehörigen Ortes angeführt werden.

11.

Das erste und, wenn auch nur ein negatives, doch ein bedeutendes Resultat ist die Bestätigung und ausführliche Begründung des auch schon von den meisten ältern Schriftstellern angenommenen Satzes, daß der ächt römische Begriff der *exceptio* nicht gebraucht werden kann, um den heutigen processualischen Begriff der Einrede darauf zu bauen, daß mithin der Umstand, ob ein bestimmtes Vertheidigungsmittel des Beklagten in dem *Corpus juris civilis* eine *exceptio* genannt wird, oder nicht, durchaus nichts entscheiden kann darüber, ob dasselbe jetzt als Einrede oder als verneinende Einlassung zu betrachten ist. Der römische Begriff gieng hervor aus dem Gegensatz, der die Gesamtentwicklung des römischen Rechts durchdrungen und geleitet hat, nämlich der Strenge des

alten Civilrechtes und der *aequitas*, d. i. der freieren und höheren Rechts-Idee des prätorischen Rechtes; *exceptio* war nämlich ein vom Prätor aus Gründen der *aequitas* gegen eine civilrechtlich begründete Klage gegebenes Vertheidigungsmittel. Das Civilrecht nahm z. B., wenn ein in der gehörigen Form geschlossener Vertrag (*stipulatio*) vorlag, keine Rücksicht darauf, ob das Versprechen aus freier Einwilligung hervorgegangen, oder durch Zwang oder Betrug veranlaßt war; der Prätor gab aber hier gegen die Klage die *exceptio metus* oder *doli*. Demnach waren alle diejenigen Vertheidigungsgründe, welche dem Beklagten schon nach Grundsätzen des Civilrechtes zur Seite standen, keine *exceptiones*; so z. B. war es auch im strengen Civilrechte Grundsatz, daß ein wesentlicher Irrthum Verträge vernichte, daß Zahlung & Novation den Schuldner befreien; die Quellen kennen daher keine *exceptio erroris*, *solutionis* oder *novationis*, sondern sagen in solchen Fällen: *ipso jure obligatio non contrahitur* oder *tollitur*, *actio non tenet*. Die römische *exceptio* war daher nicht der *litis contestatio*, womit die ganze erste Verhandlung der Parteien vor dem Prätor bezeichnet wurde, entgegengesetzt, sondern den civilrechtlichen Vertheidigungsgründen, *defensiones*. Die processualische Bedeutung dieses Gegensatzes bestand aber vorzüglich darin, daß die civilrechtliche *defensio* in jedem Stadium des Processus geltend gemacht werden konnte, der die *exceptio* begründende Umstand dagegen schon bei der ersten Verhandlung vor dem Prätor angeführt werden mußte, damit ihn dieser in die Klagformel, mit welcher die

Sache zur Beweisführung und Entscheidung an den *judex* gewiesen wurde, als einen die civilrechtlich nothwendige Verurtheilung ausnahmsweise (daher *exceptio*) hindernden Grund aufnahm. Dieser Unterschied verschwand aber schon im spätern römischen Prozesse, und um so mehr stehen sich jetzt die civilrechtlichen *defensiones* und die *exceptiones processualis* gleich. Das Gegentheil behauptet zwar Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen über einzelne Theile des Civilprocesses. Berlin 1827. num. V. S. 349, indem er die civilrechtlichen *Defensiones* zu dem direkten Gegenbeweise des Beklagten rechnen will; allein er ist schon von Linde in dessen Zeitschrift Bd. 1. S. 148 — 154 hinreichend widerlegt, und die processualische Gleichheit jener Gegensätze ist nun allgemein angenommen. ¹⁾ Der Gegensatz hatte aber auch im klassischen römischen Rechte eine materielle, nicht processualische Bedeutung, und ob diese jetzt auch verschwunden sey, ist auch durch die neusten Untersuchungen nicht entschieden, vielmehr gerade durch sie wieder sehr streitig geworden. Während nämlich Albrecht S. 46 — 108 mit den meisten ältern Pandektenlehrern ²⁾ behauptet, der Umstand, ob der Beklagte sich *ipso jure* oder nur *ope exceptionis* vertheidigen könne, sey schon im spätern römischen Rechte, und um so mehr jetzt ohne alle materiellen Folgen, erklären sich ³⁾ für das Gegentheil Knappe, S. 50—66,

¹⁾ Vgl. außer den Obengenannten auch noch Baher, Beiträge etc. S. 250 — 256. Linde, Lehrbuch §. 158.

²⁾ Thibaut, System §. 34. Mecklen S. 485.

³⁾ wie auch schon mehrere neue Pand. Lehrer, Wenig, I. §. 29. Mühlendruck §. 465.

Rosshirt, l. c., am besten und ausführlichsten aber Büchel, in seinen civilrechtlichen Erörterungen Bd. 2 Abth. 1. Marburg 1836. S. 2—57, und diese Ansicht dürfte in der That das Meiste für sich haben. Ihre weitere Ausführung liegt jedoch außer unserm Plane, und nur beispieisweise mag hier angeführt werden, daß für eine ipso jure vernichtete Schuld, z. B. Spielschuld, oder Intercession einer Frau ohne öffentliches Instrument, in keiner Weise ein Bürge eintreten könne, wohl aber für eine obligatio, der eine exceptio entgegensteht, ein wirklich zur Sicherung gegen die exceptio eintretender Bürge haftet, wie z. B. für das Darlehen eines Haussohnes oder die Schuld einer Frau, die in einem öffentlichen Instrument intercedirte.

(Fortsetzung folgt.)

Zur Lehre vom Executivproceße.

Der Executivproceß findet nach der G.D. III. §. 3 Nr. 5 nur wegen verbriefter und liquider Schuldforderungen statt, worunter das Gesetz diejenigen versteht, welche auf einer schriftlichen Urkunde beruhen, aus der das Quantum der Forderung, ihre Qualität (d. i. causa debendi) nebst der Person des Schuldners und Gläubigers genugsam hervorgeht. Daß in der Schuldburkunde über die Zeit der Zahlung eine besondere Bestimmung enthalten seyn müsse, wird vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben und eben so wenig gedenken die Anmerkungen zur G.D. I. c. lit. e. eines solchen Erfordernisses, sondern es wird das

selbst bloß bemerkt, daß der Executivproceß nicht statfinde, wenn die Bezahlung mit der Klausel, „sobald es möglich“ in dem Schulbinstrument versprochen worden ist.

Die Frage, ob auf eine Urkunde, in welcher sich keine Bestimmung über den Zahlungsstermin befindet, der Executivproceß begründet werden könne? ist sowohl in der Praxis, als auch in der Doktrin des gemeinen Processes streitig¹⁾. Selbst in den Entwürfen der Civilproceßordnung für Bayern kommen hierüber keine gleichartigen Bestimmungen vor. Der Entwurf von 1825 führt im §. 786 unter den Punkten, welche aus einer den Executivproceß begründenden Urkunde erhellen müssen, namentlich auf „die Zahlungszeit“ auf; wogegen der revidirte Entwurf von 1827 im §. 408 Absatz 3 die Zahlungszeit nicht besonders erwähnt, und im Entwurf von 1831 heißt es §. 317 „die Urkunde müsse einen bereits verlaufenen Zahlungsstermin enthalten.“

Es verdient jedoch die Meinung, welche die obige Frage bejahend entscheidet, den Vorzug; denn:

1) Wenn bei Entstehung einer Obligation über die Zeit der Erfüllung nichts besonderes bestimmt, und eben so wenig eine Bedingung beigefügt wurde, so kann sie ohne Verzug geltend gemacht und eingeklagt werden²⁾. Die Gesetze nehmen in diesem Falle eine *stipulatio pure facta*

¹⁾ S. Seufferts civilist. Erörterungen. Würzburg 1820 Nr. II, §. 1., abgedruckt in den gesammelten rechtswissenschaftl. Abhandl. (Erlangen 1837.) Nr. II.

²⁾ Fr. 14 de R. J. — Fr. 41 §. 1 de V. O. — Fr. 213 pr. de V. S.

an, und deren Existenz wird gerade durch die Urkunde selbst, in der von einer Zeitbestimmung oder Bedingung (z. B. vorgängiger Kündigung) nichts enthalten ist, dargethan³⁾. Die Urkunde, deren Ausstellung der Klagerhebung ohnehin vorausgeht, gewährt hier dem Richter die Ueberzeugung, daß der Kläger seine Ansprüche sofort geltend machen konnte, ohne erst den Ablauf einer gewissen Zeit oder den Eintritt einer Bedingung abwarten zu müssen.

2) Die aufgestellte Meinung wird hauptsächlich noch dadurch unterstützt, daß die O.D. nicht vorschreibt, daß in der Schuldurkunde eine besondere Bestimmung des Zahlungstermins enthalten sey, oder sonst urkundlich nachgewiesen werden müsse. Hätte aber der Gesetzgeber dieses für nothwendig gehalten, so würde er unzweifelhaft hievon Erwähnung gemacht haben, da im Uebrigen die Erfordernisse einer verbrieften und liquiden Schuldforderung genau und speciell angeführt worden sind.

Der Fall, daß die Schuldurkunde gar nichts über die Zahlungszeit enthält, wird übrigens nur selten vorkommen, indem darin gewöhnlich hierüber etwas enthalten ist. Hier gilt nun die unbestrittene Regel, daß die Zahlungszeit auf bestimmte Art ausgedrückt seyn muß, damit der Richter aus der Urkunde bemessen kann, ob der dies zur Zeit der Klagstellung schon eingetreten sey oder nicht; denn ein Schulddocument,

³⁾ Seuffert a. a. O. §. 2. Vgl. auch Bahrer Theorie der summ. Proceße §. 43 Note 7 S. 100 der ersten Ausgabe.

welches hierüber keinen sichern Anhaltspunct gewährt, kann den Executivproceß nicht begründen ⁴⁾. Hieher gehört z. B., wenn der Schuldner in der Urkunde verspricht, er wolle seine Schuld „so bald als möglich“ oder „nach Gelegenheit“ oder „so wie es seine Umstände zulassen“ bezahlen ⁵⁾.

Dagegen ist es nicht gerade nothwendig, daß die Zahlungszeit durch specielle Anführung des vollständigen Datums, d. i. durch Angabe des Jahres, Monats und der Tageszahl, ausgedrückt werde. Es genügt auch schon eine allgemeinere Bezeichnung, wenn sie nur überhaupt auf eine Art geschieht, daß daraus die Zahlungszeit gehörig entnommen werden kann. Hieher ist insonderheit der Fall zu rechnen, wenn sich der Mangel der genauern Angabe des Zahlungstermins mit Hilfe allgemeiner gesetzlicher Regeln ergänzen läßt. Hat z. B. der Schuldner in einem am 12. Dezember 1836 ausgestellten Schuldschein über ein empfangenes Darlehn versprochen, er wolle die eine Hälfte der Schuld an Pichtmeß und die andere Hälfte an Walburgi zurückbezahlen, ohne diese beiden Zahlungsfristen durch Beifügung der Jahreszahl oder durch Einschaltung des Wortes „nächstkommender“ genauer zu bezeichnen, so kann dieser Mangel der genaueren Bezeichnung jener Zahlungsfristen keinen Grund abgeben, die vom Gläubiger nach Ablauf des Pichtmeßziels 1837 auf Zahlung der ersten Hälfte, oder nach Ab-

⁴⁾ Wager a. a. D.

⁵⁾ Seuffert a. a. D. §. 7, Pand. summ. Proc. §. 79. Note d. (Ausg. 3.)

lauf des Walburgiziels 1837 auf Zahlung der ganzen Schuld aus der Schuldurkunde erhobene Executivklage abzuweisen, weil der erwähnte Mangel durch Anwendung einer gesetzlichen Regel sich ergänzen läßt. Es bestimmen nämlich die Gesetze ausdrücklich, daß, wenn ein öfter wiederkehrender Tag oder Zeitpunkt anberaumt wird, hierunter in Ermangelung näherer Bestimmung der nächst kommende zu verstehen sey ⁶⁾. Da nun Lichtmeß und Walburgi solche Tage sind, welche alljährlich am 2. Februar und ersten Mai wiederkehren, so muß nach vorstehender Regel angenommen werden, daß unter den im Schuldschein auf Lichtmeß und Walburgi bestimmten Zahlungsfristen die von Zeit der Ausstellung des Schuldscheins zunächst eintretenden Zielfristen — also Lichtmeß und Walburgi 1837 — gemeint waren; die angestellte Executivklage konnte daher wegen Mangel genauerer Bestimmung der Zahlungszeit nicht abgewiesen werden ⁷⁾.

Glück.

Eigenthümlichkeiten der fränkischen Provincial- und Statutar-Rechte.

Von Dr. Georg Karl Seuffert.

I.

Nach gemeinem Rechte besteht zwischen Ascendenten und Descendenten die gegenseitige Ver-

⁶⁾ Fr. 41 pr. de V. O. vergl. mit Fr. 13 eod. Schwegge röm. Privatrecht §. 384. Wenning: Jüngerheim Lehrb. des gem. Civilrechts III. Buch Kap. 1 §. 27.

⁷⁾ MGE, v. 21. November 1837 K. 100034.

bindlichkeit zur Alimentation ¹⁾ unter den besondern in den Gesetzen ²⁾ bestimmten Voraussetzungen, und hört nur dann auf, wenn sich entweder der Berechtigte gegen den Verpflichteten schlechtes Betragen erlaubt ³⁾, oder der Verpflichtete stirbt, wobei jedoch die Erben der Kinder mit der Alimentation höchst dürftiger Aeltern fortfahren müssen ⁴⁾.

Die kaiserliche Landgerichtsordnung Herzogthums Franken statuiert nun zwar auch P. III. Tit. 90 §. 3 — Tit. 59 §. 1 — Tit. 118 §. 2 diese gegenseitige Alimentationspflicht, sowohl in Bezug auf leibliche Eltern und Kinder, als unirte Eltern, allein mit folgenden wesentlichen Modificationen:

1) die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu alimentiren, erlischt gänzlich und unbedingt nach geschieder Grundabtheilung v. G. D. P. III. Tit. 90 §. 4.

2) Auf Seite der Kinder dagegen dauert diese Verbindlichkeit zwar auch nach erfolgter Abtheilung und Aushändigung des f. g. Zweitheils noch fort, allein der dürftige Parens ist nicht befugt, sich seinen Unterhalt eigenmächtig aus dem Vermögen der Kinder zu entnehmen, sondern es soll vorerst richterliche Cognition eintreten, und in deren Folge die Verbindlichkeit der Kinder, sie mögen gleich bevormundet seyn oder nicht, in quali et quanto durch Erkenntniß festgestellt werden. P. III. Tit. 95 §. 1 et 2.

¹⁾ Fr. 5 §. 1. 2. de agnosc. et alend. lib.

²⁾ Fr. 5 §. 7. 13 eod.

³⁾ Fr. 5 §. 11 eod.

⁴⁾ Fr. 5 §. 17 eod.

5) Unirte Kinder, ob sie gleich (ibidem Tit. 118. §. 1—3) den leiblichen in allen Beziehungen gleich erachtet werden, obgleich die unirten Stiefeltern zu deren Alimentation (ibidem §. 4) vor der Abtheilung gerade wie bei leiblichen Kindern verpflichtet sind, haben dessen ungeachtet nicht die geringste Verbindlichkeit auf sich, ihre hilfbedürftigen Stiefeltern auf irgend eine Weise zu unterstützen, oder mit Unterhalt zu versorgen, wenn sie auch gleich noch nicht abgetheilt seyn, somit das Band der Einkindschaft noch fort dauern sollte. Das allegirte Provincialstatut P. III. Tit. 95. §. 3. spricht sich hierüber, nachdem es vorher von der Alimentationspflicht der Kinder gehandelt hat, ganz unzweideutig in den Worten aus:

„Zedoch wollen wir solches allein in den
 „rechten natürlichen Eltern geordnet haben;
 „dann die per unionem angenommenen Kinder,
 „sie seyen gleich abgetheilt oder nicht, sollen zu
 „solcher Hilfeleistung ihrer nothdürftigen Stief-
 „eltern nicht verbunden seyn, noch auch zu einem
 „solchen von unserm Landgericht wider ihren
 „Willen gedrungen werden.“

Diese dem ersten Anscheine nach so singulären und paradoxen Bestimmungen sind gleichwohl nur konsequente Folgerungen aus der Natur der Verhältnisse.

Durch die Grundabtheilung wird das civilrechtliche Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, als solches gelöst, und jede rechtliche Folge der Kindschaft einer- und des elterlichen Standes andererseits aufgehoben. Beide treten lediglich in die Beziehung der nächsten Unverwandtschaft zu einander, beerben sich

daher ab intestato, sind aber i ihrer Befugniß, zu testiren, durch ihre wechselseitige Existenz nicht im geringsten beschränkt. Hierbei konnte jedoch der Gesetzgeber die Rücksichten der Pietät, die das leibliche Kind an seine Erzeuger und Erzieher knüpfen, er konnte das göttliche Gesetz, welches die Eltern bis zu deren Lebende zu ehren gebietet, nicht ganz außer Augen lassen, und mochte daher dem, wenn gleich abgetheilten Kinde, dennoch die Verbindlichkeit, seine dürftigen Eltern zu ernähren und zu unterstützen, auferlegen.

Anderß gestaltet sich das Verhältniß zwischen den unirten Kindern und ihren Stiefeltern. Es wurzelt nicht in der Natur und dem göttlichen Gesetze, sondern es ist durchaus Menschenwerk, gründet sich lediglich auf menschliche Rücksichten, und erscheint nach Form und Inhalt als etwas rein positives. Deßhalb sind auch nach verwirkter oder vollzogener Grundtheilung alle Bande gelöst, welche das unirte Kind an seinen Stiefvater oder seine Stiefmutter knüpften, sie sind sich gar nicht mehr verwandt, beerben sich nicht ab intestato, und sind sich zu keiner Alimentation verpflichtet. Vor der Abtheilung aber ist die Union als ein zweiseitiges Geschäft, mit gegenseitigen festbestimmten Leistungen und Gegenleistungen zu betrachten. Die unirten Eltern müssen das Kind ernähren, erziehen, und ihm ihr Vermögen hinterlassen, dieses dagegen gibt sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen an die unirenden Eltern ab, und wird von ihnen beerbt, es verpflichtet sich, ihnen gehorsam und unterthan zu seyn, weil nur hiedurch die Möglichkeit einer guten Erziehung bedingt ist;

allein da durch das Institut vor Allem der Vortheil des Kindes, nicht aber der der Eltern bezweckt wird, welche schon dadurch hinreichend gewonnen haben, daß sie nun der Grundtheilung überhoben sind, so erscheint es keineswegs paradox, vielmehr ganz consequent, wenn der Gesetzgeber das unirte Kind aller Verpflichtungen enthebt, welche nicht nothwendig aus dem Wesen und dem Umfang der elterlichen Gewalt, sondern nur aus dem der Kindschaft im engeren Sinne hervorgehen, und dasselbe somit von der Verbindlichkeit, seinen dürftigen Stiefeltern Alimente zu reichen, befreit.

Auf diese Weise behandelt, verschwindet nicht nur alles paradox und besondere aus den oben allegirten Bestimmungen des fränkischen Provincialrechtes (welchem sich auch das Schweinfurter Statut Tit. 54 und 58 hierin vollkommen anschließt), sondern es sind dergleichen scheinbare Anomalien gerade am meisten geeignet, den Geist und das wahre Wesen der betreffenden Rechtsinstitute zu erschließen, und so die Anwendung des Gesetzes in allen vorkommenden Fällen zu erleichtern und zu sichern.

Zur Lehre vom Schmerzensgeld.

(Nach preussischem Rechte.)

Das. EN. Lh. I. Tit. VI. §§. 112, 113 bestimmt:

„Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauern, oder gemeinen Bürgerstande, wenn dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen verübt wor-

„den, ein billiges Schmerzensgeld fordern,
 „und der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist
 „nach dem Grade der ausgestandenen Schmer-
 „zen, jedoch nicht unter der Hälfte und nicht
 „über den Betrag der doppelten Kurkosten
 „richterlich zu bestimmen.

Das Gesetz macht hier die Zuerkennung des Schmerzensgeldes davon abhängig, daß sich der Verletzte einer Kur unterworfen hat, für welche bestimmte Kosten entweder wirklich erwachsen sind, oder doch hätten gefordert werden können¹⁾. Kann aber der thätlich Injurirte nicht behaupten, daß eine wundärztliche Behandlung oder doch ein kostenverursachender Verbrauch von Arzneien stattgefunden, so fällt auch die Forderung des Schmerzensgeldes weg, weil der Gesetzgeber annimmt, daß derjenige, welcher sich keiner Kur unterwirft, auch keine Schmerzen gehabt hat, für welche der §. 112 eine Vergütung unter dem Namen von Schmerzensgeld den Beschädigten vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande zuerkennt, und der §. 113 jeden andern Maßstab und das reine Ermessen des Richters ausschließt.

Mit dieser in mehreren Erkenntnissen unseres Gerichtshofs zur Anwendung gebrachten Ansicht²⁾ stimmt auch überein, was Bornemann³⁾ über die Motive der einschlagenden gesetzlichen Vor-

1) Wenn z. B. der Wundarzt seine Dienste aus Freundschaft gratis leistet.

2) AGG. vom 17. März 1829 (M. 22248) vom 29. Dez. 1837 (1328 $\frac{3}{4}$).

3) Systemat. Darst. des Preuß. GR. Bd. II. S. 366 Note *)

schriften mittheilt. Es war nämlich gegen den Entwurf unter anderem erinnert worden:

„die Kurkosten würden kein passender Maßstab seyn, indem z. B. hundert Stockschläge gar keine Heilung erforderten, oder diese durch sehr wohlfeile Umschläge bewirkt werden könne.“

Die Voraussetzung dieses Monitums, daß, wo keine Kurkosten veranlaßt werden, die Forderung des Schmerzgelds wegfallt, wurde von Suarez in seiner Erwiderung nicht bestritten, dennoch aber der Entwurf unverändert zum Gesetze erhoben.

Praktische Bemerkungen aus dem Gebiete des Civil-Processes.

Ueber das Verfahren in Armen-Partheisachen.

Dem außer dem Gerichtssitze wohnenden Officialanwalt einer armen Parthei kann nicht zugemuthet werden, daß er Geschäftsreisen zur Abwartung der Termine mache; es ist vielmehr in einem solchen Falle das schriftliche Verfahren zu gestatten ¹⁾.

E n o m e.

Wem das Gewissen sagt: „du bliebest treu der Pflicht“,
Erwartet, was da kommt, mit heit'rer Zuversicht.

¹⁾ ROC. v. 2. Juli 1830 W. 638 $\frac{1}{2}$.

B l ä t t e r
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 3. Samstag, den 3. Febr. 1838.

Praktische Resultate der neuesten Literatur in
der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Professor Dr. von der Pördten zu Würzburg.
(Fortsetzung.)

III.

Der zweite in unserer Lehre feststehende Satz ist der, daß der processualische Begriff der Einrede in der neuern deutschen Praxis auf den J. R. U. §. 37 gebaut ist, welcher bestimmt, „... es soll „der Beklagte im ersten Termin uff die Klagen „kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich „und klar, ob und worin das Factum anderst, „als vom Kläger vorbracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specific und uff jeden Puncten „anzeigen; wie auch, was er dabei dilatorie oder „peremptorie einzuwenden haben möchte, alles uff „einmal, bei Straff der Präclusion, einbringen“. — In Folge dieser Bestimmung theilte man nämlich das ganze faktische Vorbringen des Beklagten in zwei Klassen, in die unmittelbare Beantwortung der Thatfachen, auf welche die Klage gestützt

ist, und in das Vorbringen anderweitiger That-
sachen, welche den Beklagten schützen sollen. Jenes
nannte man *Litiskontestation*, und theilte sie in
affirmative und negative ¹⁾; die Thatfachen der
zweiten Art dagegen wurden *Einreden*, *exception-*
nes, genannt, und mit der Lehre von der Be-
weislast so in Verbindung gebracht, daß man
sagte, der Kläger habe den Grund seiner Klage,
der Beklagte den Grund seiner Einreden zu be-
weisen. Diese in unserm Jahrhunderte ganz
allgemeine ²⁾ Auffassung führt demnach auf
die Frage zurück: Was gehört im einzelnen Falle
zum Grunde der Klage? Gerade über diese Frage
ist aber bis jetzt noch keine Uebereinstimmung der
Meinungen erzielt worden, und ihr haben daher
die neusten Schriftsteller ins Auge gefaßt. Göns-
ner, der eigentlich zuerst die angegebene Auffassung
begründet hat, geht auf diese Hauptfrage nicht
näher ein, sondern sagt nur in seinem Handbuche
II. n. 34: „Macht ein Umstand, welchen der Be-
klagte berührt, etwas wesentliches von der
Klage aus, ohne welches das Klagerecht nicht ge-
dacht werden kann, so ist die Bemerkung des Be-
klagten eine verneinende Antwort, außerdem eine
wahre Einrede.“ — Andere stellen dem Klagegrunde
alle diejenigen Umstände entgegen, welche die Wie-
der aufhebung eines begründeten Rechtsanspru-
ches bezielen ³⁾, oder welche die an sich begrün-

¹⁾ Daß diese Benennungen nicht ganz richtig sind, darüber
s. Wäher. Vorträge S. 243 — 245. Albrecht, S. 163
— 168.

²⁾ Literaturcitate hierüber bei Albrecht, S. 175 not. 4. —

³⁾ J. W. Wäher. S. 256.

dete Klage in concreto wegen besonderer Verhältnisse als unstatthaft darstellen ⁴⁾, und mit dieser letztern Ansicht stimmt im Ganzen auch Sintonis überein, der durch seine Ausführung in *Zu Rhein's Jahrb.* I. S. 224—234 zu folgendem Begriffe gelangt: „Einreden sind Vertheidigungsmittel des Beklagten, vermöge deren er, mittelst auf eigenthümliche Behauptung besonderer Verhältnisse in Bezug auf das in Frage stehende Rechtsgeschäft gebauter rechtlichen Folgerungen die allgemeinen auf den concreten Fall angewendeten Wirkungen der klägerischen Behauptungen und Folgerungen entweder in ihrer Anwendbarkeit bestreitet und ausschließt, oder hinausschiebt, und von besondern Umständen abhängig macht.“ Allein diese Begriffsbestimmungen sind theils zu wenig bezeichnend, theils zu enge; indem nach der ersten die *exceptio doli, metus, erroris* etc. keine Einreden seyn würden, nach der zweiten aber das Verufen auf Zahlung nicht als solche betrachtet werden könnte, weil dieselbe nicht ein besonderes Verhältniß genannt werden kann. Deshalb haben jetzt Albrecht und Knappe versucht, der Begriff der Einrede in Harmonie mit der Beweis-theorie zu entwickeln, oder vielmehr wie Knappe S. 100 sagt, von einem obersten Satze auszugehen, welcher den Lehren vom Beweise und von den Einreden gemeinschaftlich ist. Sie gelangen im Wesentlichen beide zu denselben Resultaten; doch hat Albrecht seine Principien ausführlicher begründet, Knappe mehr

4) J. B. Reinhardt I. §. 104. Zinde §. 158 u. 208.

durch Beispiele erläutert. Albrecht ⁵⁾ geht von der Frage aus, was hat der Kläger zu beweisen? und antwortet: Unläugbar hat er nicht sein Klagrecht als wirkliches und existentes Recht zu erweisen, weil sonst die ganze Beweislast auf ihn allein fallen würde; er hat vielmehr nur das objektive Entstehen seines Rechtsanspruches an sich darzuthun, woraus dann die Vermuthung hervorgeht, daß der Entstehung kein besonderes Hinderniß entgegen stand und daß das entstandene Recht noch bestehe. Diese Vermuthung zu zerstören, ist Sache des Beklagten; indem er entweder besondere Hindernisse der Entstehung oder spätere Aufhebungsgründe des Rechtes nachweist. Darnach erscheint als unmittelbare Klagbeantwortung (Einlassung oder Litißkontestation) jede Bemerkung über die Thatfachen, welche zum objektiven Entstehen des klägerischen Anspruches nöthig sind; hat der Kläger sie alle angeführt und behauptet, so ist jene Antwort eine einfache Bejahung oder Verneinung; ist dagegen das vom Kläger angegebene faktische Material mangelhaft, und die Klage nicht deßhalb schon von Amtswegen abgewiesen, so muß der Beklagte auf das Fehlende selbstständig aufmerksam machen, und dabei bemerken, ob es in der That existirte oder nicht, so z. B. daß die Schenkung nicht gerichtlich verlautbart worden sey. — Das Gebiet der peremptorischen Einreden dagegen umfaßt hiernach zwei Klassen von Thatfachen: 1) die, welche darthun, daß dem Entstehen des Klaganspruches entweder in der subjektiven

⁵⁾ S. 185 ff.

Beschaffenheit der Parteien oder in äußeren mit dem Klaganspruche nicht unmittelbar zusammenhängenden Rechtsverhältnissen ein Hinderniß im Wege gestanden habe,

- 2) die, welche die Wiederaufhebung des richtig entstandenen Klagerrechtes bezielen.

Darnach bildet Albrecht S. 206 folgenden Begriff: „Zerstörlische Einreden sind vom Beklagten vorgewendete Umstände, welche die aus dem objectiv und an sich begründeten Klaganspruche für dessen rechtliche Existenz entspringenden Vermuthungen zerstören.“

Hiemit übereinstimmend definiert Knappe auf S. 101 die Einreden als Thatfachen, welche der Wahrheit des Klaggrundes ungeachtet, einen Schluß auf die Nichtexistenz des Klagerrechtes zulassen, stellt dann dieselben zwei Klassen derselben auf, und gibt endlich auf S. 126 folgende Begriffe: „Widerspruch des Klagegrundes (verneinende Einlassung) ist das Negiren einer rechtsverzeugenden, Einrede das Vorbringen einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatfache.“

Von dieser Darstellung sagt nun zwar der Recensent in der Jenaer Liter. Zeitung v. 1837 n. 162, er könne diesen Versuch, eine neue Theorie der Vertheidigung des Beklagten und der ihm obliegenden Beweislast zu erfinden, für geglückt nicht erklären, und Rosshirt l. c. S. 337 begreift sie wohl auch mit unter den kühnen Conjecturen der neueren Schriften, welche er Irrlichter nennt; allein beide enthalten sich einer nähern Prüfung. Einer solchen dürfte aber die obige Auffassung weder als so durchaus neu, noch als

verunglückt erscheinen. Die von Albrecht entwickelte Theorie der Beweislast stimmt im Wesentlichen mit dem überein, was schon Weber in seiner Schrift über die Beweislast, namentlich S. 242 ff. u. Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen n. V., insbesondere S. 545 ff., endlich Linde in seiner Zeitschrift B. 1. S. 147 ff. ausgeführt haben. Das Neue besteht hauptsächlich darin, daß Albrecht und Rnappe den Begriff der Einreden auf diese Beweislasttheorie gebaut haben, während man bisher diesen Begriff für sich bildete, und dann wohl auch die Beweislast aus ihm ableitete. Gerade dieß könnte nun aber etwa als irrig und verunglückt angegriffen werden, indem man etwa sagte, diese neue Darstellung bezeuge sich in einem unauflöselichen Zirkel, sie sage nämlich, der Beklagte müsse seine Einreden beweisen, und dann doch wieder, Einrede ist das, was der Beklagte beweisen muß. Allein dieser scheinbare Zirkel löst sich dadurch, daß beides, der Begriff der Einrede und die Beweislast, auf ein gemeinschaftliches höheres Princip zurückgeführt werden,*) wodurch sich dann die Sätze so stellen: der Beklagte kann die Präsuntion, welche aus dem Beweise der das vom Kläger behauptete Recht regelmäßig begründenden Thatfachen für die wirkliche Existenz dieses Rechtes hervorgeht, dadurch zerstören, daß er besondere Hindernisse der Entstehung oder spätere Aufhebungsgründe dieses Rechtes anführt, und, wenn sie ihm abgezeugnet werden, erprobt; solche selbstständige Ver-

*) Die Nothwendigkeit, dieß zu thun, hat schon Bethmann-Hollweg l. c. S. 334 u. 340 f. gefühlt.

theidigungsgründe des Beklagten heißen Einreden, und man kann daher der Kürze halber auch sagen, der Beklagte muß seine Einrede beweisen. Darnach bleibt denn auch die Regel, *qui excipit, probare debet*, bestehen, aber aus einem andern Grunde, als der sie hervorrief. Die römische *exceptio* mußte nämlich um ihrer selbstwillen jedenfalls vom Beklagten bewiesen werden, weil sie eine prätorische Ausnahme von der civilrechtlichen Regel war; da aber heutzutage dieser Grund die Beweislast nicht mehr normiren kann, so kann jene Regel nur noch unter der Voraussetzung richtig seyn, daß man eben diejenigen Behauptungen des Beklagten, die er aus allgemeinen Gründen beweisen muß, Einreden nennt; jenes lateinische Sprüchlein bezeichnet mithin nicht mehr den Grund, sondern nur äußerlich den Umfang der Beweislast des Beklagten. Man wende nicht etwa ein, daß dadurch der Begriff der Einrede seinen selbstständigen praktischen Werth verliere, daß man eben so gut ein anderes Wort dafür substituiren könne; denn die Bezeichnung „Einrede“ für die selbstständigen vom Beklagten zu beweisenden Vertheidigungsgründe ist sprachgemäß, und in der deutschen Praxis Jahrhunderte hindurch begründet.

Nimmt man nun die bisher ausgeführten Sätze, welche der Verfasser dieser Zeilen bisher in seinen Pandektenvorlesungen immer vertheidigt, und von deren Haltbarkeit ihn die im Wesentlichen gleichen Resultate zweier sowohl unter sich als von ihm ganz unabhängigen Untersuchungen um so mehr überzeugt haben, an, so ergibt sich, daß der

Streit, ob ein bestimmtes einzelnes Vertheidigungsmittel des Beklagten als negative Einlassung oder als Einrede zu betrachten sey, immer nur aus der Natur des vom Kläger geltend gemachten Rechtes, und zwar aus der Begrenzung der regelmäßigen Erfordernisse seiner Entstehung entschieden werden könne ⁷⁾, mithin hier eine Meinungsverschiedenheit im Einzelnen sehr wohl auch unter solchen bestehen könne, die über die Grundprincipien einig sind. Darum soll jetzt die Anwendung unserer Ansicht auf diejenigen Schutzmittel des Beklagten gemacht werden, deren Natur in der Theorie und Praxis am meisten bestritten ist.

(Fortsetzung, folgt.)

Zur Lehre vom *forum rei sitae*.

Von Appellationsgerichtsrath Arnold.

Dingliche und jene persönliche Klagen, welche bloß gegen den Besitzer als solchen statt haben, gehören nach gemeinem ¹⁾ und bayerischen Recht ²⁾ vor das Gericht der gelegenen Sache und die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Kläger nicht das *forum domicilii* erwählen dürfe, ist in Bayern durch die in gebietender Form gefaßte Stelle des Gesetzes ³⁾ verneinend entschieden.

Wenn nun zu einem gebundenen Gutscompler ein Grundstück gehört, welches in einem andern

⁷⁾ Auch dieß erklärt schon Bethmann-Hollweg l. c. S. 368.

¹⁾ Fr. 38 D. de iudic. Const. ult. Cod. ubi in rem actio. Const. un. Cod. ubi de hered.

²⁾ Cod. iud. Cap. 1. §. 9.

³⁾ — sollen — gestellt werden. — Anmerk. ad h. l.

Gerichtsbezirke liegt, als der größte Theil des Complexes, wenn vielleicht noch überdieß dieser größere Theil von dem Eigenthümer bewohnt wird, so entsteht die Frage, ob die das einzelne Grundstück betreffenden Klagen bei dem Gericht anzubringen sind, in dessen Bezirk das Grundstück liegt, oder vor dasjenige Gericht gehören, in dessen Bezirk der Complex, von dem jenes Grundstück einen Theil bildet, gelegen ist?

Die Gesetze verlassen uns hier, es muß also die Entscheidung aus der Natur der Sache, aus allgemeinen gesetzlichen Vorschriften und aus dem geschöpft werden, was analoge Gesetze verordnen.

Zwar will das römische Recht, daß man bei Fideicommissklagen, wenn die Erbschaft an mehreren Orten zerstreut ist, darauf sehen soll, wo der größte Theil der Erbschaft sich befindet⁴⁾; allein diese Gesetze haben den Fall im Auge, wo die ganze an mehreren Orten zerstreute Sache der Gegenstand des Streites ist; die vorliegende Frage aber betrifft den Fall, wenn nur das in einem andern Gerichtsbezirke, als dem, wo der Complex liegt, gelegene einzelne, jedoch zum Complex gehörige Objekt Streitgegenstand ist: z. B., es will Jemand einen im Landgerichte A. gelegenen Acker vindiciren, welcher zu einem im Landgerichtsbezirke B. gelegenen Complex gehört, oder es behauptet Jemand eine Servitut auf einen zur Herrschaft E. gehörigen Wald, die ganze Herrschaft mit Ausnahme dieses Waldes liegt im Gerichtsbezirke M., der Wald selbst aber im Gerichtsbe-

4) Fr. 50, 52, C. de iudic.

zirke O. Hier beschränkt sich der Anspruch des Klägers auf die in den Bezirken A. und O. gelegenen Objekte und wenn gleich durch Realisirung dieses Anspruchs der Gutscomplex im Gerichte B. und der Herrschaft im Gerichte M. geschwächt wird, so ist doch der Klagegegenstand selbst weder diese Herrschaft, noch jener Complex und eben so wenig jener größere Theil, welcher in den Bezirken B. und M. gelegen ist, auch nicht einmal ein Theil dieses in den Bezirken B. und M. gelegenen größeren Theiles: die vorerwähnte Bestimmung des römischen Rechts ist also hieher nicht anwendbar.

Die Gerichtszuständigkeit ohne Gerichtszwang hätte keine Realität: hat nun einmal das Gesetz — ganz der Natur der Sache gemäß — die Regel aufgestellt, daß alle Klagen, welche mehr auf die Sache selbst, als auf die Person gehen, bei dem Gerichte des Orts, wo die Sache sich befindet, gestellt werden sollen, so muß diese Regel als durchgreifend angewendet werden, so lange nicht eine Ausnahme in den Gesetzen oder in der Natur der Sache begründet erscheint. Würde eine auf das einzelne Grundstück sich beziehende Klage vor dem Gerichte angebracht, in dessen Bezirk der übrige Complex liegt, während das fragliche Grundstück selbst in einem andern Bezirke gelegen ist, so wäre der Richter des Complexes nicht im Stande, die Exekution in Beziehung auf das fragliche Grundstück selbst zu vollziehen und er müßte den Richter, in dessen Gerichtsbarkeit er eingegriffen hat, um die Vollziehung ersuchen. Wird aber die Klage vor dem Richter des tref-

fenden Grundstück gestellt, so kann dieser aus eigener Macht die Exekution vollziehen, ohne in das Gebiet des Richters des Complexes im Geringssten einzugreifen. Der Begriff des Complexes kann, als bloßer Begriff, für den Richter, in dessen Bezirk der größte Theil der Bestandtheile des Complexes liegt, eine Gerichtsbarkeit über die in einem andern Gerichtsbezirke gelegenen Theile des Complexes dann nicht begründen, wenn nur diese Theile, ohne Ansprüche auf die in seinem Gerichtsbezirke befindlichen Theile, Gegenstände des Rechtsstreites sind.

Ähnliche Entscheidungen finden wir sogar in den römischen Gesetzen. Der *Universal-fideicommissar* klagt auf Abtretung des *Fideicommisses* mit der *hereditatis petitio fideicommissaria*; derjenige, dem ein *Singular-fideicommiss* verschafft ist, kann die *actio personalis ex testamento* und nach Umständen auch die *rei vindicatio* anstellen. Verlangt nun Jemand ein ganzes *Fideicommiss*, so muß es da gefordert werden, wo der größere Theil der Erbschaft sich befindet, wenn nicht der Testator etwas anderes verordnet hat ⁵⁾; ist aber Jemand nur eine einzelne Sache als *Fideicommiss* hinterlassen, so darf ihm, wenn er sie da fordert, wo sie sich befindet, die Einrede nicht entgegengesetzt werden, daß der größere Theil der Erbschaft anderwärts sey ⁶⁾.

Hinsichtlich der standesherrlichen Besitzungen ist in Bayern nichts Anderes bestimmt, die Stans-

⁵⁾ Fr. 50 pr. de iudic.

⁶⁾ Fr. 58. Fr. 52 §. 3 loc. cit. Vergl. auch Heise und Cropp juristische Abhandlungen Bd. I. Nr. 9.

deßherrs haben in allen sie betreffenden Real- und Personalklagen einen privilegierten Gerichtsstand in erster Instanz bei dem einschlägigen Appellationsgerichte⁷⁾, also wenn sie dinglich wegen eines zu ihrer Herrschaft gehörigen Objekts mit einer Realklage belangt werden, bei jenem Appellationsgerichte, in dessen Bezirk sich das Objekt befindet, wenn gleich die Herrschaft selbst ihrem größeren Theile nach in einem andern Kreise sich befindet.

Zur Lehre von der Legitimation; namentlich, ob Gemeinden auch dann, wenn sie in einem Rechtsstreite als Beklagte auftreten, eines Streithausens bedürfen?

Es ist ein großer Unterschied zwischen der offensiven und defensiven Stellung einer Parthei im Civilproceß. Der Anfang eines Rechtsstreites, soll er zum gedeihlichen Ende führen, darf nicht muthwillig, planlos, unüberlegt unternommen werden, und da die Gemeinden zu den kuratelmäßigen (moralischen) Personen gehören, so ist von selbst klar, daß, wo ihre Rechte auf dem Spiele stehen, der Oberaufsichtsbehörde auch das Veto beim Beginnen eines Proceßes zustehen muß.

Anderß scheint sich die Sache zu verhalten, wenn der Gemeinde die Rolle der Beklagten zu Theil wird. Denn sich gegen ungerechte Angriffe zu schützen, dazu, sollte man meinen, möchte es keiner besonderen Erlaubniß bedürfen, wenn man

⁷⁾ Edikt vom 26. Mai 1818 über die staatsrechtlichen Verhältnisse der vormalß reichständischen Fürsten etc. §. 6.

nicht wohlervorbene Rechte sich durch Thatsache gerichtlich entreißen lassen will. In der Regel gibt ein vorsichtiger Kläger in dem Klaglibelle auch seine Waffen dem Gegner noch nicht so Preis, daß seine Rechtsgründe, sowie die Beweismittel seiner faktischen Behauptungen in ihrem ganzen Umfange erforscht werden könnten; aber sich dagegen zu wehren, wird unerläßlich.

Die Gesetze sprechen an den Stellen, wo von dem Streitkonsens der Gemeinden die Rede ist, immer nur von ihren Rechtsansprüchen, nicht von ihrer Rechtsvertheidigung.

Auch würde es eher dem Kläger zuzumuthen seyn, vorerst, wie bei fiskalischen Processen, nachzuweisen, daß er bei der oberen Curatelbehörde der beklagten Gemeinde vergeblich Hülfe nachgesucht, als dieser, zu bitten, gegen einen ungerechten Gegner in die Schranken treten zu dürfen. Allein nach positiver Bestimmung, läßt sich mit Grund einwenden:

Nach der Verordnung vom 17. Mai 1818 die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden im Königreiche betr., Reg. Bl. 1818 S. 93 sind die Magistrate verbunden, über die Zulässigkeit eines Rechtsstreites die Genehmigung der Kreisregierung einzuholen.

Diese Verordnung unterscheidet nicht zwischen dem Falle, wo die Magistrate als Kläger auftreten wollen, und dem, wo gegen sie eine Klage erhoben wird. Hätte sie unterscheiden wollen, so würde der §. 87 des Ediktes v. J. 1808 unverändert beibehalten worden seyn, nach welchem die Gemeinden zu Führung der Rechtsstreite nur dann einer obrigkeitlichen Bewilligung bedurften,

wenn sie dieselben als Kläger zu beginnen gedachten.

Aber eben dadurch, daß Jenes in der Verordnung vom 17. Mai 1818 nicht geschah, sondern diese durchaus nicht unterscheidet, folget nothwendig, daß in diesem Punkte das Edikt v. 1808 ungenügend gefunden worden sey.

Die spätere Verordnung vom 24. Sept. 1818 §. 24 Reg. Bl. v. 1818 S. 1122 wollte hieran nichts ändern, oder etwas Anderes bestimmen. Auch sie fordert ohne Beschränkung die Erholung des Streitkonsenses, „sobald die Gemeindeverwaltungen zum Rechtsstreite veranlaßt werden“: diese Veranlassung ist aber vorhanden, eine Gemeinde möge klagen oder nöthig finden, sich gegen die Klage zu vertheidigen. Daß es im 3. Absätze jenes §. 24 heißt, „wenn der Konsens von der Kuratel versagt wird,“ sind die Gemeindeverwaltungen über den Ungrund ihrer vermeintlichen Rechtsansprüche zu belehren, ändert nichts, theils wegen der Allgemeinheit des 1. Absatzes des Paragraphen, theils aber deswegen, weil eine Gemeinde, wenn sie das nicht leisten will, was ein Dritter von ihr fordert, nothwendig auch einen Rechtsanspruch auf Nichtleistung des von ihr Geforderten zu haben glauben muß.

Das Gesetz will verhindern, daß die Gemeindeverwaltungen nicht ungegründet streiten und dadurch dem Gemeindevermögen unnöthige Kosten verursachen, öfter auch andere Uebel herbeiführen; soll dieses geschehen, so müssen die Gemeindefurateln einschreiten können, die Kurandinnen mögen eine Klage beginnen oder einer gegen sie erhobenen sich nicht fügen wollen. Man könnte ein-

wenden, die Kuratel dehne in einem solchen Falle ihre gesetzliche Befugniß auch auf Dritte aus. Allein versagt sie den Konsens zu einer Rechtsvertheidigung der Gemeinde, so gelangt der Kläger zu dem, was er von der Gemeinde fordert, ohne alle die mannigfaltigen Unannehmlichkeiten eines Prozesses; im Falle der Consensertheilung wird die Rechtlichkeit seiner Forderung nicht im Geringsten gemindert.

Auch kann die besondere Rechtsbestimmung, welche bei Klagen gegen den Fiskus fordert, daß vor Annehmung des Richters die betreffende Regierungsstelle vorerst angegangen werden muß, auf Gemeinden darum nicht ausgedehnt werden, weil sie sonst bei allen Klagen gegen Minderjährigen eintreten, und nur zu neuen Justizverzögerungen und Kostenhäufungen Anlaß geben würde. Es genügt, daß hierüber eine Bestimmung nicht existirt, welche vorhanden seyn müßte und würde, wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, daß Gemeinden eines Streitkonsenses dann nicht bedürfen, wenn eine Klage gegen sie erhoben ist ¹⁾. J. N. H.

Ueber die Einrede des Mehrern gestatteten Beischlafs.

Die über die Begründung dieser Einrede in Nr. 2 des 11. Bandes angeführte Ansicht hat in der Praxis Eingang gefunden; in vielen Fällen wurde sie der Entscheidung zu Grunde gelegt. Aber auch die frühere Praxis hat noch immer zahlreiche Anhänger. Bei diesem Festhalten sind zwei Vorurtheile im Spiele. Man geht nämlich

¹⁾ DAB. Erf. v. 14. Mai 1830 B. 751 1830.

- 1) von der vorgefaßten Meinung aus, daß die Klägerinnen in dergleichen Fällen gemeinhin leichtfertige Dirnen seyen; daher habe man alle Ursache, ihnen den Sieg Rechtens nicht zu erleichtern; und unbillig sey es, dem Beklagten das Schuzmittel der generellen *exceptio plurium concumbentium* und der gleichartigen Eideszuschiebung über diese Einrede zu entziehen. Offenbar wurzelt diese Argumentation außer der Sphäre des Rechtes; sie fußt aber auch auf falscher Voraussetzung; denn wohl in den meisten Fällen war die Klägerin das Opfer der Verführung, und jedenfalls ist es unjuristisch und inhuman, die Leichtfertigkeit zu vermuthen —

Manche sehen

- 2) die von mir aufgestellte Ansicht als eine bedenkliche Neuerung an, welche einem bisher unbezweifelten Rechtsfaze entgegentrete. Gerade das Gegentheil. Die berühmtesten Auktorsitäten, alte wie neue Theoretiker und Praktiker, sind auf meiner Seite. Vielmehr haben die Gegner ihrerseits nichts für sich, als, wie J. H. Böhmert es ausdrückt, die *cantilena communis: hanc sententiam in praxi servari*. — Diese Praxis ist aber, wie bereits bemerkt wurde, in neuerer Zeit nichts weniger mehr als gleichförmig. Seuffert.

G n o m e.

Wer treu der Wahrheit dient und der Gerechtigkeit,
Kann Segen spenden, sey auch noch so schlimm die Zeit.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 4. Samstag, den 17. Febr. 1838.

- 1) Ist der Eid von Seite einer Gemeinde von allen Gemeindegliedern abzuleisten?
- 2) Wenn nicht — wer hat diejenigen, welche schwören sollen, zu wählen? ¹⁾

Bei Entscheidung über diese Fragen kann die Pr. O. D. (I. 10. §. 270 sq.) nicht zur Anwendung kommen, denn dieses Gesetzbuch findet in den vormalig preuß. Gebietstheilen nach dem Erslaut. Rescr. v. 29. Nov. 1810 (Nov Bd. I. S. 25) nur noch ausnahms- und theilweise Anwendung und zwar:

- a) in Ansehung derjenigen Gegenstände, über welche der Jud. Cod. keine Bestimmungen enthält, und welche auch aus den in demselben aufgestellten Grundsätzen nicht beurtheilt werden können, z. B. rücksichtlich des Wechselprocesses, des Verfahrens bei Ehesachen, bei nicht streitigen Rechtsgeschäften u. dgl.
- b) in Ansehung derjenigen Theile der pr. O. D. welche mit den dem allgemeinen pr. R. R.

¹⁾ Aus einem RGE. vom 21. Nov. 1837. W. 270³⁵.

eigenthümlichen Rechts-Instituten und Grundsätzen im wesentlichen Zusammenhange stehen, z. B. bezüglich des Verfahrens gegen Verschollene und bei Todeserklärungen, bei dem Liquidations-Proceß über Grundstücke, bei dem Aufgebot liegender Gründe u. dgl.

Ein in die Kategorie sub b. gehöriger Fall liegt hier nicht vor und ebenso wenig handelt es sich von einem Gegenstande, bei welchem die sub a bemerkten Voraussetzungen zusammentreffen; denn die allegirte Bestimmung des Lüt. Rescr. kann, wie schon die beigefügten Beispiele lehren, nur von solchen Materien, resp. Arten des gerichtlichen Verfahrens verstanden werden, welche dem Jud. Cod. unbekannt und zugleich von der Beschaffenheit sind, daß sie auch nach den in solchem aufgestellten Grundsätzen nicht beurtheilt oder behandelt werden können. Keineswegs aber kann jenem Rescripte die Auslegung gegeben werden, daß der Jud. Cod. bezüglich derjenigen Materien, über welche er Bestimmungen wirklich enthält, insoweit als dieselben in speciellen Punkten lückenhaft sind, durch die pr. G.D. ergänzt werden soll. Eine solche Anordnung konnte um so weniger beabsichtigt seyn, theils weil ihre Ausführung in vielen Fällen gar nicht möglich wäre, oder doch zu mancherlei Verwirrungen führen würde, indem die beiderlei Gerichtsordnungen auf ganz verschiedenen und sich entgegengesetzten Maximen beruhen, nämlich die bayerische auf der Verhandlungs- und die preussische auf der Untersuchungs-Maxime; — theils weil bereits durch das Publ. Pat. zur 6.

GD. v. 14. Dez. 1753 Fürsorge getroffen ist, wie Mängel der gedachten Art beseitigt werden sollen, indem durch solches die Richter angewiesen worden sind, bezüglich vorkommender proceßualischer Rechtsfragen, über welche die bayerische Proceßgesetzgebung keine ausdrückliche Entscheidung gibt, und welche sich weder aus den Worten, noch dem Verstand der Gerichtsordnung lösen lassen, auf das gemeindeutsche Proceßrecht und dessen Quellen, Doktrin und Praxis, zurück zu gehen ²⁾).

Da nun aber die Materie vom Beweismittel des Eides der b. Gerichtsordnung keineswegs unbekannt, vielmehr in einem eigenen Abschnitt (Kap. XIII.) abgehandelt ist, so kann, obschon hierin über die zu erörternden Streitfragen ausdrückliche Bestimmungen nicht enthalten sind, die Entscheidung dennoch nicht aus der Pr. G.D., sondern zunächst aus allgemeinen Grundsätzen der B. G.D. und insoweit diese nicht zureichen, aus dem gemeinen Proceßrechte, mit besonderer Berücksichtigung der Praxis, geschöpft werden.

Ad. I. Das Verlangen, daß der Schiedseid von allen Mitgliedern der verklagten Gemeinde abgeleistet werde, hat weder die Grundsätze der B. G.D., noch das gemeine Recht und die Praxis für sich, wohl aber gegen sich.

Daß die Grundsätze der B. G.D. diesem Verlangen entgegenstehen, ergibt sich daraus, weil im Kap. XIII. §. 1 Nr. 2 als Regel aufgestellt ist, daß der Eid durch einen Anwalt in die

²⁾ Seufferts Komm. zur G. D. Bd. I. Einleit. §. 2. S. 11.

Seele des Principalen abgeschworen werden könne. Vermöge dieser Regel war die Nothwendigkeit, daß alle Gemeindeglieder den der Gemeinde zu- oder zurückgeschobenen, oder richterlich auferlegten Eid zu schwören haben, von selbst ausgeschlossen und eine beßfällige besondere gesetzliche Bestimmung, daß es dessen nicht bedürfe, überflüssig. Dieses bestätigen auch die Anmerkungen zur O.D. l. c. lit. b. dadurch, daß sie bloß die Frage berühren, wie die Vollmacht von einer ganzen Gemeinde, oder einem Korpus in solchen Fällen der Form nach eingerichtet werden müsse.

Die allegirte Codexstelle ist durch die Verordnung v. 11. Januar 1806 ³⁾ keineswegs aufgehoben, sondern nur dahin modificirt worden, daß die Eideisleistung durch einen Anwalt nicht mehr die Regel bilden, sondern bloß noch ausnahmsweise aus erheblichen Ursachen statt finden soll.

Nun ist es aber der Natur der Sache gemäß, daß der Eid nicht gerade von allen Gemeindegliedern abgeleistet werde, da dieses theils schon an und für sich eine unnöthige Vervielfältigung der Eide nach sich ziehen würde, theils sehr oft, ja vielleicht meistens der Fall eintritt, daß nicht alle Gemeindeglieder die erforderliche Wissenschaft von dem zu beschwörenden Factum haben.

Eben so wenig rechtfertiget sich das fragliche Verlangen nach dem gemeinen Recht, indem nicht nur das can. Recht die unnöthige Vervielfältigung der Eide ausdrücklich verbietet ⁴⁾, sondern auch einzelne Geseze, indem sie in bestimmten speciellen

³⁾ RBl. 1806 S. 33.

⁴⁾ C. 26 X. de jurejur.

Fällen verordnen, daß es genüge, wenn der einer moralischen Person obliegende Eid von einigen Mitgliedern derselben abgeleistet werde, sich in dem Grundsatz vereinigen, daß die Eidesleistung von allen Mitgliedern nicht erforderlich sey.⁵⁾

Eadlich hat sich auch eine entschiedene Praxis darüber gebildet, daß die Eidesleistung in Rechtsstreiten von Seite einer Gemeinde oder Korporation nicht von allen, sondern nur von einigen Mitgliedern derselben, welche von der zu beschwörenden Thatsache die beste Wissenschaft haben, zu geschehen brauche⁶⁾.

Daß auch bei den bayerischen Gerichten diese Praxis besteht, ergeben eine Menge von Präjudizien aus allen Instanzen und die übereinstimmenden Ansichten der bayerischen Proceßschriftsteller⁷⁾.

Ad 2. Darüber, ob die Wahl der Gemeindeglieder, welche den Eid im Namen der Gemeinde schwören sollen, dieser selbst oder ihrem Gegner zustehe, mangelt es sowohl im bayerischen als gemeinem Proceßrechte an einer gesetzlichen Norm.

Die allegirten Schriftsteller über den bayer. Proceß haben diese Frage nicht erörtert und die Kommunisten sind hierüber verschiedener Meinung⁸⁾.

⁵⁾ Fr. 97 de cond. et demonstr. 35, 1. — C. 2 §. 5 de iurejur. propt. calumn. dando. 2, 59. Landfriede v. J. 1521 Tit. 7. §. 9. — R. R. (C. D. v. J. 1555 Th. II. Tit. X. §. 1.

⁶⁾ Linde im Arch. f. civ. Prag. Bd. X. Nr. 1. §. 5. S. 18. — Vgl. auch Glück Pand. Komm. XII. §. 795 S. 221.

⁷⁾ Krüll Einl. in die b. Civ. G. D. §. 460 S. 463. Mündler Theorie d. gerichtl. Verf. §. 375. v. Wenzl Handb. des bay. Civ. Proc. §. 108. Note 1.

⁸⁾ Glück a. a. D. Linde a. a. D. §. 6. S. 22 — 23.

Dafür, daß dem Gegner der Gemeinde das Wahlrecht zukomme, wird hauptsächlich angeführt:

Der Gegner der Gemeinde habe der Regel nach das Recht zu verlangen, daß der Eid von sämtlichen oder doch wenigstens von allen denjenigen Gemeindegliedern abgeleistet werde, welche von der zu beschwörenden Sache Wissenschaft besitzen und für die Eidesannahme gestimmt haben. Es sey daher eine Ausnahme von jener Regel, daß die Gemeinde befugt ist, den Eid nur durch einige ihrer Mitglieder abzuleisten, und da schon durch diese Ausnahme das ursprüngliche Recht des Gegners beschränkt sey, so könne diese Beschränkung nicht noch weiter und zwar dahin ausgedehnt werden, daß man dem Gegner auch die Wahl der Schwörenden entziehe und sie der Gemeinde überlasse, zumal da die Möglichkeit gegeben sey, daß diese keine besonders zuverlässigen Mitglieder wählen möchte.

Allein so scheinbar auch diese Gründe sind, welche insonderheit Linde auszuführen suchte, so verdient doch die von der Mehrzahl der R.G. angenommene Meinung den Vorzug, nach welcher der Gemeinde die Wahl ihrer Mitglieder, durch welche der Eid geleistet werden soll, überlassen und dem Gegner bloß die Befugniß eingeräumt wird, seine etwaigen Erinnerungen gegen die Gewählten vorzubringen⁹⁾.

⁹⁾ S. außer den bei Glüd l. c. in Note 16. S. 222 und bei Linde l. c. in Note 49 S. 22. angef. Schriftstellern auch noch Brunne mann Comm. ad Pand. Lib. 35 Tit 1 ad L. 97 de cond. et dem. — Stryk de caut. juram. P. II, S. I. C. 4 Nr. 432. — Schffart Reichsproceß R. XV. §. 42. — R n o r r e Proceß. Spßl.

Daß angebliche ursprüngliche Recht des Gegners, auf welche die obengedachte entgegengesetzte Meinung gegründet werden will, ist durchaus nicht erweislich. Es kann dafür weder ein positives Gesetz angeführt werden, noch läßt es sich aus der Natur der Sache ableiten. Mit jener Voraussetzung fallen auch die daraus gezogenen Folgerungen.

Der einmal mit gesetzlicher Kraft bestehende und allgemein als unbestritten angenommene Grundsatz, daß der von einer Gemeinde abzuleistende Partheieneid nicht von allen, sondern nur von einigen Mitgliedern derselben abgeleistet zu werden braucht, ist keine Ausnahme von einer ursprünglichen Regel, sondern eine selbstständige Regel, welche nach der Natur der Sache in der besondern Eigenschaft einer Gemeinde, als juristische Person, ihren Grund findet,

Bei dem Rechtsstreite einer Gemeinde kann die Gesamtheit ihrer Glieder nicht als eine Streitgenossenschaft betrachtet werden, bei welcher jeder einzelne Theilnehmer am Streite, als eine für sich bestehende physische Person sein eigenes Interesse verfolgt und daher, wenn es auf einen Eid ankommt, diesen im eigenen Namen zu schwören hat. — Die Gemeinde ist vielmehr in ihrer Eigenschaft als juristische Person, als ein beson-

13 §. 22. — Hofacker princip. j. civ. Tom. II. §. 4522. Note 1. — Gönners Fälle Bd. III. Nr. 32 §. 15, 17. — Fevenar Theor. d. Beweise S. 82 sq. — Gensler Komm. zu Martin. Bd. II. §. 213 S. 12. — Aug. jur. Zeitung v. Elverß u. Bender. Jahrgang 1829 Nr. 30 S. 117.

deres, selbstständiges Rechtssubjekt zu betrachten, sie wird als Ganzes personificirt gedacht und ist vermöge dieser Eigenschaft durchaus verschieden von ihren einzelnen Mitgliedern als physische Personen ¹⁰⁾).

Schon hiernach kann mit Richtigkeit nicht behauptet werden, daß es, wenn einer Gemeinde ein Eid angetragen oder richterlich auferlegt wird, ebenso anzusehen sey, als wäre der Eidesan- oder Auftrag auch zugleich den sämtlichen Gemeindegliedern, als einzelnen physischen Personen, geschehen. Eine solche Behauptung würde zu dem unrichtigen Resultate führen, daß einer Gemeinde ein Eid immer nur unter der Voraussetzung des ferirt, referirt oder richterlich auferlegt werden könnte, wenn sämtliche Mitglieder derselben den in Frage stehenden Eid wirklich schwören können, also, sofern der Eid de veritate zu leisten ist, nicht nur alle eigenes Wissen von der Sache haben, sondern auch an und für sich alle eidesfähig sind.

Da aber diese Bedingungen bei allen Mitgliedern einer Gemeinde nur selten zusammentreffen werden und daher in den meisten Fällen von dem Beweismittel des Eides bei Gemeindeprocessen kein Gebrauch gemacht werden könnte, so folgt schon hieraus von selbst, daß die Gesetze für etwas, das in der Regel nicht ausführbar ist, keine Regel geben, also nicht vorschreiben konnten, daß der Eid von allen Gemeindegliedern

¹⁰⁾ M a d e l d e y Lehrb. d. röm. R. §. 143. Vgl. Gem. Edikt §. 20.

abgeleistet werden müsse, und daher kann auch von einem ursprünglichen Rechte des Gegners hierauf keine Rede seyn.

Wenn nun gleichwohl und ohne Rücksicht darauf, ob alle Gemeindeglieder schwören können, gesetzlich gestattet ist, einer Gemeinde einen Eid zu deferiren, zurückzuschieben, oder richterlich aufzulegen, so kann dieses immer nur der Gemeinde als juristischer Person geschehen, und dieses involvirt an und für sich keine Verbindlichkeit zur Eidesleistung für sämtliche Gemeindeglieder, als einzelne physische Personen betrachtet.

Da nun aber die Gemeinde in der gedachten Eigenschaft nur vermöge eines juristischen Begriffes personificirt gedacht wird, und als ideale Person den körperlichen Akt der Eidesleistung nicht vornehmen kann, so muß diese Handlung durch einzelne physische Personen aus der Zahl der Gemeindeglieder vorgenommen werden und es wird alsdann rechtlich so angesehen, als habe die Gemeinde selbst den Eid abgeleistet.

Da es übrigens hinsichtlich der Wichtigkeit und Wirkung des Eides gleichviel ist, ob er nur von einigen oder von vielen Gemeindegliedern geschworen wird, so läßt sich auch keine Nothwendigkeit, geschweige denn ein Recht des Gegners der Gemeinde dafür annehmen, daß wenigstens alle diejenigen Gemeindeglieder schwören sollen, welche Wissenschaft von der Sache besitzen und für die Eidesleistung gestimmt haben, ohne mit dem ausdrücklichen gesetzlichen Verbot der unnöthigen Vervielfältigung der Eide im Widerspruch zu gerathen.

Die zur Eidesleistung außersehenen Individuen können hiebei nur als Stellvertreter der Gemeinde betrachtet werden, denn, obschon sie, wie es der Zweck des Eides erfordert, auf den Grund eigener Wissenschaft zu schwören haben, so schwören sie doch nicht im eigenen, sondern nur im Namen der Gemeinde, weil es sich nicht von ihrem Privatinteresse, sondern von dem Interesse der Gemeinde handelt, mit welchem jenes oft gar nicht, gewöhnlich aber nur indirect in Berührung zu stehen pflegt und nicht geradezu identisch seyn muß.

Eben deßhalb aber, weil die Eidesleistung nur im Namen der Gemeinde geschieht, mithin eine Handlung ist, die nothwendig einen aus dem Beschlusse der Gemeinde hervorgegangenen Auftrag voraussetzt, so folgt hieraus nach der Natur der Sache, daß der Gemeinde das Recht, die Schwörenden selbst zu wählen, nicht versagt werden kann.

Hiefür spricht auch noch insonderheit der Grund, daß vorausgesetzt werden muß, daß die Gemeinde ihre Mitglieder besser kenne, als ihr Gegner, um zu beurtheilen, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben. Der Besorgniß, daß der Gegner durch die Wahl von Seite der Gemeinde gefährdet werden möchte, wird dadurch begegnet, und dem Zwecke, die Wahrheit zu erforschen, möglichst dadurch entsprochen, daß dem Gegner seine etwaigen Einreden gegen die Gewählten vorbehalten bleiben. ¹¹⁾

¹¹⁾ Als Präjudizien für diese Ansicht sind noch anzuführen: AC. v. 27. Febr. 1821. D. 768 $\frac{1}{2}$. — v. 8. Febr. 1822. F. 152 $\frac{1}{2}$. — v. 7. Juni 1825 bestät. aus denselb. Gründen durch LAC. v. 17. Febr. 1826. ACAct. G. 46 $\frac{2}{3}$ n. AC. v. 5. Febr. 1830. W. 656 $\frac{2}{3}$.

Zur Lehre von der Zulässigkeit des Rechtsmittels der Revision.

Novelle vom 22. Juli 1819
§§. 18, 24.

Wenn erstrichterliche Dekrete, welche in der Hauptsache verfügten, in der II. Instanz aufgehoben, und durch Anordnung einer Verhandlung oder Verhandlungs-Ergänzung ersetzt wurden, so findet hiergegen, wenn gleich der Ausspruch in Form eines Erkenntnisses erfolgte, ein selbstständiges Rechtsmittel der Revision nicht statt; es ist vielmehr die ergriffene Revision von dem Unterrichter zurückzuweisen. Wenn aber dieser seiner Obliegenheit uneingedenk die Akten mit dem Revisionslibell an das Obergericht zur Beförderung an die III. Instanz vorlegt, so hat der Richter II. Instanz diese Vorlage zu unterlassen, und nun seinerseits jene Zurückweisung auszusprechen. Denn

- 1) die Bestimmung des §. 18 der Novelle, nach welcher gegen proceßleitende Dekrete und Zwischenbescheide selbstständige Berufung nicht, sondern nur Verwahrung stattfindet, ist gleichmäßig in Anwendung zu bringen, wenn die Erlassung des einfachen Dekretes oder inappellablen Zwischenbescheides, von der II. Instanz ausgieng. ¹⁾
- 2) Keinen Unterschied macht es, daß die in Frage befindliche proceßleitende Entschließung an die Stelle unterrichtlicher Dekrete gesetzt wurde, welche in der Hauptsache verfügt hatten. Denn lediglich darauf kommt es an, ob dasjenige Dekret, gegen welches

¹⁾ Gönner im Kommentar zur Novelle. S. 294.

jetzt ein selbstständiges Rechtsmittel ergriffen werden will, in der Hauptsache etwas zu: oder aberkennt, oder einen Zwischenbescheid der Art enthält, wie sie ausnahmsweise appellabel sind. — Ist dieß nicht der Fall, so greift das selbstständige Rechtsmittel nicht Platz, es muß vielmehr abgewartet werden, ob durch das nach der angeordneten Instruktion der Sache zu erlassende Erkenntniß der betreffenden Parthei eine Beschwerde zugeht, wo sodann derselben unbenommen bleibt, bei der II. Instanz, und, wenn etwa das zweitrichterliche Urtheil als beschwerend erachtet wird, bei dem obersten Gerichtshofe, und zwar sowohl rücksichtlich der Hauptsache, als rücksichtlich der früher von der II. Instanz ausgesprochenen Aufhebung erstrichterlicher in der Hauptsache verfügender Dekrete, Beschwerde zu führen.²⁾

- 3) Der §. 24 spricht zwar nur davon, daß ein gegen die Vorschrift des §. 18 unzulässig ergriffenes Rechtsmittel vom Unterrichter zurückzuweisen sey. Aber es versteht sich von selbst, daß, wenn in dieser Beziehung von dem Unterrichter die Anwendung des Gesetzes versäumt wurde, das Gericht II. Instanz, an welches die Akten eingesandt werden, gedachter Bestimmung Folge zu geben so berechtigt als verpflichtet sey.

²⁾ Nach diesen Grundsätzen wurde von dem obersten Gerichtshofe erkannt am 6. Juli 1822; M. 477 $\frac{3}{4}$ (ACAlt. M. 30 $\frac{3}{4}$); am 9. Dez. 1822, S. 926 $\frac{3}{4}$ (ACAlt. G. 88 $\frac{3}{4}$); am 22. Jänner 1823; N. 1250 $\frac{3}{4}$ (ACAlt. N. 25 $\frac{3}{4}$).

Die Obergerichte, sagt Gönner³⁾, müssen die Untergerichte in Handhabung des §. 24 nach dem Geiste des Gesetzes gebührend unterstützen; sie müssen aber auch ihrerseits für die Einhaltung dieser Vorschrift in dem Falle Sorge tragen, wenn solche von den Untergerichten außer Acht gelassen wird. Zwecklose Aktenvorlagen zu verhüten, unnöthige Behelligungen der Oberbehörden abzuschnitten, den definitiven Ausgang der Prozesse zu beschleunigen, ist der Zweck der im §. 24 gegebenen Vorschrift; es ist nur Bethätigung dieses Zweckes im Geiste des Gesetzes, wenn die vom Unterrichter versäumte Zurückweisung des unzulässigen Rechtsmittels nunmehr durch den Richter II. Instanz geschieht.⁴⁾

Nach den hier entwickelten Grundsätzen ist insbesondere zu verfahren, wenn der Unterrichter die Klage von der Gerichtschwelle abgewiesen hatte, der Oberrichter die Verhandlung anordnete, und nun hiegegen vom Beklagten revidirt wird.⁵⁾

Wenn eine Gemeinde sich in einem Rechtsstreite eines andern, als des bei dem Gerichte aufgestellten Gemeindevocalen bedienen will, so bedarf sie hiezu der Genehmigung königl. Regierung nicht.

Von Herrn Kreis- und Stadtgerichtsdirector v. Zucher.

Indem die kgl. Regierung in Gemäßheit des allerhöchsten Regulative zur Geschäftsführung der

³⁾ a. a. O. S. 370.

⁴⁾ S. AGG. vom 5. Jänner 1838. (I., 115139).

⁵⁾ Vgl. die beiden ersten der in Note 2 angef. oberstl. theil. Erkenntnisse.

Verwaltung in den Ruralgemeinden vom 24. Sept. 1818. §. 23. diejenigen Anwälte bei jedem Gerichte benannte, deren sich klagende Gemeinden und Stiftungen bedienen sollen, hat sie nicht eine Norm aufgestellt, von welcher nur sie dispensiren könnte, sondern lediglich die in gedachtem Regulativ enthaltene instruktive Weisung in Vollzug gesetzt. Die Norm giebt gedachtes Regulativ selbst, dessen klare unzweideutige Absicht nur die ist, daß keine Gemeinde vor Gericht selbst handle, sondern nur von einem Anwalte vertreten werden könne. Wenn deshalb im §. 23 verordnet ist: „daß Gemeinde- und Stiftungsvermögen der „Ruralgemeinden wird in streitigen Rechtsachen „durch öffentliche Rechtsanwälte vertreten. — „Die kgl. Regierungen haben daher zu verfügen, „daß bei einem jeden Gerichte ein Rechtsanwalt „benannt werde, welcher alle bei demselben Gerichte vorkommenden Rechtsachen des Gemeinde- und Stiftungsvermögens besorgen wird“ — so soll es nur damit den Gemeinden möglich gemacht werden, zu jeder Zeit, unter allen Umständen und vor allen Gerichten, deren jedes in Bayern gar nicht einmal mit einem Rechtsanwalt versehen ist, mit einem solchen auftreten zu können; denn im §. 25 wird verordnet, „daß es bei begründeten Ursachen den Gemeinden frei stehe, sich selbst eines öffentlichen Anwalts zu bedienen,“ — eine Bestimmung, durch welche für den vorgesehenen Fall jene Beschränkung wieder aufgehoben ist. Nirgends ist verordnet, daß es schlechthin verboten sey, einen andern Anwalt als den von der kgl. Regierung im Allgemeinen ernannten, beizuziehen,

noch viel weniger, daß wenn dieses beabsichtigt werden wolle, besondere Genehmigung resp. Dispensation nöthig sey, am allerwenigsten, daß solche nur von der k. Regg. ertheilt werden könne

Da wo kein Gesetz etwas verbietet, bedarf es auch keiner Dispensation.

Der §. 25 des Regulativs bestimmt nun gar nicht einmal, wer die Einreden, welche von einer Gemeinde gegen den im Allgemeinen benannten Anwalt vorgebracht werden, zu prüfen hat. Unstreitig also kein anderes Gericht, als das, welches den Legitimationspunkt von Amtswegen prüfen muß, nämlich das Prozeßgericht, wenn nicht eine desfallige Prüfung und ausdrückliche Erklärung der Gemeindecuratelbehörde vorausgegangen seyn sollte.

Der §. 21 und 22 dieser Verordnung unter Verweisung auf die §. 128 und 123 des Gemeinde-Edikts und der §. 131 dieses Edikts unter Bezugnahme auf §. 103 verordnen ganz genau, in welchen Fällen die Beschlüsse des Gemeindeausschusses der Curatelbehörde zur Genehmigung zu unterstellen seyen, Fälle, unter welche der vorliegende keineswegs auch nicht einmal nach einer Analogie zu subsumiren ist, denn nur die Frage über Zulässigkeit eines Rechtsstreits ist im §. 123 des Gemeinde-Edikts zur Entscheidung der Curatelbehörde vorbehalten.

Zur Lehre von der unvordenklichen Verjährung.¹⁾

Der Lehrsatz, daß bei den *res merae facul-*

¹⁾ Aus einem H. v. 20. Febr. 1835 (A. 395 $\frac{3}{4}$).

tatis auch die unvordenkliche Verjährung nicht stattfinden, ist nur insofern richtig, als man unter *res merae facultatis* nur solche Handlungen versteht, welche in keiner Beziehung den Charakter der Rechtsausübung an sich tragen, welche überall nur als Akte der freien Willkür erscheinen. Sind aber die gegebenen Handlungen von der Art, daß sie gerade das, enthalten, was die Ausübung und Vollziehung gewisser Rechtsverhältnisse ausmacht, so sind sie allerdings geeignet, die unvordenkliche Verjährung eines Rechtsverhältnisses dieser Art zu begründen; und der Umstand, daß sie etwa auch als Akte freien Beliebens vorkommen können, hat nur insofern Gewicht, als nun dem andern Theile der Gegenbeweis darüber, daß die fraglichen Thatfachen keine Rechtsausübung enthalten, nicht abgeschnitten werden kann. Keineswegs hat aber in solchen Fällen derjenige, welcher sich auf die Unvordenklichkeit stützt, noch besondere Nachweisung darüber zu liefern, daß die fraglichen Handlungen in der Absicht der Rechtsausübung vorgenommen werden. ²⁾

N o m e n.

Zum Kampfe sei bereit, ruft dich die gute Sache,
Doch ziehe nie das Schwert, dir zu verschaffen Rache.
Der Eitle nur besteht stets auf dem letzten Wort;
Frommt es der Sache nicht, so setz' den Kampf
nicht fort.

²⁾ v. Wening-Ingenheim Civ. Recht ed. III. §. 114.
Schweppe Röm. Priv. Recht ed. IV. §. 158.
Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. Nr. 1. §§. 3, 4.

B l ä t t e r
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 5. Samstag, den 3. März 1838.

**Praktische Resultate der neuesten Literatur in
der Lehre von den Einreden.**

Von Herrn Professor Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.)

IV.

Sehr bestritten ist, namentlich in der neuern Zeit, die Natur der sogen. *exceptio legis Anastasiana*. Die gemeine Meinung der ältern Theorie und Praxis gieng dahin: Die Gesetze, namentlich l. 22 u. 23 C. *mandati* (4, 35) erlaubten dem Cessionar nur so viel einzuklagen, als er selbst für die erkaufte Forderung bezahlt habe; diese Zahlung gehöre mithin zu seinem Klagegrunde, müsse daher von ihm, wenn seine Klage nicht angebrachtmaßen abgewiesen werden solle, behauptet, und nöthigenfalls bewiesen werden; die sogen. *exceptio* sey daher eine negative Litiscontestations. ¹⁾ Dagegen behaupten aber fast alle neuern Schrift-

¹⁾ M. vgl. die Literatur bei Glück, *Commentar*, B. 16. S. 471 not. 15 u. 16; n. dazu Thibaut §. 535, Wening, III. §. 150, Seuffert §. 303.

steller, das Verufen auf das anastasische Gesetz sey eine wahre Einrede, und der Schuldner müsse beweisen, daß und um wieviel weniger der Cessionar für die Forderung bezahlt habe. Die Gründe für diese Behauptung sind aber sehr verschiedene. Einige ²⁾ sagen, die Beobachtung der lex Anastasiana gehöre zwar zur vollen Gültigkeit der Cession, folge aber nicht aus dem Begriffe derselben. Nach diesem genüge der Nachweis, daß der Gläubiger die Forderung zu übertragen erklärt hat, also auch der Nachweis des geschlossenen Kaufes, da dieser in der Regel bei Forderungen die Rechte gebe, welche der Kläger geltend mache. Behaupte nun der Schuldner die ausnahmeweise Ungültigkeit wegen des Anastasischen Gesetzes, so sey dieß eine wahre Einrede, und von ihm zu beweisen. Dagegen meint Albrecht l. c. S. 188, die lex Anastasiana schreibe vor, daß sich die verkaufte Forderung in Folge der Cession um so viel mindern solle, als der Cessionar weniger als ihren Nennwerth bezahlt habe; der Cessionsakt sey also hier eine theilweise Aufhebung der schon vorher begründeten Forderung, und deßhalb das Verufen auf diesen Umstand eine Einrede im heutigen Sinne. Wieder einen andern Weg geht Knappe l. c. S. 108 — 110. Gesezt, sagt er, die lex Anastasiana wäre nicht vorhanden, so brauchte der Kläger gewiß nur die Cession selbst, nicht auch den Titel derselben darzuthun; würde nun der Ver-

²⁾ Weber, über Beweisführung, S. 277. Bethmanns Hollweg, Versuche S. 357. Linde, Zeitschr. III. S. 24. Wühlenbruch, Cession, 3te Auflage S. 605. Ein Ungenannter in Zu-Rhein, Beiträge zur Gesetzgebung. Bd. 3. S. 1 n. VII. S. 146 ff.

klagte entgegen, der Kläger habe ihm versprochen, Forderungen gegen ihn um geringern Preis an sich zu bringen, und nur bis auf diesen Preis gegen ihn geltend zu machen, so müßte er nicht bloß dieses Versprechen, sondern auch die wirkliche Erwerbung der eingeklagten Forderung um geringern und wie viel geringern Preis darthun; nun sey es aber für den Begriff einer Einrede gleichgiltig, ob einem Umstande kraft eines Gesetzes, oder eines Vertrages, der ja für den concreten-Fall auch die Kraft eines Gesetzes habe, rechtliche Wirkung zukomme; das anastatische Gesetz ersehe mithin zwar obigen Vertrag, und bedürfe nicht, wie dieser, des Beweises, könne aber von dem Beweise der wirklichen Erwerbung um geringern Preis den Schuldner nicht befreien. Noch andere Gründe giebt endlich Burchar di im Archiv für civ. Praxis B. 18. n. 8. Er führt nämlich aus, dem Cessionar den Beweis der Auskunft zum vollen Werthe aufzubürden, sey höchst unbillig, und der Folgen wegen in der Regel ganz unausführbar. Weil nämlich das Zeugniß des Cedenten nichts beweise, und sogar andere Zeugen nicht befriedigen könnten, da ja auch nur zum Schein vor ihnen die volle Baluta versprochen worden seyn könne, so bleibe dem Cessionar nur die Eideedelation übrig. Gesezt nun, der Schuldner erklärte, zwar beschwören zu wollen, daß sein Gegner die Forderung nicht zum vollen Werthe gekauft habe, aber den wirklichen Betrag des Kaufpreises nicht zu wissen, was sollte nun geschehen? Wenn aber der Cessionar seinen Beweis nicht erbringe, oder den ihm referirten Eid nicht schwöre, so entstehe

wieder eine große Verlegenheit, weil dadurch die Cession überhaupt nicht hinfällig werden könne, eine Summe, auf welche verurtheilt werden sollte, aber nicht ermittelt sey. Endlich sey es aber auch unjuristisch, den Schuldner von der Vorschüßung einer *exceptio legis Anast.* zu entbinden, weil die Gesetze den Ankauf von Forderungen unter dem Werthe als eine schlechte Handlung ansähen, es aber unerhört wäre, den *dolus* zu präsumiren, weil ferner die *lex Anastas.* ein *beneficium* für den Schuldner sey, weil endlich die Angabe des Cessionsgrundes zur Gültigkeit und zum Beweise der Cession nicht gehöre. Anders sey es freilich in den Fällen, wo eine Cession noch nicht erfolgt, sondern nur ein Anspruch auf Cession erworben sey; hier könne zwar nach neuerem römischen Rechte auch schon auf den Grund jenes bloßen Cessionsanspruchs mit einer *actio utilis* gegen den Schuldner geklagt werden, allein hier müsse natürlich der ganze Grund dieses Anspruchs, mithin, wenn er in einem Kaufe bestehe, auch die Größe der Kaufsumme als wesentlicher Bestandtheil des Vertrages, und die Zahlung oder Creditirung derselben vom Kläger bewiesen werden. —

Was nun die Entscheidung dieser Streitfrage anlangt, so dürfte schon die große Verschiedenheit der für die zweite Meinung vorgebrachten Gründe Zweifel gegen die Richtigkeit derselben erregen, und in der That erscheinen alle diese Gründe als unhaltbar. Die eigenthümlichsten sind die von *Albrecht* und *Knappe* vorgebrachten. Allein der erste hat übersehen, daß der Cessionsakt zwar im Verhältnisse zum Cedens nicht aber zum Cessionar

als eine Aufhebung der Forderung betrachtet werden kann; der Cessionar, welcher die Forderung um einen geringern Preis kauft, verliert durchaus nichts, was er schon hatte, sondern erwirbt nur nicht alles, was dem Cedens zukam; nur dieser ist es mithin, dessen Recht getilgt wird; eben darum muß der Cessionar beweisen, wie weit sein Erwerbgrund, d. i. die Zahlung reichte. Die Argumentation von Knappe beruht aber auf dem irrigen Satze, daß gesetzliche Bestimmungen keine andere und größere Wirkung hätten, als vertragsmäßige. Eine besondere Verabredung der Art, wie sie Knappe annimmt, würde als Ausnahme von der Regel erscheinen, und darum allerdings die volle Beweislast auf den Beklagten werfen. Das Gesetz kann aber denselben Umstand zur Regel und mithin zum Theile des Erwerbs- und Klagergrundes erheben, und ob dieß die *lex Anastasiana* gethan habe, ist gerade die Streitfrage. Alle übrigen Darstellungen beruhen am Ende auf zwei Gedanken, welche bei Burhardi am bestimmtesten hervortreten. Der erste ist der, daß der vom Kläger geforderte Beweis eine sogen. *probatio diabolica*, höchst unbillig, ja unausführbar seyn würde; allein dieses, auch in mehreren andern Streitfragen, z. B. über die Beweislast der *vindictio*, *actio confessoria* und *negatoria* gebrauchte Argument ist schon oft und hinreichend widerlegt; die Schwierigkeit eines Beweises kann nie von demselben befreien, am wenigsten in unserm Falle, wo es dem Cessionar so leicht ist, durch wirkliche Zahlung vor Zeugen sich die nöthigen Beweismittel zu verschaffen, und die Befürchtungen Bur-

hardiſ über das Reſultat beruhen auf unproceſſualiſchen Vorausſetzungen, und bedürfen dem praktiſchen Juristen gegenüber gewiß keiner Widerlegung. Der zweite Hauptgrund der Gegner aber beſteht darin, daß ſie die Ceſſion als einen von dem auf die Uebertragung der Forderung gerichteten Geſchäfte, dem Kaufe oder der Schenkung deſſelben, ganz verſchiedenen Akt betrachten, ſowie die Tradition von Corporalien. Allein das war ſie ja nur in dem ältern römischen Rechte, welches eine wahre Uebertragung von Forderungen wegen der höchſt perſönlichen Natur deſſelben nicht zuließ, und dieſelbe durch ein Mandat erſetzte, die Klage im Namen des Gläubigers zu ſtellen, das Empfangene aber für ſich zu behalten (ſog. *mandatum in rem suam*); in dieſem Mandate beſtand damals der beſondere Ceſſionsakt, und daher die Ausdrücke *actionem mandare* oder *cedere*. Im neuern römischen Rechte und im heutigen wird aber ein wirklicher Uebergang von Forderungen zugelassen, der Ceſſionar klagt auf eigenem Namen, und es bedarf mithin jenes Mandates nicht mehr; der auf die Ueberlaſſung der Forderung gerichtete Vertrag, Kauf, Schenkung, Tausch *cc.* genügt ſchon, und enthält die Ceſſion in ſich. Hierauf folgt denn aber, daß der Ceſſionar, um ſeine Klage gehörig zu ſubſtanziren, ſich nicht auf eine Ceſſion im Allgemeinen berufen kann, ſondern den Vertrag benennen muß, durch welchen ihm die Forderung überlaſſen wurde; iſt nun dieſer Vertrag ein Kauf, ſo gehört nach der deutlichen Beſtimmung der l. 22 u. 23 cit. Cod. die Zahlung des vollen Werthes zu den poſitiven Vorausſetzungen

des Erwerbs der Forderung, mithin zum Klagegrunde. Es tritt also das, was Burchar di ausnahmsweise zugibt, in allen Fällen ein, da eine besondere Cession neben und nach dem Kaufvertrage nicht mehr vorkommen kann.

Der hier vertheidigten Meinung ist nun auch rücksichtlich der Beweislast wieder beigetreten Rosshirt l. c. S. 369 — 375, jedoch mit der Modifikation, daß er das Berufen auf das anastasische Gesetz als eine exceptio im römischen Sinne betrachten, und fortwährend so genannt wissen will; wogegen zu bemerken ist, daß sich dieser Name in den Quellen nirgend findet, sondern erst in der ältern deutschen Praxis entstand, welche alle Einwendungen des Beklagten exceptiones nannte.

Was nun insbesondere Bayern betrifft, so hat bekanntlich der Codex Maxim. P. II. cap. 3. §. 8. n. 15. die Beweislast dem Schuldner aufgelegt, und deßhalb glaubt der Ungenannte in Zuz Rhein l. c. S. 154, um dieser Autorität des Mutterlandes willen müßten auch die Gerichte in denjenigen Provinzen, in welchen das gemeine Recht gilt, nach dieser Ansicht erkennen. Das Unjuristische dieses Grundes leuchtet aber um so mehr ein, wenn man erwägt, daß der Codex den gemeinrechtlichen Stand der Lehre durchaus verändert hat, und vom Schuldner den Beweis fordert, daß der Cessionar mit sonderbarer Bemühung nach der Cession gestrebt, und die Schuld nicht um billigen, d. i. nach den Umständen: den Umständen, der Güte und Realisirbarkeit der Forderung entsprechenden Preis an sich gebracht hat.

Beiträge zur Lehre von der Liquidation im Con- cursse durch Urkunden.

1.

Nach Vorschrift der *GD. XIX. §. 11. Nr. 1 u. 2.* müssen die Urkunden, welche zur Herstellung der Liquidität und Priorität der angemeldeten Forderung nothwendig sind, bei Strafe der Präclusion ohne Unterschied, ob dieselben bei dem nämlichen oder einem andern Richter schon einmal producirt worden sind, am ersten Ediktstage in *forma probante* producirt, und sowohl dem Schuldner, als den Mitgläubigern zur Einsicht vorgelegt werden.

Die Regel, daß das, was schon einmal in *forma authentica* producirt worden ist und sich wirklich bei den Acten befindet, keiner weitem Production mehr bedürfe, erleidet, wie in der *GD. XI. §. 5. Nr. 8.* ausdrücklich angeführt wird, eine Ausnahme, wenn die Sache zum Concurse kommt. Der Grund hievon beruht nach den *Ann.* zu dieser Stelle *lit. h.* darin, weil alsdann nicht mehr die nämliche Sache vorhanden ist; denn man hat es nun nicht sowohl mit dem Schuldner allein, als vielmehr und hauptsächlich mit den übrigen Mitgläubigern zu thun. Es schadet daher auch, wie die *Ann.* zur *GD. XIX. §. 11.* sagen, der Schuldner den übrigen Gläubigern durch die Recognition des Instrumentes nicht, dasselbe kann vielmehr dessen ungeachtet noch von ihnen diffinitirt werden, *quia recognitio non operatur in praejudicium tertii.*

Eine Limitation der im Eingang allegirten

strengen Vorschrift ist jedoch im §. 13. des Kap. XIX. unter Nr. 7. enthalten, woselbst bestimmt ist:

„Was aber vor entstandenem Concurse bei dem nämlichen oder einem andern Gerichte schon einmal gänzlich abgeurtheilt ist, soll weder dort noch da in eine weitere Liquidation mehr gezogen, sondern solcher Forderungen halber am ersten Ediktstage sich lediglich ad Acta referirt, und hievon nur soviel angeführt werden, als den Prioritätspunct betreffen mag.“

Diese gesetzliche Bestimmung findet auch bezüglich solcher Forderungen statt, welche auf einem vor entstandenem Concurse gerichtlich abgeschlossenen Vergleiche beruhen, weil ein solcher Vergleich die Wirkung einer rechtskräftigen Sentenz hat.¹⁾ In diesem Falle genügt es, wenn der Liquidant sich auf die bei dem Concursgerichte befindlichen Acten, welche das Original des Vergleichs-Protokolls enthalten, bezieht und um deren Vorlage bittet.²⁾

Aber auch in Ansehung der vor entstandenem Concurse noch nicht rechtskräftig entschiedenen oder gerichtlich verglichenen Forderungen, wird der Vorschrift der G.D. XIX. §. 11. Nr. 1 u. 2, genügt, wenn sich der Liquidant auf Urkunden, welche sich bereits urschriftlich bei dem Concursgerichte befinden und von den Mitgläubigern sogleich eingesehen werden können, oder auf Acten, welche bei dem Concursgerichte vorhanden und entweder den Concurs-Acten schon adhibirt worden sind, oder um

¹⁾ S. Bd. I, dieser Blätter. Nr. 30. S. 231 ff.

²⁾ HCC. v. 28. Febr. 1835. R. 413.

deren Adhibirung von dem Liquidanten gebeten wird, bezieht. Eine solche Bezugnahme ist der wirklichen Production gleich zu achten, weil das durch die Absicht des Gesetzgebers, die Mitgläubiger in den Stand zu setzen, die in Bezug genommenen Urkunden resp. Acten sogleich einzusehen und sich hierdurch von dem Grunde oder Ungerunde der liquidirten Forderung zu überzeugen, vollkommen erreicht wird. Ueberdies schließt die Bitte um Acten-Adhibirung den Antrag, sie den Mitgläubigern zur Einsicht vorzulegen, in sich. Nach dieser Ansicht ist denn auch in mehreren Fällen erkannt worden.³⁾

Dagegen setzt sich der Liquidant der Gefahr der Präclusion aus, wenn er die Acten, auf welche er Bezug genommen, nicht genau und bestimmt bezeichnet, und deren Vorlage resp. Adhibirung nicht einmal beantragt, oder, sofern sie bei einem andern als dem Concursgerichte befindlich sind, nicht zeitig genug dafür sorgt, daß sie dahin bis zum ersten oder doch wenigstens noch vor dem zweiten Ediktstage mitgetheilt werden.⁴⁾

2.

Es ist dem Gläubiger, welcher unter Beziehung auf eine bei den Gerichts-Acten befindliche Urkunde liquidirt hat, unschädlich, wenn in dem Liquidations-Protokolle nicht speziell bemerkt wor-

³⁾ HGE. v. 12. Febr. 1822. S. 788 $\frac{2}{3}$. LAGE. v. 18. Mai 1825. (HGE. B. 365 $\frac{2}{3}$.) LAGE. v. 4. Febr. u. 12. Juli 1825. (HGE. M. 573 $\frac{2}{3}$.) Vgl. auch Wiltner, der bayer. Cantproceß. S. 241.

⁴⁾ HGE. v. 23. Oct. 1818 u. LAGE. v. 6. März 1819. (HGE. H. 63 $\frac{1}{3}$.)

den ist, daß jene Urkunde zur Einsicht der übrigen Gläubiger auf dem Gantische lag, sofern nur aus andern actenmäßigen Umständen angenommen werden kann, daß die Production wirklich geschehen sey. ⁵⁾

3.

Der Liquidant braucht außer dem gerichtlich ausgefertigten Document über den Vertrag, auf welchen er seine Forderung gründet, nicht auch noch das Mutterprotokoll zu produciren; denn dergleichen Vertragsausfertigungen sind keine Abschriften, sondern wahre Original-Instrumente. Behauptet ein anderer Gläubiger, daß die Ausfertigung mit dem Mutterprotokolle nicht übereinstimme, so hat er diesen Einwand am zweiten Ediktstag vorzubringen und durch Production des Mutterprotokolls zu beweisen. ⁶⁾

4.

Die erforderliche Production einer Urkunde im Liquid. Termin kann weder durch den Antrag auf deren Amortisation — wenn sie verloren gegangen seyn sollte — noch durch Vorlage des Depositen-Scheins — wenn sie anderwärts gerichtlich deponirt ist, — surrogirt werden. ⁷⁾

5.

Ein Gläubiger, welcher die Original-Schuldurkunde am ersten Ediktstag zwar vorgezeigt, aber nicht zu den Akten übergeben hat, kann deshalb nicht präcludirt werden.

5) A.C.C. v. 17. März 1829. K. 14248.

6) D.A.C.C. v. 22. März 1832. St. 21634. (A.C.C. v. 58334.) Vgl. Wiltner a. a. O. S. 238 in Note x.

7) A.C.C. v. 21. April 1821. F. 44548.

Der Vorschrift der **GD. XIX. §. 11. Nr. 1.** u. 2, daß die Documente am ersten Ediktstage producirt und den Interessenten zur Einsicht vorgelegt werden sollen, ist genügt, wenn die Vorzeigung der Urkunde vom Liquidanten in der Art geschieht, daß die anwesenden Mitgläubiger dieselbe einsehen können. Nach Nr. 5. l. c. soll man die producirten Originalien den Gläubigern auf Begehren zurückgeben, und in diesem Fall beglaubigte Abschriften bei den Acten behalten. Wurde eine Abschrift vom Richter nicht zurückbehalten und eine dergleichen, wie die **GD. Nr. 6. ibid.** anrath, vom Liquidanten nicht mitübergeben, so hat der Richter entweder die Urkunde reproduciren zu lassen (**GD. XI. §. 5. Nr. 8.**) oder wenn die Urkunde schon früher legaliter bekannt war, darauf zurückzugehen. (**GD. XII. §. 5.**) Ausschluß der Forderung darf aber im vorliegenden Fall, als ein Rechtsnachtheil, welchen das Gesetz den im **Kap. XIX. §. 11. Nr. 1 — 6.** ertheilten Vorschriften nicht beigefügt hat, nicht eintreten.^{a)}

Zur Lehre von Prioritätsstreiten.

GD. XIX. §. 1. Bei Einweisungen der namentlich bezeichneten Gläubiger in die Gehaltsterg kommt es nicht selten vor, daß Einer oder der Andre eine vorzugsweise Befriedigung aus dem abgetretenen Gehaltstheile in Anspruch nimmt. In dessen sind die andern Gläubiger nicht schuldig, sich — abgesehen von Einleitung des allgemeinen

^{a)} **ACG. v. 4. März 1826. R. 219 $\frac{1}{2}$.**

Concursus — in einen solchen Prioritätsstreit einzulassen. Denn

1) Der Fall eines Partikularconcursum ist hier nicht gegeben. Nach Vorschrift der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 §§. 7, 8 ist das Partikular-Concursverfahren auf gewisse einzeln aufgeführte Verhältnisse beschränkt ¹⁾, und außerdem unzulässig. Analoge Anwendung ist hier um so weniger statthaft, als die gesetzlichen Fälle des Partikularconcursum das gemeinsame Merkmal haben, daß der Anspruch gewisser Gläubiger auf Befriedigung aus gesonderten Vermögenstheilen überall spezielle Gründe in der Natur der factischen Verhältnisse hat. Wo es nun an eigenthümlichen Gründen fehlt, eine vorgehende Befriedigung gerade aus der Gehaltsstanz zu verlangen, da mangelt die Gleichheit des Grundes und damit eine nothwendige Voraussetzung der analogen Anwendung.

2) Die Vorschrift der G.D. XVIII. §. 6. Nr. 6. welche von Immissionen in liegende Güter auf dem Grunde der Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse und von der Kollision von Hypothekgläubigern handelt, paßt hier nicht.

3) Die Geltendmachung der allgemeinen Vorzugsrechte, d. h. derjenigen, durch welche der bevorzugte Gläubiger nicht an einzelne Vermögenstücke angewiesen ist, setzt überall voraus, daß eben die Verwendung des gesammten Vermö-

¹⁾ Die Beschränkung des Partikular-Concursverfahrens auf gewisse durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch bestimmte Fälle ist auch gemeinen Rechts. S. B a h e r Theorie des Concursprocesses. §. 21.

gens des Schuldners zur Befriedigung der kollidirenden Gläubiger in Frage ist; nicht auf vorgehende Befriedigung aus einzelnen Vermögensstücken, sondern auf Vorgang bei Verwendung des Gesamtvermögens zur Schuldenzahlung ist das Vorzugsrecht gerichtet. Wenn alles, was der Schuldner im Vermögen hat, zur Tilgung der Schulden zusammengeworfen ist, so mag es eher an die nachstehenden Gläubiger langen, als wenn es sich nur von Verwendung einzelner Vermögensstücke handelt. Ist nur Letztere Gegenstand der Verhandlung, so kann eben darum die Geltendmachung eines allgemeinen Vorzugsrechtes nicht Platz greifen. — Uebrigens liegt es

4) in der Willkür des Bevorzugten, im Falle der Ueberschuldung auf Eröffnung des Universalconcursses anzutragen, und so die Wirksamkeit seines Privilegiums herbeizuführen. 2)

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

1.

Einfluß strafrechtlicher Processirung auf die Zeugenschafts-Qualität.

(O. D. X. §. 10. Nr. 4. u. §. 11. Nr. 2.)

1) Unter die untüchtigen Zeugen werden in der O. D. X. 10. Nr. 4 auch Ehrlose gerechnet. Diese Bestimmung ist aber durch die im StGB. v. J. 1813 aufgestellten Grundsätze für

2) ROC. v. 6. Febr. 1838. H. 41637.

aufgehoben anzusehen. Nach diesen haben zwar gewisse Verbrechen den Verlust der bevorzugten Standes-, Ranges- und Amtsbehr zur Folge; allein die Ehrlosigkeit im Allgemeinen, d. i. die Entziehung der allgemeinen Menschen- und Bürgerrechte kommt weder als selbstständige Strafe noch als Folge anderer Strafen mehr vor; ¹⁾ ausgenommen bei den zur Kettenstrafe Verurtheilten, welche vom Augenblicke der Rechtskraft des Urtheils an bürgerlich todt und für immer zur Zeugenschaft unfähig werden. ²⁾

In gleicher Art unfähig sind diejenigen, welche als Meineidige bestraft wurden. ³⁾

Außerdem ist jeder Verbrecher nur während seiner Strafzeit zur Ablegung eines Eides oder eines vollgültigen Zeugnisses unfähig. ⁴⁾

Diese Bestimmung findet auf diejenigen, welche bloß wegen eines Vergehens verurtheilt wurden, keine Ausdehnung. ⁵⁾

2) Nach Th. II. Art. 280 des StGB. sind Personen, welche wegen eines Verbrechens ⁶⁾ oder Vergehens verurtheilt, oder nur von der Instanz entlassen wurden, oder noch dem Prozesse unterliegen, für verdächtige Zeugen in Strafsachen erklärt.

¹⁾ Vergl. StGB. I. Art. 22, 23, 24. §. 1. u. Anm. Bd. I. S. 105.

²⁾ StGB. I. Art. 7.

³⁾ StGB. I. 269, 270, 290, 293, u. 294.

⁴⁾ StGB. I. Art. 24. §. 2. u. Anm. Bd. I. S. 109. Nr. 5.

⁵⁾ Anm. zum StGB. a. a. O. — AGG. v. 10. Juli 1821. V. 6493⁹.

⁶⁾ Hier sind solche Verbrechen gemeint, bei denen die Verurtheilung nicht die völlige Untüchtigkeit zur Zeugenschaft herbeiführt.

Der Judiciar-Coder enthält hierüber nichts Spezielles, doch werden daselbst (X. §. 11. Nr. 2.) unter den exceptionmäßigen Zeugen auch Leute von schlechtem Leumund aufgeführt, insofern sie nicht gegen Leute von gleicher Gattung produziert werden. In Berücksichtigung dieser Gesetzstellen und nach Analogie der obengedachten Bestimmung des StGB. wurde angenommen, daß Personen, welche wegen Verbrechens oder Vergehens prozessirt, aber nur von der Instanz entlassen wurden (um so mehr also wirklich Verurtheilte) als exceptionmäßige Zeugen zu betrachten seyen.⁷⁾

Indessen sollte, zumal was Vergehen anbelangt, diese Wirkung nur bei solchen angenommen werden, deren Begehung nach der öffentlichen Meinung für schimpflich gehalten wird, und den Ruf der Ehrlichkeit untergräbt. Die Entwürfe der Civilproceßordnung bezeichnen als solche Vergehen diejenigen, welche auf Eigennuß oder Gewinnsucht beruhen.⁸⁾ Hieher wäre auch insonderheit das Vergehen der Verläumdung (StGB. I. 393) zu rechnen.

Zur Lehre von der Sachlegitimation.

Ist sowohl über Sachlegitimation als Hauptsache derselben Person Beweis aufzulegen, so ist die Einleitung eines besondern abgekürzten Verfahrens in Betreff der erstern zwar im Allgemeinen nicht gerichtsüblich; jedoch, wenn die vorläufige schleunigere Erledigung des Legitimationspunktes nach Lage der Sache zweckgemäß scheint, ohne Bedenken zulässig.

⁷⁾ AGG. v. 12. Juni 1827. B. 403^{3/4}.

⁸⁾ Entwurf v. 1825. §. 533. Nr. 5. Entw. v. 1827. §. 294. Nr. 5. Entw. v. 1831. §. 248. Lil. c.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 6. Samstag, den 17. März 1838.

Zur Lehre vom obrichterlichen Amte.

§ D. 15. § 9. ^{Nr. 1.} Wurde eine Klage nach gepflogener Verhandlung angebracht, so oder zur Zeit, oder auch — auf dem Grunde einer Vorrede oder wegen eines besondern Mangels der Klagebegründung — ohne Würdigung des sonstigen Inhalts der Verhandlungen definitiv abge- wiesen, der Obrichter aber überzeugt sich auf ergriffene Berufung, daß die ausgesprochene Ab- weisung nicht gerechtfertiget, vielmehr auf den übrigen vom vorigen Richter nicht gewürdigten Inhalt der Verhandlungen einzugehen sey, so ent- steht häufig die Zweifelsfrage: ob mit dem ober- richterlichen abändernden Ausspruche, daß die Klage nicht, wie geschehen, abzuweisen, die Zurückwei- sung an den vorigen Richter zu weiterem Erkennt- nisse über die von demselben noch nicht gewür- digten Punkte, oder vielmehr die sofortige Ent- scheidung über letztere zu verbinden sey? — Die Beantwortung der Frage hat nach folgender Un- terscheidung zu geschehen:

1) Lag dem Ausspruche des vorigen Richters eine Prüfung des zur Begründung der Klage Vorgetragenen zu Grunde, bezieht sich sonach dessen Entscheidung auf die Hauptsache, so ist diese durch die gegen den fraglichen Ausspruch ergriffene Berufung mit allem, was davon abhängt, an den Obergerichter devolvirt,¹⁾ und es hat demzufolge der Obergerichter mit dem Erkenntnisse, welches die vom vorigen Richter ausgesprochene Abweisung entkräftet, sofort die Entscheidung über diejenigen Punkte zu verbinden, auf welche es, nach Verwerfung des vorerst geprüften Abweisungsgrundes, anzukommen hat. — Hatte z. B. der vorige Richter die Abweisung wegen Dunkelheit der Klagschrift, wegen Unschlüssigkeit der Klagbitte abgewiesen, so lag diesem Ausspruch eine Würdigung des zur Begründung der Klage Vorgetragenen zu Grunde, seine Entscheidung betrifft die Hauptsache; ist nun einmal durch die dagegen ergriffene Berufung die Hauptsache an den Obergerichter devolvirt, so ist die Kompetenz desselben für alle Punkte des Streites begründet, deren Würdigung davon abhängt, ob das Ergebnis der Sachprüfung des vorigen Richters die Probe hält oder nicht. Derselbe hat daher, wenn er die erkannte Abweisung für nicht gerechtfertigt findet, sein Urtheil sofort über die rechtliche und faktische Begründung der Klage nach allen ihren Momenten, und, sofern kein anderer Grund zur Abweisung hervortritt,

¹⁾ C.D. XV. §. 9, Nr. 1. — Vgl. Gönnert im Comment. zur Novelle von 1819, S. 293 in der Note.

auch auf die zerstörlchen Einreden, Replikcn u. zu erstrecken. — Dasselbe gilt, wenn der vorige Richter auf Abweisung erkannt hat, — nicht wegen eines Fehlers der Klagschrift, sondern wegen Mangelhaftigkeit des der Klage unterstellten Faktums, z. B. weil die Protokollirung des in Frage befindlichen Vertrags zwischen Christ und Jud nicht vor der Obrigkeit des erstern geschehen war. — Ueberzeugt sich nun der Obrichter, daß dieser Abweisungsgrund nach dem zur Anwendung kommenden Partikularrechte unstichhaltig sey, so muß sein Urtheil sofort die übrigen Streitmomente, welche der vorige Richter in Folge seiner Ansicht über jenes Erforderniß der Klagebegründung nicht in Erwägung gezogen, sogleich mit umfassen. —

Lag dagegen

2) dem Ausspruche des vorigen Richters nicht die Prüfung des zur Begründung der Klage Vorgetragenen, sondern nur die Würdigung einer Voreinrede (d. h. einer solchen, die es wirklich ist, womit so Manches, was unter deren Firma vorgetragen wird, nicht verwechselt werden darf) oder eines Nebenpunktes, z. B. der Rautionsleistung, zu Grunde, so kann man nicht sagen, daß mit der dagegen ergriffenen Berufung auch die Hauptsache an den Obrichter devolvirt worden; denn es wäre unjuristisch, anzunehmen, daß diese von dem, was nur durch sie veranlaßt zur Sprache kommt, abhängt. In Fällen solcher Art hat sich daher der obrichterliche Ausspruch darauf zu beschränken, daß die vom vorigen Richter erkannte Abweisung nicht statfinde,

und hiermit ist die Zurückweisung an diesen zur Fällung weitem Erkenntnisses zu verbinden.

Dasselbe gilt

3) auch in Fällen der unter Nr. 1. aufgeführten Art, wenn der Appellant nichts weiter ausdrücklich beantragt hat, als den Ausspruch, daß die Abweisung nicht stattfinde, und die Zurückweisung an den vorigen Richter.²⁾

4) Die vorstehend entwickelten Grundsätze kommen gleichmäßig zur Anwendung, wenn sich dieselbe Frage in spätem Stadien des Processes, insbesondere im Beweisverfahren ergibt. Beruht der Ausspruch des vorigen Richters wesentlich auf Beantwortung einer formellen Vorfrage, z. B. auf Annahme der Desertion einer Beweisantretung, oder auf Entscheidung eines Incidentpunktes, z. B. Zurückweisung eines Restitutionsgesuches, so ist die Beurtheilung der Hauptsache, insbesondere die Beweisprüfung, an den Obergerichter nicht devolvirt, und es findet, wenn jener Ausspruch zu reformiren ist, die Zurückweisung an den vorigen Richter³⁾ zur Fassung weitem Erkenntnisses statt. Fußt hingegen der Ausspruch des vorigen Richters auf Beurtheilung der Hauptsache, wenn gleich nur auf einer theilweisen, indem z. B. wegen Annahme des Mißlingens der Beweisführung in Ansehung einer von mehreren kopulativ zum Beweis ausgesetzten Thatsachen —

²⁾ AOC. vom 27. Febr. 1838. C. 207³⁹.

³⁾ resp. an den Unterrichter, wenn z. B. dieser auf dem Grunde der Desertion die Beweisfähigkeit ausgesprochen hatte, dieser Ausspruch von dem Richter II. Instanz bestätigt, von dem obersten Gerichtshofe aber reformirt wurde.

die Prüfung in Ansehung der übrigen als überflüssig unterlassen wurde, — so ist die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, und es ist, im Falle die dem vorigen Erkenntniße in Ansehung jenes einzelnen Punktes zu Grunde liegende Ansicht für unrichtig erkannt wird, die Zurückweisung zu weiterm Erkenntniße über den andern Inhalt der Beweisführung unzulässig; vielmehr hat hier der Oberrichter die Vollständigkeit der Instruktion hinsichtlich aller Punkte vorausgesetzt, sofort über das Ganze zu erkennen.

Praktische Resultate der neuesten Literatur in der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Professor Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.)

V.

Nicht weniger streitig ist die Natur der sogen. *exceptio non adimpleti contractus*. Die früher herrschende Ansicht ging dahin: bei zweiseitigen Verträgen sey die Leistung des einen Theils durch die des andern bedingt, und es werde zur vollen Begründung der Klage gefordert, daß der Kläger seinerseits den Vertrag erfüllt habe, oder die Erfüllung vollständig anbiete; die genannte *exceptio leugne* somit einen Theil des Klaggrundes, und deßhalb müsse der Kläger die Erfüllung beweisen.¹⁾ Dagegen hat nun *Heerwart*²⁾ behauptet, die klä-

¹⁾ Glück, B. 17, S. 227—231. Könnert, Handbuch, B. II, n. 34. S. 208. Wenig, III, §. 33. Thibaut §. 472. Mühlenthal §. 334.

²⁾ Im Archiv f. civ. Praxis, B. 7, n. 18; B. 14, n. 9 und B. 18, n. 15.

gerischerseits geschehene Erfüllung des Vertrages gehöre nicht zum Klaggrunde; der Beklagte habe nur ein Retentiontrecht seiner eignen Leistung so lange, bis der Kläger erfülle; die Behauptung, daß dieß nicht geschehen sey, bilde mithin eine wahre Einrede, deren faktischer Grund in der Forderung bestehe, welche der Beklagte aus demselben Vertrage an den Kläger zu machen hat; diese Forderung müsse daher auch der Beklagte vollständig nachweisen, wenn sie geleugnet werde; behaupte dann der Kläger die Tilgung dieser Forderung, so sey dieß eine wahre Replik und müsse allerdings von ihm bewiesen werden.

Dieser Ansicht sind viele beigetreten, ³⁾ während andere wieder die ältere Meinung vertheidigt haben. ⁴⁾ Obgleich nun beide Meinungen in der Beweislast des Klägers übereinstimmen, so führt doch ihre verschiedene Begründung zu wichtigen praktischen Resultaten. Aus der ältern Ansicht ergeben sich nämlich nachstehende Folgesätze:

1) Wer aus einem Vertrage, bei welchem die sogen. *exceptio non adimpl. contr.* überhaupt denkbar ist, ⁵⁾ klagen will, der muß in der Klage anführen, daß er seiner Seite den Vertrag erfüllt habe, oder zu erfüllen bereit sey, widrigenfalls ist die Klage angebrachtermaßen zu verwerfen.

³⁾ Bethmann-Holweg, Versuche S. 344. Brandis in Schunf's Jahrb. B. 17, S. 192 ff. Albrecht l. c. S. 189. Rosshirt l. c. S. 351. Volkman, de exc. non adimpl. contr. Lips. 1829.

⁴⁾ Lang, die Einrede des nicht erfüllten Contr. Regensb. 1829. Rnappe l. c. S. 103. Schenk im Archiv f. civ. Pr. B. 17, n. 4 u. 9, B. 20, n. 15.

⁵⁾ welche Verträge hieher gehören, darüber unten.

2) Wenn der Beklagte über die vom Kläger behauptete Erfüllung sich nicht erklärt, so ist nach den processualischen Grundsätzen über nicht erfolgte Einlassung zu verfahren, also, wo, wie im gemeinen Recht, Ableugnung angenommen werden muß, auf Beweis der Erfüllung zu erkennen, was viele ältere Juristen so ausdrücken, der Richter dürfe unsere Einrede ergänzen.⁶⁾ Nach Heerswart's Ansicht darf dagegen dieser Umstand nur berücksichtigt werden, wenn sich der Beklagte innerhalb der für dilatorische Einreden bestimmten Frist darauf berufen hat.

5) Soferne überhaupt aus zweiseitigen Verträgen eine Executivklage zugelassen werden soll, was im gemeinen Rechte bestritten, für Bayern aber argumento der Unmerk. ad Cod. jud. Cap. 3. §. 3. n. 5 i. f. zu bejahen ist, muß auch die vom Kläger behauptete Erfüllung des Vertrages durch eine guarentigirte Urkunde bewiesen seyn, und es wäre inconsequent, wenn man behaupten wollte, es müsse erst dem Kläger der Beweis der Erfüllung auferlegt, und der Executivproceß so lange suspendirt werden.⁷⁾ Nach Heerswart's Ansicht ist es nur nöthig, daß der Kläger, wenn ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegengestellt wird, seine Replik der Erfüllung sogleich liquid mache.

Die ältere, auch von unserer Praxis größtentheils befolgte Ansicht dürfte als die richtige zu betrachten seyn. Die Hauptargumente Heerswart's sind, außer untergeordneten Streiten über

⁶⁾ Glüd, B. 17, S. 230.

⁷⁾ Bgl. Glüd a. a. D. S. 239.

die Exegese einzelner Gesetze, die Ross hirt nicht ohne Grund principlos nennt, folgende zwei:

- a) die in Frage stehende Vertheidigung des Beklagten werde in den Gesetzen überall *exceptio* genannt. Allein dieser Grund ist durch das oben sub II. (§. 19 ff.) Ausgeführte schon widerlegt.
- b) durch die ältere Ansicht würden alle zweiseitigen Verträge zu sogen. Realverträgen gestempelt, was sie doch entschieden nicht seyen. Allein dieß ist irrig; denn bei den Realverträgen wird erst durch die Leistung von einer Seite der Vertrag perfekt, und somit eine Forderung begründet, hier aber vollendet schon der Consens den Vertrag, und macht eine Forderung entstehen, deren Fälligkeit nur von der eignen Vertragserfüllung bedingt ist; deßhalb genügt aber auch das Anerbieten der Leistung, und darum fällt, selbst wenn die Leistung durch Zufall unmöglich wird, die Verpflichtung des Gegentheils und die Klage nicht durch aus hinweg.

Für die ältere Ansicht spricht aber der Umstand, daß bei den Verträgen, wo überhaupt von unserer sogen. *exceptio* die Rede seyn kann, die eigne Vertragserfüllung zu den regelmäßigen gesetzlichen Bedingungen des Sieges von Seiten des Klägers gehört, mithin zufolge des oben sub III. (§. 33 ff.) Erörterten einen Theil des Klagegrundes bildet.⁸⁾

⁸⁾ Aus diesem Grunde muß dasselbe auch von dem altbayerischen und preussischen Rechte gelten nach der Zas-

Welches sind nun aber diejenigen zweiseitigen Verträge, bei welchen die eigentliche Leistung oder Leistungsverbietung zum Klaggrunde gehört, also, wie man zu sagen sich gewöhnt hat, die *exceptio n. ad. contr.* Platz greift? In den Gesetzen wird die Sache nur beim Kaufe erwähnt, und deshalb das Anführen des Beklagten *exceptio mercis non traditae* genannt.⁹⁾ Da dieß aber nur eine Folge der eigenthümlichen Grundsätze der Römer über die Klagbarkeit der Verträge war, und da hierin heutzutage im Allgemeinen alle zweiseitigen Verträge dem Kaufe gleichstehen, so hat die deutsche Wissenschaft und Praxis auch jene gesetzlichen Bestimmungen ausgedehnt, und demgemäß den generellen Namen *exc. non adimpl. contr.* gebildet. Wie weit diese Ausdehnung gehen dürfe, darüber haben die angeführten Schriftsteller weitläufige Streitigkeiten geführt, als deren gemeinschaftliches Resultat folgende Sätze betrachtet werden können:

1) So oft der eine Contrahent bestimmt verpflichtet ist, zu erst zu leisten, kann zwar der andere sogleich nach perfektem Vertrage gegen ihn klagen,¹⁰⁾ er selbst aber erst, nachdem von seiner Seite geleistet ist; früher ist seine Klage auch schon nach römischem Rechte nicht begründet, und es bedurfte mithin hier keiner *exceptio*. Man sollte daher auf solche Fälle auch heutzutage den Namen *exc. non ad. contr.* nicht anwenden, um

sung des Cod. Civ. IV, cap. 3, §. 10, n. 5 und §. 14, n. 4 und das A. Pr. 2. R. Th. 1, tit. 11, §. 76, 92 und 221.

⁹⁾ l. 25 de E. V. (19, 1).

¹⁰⁾ l. 24, §. 4, l. 60, loc. cond. (19, 2).

nicht das Gebiet des Streitens unnöthig zu erweitern. Eine solche Verpflichtung zur Vorleistung für den einen Theil kann aber aus der Natur des Vertrages hervorgehen, wie bei der Miethe, dem receptum der Wirthe, dem Trödelvertrag,¹¹⁾ oder aus Verabredung der Parteien, sowohl ausdrücklicher, wie bei unsern Eilwagen, Dampfschiffen, Eisenbahnen, als auch stillschweigender, z. B. wenn der Käufer Credit erhält.

2) Der eigentliche Sitz unserer sogen. exceptio findet sich mithin nur bei denjenigen Verträgen, in deren Natur nicht liegt, daß der eine Theil zuerst leiste, sondern daß beide Leistungen zugleich, Zug um Zug, wie sich schon Kreitzmayr ganz bezeichnend ausdrückt, geschehen sollen. Der Normalfall hiefür ist der Kauf. Zwar behauptet Schenk im Archiv B. 17, S. 144 ff., der Käufer sey zur Vorleistung gesetzlich verpflichtet, er ist aber durch Heerwart, Archiv B. 18, S. 389 hinreichend widerlegt, und scheint nun im Archiv B. 20, S. 427 und 472 seine Behauptung selbst fallen zu lassen. Dem Kaufe gleich steht jetzt auch der Tausch, Vergleich und viele andere der sogen. Innominatkontrakte.¹²⁾ Am zweifelhaftesten erscheint den Schriftstellern der Gesellschaftsvertrag; doch verwerfen sie hier im ganzen unsere sogen. exceptio, aber ohne einen bestimmten und allgemein gefaßten

¹¹⁾ l. 24, §. 2, l. 30, §. 3, l. 15, §. 6, l. 19, §. 6, loc. cond. (19, 2). Archiv, Band 18, S. 408 ff. B. 17, S. 95.

¹²⁾ l. 21 C. de pactis (2, 3). Archiv, Bd. 18, S. 415 ff. und B. 20, S. 430 ff. Rosshirt l. c., S. 357 ff.

Grund.¹³⁾ Ein solcher dürfte sich indeß leicht finden lassen. Die Verpflichtung zur gleichzeitigen Leistung Zug um Zug, mithin auch unsere sogen. *exceptio*, läßt sich nur bei solchen Verträgen denken, welche zwei genau bestimmte und abgegränzte Gegenleistungen einander gegenüber stellen, nicht aber bei Geschäftsverbindungen oder Gemeinschaften, aus welchen eine gar nicht voraus erkennbare Menge von einzelnen Ansprüchen entstehen kann; hier, also bei *Societät*, *communio incidens*, *Mandat*¹⁴⁾ fällt unsere sogen. *exceptio* jedenfalls hinweg, und jeder einzelne Anspruch erzeugt seine Klage, die freilich auch als Widerklage geltend gemacht werden kann. Folgender Rechtsfall mag zur Erläuterung dienen. A hatte von B einen Zehnten gepachtet, und nachher den C und D, als Gesellschafter in den Pacht aufgenommen; am Ende des Pachtjahres klagte er gegen C und D auf Bezahlung der Pachtschillingbraten; die Beklagten gestanden die Klage zu, stellten aber die *exc. n. ad. contr.* entgegen, weil ihnen der Kläger noch keine Rechnung über den Zehntertrag gestellt, und die sie hievon treffenden Antheile noch nicht herausgegeben habe, und baten um Abweisung der Klage. Mit Recht wurden sie zur Zahlung verurtheilt, und ihnen vorbehalten, auf Rechnungsablage und Herausgabe ihrer Antheile am Zehntertrage zu klagen; hätten sie dagegen hierauf eine Widerklage

¹³⁾ Archiv, B. 17, S. 93; B. 18, S. 413 ff. Roßhirt l. c. S. 335.

¹⁴⁾ Das Mandat ist überdieß in der Regel, wenn nämlich kein Sponsor verabredet ist, ein einseitiger Vertrag, und schließt schon deshalb die *exceptio* ebenso aus, wie die vier Realverträge. Archiv B. 7, S. 388 und B. 14, S. 207.

gestellt, so hätte diese zugleich mit zur Verhandlung und Aburtheilung kommen müssen. —

Alles bisher Ausgeführte muß auch von dem Falle gelten, wenn der Beklagte behauptet, der Kläger habe den Vertrag nur theilweise erfüllt, sog. *exceptio non plenarie adimpleti contractus*.¹⁵⁾ Was endlich die schon bei den Aelteren¹⁶⁾ bestrittene Frage anlangt, ob es eine von der *exceptio non ad. contr.* verschiedene *exc. non rite adimpl. contr.* gebe, so verneint dieß Albrecht, S. 188, ohne nähere Ausführung, Knappe, S. 104, aber mit Borst, über die Beweislast §. 79, und Thibaut §. 472, nur für den Fall, da der Beklagte die ihm angebotene Leistung wegen Fehlerhaftigkeit zurückweist, während er nach erfolgter Annahme die Behauptung von Fehlern als Einrede des Irrthums betrachtet, und damit stimmt im Ganzen auch wieder Rosshirt l. c. S. 358 — 360 überein, indem er nur dem Beklagten jedenfalls dann den Beweis auslegt, wenn er auf Redhibition dringt. Am bestimmtesten und wichtigsten sind wohl folgende von Heerwart und Schenk¹⁷⁾ aufgestellten Sätze:

1) Geht der Vertrag auf Leistung einer in specie bestimmten Sache, z. B. dieses Pferd, oder einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, ohne besonderes Versprechen wegen der jetzt gerügten Fehler, so ist der Vertrag, mithin auch der Klaggrund, durch das Anbieten oder Leisten der

¹⁵⁾ Archiv, B. 7, S. 353—357.

¹⁶⁾ Glüdf, B. 17, S. 231 ff.

¹⁷⁾ Archiv, B. 7, S. 357 ff. und B. 20, S. 467 ff.

Sache erfüllt. Die Behauptung von Fehlern ist mithin, der Beklagte mag die Leistung deshalb zurückweisen oder schon angenommen haben, ein selbstständiger Grund zu einem Ansprüche auf Entschädigung oder Redhibition, also wahre Einrede; die Behauptung dagegen, es sey eine andere Sache, oder aus einer andern Gattung angeboten oder geleistet, wäre ein Ableugnen des Klaggrundes.

2) Wenn aber eine der Gattung nach bestimmte Sache, jedoch mit bestimmten Eigenschaften, Gegenstand des Vertrages ist, so ist die Eigenschaft ein wesentlicher Theil der Leistung, und die Behauptung, daß sie fehle, deshalb eine Ableugnung des Klaggrundes, der Beklagte mag die angebotene Leistung zurückweisen oder sie schon angenommen haben.¹⁸⁾

3) Wenn Handlungen versprochen waren, so ist die Behauptung, daß sie fehlerhaft geleistet worden, eine wahre Einrede, dagegen die Behauptung, daß eine ganz andere Handlung geleistet worden sey, als die versprochene, eine bloße Klagableugnung.¹⁹⁾

Praktische Bemerkungen aus dem Gebiete des Strafrechts.

1.

Art. 425, 427
Th. I. d. Str. G. Im Auslande war ein Wirth in Untersuchung wegen Acciddefraudation gekommen. Um sich zu rechtfertigen, gab er vor, daß er den

¹⁸⁾ Wgl. jedoch in Bezug auf den Fall der geschehenen Annahme. Borst a. a. O. S. 79. (Anm. der Redakt.)

¹⁹⁾ Dieß lehrt auch Knappe S. 105 an.

fraglichen Wein nicht zur einheimischen Konsumtion gekauft, sondern sofort wieder — nach Bayern — ausgeführt habe. Zum Beweise dieses Vorgehens aufgefordert, brachte er ein Attestat eines Dorfbewohners in Bayern bei, auf welchem der Ortsvorsteher, in dieser Eigenschaft, die Wahrheit des Inhalts bezeugt hatte. Auf Requisition der ausländischen Finanzbehörde wurden nun der Ortsvorsteher, so wie der Aussteller des Attestates eidlich vernommen, und beide erklärten, daß der Inhalt des Attestates unwahr, die Ausstellung aus Gefälligkeit für den bezeichneten Wirth geschehen sey.

Das vorstehende Faktum konnte weder unter Art. 425 (vgl. mit dem Gesetze vom 11. Sept. 1825) noch unter Art. 427, Zb. 1. des StrG. subsumirt werden; denn es fehlte bei Ausstellung des falschen Attestates die betrügliche Absicht im Sinne des Art. 256; dieselbe geschah weder, um einen Andern in Schaden zu bringen, noch sich selbst einen unerlaubten Vortheil zuzuwenden, sondern einzig nur, um von dem ausländischen Wirth die Verurtheilung in die Defraudationsstrafe abzuwenden.

Da nun auch Art. 438 nicht zur Anwendung kommen konnte, weil kein Schaden gestiftet worden, so war die Sache zur polizeiamtlichen Erledigung zu verweisen.¹⁾

2.

Ges. vom 25. März
1816, Art. VI. Nr 3

Nach Inhalt der nebenbezeichneten Gesetzstelle ist es eine Auszeichnung, wenn

¹⁾ HGE. vom 23. Febr. 1838 (1852).

der Dieb, um stehlen zu können, in ein Haus eingebrochen ist. — Hat der Dieb von der Straße aus ein Fenster erbrochen, und durch Hineinlangen Sachen entwendet, so ist keine Auszeichnung vorhanden. Das Gesetz fordert, daß „Eingebrochen: seyn (der Person);“ damit ist das „Eingebrochen: haben,“ welches zudem eine minder gefährliche Handlung ist, nicht zu verwechseln.²⁾
(Wird fortgesetzt.)

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

2.

Zeugen in eigener Sache.

(O. D. X. §. 10. Nr. 5.)

Wenn gleich niemand in seiner eigenen Sache Zeuge seyn kann, so kann er doch über seine eigene Handlung, die bei einer vorseyenden Streitsache in Betrachtung kommt, und wobei er selbst weder Schaden noch Vorthail hat, Zeugschaft geben, indem er hier nicht als partheiisch angesehen werden kann.³⁾ „Palam enim est, sagt Ulpian¹⁰⁾ eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.

Wenn ein Zeuge ein unmittelbares Interesse

²⁾ ROC. vom 2. Juni 1835 (308³⁴).

³⁾ Westphal, Rechtsgutachten und Erkenntnisse. B. I, S. 126. §. 8.

¹⁰⁾ Fr. 1. §. 1. quando appelland. sit.

bei der Sache zu haben glaubt und erklärt, daß er sich seine Rechte deshalb vorbehalte, so ist er untüchtig, wenn er auch seine Ansprüche noch nicht geltend macht und es ungewiß bleibt, ob er damit dereinst durchlangen könnte. ¹¹⁾

Zu G. O. Cap. XIV. §. 4.

(Von Dr. G. R. Seuffert mitgetheilt.)

Die unterlassene Mittheilung der Akten an den k. Lehenhof, resp. unterlassene Einholung der lehenhöferrl. Erinnerungen in einem Prozesse unter dritten Personen, hat keine andere Folge, als daß das ergangene Urtheil für ihn wirkungslos, d. h. nichtig wäre; denn die G. O. l. c. ordnet die Mittheilung der Akten ad cameram nicht unter dem Präjudize absoluter Nullität an, sondern hat hier nur speciell eingeschränkt, was sie schon Kap. 8, §. 4, Nr. 5 im Allgemeinen rücksichtlich der amtlichen Beiladung interessirter Dritter vorgeschrieben hat, und zwar mit der Bestimmung (Nr. 7 u. 8), daß, falls der Richter hierin etwas außer Acht gelassen habe, die bereits in rem judicatam erwachsene Sentenz von den Hauptpartheien nicht mehr angefochten werden könne, sondern dem betheiligten Dritten die besondere Geltendmachung seiner Ansprüche freistehe. ¹⁾

¹¹⁾ AOC. v. 20. Mai 1834. S. 685³⁴.

¹⁾ AOC. (Untermain.) Nr. ⁵⁶⁵⁹₇₄₈ vom 27. Oetober 1837.

Einlaufbescheinigung.

Der Aufsatz: Ueber Subordinationsvergehen der Landwehr und deren Bestrafung wird benützt werden.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 7. Samstag, den 31. März 1838.

Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Immobiliär-
Verträge wegen jüdischer Einmischung.

Durch die unterm 30. Mai 1799 an die oberpfälzische Landesdirektion erlassene und von dieser unterm 10. Juni desselben Jahres ausgeschriebene Verordnung wurde angeordnet:

„daß die Juden bei Gutzzertrümmungen, überhaupt bei Veräußerungen liegender Gründe von allen desfalligen Kauf- und Tausch-Contracten, wie auch von allen Unterhandlungen ausgeschlossen seyn, und sich derlei Geschäften um so gewisser enthalten sollen, als die Uebertreter mit empfindlicher Strafe angesehen, auch alle derlei durch Unterhandlungen eines Juden getroffene oder veranstaltete Contracte auf einkommende Beschwerden annullirt werden würden; welche Strafsfälle auch gegen die, eine jüdische Einmischung, oder Unterhandlung bei solchem Veräußerungsgeschäft bewirkenden oder gestattens-

den Gebkäufer und Käufer ohnfehlbar eintreten sollen.“¹⁾)

Diese Special-Verordnung wurde durch die königl. Verordnung vom 4. August 1807,²⁾ bis auf fernere Bestimmung über die Verhältnisse der Juden, nicht nur erneuert, sondern auch auf alle übrigen Theile des Königreichs Bayern ausgedehnt.³⁾

Es ist zwar am 10. Juni 1813 das Edikt über die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen im Königreiche Bayern erlassen worden, allein durch dasselbe wurden jene Verbotsgesetze nicht außer Wirksamkeit gesetzt, indem das Edikt weder deren Aufhebung ausdrücklich ausspricht, noch Bestimmungen enthält, welche jenen Gesetzen geradezu entgegen stehen, vielmehr deren Fortbestand schon durch die im §. 30 enthaltene Bestimmung zu erkennen giebt, daß alle Gesetze des Reichs, in so weit nicht rücksichtlich der Juden Ausnahmen gemacht sind, auch auf sie ihre Anwendung finden.⁴⁾

¹⁾ Reg. Bl. v. J. 1807, S. 1330.

²⁾ S. das alleg. Regbl. S. 1329.

³⁾ In der erst im Jahre 1810 dem Königreiche Bayern einverleibten Provinz Bayreuth findet die erwähnte Verordnung, weil sie für solche nicht besonders publicirt wurde, keine Anwendung. S. Justiz-Minist.-Rescripte vom 24. Jan. 1819, 27. April 1819, 26. Sept. 1821 und 26. Juli 1824. — MGC. v. 18. Dec. 1818. S. 565; v. 11. Aug. 1820. G. 4914²/₂; v. 8. Mai 1824. G. 2542²/₂; v. 20. Apr. 1830. H. 5063²/₂.

⁴⁾ Vgl. die allerb. Entschliefungen vom 24. Jan. und 26. März 1819. (Novellen zum bayerischen Landrecht von Dr. Moritz, S. 173). — DMGC. v. 24. August 1819. MGC. B. 1826²/₂. MGC. v. 22. März 1822 und DMGC. v. 3. Jan. 1823. V. 337

Da sonach jene Verbotsgesetze noch bestehen, so dürfte die Mittheilung einiger Bemerkungen über diese noch immer in der Praxis gangbare Materie nicht uninteressant seyn, zumal da dieselbe schon mancherlei Stoff zu Controversen darzubieten hat.

1) Die Richtigkeitserklärung eines Vertrags über Immobilien wegen jüdischer Einmischung kann nicht von Amtswegen erfolgen, denn die B. v. 30. Mai 1799 giebt dieses durch die darin enthaltenen Worte: „auf einkommende Beschwerden“ deutlich zu entnehmen. Der Ausdruck „Beschwerde“ bezeichnet einen von Seite des Betheiligten gestellten Antrag auf Annullirung des Geschäfts. Dieser Antrag kann übrigens sowohl durch Klage, als durch Einrede geltend gemacht werden. ⁵⁾

Von Amtswegen kann die Einrede der Richtigkeit nicht supplirt werden. ⁶⁾

33. DMC. v. 26. April 1822. AMst. D. 6033^o.
MC. v. 13. Dec. 1822 und DMC. v. 27. Octbr. 1823.
B. 6923¹. MC. v. 16. Decbr. 1823 und DMC.
v. 10. August 1824. G. 5483². MC. v. 7. April
1829 und DMC. v. 24. Juli 1830. S. 3543³.
MC. v. 24. April 1832 und DMC. v. 20. Februar
1836. H. 1313⁴.

5) MC. v. 22. März 1822 und DMC. v. 3. Januar
1823. V. 3373¹. MC. v. 24. April 1832 und
DMC. v. 20. Febr. 1836. H. 1313².

6) MC. v. 31. März 1821. G. 1313^o, v. 26. Februar
1822. R. 1253¹, v. 8. Jan. 1823. B. 823², v. 2.
Mai 1823. W. 4503³, v. 1. April 1824. S. 1113⁴.
MC. v. 21. Mai 1824 und DMC. v. 17. Juni
1825. T. 3793⁵. MC. v. 18. Febr. u. DMC. v.
21. Nov. 1825. H. 7823⁶. MC. v. 4. Dec. 1824
und DMC. v. 15. Apr. 1826. B. 323⁷. MC. v.

2) Daraus, daß in der B. v. 4. Aug. 1807 die Worte vorkommen:

„welche Mißbräuche und Gefährden von den Juden bei Güterzertrümmerungen auf dem Lande getrieben werden.“

läßt sich nicht folgern, daß dieses Gesetz bloß zum Besten der Landleute (Bauern) gegeben worden sey; denn der allgemeine Grund desselben paßt auf alle Klassen der Unterthanen und besteht nach der B. vom 30. Mai 1799 darin, daß die Unterthanen vor den zu ihrem und des Staats empfindlichen Nachtheil gereichenden Betrügereien, Wucher und Bedrückungen geschützt werden sollen. 7)

3) Die vorwürfigen Gesetze sind bloß zum Vortheil der christlichen Unterthanen gegeben und können von den Juden für sich nicht in Bezug genommen werden. Ein Jude, der sich bei dem Güterhandel mit einem Christen eines Juden zum Unterhändler bedient hat, und aus diesem Geschäft belangt wird, kann sich auf diese Gesetze nicht berufen, um von der Klage befreit zu werden. 8) Eine solche Bezugnahme ist auch in dem Falle ausgeschlossen, wenn Juden wegen eines Güterhandels ein Societätsverhältniß mit einander eingegangen haben und hierüber nachher unter sich in Streit gerathen. 9)

7. April 1829 und DMC. v. 24. Juli 1830. S. 354
38. MC. v. 29. Jan. 1830. W. 937 $\frac{2}{3}$.

7) MC. v. 5. April 1827 und DMC. v. 12. April 1828. V. 882 $\frac{2}{3}$.

8) MC. v. 24. Jan. 1832 und DMC. v. 28. Febr. 1835. R. 255 $\frac{3}{4}$.

9) MC. v. 6. März 1832. G. 283 $\frac{3}{4}$.

Haben die jüdischen Gesellschafter nach Beendigung des gemeinschaftlich unternommenen Gütersocietäts-Geschäfts die Uebereinkunft mit einander getroffen, daß sie sich wegen der zu befürchtenden Handlohn-, Nachforderungen und Geldstrafen, welche sie in Folge der verbotswidrigen Einmischung in den Güterhandel treffen könnten, gegenseitig verhältnißmäßig haften wollten, so kann der auf Erfüllung dieser Uebereinkunft erhobenen Klage die Einrede der Nichtigkeit auf den Grund jener Gesetze um so weniger entgegen gesetzt werden, weil Verträge über die civilrechtlichen Folgen schon vollzogener unerlaubter Handlungen rechtsgiltig errichtet werden können.¹⁰⁾

Der fraglichen Uebereinkunft ist daher in Beziehung auf die darin übernommenen Verpflichtungen die rechtliche Wirkung nicht abzuspreehen.¹¹⁾

4) Die B. vom 30. Mai 1799 erfordert zur Begründung des Antrags auf Nichtigkeits-Erklärung des Vertrags weiter nichts, als daß eine jüdische Einmischung oder Unterhandlung in Bezug auf den geschlossenen und zu annullirenden Vertrag stattgefunden habe.

Worin diese Einmischung oder Unterhandlung bestanden, ob hiedurch der Vertrag selbst zu Stande gebracht, oder eine Modalität in den Vertragsbedingungen bewirkt worden ist, oder nicht; ob

¹⁰⁾ Fr. 27. §. 4. de pactis. v. Rreittmaier's Ann. j. bayer. Landr. Bd. IV. Tit. 1. §. 20. Nr. 1. lit. b. n. Tit. 16. §. 1—4. Nr. 10. lit. b. Vgl. auch Preuß. Landr. I. 16. §. 415 und 399.

¹¹⁾ DAGE, v. 19. Sept. 1829. Wochf. S. 443ff.

die jüdische Hülfeleistung nur auf Seite des einen Contrahenten, oder bei beiden stattgefunden; ob sie von einem oder von beiden Contrahenten herbeigerufen oder veranlaßt worden; oder ob die jüdische Einmischung ohne ihr Zuthun erfolgte; — alles dieses ist hiebei völlig gleichgiltig, indem das Gesetz in allen diesen Beziehungen nicht unterscheidet.¹²⁾ — (S. jedoch unten Nr. 13).

5) Namentlich gilt die Verordnung auch für den Fall, wenn ein Jude den Schmußer gemacht hat; denn Schmußer ist ein Unterhändler im grammatischen und juridischen Sinne des Wortes. Ueberhaupt ist es die Tendenz des Gesetzes, alle und jede Einmischung der Juden bei Güterhändeln auszuschließen. Es ist hierin nicht unterschieden, ob ein Jude darin nur als Schmußer thätig, oder ob derselbe noch mehr betheiligt war.¹³⁾

6) Eben so wenig ist die Verordnung auf den Fall zu beschränken, wennucher oder Betrug abgewaltet hat und dadurch eine Beschädigung oder Uebervortheilung bewirkt wurde; denn da deshalb ohnehin selbstständige Klagen gebraucht werden können, so wäre jene Verordnung ganz überflüssig gewesen.¹⁴⁾

7) Selbst in dem Fall, wenn der Gutskauf zwischen den christlichen Contrahenten — ohne jüdische Mitwirkung — bereits abgeschlossen worden ist und es sich bloß noch von dessen Erfül-

¹²⁾ MGC. v. 20. März 1833. L. 1118 $\frac{3}{4}$.

¹³⁾ MGC. v. 7. März 1823. F. 419 $\frac{3}{4}$.

¹⁴⁾ MGC. v. 22. März 1822 n. DMGC. v. 3. Januar 1823. V. 337 $\frac{3}{4}$.

lung handelt, ist eine hierauf gerichtete jüdische Einmischung für unzulässig zu halten, und es kann daher der vom Verkäufer einem Juden ertheilten Vollmacht, dessen Rechte wegen Erfüllung des Kaufvertrags geltend zu machen, keine Gültigkeit beigemessen werden. ¹⁵⁾)

8) Dagegen kann die Verordnung auf ein Abkommen nicht bezogen werden, wodurch ein ohne jüdische Einmischung bereits abgeschlossener Kaufcontract mit beiderseitigem Einverständniß der Contrahenten wieder aufgehoben wird und bei diesem Abkommen ein Jude concurrirt hat; denn da das Gesetz die jüdische Einmischung oder Unterhandlung nur in soweit verbietet, als sie die Veranstaltung, Eingehung und Erfüllung eines Vertrags über Immobilien bezweckt, so kann es auf den bemerkten Fall nicht ausgedehnt werden. ¹⁶⁾)

9) Wenn ein Christ, welcher bei einer öffentlichen Versteigerung Meistbietender geblieben ist, ehe ihm das Gut adjudicirt wird, einem Juden vertragsmäßig den Eintritt in das Angebot einräumt, so ist dieses Geschäft als Cession zu betrachten und es findet hierauf die Bestimmung des Gesetzes v. 30. Mai 1799 keine Anwendung. Das fragliche Cessionsgeschäft kann übrigens nur in dem Fall gelten, wenn der Jude das Gut zur Selbstbewirthschaftung erwerben will; denn wollte

¹⁵⁾ AOC. v. 9. Nov. 1818. S. ⁶³⁹/₁₈.

¹⁶⁾ AOC. v. 17. April 1832 und DAC. v. 15. März 1833. B. 574³/₂.

er es zum Wiederverkauf an sich bringen, so mußte er selbst als Meistbietender auftreten. ¹⁷⁾

10) Wenn ein Jude mit einem Christen einen Gesellschaftsvertrag zum Zweck eines Güterhandels auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust eingegangen hat, der Güterhandel aber bloß von dem Christen, und nicht von dem Juden besorgt wurde, so kann das Geschäft auf den Grund der B. v. 1799 nicht als ungiltig angefochten werden. Auf Verträge, welche nicht über, sondern bloß wegen Güterhandel geschlossen werden, auf Verträge, wobei Juden nicht als Unterhändler concurriren und sich eine Einmischung nicht erlauben, findet jene Verordnung keine Anwendung. ¹⁸⁾

11) Anders verhält es sich aber, wenn ein Jude wirklich als Unterhändler gebraucht worden ist, wie folgender Fall ergibt: Zwei Christen, welche den Verkauf eines Guts als Unterhändler zu besorgen hatten, setzten vertragsmäßig fest, daß sie die ihnen vom Verkäufer zugesicherte Provision gleichheitlich theilen wollten. Sie zogen aber auch einen Juden zu dem Geschäft als Unterhändler bei und trafen mit ihm die Uebereinkunft, daß er einen bestimmten Theil von der Provision bekommen soll. Der Gutsverkauf kam unter Mitwirkung des Juden zu Stande und wurde von den Kaufscontrahenten selbst nicht angefochten. Wie aber der eine christliche Unterhändler gegen den andern auf Herausgabe des vertragmäßigen An-

¹⁷⁾ ROC. v. 31. Juli 1832 und ROC. v. 27. Septbr. 1833. G. 26637.

¹⁸⁾ ROC. v. 31. März 1821. G. 630.

theiß an der Provision klagte, so excipirte der Beklagte, daß das Geschäft wegen der Concurrency eines Juden nichtig sey.

Auß nachstehenden Gründen wurde auf Klageabweisung erkannt: Jede Handlung, welche im bürgerlichen Verkehr gegen ein bestimmtes Verbotsgesetz unternommen wird, trägt den Keim der Nichtigkeit an sich. Das Gesetz v. 30. Mai 1799 untersagt alle Unterhandlungen eines Juden bei Veräußerungen liegender Gründe und bestimmt, daß derlei hiedurch getroffene oder veranstaltete Contracte auf einkommende Beschwerde annullirt werden sollen. — Die vom Gesetz vorausgesetzte Beschwerde liegt hier in der Einrede des Beklagten.

Es scheint zwar, als sey dieß eine *exceptio de jure tertii*, weil die eigentlichen Interessenten bei dem Gutverkauf — Käufer und Verkäufer — keine Beschwerde erhoben haben, und, deßhalb möchte es das Ansehen gewinnen, daß in concreto nicht gegen den eigentlichen Zweck des Gesetzes, den durch Juden in solchen Fällen geschehenden Betrug, Wucher und Bedrückung der Unterthanen zu vermeiden, gehandelt sey.

Allein bei einem absolut prohibitiven Gesetze, welche Eigenschaft die allegirte Verordnung unverkennbar an sich trägt, kann die Rechtsregel: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*, keine Anwendung finden, weil ein solches Gesetz, gerade um die Möglichkeit jeder Umgehung abzuschneiden, seiner Natur nach schon so gefaßt ist, daß seine Anwendung, ohne alle weitere Unterscheidung le-

diglich schon an den Eintritt des darin ausgedrückten Falles geknüpft ist.

Ferner ist der Ausdruck in jener Verordnung: „auf einkommende Beschwerde“ in der Art allgemein gestellt, daß es genügt, wenn in einem solchen Fall nur überhaupt eine Beschwerde, ohne Unterschied auf das Subjekt, gegen welches aus einem derlei Geschäft ein Klagsrecht in Anspruch genommen wird, vorgebracht, und dadurch dem Richter Veranlassung gegeben wird, dieses wohlthätig wirkende Gesetz handhaben zu können.

Diese Allgemeinheit des Gesetzes darf um so weniger in diesem Umfange unbeachtet bleiben, als eine gegentheilige Auslegung eine einschränkende seyn würde, welche in der Regel, ohne besondern Grund, nicht zulässig ist.¹⁹⁾

12) Daß die Nullitätsbeschwerde auch in jenen Fällen, wenn sich nur einer der Contrahenten bei dem Kaufgeschäfte eines jüdischen Unterhändlers bediente, von demjenigen, der sich desselben bediente und die jüdische Einmischung allein herbeiführte, gegen den andern Contrahenten, welcher dieselbe lediglich gestattete, erhoben werden könne, unterliegt keinem Zweifel, da die Verordnung v. 1799 ausdrücklich bestimmt, daß die gesetzten Straffälle (nämlich die Annullirung des Vertrags und die noch außerdem zu verhängende Strafe) auch gegen die eine jüdische Einmischung oder Unterhandlung bei solchem Veräußerungsge-

¹⁹⁾ AOC. v. 16. Juni 1824 bestätigt aus denselben Gründen durch OAC. v. 18. Juni 1825. G. 21947.

schäfte bewirkenden oder gestattenden Gebkäufer und Käufer unfehlbar eintreten sollen.²⁰⁾

13) Hat jedoch nur der eine Contrahent einen Zusehen bei dem Gutskaufgeschäft gebraucht, ohne daß der andere Contrahent von solcher jüdischen Einmischung wußte und von derselben ebenfalls Gebrauch machte, oder sie doch wenigstens gestattete, so kann jener Contrahent das Geschäft wegen der von ihm selbst veranlaßten und bloß für sich benützten jüdischen Beihilfe, nicht als nichtig anfechten. Er würde sich die *exceptio doli* gefallen lassen müssen.²¹⁾

14) Derjenige Contrahent, welcher den Immo- biliar-Vertrag, wobei eine jüdische Einmischung stattfand, in der Folge ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen als verbindlich anerkannt hat, kann nachher dessen Gültigkeit auf den Grund der B. v. 1799, resp. 1807 nicht mehr anfechten; denn da dergleichen Verträge nur auf vorkommende Beschwerde annullirt werden sollen, mithin nicht absolut nichtig sind, so kann dieser Beschwerde (Einrede) entsagt werden und es gilt hier der Grundsatz: *ad semel renunciata non datur regressus*.²²⁾

Ein solcher Verzicht kann zwar daraus, daß die Contrahenten den Kauf bei Gericht anzeigten, nicht gefolgert werden, weil diese bloße Anzeige als

²⁰⁾ AC. v. 20. März 1833. I. 111834.

²¹⁾ AC. v. 22. März 1822 u. DAC. v. 3. Januar 1823. V. 33734.

²²⁾ AC. v. 16. Dec. 1823 und DAC. v. 10. Aug. 1824. G. 54834. AC. v. 24. April 1832 und DAC. v. 20. Febr. 1836. H. 13134.

eine konkludente Handlung nicht zu betrachten ist; ²³⁾ wohl aber ist in dem Fall ein Verzicht anzunehmen, wenn der Käufer sich den Vertrag vollständig erfüllen ließ, das Gut übernommen und mehrere Jahre im Besiße gehabt hat. ²⁴⁾ ..

15) Die Nichtigkeitsbeschwerde oder Einrede kann auch in dem Falle nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Käufer das Objekt des Vertrags in einen Zustand gebracht hat, wodurch dessen Werth verringert wurde. Es tritt hier die Analogie vom Verlust der *exceptio laesionis ultra dimidium* und der redhibitorischen Klage ein. ²⁵⁾

Zur Lehre von der Exekution.

Ist die Androhung und Vollstreckung von Geldstrafen gegen die Fiskalbeamten, welche die Rechte des k. Fiskus in einem vor den Gerichten anhängigen Rechtsstreite zu vertreten haben, sofern es sich um die Prästation eines Faktums handelt, zu rechtfertigen?

Die Bestimmung der Verfassungsurkunde (Lit. B. §. 5), gemäß welcher der k. Fiskus in allen streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den königl. Gerichtshöfen Recht zu nehmen hat, würde ganz inan, der Prozeß würde, wie *Kreitmayr* (ad Cod. jud. C. 18, §. 1.) sagt, „eine ganz vergebliche Sach“

²³⁾ DMC. v. 8. Nov. 1831. B. 683 $\frac{1}{2}$. MSt. B. 632 $\frac{3}{4}$.

²⁴⁾ MC. v. 2. März 1832. F. 2783 $\frac{1}{2}$. MC. v. 24. April 1832 u. DMC. v. 20. Febr. 1836. H. 131 $\frac{1}{2}$.

²⁵⁾ DMC. v. 26. April 1822. MSt. D. 603 $\frac{1}{2}$.

Campana sine pistillo“ seyn, wenn es in dem Falle, wo es sich um die Prästation eines Factums, z. B. um die rechtskräftig dem Fiskus aufgelegte Herstellung eines Baues handelt, gegen den succumbirenden Theil kein Exekutionsmittel gäbe, wenn es der Willkür der Administrativstellen heimgestellt wäre, ob und wann es ihnen gefällig ist, einem rechtskräftigen Erkenntniße Folge zu leisten.

Allein ob Geldstrafen gegen die fiskalischen Anwälte ein gesetzlich zu rechtfertigendes Exekutionsmittel sind, ist eine ganz andere Frage.

1) Ist es unstreitig, daß nicht Alles, was für Privatpersonen in den Gesetzen bestimmt ist, auch auf den f. Fiskus anwendbar ist.

Wenn sich z. B. Privatpersonen in der Exekutionsinstanz auf die Wohlthat der Competenz, auf ein ausgewirktes Moratorium berufen können, so wird ein solcher Fall bei dem f. Fiskus nicht eintreten können.

2) Wenn fiskalische Beamte nicht bloß bei Gelegenheit, sondern Kraft ihrer amtlichen Funktion, und aus Auftrag der ihnen kompetenzmäßig vorgesetzten Behörde den mit der Exekution beauftragten Gerichtspersonen sich widersetzen, so wird ein solcher faktischer Widerstand vielleicht einen Kompetenzconflict herbeiführen, aber nach dem Strafgesetzb. I. 122, 2. könnte derselbe dem Fiskalbeamten keine Criminaluntersuchung auf den Hals ziehen.

3) Die Fiskale sind nicht die Repräsentanten der Staatsregierung. Sie sind nur in den Grenzen ihres Mandats verantwortlich. Sind sie hierin

nachlässig, so zeigt die Prozeßnovelle v. 1819 § 6. den Weg, wie gegen sie verfahren werden soll; und hier sind Geldstrafen, verbunden im dritten Falle mit einer Anzeige an die vorgesetzte Behörde des Säumigen, am geeigneten Orte.

Allein wenn nicht vom Einschreiten gegen nachlässige Fiskalbeamte im Laufe des Prozeßes, sondern von Exekution rechtskräftiger Erkenntnisse gegen den Fiskus selbst die Rede ist, da paßt jene gesetzliche Bestimmung nicht.

Man würde es ja selbst bei Privatpersonen nicht rechtfertigen können, wenn der Richter da, wo es sich in Folge eines rechtskräftigen Urtheiles um ein von der Parthey persönlich zu leistendes Faktum handelt, ihrem Anwalte mit Geld — Gefängniß — oder anderen ergiebigen Strafen (C. j. C. 18. §. 3. Nr. 8.) zu Leib gehen würde.

Diese Personen gleichsam pfändungsweise anzugreifen, um von ihren Mandanten quovis modo das richterlich Verlangte zu bewirken, läßt sich um so weniger rechtfertigen, als ihre Funktion mit dem durchgeführten Streite, — sohin mit dem rechtskräftigen Erkenntniß ihr Ende erreicht hat.

4) Dabei kommt in Betrachtung, daß Prozeßstrafen dem Aerar verrechnet werden.

Es fließen also die verhängten Geldstrafen in die fiskalischen Kassen wieder zurück, und zu einer fremdartigen Verwendung ist den Gerichten keine gesetzliche Ermächtigung gegeben.

In einem solchen Falle wird es der Richter nach §. 30. der Prozeßnovelle daher immer am zweckmäßigsten finden, vorerst den Vorschlag des

Erfekutionsmittels von der obliegenden Partzi abzuwarten.

Uebrigens könnte, wenn das Faktum auf andere Art herzustellen wäre, solches unter Aufsicht des Richters geschehen, und die dadurch veranlaßten Kosten, wie jede andere pekuniäre Forderung gegen den königl. Fiskus auf den gewöhnlichen Wegen beizutreiben seyn.

J. N. H.

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

3.

Der Cedent als Zeuge im Streite des Cessionars gegen den Schuldner.

(O. D. X. §. 10. Nr. 5. u. §. 11. Nr. 3.)

Wenn es sich darum handelt, ob die Cession redlich oder unredlich geschehen, ob die Cessionsurkunde richtig oder falsch datirt sey, ob der Cedent zur Zeit der angeblichen Cession über die abgetretene Forderung noch disponiren konnte, so erscheint der Cedent als untüchtiger Zeuge.¹²⁾

Der Cedent und Cessionar gelten nur dann für eine Person,¹³⁾ wenn der Streit die cedirte Forderung selbst, nicht aber, wenn er bloß das Faktum der Cession betrifft. Im letztern Falle

¹²⁾ HOC. v. 3. Juli 1829 und DHOC. v. 22. Septbr. 1832. HGM. T. 1043⁶.

¹³⁾ Rgl. Const. §. de hered. v. act. vend.

ist der Cedent, als *per indirectum* betheiligt, nur ein *exceptionsmäßiger Zeuge*.¹⁴⁾

Wenn es sich nicht von der Richtigkeit der cedirten Forderung, sondern nur davon handelt, ob der Cedent die Valuta vollständig erhalten habe, — indem dem Cessionar vom Schuldner die *exceptio legis Anastasiana* entgegengesetzt wurde, — so kann der Cedent nicht als *exceptionsmäßiger* oder *untüchtiger Zeuge* betrachtet werden, weil er in diesem Falle keine Haftungsverbindlichkeit hat.¹⁵⁾

4.

Der Schuldner als Zeuge in Sache des Gläubigers gegen den Bürgen.

In dem Prozesse des Gläubigers gegen den Bürgen kann der Hauptschuldner zum Beweise der geschehenen Bürgschaftsleistung nicht als Zeuge gebraucht werden, weil er direkt bei der Sache betheiligt ist; denn er hat ein unmittelbares Interesse, daß der Bürge zur Zahlung verurtheilt werde, damit er von den Ansprüchen des Gläubigers verschont bleibe. Wenn er auch dem Regressanspruche des Bürgen dadurch nicht entgehen kann, so hat er doch jedenfalls den Vortheil einen Zahlungsaufschub zu gewinnen.¹⁶⁾

¹⁴⁾ MGC. v. 28. April 1829. B. 413 $\frac{7}{8}$.

¹⁵⁾ MGC. v. 8. Juni 1821 bestät. durch DMGC. v. 18. Mai 1822. MGAst. L. 484 $\frac{1}{8}$. Vgl. auch Wernher P. V. Obs. 181. v. Fevenar Theor. d. Bew. S. 117.

¹⁶⁾ DMGC. v. 8. Nov. 1822. MGAst. B. 149 $\frac{3}{4}$. Vgl. auch Glück Pand. Rom. XXII. §. 1177. S. 161. Wernher Obs. for. T. I. P. II. Obs. 379. Hommel Rhapsod. Vol. I. Obs. 211. p. 342.

B l ä t t e r
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 8. Samstag, den 14. April 1838.

Zur Lehre von Arrest-Sachen.

GD. I. §. 8.
VIII. §. 6. Zu den Schattenseiten unserer Gerichtsordnung gehören die Vorschriften über Arrest-Sachen; daher auch die Unsicherheit der Praxis in dieser Materie. Man muß unterscheiden

1) diejenigen Fälle, in welchen die Begründung des außerordentlichen Gerichtsstandes — *forum arresti* — nach GD. I. §. 8. erstrebt wird. — Hier handelt es sich davon, nicht bloß eine provisorische Sicherstellung von einem nach der allgemeinen Regel unzuständigen Richter zu erwirken, sondern für diesen auch die Kompetenz zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache selbst zu begründen. Eine Voraussetzung dieser Abweichung von der Regel ist,

daß der Implorant in billiger Sorge stehe, er werde vor der ordentlichen Obrigkeit das Seinige ohne sonderliche Beschwerde nicht erlangen.

Bei Ausländern versteht sich dieß von selbst; soll der Gerichtsstand des Arrestes gegen einen

Inländer begründet werden, so muß der Implorant die Gründe seiner Besorgniß, vor der ordentlichen Behörde des Imploranten das Gebührende nicht ohne sonderliche Beschwerde zu erlangen, nicht nur anführen, sondern auch glaubhaft machen; in welcher Beziehung jedoch bloße Vermuthung (*praesumptio hominis*) hinreicht, und das richterliche Ermessen an bestimmte Erfordernisse juristischer Ueberzeugung nicht gebunden ist. —

Ueber die sonstigen Bedingungen des auf Begründung des *forum arresti* gerichteten Antrags enthält die O. d. L. §. 8. Vorschriften, die keine besondere Schwierigkeit darbieten.

Verschieden hiervon sind

2) die Fälle, in welchen es nicht die Angehung des ordentlichen Richters ist, was besondere Beschwerde verursacht, oder die künftige Exekution gefährdet, sondern die Gefährdung nur in dem Aufschube liegt, welchem die richterliche Hilfe nach dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens unterworfen ist; indem nach besondern Thatfachen zu besorgen steht, daß der Gegner mittlerweile sich oder sein Vermögen der Hand des Gerichts entziehen werde. — Das Interesse des Imploranten, ist hier nicht darauf gerichtet, einen außerordentlichen Gerichtsstand für die Hauptsache zu begründen, sondern nur auf Erwirkung einer provisorischen Maßregel, durch welche der Gegner an der Vereitlung der künftigen Exekution gehindert werden soll; — was die Folge hat, daß Arrestgesuche, welche lediglich diesen Zweck verfolgen, bei dem für die Hauptsache zur

ständigen Richter auch in dem Falle anzubringen sind,¹⁾ wenn sich die Person oder die Sachen, welche dem Arreste unterworfen werden sollen, in dem Sprengel eines andern Gerichtes befinden; die Anhebung dieses andern Gerichtes um Erlassung²⁾ der provisorischen Maßregel greift hier ausnahmsweise nur dann Platz, wenn so große Gefahr auf dem Verzuge ist, daß solche bei dem Zeitversäumnisse, welches die Erwirkung einer Requisition von Seite des ordentlichen Richters mit sich bringen würde, nicht mehr abgewendet werden könnte.

Arrestgesuche, welche nur provisorische Sicherstellung der künftigen Exekution bezwecken, werden entweder vor oder gleichzeitig mit der Einflagung der Hauptsache, oder im Laufe des Hauptprozesses, bei jezt erst eintretender Gefahr angebracht. —

¹⁾ Daher, summar. Proc. §. 27. — Kreittmahr's abweichende Ansicht (Anmerk. zu OD. VIII. §. 6 lit. a) widerspricht der Natur der Sache, so wie den gesetzlichen Vorschriften über das *forum continentiae causarum ex connexitate* (OD. I. §. 10), und beruht offenbar auf einer Vermengung der verschiedenen Fälle und Fragen. Sie kann, da sie nicht als Auslegung einer Gesetzstelle erscheint, und rein doktrinel ist, nicht in Betracht kommen.

²⁾ In Fällen dieser Art, wo für den Imploranten kein Interesse obwaltet, für die Hauptsache einen außerordentlichen Gerichtsstand zu begründen, oder wo die sonstigen Bedingungen des *forum arresti* nicht gegeben sind, hat die Erwirkung der provisorischen Maßregel von Seite des für die Hauptsache nicht zuständigen Gerichtes keine weitere Folge, sondern es ist vielmehr selbst die Justifikationsverhandlung an den für die Hauptsache zuständigen Richter zu verweisen, wenn vor diesem der Hauptproceß bereits anhängig ist, oder gleichzeitig anhängig gemacht wird.

Die Gewährung ist durch das Daseyn zweier Erfordernisse ³⁾ bedingt,

a) Bescheinigung der Forderung;

b) Bescheinigung der Umstände, welche die Vereitelung der künftigen Exekution besorgen lassen.

Unrichtig ist die Ansicht, daß nach bayerischem Rechte ein Arrestgesuch, resp. die Einleitung des s. g. Arrestprocesses gegen Inländer nur unter der Voraussetzung statfinde, wenn dieselben „ungefreit und unangesehen, und zugleich schlechten Leumunds oder der Flucht verdächtig“ sind. Denn die Bestimmung der G.D. VIII. §. 6, Nr. 2, aus welcher man diese Beschränkung ableitet, bezieht sich lediglich auf Arreste, welche an die Stelle der in dem vorhergehenden §. 5. verordneten und durch die Novelle vom 22. Juli 1819 §. 8. abgeschafften Kautionen treten sollen. Dieß ergibt sich mit voller Gewißheit so aus dem Wortlaute des Gesetzes, wie aus den Anmerkungen, und ist auch als die richtige Ansicht in Erkenntnissen des obersten Gerichtshofs anerkannt. ⁴⁾

Auf das gehörig bescheinigte Arrestgesuch wird, wenn die Gefahr sehr dringend erscheint, der Arrest sofort, ohne vorgängiges Gehör des Gegentheils verfügt, und hierauf der eigentliche s. g. Arrestproceß (G.D. VIII. §. 6, Nr. 3—5) eingeleitet; oder es wird bei minder dringender Gefahr vorerst Verhandlung über das gesuchte Provi-

³⁾ Bgl. hierüber die gründliche Entwicklung von Bayer a. a. O. §§. 24, 32, 35.

⁴⁾ M.C. v. 18. März 1834. D. 217³³. bestät. durch M.C. vom 31. Juli 1835. (D. 757³³). M.C. vom 2. Okt. 1837 (756³⁵. M.Nst. L. 758³⁴.)

forum anberaumt, welche nach den Regeln vom *summarissimum* zu pflegen ist, übrigens nichts besonderes hat.⁵⁾

Nicht selten ist

3) die Verwechslung des dem f. g. Arrestproceß eigenen Verfahrens im Justifikations-Termine mit der Verhandlung der Hauptsache. — Das Verfahren in jenem Termine hat nichts weiter zum Zwecke, als die Erörterung der Frage, ob Grund vorhanden sey, den provisorisch verhängten Arrest fortbestehen zu lassen, oder nicht? — eine Entscheidung des Hauptprocesses herbeizuführen, liegt ganz außer der Sphäre dieser Verhandlung.⁶⁾ Die Justifikation des Arrestes von Seite des Impetranten kann hier abgesehen von der Rechtsausführung bloß in einer Bezugnahme auf die mit dem Arrestgesuche vorgelegten Bescheinigungen oder auch in einer Ergänzung derselben durch andere Vorlagen geschehen; der Impetrant wird hierauf mit seiner Impugnation gehört und sofort zum Schlusse verhandelt; worauf zwar zur etwaigen Berichtigung mangelnder Förmlichkeiten ein kurzer Termin vorgesteckt, nicht aber ein Beweisinterloct erlassen werden kann;⁷⁾ indem gemäß der Vorschrift der *GD. summarissimo* zu verfahren, und demzufolge auf die beigebrachten Bescheinigungen über das Fortbestehen des Arrestes sofort definitiv zu erkennen ist. — Die Verhandlung ist überall in abgesonderten Akten zu pflegen.

Ein vor Kurzem vorgekommener Fall veranlaßt

⁵⁾ *Waher a. a. D. §. 31 ff.*

⁶⁾ *Waher a. a. D. §. 34.*

⁷⁾ *Waher a. a. D. §. 37.*

4) die Beifügung der Bemerkung, daß die Nachsuchung eines Arrestes, als provisorische Sicherstellung nach G.D. VIII. §. 6, auch noch in der Exekutionsinstanz vorkommen kann, wenn nämlich die Besorgniß obwaltet, daß während des Verlaufs der Fristen, welche auch in diesem Stadium des Verfahrens bewilligt werden müssen, die Mittel der Exekution den Händen des Richters entzogen werden möchten. — Es ist daher eine unrichtige Ansicht, daß jedes Arrestgesuch, welches in der Exekutionsinstanz angebracht wird, als Vorschlag eines Exekutionsobjectes zu betrachten und nach Vorschrift der G.D. XVIII. §. 6. zu beurtheilen sey.

Eigenthümlichkeiten der fränkischen Provinzial- und Statutar-Rechte.

Von Dr. Georg Karl Seuffert.

II.

Es kommt nach gemeinem Rechte nicht leicht vor, daß der bloßen Aufforderung des Berechtigten gegen den Verpflichteten, irgend eine Verbindlichkeit zu erfüllen, irgend eine Handlung vorzunehmen, oder ein bisher bestandenes Rechtsverhältniß aufzulösen, jene Wirkungen und Folgen beigelegt wären, welche, sey es in den Beziehungen des Berechtigten und Verpflichteten unter sich oder zu dritten Personen, oder in Bezug auf den Umfang ihrer Rechtssphäre überhaupt, nur aus der wirklichen Leistung, aus der Vollenbung der geforder-

ten Handlung, aus der bereits geschehenen Auflösung des bestandenen Rechtsverhältnisses hervorgehen können. So erhält der Gläubiger durch den Antrag auf Hypothekbestellung noch kein Realrecht, der Servitutberechtigte durch bloße Anforderung noch keine Servitut; der unter elterlicher Gewalt Stehende erwirbt vor der wirklichen Emanzipation oder dem Beginnen eines gesonderten Haushaltes weder das Eigenthum an dem *peculium profectitium* noch die Nutznießung des *peculium adventitium*.

Anderß verhält es sich nach der kaiserlichen Landgerichts-Ordnung des Herzogthums Franken. Dieses Provinzialgesetz, nach welchem nicht nur die allgemeine Gütergemeinschaft, sondern auch alle aus der elterlichen Gewalt und dem elterlichen Verhältnisse überhaupt entspringenden Vermögensrechte durch die f. g. Grundabtheilung gelöst werden, hat dessen ungeachtet die vorzüglichsten Folgen dieses wichtigen Aktes schon dann eintreten lassen, wenn dessen Vornahme auf Seite der Eltern oder Kinder begehrt werden kann, oder schon gefordert, resp. mit Recht anerboden worden ist, ohne daß das Beginnen des Theilungsgeschäftes oder gar dessen Vollendung hiezu erforderlich wäre: ¹⁾

Demgemäß sollen:

1) in allen Fällen, da die Eltern den Zweitheil verwirken, und denselben auf Anfordern der Kinder, Enkel oder ihrer Vormünder zu reichen schuldig sind, alle Erb- und sonstigen Vermögens-

¹⁾ 200. P. III. tit. 32.

Anfälle, welche vor der Theilung nicht den Kindern, sondern der ehelichen Communion zukommen, so ferne sie nach geschiederer Verwirkung oder Anforderung sich begeben, den Kindern, resp. Enkeln, gerade so, als wäre die Theilung wirklich vollzogen worden, verbleiben und zugewendet werden. ²⁾

2) Sollen die Kinder und Eltern deßhalb auch die Befugniß haben, über solche Erb- und Vermögens-Anfälle unter Lebenden und von Todeswegen frei zu verfügen. ³⁾

3) Stirbt nach Anbietung oder Anforderung des Zweitheiles einer der Kinder oder Eltern, so wird es nach den Grundsätzen über Intestat-Erbfolge überhaupt, ohne Rücksicht auf Gütergemeinschaft und elterliche Gewalt, welche vor der Theilung in Betracht kommen müßten, beerbt. ⁴⁾

Daher succediren der Ehefrau oder dem Ehe- manne nicht der überlebende Ehegatte, sondern die leiblichen Kinder, jedoch mit Berücksichtigung der portio statutaria; dem unierten Kinde nicht seine Stiefgeschwister oder Stiefeltern, sondern seine rechten Geschwister und sonstigen Blutsfreunde. ⁵⁾

4) Weigern sich Eltern oder Kinder, die Theilung geschehen zu lassen, und resp. anzunehmen, so soll die Sache verhandelt und durch richterliches Erkenntniß erlediget, die Wirksamkeit eines solchen Erkenntnisses aber in Bezug auf Erb- und andere

²⁾ Eodem §. 2.

³⁾ Eodem §. 3.

⁴⁾ Ibid. §. 5.

⁵⁾ Eodem §. 6, 7, 8.

Vermögens-Anfälle auf die Zeit der Anforderung oder des Anerbietens zurückerstreckt werden.⁶⁾

5) Wird die Verabreichung des Zweitheils dadurch verwirkt, daß der überlebende Parens zur zweiten Ehe schreitet, so entscheidet für das Eigenthum solcher Erb- und Anfälle nicht mehr der Zeitpunkt der Anforderung auf Seite der Kinder, sondern jenet der s. g. Handverbrechung, d. h. der weitem Verlobung oder Verehelichung; wenn jedoch von dem, der zur anderweiten Ehe schreiten will, noch vor der Handverbrechung den Kindern die Theilung angeboten wird, (was heutzutage immer der Fall ist, weil die polizeiliche Erlaubniß zu solcher Verehelichung erst dann ertheilt zu werden pflegt, wenn die Verhältnisse der ersten ehelichen Kinder geordnet sind), so kommt es lediglich auf die Bestimmungen des vierten und neunten Paragraphs im allegirten Titel an, wonach der Zeitpunkt des Anerbietens auch hier als entscheidend betrachtet werden muß.

Zur Lehre von der Einrede der entschiedenen Sache.

Wenn eine Klage — in Folge unrichtiger Erzählung der Thatgeschichte abgewiesen wurde, so fragt es sich, ob einer neuen Klage, welche zur Geltendmachung desselben Anspruchs auf dem Grunde einer berichtigten Erzählung des Sachverhalts er-

⁶⁾ Eodem §. 10, 11, 12.

⁷⁾ Eodem §. 13.

hoben wird, die Einrede der entschiednen Sache entgegenstehe? — Die Frage ist nach fr. 12 — 14 de except. rei judicatae unbedenklich zu bejahen; denn es ist ja, wie vorausgesetzt wird, Identität des Gegenstandes, des Rechtes, des Klagegrundes, und des Verhältnisses der Partheien vorhanden. — Wegen der Abweichungen von der Erzählung der ersten Klagschrift kann man nicht sagen, daß der Klagegrund der neuen ein verschiedener sey; denn es wird ja zugegeben, daß es sich von demselben Factum handle, welches nur jetzt richtiger als früher dargestellt seyn soll.

Es ist dieselbe Rechtsache, worüber bereits eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt; und darum steht der neuen Klage die bezeichnete Einrede entgegen. So z. B. wenn eine aus einer außerehelichen Schwängerung erhobene Klage abgewiesen wurde, weil die angegebene Zeit des Beischlafs außer der gesetzlich begränzten Periode liegt, und nun wegen derselben Schwängerung, unter Behauptung zutreffender Zeitverhältnisse, von neuem geklagt wird.

In solchen Fällen kann, wenn sich der Rechtsbestand des Verfahrens nicht anfechten läßt,¹⁾ nur auf dem Wege der Restitution geholfen werden, und zwar, so lange in dem auf dem Grunde der unrichtigen Geschichtserzählung erhobenen und in der Verhandlung begriffenen²⁾ Pro-

¹⁾ Z. B. weil die in väterlicher Gewalt stehende Klägerin ohne Zuziehung ihres Vaters gehandelt hat.

²⁾ Von Aenderungen, welche noch vor der Beantwortung von Seite des Gegners erklärt werden, ist hier natürlich nicht die Rede.

ceße noch kein Urtheil gesprochen ist, nach Maßgabe der *GD. XVI. §. 1. Nr. 11*,³⁾ später nach den Grundsätzen von der Restitution gegen Sentenzen. — Den bereits in der Verhandlung begriffenen Proceß fallen zu lassen, um dann einen neuen mit einer verbesserten Geschichtsberzählung zu erheben, geht nicht an.⁴⁾

Zur Lehre von der Urtheilsverkündung und dem Anfang der Beweistermine und Nothfristen.

In einem *DAGE.* vom 4. Oktober 1836¹⁾ ist folgender Grundsatz ausgesprochen:

Wenn in dem vorgestekten Verkündungstermine keine der richtig geladenen — Partheien erschien, nun ein Publikationsakt nicht vorgenommen, sondern nur eine Registratur oder Protokoll über das Nichterscheinen der Partheien aufgenommen wurde, so ist der Verkündungstermin für circumducirt zu achten, Beweistermin und Nothfrist laufen nicht schon von diesem Tage, sondern erst, wenn keine Reasumtion desselben stattfand, von Zustellung der Urtheilsabschrift.

Zur Motivirung dieses Grundsatzes ist angeführt:

Die Gerichtsordnung verordnet im *Kap. XIV.*

³⁾ oder sonst incidenter gesucht wird.

⁴⁾ *Const. 4. de pactis* (2, 3). — *Reittmahr* in den *Anmerk. zur GD. III. §. 9. lit. d.*

¹⁾ *Me. 6035.* — *WGAst. R. 68534.*

§. 8. Nr. 6, daß, wenn die Citation und Lieferung sich richtig bezeigen, die *fatalia* auch gegen Abwesende a die *publicationis*, außer dessen erst a die *insinuationis* laufen. — Wenn nun das Gesetz sagt „a die *publicationis*,“ so ist der Wille des Gesetzgebers, daß auch die Publikation wirklich vollzogen worden seyn muß, nicht im mindesten zweifelhaft, wenn man den gelehrten Anmerkungen des Baron von Kreittmayr zu dem citirten Gesetze die gebührende Aufmerksamkeit schenket, indem hierin mit deutlichen Worten vorkommt:

fünftens“ wird zwar zur Publikation im engern Verstand auch die Gegenwart der Partheien erfordert; wenn sie aber bestehender Citation ungeachtet ausbleiben, so wird mit selber ungehindert fortgefahren.“

„Sechstens:“ Ob man den Abwesenden, welche gehörig citirt worden, Nachricht von dem publicirten Bescheid zu geben, schuldig sey? nach dem *stylo bavarico* kann solches nicht unterlassen werden, sondern da pflegt man *absentibus* Notification mittelst abschickender eigener Boten auf ihre Kosten zukommen zu lassen, doch fängt solchen Falls das Appellations-Fatale nicht a die *notificationis*, sondern a die *factae publicationis* zu laufen an, zu welchem Ende

„siebentens“ all übrige in Codice vorgeschriebene *praecautiones* sowohl

mit Haltung eines förmlichen Protokolls über den Publikationsakt....

Hieraus geht nun wörtlich und klar hervor, daß die G.D. das Publiciren eines Erkenntnisses selbst als ein essentielles Erforderniß bedingt, den präjudiciellen Termin gegen die beim Publikationsakt nicht anwesenden, hierzu aber richtig geladenen Partheien a die publicationis zu berechnen.

Nirgend spricht die bayerische Gerichtsordnung die juristische Fiktion aus, daß ein nicht publicirtes Erkenntniß für publicirt anzunehmen sey, wenn die Partheien im Termine zur Publikation nicht erscheinen; — daß aber bei dem Nichterscheinen der Partheien, wenn diese zum Publikationstermin richtig geladen sind, Anwälte zur Anhörung des zu publicirenden Bescheides für die Abwesenden ex officio aufgestellt werden, ist ein bekannter bayerischer Gerichtsgebrauch.“

So die Entscheidungsgründe des angeführten oberstrichterlichen Erkenntnisses. — Bei der Zweifelhaftheit der Sache und der Verschiedenheit der Ansichten werden indessen vorsichtige Anwälte nicht versäumen, innerhalb einer von dem anberaumten Termine an laufenden Frist das Nöthige zu besorgen.

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

5.

Kann der Litißdenunciat als Zeuge zugelassen werden?

Durch die Streitverkündung wird der Litißdenunciat bezüglich des obwaltenden Processes in ein eigenes, directes Interesse an der Sache versetzt, welches auch in dem Fall angenommen werden muß, wenn er auf die Streitverkündung keine Antwort gegeben oder sich darauf nicht eingelassen hat, indem der Denunciant auf dessen Gefahr im Streite fortfährt. (O.D. VIII. §. 2. Nr. 5) Der Litißdenunciat ist sonach als untüchtiger Zeuge zu betrachten. ¹⁷⁾

6.

Gerichtspersonen als Zeugen über Amtshandlungen.

Eine Gerichtsperson kann in Beziehung auf ihre Amtshandlungen an und für sich nicht als Zeuge in eigener Sache betrachtet werden. *Causa enim propria non est, quam quis non suo nomine, sed ratione officii publici tractat.* ¹⁸⁾ Nach gem. Processen gilt daher der Grundsatz: *Iudex de his,*

¹⁷⁾ A.C.C. v. 3. April 1824. V. 335 $\frac{3}{4}$. 336 $\frac{3}{4}$. 337 $\frac{3}{4}$. 338 $\frac{3}{4}$.

¹⁸⁾ O. L. Böhmers Rechtsfälle. Bd. III. Resp. 219. Nr. 74.

quae coram ipso gesta sunt, valide testatur; ¹⁹⁾ und es kann der Richter über Gegenstände dieser Art sogar zum Zeugnisse gezwungen werden. ²⁰⁾

In der bayer. GD. ist der Richter über Handlungen, die vor ihm vorgegangen, als untüchtiger Zeuge nicht erklärt und auch aus den Anm. zur GD. X. §. 10. lit. f. läßt sich dieses im Allgemeinen nicht beweisen; denn es werden dort bloß die Meinungen einiger Rechtsgelehrten über die Frage: welche Zeugen als interessirt bei der Sache, worin sie zeugen sollen, zu betrachten seyen, referirt. Dieß läßt sich auf Gerichtspersonen wenigstens nicht allgemein, sondern nur in so fern anwenden, als wirklich ein unmittelbares oder mittelbares Interesse ihrer Seite bei der Sache obwaltet. Dabin gehört insonderheit der Fall, wenn über die Gültigkeit oder Vollkommenheit des von der betreffenden Gerichtsperson vorgenommenen Rechtsgeschäfts ein Streit entstanden ist und dadurch irgend ein Regreßanspruch gegen dieselbe begründet werden könnte. ²¹⁾

Praktische Bemerkungen aus dem Gebiete des Strafrechts.

3.

Wenn zwar die gestohlenen Sachen, die zu Ge-

¹⁹⁾ Meunke doctr. Pand. Lib XXII. T. 5. §. 8. et 18. Strube Wb. I. Wb. 134.

²⁰⁾ Reinhart ad Christinaei decis. Vol. II. Obs. 23.

²¹⁾ ROC. v. 9. Mai 1823. M. 22624.

richtshanden gekommenen nach der erhobenen Schätzung, die übrigen nach der eidlichen Taxation des Damnikaten berechnet, die Verbrechenssumme erreichen, jedoch diese nicht bedeutend überschritten ist und zugleich die Taxation des Damnikaten darum als verdächtig erscheint, weil der Werth der zu Gerichtshanden gekommenen Effekten von den verpflichteten Schätzern unverhältnißmäßig geringer bestimmt wurde, als es vom Damnikaten geschehen war, so ist zu vermuthen, daß derselbe auch den Werth der andern übertrieben hoch angegeben habe, diese seine Angabe ist nach Art. 280, Nr. 7. Th. II. des StG. gleich der eines exceptionmäßigen Zeugen zu beurtheilen, und demzufolge, wenn andere Anhaltspunkte ermangeln, der Thatbestand des Verbrechens nicht für hergestellt zu achten. ¹⁾)

G n o m e.

Das beste Recht erscheint oft als Unbilligkeit;
In Menschen-Sagungen sucht nie Vollkommenheit.

¹⁾ AC. vom 16. Febr. 1838, (Nr. 13537).

B l ä t t e r

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 9. Samstag, den 28. April 1838.

Von Anwendung der subsidiären Gesetze und Auslegung der Partikularrechte.

(Mit Bemerkungen über die Brandenburg - Culmb. Landescon-
stitution und einige Rothenburger Verordnungen.)

1.

Auf die subsidiäre Gesetzgebung ist zurückzuge-
hen, nicht bloß, wenn das zunächst anwendbare
Provinzialgesetz über die vorwürfige Frage gar
nichts bestimmt, sondern auch, wenn die Bestim-
mungen des Provinzialgesetzes dermaßen undeut-
lich, schwankend, oder unter sich im Widerspruche
sind, daß sich daraus, was Rechtens seyn soll,
mit voller Gewißheit nicht feststellen läßt.
Kann man aus dem Partikularrechte nicht Ge-
wißheit des Rechtes, sondern nur Wahr-
scheinlichkeit für eine von mehrern Auslegun-
gen erlangen, so ist es gerade so anzusehen, als
ob eine partikularrechtliche Vorschrift hierüber gar
nicht vorhanden sey; es ist sonach die Entschei-
dung aus dem subsidiären Rechte zu schöpfen; so

z. B. in den bayreuthischen Gebietstheilen hinsichtlich der Frage, ob der eine Ehegatte bei unverdingten Ehen auch für die vor der Verheirathung von dem andern contrahirten Schulden zu haften habe; — indem zwei Stellen der Landes-Constitution,¹⁾ welche diese Rechtsfrage betreffen, sich dermaßen widersprechen, daß die Doktrin volle Gewißheit darüber, was Rechtens ist, zu verschaffen nicht vermag.

2.

Die allgemeinen Regeln der Auslegung sollten jedem Richter so gegenwärtig und geläufig seyn, wie die vier Spezies oder die Regel de Tri;²⁾ gar manche Schwierigkeiten, welche insbesondere auch die Partikulargesetze und Lokalstatuten darbieten, lassen sich mit Hilfe derselben heben. — Von hohem praktischem Werthe ist z. B. die Regel, nach welcher ein Gesetz im Zweifel so zu deuten ist, daß die darunter zu subsumirenden Geschäfte aufrecht erhalten werden und zur Wirksamkeit gelangen. In dieser Regel ist das Heil zu suchen, wenn die Partikulargesetze bestimmte Formen für die Errichtung von Rechtsgeschäften vorschreiben, und wegen mangelhafter Redaction Zweifel über den Umfang dieser Vorschriften obwalten, deren Lösung allen sonstigen Hilfsmitteln der grammatischen und logischen Auslegung nicht gelingen will. Unter solchen Umständen ist es

¹⁾ Tit. II. §. 10 und Tit. VII. §. 4.

²⁾ Darum ist anzurathen, dieselben von Zeit zu Zeit nachzulesen, und sie so in Saft und Blut des juristischen Organismus zu verwandeln.

ein sehr gangbarer Fehler, eine der mehreren möglichen Deutungen als die richtige mit Bestimmtheit aufstellen zu wollen; der Richter kann es nicht über sich gewinnen, seinen Scharfsinn für unvernünftig zur Gewinnung eines bestimmten Resultates zu erklären; er unternimmt es, in dem augenscheinlichen Unsinn Weisheit zu finden, und offenbare Widersprüche als das Produkt eines richtigen Gedankens darzustellen. Was kommt da heraus? — Willkür — oder eine zum Kuriositäten-Kabinete geeignete Karrikatur von Auslegung. — Einfach und vernünftig löst sich aber der Knoten, wenn man eingesteht, daß sich der wahre Sinn des Gesetzes mit Zuversicht nicht ermitteln lasse, und nun derjenigen Deutung den Vorzug giebt, nach welcher das Geschäft aufrecht erhalten wird, und zur Wirksamkeit gelangt. — Dabei ist jedoch, wie gesagt, vorausgesetzt, daß wirklich die sonstigen Regeln der Auslegung, insbesondere das Argument aus dem Grunde des Gesetzes, kein bestimmtes Resultat verschaffen.

Vorstehende Betrachtungen sind zunächst veranlaßt durch die Rothenburgischen Verordnungen über die Nothwendigkeit obrigkeitlicher Beurkundung der Verträge, welche Illiteraten, resp. Litteraten über Beträge von mehr als 50 fl. resp. bis zu 50 fl. schließen. Liebhaber von kühnen Konjekturen und genialen Experimenten können sich keinen bessern Stoff wünschen, als diese reichstädtischen Reliquien. Eher wird des Sisyphus Stein auf der Spitze des Berges liegen bleiben, eher das Faß der Danaiden sich füllen, als der Ausleger eine vollkommen befriedigende Lösung

der über jene Verordnungen bestehenden Kontroversen zu Stande bringt.

Zur Lehre von der Supplirung der Einreden.

GD. VI.
§. 9. Es ist unstatthaft, eine Klage aus dem Grunde der zu supplirenden Einrede der Verjährung von der Gerichtsschwelle zurückzuweisen.

Es räumt zwar die GD. Cap. VI. §. 9. als Ausnahme von der Regel

„daß das Richteramt nicht Vertreter einer Parthei seyn soll“

dem angegangenen Richter die Befugniß ein, Einreden, welche sich mit allen erforderlichen Requisitis ex actis ergeben, — zu ergänzen, und die Anmerkung zu dieser Stelle lit. a. rechnet zu solchen Einreden

den Einwand der Verjährung.

Alein diese Befugniß ist beschränkt und bedingt durch das Petitum, welches der Beklagte vorgebracht.

Eine Einrede, — wäre sie auch vollkommen in den Akten begründet, darf, — wenn sie nicht der Bitte des Beklagten entspricht, nicht von Amts wegen ergänzt werden.

GD. Cap. VI. §. 9. in f. und Anmerkungen. hiezu.

Ausdrücklich erläutern die Anmerkungen, daß
3. B.

wenn der Beklagte — ein Bürge — nur

daß *beneficium ordinis* — anspricht, der Richter die *Except. divisionis* nicht suppliren darf.

Auß dieser Beschränkung, (welche dem Prinzip der Verhandlungsmaxime entnommen ist, und auf den Grundsatz beruht, daß Privatrechte dem Verzicht unterliegen), und auß dem ganzen Inhalte jener Gesetzesstelle, inöbeshondere auß den Worten im Eingang:

„die vom Beklagten unterlassenen *Exceptiones* etc.“

geht hervor, daß dieses richterliche Amt überhaupt da nur geübt werden darf, wo der Beklagte geantwortet — *excipit* — hat. Hiermit stimmt das gesetzlich bestehende *Contumacialverfahren* überein, wornach der Beklagte, welcher gar nicht antwortet, mit seinen Einreden, sonach auch mit jener der Verjährung ausgeschlossen wird.

Nur dann, wenn der Beklagte überhaupt geantwortet, und von dem Anspruche gänzlich befreit seyn will, darf diese Einrede der Präskription, ist sie auch nicht speziell vorgebracht, — wenn sie in den Akten vollkommen begründet,

und weil sie dem *Petitum* entspricht, vom Richteramte ergänzt werden.

Anmerkung. I. c.

Hiermit stimmt auch die *GD.* im Cap. IV, §. 17 überein, — wenn sie die Fälle aufzählt, in welchen die Klage ohne Einleitung des Verfahrens abgewiesen werden soll; diese Fälle sind

- 1) wenn das *Petitum* der Erzählung nicht entspricht,

- 2) *res judicata*, oder
- 3) gerichtlicher Vergleich vorliegt.

Die Verjährung ist hierbei nicht erwähnt. — Diese 3 Alternativen sind nicht beispielsweise, sondern als positive Bestimmungen aufgeführt. Der Verfasser der *GD.* und der Anmerkungen spricht sich hierüber in seinem Compendium zur Gerichtsordnung v. 1768. S. 440. zu §. 17. Cap. VI. des Gesetzes ganz bestimmt dahin aus, mit den Worten:

„in Sachen, welche schon abgeurtheilt, oder verglichen sind, oder da der Ungrund der Klage aus den *narratis libelli* selbst offenbar erscheint, soll man den Kläger gleich von Amtswegen ohne Kommunikation abweisen.“

Es darf dem Kläger, wenn Beklagter behauptet, daß der eingeklagte Anspruch durch Verjährung erloschen, — das Recht nicht entzogen werden, darzuthun, daß der Anspruch nicht verjährt sey. Mit der Klage schon hierüber eine Ausführung oder einen Nachweis zu verbinden, liegt nach *GD.* Cap. IV. §. 7. dem Kläger nicht ob, weil das Nichtverjährtseyn nicht zum Klagegrund gehört.

Es ist nicht Pflicht des Klägers, mit dem *Klaglibell* allen möglichen Einreden zu begegnen, hiezu ist ihm die *Replik* vorbehalten.

GD. Cap. VI. §. 2. et in not. lit. d.

GD. Cap. VI. §. 12. et in not.

Nur dann, sagen die Anmerkungen, — ist dieses, was außerdem ungeschickt wäre, dienlich:

wenn die *exceptio rei judicatae* zu besorgen ist“

und hier möge dem Einwande schon durch die Ausführung in die Klage begegnet werden,

„daß die Sentenz den Kläger nicht betreffen habe.¹⁾“

Eigenthümlichkeiten der fränkischen Provinzial- und Statutarrechte.

Von Dr. G. A. Seuffert.

III.

Die vorzüglichste Wirkung der Grundabtheilung besteht nach fränkischem Provinzialrechte darin, daß die abgetheilten Kinder durchaus keinen Anspruch an das Vermögen der abtheilenden Eltern mehr zu machen befugt sind, dieselben zwar in der Eigenschaft nächster Anverwandten ab intestato beerben, jedoch durch Kinder aus einer anderweiten Ehe des überlebenden abgetheilten Parents von dieser Erbschaft ausgeschlossen werden. Die l. R.D.¹⁾ erstreckt diese Bestimmung ganz konsequent auch auf die nach erfolgter Abtheilung erwachsenen Erbanfälle aus dem größelterlichen Vermögen; das Schweinfurter Statutarrecht findet jedoch diese Anordnung zu hart, und der natürlichen Billigkeit widerstreitend,²⁾ und spricht sich dahin aus:

¹⁾ A.C.C. v. 13. März 1838, K 59337. T. III, Tit. 76. §. 2.

²⁾ Eodem §. 3.

„Wir statuiren demnach, setzen und ordnen
 „hiemit, daß die Eltern auf solchen Fall, da
 „sie von ihren Eltern und der Kinder Groß-
 „eltern noch keinen Erb-Fall acquiriret, dero
 „Kinder so leichtlich nicht abtheilen, oder doch
 „wenigstens sie von dero Anwartschaft auf
 „das Groß-Elterliche Vermögen, pro rata
 „und nach ihrem Kindesheil nicht ausschlie-
 „ßen, sondern ihnen solchen billigen Dingen
 „annoch reserviren sollen.“

Hiezu kommt ²⁾ noch folgende weitere Bestim-
 mung: Es solle nämlich, wenn nach geschehener
 Abtheilung den Eltern ein Erbfall aufstirbt, oder
 sonst anfällt, ein solcher den unabgetheilten rechten
 Kindern, mit Ausfluß der abgetheilten allein
 verbleiben; „Ausgenommen den Anfall von ihrem
 „sogenannten rechten Herrlein oder Fräulein, wel-
 „ches wegen wir bereits hieoben Tit. 14. §. 2.
 „et 3. klare und deutliche Verordnung gethan.“
 Wie es denn nun auch mit der gepriesenen Klar-
 heit und Deutlichkeit der erstallegirten Stelle be-
 schaffen seyn mag, so ist es doch wohl unzweifel-
 haft, daß der Gesetzgeber hierin von der aller-
 dings harten, wenn gleich konsequenteren Bestim-
 mung der kaiserl. Erb-Ordnung abzuweichen und
 den abgetheilten Kindern irgend einen aliquoten
 Theil der großelterlichen Erbschaft zu erhalten be-
 absichtigte; eben deshalb wird man bei der kathego-
 rischen Erklärung des allegirten Tit. 14. §. 3.
 nicht annehmen dürfen, daß er es lediglich der
 Willkür der abtheilenden Eltern habe anheimgeben

²⁾ Tit. 44. §. 4. .

wollen, ob diese seine Absicht erfüllt werde oder nicht; wird vielmehr die Gesetzestelle dahin interpretiren müssen: daß die Eltern ihre Kinder nicht leicht abzutheilen, oder doch wenigstens durch die Abtheilung von der Anwartschaft auf das großelterliche Vermögen auszuschließen nicht befugt seyen, dieses vielmehr den Kindern demnach reservirt bleiben solle.

Diese Interpretation wurde auch durch eine konstante weiter unten nachzuweisende Praxis sanktionirt.

War aber das Gesetz in der Hauptsache selbst nicht ganz klar, so vermißte man in demselben jede Bestimmung, welcher Antheil den abgetheilten Kindern an dem großelterlichen Vermögen gebühre, wie solcher zu berechnen sey, und wem der Genuß desselben zustehe.

Hierüber sprechen sich nun die Rathsbeschlüsse der vormalß freien Reichsstadt Schweinfurt vom 21. Mai 1792 in zwei Fällen, und vom 1. März 1799 folgendermaßen aus.

1) Fällt nach geschעהner Abtheilung dem abtheilenden Parent von seinen rechten Eltern, also der abgetheilten Kinder rechten oder unierten Großeltern, Vermögen an, so gebührt ihm hievon der elterliche Pflichttheil, welcher nach dem Statute *) bei dem Daseyn eines Kindes die Hälfte, bei mehreren Kindern ein Drittheil des betreffenden Vermögens beträgt. Die andere Hälfte resp. zwei Drittheile gehören den abgetheilten Kindern eigen:

*) Tit. 11. §. 4.

thümlich, jedoch behält ersterer auf die Zeit seines Lebens die Nutznießung hievon.

2) Sind nebst den abgetheilten auch unabgetheilte Kinder aus derselben oder einer späteren Ehe des abtheilenden rechten Varent vorhanden, so werden, rücksichtlich des größelterlichen Erbanfalls, die letzteren ebenfalls so angesehen, als wären sie abgetheilt. Sie erhalten sogleich in Gemeinschaft mit den ersteren den Kindespflichttheil eigenthümlich, und wird derselbe nach des nutznießenden Varent Tode unter die abgetheilten und unabgetheilten Kinder nach Köpfen vertheilt.

3) Hieran participiren auch diejenigen Kinder, welche erst nach dem Erbanfalle geboren werden.

4) Für den ad 1. et 2. ausgemittelten Kindespflichttheil muß den abgetheilten sowohl als unabgetheilten Kindern sogleich nach dem Anfälle hypothekarische Sicherheit geleistet werden, wenn die Eltern denselben in Händen behalten.

5) Ist der abtheilende Varent zu einer andern Ehe geschritten und vor oder nach dem größelterlichen Erbanfalle gestorben, so setzt der überlebende Ehegatte die Nutznießung an dem Theile dieser Erbschaft nicht mehr fort, welcher seinen abgetheilten Stiefkindern gebührt, sondern dieser Theil muß sogleich ausgeschieden, und den letztern zugewendet werden.

So singular diese Bestimmungen zum größten Theile sind, und so wenig sie sich dem Systeme des dem fränkischen nachgebildeten Schweinfurter Statutarrechtes sonst anschließen mögen, so haben sie nichts desto weniger theils durch die authentische Interpretation des ehemaligen Rathes der

freien Reichsstadt Schweinfurt, theils durch eine konstante Praxis ⁵⁾ gesetzliche Kraft erhalten, und finden ihre genügende Erklärung in der den Bewohnern einer, wenn gleich gewerbreichen, doch sehr isolirten Reichsstadt besonders eigenen Ob-
sorge, das einmal erworbene Vermögen der Familie zu erhalten, und so wenig als möglich das von in fremde Hände (d. h. Stieffinder und Stief-Enkel) übergehen zu lassen.

IV.

Nach gemeinem Rechte sind außereheliche Kinder weder in Ansehung ihres Vaters noch der väterlichen Verwandten successionsfähig, und eben so wenig werden Vater und väterliche Verwandten zur Beerbung der außerehelichen Kinder berufen, ⁶⁾ und was in beiden Fällen von dem außerehelichen Kinde selbst gilt, bezieht sich auch auf dessen (wenn gleich eheliche) Nachkommen. ⁷⁾ Abweichend von dieser letzteren Bestimmung verordnet die kaiserl. Erb-Ordnung P. III. Tit. 82. §. 2, daß, wenn ein außereheliches Kind eheliche Kinder erzeugt, diese nicht nur ihre Eltern, sondern auch ihre Großeltern (Ahnherren und Ahnfrauen) gerade so beerben, wie es im Gesetze von ehelichen Kindern angeordnet ist.

Zwar will Schneidt (Thesaurus jur. Francon.

⁵⁾ Cfr. Stadtgerichtl. Erkenntniß in causa E. Stieffinder gegen Intestaterben vom 6. Juli 1810 und Urthl des Hofgerichts Würzburg in ead. causa vom 25. May 1812.

⁶⁾ §. 3. de succ. cognatorum; fr. 4. unde cognati.

⁷⁾ Senfferts PdRecht §. 555.

S. I. opus c. 38. p. 2538. Nro. 6) diese Gesetzesstelle nur von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten verstehen; allein diese Deutung widerspricht einerseits dem Wortlaute derselben, indem sie nicht nur der Eltern, sondern auch der Ahnherren und Ahnfrauen in der vielfachen Zahl erwähnt, auch den ehelichen Descendenten außer ehelicher Kinder gleiches Erbrecht, wie denen aus durchgehend ehelicher Abstammung entsprossenen einräumt, diese aber ohne Unterschied zur Beerbung der sämtlichen Großeltern berufen werden, anderentheils kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in solch kategorischen Ausdrücken, deren er sich bediente, nur etwas habe anordnen wollen, was sich von selbst versteht, da die Beerbung der mütterlichen Ascendenten bei außerehelicher Abstammung schon gemeinen Rechts ist, und die kaiserl. Erb-Ordnung, wenn sie es bei dessen Bestimmungen belassen will, selten unterläßt, derselben ausdrückliche Erwähnung zu thun.

Zur Lehre von der Form der Kodizille. ¹⁾

1.

Für Kodizille ist zwar die Unterschrift des Erblassers, sofern er den Inhalt nicht selbst geschrieben oder dieß doch nicht ausdrücklich bemerkt hat, nach der richtigeren Meinung zufolge C. 28.

¹⁾ M.C. vom 11. März 1836. N. 82133.

§. 1. de testamentis allerdings erforderlich.²⁾ Allein die für Testamente geltende Vorschrift, daß die Unterschrift des Erblassers im Akte der Errichtung selbst und in Gegenwart der Zeugen beigefügt werden muß,³⁾ ist auf Kodizille nicht ausgedehnt, und die unitas actus hat, soweit sie auch für letztere geboten ist, eine ganz andere Bedeutung.

Const. 8. §. 3. de codicill.: „testes . . . in uno eodemque tempore debent adhiberi.“

Es genügt vielmehr, wenn der Erblasser das bereits früher ge- resp. unterschriebene Kodizill den Zeugen zum Zwecke ihrer Unterschrift vorgelegt, und diese ihre Namen wirklich beigefügt haben.

In Bezug auf die über die Form der letzten Willen bestehenden mannigfachen Kontroversen muß die Praxis als leitenden Grundsatz festhalten, daß die Nichtbeobachtung einer Form, von welcher nicht mit absoluter Gewißheit feststeht, daß sie in dem geltenden Rechte erfordert werde, — für unschädlich zu achten sey.⁴⁾

2.

Rein Gesetz schreibt vor, daß die Zeugen ih-

2) Bgl. Marcjoll in v. Löhrs Magazin, Bd. IV. S. 162—5.

3) Const. 21 pr. de testamentis.

4) Diesen Grundsatz muß man insbesondere vor Augen haben, wenn es sich von Anwendung der Resultate neuerer, etwa unter Benützung neuentdeckter Quellen angestellter Untersuchungen z. B. der Abhandlung von Dantz in der Gießener Zeitschrift Bd. IX. S. 219—46 handelt.

rer Unterschrift das Datum beifügen sollen. Wenn nun von dem Gegner nicht behauptet wird, daß die zugezogenen Zeugen zu verschiedenen Zeiten unterzeichnet haben, und sonst kein Bedenken über die Beobachtung der unitas actus obwaltet, so hat der Mangel der Zeitangabe bei den Unterschriften der Zeugen keinen nachtheiligen Einfluß.

Zur Lehre von der Kompetenz in Miethvertragsachen.¹⁾

GD. I. § 11. Nach Vorschrift der Bdg. vom 24. Sept. 1808, die Instruktion der Polizeidirektionen betr., entscheiden die Polizeibehörden unter anderem:

„Die Differenzen zwischen Hauseigenthümern und Miethleuten; ausgenommen in Fällen, wo die beiden Theile durch schriftliche Kontrakte ihre Rechte sicher gestellt haben.“

Unter den Differenzen, deren Entscheidung hier den Polizeibehörden zugewiesen ist, sind schon nach dem Wortlaute Anforderungen verfallenen Miethgeldes — nicht zu begreifen; es gehören dahin nur Streitigkeiten über den Ein- und Auszug, über die Benützung einzelner Wohnungstheile, über Berührungen und

¹⁾ Vgl. Bd. I. dieser Blätter S. 173. Im Einflange mit den dort aufgestellten Grundsätzen wurde ein Kompetenzkonflikt entschieden durch Minist. Entschl. vom 8. Jänner 1821 (Rep. 1. C. 7).

Kollisionen der Hausgenossen, über Vornahme nothwendiger Reparaturen, über Fortschaffung der Illaten, wenn der Vermiether dagegen Einspruch macht u. d. g.; überhaupt nur solche Fälle, welche nach der Natur der Sache, weil es Aufrechthaltung von Ruhe und Frieden, Abwendung der Selbsthilfe, Gefahr auf dem Verzuge gilt, die Thätigkeit der Polizeigewalt aufzurufen geeignet sind. Es muß noththun, eine gegenwärtige Irrung zu schlichten, oder eine Anordnung für die Zukunft zu treffen; handelt es sich nur davon, die rechtlichen Folgen vergangener Thatfachen — in Bezug auf eine geforderte Zahlung, Entschädigung, Abrechnung u. d. g. auszusprechen, so sind die Gerichte zuständig, es mag ein schriftlicher Vertrag vorliegen, oder nicht.²⁾

Diese beschränkende Auslegung rechtfertigt sich durch die Sprachbedeutung des Wortes „Differenzen“ und durch den Hinblick auf die unmittelbar darauf folgende Vorschrift des §. 89:

„Eigentliche Rechtsachen haben sie (die Polizeidirektionen) an das Stadtgericht zu verweisen.“

Dieselbe wurde auch in gegenseitigen Mittheilungen der beiden Kreisstellen des Bezirkskreises

²⁾ Wird die Zahlung des Miethgeldes verweigert, weil der Miether eine Verwendung kompensiren will, oder weil er unvollständige Erfüllung des Vertrags von Seite des Vermiethers behauptet, so ist dies keine Differenz im Sinne der angef. Bdnng, sondern eine eigentliche Rechtsache.

vom 29. Nov. 1837, ³⁾ beziehungsweise 15. Dez. 1837 ⁴⁾ als die richtige anerkannt,

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

7.

Austräger (Auszügler, Altsüßer) sind als wirkliche Gemeindeglieder nicht zu betrachten ²⁴⁾ und daher im Prozesse der Gemeinde, in welcher sie leben, an und für sich weder als untüchtige, noch als exceptionsmäßige Zeugen anzusehen, sofern nicht ein besonderer Grund, aus welchem ein Zeuge überhaupt als untüchtig oder verdächtig sich darstellt, bei ihnen hinzukommt. ²⁵⁾

Lebensberuf.

Zu Wehlar lebt' und starb dein Freund; was war sein Stand?

Beim höchsten Reichsgericht war er — Collizitant.

³⁾ Reg. R. d. J. Ad num. $\frac{E 5177}{K 6501}$

⁴⁾ ACBeschluss zu A. 754.

²⁴⁾ Bgl. Gem. Edikt v. 17. Mai 1818. §. 11—13 u. Gesetz v. 1. Juli 1834. §. 2.

²⁵⁾ DRC. v. 27. Jan. 1823. ACWst. H. $\frac{227}{18}$. DRC. v. 30. Okt. 1830. B. 126533. ACWst. S. 5233. S. auch Chr. Henr. Kind, de fide alimentariorum, quos vulgo Auszügler vocant, in causis universitatis recte aestimanda. (In variarum juris observationum syllog. prior, Praeside Haubold. Lipsiae 1812.)

B e i l a g e
zu
Nr. 9. der Blätter
für
Rechtsanwendung.

Literarische Anzeige.

In der Palm'schen Verlags-handlung zu Erlangen ist erschienen:

Anleitung zur Civilproceß-Praxis in Bayern, nach dem Gesetze vom 17. November 1837. Mit Formularen. Von Dr. Wolfgang Heinrich Puchta, Landrichter, Ritter des Verdienstordens vom heiligen Michael.

Wir heißen diese neue Schrift des hochverdienten Verfassers auf das freundlichste willkommen. Dieselbe enthält nebst eingestreuten, mitunter humoristischen Bemerkungen über Zweckmäßigkeit der neuen Vorschriften ¹⁾ und allgemeinen Betrachtungen aus dem Gebiete der Proceß-Politik, —

1) Erläuterungen der einzelnen Sen der Novelle, deren Ergebnis in der Aufstellung von processualischen Rechtsätzen besteht, welche der Buch:

¹⁾ Von der Androhung des Rechtsnachtheils der Annahme negativer Kriegsbefestigung wird S. 85 gesagt: Diese Warnung erscheine meistens als eine Art Consolation: „Der Beklagte möge nicht zu sehr erschrecken; es sey so böse nicht gemeint.“

staben des Gesetzes nicht ausspricht. 3. B. die Bestimmung des §. 2, welche es zur Bedingung der Zulässigkeit einer Wiederklage im schleunigen Verfahren macht, daß die Wiederklage sich gleichfalls zu diesem Verfahren eigne, findet nach §. 3. keine Anwendung, wenn der Wiederbeklagte sich die Anbringung und Verhandlung einer außer diesen Gränzen liegenden Wiederklagsache gefallen läßt. (S. 29) — Die im beschleunigten Verfahren in Abwesenheit der Partheien erscheinenden Rechtsanwälte müssen sich dem richterlichen Frage- und Aufhellungsrecht eben so fügen, wie jene selbst; ingleichen darf der Vorwand einer mangelnden Information in der Regel nicht gehört werden. (S. 45.) — In dem mündlichen Verhöre gilt für das gegenseitige Vorbringen keine feste Ordnung mit Präklusion dessen, was nicht in derselben successiv zum Vorscheine gekommen; es giebt kein exceptivisches, replikativisches u. dgl. Handeln in der sonstigen proceßrechtlichen Bedeutung, sondern jeder zur Sache dienende Umstand, er mag von dem Beklagten, und so auch gegenantwortweise von dem Kläger, eher oder später, wenn nur vor dem Schlusse des Verhörs, und vor der Niederschreibung und unterschriftlichen Anerkennung des status causae et controversiae vorgebracht seyn, muß gehört und zur Ergänzung der Streitdarlegung zugelassen werden; insbesondere auch eine Wiederklage, die der Beklagte nicht so gleich bei der ersten Antwort auf die Klage vorbringt, sondern erst im Laufe der mündlichen Verhandlung (S. 46—47). — Die Bestimmung der Novelle von 1819. §. 8, daß ein Ausländer,

welcher gegen einen bayerischen Unterthan Klage erhebt, und keine liegenden Güter in Bayern besitzt, dem Beklagten auf dessen Verlangen für die Proceßkosten, desgleichen der allenfallsigen Wiederklage wegen, Kaution leisten müsse, und daß der Beklagte vor deren Leistung nicht schuldig sey, auf die Klage zu antworten, — ist durch den §. 24. der Novelle vom 17. Nov. 1837. — nicht aufgehoben (S. 89—90). — Soviel zur Probe in dieser Beziehung.²⁾ Die Schrift des Hrn. Landrichter Puchta empfiehlt sich

2) durch viele sehr schätzbare Winke und Rathschläge hinsichtlich zweckmäßiger Vollziehung der das Verfahren betreffenden Vorschriften. Vorzüglich beherzigungswerth sind die Maximen, welche er über das beschleunigte Verfahren aufstellt; möge das Gesetz in der hier gezeichneten Art zum Vollzuge kommen, und es wird gute Früchte in reichem Maße tragen; möge es insbesondere zur Richtschnur dienen, daß die Abhaltung des mündlichen Verhörs überall den tüchtigsten Gerichtsmitgliedern anvertraut werde. — Hieher gehören auch die Formulare und mehrere Schemata über den Gang des Verfahrens. — Zwar wird hier Manches gesagt, was man für allbekannt ansehen könnte; aber leider zeigt die tägliche Erfahrung, daß es nicht unnöthig ist, auch an das f. g. Allbekannte zu erinnern.

²⁾ Ueber mehrere Punkte, bezüglich welcher wir die Ansicht des Hrn. Verfassers nicht theilen können, B. W. S. 26, 91 — 93, werden wir später besondere Erörterungen liefern.

Zur Lehre von der Klageänderung.

(Nachtrag zu Seite 123.)

Am Schlusse des Aufsatzes „zur Lehre von der Einrede der entschiedenen Sache“ in Nr. 8. dieser Blätter wird S. 123 gesagt:

„Den bereits in der Verhandlung begriffenen Proceß fallen zu lassen, um dann einen neuen mit einer verbesserten Geschichtserzählung zu erheben, geht nicht an.“

Dies scheint im Widerstreite zu stehen mit der Vorschrift der O. D. Kap. IV. §. 13, wornach eine Klageänderung in der Hauptsache auch nach der Kriegsbefestigung geschehen kann, wenn ein ganz neues Klaglibell übergeben und der Gegentheil für seinen vergeblichen Kostenaufwand entschädigt wird. — Allein der in Nr. 8. a. a. Orte aufgestellte Satz ist, wie sich aus den allegirten Anmerkungen ergibt, nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Kläger, die Klage aufzugeben und vom Streite abzustehen, ausdrücklich oder faktisch erklärt, ohne zugleich ein neues Klaglibell zu übergeben und sich zum Kostenersatze zu erbieten, so daß jene ausdrückliche oder faktische Erklärung als eine Verzichtleistung auf den Anspruch erscheint. — Dieß nachträglich, um Mißverständnissen zu begegnen, zu welchen die Fassung obigen Satzes Anlaß geben könnte.

B l ä t t e r
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 10. Samstag, den 12. Mai 1838.

Zur Lehre von der provocatio ex lege Diffamari.

GD. IV. § 5 Das Wesen der Diffamation besteht
Nr. 3. darin, daß der Provokant

„von seinem Gegner mit Worten oder Wer-
ken, entweder an seiner Ehre, oder an Gü-
tern, Rechten und Gerechtigkeiten auf eine
nachtheilige Weise angegriffen worden ist.“

Der Provokat muß sich eines Anspruchs ge-
rühmt haben, zufolge dessen ihm der Provokant
etwas zu geben, zu leisten, zu gestatten, oder sonst
die Veränderung eines Zustandes zu bewirken,
oder zuzulassen verbunden wäre. Ist die Berüh-
rung nur darauf gerichtet, etwas nicht schuldig zu
seyn, den Anspruch des Diffamaten zurückweisen,
sich dagegen mit einer wirksamen Einrede ver-
theidigen zu können, so ist kein Grund zur
Provokationsklage gegeben, sollte auch die Berüh-
mung in Ausdrücken geschehen seyn, welche die Ab-
sicht, klagbar aufzutreten, an den Tag zu legen
scheinen, und sollte auch die Behauptung, welche

der Verühmung zu Grunde liegt, an und für sich zur Begründung einer Klage geeignet seyn. Es kommt Alles darauf an, ob der angebliche Diffamant nach den Äußerungen, in welchen die Diffamation liegen soll, gegen den Provokanten die Veränderung irgend eines Zustandes auf dem Wege der Klage durchsetzen oder nur das, was ist, vertheidigungsweise behaupten, und etwa eine Leistung, die man ihm ansinnt, verweigern will; nur wenn jenes der Fall, ist gegründeter Anlaß zur Provokation gegeben. Hat sich der Gegner lediglich eines Vertheidigungsrechtes gerühmt, so kann der Umstand, daß dieses Recht auch klagbar verfolgt werden könnte, die Provokation nicht rechtfertigen. — So z. B. ist die Provokation unstatthaft, wenn Jemand, an welchen der Andere aus einem Vertrage eine Forderung macht, den Ungrund der Forderung mit dem Beisatze behauptet, daß er bei Eingehung des Vertrags betrogen worden, und deshalb gerichtlich auftreten werde; denn obwohl die Behauptung des Betrugs an sich geeignet ist, eine Klage auf Rescission des Vertrags oder auf Entschädigung zu begründen, so liegt doch in jener Äußerung nichts weiter als die Bestreitung der von dem Gegner gemachten Forderung, keineswegs die Verühmung eines Anspruchs auf ein Leisten, Geben u. s. w. von Seite des Gegners.¹⁾ — Anders verhält sich die Sache, wenn etwa die bestrittene Forderung im Hypothekenbuche eingetragen ist, und der Schuldner oder der sonstige Besitzer des Hypothekensubjekts

¹⁾ M.C. vom 23. März 1838. (C. 306 $\frac{3}{4}$).

tes behauptet, er sey im Stande, die Löschung der Hypothek zu bewirken. In dieser Behauptung liegt nicht bloß die Verühmung zustehender Vertheidigung, sondern ein wirklicher Angriff auf ein bestehendes Recht; der Behauptende rühmt sich, eine Veränderung des gegenwärtigen Zustandes, die Löschung des Hypothekeneintrags gegen den als Gläubiger Eingetragenen durchsetzen zu können. Deswegen hat der Letztere allerdings Grund zur Erhebung der Provokationsklage.

Zur Lehre vom Beweise der Verjährung.

Bei dem Beweise der Verjährung ist es nicht erforderlich, in besondern Thatfachen darzuthun, daß der Besitzstand den Charakter der Rechtsausübung gehabt, noch weniger, daß die Ausübung mit Vorwissen und ohne Einspruch der Gegner geschehen. Der Charakter der Rechtsausübung prägt sich in der langen Dauer, in der Offenkundigkeit der Besitzhandlungen — unzweideutig aus; von dem, was vor Jedermanns Augen geschieht, und was etwa von vielen Zeugen lange Zeit hindurch beobachtet worden, ist natürlich anzunehmen, daß es den zunächst Betheiligten nicht verborgen geblieben; und wenn die Zeugen, welche aus eigener Wahrnehmung eine zur Verjährung hinreichende Fortdauer des offenkundigen Besitzstandes bezeugen, die Ungestörtheit versichern oder doch angeben, daß ihnen von Einspruch oder Störung

nichts bekannt geworden, so gilt die Ungestörtheit als bewiesene Thatsache, sofern nicht dem Gegentheil vorgefallne Störungen nachzuweisen gelungen ist.

Ebenso ist der Beweis, daß eine Rechtsausübung nicht heimlich und ohne Gewalt stattgefunden, für gestellt zu achten, wenn die Zeugen, welche dieselbe die Verjährungszeit hindurch beobachtet haben; Merkmale der Gewalt oder Heimlichkeit nicht anzugeben wußten. —

Beiträge zum bayerischen Wechselproceß. ¹⁾

1.

Nur die Wechselfähigkeit des Beklagten, nicht die des Klägers, hat auf die Kompetenz des Wechselgerichts Einfluß. Wechselfähige können sich auch solchen Personen, die nicht wechselfähig sind, nach Wechselrecht verpflichten. ²⁾

2.

Das Original des Wechsels braucht nicht so gleich der Wechselklage beigelegt zu werden; es genügt die abschriftliche Beilegung; denn die Pro-

¹⁾ Aus einem Erkenntniß des Wechselapp.-Gerichts Ansbach v. 4. Febr. 1836. F. 189³/₈.

²⁾ Novelle v. 23. Nov. 1787. in Moritz Handb. der Wechsel- und Wechsellsgesetze des Königreichs Bayern S. 42.

duktion des Originals ist erst in dem zur Recognition angesetzten Termin nothwendig.³⁾

3.

Das Gesetz verordnet nicht, daß die auf die Wechselklage ergehende Ladung dem Beklagten selbst und unmittelbar in Person (in faciem et ad manus) zugestellt werden soll.⁴⁾ Eine solche Bestimmung würde dem Zweck und der Natur des Wechselprocesses geradezu widersprechen, und dem Wechselschuldner freien Spielraum geben, die Insinuation der Ladung an ihn nach Willkür zu vereiteln. Es schreibt vielmehr die WGD.⁵⁾ vor, daß die Citation den Abwesenden auf alle nur thunliche Art gemacht werden soll.

Daß hierunter die Edictalcitation nicht allein verstanden werden könne, ergibt sich schon daraus, weil diese Art der Citation nur gegen Vaganten und solche Abwesende, deren Aufenthalt nicht bekannt ist, stattzufinden hat.⁶⁾ Sie kann daher bei Personen, die einen bestimmten Wohnort haben und bloß vorübergehend vom Hause abwesend sind, offenbar nicht zur Anwendung gebracht werden. Es treten vielmehr in einem solchen Falle die Bestimmungen der allgemeinen GD. ein, nach welchen die Insinuation der Ladung, wenn der Vorzuladende in seiner Wohnung nicht anzu-

3) WGD. III. §. 1. IV. §. 3. und VII. §. auch v. Wendt Handb. des bayer. Processus, Thl. II, §. 182.

4) WGD. V. §. 1. n. 6.

5) a. a. D. §. 1.

6) §. 3. l. c.

treffen ist, seiner Ehefrau, den erwachsenen Kindern, oder den Diensthoten, geschehen soll.⁷⁾

Daß diese Insinuations-Weise in der WGD.⁸⁾ unter dem Ausdruck „auf alle nur thunliche Art“ angedeutet worden sey, kann um so weniger bezweifelt werden, da sie die Autorität sowohl des gemeinen als preussischen Wechselprocesses für sich hat, welche beide übereinstimmend für genügend erklären, wenn die Ladung bei dem nicht persönlichen Antreffen des Beklagten in seiner gewöhnlichen Behausung den daselbst anwesenden Hausge-
nossen desselben zugestellt wird.⁹⁾

4.

Die Appellation muß sub poena desertionis sogleich nach geschehener Urtheils-Publikation angemeldet und diese Insinuation in dem Publikationsprotokoll angemerkt werden.¹⁰⁾

Daß diese Vorschrift bloß für den Fall gegeben sey, wenn die Partheien oder deren Vertreter persönlich in dem Publikations-Termin erscheinen, läßt sich mit Grund nicht behaupten, indem eine desfallige Bestimmung weder ausdrücklich noch implicite in dem Gesetz enthalten ist. Der §. 5. verweist zwar in den Anfangsworten „sobald nun die Publikation auf obige Art vorgenommen worden“ auf den vorhergehenden §. 4, welcher als Regel festsetzt, daß die Kundmachung des Be-

⁷⁾ GD. V. §. 8. Nr. 2.

⁸⁾ Kap. V. §. 1.

⁹⁾ Von der Grundf. d. deutschen Wechselrechtes. §. 457. lit. c. S. 379. — Preuß. GD. Th. I. Tit. 27. §. 15.

¹⁰⁾ WGD. VIII. §. 5.

scheide allezeit in Gegenwart des Wechselrichters oder eines dessen Stelle vertretenden Beisizers, und beider Partheien durch den Sekretär geschehen soll; allein es ist hierdurch das Erscheinen der Partheien keineswegs zu einer wesentlichen Bedingung der Gültigkeit des Publikations-Aktes gemacht, weil, wenn dieses die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, ausdrücklich hätte bestimmt werden müssen, daß in dem Fall, wenn die Partheien nicht erscheinen, der Publikationstermin für circumducirt erachtet und anderweit anberaumt werden soll.

Da aber eine solche mit der Natur des Wechselprocesses offenbar nicht vereinbarliche Bestimmung nicht gegeben und für den Fall, wie es gehalten werden soll, wenn die eine oder andere Parthei, oder auch beide, in dem bezielten Publikationstermin ausbleiben, in der WGD. überhaupt nichts verordnet ist, so müssen in diesem Punkt, wie in allen übrigen Punkten, worüber die WGD. keine besondere Bestimmungen enthält, die Vorschriften der allgemeinen GD. auszu-
hilfsweise zur Anwendung kommen, und nach diesem ist das Ausbleiben der Partheien kein Hinderniß der Publikation, sondern es wird gleichwohl damit verfahren, und wenn sich die Citation und Lieferung richtig zeigt, so fangen die Fatalien auch gegen Abwesende vom Tage der Publikation, außerdem aber erst vom Tage der Insinuation des Urtheils zu laufen an. ¹¹⁾

¹¹⁾ GD. XIV. §. 8. Nr. 6.

Die allegirte Bestimmung der WGD. über die Appellations-Insinuation kann demnach nicht auf den Fall beschränkt werden, wenn die Partheien oder deren Vertreter in dem Publikationstermin persönlich erscheinen; es findet vielmehr die Vorschrift, daß die Appellation sogleich in diesem Termin, bei Strafe der Desertion, angemeldet werden muß, auch auf abwesende Partheien Anwendung, indem dieselben wenigstens durch eine schriftliche Appellations-Anmeldung ¹²⁾ den hiezu bestimmten Termin einhalten können und müssen, weil sie außerdem eine mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit unverträgliche Begünstigung vor jenen, welche im Termin erscheinen, genießen würden.

5.

Die Ladung zum Publikations-Termin ist nicht bloß mōnitorisch, sondern wegen der in solchem nothwendigen Appellations-Anmeldung auch zugleich peremptorisch; wie überhaupt alle Termine im Wechselproceß *clausulam peremptoriam* in sich enthalten. ¹³⁾ Eben deßhalb ist es nicht nothwendig, des Präjudizes der Desertion für den Fall der Nichtanmeldung der Appellation in der Ladung zum Publikationstermin noch besonders zu erwähnen.

6.

Da die WGD. über Restitutionen *contra lapsum termini praejudicialis*, insonderheit über Re-

¹²⁾ Nämlich für den Fall, daß das Erkenntniß der betrefsenden Parthei zum Nachtheil gereichen sollte.

¹³⁾ WGD. V. §. 7.

stitution gegen ein Contumacial-Erkenntniß nichts besonderes bestimmt, so kommen subsidiär die Bestimmungen der allgemeinen Gerichtsordnung hiezu über zur Anwendung.

Von dem Präliminar-Verfahren wegen der Concurſ - Eröffnung.

Da die Eröffnung des Concurſes nicht bloß auf Anrufen eines Gläubigers, sondern sogar von Amtswegen erfolgen muß, wenn hiezu die gesetzlichen Bedingungen vorhanden sind, so ergibt sich, daß die Präliminar-Untersuchung über die Frage: ob der Concurſ zu eröffnen sey, wenn sie auch durch Anrufen eines Gläubigers veranlaßt worden, doch nur der Gegenstand eines höchst summarischen Verfahrens ist, welches den Vorschriften eines förmlichen Civilprocesses nicht subsumirt werden kann. Wenn daher der Schuldner unter Mittheilung des von einem seiner Gläubiger gestellten Antrags auf Concurſ-Eröffnung zur Vernehmung hierüber unter dem Präjudiz vorgeladen wird, daß im Ausbleibungsfall angenommen werde, er habe gegen den Antrag nichts zu erinnern, so ist dieses Präjudiz dem Zweck der Verhandlung und den allgemeinen Grundsätzen des Contumacialverfahrens ganz entsprechend angedrohet worden, und der §. 6. des Proceßgesetzes vom 22. Juli 1819 hieher um so weniger anwendbar, als die Momente, welche zur Concurſ-Eröffnung erforderlich sind, der Gegenstand eines förmlichen Beweisverfahrens

gar nicht wohl seyn können, am wenigsten ein einzelner Gläubiger dergleichen Beweise zu liefern im Stande — auch dazu nicht verbunden ist, weil der Richter schon von Amtswegen jene Präliminar-Untersuchung einleiten muß. ¹⁾

Zur Lehre von der Beweisfrist.

GD. IX. §. 6. Nr. 1. Die Frage: ob derjenige, dem der Beweis aufgelegt ist, denselben auch dann binnen der gesetzlichen 30tägigen Frist antreten oder wenigstens salviren müsse, wenn der Gegentheil wider die Beweisaufgabe appellirt hat, ist bestritten.

Der oberste Gerichtshof hat mehrmals ¹⁾ für die Bejahung der Frage entschieden, weil a) mit der Unterlassung der Appellation von Seite des Beweispflichtigen für ihn Rechtskraft des Interlocuts eintritt; b) nach Kap. IX. §. 6. Nr. 1. der GD. derjenige, dem Beweis aufgelegt ist, seine Probatorialartikeln innerhalb des anberaumten Termins unter Strafe der Desertion zu übergeben hat; c) die Mandate vom 25. Juni und 4. August 1756. ²⁾ sowohl die Appellation als die

¹⁾ MGC. v. 13. Febr. 1827. G. 28634. Bgl. auch MGC. v. 10. Dec. 1833. H. 5233.

²⁾ Am 28. Sept. 1830. DMCSt. 8747; am 9. April 1831; DMCSt. 81234. — Appellationsgerichtliche Entscheidungen für die entgegengesetzte Ansicht sind mitgetheilt in Dupre's Sammlung außerordentlicher Rechtsfälle Bd. IV. S. 87 ff.

²⁾ Nov.-Samml. Bd. I. S. 253, 287.

Beweisantrittung für desert erklären, wenn innerhalb des 30tägigen Termins weder appellirt, noch der Beweis angetreten wurde; d) nach der Bestimmung Kap. XV. §. 9. Nr. 2. der G.D. durch die Appellation des einen Theils zwar die Thätigkeit des Unterrichters, nicht aber jene des Appellanten gehemmt werden soll.“³⁾

J. N. S.

Zur Lehre vom Beweise zum ewigen Gedächtniß.

Nach dem gemeinen Prozesse kann die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß sowohl vor als nach der Einleitung des Processes, ja selbst nach bereits erfolgter Streiteinlassung, und überhaupt in jeder Lage des Processes, so lange noch eine Beweisführung zulässig seyn kann, beantragt werden.¹⁾ Die bayer. G.D.²⁾ versteht zwar unter dem Beweise zum ewigen Gedächtniß denjenigen, welcher noch vor der Kriegsbefestigung aufgenommen wird; allein hieraus folgt keineswegs, daß dieser Beweis nach dem bayer. Process nur

³⁾ In einem Erl. des K.G. für den Regatskreis vom 13. März 1824. (B. 27218), bestätigt durch D.M.G.C.) v. 25. Jan. 1825. ist der Grundsatz ausgesprochen: „Wenn beiden Theilen Beweis aufgelegt worden ist, und der eine Theil appellirt bloß gegen die ihm selbst geschehene Beweisaufgabe, so wird dadurch für den andern Theil, welcher sich bei dem Erkenntniß beruhigte, die Beweisfrist nicht suspendirt.“

¹⁾ Martin Lehrb. d. gem. bürgerl. Processes. §. 315. (Ausg. 9.) Zinde Lehrb. d. gem. Civilprocesses. §. 247. (Ausg. 3.)

²⁾ Kap. X. §. 21.

vor der Kriegsbefestigung und nicht auch nach derselben statt habe. Weder die *GD.* noch die Anmerkungen hiezu geben Veranlassung, in diesem Punkte eine Abweichung von dem gem. Prozesse anzunehmen; es wird vielmehr in den Anmerkungen unter lit. b. ausdrücklich erwähnt, daß der Deputationsabschied v. J. 1600 §. 125 und das Kammerordn. Concept P. 3. Tit. 2. §. 14. die Commissionen ad perp. rei memoriam auch noch während des Streites gestatten. Hiezu kommt, daß derselbe Grund, auf welchem die Zulassung des Beweises zum ewigen Gedächtniß beruht, nämlich die Gefahr wegen des zu befürchtenden Verlustes der Beweismittel den Beweis an gehöriger Stelle des Processes dereinst nicht führen zu können, auch nach bereits eingeleitetem Prozesse in gleichem Maaße vorhanden seyn kann, wie vor der Kriegsbefestigung.

Wird die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß vor der Kriegsbefestigung begehrt, so ist in diesem Falle nach den Bestimmungen der bayer. *GD.* der Beklagte vor dem Kläger insofern begünstigt, daß dem deßfalligen Begehren des Klägers nur alsdann willfahrt werden darf, wenn er bescheinigt, daß er an rechtlicher Stellung oder Fortsetzung seiner Klage noch zur Zeit nicht nur gehindert, sondern auch bei längerem Anstand um die Beweismittel zu kommen in Gefahr sey; während hingegen dem beklagten Theile mit diesem Begehren vor der Kriegsbefestigung allezeit willfahret wird, und seines Orts obgemeldete Be-

³⁾ *GD.* I. o. Nr. 1.

scheinigung, wie bei dem Kläger, nicht erforderlich ist.⁴⁾

Der Grund dieser zum Vortheil des Beklagten gereichenden Bestimmung liegt darin, weil es in der Regel von der Willkür des Klägers abhängt, zu klagen, wann er will, während der Beklagte die Klage erst abwarten muß und nicht wissen kann, wann man ihn belangen, und ob er auch alsdann noch mit Beweismitteln versehen seyn werde.⁵⁾

Die erwähnte Begünstigung genießt aber der Beklagte nach den klaren Worten des Gesetzes und der Anmerkungen nur in dem Fall, wenn er vor der Kriegsbefestigung um die gedachte Beweisaufnahme nachsucht. Wird von ihm dieses Begehren erst nach geschener Litiscontestation gestellt, so muß er, gleich dem Kläger, die ihm drohende Verlustgefahr bescheinigen, insofern nicht diese Bescheinigung bereits vorliegt; denn Ausnahmen, Begünstigungen, dürfen über die Fälle, auf welche sie beschränkt sind, nicht ausgedehnt werden, und da das Gesetz lediglich von dem Fall spricht, wo das Gesuch vor der Kriegsbefestigung angebracht wird, so findet dasselbe keine Anwendung, wenn der Beklagte in einem andern Stadium des Processes ein solches Gesuch stellt. Der Gesetzgeber hätte sich wohl anders ausdrücken müssen, und würde sich auch anders ausgedrückt haben, wenn er dem Beklagten die Befugniß hätte einräumen wollen, ohne irgend eine Beschei-

⁴⁾ GD. I. c. Nr. 2.

⁵⁾ Anmerk. zur GD. X. §. 21. lit. c.

nigung die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß auch nach der Litiscontestatio zu verlangen.

In Fällen, wo die bayer. O. nichts besonderes bestimmt, oder die Bestimmung zweifelhaft seyn sollte, ist die Entscheidung aus der Quelle und Grundlage derselben — aus der gemeinrechtlichen Proceßtheorie — zu schöpfen. Nach der Theorie des gem. Processes unterliegt aber die Wahrheit des Satzes, daß der Beklagte hinsichtlich des Rechts, auf den Beweis zum ewigen Gedächtniß anzutragen, nach erfolgter Litiscontestatio dem Kläger gleichgestellt sey, keinem Bedenken.⁶⁾ Der Grund jener bloß vor der Streiteinlassung dem Beklagten zu statten kommenden Begünstigung fällt nach erfolgter Litiscontestatio weg, weil der Beklagte nicht mehr in Ungewißheit darüber sich befindet, ob und wann er werde belangt werden.⁷⁾

Beiträge zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civil-Rechtsstreiten.

8.

Gemeindeglieder als Zeugen in Gemeindeprocessen.

Gemeindeglieder sind in Gemeindeprocessen bald

⁶⁾ D a n g Grundf. d. ord. Processes §. 466. Nr. III. R n o r r Anleit. zum gerichtlichen Proceß. B. I. Hauptstück XV. §. 3.

⁷⁾ A O E. v. 9. Juli 1836. B. 9173½.

als untüchtige, bald nur als verdächtige Zeugen zu betrachten, jenachdem sie bei dem Streite unmittelbar oder bloß mittelbar betheiligt erscheinen. ²⁶⁾

Eine unmittelbare Betheiligung ist vorhanden, wenn es sich von Vortheilen oder Verbindlichkeiten handelt, die allen Gemeindegliedern nach gleichen oder verhältnißmäßigen Theilen zufließen oder gegen dritte Personen obliegen, so daß das Privatinteresse der einzelnen Gemeindeglieder mit dem Interesse der Gesamtheit der Gemeinde im unzertrennlichen Zusammenhange steht.

Außer diesem Verhältnisse ist nur eine mittelbare Betheiligung anzunehmen.

Wenn nun ein Proceß zwar nicht von der ganzen Gemeinde, sondern nur von einigen Mitgliedern derselben geführt wird, der Gegenstand des Streites aber das Interesse der Gemeinde und jedes einzelnen Gemeindegliedes berührt, so sind in diesem Fall sogar diejenigen Gemeindeglieder, welche nicht selbst im Streite auftraten, als Zeugen in eigener Sache zu betrachten und daher zur Zeugenschaft untüchtig. Deßgleichen ist es im gegebenen Falle rücksichtlich anderer Zeugen, bei welchen zwar nicht der bemerkte Grund der Untüchtigkeit, wohl aber eine Exceptionsmäßigkeit wegen Verwandtschaft obwaltet, einerlei, ob sie mit den Producenten selbst, oder mit andern Gemeindegliedern, welche am Prozesse nicht Theil nehmen, aber doch bei der Sache betheiligt erscheinen, verwandt sind. ²⁷⁾

²⁶⁾ Anmerkungen zur C.D. X. §. 10. lit. f. — Glüß Pand. Rom. XXII. §. 1177. S. 160.

²⁷⁾ M.C.C. v. 26. April 1836. L. 61135.

Wenn Gemeindeglieder in einem die Gemeinde als Korporation betreffenden Prozesse, an welchem sie nicht selbst Theil nehmen, als Zeugen producirt werden und gegen die Gemeinde aussagen, so sind sie nicht für exceptionsmäßig, sondern für vollgiltig anzusehen. Es kommt hier die Bestimmung der O.D. X. 11. Nr. 1. in analoge Anwendung, nach welcher Verwandte in dem Fall für vollgiltige Zeugen angesehen werden, wenn ihre Aussage gegen ihre Verwandten geht. Dasselbe muß auch von Gemeindegliedern gelten, welche gegen ihr Interesse aussagen.²⁸⁾

9.

Ueber die Zeugen-Exceptionsmäßigkeit wegen Schwägerschaft.

(O.D. X. §. 11. Nr. 1.)

Da die Schwägerschaft durch den Tod aufgehoben wird und in Folge dessen ihre Wirkungen, mit alleiniger Ausnahme des durch sie entstandenen Ehehindernisses, erlöschen,²⁹⁾ bei der Prüfung der Tüchtigkeit eines Zeugen aber lediglich auf die Zeit des Verhörs gesehen werden soll,³⁰⁾ so kann das Schwägerschaftsverhältniß, welches zur Zeit der Zeugenvernehmung bereits durch den Tod aufgelöst war, keine Exceptionsmäßigkeit begründen.³¹⁾

²⁸⁾ H.C. v. 27. Juli 1818. P. ⁴⁴⁹/₁₈₁₈.

²⁹⁾ Gl. d. Pand. Romm. XXIII. §. 1211. §. 213. u. 248—250. Vergl. auch das bayer. Landr. Th. I. Kap. 4. §. 8. Nr. 2.

³⁰⁾ O.D. X. §. 12. Nr. 5.

³¹⁾ Glück a. a. D. XXII. §. 1178. S. 181. — H.C. v. 9. Jan. 1830. F. 1073²/₀. — v. 20. Aug. 1830. O. 4673²/₀. — 24. Febr. 1832. N. 3713²/₈. — 20. Mai 1834. S. 685²/₇.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 11. Samstag, den 26. Mai 1838.

Zur Lehre von den Leumundserforschungen.

Die genaue, zweckmäßige, und zugleich möglichst wahre Erforschung des Leumunds eines Angeeschuldeten ist ein bei weitem wichtigerer Theil des strafrechtlichen Verfahrens, als man nicht nur dem ersten Scheine, sondern auch nach den meisten Untersuchungsakten, die dem erkennenden Richter in die Hände kommen, glauben sollte. Ein Signal an den Gerichtsdienner: „fiat Verschaffung von Leumundszeugen“ und eine oberflächliche — wiewohl, in größter Hast, eidlich — aufgenommene Vernehmung der von dem Gerichtsdienner zufällig vorgeführten Personen genügt, und letztere erzeugt gewöhnlich das — aus welch' immer einer Triebfeder hervorgegangene, und dem Inquirenten genügende Resultat: „daß der Deponent weder Gutes noch Schlechtes von dem Angeeschuldeten, mit andern Worten: Nichts anzugeben wisse.“ Ein solches Verfahren ist gewissenlos, und unverantwortlich. Denn so lange dem erkennenden Richter durch das öffentliche Verfahren

in Strafsachen (welcher Zeitpunkt durch den hier und da vielleicht eingetretenen Mißbrauch, wie so manches Gute auf Erden, späteren Generationen vorbehalten zu seyn scheint) nicht die intuitive Beweiskraft in Ansehung des Subjektes der That eingeräumt ist, so lange sind die Leumundserforschungen nur das Surrogat, — der durch schwache und meistens sehr getrübe und gefärbte Gläser entstandene Reflex des moralischen Bildes desjenigen, über welchen der Stab gebrochen werden soll, aber immerdar noch ein nicht unbedeutendes Gewicht in der Waagschale des Richters.

Mittermayr, er, welchen Bayern als seinen Sohn, Baden als seinen Lehrer und Staatsmann, und die ganze juristische Welt als einen ihrer schönsten Glanzpunkte feiert, hat die Wichtigkeit dieses Theiles des Criminalprocesses wohl als Meister hervorgehoben.

(N. Arch. d. Crim. Rechtes 1. Bd. Nr. III.)

Alein auch in der bayer. Strafgesetzgebung ist es leicht nachzuweisen, welsch' wichtigen Einfluß das vaterländische Gesetzbuch dem wahrhaft und richtig erhobenen Leumunde einräumt.

Schon im ersten Theile Art. 93. Nr. VI. wird die nach Art. 95. dem Richter eingeräumte Gewalt in Zumessung der Strafe unter anderen auch auf die Erwägung des die Strafbarkeit mildernden Umstandes hingewiesen, „wenn aus dem vorigen Lebenswandel des Angeeschuldeten mit Grund auf einen noch geringen Grad von Verdorbenheit und Verwilderung geschlossen werden kann.“

Der wichtige Anfang der Spezialinquisition

kann nach Art. 97. Nr. 6. von dem Untersuchungsrichter selbst verfügt werden.

„wenn der Verdächtige durch seinen Lebenswandel in üblem Rufe ist;“

und sogar bei jenen Personen, welchen das Gesetz das Recht der vorläufigen schriftlichen Verantwortung einräumt, ist diese Begünstigung an die Bedingung geknüpft:

„wenn man sich von dem Charakter und Lebensart des Verdächtigen der angeschuldeten That nicht versehen kann.“

Art. 99.

Solche Rücksicht auf die Beurtheilung des Charakters der Inquisiten ist im Art. 111. dem Inquirenten empfohlen, selbst dann, wenn auch sonst jede überflüssige Weitläufigkeit im Allgemeinen, ja sogar durch die Novelle v. 2. Sept. 1816. Nr. 2. (Eithogr. Samml. Nr. 149.) namentlich in Beziehung auf die Erholung von Leumundberfahrungen verboten wird.

Nach Art. 119. Nr. 4. findet eine provisorische Verhaftung unter anderem auch dann statt, wenn der muthmaßliche Thäter wegen seiner Aufführung und Lebensart eine Person ist, zu welcher man sich der in Untersuchung begriffenen That versehen kann; eben so kann auch wegen Vergehen nach Art. 461. eine Gefangenschaft des Beschuldigten eintreten, wenn derselbe durch seinen Lebenswandel in üblem Rufe ist.

Auf dieselbe Voraussetzung gründet sich nach Art. 261. die Berechtigung des Richters, eine Haussuchung vorzunehmen.

Die Ergänzung des mangelnden Beweises des

Thatbestandes tritt nebst anderen Requisiten (Art. 269. Nr. 2) dann ein, wenn der Angeschuldete entweder schon sonst als Verbrecher berüchtigt, oder vermöge besonderer hinreichend erwiesener Umstände als eine Person zu betrachten ist, zu welcher man sich des eingestandenen Verbrechens wohl versehen kann.

In der für die Beweisstheorie so bedeutenden Lehre von Indicien ist zwar nach Art. 313. der bisher geführte Lebenswandel nur unter die allgemeinen, unbestimmten, oder bloß unterstützenden Anzeigen aufgenommen, indessen ist bei den speziellen Indicien, namentlich bei Diebstählen, Art. 315, 4., ein Gewicht darauf gelegt, wenn der Besitzer von Geldsorten, wie die entfremdeten, und in beträchtlicher Anzahl, ein schon im Allgemeinen verdächtiger, oder übelberüchtigter Mensch ist.

Nicht genug kann aber auf den, dem bayerischen Strafgesetzbuche so sehr zur Ehre gereichenden und in der Anwendung so wenig beachteten Art. 323. aufmerksam gemacht werden, nach welchem

„die gute Aufführung, der bekannte Charakter, oder die Lebensart eines Menschen, vermöge welcher sich das vorgefallene Verbrechen von ihm nicht erwarten läßt, eine allgemeine Vermuthung der Unschuld in der Art giebt, daß gegen einen solchen immer stärkere Verdachtsgründe erfordert werden, als jene Voraussetzungen mangeln, oder die entgegengesetzten vorhanden sind.“

Eine Vorschrift, die besonders da, wo die

allgemeine Vermuthung des Dolus einer Beschränkung unterliegen kann, von Erheblichkeit ist.

Dieses dürfte genügen, um den Werth darzutun, welchen das Gesetz auf Herstellung des Leumundes gelegt wissen wollte.

In dem ehemaligen Großherzogthume Würzburg hatte sich der Gerichtsgebrauch gebildet, den Leumund durch schriftliche Zeugnisse der Städte- und Gemeindeverwaltungen konstatiren zu lassen; und dieser Gerichtsgebrauch hatte sich zum Theil auch noch unter der Herrschaft des Strafgesetzbuches erhalten. Er fand eine Art Bestätigung durch den §. 113. lit. d. des Gemeindeediktes v. 17. Mai 1818, wonach die Ausstellung der Leumunds-Zeugnisse über die Aufführung und das Betragen der Orts-Einwohner von dem gesammten Gemeindeausschusse gemeinschaftlich mit dem Pfarramte geschehen soll.

Es ist auch nicht zu verkennen, daß auf solche Weise die zufällige, willkürliche, und daher oft ungeeignete Wahl von Leumundszeugen ausgeschlossen ist, daß der Pfarrer und die Notabeln des Ortes besser als Andere fähig sind, den Lebenslauf und den Charakter des Untersuchten zu beobachten, und zu schildern, daß bei ihnen weniger als bei anderen Zeugen vorausgesetzt werden kann, als leite sie persönliches Interesse, oder mache Furcht vor der Rache des Verbrechers sie zaghaft, daß die Vermehrung der Eide vermieden, und selbst in finanzieller Rücksicht Ersparniß erzielt wird.

Allein das I. Oberappell. G. hat eine solche Herstellung des Leumundes dem Gesetze nicht ent-

sprechend gefunden und stets darauf gedrungen, daß der Leumund des Untersuchten durch zwei, wohl gewählte, unpartheiische und eidlich vernommene Zeugen erhoben werde.

Wir glauben uns nicht zu irren, wenn wir dafür halten, daß hiebei von folgenden Ansichten ausgegangen worden seyn dürfte:

1) Soll ein richterliches Urtheil über den sittlichen und bürgerlichen Werth, und den individuellen Charakter eines Menschen durch Thatfachen begründet werden, so kann der juristische Beweis dieser Thatfachen, nur durch die vom Gesetze gebilligten Beweismittel, und nur in jenen Formen hergestellt werden, durch welche allein die Kraft und Giltigkeit des Beweises vom Gesetze bedingt wird.

Der Ruf eines Menschen ist ein Aggregat von Thatfachen; Phrasen, schwankendes Glauben und Meinen, sind nicht im Stande den Richter zu befriedigen; er muß sich an jene Normen halten, welche ihm vom Gesetze selbst als Leitsterne der Ueberzeugung in einer oft sehr finsternen Nacht bezeichnet sind, sogar auf die Gefahr hin, daß Irrlichter ihn täuschen können. Thatfachen können aber dem Gesetze gemäß, soferne sie auf den Aussagen dritter Personen beruhen, nur durch zwei vollkommen glaubwürdige, vereidete Zeugen nach Art. 285 erwiesen werden.

2) An diese Stelle kann kein außergerichtliches, unbeschwornes, schriftliches Zeugniß mehrerer Personen treten.

Aus einer solchen Urkunde kann nie entnommen werden, ob das Kollektiv-Urtheil aus der

einstimmigen Meinung aller Unterzeichneten hervorgegangen oder nicht, und wenn auch, auf was der Grund der Wissenschaft jedes Einzelnen beruhe? noch minder, ob bei einem solchen Sittengerichte den Beisitzern nicht auch Etwas menschliches begegnet, ein persönliches Mißfallen, eine Beleidigung ihrer selbst, oder ihnen theurerer Personen, ja vielleicht, besonders in kleinen Ruralgemeinden, verwandtschaftliche häusliche Verhältnisse und Reibungen verschiedener Art — Einfluß, und welchen gehabt haben?

3) In jedem Falle würde durch solche schriftliche Zeugnisse dem Richter die Direktion des Processess entzogen werden. Denn der Leumund im Allgemeinen ist weit verschieden von der Darstellung der Individualität des Untersuchten in Beziehung auf die specielle Anschuldigung. Anlagen, Neigung, Habituität, physische Beschaffenheit, Stand und Erziehung, Maas des Verstandes, Stärke des Gemüthes, rohe Kraft der Sinnlichkeit, Mangel kluger Rechnung mit der Zukunft, Unfähigkeit der Versöhnung mit der drückenden Gegenwart, und Rücksichtslosigkeit auf die warnende Lehre der Vergangenheit, Eigenliebe, Eigennuß, falscher Ehrgeiz, oder Noth im Kampfe mit scheinbar glücklicheren Menschen, weder zurückgehalten von der Drohung der so oft schon umgangenen Strafgesetze, noch von einer unhaltbaren moralischen Bildung, oder einer unkräftigen Einwirkung religiöser Begriffe; — wo ist ein Verbrechen, das dem Daseyn dieser Voraussetzungen nicht mehr oder weniger seine Entstehung verdankte?

Doch ist hiedurch oft noch nicht die specielle Eigenthümlichkeit des strafbaren Falles dargestellt, da Geschlecht, Alter, und noch viele andere persönliche Beziehungen zur That dieselbe, wie der Figurenwechsel in einem Kaleidoscop, verändern können. Nun sind aber dem Richter die Hände gebunden, oder wenigstens die Veranlassung entzogen, tiefere Recherchen anzustellen, wenn er sich mit einem solchen schriftlichen, in allgemeinen Ausdrücken abgefaßten Zeugnisse begnügen soll.

4) Die Beziehung auf das Gemeindeedikt ist nicht erheblich.

Es ist dort von Handhabung der Dienstbotenordnung, von Aufsicht auf das Gesinde, überhaupt auf die Sittlichkeit sämmtlicher Gemeindegemeinder, daher von Zeugnissen über die Aufführung zu administrativen, polizeilichen Zwecken die Rede, und diese Bestimmungen können nicht in das Gebiet des Strafrechts herüber gezogen werden.

Wenn daher aus Vorstehendem der fragliche Gerichtsgebrauch schon an und für sich als mit dem Strafgesetzbuche unvereinbarlich sich darstellt, so ist derselbe nunmehr als aufgehoben anzusehen, indem das k. Oberapp. G., eingelegten Remonstrationen unerachtet, auf seinem Verfahren beharrte, und dieses durch ein allerh. Reskript vom 8. Febr. l. J. gebilliget worden ist.

J. M. H.

Ueber den Ausspruch, durch welchen sich der Richter für inkompetent erklärt.

1.

In dem 2ten Hefte der sehr interessanten Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen ¹⁾

- ¹⁾ Diese — unter der Aufsicht des Justizministeriums herausgegebene Zeitschrift liefert a) Commentare zu neuen Gesetzen — (der im ersten Hefte von DRÖR. WISSELL angefangene Comm. über die Proceßnovelle vom 16. Sept. 1834 enthält einen Schatz trefflicher Ausführungen und Bemerkungen über Fristen, Ungehorsam, Restitutionen u. d. g., von welchem Vieles auch in der bayerischen Praxis benützt werden könnte); b) Amtliche Erlasse mit darauf bezüglichen Aktenstücken, insbesondere Gesetz-Erläuterungen von Seite des Justizministeriums; — c) ausgewählte Präjudizien des obersten Gerichtshofs; d) größere und kleinere juristische Abhandlungen, Mittheilungen über partikularrechtliche Quellen, und sonstige Miscellen. — Sehr nahe liegt der Wunsch, daß eine ähnliche Zeitschrift — unter den Auspizien des k. Justizministeriums auch in unserm Vaterlande begründet werden möge. Der gemeinnützige Zweck, welchen die Herausgeber der Blätter für Rechtsanwendung verfolgen, würde dadurch in weit höherem Maße zur Erfüllung kommen. — Insbesondere wäre eine bessere Fürsorge für die Wirksamkeit der doktrinenellen Gesetzauslegungen und sonstigen reglementären Erlasse des k. Justizministeriums sehr zu wünschen. Die bisher übliche Mittheilung von lithographirten Copieen an die jedesmaligen Mitglieder der Gerichte ist offenbar ungenügend; für Zustellung an die neueintretenden Mitglieder wird nicht gesorgt; so ergiebt sich die Folge, daß die früher erlassenen Vorschriften bei dem Wechsel des Personals allmählich wieder in Vergessenheit gerathen. — Da nun natürlich Alles, was die Richter bei Ausübung ihres Amtes befolgen sollen, zur öffentlichen Kundmachung geeignet seyn muß und sogar die öffentliche Kundmachung als eine Bedingung der Anwendbarkeit erscheint, so ist eine amtliche Sammlung der fraglichen Erlasse, etwa in einer unter Aufsicht des Ju-

findet sich ein gebiegender Aufsatz des Oberappellationsrathes Müncher zu Cassel

„über die Beschwerde wegen verweigerter Justiz“

in welchem unter anderem der Satz ausgeführt wird, daß Aussprüche, durch welche sich der Richter für inkompetent erklärt, nicht die Natur eines Urtheils, sondern einer Justizverweigerung haben, daß sie der Rechtskraft nicht fähig sind, und nicht zu einer Berufung, sondern zu einer einfachen Beschwerde wegen Justizverweigerung Anlaß geben.

In der That kann (einstweilen abgesehen von den Vorschriften des bayerischen Rechts) nichts richtiger seyn, als dieser Satz. ²⁾ Denn

1) Urtheile sind Beschlüsse über in Streit befindliche Rechte und Verbindlichkeiten, durch welche das Richteramt ausgeübt wird; in dem Ausspruche der Inkompetenz erklärt aber der Richter nichts weiter, als daß er die Ausübung seines Amtes in der vorwürfigen Sache verweigere; er erklärt dieß, sollte auch eine Streitverhandlung der Partheien über den Kompetenzpunkt gepflogen worden seyn, zufolge der Obliegenheit, seine Kompetenz von Amtswegen zu prüfen, und ohne hierbei an die unter den Partheien verhandelten Gründe gebunden zu seyn, so daß, was im gedachten Falle als Entscheidung über einen unter den Partheien obschwebenden Streitpunkt er-

stizministeriums herausgegebenen Zeitschrift, ein wahres Bedürfnis.

²⁾ In der hier folgenden Erörterung ist Müncher's angeführter Aufsatz benützt.

scheint, doch nur Bethätigung einer von den Interessen der streitenden Theile absehenden Amtspflicht ist.

2) Die erste Bedingung der Rechtskraft ist, daß die Entscheidung von dem in der Sache zuständigen Richter erlassen wurde; wenn nun das gerade der Inhalt des Ausspruchs ist, daß der Richter sich für unzuständig erklärt, so erscheint es wirklich als eine arge Inkonsequenz, diesen Ausspruch für der Rechtskraft fähig zu halten.

3) Nur Entscheidungen über Rechte und Verbindlichkeiten der Partheien, entweder materielle oder Proceßrechte, z. B. in Bezug auf Beweislast, Beweisführung, Präklusion, Restitution u. s. w. können in Rechtskraft übergehen; der Ausspruch der Inkompetenz enthält aber dem Wesen nach nur eine Entscheidung über die Befugnisse des Richters selbst, über den Umfang und die Grenzen seiner Kompetenz; der Einfluß, welchen dieß auf Geltendmachung der Partheirechte äußert, ist nur eine faktische Folge, durch welche die Natur jenes Ausspruchs nicht verändert wird.

4) Verweigert ein Richter ohne statthafter Grund die Ausübung seines Amtes, so ist der Fall der Beschwerde wegen Justizverweigerung, nicht aber Anlaß zu einer Berufung gegeben. Da nun der Ausspruch der Inkompetenz in der That nichts anderes enthält, als die Erklärung, daß Richteramt in der vorwürfigen Sache nicht ausüben zu können, so erhellt, daß hiergegen nur das

Rechtsmittel der einfachen Beschwerde, nicht das der Berufung zu ergreifen sey.

Das Rechtsmittel der einfachen Beschwerde erscheint hier als Korrelat der Richtigkeitsquerel. So wie diese, nicht die Berufung, dazu dient, einen von dem inkompetenten Richter erlassenen Beschluß anzufechten, so hat man jene, die einfache Beschwerde zu gebrauchen, um Abhilfe gegen die Justizverweigerung zu erlangen, welche in dem Ausspruche des kompetenten Richters liegt, durch welchen er sich für inkompetent erklärt.

2

Der bisherigen Ausführung zufolge muß man es für fehlerhaft erklären, wenn der Ausspruch der Inkompetenz in Form eines Urtheils erlassen wird. Hierbei macht es, wie schon bemerkt wurde, keinen Unterschied, daß eine Streitverhandlung über den Kompetenzpunkt vorhergegangen ist, indem auch in diesem Falle der fragliche Ausspruch nur eine Erklärung über die Befugnisse des Richters ist, welche die Abweisung der bei dem unzuständigen Gerichte angestellten Klage nur zur faktischen²⁾ Folge hat. In Fällen beider Art dürfte der Ausspruch etwa folgendermaßen zu fassen seyn:

In Sachen u. s. w. beschließt das Obergericht:
sich für unzuständig zur Verhandlung und

²⁾ d. h. diese Abweichung folgt aus dem Ausspruche der Inkompetenz nicht zufolge eines Rechtsfages, sondern nach dem Erfahrungsfage, daß, wenn die Thüre vor der Nase zugeschlagen wird, draußen stehen bleibt.

Entscheidung dieser Rechtsache zu erklären, und demzufolge die angestellte Klage hierorts abzuweisen.

Sind Streitverhandlungen vorhergegangen, so hat noch ein Ausspruch über den Kostenpunkt hinzukommen; in Bezug auf welchen die Kompetenz des in der Hauptsache unzuständigen Richters gleichwohl nicht bezweifelt werden kann, weil jedes Gericht über die processualischen Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus den vor ihm (nicht bloß in Folge einer Requisition) gepflognen Verhandlungen erwachsen, zu erkennen wohl befugt ist. Dieser hinzukommende Ausspruch über den Kostenpunkt macht aber die Form des Urtheils hier eben so wenig nothwendig, als dieselbe für nöthig geachtet wird, wenn z. B. im Laufe des Processes einer Parthei die Kosten eines vermittelten Termins aufgebürdet werden. Der Ausspruch über den Kostenpunkt schließt sich als Nebensache dem Haupt-Ausspruche an; es mag dieser in Form eines Urtheils oder eines einfachen Beschlusses erlassen seyn.

3.

Eine Folge der entwickelten Ansicht ist es, daß die Beschwerde, durch welche Abhülfe gegen den Ausspruch der Inkompetenz gesucht wird, weder an das Berufungsfatale, noch an die Berufungssumme gebunden ist. Diese letztere Folge dürften auch diejenigen zugeben geneigt seyn, welche über die Richtigkeit des Principis Zweifel hegen. Denn wer wird wohl behaupten mögen, daß bei einem Klagobjekte unter 50 fl. kein Rechts-

mittel gegeben sey, wenn der Unterrichter sich für inkompetent erklärt hat? — Und gleichwohl müssen diejenigen, welche die Aussprüche der Inkompetenz für Urtheile, wogegen Berufung zulässig, und der Rechtskraft fähig halten, auch die Vertheidigung dieser Folgerung übernehmen, oder eingestehen, gegen das *argumentum ad hominem* das Feld nicht behaupten zu können.

4.

Was bisher nach der Natur der Sache und aus dem Standpunkte des gemeinen Rechts angeführt wurde, gilt jedoch in Bayern in dem Falle nicht, wenn dem Ausspruche eine Streitverhandlung unter den Partheien über den Kompetenzpunkt vorhergegangen war. Für diesen Fall kann nach dem Normativreskripte vom 22. Juni 1815. (Morig Nov. III. S. 78) nicht bezweifelt werden, daß der Ausspruch der Inkompetenz als Urtheil zu erlassen, zur Ergreifung des Rechtsmittels der Berufung geeignet, und der Rechtskraft fähig sey. — Aber eben weil diese Vorschrift *contra rationem juris* verstößt, muß ihre Anwendung auf den Umfang des Buchstaben beschränkt, und darf insbesondere nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn die Klage wegen Inkompetenz von der Gerichtschwelle zurückgewiesen wurde. — Auch für Fälle der letzterwähnten Art ist indessen der Verfasser dieses Aufsatzes nicht gemeint, den vaterländischen Rechtsanwälten die Versäumung der Berufungsfrist, resp. die Unterlassung der Berufung als eine ganz unverfängliche Sache darzustellen. Ihm ist zwar bekannt, daß die hier entwickelte Ansicht die Praxis der obersten

Gerichtshöfe zu Cassel,⁴⁾ Celle⁵⁾ und Parchim⁶⁾ für sich habe; aber nicht minder ist ihm bekannt, daß der oberste Gerichtshof zu München mitunter andere Grundsätze befolge. Ein Kläger war von dem Gerichte erster Instanz, weil keine Justizsache vorhanden sey, ohne Einleitung eines Verfahrens zurückgewiesen worden. Ohne sich hiergegen bei dem Obergerichte zu beschweren, versuchte der Zurückgewiesene sofort den Administrativweg, und verfolgte diesen bis zum Ministerium und zum Staatsrath — ohne günstiges Resultat, indem der Ausspruch ergieng, es handle sich nicht von einer zur Kompetenz dieser Behörden gehörigen Sache. Bezugnehmend auf diese Aussprüche der Verwaltungsbehörden wandte er sich nun zum zweitenmale an den Richter. Hier kam die Frage zur Erörterung, ob ihm Rechtskraft des ersten unterrichterlichen Beschlusses, gegen welchen er kein Rechtsmittel ergriffen hatte, entgegenstehe? — Diese Frage war von dem Gerichte II. Instanz verneint worden;⁷⁾ in dem oberstrichterlichen Erkenntnisse⁸⁾

⁴⁾ Vgl. Münscher a. a. D.

⁵⁾ Vgl. Spangenberg das D.A.G. zu Celle. S. 262 ff.

⁶⁾ Rettelbladt Rechtsprüche Bd. I. S. 134.

⁷⁾ Zu den Entscheidungsgründen kam vor: „der Ausspruch der Inkompetenz kann niemals in der Art rechtskräftig werden, daß in Folge dessen der Parthei jeder Weg, eine materielle Prüfung und Entscheidung ihrer Sache zu erwirken, versperrt würde; es ist vielmehr der an andere Behörden verwiesenen Parthei, wenn sich diese gleichfalls für incompetent erklären, auch abgesehen von der Einleitung eines Kompetenzkonfliktes unbenommen, ihre Sache bei dem Richter, den sie zuerst angegangen hatte, unter Bezugnahme auf die Zurückweisung von Seite der andern Behörden, nochmals anzubringen, ohne daß ihr hierbei Rechtskraft im Wege stünde.“

⁸⁾ D.A.G. vom 7. Aug. 1837. A. 51935. (A.O.M. A. 86377). Vgl. Bd. II. der Bl. f. R.A. S. 293—5.

wurde sie aber bejaht, und zwar auf dem Grunde des §. 19. Nr. 1. der Novelle vom 22. Juli 1819, nach welchem alle

„Bescheide, wodurch der Kläger mit der Klage, ohne weitere Einleitung des Verfahrens ganz oder bedingt abgewiesen wird“

für appellabel und demgemäß der Rechtskraft fähig erklärt seyen. — Ob nun aber der Ausspruch der Inkompetenz, welcher die Eigenschaft eines Urtheils, einer Entscheidung, über Rechte der Parteien nicht an sich trägt, welcher von der Begründung der Klage ganz absieht, und nur eine Erklärung über die Befugnisse des Richters enthält, — in welchem ferner die mit ausgesprochene Abweisung der Klage (von diesem Gerichte) nur ein unwesentlicher Beisatz, der auch wegbleiben könnte, nur die Erklärung einer faktischen Folge der Inkompetenz des Richters, nicht aber das Ergebniß einer Entscheidung über das Recht des Klägers ist; — ob auch der hiernach von allen sonstigen Klagabweisungen so wesentlich verschiedene Ausspruch der Inkompetenz unter den in der gedachten Gesetzstelle erwähnten Bescheiden begriffen werden könne? — das möge, um Wiederholungen zu vermeiden, der Beurtheilung des geneigten Lesers überlassen werden. — Durch das neueste Proceßgesetz §. 52 ist freilich die Kontroverse abgeschnitten.

G n o m e.

Warum erscheint so schwach oft des Gesetzes Kraft?
Nur der Verstand gehorcht ihm, nicht die Leidenschaft.

Blätter
für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 12. Samstag, den 9. Juni 1838.

Ueber die Wirksamkeit außergerichtlicher schriftlicher Verträge über Immobilien.

(Nach dem preussischen Landrecht.)

Das preussische Landrecht enthält im Th. I. Tit. V., woselbst von Verträgen gehandelt wird, folgende Bestimmungen:

- §. 116. „Verträge, welche vermöge des Gesetzes oder einer Abrede der Partheien, schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift.“
- §. 120. „Eine von beiden Theilen unterschriebene Punctuation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedingungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contract von gleicher Gültigkeit.“
- §. 121. „Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden.

Im Titel X. des ersten Theils, woselbst von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums, in:

sonderheit an Grundstücken, gehandelt wird, befinden sich folgende Bestimmungen:

§. 15. „Alle Willenserklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, müssen gerichtlich, oder vor einem Justizkommissär aufgenommen werden.“

§. 16. „Auf den Grund eines bloßen Privat-, wenn auch schriftlichen Vertrags, findet die Eintragung des Besitztittels in das Hypothekenbuch nicht statt.“

§. 17. „Doch hat ein solcher Vertrag die Wirkung einer Puntation, und es kann also daraus auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden. (Tit. V. §. 120. sqq.)“

Bezüglich dieser Gesetzstellen der Tit. V. u. X. fragt es sich:

ob auf den Grund eines schriftlichen außergerichtlichen Vertrags, oder einer demselben gleichstehenden Puntation, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks verfügt wurde, sofort auf Erfüllung des Vertrags, oder vorerst nur auf gerichtliche Verlautbarung desselben geklagt werden könne?

Hierüber ist schon öfters verschiedenartig erkannt worden und deshalb hat die Erörterung dieser Frage praktisches Interesse.

Für die Meinung, daß zunächst bloß auf gerichtliche Verlautbarung des Vertrags geklagt werden könne, sollen folgende Gründe sprechen:

Die im Landr. I. 5 §. 120 und 121 enthaltenen allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen seyen

in Ansehung der Verträge über Immobilien durch die im Titel X. §§. 15—17 enthaltenen speciellen Bestimmungen modificirt, so daß letztere zu jenen in dem Verhältnisse der Ausnahme zur Regel ständen. Jene bezögen sich auf den Fall, wo außer dem schriftlichen Aufsatze zur Gültigkeit des Vertrags nichts weiter erfordert werde, und hier vertrete die Punction so ganz die Stelle eines über den Vertrag errichteten Instrumentes, daß nicht erst auf Errichtung eines solchen, sondern sofort aus der Punction selbst auf Erfüllung geklagt werden könne. — Anders verhalte es sich bei Verträgen über Immobilien; denn zu deren vollen Wirksamkeit werde die Beobachtung der im Landr. I. 10. §. 15 speciell vorgeschriebenen Form erfordert. Werde ein solcher Vertrag zwar schriftlich aber außergerichtlich geschlossen, so habe er zwar die Wirkung einer Punction, aber diese bestehe bloß darin, daß daraus auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instrumentes geklagt werden könne. Von der Klage auf Vertrags-Erfüllung könne erst dann die Sprache seyn, wenn ein in rechtsgiltiger Form errichteter Vertrag vorliege. Die Klage auf gerichtliche Vertrags-Verläutbarung müsse daher der Klage auf Vertrags-Erfüllung den Weg bahnen, und sey für letztere vorbereitend und präjudiciell.

Diese Ansicht hat zwar einige ober- und obersterichterliche Entscheidungen für sich; allein es dürfte dessenungeachtet die andere Meinung, nach welcher auf den Grund einer Punction oder eines schriftlichen außergerichtlichen Vertrags, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks ver-

fügt wurde, sofort auf vollständige Vertragserfüllung,¹⁾ geklagt werden kann, für die richtige zu halten seyn.

Werden die oben vorgekommenen Gesetzstellen des Titels X. in ihrem Zusammenhange unter sich und in ihrer Verbindung mit den vorausgehenden Paragraphen dieses Titels betrachtet und aufgefaßt, so zeigt sich, daß sie nicht nur keine Modifikation desjenigen, was im Titel V. §. 120 und 121 bestimmt ist, enthalten oder bezwecken, sondern vielmehr damit im Einklange stehen.

Nachdem im Titel X. §. 1 — 5 von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums überhaupt gehandelt worden ist, wird im §. 6. verordnet:

„Wer jedoch über ein Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen will, der muß sein darauf erlangtes Eigenthum dem Richter der Sache nachweisen und dasselbe in dem Hypothekenbuche vermerken lassen“

Der Grund dieser Vorschrift ist im §. 12. ausgesprochen und besteht darin, um die Ungewißheit des Eigenthums der Grundstücke, und die daraus entstehenden Prozesse zu verhüten. Wenn nun hiernächst weiter bestimmt ist, daß alle Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, gerichtlich, oder vor einem Justizcommissär aufgenommen werden müssen; (§. 15.) indem auf den Grund eines bloßen Privat-, wenn auch schriftlichen Vertrags, die Eintragung des Besitztittels in das H. B. nicht

¹⁾ d. i. auf Verantbarung und wirkliche Erfüllung des Vertrags zugleich.

stattfindet; (§. 16.) so geht hieraus unverkennbar hervor, daß diese Bestimmungen lediglich und ausschließlich auf die Eintragung des Besitztittels im H. B. Bezug haben, und nichts weiter aussprechen, als daß der zum Zweck dieser Eintragung erforderliche Nachweis des auf das betreffende Grundstück erlangten Eigenthums nur durch einen gerichtlich oder vor einem Justizkommissär aufgenommenen Vertrag, und nicht durch einen bloßen Privat-, wenn auch schriftlichen Vertrag, hergestellt werden könne.

Dem schriftlichen Privatvertrag ist also nur in so weit die Wirksamkeit entzogen, daß auf den Grund desselben die Eintragung des Besitztittels in das H. B. nicht stattfindet. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, daß ein solcher Vertrag, bevor er nicht gerichtlich verlautbart ist, ein Klagrecht auf Vertragserfüllung nicht begründe. Diese Folgerung ist in dem Gesetze nicht enthalten und wird schon dadurch ausgeschlossen, daß der §. 17. unter specieller Hinweisung auf Titel V. §. 120. *sqq.* ausdrücklich bestimmt:

„doch hat ein solcher Vertrag die Wirkung einer Puktion, und es kann also darauf auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instrumentes geklagt werden.“

Gerade aus der Hinweisung auf die Gesetze des Titels V, welche bestimmen, daß auf den Grund einer den Voraussetzungen des §. 120 *ib.* entsprechenden Puktion auf Erfüllung derselben geklagt werden kann, geht unzweideutig hervor, daß dieselbe Wirkung auch dem über ein Grundstück schriftlich abgeschlossenen Privatvertrage

beigelegt werden wollte und für diese Auslegung sprechen vorzüglich die im Nachsaze des §. 17. Tit. X. enthaltenen Worte:

„es kann also daraus auch auf die Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden.“

Das Wort „auch“ bezeichnet unzweifelhaft einen größern Umfang des Klagerrechts; denn hätte der Gesetzgeber dasselbe bloß auf die gerichtliche Verlautbarung beschränken wollen, so würde er statt des gebrauchten Wortes „auch“ die Worte „nur allein“ gesetzt haben, um seine beßfällige Absicht deutlich und bestimmt auszudrücken. Nach den sich vereinigenden Bestimmungen des Tit. V. §. 121 und X. 17. erzeugt vielmehr der außergerichtlich schriftlich abgeschlossene Vertrag über ein Grundstück, da er unter den Contrahenten schon durch die schriftliche Abfassung und beiderseitige Unterschrift Giltigkeit erlangt,²⁾ die Verbindlichkeiten, den Vertrag überhaupt zu erfüllen, und ihn auch — behufs der Eintragung des Besitztitels für den neuen Erwerber in das H. B., wodurch derselbe in den Stand gesetzt wird, über dieses Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen zu können — gerichtlich verlautbaren zu lassen. Diese beiden Verbindlichkeiten entspringen gleichzeitig aus einer und derselben Quelle, — nämlich aus dem schriftlichen außergerichtlichen Vertrage — und sie können daher auch gleichzeitig eingeklagt werden.

²⁾ Randr. I. 5. §. 116. 120. Bornemann system. Darstellung des preuß. Civilrechts. Bd. II. §. 179, S. 517. Nr. 2.

Auch in dem Titel des Landr. von Kaufs- und Verkaufsgeschäften (I. 11.) — dessen Inhalt um so mehr zu berücksichtigen ist, weil Kauf der gewöhnlichste Titel zur Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken zu seyn pflegt, — finden sich keine der bisher entwickelten Ansicht entgegenstehende, wohl aber mehrere dieselbe unterstützende Bestimmungen. Wenn es daselbst im §. 75 heißt:

„Von der Form der Kaufverträge gilt alles das, was von der Form der Verträge überhaupt, und derjenigen, welche über das Eigenthum unbeweglicher Sachen geschlossen worden, insonderheit, oben verordnet ist. (Tit. V. §. 109 sqq. Tit. X. §. 15, 16, 17)“

so ist hierin keine selbstständige Bestimmung, sondern nichts weiter als eine Hinweisung auf das enthalten, was in den in Bezug genommenen Gesetzstellen des Titels V. und X. verordnet ist, aus welchen sich das Resultat der bisherigen Erörterung dahin ergibt, daß

- a) aus dem schriftlichen Privatvertrage auf Erfüllung und auch auf Verlautbarung des Vertrags geklagt werden kann;
- b) daß die gerichtliche Vertragsverlautbarung nur dazu erforderlich ist, damit der neue Erwerber des Grundstücks den Besitztitel für sich in das H. B. eintragen lassen kann und dadurch in den Stand gesetzt wird, über das Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen zu können.

In den übrigen Bestimmungen des elften Titels ist weder bezüglich der Verbindlichkeit zu Erfüllung des Kaufvertrags, noch in Ansehung des

Eintritts der sonstigen rechtlichen Folgen desselben, die gerichtliche Verlautbarung, wenn das Kaufsobjekt ein Grundstück ist, zu einer Vorbedingung gemacht. — Es verordnet vielmehr der §. 76. ganz allgemein und ohne Einschränkung:

„Ein gültig abgeschlossener Kauf zieht die Wirkung nach sich, daß der Verkäufer zur Uebergabe der Sache, der Käufer aber zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet wird.“

Ein schriftlicher Vertrag erlangt aber schon durch die Verabfassung und Unterschrift der beiden Contrahenten Gültigkeit, folglich muß auch ein solcher Vertrag bei Immobilien die im alleg. §. 76. bemerkte Wirkung nach sich ziehen. Es kann daher der Käufer, wenn keine Zeit zur Uebergabe bestimmt ist, dieselbe, gegen Erfüllung der seiner Seite übernommenen Verbindlichkeiten, sofort verlangen. (§. 92.) Ferner ist im §. 117. bestimmt, daß bei Käufen in Pausch und Bogen der Käufer, gleich nach unterzeichnetem Contrakte, nebst allen Nutzungen und Rechten, zugleich diejenigen Gefahren und Lasten, die ihn sonst erst nach der Uebergabe würden getroffen haben, zu übernehmen habe. Nicht minder ist der Käufer, wenn der Verkäufer bereit ist, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, schuldig, sie sofort zu übernehmen und gegen Empfang der Sache das Kaufgeld sofort zu erlegen; wenn nicht ein Anderes im Vertrage verabredet worden ist. (§. 215. 221.)

Besonders berücksichtigungswerth sind noch folgende Gesetzstellen des eilften Titels:

§. 124. „Der Verkäufer muß die Uebergabe

so leisten, daß der Käufer dadurch in den Stand gesetzt werde, über die gekaufte Sache nach dem Inhalte des Contrakts zu verfügen.“

§. 125. „Bei Grundstücken ist zwar die gerichtliche Zuschreibung im H. B. für sich allein zur Uebergabe noch nicht hinreichend.“

§. 126. „Es gehört aber mit zu den Pflichten des Verkäufers, daß er alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung an den Käufer zu bewirken.“

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß die Bewirkung der gerichtlichen Zuschreibung des Grundstücks an den Käufer, welche durch die Vertrags-Verlautbarung zu geschehen hat, selbst nichts weiter als ein Theil der vertragmäßigen Verpflichtungen des Verkäufers ist. Zur vollständigen Vertragserfüllung auf Seite des Verkäufers gehört demnach Uebergabe und Bewirkung der gerichtlichen Zuschreibung an den Käufer, damit dieser dadurch in den Stand gesetzt werde, seine Eigenthumsrechte über die Sache vollständig auszuüben. Wie kann also dem Käufer zugemuthet werden, daß er nur einen Theil der Verpflichtungen des Verkäufers zum Gegenstande seiner Klage aus dem Vertrage mache und zuerst auf gerichtliche Verlautbarung klage; und wenn dieser Zweck erreicht ist, nun mit einer weitem Klage aus demselben Vertrage die Uebergabe des erkauften Grundstücks verlange, somit zwei Prozesse führe, während er doch berechtigt ist, mit einer und derselben Contraktsklage, sofern er seinerseits

den Vertrag erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist, die vollständige Vertragserfüllung von Seite des Verkäufers, d. i. Uebergabe des Grundstücks und gerichtliche Zuschreibung desselben an ihn, zu fordern?

Der Verkäufer kann zwar, so lange er die gerichtliche Zuschreibung des Grundstücks verzögert, gegen den Käufer auf Vertragserfüllung nicht klagen; allein der Grund hievon beruht hier nicht etwa darauf, weil dem Vertrag vor der gerichtlichen Verlautbarung keine Giltigkeit und Wirksamkeit beigelegt werden könnte, — was keineswegs der Fall ist — sondern lediglich darauf, weil der Verkäufer, in so lange er die gerichtliche Zuschreibung verzögert, den Vertrag seiner Seite noch nicht vollständig erfüllt hat und daher auch vom Käufer nicht eher die Vertragserfüllung verlangen kann.³⁾

Wäre aber der Verkäufer zur vollständigen Vertragserfüllung, also zur Uebergabe und Zuschreibungs-Bewirkung, bereit und der Käufer hindert seiner Seite die Vertragsvollziehung, so kann dem Verkäufer das Recht nicht abgesprochen werden, aus dem schriftlichen Vertrage gegen den Käufer auf Erfüllung des Vertrags zu klagen und zu verlangen, daß er das erkaufte Grundstück übernehme, sich dasselbe gerichtlich zuschreiben lasse und den Kauffchilling bezahle.

Ein weiteres Argument dafür, daß die Klage auf Erfüllung eines Immobilien-Vertrags durch die vorgängige gerichtliche Vertrags-Aufnahme nicht bedingt seyn kann, liegt auch darin, daß selbst der

3) M.C. v. 18. Sept. 1821. S. 773 $\frac{1}{2}$.

Uebergang des Eigenthums einer unbeweglichen Sache an eine andere Person durch jene Form nicht bedingt ist. Zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums⁴⁾ einer Sache wird, nach Th. I. Tit. 10. §. 1. des Landrechts, außer dem dazu gehörigen Titel,⁵⁾ nur die wirkliche Uebergabe derselben erfordert. Der den Erwerbtitel begründende Vertrag, durch welchen über das Eigenthum von Immobilien verfügt wird, muß jedoch schriftlich errichtet worden seyn, wenn die hinzukommende Tradition den Uebergang und die Erwerbung des Eigenthums bewirken soll; denn mündliche Verträge haben diese Wirkung bei Immobilien nicht, vielmehr befindet sich derjenige, welchem eine unbewegliche Sache auf den Grund eines bloß mündlichen Vertrags übergeben wurde, nur im precären Besiz der Sache und muß sie, gegen Zurückempfang des dafür gezahlten Kaufgeldes, auf des Einräumenden jedesmaliges Erfordern zu allen Zeiten herausgeben.⁶⁾ Daß das Eigenthum eines Grundstücks schon durch die in Folge eines schriftlichen außergerichtlichen Vertrags geschehene Uebergabe erworben wird, geht insonderheit auch aus Th. I. Tit. II. §. 1066 und 1067. des Landr. hervor, woselbst ausgesprochen wird:

„Ist eine unbewegliche Sache auf den Grund

⁴⁾ Vgl. Landr. I. 9. §. 6.

⁵⁾ Vgl. §. 2. ebendasselbst.

⁶⁾ Landr. I. 21. §. 233. in Verbind. mit 232. Eisenberg und Stengels Beiträge. Bd. V. S. 153. — Ueber den Grund, warum Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks verfügt wird, schriftlich errichtet werden müssen, s. Bornemann a. a. D. §. 173. S. 460. §. 178. S. 507. Nr. 3.

eines schriftlichen, wenn gleich außergerichtlichen Schenkungsvertrags, dem Beschenkten übergeben worden, so kann der Geschenkgeber dieselbe wegen Ermangelung eines gerichtlichen Vertrags nicht zurückfordern.“

„Vielmehr hat in diesem Falle der schriftliche außergerichtliche Vertrag die Kraft einer Puntation.“

Der Mangel der gerichtlichen Verlautbarung des Immobilial-Vertrags steht daher der schon durch die Tradition bewirkt werdenden Eigenthumserwerbung⁷⁾ an und für sich nicht entgegen, sondern hindert bloß, so lange er nicht beseitigt ist, die Eintragung des Besitztittels in das H. B. für den neuen Erwerber des Grundstücks, und dessen Befugniß, über dasselbe vor Gericht weiter zu verfügen.

Daß die Gültigkeit eines Vertrags über Immobilien und der Uebergang des Eigenthums derselben an eine andere Person — um so mehr also auch das Recht, auf Vertrags-Erfüllung zu klagen — durch die gerichtliche Aufnahme des Vertrags nicht bedingt sey, ergibt sich endlich auch noch daraus, daß nach den Bestimmungen des Landrechts⁸⁾ nur bei Blinden und Taubstummen in allen Fällen, dann bei Personen, die des Lesens und Schreibens unkundig, oder durch einen Zufall am Schreiben verhindert sind, in denjenigen Fällen, wo es eines schriftlichen Contrakts bedarf, zur Gültigkeit der Verträge die gerichtliche Aufnahme nothwendig erfordert wird; wo

⁷⁾ Bornemann a. a. D. §. 145. C. 227. Nr. 4.

⁸⁾ Ib. I. Tit. 5. §. 171. 172.

gegen bei andern Personen bezüglich derjenigen Verträge, zu deren Gültigkeit der bloß mündliche Abschluß nicht genügt, nur die schriftliche — nicht aber die gerichtliche — Errichtung vorgeschrieben ist.⁹⁾

Für die bisher ausgeführte Ansicht, daß aus einem schriftlichen Privatvertrage über Immobilien auf vollständige Vertrags-Erfüllung und nicht bloß auf gerichtliche Vertrags-Verlautbarung geklagt werden könne, haben sich auch die meisten ober- und oberstrichterlichen Entscheidungen, welche dem Verfasser dieses Aufsatze über den vorliegenden Gegenstand zur Einsicht vorlagen, ausgesprochen.¹⁰⁾

Zum Schlusse ist noch zu erwähnen, daß die Vorschriften der bayer. provisor. Taxordnung in Beziehung auf Verhandlungen der nicht contentiosen Gerichtsbarkeit v. 8. Okt. 1810. §. 17.¹¹⁾ wonach:

„über alle Verhandlungen um liegende Güter, oder dingliche Rechte die Instrumente (briefliche Urkunden), zum eignen Besten der

⁹⁾ §. 131. sqq. a. a. D.

¹⁰⁾ HGE. v. 5. Febr. 1819. R. 123 $\frac{1}{2}$ §. — DGHGE. vom 28. Okt. 1820. HGHft. N. 934 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 26. Okt. 1821. I. 897 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 8. März 1822. S. 169 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 13. Febr. 1824, beslät. durch DGHGE. v. 4. Jan. 1825. I. 897 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 13. Sept. 1826. S. 436 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 6. Juni 1828, beslät. durch DGHGE. v. 4. April 1829. HGHft. S. 257 $\frac{1}{2}$ §. — DGHGE. v. 30. Juli 1830. N. 1066 $\frac{1}{2}$ §. HGHft. N. 738 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 22. Nov. 1831. S. 988 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 6. Dec. 1831. A. 252 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 28. Juli 1832. II. 309 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. vom 30. März 1833. L. 1118 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 6. Febr. 1836. F. 738 $\frac{1}{2}$ §.

¹¹⁾ Reg. Bl. 1810. S. 974.

Unterthanen, und wegen anderwärtigen Staatszwecken obrigkeitlich errichtet werden müssen, ohne Unterschied, ob das Gesetz die Errichtung dieser Instrumente fordere, oder nach selbem die Skriptur hiebei nothwendig sey, oder nicht.“

ferner die Verordnung vom 9. Mai 1813,¹²⁾ wodurch vorstehende Bestimmung für den Bezirk der Stadt Regensburg mit dem beigefügten Verbote der außergerichtlichen Aufnahme und Errichtung von Verträgen über liegende Gründe und dingliche Rechte durch Rechtsanwälte, erneuert wurde, den Bestimmungen des preussischen Landr. nur in so weit derogiren, als nach diesen (Th. I. Tit. 10. §. 15.) auch von Justizkommissarien Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks verfügt wird, mit öffentlicher Auktorität aufgenommen werden konnten, dieses aber jetzt von den k. bayer. Advokaten nicht mehr geschehen kann. Dagegen stehen die allegirten bayer. Gesetze der Giltigkeit und Klagbarkeit außergerichtlich schriftlich errichteter Verträge über Immobilien keineswegs entgegen, indem darin mit keiner Sylbe ausgesprochen ist, daß dergleichen Verträge vor der gerichtlichen Errichtung unwirksam seyn sollen. Die durch die bestehenden Gesetze begründete Verbindlichkeit der Contrahenten, einen mit gemeinschaftlicher Einwilligung und Unterschrift abgeschlossenen Vertrag über liegende Gründe zu halten und zu erfüllen, wird daher durch diese bayer. Verordnungen nicht aufgehoben,

¹²⁾ Reg. Bl. 1813. S. 609.

sondern es wird den Contrahenten nur noch die weitere Verbindlichkeit auferlegt, den abgeschlossenen, an sich giltigen Vertrag, auch noch gerichtlich verbrieften zu lassen, eine Verbindlichkeit, welche schon durch die preussischen Gesetze ausgesprochen ist. ¹³⁾

Glück.

Zur Lehre vom Nachweise der Frist-Beobachtung.

In einem gegebenen Falle war die Erklärung auf eine Beweisantretung — laut der Präsentationsbemerkung — am ersten Tage nach Ablauf der vorgestetzten Frist eingelaufen, wohingegen sich in dem Exhibitionsbuche des Anwalts, welcher die Erklärung gemacht hatte, eine Bescheinigung von der Hand des Gerichtsdieners fand, Inhalts deren die Einreichung bereits am Tage vorher, also am letzten Tage der Frist geschehen war. — Der Gegner stellte den Antrag, die Frist für versäumt zu erklären, weil es lediglich auf das Datum der Präsentationsbemerkung ankomme. Diesem Antrage wurde jedoch nicht stattgegeben, ¹⁾ aus folgenden Gründen:

¹³⁾ HGE. v. 5. Febr. 1819. R. 123 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 3. März 1820, bestät. durch DHGE. v. 14. Nov. 1820. HGAst. H. 936 $\frac{1}{2}$ §. — HGE. v. 29. April 1823, bestät. durch DHGE. v. 9. Jan. 1824. HGAst. S. 472 $\frac{3}{4}$ §. — HGE. v. 16. Jan. 1827. L. 641 $\frac{2}{3}$ §. — HGE. v. 30. Juni 1827, bestät. durch DHGE. v. 12. Jan. 1829. HGAst. N. 335 $\frac{3}{4}$ §. — HGE. v. 17. Juni 1828. S. 673 $\frac{2}{3}$ §. — DHGE. v. 28. März 1829. (1847 $\frac{2}{3}$ §. HGAst. P. 169 $\frac{3}{4}$ §.

¹⁾ S. HGAst. H. 550 $\frac{3}{4}$ §.

1) Die Statthaftigkeit der Empfangnahme der Eingaben durch den Gerichtsdiener unterliegt nach bestehender Uebung keinem Bedenken.

2) Die Einzeichnung in dem Exhibitionsbuche des Anwalts ist, als Certificat eines obrigkeitlichen Dieners über eine in das Dienstverhältniß einschlagende Thatsache, zum Zwecke der Bescheinigung hinreichend.

3) Es ist unzulässig, in dem Gebiete der processualischen Versäumnisse die allgemeinen Beweisregeln in ihrer ganzen Strenge durchzuführen. Vielmehr darf im Zweifel die Materie der Form nicht geopfert werden, und es sind daher die processualischen Fristen im Zweifel als nicht versäumt anzusehen. Bei den Nachtheilen, mit welchen die Gesetze die Nichteinhaltung vorgestellter Fristen und überhaupt den processualischen Ungehorsam bedrohen, ist immer ein Verschulden desjenigen, den sie treffen sollen, resp. seines Anwalts vorausgesetzt. Liegen die äußern faktischen Merkmale des begangenen Verschuldens nicht mit Gewißheit vor, ist es auch nur zweifelhaft gemacht, ob die fragliche Schrift nicht schon vor Ablauf der Frist eingegeben worden, so können die für den Fall der Versäumniß gedrohten Nachtheile nicht Platz greifen.²⁾

²⁾ Wönnner im Handbuch ed. II. Bd. I. Abh. IX. §§. 7, 8; Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II. S. 56 ff.; Gesserding in demselben Archiv Bd. XIV. S. 457 — 60; Linder ebendasselbst Bd. XV. S. 96.

Erratum.

In Nr. 8. S. 117. Zeile 19. lies „Impetrat“ statt „Impetrant.“

Blätter
für
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 13. - Samstag, den 23. Juni 1838.

Zur Lehre von der Paulianischen Klage.

§. 19. 5. Die Rechtsmittel, welche verkräfteten^{19.} Gläubigern zustehen, um Veräußerungen, Hypothekbestellungen und Partikularzahlungen anzufechten, die vor Eröffnung des Concurseß, resp. vor dem richterlichen Veräußerungs- und Zahlungßverbote zu ihrem Nachtheile vorgenommen wurden, sind zunächst für den Fall berechnet, daß der Concurß über das Vermögen des Gemeinschuldners durchgeführt, und auf diesem Wege — bonis possessis et distractis — die Insuffizienz zur Befriedigung der fraglichen Gläubiger ermittelt wurde. — Dem Zustande der Erschöpfung des Aktivvermögens im Wege des Concurßverfahrens ist es aber offenbar völlig gleichgültig, wenn ein Concurß, d. h. ein Verfahren, welches die Vertheilung des Aktivvermögens unter die Gläubiger nach Vorschrift der Prioritätsordnung — bezweckt, deswegen nicht eröffnet werden konnte, weil gar kein Aktivver-

mögen mehr vorhanden ist, weil sich etwa Alles, was der Gemeinschuldner besitzt, als fremdes Eigenthum ergibt, und demzufolge auch die Exekution, welche jetzt zur Befriedigung eines Gläubigers vollstreckt werden sollte, keinen Erfolg hatte. Ist in Ermangelung eines Aktivvermögens das Concursverfahren ausgeschlossen, so sind die unbefriedigten Gläubiger ganz in derselben Lage, als seien sie in dem durchgeführten Concurse leer ausgegangen; sie können daher auch in jenem wie in diesem Falle die Rechtsmittel gebrauchen, welche den durch gefährdevolle Veräußerungen, Hypothekbestellungen und Partikularzahlungen benachtheiligten Gläubigern gegeben sind. Die Voraussetzung der fraglichen Rechtsmittel ist die erfolglose Exkussion, nicht gerade die im Concursverfahren bewirkte Exkussion.

Die Richtigkeit dieser Ansicht augenfällig zu machen, diene folgender Fall. Der sich seiner Insolvenz bewußte Gemeinschuldner wird von einem seiner Gläubiger sehr gedrängt; er überläßt aber alle seine Habe an Zahlungsstatt seinen andern Gläubigern, welche bei der Annahme dieser Befriedigung von der Forderung des ersterwähnten und von seiner Wachsamkeit Kenntniß haben; alle übrigen Gläubiger sind nun befriedigt; aber das Vermögen des Schuldners ist völlig erschöpft, und als auf Anrufen jenes einzigen Unbefriedigten die Exekution verhängt werden soll, finden sich keine Objekte mehr.¹⁾ — Von Eröffnung und Durch-

¹⁾ Ob gar keine Objekte mehr vorhanden sind, oder ob die vorhandenen zur Befriedigung nicht hinreichen, macht na-

führung des Concursverfahrens kann hier schon deswegen keine Rede seyn, weil nur noch ein Gläubiger seine Befriedigung zu suchen hat; und wie, — dieser eine Gläubiger, zu dessen Verkürzung seine frühern Mitgläubiger mit dem Schuldner auf das grösste kolludirt haben, sollte sich nun bloß deswegen, weil in Folge jener Kollusion kein Concursverfahren möglich, der actio Pauliana nicht bedienen können? — Den Urhebern unserer Quellen ist eine so ungereimte Beschränkung nicht in den Sinn gekommen; allerdings sprechen sie davon, daß der Anstellung dieser Klage die *honorum possessio* und *distractio* vorhergegangen seyn müsse, das heißt aber nichts weiter, als es muß die Exkussion erfolglos vorhergegangen seyn,²⁾ indem eben so gut ein einziger Gläubiger als eine Gemeinschaft kollidirender Gläubiger die *possessio* (Immission) und *distractio honorum* erwirken kann; sie sprechen ferner von dieser Voraussetzung nur in dem Sinne: es müsse zweifellos vorliegen, daß die *alienatio in fraudem creditorum* Erfolg gehabt habe, daß nunmehr keine Mittel mehr vorhanden seyen, die verkürzten Gläubiger zu befriedigen.³⁾ — Diese

türlich keinen Unterschied; denn ist das vorhandne zur Berichtigung eines Theils verwendet, so ist für den Rest der Forderung nichts mehr vorhanden.

2) Lauterbach colleg. theor. pract. lib. XLII., Tit. VIII. §. 11: „Nec sufficit animus vel consilium, sed insuper requiritur, ut eventum fraus habeat; i. e. ut in excussione bonorum debitor non solvendo esse reperiatur.“

3) Lauterbach l. c.: „Quoniam autem, an bona debitoris reliqua aeri exsolvendo sufficiant, ante

Gewißheit ist aber nicht minder vorhanden, wenn es zur *possessio* und *distractio* deswegen nicht kommen konnte, weil sich keine Objekte der *possessio* und *distractio* d. h. der Hilfspollstreckung vorfinden.

Daß unsere Gerichtsordnung von der *actio Pauliana* im Kapitel von dem Concursverfahren spricht, erklärt sich daraus, weil der Gebrauch dieser Klage meistentheils nach beendigtem Concursverfahren stattfindet; übrigens läßt sich aus diesem zufälligen Umstande die in Frage befindliche Beschränkung eben so wenig rechtfertigen, als daraus, daß die Hilfsmittel erbarmungswürdiger Schuldner im Kapitel von der Exekution vorkommen, geschlossen werden kann, im Concursverfahren könne von diesen⁴⁾ kein Gebrauch gemacht werden.

2.

Daß Rechtsmittel, welches im Wege der Klage gebraucht *actio Pauliana* heißt, kann auch auf dem

illorum excussionem sciri nequit, sequitur, nec ante illam illi actioni locum esse.“

⁴⁾ Bgl. AGC. vom 27. März 1838. (K. 261³⁷). S. auch die AGC. Erkenntnisse vom 11. April 1834. W. 575³³, und 17. Aug. 1836. G. 535³⁵. — Uebereinstimmend mit der hier ausgeführten Ansicht äußert E. S. Carl *Sä n l e i n* in der gediegenen Inauguralabhandlung „de actionis Paulianae natura, requisitis et usu forensi (Erlang. 1785.) pag. 42. not. b.: „Quamvis autem actio Pauliana plerumque moto demum concursu moveatur, ex hoc tamen non sequitur, ut illa necessario concursum praesupponat. Fundata enim fuit jam ante motum concursum, et per accidens solummodo interdum fit, ut prius institui nequeat.“

Wege der Einrede vorkommen; z. B. ein Gläubiger hat in der Exekutionsinstanz die Beschlagnahme der in der Wohnung des Schuldners befindlichen Mobilien erwirkt; nun vindicirt ein Dritter diese Mobilien durch Anstellung einer Interventionklage; dieser Klage kann nun der Intervent, wenn die gesetzlichen Bedingungen vorhanden, die Einrede aus dem f. g. edictum fraudatorium entgegensetzen.⁵⁾

Ueber die Aufstellung von Officialanwälten in Armen-Parthei-Sachen.

Die Verbindlichkeit der Advokaten zur Uebernahme der Rechtsachen armer Partheien ist gesetzlich ausgesprochen.¹⁾ Da jedoch über die Grundsätze, nach welchen bei Aufstellung der Officialanwälte in Armen-Parthei-Sachen von den Gerichten zu verfahren ist, gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, so muß in deren Ermangelung die Natur der Sache zur Richtschnur dienen und hieraus lassen sich folgende Grundsätze ableiten:

1) Es liegt offenbar in der Natur der Sache, daß Armenanwaltschaften zunächst denjenigen Advokaten zu übertragen sind, welche am Orte des Gerichts, bei dem die Streitsache anhängig ist oder anhängig werden soll, angestellt sind; denn

⁵⁾ Vgl. das in Note 4. zuerst angef. Erkenntniß.

¹⁾ G.D. III. §. 8. Verordn. v. 23. März 1813. Nr. 2. (Rgbl. 1813. S. 428.)

der Zweck, warum einem jedem Rechtsanwalt ein bestimmter Wohnort angewiesen worden ist, besteht hauptsächlich darin, daß den im Gerichtsbezirke befindlichen Partheien die Rechtshilfe, deren sie bedürfen, möglichst erleichtert werde.²⁾ Die Aufstellung eines außer dem Gerichtssitze wohnenden Advokaten zum Armenanwalt ist aber nicht bloß für die arme Parthei, welche Rechtshilfe sucht, sondern auch für den Anwalt selbst schon an und für sich beschwerend, theils weil die Informationseinziehung und der sonstige Verkehr zwischen beiden viel mühsamer, zeitraubender und sogar mit Auslagen³⁾ verbunden ist, deren Bestreitung der unvermögenden Parthei hart fällt, oft unmöglich ist, und anderer Seits kann auch dem Anwalt nicht zugemuthet werden, Kosten auszugeben, wegen deren Ersatz er nicht gesichert ist.

2) Haben die am Sitze des betreffenden Gerichts angestellten Advokaten gegründete Ursachen zur Ablehnung der Armenanwaltschaft im gegebenen Falle, oder befindet sich im Gerichtsbezirke gar kein Advokat, so tritt allerdings die Nothwendigkeit ein, daß ein auswärtiger Advokat als Official-Anwalt bestellt werde.

Hierbei ist es jedoch aus den vorhin angeführten Gründen der Natur der Sache angemessen, daß dieser Anwalt aus der Reihe der bei den nächstgelegenen Gerichten befindlichen Advokaten aufgestellt werde.

3) Die Aufstellung eines auswärtigen Advokats

²⁾ Verordn. v. 27. Oct. 1812. (Regbl. S. 1853.)

³⁾ J. B. Reifeseiten.

faten zum Officialanwalt einer armen Parthei kann übrigens von dem Proceßgerichte nicht unmittelbar geschehen, sondern nur durch Requisition an das Gericht, bei welchem Advokaten angestellt sind, bewirkt werden.

Es haben zwar die bayerischen Advokaten im ganzen Königreiche bei allen Gerichten freie Praxis, ohne auf bestimmte Bezirke beschränkt zu seyn; ⁴⁾ — allein daraus folgt keineswegs, daß jedes Gericht nach seinem Ermessen irgend einen auswärtigen Advokaten in einer speciellen Rechtsache als Officialanwalt unmittelbar zu bestellen die Befugniß habe, weil auf diese Weise derselbe Anwalt von vielen Gerichten zugleich als Armenvertreter ernannt werden könnte, und daraus eine unverhältnißmäßige Ueberlastung einiger, und Erleichterung anderer Advokaten sich ergeben würde.

Da vielmehr jedem Advokaten sein Wohnsitz angewiesen, resp. derselbe bei einem bestimmten Gerichte angestellt, und nur dieses Gericht es ist, welches von dem Maße seiner Kräfte und von dem Umfange seiner Praxis genaue und vollständige Kenntniß hat, so bringt es die Ordnung mit sich, daß ein Gericht, welches in einer Rechtsache die Bestellung eines Armenvertreters für nothwendig erachtet, und in seinem Gerichtsbezirke einen Advokaten nicht hat (oder aus besonderen Ursachen einen der daselbst befindlichen Anwälte im betreffenden Falle zum Armenvertreter nicht aufstellen kann), wegen Berufung eines einem andern Gerichte angehörigen Rechtsanwaltes zu dieser Ver-

⁴⁾ B. v. 18. Febr. 1809 und 27. Oct. 1822. (Regbl. 1812. S. 1853.)

tretung mittelst Requisition an dieseß andere Gericht sich wende, und auf diesem Wege die Uebersetzung der Officialanwaltschaft an denjenigen der dortigen Anwälte bewirke, an welchem die Reihe zur Vertretung armer Partheien ist.

Nach vorstehenden Grundsätzen ist in mehreren Fällen gleichförmig erkannt worden.⁵⁾

Zur Lehre von der persona standi in judicio.

§ 3 m. §. 6. Die G.D. bestimmt a. a. D.

„Vor Gericht kann jeder sowohl active als passive stehen, der seiner selbst mächtig, und auch sonst keiner rechtmäßigen Ausstellung oder Bedenklichkeit dießfalls unterworfen ist.

Hier wird zwischen den Partheirollen des Klägers und Beklagten nicht unterschieden; was in Ansehung der persona standi in judicio für die eine Rechtsens ist, gilt auch für die andere; wer nicht selbstständig als Kläger auftreten kann, bedarf eines Beistandes auch in der Rolle des Beklagten.

Zu den Personen, welche „ihrer selbst nicht mächtig sind,“ gehören insbesondere die Hauskinder. — Nach gemeinem Rechte ist es eine ausgemachte Sache, daß volljährige Hauskinder als

⁵⁾ DAGE. v. 17. Juni 1826, G. 252 $\frac{1}{2}$. AGM. G. 298 $\frac{1}{2}$. AGE. v. 22. Okt. 1825. G. 779 $\frac{1}{2}$. — v. 4. Okt. 1826. G. 812 $\frac{1}{2}$. — v. 23. März 1838. II. 1117 $\frac{1}{2}$.

Beklagte selbstständig vor Gericht handeln können,¹⁾ und dasselbe möchte sich nach dem neuesten römischen Rechte als Regel — auch für deren Auftreten als Kläger behaupten lassen.²⁾ —

Allein im canonischen Rechte findet sich ein gelegentlicher Ausspruch für das Gegentheil,³⁾ und nach bayerischen Proceßrechte muß zufolge obiger Vorschrift der Satz aufgestellt werden: Hauskinder, auch wenn sie volljährig sind, können der Regel nach weder als Kläger noch als Beklagte selbstständig vor Gericht auftreten.

Daß wir nicht irren, indem wir diesen Satz aus der angeführten Gesetzstelle ableiten, verbürgt Kreittmayr in den Anmerkungen zu dieser. Hier wird insbesondere Bezug genommen auf Art. I. Tit. 3. des Landrechts von 1616, welcher allgemein verordnete, daß Hauskinder ohne des Vaters Bewilligung nicht vor Gericht erscheinen

¹⁾ Fr. 57 de judiciis (5, 1); fr. 39 de oblig. et act. (44, 7).

²⁾ Das Dunkel, welches über den in den Pandektenstellen (vgl. insbesondere fr. 9, 15 de obl. et act.) gemachten eigenthümlichen Unterscheidungen schwebt, ist zur Zeit vor den Bemühungen der Doktrin nicht gewichen. — Vgl. Heffter Instit. des Civilproc. S. 71; Mühlenthaler Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. III. S. 570. Soviel scheint ausgemacht, daß die Erklärung jener Unterscheidungen in der Geschichte der Klagformen zu suchen ist, und daß die Regel, nach welcher die Hauskinder unfähig waren, selbstständig als Kläger aufzutreten, mit dem Grundsatz des alten Rechts, nach welchem aller Erwerb der Hauskinder dem Vater gehörte, — zusammenhing. Eben weil dieser Grundsatz im neuesten Rechte nicht mehr besteht, dürfte sich die im Texte angedeutete Ansicht rechtfertigen. — Vgl. noch Haffke (den jüngeren) im rhein. Museum Bd. VI. S. 39.

³⁾ Cap. ult. in fine de judiciis in VIto.

können, und von Baron Schmid in folgender Art erläutert wurde:

„Et hoc in tantum extendendum est, ut filius neque agendo, neque defendendo justam persam standi in judicio habeat, quia semper ei deficit integritas personae et consensus parentis adeo necessarius est, ut ex eo defectu illius judicium nullum sit.“

Demzufolge hat überall der Richter von Amts wegen darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht eine der Partheien ein Hauskind sey, und ist dieß der Fall, vor der Beiladung des Vaters mit der Verhandlung nicht fortzufahren. Der Vater ist jedoch nicht verbunden, die Vertretung des Hauskinds zu übernehmen oder ihm Beistand zu leisten; vielmehr gilt seine dßfallige Weigerung oder Unterlassung als Ermächtigung des Kindes⁴⁾ zu selbstständiger Verhandlung, so daß, wenn der Vater zu einer gerichtlichen Handlung beigeladen war, und weder im Termine erscheint, noch sonst sich rechtzeitig erklärt, auch ohne seine Mitwirkung verfahren werden kann.

Es kann auch der an der Verhandlung Antheil nehmende Vater die Wirksamkeit nachtheiliger gerichtlicher Erklärungen des Hauskinds, zumal über dessen eigene Handlungen, in Bezug auf dessen eigene Rechte und Verbindlichkeiten keineswegs hindern; sondern es muß ihm in solchen Fällen nur vorbehalten seyn, dieselben durch Nachweisung ihrer Unrichtigkeit wieder zu entkräften.

⁴⁾ Meißner a. a. E. Z. 72.

Betrifft der Proceß ein Sondergut des Hauskinder, über welches ihm völlig freie Verfügung zusteht, ⁵⁾ so ist die Beiziehung des Hauövaters ausnahmeweise nicht erforderlich; auch kann sie in dringenden Fällen, wenn der Vater abwesend oder sonst verhindert ist, umgangen werden. ⁶⁾

Eine Parthie kann wegen Zulassung ihres Gegners zum Armenrechte keine Beschwerde führen. ¹⁾

Der Zweck der von den Gesetzen gestatteten Rechtsmittel ist die Erhaltung des Rechts gegen eine vom Richter erlittene Verletzung. Wird durch das Verfahren des Richters das Recht der Parthie nicht verletzt, so hat diese auch keinen Grund zur Beschwerde. Es kann daher der Ausspruch des Richters über die Zulassung der einen Parthie zum Armenrechte, der andern Parthie keinen Grund zu einer Beschwerde abgeben, weil ein solcher Ausspruch die Rechte der Gegenparthie gar nicht berührt. Das Gesuch um Zulassung zum Armenrechte ist nicht ein Gegenstand der Verhandlung unter den Partheien, sondern es ist lediglich Sache des Richters, zu prüfen, ob die gesetzlichen Bedingungen zur Zulässigkeit des Armenrechts vorhanden sind. ²⁾ Die Gegenparthie erscheint hierbei durchaus nicht betheiligt. Das Armenrecht

⁵⁾ Kreittmahr in den Ann. zur G.D. III. §. 6. lit. a.

⁶⁾ Vgl. fr. 8. fr. de procurat. (3, 5.) fr. 18. §. 1. de judiciis (5, 1).

¹⁾ Aus einem AOC. v. 6. März 1835. F. 362³⁴.

²⁾ Peterdn. v. 16. Juni 1827. Verl. 1827. Z. 465.

hat keine andere Wirkung, als daß die unvermögende Parthei vorläufig und bis sie wieder zu Kräften gelangt, von der Bezahlung derjenigen Gerichtskosten, welche sie außerdem zu zahlen hätte, befreit bleibt, und daß ihr auf ihr Verlangen ein Officialanwalt zu ihrer Vertretung beigegeben wird. (GD. III. §. 8.) Diese Wirkungen haben auf die Rechte der andern Parthei keinen Einfluß; diese hat deßhalb nicht mehr und nicht weniger Kosten zu tragen, und an ihrem Rechte, den Ersatz derjenigen Kosten, welche sie während des Processes und zum Zwecke ihrer Rechtsvertheidigung zu tragen hatte, nach beendigtem Streite von der armen Parthei, wenn diese in die Bezahlung der Kosten verurtheilt werden sollte, zu verlangen, wird durchaus nichts geändert. — Der Umstand, daß durch die Gestattung des Armenrechts gerichtliche Taxen entzogen werden, betrifft lediglich das fiskalische Interesse, zu dessen Vertretung die Gegenparthei nicht berufen ist; und der etwaige Einwurf, daß durch die Zulassung zum Armenrechte die Streitsucht befördert werde, verdient in seiner Allgemeinheit keine Rücksicht, weil das Armenrecht zu dem Ende eingeführt ist, damit der Arme, wegen Mangels an Mitteln, seinen Proceß zu führen, nicht rechtlos gelassen werde. Ueberdies ist der Streitsucht unvermöglischer Partheien schon dadurch vorgebaut, daß die GD. III. §. 8. und XVII. §. 4. Nr. 8. deren Bestrafung vorschreibt ³⁾)

³⁾ Gleichförmig wurde entschieden durch AC. vom 25. Nov. 1831. B. 17031. — v. 13. März 1832. L. 12231. — v. 15. Juni 1832, V. 7231.

Zur Lehre von der Constatirung der realen Gewerbe.

1.

So wie überhaupt die Constatirung der Realität der Gewerbe Sache der Gerichte ist, eben so die Constatirung des Umfangs eines Realgewerbes. Wenn es z. B. in Frage ist, ob eine reale Bierchenk: Berechtigung die Befugniß gebe, Bier und insbesondere auswärtiges Bier über die Gasse zu verkaufen, so heißt dieß nichts anderes, als: hat der Prätendent diese Befugniß in der Eigenschaft eines realen Gewerbes? — Die Frage des Umfangs fällt mit der Frage des Daseyns zusammen, indem die Antwort auf diese natürlich auch sagen muß, was da sey.

Damit stimmt auch überein, daß der Art. 10. No. 2. des Gewerbgesetzes vom 11. Septbr. 1825. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden zur Bestimmung des Umfangs der Gewerbe nur in Bezug auf die aus einer Verleihung der Staatsregierung (Concession oder Privilegium) abgeleiteten Gewerbrechte verordnet.

2.

Wenn das Gericht ein in Anspruch genommenes Realgewerbe, nach Vernehmung der Polizeibehörde, für constatirt erklärt hat, so sind die Gewerbsconcurrenten, als solche ¹⁾ nicht befugt,

¹⁾ Von Fällen, in welchen eine andere Person das fragliche Gewerbe als ihr zureichend in Anspruch nimmt, und deswegen Einspruch macht, ist hier nicht die Rede.

gegen jenen Ausspruch ein Rechtsmittel an den Oberrichter zu ergreifen; vielmehr ist ihnen nur unbenommen, nunmehr den Rechtsweg zu betreten, und in diesem die Gründe, aus welchen sie die Nichtexistenz oder Erlöschung des fraglichen Gewerbsrechtes behaupten, gegen den Besitzer geltend zu machen.

Daß die Gewerbsconcurrenten etwa schon von der Polizeibehörde mit ihren Erinnerungen gehört und diese Erinnerungen durch Mittheilung von Seite der Polizeibehörde zur Kenntniß des Gerichts gekommen waren, macht keinen Unterschied; ²⁾ indem dadurch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu welchem die Constatirungs-Instruktion gehört, nicht zur Streitverhandlung, und der Ausspruch, welcher das Real-Gewerbe für constatirt erklärt, nicht zum Urtheil gemacht werden konnte. ³⁾ — Die Gerichte feh-

²⁾ Die Betheiligten, durch die Vernehmung von Seite der Polizeibehörde von dem bei dem Gerichte eingereichten Constatirungsgesuche in Kenntniß gesetzt, hatten darin Veranlassung, mit ihrem Einspruche bei dem Gerichte aufzutreten, und dadurch ein gerichtlich kontrastorisches Verfahren herbeizuführen; haben sie dieses unterlassen, so können sie den Constatirungs-Ausspruch als nichtig um so weniger anfechten, als kein Gesetz besteht, welches dem Richter zur Pflicht macht, das kontrastorische Verfahren in dem Falle, wenn er auf irgend eine Weise von der Contestation durch Privaten Kenntniß erhält, von Amtswegen einzuleiten.

³⁾ A.C. vom 17. März 1838 (34337). Die Minist. Entschl. vom 28. Aug. 1835. bestimmt über das Constatirungsverfahren: „Die vorgelegten Nachweise und Behelfe sind von dem Gerichte zu prüfen, in den gerichtlichen Akten, Büchern, Catastern, Priefsprotokollen etc. ist von dem Gerichte selbst die geeignete Nachforschung zu pflegen, und es ist hiernach in der Form gerichtlicher Bearkundung auszusprechen, ob

len, wenn sie den Ausspruch der bloßen Constatirung als Urtheil ausfertigen. — Anders verhält sich die Sache, wenn der Antrag auf Constaturung bereits zu einer gerichtlichen Streitverhandlung mit den Concurrenten Anlaß gegeben hatte, und nun auf dem Grunde dieser Verhandlung der Ausspruch erfolgt. Nun enthält aber der dem Prätendenten günstige Ausspruch nicht bloß Constaturung im Wege der freiwilligen Gerichtbarkeit, sondern Zuerkennung eines im Rechtswege bestrittenen Rechtes. — Das Constaturungsverfahren war hier in einen Rechtsstreit übergegangen; in diesem stehen natürlich beiden Theilen die gewöhnlichen Rechtsmittel zu.

Von Zeugnissen, deren Ausstellung den Gerichten angeschlossen wird.

Den Gerichten, insbesondere auch als Behörden der freiwilligen Gerichtbarkeit, kann die Ausstellung von Zeugnissen, nur über Thatsachen — nicht über das Zustandekommen von Rechten, angeschlossen werden. Es kann bezeugt werden, daß A von B beerbt, daß B von den sonstigen Interessenten als Erbe anerkannt, daß ihm ein Nachlaß — unter Zustimmung der Betheiligten und etwa auch der Curatelbehörde — zur Verwaltung und Verfügung übergeben, oder daß ihm

dem in Frage stehenden Gewerbe die reale Eigenschaft zustehe oder nicht."

daß Erbrecht durch Urtheil zuerkannt worden u. s. w.; — nicht aber, daß ihm das Erbrecht, oder daß ihm diese oder jene Rechte auf den Nachlaß zustehen.¹⁾

Zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civilsachen.

10.

Erkittene außereheliche Schwängerung macht eine Weibsperson nicht exceptionsmäßig.

(O.D. X. §. 11. Nr. 2.)

Eine Weibsperson, welche außerehelich geboren hat, ist deshalb nicht als Zeugin exceptionsmäßig, denn sie kann um so weniger als eine Person von schlechtem Ruf angesehen werden²⁰⁾, da die außereheliche Schwängerung nach dem Edikt über die Patrimonialgerichtsbarkeit vom 3. Sept. 1808. §. 29. (Regbl. 1808. S. 2254.) überhaupt nicht mehr bestraft werden soll.²¹⁾

¹⁾ A.C.C. v. 17. April 1838. H. 980³⁶/₇.

²⁰⁾ Vgl. Preuß. Landr. II. 1. §. 1114.

²¹⁾ A.C.C. v. 3. Jan. 1834. G. 33³/₄.

A n z e i g e.

Die verehrlichen Abonnenten werden ersucht, ihre Bestellungen für das künftige Semester rechtzeitig zu machen. Von nun an geschieht die Versendung nicht mehr durch das kgl. Postamt zu Ansbach, sondern durch die k. Postverwaltung zu Erlangen. Für Ansbach und die Umgegend wird die Expedition wie bisher durch die Brügel'sche Buchdruckerei besorgt werden.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 14. Samstag, den 7. Juli 1838.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

1.

Der Diebstahl unterscheidet sich vom Raube dadurch, daß bei diesem, um die Entwendung zu vollbringen, einer Person Gewalt angethan wird, bei jenem solche Gewalt mangelt¹⁾. Auf den Grad der Gewalt kommt es hinsichtlich des Begriffs des Raubes nicht an²⁾, aber die Gewalt muß entweder in thätlicher Mißhandlung, oder in Drohung auf Leib oder Leben bestanden, sie muß gegen den Widerstand der Person, an welcher die Entwendung verübt wird, gerichtet seyn³⁾.

Es ist daher kein Raub, sondern ein Diebstahl, wenn der Entwendende Jemand das Taschentuch aus der Tasche, oder ein Körbchen aus der

¹⁾ StGB. I. 209. 233.

²⁾ v. Feuerbach, peiml. Recht. 12. Ausg. §. 357.

³⁾ StGB. I. 233. 238. Anmerkungen Bd. II, S. 154. R. 2. 3.

Hand ⁴⁾, oder die Tabackspfeife aus dem Munde reißt, oder wenn er Jemand die Uhr in der Art entwendet, daß er zuvor das um den Hals gelegte Uhrband abschneidet, denn in allen diesen Fällen ist die physische Gewalt (von einer Drohung auf Leib oder Leben ist ohnedieß die Rede nicht) nur gegen die Sache gerichtet und eine thätliche Mißhandlung der Person nicht begangen. Eben aus diesem Grunde wurde auch vermöge des bayerischen Strafgesetzbuchs der Fall nur als Diebstahl und nicht als Raub behandelt, wo Jemand einem Jäger die Flinte, welche dieser so über den Rücken hängen hatte, daß der Riemen über die Brust lief, in der Art entwendete, daß er mit einem Messer den Riemen abschnitt und dann mit der Flinte davon lief ⁵⁾.

Es kann sogar eine Verletzung der Person desjenigen vorkommen, an welchem der Diebstahl verübt wird, und doch kein Raub vorliegen, wenn nämlich die Verletzung keine Gewalt an der Person in der Absicht ist, um die Entwendung zu vollbringen. Wer einer Dame den an das Kleid befestigten Halschmuck in diebischer Absicht abschneidet und dabei die Dame unabsichtlich in den Nacken schneidet, der hat sie verletzt, aber er hat die Verletzung nicht begangen, um die Entwendung zu begehen, es wäre ihm vielleicht sogar viel lieber gewesen, wenn die Verletzung, die seine Entdeckung herbeiführte oder herbeiführen

⁴⁾ MGE. v. 13. April 1832. MGA. 49. 18²¹/32. — Wächter, Strafrecht, II. S. 346.

⁵⁾ Neues Archiv des Crim. Rechts, II. 4. S. 534.

konnte, nicht statt gehabt hätte: wer hier einen Raub finden wollte, würde einen fahrlässigen Raub annehmen, denn die Verletzung war ja fahrlässig; fahrlässiger Raub aber ist ein Unding. Wenn der Dieb die Sache, die er Jemand vom Leibe entwendet, so heftig wegreißt, daß dieser niederfällt, so lag dieses Niederfallen nicht in der Absicht des Diebs und das Niederreißen war nicht das Mittel, den Diebstahl zu begehen, das starke Reißen hatte nicht den Zweck, einen Widerstand der Person zu beseitigen *), ohne solchen speciellen Dolus aber giebt es keinen Raub.

2.

Vom Funddiebstahl unterscheidet sich der Diebstahl dadurch, daß jener eine verlorne Sache voraussetzt ⁷⁾, bei jenem die Apprehension erlaubt ist, während dieser nur an Sachen möglich ist, die von Jemand besessen oder doch detinirt werden: und beim Diebstahl schon die Besitzergreifung eine eigenmächtige widerrechtliche seyn muß ⁸⁾. Von der Unterschlagung unterscheidet sich der Funddiebstahl dadurch, daß dem Finder die Sache nicht anvertraut ist, Unterschlagung und Funddiebstahl haben aber das gemeinschaftliche Merkmal, daß der, welcher die Sache sich zueignet, in deren Besitz auf

*) Anmerkungen a. a. D. — Wächter a. a. D.

⁷⁾ StGB. I. 212.

⁸⁾ StGB. I. 209. — Im gemeinen Strafrecht giebt es über den Funddiebstahl viele Streitfragen, welche zum Theil im Bayerischen Strafgesetze entschieden sind. Von Feuerbach a. a. D. §. 315. — Archiv für Crim. Recht, neue Folge, I. S. 228.

erlaubte Art gekommen, und eben deshalb will der Entwurf des StGB. vom Jahr 1831 mit Recht, daß der Funddiebstahl der Unterschlagung gleich gesetzt werde⁹⁾.

Der civilrechtliche Begriff des Findens als Art der Occupation ist auf das Strafrecht nicht anwendbar, denn er setzt eine herrenlose Sache voraus, an welcher der Finder ein Eigenthum erwerben kann. Eine verlorne Sache im strafrechtlichen Sinne ist diejenige, welche dem Berechtigten oder doch dem Detentor aus dem Besitz oder der Detention gekommen ist, ohne in eines Andern Besitz oder Detention gekommen zu seyn. Ist die Sache noch in irgend Jemandens Besitz oder Detention, so ist sie nicht verloren und selbst wenn dem Besitzer oder Detentor der Ort, wo die Sache sich befindet, unbekannt ist, so ist er doch noch für den Fall Besitzer oder Detentor, wenn er die Sache noch in seiner custodia hat¹⁰⁾. Wer in seinem Hause oder im Hofe seines Hauses eine bewegliche Sache verliert, der hat sie noch in seiner custodia, hat sie im juristischen Sinne nicht verloren und an dieser Sache kann kein Funddiebstahl, sondern nur ein eigentlicher Diebstahl begangen werden. Dieß geht nicht nur aus dem vorhin Gesagten hervor, sondern es folgt auch aus der im Strafgesetzbuch angeordneten Verbindlichkeit, den Fund bekannt zu machen, indem ders

⁹⁾ Vergl. auch diese Blätter, Bd. II. S. 113.

¹⁰⁾ Fr. 3. §. 13. Fr. 25. D. de acquir. vel amitt. poss.
— v. Savigny, das Recht des Besitzes, 5. Ausg.
§. 31. — Wächter, a. a. O. II. S. 340.

jenige, welcher eine Sache im Hause oder im Hofe eines Andern findet, den Fund nicht bekannt zu machen braucht, sondern die Sache dem Besitzer des Hauses oder Hofes zu übergeben hat und erst wenn dieser erklärt, daß sie ihm nicht gehöre, kann von einer Bekanntmachung die Rede seyn. Wenn aber Jemand nur einen Schritt über sein Haus oder seinen Hof hinaus auf die öffentliche Straße gethan hat, und dort eine Sache verliert, so hat er auch die custodia verloren und der Finder begeht durch die rechtswidrige Zueignung einen Funddiebstahl.

3.

Sowie der eigentliche Diebstahl nicht bloß an dem Eigenthümer oder rechtmäßigen Besitzer, sondern auch an dem Detentor oder an dem unrechtmäßigen Besitzer, auch an dem der die Sache selbst gestohlen hat, begangen werden kann¹¹⁾, so ist es auch ein Funddiebstahl, wenn Jemand die vom Detentor, oder von einem Dieb verlorne Sache findet und sich rechtswidrig aneignet: sein Funddiebstahl ist eine gesetzlich verpönte Handlung und das Strafgesetz wird nicht angewendet, um den Dieb zu schützen, sondern weil Diebstahl und Funddiebstahl unbedingt verboten sind.

(Fortsetzung folgt.)

¹¹⁾ Anmerkungen zu StGB. II. 98. — Martin, Erlm. Recht, §. 141.

Praktische Resultate der neuesten Literatur in der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Professor Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Schluß.)

VI.

Unbestritten ist es, daß die sogenannte *exceptio non numeratae pecuniae*, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Fristen vorgebracht wird, demjenigen, gegen welchen sie gebraucht wird, die Beweislast auflegt, weil die Gesetze dies deutlich vorschreiben ¹⁾. Deßhalb wird sie von vielen ältern Juristen ²⁾ zu den von ihnen angenommenen verneinenden Einreden gerechnet, und jetzt allgemein als verneinende Einlassung betrachtet ³⁾. Nur eine Stimme hat sich neuerdings wieder dafür erklärt, daß hier eine wahre Einrede vorliege, bei welcher nur aus besondern Gründen die Beweislast auf den Kläger gewälzt werde ⁴⁾. Allein dabei ist die gänzliche Umgestaltung des Einredesbegriffs im deutschen Rechte übersehen, welche gerade in unserm Falle so bestimmt hervortritt, daß selbst Rosshirt l. c. S. 365—367 die Auffassung dieser sogenannten *exceptio* als negative Einlassung

¹⁾ L. 3. L. 10. C. h. t. (4, 30.)

²⁾ Dantz, ord. Proc. §. 155. Gönnert, jur. Abhandlungen B. 1. S. 68.

³⁾ Linde, Lehrbuch des Civ. Proc. §. 256. not. 33 u. Zeitschrift B. 1. S. 110. Hansen im civ. Archiv B. 4. S. 62. Unterholzner das. B. 7. S. 6 ff. u. Schenk das. B. 20. S. 444. Wening III. §. 244. Glück B. 12. S. 104. Knappe S. 105. Albrecht S. 77.

⁴⁾ Cropp in seinen u. Heise's jurist. Abhandl. B. 1. S. 314 ff.

als vollkommen begreiflich und nothwendig erkennt, wobei er nur eben diese Veränderung der Begriffe, welche wir als Fortbildung des Rechtes bezeichnet haben, für eine Reihe von Mißverständnissen erklärt. Diese Auffassung unserer *exceptio* paßt aber auch vollkommen zu den Grundbegriffen, welche wir oben sub III. aufgestellt haben, und durch die einzelnen Beispiele erläutern wollten. Da nämlich bei uns die Skriptur als solche nicht den Grund der Obligation bildet, sondern nur das Beweismittel für denselben, so ist auch die Klage, welche auf eine Skriptur gestützt erscheint, nicht eine Klage aus dieser (*actio ex chirographo*), sondern aus dem Geschäfte, über dessen Eingehung die Skriptur sich erklärt, z. B. aus dem Darlehen. Zur Begründung einer auf Rückgabe gerichteten oder überhaupt aus dem Empfange einer Sache hervorgehen sollenden Obligation gehört aber unbestreitbar die Hingabe oder der Empfang; das Leugnen desselben ist mithin nicht die Behauptung eines besondern Hindernisses, oder eines Wiederaufhebungsgrundes des Rechtes, sondern lediglich eines Mangels in den regelmäßigen Erfordernissen für die Entstehung desselben. Unbestreitbar ist dieß für den Fall, wenn die Klage ohne Beilegung einer Urkunde gestellt wird; aber auch die Beilegung einer noch nicht über zwei Jahre alten Urkunde ändert hierin nichts, da eine solche Urkunde nach den Gesetzen durch das bloße Ableugnen des Empfanges wirkungslos wird, mithin als nicht vorhanden zu betrachten ist.

So einig man nun auch im Ganzen darüber ist, daß die sogenannte *exceptio n. n. p.* als

verneinende Einlassung zu betrachten sey, so sehr sind noch mehrere praktisch wichtige Fragen in dieser Lehre bestritten, insbesondere folgende:

1) In welchem Umfange, d. i. bei welchen Rechtsgeschäften und Urkunden findet diese *exceptio* mit ihren Eigenthümlichkeiten statt? Hierüber bestehen drei verschiedene Ansichten. Die eine läßt die *exceptio* nur bei Schuldscheinen über das Darlehen, und die Brautgabe, und bei Quittungen zu ⁵⁾; die zweite gestattet sie bei allen eigentlichen Realcontracten mit Ausnahme des *depositum*, also auch noch bei dem *commodatum* und *pignus* ⁶⁾; die dritte endlich bei allen Handschriften, worin der Aussteller bekennt, auf dieselbe Etwas empfangen zu haben, mit Ausnahme des *depositum* ⁷⁾. Nach den Gesetzen dürfte die zweite Ansicht das Meiste für sich haben, und zwar so, wie sie schon Cujacius vertheidigt hat, indem die Ausführung von Hansen in der Erklärung einzelner Stellen viele Unrichtigkeiten enthält. Die L. 14. C. h. t. beweist durch ihre allgemein lautenden Worte: „In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, sowie dadurch, daß sie gegen *instrumenta depositarum rerum* die *exceptio* besonders ausschließt, gewiß, daß die Anwendung derselben nicht bloß bei Empfangsscheinigungen über ein Darlehen statt finden soll,

⁵⁾ Pfeiffer, verm. Aufsätze. Marb. 1803. §. 13. — Gluck, B. 12. S. 174. f. — Wening, III. §. 245. Mühlenbruch, §. 378.

⁶⁾ Hansen im Civ. Archiv B. 4. S. 45. ff.

⁷⁾ Unterholzner im civ. Archiv B. 7. S. 19—30. Thibaut §. 558.

und dieß wird auch durch den allgemeinen Ausdruck der L. 13. C. eod. unterstützt, und durch L. 5. Cod. eod. nicht widerlegt. Diese Stelle setzt nämlich, indem sie von der Zulässigkeit der exceptio spricht, daß Darlehen nicht in Gegensatz zu den übrigen Realkontrakten, sondern zu den Fällen, da in einer Handschrift eine aus einem ältern Obligationensgrunde schon bestehende Schuld der Summe nach angegeben, und anerkannt wird. Dagegen entscheidet für die Beschränkung auf die Realkontrakte, daß nur diese durch Hingabe einer Sache perfekt werden, worauf offenbar die obigen Gesetzesworte sich beziehen, daß ferner nur aus diesen die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen entsteht, mithin die Empfangßbescheinigung als Schuldschein betrachtet werden kann. Bei allen zweiseitigen Verträgen dagegen, wie Kauf, Miethe 2c. kann die Empfangßbescheinigung nur als Quittung betrachtet werden, und ist daher höchstens 30 Tage lang der exceptio n. n. pec. ausgesetzt. Unsere Praxis hat sich übrigens fast durchaus für die erste, strengste Ansicht entschieden, und läßt die zweijährige exceptio nur gegen Darlehensschuldscheine zu, was sich denn auch insoferne rechtfertigen läßt, als die ganze Bestimmung eine unzweckmäßige ist, den Credit gefährdet und den Verkehr hemmt.

2) Findet die exceptio auch gegen solche Urkunden statt, welche den Empfang als in der Vergangenheit eingetreten bezeichnen? Dieß wird von Manchen unbedingt bejaht^{*)}; dagegen schließen

^{*)} Dverbed, Kredit. B. 5. Nr. 273. Glück, B. 12. S. 105—110. Wenig III. §. 245.

andere *) die *exceptio* wenigstens dann aus, wenn der Empfang in der Urkunde in eine bestimmt vergange Zeit gesetzt ist, z. B. daß vor drei Tagen erhaltene Darlehen verspreche ich u., oder wenn ein in der Vergangenheit liegender anderer Obligation Grund angegeben, und nur die daraus hervorgehende Schuld der Summe nach bestimmt wird; z. B. aus dem Miethverhältnisse, in welchem ich mit Titius gestanden, sowie aus mehreren Darlehen, welche ich früher erhielt, schulde ich nach gepflogener Abrechnung jetzt u. Diese Ansicht hat nicht bloß die L. 5. L. 13. C. h. t. für sich, sondern auch die Natur der Sache, indem hier die *ratio* der ganzen Bestimmung, d. i. die Möglichkeit, daß eine Zahlung nicht erfolgt, in deren Erwartung eine Urkunde ausgestellt wird, offenbar wegfällt. Uebrigens bleibt auch gegen solche Urkunden die Einrede des Betruges und der Gegenbeweis zulässig; nur muß dieser Gegenbeweis ebenfalls durch Urkunden geführt werden nach L. 13. C. h. t. L. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.) c. 14. X. de fide instr. (12, 22.) Aus diesen Prämissen ergibt sich denn auch die Richtigkeit des in der Praxis häufig angenommenen Satzes, daß durch eine spätere Anerkennung, sogenannte *geminata confessio*, die *exceptio* ausgeschlossen wird, wofür auch noch die L. 4. C. h. t. beweist, welche der stillschweigenden Anerkennung durch theilweise Zahlung diese Wirkung beilegt ¹⁰⁾.

*) Unterholzner im civ. Archiv. B. 7. S. 8—19.
Cropp l. c. S. 345 ff. Thibaut §. 558.

¹⁰⁾ Mühlendruck §. 378. Gluck B. 12. S. 151.

3) Findet nach Ablauf der für die exc. n. n. p. gesetzten Frist noch ein Gegenbeweis statt? Nur Wenige bejahen dieß¹¹⁾; die Meisten verneinen es¹²⁾, und gewiß mit Recht. Die Gesetze sagen deutlich *nullo modo exceptio introduci potest; omnimodo solvere compellitur*¹³⁾. Die ratio der Gesetze ist aber auch klar und billig; sie geben dem Schuldner den Vortheil, daß seine Urkunde eine Zeitlang gar nichts gegen ihn beweist; ist er nun aber so nachlässig, sein Recht in dieser Zeit nicht zu wahren, so soll nun der Gläubiger den Vortheil der absoluten Beweisraft der Urkunde haben, gewissermaßen zum Ersatz dessen, was ihm bisher entzogen war. Gleichwohl läßt unsere Praxis größtentheils den Gegenbeweis noch zu.

4) Kann die exceptio im Executivproceß vorkommen? Diese Frage ist mehr in der ältern Literatur bestritten, als in der neueren. Während nämlich viele Rechtslehrer des vorigen Jahrhunderts, z. B. Danz, Elsässer, sich an den Namen Einrede haltend, die exc. n. n. p. im Executivproceß ausschlossen, wenn sie nicht sofort gleich durch Urkunden bewiesen werden könne, hat namentlich Gönnert, jur. Abh. I. S. 59 ff. nachgewiesen, daß, wenn auf eine noch nicht 2 Jahre alte Schuldurkunde eine Executivklage gestützt wird, der Beklagte durch unsere exc.

¹¹⁾ Unterholzner I. c. S. 49—58. Glück I. c. S. 171 ff.

¹²⁾ Dverbeck B. 5. Nr. 272. Cropp I. c. S. 379. Rosshirt I. c. S. 382. Wening III. §. 245. Mühlentbruch §. 378. Thibaut §. 558.

¹³⁾ L. 8. l. 14. C. h. t.

diese Proceßart hemmen, und den Kläger zwingen kann, den Beweis seiner Forderung im ordentlichen Proceße zu führen; und diese Ansicht ist jetzt die herrschende¹⁴⁾. Die neuere Praxis ist zum Theile noch weiter gegangen, und will auf den Grund einer noch nicht 2 Jahre alten Urkunde eine Executivklage überhaupt nicht zulassen; aber gewiß mit Unrecht; denn die bloße Möglichkeit, daß der Beklagte der Urkunde ihre Beweiskraft abspreche, entzieht sie ihr doch gewiß vor der Hand nicht, und kann dem Kläger den Versuch einer schnellern Proceßart nicht abschneiden, den er im Vertrauen auf die Redlichkeit des Beklagten wagen will. — Diese Ansicht bestätigt auch der Cod. j. bav. jud. cap. 3. §. 3. u. Kreitmayer, welcher in den Anmerk. hiezu die exc. n. n. p. auch im Executivproceße zuläßt.

Was endlich die Anwendung der ganzen Lehre in Bayern betrifft, so ist dieselbe durch den Cod. Civ. P. IV. cap. 11. genau normirt, durch das Preuß. L. R. Th. I. tit. 11. §. 732. aber — mit Ausnahme eines einzigen sogleich zu erwähnenden Falles — ganz beseitigt, wornach jeder Schuldschein sogleich beweist, ohne den Gegenbeweis auszuschließen; in den übrigen Theilen von Bayern gilt die Lehre in ihrer gemeinrechtlichen Gestalt, und dieß Alles ist auch durch das Hyp. Gesetz v. 1822 §. 47. im Allgemeinen bestätigt, jedoch mit der aus dem Grundsätze der Publicität folgenden Modifikation, daß dem dritten Erwerber

¹⁴⁾ Glück B. 12. S. 159 ff. Beyer, Theorie der summarischen Proc. S. 104.

einer für ein Gelddarlehen bestellten Hypothek unsere exc. nur innerhalb der ersten dreißig Tage von der Eintragung an entgegengestellt werden kann. Dadurch sind die Bestimmungen des Preuß. L. R. I. c. §. 738 u. 739, soweit sie sich auf den dritten Erwerber beziehen, jedenfalls aufgehoben; rücksichtlich des ersten Inhabers gelten sie aber noch, und bilden somit den einzigen Fall, da nach Preuß. L. R. eine Schuldurkunde nicht sofort nach der Ausstellung Beweiskraft hat, indem die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Urkunden gegen den Aussteller erst nach 38 Tagen von der Eintragung an den Empfang der valuta beweisen. Hieraus ergibt sich folgende Uebersicht. Die exc. n. n. p. findet:

I. gegen gewöhnliche Schuldscheine

1) in den Provinzen des Preuß. Rechts gar nicht

2) im übrigen Bayern 2 Jahre lang

II. gegen Hypothekenschuldscheine, und zwar

1) gegen den ersten Inhaber

a) in den ehemals preuß. Provinzen 38 Tage v. d. Eintragung d. Hypothek

b) in dem übrigen Bayern 2 Jahre v. der Ausstellung

2) gegen den dritten Erwerber in ganz Bayern 30 Tage lang vom Tage der Eintragung an statt.

Zur Lehre von der Klagänderung ¹⁾.

Nach Vorschrift der G.D. IV. §. 13. findet

¹⁾ Vgl. oben Nr. 8. S. 123 und die Beilage zu Nr. 9.

eine Aenderung der Klage im Hauptwerke auch noch nach der Kriegsbefestigung statt, wenn ein ganz neuer Klaglibell übergeben, und der Gegner für die bisher erwachsenen Kosten entschädigt wird. Diese Befugniß des Klägers erreicht aber ihr Ziel, sobald ein rechtskräftiges Interlocut vorliegt. — Das Gebiet der Rechtskraft erstreckt sich nicht bloß auf das streitige Recht selbst, sondern auch auf den Stand des Verfahrens. Hat der Proceß einmal durch die Fortschritte des Verfahrens einen gewissen Standpunkt erreicht, der ihm durch eine rechtskräftige auf gerichtsbildungsgemäß vollständige Verhandlung gebaute Entscheidung seinen ferneren Verlauf anweist, ist auf solche Art der Streitfrage eine feste Gestalt, ein bestimmter Zusammenhalt mit dem Ziele des Ganzen und den Anträgen der Theile gegeben, so kann von diesem Verfahren ohne Abstand von dem streitigen Rechte selbst nicht mehr willkürlich abgesprungen werden²⁾. — Der Sieg in der Hauptsache ist alsdann schon fest an eine Lage und einen Fortgang des Verfahrens geknüpft, die zu verfolgen, nun selbst für beide Theile ein Recht geworden ist; ein Zustand, den die *GD.* in den Worten ausdrückt: *interlocutoria, quae vim definitivae habuit*³⁾. —

Nach einem rechtskräftigen, das Endurtheil im Voraus bestimmenden Zwischenbescheide läßt sich also die dem Kläger durch *GD. IV. §. 13.* gegebene Befugniß der Uebergabe eines neuen

²⁾ *GD. XIV. §. 11. Nr. 3.*

³⁾ *GD. XIV. §. 1, XV. §. 3. Nr. 1.*

Libellus nicht mehr geltend machen. Eine solche Klagsänderung wäre im Grunde ein ganz neues außerordentliches Rechtsmittel, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Beweisaufgabe, die der Kläger sich selbst zu ertheilen, ohne alle Restitutionsursache in seinem Belieben hätte. Eine solche Ausdehnung jenes Satzes würde jedem Proceß für den Beklagten alle sichere Grundlage entziehen, und zu den bedenklichsten Folgerungen führen. Ein versäumter Beweistermin, ein verweigerter Eid, eine gegen einen appellablen Zwischenbescheid versäumte Berufung hätte für den Kläger (abgesehen von dem Kostenersatze) keinen Nachtheil mehr⁴⁾, während in allen diesen Verziehungen der Beklagte — sonst überall die begünstigte Parthei — hier im Nachtheile stünde, da er nicht denselben Weg offen fände, seine Verteidigung auf eine neue Bahn zu bringen⁵⁾.

Zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civilsachen.

11.

Die Ehefrau als Zeugin im Proceß ihres Mannes.

(O. D. X. §. 10. Nr. 5. und §. 11. Nr. 6.)

Die Ehefrau ist im Proceß des Mannes,

⁴⁾ Die Klagsänderung kann überhaupt nicht dazu dienen, dem Beklagten bestimmte processualische Vortheile wieder zu entreißen, welche er durch die bisherigen Verhandlungen z. B. durch Geständnisse, Versäumnisse des Klägers, erlangt hat. S. Baper Vorträge über den ordentl. Proceß S. 227.

⁵⁾ Ent. des O. G. für den Oberdonaukreis vom 21. Okt. 1834, bestätigt aus denselben Gründen, durch OABG. vom 4. Sept. 1835.

wenn der Streit einen das Vermögen berührenden Gegenstand betrifft, nicht nur bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft, sondern auch bei bestehender Erwerbsgemeinschaft, als untüchtige Zeugin zu betrachten, weil sie auch im letztern Falle unmittelbar bei der Sache betheiligt erscheint³²⁾.

12.

Sind Grundholden im Proceße ihrer Grundherrschaft exceptionmäßige Zeugen?

(G. D. X. §. 11. Nr. 6.)

Zu den exceptionmäßigen Zeugen rechnet die G. D. X. §. 11. Nr. 6. auch diejenigen, welche dem Producenten mit ehelichen oder andern Pflichten beigetban sind. Hierunter können Grundholden, welche für ihren Grundherrschaften aussagen, nicht gezählt werden, denn unter den dem Producenten mit andern Pflichten ergebenden Personen sind nach den Anm. zur G. D. a. a. D. lit. g. wirkliche Unterthanen und Vasallen zu verstehen. Nur beiläufig wird hiebei in den Anm. erwähnt, daß Farinacius dieses auch auf die bloßen Grundunterthanen erstrecke, aber es ist hiebei nicht bemerkt, daß dieser Meinung beigepflichtet werde. Grundholden verdienen insonderheit, wenn sie über Grundbarkeitsrechnisse, z. B. Handlohnverhältnisse, zum Vortheil der Grundherrschaft aussagen, um so mehr Glaubwürdigkeit, weil sie hier gegen ihr eigenes Interesse zeugen³³⁾.

³²⁾ AÖG. v. 3. Jan. 1824. G. 967²²/23 — v. 21. Nov. 1834. J. 268²¹/32.

³³⁾ AÖG. v. 30. Dec. 1821 bestät. durch DÖG. v. 9. Dec. 1822. C. 147²⁰/21. AÖG. v. 12. Aug. 1836. W. 781³²/33.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 15. Samstag, den 21. Juli 1838.

Zur Lehre vom Geständniß im Civilprocesse.

1.

GD. XII. So von unsrer Gerichtsordnung, wie

§. 1. gemeinhin von Doktrin und Praxis, werden zwei verschiedene Dinge miteinander verwechselt, das Einverständnis beider Theile über das in Verhandlung begriffene Rechtsverhältniß, und das Geständniß des einen oder andern Theils über Thatsachen, welche ihm nachtheilig sind. Das Geständniß des einen Theils kann Alles umfassen, was der Gegner an Thatsachen behauptet hat, ohne daß deswegen Einverständnis über das Rechtsverhältniß stattfindet, indem entweder andre selbstständige Behauptungen (Einreden) entgegengesetzt oder, ohne solche Entgegenstellung, nur die rechtlichen Folgerungen bestritten werden, welche der Gegner aus den eingestandenenen Thatsachen zieht. — Was nun die GD. a. a. D. als eine eigenthümliche Wirkung des Geständnisses von Thatsachen anführt:

„daß es gegen den Geständigen keines Erkenntnisses mehr bedarf, sondern gleich mit strafbarer Exekution verfahren werden kann (*confessus pro judicato habetur*)“

ist doch nur eine Folge des über das Rechtsverhältniß bestehenden Einverständnisses, und tritt nur dann ein, wenn der Beklagte, daß vom Kläger Geforderte schuldig zu seyn, unumwunden — ohne eine Vertheidigung zu versuchen — eingeräumt hat. Wurden zwar alle der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen als richtig zugestanden, aber die Begründung der Forderung aus denselben bestritten, oder Einreden entgegengesetzt, so kann von Anwendung des Satzes — *confessus pro judicato habetur* — keine Rede seyn, es muß vielmehr der Streit durch Urtheil geschlichtet werden.

2.

Ueber den Begriff des Geständnisses lehrt *Bayer*¹⁾:

„Ein Geständniß (*confessio*) ist überhaupt dann vorhanden, wenn Jemand etwas aussagt oder einräumt, was ihm selbst nachtheilig ist, es mag nun dieses von einem Andern, welcher aus einer solchen Aussage Vortheil ziehen kann, vorher ausdrücklich behauptet worden seyn oder nicht.“

Gegen diese Begriffsstellung läßt sich nichts einwenden, wohl aber bemerken, daß sie die Frage

¹⁾ Vorträge über den ordentl. Civilproceß S. 301.

nicht entscheidet, ob und wiefern die processualische Wirksamkeit des Geständnisses davon abhängt, daß in Bezug auf die fragliche Thatsache eine übereinstimmende Erklärung des Gegners vorliege. Man muß unterscheiden:

1) Daß eine Parthei in Bezug auf Begründung des eigenen Anspruchs, oder ihrer selbstständigen Verttheidigung wider des Gegners Ansprüche an ihr nachtheiligen Thatsachen vorbringt, wird bei der Beurtheilung als bewahrheitet zu Grunde gelegt, wenn gleich eine übereinstimmende Erklärung des Gegners nicht vorliegt. So wird die Klage von der Gerichtschwelle zurückgewiesen, wenn aus thatsächlichen Anführungen der Klagschrift hervorgeht, daß das eingeklagte Recht entweder nicht entstanden oder wieder erloschen sey. Gleichmäßig wird eine Einrede verworfen, wenn sich deren Ungrund oder die Wiederaufhebung des ihr zu Grund liegenden Rechtes aus der eigenen Erzählung des Beklagten ergibt, sollte sich auch der Kläger an der Replik versäumen und sonach eine übereinstimmende Erklärung desselben in Bezug auf jene dem Beklagten nachtheiligen Thatsachen nicht vorliegen²⁾. Anders verhält sich

2) die Sache, wenn eine Partei im Laufe des Verfahrens durch das ihr nachtheilige Anführen dem Gegner, indem sie dessen Forderungs- oder Verttheidigungsgrund bestreitet, einen andern an die Hand giebt, welcher in den Thatsachen verschieden, der rechtlichen Wirkung nach gleich ist.

²⁾ Ganz sonderbare Ansichten stellt hierüber auf Brackenhöft im Archiv für civ. Praxis Bd. XX. S. 273.

z. B. Der Klage liegt die Behauptung eines gegebenen Darlehns zu Grunde; der Beklagte läugnet das Darlehn, gesteht aber ein, dem Kläger die eingeklagte Summe zur Vergeltung geleisteter Dienste vertragsmäßig zugesichert zu haben; — oder: auf eine Darlehnsklage hat der Beklagte die Einrede der Erlassung der Forderung entgegengesetzt, in der Replik leugnet der Kläger die Erlassung, gesteht aber ein, daß er mit dem Beklagten ein Uebereinkommen getroffen habe, nach welchem die Darlehnsforderung mit einer gewissen Gegenforderung des Beklagten kompensirt werden sollte.

In Fällen dieser Art kann die eingestandne nachtheilige Thatfache rechtliche Wirkungen gegen den Geständigen nur unter zwei Voraussetzungen äußern, nämlich

a) daß noch eine beistimmende Erklärung des andern Theils erfolgt, — weil hier die für die Annahme des Geständnisses sprechende Vermuthung³⁾ durch die von dessen Inhalte abweichende frühere Geschichtsberzählung des Gegners ausgeschlossen wird; — und

b) daß kein Zweifel darüber obwaltet, es sey die Absicht des Geständigen selbst, die fragliche zugestandene Thatfache dem richterlichen Urtheile über die Hauptsache zu unterstellen; indem außer-

³⁾ OD. XII. §. 1. Nr. 9. — Uebrigens ist die hier begründete praesumptio juris nur von dem Falle zu verstehen, wenn das Geständniß des einen Theils den Beweis einer von dem andern aufgestellten Behauptung machen soll; — wie aus der Vergleichung mit dem Eingange des §. erhellt.

dem der aus dem Geständnisse sich ergebende Forderungsgrund unter die Grundsätze von der *mutatio libelli* fallen würde, und die aus der *replicando* zugestandenen Thatsache sich begründende Einrede — als verspätet — verworfen werden müßte.

Versäumt sich in dem ersten Falle der Kläger an der Replik, in dem zweiten der Beklagte an der Duplik, oder beharren der eine und der andre in ihren Schlußsätzen auf ihren frühern Behauptungen, so äußert das Geständniß — wenigstens in diesem Proceß — keine dem Geständigen nachtheilige Wirkungen; es hat vielmehr nur die Ableugnung, mit welcher dasselbe verbunden war, auf das Urtheil entscheidenden Einfluß.

3.

Die *GD. XII. §. 1. Nr. 6.* bestimmt:

„Ein außergerichtliches Geständniß macht mehr nicht, als einen halben Beweis, es sey denn, daß des *confessi* Handschrift darüber vorhanden, und diese auch gehörig *recognoscirt* sey.“

Indem hier das Gesetz dem außergerichtlichen Geständnisse die Wirksamkeit eines halben Beweises, und, im Falle des *confessi* Handschrift vorliegt, volle Beweiskraft beilegt, wird vorausgesetzt, daß dasselbe — dem gegenwärtigen Proceßgegner oder seinem Rechtsvorfahrer gegenüber — abgelegt worden sey ⁴⁾. Aus dem Zusammenhange der einzelnen Vorschriften der *GD.* erhellt, daß das außergerichtliche Geständniß dieselben Eigen-

⁴⁾ Vgl. *fr. 22 de interrog. in iure* (11, 1.)

schaften haben müsse, wie das gerichtliche, — mit alleiniger Ausnahme des Unterscheidungsmerkmals, der Erklärung in den Verhandlungen des anhängigen Proceßes. — Zu jenen Eigenschaften gehört vor Allem die Ablegung gegenüber demjenigen, welchem es zum Vortheil gereicht. — Bei einem Geständnisse, welches gegen andre Personen, die dem Gestehenden nicht als Stellvertreter des Berechtigten in Bezug auf das fragliche Rechtsverhältniß gegenüberstanden, gelegentlich oder zufällig abgelegt wurde, läßt sich niemals der *animus confitendi* mit solcher Bestimmtheit annehmen, um demselben auch nur die Wirksamkeit eines halben Beweises beizumessen^{*)}. Ganz ungereimt wäre es aber, wenn man die z. B. in einem recognoscirten Briefe des A an B gemachte Aeußerung, er sey dem C aus einem Darlehn 1000 Gulden schuldig, für geeignet erklären wollte, die Darlehnsforderung des C gegen A vollständig zu beweisen. — Schon der gesetzliche Ausdruck „*de confessi Hand schrift*“ spricht es nach dem Sprachgebrauche deutlich aus, daß hier eine Urkunde gemeint sey, welche dem Berechtigten gegenüber das Schuldbekenntniß erklärt, indem „*Hand schrift*“ häufig als gleichbedeutend mit „*Schuldbescheinigung*“ gebraucht wird. So wenig nun das einem Dritten — auch nicht als Stellvertreter Betheiligten — handschriftlich abgelegte Geständniß — vollen Beweis macht, eben so wenig macht unter gleicher Voraussetzung dasjenige, worüber keine Handschrift vorliegt, eine halbe Probe; vielmehr be-

*) Vgl. G.D. a. a. D. Nr. 3.

gründet so das eine wie das andre nur eine Vermuthung, über deren Wirksamkeit das richterliche Ermessen nach den Umständen entscheidet ⁶⁾. Auf ein handschriftliches Geständniß ist natürlich im Allgemeinen mehr Gewicht zu legen.

Keine Ausnahme hiervon enthält die Bestimmung des §. 95 des Grundsteuergesetzes vom 15. August 1828, indem das von dem Pflichtigen in der Liquidationsverhandlung ⁷⁾ abgelegte Geständniß so anzusehen ist, als ob es dem Berechtigten gegenüber abgelegt sey.

4.

Solange die für die betreffende Proceßhandlung vorgesezte peremptorische Frist noch nicht abgelaufen ist und der Gegner noch nicht geantwortet hat, kann das Geständniß ohne Bedenken noch widerrufen werden. Nachher findet die Zurücknahme nur mittelst eines Restitutionsgesuches statt und steht unter den für dieses Rechtsmittel geltenden Gesetzschriften.

Die gemeinrechtliche Bestimmung, nach welcher bei einer *revocatio intra triduum proximum* der Beweis des Irrthums nicht nöthig ist, wurde von der Gerichtsordnung nicht adoptirt, und ist sonach dem bayerischen Proceßrechte fremd ⁸⁾.

⁶⁾ Brackenhöft a. a. D. S. 268. Note 3. Vgl. Bayer a. a. D. S. 311 ff.

⁷⁾ Die der Einführung des Steuer-Provisoriums vorhergegangenen Fassionen waren nicht von gleicher Beschaffenheit und Wirkung.

⁸⁾ Vgl. meinen Komm. zur G.D. Bd. I. S. 271. Note 19.

Einige über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

4.

An einem Schatz, d. h. an einer seit langer Zeit vergrabenen oder versteckten Sache, deren Eigenthümer nicht mehr auszumitteln ist — *cujus memoria non extat*¹²⁾ — kann ein Diebstahl oder ein Funddiebstahl nicht begangen werden, denn die Sache hat weder einen Eigenthümer, noch einen Besitzer oder Detentor.

Auf legislativem Standpunkte kann man die Verhehlung eines gefundenen Schatzes nicht wohl crimineU verpönnen; es liegt so ganz in den Gefühlen des Volks, daß derjenige, welcher einen Schatz findet, durch dessen Zueignung Niemand beeinträchtigt, daß der strafrechtliche Grundsatz, jedem Menschen sey schon vom Schöpfer ein Gesetz in das Herz geschrieben, vermöge dessen er von selbst wisse, was ein Verbrechen sey, auf jenes Verhehlen am allerwenigsten paßt. Der Gesetzgeber zieht nur diejenigen Rechtsverletzungen in das Gebiet des peinlichen Rechts, welche ihrer Natur nach den allgemeinen Rechtszustand gefährden, welche unterdrückt oder möglichst verhütet werden müssen, wenn ein vernünftiges Zusammenleben im Staate bestehen soll: minder gefährliche Rechtsverletzungen werden nur mit Privatstrafen belegt und sinkt die Gefährdung des

¹²⁾ Fr. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. — Von Wening-Ingenheim, Pand. ed. Friß, §. 128.

Rechtszustandes noch weiter herab, so ist von keiner Strafe mehr die Rede, sondern lediglich von Wiederherstellung des Rechts oder von Entschädigung im Privatrechtswege. Die Nichterfüllung eines Vertrags hat in der Regel nur privatrechtliche Folgen; das Verhehlen eines gefundenen Schatzes hat nach Verschiedenheit der Fälle Privatstrafen zur Folge¹³⁾.

Es ist kein Grund vorhanden, die Verhehlung eines gefundenen Schatzes für eine den allgemeinen Rechtszustand gefährdende Handlung anzusehen; das Finden von Schätzen kommt so selten vor, daß das allgemeine Wohl durch jene Verhehlung nicht leidet und derjenige, dessen Antheil durch die Verhehlung zurückbehalten wird, erleidet hierdurch keinen Verlust, sondern entbehrt bloß einen Gewinn. Am auffallendsten aber ist die Rechtsungleichheit, wenn man den, welcher einen Schatz verhehlt, nebst der Criminalstrafe noch mit einer Privatstrafe belegt, während der Dieb nur Criminalstrafe und nicht auch nebenbei Privatstrafe zu dulden hat! Betrachtet man das römische Recht und das bayr. Strafgesetzbuch v. J. 1751, so blickt nicht undeutlich hervor, daß dort Privatstrafe und hier öffentliche Strafe vorzüglich aus fiscalischen Gründen angedroht werden: hiezu aber hat der Gesetzgeber um so weniger hinreichenden Grund, als das Finanzwohl

¹³⁾ Fr. 3. §. ult. D. de jure fisci 49. 14. Cod. civ. bav. P. II. C. 3. §. 4. wo aber nebenbei auch malefizische Strafe angedroht ist. Vgl. Cod. crim. bav. v. J. 1751. P. I. c. 2. §. 10. u. Anmßgn. hiezu lit. f. — A. Preuß. L. R. I. 9. §. 102. ff.

durch den Antheil des Staats an gefundenen Schätzen sehr unbedeutend gefördert wird.

Das bayr. Strafgesetzbuch v. J. 1813, durch welches das v. J. 1751 aufgehoben ist, verpönt das Verhehlen eines gefundenen Schatzes nicht ausdrücklich und es entstand nun die Frage, ob dieses Verhehlen dennoch verpönt, ob es unter den Begriff eines im Strafgesetzbuch aufgestellten Verbrechens zu subsumiren sey? Das kön. Oberappellationsgericht, welchem der Zweifel vorgelegt wurde, erklärte unterm 22. Juni 1815, daß es der ersten Instanz nicht vorgreifen könne, daß aber die gesetzlichen Bestimmungen über Unterschlagung und die Berücksichtigung der Anmerkungen Bd. II. S. 99. Nr. 3. und S. 147. Nr. 3. in Vergleichung mit StGB. B. I. 42. den Zweifel, unter welchen Gattungsbegriff von Verbrechen oder Vergehen solche Verhehlung zu subsumiren sey, heben dürften. Durch ein von dem Justizministerium ausgeschriebenes und in die lith. Nov. Samml. unter Nr. 97 aufgenommenes k. Rescript v. 21. Juli 1815 wurde der von einem App. Gerichte nachgesuchten legislativen Entscheidung nicht statt gegeben und auf die obige oberappellationsgerichtliche Entschließung hingewiesen, indem die darin angeführten Stellen des StGB. und der Anmerkungen hinreichend seyen, die erhobenen Zweifel zu lösen.

Seit jener Zeit ist die Frage in Bayern controvers, indem bald die Mittheilung der oberappellationsgerichtlichen Entschließung durch das Staatsministerium der Justiz als eine Genehmigung des Gesetzgebers angesehen, bald jenem Re-

scripte die Kraft einer authentischen Interpretation abgesprochen wird.

Letztere Ansicht dürfte nun allerdings die richtige um so mehr seyn, als die Entschließung des obersten Gerichtshofs eine analoge Anwendung der Gesetze wider Unterschlagung enthält, analoge Anwendung der Strafgesetze aber nicht zu billigen ist. Die Unterschlagung ist allerdings auf anvertraute Sachen nicht beschränkt, aber sie setzt, wie StGB. I. 229. ausdrücklich sagt, die Sache eines Andern voraus, ein Schatz aber ist nicht Sache des Andern, bis er solchen erworben hat und er hat ihn nicht erworben, so lange ihm die Existenz des Schatzes nicht bekannt ist und er den animus der Erwerbung nicht hat¹⁴⁾. — Die Verhehlung eines gefundenen Schatzes verletzt nicht ein erworbenes Recht, sondern ein Recht auf Erwerbung, sie ist also nur analog dem Fall des StGB. I. 229. und kann um so weniger unter dieses Gesetz subsumirt werden, als sie, wie oben gezeigt, ihrer Natur nach nicht von der Gefährlichkeit ist, daß ein Criminalgesetz gegen sie erforderlich scheint.

Wer indeß jene Novelle als Gesetz oder authentische Gesetzauslegung ansehen will, der muß doch wenigstens zugeben, daß der Finder, welchem nach dem Civilgesetz ein Theil des gefundenen Schatzes gehört, hinsichtlich dieses Theils auch keine Unterschlagung begehen kann, denn in

¹⁴⁾ Fr. 3. §. 1. D. de adipisc. vel amitt. poss. (41. 2.) Cod. civ. bav. II. 5. §. 5. Von Zeiller, Com. über das österr. bürgerl. Gesetzb. Bd. II. Th. II. Spitzl. 3. §. 380.

dieser Beziehung ist seine Zueignung nicht rechtswidrig und ein anderer Berechtigter als er ist nicht vorhanden. Gebietet das Civilgesetz dem Finder bei Verlust seines Antheils an dem Schatz die Anzeige des Fundes, so kann ihm doch im Strafrecht dieser Antheil nicht in die Berechnung des Werths des Unterschlagenen eingerechnet werden, denn der Strafe der Unterschlagung kann höchstens die rechtswidrige Zueignung des dem Andern gehörigen Antheils unterliegen und hinsichtlich des dem Finder gehörigen Antheils kann derselbe nur derjenigen Strafe des Nichtanzeigens unterliegen, welche das Civilgesetz hiefür angedroht hat und welche nicht eine Verbrechen- oder Vergehenstrafe ist, denn letztere können vermöge Art: 1. des Promulgationsedicts zum StGB. v. J. 1813 nach den früheren Gesetzen nicht mehr erkannt werden.

(Fortsetzung folgt.)

Zur Lehre vom Zeugenbeweise in Civilsachen.

13.

Gevatterschaft begründet bei Protestanten keine Exceptionsmäßigkeit.

(G. D. X. §. 11. Nr. 6.)

Da nach protestantischen Grundsätzen durch die Gevatterschaft eine geistliche Verwandtschaft (*cognatio spiritualis*) nicht begründet wird, so kann sie bei Protestanten auch keine Exceptionsmäßigkeit der Zeugen bewirken³⁴⁾.

³⁴⁾ Hommel Rhaps. qu. For. Obs. 211. s. v. Patriui. Vgl. auch Glück Pand. Comment. XXIII. §. 1215. b. C. 441. — AÜG. v. 12. Juni 1821.

14.

Hausgenossenschaft als Grund der Exceptionsmäßigkeit.

(G. D. X. §. 11. Nr. 6.)

Die Anm. zur G. D. X. §. 11. Nr. 6. lit. h. sagen: „obwohl unter den Hausgenossen gemeinlich nur jene verstanden werden wollen, welche bei uns wohnen, und zugleich subordinirt sind, so geht doch das *jus bavaricum* in diesem Stück weiter und begreift auch bloße Inleute, zu Latein: *Inquilinos*, mithin alle jene darunter, *qui sunt in eadem domo*.“

Unter den Begriff *domus* gehört aber nicht bloß das Wohnhaus, sondern auch das dazu gehörige Korb- oder Nebenhaus³⁵⁾. Daher befinden sich Miethsleute in dem zum Wohnhause gehörigen Nebenhause in *eadem domo* mit dem Eigenthümer und sind aus diesem Grunde exceptionmäßige Zeugen, wenn sie, von ihm producirt, zu seinem Vortheil aussagen³⁶⁾.

15.

Sind Soldaten im Prozesse ihrer Offiziere exceptionmäßige Zeugen?

(G. D. X. §. 11. Nr. 6.)

Daraus, daß der Zeuge, welcher Soldat ist, mit dem Producenten, welcher Offizier ist,

E. 301¹⁹/19. — In den Proceßordnungs-Entwürfen ist die Gevatterschaft unter den Verdächtigungsgründen der Zeugen nicht speciell erwähnt. S. Entw. v. 1825. §. 533. S. 176. Entw. v. 1827. §. 294. S. 100. Entw. v. 1831. §. 248. S. 124.

³⁵⁾ Fr. 91. §. 6. de legatis III. Leyser spec. 209. Med. 3. Glück Pand. Comment. XIX. S. 20.

³⁶⁾ AGG. v. 25. Oct. 1826. E. 83²⁰/21.

bei einer und derselben Compagnie oder Escadron dient, kann eine Exceptionmäßigkeit nicht angenommen werden, denn die dienstliche Subordination der gemeinen Soldaten gegen die Offiziere begründet keinen solchen Pflichtverband, wie ihn die G. D. X. §. 11. Nr. 6. und die Anmerkung hiezu lit. g. verstanden haben will³⁷⁾.

Zur Lehre vom Beweise der Einbringung des Heirathgutes¹⁾.

GD. XX. §. 6. Nr. 5. Für den Fall, wenn die Einbringung des Heirathgutes durch des Ehemanns eigenes Geständniß bewiesen werden soll, verordnet die G. D. a. a. D., daß ohne Unterschied, ob das Geständniß vor oder nach der Copulation geschehen ist, drei Dinge erforderlich seyen, nämlich erstens, daß das Heirathgut in den pactis dotalibus vorläufig versprochen; zweitens, der Empfang mittelst einer besondern Quittung von dem Ehemann bescheinigt und drittens, durch zehnjährige Kobabitation bestätigt sey.

Nun kommt es häufig vor, daß es in den pactis dotalibus heißt: „die Braut bringt ein Heirathsgut von ein“ —, und dieser Vertragsbestimmung sofort die Erklärung beigelegt wird, daß die bezeichnete Summe bereits ausgezahlt worden. Diese Erklärung über bereits geschehene Auszahlung kann nun zwar nicht

³⁷⁾ DAGE. v. 22. Aug. 1831. F. 1³⁰/₃₁. (AGAct. R. 913²⁹/₃₀).

¹⁾ AGE. vom 23. Febr. 1838. (R. 841³⁶/₃₇).

die Stelle des zweiten Erfordernisses, der besondern Quittung des Ehemanns vertreten; aber es wird auch dadurch nicht gehindert, die dem Bekenntnisse der Auszahlung vorübergehende Stipulation als Erfüllung des ersten Erfordernisses der fraglichen Beweisführung, nämlich als „vorläufiges Versprechen“ gelten zu lassen.

Als „besondre Quittung des Ehemanns“ kann es angesehen werden, wenn der Ehemann später bei der Verhandlung über die Eintragung des Heirathgutes in das Hypothekenbuch zum Hypothekenprotokolle den Empfang der einzutragenden Summe einbekannt hat.

Vom richterlichen Amte in Bezug auf minder bestimmte Behauptungen.

Wenn eine gewisse Thatsache nach gesetzlicher Vorschrift das in Frage befindliche Recht nur unter Voraussetzung bestimmter Modalitäten, insbesondere Zeit- oder Orts-Verhältnisse, begründet, so kann der unbestimmten, die entscheidende Modalität nicht erwähnenden Behauptung dieser Thatsache processualische Wirksamkeit nicht beigegeben werden. Besteht jedoch darüber, ob es auf jene Modalitäten ankomme oder nicht, eine Kontroverse, und ist die Sache wirklich für zweifelhaft anzusehen, so muß der Richter, wenn er gleich von der Relevanz der Modalität vollkommen überzeugt ist, dennoch Bedenken tragen, die unbestimmte Behauptung der Thatsache wegen dieses Mangels zu verwerfen, vielmehr rechtfertigt der Umstand, daß diese minder bestimmte Erzählung nach einer gegentheiligen durch gewichtige Gründe vertheidigten Ansicht genügend wäre, den Ausweg, die erforderliche Rücksicht auf die relevante Modalität dadurch zu bethätigen, daß eine entsprechende Beschränkung in den Beweisatz

aufgenommen wird ¹⁾. — Es ist jedoch dieser Ausweg abgeschnitten, wenn der Gegner die Einlassung auf die fragliche Behauptung, eben wegen ihrer Unbestimmtheit, verweigert und sich über die Wahrheit des Faktums nicht einmal eventuell erklärt hat ²⁾.

Zur Lehre von der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs.

Der §. 22. des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 bestimmt, was in das Hypothekenbuch, unter den in den §§. 25 und 26 bestimmten Rechtsfolgen, eingetragen werden muß. Allgemeine persönliche Eigenschaften und Verhältnisse der Hypothekengläubiger, welche auf deren Dispositionsbefugniß Einfluß haben, sind darunter nicht begriffen. Deswegen wird hier die Berücksichtigung dieser persönlichen Eigenschaften z. B. der Minderjährigkeit, des ehlichen Verhältnisses mit gesetzlicher Gütergemeinschaft, dadurch, daß das Hypothekenbuch ihrer nicht erwähnt, keineswegs ausgeschlossen; und es verletzt solche Berücksichtigung das Grundprincip der Oeffentlichkeit um so weniger als ohnehin diese allgemeinen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse offenkundig sind, und dem Interessenten, welcher sich darnach erkundigt, nicht verborgen bleiben können ¹⁾.

¹⁾ J. B.: In dem Rechtsstreite über die Wirksamkeit einer Enterbung behauptet der Ausgeschlossene, die als Ursache angeführte Beleidigung sei vom Erblasser verziehen worden, ohne zu erwähnen, ob die Verzeihung vor oder nach der Testaments-Errichtung erfolgt sep. — Nach der richtigen Ansicht wird durch eine nach der Testaments-Errichtung erklärte Verzeihung die Enterbung — ohne Widerruf des Testaments nicht entkräftet. Mühlenthal in Glücks Comment. Bd. 37. S. 185 — 6.

²⁾ AGG. vom 10. April 1838. D. 970²⁶/37.

¹⁾ AGEntschl. vom 10. April 1838. G. 206³⁷/38.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 16. Samstag, den 4. August 1838.

Von der Haftung des k. Fiskus und der Gerichtsherrn für amtliche Depositen und dem aus Unterschlagung oder schuldhafter Entäusserung derselben den Partheien zugehenden Schaden.

Von Dr. Georg Karl Seuffert.

I. Das Depositorium der Gerichte ist eine öffentliche, vom Staate gegründete, mit der Jurisdiktion verbundene Anstalt, dazu bestimmt, den Fundamental-Staatzweck, Sicherung der Rechte, in besonderer Richtung auf das ansonst gefährdete Vermögen, oder gefährdete Vermögenstheile der Unterthanen zu erfüllen. Die Hinterlegung geschieht kraft gesetzlicher Bestimmungen oder auch nach freier Uebereinkunft der Betheiligten, immer aber zu dem Zwecke, damit das hinterlegte Gut unter öffentlicher Garantie und Wahrung des Staats dem Berechtigten erhalten, und ihm, sobald er ausgemittelt, oder sonst zum Bezuge gehörig legitimirt und befähigt ist, restituirt werde. Hierin gerade liegen nun die Merkmale des Hinterlegungs- oder vielmehr Sequestrationsgeschäftes wie sie in

den Gesetzen ¹⁾ klar und umständlich entwickelt sind.

Der Staat haftet daher gleich dem Sequester für die bei ihm, d. h. in dem von ihm gegründeten Depositorium legal hinterlegten oder demselben anvertrauten Gegenstände mit der *actio depositi sequestraria* dem Deponenten oder dem zur Zurückforderung überhaupt Berechtigten ²⁾. Hierbei ist unter legaler Hinterlegung jene zu verstehen, welche unter Beobachtung der in den betreffenden Gesetzen und Instruktionen ³⁾ bei Annahme von Depositen und deren Bescheinigung vorgeschriebenen Formlichkeiten geschah. Dagegen ist unter dieser Voraussetzung das Daseyn einer *justa causa deponendi* nicht erforderlich, um die obige Klage gegen den Fiskus zu begründen, weil jene an der formellen Eigenschaft eines Depositums, als solchen, nichts zu ändern vermag, und jedenfalls im Verhältnisse der Parthei und des Depositoriums durch das richterliche Annahmefiktet gegeben, sonach mit jener ersten Bedingung zugleich nachgewiesen ist und wird.

II. Zwar handelt der Staat in diesem Verhältnisse so wie in allen übrigen durch seine Beamten. Allein dieß ändert nichts an dem Bestande und dem Umfange seiner Verbindlichkeiten aus der legal geschehenen Hinterlegung, denn es liegt in der Natur der Sache und ist in fr. 1. §. 1.

¹⁾ F. 7. §. 2. qui satisd. cog. fr. 110. de V. S. fr. 9. §. 3. de dolo f. 22. §. 8. sol. matr. Const. 5. et 6. depos.

²⁾ Fr. 12. §. 2. depos.

³⁾ k. B. jener vom 10. November 1832.

et sqq. quod cujusvis univers. nom. gesetzlich sanktionirt, daß jede universitas durch ihre Organe handelt, und durch sie vertreten und verpflichtet wird, wenn sie ihrem Mandate gemäß gehandelt haben.

Zudem stehen die zur Vereinnahmung und Verwahrung der Depositen bestellten Beamten zu dem Staate rein in dem Verhältnisse des Mandataris zum Mandanten, des propositus zum institor; sie sind als solche öffentlich bezeichnet, handeln nur im Namen, nach der Instruktion und unter dem Titel ihres Mandanten, verpflichten daher nicht nur diesen letzteren durch ihre Handlungen, sondern begründen auch gegen ihn nach Analogie der actio institoria eine actio utilis aus dem von ihnen in Folge ihrer Amtsführung abgeschlossenen Geschäfte⁴⁾.

Auch erfordert es sowohl die Natur der Sache, als die Rücksicht auf das nach fr. 34. de R. J. stets vor Allem zu beachtende id quod actum est, daß nur der Staat und nicht der zur Verwahrung der Depositen von ihm bestellte Beamte, als Depositar angesehen werde. Denn nicht der letztere, sondern der Staat allein bietet den Theiligten die erforderliche Garantie für das hinterlegte Vermögen, und es würde dem Zwecke der Anstalt des Depositoriums, möglichste Sicherung gefährdeter Rechte, wenig entsprechen, wenn dieselbe durch die Hinterlegung bedeutender Vermögensmassen in die Hände eines Beamten, der in der

⁴⁾ F. 13. §. 25. de A. E. V. fr. 31. pr. de negot. gest. fr. 19. et 20. de inst. act. fr. 10. §. 5. Mand.

Regel dem Deponenten hiefür nicht caviren kann, unter seiner ausschließenden Haftung bewirkt werden sollte. Deßhalb ist auch schon durch die früheren bayerischen Depositen-Berordnungen vom 24. Octob. 1796 und 9. Juli 1802 ausgesprochen, daß der Staat für amtliche Depositen-Gelder selbst verantwortlich sey, und müssen ihm in Konsequenz damit auch die f. g. Zähl- oder Depositen-Gebühren verrechnet werden.

Da nun nach §. 63. der IVten und §. 59. der VIten Beilage zur Bl. die Inhaber standes- und gutsherrlicher Gerichte in Bezug auf ihre aus der Gerichtsherrlichkeit hervorgehenden Haftungen dem Staate ganz gleich gestellt sind, so ist das Resultat der bisherigen Ausführung auch auf sie anwendbar, und sie sind unter denselben Voraussetzungen, der Klage auf Restitution eines amtlichen Depositums auf Seite des Deponenten oder eines anderen hiezu Berechtigten unterworfen.

III. Auf gleiche Weise jedoch aus anderen Gründen ist die Frage zu beantworten, ob der Staat, wenn sein Beamter ein Depositum unterschlägt, oder schuldhafter Weise abhandeln kommt läßt, der Parthei zur Verzinsung und zum Schadensersatz, d. h. zur Leistung des vollen Interesse überhaupt, und vor Ausklagung des Beamten insbesondere verpflichtet sey?

Hier ist nicht von einer eigenen nur durch seine Beamten in gesetzlicher Art vorgenommenen Handlung des Staats, sondern von einer solchen die Rede, welche den Beamten allein betrifft, welche nicht in dem Umfange und Sinne der ihm erteilten Instruktion gelegen ist, vielmehr den Cha-

rafter der Illegalität und Strafbarkeit im höchsten Grade an sich trägt.

Rücksichtlich solcher Handlungen besteht nun zwar ⁵⁾ der gemeinrechtliche Grundsatz, daß eine universitas durch ihre Beamten nicht verpflichtet werde; eben so haftet der Depositär, welcher die bei ihm deponirte Sache einem anderen anvertraute ⁶⁾, nur insoferne für dessen Handlungen, als ihm bei Auswahl dieses Substituten, oder bei Beaufsichtigung seiner Geschäftsführung irgend etwas zur Last gelegt werden kann; allein dessen ungeachtet muß auch hier die Haftung des Fiskus und folgeweise des Gerichtsherrn für den durch Unterschlagung eines Depositums von Seite seines Beamten entstandenen Schaden angenommen werden, wenn derselbe durch eine solche unerlaubte und strafbare Handlung bei und in Ausübung des Amtes, und unter Mißbrauch des Amtes zu einem unerlaubten Zwecke zugefügt wurde. Denn legt man auch hier, wie nicht anders geschehen kann, im Verhältnisse des Staats zu seinen Beamten und in Bezug auf dessen Geschäftsführung den Standpunkt des Mandats zu Grunde, so verordnen die Gesetze ⁷⁾ ganz klar und deutlich, daß der Mandant für den durch den Mandatar bei Vollführung des aufgetragenen Geschäfts gestifteten Schaden haftbar sey; namentlich ist (fr.

⁵⁾ Arg. f. 3. 4. quando ex facto tut. fr. 11. pr. de doli mali except. Schweppe P. R. §. 78.

⁶⁾ Arg. fr. 16. depositi. Seuffert prakt. P. R. §. 316.

⁷⁾ Fr. 5. §. 8. de institoria act. fr. 11. §. 4. eod. fr. 5. §. 3. de doli et met. except.

5. §. 8. de inst. act.) ausgesprochen, daß in dem Falle eines von dem *præpositus* begangenen Diebstahls, wenn er an den ihm zufolge seines Auftrags anvertrauten Gegenständen vollführt worden, der Mandant oder Geschäftsherr mit der *actio quasi institoria* belangt werden könne, obgleich auch die *actio furti et injuriarum* (in dem Falle des Gesetzes) zuständig wären.

Da nun das Gesetz diese Haftungsverbindlichkeit des Mandanten für unerlaubte Handlungen des Mandatars nicht auf den Ersatz der *rei aestimatio* ausdrücklich beschränkt, jeder Schadenersatz aber, wenn nicht besondere Ausnahmen vorliegen, die Leistung des vollen Interesses befaßt⁸⁾, da hier namentlich die unbedingte Zusammenstellung der gegen den Mandanten gerichteten Klage mit der *actio furti*, welche⁹⁾ auf volle Schadloshaltung in jeder Beziehung angestellt werden kann, ganz unzweideutig beurfundet, daß der Beschädigte nach der Intention des Gesetzes durch eine jede der darin bezeichneten Klagen denselben Zweck erreichen könne, so liegt auch kein Bedenken vor, jene Verbindlichkeit des Mandanten auf allen Schaden, somit auch auf Zinsen und Kosten zu erstrecken¹⁰⁾.

Hiegegen releviren die oben angeführten gemeinrechtlichen Grundsätze über die Verpflichtung der *universitas* durch ihre Beamten desßhalb nichts, weil sie nur aus der Analogie geschlossen, in ihrer Allgemeinheit den speciellen gesetzlichen aus dem

⁸⁾ §. 10. de lege Aquil. fr. 33. loc. cond.

⁹⁾ Fr. 80. §. 1. de furt.

¹⁰⁾ F. 1. §. 23. 24. deposit.

eigentlichen rechtlichen Verhältnisse der universitas zu ihren Beamten hergeleiteten Bestimmungen weichen müssen. Eben so können die etwaigen laxeren Principien des römischen Rechts über die Haftung des Depositaris für seinen Mandatar hier schon um deswillen keine Anwendung finden, weil die Uebernahme des Depositums von Seite des Staats nicht als etwas rein fakultatives und lästiges, sondern als eine Pflichterfüllung erscheint, für welche Gegenprästationen (Depositen-Gebühren) entrichtet werden, und weil sich der Staat jedenfalls zu dieser Uebernahme offerirt, in welchem Falle selbst nach römischem Rechte ¹¹⁾ der Depositar omnem culpam et custodiam zu prästiren hat.

Endlich ist auch der Fall des (oben allegirten) fr. 16. depos. ein ganz anderer, als der hier zu entscheidende. Dort hat der Depositar die anvertraute Sache weiter deponirt, steht also mit dem Dritten nicht im Mandats- sondern in gleichem Verhältnisse, wie zu seinem eigenen Deponenten; er kann also nicht und um so weniger mit der actio quasi institoria belangt werden, als nur er, nicht sein ursprünglicher Contrahent mit jenem Dritten in irgend eine Beziehung getreten ist. Bei gegenwärtiger Untersuchung aber kann nicht gesagt werden, daß der Staat oder der Gerichtsherr das ihm Anvertraute weiter bei seinem Beamten deponire, sondern dieser handelt in allen und jeden Stücken aus Auftrag des Staats, und verpflichtet ihn somit als den ursprünglichen und

¹¹⁾ Fr. 1. §. 35. depos.

einzigem Depositar aus seinen Handlungen zur Haftung *actione quasi institoria* in ihrem vollen oben entwickelten Umfange, daher auch zum vollständigen Ersatze eines jeden durch Unterschlagung oder schuldhafter Entäußerung des ihm anvertrauten Depositums den Betheiligten zugegangenen Schadens.

IV. Derselbe Weg, welcher uns zur Lösung der bisher erörterten Aufgaben geführt hat, leitet auch zur Entscheidung der Frage, ob der Fiskus, der nach diesen Grundsätzen gegen ihn erhobenen *actio depositi* oder *quasi institoria* die Einrede der Vorausklagung des Beamten mit Erfolg entgegensetzen könne.

Handelt es sich lediglich um Rückerstattung des Depositums, so muß die Frage unbedingt und schon deswegen verneint werden, weil der Staat und nicht der Beamte nach obiger Ausführung (ad I und II) als Depositar betrachtet werden kann. Steht dagegen neben dem wahren Werthe des zu Verlust gegangenen Gutes auch der Ersatz eines sonstigen Schadens in Frage, so stellen es die Gesetze¹²⁾ dem Berechtigten frei, ob er sich an den Mandanten oder an den Mandatar halten wolle, und sind soweit entfernt, die Zulässigkeit der Klage gegen den Ersteren von der vorher geschehenen Ausklagung des Letzteren abhängig zu machen, daß sie namentlich in Fr. 5. §. 8. de instit. act. dieselbe elektiv mit der ge-

¹²⁾ Fr. 31. pr. de neg. gest. fr. 10. §. 5. mandat. Const. 5. de instit. et exercit. act. fr. 1. §. 17. de exercit. fr. 45. pr. §. 2. mand.

gen den Mandatar zuständigen Deliktöklage concurriren lassen.

Die Voraußklagung des untreuen oder nachlässigen Beamten kann daher von dem Beschädigten nicht verlangt werden, und ist in dem in der Regel vorkommenden Falle, wenn dieser Beamte bei Anstellung der Klage gegen den Fiskus oder gegen den Gerichtsherrn bereits seines Amtes entsetzt oder vom Dienste entfernt ist, schon deshalb völlig unzulässig, weil nach Fr. 20. de instit. act. die Klage gegen den Mandatar ganz cessirt, und nur noch ausschließend gegen den Präponens statt findet, wenn der Erstere mit dem Dritten zufolge einer fortlaufenden Geschäftsführung oder Verwaltung eines Amtes zu thun hatte, oder denselben hiebei beschädigte, und diese Amtsverwaltung bereits beendigt ist.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

5.

Eine verlorne Sache behält diese Eigenschaft, bis sie wieder in irgend eine Detention kommt. Hieraus folgt, daß nicht bloß derjenige sich eines Funddiebstahls schuldig machen kann, der die verlorne Sache zuerst entdeckt, sondern auch derjenige, welcher von diesem ersten Entdecker erfährt, wo sie sich befindet, und wenn der erste Entdecker die Sache an sich genommen, aber wieder vere-

linquirt hat und einem Andern von der Sache Nachricht giebt, so ist die Sache noch immer eine verlorne Sache und der Andere, welcher sie sich rechtswidrig zueignet, begeht keinen eigentlichen Diebstahl, denn er nimmt die Sache nicht aus der Detention eines Andern, sondern er ergreift den Besitz einer verlornen Sache, begeht also einen Funddiebstahl¹⁵⁾.

6.

Die Apprehension einer verlornen Sache ist gesetzlich nicht verpönt, dem Finder ist solche vielmehr zum Behuf der Rückgabe an den Verlierer oder Eigenthümer erlaubt: erst die rechtswidrige Zueignung fällt in das Gebiet des Strafrechts¹⁶⁾ und so wenig ein culpofer Diebstahl denkbar ist, so wenig kann es einen culposen Funddiebstahl geben¹⁷⁾. Die Absicht der rechtswidrigen Zueignung wird nach StGB. I. 43. vermuthet, wenn ein Act der Zueignung bewiesen ist, und sie soll insbesondere vermuthet werden, wenn der Finder die Sache dem sich meldenden Eigenthümer oder Verlierer vorenthält, oder innerhalb acht Tagen seinen Fund weder der Obrigkeit anzeigt, noch dem Publicum bekannt macht¹⁸⁾. Diese Vermuthung kann aber durch die Wahrscheinlichkeit des Gegentheils aufgehoben werden¹⁹⁾.

15) DAGE. v. 28. April 1835. Nr. 57. 18³⁴/33. AGA. 99. 18³²/33.

16) StGB. I. 212. Crim. Arch. a. a. D.

17) v. Feuerbach a. a. D. §. 320. Crim. Arch. a. a. D. S. 241. Anmerk. j. StGB. II. S. 229.

18) StGB. a. a. D.

19) StGB. I. 43. II. 272.

7.

Es kommt ziemlich oft vor, daß der, welcher eine gestohlene Sache besitzt und wegen Diebstahls in Untersuchung kommt, die Behauptung aufstellt, er habe die Sache gefunden und dann entsteht die Frage, ob er wegen Funddiebstahls verurtheilt werden könne. Steht der Thatbestand des eigentlichen Diebstahls fest und ist gegen den Besitzer der gestohlenen Sache wirklich Verdacht dieses Diebstahls vorhanden, so ist es juristisch unmöglich, ihn wegen Funddiebstahls schuldig zu erklären, denn in demselben Grade, in welchem es wahrscheinlich ist, daß er die Sache wirklich gestohlen, in demselben Grade ist es unwahrscheinlich, daß er sie gefunden habe. Zwar wird behauptet, es habe ja der Gesetzgeber den Funddiebstahl und den eigentlichen Diebstahl gleichgestellt, beide unter einen Gattungsbegriff gestellt, es werde also derjenige, welcher bei hergestelltem Thatbestand eines eigentlichen Diebstahls wegen zugestandenen Funddiebstahls verurtheilt werde, immer nur wegen eines Diebstahls verurtheilt, welcher doch der Gattung nach wirklich begangen worden sey²⁰⁾: es muß aber erwogen werden, daß Niemand in die Strafe eines Verbrechens verurtheilt werden kann, außer wenn durch positive Beweise zur Gewißheit gebracht ist, 1) daß das in Frage stehende Verbrechen wirklich geschehen sey und 2) daß der Angeschuldete entweder dessen Urheber sey, oder als Gehülfe oder

²⁰⁾ Von Aretin, Jahrbücher der Gerechtigkeitspflege in Bayern, II. 3. S. 71.

Begünstiger dabei mitgewirkt habe²¹⁾. Wenn in einem Hause ein Diebstahl begangen wird, und der Beißer von Gegenständen jenes Diebstahls behauptet, solche im Walde gefunden zu haben, so wäre es unlogisch, ihn auf den Grund dieses Geständnisses wegen des im Hause begangenen Diebstahls verurtheilen zu wollen und wenn es unwahrscheinlich ist, daß er die Gegenstände im Walde gefunden, so wäre es eine Verübung gegen das Gesetz²²⁾, ihn auf den Grund eines unglaublichen Geständnisses zu verurtheilen. Wer da glauben wollte, es wäre materiell nicht verfehlt, den wegen des unbekannten Funddiebstahls zu verurtheilen, welcher allen Umständen nach den eigentlichen Diebstahl begangen habe, der würde seine moralische Ueberzeugung verwechseln, jene unter der Maske dieser aussprechen, und den, von welchem er moralisch überzeugt ist, daß er einen eigentlichen Diebstahl begangen, des Funddiebstahls schuldig erklären, obgleich er überzeugt ist, daß dieser nicht begangen worden. — Die Praxis huldigt jetzt den hier entwickelten Grundsätzen²³⁾.

So wie es nun aber möglich ist, daß wirklich gestohlene Sachen nach dem Diebstahl verloren werden, z. B. vom Dieb auf der Flucht, so ist auch eine Verurtheilung des Finders wegen Funddiebstahls möglich, obgleich vielleicht gar gegen ihn die Specialuntersuchung wegen eigentlichen

²¹⁾ StGB. II. 259.

²²⁾ StGB. II. 267⁷.

²³⁾ ABE. v. 1. Sept. 1837. AGA. 270. 18³⁸/37.

Diebstahl eingeleitet war. Gesezt es wird Nacht aus einem Hause gestohlen und am andern Tag findet man die entwendeten Gegenstände bei einem Dritten, welcher sie von einem wegen Diebstahl übel berüchtigten Menschen gekauft hat, dieser Verkäufer aber beweist, oder macht wahrscheinlich, oder behauptet, daß er in der Nacht des Diebstahls an einem andern Ort gewesen, also den Diebstahl nicht verüben konnte und daß er am Morgen nach dem Diebstahl die dann verkauften Gegenstände in einem Walde gefunden habe. In solchen Fällen ist zwischen Verbrechen und Vergehen zu unterscheiden. Bei Verbrechen muß der Thatbestand des Funddiebstahls, also vorzüglich das Finden entweder durch Augenschein, oder durch Aussage der Zeugen oder Beschädigten²⁴⁾, oder wenn dieses nicht möglich, unter besonderen gesetzlichen Bedingungen²⁵⁾ durch Geständniß hergestellt seyn. Bei Vergehen genügt das Geständniß auch zu Herstellung des Thatbestandes, vorausgesetzt, daß dasselbe zugleich alle wesentlichen zur Verurtheilung nothwendigen, die That an und für sich betreffenden Umstände zu seinem Gegenstande hat²⁶⁾, insbesondere aber, daß es ihm nicht an der Glaubwürdigkeit fehlt²⁷⁾.

(Fortsetzung folgt.)

²⁴⁾ StGB. II. 268.

²⁵⁾ StGB. II. 269.

²⁶⁾ StGB. II. 470^a.

²⁷⁾ StGB. II. 267. vgl. mit 482.

**Zur Lehre vom Calumnieneid in Beziehung auf
Fiskale ¹⁾.**

Die G.D. E. 13. §. 6. bestimmt Nr. 5.:
Ausgenommen sind 1c. Fiskale und Kammeradvokaten, welchen man ohne besonders erhebliche Ursache diesen Eid (den Calumnieneid, also den allgemeinen wie den speciellen) nicht zumuthen soll.

Die Proceßnovelle vom 22. Juli 1819 hebt zwar im §. 7. die Bestimmungen der G.D. E. 13. §. 6. gänzlich auf, allein nicht in der Absicht die Calumnieneide zu vervielfältigen, und zur Anwendung derselben eine ausgedehntere Norm zu geben, sondern sie zu beschränken, was schon daraus hervorgeht, daß der allgemeine Calumnieneid gänzlich verbannt, und der specielle nur in zwei Fällen mehr statt finden soll. (Kommentar S. 111.) Die in der allegirten Novelle ausgesprochene Aufhebung des §. 6. E. 13. der G.D. kann sich demnach auf die Fälle, wo schon die G.D. am angeführten Orte in subjektiver Hinsicht eine Beschränkung des fraglichen Eides enthält, nicht ausdehnen, sondern ist nur so zu verstehen,

daß für die Zukunft der allgemeine Calumnieneid gänzlich aufhören, und der besondere einzig noch in zwei Fällen statt finden — sohin zu der obigen subjektiven nun auch die angezogene objektive Beschränkung treten soll, in welcher letzteren Beziehung für den besonderen Calumnieneid auch die Formel aus dem allegirten §. 6 der G.D. beibehalten wurde.

¹⁾ Aus einem Erkenntniß des k. OAB. v. 21. Mai 1831.

Zur Lehre von der Adhäsion.

In Linder's Abhandlung über Appellationsgemeinschaft und Reformatio in pejus ¹⁾ sind — unter Anderem — in Bezug auf Adhäsion folgende Sätze aufgestellt und näher begründet:

1) Daraus, daß Jemand auf eine selbstständig zu ergreifende oder ergriffene Appellation ausdrücklich oder durch concludente Handlungen verzichtet hat, darf nicht auch gefolgert werden, daß er auch auf die Wohlthaten der Appellationsgemeinschaft, insbesondere auf die Befugniß zur Adhäsion verzichtet habe ²⁾.

2) Die Befugniß, zu adhäriren, geht auch nicht dadurch verloren, daß der Appellat zunächst die Formalien der Berufung des Gegners — mit unerheblichen Gründen — bestreitet ³⁾; ebenso wenig wird

3) der Appellat durch die Desertion der seinerseits selbstständig ergriffenen Appellation gehindert, dieselben Beschwerden nun zufolge der Appellationsgemeinschaft geltend zu machen. Wer appellirte, aber seine Appellation desert werden ließ, kann nicht nachtheiliger in der Sache behandelt werden, als Einer, der gar nicht appellirte. Justinian beabsichtigte zudem bei Einführung der Appellationsgemeinschaft, den streitenden Theilen eine größere Fürsorge zuzuwenden, als sie

¹⁾ Archiv für civ. Praxis. Bd. XIX. Heft III. und Bd. XX. Bd. I.

²⁾ a. a. D. Bd. XIX. S. 489.

³⁾ a. a. D. S. 491.

selbst bei gehöriger Aufmerksamkeit bewirken möchten ⁴⁾.

Nebstdem finden die im II. Bande der Blätter für Rechtsanwendung S. 109 — 12 über den Umfang des oberrichterlichen Amtes aufgestellten Grundsätze ihre Befräftigung in dem, was Linde in dem bezeichneten Aufsatze über denselben Gegenstand vorgetragen hat ⁵⁾.

Tagebuch der Praxis.

Ein Erkenntniß des Appellationsgerichts für den vormaligen Rezatkreiß vom 1. Juli 1835 ¹⁾, welches ausspricht, daß die Gemeinde — und nicht deren Gegner — diejenigen Gemeindeglieder zu wählen habe, durch welche der ihr obliegende Haupteid abzuleisten sey ²⁾, ist durch DABG. v. 7. Juni d. J. (K. 641 ^{31/32}) bestätigt worden.

⁴⁾ a. a. D. S. 492 — 3.

⁵⁾ a. a. D. S. 506.

¹⁾ K. 842 ^{30/31}. Nunmehrige Act. Nummer bei dem AG. v. Oberfranken K. ^{28/1838}.

²⁾ S. Nr. 4. dieser Blätter S. 53 ff.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 17. Samstag, den 18. August 1838.

Don Reservationen und Gewissensskrupeln,
welche in Bezug auf Eidesleistungen erklärt
werden.

In einer Rechtsache, außerehliche Vaterschaft und Alimentation betreffend, war der Klägerin zu beweisen auferlegt worden, daß sie innerhalb des Zeitraums vom 7. März bis 21. Mai 1831 mit dem Beklagten den Beischlaf gepflogen habe. — Die Beweisantretung geschah lediglich durch Eideszuschiebung. Auf diese erklärte sich der Beklagte, wie folgt:

„Wenn ich gleich nicht leugnen kann, mit der Klägerin im J. 1831 verbotenen Umgang gehabt zu haben, und wenn ich mir gleich die jedesmalige Zeit nicht genau gemerkt habe, so bin ich doch bereit, den zugeschobenen Eid abzuleisten.“

Hierauf stellte die Klägerin den Antrag, den Delaten für „nicht schwören könnend“ zu erklären, und demgemäß zu verurtheilen. Das Gericht erster Instanz erkannte aber auf Ableistung des accep-

tirten Eides, und dieses Erkenntniß wurde von dem UG. für Mittelfranken am 31. März 1838 ¹⁾ aus folgenden Gründen bestätigt:

1) Ist der Delat wegen mangelhafter Erinnerung, wie es sich mit der zu beschwörenden Thatsache verhalte, im Zweifel, so mag ihn dies aus dem moralischen Gesichtspunkte zur Eidesverweigerung bestimmen; aber juristisch kann die Erklärung jener Ungewißheit der Eidesverweigerung in der Wirkung nicht gleichgestellt werden, indem der Delat nicht verbunden seyn kann, eine Thatsache deswegen zu seinem Nachtheil als wahr gelten zu lassen, weil er über deren Wahrheit oder Unwahrheit im Zweifel ist. — Auf der andern Seite geht es

2) offenbar nicht an, die Eidesleistung in dem Falle, wenn der Delat die Unsicherheit seines Wissens, übrigens seine Bereitwilligkeit, zu schwören, erklärt, zum Nachtheile des Deferenten für unstatthaft zu achten, d. h. jener Erklärung des Delaten die Wirkung beizumessen, daß nun der Deferent des Beweismittels der Eideszuschiebung verlustig würde. Demzufolge bleibt hier

3) kein Ausweg übrig²⁾, als die Eidesleistung zuzulassen, und es dem Gewissen des De-

¹⁾ K. 996³⁶/37.

²⁾ Allerdings kann sich noch ein anderer Ausweg ergeben, sofern es der Gegner nicht an geeigneten rechtzeitig gestellten Anträgen fehlen läßt. — Reservationen und Aeußerungen von Gewissenskrupeln, welche von dem Delaten der Eides-Acception beigelegt, oder überhaupt von demjenigen, welcher einen Haupt- oder nothwendig-

laten, inwiefern er der Unsicherheit seines Wissens ungeachtet eine bestimmte eidliche Versicherung zu geben sich getraut, anheimzustellen. Die Vorschriften der Gerichtsordnung stehen dieser Lösung der Zweifelsfrage nicht im Wege; vielmehr entspricht dieselbe der Bestimmung des Kap. XIII.

gen Eid schwören soll, im Schwörungstermine gemacht werden, — haben die Natur eines neu vorgekommenen Thatumstandes, und können dem Gegner als neuer Beweisgrund dienlich seyn; somit denselben zur Bitte um Zulassung eines Beweis-Nachtrags resp. einer Beweisführungs-Änderung veranlassen. Durch die fragliche Äußerung kann vielleicht eine so gewichtige Vermuthung für die Wahrheit des Gegentheils dessen, was beschworen werden soll, begründet werden, daß nun der Gegner desjenigen, welcher schwören sollte, auf Zulassung zum Ergänzungs-Eide anzutragen Ursache hat, oder daß nunmehr Grund vorhanden ist, ihm statt der andern Parthei die Leistung des nothwendigen Eides zuzuerkennen. Die Statthastigkeit solcher Beweisführungsänderungen resp. solcher Anträge auf nochmalige Beweisprüfung mit Beachtung der geäußerten Gewissensskrupel oder Vorbehalte — ist um so weniger zu bezweifeln, als hier die allgemeinen Grundsätze von der nachträglichen Beweisführung *ex capite novorum* zur Anwendung kommen, und der Richter von Amtswegen, wenn es an einem rechtlichen Anhaltspunkte nicht fehlt, auf Verhütung gewissenloser Eidesleistungen Bedacht zu nehmen hat. — Jedenfalls wird, wenn im Schwörungstermine dergleichen Skrupel und Vorbehalte geäußert werden, mit der Eidesabnahme, bevor der Gegner sich darüber vernehmen lassen konnte und ein Richterspruch darüber erfolgt ist, nicht vorzufahren seyn. — Würde der geäußerten Skrupel und Vorbehalte ungeachtet der Eid abgenommen, so ist bei Fassung des Enderkenntnisses, welche Wirkung denselben beizulegen sey, in Erwägung zu ziehen; indem etwa aus dem beigefügten Vorbehalte erhellt, daß in der That nicht beschworen wurde, was beschworen werden sollte. Die Sachlage kann nunmehr so verändert erscheinen, daß Anlaß zu einer wiederholten Beweis-Prüfung und — Entscheidung gegeben ist.

§. 2. Nr. 2., nach welcher die Eideszuschreibung überall zulässig ist, wo der Delat eines gutes Wissen von der Geschichte haben kann, ohne daß darauf ein Gewicht gelegt ist, ob er es wirklich habe, oder ob etwa sein Wissen wegen mangelhafter Erinnerung unsicher sey.

Wenn Kreitmayer in den Anmerkungen zu Kap. XIII. §. 1. lit. b. den Satz aufstellt, daß, so wenig Meineidige zur Eidesleistung zuzulassen sind, eben so wenig des Meineids Verdächtige, so ist dies nur auf solche Personen zu beziehen, welche sich eines Meineids früher verdächtig gemacht haben; wenn er ferner auf den Ausspruch des canon. Rechts can. 5. causa 22. quaest. 5.:

„Ille, qui hominem provocat ad jurationem, et scit, eum falsum juraturum, vincit homicidam“

Bezug nimmt, so ist zu bemerken, daß dieser Ausspruch, wie aus dem Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte des Canons erhellt, nur von dem *forum internum*³⁾, nicht vom Rechtsgebiete verstanden werden kann.

4) Allerdings ist unter Umständen, wie sie hier vorliegen, Grund vorhanden, der Eidesabnahme eine besondere Belehrung über die Bedeutung der Eidespflicht, etwa unter Zuziehung eines Geistlichen⁴⁾, vorhergehen zu lassen; es muß aber

³⁾ Nach dem Inhalte des Canons ist jeder Defertent, welcher weiß, daß sein Gegner falsch schwören werde, und dennoch nicht lieber sein Recht aufgibt als er es zur Schwörung des Meineids kommen läßt, ein ärgerer Sünder als der Todtschläger.

⁴⁾ Vgl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. II. S. 85 ff.

die beßfällige Verfügung dem Gerichte erster Instanz anheimgestellt werden.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

8.

An seinen eigenen Sachen kann man einen Diebstahl nicht begehen, denn dieses Verbrechen setzt eine fremde Sache voraus²⁸⁾. Wer daher eine fremde Sache zu stehlen glaubt, aber seine eigene stiehlt, begeht keinen Diebstahl. — Wer in die Gant gerathen ist, verliert dadurch — auch bei förmlich erkanntem Gantproceß — das Eigenthum seines zur Gantmasse gehörigen Vermögens nicht, sondern lediglich Detention, Genuß und Dispositionsbefugniß werden suspendirt²⁹⁾. Was von dieser Masse nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibt, das gehört ihm³⁰⁾ und nicht sein Eigenthum, daß nie aufgehört hatte, sondern die oben erwähnten suspendirt gewesenen Rechte leben wieder auf. Der Gantierer kann demnach an den zur Gantmasse gehörigen noch nicht veräußerten Objecten einen Diebstahl nicht begehen. K. gerieth in die Gant, es wurden

²⁸⁾ StGB. I. 209. Anmerkungen II. S. 97.

²⁹⁾ Is, qui bonis cessit, ante rerum venditionem utique bonis suis non caret. Fr. 3. D. de cess. bon. (42. 3.) S. auch Fr. 17. pr. D. de receptis. (4. 8.) const. 2. 4. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.) Beyer, Conc. Proj. §. 23.

³⁰⁾ Bgl. Cod. jud. Cap. 19. §. 3. u. Anmerk. hiezu.

ihm Effekten zur Gantmasse weggenommen und in einer ihm nicht zugänglichen Kammer seines zur Gantmasse gehörigen Hauses eingeschlossen und mit dem Gerichtssiegel verwahrt. Er brach ein Fenster der Kammer ein, stieg durch solches ein, nahm die Effekten weg und verkaufte sie. Ein Diebstahl war nicht vorhanden, weil er seine eigene Sache und nicht wissentlich fremdes Gut genommen hatte; eine Unterschlagung war es nicht, denn die Effekten waren ihm nicht anvertraut, sondern weggenommen und unter gerichtliches Siegel gelegt; ein Betrug war nicht vorhanden, denn seine Handlung konnte nicht unter StGB. I. 256. subsumirt werden; ein heimliches Zurückbehalten oder auf die Seiteschaffen der Effekten war jenes Wegnehmen derselben ebenfalls nicht, denn es waren ihm solche schon genommen und nicht das Verkaufen, sondern das Wegnehmen aus der gerichtlichen Verwahrung war die Handlung, von deren Strafbarkeit die Rede war³¹⁾; es konnte

³¹⁾ Dem „heimlich auf die Seite schaffen“ war der Fall allerdings ähnlich, aber analoge Anwendung der Strafgesetze findet nicht statt. StGB. I. 1. Anmerkungen Bd. I. S. 66. Z. 1. Es ist dieser Grundsatz schon im römischen Strafrecht angewendet, Fr. 8. D. de sep. viol. (47. 12.) Fr. 3. D. de lege Pomp. de par. ric. (48. 9.); die Carolina Art. 105. dagegen gestattet analoge Anwendung und öfters wird dieser das Wort gesprochen. Vgl. Pölik, Jahrbücher der Geschichte und Politik, 1837. 1. Bd. S. 321. fg. Wächter a. a. D. I. S. 69. Aber gerade der Grundsatz des bap. Strafgesetzbuchs, nullum crimen, nulla poena sine lege poenali, ist ein gewichtiges Palladium der bürgerlichen Freiheit und ohne ihn ist Niemand vor Willkür und Mißgriffen der Richter sicher. Wohl mag bei diesem Grundsatz so manche Handlung, welche dem ersten Eindrücke nach Strafe nach sich ziehen sollte, un-

also kein betrügerischer Bankerott zweiten Grades (Art. 277.) angenommen werden: von einer Selbsthülfe (Art. 420.) konnte die Rede nicht seyn, denn es war nach den Acten offenbar, daß K. weder ein wirkliches, noch ein vermeintliches Recht geltend machen, sondern lediglich sich und seine Familie vom Hunger retten wollte; die Siegel des Gerichts aber hatte K. unverletzt gelassen, also auch das Vergehen des StGB. I. 410. nicht begangen: K. entwischte durch eine Lücke des Gesetzes³²⁾.

D.

Der Diebstahl ist ohne Unterschied des Betrages des Entwendeten ein Verbrechen, wenn er ein ausgezeichneteter ist, ausserdem nur dann, wenn das Entwendete in Geld oder Geldeswerth die Summe von 25 Gulden übersteigt; unter dieser Summe ist der Diebstahl nur Vergehen, aber auch dieses nur wenn das Entwendete mehr als 5 Gulden beträgt³³⁾. Die Untersuchung wegen Diebstahls erfordert demnach Schätzung des Entwendeten vor Gericht und diese Schätzung darf auch dann nicht

bestraft bleiben; es ist dieses aber für das allgemeine Wohl weit nicht so gefährlich, als wenn den Gerichten erlaubt würde, bei einzelnen Fällen in die Sphäre des Gesetzgebers zu greifen und eine That zu bestrafen, welche der Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht hat und von welcher sonach der Thäter auch nicht wissen oder glauben konnte, daß sie Strafe nach sich ziehe. Bei Handlungen, welche den Unwillen des Publikums auf sich gezogen haben, wäre die Gefahr um so größer. Von Feuerbach, peinl. Recht, §. 20. Martin, Crim. Recht, §. 13.

³²⁾ AGC. vom 20. Feb. 1838 in US. wider R.

³³⁾ Gef. v. 25. März 1816. Art. I. VI.

unterlassen werden, wenn der Diebstahl ein ausgezeichnet ist, denn einertheils kommt es auch bei ausgezeichneten Diebstählen hinsichtlich der Strafausmessung oft auf den Betrag des Entwendeten an³⁴⁾, andernteils kann der Untersuchungsrichter nicht immer im Voraus gewiß seyn, daß das Criminalgericht den Thatbestand der Auszeichnung annehme oder Inquisit der Auszeichnung überwiesen werde.

Die gerichtliche Schätzung des Entwendeten geschieht, wenn dieses dem Gerichte vorgelegt werden kann, durch zwei vereidete Sachverständige³⁵⁾, welche alle Eigenschaften vollgültiger Zeugen an sich haben müssen und wenn die Sachverständigen in erheblicher Art von einander abweichen, so daß z. B. nach des Einen Schätzung die Verbrechenensumme, nach des Andern die Vergehenensumme vorhanden ist, oder der Eine über, der Andere unter 400 Gulden schätzt, so müssen vier andere Sachverständige genommen werden³⁶⁾: indessen kann dieser Fall von einem vorsichtigen Inquirenten oft beseitigt werden, wenn letzterer darüber wacht, daß jeder Schätzer genau und gewissenhaft schätzt³⁷⁾.

Diese Schätzung kann jedoch dann das richterliche Urtheil nicht leiten, wenn — was öfters vorkommt, die gestohlene Sache in der Zwischenzeit vom Diebstahl bis zur gerichtlichen Schätzung

³⁴⁾ Ebendaf. Art. VII. IX.

³⁵⁾ StGB. II. 236 bis 238. 263. 264. 293.

³⁶⁾ StGB. II. 265.

³⁷⁾ StGB. II. 239.

durch Sachverständige am Werth verloren hat, z. B. durch Gebrauch, Abnußen, denn der Werth zur Zeit der Entwendung ist entscheidend. (Anmerkungen Bd. II. S. 109.)

Ist nun eine vollkommen glaubwürdige Schätzung vor Gericht durch vereidete Sachverständige nicht zu erlangen, so hat der Inquirent zu forschen, ob nicht Personen vorhanden sind, welchen die fragliche Sache und deren Werth, wie dieser zur Zeit der Entwendung oder kurz zuvor bestand, bekannt war³⁸⁾; da diese Personen als Sachverständige handeln sollen, so gilt von ihnen und ihrer allenfallsigen Verdopplung Alles, was vorhin von den Sachverständigen gesagt wurde.

Erst wenn auch auf diese Weise der Werth des Entwendeten nicht zuverlässig ermittelt werden kann, liefert die eidliche Schätzung des Beschädigten oder Desjenigen, welcher die Sache zur Zeit des Diebstahls in Besitz oder Verwahrung hatte, den Beweis des Werths des Entwendeten³⁹⁾. Demungeachtet ist der Damificat gleich bei der ersten Vernehmung über den Werth des Entwendeten zu vernehmen, theils weil nicht immer gewiß ist, ob eine Schätzung durch Unpartheiische gelingen werde, theils weil nicht vorauszusehen ist, welche Einreden gegen die Schätzung der Unpartheiischen vorkommen, weil sonach die nicht viele Mühe kostende Ausdehnung der Vernehmung des Damificaten auch über diesen Punkt künftige abermalige Vernehmung desselben und Unvollstän-

³⁸⁾ StGB. II. 293.

³⁹⁾ StGB. II. 293. vgl. 268^{II}. 282.

digkeit der Untersuchung beseitigt. — Daß einer übertriebenen Schätzung des Damificaten nicht geglaubt werden müsse, oder dürfe, ist bereits in diesen Blättern erörtert⁴⁰⁾.

Kann in keiner der bisher bemerkten Arten der Werth des Entwendeten glaubwürdig hergestellt werden, so genügt die Schätzung des Angeschuldeten, insoferne entweder das Verbrechen an Geld oder an solchen Sachen verübt worden, zu deren Schätzung die gemeinen Kenntnisse des Lebens zureichen, oder es sich von Gegenständen handelt, hinsichtlich deren der Angeschuldete vermöge seines Gewerbes oder Geschäftes als Sachverständiger zu betrachten ist⁴¹⁾; es versteht sich indessen von selbst, daß der Glaubwürdigkeit eines solchen Geständnisses kein gesetzlicher Grund entgegenstehen darf⁴²⁾.

10.

Wenn der Dieb an einem und demselben Orte und zur nämlichen Zeit mehrere Eigenthümer oder Berechtigte bestiehlt, so entsteht die Frage, ob so viele Diebstähle vorhanden, als Eigenthümer oder Berechtigte beschädigt wurden, oder ob die That nur als eine einzige Handlung anzusehen ist. Diese Frage ist sehr erheblich, denn wenn mehrere Diebstähle angenommen werden, so ist dieß bald für den Dieb nachtheiliger, z. B. er hat im Ganzen 100 fl. gestohlen, es sind aber drei Beschä-

⁴⁰⁾ S. oben S. 128.

⁴¹⁾ StGB. II. 293.

⁴²⁾ StGB. II. 267.

digte zu 30, 40 und 30 fl., also Realconcurrenz von drei Diebstahlsvorberechen; bald ist es für den Dieb günstiger, z. B. er hat im Ganzen für 30 Gulden gestohlen, dem A. für 15, dem B. für 10, dem C. für 5 Gulden, also zwei Vergehen und eine Polizeiübertretung.

Hier ist zu unterscheiden, ob das Ganze im Besitz oder in der Detention einer einzigen Person war oder im Besitz oder Detention Mehrerer. War das Ganze im Besitz oder in der Detention einer einzigen Person, so ist auch nur ein einziger Diebstahl begangen, z. B. wenn aus einem Leihhaus oder von dem Wagen eines Fuhrmanns gestohlen wird, denn in solchem Fall ist die Leihanstalt oder der Fuhrmann der Berechtigte, der unmittelbar Beschädigte⁴³⁾ und es kommt nicht darauf an, wer mittelbar beschädigt wurde. War aber das Ganze im Besitz oder auch nur in der Detention Mehrerer, so kommt es darauf an, ob der Dieb wußte, daß er Mehrere bestehle. Wußte er es nicht, z. B. ein Fremder stiehlt aus einem Zimmer, worin zwei Bediente wohnen, zwei Röcke, von denen jeder 12 Gulden werth ist, ohne zu wissen, daß er zwei Menschen bestehle, so darf ihm nicht eine Realconcurrenz von zwei Vergehen angerechnet werden, denn er war darüber in factischem Irrthum, daß er zwei Menschen bestehle und er hat seiner Absicht nach nur einen Diebstahl begangen⁴⁴⁾, seine That

⁴³⁾ StGB. I. 209. Anmerk. Bd. II. S. 101. Nr. 8.
Vgl. von Gönner's und von Schmidtlein's
Jahrbücher, Bd. III. S. 155.

⁴⁴⁾ StGB. I. 42.

ist also auch nur ein einziges Vergehen. Aber eben weil es entscheidend ist, daß der Dieb nicht wußte, daß er Mehrere bestehle, so muß auch zu seinem Nachtheil derselbe Grundsatz gelten und wenn in ebenerwähntem Beispiel beide Röcke zusammen 30 Gulden werth waren, so hat der Dieb, da er nur eine einzige Handlung verübte und sein Dolus nur auf eine einzige Handlung gerichtet war, ein Verbrechen begangen⁴⁵⁾.

Wußte der Dieb, daß er Mehrere bestehle, so hat er im vorerwähnten Beispiel, wenn jeder Rock 30 Gulden werth war, zwei Verbrechen, wenn jeder Rock 15 Gulden werth war, zwei Vergehen und wenn jeder Rock 5 Gulden werth gewesen, zwei Polizeiübertretungen begangen; er hat wissentlich zwei Diebstähle begangen⁴⁶⁾.

11.

Von der Regel, daß der nicht ausgezeichnete Diebstahl ein Vergehen sey, wenn der Werth des Entwendeten die Summe von 5 Gulden, aber nicht die von 25 Gulden übersteigt, macht der Diebstahl am Holz im Walde eine Ausnahme, indem solcher nie ein Vergehen, sondern wenn er nicht criminell strafbar ist, nur Polizeiübertretung ist⁴⁷⁾. Ein solcher Diebstahl ist daher Verbrechen, wenn der Werth des Entwendeten über 25 Gulden, er ist Polizeiübertretung, wenn jener Werth nicht über 25 Gulden beträgt.

⁴⁵⁾ AGG. v. 9. März 1838. AGA. 182. 18³⁷/38.

⁴⁶⁾ StrGB. I. 209.

⁴⁷⁾ Lith. Nov. Nr. 78. v. 21. März 1815 u. Nr. 104. v. 5. Okt. 1815.

Zwischen noch stehendem oder gefälltem oder bereits aufgeschichtetem Holz ist kein Unterschied ⁴⁸⁾; dagegen ist es kein Diebstahl am Holz im Walde, sondern ein gemeiner Diebstahl und kann unter Voraussetzung der erforderlichen Summe ein Vergehen seyn, wenn das Holz bereits aus dem Walde gebracht und außerhalb desselben, obgleich nicht in einer öffentlichen Holzlage ⁴⁹⁾ gelagert war.

12.

Ein besonders erschwerender Umstand des Diebstahls ist es, wenn dieser an Bleichstücken auf öffentlichen Bleichen verübt wird ⁵⁰⁾. Damit sind also nicht Privatbleichen gemeint, z. B. wenn Jemand in seinem Garten oder auf seiner Wiese für sich oder auch für einen Andern bleicht, sondern es werden förmliche Bleichanstalten vorausgesetzt, welche als Gewerbe betrieben werden und es ist dieß um so gewisser, als das Strafgesetzbuch ⁵¹⁾ jeden Diebstahl an Bleichstücken als einen ausgezeichneten Diebstahl erklärt hatte, das Gesetz vom J. 1816 aber Milderung der Strafen gegen den Diebstahl bezweckte ⁵²⁾ und gewiß den Beisatz „öffentliche“ (Bleiche) nicht umsonst gemacht hat ⁵³⁾.

⁴⁸⁾ MGE. v. 12. Januar 1836. MGA. Crim. Rep. H. 1.

⁴⁹⁾ Ges. v. 25. März 1816. Art. II. Nr. 7.

⁵⁰⁾ Genanntes Gesetz.

⁵¹⁾ StGB. I. 219³.

⁵²⁾ Von Gönner im Archiv für Crim. Recht. Bd. 8. S. 1.

⁵³⁾ MGE. v. 3. Febr. und 19. Mai 1829. MGA. 73. 18²⁹/20.

13.

Es ist ferner ein besonders erschwerender Umstand des Diebstahls, wenn letzterer begangen wird a) von Dienstboten, Gesellen, Lehrlingen oder Tagelöhnern, welche in dem Hause selbst ihre Arbeit verrichten, oder von Personen, welche für Lohn oder Kost Dienste leisten und deswegen im Hause aus und eingehen und b) an dem Hausherrn oder an Jemand, der sich in derselben häuslichen Gemeinschaft befindet, jedoch c) nicht aus bloßer Lusternheit an Eß- und Trinkwaaren⁵⁴⁾. Da, wie schon oben bemerkt worden, Strafgesetze nicht analog angewendet werden dürfen, so ist der erwähnte erschwerende Umstand nicht anzunehmen⁵⁵⁾, wenn der Diebstahl von einer der vorgedachten Personen an einem Gast in einem Gasthof oder Wirthshaus verübt wird, denn wenn gleich das Civilgesetz dem Gast sogar gegen den Wirth die *actio in factum de receptis* giebt, der Gast sich und seine Habe dem Wirth und dessen Leuten anvertraut, auch des Wirths Leuten eine besondere Gelegenheit gegeben ist, den Diebstahl zu verüben und gerade diese Gelegenheit einen Grund bildet, warum ein erschwerender Umstand angenommen wird⁵⁶⁾, so ist doch das Verhältniß des Gastes zum Wirth und dessen Leuten einer häuslichen Gemeinschaft nur analog, nicht eine wirkliche häusliche Gemein-

⁵⁴⁾ Grf. v. 25. März 1816. Art. II. Nr. 8. u. Art. V.

⁵⁵⁾ DAGE. v. 7. April 1832. DAGE. Da. 153. 18³¹/32. AGE. 185. 18³¹/32.

⁵⁶⁾ StGB. I. 218. Anmerkungen hiezu, Bd. II. S. 121.

schaft; der Reisende, dessen Aufenthalt nur vorübergehend ist, tritt in solche Gemeinschaft nicht ein, er bekommt sein Zimmer oder steigt lediglich im Gastzimmer ab, die übrigen Theile des Hauses sind ihm fremd, er steht nicht unter der häuslichen Herrschaft des Wirths und mit dessen Familiengliedern, Dienstboten u. s. w. in keiner häuslichen Gesellschaft; selbst die Sprache nennt ihn allgemein den Fremden.

Aus demselben Grunde der Unzulässigkeit analoger Anwendung eines Strafgesetzes darf der erwähnte erschwerende Umstand nicht angenommen werden, wenn der Diebstahl von oder an Mietheleuten im nämlichen Hause verübt wird⁵⁷⁾, denn in solchem Fall bewohnt jeder seinen Antheil des Hauses, eine häusliche Gemeinschaft unter ihnen und mit dem Vermiether findet nicht statt, jeder versperrt das seinige und wenn auch hier und da etwas unversperrt auf einem gemeinschaftlichen Platz, z. B. auf der Tenne des Hauses liegt, so ist doch mit dieser Gemeinschaft des Hauses nicht die häusliche Gemeinschaft zu verwechseln, bei welcher das Gesetz einen Hausherrn, ein Oberhaupt der Familie voraussetzt: Vermiether und Miether stehen eben so wenig, wie die verschiedenen Mietheleute des Hauses unter einem gemeinschaftlichen Hausherrn, als dessen Dienstboten, Gesellen oder Tagelöhner u. s. w. sie betrachtet werden könnten.

(Fortsetzung folgt.)

⁵⁷⁾ DAGE. v. 19. Jan. 1827. DAGE. H. 60. 18²⁸/27. AGE. 272. 18²⁸/28.

Zur Lehre vom Handlohn¹⁾.

Wenn nach dem Inhalte der Saal- und Lagerbücher oder des Belehnungsbriefes zweifellos vorliegt, daß ein Gut in Kaufsfällen handlohnbar sey, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch bei Uebernahmen in Erbtheilungen Handlohn zu zahlen sey. Wenn auch bei Uebernahmen in Erbtheilungen Rechtsgrundsätze vom Kaufgeschäfte zur Anwendung kommen, so werden jene doch von diesen im Sprachgebrauche unterschieden. Zudem ist eine Gutübernahme, welche nicht gegen Hinauszahlung aus dem eignen Vermögen des Uebernehmers, sondern gegen Zutheilung anderer Erbschaftsstücke an die andern Theilungsinteressenten geschieht, nach der Natur der Sache nicht dem Kaufe, sondern dem Tausche gleichzustellen; indem hier der bisherige ideelle Antheil am Ganzen des zu theilenden Vermögens gegen das Alleineigenthum eines realen Theils d. h. einzelner Vermögensstücke ausgetauscht wird²⁾.

1) AGG. v. 23. März 1838. (M. 505^{36/37}).

2) Vgl. Ulpian in Fr. 20. §. 3. fam. ercisc. in den Worten: „quasi certa lege permutationem fecerint.“ — Da übrigens diese Rechtsansicht in der Natur der Sache wurzelt, so kann sie auch bei Fällen, die nach preussischem Rechte zu entscheiden sind, zu Grunde gelegt werden.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 18. Samstag, den 1. Sept. 1838.

Zur Lehre vom Dolus.¹⁾

Der Gegensatz, welcher sich zwischen den Anmerkungen und dem Texte des Strafgesetzbuches in gar manchen Fällen darstellt, und die Veranlassung zu den zahlreichen authentischen Interpretationen des Letzteren geworden ist, zeigt seine Wirkungen in bei weitem geringerer Ausdehnung da, wo es nur ein spezielles Verbrechen z. B. bei der Verwandlung eines „Und,, in ein „Oder,, (Art. 238) als dort, wo es allgemeine, das ganze tief an-

¹⁾ Der Einsender dieses Aufsatzes konnte der schmeichelhaften Aufforderung des Recensenten in Nro. 77 der Ergänzungsbätter der Jenaer Literaturzeitung v. J. 1836 dem Verhältnisse der Art. 41, 43 und 44, eine umständlichere Darstellung zu widmen, niedergedrückt durch die schwere Last des Berufes, nicht entsprechen, die vorliegenden aphoristischen Winke aber eben so wenig unterdrücken; und wenn auch gleich diese Blätter ihre Spalten zunächst nur praktischen Aufgaben öffnen, so dürfte doch die Beleuchtung eines so tief ins Leben eingreifenden Gegenstandes unserer positiven Gesetzgebung, wie die Lehre vom Dolus ist, der Tendenz derselben nicht widersprechen.

gelegte System wie ein unsichtbarer Faden durchziehende Grundsätze gilt; ob das durch die Bresche zu einer Art Ruine gewordene Gebäude dann noch seinen Bewohnern eine sichere behagliche Herberge gestatte, lassen wir dahin gestellt seyn. Beispielsweise berufen wir uns nur auf die Rückfallsmaterie, wobei gewiß jeder Praktiker das: „*Infandum regina jubes etc.*“ anstimmt, besonders wenn es sich einmal um den 2ten, 3ten u. s. f., mit Konkurrenz verbundenen Rückfall handelt, während der Text einen einzigen Artikel (112.) dafür bestimmt, das Prinzip der respektiven Identität nicht gekannt hatte, ein Prinzip, das Commentatoren, wie Schelhaß (Archiv des Krim. Rechtes II. Bd. 4. St. XXXII. S. 578) und v. d. Pfordten (in ZuRheins Zeitschrift II. Bd. 2. Heft) nur mit sichtbarer Anstrengung zu irgend einer Klarheit zu bringen versucht haben. Nicht zu verargen ist es demnach, wenn bei solchen Anlässen den Anmerkungen selbst *Quaestio Status* gemacht, wenn ihre Legitimations-Urkunde als authentischer Commentar abgefordert wird. Hiemit würde es nicht am Besten stehen, besonders da, wo das Gesetz klar spricht, wo es keiner, weder doktrinen, noch authentischen Interpretation bedürftig war, wo der bestimmte Grundsatz einleuchtend vor Augen lag, wo die Protokolle des kgl. geheimen Rathes, welche auf dem Titel als Quelle angegeben sind, mit dem Texte harmoniren, denn das Reskript vom 19. Okt. 1813 wollte nur jeder doktrinen Interpretation den Weg abschneiden; kein Staatsdiener, kein Privatgelehrter sollte einen Commentar in Druck geben, kein Professor

in seinen Vorlesungen Etwas anderes benützen dürfen, als diese Anmerkungen, und die Formationen jenes Reskripts sagen deutlich:

„Wir weisen Euch daher in allen Punkten, wo es auf Erläuterung des Strafgesetzbuches, auf den Sinn und den Grund einer gesetzlichen Bestimmung und auf die Grundsätze zu deren Anwendung ankommt, an, auf die Anmerkungen zurückzugehen und bei jedem allenfallsigen Anfragspunkte die einschlagende Stelle in den Anmerkungen ausdrücklich zu bemerken.“

Direkten Widerspruch mit dem Texte hervorzubringen, Aufhebung der in diesem enthaltenen, in das Ganze eingreifenden allgemeinen Grundsätze zu statuiren, Dunkelheit zu erzeugen, wo Klarheit und Konsequenz herrschte, eine solche Macht hat jenes Reskript gewiß den Anmerkungen nicht einräumen wollen.

Indessen haben die, wie gesagt, durch den Zwiespalt der Anmerkungen mit dem Texte so zahlreich ins Leben gerufenen Novellen jede für sich nach damaliger Verfassung die Weihe legislativer Kraft empfangen, daher ist, wie begreiflich, jeder Konflikt immer nur zum Nachtheil des Textes ausgefallen. Wir kehren nunmehr zu dem beanzeigten Gegenstande zurück.

Die Lehre vom Dolus hat ihren Sitz im bayerschen Strafgesetzbuche in drei Artikeln — 41, 43 und 44.

Wenn andere Gesetzgebungen, und Gesetzgeber würfe diese Lehre vereinfachten, und nur Einen Artikel derselben widmeten, so mag hieran aller-

dingß Recht geschehen, und ihnen ein Vorzug einzuräumen seyn: allein daß diese Spaltung im Texte doch auf gute Gründe gebaut, und eine Zerschmelzung nimmermehr im Geiste des Systems selbst gelegen war, solches darzuthun wird nicht schwer seyn.

Faßt man die drei genannten Artikel recht in's Auge, so sprechen sie schon von vorne herein von drei verschiedenen Voraussetzungen; ein Unterschied, den Verstedt in den Grundregeln schon angemerkt hat, und welcher, da er alle Rücksicht verdient, hier näher entwickelt werden soll. Der Art. 41 setzt voraus:

einen Vorsatz, ein Verbrechen zu bewirken,
so wie ein wirklich entstandenes Ver-
brechen

Der Art. 43

eine gesetzwidrige That

Der Art. 44 —

eine Handlung mit erwiesener Absicht.

Zwischen einer That und einer Handlung ist schon an und für sich ein Unterschied, noch bei weitem mehr zwischen einer gesetzwidrigen That, und einer mit Absicht verbundenen Handlung, und endlich zwischen diesen beiden und einem vorsätzlich bewirkten Verbrechen.

Daß Object ist also schon verschieden; jede That ist zwar eine Handlung; denn sie muß eine wirkende Ursache haben, aber nicht eine jede Handlung ist eine That, denn dazu gehört eine in die Sinne fallende Wirkung. Daher sagt man: eine unvorsichtige, unbedachtsame Hand-

lung, nicht aber eine unvorsichtige, unbedachtsame That²⁾.

Liegt eine rechtswidrige That erwiesen vor und ist eben so eine Person als Urheber derselben erwiesen, so tritt die im Art. 43 bestimmte allgemeine Vermuthung des der rechtswidrigen That korrespondirenden rechtswidrigen Vorsatzes ein, bis die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegentheiles sich ergibt. —

Hiermit war nun allerdings die Frage gesetzt, wann der Dolus überhaupt als erwiesen anzunehmen sey; allein damit war diese Lehre nicht abgeschlossen. — Nicht allein, daß gar viele Verbrechen nur durch einen bestimmten, speciellen Erfolg bedingt sind, und wenn auch nicht die Strafbarkeit überhaupt, doch der Grad derselben in vielen anderen Fällen sich nach dem Erfolge richtet, wenn gleich dieser Erfolg nicht der Zweck des Verbrechens selbst war (conf. die Art. 173. §. 3. 175. 176. 189. 239. 240. 249. 292. 322.) dann daß nicht alle Mittel in einem streng nothwendigen Causalitätsverhältnisse mit dem Zwecke stehen; so war auch die Rücksicht auf den Fall nothwendig, wenn der Verbrecher zwar eine absichtliche Handlung zusetzt, jenen speciellen Erfolg, als Richtung seines Willens, aber widerspricht, oder auch, wenn er, der nicht einmal geständig ist, die Handlung begangen zu haben, z. B. völlig berauscht gewe-

²⁾ vid. Eberhard synonym. Handwörterbuch s. voce Handlung.

sen seyn will, derselben aber überwiesen wird, und aus den Umständen der That erst auf seinen Vorsatz geschlossen werden soll. Hier galt es, Normen für einen bestimmt bezeichneten Causalzusammenhang zwischen dem bewirkten Erfolg und der Handlung aufzustellen.

Diese Normen fand der Art. 44 darin, daß er den Satz zum Gesetze erhob: wer mit erwiesener Absicht eine Handlung vorgenommen hat, woraus nach allgemein bekannter Erfahrung ein bestimmter gesetzwidriger Erfolg unmittelbar und nothwendig zu entstehen pflegt, dieser ist für überwiesen anzusehen, daß jener bestimmte Erfolg der Handlung in seiner Absicht begründet war.

Jedes dieser drei Momente ist einer besonderen Prüfung zu unterwerfen.

Es heißt: allgemein bekannte Erfahrung.

Hiezu sollte man meinen, bedürfe es keines Urtheils von Sachverständigen — d. h. Aerzten.

Wie Gönner selbst³⁾ ganz richtig sagt: nach dem gewöhnlichen Erfolge richten die Menschen ihre Handlungen ein, hiernach berechnen sie die Mittel, hiernach muß auch der Gesetzgeber den Zweck einer Handlung beurtheilen.⁴⁾ Wenn demnach die Anmerkungen Band II. S. 16 die Einholung eines Gutachtens durch Sachver-

³⁾ Revision des Begriffs und der Eintheilungen des Dolus S. 43.

⁴⁾ *Culpa latae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.* fr. 223. D. de Verb. Signif.

ständige auch hierüber nöthig erachten; so beweist die Praxis leider! nur zu häufig, daß die Aerzte das Wort: „allgemein“ wozu man sie freilich zu befragen wohl nicht bedurfte, ganz übersehen, und nur von der Erfahrung sprechen, welche die Induktion der Mediziner zu einem, wie bei jedem Schluß mittelst Induktion, durch einen einzigen entgegengesetzten Fall zerstörbaren, Grade von Allgemeinheit gebracht hat.

Es heißt ferner: „unmittelbar.“

Daß diese Bestimmung mit der des Art. 144 im Einklang stehe, ist unverkennbar.

Endlich auch: „nothwendig.“

Dieses Moment ist besonders von Wichtigkeit, wenn man die Stellung dieses Artikels zum Art. 41 beurtheilen will.

Nicht von Möglichkeit eines anderen Erfolges, vom gänzlichen Ausschlusse des Gegentheiles, denn das ist Nothwendigkeit, ist hier die Rede.

Nur hiedurch, — durch diese strenge Forderung läßt sich erklären, warum im Gegensatze des Art. 43 für den Beweis des Gegentheils Vollständigkeit, mit Ausschluß der Wahrscheinlichkeit — klare Beweise — gefordert werden.

Hiermit war aber auch das gesetzliche System von der Präsumtion des Dolus geschlossen.

Nun handelte es sich nur noch darum, bei dem eventuellen, unbestimmten Dolus (Dolus indeterminatus, eventualis!) den gewöhnlichen

Außflüchten und unstichhaltigen Einreden der Angeschuldeten einen gesetzlichen Damm zu setzen.

Dieses war dem Art. 41 vorbehalten. Er lautet wie folgt:

„Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen zu bewirken, eine Handlung unternommen hat, woraus eben so leicht ein größeres als ein geringeres Verbrechen entstehen kann, ist in Ansehung des daraus entstandenen Verbrechens als vorsätzlicher Uebelthäter zu bestrafen und soll mit dem Vorwande, daß seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen sey, nicht gehört werden.“

Bei Analyse dieses Artikels ergeben sich folgende Resultate:

1) Dieser Artikel war nicht bestimmt, zur Aufstellung einer Präsumtion für den Dolus überhaupt mitzuwirken; denn er setzt den Willen, ein Verbrechen zu begehen, schon gegeben voraus, durch die Worte:

„Wer mit dem Vorsatze, ein Verbrechen zu begehen eine Handlung unternommen hat“

während der Art. 44 erst auf Voraussetzungen hinweist, die einzeln vorhanden seyn, und cumulatив zusammen treffen müssen, wenn je das Daseyn des bösen Vorsatzes angenommen werden soll.

2) Dieser Art. gieng von dem Satze aus: Derjenige, welcher (sei es angeblich, oder wirklich) zunächst nur einen gewissen minder strafbaren Erfolg will, aber auch das mögliche Eintreten eines schlimmen Erfolges voraussieht, und

indem er bedingt auch diesen in seinen Willen aufnimmt, seine Thätigkeit äußert^{b)} wer z. B. nach Art. 149 Gift beibrachte, damit aber nicht tödten, sondern nur beschädigen wollte, soll eine *praesumptio juris et de jure* gegen sich haben, welche keinen Gegenbeweis für die Absicht des geringeren Erfolges, als des in den Beispielen eingetretenen Todes, zuläßt.

3) In der Zurechnung des Erfolges liegt folglich nach dem Art. 41 eine bei weitem größere Strenge, als in den Art. 43 u. 44, weil bei diesen immer noch der Beweis des Gegentheils, sey es im Grade der Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit, zulässig erscheint; obschon der letztere (nämlich der Art. 44) einen genaueren innigeren Zusammenhang zwischen der Handlung und dem hervorgebrachten gesetzwidrigen Erfolge, als der §. 41, durch den Gegensatz der Worte „nothwendig — und eben so leicht möglich“ voraussetzt, welches sich wieder nur dadurch in Harmonie bringen läßt, daß der Art. 41 das

Daseyn des Vorsatzes, ein Verbrechen zu begehen

bereits als gewiß annimmt, während durch jene Art. 43 u. 44 diese Annahme erst begründet werden soll.

So scheint, nach des Referenten Dafürhalten, die wechselseitige Stellung und Begränzung dieser 3 Artikel zu seyn; jedem war sein bestimmter Wirkungskreis zugewiesen, sie waren aus gu-

^{b)} Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 83.

ten Gründen getrennt, und sollten getrennt bleiben, und nicht verschmolzen werden.

So waren sie schon im Entwurfe Artikel 43, 45 u. 46 aufgenommen, und nach den Protokollen des geheimen Rathes (Sitzung von 19. September 1810) mit der kleinen Aenderung in der Redaction genehmiget worden, daß beim Artikel 43 statt „gesetzwidrige That“ gesetzt wurde: „wider eine Person erwiesene gesetzwidrige That“ und, daß „Wahrscheinlichkeit,“ der „Gewißheit“ nach zu stehen haben sollte.“

Wir glauben nur noch einige Beispiele beifügen zu müssen, um den Unterschied jener beiden Artikel anschaulicher zu machen.

A versetzt dem **B** einen Schlag auf den Kopf, wodurch dieser umstürzt und todt ist.

A gesteht entweder gar nicht die That, — oder, wenn er sie gesteht, räumt er nicht einmal die Absicht den **B** beschädigen zu wollen ein, sondern schützt eine auf irgend eine andere Weise motivirte Abwesenheit des bösen Vorsatzes vor.

Hergestellt wird aber, daß **A** der Urheber des Schlags ist; und hergestellt wird, daß dieser Schlag unmittelbar, nothwendig, und nach gewöhnlicher Erfahrung den Tod hervorgebracht hat.

Gegen **A** tritt also die Präsumption der absichtlichen Tödtung nach Art. 44 ein, es ist ihm jedoch der Gegenbeweis gestattet, welcher aber nur in dem Grade der Gewißheit zu berücksichtigen ist^{*)}.

C schießt auf den **D**, und tödtet ihn. Er gesteht die That ein, und gesteht noch überdieß,

*) Dieser Gegenbeweis ist jedoch nicht mit dem Beweise der Einreden, wovon im Art. 272 des 2ten Theiles die Rede ist, zu verwechseln.

daß er sich an ihm rächen, daß er seine allgemeine und unbestimmte Absicht ihm zu schaden, realisiren wollte.

Daß aber gerade der Tod daraus entstanden, sei ohne seinen Willen geschehen, er habe den D nur verwunden, nicht tödten wollen.

Hier liegt die vorsätzliche Absicht ein Verbrechen zu begehen bereits vor; der Tod war nach hergestellten Beweisen eben so leicht möglich, als die Verwundung; und es tritt daher der Art. 41 — nicht 44 — in Anwendung, wonach mit Ausschluß

So wie der ganze Artikel 44 nur von dem Causal-Zusammenhange zwischen dem konkreten Erfolge und der Absicht des Thäters handelt, so ist auch die Aufgabe des besagten Gegenbeweises keine andere, als diesen Zusammenhang anzugreifen, und durch klare Beweise seine Nichtexistenz darzuthun.

Dabei bleiben die Bestimmungen des Art. 272 vollkommen in ihrer Wirksamkeit.

Wenn hier von der Einrede der Abwesenheit des rechtswidrigen Vorsatzes die Rede, und dabei bestimmte Gründe der Wahrscheinlichkeit als hinreichend zum Beweise bezeichnet sind, so versteht es sich von selbst, daß diese Bestimmung nur der allgemeinen, im Art. 43 ausgesprochenen Vermuthung des Dolus korrespondiren soll; denn dieser Art. 43 hatte ja selbst schon ausgesprochen, daß die Wahrscheinlichkeit hinreichend sey, um die Herrschaft der gegen den Angeeschuldeten streitenden gesetzlichen Vermuthung zu hemmen; aber auf den Art. 44 ist sie ohne allen Einfluß.

Die Einrede der (gänzlich oder theilweise) mangelnden Zurechnungsfähigkeit ist ohnehin präjudizieller Natur; denn niemals kann eine Handlung dem Angeeschuldeten zum Dolus zugerechnet werden, wofern über seine Zurechnungsfähigkeit überhaupt noch Zweifel bestehen. Was aber die (sogenannte) Einrede der vorhandenen Nothwehr betrifft, so ist diese eigentlich nichts als die Behauptung eines ganz besonderen faktischen Zustandes von Seite des Angeeschuldeten; nemlich der Collision mit anderen wahren, oder vermeintlichen Rechten. Für den

jedes Gegenbeweises der Einwand als sey die Absicht auf einen geringeren Erfolg gerichtet gewesen, unbedingt verworfen wird.

(Schluß folgt.)

Zur Lehre von unzulässigen Rechtsmitteln.

Nach Vorschrift der Novellen vom 22. Juli 1819 §. 18 und vom 17. Nov. 1837 §. 51 findet wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide keine Appellation statt. Nicht selten kommt es vor, daß Advokaten diese Vorschrift zu umgehen suchen, indem sie die unzulässige Beschwerdeführung als Nullitätsquerel bezeichnen; auch ist wirklich nichts leichter, als überall, wo die Regelmäßigkeit der richterlichen Instruktion in Frage ist, einen defectus citationis vorzuspiegeln, und auch der Vorwand des defectus jurisdictionis läßt sich bei Beschwerdeführungen über einfache Dekrete oder Zwischenbescheide mitunter ohne Schwierigkeit erkünsteln.

Es wäre nun sehr gefehlt, wenn sich der Richter durch einen solchen Kunstgriff verleiten

Beweis dieser faktischen Behauptung haben aber die Gesetze selbst singuläre Bestimmungen getroffen, und hierauf können jene vom Dolus folgericht nicht angewendet werden. Denn diese Gesetze unterscheiden zwischen Noth und Wehr. Die Noth — oder, wie das Gesetz sagt, der Nothstand wird nicht vermuthet. Art. 134. Ist aber der Nothstand durch Beweis zur Gewißheit, oder Wahrscheinlichkeit dargethan, dann wird die Wehr — d. i. die rechtmäßige Vertheidigung in ihren Gränzen so lange vermuthet, bis sich das Gegentheil aus den Umständen deutlich ergibt. Art. 135. Es bleiben also die Art. 44 I. und 272 II. Theiles in Harmonie.

ließe, über die angebliche Nullitätsquerel eine Verhandlung einzuleiten, und ein förmliches Erkenntniß zu erlassen: vielmehr hat er dem unzulässigen Rechtsmittel die Maske abzuziehen, das selbe für das zu nehmen, was es ist, nicht wofür es ausgegeben wird, und den Querulanten nach §. 24 der Novelle von 1819 in einer motivirten Entschließung abzuweisen. Hat der Unterrichter sich täuschen lassen und die Akten an den Oberichter eingesandt, so ist die Abweisung nun von diesem auszusprechen.

Es scheint kaum erforderlich, das sich von selbst Verstehende mit Gründen auszustatten; allein die Erfahrung lehrt uns, auch mit dem Ueberflüssigen nicht zu sparsam zu seyn.

Der erste Blick auf den §. 2 Kap. XVI der G. O. giebt zu erkennen, daß Nullitätsquerelen nur gegen Sentenzen stattfinden, welche abgesehen von dem Mangel der Citation oder Jurisdiction in Rechtskraft übergehen. Handelt es sich von der Anfechtung einer Verfügung, welche entweder der Rechtskraft überhaupt nicht fähig, oder deren Rechtskraft durch Verwahrung abzuwenden ist, so liegt der Fall außer der Sphäre der Nullitätsquerel, eine Nullitätsquerel kann in dieser Lage des Processes gar nicht vorkommen, und hat auch der Advokat seine Beschwerdeführung gegen das einfache Dekret oder den inappellablen Zwischenbescheid Nullitätsquerel getauft, so ist es doch nichts anderes als eine — unrichtig rubrizirte — Appellation. — Nicht nach dem Rubrum, sondern nach der Natur des eingewandten Rechtsmittels hat sich das richterliche

Verfahren zu bestimmen. — Es ist ein allbekannter Satz, daß, was in fraudem legis geschieht, eben so zu beurtheilen sey, als ob geradezu contra legem gehandelt worden. Demzufolge ist eine f. g. Nullitätsquerel, welche in fraudem legis, nämlich zur Erreichung des Zwecks verbotener Zwischenberufungen erhoben wurde, eben so zu beurtheilen, als ob die unzulässige Zwischenberufung offen und unverhüllt vorläge. — Oder wie — der zur Umgehung des wohlthätigen Prohibitivgesetzes geschehenen Verfälschung des Rubrum soll die Wirkung beigemessen werden, alle die Mißbräuche, Chikanen, Verzögerungen, Zwischenprozesse u. s. w., welche der §. 18 der Nov. von 1819 abschneiden wollte, unter einem andern Namen zu restauriren? — in dem Belieben der Partheien und Advokaten soll es stehen, das Verfahren durch f. g. Nullitätsquerelen, welche gegen jedes einfache Dekret ergriffen werden könnten, in jedem Stadium nicht nur aufzuhalten, sondern durch weitere Rechtsmittel gegen die über die Nullitätsquerel gefällten Urtheile, ins Ungemessene auszu dehnen? — daß unrichtige Rubrum sollte eine Fessel seyn, welche den Richter zum Sklaven des Buchstabens, das gute Recht zum Opfer einer trostlosen Wortklauberei machte? — Nein! die Richter kennen den Spruch des Celsus: „Scire leges non hoc est, verba eorum tenere, sed vim ac potestatem“ und werden sich hüten, die Lehre des Mephistopheles:

„Im Ganzen — haltet euch an Worte!“
als Richtschnur zu befolgen.

Zur Lehre vom Diffessionscid.

Der Producent hat, wenn die producirte Urkunde vom Producten abgeläugnet (diffirtirt) wird, drei ihm gesetzlich gestattete Wege um den Beweis der Aechtheit der abgeläugneten Urkunde herzustellen, nämlich Recognition der Urkunde durch Zeugen, Handschriften:Vergleichung und Befugniß, von dem Producten die Ableistung des Diffessionscides zu verlangen. Daß sich der Producent dieses letzten Mittels bloß eventuell, d. i. für den Fall bedienen könne, wenn der Beweis der Aechtheit der Urkunde durch Zeugen nicht sollte hergestellt werden können, oder durch die Handschriften:Vergleichung kein solches Resultat erzielt werden sollte, daß auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen wäre, läßt sich nach der bayer. G. D. mit Grund nicht bezweifeln, denn:

1) Die G. D. spricht am betreffenden Orte (XI §. 8) mit keiner Einbe aus, daß nur eines der obenerwähnten Mittel zum Beweise der Aechtheit des diffirtirten Dokuments gebraucht werden dürfe und daß durch die Wahl des einen der Gebrauch des andern ausgeschlossen sey.

2) Daß der Gesetzgeber eine solche Absicht nicht haben konnte, geht schon aus dem in der G. D. IX §. 13 ausgesprochenen allgemeinen Grundsätze hervor, „daß kein Theil an dem, was zur gründlichen Erforschung der Wahrheit und genüglcher Ausführung seines Rechts erforderlich ist, allzusehr eingeschränkt und an sei-

nen vermeintlichen Behelfen und Probenmitteln verkürzt werden soll.“

3) Da der Diffessionseid insofern, als er bloß auf gegentheiliges Begehren vom Producten abzuleisten ist, die Natur eines zugesprochenen Eides hat, mithin dem zu Folge auch dessen Eigenschaft eines subsidiären Beweismittels theilt, so muß dem Producenten unbenommen bleiben, sich des Diffessionseides auch bloß eventuell zu bedienen.

4) Nach gemeinem Prozesse¹⁾, aus welchem die Lücken der bayer. G. O. zu ergänzen sind, unterliegt der eventuelle Gebrauch des Diffessionseides keinem Anstande.²⁾

Zur Lehre vom Beweis der Aechtheit producirtter Urkunden.

Es ist die Aufgabe des Productionsverfahrens, die Aechtheit der Privaturkunden, deren Anerkennung Product verweigert, auf irgend eine Weise darzu-
thun, und der Producent ist mit diesem Aechtheitsbeweise ausgeschlossen, wenn er den Productionstermin vorübergehen läßt, ohne diesen Beweis anzutreten, oder eine Frist zur künftigen Antretung zu erbitten. — Daß der Producent etwa Grund zu dem Antrage „die Urkunde für recoanoscirt zu halten,“ zu haben glaubt, darf ihn — zu Folge einer Grundregel des Verfahrens — der Eventualmaxime, nicht abhalten, für den Fall, daß jenem Antrage nicht entsprochen werden sollte, vorsorglich die zur Erbringung des obliegenden Aechtheitsbeweises geeigneten weiteren Anträge zu stellen. Thut er dies im Productionstermine nicht, so ist er damit präcludirt.

1) Danz Grundf. d. ord. Processus. §. 338. Sönnner Handb. d. Processus Bd. II Abh. 46 §. 16 S. 483. Finde Lehrbuch §. 289.

2) MGE. v. 2. März 1838. D. 521^{35/36}.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 19. Samstag, den 15. Sept. 1838.

Zur Lehre vom Dolus.

(Schluß.)

Es ist hier nicht der Ort, die bekannte Fehde aufzuwärmen, welche zwischen Gönnner und Feuerbach über die Lehre vom Dolus statt fand. Gönnner wollte bei demselben alles Subjektive verbannt haben; nur die äußere Handlung sollte über den Zweck entscheiden, der Erfolg, verglichen mit den Mitteln, sollte der einzige rechtliche Erkenntnißgrund des bösen Vorsatzes in seinem Umfange, die innere Absicht des Handelnden ganz entfernt und die Ehre des Dolus indirectus wieder hergestellt seyn.

Feuerbach mag in seinen früheren Ansichten allerdings zu viel von dem Gebiete des inneren Forums auf jene des äußeren übertragen haben, und bei der sogenannten culpa dolo determinata würde der wahre Unterschied zwischen Culpa und Dolus schwer nachzuweisen gewesen seyn. Die Wahrheit lag in der Mitte, welche

sich seit dieser langen Zeit in wissenschaftlicher Hinsicht sowohl, als in den Strafgesetzgebungen anderer deutschen Staaten längst ganz verschieden von jenen starren Theorien ausgebildet und ausgesprochen hat. Ohne Zweifel hat Feuerbach selbst dem von ihm viel später redigirten Gesetzbuche durch jene drei Abstufungen der Lehre vom Dolus eine größere Haltbarkeit geben wollen, als sein System selbst noch nicht gewonnen hatte.

Ferne sey es von uns, den legislativen Redakteur der Anmerkungen beschuldigen zu wollen, daß er von dem freilich großen Reize der Macht geblendet, um seiner Theorie Eingang und Sieg über den wissenschaftlichen Gegner zu verschaffen, der Versuchung nicht widerstehen konnte, die passende Gelegenheit zu benützen.

Indessen seine Lobpreisung der österreichischen Gesetzgebung gerade in dieser Materie lag vor Jedermanns Augen. Und fürwahr! diese Gesetzgebung, deren Vorzüge Referent selbst mehre Jahre lang praktisch kennen lernte, hatte sich im Allgemeinen so einfach und natürlich ausgesprochen, daß es schwer hielt, sie nicht als Muster für die richterliche Beurtheilung anzusehen. Ob gerade in Beziehung auf den Dolus, möchte einer Untersuchung werth gewesen seyn. Der einschlägige Satz lautet:

„Böser Vorsatz fällt nicht nur dann zur Schuld, wenn das Uebel geradezu bedacht und beschloffen, sondern auch, wenn aus einer bösen Absicht etwas unternommen oder unterlassen worden, woraus das Uebel, welches dadurch entstanden ist, ge-

meiniglich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann.“⁷⁾

Auf der andern Seite waren durch die Sanction des geheimen Rathes die ofterwähnten 3 Artikel nicht mehr auszumergen.

Es galt daher nur dem Versuche, ob nicht den Bestimmungen des Textes eine Wendung gegeben werden könne, wodurch jene Artikel mit der besagten Theorie in Einklang zu bringen seien, wäre es auch auf die Gefahr hin, daß sie dann unter sich nicht mehr zusammenpaßten, ja vielleicht ganz unverständlich würden.

Die Ausführung dieses Versuches ist in den Anmerkungen, Band 1, S. 146 u. 147, dann in Beziehung auf die Verbrechen wider das Leben Anderer Bd. 2, S. 15 enthalten.

Dort wird gesagt:

In Ansehung des Erfolges und der Beurtheilung, ob der bei einer Handlung überhaupt vorhandene Dolus sich auf den ganzen Erfolg der dolosen Handlung erstrecke, sind zwei Fälle möglich: entweder der Erfolg ist so beschaffen, daß derselbe bestimmt aus der Handlung unmittelbar und nothwendig zu entstehen pflegt,

oder so, daß derselbe

eben so leicht als ein anderer Erfolg

jedoch einer wie der andere

unmittelbar

⁷⁾ Das Reich der Möglichkeit ist groß; dem Dolus ist daher wenigstens keine enge Gränze angewiesen worden.

und nothwendig (!)
und gewöhnlich
zu entstehen pflegt.

Wie dieser Satz, ohne sich von den ewigen Gesetzen der Logik zu entfernen,^{*)} von dem gelehrten Verfasser der Anmerkungen aufgestellt werden konnte, wäre unbegreiflich, so ferne man annimmt:

es läge demselben der Fall zu Grunde, daß von zwei entgegengesetzten Wirkungen einer und derselben That, jede eben so leicht wie die andere möglich, und dabei eine wie die andere doch eben so nothwendig seyn soll.

Nothwendig ist ja doch nur, was nicht anders seyn kann, was jeden Gegensatz ausschließt.

Wenn A auf den B schießt, und ihn tödtet, sey es nun in der Absicht, ihn bloß zu verwunden, oder in der Absicht, ihn entweder zu verwunden, oder zu tödten, oder ohne alle erwiesene Absicht, der Tod wird aber als unmittelbare und nothwendige Wirkung der That erklärt: so wird doch Niemand behaupten wollen, daß die Verwundung noch eben so leicht möglich gewesen wäre, als der Tod.

Was für das Eine gilt, muß auch für den umgekehrten Fall gelten. Die Nothwendigkeit absorbiert die Möglichkeit, und es wird überflüssig, da von einem Können zu sprechen, wo das Müssen vorwaltet.

Es scheint daher damit gesagt zu seyn: Nicht

^{*)} Vergleiche Gönnert, Revision des Dolus S. 34.

nur dann, wenn eine in der Sinnenwelt sich zugetragene Erscheinung, z. B. der Tod, aus einer Handlung nach gewöhnlicher Erfahrung, unmittelbar und nothwendig erfolgt, sondern selbst auch dann, wenn sie nur als ein eben so leicht möglicher Erfolg in der Handlung eines Menschen begründet ist, treten die Bestimmungen des Art. 44 gerade so, wie jene des Art. 41 ein.

Dieses wird in den Anmerkungen 1. Bd. S. 145 u. ff. besonders S. 151 und 152 noch weiter und so ausgeführt, daß kein Zweifel über jenen unterstellten Sinn mehr herrschen kann.

Mit dieser Identifikation der Art. 44 und 41 verflößen sich aber alle Diskretionszeichen, welche in dem Texte selbst hinsichtlich der Lehre vom Dolus aufgestellt worden sind, auf eine solche Weise, daß man mit Grund behaupten kann, die Anmerkungen haben eine neue Theorie, der im Texte aufgestellten geßfientlich entgegensetzen, erschaffen wollen, wie sich aus Nachstehendem ergibt:

Wenn die im Art. 44 ausgesprochene Präsumtion des Dolus auch dann schon eintritt, wenn nur der eingetretene Erfolg eben so leicht als ein anderer entstehen konnte, so bedarf es nicht mehr, daß jener Erfolg die nothwendige Wirkung der Handlung eines Menschen ist, vielmehr wäre dieses ganz überflüssig. Hieraus folgt von selbst, daß nicht nur die Präsumtion des Dolus erweitert, sondern auf der anderen Seite auch selbst im Falle des Artikels 41 der Gegenbeweis jedoch nur mittelst klarer Beweise als zulässig erklärt werden sollte.

Solches sagen aber die Anmerkungen S. 151 und 152 ganz deutlich.

Am ersten Orte heißt es:

„die Art. 41 und 44 sollen die Frage beantworten, wieferne der Erfolg demjenigen, welcher mit rechtswidrigem Vorsatz eine unerlaubte Handlung vorgenommen hat, zum Dolus zugerechnet werde. Hierbei kann man der Wahrscheinlichkeit, daß kein Dolus vorhanden sey, keinen Einfluß mehr zugestehen, wo nur Beweise der Fahrlässigkeit, oder des Zufalles den positiven Schluß aus dem Causalitätsgesetze zu entkräften vermögen.“

Noch deutlicher sind die am andern Orte ausgesprochenen Erklärungen:

„der Art. 41 wird durch die allgemeine Bestimmung des Art. 44 in so weit beschränkt, als besondere und bestimmte Gründe die Culpa rüchichtlich des größeren Erfolges klar beweisen.“

Aufgehoben erscheint also die oben erwähnte *Praesumptio juris et de jure*, welche im Art. 41 liegt.

Allein auch der Art. 44 selbst erscheint, — außer der eingeschobenen leichten Möglichkeit des unbestimmten Erfolges — durch die Anmerkungen auch noch darin modificirt, daß während der Text nur von einer „mit erwiesener Absicht vorgenommenen Handlung“ redet, jene S. 147 klar aussprechen:

„der rechtswidrige Vorsatz wird vorausgesetzt, wenn die Frage nur vom Umfange

des Dolus in Beziehung auf den eingetretenen Erfolg ist.“

und §. 148:

„es muß (vor Allem) erwiesen seyn, daß Jemand aus einer rechtswidrigen Absicht jene Handlung unternommen habe, von deren Erfolge, ob dieser nämlich dem Handelnden als Zweck seiner Handlung zuzurechnen sey, die Rede ist.“

Nach dieser Lehre der Anmerkungen dürften also die beiden Art. 41 und 44 ungefähr auf folgende Weise in einander verschmolzen sich gedacht werden:

Wenn Jemand mit rechtswidrigem Vorsatz eine Handlung unternimmt, woraus entweder nach allgemein bekannter Erfahrung ein bestimmter, geschwidriger Erfolg unmittelbar und nothwendig zu entstehen pflegt, oder doch wenigstens so gut als ein anderer geringerer entstehen kann, so ist für erwiesen anzunehmen, daß dieser Erfolg der Handlung ebenfalls beabsichtigt gewesen sey, und der Urheber soll mit dem Vorwande, daß seine Absicht nur auf das geringere Verbrechen gerichtet gewesen sey, nicht gehört werden, woferne nicht durch klare Beweise das Gegentheil dargethan werden kann.

Nur auf diese Weise scheinen uns Text und Anmerkungen in Beziehung auf die Art. 41 und 44 in Harmonie gebracht werden zu können, ob schon dem Texte damit großer Zwang angethan ja ein ganz anderes System unterstellt ist.

Diese Betrachtungen führen zu ein Paar Be-

merkungen welche wir bei diesem Anlasse nicht ganz verschweigen können.

Wenn irgend etwas, so bewährt auch diese Erörterung die Wahrheit eines in der legislativen Politik längst anerkannten Erfahrungssatzes, daß die Gebilde der Gesetzgebung mit den Erzeugnissen der plastischen Kunst das gemein haben, daß Jene nur dann als gelungen erklärt werden können, wenn sie aus Einem Gusse hervorgegangen sind.

Wohl mögen konstitutionelle Garantien dem zu schnellen Wechsel der Gesetze wohlthätig vorbeugen; nimmermehr können sie aber jener Lähmung aufhelfen, die nothwendig das beste Gesetz durch die Berathung in mehreren von verschiedenen Elementen bewegten Corporationen trifft, und ihm meistens die feste Haltung, Consequenz und innere Uebereinstimmung raubt, gleichwie ein an sich starker Eisendraht getrieben durch immer enger werdende Siebe sich endlich bis zur unbedeutenden Nähnadel gestalten muß.

Da, wo es sich um allgemeine, nicht mehr auf dem praktischen Boden allein wurzelnde Grundsätze handelt, wo scheinbar unschuldige Vordersätze zugestanden werden sollen, über deren Anwendung man später zurückschaudert, wenn es sich um die Berathung einzelner Corollarien handelt, und wo man in die Verlegenheit kommt, (*Exempla sunt odiosa!*) das bereits Beschlossene widerrufen zu müssen: da beweist diese Art der gesetzgebenden Geburtshülfe die Schwierigkeit der Ausführung.

Ueberflüssig dünkt uns indessen, die Frage zu

lösen: ob Strafgesetzbücher allgemeine Bestimmungen in Hinsicht auf bösen Vorsatz enthalten sollen? — Definitionen sollen Gesetzbüchern stets fremd bleiben, auch die gelungenste kann Verwirrung in der Praxis erzeugen. Die Sache selbst wird aber nie umgangen werden können, so lange es Menschen giebt; Menschen, die entweder die Richtung ihres Verstandes, Gemüthes und körperlicher Kraft ausschließend auf Einen Zweck verwenden, oder es theilweise unterlassen, in einem oder dem andern Falle aber Wirkungen hervorbringen, die den Staat im Allgemeinen, oder die Rechte der Einzelnen gefährden.

J. N. H.

Ueber das Recht des Intervenienten, den ordentlichen Richter in der Hauptsache zu verbitten.

Von dem k. Regierungs-Assessor und Fiskal-Adjunkten Herrn Dr. Laub in München.

Die Frage: ob und inwiefern dem Intervenienten ein Recht zukomme, den ordentlichen Richter in der Hauptsache, die Erfordernisse der Refutation vorausgesetzt, zu verbitten, ist in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden, und wird darum, weil auf den Geist der Gesetze zurückzugehen ist, wobei „der Herren eigner Geist“ mit in's Spiel kommt, — von den Lehrern des gemeinen Prozesses auf verschiedene Weise beantwortet.

So viel dem Verfasser gegenwärtiger Bemerkungen bekannt geworden ist, haben sich vorzüglich drei verschiedene Ansichten gebildet, nämlich

1) die ziemlich vereinzelt stehende von Schulting¹⁾, daß ein Dritter, den der angefangene Streit nicht unmittelbar berührt, der aber von dessen Ausgang Vortheil oder Nachtheil zu erwarten hat, und der eben deswegen in den Streit sich mengt, ein Intervenient, nicht das Recht habe, den Richter, mit dem die streitenden Theile zufrieden sind, zu verwerfen;

2) die gewöhnliche Meinung, welche von Martin²⁾ am schärfsten ausgesprochen ist, geht dahin, daß jede aus eigenem Interesse an einem Rechtsstreite theilnehmende Person einzeln befugt sey, wenn sie Gründe, die einen Zeugen wenigstens verdächtig machen, anführt, und entweder erweist, oder statt dessen den Eid des Mißtrauens abzulegen sich bereit erklärt, jeden zuständigen Richter zu verbitten befugt sey;

3) die dritte Meinung ist die vermittelnde von Gesterding, welcher dem principaliter Intervenienten das Recht der Verwerfung zugesetzt, dagegen dem accessorie Intervenienten daselbe abspricht.

Schulting beruft sich darauf, daß der Intervenient im Hauptstreite weder Kläger noch Beklagter sey, und daß daher auch bei der Frage über die Zuständigkeit des Gerichtes keine Rücksicht auf ihn genommen, L. 49 pr. D. de jud., und überhaupt rücksichtlich der übrigen Theile des Streites durch die Intervention nichts geändert werde. Cap. 2 ut lite pend. nihil innov. in Vlt.

¹⁾ De recusatione jud. susp. in Comment. academ. Diss. II, Cap. X, §. 3.

²⁾ Lehrbuch des Civilprozeßes edit. IX, §. 59.

Zwar könne, bemerkt Schulting weiter, der Intervenient auch den Streit selbst führen, wenn er argwöhne, er werde von den Parteien nicht bona fide geführt; L. 14 pr. D. de appellat. allein dieß müsse doch bei dem nämlichen Richter geschehen: ferner möchte zwar bisweilen eine Härte daraus entspringen und für den Intervenienten schlecht gesorgt seyn, wenn man ihm die Refusation entziehe, und in Folge dessen der Prozeß verloren gehe, während er keinen oder keinen genügenden Regreß habe; allein um deswillen könne die Ordnung der Gerichtsbarkeit nicht umgestoßen werden, es sey denn, daß man den Intervenienten gegen einen zu Tage liegenden Betrug und eine Prävarikation der einen streitenden Partei selbst auf diese Weise in Schutz genommen wissen wolle, damit nicht durch die Collusion des einen das Recht des andern zerstört werde, wie bei einer ähnlichen Gelegenheit Gajus in L. 9. pr. D. de liberali causa sich ausspreche, was jedoch mehr durch einen Schein der Billigkeit sich empfehle, als auf einen strengen und nachhaltigen Rechtsgrund sich stütze; wobei dann, wenn dem Interventor ein solches Recht zustehe, dasselbe des Verlustes des Hauptstreites ungeachtet, ihm unverkümmert bleibe, und er es hernach geltend machen könne, was auch in der angeführten L. 9. geschehe.

Gail ³⁾, als Vertheidiger der zweiten Ansicht, beruft sich darauf, daß, wenn man die

³⁾ Observ. L. I, Cap. 7, Nr. 7.

Intervention als antecedens gestatte, man auch die recusatio als das consequens gestatten müsse.

Die seiner Meinung beitretenenden Schriftsteller Linde ⁴⁾ und Seuffert ⁵⁾ motiviren sie nicht; Boet ⁶⁾ erblickt eine Härte darinn, dem Intervenienten die Nothwendigkeit aufzuerlegen, entweder der Verfolgung seines Rechtes, das in dem Hauptstreite mitbefangen ist, sich zu enthalten, oder dem Ermessen eines gegen ihn feindselig gesinnten Richters die Entscheidung seiner Sache zu überlassen. Dabei beruft er sich zugleich auf L. 9. pr. D. de liberali causa, welche so wie L. 16 et 18 C. de jud. auch Martin für sich anführt.

Gesterding stützt seine Ansicht darauf, daß der principaliter Intervenirende immer als Kläger oder Beklagter zu betrachten und ihm daher auch ein den Parteien selbst zustehendes Rechtsmittel nicht zu versagen sey, während der accessorio Intervenirende als zu der Partei, welcher er sich anschließe, gehörig betrachtet werden müsse und demnach mit ihr nicht in Widerspruch stehen könne, sohin auch den Richter, mit dem dieselbe zufrieden sey, sich gefallen zu lassen habe, gleichwie er, ohne aus seiner Rolle zu fallen, auf seine eigene Hand keine Einreden vortragen dürfe.

Die L. 9. pr. cit. behandelt, so weit sie überhaupt nur im Entfernten hieher gehört, den

⁴⁾ Lehrbuch des Civilprozeßes edit. III. §. 82.

⁵⁾ Commentar zur G.D. I. Bd. S. 207.

⁶⁾ Comment. ad Pand. L. V, tit. 1, Nr. 38.

Fall, wo über die Freiheit eines Menschen mit dem Eigenthümer und Nießbraucher des in Frage stehenden Sklaven zwei gesonderte Prozesse geführt werden, einer der beiden Contradiktoren jedoch auftritt, während der Rechtsstreit mit dem anderen noch im Lauf ist. Hier erklärt sich Gaius dahin, daß der zuletzt Aufgetretene an den Richter in dem ersten Rechtsstreite zu verweisen sey, woferne er nicht einen genügenden Grund dagegen darzulegen vermöge, z. B. daß der Richter feindselig gegen ihn gesinnt sey.

Von einer Intervention ist nicht die Rede; es werden zwei gesonderte Rechtsstreite vorausgesetzt, und der eine Contradiktor bestreitet das Recht des andern nicht; die Entscheidung des Juristen fußt offenbar auf der *continentia causarum*. Diese Stelle umfaßt daher die gegenwärtiger Erörterung zu Grunde liegende Frage eigentlich nicht, und es läßt sich aus ihr ein direktes Argument nicht entnehmen. Noch viel weniger trifft dies ein bei den beiden von Martin citirten Stellen aus dem Codex, worin nur die allgemeinen Grundsätze über die *recusatio judicis suspecti* vorgetragen und ausdrücklich nur die „*litigatores* und die „*partes*“ erwähnt werden.

Demnach finden wir uns an eine allgemeinere Beweisführung verwiesen. Wenn auch das Argument, dessen sich Gail bedient, daran scheitern muß, daß die *recusatio* nicht als das *consequens* der *interventio* sich darstellt, so dürfte dennoch seine Meinung — die zweite der oben angegebenen — Meinungen, welche die gewöhn-

lichere ist, auch die richtigere seyn, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Es ist nicht zu verkennen, daß insbesondere auch der accessorische Intervenient durch den, für die Partei, welcher er sich angeschlossen hat, ungünstigen Ausgang der Hauptsache sehr empfindlich betroffen werden kann.

Eben so wenig läßt sich mit Rücksicht auf das Verderbniß der auch am Richter wirksamen menschlichen Natur verkennen, daß es Fälle geben kann, wo man einem sonst gleichgültigen Dritten schadet, um nur einem verhassten Feinde zugleich einen mit anzuthun.

Es wird dieses auch von Schulting sowohl als von Gesterding eingeräumt, denn auch der letztere lehrt, daß wenn der Beklagte die ihm von dem Intervenienten dargebotenen Vertheidigungsmittel verschmäht habe, dieser die Entschädigung verweigern könne, wenn er zu zeigen im Stande sey, daß der Nichtgebrauch den Verlust des Prozesses verursacht habe.

Allein dieses *beneficium* dürfte wohl ein *flexibile beneficium* zu nennen seyn, da dessen Wirksamkeit in den meisten Fällen an der Unmöglichkeit, den geforderten Beweis zu liefern, scheitern möchte.

Wie schwierig in dergleichen Fällen der Beweis sey, haben die Gesetze selbst deutlich genug ausgesprochen, indem sie, was Gesterding ⁷⁾ beifallvollend ausführt, bestimmen, daß eine Partei nicht nöthig habe, die Gründe des Verdachts an-

⁷⁾ S. 90, 97. a. a. D.

zugeben und zu beweisen, vielmehr der Eid den Mangel von Beidem ersetze, und indem sie über die Frage, ob ein hinlänglicher Grund zum Verdacht vorhanden sey, im Allgemeinen dem arbitrio judicis einen freien Spielraum lassen.

Daß dem Intervenienten mit dem eben erwähnten Ausbühlfemittel wenig gedient sey, ist demnach wohl klar und es bleibt das Verbittungsrecht für ihn immer sehr wünschendwerth.

Nun haben ihm

2) die Geseze dasselbe nirgends ausdrücklich ausgesprochen, es möchte ihm daher in analogem Hinblick auf

L. 28, §. 2, D. ex quib. caus. maj. *) zu gestatten seyn, um so mehr, als, wie Gesters d'ing *) selbst lehrt, die exceptio judicis suspecti nur den Namen einer Einrede hat, und demnach die von den Einreden hergenommenen Argumente gegen die hier vertheidigte Meinung nicht als zulässig erscheinen. Ueberhaupt hat man

3) nicht sowohl das Wesen der Intervention als vielmehr jenes der Refusation an die Spitze der Beweisführung zu stellen.

Das Verbittungsrecht aber haben die Geseze um deswillen eingeführt, um jede billige Besorgniß, es werde von dem ordentlichen Richter in einem gegebenen Falle, gleiche und unparteiische

*) *Quod ejus, inquit Praetor, per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licet. Quae clausula non illud pollicetur, restitutum, si leges permittant; sed si leges non prohibeant.*

*) a. a. D. §. 106.

Gerechtigkeit nicht gehandhabt werden, zu entfernen. Diese Besorgniß kann vernünftiger Weise auch bei einem Intervenienten, gleichviel ob er accessorisch oder principaliter dazwischen getreten, obwalten, und man muß ihm demnach auch das Refusationsrecht zugestehen.

Endlich erhält die gemeine Meinung

4) an der L. 9. pr. D. de liber. causa insoferne allerdings indirekt einen gewichtigen Stützpunkt, als aus ihr erhellet, wie sehr die Geseze die Refusation begünstigen, indem ihr ein wesentliches Moment des Prozeßes — die *continentia causae* zum Opfer gebracht wird. Die dem Verfasser bekannt gewordenen neuern Prozeßgesetze erwähnen die vorwürfige Frage nicht, auch der JudiciarCoder Cap. I §. 20, Cap. VIII. §. 4, hat weder im Texte noch in den Anmerkungen eine Bestimmung, daher auch für Bayern die Grundsätze des gemeinen Prozeßes zur Anwendung kommen.

Tagebuch der Praxis.

Unter Beziehung auf Band II, S. 46, dieser Blätter, woselbst von dem Gerichtsstand der dislocirten Offiziere gehandelt ist, wird für die dort aufgestellte Aufsicht ein DABG. v. 17. Mai d. J. B. 1030^{36/37} 1) angezeigt, in welchem ebenfalls angenommen wurde, daß detachirte Offiziere ihren Gerichtsstand nicht an dem Orte, wo der Stab des Regiments liegt, sondern an dem Orte der Garnison der detachirten Division haben, bei welcher sie sich befinden.

1) ABAct. v. Oberfranken. M. 6/1916.

B l ä t t e r
f ü r
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 20. Samstag, den 29. Sept. 1838.

Können die Erben der Geschwächten gegen den Stuprator auf Entrichtung der Ausstattung klagen, welche ihrer Erblasserin statt der Ehelichung gebührt hätte?

Nach dem kanonischen Rechte und der unbestrittenen Praxis hat der Stuprator die alternative Verbindlichkeit, die Geschwächte entweder zu heirathen, oder auszustatten ¹⁾).

Da bei alternativen Verbindlichkeiten der Verpflichtete in der Regel die Wahl hat, welche von beiden er erfüllen wolle ²⁾), so muß auch dem Stuprator nach dieser Regel die Wahl zwischen Ehelichung oder Ausstattung freigestellt bleiben ³⁾).

Wenn nun aber die Geschwächte, welche befugt gewesen wäre, gegen ihren Schwängerer auf Ehelichung oder Ausstattung zu klagen, gestorben

¹⁾ C. 1, X, de adult. et stupro. V, 16. Glüß Pand. Comment. Bd. XXVIII, §. 1288. S. 150—154.

²⁾ Fr. 34, §. 6, de contr. emt. C. 70, de reg. jur. in Vltio.

³⁾ Glüß a. a. D. S. 154.

ist, ehe sie mit einer detsfalligen Klage auftrat, und also hierdurch dem letztern die Möglichkeit benommen wurde, von dem Wahlrechte, welches er nach obiger Regel unter den erforderlichen Voraussetzungen gehabt hätte, Gebrauch zu machen, so fragt es sich:

ob die Erben der Geschwächten gegen den Stuprator auf Entrichtung der Ausstattung, welche ihrer Erblasserin statt der Ehelichung gebührt hätte, klagen können?

Diese Frage ist im gem. Rechte durch ein speciellcs Gesetz nicht entschieden und unter den Rechtslehrern sehr bestritten⁴⁾.

Für deren Verneinung scheinen folgende Gründe zu sprechen: a) weil der Verklagte durch den Tod der Geschwächten außer Stand gesetzt wurde, von seinem Wahlrechte zwischen Ehelichung oder Ausstattung Gebrauch zu machen und b) weil das Recht auf Ausstattung bloß subsidiär und rein persönlicher Natur sey, folglich auf die Erben der Geschwächten nicht übergehen konnte. Denn da der Stuprator nur alsdann, wenn er die Geschwächte nicht ehelichen will oder kann, die ihr gebührende Genugthuung durch Dotation leisten muß, so erscheint diese als ein Ersatz für die ihr entzogene oder erschwerte Gelegenheit zu einer vortheilhaften Heirath. Insofern sich also der Stuprator von der Dationsverbindlichkeit durch Ehelichung der Geschwächten befreien kann, erscheint die Dotation als Surrogat der Ehelichung. Das Recht auf Ehe-

⁴⁾ Glück a. a. O. S. 170 ff. Busch v. d. Rechten geschwächter Frauenspersonen. §. 86—90.

lichung zu klagen ist aber nur an die Person der Geschwächten geknüpft und kann, wie sich von selbst versteht, ebenso wenig von ihr an eine andere Person abgetreten werden, als auf ihre Erben übergehen, denn höchstpersönliche Rechte sind nicht transmissibel ⁵⁾. Dasselbe muß auch bezüglich des Anspruchs auf Dotation gelten, weil dieselbe als Surrogat der Eheklage zu betrachten ist.

Diesen Gründen steht jedoch Folgendes entgegen. Bei alternativen Verbindlichkeiten wird der Verpflichtete, wenn die Gegenstände des Wahlrechts nicht alle, sondern nur zum Theil durch Zufall untergehen, nicht gänzlich frei, sondern es wird in diesem Falle seine ursprünglich alternative Verbindlichkeit nunmehr in eine einfache verwandelt, so daß er immer noch dasjenige leisten muß, was von ihm geleistet werden kann ⁶⁾. Nur wenn das Wahlrecht des Schuldners durch die Schuld des Gläubigers vereitelt wird, erlangt der erstere durch den Untergang auch nur eines der Objecte seiner alternativen Verbindlichkeit eine gänzliche Befreiung ⁷⁾.

Da aber der Tod der Geschwächten nur als ein Zufall betrachtet werden muß, durch welchen das Wahlrecht des Stuprators zwischen Eheklage oder Ausstattung ohne ihre Schuld vereitelt wor-

⁵⁾ Schweppe *rom. Privatrecht*. §. 155. Glück *P. R.* Bd. VI, §. 536, S. 529. Vgl. auch Wenning-Jungenheim *Lehrb. des gem. Civilrechts*. Bd. II, §. 138.

⁶⁾ Fr. 32, pr. de cond. indeb. Fr. 2, §. 3, de eo, quod certo loco. Fr. 34, §. 6, de contr. emt. Fr. 16, pr. de V. O. Fr. 95, §. 1, de solutionibus.

⁷⁾ Fr. 105, de V. O.

den ist, so erlischt dadurch, daß er die Geschwächte nun nicht mehr ehelichen kann, keineswegs seine Verbindlichkeit zur Dotation, weil ihm deren Erfüllung gegen die Erben der Geschwächten immer noch und zwar allein noch möglich ist.

Die von den Bertheidigern der entgegengesetzten Meinung aufgestellte Regel, daß die alternative Verbindlichkeit des Stuprators in dem Falle aufhöre, wenn er ohne seine Schuld außer Stand gesetzt wird, von seinem Wahlrechte Gebrauch zu machen, kann in ihrer Allgemeinheit für richtig nicht gehalten werden, denn hiernach müßte die Klage auf Dotation in dem Fall, wenn der Stuprator die Geschwächte nicht ehelichen kann, immer ausgeschlossen seyn, obschon es allerdings Fälle giebt, in welchen bloß die dem Stuprator der Regel nach zustehende Wahl wegfällt und von der Geschwächten auf Ehelichung, oder auf Dotation direct geklagt werden kann.

Das Recht geradezu auf Ausstattung zu klagen, wird derselben namentlich alsdann eingeräumt, wenn ohne ihr Verschulden die Ehe mit dem Stuprator nicht stattfinden kann^{*)}.

Dieses Klagerecht der Geschwächten war sofort nach vollbrachtem Beischlase ipso jure begründet und konnte daher als *jus quaesitum* auf ihre Erben transmittirt werden^{*)}.

Alle Rechte eines Erblassers, insoweit sie nicht höchst persönlich sind, gehen mit der Erbschaft auf

*) Glüd p. R. XXVIII, S. 163 u. 164 ff. Kind quaest. for. Tom. II, C. 47.

*) Glüd a. a. D. S. 154 u. 176. Busch a. a. D. S. 87, S. 107.

dessen Erben über ¹⁰⁾. Als höchstpersönlich kann nur der Anspruch auf Ehelichung, nicht aber der auf Dotation betrachtet werden, weil die Dotation der Geschwächten kein Surrogat der Ehe, sondern eine Entschädigung für die ihr entzogene oder erschwerte Gelegenheit zu einer anständigen und vortheilhaften Heirath ist ¹¹⁾.

Im Einklange mit dem obigen gemeinrechtlichen Grundsätze vom Uebergange der Rechte auf die Erben, verordnet auch die bayer. G.D. IV, §. 2, daß auf Seite des Klägers alle actiones ohne Unterschied auf die Erben übergehen, ausgenommen, wenn sie durch Gesetz oder Beding auf des Erblassers Person allein eingeschränkt sind.

Die Klage auf Dotation kann aber zu denjenigen nicht gerechnet werden, deren Uebergang auf die Erben gesetzlich untersagt ist. In dieser Beziehung werden in den Anm. zur G.D. a. a. D. lit. b. bloß die Pönal-, Popular- und Criminalklagen angeführt, zu welchen Klagarten die Dotationssklage offenbar nicht gehört, indem sie bloß als eine Entschädigungssklage anzusehen und deren Uebergang auf die Erben gesetzlich nicht ausgeschlossen ist ¹²⁾.

Ein Beding würde der Klage bloß in dem Falle entgegenstehen, wenn die Geschwächte noch bei Lebzeiten ihren Entschädigungsansprüchen an den Stuprator rechtsgültig entsagt hätte.

¹⁰⁾ Const. 13, de contr. et committ. stipulat. C. auch Note 6.

¹¹⁾ Glüß a. a. D. C. 169 u. 173.

¹²⁾ Glüß a. a. D. C. 173 — 175. Busch a. a. D. §. 88 u. 89.

Aus diesen Gründen wurde die vorliegende Streitfrage bejahend entschieden¹³⁾ und diese Ansicht hat auch die Mehrheit der Rechtsgelehrten, welche über diese Controverse geschrieben haben, für sich¹⁴⁾.

Wenn auch den Meinungen angesehener und bewährter Rechtsgelehrten eine Gesetzeskraft nicht beigemessen werden kann, so verdienen sie doch in solchen zweifelhaften Rechtsfällen, die in den Gesetzen entweder gar nicht, oder nicht deutlich entschieden sind, vorzügliche Berücksichtigung, wenn sie mit der Analogie des bürgerlichen, oder mit den Grundsätzen des natürlichen Rechts übereinkommen¹⁵⁾.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

14.

Wenn zwei oder mehrere Personen, außer dem Falle einer Diebsbande, den Diebstahl in vorausgegangener Verbindung begangen haben, so ist ein besonders erschwerender Umstand vorhanden¹⁶⁾. Dieser Diebstahl gehört zu den geflissenen gefährlichen Diebstählen, weil die Begehung in verabredeter Verbindung ein sträflicherer Angriff auf die öffentliche Sicherheit¹⁷⁾, eine stärkere Gefährdung der Person ist, in deren De-

¹³⁾ ABGef. v. 22. Aug. 1833. W. 949^{31/32}.

¹⁴⁾ Busch §. 87, Note 1.

¹⁵⁾ Glück P. R. Bd. 1, §. 33, S. 224.

¹⁶⁾ Gef. v. 25. März 1816, Art. 11, Num. 9.

¹⁷⁾ Ann. z. StGB. Bd. 11, S. 127.

tention die Sache sich befindet, oder welche die That entdeckt und verhindern will. Das Strafgesetzbuch Art. 221 hatte lediglich Verbindung zur Ausführung erfordert, viel richtiger verlangt die Novelle, daß der Diebstahl in solcher Verbindung begangen worden, denn nur dann ist die Gefahr für Personen vorhanden. Diese Aenderung in der Novelle ist wichtig und führt zu der wichtigen Folge, daß dem Complotanten, welcher bei der Ausführung selbst nicht gegenwärtig war, der erschwerende Umstand der verabredeten Verbindung nicht angerechnet werden darf, denn er hat den Diebstahl nicht mit begangen, ja es würde ihm in solchem Fall die verabredete Verbindung doppelt, mithin einmal mit Unrecht angerechnet werden, nämlich einmal um ihn als Complotanten verurtheilen zu können und einmal als besonders erschwerender Umstand ⁶⁰⁾. — A. B. C. D. und E. complottiren einen Diebstahl in der Art, daß A. die Dietriche hergeben, B. C. D. den Diebstahl ausführen, E. aber vor der Stadt mit einem Wagen bereit seyn und B. C. D. mit den gestohlenen Effecten fortfahren soll. In dieser Art wird denn nun der Diebstahl mit der einzigen Ausnahme ausgeführt, daß D., ohne abzukündigen, sich nicht einfindet, B. und C. aber ohne ihn den Diebstahl begehen. Hier sind B. und C. Urheber des Diebstahls mit dem besonders erschwerenden Umstand der verabredeten Verbindung; A. D. E. sind Miturheber vermöge des Complots, denn A.

⁶⁰⁾ MABE. v. 31. Okt. 1835. MAB. S. 154, 18³³/34. MAB. 346, 18³¹/32.

hat vor, E. nach der Ausführung mitgewirkt, D. aber seine Mitverbündeten bei der Ueberzeugung der von ihm zu erwartenden Beihilfe erhalten⁶¹⁾: diesen drei letzteren aber kann der erschwerende Umstand der verabredeten Verbindung nicht angerechnet werden, denn keiner von ihnen hat den Diebstahl mit begangen in dem Sinne, daß durch ihn eine Gefährdung einer Person statt gefunden hätte; keiner von ihnen dürfte als Urheber bestraft werden, wenn die vorausgegangene verabredete Verbindung — das Complot — nicht wäre, es wäre vielmehr ohne diese A. nur Gehülfe, C. nur Begünstiger, es kann ihnen also diese Verabredung, welche ihnen schon angerechnet ist, um sie als Urheber zu verurtheilen, nicht noch einmal als besonders erschwerender Umstand angerechnet werden.

15.

Entwendungen des Hausgefindes, wie solches im Art. II, Num. 8 des Gesetzes vom 25. März 1816 bezeichnet ist, sind, wenn sie aus bloßer Lusternheit an Eß- oder Trinkwaaren begangen worden, immer nur Polizeiübertretungen⁶²⁾, selbst wenn sie dem Betrage nach und namentlich bei fortgesetzter Entwendung die Summe eines Verbrechens oder Vergehens erreichen, oder wenn sie mittelst Einsteigens, oder Einbruchs oder dgl. verübt worden⁶³⁾.

⁶¹⁾ StGB. I, 50.

⁶²⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. V.

⁶³⁾ Lith. Nov. Num. 132 v. 6. Mai 1816 in Num. 144 v. 6. Aug. 1816.

Rückfall in einen polizeilich strafbaren Diebstahl steigert die That nicht zum Vergehen ⁶⁴⁾.

16.

Es ist ein ausgezeichneteter Diebstahl, also ohne Rücksicht auf den Betrag des Entwendeten ein Verbrechen, wenn eine zum Gottesdienste gewidmete Sache aus einem dem Gottesdienste bestimmten Orte entwendet wird ⁶⁵⁾. Ob die Sache unmittelbar, wesentlich oder nicht wesentlich zum Gottesdienste bestimmt ist, darauf kommt es nicht an und eben so wenig werden gerade geweihte Sachen erfordert ⁶⁶⁾. Welche Sachen zum Gottesdienste bestimmt sind, das ist nach dem Ritus der treffenden Religion oder Confession zu bemessen, nöthigenfalls durch Gutachten von Lehrern oder Geistlichen der einschlägigen Confession festzustellen. Hinsichtlich der Katholiken nennen die Carolina und der bayrische Criminalcodex v. J. 1751 geweihte Sachen: Monstranz, Kelch, Patene (Ciborium) ⁶⁷⁾; in den Anmerkungen zum bayr. Civilgesetz werden auch Messgewand und Paramente genannt ⁶⁸⁾. — Diebstahl an Münzen und dergleichen, welche einem Muttergottesbilde oder Heiligenbilde von Gläubigen angehängt werden, z. B. aus Dankbarkeit für erhörte Gebete (vota), ist kein ausgezeichneteter, denn die Bestimmung solcher Vota ist nicht um unmittelbar oder mittelbar zum

⁶⁴⁾ Rith. Nov. Num. 135 v. 14. Mal 1816, und Num. 143 v. 25. Juli 1816.

⁶⁵⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. VI, Num. 1.

⁶⁶⁾ Rith. Nov. 176 v. 4. April 1817.

⁶⁷⁾ E. E. C. Art. 172, 174. Cod. crim. bav. I, 2, §. 17.

⁶⁸⁾ Thl. 2, Cap. 1, §. 2.

Gottesdienst zu gehören. (MGE. v. 6. Juli 1838. Nr. 3916). Entwendung von Geld aus dem Opferstock gehört ebenfalls nicht hieher, weil Geld nicht zum Gottesdienst gewidmet ist ⁶⁹⁾. — Leuchter aber, die zum Gottesdienst gewidmet sind, werden hieher gerechnet ⁷⁰⁾.

17.

Einbruch eben so wie Einsteigen macht unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Diebstahl zu einem ausgezeichneten. Beim Einbruch bedingt insbesondere das Gesetz, daß der Dieb eingebrochen sey, um zu stehlen, beim Einsteigen ist dieser Beisatz nicht gemacht ⁷¹⁾ und es entsteht daher die Frage, ob denn nicht auch beim Einsteigen erfordert werde, daß der Dieb eingestiegen sey, um zu stehlen. Diese Frage muß offenbar bejaht werden, indem jeder Diebstahl Dolus erfordert, der Diebstahl durch Einsteigen gerade wegen der Geflissenheit und Gefährlichkeit härter bestraft wird ⁷²⁾ und daher das Weglassen des Beisatzes „um zu stehlen“ im Gesetz nur als Redactionsform anzusehen, eben darum aber auch das Hinzufügen dieses Beisatzes in der Nummer vom Einbruch nicht als Bedingung eines ganz besondern Erfordernisses, das nur dem Diebstahl durch Einbruch eigen wäre, zu betrachten ist.

⁶⁹⁾ Von Gönner und Schmidlein, Jahrb. Bd. 3, S. 160.

⁷⁰⁾ Ebendaf. S. 106.

⁷¹⁾ Gef. v. 25. März 1816. Art. VI, Num. 2, 3. Eben so ist StGB. I, 221, Num. 3, 4 redigirt.

⁷²⁾ StGB. I, 221. C. E. C. Art. 159. Von Feuerbach a. a. D. §. 334.

Ein Bursche, welcher zu einer Bauernmagd Nachts auf einer von ihm herbeigeschafften Leiter in die Schlafkammer gestiegen war, um sie, wie er öfterß auf diesem Wege gethan, zu besuchen, erfuhr dort von derselben, daß ihr Dienstherr erst vor ein paar Stunden gute Bürste geschenkt erhalten habe. Er entwendete von diesen Bürsten und wurde wegen Diebstahls mittelst Einsteigen untersucht, aber vom Criminalgerichte in Beziehung auf den außgezeichneten Diebstahl losgesprochen, weil es beinahe gewiß war, daß einertheils er zur Zeit des Einsteigens gar noch nicht wissen konnte, daß der Bauer Bürste habe und anderntheils er lediglich eingestiegen gewesen, um sein Mädchen zu besuchen⁷³⁾.

18.

Sowohl beim Diebstahl durch Einsteigen, als bei dem durch Einbruch gehört es zum Anschuldigungsbeweis, daß das Einsteigen oder Einbrechen in der Absicht geschehen sey, um zu stehlen. Wie ist nun aber der Beweis dieser Absicht zu liefern? Das Einsteigen oder Einbrechen verhält sich zum Diebstahl selbst, wie das Mittel zum Zweck, sind beide in einer continuirlichen Handlung begangen, so bilden beide zusammen nur ein juristisches Factum; ist dieses Factum gegen eine Person erwiesen, so wird gesetzlich angenommen, daß diese Person aus rechtswidrigem Vorsatze gehandelt (den Einbruch oder das Einsteigen um des Dieb-

⁷³⁾ StGB. I, 43. — Wegen Einbruch NUG. v. 3. März 1827; s. v. Spieß Sammlung aller Ergänzungen zum StGB. S. 21.

stahl (s. wollen begangen) habe, soferne nicht aus besonderen Umständen die Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit des Gegentheils sich ergibt⁷⁴⁾. Diese gesetzliche *praesumptio doli* ist nicht bloß auf die Frage beschränkt, ob Dolus oder Culpa vorliege, sondern sie gilt allgemein, wie sie auch vom Gesetz allgemein hingestellt ist und sie beruht auf dem Satz, daß von jedem zurechnungsfähigen Menschen angenommen wird, er habe bei seiner Handlung den Erfolg bezweckt, auf welchen die Handlung ihrer Natur nach gerichtet war.⁷⁵⁾ Jene Vermuthung tritt daher auch bezüglich der Frage ein, ob Dolus oder Casus vorliege, so wie hinsichtlich der Frage, ob der Thäter bei seiner rechtswidrigen Handlung gerade diesen Erfolg oder einen andern beabsichtigt habe; sie tritt ein, wenn davon die Rede ist, ob der Thäter einen größeren oder geringeren Erfolg bezweckte⁷⁶⁾, ob der Tod eines Menschen, absichtlich oder zufällig bewirkt worden⁷⁷⁾, ob ein falscher Denunciant Verurtheilung des Denuncirten oder eine andere Absicht hatte⁷⁸⁾.

„Die Absicht des Handelnden (sagen die Anmerkungen z. StGB.) liegt im Innern des Menschen und ist vor dem äußern Forum, wenn nicht der Schuldige selbst den rechtswidrigen Vorsatz auf gültige Weise eingestehet, nur aus den Umständen sei-

⁷⁴⁾ StGB. I, 43.

⁷⁵⁾ Von Feuerbach, Crim. Recht, in den älteren Ausgaben, S. 60. Jene frühere Ansicht Feuerbach's liegt dem StGB. zu Grunde, dient also zu des letzteren Erklärung. — Anm. z. StGB. Bd. I, S. 144, 145.

⁷⁶⁾ StGB. I, 41.

⁷⁷⁾ Anm. z. StGB. Bd. II, S. 3, 17.

⁷⁸⁾ Ebendas. Bd. II, S. 314.

ner That erkennbar. — Genügte die bloße Behauptung des Handelnden, er habe die Handlung nicht aus rechtswidrigem Vorsatze unternommen, (habe etwas Anderes dabei bezweckt), bis das Gegentheil vollkommen und durch förmliche Beweismittel zur Gewißheit gebracht ist, so wäre das ganze Strafgesetz vereitelt, denn womit will man gegen den läugnenden Inquisiten beweisen, was in seinem Innern vorgieng, wenn nicht der Beweis aus den Umständen der That selbst von dem Gesetze für hinreichend erklärt wird“⁷⁹⁾). Womit will man dem, welcher in ein Haus einsteigt, oder einbricht und dort stiehlt, beweisen, daß er um des Stehlens willen eingedrungen, wenn nicht das Gesetz einen künstlichen Beweis zuläßt? Das bayrische Strafgesetzbuch hat einmal die *praesumptio doli* aufgestellt und so lange es besteht, muß es angewendet werden. Aber eben wegen der Unmöglichkeit eines andern Beweises, als durch Geständniß, muß jedes Gesetzbuch, (wo nicht eine Jury besteht) einen *artificiellen Beweis des Dolus* zulassen, und die Diebstähle durch Einbruch oder Einsteigen würden gerade in dieser erschwerenden Eigenschaft straflos, wenn man erwarten wollte, daß die Diebe gutmüthig genug seyn würden, die Absicht des Eindringens zu gestehen. Auch nach Feuerbach's letzter Ansicht⁸⁰⁾ mußte von dem, der in ein Haus einbricht und dort stiehlt, angenommen werden, daß er um des Stehlens willen eingebrochen sey, denn es gienge dieß aus der Beschaffenheit der Handlung an und

⁷⁹⁾ Anm. z. StGB. Bd. I, S. 143, 144.

⁸⁰⁾ Von Feuerbach, princ. Recht, 12. Ausg. §. 87.

für sich und aus dem nahen Zusammenhange des Einbruchs und des Diebstahls hervor⁸¹⁾.

Aber selbst nach dem Bayr. Strafgesetzbuch hat die *praesumptio doli* nicht die Wirkung, die Einrede des Gegentheils auszuschließen, sondern es wird jene Einrede ausdrücklich zugelassen und sobald sie nur zur Wahrscheinlichkeit gebracht ist, muß ein lössprechendes Erkenntniß, oder wenn die Wahrscheinlichkeit nicht so stark ist, daß sie den zur Erkennung der Specialuntersuchung erforderlichen Verdacht beseitigte, Einstellung der Untersuchung erfolgen⁸²⁾. Wenn hiebei das Gesetz von Einreden spricht, so darf dieß nicht so aufgefaßt werden, als ob der Inquirent erwarten müßte, ob der Angeschuldete die Einrede vorbringe und ob und welche Beweismittel er benenne, sondern es ist heilige Pflicht des Inquirenten, auch die allenfallsige Unschuld des Inquisiten, oder die allenfallsigen Milderungsgründe von Amtswegen zu erforschen⁸³⁾. —

Um eine Selbsthülfe zu üben, um sein Eigenthum zu nehmen, brach Jemand die Commode eines Andern auf, er erblickte dabei Geld des Andern und entwendete solches: er wurde hinsichtlich der Auszeichnung des Einbruchs losgesprochen, weil es höchst wahrscheinlich gemacht war, daß er lediglich um der Selbsthülfe willen eingebrochen hatte. — Ein Dieb wollte durch ein kleines geöffnetes Fenster ohne selbstherbeigeschaffte Vorrichtung einsteigen und weil die Oeffnung etwas enge war,

⁸¹⁾ Der Entwurf v. J. 1831, Art. 35, 36 huldigt der neueren Theorie und giebt Regeln für die Anwendung.

⁸²⁾ StGB. I, 43; II, 272, 354, 356.

⁸³⁾ StGB. II, 72, 107.

sich durchdrängen. Das ganze Fenstergestell war alt und so schlecht befestigt, daß es auf einmal losbrach und dem Dieb am Halse hieng. Es wurde die Auszeichnung des Einbruchs nicht angenommen, denn der Dieb hatte nicht dolose, sondern culpose eingebrochen.

Mit der Absicht des Einsteigens oder Einbrechens darf indeß nicht der Zweck des Diebstahls verwechselt werden: die Beschaffenheit des Endzwecks oder des Beweggrundes eines Verbrechens schließt den rechtswidrigen Vorsatz nicht aus⁸⁴⁾. Wer, um sich für eine Forderung bezahlt zu machen, im Hause des Andern einbricht und dort etwas entwendet, der begeht Selbsthülfe und Diebstahl in idealer Concurrenz und er wird in die Strafe der schwersten Uebertretung, in die des ausgezeichneten Diebstahls, allenfalls mit Schärfung, verurtheilt⁸⁵⁾; denn er hat gestohlen, um Selbsthülfe zu üben.

(Fortsetzung folgt.)

Zur Lehre vom Manifestationseide.

Wenn die Ableistung des Manifestationseides in einem Concursse geschehen soll, so kann das in der G.D. XIII, §. 5, angedrohte Präjudiz — wonach der Gegner im Fall des recusirten Manifestationseides zum Juramentum in litem zugelassen wird, — nicht Anwendung finden, sondern es ist der Eridar, wenn er sich weigert, den Manifestationseid zu leisten, nach der G.D. XVIII

⁸⁴⁾ StGB. I, 39.

⁸⁵⁾ StGB. I, 110². vgl. mit 95². u. Anm. Bd. I, S. 257.

§. 3 Nr. 8 durch richterlichen Zwang hiezu anzuhalten ¹⁾).

Wie bereits im Bd. II, S. 187 dieser Blätter ausgeführt wurde, kann auch außer dem Falle eines allgemeinen Debit- oder Gantverfahrens, wenn es sich nämlich von dem Vollzuge eines von einem einzelnen Gläubiger erstrittenen Urtheils handelt, dem Schuldner die Ableistung des Manifestationseides aufgetragen werden. In einem solchen Falle erklärte der Schuldner in dem zur Ableistung des ihm rechtskräftig auferlegten Manifestationseides anberaumten Termin, daß er den Eid nicht schwören wolle. Hier blieb ebenfalls nichts Anders übrig, als ihn nochmals zur Eidesleistung und zwar unter Androhung einer Gefängnißstrafe vorzuladen, denn seine Verbindlichkeit zu dieser Handlung war rechtskräftig ausgesprochen und derjenige, welcher eine schuldige Handlung nicht leistet, soll nach der G.D. XVIII, §. 3, Nr. 8, durch Geld-, Gefängniß- oder andere ergiebige Strafe dazu angehalten werden. Geldstrafe erscheint hier nicht anwendbar, weil ein Vermögen des Verurtheilten nicht ermittelt ist, also bietet sich Gefängnißstrafe als das hier anwendbare gesetzliche Zwangsmittel dar. In dieser Art wurde demnach erkannt ²⁾).

¹⁾ ABE. v. 27. Juli 1827 T. 596²¹/₂₂.

²⁾ ABE. v. 23. Juli 1838 J. 139³⁶/₃₇.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 21. Samstag, den 13. Oct. 1838.

Ueber Subordinations - Vergehen der Landwehr
und deren Bestrafung¹⁾.

Nach einem Ausschreiben der k. Regierung von Unterfranken und Aschaffenburg im Intelligenzblatte Nr. 21 vom 20ten Febr. l. J. hat das k. Oberappellationsgericht in einem Falle, wo sich zwei Landwehrmänner im Dienste der von dem Compagnie - Commandanten zu ihrer Arretirung beorderten Mannschaft thätlich und mittelst gefährlicher Drohungen widersetzt haben, ausgesprochen, daß hier das Verbrechen und Vergehen der Widersetzung vorliege. — Daß hierunter nur das gemeine Verbrechen und beziehungsweise Vergehen der Widersetzung im Sinne der Art. 315 u. 411, Thl. I des StGB. zu verstehen sey, ergibt sich aus dem Nachsage jenes Ausschreibens, worin auf ein früheres Ausschreiben

¹⁾ Der Abdruck dieses Aufsatzes wurde durch den Umstand verzögert, daß ein anderer Aufsatz über denselben Gegenstand angekündigt war, dessen Einlauf die Redaktion abwarten wollte. Jene Ankündigung wurde mittlerweile zurückgenommen.

derselben Regierung vom 18. Oktob. 1837, Kreisintelligenzblatt Nr. 122, vielmehr auf die dort wörtlich abgedruckten Art. 315—317, 411—412 Thl. I des StGB. hingewiesen wird. — Da sich nun die Regierung durch obigen Ausspruch veranlaßt findet, auf die schweren und traurigen Folgen ähnlicher Ausstritte auch für die Zukunft aufmerksam zu machen, so gewinnt es den Anschein, daß, — ungeachtet die in der 13ten besondern Beilage zum Untermainkreis-Intelligenzblatte des vorigen Jahres kundgegebenen Vollzugs-Vorschriften des Staatsministeriums des Innern zur Landwehr-Ordnung vom 7. März 1826 im Abschnitte XVIII. Ziff. 75 bestimmen, daß Uebertretungen der Disziplin, nämlich alle Subordinations-Vergehen gegen einen im Dienste begriffenen Offizier zu dem Disciplinar-Resort der Landwehr kompetiren, diese Kompetenz dennoch in Fällen thätlichen oder drohenden Ungehorsams auch künftig nicht behauptet, sondern den Criminal- und beziehungsweise Civil-E Strafgerichten überlassen werden soll. — Daher dürfte es von Interesse seyn, den Ausspruch des obersten Gerichtshofes einer näheren Würdigung zu unterziehen, und diese möchte zu der Ueberzeugung führen, daß derselbe gesetzlich nicht begründet sey. — Daß das Institut der Landwehr eine Anordnung der höchsten Staatsgewalt, daß es nach der Verfassungsurkunde, sowohl zum Schutze gegen den Feind, als auch zur Erhaltung der inneren Sicherheit bestimmt sey, ist eben so wenig zu leugnen, als daß von Landwehr-Männern an ihren Vorgesetzten eine Widersehung im ausgedehnten Sinne begangen werden könne. Aber eine andere Frage ist, ob auf eine solche Widersechlichkeit

der Begriff und die Strafe des gemeinen Verbrechens oder Vergehens der Widersehung nach der gegenwärtigen Lage der Legislation angewendet werden könne und dürfe? und diese Frage möchte unbedingt zu verneinen seyn. Es ist nicht von dem Fall die Rede, wo die Obrigkeit sich zur Handhabung irgend einer Anordnung der Landwehr bedient, und dieser Anordnung in der Person der hiezu beordneten Landwehr-Mannschaft von einem Dritten sich gewaltsam widersezt wird: in Fällen dieser Art unterscheidet sich der Landwehrmann nicht von einem andern obrigkeitlichen Diener, daher die Handlung nach Art. 317 unstreitig das gemeine Verbrechen oder Vergehen der Widersehung ist. Hier handelt es sich vielmehr nur von zwischen Mitgliedern der Landwehr unter sich in Beziehung auf den militärischen Dienst ergebenden Vorfällen des Ungehorsams. Das Strafgesetzbuch unterscheidet aber zwischen gemeinen und Dienst-Verbrechen, und klassifizirt den Ungehorsam der Amtsuntergebenen gegen Vorgesetzte in Amtsverhältnissen, die Verletzung des Subordinations-Verhältnisses, als ein besonderes Staatsverbrechen oder Vergehen. Deshalb könnte der Begriff und die Strafe des gemeinen Verbrechens oder Vergehens der Widersehung gegen die Obrigkeit auf analoge Subordinations-Vergehen der Landwehr nur dann Anwendung finden, wenn auch rücksichtlich ihrer gesetzlich gleiche Anwendbarkeit ausgesprochen wäre, wie im Art. 354, Th. I des StGB. und in den Anmerkungen Bd. III, S. 169 — 170 rücksichtlich der Subordinations-Verletzungen im Civil-, Staats- und öffentlichen Dienste geschehen ist. Allein abgesehen, daß die

Eingangs erwähnten Vollzugs-Vorschriften ausdrücklich alle Subordinations-Vergehen der Landwehrmänner gegen ihre Offiziere zum Disziplinar-Reffort verweisen, so bestimmt auch schon die Landwehr-Ordnung im §. 35: „die aktive Landwehr übt über ihre Dienst-Angehörigen in allen den Dienst betreffenden Angelegenheiten, und in allen zwischen Mitgliedern der Landwehr in Beziehung auf den Dienst sich ergebenden Vorfällen die Disziplinar-Gewalt, theils durch die kommandirenden Offiziere, theils durch eigene aus der Mitte des Korps gebildete Disziplinar-Räthe nach besonderen Vorschriften aus;“ und wenn nach §. 41 derselben Verordnung die Landwehrmänner in Ansehung solcher Handlungen, welche gesetzlich als Verbrechen oder Vergehen bezeichnet sind, es mögen nun gemeine oder Dienst-Verbrechen oder Vergehen seyn, — den ordentlichen Strafgerichten untergeben bleiben, so berechtigt diese Bestimmung nicht nur nicht zur analogen Anwendung der Art. 315, 354 u. 411, Th. I des StGB. auf Subordinations-Verletzungen der Landwehr, da überhaupt Strafgesetze ex analogia nicht angewendet werden dürfen, sondern jene Bestimmung des §. 41 verbietet in Verbindung mit den §§. 35 und 47 vielmehr geradezu, Vergehen der Insubordination von Seite der Landwehr (soweit nicht ein gemeines Verbrechen z. B. die Körperverletzung konkurriert, welches die Handlung zur Kognition der ordentlichen Strafgerichte devolvirt, und wobei der Subordinationsfehler dann nur als erschwerender Umstand in Betracht kommen kann) nach den Art. 315, 354 u. 411 des

ersten Theils des Strafgesetzbuchs zu beurtheilen und zu bestrafen, da es an jeder gesetzlichen Bezeichnung, welche Subordinations-Verletzungen Verbrechen, und welche Vergehen seyen, zur Zeit noch mangelt, und diese den nach §. 47 noch zu erwartenden Dienst-Vorschriften vorbehalten ist. — Es kommt mithin gar nicht darauf an, ob überhaupt der thätliche oder drohende Ungehorsam eines Landwehrmannes gegen seinen Vorgesetzten im Dienste, sey es nun bei Gelegenheit einer Waffenübung oder bei anderm dienstlichen Anlasse, unter den Begriff des gemeinen Verbrechens oder Vergehens der Widersetzung gegen die Obrigkeit, ob der im Dienste begriffene Landwehr-Offizier sich unter den strafrechtlichen Begriff einer Obrigkeit subsumiren lasse, weil das System des Strafgesetzbuches selbst eine solche Subsumtion besonderer unter gemeine Verbrechen ohne bestimmte gesetzliche Vorschrift nicht gestattet: es widerstreitet aber auch anerkannten Rechts-Grundsätzen, auf Verhältnisse eines Instituts, die sich nur auf seinen inneren rein militärischen Organismus beziehen, die Begriffe eines bürgerlichen Strafgesetzbuchs übertragen zu wollen. Unter Obrigkeit im Sinne des Art. 315, Th. I des StGB. wird nach den legalen Anmerkungen Bd. III, S. 52 eine Person oder Behörde verstanden, deren Wirkungskreis in administrativen Regierungs-, Polizei- oder Justizsachen besteht. Diese Begriffsbestimmung ist nicht eine beispieleweise, sondern eine jede andere Competenz ausschließende. Die Anmerkungen bedienen sich, wo sie nur exemplifiziren wollen, stets der Worte: z. B. und haben an einer anderen

Stelle, wo sie keine Klasse von Staats- oder öffentlichen Diensten ausgenommen wissen wollen, Bd. III, S. 146, nicht nur der Regierungs- und Justiz-Sachen, sondern auch der Administrations-Sachen der Staatsklassen oder Staatsgefälle bei Rentämtern, Forst-, Berg- und Salinenverwaltungen ꝛc. ausdrücklich erwähnt. Wenn es im Eingange der Anmerkungen zum Art. 315 erläuternd heißt, daß die Widersehung gegen die Obrigkeit bei allen Zweigen der Staatsverwaltung vorkommen kann, so versteht sich dieses nur vom Gegenstande (Objekte) der Widersehung, d. h. vom Gegenstande der obrigkeitlichen Anordnung, nicht vom Subjekte, an welchem das Verbrechen begangen wird, und daß nur eine Regierungs-, Polizei- oder Justizbehörde ist. Wollte man, den Begriff des Subjektes erweiternd, jeden Staatsdiener, jede Staatsbehörde eine Obrigkeit nennen, und das Verbrechen der Widersehung gegen die Obrigkeit an allen Zweigen der Staatsverwaltung begehen lassen, so müßte man auch den Kasse- und sonstigen Perzeptions-Beamten, Zoll- und Weggeld-Einnehmern ꝛc. die im Art. 318 jeder Obrigkeit zugestandene Befugniß einräumen, zur Aufrechterhaltung seines Ansehens einen Widerspenstigen auf der Stelle zu ein- bis zweitägigem Gefängniß abführen zu lassen, was doch wohl noch nie behauptet worden ist, und einen traurigen Commentar zum Absatz 1, §. 8, Tit. IV der Verfassungs-Urkunde geben würde. Sind aber nicht einmal alle Staatsbehörden unter den strafrechtlichen Begriff einer „Obrigkeit“ zu subsumiren, um so viel weniger Vorgesetzte der Landwehrmänner in Ausübung rein

militärischer Dienstverrichtungen und Angelegenheiten; die Verletzung des Unterordnungs-Verhältnisses allein begründet ja selbst im Civil-, Staats- und öffentlichen Dienste noch nicht das Verbrechen oder Vergehen der Widersehung gegen die Obrigkeit, sondern nur dann, wenn der Vorgesetzte zugleich eine obrigkeitliche Person ist. —

Es verdient volle Anerkennung, daß die Regierung an die Folgen der Widersechlichkeit im Dienste von Seite der Landwehrmänner erinnert, wenn auch fortan diese gleich dem gemeinen Verbrechen oder Vergehen der Widersehung gegen die Obrigkeit bestraft werden soll: noch viel mehr ist aber zu wünschen, daß der oberste Gerichtshof nicht bei dieser Ansicht beharre; denn so viele Gründe für die strengste Beahndung der Subordinationsfehler im aktiven Linien-Militär sprechen, eben so viele und gewichtige Gründe sprechen für deren mildere Beurtheilung auf Seite der Landwehr, so lange sie nicht selbst zum Kriegsdienste aufgeboten ist, in welchem Falle sie der §. 42 der Landwehr-Ordnung ohnehin nach der Strenge der Kriegs-Artikel behandelt wissen will. Das Verhältniß der Unterordnung der Landwehrmänner im Dienste ist offenbar meistens so abweichend von der aus Standes- und Erwerbsverhältnissen hervorgehenden gegenseitigen Stellung im bürgerlichen Leben, daß, zumal in kleinern Städten des platten Landes, dem ohnedieß auf einer tieferen Bildungsstufe befindlichen Landwehrmann das im plöghchen Affekte verschuldete Vergessen eines vorübergehenden Unterschieds der Dienstgrade billigerweise nicht in demselben Maaße wird zugerechnet werden können, als

wenn er sich an einer obrigkeitlichen Person vergreift, die er von der Schule her schon als über ihn gestellte, ihm befehlende Gewalt zu betrachten und zu ehren belehrt und gewohnt wird. — Eben deshalb hatte schon die Verordnung vom 23. December 1807 ein eigenes Subordinations-Reglement für das Bürger-Militär bestimmt (vgl. kgl. bayer. Regierungsblatt vom 3. 1807, S. 1943), das der Disziplinar-Strafgewalt noch engere Grenzen zog, als die §§. 36 — 38 der Landwehr-Ordnung vom 7. März 1826. —

Zur Lehre vom Curatel-Consens in Processen der Gemeinden.

Es wird zuweilen die Meinung aufgestellt, daß der Curatel-Consens dann für gegeben zu erachten sey, wenn das Gericht, vor welchem der Rechtsstreit geführt wurde, zugleich Curatel-Behörde ist. Gegen diese Ansicht hat sich das A. O. von Mittelfranken in einem Erkenntniß vom 31. März 1838 ¹⁾ aus folgenden Gründen ausgesprochen:

Das Regulativ zur Geschäftsführung der Verwaltungen in den Landgemeinden vom 24. Sept. 1818 schreibt im §. 24 vor:

¹⁾ H. 591³⁸/37. In demselben Erkenntniß wurde angenommen: a) daß Gemeinden auch, wenn sie als Beklagte auftreten, des Streitsconsenses bedürfen (vergl. oben S. 44 ff.); b) daß die Nichtvertretung der Gemeinde durch einen öffentlichen Rechtsanwalt kein Nichtigkeitsgrund sey. —

„Sobald die Gemeindeverwaltungen zum Rechtsstreite veranlaßt werden, haben sie die Sache bei dem vorgesetzten Land- oder gutsherrlichen Gerichte als der niedern Curatel mündlich anzubringen, und diese Curatel ist verbunden, vorerst näher zu würdigen, ob der Consens zum Streit ertheilt werden könnte, oder nicht?

Im ersten Falle haben die nämlichen Curateln den Consens sogleich auszufertigen u. s. w. Nun würde

1) jene Behandlungsweise, wornach der Streit-Consens in dem fraglichen Falle für ertheilt angenommen wird, nicht nur gegen diese Vorschrift, sondern überhaupt gegen alle Geschäftsordnung verstoßen; da die Uebertragung verschiedener Funktionen an eine und dieselbe Staatsbehörde dieser kein Recht geben kann, sich in der einen Eigenschaft von der Beobachtung der Pflichten, welche ihr in anderer Eigenschaft obliegen, zu dispensiren. Es ist aber

2) jenes Verfahren um so weniger in Schutz zu nehmen, als zu befürchten ist, daß dabei die vorgeschriebene Würdigung der gemeindlichen Rechtsverhältnisse, welche der Ertheilung des Streit-Consenses vorhergehen soll, zum spätern unabwendbaren Nachtheil dieser curatelmäßigen Korporation unterlassen, und durch solche Unterlassung die Absicht des Gesetzes gänzlich vereitelt würde.

Am wenigsten kann

3) die fragliche Annahme dann eintreten, wenn die Gemeinde um Ertheilung des Consenses nicht nachgesucht hat, indem in solchem Falle anzunehmen ist, daß das Verhältniß der Gemeinde, ver-

möge dessen ihr *legitima persona standi in judicio* abgeht, gänzlich außer Acht gelassen wurde; was die Folge hat, daß die gepflognen Verhandlungen mit Nichtigkeit behaftet sind.“

So weit die Entscheidungsgründe des angeführten Erkenntnisses. Die Richtigkeit der hier ausgeführten Ansicht erscheint unzweifelhaft, wenn man erwägt, daß die meisten Prozesse der Gemeinden vor Gerichten geführt werden, die zugleich ihre Curatelbehörden sind, und daß sich auf keine Weise die Annahme rechtfertigen läßt, der Gesetzgeber habe eine ganz allgemeine Vorschrift mit der Absicht gegeben, dieselbe in den meisten Fällen, als sey die Beachtung überflüssig, bei Seite setzen zu lassen.

Kann ein Justizbeamter, welcher wegen Verbrechens der Special-Untersuchung unterworfen und bloß von der Instanz entlassen wurde, seinen vollen Gehalt als Standesgehalt auf den Grund des Edicts IX, §. 23 in Anspruch nehmen? ¹⁾

Das konstitutionelle Edict über die Verhältnisse der Staatsdiener verordnet

A) im §. 5 „Die Besoldungen des activen Dienstes zerfallen in zwei Bestandtheile, in den Gehalt des Standes und in den Gehalt des Dienstes.“

In den §§. 6—8 wird bestimmt, wie die Auscheidung dieser Bestandtheile geschehen soll.

B) Die §§. 9—16 handeln von dem Verlust

¹⁾ Aus einem Erkenntnisse des k. OAB. v. 10. April 1835. F. 697³³/31. (OGAtt. R. 1124³¹/32.).

des dienerschaftlichen Standes und des Gesamtgehaltes, wobei der Grundsatz aufgestellt ist, daß dieser Verlust nur nach vorhergegangener richterlicher Untersuchung durch Erkenntniß der competenten Gerichtsbehörde erfolgen könne.

Hinsichtlich der Folgen der erkannten Specialuntersuchung wird im §. 17 auf das Strafgesetzbuch hingewiesen.

Hiernächst wird

C) in den §§. 18, 19 ff. von den Rechten des Staatsdieners auf seinen Gehalt außer dem Falle einer Untersuchung und eines richterlichen Urtheils, insbesondere von der Quiescirung gehandelt und festgesetzt:

daß außer dem Falle eines richterlichen Urtheils der definitiv verliehene Dienerstand und der Standesgehalt die unverletzliche Natur der Dauer auf Lebenszeit habe, daß aber die Dienstleistung und der Dienstesgehalt widerstuflicher Natur seien, daher, ohne gerichtliche Klage zu begründen, in Folge einer administrativen Erwägung oder einer organischen Verfügung mit Belassung des Standesgehaltes und des Titels entweder für immer mittelst Dimission oder für eine gewisse Zeit mittelst Quiescirung benommen werden können.

Hievon macht jedoch der §. 23 hinsichtlich der Richteramtspersonen eine Ausnahme mit den Worten: „Die Vorstände und Räte der Justiz-Collegien, mit Einschluß der Kreis- und Stadtgerichte, verbleiben in ihrer Eigenschaft als Richter in allen Quiescenz-Fällen im Bezuge des verliehenen Gesamtgehaltes.

Landrichter, Landgerichts-Assessoren und Actuare behalten ihren fixen Geld-Gehalt.“

Für die Frage:

welche Ansprüche ein Beamter (insonderheit ein solcher, der zum Richteramtspersonal gehört,) welcher der Special-Untersuchung unterworfen und von der Anschuldigung nicht losgesprochen, sondern lediglich von der Instanz entlassen wurde, hinsichtlich seines Gehaltes habe?

enthält der §. 18 ff. mit dem dazu gehörigen, die Ausnahme für die Richteramtspersonen statuierenden §. 23 nicht die Entscheidungsnorm, denn diese §§. handeln von den Rechten der Staatsdiener außer dem Falle einer Untersuchung; sondern es ist die aufgestellte Frage in Gemäßheit des §. 17 l. c. nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs zu erledigen.

Das StGB. Th. II, Art. 437 verordnet:

„Die Special-Inquisition gegen einen Staatsbeamten hat die Suspension von seinem Amte und Dienstesgehälte zur Folge.“

Ferner heißt es im Art. 440:

„Im Falle einer bloßen Entlassung von der Instanz dauern die im Art. 437 bestimmten Wirkungen der Special-Inquisition so lange fort, als nicht der Angeschuldete nach wieder aufgenommenener Untersuchung ein verurtheilendes oder lossprechendes Erkenntniß erhalten hat.“

Diese Artikel, so wie der ganze Titel 7, Th. II des StGB., welchem sie einverleibt sind, und in welchem von dem Verfahren bei Verbrechen der Staatsbeamten und andern öffentlichen Diener

gehandelt ist, sprechen von allen Staatsbeamten; es ist kein Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungs-Beamten, welche wegen Verbrechen der Special-Untersuchung unterworfen und bloß von der Instanz entlassen werden, gemacht; bei allen tritt Kraft des Gesetzes mit der Special-Untersuchung die Suspension vom Amte und mit dieser vom Dienstgehälter ein, und es findet sich kein Artikel, welcher im Falle einer solchen Suspension bei Justizbeamten eine Ausnahme festgesetzt, wie dieses im §. 23 des alleg. Edicts in Quiescenzfällen geschieht.

Ein Justizbeamter, welcher wegen Verbrechen der Special-Untersuchung unterworfen und bloß von der Instanz entlassen wurde, kann, so lange er nicht nach wiederaufgenommener Untersuchung ein lössprechendes Erkenntniß erhalten hat, keinen Anspruch auf seinen vollen Gehalt machen und sich deßfalls auf den §. 23 des Edicts berufen, denn

1) diese Gesetzstelle paßt weder nach ihren Worten, noch nach ihrem Grunde auf einen solchen Fall.

a) Nicht nach den Worten, weil sie bloß von Quiescenzfällen der Richteramtspersonen spricht; zwischen Quiescenz und Suspension besteht aber ein weiter Unterschied. —

Die Quiescenz kann von dem Beamten selbst wegen Dienstalters, wegen Lebensalters, wegen physischer Gebrechlichkeit verlangt werden, oder von der Staatsregierung ausgehen, und erscheint alsdann als eine von ihr abhängige Mafregel. Die Suspension hingegen tritt Kraft des Gesetzes ein; der

Beamte, welcher wegen Verbrechen der Special-Untersuchung unterliegt, muß vom Amte entfernt werden und seine Entfernung hängt nicht von der Willkühr der Staatsregierung ab.

- b) Nicht nach der ratio legis, indem diese darin besteht, dem Richter eine unabhängige, die Unparteilichkeit sichernde, von der Willkühr der Quiescirung befreiende Stellung zu verschaffen. Dieser Grund fällt aber weg bei dem suspendirten Beamten, dessen Function in Folge des richterlichen Erkenntnisses auf Special-Untersuchung und der besondern gesetzlichen Bestimmung aufgehört hat, und es läßt sich kein Grund einsehen, welcher den Gesetzgeber hätte bestimmen können und sollen, der Richteramtsperson, welche wegen Verbrechen in den Stand der Anschuldigung versetzt werden mußte und lediglich von der Instanz entlassen werden konnte, einen Vorzug vor einem andern sogar nur quiescirten Beamten einzuräumen.

2) Die Behauptung, weil der §. 23 des Edicts bestimme,

daß die Vorstände und Rätthe der Justizcollegien in allen Quiescenzfällen im Bezug des verliehenen Gesamtgehalts verbleiben und die Landrichter, Landgerichtss-Assessoren und Actuare ihren fixen Geldgehalt behalten sollen, so finde die Unterscheidung des Gehaltes in Stands- und Dienstes-Gehalt gar nicht statt, und der Gesamtgehalt, resp. die ganze fixe Geldbesoldung sey unter allen Umständen reiner Standesgehalt, kann weder in den Worten des Edicts, noch in

dem Begriffe des Standesgehalts begründet erachtet werden.

a) Das Gesetz sagt nirgends, daß dasjenige, was den Richtern in Quiescenzfällen verbleibt, ihr Standesgehalt sey. Es spricht vielmehr vom Gesamtgehalt und fixen Geldgehalt; gerade das Wort Gesamtgehalt umfaßt aber die zwei Bestandtheile, in welche nach §. 5 des Edicts jede Besoldung des activen Dienstes zerfällt, in den Gehalt des Standes und den Gehalt des Dienstes, und der §. 23 schließt demnach weder den angegebenen Unterschied aus, noch ist er mit dem §. 5, der allgemein spricht, im Widerspruch; er setzt nur die Ausnahme fest, daß die §§. 6 — 8 des Edicts bei den Richtern in Quiescenzfällen nicht in Anwendung kommen.

b) Daraus, daß in Quiescenzfällen den Richtern ihr Gesamtgehalt — fixer Geldgehalt — verbleibt, folgt schon überhaupt nicht, daß er Standesgehalt sey und auch außer den Quiescenzfällen verbleiben müsse. Begriffe werden auch nicht nach Ausnahmen gebildet, und der §. 23 hat gar nicht die Bestimmung, den Begriff von Standes- und Dienstgehalt zu geben, dieser muß vielmehr nach den §§. 5 — 19 entwickelt werden, welche von den Eigenschaften des Gehalts des Standes und des Dienstes handeln und wornach der Begriff des Standesgehalts nicht auf die Quiescenz beschränkt, — sich als denjenigen Theil der Besoldung darstellt, durch welchen im Allgemeinen die Competenz des Individuums als Gliedes einer gewissen Klasse des dienerschaftlichen Standes gesichert wird, und welcher nur mit dem definitiv verliehenen

Dienerstande selbst in Folge eines richterlichen Schuldausspruches verloren werden kann. (§. 18, l. c.)

Zur Lehre vom Vorzugsrechte der Kinder des Gemeinschuldners.

Prior. Ordn. Das Vorzugsrecht der vierten Klasse §. 23, Nr. 1. haben nach der angeführten Stelle der Prioritätsordnung:

„Die Kinder des Gemeinschuldners in Ansehung desjenigen, was sie von demselben als Vater, oder Muttergut oder als Voraus bei Einkindschaftungen oder als sonst erworbenes Vermögen zu fordern haben.“

Hier wird überall vorausgesetzt, daß der Ascendent das fragliche Vermögen zufolge eines elterlichen Verhältnisses in Händen hatte, wie dies insbesondere bei dem *peculium adventitium* der Fall ist, aber auch außerdem stattfinden kann. Hat dagegen der Ascendent dasselbe aus einem Rechtsgrunde überkommen, der mit dem elterlichen Verhältnisse nichts gemein hat, hat er z. B. Vaterschaft seiner erstehelichen Kinder von der Vormundschaft derselben als Darlehn empfangen, so kann für diese Forderung das erwähnte Vorzugsrecht nicht in Anspruch genommen werden¹⁾.

¹⁾ AGG. vom 23. Febr. 1838 (R. 841^{36/37}).

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 22. Samstag, den 27. Oct. 1838.

Zur Lehre von der Paulianischen Klage.

Ansicht über die Auslegung des Kap. XIX, §. 19,
Nr. 1 der Gerichts-Ordnung.

Von dem kgl. Advokaten Herrn Käßferlein zu Münchenberg.

In der allegirten Gesetzesstelle ist bestimmt, daß dasjenige, was der Schuldner noch vor Anfang des General-Concurses oder vor erfolgtem obrigkeitlichen Verbot dem einen oder andern Gläubiger

- a) in particulari bezahlt, oder
- b) sonst veräußert, von den ältern oder gleich privilegierten Hypothekengläubigern widerrufen werden kann.

Es versteht sich nach dem tenor dieses Gesetzes

1) von selbst, daß es nur dann Anwendung findet, wenn sowohl der bezahlte Gläubiger, als derjenige, welcher die Zahlung oder Veräußerung revocirt, ein Hypothekenrecht geltend zu machen hat, weil sonst nicht in vergleichender Rede von ältern oder wenigstens gleichprivilegierten Hypothekengläubigern gesprochen werden konnte.

2) Der Begriff Hypothek kann indessen nicht im Sinne des §. 1 des Hypoth. Ges., sondern nur nach demjenigen aufgefaßt werden, welchen die Legislation zur Zeit als die Gerichts-Ordnung ins Leben trat, damit verband, und in dieser Beziehung ist auf die Bestimmung im cod. civ. Max. bav. Th. 2, Kap. VI, §. 1 zu recurriren, wornach in Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht unter hypotheca jedes Pfandrecht verstanden wurde, welches ohne Uebertragung eines Besizes an der verpfändeten Sache konstituiert wurde.

3) Das Gesetz spricht zwar von Veräußerungen überhaupt, und läßt dieselben durchaus unter gewissen Prämissen der Rescission unterliegen, allein wenn dasselbe einer vernunftgemäßen Auslegung unterworfen wird, so kann es nur für den Fall anschlagen, wenn ein dem revocirenden Gläubiger verpfändetes Object Gegenstand der Veräußerung gewesen ist.

Hiefür streitet

- a) schon die Natur der Sache, in so ferne nämlich der Pfandgläubiger aus dem Pfand-Nexus bloß auf die ihm verpfändeten Sachen ein besonderes Vorrecht geltend machen kann.

Dieser Grundsatz würde aber offenbar verletzt, wenn der Gesetzgeber den Pfandgläubigern — und bloß diesen — die allgemeine Befugniß hätte einräumen wollen, jede und selbst solche Veräußerungen, welche ein Pfand-Object nicht zum Gegenstand hatten, in Folge des Pfandrechts zu widerrufen.

- b) Der Gesetzgeber war auch weit entfernt, einer solchen Anomalie gesetzliche Kraft zu verleihen. Denn wenn v. Kreitmayr, von dem als

dem Verfasser des Gesetzes nach dem Grundsatz *suum quisque optimus interpres* die beste Auslegung zur Auslegung zweifelhafter Stellen erwartet werden kann, in seinen Anmerkungen zur fraglichen Gesetzesstelle die *ratio legis* mit den Worten bezeichnet, „denn es bleibt dem hypothecario sein Unterpfand auch gegen *tertium possessorem* vorbehalten,“ so geht daraus evident hervor, daß das Gesetz nur auf veräußerte Pfand-Objecte zu beziehen ist.

4) In gleiche Parallele mit Veräußerungen stellt dasselbe auch Zahlungen.

Allein hierunter sind nach allen Umständen gleichfalls nur solche Leistungen zu verstehen, welche durch Entäußerung von Objecten, woran einem Dritten entweder ein älteres oder wenigstens ein gleiches Pfandrecht zusteht, (*datio in solutum*) bewirkt würden.

Denn

- a) abgesehen davon, daß das ad 1—3 Erwähnte im Ganzen auch hier Anwendung findet, so ist es
- b) noch überdies bekannten Rechts, daß ein Schuldner zur Ausführung seiner Verbindlichkeiten oder zur Zahlungseistung nicht bloß berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist.

Diese Befugniß und Verbindlichkeit verliert er — wenigstens in der Regel — erst mit Ausbruch des formellen Concurses, keineswegs aber schon mit dem Eintritt materieller Ueberschuldung ¹⁾.

¹⁾ v. Weber's Commentar zum Bamberger Pdbrecht Bd. 3, §. 1386 aa. — Leyser med. ad P. spec. 494. med. 1. spec. 495 med. 1 et 3.

Die Geseze erlauben sogar ausdrücklich, jedem Gläubiger so gut er kann, zu vigiliren und mit Anwendung erlaubter Mittel auf Zahlung zu bringen, und dieß selbst dann noch, wenn der Schuldner bereits in den Zustand der Insolvenz gerathen ist ²⁾).

Nur dann tritt hier eine Beschränkung ein, und nur dann sind einzelne, während eines materiellen Concurß-Verhältnisses geleistete, Zahlungen verpönt, oder revocabel, wenn außer dem bezahlten Gläubiger noch andere Creditoren mit gleicher Strenge und Wachsamkeit auf Bezahlung gedrungen haben, und sich daher der Schuldner einer offenbaren Gratification des einen vor dem andern schuldig gemacht hat ³⁾).

Auch hier würde der Gesetzgeber von klaren feststehenden Dogmen abgewichen seyn, wenn er unbedingt jede Zahlung dem Widerruf hätte unterwerfen wollen, und dieß müßte um so greller und auffallender erscheinen, als der tenor des Gesetzes so verfaßt ist, daß nach dem Wortlaut desselben am Ende selbst jede, im Zustande der Solvenz gemachte Zahlung angefochten werden könnte, wenn nur der Schuldner, sey es auch nach Jahren erst, in die Gant gerathen ist.

- c) Eine schätzbare Autorität für die ausgesprochene Ansicht giebt der Gesetz-Commentar selbst. Denn in den Anmerkungen, wird sub lit. a.

²⁾ v. Kreitm. Anm. ad loc. cit. lit. b. — v. Weber l. c. §. 1385. — Leyser l. c. spec. 496. med. 4.

³⁾ v. Weber l. c. §. 1390. — Leyser l. c. sp. 495. m. 7 et 8.

unter andern auf *Leyser* l. c. sp. 495. de his, quae debitor obaeratus etc. §. 4 Bezug genommen, woselbst lediglich der Grundsatz aufgestellt und vertheidigt wird, daß die Pfandgläubiger die vor entstandenem Concurß veräußerten und resp. an Zahlung statt gegebenen Pfand-Objecte, wenn sie noch in natura vorhanden sind, reclamiren können.

Uebrigens wird diese Ansicht

- d) auch durch den Text des Gesetzes selbst unterstützt, wenn bei Bestimmung der Fälle, in welchen ausnahmsweise eine geleistete Zahlung der Anfechtung entzogen seyn soll, durchweg bloß von veräußerten Sachen die Rede ist.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

19.

Die Auszeichnung des Einsiegens eben so, wie die des Einbruchs ist unter Andern vorhanden, wenn in ein Wohnhaus eingestiegen oder eingebrochen wurde⁸⁶⁾. Dahin gehört insbesondere der Fall, wenn in ein Gebäude eingestiegen oder eingebrochen wird, welches zwar nicht bewohnt ist, aber mit dem Wohnhause ein Continuum bildet⁸⁷⁾, d. h. wenn beide Gebäude ein verbundenes Ganze

⁸⁶⁾ Ges. v. 25. März 1816. Art. VI, Nr. 2, 3.

⁸⁷⁾ Von *Bönnert* und von *Schmidtlein's* Jahrbücher, Bd. III, S. 161.

in der Art bilden, daß der Dieb, sobald er in das Neben Gebäude eingebrochen oder eingestiegen ist, auch in das Wohnhaus gelangen kann, ohne eines weiteren Einbruchs oder Einsteigens zu bedürfen. Der Grund ist, weil der Diebstahl durch Einbruch oder Einsteigen theils wegen der Geflissenheit, theils wegen der Gefährlichkeit ein ausgezeichnetes ist⁶³⁾, mit dem Einbruch oder Einsteigen in das verbundene Gebäude aber auch das Wohngebäude Preis gegeben, die Geflissenheit verübt, die Gefahr für die Bewohner vorhanden ist. — Haus und Scheune eines Bauern waren unter einem Dach vereinigt und mit einer unverschlossenen Thüre verbunden, durch welche man ungehindert von der Scheune in das Haus kommen konnte: der Einbruch in diese Scheune bildete eine Auszeichnung. In einem andern Fall waren zwar Haus und Scheune zusammen unter ein Dach gebaut und bildeten dem äußern Anschein nach ein Ganzes, waren aber unter sich durch eine Mauer ohne Thüre getrennt, so daß man von der Scheune nicht in das Haus kommen konnte, und diese Gebäude standen auch nicht in einem geschlossenen Hofraum: das Einsteigen in die Scheune bildete keine Auszeichnung. Würde im ersten dieser beiden Fälle die Thüre, durch welche allein man von der Scheune in das Haus gelangen konnte, fest verschlossen gewesen und auch die Scheune nicht mit dem Hause in einem geschlossenen Hofraum gestanden seyn, so hätte um des Einbruchs in die Scheune willen keine Auszeichnung, sondern ledig-

⁶³⁾ S. oben Note 72.

lich ein erschwerender Umstand angenommen werden können.

20.

Die Auszeichnung des Einstiegens ist vorhanden, wenn der Dieb durch selbstherbeigeschaffte Hülfsmittel oder veranstaltete Vorrichtung eingestiegen ist⁸⁹⁾. Der Grund des Gesetzes ist die Geflissenheit und Gefährlichkeit des Diebs⁹⁰⁾, die Verletzung der häuslichen Sicherheit⁹¹⁾. Sowohl dem Wortlaut, als dem Grunde des Gesetzes nach kommt es nicht darauf an, von welcher Art die Hülfsmittel oder die Vorrichtungen sind und auf welche Weise der Dieb solche herbeischaffte oder veranstaltete; der Diebstahl ist ein ausgezeichneteter, weil das Gebäude, in welches der Dieb eingestiegen, so versichert war, daß das Einstiegen ohne Herbeischaffung eines Hülfsmittels oder Veranstaltung einer Vorrichtung nicht geschehen konnte und der Dieb durch seine Geflissenheit dieses Hinderniß überwand, die häusliche Sicherheit gefährdete. Ob daher der Dieb die Leiter nahe oder fern geholt, ob er aufwärts oder abwärts gestiegen ist oder sich an einem von ihm angebrachten Seil herabließ, das macht keinen Unterschied, die Auszeichnung ist in allen diesen Fällen vorhanden⁹²⁾. Darüber ist jedoch die Praxis

⁸⁹⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. VI, Nr. 2.

⁹⁰⁾ S. oben Note 72.

⁹¹⁾ So sagt von Gönner, Redacteur des Gesetzes vom 25. März 1816 in den Bemerkungen über dieses Gesetz im neuen Arch. f. Crim. Recht, Bd. 8, S. 21.

⁹²⁾ Ann. d. StGB. Bd. 11, S. 127.

nicht gleich, ob es ein ausgezeichneteter Diebstahl sey, wenn von mehreren Dieben einer auf den anderen steigt und so in das Gebäude gelangt. Für die verneinende Meinung wird angeführt, daß ein Mensch keine Maschine, kein Hülfsmittel, keine Vorrichtung sey, und daß, wenn von den Mitgliedern eines Complots das eine auf das andere steigt, man annehmen müsse, daß diese Mitglieder zusammen nur der Dieb im juristischen Sinne sind und jedem von ihnen unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Strafe des Urhebers trifft⁹³⁾, so nach in einem Fall, wie der erwähnte, der Dieb nur auf sich selbst hinaufgestiegen ist. — Jede in solcher Art künstliche Deduction hat den Verdacht wider sich, daß sie gesucht ist und sie würde in der Regel nicht aufkeimen oder doch nicht durchdringen, wäre nicht das menschliche Herz so gerne bereit, der milderen Meinung zu huldigen, die ja sogar im Zweifel vorgezogen werden soll⁹⁴⁾. Es darf indeß die Regel, daß im Zweifel der gelinderen Meinung zu huldigen, nicht dahin mißbraucht werden, da, wo man nicht auf der Stelle klar ist, der Gemächlichkeit zu fröhnen und statt der Sache auf den Grund zu sehen, sofort für die gelindere Meinung sich zu bestimmen, sondern der Richter hat sich zu bemühen, das Gesetz vor Allem nach seinem Wortverstande und soferne aus

⁹³⁾ StGB. I, 50. Anm. Bd. I, S. 165.

⁹⁴⁾ *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.* Fr. 56. D. de reg. jur. (50:17) *In poenalibus causis benignius interpretandum est.* Fr. 156, §. 2. D. cod. — S. auch Fr. 90. D. cod. u. Fr. 42. D. de poenis. (48:19).

diesem daß, was der Gesetzgeber sagen wollte, sich nicht mit Gewißheit ergibt, nach den Gründen des Gesetzes zu erklären und anzuwenden — grammatische — logische Interpretation ⁹⁵⁾). Betrachtet man nun das Gesetz über den Diebstahl durch Einsteigen seinem Wortverstande nach, so ist es gewiß ein selbst herbeigeschafftes Hülfsmittel oder eine veranstaltete Vorrichtung, wenn von mehreren Dieben der eine sich dazu hergibt, daß der andere auf ihn steigen und dadurch einsteigen kann. Es würde wohl Niemand einfallen, das Daseyn einer Auszeichnung zu bezweifeln, wenn der Dieb ein Pferd mitbrächte, solches unter das Fenster stellte und auf das Pferd und von diesem in das Fenster steigen würde; es ist ganz derselbe Fall, wenn ein Dieb einen Gehülfen zu solchem Behuf mitbringt und gebraucht; welcher Unterschied soll nun seyn, wenn von Diebecomplottanten der eine auf den andern steigt? ist es denn hier nicht ganz wörtlich der Fall des Gesetzes, daß die eine Person das Hülfsmittel, die Vorrichtung war, wodurch das Einsteigen bewirkt wurde? Aber auch die logische Interpretation, und zwar nicht eine ausdehnende, sondern lediglich die declarative ⁹⁶⁾ spricht dafür, daß im erwähnten Falle die Auszeichnung vorliegt. Der Grund des Ge-

⁹⁵⁾ Thibaut, Theorie der log. Ausl. § 2 u. 21. — In Beziehung auf widersprechende Gesetze sagt Praef. III. Digest. §. 15: *Contrariam autem aliis legibus legem ex his, quae in hoc volumine positae sunt, non facile quis repererit, si modo ad omnes contrarietatis fines animum intendere festinet, sed inest aliquid diversum.*

⁹⁶⁾ Thibaut, a. a. D. §. 7.

seyes ist die Gefliffenheit und Gefährlichkeit des Diebs, die Sicherung des Hausbewohners, welcher sein Haus so verwahrt hat, daß nur auf außerordentlichem Wege in solches gedrungen werden kann. Nun ist es ja gewiß eine ganz besondere Gefliffenheit der Diebe, wenn der eine sich dem andern als Hülfsmittel zum Einstiegen hergiebt und der andere auf diese Weise einsteigt; die Gefährlichkeit für die Hausbewohner, die Verletzung der häuslichen Sicherheit ist dieselbe, es mag der Dieb auf einer Leiter, auf einem Pferd, oder auf einem Menschen eingestiegen seyn, und es ist kein Grund, daß Gesetz, daß zwischen lebendigen und leblosen Hülfsmitteln oder Vorrichtungen nicht unterscheidet, auf leblose oder doch unvernünftige Hülfsmittel zu restringiren. — *Lege non distinguente nostrum non est, distinguere.* Hat ein Gehülfe oder Complottant des Diebstahls sich als Hülfsmittel oder Vorrichtung, als Maschine hergegeben, so wird er eben dafür bestraft, daß er dolose sich als Maschine hergab, und wer eine Straßlosigkeit der Auszeichnung finden wollte, der müßte auch den für straflos halten, welcher bei einem Diebstahl nichts weiter zu thun und gethan hatte, als daß er die ihm in den Korb gelegten Ablaten forttrug, denn auch hier handelte er als Maschine und vertrat die Stelle eines Wagens. *Leges scire, non est, verba eorum tenere, sed vim ac potestatem* ²⁷⁾: der geschliche Ausdruck „Hülfsmittel oder Vorrichtung“ muß seiner ganzen Bedeutung nach aufgefaßt werden. — Wenn

²⁷⁾ Fr. 17. D. de leg. (1:3)

a: ch Complotanten den Diebstahl in der erwähnten Art verübten, so wäre es doch eine unzulässige Anwendung des Begriffs einer juristischen Person, wenn man heräusdeuten wollte, der Dieb sey nur auf sich selbst hinaufgestiegen: mehrere Diebe haben den Diebstahl in der Art ausgeführt, daß einer sich dem andern als Hülfsmittel oder Vorrichtung hergab, es leidet also jeder die Strafe der That, die sie gemeinschaftlich verübten, d. h. die Strafe des ausgezeichneten Diebstahls⁹⁹⁾).

21.

Wie beim Diebstahl durch Einstiegen, so ist auch beim Diebstahl durch Einbruch die Geflissenheit und Gefährlichkeit des Diebs, die Verletzung der häuslichen Sicherheit der Grund, aus welchem das Gesetz den Diebstahl ohne Unterschied des Werths des Entwendeten als Verbrechen erklärt⁹⁹⁾. Aus diesem Grunde ist es denn kein ausgezeichnete Diebstahl, wenn der Dieb nur an das Haus hinaufsteigt und zum Fenster hineinlangt, denn das Gesetz bedingt nicht bloß, daß er hinan- oder hinaufgestiegen, sondern daß er eingestiegen — hineingestiegen — ist und eben so wird, wie bereits in diesen Blättern¹⁰⁰⁾ schon ausgeführt worden, beim vollendeten Diebstahl durch Einbruch erfordert, daß der Dieb in das Haus gekommen sey¹⁰¹⁾.

⁹⁹⁾ MGE. v. 17. Juli 1835. MGE. 346. 18³¹/32.

⁹⁹⁾ S. die Allegate oben Nr. 72 u. 91. — Struben, rechtl. Bed. Bd. 3, Bed. 15.

¹⁰⁰⁾ S. oben S. 94.

¹⁰¹⁾ Struben, a. a. D. — MGE. v. 17. August 1831. MGE. 261. 18³⁰/31.

22.

Das Gesetz schützt den ordentlichen Hausvater, welcher sich in Verwahrung des Seinigen keiner Nachlässigkeit schuldig macht, wider den geflissentlichen gefährlichen Dieb durch die strengeren Strafen wider den Diebstahl durch Einbruch und Einsteigen: war indeß der Hausvater in der Art nachlässig, daß der Dieb ohne besondere Gefflissenheit oder Gefährlichkeit den Diebstahl begehen konnte, und hat der Dieb die That auf solche minder gefflissentliche oder gefährliche Art verübt, so kann die strenge Strafe des ausgezeichneten Diebstahls nicht eintreten; es mangelt nicht nur der Grund des Gesetzes, sondern es fällt auch der Begriff eines ausgezeichneten, eines gefflissentlichen gefährlichen Diebstahls hinweg¹⁰²⁾. Angriff auf die häusliche Sicherheit durch Verletzung der gewöhnlichen innern oder äußern Verwahrungsmittel ist das charakteristische Merkmal des ausgezeichneten Diebstahls¹⁰³⁾. Es ist demnach kein ausgezeichneter Diebstahl, wenn der Dieb eine Thüre, deren Schloß so schlecht ist, daß man sie durch bloßes Rütteln öffnen kann, durch solches Rütteln öffnet, oder wenn er die Holzspäne, welche statt der vorher ausgebrochenen Fensterscheibe eingesetzt waren, herausnimmt, oder daß statt der Fensterscheibe angeklebte Papier wegreißt, oder die Schnur zerschneidet, mit welcher eine Thüre statt des Schloffes zugebunden ist; denn in diesen Fällen hat er kein Verwahrungsmittel verletzt, womit ein ordentlicher

¹⁰²⁾ StGB. I, 221.

¹⁰³⁾ Lith. Nov. 159. v. 31. Jan. 1817.

Hausvater das Seinige versichert, er hat die Nachlässigkeit des Bestohlenen benützt ¹⁰⁴⁾).

War indessen das Verwahrungsmittel, welches der Dieb verlegte, ein solches, daß ein vernünftiger Hausvater das Seinige gesichert halten konnte, so kommt es auf den Grad der gebrauchten Gewalt ¹⁰⁵⁾ eben so wenig, als darauf an, ob das Verwahrungsmittel auch von Andern gebraucht wird. Das Zerbrechen oder Auslösen einer Fensterscheibe, sogar wenn diese schon gesprungen war ¹⁰⁶⁾, das Zurückschieben eines Thürriegels mittelst eines Instruments ¹⁰⁷⁾, das Bohren eines Lochs in eine Thüre, um das Schloß öffnen, oder den Riegel zurückschieben zu können ¹⁰⁸⁾, das Erbrechen einer nicht mit einem Schloß versperren, sondern mit Nägeln vernagelten Thüre, sind Auszeichnungen des Diebstahls.

(Fortsetzung folgt.)

Zur Lehre vom Manifestationseide.

GD. XIII. In Sterbfällen kommt es nicht selten vor,

§. 5. daß sich in der ersten Zeit nach dem Tode, bevor Verwandte, Erbinteressenten oder Gerichtspersonen herbeikommen, nur Dienstboten oder andere Hausgenossen in der Wohnung des Verstor-

¹⁰⁴⁾ Struben a. a. D.

¹⁰⁵⁾ Lith. Nov. 159. v. 31. Jan. 1817.

¹⁰⁶⁾ Erwähnte Novelle. — NUG. v. 6. August 1831. (v. Spieß, Sammlg. S. 21) NUG. v. 3. Apr. 1838. NUG. 206. 1837/38.

¹⁰⁷⁾ NUG. v. 3. Febr. 1829. (v. Spieß a. a. D.).

¹⁰⁸⁾ NUG. v. 20. März 1838. NUG. 191. 1837/38.

benen, und demzufolge in der Lage befinden, den beweglichen Nachlaß zu hüten, oder auch mehr oder minder davon für sich auf Seiten zu schaffen. Kann nun z. B. einem Diensthoten deswegen, weil er sich einige Zeit in dem bezeichneten Verhältnisse zum Nachlaß befand, von den Erben die Ableistung des Manifestationseides, die eidliche Versicherung, nichts auf Seite geschafft zu haben, zugemuthet werden? — Diese Frage wurde in einem Erkenntniß des Appellationsgerichts von Mittelfranken aus folgenden Gründen verneint¹⁾:

Zur Ableistung des Manifestationseides ist nach Vorschrift der O.D. XIII, §. 5 verbunden:

„Wer sich fremder oder in Anspruch genom-
mener Sachen ohne Gefährde bedient.....

Diese Bezeichnung paßt nicht auf den, welcher sich bloß in der Lage befunden hat, der fremden Sachen sich bedienen, oder auch davon entfremden zu können; es muß vielmehr ein „*immiscere rebus alienis*“ nach Analogie der Uebnahme des Nachlasses von Seite des Erben²⁾, ein Verhältniß der Person zu einer Sachen-Gesamtheit vorgekommen seyn, welches die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars mit sich bringt. Diese Sätze rechtfertigen sich

a) durch Hinblick auf die gemeinrechtliche

¹⁾ In der Rechtsache II. 948⁷⁶/37.

²⁾ Für diesen Fall allein — ist im gemeinen Recht das Institut des Manifestationseides begründet. — Der Cod. jud. hat dasselbe generalisirt, aber nur für analoge Fälle.

Quelle der Lehre vom Manifestationseide, Const. ult. §. 10 de jure deliberandi ³⁾;

- ³⁾ Zwar sind mehrere Rechtslehrer der Meinung, daß die Bestimmung der Const. ult. §. 10 cit., welche von dem f. g. Manifestationseide handelt, sich nicht bloß auf die Erben selbst, sondern auch auf des Verstorbenen sämtliche Hausgenossenschaft erstrecke Vgl. v. Bülow und Hagemann prakt. Erbst. III, Nr. 40. Allein diese Ansicht steht mit der bezeichneten Geschäftsstelle, welche die einzige Quelle in dieser Materie ist, geradezu im Widerstreite. — In diesen Worten „per sacramentum illius“ ist unverkennbar ausgesprochen, daß hier nur von einer Eidleistung des Erben gehandelt werde, indem das Wort „illius“ nach dem Zusammenhange — nur auf den „heres, qui inventarium confecit“ bezogen werden kann. Der Manifestationseid ist hiernach (gemeinrechtlich) nichts anderes als eine eidliche Bezeugung der Vollständigkeit und Treue des Inventars von Seite desjenigen, der sich der Wohlthat des Inventars bedient hat, und nun die vollständige Bezahlung der Schulden des Erblassers oder der von ihm angeordneten Vermächtnisse aus dem Grunde verweigert, weil der Bestand der Erbmasse, nach Ausweis des Inventars, dazu nicht hinreicht. — Um den Manifestationseid in Gemäßheit obiger Geschäftsstelle fordern zu können, muß einer in der Lage seyn, bestimmte Ansprüche an den Nachlaß zu machen deren Befriedigung der Erbe wegen Ungenügsamkeit der Erbmasse verweigert, und nur der Erbe, welcher durch die Erbschaftsantrittung die Repräsentation des Erblassers übernommen hat, und den Legataren quasi ex contractu haftet, ist zur Ableistung desselben verbunden. Der Manifestationseid ist zumal ein Attribut der Rechtewohlthat des Inventars, also eines singulären Rechtsinstitutes, und schon deswegen der analogen Anwendung (insoweit sie nicht Partikulargesetze für sich hat) nicht fähig. — Auch fehlt es an der Gleichheit des Grundes, indem der Gesetzesvorschrift nicht bloß die Erwägung zu Grunde liegt, daß der Erbe Gelegenheit gehabt hat, Erbschaftsachen bei Seite zu schaffen, sondern der Gesetzgeber zuverlässig auch den besondern Umstand vor Augen hatte, daß es sich davon handelt, ob der Erbe von Verbindlichkeiten zu befreien sey, deren vollständige Erfüllung ihm nach dem strengen Rechte obliegen würde. — Dem Allem zufolge ist es unstatthaft einem Diensthoten oder andern Hausgenossen geradezu

b) durch die Vorschrift der Gerichtsordnung, zufolge welcher die „zuverlässige und eidliche Spezifikation“ an die Stelle eines legalen Inventars treten soll;

c) durch die in den Anmerkungen lit. f enthaltene Formel des Manifestationseides, welche auf Fälle, wie der vorliegende, nicht paßt;

d) durch Vergleichung des von Kreitmayer in den Anmerkungen zum §. 5 cit. lit. a. angeführten Seyfart Reichsproceß Kap. XV, §. 5, welcher lehrt:

„Wenn sich Jemand einer Erbschaft oder der Verwaltung fremder Güter angemacht hat, und es ist darüber kein legale inventarium errichtet worden, so kann man von ihm das juramentum manifestationis fordern“ — und nebstdem eine Reihe von Beispielen anführt, welche alle von dem hier in Frage befindlichen Falle wesentlich verschieden sind ⁴⁾.

Noch möge erwähnt werden, daß Langsdorf in seinem Traktate vom jurament. manifestationis ⁵⁾ §§. 20 — 22 die Frage, ob Dienstboten unter Umständen der bezeichneten Art zum Manifestationseid angehalten werden können, ausführlich erörtert, und verneinend beantwortet hat.

den Eid darüber aufzutragen, daß in der Erbschaft nicht mehr vorhanden gewesen, als jetzt sich vorfindet.

⁴⁾ Zu dem juram. manifest. sind nach Seyfart verbunden „alle diejenigen, so fremde Güter administrieren, die Erben und Vormünder, so eine Erbschaft ohne Errichtung eines inventarii an sich nehmen, diejenigen, so in einer Compagniehandlung stehen, die Gläubiger, so in des Schuldners Güter immittirt werden, die Gläubiger, so des Schuldners Pfünden eigenmächtig verkauft haben, die Schuldner, so ihr Vermögen auf die Seite gebracht haben, die Schuldner, so das beneficium cessionis bonorum ergreifen, diejenigen, so einen Schatz gefunden haben, die Unterthanen, so wegen einer Anlage ihr Vermögen anzeigen müssen, die Miterben, welche in die gemeine Erbschaft etwas zu conferiren haben.“

⁵⁾ Gießen und Marburg 1784.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 23. Samstag, den 10. Nov. 1838.

Praktische Resultate der neuesten Literatur in
der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.) *)

VII.

Nachdem bisher mehrere sogenannte exceptiones betrachtet worden sind, welche sich nach den heutigen Begriffen als verneinende Einlassungen darstellen, soll sich nun eine Uebersicht der wirklichen Einreden nach dem oben sub III. entwickelten Begriffe anreihen. Es sind aber dort zwei Classen von Einreden unterschieden worden, besondere Hindernisse und Aufhebungsgründe eines Rechtes. Die letzteren sind so bestimmt abgegränzt und anerkannt, daß hier eine Verwechslung von Einrede und Einlassung nicht wohl denkbar ist. Hieher gehören die Einreden der Zahlung, der gerichtlichen Deposition, der Compensa-

*) Die Lieferung Bl. 214 f. wurde aus Versehen als Schluß des Ganzen bezeichnet.

tion, Confusion, Novation, des Nachlaßvertrages, der eingetretenen Resolutionsbedingung oder des Endtermines, des Vergleiches, Fides, der rechtskräftig entschiedenen Sache, der Verjährung der Ademption, oder Translation von Legaten — u. s. w. Schwieriger ist die Bestimmung derjenigen Einreden, welche aus besondern Hindernissen gegen die Entstehung eines Rechtes hergenommen sind, weil die Sonderung der regelmäßigen Erfordernisse von den besondern Hindernissen im Einzelnen nicht so bestimmt durchgeführt und anerkannt ist. Folgende Sätze dürften jedoch als anerkannt zu Grunde gelegt werden:

1) Wer die Existenz eines Rechtsgeschäftes behauptet, muß jedenfalls die formellen *essentia* desselben darthun, also z. B. die gerichtliche Errichtung, oder die Zuziehung der Zeugen bei einem Testamente. Die Behauptung, daß diese Form fehle, ist eine negative Einlassung. Ist aber die Beobachtung der Form im Allgemeinen anerkannt, insbesondere in einer Vertragsurkunde, so wird hieraus die Fehlerfreiheit der Handlung vermuthet; die Behauptung eines Fehlers wird dann wahre Einrede und ist zu beweisen: „*Sciendum est, si quis se scripserit sive jussisse, videri omnia solenniter acta*“¹⁾.

2) Gleiches gilt von der vollendeten Willenserklärung über den nothwendigen Inhalt eines Rechtsgeschäftes, also die Erbeinsetzung²⁾, oder

¹⁾ L. 30. D. de V. O. Thibaut §. 106. Wenning I. §. 134.

²⁾ L. 25. D. qui test.

der Consens bei einem Vertrage; das Leugnen derselben ist keine Einrede. Ist aber diese im Allgemeinen erwiesen, oder anerkannt, so wird auch angenommen, daß die Absicht der Handelnden auf die regelmäßige Natur des Geschäftes gerichtet war, und die Behauptung einer Abweichung hiervon ist Einrede³⁾.

3) die Rechtsfähigkeit eines Jeden, und die Dispositionsfähigkeit eines Großjährigen werden als Regel vermuthet; die Behauptung eines Mangels hierin ist Einrede: wer dagegen auf die Willenserklärung eines Mündels sich stützt, hat die Mitwirkung des Vormundes zu beweisen, und die Behauptung, daß diese gefehlt habe, ist eine verneinende Einlassung⁴⁾.

Geht man von diesen Grundsätzen aus, so läßt sich folgende Uebersicht der aus besondern Hindernissen gebildeten Einreden geben. Diese Hindernisse können subjektive oder objektive seyn.

A. Die subjektiven können bestehen

I. in einem Mangel der Rechts- und Erwerbsfähigkeit einer Person, und zwar:

1) im Allgemeinen; Einrede des bürgerlichen Todes.

2) Für besondere Rechtsverhältnisse; z. B. Einrede der mangelnden testamenti factio passiva; eines Indignitätsgrundes; des schlechten Betrages gegen die querela inoff. testamenti; eines subjektiven Ehehindernisses u. s. w.

II. Oder in einem Mangel der Dispositionsfähigkeit, oder Zurechnungsfähigkeit, entweder

³⁾ L. 3. D. de R. C. L. 72. D. de emt.

⁴⁾ L. 13. §. 2. D. de public.

1) im Allgemeinen: Einrede, daß der Handelnde ein Wahnsinniger⁵⁾, Verschwender, Minderjähriger gewesen sey.

2) Oder für besondere Geschäfte: *exceptio S. C. Macedoniani*, *Vellejani*, Einrede der fehlenden *testam. factio activa*.

III. Oder in einem Hindernisse des freien Willens: Einrede des Zwanges, Betruges, Irrthums, der Trunkenheit u. s. w.

IV. Oder in dem Mangel der Ernstlichkeit des Willens: Einrede der Simulation.

V. Oder in einer persönlichen Befreiung von allgemeinen Pflichten: *Excusationes* der Vormünder u. s. w.

B. Die objektiven Hindernisse können

I. darin bestehen, daß der Inhalt des Rechtsgeschäftes oder des geltend gemachten Rechtes gegen besondere gesetzliche Bestimmungen verstößt. Hieher gehören die Einrede einer *laesio enormis*; das Berufen des Erben auf die *lex Falcidia*⁶⁾ oder das *beneficium inventarii*, wenn er von den Legataren oder Gläubigern belangt wird, weil es die regelmäßige Wirkung des Erbschaftserwerbes ist, daß der Erbe für das ganze Legat, für alle Schulden des Erblassers hafte; die Einrede, daß ein Darlehen wissentlich zum Spiele gegeben worden ist; die *exceptio veritatis* gegen Injurienklagen, weil die ehrverletzenden Äußerungen an sich zur Begründung der Klage hinreichen; die *exceptio plurium concumbentium* u. s. w.

⁵⁾ L. 5. C. de codicillis.

⁶⁾ L. 17. D. de probat.

II. oder sie können aus einer gültigen Privatdisposition hergeleitet werden, z. B. Einrede der Enterbung; eines testamentarischen Veräußerungsverbotes u. s. w.

VIII.

Zur richtigen Anwendung der bisher entwickelten Grundsätze ist endlich noch zu beachten, daß der Beklagte häufig positive Behauptungen selbstständiger Thatfachen nur in der Absicht aufstellt, um dadurch zu leugnen, daß die von dem Kläger behaupteten Thatfachen wahr seien, ohne zugleich seine Behauptungen positiv benützen, und besondere Rechte für sich daraus ableiten zu wollen. In solchen Fällen liegt nur scheinbar eine Einrede, in der That aber nur eine in eine positive Form gefaßte verneinende Einlassung vor; die Behauptungen des Beklagten haben hier nur durch ihren negativen Inhalt einen Werth, d. h. dadurch, daß sie das Gegentheil des Klaggrundes enthalten, diesen mithin ausschließen und negiren; was sie positiv enthalten, ist gleichgültig, so lange nicht aus ihnen besondere Folgerungen gezogen, Gegenansprüche erhoben werden. Hiernach sind folgende Verhältnisse zu beurtheilen, welche zu Zweifeln und Streitigkeiten Veranlassung gegeben haben.

1) Die Behauptung des Beklagten, daß ein anderer Vertrag geschlossen worden sey. Geseht Titius klagt gegen Sempronius auf Rückgabe eines ihm angeblich geliehenen Pferdes, und dieser entgegnet, er habe das Pferd nicht entlehnt, sondern gekauft. Hier ist die Behauptung des Kaufes nur insofern bedeutend, als sie die

Ableugnung des Leihvertrages enthält, und näher begründet; das Verhältniß würde daher daselbe bleiben; wenn Sempronius behauptete, das Pferd durch Tausch, Schenkung oder in Folge eines Legates von Titius erhalten zu haben, aber auch dann, wenn er sich mit der bloßen Ableugnung des Leihvertrages begnügt hätte; es liegt eine reine negative Einlassung vor, und es darf weder dem Sempronius der Beweis des Kaufes, Tausches u. c. auferlegt, noch das Beweissthema des Titius dahin gefaßt werden, daß er das Pferd geliehen, und nicht verkauft, verschenkt habe¹⁾, wohl aber ist es dem Sempronius erlaubt, auf den von ihm behaupteten Vertrag den Gegenbeweis zu richten²⁾. Hätte das gegen Sempronius noch ferner hinzugefügt, das Pferd habe verborgene Fehler gehabt, und er verlange deshalb Minderung des Kaufpreises, oder er sey enormiter lädirt, oder es sey ihm evincirt worden, und er verlange deshalb Auflösung des Vertrages, resp. Evictionsleistung, dann hätten die von ihm behaupteten Verträge zugleich eine positive Bedeutung, indem sie den Grund seiner Widerklage bildeten, und nun müßte, soferne diese Widerklage an sich zulässig ist, dem Titius der Beweis des Leihvertrages, dem Sempronius der des Kaufes u. c. auferlegt werden.

2) Ganz dasselbe gilt von der Behauptung, daß zwar der vom Kläger behauptete Vertrag, aber in einer andern Weise geschlossen worden sey, sog.

¹⁾ Albrecht S. 193.

²⁾ Knappe S. 102.

exceptio rei non sic, sed aliter gestae, z. B. daß nicht die vom Kläger geforderte Sache, sondern eine andere verkauft, daß sie nicht allein, sondern alternative versprochen, daß eine Bedingung, daß eine andere Bedingung beigefügt worden sey. — Daß Verufen auf eine *Suspensio* Bedingung ist häufig *exceptio pacti conditionati et nondum purificatae conditionis* genannt worden, und man hat dann, namentlich im Zusammenhange mit der Lehre vom qualifizirten Geständnisse, darüber gestritten, ob es eine Einrede oder verneinende Einlassung, und wie die Beweislast zu normiren sey. Einige wollen, daß der Beklagte beweise, daß die von ihm behauptete Bedingung beigefügt worden sey, und geben dafür verschiedene Gründe an. Claproth im ord. Proceß §. 217 sagt, unter tausend Verträgen werde kaum einer bedingungsweise geschlossen, und dasjenige müsse doch wohl vorerst angenommen werden, was gewöhnlich zu geschehen pflege; aus den Inconvenienzen der entgegengesetzten Ansicht argumentirt Gesterding im civil. Archiv Bd. 2, S. 217 ff. u. Sommer ibid. B. 4, S. 23 ff.; dagegen sagt Bethmann-Holweg, Versuche S. 355 also: „Der Kläger behauptet einen Contract, und muß diesen natürlich beweisen. Diesen Beweis führt er aber durch Darlegung der allgemeinen Merkmale eines gültigen Vertrags, und dies genügt, um der Regel nach den Beklagten zu verpflichten. Behauptet dieser eine Bedingung, so fügt er ein neues Merkmal hinzu, wodurch der engere Begriff eines bedingten Vertrags entsteht. Der Kläger also beruft sich auf

„die Wirkung des Vertrages überhaupt, auf die Regel, der Beklagte auf die beschränktere Wirkung eines bedingten Vertrages, die Ausnahme.“ — Im Gegensatz hierzu legen die meisten ältern und neuern Juristen ³⁾ dem Kläger in diesem Falle den Beweis auf, indem sie sagen: Ein unter einer Suspensivbedingung geschlossener Vertrag sey vor der Erfüllung derselben nicht perfekt; die Bedingung erscheine nicht bloß als eine Nebenbestimmung, sondern als eine wesentliche Voraussetzung des Klagsrechtes; der Beklagte negire daher durch Behauptung einer Suspensivbedingung den ganzen Klaggrund, d. i. die definitive, reine Abschließung des Geschäftes; folglich müsse der Kläger diese beweisen, und dem Beklagten stehe es nur frei, über die Bedingung einen Gegenbeweis zu führen. Diese letztere Ansicht ist gewiß die richtige, und jetzt auch von Oesterding, Nachforschungen II. S. 139 f. anerkannt. Man bedenke nur, daß die positive Fassung der Antwort des Beklagten, und die von ihm behauptete Bedingung an sich ganz irrelevant sind, und nur einen negativen Zweck haben. Der Beklagte antwortet hier dem Kläger also: Der von Dir behauptete Vertrag ist nicht geschlossen worden, sondern ic.; dieses: „sondern“ ist aber völlig überflüssig, und irrelevant; kann der Kläger seine Behauptung nicht erproben, so wird er abgewiesen, der Beklagte mag positiv behauptet haben, was er will, und der Wahrheit gemäß

³⁾ Weber, von der Beweisführung S. 328 ff. Haffse im Rhein. Museum Bd. 3, S. 134 — 143. Knappe S. 107. Albrecht S. 194. Schenk, im civ. Archiv Bd. 17, S. 100, not. 13 u. Bd. 20, S. 459, not. 58.

oder nicht. Daraus erhellt aber zugleich, wie Haffe und Albrecht mit Recht ausgeführt haben, daß in einem solchen Falle das Beweissthema für den Kläger nicht darauf gestellt werden darf, daß die von dem Beklagten behauptete Bedingung dem Vertrage nicht beigefügt worden sey, sondern nur darauf, daß der Vertrag in der von ihm, dem Kläger, behaupteten Weise, also definitiv und unbedingt, zum Abschlusse gekommen sey. Wenn sich Albrecht l. c. in der Note 11 sogar gegen die Aufnahme des Wortes: „unbedingt“ in das Beweissthema erklärt, so dürfte dies eine allzu-scrupulöse Anwendung der Verhandlungsmaxime seyn; denn wenn auch in der Klage das Wort „unbedingt“ nicht enthalten ist, so liegt darin doch die Behauptung der unbedingten Abschließung, und es wird daher hiedurch von dem Kläger nicht der Beweis über etwas gefordert, was er nicht behauptet hat. Die Aufnahme des Wortes unbedingt rechtfertigt sich aber daraus, daß hiedurch die Nothwendigkeit und die Bedeutung der Beweisaufgabe trotz des scheinbaren Zugeständnisses des Beklagten klar gemacht, und damit für den Fall des Eides, der hier das regelmäßige Beweismittel seyn wird, alle etwaigen Mißdeutungen und Reservationen abgeschnitten werden.

Noch viel einfacher ist die Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall, da der Kläger selbst erzählt, der Vertrag sey unter einer Bedingung geschlossen worden, diese aber erfüllt, der Beklagte dagegen behauptet, dem Vertrage sey eine andere Bedingung beigefügt worden; hier hat der Kläger

die Abschließung des Vertrages unter der von ihm behaupteten Bedingung zu beweisen.

Alles dies gilt endlich ebenso, wenn aus Erbeinsetzungen oder Legaten geklagt wird.

3) Nach denselben Grundsätzen muß, wenn der mit der Eigenthumsklage belangte Besitzer behauptet, Miteigenthümer zu seyn, nicht ihm der Beweis des Miteigenthums, sondern dem Kläger der Beweis des ihm abgeleugneten Alleineigenthums auferlegt werden⁴⁾, und dem Beklagten steht es frei, sein Miteigenthum im Wege des Gegenbeweises darzuthun. —

4) Auf dieselbe Weise ist endlich die Beweislast bei der sog. *exceptio sub- et obreptionis* gegen Rescripte der Regenten zu normiren. Die ältern Juristen sagten hier gewöhnlich, die *exc. subreptionis* als Behauptung einer bloßen negativen, wälze die Beweislast auf den Impetranten, die *exc. obreptionis* dagegen habe der Impetrat zu beweisen⁵⁾. Allein seitdem man erkannt hat, daß sehr oft auch eine Negative bewiesen werden müsse, sagen Viele, der Impetrat habe jedesmal die *exceptio sub- und obreptionis* zu beweisen⁶⁾. Dagegen hat nun Thibaut im civ. Archiv B. 17. n. 6 mit Recht ausgeführt, daß, weil unnöthige Anführungen die Beweislast nicht ändern können, und die Rescripte Rechte Dritter nicht verletzen dürfen, der Impetrat seine Behauptung der *sub- oder obreptionis* zu beweisen

⁴⁾ Arndts, im rhein. Museum Bd. 2, S. 215—221.

⁵⁾ J. H. Boehmer, j. eccl. prot. I, 3. §. 11.

⁶⁾ Mühlenthal §. 35, und im Resultat auch Glück Bd. 1, S. 544 ff.

sen hat, oder nicht, je nachdem ihm im Proceß dieser Beweis obgelegen hätte oder nicht. Als erläuternde Beispiele, deren Thibaut nicht gegeben hat, mögen folgende dienen:

a) Titius hat für eine Klage durch Rescript die Verweisung an einen außerordentlichen Richter erlangt, weil der ordentliche mit dem Beklagten verwandt sey. Behauptet nun der Beklagte, diese Verwandschaft sey erlogen, so ist die sogen. *exc. subreptionis* ein bloßes Zeugnen der gegnerischen Behauptung, und Titius hat zu beweisen.

b) Titius hat auf den Grund eines von ihm vorgelegten äußerlich fehlerfreien Testaments seines außerehelichen Vaters ein Legitimationdrescript erlangt, sog. *legitimatio per testamentum*. Behauptet nun der eheliche Sohn, jenes Testament sey falsch, so ist die *exceptio subreptionis* eine wahre Einrede und von ihm die Fälschung zu beweisen.

(Fortsetzung folgt.)

Zur Lehre von der Berufungssumme.

1.

Wenn eine Richtigkeitöklage gegen ein Erkenntniß des Untergerichts bei dem Obergerichte erhoben wurde, so erkennt dieses über die Richtigkeitöfrage als Gericht erster Instanz. Folge hiervon ist, daß eine gegen dieses Erkenntniß über die Nullitätsquerel an den obersten Gerichtshof zu ergreifende Berufung nicht an die Revisions-

summe, sondern lediglich an eine Beschwerdesumme von 100 fl. gebunden ist¹⁾).

2.

Wird eine Berufung von dem Obergerichte als desert, oder wegen Mangels der Berufungssumme zurückgewiesen, so ist dieß nicht, wie Manscher²⁾ dafürhält, als Justizverweigerung wegen Inkompetenz, sondern als ein Erkenntniß erster Instanz über das von dem Appellanten in Anspruch genommene processualische Recht der Berufung zu betrachten. Für das Urtheil darüber, ob dem Appellanten nach Beschaffenheit der Sache dieses processualische Recht zustehe und ob er die Bedingungen seiner Ausübung eingehalten habe, ist der Oberrichter jedenfalls kompetent, und die Beantwortung der Frage, ob er zu einem zweitrichterlichen Urtheile in der Hauptsache kompetent sey, ergiebt sich nur als Folge des Urtheils über die Vorfrage.

Will sich nun der zurückgewiesene Appellant bei dem obersten Gerichtshof beschweren, so ist diese Beschwerdeführung, als Berufung gegen ein oberrichterliches Erkenntniß erster Instanz, an das Daseyn einer Beschwerdesumme von 100 fl. gebunden³⁾.

¹⁾ DAGE. vom 11. Juli 1834 Li. 788²⁸/₂₉ (AGAlt. 664²⁶/₂₇).

²⁾ Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurheffen Heft II, S. 61.

³⁾ DAGE. vom 26. März 1823 W. 583²¹/₂₂ (AGAlt. W. 411²⁰/₂₁).

Zur Lehre von den Injurien¹⁾.

Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob Jemand den Andern z. B. einen elenden gemeinen Menschen schilt, oder ob er diese Beiworte nur in Bezug auf einzelne Handlungen oder Aeußerungen desselben braucht. Jenes ist ein verunglimpfendes Absprechen über den ganzen Menschen, über seinen Charakter im Allgemeinen, liegt immer außer den Gränzen der Redefreiheit, und ist jederzeit als Injurie zu beurtheilen. — Dieses hingegen nur ein, gedachte Gränzen an und für sich nicht überschreitendes, Urtheil über einzelne Thatsachen²⁾, dessen verletzender Inhalt eben so gut auf richtigem oder unrichtigem Denken, als auf dem animus injuriandi beruhen kann, so daß der Ausspruch eines solchen Urtheils wohl nach besondern begleitenden Umständen als Injurie erscheinen mag, aber nicht unbedingt als solche aufzufassen ist³⁾.

Zur Lehre von der Enterbung.

Der Vorschrift, nach welcher eine oder mehrere der gesetzlichen Enterbungsbursachen im Testamente angeführt werden müssen, wird vom Testirer genügt, wenn er das Daseyn derselben mit den

¹⁾ AGG. vom 10. August 1838 (M. 434^{27/39}).

²⁾ Was Jemand gethan oder geäußert hat, ist eine — aus der Person hervorgetretene — Thatsache, und ein Gegenstand der freien Beurtheilung. In der Unterscheidung zwischen der Persönlichkeit der Menschen, und deren bereits zur Thatsache gewordenen Handlungen und Aeußerungen liegt eine Haupt-Gränzlinie der Redefreiheit.

³⁾ Weber über Injurien und Schmähschriften Abth. III, Nr. 19, 20.

allgemeinen vom Gesetze gebrauchten Ausdrücken behauptet; es ist ihm nicht zur Pflicht gemacht, die speziellen Umstände des betreffenden Vorfalls im Testamente zu erzählen. — Wohl aber ist es Sache des eingesetzten Testamentserben, auf die Klage des enterbten Notherben das die Enterbungsursache bildende spezielle Faktum nach seinen wesentlichen Merkmalen bereits in der Vernehmlassung vorzutragen, weil es die Ordnung des Verfahrens mit sich bringt, daß Gelegenheit gegeben seyn muß, über die Erheblichkeit der besondern Thatfachen, welche das Beweisverfahren bewahrheiten soll, schon in dem Vorbereitungsverfahren zu verhandeln. Auch ist das erhebliche Faktum in dem Beweisinterlokute nicht nach den allgemeinen Merkmalen des Begriffs, sondern nach den individuellen des zu subsumirenden Falles zu bezeichnen ¹⁾.

Zur Lehre von der Erziehung ausserehelicher Kinder.

Der Umstand, daß der außereheliche Vater sich zu einer andern christlichen Confession bekennt, als derjenigen, in welcher das von ihm erzeugte Kind zu erziehen ist, und daß er außer dem Bezirke des Vormundschaftsgerichts seinen Wohnsitz hat, kann einen rechtlichen Grund nicht abgeben, ihm die Erziehung des Kindes zu versagen, sofern an dem Orte seines Aufenthalts Gelegenheit ist, dem Kinde den Religions-Unterricht derjenigen

¹⁾ AGG. vom 10. April 1839. D. 970^{36/37}.

Confession, welcher es angehören soll, zu ertheilen, indem die vormundschaftliche Controlle — der Verschiedenheit des Domicils ungeachtet — allerdings statt finden kann ¹⁾.

Zur Lehre von der Paulianischen Klage.

(Nachtrag zu dem Aufsatz in Nr. 22.)

Zur Bestätigung der in Nr. 22, S. 337—41 ausgeführten Ansicht wird bemerkt, daß die Generalhypotheken des ältern Rechts das ganze Vermögen, daher auch die Baarschaften umfaßten, mit welchen Partikularzahlungen geleistet wurden. — Eben deswegen mochte die fragliche Vorschrift früher häufiger zur Anwendung kommen, als es nunmehr nach Maßgabe des §. 1 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 der Fall seyn kann.

Zur Beseitigung von Mißverständnissen mag es zweckgemäß seyn, hervorzuheben, daß der bezeichnete Aufsatz nur den Fall der Nr. 1 des §. 19, Kap. XIX der O.D. zum Gegenstand hat, von dem andern aber (Nr. 2), wenn die Anfechtung sich auf die Behauptung gespielter Geschäftsfahrde gründet, ganz abstrahirt.

Tagebuch der Praxis.

Uebereinstimmend mit der in diesen Blättern Nr. 5, S. 76 ff. ausgeführten Ansicht wurde durch Erkenntniß des O.G. v. Mittelfranken v. 6. Juli d. J. W. 518^{27/38} ein Prioritätsverfahren und Prioritätskennntniß, welches von Amtswegen über eine Gehaltstierz unter den bekannten Gläubigern eingeleitet und erlassen war, aus Veranlassung einer Berufung über die Priorität aufge-

¹⁾ OGE. v. 19. Mai 1826. W. 100^{23/24}.

haben, indem die Sache weder als Universal noch als Partikularconcurſus anzusehen war, vielmehr in deſſenfalliger Hinsicht aller gesetzlichen Basis entbehrte. Ein Universalconcurſus exiſtirte nicht, weil nicht alle Gläubiger geladen waren und nicht das ganze Vermögen als Befriedigungsobject der kollidirenden Gläubiger in Frage iſt. Eben ſo wenig iſt der Fall eines Partikularconcurſus gegeben, weil die bekannten Gläubiger nicht die Gehaltſterz allein als mögliches Object ihrer Befriedigung anzusehen haben und auch andere Gläubiger von dieſer Terz nicht auſſchließen können. Ueberdieß wäre ſelbſt im Partikularconcurſus eine Ediktalladung nöthig geweſen. (Prior. Geſ. §. 7. a. E.) Einzelne Gläubiger können zwar unter ſich über den Vorrang ſtreiten, z. B. im Fall des §. 295, Tit. 16, Th. I des preuß. Landr. oder der O. D. XVIII, §. 6, Nr. 6, allein dieß erfordert eine förmliche Klage und kann weder ein eigentliches Prioritätsverfahren, noch ein Prioritäts-Erkennniß auf den Grund des Prioritätsgesetzes begründen.

Berichtigung.

In Nr. 16, Seite 252, Zeile 16 ſind, zwischen den Worten „moralische“ und „Ueberzeugung“ die Worte einzuschalten: „mit der juristischen“.

Diese Blätter für Rechtsanwendung werden auch im künftigen Jahre fortgesetzt, da sie sich eines stets wachsenden Beifalles erfreuen; die unterzeichnete Verlagshandlung bittet daher die verehrlichen Herren Abonnenten ihre Bestellung auf den nächsten Jahrgang oder vierten Band recht bald zu machen, entweder bei dem nächsten Königl. Postamte, oder in jeder beliebigen Buchhandlung, oder bei uns selbst. Die Königl. Postverwaltung dahier hat die Hauptspedition übernommen, und es kostet jeder Jahrgang im I. Rayon 3 fl. 20 kr., im II. Rayon 3 fl. 33 kr., im III. Rayon 3 fl. 39 kr., im Buchhandel aber 3 fl. 30 kr.

Die Verlagshandlung von **Palm & Enke**
in Erlangen.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 24. Samstag, den 24. Nov. 1838.

Ueber Remission, Compensation und Retorsion
der Injurien.

Nach dem preuß. Landrecht.

I.

Nach Th. II, Tit. 20, §. 658 des preuß. Landrechts kann für die einmal ausdrücklich oder stillschweigend erlassene Beleidigung keine Privatgenugthuung mehr gefordert werden, und nach §. 659 ist die Privatgenugthuung nur alsdann für stillschweigend erlassen anzusehen, wenn der Beleidigte die Injurie, ungeachtet sie und deren Urheber ihm bekannt gewesen, innerhalb dreier Monate nicht gerügt hat.

Es fragt sich, was unter den hier gebrauchten Worten „eine Injurie rügen“ zu verstehen sei?

Der aus dem Mittelalter herstammende Ausdruck „rügen“ hatte in der Sprache jener Zeit verschiedene Bedeutungen und hieß so viel als anklagen, anzeigen, strafen¹⁾.

¹⁾ Glück, Pand. Comment. Bd. III. §. 195. Note 57.

Der Ausdruck „rügen“ kommt im preuß. Landrecht nicht bloß in der Materie von den Injurien, sondern auch bei anderer Gelegenheit vor und zwar in unterschiedlicher Bedeutung.

Rügen wird öfter als gleichbedeutend mit klagen genommen. In diesem Sinn kommt z. B. der gedachte Ausdruck vor in dem eherechtlichen Abschnitt des Landrechts, wo von den Erfordernissen gültiger Ehen, den Folgen gesetzwidriger Ehen und der Ehescheidung gehandelt wird. Wenn es daselbst heißt: „die Nichtigkeit der Ehe rügen“ (II. 1. §. 42.) — „Daß Ehehinderniß rügen“ (§. 985. 988.) — „Die Ungültigkeit der Ehe rügen“ (§. 1023. 1024.) „Beleidigungen als Ehescheidungsursachen rügen“ (§. 720) — so kann damit nichts anders gemeint seyn, als die Anstellung einer Klage auf Nichtigkeitserklärung der Ehe, resp. auf Ehescheidung.

Rügen bezeichnet auch zuweilen die Geltendmachung von Einreden und Gegenforderungen. In diesem Sinn kommt der Ausdruck „rügen“ vor im §. 407, Tit. 11, Th. I wo bestimmt ist: „Der Schuldner einer cedirten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionar entgegen setzen.“

Mitunter wird das Wort „rügen“ in der Art gebraucht, daß es sowohl Klage als Einrede bezeichnet; z. B. da, wo von dem Widerruf ei-

§. 124. Wehner pract. jur. obs. s. v. Rügen. Westenrieder, glossar. germ. lat. p. 477. Bölkern, Comment. zur nürnberg. Reformation. Th. I. S. 549. § 11.

ner Schenkung wegen Undankß gehandelt wird. Nach Th. I. Tit. 11. §. 1151 kann nämlich der Geber wegen groben Undankß des Beschenkten nicht allein die Vollziehung des Geschenks versagen, sondern auch das bereits Gegebene zurückfordern. Mit Hinsicht auf diese Bestimmung läßt sich der in den §§. 1157 u. 1159 vorkommende Ausdruck „den Undank rügen“ in doppeltem Sinn verstehen; entweder so, daß der Klage auf Vollziehung der Schenkung die Einrede des vom Kläger verschuldeten Undankß entgegengesetzt, oder so, daß das bereits Gegebene wegen Undankß mittels Klage zurückgefordert wird.

Ferner kommt der Ausdruck „rügen“ als gleichbedeutend mit Anzeige — Denunciation — vor, welche bezüglich einer strafbaren That zum Zweck deren Untersuchung und Bestrafung gemacht wird. Als Beleg für diese Bedeutung des Wortes „rügen“ dienen die Bestimmungen im Th. II. Tit. 20, §. 1133 — 1139 im Betreff derjenigen Diebstähle, welche nicht von Amtswegen, sondern nur in dem Fall untersucht und bestraft werden sollen, wenn sie von Personen, zu welchen der Dieb in einem gewissen Verhältnisse steht, gerügt werden.

Endlich bedeutet der Ausdruck „rügen“ auch soviel als strafen. Beispiele hiefür finden sich in den Bestimmungen des Landrechts II. 20. §. 649 ff. darüber, wann der Richter wegen Injurien von Amtswegen zu verfahren habe. Die in dieser Beziehung in den §§. 649 und 650 vorkommenden Worte „die Injurien von Amtswegen rügen“ bezeichnen hier die richterliche Official-Einschreitung,

welche die Untersuchung und Bestrafung der Injurie bezweckt.

Indem wir nunmehr, nachdem gezeigt worden ist, daß das Wort „rügen“ im preuß. Landrecht in sehr verschiedenartigem Sinne vorkommt, zu unsrem Texte zurückkehren, muß noch die historische Bemerkung gemacht werden, daß nach den jetzt bestehenden Kompetenzverhältnissen die Injurienfachen nur bezüglich der Privatgenugthuung vor die Civilgerichte gehören, deren Bestrafung aber (wie s. g. öffentliche Genugthuung) — sofern sie nicht in das Gebiet der Strafrechtspflege einschlägt — den Polizeibehörden zugewiesen ist²⁾. Ehe die Kompetenzverhältnisse in dieser Art regulirt waren, gehörte in den vormalig preussischen Gebietstheilen des Königreichs Bayern auch die Bestrafung der Injurien vor die Gerichte.

Da nun nach dem preuß. Landrecht der Injuriant dem Beleidigten nicht nur Privatgenugthuung zu leisten verbunden ist, (II. 20. §. 584 ff.) sondern auch einer Strafe unterliegt, über deren Festsetzung in den §§. 607. — 648 die näheren Vorschriften gegeben sind, und da ehemals die Gerichte in beiderlei Beziehung kompetent waren, so konnten Injurien sowohl wegen der Privat- als wegen der öffentlichen Genugthuung vor Gericht gerügt werden. Es ist sogar nach §. 654 einem jeden, der zum höhern Bürger- oder zum Adel- oder Militärstande gehört, freigegeben, wenn er

²⁾ Oberappellationsgericht, Rescript vom 20. Mai 1814. Anmerk. zum StGB. Bd. I. S. 80 u. 116. Bd. II. S. 306. Bd. III. S. 214 u. 272.

keine Injurienklage anstellen will, die ihm von einem andern widerfahrne Ehrenkränkung, nebst den Beweismitteln über die Thatsache, dem Richter bloß zur Untersuchung anzuzeigen. In diesem Fall hatte der Richter, wann er die Sache dazu angethan fand, die Untersuchung von Amtswegen zu verfügen und über die Strafe des Beleidigers zu erkennen (§. 655). Der Beleidigte, welcher nicht selbst hat klagen wollen, konnte aber keine Privatgenugthuung fordern (§. 656).

Es konnte also die Injurie vom Beleidigten auf verschiedene Weise vor Gericht gerügt werden, entweder durch Anstellung der Injurienklage auf Privatgenugthuung, womit nach Umständen der Antrag auf Bestrafung zu verbinden war, sofern diese nicht von Amtswegen eintrat, — oder durch bloße Anzeige zum Zweck der Untersuchung und Bestrafung, unter den Voraussetzungen des §. 654, in welchem Falle jedoch der Beleidigte, welcher nicht selbst hat klagen wollen, keine Privatgenugthuung fordern konnte.

Hieraus folgt, daß die Injurie zum Zweck der Privatgenugthuung immer nur durch Anstellung der Injurienklage gerügt werden kann, und da der in Frage stehende §. 659 von der stillschweigenden Erlassung der Privatgenugthuung handelt, welche angenommen werden soll, wenn der Beleidigte die Injurie, ungeachtet sie und deren Urheber ihm bekannt gewesen, innerhalb dreier Monate nicht gerügt hat, so kann hier unter dem in dieser Verbindung gebrauchten Ausdruck „rügen“ nicht die bloße Anzeige der Injurie zum Zwecke der Untersuchung und Bestrafung verstan-

den werden, sondern es kann hierunter nichts anderes, als eine die Privatgenugthuung bezweckende Rüge der Injurie gemeint seyn, und da daß diesem Zweck entsprechende Mittel die anzustellende Injurienklage ist, so ergiebt sich, daß im §. 659 der Ausdruck „rügen“ gleich bedeutend mit Klagen genommen ist.

Will also der Beleidigte vermeiden, daß die Privatgenugthuung für stillschweigend erlassen angesehen werde, so muß er innerhalb der dreimonatlichen Frist die auf Privatgenugthuung gerichtete Klage entweder anstellen, oder doch wenigstens gehörig anmelden, weil durch Klagenmeldung nach Th. I. Tit. 9, §. 551 die Verjährung der Klage unterbrochen wird.

Nach dieser Ansicht hat das AG. des vormaligen Rezkreises in mehreren Fällen gleichförmig erkannt³⁾.

Bei Injurienstreitigkeiten zwischen Gliedern der nämlichen Gemeinde muß zwar in Gemäßheit der k. bayer. Verordnung vom 31. Mai 1810 (Rbl. 1810, S. 441) ehe die Klage bei Gericht angebracht werden kann, vorher das gemeindliche Vermittlungsamt⁴⁾ angegangen werden; allein dadurch ist die Injurie im Sinne des preuß. Landr. nicht für gerügt zu halten. Das Vermittlungsamt beschränkt sich bloß auf eine münd-

³⁾ AGG. v. 15. Sept. 1829. O. 652²⁸/29. — v. 22. Febr. 1833. K. 199³²/33. — v. 23. Jan. 1835. S. 472³¹/34. — v. 24. Nov. 1835. E. 767³⁴/35. S. auch DGG. vom 12. Juli 1838. V. 402³⁰/31.

⁴⁾ Vgl. Gesetz v. 1. Juli 1834 die Revision des Gem. Edicts betr. §. 13 u. 26. Ges. Bl. v. J. 1834 S. 122 u. 130.

liche Ausöhnung beider streitig gewordenen Theile und hat durchaus keine richterliche Funktion. Es ist auch nirgends gesetzlich ausgesprochen, daß die Klagverjährung durch Annehmung des Vermittlungsamtes unterbrochen werde. Diese Wirkung ist nach dem preuß. Landrecht I, 9, §. 551 nur der gerichtlichen Klaganmeldung beigelegt. Die Annehmung des Vermittlungsamtes kann bloß als außergerichtliche Erinnerung gelten, welche dem Beleidiger gemacht wird, damit er den Beleidigten gutwillig zufrieden stelle und es nicht auf einen Prozeß ankommen lasse. Eine bloß außergerichtliche Erinnerung ist aber, wie das Landr. a. a. O. §. 561 ausdrücklich bestimmt, für sich allein nicht hinreichend, die Verjährung zu unterbrechen. Wenn auch die gerichtliche Anbringung der Klage von der formellen Bedingung abhängig gemacht ist, daß ein Zeugniß des Vermittlungsamtes über die bei solchem vergeblich versuchte Sühne beigebracht werden muß, so schließt dieses Erforderniß die Einhaltung der im Landrecht bestimmten Frist zur gerichtlichen Rüge der Injurie durch Anmeldung oder Anstellung der Klage auf Privatgenugthuung nicht aus, sondern verpflichtet bloß den Beleidigten zu der Vorsicht, daß er die vorgängige Annehmung des Vermittlungsamtes nicht soweit hinauschiebe, um Gefahr zu laufen, jene Frist zu versäumen. Hat er in dieser Beziehung seinerseits nichts versäumt und es tritt ohne sein Verschulden ein Hinderniß, in Folge dessen die gesetzlich bestimmte Frist zur Anmeldung oder Anstellung der Injurienklage von ihm nicht eingehalten werden konnte, ein, z. B. weil das Vermittlungsamt den

Gühneversuch zu spät vornahm oder die Attestausstellung verzögerte, so ist er ohnehin durch die gesetzlichen Bestimmungen des Landrechts a. a. D. §. 516 u. 529 geschützt, nach welchen gegen den, der sein Recht zu verfolgen gehindert wird, keine Verjährung anfangen, resp. vollenden kann.

(Fortsetzung folgt.)

Praktische Resultate der neuesten Literatur in der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.)

IX.

Nachdem bisher der Begriff der Einrede im Gegensatz zur Einlassung betrachtet worden ist, muß nun das Verhältniß untersucht werden, in welchem hiezu die sogenannten dilatorischen Einreden stehen. Man bezeichnet damit gewöhnlich alle die Vertheidigungsgründe, wodurch der Beklagte die Klage nicht für immer, sondern nur für jetzt abzuwenden sucht. Dieser Begriff hatte im ältern deutschen Prozesse insoferne einen großen Werth, als über die Einwendungen ein eigenes Vorverfahren statt fand. Seitdem aber der J. R. U. §. 40 dieses verboten, und die dilatorischen Einreden prozessualisch im Wesentlichen den übrigen gleichgestellt hat, ist jener Begriff praktisch bedeutungslos geworden, da er mit der Beweislast, welche fortan an den Begriff der Einrede geknüpft wurde, nicht im geringsten Zusammenhange steht. Mit Recht haben dieß Albrecht C. 207 ff. und Knappe C. 121 ff. im Ganzen

übereinstimmend hervorgehoben, und die Nothwendigkeit dargethan, die bunte Masse des sog. dilatorischen Vertheidigungsmateriales nach den obigen Begriffen von Einlassung und Einrede, die auch hier vollkommen anwendbar sind, zu sondern. Vor Allem muß man diejenigen angeblich dilatorischen Vertheidigungen, welche sich auf den materiellen Bestand des Rechtes selbst, die *merita causae*, beziehen, wie die sog. *exc. desic. legitimacionis ad causam*, und die *Pluspetitionis* Einreden, sehr wohl unterscheiden von denjenigen, die sich nur auf einen Mangel in der Geltendmachung, in der Prozeßführung gründen, den sog. Prozeß-Einreden ¹⁾.

Was die erste Klasse, die materiell-dilatorischen Einwendungen betrifft, so sind sie offenbar entweder Ableugnungen des Klaggrundes oder wahre Einreden im oben entwickelten Sinne, und ihre Eigenthümlichkeit besteht höchstens in einer bloß theilweisen Wirkung, welche ihre rechtliche Natur nicht ändert. Daß die sog. *exceptio def. legit. ad causam* nichts anders ist, als das Ableugnen von Thatsachen, die zum Klaggrunde gehören, also eine verneinende Einlassung, ist als anerkannt zu betrachten ²⁾. Die Behauptung des Beklagten, daß dem Vertrage gleich anfangs eine Zeitbestimmung, oder eine andere, als die vom Kläger behauptete, beigefügt worden sey, ist ebenfalls eine negative Einlassung, und es gilt hier Alles, was oben sub VIII, 2 über Bedingungen gesagt wurde.

¹⁾ M. vgl. auch Gesterding, Nachforschungen II. S. 175.

²⁾ Gönner, Handbuch I. n. 15. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 78 ff.

Beruft sich dagegen der Beklagte auf eine später erhaltene Stundung, so liegt hierin die Behauptung, daß das Recht des Klägers durch einen neuen Akt geändert, theilweise aufgehoben worden sey, also eine wahre Einrede³⁾.

Die sog. Prozesseinreden zerfallen aber selbst wieder in drei verschiedene Klassen⁴⁾. Die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines prozessualischen Verfahrens hängt nämlich, wie die materielle Begründung eines Rechtes, von bestimmten, regelmässigen, faktischen und rechtlichen Voraussetzungen ab, und kann durch besondere Hindernisse vernichtet werden. Hieraus folgt:

1) Der Beklagte kann etwas von den regelmässigen faktischen Voraussetzungen der Gültigkeit des Verfahrens leugnen. Dies entspricht vollkommen der Ablehnung des Klaggrundes, und zwingt den Kläger zum Beweise. Diese Voraussetzungen bestehen aber hauptsächlich in der Fähigkeit der Parteien, bei Gericht aufzutreten, in der Competenz des Gerichtes, und der Legitimation der Stellvertreter. Daher gehören hieher die sogenannten *exceptiones fori incompetentis*, soferne dabei der regelmässige Grund der Competenz geleugnet wird, z. B. daß Beklagter an diesem Orte domicilire, daß hier contrahirt worden sey &c.; ferner die *exceptio deficientis personae standi in judicio*, z. B. der Kläger sey minderjährig, die *exc. defic. legitimationis ad praxin, ad processum, deficientis tutorii* etc. Alle diese Ver-

³⁾ Gesterding, im civ. Archiv Bd. 7, n. 5.

⁴⁾ Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. S. 170. Albrecht S. 212; besonders aber Knappe S. 121—123.

theidigungsgründe sind keine wahren Einreden, und die durch sie nothwendige Beweisführung trifft den Kläger.

2) Der Beklagte kann aber auch besondere Hindernisse behaupten, um derenwillen das Verfahren, obgleich seine regelmäßigen faktischen Voraussetzungen erfüllt sind, dennoch ausnahmsweise keine Gültigkeit erlangen kann. Solche Behauptungen entsprechen offenbar den besondern Hindernissen der materiellen Begründung des Rechtes, den wahren Einreden, und die Beweislast trifft hier den Beklagten. Hieher gehört die *exceptio fori incompetentis*, wenn sie sich darauf stützt, daß aus einem besondern Grunde das ordentliche Gericht nicht zuständig sey, z. B. weil der Beklagte von Adel, ein Geistlicher, Soldat sey; ferner die *exceptio iudicis suspecti v. inhabilis*, *litis alibi pendentis*, ferner die *exceptio defic. personae standi in iudicio*, wenn die Fähigkeit aus besondern Gründen einem Großjährigen abgesprochen wird, z. B. weil er ein gerichtlich erklärter Verschwender sey, weil der Concurß über sein Vermögen erkannt sey &c.

3) Der Beklagte kann aber auch, ohne in den faktischen Verhältnissen irgend etwas zu leugnen, oder neu zu behaupten, prozessualische Mängel rügen, welche sich nur auf die reinrechtlichen Voraussetzungen der Wirksamkeit des Verfahrens beziehen, und daher auch, ohne eine Beweisführung nöthig zu machen, nur der rechtlichen Prüfung des Richters anheimfallen. Diese Einwendungen entsprechen derjenigen materiellen Vertheidigung, welche man Deduktion gegen die Klage

nennt, und hieher gehören die sog. *exceptiones libelli obscuri, illicitae cumulationis vel mutationis*, die Einrede der unzulässigen Prozeßart, der zu leistenden Caution u. s. w. Auch die *exc. fori incompetentis* kann hieher gehören, z. B. wenn behauptet wird, in dem *forum contractus* könne nicht auf Aufhebung des Vertrages, oder in dem *forum rei sitae* nicht mit den sog. *actiones in rem scriptae* geklagt werden.

Alleß das, was bisher über die sog. Prozeßeinreden entwickelt wurde, gilt übrigens nicht bloß von denjenigen, welche im ersten Verfahren vorgeschützt werden, sondern in gleicher Weise von denjenigen, welche im Beweisverfahren vorkommen, den sog. Beweiseinreden, und den gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, oder einer eingeleiteten Execution gemachten Einwendungen. Zwar müssen, weil in diesen Stadien des Prozeßes regelmäßig keine neuen faktischen Behauptungen vorkommen können, diese meist nur einer richterlichen Prüfung unterliegen, wie z. B. die Einrede des verfehlten Beweisthema, der irrelevanten, captiosen Artikel oder Fragstücke, des unzulässigen Rechtsmittels &c. Doch können auch sie einen faktischen Inhalt haben, und zwar entweder Ablehnungen der regelmäßigen Voraussetzungen, oder Anführung besonderer Hindernisse enthalten. In die erste Klasse gehören z. B. die sog. Einreden des verspäteten Beweisanktritts, des zu spät interponirten, oder nicht gehörig fortgesetzten Rechtsmittels &c.; indessen wird auch hier eine besondere Beweisführung durch die Partei, welcher solche Einwendungen entgegengesetzt werden, nicht nöthig, weil die Al-

ten selbst diese facta enthalten. In die zweite Klasse gehören aber die Einwendungen, daß eine Urkunde gefälscht, daß ein Zeuge bestochen, verwandt, selbst theilhaftig sey u., und diese Behauptungen muß derjenige, der sie aufstellt, beweisen; sie sind wahre Einreden *).

(Schluß folgt.)

Zur Lehre von der Restitutio in integrum contra sententiam.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Erkenntniß ist ein außerordentliches Rechtsmittel und hat nach der O.D. XVI, §. 1, Nr. 1 nicht statt, so lange noch ein ordentliches Rechtsmittel, z. B. Appellation, Revision, übrig ist. Diese Bestimmung kann jedoch nicht so verstanden werden, daß erst die ordentlichen Rechtsmittel angewendet werden müssen, ehe von dem außerordentlichen Rechtsmittel der Restitution gegen die nachtheilige Sentenz Gebrauch gemacht werden darf. — Diese Ansicht ist den Gesetzen nicht angemessen, indem

1) der Fall, daß ein ordentliches Rechtsmittel nicht übrig sey, auf doppelte Art eintreten kann, entweder wenn die Parthei dem ordentlichen Rechtsmittel entsagt, oder wenn sie dasselbe schon vergeblich gebraucht hatte.

2) Eben deßhalb sagt auch die O.D. XIV, §. 11, daß die *Remedia extraordinaria* — also auch die Restitution — dann eintreten, wenn der

*) Albrecht S. 197 in not. 14.

Bescheid mit Worten oder Werken agnoscirt, oder sonst kein rechtmäßiges Remedium juris ordinarium übrig ist.

3) Der Grund des Gesetzes, daß die Restitution nicht eher statt findet, als bis ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr übrig ist, liegt offenbar darin, daß durch eine electiv oder cumulatv einzulegende Restitution nicht Verwirrung im Prozesse entstehe, und dieser Grund schließt nicht aus, daß die Restitution mit Entsagung auf die Berufung eingelegt werde.

Es hat deshalb auch

4) Kreitmayer in den Anmerkungen zur G.D. XVI, §. 1, lit. b. ausdrücklich davon gesprochen, daß weder die Election noch Cumulation der Restitution vor oder mit der Appellation statt finde. Es wird nach seinem Ausspruche nichts weiter erfordert, als daß Rechtskraft vorhanden sey, und diese tritt aber sowohl durch Entsagung auf das ordentliche Rechtsmittel, als dadurch ein, daß die Parthei sich des ordentlichen Rechtsmittels schon vergeblich bedient hat.

5) Demnach hat auch die G.D. a. a. D. nur die Controverse des gemeinen Processes, ob die Restitution mit oder vor der Appellation angebracht werden könne, entschieden, keineswegs aber den Partheien die Befugniß genommen, dem ordentlichen Rechtsmittel der Berufung zu entsagen und sich des außerordentlichen Rechtsmittels der Restitution zu bedienen, so wie sich dann

6) kein vernünftiger Grund denken läßt, warum eine Parthei sich nicht des ihr zustehenden beneficii begeben, und statt eines ihr vortheilhafteren Rechtsmittels, nämlich des ordentlichen, des minder vortheilhaften bedienen könnte. Hierzu kommt endlich

7) daß, wenn eine Parthei gezwungen wäre, erst die ordentlichen Rechtsmittel durchzuführen,

ehe sie das außerordentliche ergreifen dürfte, oft ein den vorgebrachten Thatfachen und einschlägigen Gesetzen ganz gemäßes Urtheil angegriffen werden müßte, statt, daß sich die Restitution lediglich mit den Thatfachen, worauf das vorige Urtheil nicht gegründet worden, befaßt.

Es kann daher durch Entsagung auf das ordentliche Rechtsmittel, welches gegen die Sentenz hätte eingewendet werden können, sofort das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution contra sententiam gebraucht werden ¹⁾.

Uebrigens bedarf es keiner ausdrücklichen Entsagung auf die Appellation, indem derselben auch stillschweigend entsagt werden kann, (O. D. XV, §. 10) und eine stillschweigende Entsagung auf das ordentliche Rechtsmittel gerade dadurch geschieht, daß statt desselben das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution ergriffen wurde ²⁾.

Zur Lehre von den unzulässigen Berufungen.

Vgl. Nr. 18, S. 284 — 6.

Nov. v. 22. Gegen abweisliche Beschlüsse, welche Juli 1819, zufolge des angeführten §. 18 erlassen §. 18, 24. werden, findet nach dem Landtagsabschiede vom 28. Dez. 1831 Nr. 8, lit. e eine Beschwerde nicht statt; wobei es keinen Unterschied macht, ob die Abweisung von dem Untergerichte selbst, welches sie zu erlassen gehabt hätte, oder auf Vorlage der Akten von dem Obergerichte verfügt wurde. In allen solchen Fällen soll der höhere Richter mit der Prüfung der Frage, ob Grund zur Anwendung des §. 18 dagewesen und sonach die Abweisung gerechtfertiget sey, vor der Hand

¹⁾ DAGE. vom 21. Oct. 1820. AGAct. M. 722¹⁸/19. AGE. v. 17. März 1829. S. 348²¹/23. DAGE. v. 23. Nov. 1829. AGAct. F. 160²⁵/26.

²⁾ AGE. v. 7. April 1829. B. 257²⁸/29.

nicht beehelliget, und sonach eine Aktenvorlage an denselben zur Zeit nicht gemacht werden. Wenn demnach gegen den Ausspruch des Oerrichters, wodurch eine Beschwerdeführung auf dem Grunde des angef. §. 18 zurückgewiesen worden, von der zurückgewiesenen Parthei ein Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof ergriffen wird, so ist diese Beschwerde sofort von dem Untergerichte, oder, wenn dieses die Vorlage an das Obergericht machte, von letzterem als unstatthaft zu verwerfen. Die Vorlage an den obersten Gerichtshof hat um so gewisser zu unterbleiben, als außerdem der Zweck des Gesetzes, die höhern Instanzen nicht mit solchen unzeitigen Beschwerdeführungen zu behelligen und Verzögerungen des Prozesses abzuschneiden, ganz und gar vereitelt würde, und eine Gesetzauslegung, welche die Vereitelung der Gesetzeszwecke mit sich bringen würde, offenbar zu mißbilligen ist.

Hierbei kommt nichts darauf an, unter welchem Gesichtspunkte die unzulässige Beschwerdeführung versucht wird, indem z. B. das Rechtsmittel gegen einen erstrichterlichen Beschluß, welcher die erbetene Wiederholung eines Augenscheins bewilligt, als einfache Beschwerde wegen Justizverzögerung bezeichnet wird; nur darum fragt es sich, ob die Abweisung auf dem Grunde des §. 18 erfolgt sey; ist dieses der Fall, so liegt es ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen die Unstatthaftigkeit dieser Abweisung zur Begründung eines weiteren Rechtsmittels behauptet werden will, so im Rechte wie in der Pflicht des Untergerichts wie der Mittelinstanz, die Vorlage des gedachten Rechtsmittels an den obersten Gerichtshof zu versagen ¹⁾.

¹⁾ Entschl. des UG. von Mittelfranken vom 10. Apr. 1838. W. 397³³/₃₄. Vgl. oben S. 59—61.

· B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 25. Samstag, den 8. Dez. 1838.

Praktische Resultate der neuesten Literatur in
der Lehre von den Einreden.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Schluß.)

X.

Durch die bisherigen Erörterungen beseitigt sich die verwirrte, übrigens schon von Weber, Gönner u. A. widerlegte, ältere Theorie vom sog. qualifizirten Geständnisse von selbst. Die hier vertheidigten Begriffe von Einlassung und Einrede äußern aber auch einen wichtigen Einfluß auf die Grundsätze über die Abweisung der Klagen angebrachtermaßen, und auf die Begriffe vom Gegenbeweise, und dieß soll hier zum Schlusse unserer Betrachtung noch berührt werden.

Eine Klage muß nämlich angebrachtermaßen abgewiesen werden, wenn sie nicht alle zu ihrer Begründung nöthigen Thatsachen enthält, oder mit andern Worten, wenn sie einen Mangel hat, dessen Rüge durch den Beklagten eine verneinende Einlassung bildet. Daher muß eine Klage aus einem zweiseitigen Vertrage, dessen Natur die sog.

exceptio non adimpleti contr. zuläßt, abgewiesen werden, wenn darin nicht behauptet ist, daß der Kläger den Vertrag seinerseits erfüllt habe, oder zur Erfüllung bereit sey; ebenso eine Klage aus einer gekauften Forderung, wenn die Größe des Kaufpreises nicht angegeben ist u. Dagegen ist es nicht nothwendig, daß die Klage schon Behauptungen enthalte zur Entkräftung etwaiger Einreden.

Was nun endlich den Gegenbeweis anlangt, so ist die Verwirrung der Begriffe in dieser Lehre vielfach durch unpassende Benennungen veranlaßt worden. Man hat nämlich den Ausdruck indirekter Gegenbeweis in doppelter Bedeutung genommen, einmal für den Einredensbeweis, welcher dem Beklagten auferlegt wird, dann aber auch für den ihm bloß nachgelassenen direkten Gegenbeweis, soferne er diesen als künstlichen Beweis führte ¹⁾. Vermeidet man diese Benennungen ganz, und setzt, wie schon Vönnér ²⁾ gethan hat, nur den Gegenbeweis und Einredensbeweis sich gegenüber, so ist die Gränze zwischen beiden durch die obigen Begriffe von Einlassung und Einrede scharf gezogen. Hauptbeweis oder Vorbeweis ist nun ein jeder, der in Folge einer verneinenden Einlassung vom Richter auferlegt wird, mithin nicht bloß der Beweis der Klage, sondern auch der der Einreden, Replik, Duplik, wenn deren thatsächlicher Inhalt verneinend beantwortet wurde. Auch diese

¹⁾ Hierüber Knappe S. 118.

²⁾ Handbuch II, 41 u. 42, u. Mittermaier im civil. Archiv Bd. 6, n. 17.

sehtgenannten Beweise sind eben so selbstständig, wie der Beweis des Klaggrundes, lassen daher selbst wieder einen Gegenbeweis zu, und unterscheiden sich nur dadurch, daß sie häufig bloß eventuell auferlegt werden können. Gegenbeweis aber ist derjenige Beweis, dessen Zweck ist, die Beweisführung des Gegners zu vernichten³⁾; er wird durch den Richter nur nachgelassen, nicht auferlegt. Ein solcher Gegenbeweis kann aber auf doppelte Art⁴⁾ geführt werden, entweder durch Vernichtung der Beweiskraft der gegnerischen Beweismittel, was man etwa den formellen, oder durch Beweis des Gegentheils von dem Hauptbeweisthema, was man den materiellen Gegenbeweis nennen könnte. Mit Recht erklärt sich Albrecht S. 197 dagegen, daß man häufig die erste Art des Gegenbeweises übersehen hat, aber er geht doch darin zu weit, daß er keine Verschiedenheit der beiden Arten des Gegenbeweises annimmt. Denn derjenige Gegenbeweis, welchen wir hier den formellen genannt haben, setzt wahre Beweiseinreden in dem sub IX a. E. entwickelten Sinne voraus, hat darum ein anderes Thema, als der Hauptbeweis, gegen den er gerichtet ist, und erlangt dadurch eine Selbstständigkeit, die ihn in vielen Beziehungen dem Hauptbeweise gleichstellt. Insbesondere müssen für denselben alle gewöhnlichen Beweismittel zulässig seyn, und der regelmäßig allgemein ausgesprochene Satz, daß die Eidesdelation beim Gegenbeweise ausgeschlossen

³⁾ Gönner, l. c. S. 336. Albrecht, S. 196.

⁴⁾ Gönner, S. 340.

sey ⁵⁾), kann bei dem formellen Gegenbeweise keine Anwendung finden. Gesezt, der Probat behauptet, ein Hauptbeweißeuge sey mit dem Probanten verwandt, er sey wegen eines bestimmten Vertragöverhältnisses, in welchem er zum Probanten stehe, selbst betheilig; soll er hierüber nicht dem Probanten für den Leugnungsfall den Eid zuschieben können? Da diese Thatsache durchaus nicht Gegenstand des Hauptbeweises ist, so leiden hier alle die bekannten Gründe für jene Ausschließung der Eidesdelation keine Anwendung. Der von uns sogenannte materielle Gegenbeweis kann aber selbst wieder auf doppelte Art geführt werden, entweder als natürlicher oder unmittelbarer, oder als künstlicher oder mittelbarer durch Beweis von Thatsachen, aus welchen das Gegentheil des Hauptbeweisthema sich durch Schlußfolgerung ergibt ⁶⁾). Dies letztere wird vorzüglich dann der Fall seyn, wenn, wie oben sub VIII ausgeführt wurde, die verneinende Einlassung in eine positive Behauptung eingekleidet ist; hier bildet der Beweis der Thatsachen, welche der klägerischen Geschichtserzählung entgegengestellt sind, nicht einen Einredebeweis, sondern nur einen künstlichen Gegenbeweis. Doch läßt eben deßhalb sich ein solcher Beweis auch dann führen, wenn die entgegenstehenden Thatsachen im ersten Verfahren nicht schon behauptet waren, weil der Beklagte doch nur diesen negativen Gebrauch von ihnen machen will ⁷⁾). So:

⁵⁾ Gönner, S. 341.

⁶⁾ Gönner, S. 340.

⁷⁾ Albrecht, S. 203.

ferne jedoch der Beklagte aus einer solchen Thatsache zugleich einen selbstständigen Anspruch geltend machen wollte, würde der Beweis derselben ganz den Charakter des Hauptbeweises einer Einrede oder Widerklage annehmen, und für diesen Zweck ist er natürlich nur zulässig, wenn jener Anspruch schon im ersten Verfahren gehörig geltend gemacht, und auf Beweis desselben erkannt worden ist. —

Ueber Remission, Compensation und Retorsion der Injurien.

Nach dem preuß. Landrecht.

(Fortsetzung.)

II.

Die im gemeinen Rechte so reichhaltige Materie von der Compensation und Retorsion der Injurien ist im preuß. Landrecht, so viel den civilrechtlichen Punct der Privatgenugthuung betrifft, bloß auf zwei Paragraphen beschränkt, welche folgendermaßen lauten:

§. 661. „Wenn Injurien, die noch nicht erloschen waren, erwiedert werden: so kann keiner von beiden Theilen Privatgenugthuung fordern.“

§. 662. „Wenn jedoch Realinjurien durch bloße Verbal- oder symbolische Injurien auf der Stelle erwiedert werden: so geht durch diese Erwiederung das Recht, Privatgenugthuung zu fordern, nicht verloren.“

Es läßt sich nicht verkennen, daß die vorliegende Materie in dem Gesetzbuche etwas kurz

behandelt ist und da dieselbe im practischen Leben so häufig zur Anwendung kommt, so blieb es der Praxis vorbehalten, der Gesetzgebung die erforderliche Nachhülfe zu verschaffen, und hiebei müssen insonderheit die Grundsätze berücksichtigt werden, welche das Landrecht in der allgemeinen Lehre von der Compensation ⁵⁾ aufstellt.

Vor Allem ist zu bemerken, daß nur die Privatgenugthuung Gegenstand der Compensation bei Injurien ist, denn die Strafe gegenseitiger Injurien (öffentliche Genugthuung) wird durch die Erwiederung niemals aufgehoben ⁶⁾.

In privatrechtlicher Hinsicht enthält der §. 584 die allgemeine Verordnung, daß derjenige, welcher die Ehre des Andern gekränkt hat, demselben dafür Genugthuung zu leisten verbunden ist. Worin dieselbe besteht, und in welcher Art sie zu leisten ist, hierüber sind die näheren Bestimmungen in den §§. 586 — 606 enthalten.

Da also jede Injurie die allgemeine Verbindlichkeit zur Folge hat, daß der Beleidiger dem Beleidigten Privatgenugthuung leisten muß, und da Niemand sich für vermeintlich erlittene Beleidigungen eigenmächtig Genugthuung nehmen darf ⁷⁾, so wird bei gegenseitigen Injurien für jeden Theil der Anspruch auf Privatgenugthuung — der Regel nach — aufgehoben. Hiermit stimmt der Grundsatz, den das Landr. auch schon in der allgemeinen Lehre von der Compensation dahin aufstellt:

⁵⁾ Th. I, Tit. 16, Abschn. VI.

⁶⁾ Landr. II, 20. §. 663.

⁷⁾ §. 666. a. a. D.

daß gleichartige und fällige Verbindlichkeiten gegen einander aufgehoben werden können^{*)}, vollkommen überein.

III.

Der gegenseitige Anspruch auf Privatgenugthuung wird jedoch nach §. 661 nur dann durch Compensation aufgehoben, wenn Injurien erwidert werden, die noch nicht erloschen waren.

Unter erloschenen Injurien können, mit Hinsicht auf §. 659 nur diejenigen verstanden werden, welche nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist zum Zweck der Privatgenugthuung gerügt worden sind.

Hieraus kann aber nicht die allgemeine Folgerung gezogen werden, daß der Beklagte, welcher vom Kläger ebenfalls beleidigt worden zu seyn behauptet, die Einrede der Compensation überhaupt nicht geltend machen könne, wenn er die ihm zugefügte Injurie nicht innerhalb des gesetzlich bestimmten Zeitraums gerügt hat; weil durch die Verjährung seines Klagrechts auch die Einrede der Compensation für ihn verloren gegangen sey.

Dieser Ansicht steht nicht nur der Inhalt des §. 661, sondern auch ein allgemeiner Grundsatz des preuß. Landrechts geradezu entgegen.

Der §. 661 spricht ausdrücklich nur von dem Fall, wenn Injurien, die noch nicht erloschen waren, erwidert werden, setzt also eine Erwiderung voraus, die in den Zeitraum fällt, wo die Injurienklage noch nicht verjährt war. Hiemit steht der

^{*)} Landr. I, 16. §. 343.

Grundsatz im vollen Einflange, den das Landrecht in der allgemeinen Lehre von der Compensation dahin aufstellt:

„daß es die Compensation nicht hindere, wenn zur Zeit der eingeklagten Forderung die Gegenforderung schon verjährt ist, sofern nur zu der Zeit, wo die erstere zahlbar war, die Verjährung der letztern noch nicht vollendet gewesen ist.“ *)

Die Verjährung der Injurienklage hat daher den Verlust des Compensationsrechts an und für sich nicht zur Folge, sondern es kommt lediglich darauf an,

ob zur Zeit der Erwiederung das Klagsrecht bezüglich der Injurie, auf welche die Compensation gegründet werden will, durch Verjährung schon erloschen war, oder nicht.

Wlos im ersten Fall ist die Einrede der Compensation unwirksam, weil hier von einer gegenseitigen sich aufhebenden Verbindlichkeit zur Privatgenugthuung keine Rede mehr seyn kann, wenn die Verbindlichkeit hiezu auf der einen Seite bereits durch Verjährung der Klage erloschen war, ehe sie auf der andern Seite eintrat.

Dagegen ist es gleichgültig, ob die Injurienklage von Seite des Verklagten zur Zeit der wider ihn angebrachten Klage oder zur Zeit der von ihm vorgeschützten Compensationseinrede schon verjährt war, denn von diesem rein zufälligen Umstande kann das Compensationsrecht des Verklagten nicht abhängig gemacht werden.

*) Landr. I, 10. §. 377.

Daß die Einrede der Compensation aus dem Grunde, weil zur Zeit ihrer Vorbringung die Klage auf Seite des Verklagten wegen der vom Kläger erlittenen Injurie durch Verjährung erloschen war, nicht verworfen werden kann, geht noch insonderheit daraus hervor, daß der Verklagte gerade deshalb, weil er den Kläger ebenfalls beleidigt hat, nicht einmal wagen durfte, gegen diesen klagend aufzutreten, ohne dessen Einrede der Compensation fürchten zu müssen und daher erst abwarten mußte, ob sein Gegner klagen werde. Soll er nun seine Vorsicht, die ihn abgehalten hat, eine Klage anzustellen, von der er sich keinen günstigen Erfolg versprechen konnte, mit dem Verlust des Compensationrechts büßen?

Das Resultat der bisherigen Erörterung besteht demnach darin:

Daß die auf die Bestimmung des §. 661 gegründete Einrede der Compensation dadurch nicht verloren geht, daß der Verklagte nicht innerhalb des im §. 659 bestimmten Zeitraums wegen der ihm vom Kläger zugefügten Injurie auf Privatgenugthuung geklagt hat, sondern daß diese Einrede bloß in dem Fall nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Erwiderung der Injurie erst zu einer Zeit geschah, wo die desfallige Klage bereits durch Verjährung erloschen war ¹⁰⁾).

¹⁰⁾ Als Präjudizien für die aufgestellte Ansicht sind anzuführen: AGE. v. 1 Juni 1830 bestätigt durch DAGE. v. 9. Febr. 1835. AGAct. M. 554^{29/30}. AGE. v. 7. Sept. 1830. R. 294^{29/30}. AGE. v. 1. Dec. 1829. W. 675^{28/29}. AGE. v. 12. Dec. 1834. S. 147^{34/35}. u. AGE. de eod. S. 149^{34/35}.

IV.

Eine gleichzeitige Erwiderung ist zur Compensation, mit Ausnahme des im §. 662 bestimmten besondern Falles, nicht erforderlich, denn die im §. 665 enthaltene Bestimmung, daß jede Erwiderung, die erst nach einem Zeitverlaufe geschehen ist, für den Erwidernden keine Entschuldigung bewirkt, bezieht sich auf die öffentliche Genugthuung, wie sich aus dem Zusammenhange dieser Geschäftsstelle mit den vorhergehenden §§. 663 u. 664 ergibt ¹¹⁾).

Eben so wenig kommt es, den Fall des §. 662 ausgenommen, bei der Compensation darauf etwas an, welcher Theil den andern zuerst beleidigt hat. Es ist vielmehr unter der Voraussetzung des §. 661 ganz gleichgültig, ob der Kläger den Beklagten vorher oder nachher ebenfalls beleidigt hat, weil in dem einen wie in dem andern Fall eine Erwiderung eingetreten ist ¹²⁾).

(Schluß folgt.)

Zur Lehre vom sog. indirekten Gegenbeweise.

In einer Stelle der O.D., nämlich Kap. IX, §. 12 princip., sind direkter und indirekter Gegenbeweis zusammengefaßt. Dies gab Anlaß zu der beklagenswerthen Ansicht, es sey nicht erforderlich, den Beweis der Einreden, Replikten u. s. w. in dem Beweisinterlokute zu normiren; vielmehr

¹¹⁾ A.G.E. vom 1. Juni 1830 bestät. durch D.A.G.E. vom 9. Febr. 1835. AGAct. M. 554^{20/30}.

¹²⁾ A.G.E. v. 31. März 1821. S. 293^{20/21}. A.G.E. vom 8. Juni 1822. A. 414^{21/22}.

verstehe sich der Vorbehalt, sowohl des indirekten als direkten Gegenbeweises überall von selbst, und es sey dem Beklagten anheimzustellen, was er zur Entkräftung der Klage an exceptivischem Vorbringen zu beweisen unternehmen wolle ¹⁾.

- ¹⁾ In einer Berufungsschrift kam neuerlich gegen diese Ansicht folgende Ausführung vor: „Nach der G.D. Kap. VI, §. 6, Kap. IX, §. 1 ist dem Beklagten gestattet, seine dilatorischen und peremptorischen Einreden zu beweisen. Will er jedoch diesen Beweis auf entsprechende Weise liefern, so muß ihm auch ein Beweissthema vorgeschrieben werden, weil er außerdem eines jeden Anhaltspunktes entbehren und leicht Gefahr laufen würde, entweder sich einen unnöthigen Beweis aufzuladen, oder einen nicht vollkommen genügenden zu liefern, da er gerade solche Thatsachen umgehen könnte, welche auf das einstige Definitivurtheil wesentlichen Einfluß äußern würden. Man kann auch dem Beklagten um so weniger zumuthen, sich in einer solchen Rechtsungewißheit zu bewegen, als er durch das Vorschützen selbstständiger Einreden nach dem Rechtsaxiom: „*reus excipiendo sit actor*“ die Rolle des Klägers übernimmt, und diesem auch der Beweis seiner Klagsbehauptungen jederzeit ausdrücklich normirt wird. — Durch ein gegentheiliges Verfahren würde der Beklagte, welchen doch die Gesetze immer gewissermaßen begünstigen, (G.D. XIII, §. 3 in den Anmerk. lit. i) in Beziehung auf seine Einreden gegenüber dem Kläger auf eine auffallende Weise benachtheiligt werden. — Die Gerichtsordnung will Abstellung überflüssiger Beweisführungen. — Dieser Gesetzesvorschrift kann aber unmöglich allseitig genügt werden, wenn der Beklagte, zur Vermeidung eines Mißgriffes, die sämtlichen *excipiendo* vorgeschützten Behauptungen, ohne alle Auswahl in das Beweisverfahren ziehen muß, und der Richter wird auf diese Weise nicht selten im Beweisstadium zu Einschreitungen, welche die Sache nur verzögern, veranlaßt werden, die bei einer vorausgegangenen Feststellung des Beweisfalles füglich vermieden werden könnten. — Endlich nehmen auch die vorzüglichen Rechtslehrer älterer und neuerer Zeit (z. B. Danz ed. V, §. 251, Anm. lit. c. Beyer Vorträge S. 333) die bisher vertheilte Ansicht in Schutz, und die Praxis vieler Gerichte steht ihr zur Seite.“

Die leidige Bequemlichkeit hat dieser handgreiflich falschen Ansicht auch Eingang in der Praxis verschafft. — Es ist sehr zu bedauern, daß bei Abfassung des neuesten Prozeßgesetzes versäumt wurde, der ferneren Wirksamkeit des argen Irrthums geradezu einen Riegel vorzuschieben. — Indessen hat sich der Gesetzgeber in dem §. 43 wenigstens *implicite* für die richtige Ansicht erklärt, und aus den Motiven zu diesem §. geht hervor, daß durch die Worte:

„wodurch der Beweis der andern Parthei widerlegt werden will“

der mißbräuchlichen Gleichstellung des Einredebeweises — mit dem eigentlichen Gegenbeweise vorgebeugt werden soll. — Im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ist daher der Einredebeweis in dem Interlokute überall selbstständig zu normiren²⁾, eine im Interlokute übergangne Einrede gilt als verworfen; und für den Einredebeweis ist in Gemäßheit der *Eventualmaxime* dieselbe 30 tägige Frist vorzustellen, welche für den Beweis der Klage läuft.

²⁾ Die Nothwendigkeit, den Einredebeweis speciell aufzulegen, weil aus dessen Verwechslung mit dem vorbehaltenen direkten Gegenbeweis in Collisionsfällen sehr leicht Mißdeutungen und Verwirrungen entstehen können, und weil dadurch mehr Bestimmtheit in das Interlokut gebracht wird, ist auch schon in vorgekommenen Fällen aus älterer Zeit von dem obersten Gerichtshofe anerkannt und ausgesprochen worden. S. DAGE. vom 18. Juli 1825. ABActen H. 734^{23/24}. — 23. Mai 1827. ABAct. A. 396^{24/25}. — 7. Febr. 1829 (W. 89^{28/29}) ABAct. W. 530^{27/28}.

Von der Beweiskraft der Briefkopierbücher.

Producirt ein Kaufmann sein eigenes Briefkopierbuch, so wird dadurch für die fragliche Thatsache kein direkter Urkundenbeweis geliefert; denn dasselbe erscheint als eigne Schrift des Beweisführers oder seiner Stellvertreter, und ist daher nach O. XI, §. 3, Nr. 1 mit Beweiskraft für diesen nicht versehen. Es kann auch die Ausnahme, welche die O. a. a. O. Nr. 2 für Handelsbücher macht, hier nicht angerufen werden, weil diese Gesetzstelle verlangt, daß Einnahme und Ausgabe mit der *causa debendi* in dem Handelsbuche *specifico* ausgedrückt seyen, sich mithin nur von Haupt- oder Contocorrentbüchern, nicht aber von Briefkopierbüchern verstehen läßt.

Obgleichwohl giebt der Umstand, daß eine Briefabschrift des fraglichen Inhalts an der betreffenden Stelle, mit Einhaltung richtiger Zeitfolge in dem Briefkopierbuche des Producenten enthalten ist, im Hinblick auf die bekannte Behandlungsweise kaufmännischer Geschäfte, eine dringende Vermuthung dafür an Handen, daß ein gleichlautender Originalbrief zu der bemerkten Zeit wirklich abgesendet worden sey. — Die Analogie der Vorschrift über die privilegierte Beweiskraft der Handelsbücher kann es zwar nicht rechtfertigen, dem Inhalte des Briefkopierbuchs die Kraft eines direkten durch eidliche Bekräftigung zu ergänzenden Urkundenbeweises beizumessen; aber die unverkennbare Gleichheit der Gründe äußert doch soviel Gewicht, daß dem Eintrage einer Briefabschrift, zu einer Zeit vorgenommen, wo

daß dormalen daran sich knüpfende Interesse für den Producenten noch nicht bestand, die Vermuthung der Aechtheit zuerkannt und aus diesem Gesichtspunkte zufolge **GD. XII**, §. 2 rechtliche Wirksamkeit beigelegt werde. Kommen zumal noch andere Beheife hinzu z. B. das bekräftigende Zeugniß der Comptoirgehilfen, welche bei Abfassung, Kopirung und Absendung des Briefes mitwirkten, so mag, wenn nicht vollständiger Beweis angenommen, doch auf den Erfüllungseid erkannt werden. —

Ueber vorliegende Rechtsfrage lehrt **Ben-der** ¹⁾: die Nebenbücher (zu welchen das Kopierbuch gehört) können zuweilen zur Unterstützung der Beweisfähigen (der Hauptbücher) gebraucht werden; die Umstände können sogar gestatten, aus ihnen einen ganz selbstständigen Beweis zu entnehmen.

Pöhl ²⁾ äußert: Der Satz, daß nur Journal oder Hauptbuch beweisen, ist nicht immer anzuwenden. Er kann überhaupt nur gelten, wenn ein Geschäft selbst streitig ist; in andern Fällen, wo über andere Umstände gestritten wird, können auch andere Bücher, z. B. das Briefkopierbuch, zugelassen werden.

Nach obigen Grundsätzen wurde von dem **AG. für Mittelfranken** am 7. April 1838 erkannt (**G. 203^{32/33}**).

¹⁾ Grundsätze des deutschen Handelsrechts Bd. I, S. 434.

²⁾ Darstellung des Handelsrechts Bd. I, S. 354.

Ueber Umwandlung der ungemessenen Frohnen in gemessene ¹⁾.

1.

Jeder einzelne Frohnpflichtige ist befugt, die im §. 7, Tit. IV der Verfassungs-Urkunde zugesicherte Umwandlung der ungemessenen Frohnen in gemessene zu verlangen, wenn auch die erstern gleich von einer ganzen Gemeinde bisher geleistet wurden. Das Staatsgrundgesetz hat hierin keinen Unterschied statuirt und will diese Berechtigung der Frohnpflichtigen nicht an die weitere Bedingung knüpfen, daß die Umwandlung erst dann gefordert werden könne, wenn alle zu einer Gemeinde gehörigen Frohnpflichtigen und nicht bloß einzelne Mitglieder bitten, ihre ungemessenen Frohnen in gemessene umzuwandeln.

Daß jeder Frohnpflichtige diese Umwandlung nachsuchen darf, geht nicht nur aus den §§. 6 — 9 des Edikts über die gutsherrlichen Rechte, Beilage VI zur B. U., sondern insbesondere aus den §§. 5, 7, 10 u. 40 der allerhöchsten Verordnung vom 8. Februar 1825, die Fixirung und Umwandlung der gutsherrlichen Rechte des Staats betr. (Nbl. 1825 S. 100 ff.) unverkennbar hervor. Würde das Recht, die Permutation zu fordern, von dem Gesamtwillen Aller, oder doch der Mehrzahl der in der Gemeinde wohnenden Pflichtigen abhängen, so wäre einer Menge Ir-

¹⁾ Aus einem Erkenntniß des AG. f. d. vormaligen Regatskreis vom 27. Januar 1829, bestätigt aus denselben Gründen durch DASG. v. 29. Jan. 1833. AGActen-Nummer B. 543²⁸/29. DASGAct. Nummer B. 622²⁹/30.

regularitäten und Umtriebe Raum gegeben, und die gleich berechnigte Minorität müßte ihre verfassungsmäßigen Befugnisse der Mehrheit ohne allen Rechtsgrund zum Opfer bringen, was nicht im Geiste der wohlthätigen Bestimmungen des Gesetzes liegen kann.

2.

Der Maaßstab, nach welchem die ungemessenen Frohnen in gemessene umgewandelt werden sollen, ist weder in der B. U., noch durch ein anderes Gesetz festgestellt. Soll das Unbestimmte in ein Bestimmtes umgewandelt werden, so muß diese Ueänderung doch immer den Rechtsverhältnissen der Partheien angemessen seyn. Wer demnach diese Umwandlung begehrt, muß das Verhältniß des Frohnberechtigten zu dem Frohnpflichtigen genau angeben, den Entstehungsgrund, die Art der Frohndienste, ob Real, oder Personal, Frohnen, genau bezeichnen, nicht minder den Umstand der bisherigen Leistung, das Bedürfniß der Berechtigten, und überhaupt alle jene Thatsachen und Momente in seinem Klaggrunde anführen, nach denen der Richter einen Maaßstab festzusetzen vermag, welcher mit den gegenseitigen Rechten und Verbindlichkeiten der Interessenten im Einklange steht.

Diese Blätter für Rechtsanwendung werden auch im künftigen Jahre fortgesetzt, da sie sich eines stets wachsenden Beifalls erfreuen; die unterzeichnete Verlagshandlung bittet daher die verehrlichen Herren Abonnenten ihre Bestellung auf den nächsten Jahrgang oder vierten Band recht bald zu machen, entweder bei dem nächsten Königl. Postamte, oder in jeder beliebigen Buchhandlung, oder bei uns selbst. Die Königl. Postverwaltung dahier hat die Hauptspedition übernommen, und es kostet jeder Jahrgang im I. Rayon 3 fl. 20 fr., im II. Rayon 3 fl. 33 fr., im III. Rayon 3 fl. 39 fr., im Buchhandel aber 3 fl. 30 fr.

Die Verlagshandlung von **Palm & Enke**
in Erlangen.

B l ä t t e r
f ü r
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 26. Samstag, den 22. Dez. 1838.

Ueber Remission, Compensation und Retorsion
der Injurien.

Nach dem preuß. Landrecht.

V.

(Schluß.)

Von der im §. 661 ausgesprochenen Regel, daß bei gegenseitigen Injurien, beziehungsweise bei Erwiderung noch nicht erloschener Injurien kein Theil Privatgenugthuung fordern kann, ist nur eine einzige Ausnahme in dem §. 662 für den Fall gemacht, wenn Realinjurien durch bloße Verbal- oder symbolische Injurien auf der Stelle erwiedert werden. Durch diese Erwiderung geht das Recht Privatgenugthuung zu verlangen, nicht verloren.

Diese Ausnahme befestigt jene Regel für alle nicht ausgenommenen Fälle und ebendeshalb unterliegt sie der strengsten Auslegung. Hieraus lassen sich nachstehende Folgerungen ableiten:

1) Zwischen unmittelbaren und mittelbaren Injurien ist die Compensation nicht aus-

geschlossen, weil der §. 661 in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht¹³⁾).

Es kann daher der wegen einer selbst verübten Injurie belangte Ehemann die seiner Ehefrau vom Kläger zugefügte Injurie compensiren, denn der Ehemann ist überhaupt befugt, die Ehre seiner Ehefrau in- und außergerichtlich zu vertheidigen¹⁴⁾ und er ist bei Injurien, die seiner Ehefrau zugefügt werden, mittelbar beleidigt¹⁵⁾. Kann er also eine solche Injurie, wenn er auch nicht unmittelbar dadurch beleidigt worden ist, an ihrer Stelle gerichtlich ahnden und selbst dann, wenn die Ehefrau, als unmittelbar beleidigter Theil, die Injurie nicht rügen will, so kann ihm auch das Recht nicht versagt werden, eine solche Injurie als Compensationsgrund geltend zu machen¹⁶⁾.

Im umgekehrten Fall muß sich aber auch der Ehemann, welcher wegen einer seiner Ehefrau zugefügten Injurie, an ihrer Stelle, gemäß §. 565 und 568 Klage erhoben hat, gefallen lassen, wenn der Verklagte eine ihm von der Ehefrau des Klägers widerfahrne Injurie compensirt; denn das Landrecht¹⁷⁾ stellt bei Compensationen überhaupt die Regel auf, daß der Ehemann, wenn er einen Rechtsanspruch seiner Ehefrau klagbar verfolgt, auch die

¹³⁾ AGC. v. 5. Jun. 1835 bestät. durch DAGE. v. 19. Nov. 1836. D. 1404³⁴/35. AGAct. D. 587³⁴/36.

¹⁴⁾ Landr. II. 1. §. 188. 190.

¹⁵⁾ Landr. II. 20. §. 565. 568.

¹⁶⁾ AGC. v. 22. Jun. 1819. Z. 354¹³/19. — v. 7. Oct. 1831. H. 941³⁰/31.

¹⁷⁾ I. 16. §. 336.

Verbindlichkeit der letztern in Anrechnung bringen zu lassen verbunden ist¹⁸⁾).

2) Daß symbolische Injurien mit Verbal-Injurien compensirt werden können, ergibt sich aus dem Verhältniß der Ausnahme, von welcher §. 662 handelt, zur Regel, welche §. 661 aufstellt, von selbst¹⁹⁾).

3) Bei gegenseitigen Verbalinjurien kann weder die Zahl, noch die Schwere derselben eine Ausnahme von der Regel des §. 661 begründen; denn wenn auch Verbalinjurien nach §. 578 — 583 in gewissen vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen für schwere Injurien erklärt und nach §. 576 Realinjurien immer als schwere Injurien zu achten sind, so folgt hieraus noch keineswegs, daß die im §. 662 bezüglich der Realinjurien gemachte Ausnahme von der allgemeinen Regel der Compensation im §. 661, auf solche Verbalinjurien ausgedehnt werden dürfe, welche gesetzlich als schwere Injurien anzusehen sind; zumal da die Unterscheidung des Gesetzes zwischen schweren und leichten Verbal- und Real-Injurien lediglich in Beziehung auf die Strafe der Injurien von Wirksamkeit, bezüglich der Privatgenugthuung aber ohne Einfluß ist, und nur diese, nicht die Strafe, durch Compensation aufgehoben wird (§. 663.)²⁰⁾.

4) Selbst der Fall, wenn Verbal- oder symbolische Injurien mit Realinjurien erwiedert

¹⁸⁾ MGE. v. 12. Dec. 1834. S. 147³⁴/₃₅. u. S. 149³⁴/₃₅.

¹⁹⁾ MGE. v. 28. Apr. 1820. MGE. S. 763¹⁸/₁₉.

²⁰⁾ MGE. v. 1. Dec. 1829. W. 675²⁸/₂₉. — v. 12. Dec. 1834. S. 147³⁴/₃₅ und 194³⁴/₃₅.

werden, begründet keine Ausnahme von der Regel des §. 661.

Geht man von der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes *Retorsion* aus, worunter die gleichmäßige Erwiderung einer Injurie verstanden wird, wodurch dem Beleidiger eben das widerfährt, was er sich gegen den von ihm Beleidigten erlaubt hat, mithin bloß Gleiches mit Gleichem vergolten wird²¹⁾, so läßt sich nicht verkennen, daß in dem bemerkten Falle eine Retorsion in diesem Sinn nicht vorhanden ist, weil keine gleichartige Erwiderung statt gefunden hat, vielmehr eine geringere Beleidigung mit einer größeren vergolten wurde. Nach gemeinrechtlichen Grundsätzen darf aber der Erwidernde über das Verhältniß der erlittenen Beleidigung nicht hinaus, weil eine Ueberschreitung dieses Maaßes keine bloße Erwiderung mehr ist, sondern eine besondere Injurie enthält; weshalb dem so ungebührlich Beleidigten die Genugthuungsforderung wegen solcher Excesse nicht versagt werden kann²²⁾.

Diese gemeinrechtliche Theorie läßt sich jedoch mit den Bestimmungen des pr. Landr. nicht vereinigen und daraus, daß derjenige, welcher Realinjurien durch bloße Verbal- oder symbolische Injurien auf der Stelle erwiedert hat, dadurch das Recht, Privatgenugthuung zu fordern, nach §. 662 nicht verliert, kann keineswegs gefolgert werden, daß derjenige, welcher durch Verbal- oder symbolische Injurien den Andern zu Realinjurien gereizt hat, als der schwerer

²¹⁾ v. Quistorp Grunds. des penal. Rechts. Th. I. §. 330. 331. Weber über Injurien Abth. II. S. 50.

²²⁾ Weber a. a. D. S. 55.

Beleidigte Anspruch auf Privatgenugthuung machen könne.

Beide Fälle sind sich durchaus nicht gleich, sondern schon ihrer Natur nach sehr verschieden. Bloß für den Fall der augenblicklichen Erwiderung der Realinjurien durch bloße Verbal- oder symbolische Injurien ist im §. 662 eine Ausnahme von der Regel des §. 661 gemacht. Es fällt daher der Fall, wenn Verbal- oder symbolische Injurien durch Realinjurien, sei es auch auf der Stelle, erwiedert werden, unter die Regel des §. 661, und es kann aus der Verbindung dieser beiden Gesetzstellen der Schluß nicht gezogen werden, daß bei gegenseitigen Injurien nur dann, wenn solche von gleicher Art waren, das Recht, Privatgenugthuung zu fordern, auf beiden Seiten weg falle, vielmehr findet dieses in Gemäßheit der, einen deßfalligen Unterschied nicht machenden Regel des §. 661 in allen unter den §. 662 nicht zu subsumirenden Fällen, somit auch dann statt, wenn Verbal- oder symbolische Injurien durch Realinjurien sofort erwiedert worden sind.

Eine Ausdehnung der ohnehin nur der strengsten Auslegung unterworfenen Ausnahme des §. 662 auf diesen Fall läßt sich um so weniger rechtfertigen, wenn der besondere Grund dieser Ausnahme erwogen wird, welcher nur darin gefunden werden kann, daß es der Gesetzgeber für zu hart gehalten hat, wenn derjenige, der ohne vorgängiges eigenes Verschulden thätlich beleidigt wird, dadurch, daß er in der ersten Aufregung diese Beleidigung durch eine bloße Verbal- oder symbolische Injurie auf der Stelle erwiedert, deßhalb des Anspruchs auf Privatgenugthuung sich verlustig machen sollte, denn der

auf so grobe Art zum Zorn Gereizte verdient Entschuldigung, wenn er seinen Unwillen über die erlittene Beschimpfung, bloß durch beleidigende Worte oder Gebehrden ausdrückt und hiebei doch noch so viele Mäßigung über sich gewinnt, daß er sich nicht gleichfalls zu Thätlichkeiten hinreißen läßt. Es war daher dem Rechte und der Billigkeit entsprechend, daß ihm, als dem zuerst und schwerer Beleidigten unter solchen Umständen jener Anspruch vorbehalten wurde.

Der angeführte Grund der gesetzlichen Ausnahme paßt aber nicht auf den andern Fall, wo der thätlich Beleidigte der Urheber des Streites war, indem er seinen Gegner zuerst wörtlich oder symbolisch beleidigt, denselben dadurch gereizt und auf diese Weise selbst die Veranlassung zu der ihm hierauf zugesügten Realinjurie gegeben hat. Wenn er auch als der schwerer Beleidigte erscheint, so hat er sich doch jedenfalls die erlittene Beschimpfung selbst zugezogen und unter diesen Umständen kommt sein Verschulden dem seines Gegners immerhin gleich²³⁾.

Selbst der Fall ist unter die Regel des §. 661 und nicht unter die Ausnahme im §. 662 zu stellen; wenn A zuerst geschimpft, B ihn wieder geschimpft und nun A dem B eine Realinjurie zugesügt hat. Hier kann kein Theil Privatgenugthuung fordern, selbst B nicht, obschon er schwerer beleidigt worden ist, weil er sich die erlittene Thätlichkeit durch sein Gegenschimpfen zugezogen hat und das Landrecht

²³⁾ AGG. v. 16. Febr. 1822. J. 257²¹/22. — v. 5. März 1822. W. 843²⁰/21. — v. 25. Mai 1830. P. 581²⁹/30. — v. 3. Jun. 1831. L. 504³⁰/31. — v. 15. Apr. 1830. D. 983³³/34.

für den Fall, wenn die Erwiederungen der Injurien im ungleichen Maasse fortgesetzt werden, keine Ausnahme von der Regel des §. 661, vielmehr keinen Unterschied macht, ob bloß die erste oder eine dieselbe erwiedernde Injurie erwiedert wird²⁴⁾.

Nach gem. Rechte würde freilich B wegen des Excesses, den sich A in der Art der Erwiderung erlaubt hat, immer noch Anspruch auf Privatgenugthuung haben²⁵⁾. Glück.

Zur Lehre von der mora accipiendi (in Bezug auf Prozesse über Eisenbahnaktien).

Zu der heutigen Tagesordnung der Gerichte gehören auch die Prozesse über Eisenbahnaktien, welche gemeinhin daraus entstehen, daß nach starkem Sinken des Kurseß derjenige Kontrahent, welcher zu einem höhern Preise gekauft hat, unter irgend einem Vorwande die Erfüllung des Vertrages verweigert. Eine eigenthümliche Verwicklung ergiebt sich mitunter in solchen Fällen durch die Einzahlungen, welche mittlerweile zu leisten sind, oder durch das Ansinnen der Uebnahme einer Mehrzahl von Aktien, wie solches bei der Leipzig-Dresdner Eisenbahn stattgefunden hat. Wie hat sich hier der klagende Verkäufer zu verhalten? — Ist er über den Ausgang des Processes nicht vollkommen gewiß, so fordert es natürlich sein eignes Interesse, nichts zu versäumen, was die Verwirklichung eines nachtheiligen Präjudizes herbeiführen könnte. Ist

²⁴⁾ AGG. v. 27. Sept. 1822. B. 459²¹/22.

²⁵⁾ Weber a. a. D. S. 55.

aber der über die Vertragserfüllung obschwebende Rechtsstreit, so gelagert, daß ihm, dem Kläger, der Sieg nicht entgehen kann, so mag er die Leistung der weiteren Einzahlungen, überhaupt alles dessen, was zur Erhaltung der Wirksamkeit der Interimsscheine erforderlich ist, dem Gegner anheimstellen, ohne seinerseits dafür thätig zu werden. Nur wird hier vorausgesetzt, daß er dem Gegner die Erfüllung des Vertrages seinerseits nicht bloß im Allgemeinen angeboten, sondern daß er ihm die sofortige Ablieferung gewisser nach dem Unterscheidungszeichen (Serie, Buchstabe, Nummer) einzeln angegebener Stücke bereits angetragen hatte. Diese speziell angebotnen Stücke kann er nun auf Gefahr des Gegners liegen lassen, sofern er nicht die gerichtliche Hinterlegung, wo deren Bedingungen vorhanden sind, vorzieht. — Es sind die Grundsätze von der mora accipiendi, welche hier zur Anwendung kommen. Hat derjenige, welcher etwas empfangen soll, die Annahme ohne rechtlichen Grund verweigert, so haftet der Geber ferner nur für Dolus und grobe Fahrlässigkeit, nicht mehr für diligentia¹⁾; er ist insbesondere nicht verbunden, zur Abwendung drohender Verluste aus seinem Vermögen Aufwand zu machen, und wegen des Schadens, der als Folge solcher Unterlassung eintritt, außer Verantwortung; zumal wenn er den Gegner noch rechtzeitig von der Gefahr benachrichtigt

¹⁾ Fr. 17 de periculo. (18, 6.) — Vgl. pr. 28. Th. I. Tit. 11, §. 98, 99, 102, 103, 111, 112, 119, 216, 228 u. s. w. Bornemann syst. Darstellung des preuß. Civilrechts, Bd. II. S. 569.

tiget und zur Besorgung des Nöthigen aufgefordert hatte.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

23.

(Fortsetzung.)

Einbruch und Einsteigen begründen nur dann eine Auszeichnung, wenn sie in ein bewohntes Haus, oder den dazu gehörigen eingeschlossenen Hofraum, oder in ein darin stehendes Gebäude geschehen, der Einbruch insbesondere noch, wenn die darin (im Hause, eingeschlossenen Hofraum oder in diesem oder jenem) befindlichen Thüren oder Behältnisse erbrochen oder aufgesprengt, oder daran die Schlösser mit Instrumenten u. dgl. geöffnet wurden¹⁰⁰). Daß ein bewohntes Haus vorausgesetzt werde, ergiebt die Bestimmung des Gesetzes, daß Einbruch und Einsteigen in unbewohnte Gebäude nur einen erschwerenden Umstand bildet. Die Nothwendigkeit des Bewohntseyns des Hauses ist jedoch nicht in der Art zu verstehen, daß gerade im Augenblick des Diebstahls Jemand von den Hausbewohnern im Hause oder dessen eingeschlossenen Hofraum anwesend seyn müsse; die Geflissenheit des Diebes (der vielleicht die temporäre Abwesenheit gar nicht weiß) ist eben so stark, die Verletzung der häuslichen Sicherheit ist eben so groß, wenn die Bewohner (welche auch leicht zurückkehren und mit dem Dieb noch zusammentref-

¹⁰⁰) Gef. v. 25. März 1816. Art. VI. Num. 2. 3.

fen können), auf kurze Zeit sich vom Hause entfernt hatten und gerade für solche vorübergehende Entfernung enthält das strengere Strafgesetz einen größeren Schutz der häuslichen Sicherheit. Das Gesetz verlangt nur ein bewohntes Gebäude; nicht Anwesenheit der Bewohner. Ist aber ein Wohnhaus gar nicht bewohnt, so ist dort auch ein ausgezeichneteter Diebstahl nicht möglich. — Die Praxis hält an diesen Sätzen gleichförmig fest.

Zweifelhaft scheint die Frage, ob ein ausgezeichneteter Diebstahl vorhanden, wenn das Haus oder der Hofraum auf einer Seite unverschlossen ist, der Dieb aber, ohne solches zu wissen, auf einer andern Seite einbricht oder einsteigt. Hinsichtlich des Hofraumes dürfte indeß der Zweifel gar nicht gegründet seyn, denn das Gesetz bedingt ausdrücklich beim Einsteigen einen eingeschlossenen, beim Einbruch einen geschlossenen Hofraum, dieser aber ist weder eingeschlossen, noch geschlossen (beide Ausdrücke sind überdies synonym), wenn er an einer Stelle offen oder ohne Vorrichtung übersteigbar ist; es bedarf also lediglich der grammatischen und nicht einmal der logischen Auslegung, um zu finden, daß in solchem Fall eine Auszeichnung nicht angenommen werden darf: aber auch die logische Interpretation liefert dasselbe Resultat, denn der Gesetzgeber schützt den sorgfältigen Hausvater, welcher das Seinige gehörig verwahrt, durch das strengere Strafgesetz gegen den geflissenen gefährlichen Dieb, nicht aber den nachlässigen, welcher die Gelegenheit zum Diebstahl giebt, und wer das Seinige nicht gehörig verschließt, dessen häus-

liche Sicherheit wird durch den Einbruch und durch das Einstiegen von der verschlossenen Seite her nicht mehr gefährdet, als wenn der Dieb von der offenen Seite her gekommen wäre. Ist nun diese Ansicht in den Gründen des Gesetzes und sogar im Wortlaut desselben begründet, so wird ein ausgezeichneteter Diebstahl auch nicht angenommen werden können, wenn der Dieb in ein Haus einbricht oder einsteigt, welches auf einer Seite unverschlossen war. Der Wortlaut des Gesetzes spricht sich zwar hierüber nicht aus, er verlangt aber auch nicht das Gegentheil; die grammatische Interpretation ist demnach hier nicht zureichend. Aber die logische Auslegung liefert auch hier dasselbe Resultat, wie vorhin beim Hofraum und so wie das Gesetz ausdrücklich einen geschlossenen Hofraum bedingt, so liegt dieselbe Bedingung auch bei dem Hause im Grund und im Geiste des Gesetzes. So wie die Praxis einen ausgezeichneten Diebstahl nicht annimmt, wenn statt der Fensterscheibe ein Papier angeklebt war, und der Dieb solches wegriß, so muß sie folgerichtig die Auszeichnung nicht annehmen, wenn das Haus, in welches der Dieb einbrach oder einstieg, nicht verschlossen war, denn dort wie hier war die häusliche Sicherheit schon durch die Nachlässigkeit des Bewohners gefährdet und wenn dort der Dieb gerade die Nachlässigkeit benutzte, hier aber von solcher nichts wußte, so ist doch nicht die Geflissenheit des Diebes allein der gesetzliche Grund der höheren Strafe, sondern auch die Gefährdung oder Verletzung der häuslichen Sicherheit; diese Sicherheit aber muß in der That verletzt und darf nicht vom Hausbewohner

selbst Preis gegeben seyn. So wenig man den des vollendeten Mords oder Todtschlages schuldig erkennen kann, welcher einen Leichnam in der Meinung durchsticht, er tödte einen lebenden Menschen, so wenig kann man den des ausgezeichneten Diebstahls schuldig erklären, welcher in ein unverschlossenes Haus in der Meinung einbricht oder einsteigt, er dringe in ein verschlossenes Haus.

Indessen darf bei dieser Auslegung des Gesetzes unter verschlossenem Hofraum oder verschlossenem Hause nicht verstanden werden, daß gerade alle Thüren oder Fenster wirklich verschlossen gewesen; es kommt lediglich darauf an, ob der Dieb ohne Gefahr der Entdeckung oder ohne Beschwerde in das Haus kommen konnte, ohne einzubrechen oder einzusteigen. Konnte er dieses nicht, so war das Haus oder der Hofraum (letzterer muß aber immer ein eingeschlossener seyn) für den Dieb geschlossen und eben weil dieser mit Umgehung des Hindernisses auf einer anderen Seite eingebrochen oder eingestiegen, eben darum hat er einen geflüchtlichen gefährlichen Diebstahl, einen ausgezeichneten Diebstahl begangen. Wer z. B. in ein Wirthshaus, dessen Hausthüre offen ist, durch die man aber wegen Frequenz der Gäste nicht leicht gehen kann, ohne bemerkt zu werden, auf einer andern Seite einbricht, oder wer in ein an der Straße liegendes Haus, dessen Fenster offen stehen, durch die man aber ohne entdeckt zu werden, nicht einsteigen kann, auf der hintern Seite mit selbst herbeigeschafftem Hülfsmittel einsteigt, der begeht die Auszeichnung.

Wohnen in einem geschlossenen Hofraum meh-

rere Familien und es besteht einer dieser Bewohner den andern, so kann hier der geschlossene Hofraum den Einbruch oder das Einsteigen nicht zur Außzeichnung stempeln, denn für die, welche sich erlaubterweise schon im geschlossenen Hofraum befinden, ist dieser nicht geschlossen. In einem solchen geschlossenen Hofraum wohnte im Haupt Hause der Eigenthümer, in einem Nebenhause ein Tagelöhner: letzterer brach in die im Hofraum befindliche Scheune und verübte einen Diebstahl, wurde aber der Außzeichnung nicht schuldig befunden¹¹⁰⁾.

Zur Lehre von Civilprozesssachen, insbesondere Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten.

In einer Streitsache zwischen einem Dienstherrn und seinen Dienstboten, die Verköstigung der letzteren mit ungenießbarem Brode betreffend, war von dem Landgerichte der Bescheid erteilt worden, daß die Dienstboten befugt seyen, so gleich den Dienst zu verlassen, und der Dienstherr ihnen den Lohn und das Kostgeld bis zum nächsten Ziele zu bezahlen habe. Gegen diesen Bescheid wandte sich der Dienstherr mit einer Nichtigkeitbeschwerde und eventuellen Berufung an das Appellationägericht für Mittelfranken. Dieser Gerichtshof erkannte am 5. Okt. 1838 ¹⁾, daß die Beschwerdeführung, wegen Mangels der Competenz abzuweisen sey, aus folgenden Gründen:

¹¹⁰⁾ AGG. v. 26. Juli 1832. AGX. 362^{31/32}.

¹⁾ L. 571^{37/38}.

1) Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten in allen in der Dienstbotenordnung ausgedrückten Fällen gehören zu der Klasse der administrativ-kontentiösen Sachen, und sind von den Polizeibehörden zu entscheiden.

Bong. vom 24. Sept. 1808, die Instruktion der Polizeidirektionen betr. §. 88 vgl. mit der Instruktion für die Gemeindevorsteher von demselben Tage §. 65. Ehehalten-Ordnung vom 2. Mai 1781, §. 43 (Mayr Gen. Sammlung Bd. II, S. 973)²⁾. Vorschriften über die Verhältnisse der Dienstboten vom 22. Nov. 1828 (Intell. Bl. für den Rheinkreis 1828, Nr. 97) §. 40.

2) In den Dienstbotenordnungen sind Streitigkeiten über den Austritt aus dem Dienste vor dem Ziele ausdrücklich vorgesehen, und insbesondere die Verbindlichkeiten bestimmt, welche der Dienstherr zu erfüllen hat, wenn er dem Dienstboten gegründeten Anlaß gab, den Dienst vor der Zeit zu verlassen.

Vgl. die Ehehaltenordnung von 1781 mit den angeführten Vorschriften §. 15.

Da nun

3) die verbindliche Kraft der mehrgedachten „Vorschriften“ in Bezug auf die darin begriffenen Fälle um so weniger bezweifelt werden

²⁾ Bei Hinvewlung auf die Dienstbotenordnung in den organ. Edikten des J. 1808 hatte der Gesetzgeber die Ehehalten-Ordnung von 1781 im Sinne (vgl. den angef. §. 65). — Es kann daher diese auch in denjenigen Provinzen zur Richtschnur dienen, für welche sie nicht besonders verkündet ist; sofern in denselben nicht besondere Dienstbotenordnungen bestehen.

kann, als sie den Dienstbotenbüchern, welcher jeder Dienstherr von dem Dienstboten bei Antritt des Dienstes in Empfang und Verwahrung zu nehmen hat, vorgedruckt sind, und sonach von jedem dergleichen Dienstvertrage zu vermuthen ist, daß er nach den Bestimmungen der gedachten Vorschriften eingegangen worden; — so ergiebt sich die Folge, daß vorliegende Streitsache als eine vor das Forum des ordentlichen Richters gehörige Civilprozeßsache nicht betrachtet werden kann; es mußte daher die Beschwerdeführung des Beklagten, als wegen Mangels der Kompetenz anher nicht gehörig, abgewiesen werden.

Zur Lehre vom Kommissionsgeschäfte.

Es ist in der Natur des Kommissionsgeschäftes gegründet, daß der Besteller, welcher dem Kommissionär sein Vertrauen zur Ausführung eines erteilten Auftrags schenkte, sich im Falle eines entstehenden Streites auch mit weniger überzeugenden Beweismitteln, oder mit den in der Natur des Geschäftes liegenden Aufzeichnungen, und zuletzt selbst mit eidlichen Betheuerungen des Kommissionärs begnügen muß, um die Entscheidung der eingetretenen Differenzen darauf zu bauen. Denn der Beauftragte, der dem Inhalte der Kommission entsprechend mit Dritten in Geschäftsverehr treten muß, befindet sich bei solchen Berührungen weit weniger in der Lage, sich mit solchen Beweismitteln zu versehen, die auch für den Kommittenten, als dritte Person, mit gleicher

Beweiskraft versehen sind, und er kann wohl häufig seine Voraussicht und Berechnung nicht darauf erstrecken, mit demjenigen, dessen Stelle und Interesse er in treulicher Vorsorge zu vertreten sich angelegen seyn läßt, hinterher in Zwiespalt und gerichtliche Kontestation zu gerathen ¹⁾).

Begriff alter Urkunden.

GD. XI, Eine Urkunde, deren Ursprung das ges. §. 2, Nr. 1. wöhnliche Menschenalter überschreitet, ist für alt anzusehen ¹⁾).

¹⁾ AGG. v. 7. April 1838 G. 203³²/33. — Vgl. Blätter für RA. Bd. 1, S. 291.

¹⁾ DAGE. vom 27. Januar 1823. AGAct. H. 227/1818. Nach Hommel Rhapsod. Obs. 291 ist unter einer alten Urkunde diejenige zu verstehen, seit deren Fertigung 70 Jahre verflossen sind. — Nach Andern, z. B. Struben Bedenken Bd. 1, Bed. 73 wird diejenige Urkunde für alt erklärt, seit deren Errichtung so viele Zeit verflossen ist, daß die Sache nicht wohl durch Zeugen mehr erwiesen werden kann.

Diese Blätter für Rechtsanwendung werden auch im künftigen Jahre fortgesetzt, da sie sich eines stets wachsenden Beifalls erfreuen; die unterzeichnete Verlagshandlung bittet daher die verehrlichen Herren Abonnenten ihre Bestellung auf den nächsten Jahrgang oder vierten Band recht bald zu machen, entweder bei dem nächsten Königl. Postamte, oder in jeder beliebigen Buchhandlung, oder bei uns selbst. Die Königl. Postverwaltung dahier hat die Hauptspedition übernommen, und es kostet jeder Jahrgang im I. Rayon 3 fl. 20 fr., im II. Rayon 3 fl. 33 fr., im III. Rayon 3 fl. 39 fr., im Buchhandel aber 3 fl. 30 fr.

Erlangen, den 22. Dez. 1839.

Die Verlagshandlung von
Palm & Enke.

