

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern,

herausgegeben

Dr. Johann Adam Seuffert,

Dr. Christian Carl Glück.

IV. Band,

Erlangen, 1839.

bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Motto:

Ich sage, was für wahr ich halte, kurz und schlicht;
Mein Ziel ist — nützen; um zu glänzen, schreib ich nicht.

Gelahrte pflegen gern in Nebel sich zu hüllen:
Was meine Meinung ist, erkennt ihr ohne Bri

Register

zum

vierten Band der Blätter für Rechts- Anwendung.

	Seite
Abschätzung, s. Berufungssumme.	
Actio judicati: deren Begründung auf ein fremdrich- terl. Urtheil	404
Advokaten, s. Disciplinarstrafe, Vollmacht.	
Alimētenklage: wird durch den Beweis der eno. plov. concumb. ausgeschlossen	255
Ausbachisches Provincialrecht:	
Ueber die fortdauernde Gesetzeskraft des ausbacher Ehreartikel	24
Zur Lehre vom Einstandsrecht	191
Ueber den Begriff von Neugereuth	158
Appellation, s. Berufung.	
Aufkündigung: zur Lehre v. d. Vorrede des Mangels vorgängiger Aufkündigung	80
Baulast, s. Kirchenbaulast.	
Bayreuthisches Prov.-Recht, s. Gewährungsfakt.	
Berufung:	
Ueber deren Zu- oder Unzulässigkeit gegen Bescheide wegen Urkundenedition	221
Deren Zulässigkeit gegen cassatorische Erkenntnisse	287
Fälle, in welchen Berufung zur dritten Instanz nicht stattfindet	288 320

Berufung:

Die Proceßgesetze über Appellabilität erstrecken sich nicht auf Beschwerden über illegales Verfahren in Sachen, welche nach §. 52 d. Hyp.-Ges. zu beurtheilen sind 320

Berufungsfrist: bei deren Berechnung kommen jüdische Feiertage nicht in Betrachtung 96

Berufungssumme:

Grundsätze über deren Ausmittlung 105

Bei der zu diesem Zweck vorzunehmenden Abschätzung des Streitgegenstandes ist die G.D. XII, §. 3 Nr. 2 in Anwendung zu bringen 377

Ueber den Plenarbeschluß des k. Oberappellationsgerichts in Betreff der Berufungssumme in dem Fall, wenn eine Berufung wegen mangelnder Summe von der Mittelinstanz abgewiesen wurde 44 135

Präjudiz über diesen Gegenstand 238

Berufungssumme zur dritten Instanz in den nach preuß. Recht zu behandelnden Wechselfachen 415

Berufungssumme bei Klagen und Widerklagen 416

Brandversicherungssachen: zur Lehre von deren Competenz 92

Calumnieneid: kann im Fall der Zurückschiebung des Haupteides nicht begehrt werden 90

Causa debendi: über deren Mangel in Bezug auf Beweiskunden 305

Eedent: von der Eidesdelation an denselben im Proceß des Cessionars mit dem Schuldner 140

Cessionar: vom Beweise des Cessionars, daß er dem Eedenten den eingeklagten Betrag bezahlt habe 349

Ehrten, s. Verträge.

Citation, s. Richtigkeit.

Compensation: der Beklagte ist im ordentlichen Proceß zum Beweise seiner der liquiden Forderung d. Klägers entgegengesetzten illiquiden Einreden der Compensation zuzulassen 129

Erörterung hierüber nach preuß. Recht 131

Concurs, s. Diffessionseid; Ehefrau, Eid, Gerichtstand.

Criminalkosten, s. Selbstentleibung.

Damnitat, s. Thatbestand.

Depositen:

Ueber die Haftung der Gerichtsherrschaft für veruntreute Depositen	353
Von Haftung der Staatskasse	
a) für veruntreute	397
b) für zufällig zu Verlust gegangene Depositen	400

Diebstahl;

1) Ueber die Auszeichnung, wenn sich der Dieb den rechten Schlüssel heimlich oder mit List verschafft hat	161
2) Ist Auszeichnung vorhanden, wenn der Dieb sich eines Schlüssels bediente, der nicht zum Exerrinstru- ment hergerichtet wurde, sondern zufällig gesperrt hat?	162
3) Unterschied zwischen Diebstahl und Eigenthums- beschädigung	164
4) Ueber den Diebstahl von Banden verübt	164
5) Ueber Concurrenz der Auszeichnungen bei einem Diebstahl	177
6) Vom fortgesetzten Diebstahl	178
7) Ueber den Zusammenfluß des Versuchs und der Vollendung eines und desselben Diebstahls	193
8) Die Wirkung der thätigen Reue wird nicht erst durch die Specialuntersuchung, sondern schon durch das summ. Verhör oder Scheinzeugenvernehmung ausge- schlossen	196
9) Wirkung der thätigen Reue beim ausgezeichneten Diebstahl	198
10) Wie muß die Handlung beschaffen seyn, um als thätige Reue zu wirken?	198
11) Ueber Diebstähle, welche nur auf Verlangen des Beschädigten u. untersucht und bestraft werden	209
12) In wie fern kann bei Diebstahlscomplotten dem einen Complotanten die von dem andern verübte Aus- zeichnung, bei welcher er nicht mitwirkte, angerechnet werden?	213

Dienstboten, s. Gerichtsstand.

Diffession: über deren Begriff 63

Bei Diffession einer Urkunde kann die Unterschrift
vom Inhalt nicht getrennt werden 48

Diffessionseid: im Gantverfahren 361

Natur dieses Eides, *ibid.* Note 1

Disciplinarstrafe: wenn muß der Advokat vor deren Verhängung mit seiner Verantwortung bei Anwendung des §. 65 der Novelle von 1837 gehört werden?	288
Edition, s. Executivproceß, Urkunden.	
Eheartikel, s. ansbachisches Prov.-Recht.	
Ehefrau: vom Beweise ihres Eingebrachten im Concurse des Mannes	215
Eid: Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide:	
1) In welchem Fall hat der Eedent statt des Eessio- nars zu schwören, wenn er auch am Proceß keinen An- theil hat?	140
2) Eidesleistung der Siegelmäßigen	141
3) Eidesabnahme in Partheiwohnungen	142
4) Eidesleistung entfernt wohnender Partheien	142
5) Was ist hier unter weiter Entfernung zu verstehen?	142
6) Ueber die Wissenschaft des Schwörenden	143
7) Gleichen Betreffes	144
8) Kann der Eidkuss sich auf Nichtwissen berufen, um den Eid abzulehnen?	154
9) Wissenschaft des Deferenten ist keine Bedingung der Zulässigkeit der Eideszuschiedung	155
10) In poss. summar. findet Eidesdelation statt	155
11) Auch im Executivproceß zum Nachweise der Ein- reden?	155 292
12) Eidesdelation über Handlungen, welche strafrecht- lichen Character haben können	156
13) Eidesdelation über Beobachtung der vorgeschrie- benen Form eines Rechtsgeschäfts	157
14) Der Eid kann nur über Thatfachen, nicht über Rechtsbegriffe deferirt werden	157
15) Richteramt bei Festsetzung der Eidesnorm	303
16) Folge nicht erschöpfender Eidesnorm	304
17) In dem Antrag auf richterl. Festsetzung der Eidesnorm ist die Acceptation des Eides von selbst enthalten	304
18) Gewissensvertretung schließt den eventuellen Ver- behalt der Eidesacceptation aus	304
19) Christliches Verstorbenseyn wird vermuthet	316
20) Was ist unter „christlich sterben“ zu verstehen?	316

Eid: Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eid:	
21) Gerichtliche Auftragung des Eides gemüßt nicht zur Supplirung der Eidesleistung durch den Tod .	316
22) Der referirte Eid ist nicht für abgeleistet zu halten, wenn der Deferent stirbt, ohne sich zur Ableistung erboten zu haben	317
23) Was ist Rechtens, wenn der zum Schwur erbtig gewesene Delat stirbt, ehe die freitig gebliebene Eidesnorm rechtskräftig festgesetzt war?	317
24) Die Wirkung der Annahme des def. Eides durch eingetretenen Tod hat statt, wenn auf einen mit jenem Eid zusammenfallenden Reinigungs Eid zu erkennen gewesen wäre	317
25) Voraussetzungen der Eideszurückschiebung .	331
26) Gleichen Betreffes	332
27) Ist der Delat bei der Eideszurückschiebung an die vom Deferenten gebrauchte Eidesnorm gebunden? .	332
28) Welcher Beweis ist zur retractatio juram. ex capite perjurii erforderlich?	333
29) Folge unstatthafter Bestreitung der Eidesdelation ohne eventuelle Erklärung über Annahme etc. . . .	333
30) Die unterlassene Erklärung auf eine unstatthafte Eidesdelation hat die Strafe der Eidesverweigerung nicht zur Folge	333
31) Dergleichen, wenn die Eidesnorm das Beweisthema nicht erschöpft	335
32) Die Unterlassung des Stempelgebrauchs hat bei rechtzeitig abgegebener Eideserklärung die Strafe der Eidesrecusation nicht zur Folge	335
33) Gegenbeweisantretung gilt für Gewissensvertretung	336
34) Folge, wenn der Delat im Schwörungstermin von der Eidesnorm abweichen will	336
35) Anwendung hiervon bei Eiden über Geldsummen	336
Kann nach bayer. Recht der Eid de credulitate oder de ignorantia zugeschoben werden?	122
Kann sich die Ehefrau im Concurse des Mannes zum Beweise ihres Eingebachten der Eidesdelation bedienen?	215
Ist Eidesdelation bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung zulässig?	117
Kann dem Kridar in einem Separatprozeße der Konkursmasse der Eid zugeschoben werden?	284

	Seite
Beigerung, einen zugesprochenen Eid zu leisten, weil sich Delat der Sache nicht mehr erinnere	379
Eid für Gefährde, s. Calumnieneid.	
Eigenthumsvorbehalt: in wie fern er ein Separationsrecht begründet	319
Eingebrachtes, s. Ehefrau.	
Einkindschaft: Beiträge zu dieser Lehre in Bayern.	
I. Deren Zweck — Zusammenstellung der über Einkindschaft in Bayern bestehenden Partikularrechte	225
II. Einseitige und zweiseitige Einkindschaft	230
III. Können außereheliche Kinder eingekindschaftet werden?	248
Kinder aus Ehen zur linken Hand, legitimirte und adoptirte Kinder?	254
IV. Grundsätze des Würzburger Rechts über Einkindschaftung außerehelicher Kinder	281
V. Ist auch bei einer weiteren als der zweiten Ehe eine Einkindschaftung möglich?	293
VI. Zu welcher Zeit kann eine Einkindschaftung errichtet werden?	302
Einreden: kann man sich zu deren Nachweis im Executivprozeß der Eidesdelation bedienen?	155 292
Einrede der Compensation, s. Compensation.	
Voreinrede des Mangels vorgängiger Aufkündigung	80
Von der Einrede, den Inhalt der unterschriebenen Urkunde nicht gekannt zu haben	48
Exceptio rei non sic sed aliter gestae	96
Exceptio deficientis legitimisationis ad causam, s. Sachlegitimation.	
Exceptio plurium concumbentium: deren Begründung	223
Sie befreit von der Alimentationsverbindlichkeit	255
Einstandsrecht: im Ansbachischen	191
Erbschaftsgläubiger: über deren Ansprüche an abgefundene Kinder	369
Erfüllungseid: Zeit des Erbietens zu solchem	319 352
Kann der Prinzipal einer Handlung über Geschäfte,	

wozu er sich eines Comptoirgehülfen bediente, zum Erfüllungseid gelassen werden?	160
Können Juden gegen Christen zum Erfüllungseid gelassen werden?	87
f. auch Schwängerungssachen.	
Erkenntniß: über den Erfolg des Gesetzes, die Verhütung ungleichförmiger oberstrichterl. Erkenntnisse in Civilsachen betr.	341
Zur Lehre von der Urtheilssaffung in Strafsachen	75
f. auch Actio judicati.	
Exceptio; f. Einreden.	
Execution: von der ad faciendum	89
f. auch Subhastation.	
Executivprozeß: in wie fern begründen ihn Wechsel, denen die Wechselkraft mangelt? Verhältniß des preuß. Rechts zur kayer. OD. in dieser Materie	73
Kann der im Executivprozeß Belangte zum Nachweise seiner Einreden vom Kläger die Edition von Urkunden begehren?	289
Kann man sich im Executivprozeß zum Nachweise von Einreden der Eidesdelation bedienen?	292
Fiskus: Vorbedingung der Klagen gegen denselben	320
f. auch Depositen, Eid Nr. 8, Gerichtsstand.	
Fragerecht: vom richterlichen Fragerecht und der Auerdennung nachträglicher Verhandlungen	241 268
Gefährdeid, f. Calumnieneid.	
Gehaltsabzüge, f. Immission.	
Gehör, rechtliches, f. Wichtigkeit.	
Geistliche, f. Gerichtsstand.	
Gemeinschaftsachen: Beiträge zu dieser Lehre	1
Gerihtsbarkeit: deren Prerogation findet bei Patrimonialgerichten in Sachen, bei welchen der Gerichtsherr theilhaft ist, nicht statt	93
Gerihtsherrschaft: von deren Haftung für veruntreute Depositen	353
Gerihtsstand: des Fiskus bei Realklagen	358
der ordinirten proteß. Pfarramtskandidaten	368

Gerichtsstand:

der Dienstboten	26
der quiesc. Landrichter	406
der Nachklage	31
des Universalbankrurses	9

Geschichtserzählung: wie muß sie bei Klagen u. Einreden vorgetragen werden?	29
---	----

Geständniß: v. d. Wirkung des Geständnisses in einem Prozesse auf eine andere Streitsache	27
---	----

Gewährschaft: über die Gewährzeit und die Frist zur Anmeldung der Klage auf Gewährleistung bei Pferdekäufen nach dem bayreuth. Prov.-Recht	94
--	----

Gnomon	144	208
------------------	-----	-----

Hallgüter, s. Zollärar.

Huirecht, s. Weibeservitut.

Hypothekenamt: Verfahren bei Löschungsgesuchen	77
Beschwerden über illegales Verfahren in Sachen, welche nach §. 52 des H.G. zu beurtheilen sind, gehören nicht in die Kategorie unzulässiger Berufungen	320

Kluten, s. Chetrau.

Immission: zur Lehre von der Collision der Gläubiger, hinsichtlich der Befriedigung durch Immission in Gehaltstheile	49
--	----

Injurien: Haftung des Redacteurs für injuriöse Artikel	366
--	-----

Inquiriren: über Zweck u. Mittel des Inquirirens	385	408
--	-----	-----

Insinuation: an Sonn- u. kirchlichen Festtagen	51	111
--	----	-----

Inßanz: Zurückweisung zur ersten Inßanz	351
---	-----

Juden, s. Erfüllungseid, Richtigkeit, Verträge, Wechselfähigkeit.

Judenfeiertage, s. Berufungsfrist.

Juramentum in litem, s. Würderungseid.

Kaufmannswaren, s. Separationsrecht.

Kinder, abgefundene, s. Erbschaftsgläubiger.

Kirchenbaukast: Grundsätze des fränk. (Würzburger) Prov.-Rechts hierüber	81	99
--	----	----

Klagen: von Klagen aus Urkunden und vom Mangel der causa obendi	305
---	-----

Klagen:

Klagen gegen den Fiskus, f. Fiskus.

Geschichtserzählung bei Klagen, f. Geschichtserzählung.

Kosten, f. Selbstentleibung.

Kunstverständige: vom Beweise durch dieselben . . . 97

Landrichter, f. Gerichtsstand.

Laesio enormis, f. Verletzung.

Legitimatio ad causam, f. Sachlegitimation.

Literarische Anzeige 239

Löschung, f. Hypothekensamt.

Nachklage: deren Gerichtsstand 31

Neugereuth: dessen Begriff nach gem. u. ansbach. Recht 158

Nichtigkeit: wegen Mangels der Citation 33 111 173

Beruht die Nichtigkeit einer ohne vorgängige Klage-
stellung erlassenen richterl. Verfügung auf dem Mangel
der Jurisdiction oder Citation? 171

Fälle unheilbarer Nichtigkeit außer dem Mangel der
Citation u. Jurisdiction 174

Bewirkt der Mangel der Sachlegitimation Nichtig-
keit? 68 384

Ist eine gerichtliche Verhandlung nichtig, bei welcher
ein Jude als Protokollführer gebraucht wurde? . . . 381

Notorität: Beitrag zu dieser Lehre 79

Noveneid; f. Restitution.

Oberberufung, f. Berufung (zur dritten Instanz).

Oberrichterliches Amt: dessen Umfang bei Berufun-
gen, resp. v. d. Zurückweisung zur ersten Instanz . . 351

Partheianträge, f. Richteramt.

Patrimonialgerichte, f. Gerichtsbarkeit.

Pferdläufe, f. Gewährung.

Pflaumscher Entwurf: hat in Schwängerungssachen
im Rothenburgischen gesetzliche Autorität 59

Possessorium summarissimum: welche besorgliche
Gewalthätigkeiten werden zu dessen Begründung voraus-
gesetzt? 11

Possessorium summarissimum:

In poss. summar. ist Citedelation zulässig . . . 155

Kann in poss. summar. auf ein Provisorium ange-
tragen werden? . . . 112

Preussisches Recht, f. Compensation, Executio,
prozeß, Pupillengelder, Schwängerungs-
sachen.

Prerogation, f. Gerichtbarkeit.

Protokoll, f. Richtigkeit.

Provisorium, f. Possessorium summarissim.

Provocatio ex lege Dissamari: als represser. Rechtsmittel 23

Pupillengelder: über deren Ausleihung gegen hypoth.
Sicherheit nach preuß. Recht . . . 356

Rechtskraft: zur Lehre von deren Wirksamkeit . . 11

Redacteur, f. Injurien.

Referens sine relato, f. Urkunden.

Restitution: wegen nachtheiliger Handlungen d. Anwalts 13

Ueber Vera u. Nekeneid beim Restitutionsgesuch gegen
rechtskräftiges Erkenntniß . . . 76

Wo ist die Rest. c. laps. termini praejud. nachzu-
suchen? . . . 415

Revision, f. Berufung (zur dritten Instanz).

Richteramt: zur Lehre von dessen Beschränkung durch die
Anträge der Partheien . . . 401

Rothenburg, f. Schwängerungssachen.

Sachlegitimation: 1) deren Natur . . . 65

a) Prüfung des Lehrsatzes, daß die Verichtigung der
Sachlegitim. in jedem Theile des Prozeßes von den
Partheien verlangt werden könne . . . 66

b) Hat der Richter für die Sachlegitim. von Amts-
wegen zu sorgen? . . . 67

c) Bewirkt Mangel der Sachlegit. Nichtigkeit? 68 384

2) Von der exceptio def. legit. ad causam . . 70

Sachverständige, f. Kunstverständige.

Schätzung, f. Berufungssumme, Subhastation.

Schwängerungssachen:

Ueber das Verhältniß. des preuß. Landr. zur bayer.

OD. bezüglich der einen nothw. Eid begründenden gesetzlichen Vermuthungen in Schwängerungssachen . . .	38
Darf nach bayer. Recht in Schwängerungssachen auf den Grund menschl. Vermuthungen auf den Erfüllungseid erkannt werden?	93
Ueber die in Schwängerungssachen im Rothenburgischen zur Anwendung kommenden Civilgesetze . . .	59
Scriptura pro scribente non probat	394
Selbstentleibungen: die Kosten der dessfallsigen Untersuchung hat die Staatskasse zu tragen	15
Separationsrecht: wegen Eigenthumsvorbehalt	319
Ueber das in Ansehung der dem Kridar zugeschieden Kaufmannswaaren stattfindende Separationsrecht . . .	232
Servitus pasœndi, s. Weideservitut.	.
Siegelmäßige: deren Eidesleistung in Civilsachen . . .	141
Staatskasse: Haftung für Depositen, s. Depositen.	.
Staatsschuldenwesen: prakt. Bemerkung über den Art. III. des Ges. v. 1. Juni 1822	113
Strafsachen: von der Urtheilsfassung in Strafsachen, wenn wegen eines Verbrechens bloß auf eine Vergehensstrafe zu erkennen ist	75
Strasschärfung: vom Einfluß der einfachen Strassschärfung auf die Dauer der Freiheitsstrafe	347
Subhastation: über das Verfahren bei Taxationen unbeweglicher Güter behufs der Versteigerung im Wege der Execution	17
Taxation, s. Berufungssumme, Subhastation.	.
Thatbestand: von der Beweisraft der Aussage des Beschädigten oder Beleidigten über den Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens	57
Auch ein Wort hierüber	145
Noch ein Wort hierüber	321
Untersuchungskosten, s. Selbstentleibung.	.
Urkunden: von Klagen aus Urkunden und vom Mangel der causa debendi	305
Beweisraft unterkreuzter Urkunden	318

Urkunden:

Zur Regel: *referens sine relato non probat* . . . 372

Zur Regel: *scriptura pro scribente non probat* . . . 394

Zur Lehre von der Einrede, den Inhalt der Urkunde, die man unterschrieben, nicht gekannt zu haben . . . 48

Kann der Beklagte nach bayer. Prozeßrechte schon vor der Streiteinlassung vom Kläger die Edition der zur Information resp. Vertheidigung nöthigen Urkunden begehren? . . . 127

Urkundenedition im Executivprozeß . . . 289

Berufung gegen Bescheide im Editionsunkte . . . 221

Diffession der Urkunden, s. Diffession.

Urtheilsfassungen in Streitfachen . . . 75

Saluta bei Erffonen, s. Cessionar.

Verbrechen u. Vergehen, s. Straffachen, Thatbestand.

Verhör, mündliches: Studien zur Lehre vom beschleunigten Verfahren im mündlichen Verhör nach d. Prozeßgesetz v. 1837 . . . 163 183 199

Verjährung, unvordenkliche: ist zu deren Beweis Eidesdelation zulässig? . . . 117

Verletzung über die Hälfte: deshalb kann der Vertrag nicht angefochten werden, wenn der Zurückempfänger das Empfangene vor der Klage ohne dolose Mitwirkung verloren, oder die Sache ohne Arglist veräußert hat . . . 126

Vermuthungen, s. Schwängerungsfachen.

Versuch: von dessen Strafbarkeit . . . 257

Insonderheit bei dem entfernten Versuch . . . 263

s. auch Diebstahl Nr. 7.

Verträge: zwischen Christen u. Juden, Beiträge zu dieser Lehre:

1) nach welchen Gesetzen ist deren Gültigkeit zu beurtheilen? . . . 119

2) Welcher Contrahent kann den Vertrag wegen vernachlässigter Form als nichtig anfechten? . . . 120

3) Die Nichtigkeit des Vertrags befreit nicht von der Herausgabe des Empfangenen . . . 120

4) Die Nichtigkeit des formwidrigen Vertrags be-

beschränkt sich bloß auf die aus solchem abgeleiteten Verbindlichkeiten	121
Vollmacht, vermuthete: bei Advokaten	159
Vorbehalt des Eigenthums: in wie fern er ein Separationsrecht begründet?	319
Voreinrede: des Mangels vorgängiger Aufkündigung	80
Wechsel, s. Executivprozeß.	
Wechselfähigkeit: der jüdischen Glaubensgenossen nach bayer. Wechselrecht	54
Wechselfache, s. Berufungssumme.	
Weideservitut: ist es für eine Beeinträchtigung d. Hut- und Weideservitut zu halten, wenn der Eigenthümer des dienstb. Grundstücks das Gras in der geschlossenen Zeit von seinem Vieh abweiden läßt, weil er dasselbe wegen dürerer Jahreszeit durch Absensen nicht zu Heu machen kann?	273
Würderungsseid: ist nicht von Amtswegen aufzulegen	224
Würzburger Recht, s. Einkindschaft N. IV. u. Kirchenbaulast.	
Zollärar: von dessen Haftung für Haßgüter	337
Zuhalter: exc. plur. concumb. s. Einreden.	



Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 1. Samstag, den 5. Jan. 1839.

Zur Lehre von Gemeinheitsachen.

I.

Ob eine Rechtsache als Gemeindefache gelten könne, oder nur die einzelnen Mitglieder der Gemeinde als Streitgenossen betreffe, ist sehr häufig Gegenstand einer Zweifelsfrage. — Unbedenklich ist

a) die Eigenschaft einer Gemeindefache vorhanden, wenn es sich geradezu und allein von einem Rechtsverhältnisse der moralischen Person handelt z. B. von dinglichen Rechten an Sachen, welche der moralischen Person gehören und für Rechnung des gemeinen Sackels benützt und bewirtschaftet werden, oder welche jetzt für die Gemeinde, dem Eigenthume nach oder als Object eines dem Gemeindefachen zum Vortheil gereichenden Realrechtes, in Anspruch genommen sind. — Eben so wenig kann die bezeichnete Eigenschaft einem Zweifel unterliegen, wenn der Rechtsstreit die Geltendmachung einer Forderung betrifft, deren Erfüllung an die moralische Person

begehrt wird, oder welche aus dem Vermögen der Gemeinde erfüllt werden soll. Den Gemeindefachen sind

b) auch diejenigen beizuzählen, bei welchen zwar nur Vortheile oder Nachtheile der einzelnen Gemeindeglieder auf dem Spiele stehen, gleichwohl aber die Gemeinde selbst das Subjekt des Rechtsverhältnisses ist; z. B. wenn es sich von Eigenthum und Benützung der öffentlichen Wege, Plätze, Brunnen u. dgl. handelt, wenn mit Dritten über die Rechtsverhältnisse eines Waldes gestritten wird, welcher nicht für die Gemeindefasse bewirthschaftet wird, sondern nur zu Holzreichnissen an die einzelnen Gemeindeglieder dient; wenn mit Auswärtigen ein Rechtsstreit über das Weiderecht auf einem Hutplage besteht, welcher unbestritten Eigenthum der Gemeinde ist, aber nicht für Rechnung derselben, sondern nur von den einzelnen Gemeindegliedern benützt wird; ferner wenn eine Forderung gegen die Gemeinde eingeklagt wurde, deren Bezahlung nur aus Beiträgen der einzelnen Glieder geschöpft werden könnte.

Eine Gemeindefache ist

c) auch dann anzunehmen, wenn zwar nicht die moralische Person selbst Subjekt des Rechtsverhältnisses ist, aber alle Gemeindeglieder, als solche oder als Besitzer von Grundstücken in der Markung dieser Gemeinde, gleichmäßig oder verhältnißmäßig, und zwar nicht bloß hinsichtlich einer vorübergehenden Leistung ¹⁾, sondern bleibend be-

¹⁾ z. B. der Berichtigung einer Kriegskostenperäquations-schuld. DAGE. v. 2. Aug. 1831. AGAct. W. 902²⁰/27.

theiligt sind. — Es liegt im Zwecke des Gemeindeverbandes, in gemeinsamen Angelegenheiten solcher Art als eine Person zu handeln; es entspricht daher ganz der Natur der Sache, wenn die Praxis hier die Vertretung der Interessen aller Einzelnen durch die Gemeinde gestattet. Fälle dieser Art sind, wenn Jemand das Weiderecht auf die ganze Gemeindemarkung in Anspruch nimmt; wenn für sämtliche Mitglieder der Gemeinde, als solche, das Recht behauptet wird, in einen benachbarten Wald oder auf dem Weideplatz einer andern Gemeinde zu hüten; oder aus dem Walde eines Gutsherrn gewisse Holz- oder Streureichnisse zu erhalten; oder durch denselben die Viehtrift oder Durchfahrt auszuüben; wenn ein Gutsherr bestimmte Realrechte auf Abgaben oder Dienstleistungen gegen alle in der Gemeindemarkung liegende Grundstücke in der Art behauptet, daß jedes einzelne die Last, zufolge seiner Eigenschaft als Bestandtheil der Markung, tragen soll.

In allen Fällen solcher Art fußt die Betheiligung der Einzelnen auf ihrem Verhältnisse zur Gemeinde; als Angehörige der Gemeinde behaupten sie das streitige Recht, oder werden sie in Anspruch genommen; die Gemeinde, die moralische Person selbst ist zwar nicht ihres eignen Vermögens wegen, wohl aber mit ihrer Persönlichkeit theilhaft, indem es für diese von Bedeutung ist, ob die ihr Angehörigen, als solche, bleibend mit Rechten ausgestattet oder mit Lasten beschwert sind. Wenn es demzufolge schon die Natur der Sache mit sich bringt, Rechtsangelegen-

heiten der bezeichneten Art als Gemeindefachen zu behandeln, so spricht dafür auch noch die Rücksicht auf prozessualische Zweckmäßigkeit. Wird die große Zahl von Betheiligten nur als Streitgenossenschaft angesehen, so ergeben sich im Laufe des Prozesses, aus dem Abgang einzelner Grundbesitzer und dem Eintritt von neuen, fortwährend Schwierigkeiten über Berichtigung der Legitimation; wohingegen bei Gemeindefachen das einmal aufgestellte Syndikat seine Wirksamkeit auch auf Singularsuccessoren fortdauernd erstreckt.

Rechtsfachen der hier in Frage befindlichen Art bezeichnet Rind²⁾ als: „res omnibus quidem ex universitate communes, attamen ut singulis.“ Der genannte, als trefflich anerkannte Praktiker äußert sich hierüber: „Quamvis haec lis, ubi de jure singulorum disceptatur, proprie non sit causa universitatis, tamen — usu invaluit, ut etiam ob hanc causam tota universitas tum agere tum ab aliis conveniri atque litem per syndicum ventilare queat.“ Als Fälle, in welchen diese Praxis Anwendung finde, führt er beispielsweise an: „si ab universitate rusticorum contra dominum praedii nobilis ob censum, laudemium, operas, jus pascendi ac lignandi etc. actio instituta sit.“

Uebereinstimmend hiermit äußert sich Hausbold in der Abhandlung de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis³⁾ cap. I,

²⁾ Quaest. for. ed. II, Tom. III, p. 416.

³⁾ Opuscula ed. Wenck et Stieber Tom. II, p. 547 — 620.

§. 4: „Non minus ad jura singulorum pertinent, quae omnibus, nemini excepto, prosunt..... E qua juris singulorum communione, haud raro per totam universitatem propagata, simul cognoscitur, qui fieri queat, ut, quae singulorum reapse sunt jura, eorum exercitium saepenumero transferatur in integram universitatem, quo haec eorum nomine sive agat ipsa, aut conveniatur. Quod usu fori pridem receptum.“

In einem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofs zu Cassel vom 22. Nov. 1834, Frohndienste resp. die an deren Stelle geforderten Dienstgelder betr., findet sich als Entscheidungsgrund eine Anerkennung derselben Ansicht:

„Da, wo ein aktives oder passives, wenn gleich zuletzt hauptsächlich die Einzelnen berührendes Rechtsverhältniß sämtlichen Mitgliedern einer Gemeinde, als solchen, wenn auch nach einem durch persönliche oder Vermögensverhältnisse begründeten Unterschiede, gemeinschaftlich ist, pflegt das Vorhandenseyn einer Berechtigung oder einer Obliegenheit der Gemeinde angenommen zu werden.“

Der Mittheilung des bezeichneten Erkenntnisses — in der Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen H. II, S. 165 sind in einer Note folgende Sätze beigefügt: „Der Umstand, daß in solchen Fällen die Einzelnen als die Theiligten erscheinen, schließt es nicht aus, daß die Gemeinde überall, wo das Recht oder die Pflicht eines Bewohners der Gemeinde oder ganzer Klas-

fen derselben auf dem Gemeindeverhältniß beruht, die Rechte der Einzelnen geltend macht, und diese in solcher Beziehung verbindet. Diese aus der Genossenschaft der Gemeindeglieder und deren Vereinigung in der Gemeinde, insonderheit in Beziehung auf die gemeinschaftliche Mark, herrührende Befugniß der Gemeinde hat das Oberappellationsgericht wiederholt anerkannt.“

Uebereinstimmend hiermit verordnet das Preuß. Landrecht Th. II, Tit. VI, §. 88:

„Auch diejenigen Angelegenheiten, welche zwar nicht die Corporation, als eine moralische Person betrachtet, aber doch die sämmtlichen Mitglieder derselben als solche betreffen, werden durch Schlüsse der Corporation bestimmt.“

Auch nach unsrer vaterländischen Gesetzgebung können Rechtsfachen der „Gemeinden“ vorkommen, welche außer der Sphäre der vom Staate beaufsichtigten Gemeindeverwaltung liegen ⁴⁾).

2.

In Bezug auf die Gemeindefachen, welche diese Eigenschaft nur durch die gemeinschaftliche Betheiligung sämmtlicher ⁵⁾ Gemeindeglieder, als solcher, haben, gelten folgende Grundsätze:

⁴⁾ Wdng vom 24. Sept. 1818, die Geschäftsführung der Verwaltung in den Ruralgemeinden betr. §. 18 (Regb. 1818, S. 1124).

⁵⁾ Daß einzelne Gemeindeglieder, welche z. B. jetzt keine Grundstücke besitzen oder kein Vieh halten, kein gegenwärtiges Interesse an dem fraglichen Rechtsstreite haben, steht der Behandlung als Gemeindefache nicht im Wege; indem dieselben als Gemeindeglieder Genossen eines Rechtsverhältnisses seyn können, wenn

1) Die Behandlung als Gemeindefache ist dadurch bedingt, daß sich der größere Theil der Gemeindeglieder für die Führung des Rechtsstreites, in der Eigenschaft als Gemeindefache erklärt⁶⁾. Treten im Laufe des Prozesses so Viele zurück, daß die Mehrheit der Gemeindeglieder nicht übrig bleibt, so fällt für die Folgezeit die fragliche Eigenschaft weg⁷⁾. —

2) Gemeindefachen dieser Art gehören nicht zu den Gegenständen der vom Staate beauftragten Gemeindeverwaltung; deswegen ist bei denselben die Einholung des Kuratelskonsenses nicht erforderlich⁸⁾. — Tritt jedoch die Gemeinde in einer Rechtsfache dieser Kategorie als Klägerin auf, so kann der Gegner die Erholung des Kuratelskonsenses zu dem Ende verlangen, um sich in Ansehung des ihm etwa zu leistenden Kostenersatzes an die Gemeindefache halten resp. die Aufbringung desselben durch Gemeindeumlagen verlangen zu können⁹⁾. — Die Kuratelbehörde wird, wenn wirklich die Persönlichkeit der Gemeinde i oben bezeichneter Art als betheiligte erscheint, den

sie gleich zur Zeit nicht in der Lage sind, das Recht auszuüben. ABE. v. 26. Mai 1826. D. 271²³/24.

⁶⁾ Haubold l. c. cap. V, §. 1.

⁷⁾ Haubold l. c. §. 3.

⁸⁾ Bdg. vom. 24. Sept. 1818, §. 28 (S. Note 4).

⁹⁾ Die angef. Verordnung bestimmt für solche Fälle: daß die streitenden Theile an das vorgezeichnete Verfahren (die Einholung des Konsenses) nicht gebunden seien. — Diese Bestimmung steht obigem Satze nicht entgegen. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die zur Aufbringung der Kosten anzuordnenden Umlagen diejenigen Gemeindeglieder nicht treffen können, welche dem Streite fremd bleiben zu wollen erklärt haben. Vgl. Preuß. LR. a. a. D. §§. 89, 90.

Konsens zu ertheilen kein Bedenken tragen. — Wird derselbe verweigert, so kann der Gegner es ablehnen, den Streit mit der Gemeinde, als solcher, zu führen; so daß nun die klagender Seite Vertheiligten als Streitgenossenschaft handeln müssen.

3) Die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht den Gemeinden ganz allgemein zu; eine Beschränkung derselben auf den Umfang der vom Staate angeordneten Kuratel ist dem Gesetze nicht bekannt¹⁰⁾. Wo immer die Gemeinde, als juristische Person, Parthei ist, hat sie sich der bezeichneten Rechtswohlthat zu erfreuen; daher auch in Gemeindefachen, wie wir sie hier im Auge haben¹¹⁾. Auf die Gründe der gesetzlichen Gleichstellung der Gemeinden mit den Minderjährigen kommt es nicht an; weil die Gesetzesworte, welche die Gleichstellung aussprechen, vollkommen deutlich sind, und ganz allgemein sprechen.

Gerade so verhält es sich

4) mit der Befugniß der Eidesleistung durch Einzelne aus der Mitte der Gemeindeglieder¹²⁾. Auch diese ist unabhängig von dem Umfange der

¹⁰⁾ Vgl. GD. XVI, §. 1, nr. 6. mit Const. 4 ex quib. caus. majores (2, 54); C. 3 de jure reipubl. (11, 29).

¹¹⁾ Indem Haubold a. a. D. Kap. V, §. 2 diesen Satz aufstellt, fügt er die Bemerkung bei, auch der Gegner ziehe von dem Umstande, daß er mit einer Gemeinde streite, wesentliche Vortheile, insbesondere den, daß der Sieg Rechtens, wenn er solchen erringt, auch gegen die Singularsuccessoren der jetzigen Gemeindeglieder wirksam sey.

¹²⁾ Haubold a. a. D. — Vgl. Blätter für RA. Bd. III, S. 49 ff.

bestehenden Kuratel, und wurzelt nur in der Eigenthümlichkeit der juristischen Person; daher sie in Gemeindesachen jeder Art zur Anwendung kommen kann.

5) Diejenigen Gemeindeglieder, welche dem Beschlusse, die fragliche Rechtsache als Gemeindesache zu führen, nicht beigetreten sind, oder im Laufe des Processes ihren Rücktritt erklärten, können gleichwohl zufällig an den Vortheilen des Sieges Theil nehmen z. B. wenn ein rechtskräftiges Erkenntniß erwirkt wurde, welches die Freiheit der ganzen Feldmark von einer Weideservitut ausspricht; aber sie können das obliegende Erkenntniß im Wege Rechts weder gegen den Prozeßgegner noch gegen die andern Gemeindeglieder, welche unter Vertretung durch die juristische Person den Streit durchgeführt haben, geltend machen¹³⁾. — Ob eine der Gemeinde nachtheiliges *res judicata* gegen die Neutralen wirksam sey, ist im einzelnen Falle nach Vorschrift der *GD.* XIV, §. 11, Nr. 4 zu beurtheilen.

Einige Bemerkungen über den Gerichtsstand des Universalconcurses¹⁾.

GD. XIX, 1) Kömmt die Eröffnung des Universalconcurses über das Vermögen einer Person in Frage, so gehört Verhandlung und Entscheidung an dasjenige Gericht, unter welchem

¹³⁾ Haubold a. a. D. §. 3; Kind quæst. for. ed. II. Tom. III, p. 417. Vgl. Preuß. LR. a. a. D. §§. 89, 90.

¹⁾ AÖE. vom 21. Aug. 1838. H. 416^{37/38}.

der Gemeinschuldner seiner Person nach gegenwärtig steht, — sollte auch ein sog. Debitwesen über sein Vermögen seither bei einem andern Gerichte behandelt worden seyn. — Die allgemeine Vorschrift der G.D. I, §. 10 über das Forum der Konnexität kann keine Anwendung finden, wo für besondere Fälle der vorliegenden Art eigenthümliche Bestimmungen gelten. Ueber das Forum des Universalconcurses hat die G.D. XIX, §. 1 spezielle Regeln aufgestellt, ohne hierbei auf die etwaige frühere Debit-Verhandlung Rücksicht zu nehmen. Der Gerichtsstand des Universalconcurses richtet sich nicht nach den frühern Verhandlungen über Ansprüche an den Gemeinschuldner, sondern zieht vielmehr diese, wenigstens hinsichtlich des Prioritätspunktes, an sich ²⁾. —

2) Die G.D. läßt von der Regel, welche den Universalconcurß an den allgemeinen persönlichen Gerichtsstand des Gemeinschuldners verweist, eine Ausnahme für den Fall zu, wenn er den größten Theil seiner Güter notorisch unter einer andern Obrigkeit hat. — Diese Ausnahme kann keine Anwendung finden, wo der größte Theil des Vermögens in einer Forderung, insbesondere in einer Gehalts- oder Pensionsforderung an die Staatskasse besteht. Forderungen sind nirgends gelegen; der Ort, wo die Pension zur Zahlung angewiesen, ist kein Ort der gelegnen Sache; daher kann auch von einem Forum rei sitae i Bezug auf dergleichen Ansprüche an die Staatskasse nicht gesprochen werden.

²⁾ G.D. XIX, §. 13.

Zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtskraft.

Die Vorschrift der *GD. XIX*, §. 6, Nr. 3:

„Die von einem Gantgläubiger gemachte Exception kann dem andern Mitgläubiger in soweit nützlich seyn, als ihrerseits etwa die nämliche *causa contradicendi* vorhanden ist.“

bezieht sich auf das Verhältniß mehrerer Gantgläubiger, als solcher in Bezug auf Befriedigung aus der Gantmasse, und kann daher nicht angerufen werden, wenn die Haftung eines vormaligen Gantgläubigers in der Eigenschaft als Mitschuldner in Frage steht; wenn insbesondere ein Gantgläubiger mit seiner Forderung an die Concurramasse z. B. wegen eines von einem Mitgläubiger gerügten Mangels gehöriger Liquidation abgewiesen worden, und nun einen Dritten, welcher zufällig auch Gläubiger derselben Gant war, als für jene Forderung mithaftend in Anspruch nimmt. Wollte dieser nun auf dem Grunde der in dem Prioritäts-erkenntnisse ausgesprochenen Abweisung die *exceptio rei judicatae* entgegensetzen, so müßte solche als ungegründet verworfen werden ¹⁾.

Zur Lehre vom *Possessorium summarissimum*.

Die *GD. III*, §. 5, Nr. 3 fordert zur Begründung des *possessor. summariss.* bloß Gefahr eintretender Gewaltthätigkeiten zwischen beiden Theilen, keineswegs gerade Gefahr solcher Gewaltthätigkeiten, wodurch die öffentliche Sicher-

¹⁾ *GD. XIX*, §. 20, Nr. 3. vgl. mit den Anmerk. lit. b. und *XIV*, §. 11, Nr. 4. — *S. AGE. v. 29. Sept. 1838. F. 1053³⁴/35.*

heit in höherem Maasse gestört wird. Zwar heißt es in den Anmerkungen zur *GD. a. a. D. lit. d.*, daß *possessor. summar.* werde nur zugelassen in *casu armorum aut periculi*; allein es ist dieses, wie aus dem beigefügten Citat hervorgeht, lediglich ein aus der Kammergerichts-Ordnung v. J. 1555 entnommener Satz, wodurch der Verfasser der Anmerkungen wohl mehr den Ursprung dieses prozessualischen Rechtsinstituts und das ihm zu Grund liegende Bedürfniß im Allgemeinen, als die von der bayer. *GD.* geforderten Voraussetzungen desselben genau bezeichnen wollte. Bei genauerer Prüfung der betreffenden Stelle der *RGD. v. 1555 P. II, Tit. 21, §. 3*, und *Concept der RGD. P. II, Tit. 22, §. 4 u. 5* ¹⁾ ergibt sich nämlich, daß dasselbe hauptsächlich von der officiellen richterlichen Einschreitung durch Sequestration *ic. handle*, und diese allerdings bloß dann eintreten lassen will, wenn sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr zu besorgen ist. In dieser ursprünglichen Bedeutung, welche übrigens die bayer. *GD. III, 5, Nr. 5* auch noch kennt, kann allerdings der Gebrauch dieses Rechtsmittels nur sehr gering seyn ²⁾; allein wohl zu unterscheiden von dieser ursprünglichen Gestalt dieses Rechtsmittels ist dasselbe in der Form des eigentlichen *possess. summarissimi*, wie es sich in der deutschen Praxis ausgebildet hat; von diesem läßt sich solches der Erfahrung gemäß nicht behaupten, und zur Begründung gehört zwar Ge-

¹⁾ Bergmann *corpus jur. judicarii*.

²⁾ Savigny *Recht des Besizes*. §. 51.

fähr gewaltsamer Auftritte unter den Partheien, was auch der Text der bayer. G.D. erfordert, aber keineswegs Besorgniß öffentlicher Unruhen und Störung des Landfriedens ic. ³⁾)

Schon die nächstfolgenden Worte in den Anmerkungen beweisen auch, daß der bayer. Gesetzgeber keineswegs solche Besorgniß öffentlicher Ruhestörung als Bedingung erfordere, da es dort weiter heißt: „daß possessor. summar. werde zugelassen, wenn die streitenden Theile schon wirklich in Thätlichkeiten ausgebrochen, oder nahe daran seyen ic.“

Uebrigens beschränkt das Gesetz den Ausdruck „Gewalthätigkeit“ nicht bloß auf gegenseitig erfolgte Thätlichkeiten an der Person, sondern es ist das possessor. summariss. begründet, wenn eigenmächtige Eingriffe in fremde Rechte durch Zerstörung des Eigenthums erfolgten und daher eine gewaltsame Begegnung dieser Selbsthülfe von Seite des andern Theils zu besorgen ist ⁴⁾).

Ueber Restitution wegen nachtheiliger Handlungen des Anwalts.

Die G.D. VII, §. 10 schreibt vor, daß der Anwalt seinem Prinzipalen allen Schaden, welchen er ihm durch Unfleiß oder Verschulden zugefügt hat, zu vergüten schuldig seyn und daß i

³⁾ Bayer summ. Prozesse §. 66, Note. 9.

⁴⁾ AGG. vom 9. Aug. 1836 E. 924³⁵/36 bestätigt durch DAGE. v. 18. Apr. 1837 (E. 79³⁶/37.)

dem Fall, wenn derselbe nicht mehr solvendo ist, mit Restituirung des Principals gleichwohl die Billigkeit beobachtet werden soll.

Wenn nun auch nach dieser gesetzlichen Bestimmung im Gegenhalte zu den Vorschriften der G.D. XVI, §. 1 sich annehmen läßt, daß aus der Handlung oder Unterlassung eines Anwalts für seine Parthei ein Grund zu einem Restitutionsgesuche erwachsen kann, so ist doch die Statthaftigkeit eines solchen Gesuches nicht bloß an die Vorbedingung, daß wegen Insolvenz des Anwalts eine Regreßnahme an denselben nicht Platz greift, sondern ausdrücklich auch an die Voraussetzung geknüpft, daß

a) jener Handlung oder Unterlassung ein Verschulden des Anwalts zu Grunde liege, und daß

b) hierdurch der Parthei ein wirklicher Schaden zugefügt worden ist.

Es kann aber aus der bloßen Unterlassung der Anführung irgend eines faktischen Umstandes ein wirkliches Verschulden des Anwalts in solcher Weise, wie es bei einer durch ihn geschehenen Versäumniß eines Präjudicialtermins der Fall seyn kann, an und für sich noch keineswegs gefolgert werden; wenigstens müßte vorerst nachgewiesen seyn, daß die Parthei ihn bei der Informationsertheilung von dem fraglichen Faktum in Kenntniß gesetzt und die Erwägung seiner Relevanz nicht bloß dem Ermessen des Anwalts überlassen, sondern die Anführung und Geltendmachung desselben ausdrücklich von ihm verlangt habe. — Ist dieß nicht geschehen, so muß es bei der allgemeinen Vorschrift der G.D. VII,

§. 10 sein Bewenden haben, daß die Parthei an Alles dasjenige, was der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der ihm ertheilten Vollmacht verhandelt hat, für gebunden zu achten sey.

Was aber die Zufügung eines wirklichen Schadens betrifft, so besteht derselbe, wie die Anmerkungen zur G.D. XVI, §. 1, Nr. 2, lit. e erläutern, keineswegs darin, daß die Sentenz widrig ausgefallen, sondern es wird vielmehr zur Statthaftigkeit des Restitutions-Gesuches ausdrücklich erfordert, daß zu der Parthei merklichem Nachtheile etwas im Prozesse unterlassen, oder gefährlicher Weise begangen worden sey ¹⁾.

Tagebuch der Praxis.

(Die Untersuchungskosten bei Selbstentleibungen betr.)

In einer Generaluntersuchung, durch welche sich Selbstentleibung als Todesursache eines erhängt Gefundenen herausgestellt hatte, waren die baaren Auslagen durch Beschluß des U.G. von Mittelfranken vom 11. Sept. 1838 der Staatskasse aufgebürdet worden. Auf Beschwerdeführung von Seite des Kreisfiskals bestätigte der oberste Gerichtshof durch Erkenntniß vom 3. Nov. 1838 ¹⁾ obige Entschließung, unter Anführung folgender Gründe:

a) „die Selbstentleibung ist weder Verbrechen noch Vergehen, sondern ist dem Gebiete der Polizei zugewiesen.

Bong. vom 19. Mai 1809. Regbl. von

¹⁾ AGG. v. 5. Apr. 1836. R. 950²²/₂₃.

¹⁾ Ric. 22. 18³⁸/₃₉.

1809 G. 865. — Anmerk. zum StrafGB.
Bd. II. G. 3.

Hieraus folgt, daß derjenige, welcher sich selbst entleibt hat, keine strafgerichtliche Untersuchung im Sinne des Art. 75. Th. II. des StG. veranlaßt, da diese Gesetzes-Bestimmung immer eine verbrecherische Handlung voraussetzt.

b) Will nun der Staat bei einer Selbstentleibung eine Untersuchung zur Feststellung des fraglichen Faktums eingeleitet wissen, so kann defunctus, der kein Strafgesetz übertreten hat, nicht als diese Untersuchung veranlassend angesehen werden. Nicht der Tod des sogenannten Selbstmörders ist die causa efficiens der Untersuchung, und des durch diese Untersuchung entstandenen Schadens, sondern die Untersuchung bezieht im anderweiten Interesse des Staates die Ausmittlung der Gewißheit, daß wirklich bloß Selbstentleibung, nicht eine strafrechtliche Handlung gegeben sey.

c) Es kann sonach von demjenigen, welcher sich selbst entleibt hat, nicht gesagt werden, daß er, der kein Strafgesetz übertrat, durch culpa die Untersuchung herbeiführte.

Er begiebt lediglich eine unmoralische Handlung, er hat durch keine Handlung fremde Rechte verletzt.

Stübel über den Thatbestand §. 106.

Blätter für Rechtsanwendung Bd. I, nr. 35.
resp. 38.

Auß diesen Gründen, welche der Erörterung der Frage über den Geisteszustand defuncti entheben, mußte die erstriichterliche hinsichtlich des Kostenpunktes bestrittene Entschließung bestätigt werden.“

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 2. Samstag, den 19. Jan. 1839.

Ueber das Verfahren bei Taxationen unbeweglicher Güter behufs der Versteigerung im Wege der Execution.

Wenn eine unbewegliche Sache im Wege der Execution versteigert werden soll, so muß vorher deren Werth bestimmt werden, weil der Zuschlag bei der ersten Versteigerung davon abhängt, daß das An- oder Meistgebot den Schätzungswerth (wenigstens) erreicht.

Hinsichtlich der Mittel zur Werthbestimmung enthält das Prozeßgesetz vom 17. November 1837, §. 87 Folgendes:

„Ist ein unbewegliches Vermögen der Gegenstand der Hilfsvollstreckung, so ist der Werth dadurch zu bestimmen, daß aus den Rechnungen wenigstens der letzten fünf Jahre, aus den allenfalls vorhandenen Grundbüchern, den Forst-, Stifts- und Gefälls-Registern, und aus anderen dienlichen Vchelfen von dem aufgestellten Verwalter oder einem andern Rechnungsverständigen, unter Leitung des competenten Gerichts, Gut- und Er-

trags: Anschläge gefertigt werden. Wenn derlei Behelfe nicht vorhanden sind, oder die Betheiligten sich mit diesen Behelfen nicht zufrieden stellen, so haben drei Sachverständige, wovon einen der Schuldner, den andern der Gläubiger und den dritten das Gericht zu benennen hat, den Werth nach dem zur Zeit der Schätzung laufenden Preise der Güter und Gerechtigkeiten zu bestimmen.“

Daß die Sachverständigen das abzuschätzende Object vor Abgabe ihrer Schätzung zu besichtigen haben, versteht sich von selbst; allein es fragt sich: ob die Besichtigung gerichtlich d. h. unter der Leitung einer Gerichtscommission zu geschehen habe?

Hierüber bestimmt das allegirte Gesetz nichts. Es muß daher die Entscheidung der aufgestellten Frage aus andern Quellen geschöpft werden. Nun enthält zwar die Instruction für die Schätzungen und Schatzmänner in Hypothekensachen ¹⁾ in den §§. 15 — 17 Bestimmungen, nach welchen eine vorgängige Besichtigung in dem Fall, wenn die zu schätzenden Gegenstände nach allen ihren Verhältnissen dem Amte und den Schatzmännern ohnehin schon hinreichend bekannt sind, überhaupt nicht, und außer diesem Falle eine gerichtliche Besichtigung wenigstens alsdann nicht nothwendig ist, wenn die hypothekarisch zu versichernde Summe nicht bedeutend und die zu schätzenden Gegenstände nicht von großem Werthe sind. Allein diese Instruction kann hieher nicht angewendet werden, weil sie nur die Art bestimmt, wie bei Schätzungen behufs der Aufnahme einer Hypo-

¹⁾ Reg. Bl. 1823. S. 802 ff.

theil verfahren werden soll. Sie ist eine Beilage zur Instruction vom 13. März 1823 über den Vollzug des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 und bezieht sich nach §. 14 dieser Instruction²⁾ ausdrücklich nur auf den §. 132 des Hyp. Gesetzes, woselbst bloß von der Schätzung zum Behuf der Eintragung des Werths im Hyp. Buche die Rede ist. Die fragliche Instruction enthält also bloß Normen für ein Geschäft der freiwilligen Gerichtsbarkeit; sie ist nicht als Vorschrift für das Verfahren bei Schätzungen, welche durch den Gang eines Civilprocesses herbeigeführt werden, gegeben und kann um so weniger hierauf analoge Anwendung finden, weil bei der völligen Verschiedenheit des Zweckes der beiderlei Schätzungen, eine Aehnlichkeit der Fälle, welche bei der Analogie vorausgesetzt wird, nicht vorhanden ist.

Die erwähnte Instruction, obschon sie ein Anhang zum Hyp. Gesetz ist, kann nicht einmal in dem Fall zur Anwendung kommen, wenn ein hypothecirtes Gut auf die Klage eines Hypothekengläubigers zu Bezahlung einer Hypothekenschuld im Executionsweg versteigert und zu diesem Behuf gerichtlich abgeschätzt werden soll³⁾; denn das H.G. schreibt im §. 64 nicht vor, daß für den Fall, wenn bei der Hyp. Bestellung der Werth des Objectes durch das Hyp. Amt erhoben und im Hyp. Buch eingetragen wurde, diese Taxe bei der Versteigerung zu Grund gelegt werden soll, son-

²⁾ Reg. Bl. 1823, S. 522.

³⁾ v. Spieß Erläuterungen zu dem Gesetze v. 17. Nov. 1837, §. 128.

bern es spricht von einem „nach Umständen vorher gerichtlich herzustellen den Schätzungspreis.“ Diese Worte sind, wie v. Gönner⁴⁾ lehrt, dahin zu verstehen, daß es den Betheiligten zwar unbenommen ist, den im H.B. nach §. 132 angegebenen Werth anzunehmen, daß er ihnen aber, wenn er auch auf einer Schätzung beruht, nicht als Maassstab aufgedrungen werden kann; denn jene Schätzung ist von der hier in Frage stehenden wesentlich verschieden, weil es dort mehr auf einen auch in der Zukunft dauerhaften Werth ankommt⁵⁾, hier aber der gegenwärtige wirkliche Werth entscheidet.

Ueberdies kommt noch in Erwägung, daß die Bestimmungen im §. 64 des Hyp. Gesetzes nur auf die Versteigerung und den Hinschlag sich beschränken, indem das die Versteigerung vorbereitende gerichtliche Verfahren, wozu insbesondere auch die Schätzung des Executionsobjects gehört, außer der Sphäre des Hyp. Gesetzes liegt und sich bloß nach den Vorschriften der Prozeßgesetze zu richten hat. Um dieses außer Zweifel zu setzen, wurde auch im Eingange des §. 64 auf die G.D. XVIII, §. 7 und des Gesetzes vom 22. Juli 1819 ausdrücklich hingewiesen⁶⁾.

Wenn nun auch statt dieser ältern Gesetze, in soweit sie bezüglich des Executionsverfahrens durch das neueste Gesetz vom 17. November 1837

⁴⁾ Im Comment. zum H.B. Bd. I, S. 525, Nr. 2.

⁵⁾ Vgl. §. 9. der Instr. für Schätzungen in Hyp. Sachen.

⁶⁾ v. Gönner a. a. O. S. 524, §. 11, Nr. 1.

aufgehoben oder abgeändert wurden, die Bestimmungen des letztern zur Anwendung kommen, so muß dennoch in Betreff der aufgestellten und vom neuesten Gesetze unentschieden gebliebenen Frage auf die ältern Prozeßgesetze und, sofern diese nicht ausreichen sollten, auf allgemeine prozessualische Grundsätze recurriert werden.

Die Novelle v. J. 1819 schweigt ebenfalls über den fraglichen Punct: dagegen schreibt die *GD. XVIII*, §. 7, Nr. 2 ausdrücklich vor:

„Das Gut, welches man verganten will, soll allezeit vorher mit Zuziehung unpartheiischer und verständiger Leute besichtigt, und eidlich geschätzt werden.“

Diese Gesetzstelle spricht zwar nicht mit bestimmten Worten aus, daß die Besichtigung unter gerichtlicher Leitung geschehen soll, allein dieses geht schon aus der Natur der Sache hervor, wenn erwogen wird, unter welche Gattung prozessualischer Handlungen die Schätzungen überhaupt gehören. Eine Schätzung kann nun aber für nichts anderes angesehen werden, als für einen unter Zuziehung von Sachverständigen vorgenommenen Augenschein, denn die Angaben der Schätzleute, sind Gutachten von Sachverständigen, gebaut auf besondere Kenntnisse und practische Erfahrung über den Werth der zu beurtheilenden Gegenstände, und diese letztern müssen zu diesem Behufe von ihnen beaugenscheinigt werden. Daher bezeichnen auch die Anmerkungen zur *GD. XII*, §. 3, lit. a, wo vom gerichtlichen Augenschein gehandelt wird, die Schätzungen namentlich als eine Handlung, bei welcher ein Augenschein vorkommt.

Soll aber der mit der Schätzung unzertrennliche Augenschein als prozessualischer Act gelten, so muß er unter richterlicher Mitwirkung geschehen⁷⁾).

Zwar wird die Thätigkeit des Richters hierbei, wie bei jedem Augenschein, bei welchem es nicht auf unmittelbare Wahrnehmung, sondern auf Kenntnißnahme von der Beschaffenheit der Sache mittelst und durch Hilfe von Sachverständigen ankommt, immer nur eine beschränkte bleiben⁸⁾; allein dieß schließt an und für sich die Nothwendigkeit seiner Gegenwart bei einem gerichtlich seyn sollenden Acte nicht aus, und dieselbe ist schon zum Zweck der Leitung des Geschäfts überhaupt, sowie zur Feststellung der Identität der Schätzungs-Objecte erforderlich.

Es kann demnach nicht von der Willkühr des Richters abhängen, ob er der Besichtigung der Taxationsobjecte beiwohnen, oder ob er die Sachverständigen bloß hiezu anweisen wolle, um alsdann deren Schätzung am Gerichtssitze zu Protokoll zu nehmen⁹⁾. Es muß vielmehr der Regel

7) Dr. W. H. Puchta, über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige. In der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß, herausgegeben v. Linde r. Bd. III, S. 46.

8) Ueber die Thätigkeit des Richters bei Taxationen, s. W. H. Puchta Anleit. zum vorsichtigen Creditiren auf unbewegl. Güter S. 175, S. 273.

9) Ein solches Verfahren ist auf erhobene Beschwerde in mehreren vorgekommenen Fällen für ungültig erklärt worden. Erk. des AG. f. d. Regatkreis vom 6. Mai 1828 bestät. durch NAGC. v. 1. Dec. 1829. AGAct. R. 791²⁶/27. NAGC. v. 4. Oct. 1828. W. 980²⁷/28. — v. 30. Oct. 1829. W. 481²⁸/29. — v. 14. Mai 1830. W. 120²⁸/29. — v. 4. Juni 1830. F. 610²⁹/30. — v. 20. Juli 1830. D. 92²⁹/30. — v. 26. März 1833. R. 396³¹/32.

nach beides, Besichtigung und Aufnahme der Schätzung, in Gegenwart einer Gerichtscommission geschehen.

Von dieser Regel kann jedoch eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Betheiligten entweder selbst darauf antragen, oder stillschweigend einwilligen, daß die Besichtigung der zu schätzenden Objecte den Taxatoren vom Gericht aufgetragen und, mit Umgehung des richterl. Augenscheins, die Schätzung am Gerichtstische zum Protokoll genommen werde. Es tritt hier der prozessualische Grundsatz ein, daß von der gesetzlichen Form des Verfahrens durch Uebereinkunft der streitenden Theile, resp. der Betheiligten, abgewichen werden kann, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich die Bestimmung einer gewissen Form den Partheien zur unnachlässigen Pflicht machen¹⁰⁾. Dieser Grundsatz findet unzweifelhaft hier Anwendung, da die Umgehung des gerichtl. Augenscheins nicht mit der Strafe der Nullität bedrohet ist, vielmehr nach §. 64 des Hyp. Gesetzes den Betheiligten sogar frei steht, mit völliger Umgehung der neuerlichen Schätzung den im Hyp. Buch eingetragenen Werth bei der Versteigerung zu Grund zu legen, mithin, wenn sogar dieses gestattet ist, den Betheiligten nur um so mehr eine Uebereinkunft frei gestellt bleiben muß, durch welche nicht die Taxation selbst, sondern bloß die kostspielige gerichtliche Besichtigung der Taxations-Objecte¹¹⁾

¹⁰⁾ Thibaut Pand. System. Bd. III, §. 1055. (Ausg. 4.)

¹¹⁾ Insonderheit, wenn sie von geringem Werthe sind.

beseitigt werden soll. Uebrigens versteht sich von selbst, daß die gedachte Ausnahme in dem Fall nicht eintreten kann, wenn zur Herstellung der zweifelhaften Identität des Objects, oder aus andern besonderen Gründen, die gerichtliche Einweisung der Taxatoren in die abzuschätzenden Realitäten unumgänglich nothwendig ist¹²⁾.

Ueber die fortdauernde Gesetzeskraft der Ansbacher Eheartikel.

In Ansehung der Frage, ob die Form der Ehegelöbniße im Ansbachischen sich nach den Eheartikeln von 21. Februar 1743¹⁾ oder nach den Vorschriften des Pr. LR. richte, besteht eine gleichförmige Praxis für die Anwendung der ersteren²⁾. Diese Praxis fußt auf einer Entschließung des vormaligen preussischen Ministeriums für die fränkischen Fürstenthümer vom 23. Nov. 1796, in welcher bestimmt worden:

¹²⁾ Nach diesen Grundsätzen wurde eine Beschwerde über die, gegen den Antrag des Executionsfuchers, vom Untergericht beschlossene gerichtl. Besichtigung des Taxationsobjects beschieden, durch Entschl. des k. AG. von Oberfranken v. 13. Nov. 1838, Nr. 193. S. 12/1938.

¹⁾ S. Heuber's Realindex der Brandenb. Ansbach. Landes-Constitutionen. S. 139 — 142.

²⁾ Vgl. z. B. DAÖG. v. 28. Juni 1816. AGAct. G. 605/1815. AGÖ. v. 20. Oct. 1820 u. DAÖG. vom 2. Juli 1821. AGAct. A. 776¹⁹/20. AGÖ. v. 5. Mai 1824 und DAÖG. vom 19. Mai 1825. AGAct. E. 461²³/24 DAÖG. vom 26. März 1825; P. 141 von 1824/25 (AGU. P. 524²³/24); DAÖG. v. 18. Oct. 1830. Cr. 423/29. (AGAct. B. 74³⁰/31.) AGÖ. v. 27. März 1834. F. 326³³/34. AGÖ. vom 30. Aug. 1838; R. 1012³⁷/38; AGÖ. vom 20. Nov. 1838; S. 962³⁷/38.

„Daß gedachte Eheartikel, mit Ausnahme der Nr. 2' und 15' enthaltenen Dispensationsfälle, in Ansehung welcher die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts sogleich jetzt eintreten müssen, vor der Hand und bis zu Abfassung des Provinzialgesetzbuchs in voller Geseßkraft zu belassen, und alle Aenderungen der übrigen darin festgesetzten Punkte auf die Vollendung jener Arbeit auszusetzen³⁾.“

Ebensowenig sind die Ansbacher Eheartikel durch die bayerische Verordnung vom 2. Mai 1806⁴⁾ außer Wirkung gesetzt worden, indem diese Verordnung erschienen ist, ehe die Provinz Ansbach von der Krone Bayern in Besiß genommen wurde⁵⁾ und die ausgedehntere Anwendbarkeit, welche die allegirte Verordnung durch die spätere Verordnung vom 19. Juni 1807⁶⁾ erhalten hat, sich bloß auf die im §. 6 der erstern enthaltenen Bestimmungen über die Competenz, das Verfahren und die Berufungsfrist in Sponsaliensachen beschränkt⁷⁾.

³⁾ Hierüber ist ein Publikandum vom 2. December 1796 in Nr. 49 und 50 des Ansbacher Intell. Blatts vom J. 1796 erschienen.

⁴⁾ Reg. Bl. 1806, S. 175.

⁵⁾ S. Patent vom 20. Mai 1806. Reg. Bl. 1806. S. 189.

⁶⁾ Reg. Bl. 1807, S. 1082.

⁷⁾ AÖG. v. 25. Aug. 1820 und DÖG. vom 10. Jan. 1821. AÖAct. T. 780^{18/19}. AÖG. v. 29. Nov. 1828 u. DÖG. v. 20. Aug. 1831. D. 610^{28/29}. (AÖAct. F. 99^{28/29}.) S. auch das in Note 2 alleg. DÖG. v. 26. Mai 1825 u. das AÖG. v. 27. März 1834.

Zur Lehre vom Gerichtsstand der Dienstboten.

GD. I, §. 14. Ein Landmädchen, welches außerehe-
lich geboren, und darauf den Dienst einer Säug-
amme in einer benachbarten Stadt übernommen
hatte, wurde bei dem dasigen Stadtgerichte be-
langt. Diefes wies die Klage wegen Inkompetenz
zurück, und das AG. für Mittelfranken bestätigte
diesen Auspruch aus folgenden Gründen: „Die
Vorschrift der GD. I, §. 14, nach welcher die
Dienstboten den Gerichtsstand der Dienstherrschaf-
ten theilen, bezieht sich, wie aus den Anmerkun-
gen hervorgeht, auf das damalige Verhältniß
der privilegierten und eximirten Gerichtsstände zu
dem gemeinen, und war zur Anwendung auf Fälle,
wo weder ein privilegirter noch eximirter Gerichts-
stand in Frage ist, gar nicht bestimmt. Vielmehr
kömmt es zur Bestimmung des Gerichtsstandes
der Dienstboten der Regel nach darauf an, ob
anzunehmen, daß der Ort ihres Dienstes zur Zeit
der Klagstellung zugleich ihr Wohnort sey, oder
ob sie ihr Domizil an einem andern Orte haben. —
Da nun die durch Verdingung als Säugamme
herbeigeführte Entfernung von dem frühern Wohn-
orte ihrer Beschaffenheit nach nur als eine vor-
übergehende, daher nicht als ein Aufgeben des
bisherigen Domizils erscheint, so hat sich im vor-
liegenden Falle das Stadtgericht N. mit Recht
für inkompetent erklärt ¹⁾.“

¹⁾ AGC. vom 13. Nov. 1838 Z. 131^{28/29}.

Zur Lehre vom Geständnisse.

GD. XII, §. 1. Ein Geständniß, welches ein Gläubiger in Verhandlung des Concurseß abgelegt hat, ist so zu betrachten, als ob es gegenüber dem Gemeinschuldner und den andern Gläubigern erklärt worden; — und kann daher einem der letzteren, der sich in einem andern Prozesse gegen den Konfidenten darauf beruft, bei dem Dasenn der andern gesetzlichen Erfordernisse zur Erbringung vollen Beweises der fraglichen Thatfachen dienlich seyn ¹⁾. — Zu den Erfordernissen solcher Wirksamkeit gehört es, daß die Liquidation, bei deren Verhandlung die Wahrheit der Thatsache einbekannt wurde, im Verhältnisse zu dem neuerlichen Prozesse nicht als „eine ganz andre Streitsache ²⁾“ erscheint. — Es muß daher der Anspruch, von welchem es sich jetzt handelt, auch damals — wenn auch nicht als Haupt- — oder alleiniger Gegenstand — in Frage gewesen seyn. War über denselben Gegenstand auch in dem frühern Rechtsstreite — und zwar unter Betheiligung derselben Personen — wenn gleich nach einer andern Richtung — verhandelt worden, so kann man nicht sagen, daß jener im Verhältnisse zu dem gegenwärtigen Prozesse eine „ganz andre“ Streitsache sey. Z. B. in einem Concurseprozeße liquidirt der Grundherr ein rückständiges Handlohn, und zwar unter Vorbehalt der Geltendmachung desselben Anspruchs gegen ei-

1) AGG. v. 29. Sept. 1838. F. 1053²¹/35.

2) GD. XII, §. 1, Nr. 7.

nen Dritten, als Theilhaber des Eridars bei dem fraglichen Gutskaufe. Dieser Dritte liquidirt in derselben Gant Forderungen aus dem bezeichneten Societätsverhältnisse, insbesondere die ihm eventuell, wenn er dem Grundherrn das volle Handelslohn zu zahlen angehalten werden sollte, von Seite des Eridars gebührende Vergütung der Hälfte. — In der deßfalligen Geschichtserzählung legt er über seine Theilnahme an dem fraglichen Gutskaufe — ein bündiges Geständniß ab. — Der Grundherr, in dem Concurse wegen Mangels gehöriger Liquidation abgewiesen, klagt nun das rückständige Handelslohn gegen den bezeichneten Theilhaber ein, welcher jetzt seine Theilnahme in Abrede stellt. — Wird nun zum Beweise der abgeleugneten Thatsache auf das im erwähnten Concurse, bei dessen Verhandlung der Grundherr als Liquidant Parthei war, abgelegte Geständniß Bezug genommen, so läßt sich dagegen nicht einwenden, daß solches „in einer ganz andern Streitsache“ abgelegt worden sey.

Von der provocatio ex lege Diffamari als possessor. Rechtsmittel.

1) Wenn zwei Personen, jede für sich ausschließend, dasselbe Recht auf die Sache eines Dritten in Anspruch nehmen, so kann es nicht Aufgabe des Provokationsprozesses seyn, auszumitteln, wem das fragliche Recht wirklich zustehe; diese Aufgabe ist in dem Hauptprozesse zu lösen, und die Provokation soll nur die alsbaldige Er-

hebung des Hauptprozesses herbeiführen. Dagegen ist es

2) Aufgabe des Provokationsverfahrens, festzustellen, wer in dem Hauptprozeß die Rolle des Klägers, wer die des Beklagten haben soll. — Die Entscheidung hierüber hängt

3) davon ab, wer von beiden sich im Besitze des fraglichen Rechtes befinde; also liegt es allerdings in der Sphäre des Provokationsprozesses, auszumitteln, wer jetzt Besitzer sey. — Wenn

4) der Eine von beiden das Recht, in dessen Besitze sich der Andre befindet, für sich in Anspruch nimmt, so liegt darin ein Angriff, welcher zur Provokation Anlaß geben kann; die Aeußerung jenes Anspruchs enthält die Verühmung:

„was du faktisch hast, gebühret rechtlich mir, ich bin rechtlich im Stande, die Aufhebung dieses faktischen Zustandes zu meinem Vortheil zu erwirken.“

5) Die Voraussetzung dieses Falles der provocatio ex lege Diffamari ist, daß der Provokant sich im Besitze des fraglichen Rechtes befinde; derselbe hat diese Voraussetzung zu behaupten, und, wenn der Gegner sie leugnet, summarisch zu beweisen ¹⁾).

Zur Lehre von der Geschichtserzählung.

GD. VI, Die Geschichte ist, so bei Klagen, wie §. 7. nr. 2. bei Einreden, rein, deutlich und kurz,

¹⁾ Vgl. die Rechtsache F. 566²⁸/37. Vgl. Blätter für RA. Bd. 1, S. 124 f.

jedoch mit Anführung aller erforderlichen Umstände vorzutragen. Niemals kann es genügen, den nackten Rechtsbegriff anzuführen, z. B. der Beklagte hat sich eines beleidigenden Schimpfwortes gegen mich bedient, er hat mich realiter injuriert; vielmehr muß überall ein konkretes Faktum erzählt werden, und dieses alle Umstände darlegen, welche zur Begründung des geltendgemachten Rechtes erforderlich sind. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob, wenn Willenshandlungen oder überhaupt mündliche oder schriftliche Äußerungen einer Person den Grund der Klage oder Einrede bilden, die fraglichen Äußerungen immer wörtlich genau vorgetragen werden müßten; vielmehr ist dies nur in jenen Fällen erforderlich, wo es sich davon handelt, gebrauchte Worte unmittelbar unter das Gesetz zu subsumiren, nicht aber, wo es gilt, die rechtlichen Folgen der mit den Worten ausgedrückten Sache, der darin liegenden Handlung, des juristischen Inhalts der Äußerung geltend zu machen. Wenn ich wegen vom Beklagten gegen mich gebrauchter Schimpfworte Klage erhebe, so muß ich freilich gerade die Schimpfworte anführen, deren sich mein Gegner bedient haben soll; wo hingegen es bei Klagen aus Verträgen und lechtwilligen Verordnungen genügt, die Bestimmungen, welche den Inhalt des Vertrages oder der lechtwilligen Verfügung ausmachen, und welche mein Recht begründen sollen, deutlich zu bezeichnen, ohne daß es darauf ankommt, dieselben Worte anzuführen, in welchen das zweiseitige Geschäft verabredet oder das Vermächtniß angeordnet worden.

Eben so wenig ist ein wörtliches Anführen erforderlich, wenn die Injurienklage wegen einer ehrenfränkenden Nachrede erhoben wird; der entscheidende Umstand besteht hier darin, was nachgeredet worden, nicht aber in den einzelnen Worten und Ausdrücken, welche dabei gebraucht wurden ¹⁾.

Vom Gerichtsstande der Nachklage.

Die Nachklage, mittelst welcher der im Executivprozeß verurtheilte Beklagte seine Einreden, womit er ad separatum verwiesen wurde, geltend zu machen sucht, gehört vor dasjenige Gericht, bei welchem der Executivprozeß anhängig war, denn es besteht in Ansehung des Streitobjects eine Connerxität. Durch das Urtheil im Executivprozeß wurde bloß ein provisorischer Zustand festgesetzt, der erst durch die Verhandlung und Entscheidung der Nachklage definitiv erledigt werden soll ¹⁾.

Es ist auch dem gem. Prozeß angemessen, daß die Nachklage, wodurch die im Executivprozeß ad separatum verwiesenen Einreden verfolgt werden, vor das Gericht gehört, wo der Executivprozeß anhängig war ²⁾.

Die Nachklage (*Reconventio impropria*)

¹⁾ AGG. vom 5. Okt. 1838 H. 741^{37/38}.

²⁾ Gönner Handb. d. Proz. Bd. IV, Abh. 77, §. 4, S. 198.

³⁾ Anorre Anleit. zum gerichtl. Prozeß. Buch II, Hauptstück V., §. 1, Note b, S. 416.

hat mit der Wiederklage wenigstens die Wirkung der Prorogation des Gerichtsstandes gemein³⁾).

Diese Wirkung ist der Nachklage mit Hinsicht auf Cod. jud. VIII, §. 1, Nr. 6 um so weniger abzusprechen, da die Einreden, auf welche die Nachklage gegründet wird, lediglich zu Folge der eigenthümlichen Natur des Executivprocesses ad separatum verwiesen werden mußten, und nicht gleichzeitig mit der Vorklage ihre Erledigung finden konnten, was hätte geschehen müssen, wenn im gewöhnlichen Prozesse verfahren worden wäre⁴⁾).

³⁾ Gluck Pand. Comment. III, § 204, S. 239.

⁴⁾ AÖG. v. 14. Okt. 1834. L. 261³¹/32.

Zur Nachricht.

Der Unterzeichnete wird von vielen Seiten an die Fortsetzung seines Commentars zur Gerichtsordnung gemahnt, und sieht sich dadurch zu folgender Erklärung veranlaßt: — die bisherige Unterbrechung war eine unfreiwillige; körperliche Leiden, von welchen ich seit 3 Jahren ununterbrochen heimgesucht war und noch bin, machten es mir unmöglich, in der Bearbeitung des Werkes fortzufahren. Indessen lassen mich die Aerzte Wiederherstellung hoffen; die zur Erreichung dieses Zieles geeigneten Schritte sind gethan; in Erwartung eines günstigen Erfolges kann ich heute nur die Versicherung geben, daß ich keinen andern Ehrgeiz hege, als durch die Vollendung des bezeichneten Werkes meinem Vaterlande einen nützlichen Dienst zu leisten.

Eichstädt, den 22. Dez. 1838.

Seuffert.

B l ä t t e r
f ü r
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 3. Samstag, den 2. Febr. 1839.

**Zur Lehre von der Nullität wegen Mangels der
Citation.**

*Es rede, wer gehört seyn will, bestimmt und klug;
Unsichre Meinungen hat Jeder selbst genug.*

GD. XVI, An diesen Spruch wurde der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes erinnert, als er vor Kurzem durch eine Berufsarbeit veranlaßt wurde, die Rechtslehre von der unheilbaren Richtigkeit wegen Mangels der Citation zur Aufgabe seines Nachdenkens zu machen, und Alles, was seine Bibliothek über den Begriff des „insanabilis defectus aus den substantialibus processus“ darbieten mochte, nachzulesen und zu prüfen. — Das Ergebnis der Prüfung war: „Unter dem Mangel der Citation, welcher eine unheilbare Nullität verursacht, sind bloße Verkürzungen des rechtlichen Gehörs nicht begriffen, sondern nur die gänzliche Entziehung desselben ist darunter zu verstehen.“ — Dafür spricht

a) der Wortlaut der in Frage befindlichen Stelle der Gerichtsordnung:

„Eine Sentenz, welche aus Mangel der Citation oder Jurisdiction mit unheilbarer Nullität behaftet ist, erwächst niemals in rem judicatam.“

— insbesondere ist es die Zusammenstellung mit dem Mangel der Jurisdiction, welche für den bezeichneten Sinn entscheidet.

Hätte der Gesetzgeber bloße Verkürzungen des rechtlichen Gehörs zum Grunde unheilbarer Nichtigkeit machen wollen, so würde die fragliche Stelle etwa so lauten:

„aus Mangel der Jurisdiction oder aus einem Mangel einer Citation.“

In der Fassung aber, wie sie wirklich vorliegt, kann unter dem Worte „Mangel“ nicht eine bloße Mangelhaftigkeit, sondern nur ein gänzliches Ermangeln, unter dem Ausdrucke „der Citation“ nur das rechtliche Gehör überhaupt, nicht irgend eine im Laufe des Verfahrens vorgekommene Ladung verstanden werden. — Dafür spricht auch

b) die Natur der Sache. War der Verkürzte vom rechtlichen Gehöre nicht gänzlich ausgeschlossen, vielmehr in der Lage durch Demonstration, Verwahrung oder Beschwerdeführung zu rechter Zeit — entweder den fraglichen Nachtheil sofort abzuwenden, oder doch die künftige Abhülfe durch den Oberrichter sichern zu können, so ist kein Grund vorhanden, demselben mit dem außerordentlichen Rechtsmittel an die Hand zu gehen. — Es würde auch zu ungereimten Resultaten führen und die Verewigung der Prozesse zur Folge haben, wenn man bloßen Verkürzungen des rechtlichen Gehörs die Wirkung beimessen wollte, daß

daraus eine unheilbare Nichtigkeit entstehe, die darauf folgende Sentenz der Rechtskraft unfähig sey, und 30 Jahre lang der Anfechtung unterliege.

c) Es läßt sich nicht behaupten, daß der Ausdruck „defectus citationis“ nach der hergebrachten Terminologie auch bloße Verkürzungen des rechtlichen Gehörs umfasse. Vielmehr wurde in der Zeit des Ursprungs der technischen Ausdrücke insbesondere auch von dem für die Dogmengeschichte dieser Materie höchst wichtigen Vantius¹⁾ zwischen der Nullität ex defectu citationis, und den Nullitäten ex defectu processus sive ordinis judicarii sehr bestimmt unterschieden.

d) Zur Erläuterung der fraglichen Geseßstelle wird in Kreittmayr's Anmerkungen auf Baron Schmid's Semicent. controvers. I, Nr. VI, 6, 7 verwiesen. — Hier ist die Ansicht, daß der defectus citationis nur in gänzlicher Entziehung des rechtlichen Gehörs bestehe, geradezu ausgesprochen:

„Saepius conclusum est, etiam sententiam nullam vires rei judicatae accipere, si ab ea legitimo tempore non fuerit appellatum, duabus tantum nullitatibus exceptis: Prima, quae oritur ex defectu citationis, utpote (wenn nämlich) si quis condemnatur, nec citatus, nec auditus.“

Uebereinstimmend ist auch

¹⁾ Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum. Tit. II, §. 6, 7, 8, vgl. Tit. XII, XIII. — S. auch Linde in der Giesener Zeitschrift Bd. XII, S. 55.

c) die Bestimmung des jüngsten Reichsabschieds über den „insanabilis defectus aus den substantialibus des processus,“ zu deren Erläuterung das conclusum des Fürstenraths vom 12/23. April 1654 dient ²⁾. Nach diesem ist ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das jus naturale laufend, und den nullitatibus juris positivi zu machen, so daß nur jene die querela nullitatis insanabilis begründen. Aus dem jus naturale läßt sich aber nur die Nothwendigkeit des rechtlichen Gehörs überhaupt ableiten, das Mehr oder Minder, das Wie und Wann ist lediglich Sache des positiven Rechts ³⁾.

²⁾ v. Melern Acta Comit. Ratisbon. Th. II, S. 657. Vgl. Gönnner im Handb. ed. II, Bd. III, .402—3.

³⁾ Bayer in' den Vorlesungen über den ordentlichen Prozeß S. 521 lehrt — (minder scharf und erschöpfend, als zu wünschen wäre): „Welche Formen zu den schon nach der Natur der Sache nothwendigen, welche nur zu den positiven zu zählen seyen, muß aus der Beschaffenheit der einzelnen prozessualischen Handlungen beurtheilt werden. — Vollständiges Gehör der Parthelen gehört auf jeden Fall in die erste Klasse....“ Was ist vollständiges Gehör? — Wenn in der Replik nichts Neues in facto, wohl aber eine umfassende Rechtsausführung zur Begründung der Klage und Entkräftung der Einreden vorgetragen werden, und nun der Richter, den Beklagten ohne genügenden Grund mit der Duplik' ausschließend, das Urtheil gefällt hat, so ist diesem Urtheil vollständiges Gehör des Beklagten nicht vorhergegangen. Ich bezweifle aber, ob Bayer selbst das fragliche Urtheil für unheilbar nichtig, und damit alle darauf folgenden Verhandlungen des etwaigen Beweisverfahrens, ohne auf die Unterlassung der Ergreifung des ordentlichen Rechtsmittels ein Gewicht zu legen, — nicht minder die darauf gebaute Definitivsentenz — für gleichermaßen nichtig erklären möchte? — Die Abhandlungen von Gesterding, v. Röder, Linde führen eben so wenig, als Bayer, auf sichern Boden.

Hierzu kommen nun noch

f) die Vorschriften der neuern vaterländischen Prozeßgesetze, nach welchen prozeßleitende Dekrete und Zwischenbescheide, also gerade diejenigen Verfügungen, durch welche Verkürzungen des rechtlichen Gehörs zugefügt zu werden pflegen, in Ermangelung rechtzeitiger Verwahrung vollen Rechtsbestand erlangen ⁴⁾, und im Falle der rechtzeitig geschehenen Verwahrung Gegenstand einer (der *querela nullitatis sanabilis* analogen) Beschwerde werden können, welche seiner Zeit mit der gegen das künftige Urtheil zu ergreifenden Berufung zu verbinden ist ⁵⁾. Durch diese Vorschriften ist es außer Zweifel gesetzt, daß bloße Verkürzungen des rechtlichen Gehörs im Laufe des Verfahrens nicht in das Gebiet der *querela nullitatis insanabilis* gehören; diese ist vielmehr ausschließend der Beurtheilung ohne alles rechtliche Gehör vorbehalten.

Als gewichtige Auktorität für diese Ansicht ist

g) noch v. Stürzer zu erwähnen, welcher derselben in seinem, an schätzbaren Einzelheiten sehr reichen, aber bei der Herausgabe leider arg verunstalteten *opus posthumum* ⁶⁾, unumwunden beipflichtet.

⁴⁾ Gönner Komm. zur Novelle von 1819, S. 277 ff. Novelle vom 17. Nov. 1837, §. 53, Nr. 3.

⁵⁾ Nov. vom 22. Juli 1819, §. 18 ff.; Nov. v. 17. Nov. 1837, §§. 51—3.

⁶⁾ Theoretisch-prakt. Bemerkungen zum dormaligen bayer. Civilgerichtsverfahren S. 827.

Ueber das Verhältniß des preuss. Landrechts
zur bayr. G.O. bezüglich der einen nothwendigen
Eid begründenden gesetzlichen Vermuthungen in
Schwängerungssachen.

Bei Klagsachen wegen außerehelicher Schwängerung sucht der Verklagte sein Heil gewöhnlich darin, daß er den Beischlaf mit der Klägerin läugnet und es darauf ankommen läßt, ob sie werde beweisen können, daß er zur kritischen Zeit mit ihr zu thun gehabt habe.

Selten wird es der Klägerin gelingen, einen vollständigen Beweis hierüber durch Zeugen oder Urkunden aufzubringen. In der Regel muß ein künstlicher Beweis durch Vermuthungen versucht, oder zur Eideszuschiebung die Zuflucht genommen und im letztern Fall der Ausgang des Processes von der Gewissenhaftigkeit des Verklagten abhängig gemacht werden.

In Berücksichtigung der Schwierigkeit der Beweisführung in solchen Processen sind im preuss. Landrecht Th. II, Tit. 1, Abschn. XI, §. 1104 ff. bestimmte Vorschriften gegeben, welche, in sofern die Entscheidung der Sache von einer Eidesleistung abhängt, auf folgenden Regeln beruhen:

1) Im Mangel eines vollständigen Beweises soll allemal eher auf einen nothwendigen, als auf einen zugeschobenen Eid erkannt werden, und letzterer nur in solchen Fällen statt finden, wo keine Vermuthungen, welche den Richter zu einem nothwendigen Eide bestimmen können, vorhanden sind. (§. 1104 u. 1105.)

2) Ob die Klägerin zum Erfüllungs-

der Beklagte zum Reinigungsseide zuzulassen sey, bleibt hauptsächlich dem richterlichen Ermessen, nach den wegen der nothwendigen Eide überhaupt gegebenen Anweisungen, vorbehalten. (§. 1106.)

Doch soll der Richter dabei auf die in den nachfolgenden §§. aufgestellten gesetzlichen Vermuthungen, sofern sie nicht durch andere besondere Umstände entkräftet werden, vorzügliche Rücksicht nehmen. (§. 1107.)

In diesen Gesetzstellen sind gewisse Fälle bestimmt, in welchen eher auf den Erfüllungs- als auf den Reinigungsseid erkannt, (§. 1108 — 1112, 1121 u. 1122) und wieder andere, in welchen der Verklagte vorzugsweise zum Reinigungsseide zugelassen werden soll. (§. 1113 — 1117, 1124 — 1126.)

3) Ist wegen der gegen beide Theile vorhandenen gesetzlichen Vermuthungen das Erkenntniß zwischen dem Erfüllungs- und Reinigungsseid zweifelhaft, so ist allemal eher auf ersteren, als auf letzteren zu erkennen. (§. 1118.)

Diese Vorschriften des preuß. Landrechts sind hauptsächlich auf die der preuß. O.D. zu Grunde liegende Untersuchungs-Maxime berechnet, und da an deren Stelle in den vormalig preussischen Gebiets-theilen des Königreichs Bayern, die auf der Verhandlungsmaxime beruhende baier. O.D. getreten ist, so haben sich in der Praxis schon zuweilen Zweifel darüber erhoben, ob jene Vorschriften des preuß. Landrechts überhaupt noch anwendbar und nicht vielmehr durch die Einführung der bayerischen O.D. für aufgehoben zu betrachten seyen und daher die letztern, bei der Entscheidung, ob der Erfüllungs- oder Reinigungsseid einzutreten

ten habe, ausschließlich zur Richtschnur genommen werden müsse?

Diese Zweifel können jedoch für gegründet nicht erachtet werden und die Behauptung, daß lediglich die bayer. GD., ohne Berücksichtigung jener landrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung komme, wurde in einigen zur oberstrichterlichen Entscheidung gekommenen Fällen von dem I. Obergerichtsgerichte geradezu für irrig und unrichtig erklärt¹⁾.

In Ansehung der Beweislast, der Art der Beweisführung und Beweis kraft der gebrauchten Mittel kommen zwar zunächst die Vorschriften der GD. in Anwendung; wenn sich aber über die Art der Beweisführung in den Civilrechtsgesetzen für einzelne Rechtsverhältnisse besondere Vorschriften finden, wodurch die allgemeinen Regeln der GD. ergänzt oder modificirt werden, so hat der Richter dergleichen besondere Vorschriften ebenfalls zu berücksichtigen²⁾.

Dergleichen Fälle enthält namentlich auch das bayerische Landrecht, z. B. von dem Beweise der Pfandschaft³⁾, von der Probe bei der *condictio indebiti*⁴⁾, bei der *Querela non numeratae pecuniae*⁵⁾, vom Beweise der Zahlung durch Muthmaßungen⁶⁾, von der Probe in Injurien

1) DAGE. vom 18. Okt. 1825 (AGMtt. S. 10²¹/21.)
— v. 13. Jan. 1827 (AGMtt. F. 299²²/23.)

2) Seuffert Comment. zur GD. Bd. 1, Kap. 2, §. 2, Nr. 4, S. 262.

3) Cod. civ. bay. II, 6, §. 23.

4) Ibid. IV, 13, §. 6. 5) Ibid. IV, 11, §. 7, nr. 4.

6) Ibid. IV, 14, §. 13.

sachen⁷⁾. — Schwerlich wird es einem Richter beifallen, der einen Rechtsfall aus einer dieser Rechtsmaterien nach bayerischem Rechte zu entscheiden hat, von den über die Art der Beweisführung bestehenden Vorschriften des materiellen Rechts Umgang zu nehmen und sich bloß an die G.D. zu halten.

Ueberdies steht das pr. Landr. dadurch, daß es in Schwängerungsklagsachen auch durch Vermuthungen eine Beweisführung, auf deren Grund ein nothwendiger Eid einzutreten hat, gestattet, im Allgemeinen mit der bayer. G.D. nicht im Widerspruche, vielmehr im Einklange, indem letztere ebenfalls einen Beweis durch Muthmaßungen gestattet und es dem richterlichen Ermessen überläßt, auf den Grund faktischer oder einfacher gesetzlicher Vermuthungen, gestalten Dingen nach, auf den Erfüllungs- oder Reinigungs Eid zu sprechen⁸⁾. Die Bestimmung derjenigen faktischen Verhältnisse, welche, wenn sie erwiesen sind, eine Rechtsvermuthung begründen sollen, durch welche in gewissen bestimmten Fällen die Beweisführung erleichtert werde, gehört aber vorzugsweise dem materiellen Rechte an und ist nicht Aufgabe der Civilprozeßgesetzgebung⁹⁾. Die G.D. bestimmt daher auch die Fälle, in welchen gesetzliche Vermuthungen eintreten, nicht speziell und verweist hierdurch von selbst auf das materielle Recht.

⁷⁾ Ibid. IV, 17, §. 8 u. 9.

⁸⁾ Cod. jud. XII, §. 2, Nr. 1 — 3.

⁹⁾ Vgl. Glüß Pand. Comment. Bd. XXI, §. 1144, S. 229. Weber v. d. Beweisführung S. 113, 115, 116. Martin Lehrb. d. Proß. §. 133. Linde Lehrb. d. Proß. §. 255.

Selbst als bloße Prozeßgesetze betrachtet, müssen die in Frage stehenden Bestimmungen des pr. Landrechts, in Gemäßheit des allerh. Rescriptes vom 29. Nov. 1810¹⁰⁾, als noch gültig und anwendbar angesehen werden, da in diesem Rescripte verordnet ist, daß in Gegenständen, welche mit den dem preuß. Landrechte eigenthümlichen Rechts-Instituten und Grundsätzen im wesentlichen Zusammenhange stehen, die preuß. Prozeßgesetze noch ferner zur Anwendung kommen sollen. Zu diesen Gegenständen gehören ganz besonders die Klagen wegen außerehelicher Schwängerung und Vaterschaft, denn die Bestimmungen über die Beweisführung bei dergleichen Rechtsachen stehen mit der ganzen Materie in dem innigsten und unzertrennlichsten Zusammenhange, zumal da die Vorschriften über Entschädigung der Geschwächten und Verpflegung der außerehelichen Kinder von dem Gesetzgeber als Vorbeugungsmittel gegen den Kindermord beabsichtigt und für diesen Zweck die zur Erleichterung der Beweisführung dienlichen Bestimmungen gegeben wurden¹¹⁾.

Dem Allen zu Folge kann in Schwängerungssachen, welche nach preuß. Recht zu beurtheilen sind, wenn es sich davon handelt, ob der Erfüllungs- oder Reinigungs Eid statt finde, nicht die bayer. GD. allein und ausschließlich zur Entscheidungsquelle genommen werden, sondern es müssen hiebei auch die hierauf bezüglichen Vorschriften des preuß. Landrechts zur Richtschnur dienen, und das Verhält-

¹⁰⁾ Novellen zur bayer. GD. Bd. I. S. 25.

¹¹⁾ Preuß. Landr. II, 20. §. 888 ff.

niß beider Gesetzgebungen bestimmt sich dahin, daß erstere nur in formeller, letzteres aber in materieller Hinsicht zur Anwendung zu bringen ist¹²⁾.

In so weit das Landr. selbst dem Richter auf die wegen der nothwendigen Eide überhaupt gegebenen Anweisungen, d. h. auf die prozessualischen Vorschriften im Allgemeinen hinweist, (§. 1106) kommen nunmehr die Bestimmungen der bayer. OD. zur Anwendung. S. z. B. kann der Richter jetzt nicht mehr, wie nach der preuß. OD., den Erfüllungseid von Amtswegen auslegen, sondern nur wenn sich der Beweisführer zu diesem Eid ausdrücklich erboten hat. Desgleichen hat die Prüfung, ob die faktischen Verhältnisse, welche eine die Zulassung eines nothwendigen Eides bedingende gesetzliche Vermuthung nach dem Landrechte begründen, gehörig bewiesen sind, nach der bayer. OD. zu geschehen.

In Ansehung der Frage aber, welche faktische Verhältnisse falls sie erwiesen sind, eine Rechtsvermuthung begründen und zwar in der Art, daß die Klägerin zum Erfüllungseid oder der Verklagte zum Reinigungseid zuzulassen sey, hat sich der Richter streng an die Vorschriften des preuß. Landr. zu halten. Eben so muß, wenn die Entscheidung

¹²⁾ Nach dieser Ansicht ist in vielen Fällen von dem AG. des ehemal. Regatkr. und dem k. DAG. erkannt worden. Vgl. AGC. v. 26. Febr. 1821. O. 254²⁰/21. — v. 7. Jan. 1825. L. 36²⁴/25. — v. 27. Juli 1828. D. 681²⁷/28. — v. 10. Oct. 1828. R. 857²⁷/28. — v. 16. Jan. 1829. R. 908²⁷/28. bestät. durch DAGC. v. 23. Dec. 1829. E. 1053²⁸/29. DAGC. v. 8. Mai 1829. H. 62²⁸/29. AGAct. G. 451²⁷/28. AGC. v. 20. Mai 1834. G. 266³³/34. S. auch Note 1.

zwischen beiden Eiden zweifelhaft ist, der, mit der G.D. XIII. §. 3 Nr. 8 collidirenden Bestimmung des preuß. Rechts (II, 1. §. 1118), wonach eher auf den Erfüllungs Eid zu erkennen ist, als dem speziellen und singulären, aus besonderer Rücksicht für das konkrete Rechtsverhältniß gegebenen Gesetze, der Vorrang eingeräumt werden.

Was endlich die oben angeführte erste Regel anbelangt, wonach eher auf einen nothwendigen als auf einen zugeschobenen Eid erkannt werden soll, so kann sie nur in dem Fall zur Anwendung kommen, wenn die Eidesdelation als eventuelles Beweismittel gebraucht wird und hierin steht die Bestimmung des Landrechts mit den Grundsätzen des Prozesses ohnehin im Einklange, nach welchen die eventuelle Eidesdelation unberücksichtigt bleibt, wenn nach dem Resultate des primären Beweises auf einen nothwendigen Eid zu erkennen ist¹³⁾.

Zur Lehre von der Berufungssumme.

— et adhuc sub iudice lis est.

In Nr. 1 des heurigen Regierungsblattes ist folgender Plenarbeschuß des k. Oberappellationsgerichts verkündet worden:

„In dem Falle, wo eine Berufung wegen Mangels der Appellationssumme von einer Mittelinanz abgewiesen wurde, ist eine Be-

¹³⁾ Gönner's Handb. des Prozesses. Bd. II. Abh. L. §. 6. S. 524. Vgl. auch die Prozeßnovelle. v. 17. Nov. 1837. §. 42.

schwerde an den obersten Gerichtshof nur dann zulässig, wenn die zur Berufung dahin erforderliche Summe vorhanden ist.“

Dieser Beschluß, zur Entscheidung einer Kontroverse bestimmt, ist selbst wieder Gegenstand verschiedener Auslegung geworden. Während die Einen die Worte:

„die zur Berufung dahin erforderliche Summe“ von der zu Berufungen an die dritte Instanz erforderlichen Summe (300 resp. 600 fl.) verstehen, werden solche von Andern in der Art gedeutet, daß die fragliche Beschwerdeführung, als Berufung gegen ein oberrichterliches Erkenntniß erster Instanz, an das Daseyn einer Beschwerdesumme von 100 fl. gebunden sei.

Für die erste der beiden Meinungen sprechen folgende Gründe:

a) Es handelt sich hier von einer Berufung an den obersten Gerichtshof, nachdem bereits zwei Instanzen in der Sache erkannt haben; daher scheint man annehmen zu müssen, daß der oberste Gerichtshof hier als dritte Instanz angegangen werde.

b) In dem Plenarbeschlusse selbst ist der Ausspruch über den Mangel der Berufungssumme als ein Erkenntniß der „Mittelinstantz“ bezeichnet, wornach zu vermuthen ist, daß die Berufung gegen dieses Erkenntniß als Oberberufung (Revision) aufgefaßt wurde.

c) In Nr. 3 der Motive des Plenarbeschlusses ist unter Anderem auch auf den Landtagsabschied vom 28. Dez. 1831 Nr. III, 8 Bezug genommen. Diese Gesetzstelle spricht aber nur von der Be-

schwerdesumme bei Berufungen an die dritte Instanz (300 resp. 600 fl.) ohne den Fall der Beschwerdeführung gegen ein oberrichterliches Erkenntniß erster Instanz zu erwähnen.

Für die zweite Meinung streiten hingegen folgende Erwägungen:

a) Es handelt sich bei den in Frage befindlichen Beschwerdeführungen lediglich von dem Daseyn oder Mangel der zur Berufung an das Obergericht erforderlichen Summe. Dieser Streitpunkt liegt außer der Kompetenz des Untergerichts; er kann erst bei dem Obergericht zur Entscheidung kommen; dieses erkennt darüber als erste Instanz; daher kann die Beschwerdeführung gegen dieses Erkenntniß nicht als Berufung an die dritte Instanz aufgefaßt werden.

b) Die gesetzlichen Bestimmungen über die zu Berufungen an die dritte Instanz erforderliche Summe unterscheiden, ob die Erkenntnisse der vorigen Instanzen difform oder gleichlautend waren. Diese Unterscheidung setzt voraus, daß die Aufgabe der Entscheidungen erster und zweiter Instanz identisch war; sie würde gar keinen Sinn haben, wenn man ihr einen Fall unterstellen wollte, in welchem der Oberrichter über etwas ganz anderes zu erkennen hatte, als in dem unterrichterlichen Urtheile enthalten ist. Wenn nun der Unterrichter über die Materialien der Sache erkennt, der Oberrichter lediglich über das Daseyn der Berufungssumme geurtheilt hat, so hatten sie in der That ganz verschiedene Aufgaben zu lösen, und es kann die Frage, ob die beiden Urtheile difform oder gleichlautend seyen, gar

nicht aufgeworfen werden ¹⁾). Daher würde man obigem Plenarbeschlusse eine arge Verkehrtheit beimessen, wenn man in den Worten:

„die zur Berufung dahin erforderliche Summe“ eine Bezugnahme auf die Gesetzesvorschrift finden wollte, welcher die Unterscheidung der Fälle, diffformer oder gleichlautender Erkenntnisse der vorigen Instanzen zu Grunde liegt.

c) der in dem Plenarbeschlusse gebrauchte Ausdruck „Mittelinstanz“ hat keine besondere Bedeutung. Da es sich von Fällen handelt, in welchen früher das Untergericht gesprochen hat, und nun der oberste Gerichtshof angegangen werden soll, so mochte das Obergericht unbedenklich als Mittelinstanz bezeichnet werden. — Das Allegat des Landtagsabschieds von 1831 erklärt sich daraus, daß man die voranstehende Verordnung vom 16. Aug. 1779 nicht anführen wollte, ohne die theilweise Abänderung des Inhalts dieser Verordnung durch spätere Gesetze zugleich anzudeuten.

Für die zweite Meinung, welche wir für die richtige halten, liegt uns auch ein älteres obersterichterliches Präjudiz vor, auf welches im III B. dieser Zeitschrift S. 364 Bezug genommen ist.

Jedenfalls ist zu beklagen, daß obiger Plenarbeschlusse nicht bestimmter gefaßt ist. Unter den Mitgliedern des obersten Gerichtshofes wird wohl darüber, welches der richtige Sinn sey, kein Zweifel obwalten. — Aber man bedenke die Lage des

¹⁾ Gleichlautend ist = bestätigend, diffform = abändernd; — durch eine Abweisung wegen Mangels der Summe wird weder bestätigt noch abgeändert.

48 Einrede, den Inhalt der Urkunde nicht zu kennen.

Anwalt, der in den Fall einer solchen Beschwerde kommt, und es darauf wagen soll, in eine Geldstrafe von 10 bis 50 Gulden verurtheilt zu werden!

Zur Lehre von der Einrede, den Inhalt der Urkunden, die man unterschrieben, nicht gekannt zu haben.

GD. XI, §. 8. Es ist unzulässig, bei der Diffession
nr. 5. einer Urkunde die Unterschrift vom Inhalte derselben zu trennen. Jedoch ist es nach Kreittmayr's Anmerkungen zur angeführten Stelle der GD. — zum Zwecke der Entkräftung der Urkunde dienlich, wenn der Produkt beweisen kann, daß er unterschrieben, ohne von dem Inhalte Einsicht genommen zu haben. Die Anwendung dieses Rechtsfages kam in einem Falle zur Anwendung, in welchem der Klage aus einer von beiden Eheleuten unterzeichneten Urkunde der Einwand entgegengesetzt war, die Frau habe unterzeichnet, ohne den Inhalt gekannt zu haben. — Der erwähnte Einwand wurde verworfen. „Wenn wirklich, sagen die Entscheidungsgründe, die Ehefrau der Unterschrift ihres Ehemannes die ihrige beigefügt hätte, ohne von dem Inhalte der Urkunde selbst Einsicht genommen zu haben, so könnte dies nicht anders gedeutet werden, als daß sie Alles, was ihr Ehemann mit dem Verkäufer verabredete, vertrauensvoll ohne Prüfung des Einzelnen habe genehmigen wollen; ein Mangel des Konsenses von ihrer Seite wäre deswegen nicht anzunehmen ¹⁾.“

¹⁾ ABG. vom 23. Okt. 1838 K. 1097³⁷/₃₈.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 4. Samstag, den 16. Febr. 1839.

Zur Lehre von der Kollision der Gläubiger,
hinsichtlich der Befriedigung durch Immission
in Gehaltstheile.

In Nr. 5, S. 76 — 8, Bd. III dieser Blätter ist gezeigt worden, daß eine Geltendmachung von Vorzugsrechten, um vor andern Gläubigern aus abgetretenen Gehaltstheilen befriedigt zu werden, außer dem Falle des allgemeinen Concurseß nicht statthinde. — Eben so wenig ist dem Antrage auf Ko-Immission stattzugeben, wenn nämlich ein Gläubiger verhältnißmäßige Partizipation an den Gehaltsbezügen, in welche ein Anderer bereits früher durch richterliches Dekret eingewiesen worden, auf dem Grunde gleicher Berechtigung außer dem Concurse in Anspruch nimmt. In Kollisionsfällen solcher Art entscheidet lediglich der allgemeine Grundsatz ¹⁾: *melior est condi-*

¹⁾ Derselbe ruht in der Natur der Sache; wo kein Recht besteht, dem Andern, was er hat, zu nehmen, so behält dieser, was er hat. — Vgl. Mühlendruck Lehrb. des PandR. Bd. I, §. 169. Schweppe Röm. Privatrecht ed. IV, Bd. I, S. 346 (§. 160.)

tio occupantis; occupare autem videtur, qui prior ad sententiam judicis pervenit ²⁾ d. h. wer durch richterliche Verfügung vor dem Andern in die fraglichen Gehaltsbezüge eingewiesen worden. — Ist die Einweisung im einzelnen Falle nicht auf einzelne bestimmte Zahlungstermine, z. B. auf die Gehaltsraten der nächsten Monate, ausdrücklich beschränkt, so ist anzunehmen, daß sie auf so lange wirken soll, bis der eingewiesene Gläubiger mit der im richterlichen Dekrete bezeichneten Summe befriedigt ist. Durch die Einweisung geschieht daher die Occupation — in obigem Sinne — nicht bloß für die nächstfällige Gehaltsrate, sondern auch für die folgenden Bezüge auf so lange, bis die eingewiesene Forderung völlig getilgt ist. — Mag gleich der andere Gläubiger, welcher später die Ko-Immision beantragt — nach den Bestimmungen der Prioritätsordnung — ein gleiches oder gar ein besseres Recht haben; — außer dem Concourse kann die Klassifikation der Prioritätsordnung nicht geltend gemacht, daher auf dem Grunde derselben kein Gläubiger aus dem faktischen Zustande, welchen er bereits errungen hat, ganz oder theilweise verdrängt werden ³⁾.

Nach dieser Ansicht hat der oberste Gerichtshof in einem in v. Duprel's Sammlung Bd. III,

²⁾ Vgl. fr. 14 pr. de noxal. act. (9, 4); fr. 3 quod cum eo, qui in aliena pot. (14, 5) fr. 10 de pecul. (15, 1); fr. 4 de in rem verso (15, 3); fr. 19 de re jud. (42, 1).

³⁾ Von Fällen, in welchen etwa die Verdrängung aus dem Standpunkte der actio Pauliana versucht wird, ist hier nicht die Rede. S. Bl. für R. Bd. III, S. 193 ff.

§. 88 — 90 mitgetheilten Erkenntnisse, und erst neuerdings das UG. für Mittelfranken ⁴⁾ entschieden.

Uebereinstimmend hat sich auch Bett ⁵⁾ — unter Bezugnahme auf ein Erkenntniß des UG. für den Starkreis vom 22. Sept. 1832 ausgesprochen.

Von Insinuationen an Sonn- und kirchlichen Festtagen.

Die Frage, ob und welche Wirkung eine an einem dies feriatius der bezeichneten Art geschehene Insinuation habe, ist besonders wichtig, seitdem zufolge des §. 64 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837 die Verkündung der Urtheile der Regel nach durch schriftliche Zufertigung zu geschehen hat, und die Berufungsfrist vom Tage der Einhändigung des Urtheils zu berechnen ist. Für die Ansicht ¹⁾, daß die an einem Sonn- und kirchlichen Festtage geschehene Einhändigung als nicht

⁴⁾ Am 21. Nov. 1838 (F. 552³⁸/37).

⁵⁾ In v. Zuhlein's Zeitschrift Bd. III, S. 170 ff. — In einer Note dieses Aufsatzes (S. 171) und S. 176 wird der Unterschied zwischen einer auf richterlicher Verfügung im Exekutionswege beruhenden und der freiwilligen, jedoch durch Vermittlung des Gerichts der betreffenden Klasse notifizirten Einweisung — sachgemäß erörtert. — Nur die auf einer richteramtlichen Verfügung beruhende Einweisung begründet die oben bezeichnete Occupation. Auf Erlassung einer solchen kann aber der Gläubiger auch bei freiwilliger Einräumung dieses Zahlungsmittels antragen.

¹⁾ Nach dieser Ansicht wurde von dem UG. für Mittelfranken am 31. Dez. 1838 erkannt in den Rechtsfachen L. 199¹⁷/38 und G. 157³⁸/39.

rite geschehen anzunehmen und so zu betrachten sey, als wäre sie erst am darauf folgenden Werkstage bewirkt worden, sprechen folgende Gründe:

1) Für die *ferias juris divini* war sowohl durch das römische als kanonische Recht die Unterlassung jedes gerichtlichen Aktes in Streitsachen, insbesondere auch der Ladungen und Mahnungen geboten²⁾. In Bezug auf die Sonntage verordnet insbesondere die *Const. 11 de feriis*:

„*nulla quemquam urgeat admoniti, advocatio delitescat; sit ille dies a cognitionibus alienus; praconis horrida vox sileat; respirent a controversiis litigantes, et habeant foederis intervallum.*“

Was gegen diese Vorschrift geschehen, sollte keine Wirkung haben. *Quod contra factum fuerit, omnibus modis irritatur.*“

2) Uebereinstimmend hiermit lehrt *Kreittsmayr* in den Anmerk. zur *GD. I, §. 21, lit. b.*: „An gebotenen Sonn- und Feiertagen cessiren alle Gerichtshändel,“ und in den Anmerk. zur *GD. XIV, §. 8, lit. a*: die Urtheilsverkündung sey „zu rechter Zeit; mithin an einem Werktag „und unter Tag, nicht aber zu Nacht, oder gar „an einem Sonn- oder Feiertage vorzunehmen.“ Demzufolge ist

3) eine an einem gebotnen Sonn- oder Feiertage

²⁾ S. insbesondere *Gesterding* *Ausbeute von Nachforschungen* Bd. III, S. 51 f. — Vgl. *Glück im Kommentar* Bd. III, S. 329.

tage bewirkte Urtheil: Zufertigung in Ansehung der Zeit nicht rite geschehen. Was aber nicht in gehöriger Ordnung geschehen, kann diejenige Wirkung nicht äußern, welche das Gesetz der ordnungsmäßig vorgenommenen Handlung beimißt. Die am Sonn- und Feiertage faktisch geschehene Einhändigung ist hiernach rechtlich so anzusehen, als sey sie erst am darauf folgenden Werktag bewirkt worden³⁾. — Diesem steht

4) nicht entgegen, daß nach *GD. XV, §. 6, nr. 2* bei Berechnung der Berufungsfrist von der *computatio utilis* (durch Abrechnung des gebotenen Feiertags) nur in Bezug auf das Ende der Frist die Rede ist. In dieser Vorschrift wird vorausgesetzt, daß die Verkündung oder Zustellung rite, insbesondere (vgl. oben Nr. 3) an einem Werktag geschehen sey. — Die *GD. a. a. O.* bestimmt ausdrücklich nur in Bezug auf die mittleren Feiertage, daß sie in das *Fatale* einzurechnen seyen, und spricht dadurch die bemerkte Voraussetzung, daß die Verkündung oder Zustellung des Urtheils an einem Werktag geschehen seyn müsse und daher für den Anfang der Frist die Einrechnung eines Feiertags gar nicht in Frage kommen könne, unverkennbar aus.

Noch ist

5) zu bemerken, daß die Rücksicht auf den Feiertag wegfällt, wenn derselbe als solcher von der Religionsgenossenschaft, zu welcher die frag-

³⁾ Für gänzlich wirkungslos kann die fragliche Zustellung deswegen nicht geachtet werden, weil ja die zugestellte Ausfertigung in den Händen des Empfängers bleibt.

liche Person (Parthei oder Anwalt) gehört, nicht anerkannt ist; indem überhaupt in Ansehung der Frage, ob die Zustellung an *seriis divinis* geschehen, auf die Religion des Empfängers zu sehen ist.

Ueber die Wechselfähigkeit der jüdischen Glaubensgenossen nach bayert. Wechselrecht.

Nach §. 1 des Edikts vom 10. Juni 1813¹⁾ können nur diejenigen jüdischen Glaubensgenossen die in diesem Edikte ausgesprochenen bürgerlichen Rechte und Vorzüge erwerben, welche das Indigenat im Königreiche Bayern auf gesetzliche Weise erhalten haben. Zum Genuße derselben wird die Eintragung in die Juden-Matrikel vor Allem vorausgesetzt. §. 2 *ibid.* Der Erwerb eines den Nahrungsstand sichernden Grundeigenthums oder eines Gewerbes begründet daher bei den jüdischen Glaubensgenossen bloß den Titel zur Ansässigmachung, und dieser wird erst wirksam durch die erwähnte Immatriculirung. Dafür, daß die Eintragung in die Juden-Matrikel bei Ansässigmachungen der Israeliten als wesentliche Bedingung zu betrachten sey, von welcher der Genuß, d. h. die Ausübung der ihnen verheißenen staatsbürgerlichen Rechte abhängig ist, sprechen nicht nur die in den §§. 4 — 7 des alleg. Edikts enthaltenen Bestimmungen, sondern es ergibt sich dieses auch noch insonderheit aus der Instruktion vom 17. Aug. 1813²⁾ über den Vollzug jenes Edikts,

¹⁾ RegBl. 1813, St. 39, S. 921.

²⁾ IntBl. f. d. Regatkreis 1813, St. 34, S. 1355.

gemäß welcher der wirklichen Immatrikulirung eines Juden erst dessen Erklärung über den zu führenden Familien-Namen, und ob er den Unterthaneneid ableisten wolle, sodann die Prüfung der administrativen Kreisstelle, ob er sich zur Immatrikulirung eigne oder nicht, und im bejahenden Falle die wirkliche Ableistung des gedachten Eides, vorausgehen muß. Da ferner nach §. 9 des Ediktes der Jude verbunden ist, den in die Matrikel eingetragenen Namen in allen seinen Geschäften zu führen, so. folgt auch schon hieraus, daß er vordersamst immatrikulirt seyn muß, ehe er sein Gewerbögeschäst beginnen darf. — Die neuere Gesetzgebung hat an den Bestimmungen des Ediktes vom 10. Juni 1813, dessen fortbestehende Gültigkeit im Tit. IV, §. 9, Abs. 3 der B. U. ausgesprochen ist, nichts geändert, denn das Gesetz vom 11. Sept. 1825 über die Ansäßigmachung verweist im §. 1, Nr. 1, wo von den allgemeinen Vorbedingungen zur Begründung der Ansäßigmachung gehandelt wird, ausdrücklich auf die besondern, wegen einzelner Einwohner-Klassen geltenden Ausnahmögeseze, und nach Art. 2 des Gewerbögesetzes v. 11. Sept. 1825 ist die persönliche Fähigkeit des Bewerbers allezeit Vorbedingung zur Erlangung einer Gewerböconcession, wobei insonderheit auch die gesetzlichen Erfordernisse der Ansäßigmachung vorhanden seyn müssen.

Nach dem bay. Wechselrechte sind Juden, als solche, nicht wechselfähig³⁾. Die Wechselfähig-

³⁾ Nach dem preuß. Landr. II, 8, §. 723 sind Juden ohne Unterschied dem Wechselrechte unterworfen.

keit an und für sich, d. h. Kraft des Gesetzes, steht nur den berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten zu; berechnigte Gewerbsleute und andere Personen können unter gewissen Voraussetzungen die Wechselfähigkeit nur durch die Eintragung in die Wechselmatrikel erlangen ⁴⁾. In Ansehung der schon vermöge des Gesetzes und nicht erst durch die Wechsel-Immatrikulation wechselfähigen berechtigten Handelsleute und Fabrikanten ist zwar in dem Wechselgesetz eines Unterschiedes zwischen Christen und Juden nicht besonders erwähnt, es besteht aber gleichwohl ein Unterschied zwischen beiden, indem Christen schon allein durch die erlangte Concession zum Handels- oder Fabrik-Geschäft berechnigt werden, während bei Juden die Wirksamkeit einer solchen Concession nach dem Obigen erst durch die Eintragung in die Juden-Matrikel bedingt ist. Vor der wirklich erfolgten Eintragung in diese Matrikel kann demnach ein Jude, wenn er sich auch als Handelsmann oder Fabrikant gerirt und in dieser Eigenschaft einen Wechsel ausgestellt hat, nicht als berechtigter Handelsmann oder Fabrikant erachtet und da, wo das bayerische Wechselrecht zur Anwendung kommt, auch nicht für wechselfähig angesehen werden ⁵⁾.

⁴⁾ Gesetz v. 11. Sept. 1825, §. 4, (GesetzBl. S. 42.)

⁵⁾ Erkenntniß des Wechselappellationsgerichts Ansbach vom 29. März 1830. L. 427²⁹/30.

Von der Beweiskraft der Aussage des Beschädigten oder Beleidigten über den Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens.

(Vom 1. Appellationsgerichts-Accessisten v. H.)

Viele Praktiker huldigen der Ansicht, daß durch die eidliche Aussage des Beschädigten oder Beleidigten der volle Thatbestand eines Verbrechens zur Gewißheit gebracht werde.

Diese Ansicht ist unrichtig.

Nach Art. 282, Th. II, des Strafgesetzes hat, was den Umstand betrifft, an welcher Person das Verbrechen verübt wurde, die Aussage des Beleidigten, worunter wohl auch der Beschädigte zu verstehen ist, nur die Kraft eines vollgültigen Zeugnisses, welches nach Art. 286, Th. II, des Strafgesetzes nur halben Beweis oder Wahrscheinlichkeit liefert. Unter einem „vollgültigen“ Zeugnisse versteht das Strafgesetz überhaupt nirgends ein vollen Beweis lieferndes Zeugniß, sondern überall nur wie aus Art. 281, Abs. 1, Art. 284, Abs. 3 u. Art. 286, Th. II, des St. G. B. hervorgeht, nur eine unverdächtige, d. i. halbe Probe liefernde Zeugen-Aussage.

Zwar ist im Art. 268, Th. II, St. G. gesagt, daß der Thatbestand durch Augenschein, durch Aussage der Zeugen oder Beschädigten zur Gewißheit gebracht werde.

Allein dieser Artikel erfordert ausdrücklich eine Mehrheit von Beschädigten zur Herstellung der Gewißheit des Thatbestandes; wie groß diese Mehrheit seyn müsse, ist zwar in demselben Artikel nicht bestimmt, aber aus andern Artikeln deutlich zu

entnehmen; denn da nach Art. 282 u. 286, Th. II, des St. G. B. die Aussage eines Beleidigten oder Beschädigten über den Thatbestand nur ein vollständiges Zeugniß oder halbe Probe liefert, so ist, um volle Probe hierin zu erhalten, die Aussage wenigstens zweier Beschädigten oder Beleidigten z. B. zweier Personen, welchen eine im Miteigenthume oder in einer Mitberechtigung befindliche Sache auf rechtswidrige Weise entzogen wurde, erforderlich. In allen übrigen Fällen, in welchen nur ein Beschädigter oder Beleidigter über den Thatbestand aussagt und diese Aussage von keinem andern den Thatbestand wenigstens halb erprobenden Beweismittel begleitet ist, liegt nur eine Wahrscheinlichkeit des Thatbestandes vor, welche nur zu einer Instanzenentlassung und höchstens zu einer Verurtheilung bei ungewissem Thatbestande nach Art. 106, Th. I, St. G. hinreicht.

Eine Ausnahme dieses aufgestellten Grundsatzes macht nur Art. 193, Th. II, des St. G. B., wornach ein Theil des Thatbestandes, nämlich der Betrag einer Entwendung, Veruntreuung oder Beschädigung eventuell durch eidliche Schätzung des Beschädigten erhoben werden kann. Unter dieser Erhebung des Betrages einer Entwendung, Veruntreuung oder Beschädigung versteht das St. G. B. die Herstellung der Gewißheit dieses Betrages, was daraus zu entnehmen ist, daß eventuell der Schätzung des Beschädigten in diesem Artikel mit der Aussage der Sachverständigen oder solcher Personen, welchen die fragliche Sache und deren Werth bekannt ist, gleiche Beweisraft ein-

geräumt und in Absatz II desselben Artikels überdies ausgesprochen ist, daß in Ermangelung anderer Beweise unter gewissen Voraussetzungen selbst das Bekenntniß des Angeschuldeten zur Erhebung des Betrages genügt, woraus hervorgeht, daß durch die im Absatz I dieses Artikels angegebenen Beweismittel, worunter sich auch die Aussage des Beschädigten befindet, ein Beweis d. i. Gewißheit erlangt werde.

Dieselben Grundsätze über die Beweiskraft der Aussage des Beschädigten hinsichtlich des Thatsbestandes müssen nach Art. 471, Th. II des StGB. auch bei Vergehen gelten.

Ueber die in Klagsachen wegen außerehelicher Schwängerung im Rothenburgischen zur Anwendung kommenden Civilgesetze.

Die vormalige Reichsstadt Rothenburg mit ihrem Gebiete fiel zu Folge des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Febr. 1803, §. 2, nebst andern Besitzungen dem damaligen Kurfürsten von Pfalzbayern als Entschädigung zu und wurde bei der Organisation der gleichzeitig von Kurpfalz bayern acquirirten Fürstenthümer Würzburg und Bamberg, welche die Hauptbestandtheile der damals gebildeten kurpfalz-bayerischen Provinz Franken ausmachten, dem Fürstenthume Würzburg einverleibt. Für die gedachten Fürstenthümer wurden gemäß landesherrlichen Rescripts vom 27. April 1803 zwei Hofgerichte, das eine zu Würzburg, das andere zu Bamberg, als zweite Instanz in

Justizsachen, und eine oberste Justizstelle, als höchste Instanz, die ihren Sitz in Bamberg hatte, errichtet. Rothenburg gehörte bis zum 1. Febr. 1806 zu dem Jurisdiction: Bezirke des kurfürstlichen Hofgerichts in Würzburg, nachdem aber das Fürstenthum Würzburg in jenem Jahre von dem nunmehrigen Königreiche Bayern in Folge des preßburger Friedens an den damaligen Kurfürsten von Salzburg abgetreten worden war, so kam das rothenburgische Gebiet vermöge allerh. Rescripts vom 29. Januar 1806 unter die Jurisdiction des Hofgerichts in Bamberg. Bei der nachher und zwar zuerst durch die allerh. Verordnung vom 21. Juni 1808 ¹⁾ statt gehaltenen Territorial, Eintheilung des Königreichs Bayern in Kreise wurde das rothenburger Gebiet dem Rezatkreise einverleibt, und blieb auch bei den nachherigen Territorial-Eintheilungen ²⁾ ein Bestandtheil dieses Kreises, welcher in Folge der jüngsten allerh. Verordnung vom 29. Nov. 1837 ³⁾ die Benennung Mittelfranken erhalten hat.

In dem vormaligen Fürstenthume Bamberg wurde der aus Auftrag des Fürstbischofs Franz Ludwig von dem Hof- und Regierungsrathe Pflaum im Jahre 1792 verfaßte Entwurf zur neuen Bambergischen peinlichen Gesetzgebung noch unter der fürstbischöflichen Regierung mit gesetzlicher Kraft eingeführt, und nachdem die Organisation der obengedachten Fürstenthümer Würzburg

¹⁾ RegBl. 1808, S. 1481, 1483.

²⁾ Verord. v. 23. Sept. 1810. (RegBl. S. 809.) Verord. v. 20. Febr. 1817. (RegBl. S. 113.)

³⁾ RegBl. 1837, S. 793 ff.

und Bamberg unter der bayerischen Regierung erfolgt war, so wurde durch ein allerh. Rescript vom 18. Juli 1803, bei Gelegenheit einer Begnadigung, das Hofgericht von Würzburg zum Gutachten darüber aufgefordert: ob nicht das (von Pflaum verfaßte) Bambergische peinliche Gesetzbuch einstweilen und bis zur vollendeten Revision der Criminal-Gesetze der gesammten Staaten auf den Bezirk der sämmtlichen fränkischen Entschädigungs-Lande angewendet werden könnte?

Das Hofgericht erstattete hierüber am 15. Sept. 1803 das anbefohlene Gutachten, und in einer hierauf am 19. Dez. 1803 an das Hofgericht zu Würzburg ergangenen allerh. Entschließung erhielt das bambergische peinliche Gesetzbuch nur eine, wörtlich in folgender Art modificirte gesetzliche Kraft, nämlich, daß nur:

„in Fällen, in welchen es auf die Todes- oder
 „die Verhängung einer andern schweren Leibes-
 „strafe ankomme, und in denen die Vorschrift
 „des bambergischen Gesetzbuches milder sey, als
 „die einheimischen Gesetze und der Gerichtsge-
 „brauch es seyen, nach der Vorschrift der bam-
 „bergischen Gesetze geurtheilt werden solle.“

Dieser allerh. Entschließung zu Folge wurde denn auch bei einer im Jahre 1804 stattgefundenen Aburtheilung eines im Gebiete der vormaligen Reichsstadt Rothenburg von einem Ehemanne an seiner Ehefrau begangenen Mordes bei der Straf-Bestimmung der Pflaum'sche Entwurf in Anwendung gebracht.

Auch nachdem Rothenburg zu dem Jurisdiktionsbezirk des Hofgerichts in Bamberg gekommen

war, erklärte das k. General-Landkommissariat in Franken in einer an das gedachte Hofgericht erlassenen Entschlieſung vom 9. April 1806, daß es mit der Ansicht des Hofgerichts über die Anwendung der Geseze in den bei den ehemals würzburgischen und nun königlich gewordenen Aemtern und den Städten Rothenburg und Schweinfurt vorkommenden peinlichen Fällen ganz einverstanden sey, nach welcher in jenen Fällen, wo das bambergische peinliche Gesezbuch das gelindere ist, auf den Grund desselben erkannt werden soll.

Wenn nun auch der Pflaum'sche Entwurf auf eine andere Weise und in einem weitem Umfange, als wie angegeben wurde, für Rothenburg Gesezeskraft nicht erhalten hat und insonderheit bezüglich der darin enthaltenen Bestimmungen über die civilrechtl. Folgen der außerehel. Schwängerung im Betreff der Verbindlichkeiten des Stuprators zur Entschädigung der Geschwächten und zur Verpflegung des Kindes, als Gesez daselbst nicht promulgirt worden ist; so hat er doch auf Veranlassung der erwähnten allerh. Vorschrift, wonach derselbe in peinlichen Fällen als das gelindere Gesez zur Entscheidungsquelle dienen sollte, Eingang bei den Gerichten im ehemaligen rothenburgischen Gebiete gefunden, und es wurde derselbe seit einer langen Reihe von Jahren bei Klagsachen wegen außerehelicher Schwängerung im Rothenburgischen, wenn auch nicht als Gesez, doch als Auktorität fortwährend in Anwendung gebracht. Vermöge dieser bisherigen Uebung kann die fernere Anwendbarkeit des Pflaum'schen Entwurfs im Rothenburgischen in Schwängerungsklagsachen um so weniger mit Hinsicht auf

Fr. 37 u. 38 Dig. de legibus beanstandet werden, da für dessen Beibehaltung als Entscheidungsquelle die *auctoritatis rerum judicatarum* spricht und deren Aufrechterhaltung um so nothwendiger erscheint, als gerade in der fraglichen Materie, in welcher nach gemeinem Rechte Streitfragen in Menge herrschen, eine Abschneidung dieser Controversen durch Gleichförmigkeit der Richtersprüche Bedürfnis ist ⁴⁾. Aus diesen Gründen hat das AG. von Mittelfranken für die Anwendbarkeit des Pflaum'schen Entwurfs im Rothenburgischen in Klagsachen wegen außerehelicher Schwängerung erkannt ⁵⁾.

Ueber den Begriff der Diffession.

Die Produzenten erklärten: „die Forderung werde widersprochen, der Aussteller des Schuldscheins sey nicht bei vollem Gebrauche seiner Vernunft gewesen; der produzierte Schuldschein werde als unterschoben und unrichtig verworfen, und der Beweis der Forderung gewärtigt.“

Hierin liegt keine Diffession, wie sie das Gesetz beim Urkunden-Beweis erfordert, denn dasselbe versteht unter Diffession keineswegs jede Verweigerung des Auerkennnisses einer gegnerischer Seite produzierten Urkunde, noch kann jeder Ausdruck, welcher implicite einen Widerspruch der Aechtheit der Urkunde in sich enthält, für eine Diffession gelten, sondern die G.D. XI, §. 7 u. 8 fordert eine deutliche und zuverlässige Erklärung darüber, daß das produzierte Instrument

⁴⁾ Seuffert's Comment. zur G.D. Einleit. §. 4, S. 15. Vgl. auch Glück's Einleit. in das Studium des röm. Privatrechts §. 16, S. 95.

⁵⁾ AGG. vom 11. August 1837. B. 1114³⁶/₃₇. — vom 28. März 1838. M. 40³⁶/₃₇.

weder von dem Produkten, noch von dem, auf welchen es lautet, ausgestellt worden sey.

Noch bestimmter bezeichnen die Anmerkungen zu §. 8 a. a. D. lit. a den Begriff der Diffession im gesetzlichen Sinne, indem sie sagen: „Es kann zwar ein Dokument auf verschiedene Weise widersprochen werden, wenn man aber so weit hierin geht, daß gar Handschrift und Petschaft abgeläugnet, mithin auch der angebliche Auctor documenti in Contestation gezogen wird, so heißt es Diffessio.“ — Und zu §. 7, Nr. 1, lit. b: „Da der Codex eine deutliche und zuverlässige Erklärung hierüber erfordert, so folgt von selbst, daß es nicht genug sey, wenn diese nur per verba: man lasse das Dokument auf seinem Werthe oder Unwerthe beruhen, oder mit andern dergleichen ungewissen und zweifelhaften Expressionen abgegeben wird.“

In der fraglichen Erklärung ist aber nicht eine Sylbe, viel weniger eine deutliche und zuverlässige Erklärung darüber enthalten, daß die Unterschrift des Ausstellers nicht von ihm sey. Folgerungen schließt das Gesetz ohnehin aus und hiezu würden die Worte „widersprochen“ und „angebliche Ausstellung“ auch um so minder hinreichen, als gerade in der Behauptung, daß einem nicht mehr bei vollen Verstandeskräften sich befindenden Mann eine Schrift andern Inhalts unterschoben wurde, die Bestätigung implicite liegt, daß derselbe die fragliche Urkunde, wiewohl gegen sein Wissen und Willen unterschrieben habe. Jene Erklärung enthält also keine Diffession, sondern eine Einrede gegen die Gültigkeit der Urkunde, welche die Excipienten zu beweisen haben ¹⁾).

¹⁾ DAGE. v. 28. Nov. 1834 E. 36³⁴/35. (AGAlt. E. 960³²/33).

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 5. Samstag, den 2. März 1839.

Zur Lehre von der Sachlegitimation ¹⁾.

1.

Um ein Recht zum Zwecke gerichtlicher Geltendmachung zu begründen, kann es nicht genügen, zu zeigen, daß dasselbe überhaupt (objektiv) existire; es muß auch vorliegen, daß es (subjektiv) diesem Kläger gegen diesen Beklagten zustehe. — Die Existenz eines Rechtes, ohne diese Beziehung auf die einander gegenüberstehenden Theile, hätte keine prozessualische Realität. — Die Nachweisung, daß derjenige, welcher das Recht jetzt geltend macht, der Berechtigte, und derjenige, gegen den es geltend gemacht wird, der Verpflichtete sey, ist daher nichts Anderes, als Nachweisung der subjektiven Seite des Klagegrundes. — Dieß die Natur der sog. Sachlegitimation. — Was von der Begründung der

¹⁾ Die im J. 1837 zu Göttingen erschienene Preisschrift: „G. J. Plank de legitimatione ad causam“ zeichnet sich durch Klarheit und Gründlichkeit aus.

Klage überhaupt Rechtens ist, gilt im Allgemeinen auch von der Sachlegitimation.

Es ist

a) ein irriger Lehrsatz, die Partheien seyen befugt, in jedem Theile des Processes, selbst noch in der Exekution, die Verichtigung der Sachlegitimation zu verlangen. Vielmehr gilt in Ansehung der zur Sachlegitimation gehörigen Thatfachen in jedem Stadium des Verfahrens nichts anderes, als was für andre zur Begründung der Klage erforderlichen Thatfachen Rechtens ist. — Hat Kajus eine Forderung des Titius gegen Sempronius eingeklagt, ohne anzuführen, wie die fragliche Forderung auf ihn übergegangen, und der Richter hat diesen Mangel ungeachtet auf Beweis z. B., daß Titius dem Beklagten ein Darlehn von hundert Gulden gegeben — erkannt, so kann der Beklagte, welcher kein Rechtsmittel gegen dieses Interlocut eingewendet, hinterher auf die Verichtigung der Legitimation nicht mehr zurückkommen, d. h. nicht verlangen, daß der Kläger Kajus nachweise, daß und in welcher Art die eingeklagte Forderung des Titius auf ihn übergegangen sey. — Vielmehr hängt nun der Sieg des Klägers von dieser Thatsache nicht mehr ab; gerade so wie es z. B. auf die vom Gesetze zur Gültigkeit eines Geschäftes vorgeschriebene schriftliche Auffassung nicht mehr ankommt, wenn aus der mündlichen Verabredung geklagt und diese rechtskräftig zum Beweise ausgesetzt wurde. — In diesem Falle gehörte die Behauptung der schriftlichen Auffassung, in jenem die Angabe, wie die Forderung eines Dritten auf

den Kläger übergegangen, zur Begründung der Klage; aber in beiden Fällen kommt der fragliche Mangel der Klagbegründung nicht mehr in Betracht, wenn seine Unerheblichkeit formell durch rechtskräftiges Zwischenerkenntniß feststeht.²⁾

Nicht besser begründet ist

b) der andere Lehrsatz: der Richter habe für die Sachlegitimität von Amtswegen zu sorgen, und zu jeder Zeit, sobald sich der Mangel entdeckt, die Berichtigung mit Hemmung des Verfahrens anzuordnen. — Allerdings hat der Richter von Amtswegen zu prüfen, ob in der Klagschrift die zur Sachlegitimation erforderlichen Thatsachen angeführt sind, und, wenn dies nicht der Fall, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen; — aber dies aus keinem andern Gesichtspunkte, als aus welchem Klagen wegen jedes andern Mangels ihrer Begründung zurückgewiesen werden. — Dritten Personen, deren Betheiligung aus den Verhandlungen erhellt, ist von Amtswegen Kenntniß von dem Streite zu geben³⁾; —

²⁾ In Webers Paraphrase zu Martens Lehrbuch S. 37 wird gesagt: Die Rüge der fehlenden Sachlegitimation möge im Laufe des Verfahrens allerdings zu jeder Zeit nachgeholt werden, wenn es nur ausgemacht sey, daß das Verfahren zwischen den jetzigen Partheien völlig nutzlos sey, d. h. eine rechtliche Wirkung nicht einmal bezüglich eines etwaigen Anspruchs auf Schadenersatz äußern würde. — Auch dies ist nichts besonderes der die Sachlegitimation bildenden Thatsachen; auf die völlige Nutzlosigkeit des Streites kann in jedem Stadium des Prozesses mit gleicher Wirkung auch in anderer Beziehung aufmerksam gemacht werden, z. B. durch die Eröffnung, daß der Gegenstand des Streites gar nicht existire, oder *res extra commercium* sey.

³⁾ G.D. VIII, §. 4, Nr. 5.

im Uebrigen ist das richterliche Amt hinsichtlich der die Sachlegitimation ausmachenden Thatfachen an die Grenzen der Verhandlungsmaxime nicht minder gebunden, als dies bezüglich andrer für die Entscheidung des Streites relevanter Thatfachen der Fall ist.⁴⁾ Inwiefern im Interesse der Prozeßleitung, um völlig nutzlose Verhandlungen zu verhüten und abzuschneiden, von Amtswegen die vorgängige Beibringung der Sachlegitimation angeordnet werden könne, wird unten, im zweiten Abschnitte des gegenwärtigen Aufsatzeß vorkommen.

Noch in neuester Zeit wurde

c) der Satz wiederholt, der Mangel der Sachlegitimation bewirke Nichtigkeit des ganzen Verfahrens und des darauf gebauten Urtheils.⁵⁾ — Allerdings mögen Verfahren und Urtheil der Regel nach⁶⁾ in Ansehung des Dritten unwirksam seyn, über dessen Recht in dem fraglichen Prozesse unbefugterweise gestritten wurde. Was aber den Rechtsbestand des Verfahrens und Urtheils unter den Partheien selbst betrifft, so wird derselbe weder durch gänzliche Außerachtlassung des Punktes der Sachlegitimation (*defectus legitim. ad causam formalis*) noch durch die wirkliche Ermangelung derselben (*defectus l. a. c. materialis*) gefährdet. Die Sachlegitimation gehört

⁴⁾ Vgl. Seuffert Komm. zur GD. Bd. I., S. 314 Note 64.

⁵⁾ Bayer Vorträge über den ordentlichen Prozeß ed. VI. S. 39—40; v. Stürzner Bemerk. zum bayr. Civilgerichtsverfahren S. 550.

⁶⁾ Ueber Ausnahmen vgl. GD. XIV. §. 11 Nr. 4.

nicht zu den Vorbedingungen der Gültigkeit des *judicium*, sondern *ad materialia causae*;*) so wenig die Außerachtlassung eines andern, zur objektiven Begründung des in Frage befindlichen Rechtes erforderlichen, Thatumstandes, oder die irrige Annahme der Wahrheit eines solchen — Richtigkeit des Verfahrens und Urtheils bewirkt, eben so wenig tritt diese Wirkung ein, wenn auf gleiche Weise in Bezug auf die subjektive Seite des Klagegrundes gefehlt worden ist. — Die Rechtskraft kann bewirken, daß Titius dem Kajus schuldig wird, was dieser in der That nicht an ihn zu fordern hat; sie kann ferner bewirken, daß die Schuld noch fort dauert, obwohl sie bereits durch Zahlung getilgt ist, und daß demnach zweimal gezahlt werden muß, was nur einmal geschuldet war; sie kann nicht minder bewirken, daß Titius, was er dem Kajus schuldig ist, dem Sempronius (unbeschadet der Ansprüche des Kajus)*) zu zahlen verbunden wird. — Diese Gleichstellung ist nur eine konsequente Folgerung aus dem Vordersatze, zufolge dessen die Sachlegitimation als ein Bestandtheil der Begründung des geltendzumachenden Rechtes erscheint. — Allerdings spricht der jüngste Reichsabschied §. 122 auch von einer Richtigkeit wegen unheilbaren Mangels aus der Person der Parthei; aber daß hierunter nicht bloß der Mangel der *persona standi* in

*) Kreittmayr in den Anmerk. zur O.D. VII §. 1, Note d. — Vgl. Planck l. c. §§. 18—21.

*) Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile des Civilproz. S. 103 ff.

judicio und der Prozeßlegitimation, sondern auch der Mangel der Sachlegitimation zu verstehen sey, ist eine Voraussetzung, welche weder in der Natur der Sache, noch in den Gesetzen⁹⁾ ihre Begründung findet, vielmehr den Ausspruch des Paulus in fr. 36 fam. ercisc. geradezu gegen sich hat.¹⁰⁾

Wenn übrigens der Fall eintreten kann, daß ein Urtheil wegen Mangels der Sachlegitimation erfolglos ist,¹¹⁾ so beweist dies nichts gegen unsre Ansicht; denn faktische Erfolglosigkeit und Richtigkeit sind verschiedene Dinge.

2.

Was der Beklagte gemeinhin unter der Firma der sog. *exceptio deficientis legitimat. ad causam* vorbringt, ist entweder

a) nichts anders, als die dilatorische Einrede der dunkeln Klagschrift, wenn nämlich gerügt wird, der Kläger habe das im konkreten Falle zur Sachlegitimation Erforderliche nicht, oder nicht gehörig angeführt; — oder es ist

b) negative Kriegsbefestigung; wenn nämlich das zur Sachlegitimation vom Kläger

⁹⁾ Die von den Vertheidigern der gegentheiligen Meinung angeführten Gesetze, z. B. fr. 47 de re jud. und fr. 3 de collus. deteg. sagen nichts weiter, als daß die Rechtskraft des Urtheils dem Dritten zur Sache legitimirt, welcher an dem Streite keinen Antheil genommen, nicht nachtheilig sey.

¹⁰⁾ S. Plau ck l. c. pag. 29 Note 165.

¹¹⁾ Z. B. wenn der Kläger, welcher mit der *actio confessoria* gesiegt hat, nicht Eigenthümer des *praedium dominans* ist, und solches auch nicht mehr besitzt. Vgl. ethmann-Hollweg a. a. O. S. 101.

Behauptete nun vom Beklagten widersprochen wird.

In beiden Fällen hat jener Einwand nichts Eigenthümliches. Nicht selten kommt es aber

c) vor, daß der Beklagte der Klage entgegensezt, daß zur Sachlegitimation Erforderliche sey noch nicht bewiesen, und auf diesen Einwand die Weigerung, sich zur Zeit einzulassen, gründet¹²⁾. Wenn sich überhaupt von einer eigenthümlichen Einrede der fehlenden Sachlegitimation sprechen läßt, so kann nur dieser Einwand darunter verstanden werden. — Da nun aber die Trennung der Beweisführung über die Sachlegitimation von der über die objekt'e Seite des in Frage befindlichen Rechtsverhältnisses zufolge der Eventualmaxime der Regel nach unzulässig ist, so kann jener Einwand, damit er wirksam sey, nur durch Anführung besonderer Umstände begründet werden, welche in dem gegebenen Falle ausnahmsweise die Trennung des Legitimationspunktes von der Hauptsache und die Anforderung einer der Einlassung vorgängigen Nachweisung des ersteren rechtfertigen¹³⁾. Hierüber äußert sich Pland a. a. O. S. 40: „Quotiescunque iudicium in eam conditionem est delapsus, ut periculum immineat perspicuum, ne partes frustra litis incommoda atque

¹²⁾ Nach der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837, §. 28 ist damit, um im Verwerfungsfalle die Rechtsnachteile der Nichtbeantwortung der Klage zu vermeiden, die eventuelle Einlassung zu verbinden.

¹³⁾ *Quarum causarum allegatio*, sagt Pland l. c. §. 27, nostra est exceptio, quippe qua reus legitimationem ad causam ab actore postulet.

expensas ferant, nisi de legitimatione eorum ad causam constiterit, iudex non solum potest sed debet quoque, ante omnia exigere illam probationem.“ Ergeben sich aus den Erklärungen der Partheien und den bereits gemachten Vorlagen positive Zweifel darüber, ob die Sachlegitimation vorhanden sey,¹⁴⁾ oder läßt sich eine leichte schleunige Erledigung des bestrittenen Legitimationspunktes erwarten, während die weitere Verhandlung und die Beweisführung in der Hauptsache als sehr weit aussehend und verwickelt erscheint, so mag der Richter von der Regel abweichend, dem obenerwähnten Einwande des Beklagten stattgeben, oder auch, im Interesse zweckmäßiger Prozeßleitung, von Amtswegen die vorgängige Erledigung des Punktes der Sachlegitimation verfügen. — Eben so wird sich, wenn die Sachlegitimation erst im Laufe des Prozeßes, durch eine Prinzipalintervention oder Litisreassumption, in Frage kommt, die sofortige gesonderte Erledigung dieses Zwischenpunktes, unter Aussetzung der Hauptsache, als zweckmäßig darstellen.¹⁵⁾ — Ueberall aber, wo nicht besondere Umstände des einzelnen Falles die Ausnahme empfehlen, muß es bei der Regel, nämlich der Aufrechterhaltung der Eventualmaxime bleiben.

Noch ist

d) zu erwähnen, daß die Beanstandung der

¹⁴⁾ Mit andern Worten: Vermuthungen für das Nicht-Basiren derselben.

¹⁵⁾ Planck l. c. §. 28. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 117.

Sachlegitimation von Seite des Beklagten auch ganz die Natur einer peremtorischen Einrede haben kann, z. B. wenn angeführt wird, der Gesionsvertrag, auf welchen Kläger seinen Eintritt in das Forderungsverhältniß gründet, sey simulirt gewesen oder durch eine spätere Verabredung wieder rückgängig geworden.

Zur Lehre vom Executiv-Prozeß.

Das preuß. Landrecht verordnet Th. II, Tit. VIII, §. 1191:

„Trockene Wechsel, denen die Wechselkraft mangelt, gelten als Schuldscheine, in so fern sie die nach den Vorschriften des ersten Theils, Tit. XI, §. 730 ff. erforderlichen Eigenschaften haben.“

Ferner ist Th. I, Tit. XI, §. 750 bestimmt:

„Schuldscheine, die von Personen, welche sich wechselmäßig nicht verpflichten können, in Wechselform ausgestellt worden, begründen, wenn der Aussteller seine Unterschrift anerkannt hat, den executivischen Prozeß.“

Diese Bestimmung ist jedoch im §. 25 des ersten Anhangs zum Landrechte dahin modificirt worden, daß es einer vorhergehenden Anerkennung der Unterschrift zur Begründung des executivischen Prozeßes nicht bedürfe.

Ob nun aber ein der Wechselkraft mangelnder trockner Wechsel, oder ein von einer nicht wechselsfähigen Person in Wechselform ausgestellter Schuldschein diejenigen Eigenschaften habe, welche den Executivprozeß begründen, ist lediglich nach

der bayern. OD. zu bemessen. In dieser Beziehung ist unter andern erforderlich, daß das **Qualo** der Forderung aus dem Dokument genugsam erhelle.

Auch das pr. Landrecht erfordert zu einem vollständigen Schuldschein das Bekenntniß der empfangenen Valuta und die deutliche Bestimmung, worin selbige bestanden habe. Th. I, Tit. XI, §. 730, Nr. 1 u. 2.

Wenn es nun in dem der Wechselkraft entbehrenden Wechsel heißt: „den Werth verstanden“ so genügt dieser Ausdruck nicht zur Begründung des Executivprozeßes, weil er das **Qualo**, d. i. die *causa debendi*, nicht ersetzt.

Dieser Ausdruck, welchem der Ausdruck „Valuta in Rechnung“ oder „den Werth in Rechnung“ gleichsteht, genügt zwar im Wechselprozeß, das Bekenntniß des Ausstellers vom Empfang der Valuta, oder des Werths, zu beweisen (pr. Landr. Th. II, Tit. VIII, §. 765 — 768); allein dieser Ausdruck ist nur für das eigenthümliche Institut des Wechselprozeßes existent und gehört selbstständig seiner formellen und materiellen Wesenheit nach demselben an; dieses kann aber auf den Executivprozeß nicht ausgedehnt werden ¹⁾.

¹⁾ AGC. v. 9. Mai 1823. S. 570²²/23. — v. 14. Juni 1825. H. 108²³/24. — v. 28. Mai 1828. O. 350²⁷/28. — v. 25. Juni 1828. M. 714²⁷/28.

Zur Lehre von der Urtheilssfassung in Strafsachen.

Wenn Verbrechen wegen geminderter Zurechnung oder Mangelhaftigkeit des Thatbestandes mit Vergehensstrafen belegt werden, so ist es unrichtig in dem Urtheile: „schuldig des Verbrechens“ auszusprechen. Der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen ist nach der Verschiedenheit der Strafen bestimmt; wo eine Vergehensstrafe verhängt wird, ist die That dem Verurtheilten nicht als Verbrechen zugerechnet worden¹⁾. Wo ferner die der Regel nach als Verbrechen erscheinende That wegen der Individualität des Falles nur als Vergehen zu bestrafen ist, sollen den Verurtheilten nach der Absicht des Gesetzgebers auch die schweren Folgen nicht treffen, welche sich an die Verurtheilung wegen Verbrechens (Art. 23, Th. I), nicht an die wegen Vergehens knüpfen. — Demzufolge ist in Fällen solcher Art zwar nicht auszusprechen:

„N. ist schuldig des Vergehens z. B. der Körperverletzung“

es ist vielmehr das Besondere des Falles durch die Formel zu bezeichnen:

„N. ist schuldig der Körperverletzung, als Vergehen.“

¹⁾ Vgl. Anmerk. zum StG. Bd. II, S. 58: „wodurch Mißhandlungen, auch wenn sie nach dem Erfolge an sich Verbrechen wären, die Eigenschaft eines Vergehens annehmen können.“ — Nov. vom 1. Febr. 1814 (Doppelmayr S. 192): „Die Handlung an sich ist Verbrechen, wird aber z. B. wegen der Strafe des Versuches oder wegen persönlichen Milderungsgründes in ein Vergehen umgeändert.“

**Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den
vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Er-
kenntniß.**

(GD. XVI, §. 1, Nr. 2 u. 3.)

1.

Da der Noveneid nur auf gegentheiliges Ver-
gehen abzuleisten ist, so gehört das Erbieten zu
diesem Eide nicht zur Begründung des Restitu-
tionsgesuches ¹⁾).

Wenn der Gegentheil die Nova nicht wider-
spricht, so bedarf es der Ableistung des Novens-
eides überhaupt nicht ²⁾).

Wenn sich der Restitutionsfucher zum Novens-
eid zwar erbietet, der Gegner aber diesen Eid
nicht verlangt und eben so wenig zeigt, daß jener
die Nova schon früher gewußt und vor der Sen-
tenz habe beibringen können, so muß angenom-
men werden, daß Impetrant die angeblichen Nova
vor dem ersten Erkenntniße wirklich nicht gewußt
habe ³⁾).

2.

Der Mangel einer bestimmten Zeitangabe über
das Auffinden der Nova, in Folge dessen es zweis-
felhaft bleibt, ob das Restitutionsgesuch rechtzeitig
angebracht sey, gibt noch keinen Grund zur Ab-
weisung desselben ab, sondern es kommt in diesem
Fall immer noch darauf an, ob der Implorant

¹⁾ DAGE. vom 12. Dec. 1822. AGAlt. M. 623¹⁰/₂₀.
AGE. v. 13. Nov. 1835. L. 195³¹/₃₂.

²⁾ AGE. v. 19. Juli 1828. R. 434²⁶/₂₇.

³⁾ AGE. v. 18. Dec. 1829. E. 121²⁰/₃₀.

eidlich oder in andererweg darthun kann, daß er die Nova innerhalb der gesetzlichen Frist aufgefunden, resp. vorher nicht beizubringen vermocht habe. Denn das Gesetz schreibt die Anticipation die,es Beweises, oder ein vorläufiges Anerbieten zum Noveneide nicht vor, sondern macht diesen vom gegentheiligen Begehren abhängig ⁴⁾.

Hat sich der Implorant noch überdieß bei Anbringung des Restitutionsgesuches zum Noveneide erboten, so liegt in diesem Erbieten schon von selbst die Behauptung, daß er die Nova erst innerhalb vier Monaten, vom Zeitpunkte des angebrachten Restitutionsgesuches rückwärts gerechnet, entdeckt habe ⁵⁾.

Zur Lehre vom hypothekenamtlichen Verfahren.

Der Besitzer eines Gutes, auf welches eine Hypothekenschuld eingetragen war, brachte bei dem Hypothekenamte vor: die eingetragene Schuld sey bezahlt, daher die Hypothek zu löschen; er bitte, den Gläubiger, welcher die Zahlung nicht in Abrede stellen werde, darüber zu vernehmen, und sodann die Löschung zu verfügen. — Mit einer Bescheinigung war dieses Gesuch nicht unterstützt, und wegen dieses Mangels wurde es vom Hypothekenamte als nicht gesetzlich begründet, unter Bezugnahme auf §. 105 des H.G. zurückgewiesen. — Es erging jedoch, auf Beschwerde

⁴⁾ A.G.E. v. 5. Juni 1829. W. 909²⁰/21.

⁵⁾ D.A.G.E. v. 1. Aug. 1831. G. 1139²⁹/29. (A.G.Akt. M. 882²⁶/27.

führung des Antragstellers, von Seite des Obergerichts die Weisung an das Hypothekenamt ¹⁾

Dem Antrage, den eingetragnen Gläubiger zur Erklärung über die behauptete Zahlung und die nachgesuchte Löschung aufzufordern, stattzugeben und zu dem Ende einen Termi anzuberaumen.

Dießem Beschlusse waren folgende Gründe beigefügt: „Allerdings kann keine Einzeichnung in das Hypothekenbuch auf einseitigen Antrag ohne gehörige Bescheinigung des Gesuchers bewilligt werden; aber daß wegen Mangels der sofortigen Bescheinigung die Instruktion der Gesuche um eine definitive Eintragung zu verweigern sey, ist weder im Hypothekengesetze verordnet, noch liegt es in der Natur der Sache ²⁾. — Da nun im vorliegenden Falle die behaupteten Thatfachen geeignet sind, den Antrag auf Löschung zu begründen, so steht nichts im Wege, den Imploranten zur Erklärung über das Gesuch aufzufordern; wobei es sich übrigens nicht von einer arztatorischen unter Androhung eines Präjudizes zu erlassenden Vorladung, sondern nur davon handelt, die Verwirklichung des gestellten Antrags durch gegenseitiges Einverständniß herbeizuführen.“ —

Hat die vom Hypothekenamte erlassene Aufforderung keinen Erfolg, indem der Implorat in dem vorgesteckten Termine nicht erscheint, so muß es nun dem Imploranten überlassen bleiben, gerichtliche Klage auf Löschung zu erheben.

¹⁾ RGE. v. 28. Okt. 1839. O. 1082³⁷/38.

²⁾ S. Lehner Lehrb. der Hypothekenamtsordnung S. 189 f.

Zur Lehre von der Notorietät.

Von Notorietät ist gemeinhin nur in Bezug auf die Fragen die Rede, was des Beweises bedürfe, und wem die Beweislast obliege? Sie kann aber auch in andrer Beziehung zur Erwägung kommen, insbesondere wenn es sich davon handelt, ob eine Geschichtsberzählung bestimmt genug sey, deren einzelne Angaben die örtliche Notorietät gewisser Umstände voraussetzen z. B. in einer Paternitätsklage wird angegeben, der Beischlaf habe zur Zeit des Freischießens im vorigen Jahre stattgefunden. — Eine deutliche Demonstration kann überhaupt die Stelle einer namentlichen Bezeichnung vertreten; und eine Demonstration, welcher ein notorisches Faktum solcher Art zu Grunde liegt, ist für hinreichend deutlich zu achten. — Was so öffentlich unter Zusammenfluß eines großen Theils der Bevölkerung, wie ein Freischießen, geschieht, was etwa auch in den am Orte erscheinenden Zeitblättern angekündigt worden, hat unbedenklich die Eigenschaft der Ortskundigkeit, Notorietät. — Natürlich wird hier vorausgesetzt, daß die Klage an demselben Orte erhoben worden, und daß das Ereigniß nicht einer entfernten Vergangenheit angehört.

Was übrigens für den Richter erster Instanz eine ortskundige Sache ist, hat nicht dieselbe Eigenschaft für das Gericht II. Instanz, welches seinen Sitz anderswo hat. Ist nun das fragliche Notorium in den Verhandlungen erster Instanz nicht auch aktenkundig gemacht, so ist der Oberichter in der Lage, wo er „zu seinem Unterrichte

noch mehr Auskunft nöthig hat ¹⁾.“ — Er wird nun z. B. in dem obenerwähnten Fall durch eine Ersetzung dem Unterrichter auftragen, den Zeitpunkt des Freischießens in dem fraglichen Jahre durch einen beglaubigten Auszug aus dem Ortswochenblatte, oder durch Kommunikation mit der Ortspolizeibehörde, oder aus eigener Erinnerung nachträglich aktenkundig zu machen ²⁾.

Zur Lehre von der Voreinrede des Mangels vorgängiger Aufkündigung ¹⁾.

Wer vor dem Rechtsstreite die Anerkennung einer Forderung schlechthin verweigert hat, kann darauf, daß die bedungene Aufkündigung nicht geschehen, resp. die Aufkündigungsfrist nicht abgelaufen, keine Voreinrede gründen; einer solchen Geltendmachung der Nebenabrede, nachdem man von dem Hauptverhältnisse nichts wissen wollte, steht die *replica doli generalis*, der Vorwurf der Ebskane entgegen ²⁾. — Nebstdem ist in Fällen solcher Art die Erhebung der Klage als Aufkündigung zu betrachten, und, wenn nach vollständiger Verhandlung der Sache zur Zeit der Urtheilssaffung die bedungene Frist abgelaufen, die anfängliche *plus-petitio tempore* nicht weiter zu berücksichtigen ³⁾.

¹⁾ GD. XIV, §. 2, Nr. 3.

²⁾ AGG. v. 23. Okt. 1838. W. 72³⁹/39.

³⁾ AGG. v. 10. Aug. 1838. O. 886³⁶/37.

²⁾ Bgl. fr. 39. §. 1 de oper. libert.

³⁾ Arg. fr. 16, pr. de hered. petit. — Einde Lehrb. des Civilproz. §. 196, Note 4: — DAGE. v. 2. Mai 1821. AGG. H. 909¹⁸/19. AGG. v. 18. Mai 1821 bestätigt. durch DAGE. v. 31. Aug. 1822. AGG. A. 341¹⁹/20. AGG. vom 18. Dez. 1832. H. 684³¹/32. — v. 10. Dez. 1835. H. 323³⁴/35. — v. 26. Jan. 1838. H. 928³⁶/36. Bgl. auch Bd. I dieser Blätter S. 414.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 6. Samstag, den 16. März 1839.

Ueber Kirchen-Baulast

(nach fränkischem Provinzialrechte.)

Von Dr. Georg Karl Seuffert.

Daß vorzüglichste hier einschlägige Gesetz ist die fürstl. Würzburgische Verordnung vom 11. April 1687 (Bd. I, fol. 356 der Landmandaten-Sammlung) und enthält über die Konkurrenz-Verbindlichkeit zum Kirchenbaue nachfolgende Bestimmungen:

„Nachdem man von vielen Jahren her vernehmen müssen, wie daß sowohl wegen nothwendigen Bau und Reparirens der Kirchen und Pfarrhäuser allhiefiger Würzburgischen Diöcese — — — — — allerhand Diffikultäten, Mißverständnisse und Ungelegenheiten sich ereignet haben, solchen aber damit fürhın gänzlich abgeholfen und keine fernere unnöthige quaestiones movirt werden mögen; als befehlen wir hiermit gnädigst und wollen, daß, so viel die Bau- und Reparationskosten betrifft, wiefern in dergleichen Fällen weder der Heilige, noch die Ge-

„meinb solche zu tragen vermag, weniger
 „schuldig zu seyn erweisen kann, als
 „dann die Zehentherrn durchgehends
 „(welche ihre vorschützende Exemption nicht zu er-
 „weisen haben) hierzu der Zehentenpro-
 „portion nach zu konkurriren schuldig
 „seyn, und dieses pro evidenti norma et re-
 „gula gleichwie anderer Orten, observirt werden
 „solle.“

Mancherlei Bedenken und Kontroversen sind bei Anwendung dieses Gesetzes vorgekommen, und es mag daher nicht undienlich seyn, durch deren nähere Erörterung hinsichtlich dieses höchst wichtigen Gegenstandes alles Schwankende und Unge- wisse möglichst zu beseitigen.

1) Gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes im Allgemeinen wird eingewendet: dasselbe sey nicht von dem jenedmaligen Landesherren erlassen, sondern von dessen geistlicher Regierung, besitze daher keine Gesetzeskraft. Allein diese hin und wieder vorkommende Behauptung entbehrt jedes Grundes. Das erwähnte Landmandat ist nicht etwa nur im Namen des Regenten, sondern wie seine Ueberschrift zeigt, von diesem selbst erlassen und mit desselben, nämlich dem Hochfürstl. Würzburgischen Biskariats-Insel, welches in Sachen geistlicher Regierung gebraucht zu werden pflegte, besiegelt. Der Kontext der Verordnung enthält kategorisch ausgesprochene Normen für alle entsprechenden Fälle und alle Zeiten. Der ganze Styl ist ein solcher, wie er nur einem landesfürstlichen Reskripte, in welcher Form nach damaliger Verfassung Gesetze erlassen werden konnten, zukommt.

Wenn aber auch das Mandat nicht vom Landesherrn oder in dessen unmittelbarem Auftrage erlassen worden, so würde dieser Mangel durch das vom Fürstbischöfe Adam Friedrich am 21. Dez. 1776 den zwei ersten Bänden der Mandatensammlung vorgesezte Promulgationspatent vollständig gehoben seyn; denn dort werden alle in die Sammlung aufgenommenen Verordnungen, Mandate und Dekrete ausdrücklich für beständige und fortwährende Landesgesetze erklärt, und alle Stellen und Behörden angewiesen, sich nach solchen unabänderlich zu richten und zu achten. Das Mandat von 1687 ist also ein wirkliches noch geltendes Landes- resp. Provinzial-Gesetz.

2) Dasselbe gilt in dieser Eigenschaft nicht nur in den vormalig altwürzburgischen Aemtern, sondern auch in den Besizungen der ehemals reichs-unmittelbaren Ritterschaft, welche nachmals dem Großherzogthume Würzburg unterworfen worden sind. Die Rechtsverhältnisse jenes ritterschaftlichen Adels sowohl, als seiner Besizungen wurden durch die großherzogl. Würzburgische Verordnung vom 9. Juni 1807 regulirt. Im §. 55 daselbst ist nun verordnet und ausgesprochen, daß die Patrimonialgerichtshalter in den Bezirken der gutsherrlichen Gerichte die Justiz nach den bestehenden Gesetzen zu verwalten hätten, dieser Paragraph aber nach einer durch vielfache Uebung aller Gerichte bestätigten, und selbst von Schellhaas im I. Hefte seiner Beiträge zur deutschen Gesetzskunde S. 28 bezeugten Praxis stets so verstanden und ausgelegt worden, daß, mit gänzlicher Aufhebung der in diesen Patrimonialgerichten vorhin

bestandenen Gesetze nunmehr die Würzburgischen Provinzialgesetze und Statuten daselbst ohne Ausnahme eingeführt worden seyen. Nebstdem statuirt der §. 17 der eben allegirten großherzoglichen Deklaration vom 9. Juni 1807 noch besonders, daß bei Beurtheilung der privatrechtlichen Verhältnisse der adeligen Gutbesitzer zunächst die Familienstatuten, in deren Ermangelung aber die Gesetze und Gewohnheiten des Großherzogthums Würzburg zu Grunde gelegt werden sollten. Da nun nach dem Religions-Edikte vom 26. Mai 1818 Tit. III, lit. B. f.; nach der Verordnung vom 1. Okt. 1830 und dem Landtags-Abschiede vom 29. Dez. 1831, Nr. 46 (Ges. Bl. S. 102) alle Streitigkeiten wegen Konkurrenz in Kirchenbauten zur Kompetenz der ordentlichen Gerichte, daher in die Kategorie privatrechtlicher Verhältnisse gehören, so folgt, daß nicht nur die gutsherrlichen Hintersaßen, sondern auch die der vormalig reichs-unmittelbaren Ritterschaft angehörenden adeligen Gutbesitzer selbst der Herrschaft des Mandats vom 11. April 1687, als eines Würzburgischen Provinzialgesetzes unterworfen sind.

3) Das Gesetz findet gleichmäßig Anwendung, es mag sich um die Konkurrenz zum Bauen einer katholischen oder protestantischen Kirche handeln. Denn, wenn es auch richtig ist, daß Baulast, Baukonkurrenzpflicht zu Kirchen, Pfarrhäusern u. dgl. in früherer Zeit, und namentlich zur Zeit, als das fragliche Gesetz ins Leben trat, zu den Gegenständen geistlicher Gerichtsbarkeit gezählt wurden, und durch kirchliche Gesetze z. B. C. 28. 30, C. XII, quaest. 2, Cap. 1—4 X, de eccles.

nedific. Concil. Trident. Sess. XXI, cap. 7 de reform. eccl. normirt worden sind, so wurden sie doch niemals als Gegenstände der Glaubens- Lehre betrachtet, und die hierüber hin- und wieder aufgestellten Grundsätze gehörten nie zu den wesentlichen Unterscheidungslehren der verschiedenen christlichen Konfessionen. Vielmehr haben vernünftige Kanonisten zu allen Zeiten dergleichen Verhältnisse zum Ressort der äußeren Kirchenpolizei und kirchengesellschaftlichen Oberaufsicht verwiesen, worüber der Staat zu disponiren, und ohne die Gewissensfreiheit zu verletzen, Gesetze zu erlassen befugt sey ¹⁾).

Es ist daher gar nicht wohl abzusehen, warum bei der allgemeinen unbedingten Rezeption der fürstl. Würzburgischen Gesetze und Statuten in den gesammten Gebietstheilen des vormaligen Großherzogthums Würzburg, bei dem Umstande, daß alle in der Mandatensammlung enthaltenen Verordnungen als allgemeine Landesgesetze promulgirt sind, die Anwendbarkeit des fraglichen Mandats von 1687 auf protestantische Kirchen irgend einem Bedenken unterliegen könne, oder einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft hätte.

Ueberhaupt kann da, wo, wie in concreto ein ganzer Complex von Gesetzen in folle durch Gesetz und Gerichtsgebrauch eingeführt wurde, ein Ausnahmefall nur durch ganz besondere Gründe

¹⁾ Cfr. Martinengo de onere fabricae, §. 25 in Schneidt Thesaurus jur. franc. Sect. I, Opusc. XLIII, p. 2811.

der Unanwendbarkeit motivirt werden. Solche liegen aber nicht vor, und deshalb wird wohl das Eingangs angeführte Mandat auch dann, wenn sich von Erbauung protestantischer Kirchen und Pfarrhäuser handelt, unbedenklich zur Anwendung kommen können.

4) Dasselbe unterscheidet nicht zwischen eigentlichen Pfarrkirchen und zwischen Nebenkirchen oder Kapellen, die Baukonkurrenzzpflicht rücksichtlich der Einen so wie der Anderen ist daher nach ganz gleichen Grundsätzen zu beurtheilen.

Das Mandat spricht ganz allgemein von „Kirchen,“ stellt solche mit den „Pfarrhäusern“ zusammen, setzt aber jenes Wort vor diesem. Es würde daher der näher bezeichnende resp. beschränkende Beisatz „Pfarr“-Kirchen gewiß hier nicht weggelassen, oder wenigstens der Beziehung wegen das Wort „Kirchen“ nach dem Worte „Pfarrhäuser“ gesetzt worden seyn, wäre jener beschränktere Sinn in der Absicht des Gesetzgebers gelegen. An dieses Resultat der grammatischen resp. logischen Interpretation reiht sich aber auch noch die weitere Betrachtung, daß Nebenkirchen und Bethäuser für die Bewohner von Filialdörfern von großer Wichtigkeit sind, und der Grundsatz der Erhaltung der zum öffentlichen Gottesdienste bestimmten und früher bestandenen Anstalten, aus welchen beinahe alle das *onus fabricae* betreffenden Gesetze und Observanzen geflossen sind, gleich folgeredht auf Nebenkirchen angewendet werden kann und muß. Deshalb nimmt Martengo in der bereits oben allegirten Schrift §. 47 auch keinen Anstand, alle Regeln, welche

von ihm rücksichtlich der Baulast bei Pfarrkirchen entwickelt worden sind, auch auf jene der Nebenkirchen zu übertragen.

(Schluß folgt.)

Können Juden gegen Christen zum Erfüllungs-
eid zugelassen werden?

Diese Frage wurde von dem AG. des vor-
maligen Rezkreises aus folgenden Gründen be-
jahend entschieden ¹⁾:

Nach §. 30 des Edikts vom 10. Juni 1813
(Rbl. S. 931) sind alle bürgerliche Gesetze, in-
soweit sie nicht rücksichtlich der Juden Ausnahmen
enthalten, auch auf dieselben anwendbar. Eine
spezielle Ausnahme, daß Juden im Streite gegen
Christen zum Erfüllungs-
eid nicht zugelassen wer-
den sollen, ist aber in der OD. XIII, §. 3, Nr. 3
nicht bestimmt ausgesprochen. Bloß in den An-
merkungen zur OD. a. a. D. wird diese Ansicht
unter Beziehung auf die Meinungen einiger Rechts-
gelehrten und auf die Bestimmung der OD. X,
§. 11, Nr. 5, wonach Juden im Streite ihrer
Glaubensgenossen wider Christen für exceptions-
mäßige Zeugen erklärt sind, aufgestellt. — Allein,
dieses auf einen speziellen Fall beschränkte Aus-
nahmegesetz, welches lediglich vom Zeugenbeweis
handelt, kann überhaupt nicht ausdehnend erklärt
und auf einen nothwendigen Eid analog ange-

¹⁾ AGC. v. 12. Nov. 1834. W. 268³¹/₃₂. Für dieselbe
Meinung sind auch die Erkenntnisse dieses AG. vom
28. Aug. 1832. S. 307¹⁰/₃₁, und 15. Mai 1835. R.
654³³/₃₄ anzuführen.

wendet werden, weil Gesetze, welche eine Ausnahme vom gem. Recht enthalten, eine extensive Auslegung nicht gestatten, und wo diese nicht zulässig ist, auch alle Analogie wegfällt ²⁾).

Den Anmerkungen zur O.D. kann übrigens eine gesetzliche Kraft nicht beigelegt werden, weil sie in der Verordnung vom 4. Okt. 1810 über die allgemeine Einführung des Judizialkodex im Königreiche (Rbl. 1810, S. 873) völlig unerwähnt geblieben sind. Sie können daher bloß zur Erläuterung des Textes der O.D. gebraucht werden, sofern sie nicht den Text überschreiten.

Es existirt sonach ein Gesetz nicht, wonach Juden gegen Christen zum Erfüllungseid nicht zugelassen werden sollen, und die in den Anmerkungen aufgestellte Meinung ist, da sie weder Recht noch Billigkeit für sich hat, in neuerer Zeit von den Rechtsgelehrten verworfen worden ³⁾.

Eine sehr zu beachtende Auktorität gegen jene veraltete Meinung sind auch die Entwürfe zu einer neuen bayerischen Civilprozeßordnung von 1825, 1827 u. 1831, nach welchen Juden in Sachen ihrer Glaubensgenossen wider Christen nicht einmal mehr unter die exceptionmäßigen Zeugen gerechnet werden und noch weniger eine Untüchtigkeit derselben zum Erfüllungseide gegen Christen angenommen wurde ⁴⁾.

²⁾ Glück Einleit. zum röm. Privatrecht, §. 11, S. 80, §. 15, S. 91.

³⁾ Glück Pand. Comment. XIII, §. 811, S. 385.

⁴⁾ Entw. v. 1825, §. 533, 488—495, 641, 661—665. Entw. v. 1827, §. 294, 272—274, 342, 350. Entw. v. 1831, §. 248, 239, 261.

Zur Lehre von der Execution ¹⁾.

Wenn es darauf ankommt, Jemanden, der etwas thun oder unterlassen soll, hiezu richterlich anzuhalten, so ist dem Richter die Anwendung von Geld-, Gefängniß- oder einer andern ergiebigen Strafe durch das Gesetz vorgeschrieben. (GD. XVIII, §. 3, Nr. 8.)

Von einem Unterschied der Stände ist hierbei weder im Text des Gesetzes noch in den Anmerkungen dazu etwas enthalten, und die Bestimmungen der GD. I, §. 8, Nr. 2 und VIII, §. 6, Nr. 2, wonach Real- oder Personal-Arrest, als vorläufiges Sicherungsmittel wegen noch unentschiedener Ansprüche gegen gefreite Personen, mithin gegen Adelige und Staatsdiener, nicht stattfinden soll, kann wegen Ungleichheit des Grundes auf den Fall keine Anwendung finden, wenn es sich um den Vollzug eines Judikats handelt, wodurch eine dergleichen Person etwas zu thun oder zu unterlassen verurtheilt worden ist. Der Grund, warum gegen gefreite oder sonst angeessene Inländer kein Arrest als vorläufiges Sicherungsmittel gestattet wird, besteht nach den Anm. zur GD. I, §. 8, lit. g. in der Sicherheit und schnellen Justiz-Administration, welcher man sich gegen Einheimische zu erfreuen hat. Wollte man aber die alleg. Vorschriften des Kap. I, §. 8 u. Kap. VIII, §. 6 auch auf den Fall des Kap. XVIII, §. 3, Nr. 8 anwenden, so würde gegen einen Adlichen oder Staatsdiener, von welchem wegen Mittel-

¹⁾ Aus einem UGE. v. 24. Aug. 1830. IV. 682²⁷/₂₃.

losigkeit keine Geldstrafen erhoben werden können, kein richterliches Zwangsmittel, einem Judikat durch Handeln oder Unterlassen nachzukommen, mithin gar keine Justiz-Administration mehr übrig bleiben, denn von andern ergiebigen Strafen dürfte bei dergleichen Personen wohl ohnehin die Rede nicht seyn.

Daß übrigens, wenn eine bürgerliche Gefängnißstrafe als Mittel die Rechtschulde zu vollstrecken, bei einem Staatsdiener angeordnet werden will, dessen vorgesetzte Behörde vorher davon benachrichtigt werden muß, um wegen des Dienstes die nöthigen Anordnungen zu treffen, liegt in der Natur des Dienstverhältnisses.

Uebrigens ist es allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß der Richter bei dem Gebrauch eines jeden gesetzlich zulässigen Zwangsmittels so schonend wie möglich verfare, ohne gleichwohl die nöthwendige Strenge zu verabsäumen ²⁾.

Zur Lehre vom Calumnieneide.

Der Deferent kann vom Delaten, wenn dieser den Eid zurückschiebt, den Calumnieneid nicht begehren ¹⁾.

Die in der *OD. XIII*, §. 6 enthaltenen allgemeinen Vorschriften vom Calumnieneid erhalten in Ansehung deren Anwendung bei Eidesdelatio:

²⁾ Martin Lehrbuch d. Prozeßes, §. 262. (Edit. IX.)

¹⁾ Das gem. Recht spricht dies bestimmt aus. *S. fr. 13, §. 7 de jure-jurando*: „nec jusjurandum de calumnia referenti defertur.“

nen durch §. 2 a. a. D. ihre nähern Bestimmungen. Nach §. 2 hat

a) der Defерent in dem Fall, wenn der Delat den angetragenen Haupteid annimmt, auf Verlangen des Delaten, vorher den Calumnieneid abzuleisten. (Nr. 6 a. a. D.) — Ein Gleiches findet

b) in dem Fall statt, wenn der Delat den Beweis zur Gewissensvertretung an die Hand nimmt, wo ebenfalls der Defерent den Calumnieneid zu schwören gehalten ist. (Nr. 9 a. a. D.) — Wenn hingegen

c) der Fall der Relation eintritt, so erwähnt das Gesetz weder auf Seiten des Defерenten, noch des Delaten einer Verbindlichkeit zur Ableistung des Calumnieneides und schließt ihn eben dadurch aus, weil es desselben in den beiden andern Fällen ausdrücklich gedacht hat.

Dieses Verhältniß und dieser Unterschied beruht auch auf einem von selbst, als richtig einleuchtenden Grunde. Denn der Eideseid kann selbst in dem Fall, wenn der Defерent keine Weise für sich hat, dem Gegentheil angetragen werden. Es ist daher billig, daß der Defерent, in beiden Fällen der Eidesannahme oder Gewissensvertretung von Seite des Delaten, vorher den Calumnieneid dahin ablege, daß er die Eidesdelation nicht gefährlich, sondern bona fide, gemacht und gethan habe. — Wählt nun aber der Delat den Weg der Eideszurückschiebung, so ist kein Grund vorhanden, hierunter von seiner Seite eine Gefährde anzunehmen. Denn diese Zurückschiebung ist einer von den drei Wegen, auf welche das Gesetz den Delaten in seiner Entschlie-

sung auf den deferirten Eid nothwendig beschränkt. Wer aber einen durch das Gesetz vorgeschriebenen Ausweg einschlägt, wer eben durch diesen Ausweg den Deferenten zum Richter seiner eigenen Handlung und Sache macht, den kann der Verdacht einer Gefährde nicht treffen²⁾.

Zur Lehre von Brandversicherungssachen³⁾.

Alle Streitgegenstände, welche die Brandversicherung betreffen, sollen in der Regel als wahre Polizei- und Verwaltungsgegenstände auf polizeilichem und administrativem Wege behandelt, und nicht in den Rechtsgang gezogen werden²⁾.

Wenn es sich aber davon handelt, ob dem Miethsmann aufgegeben werden könne, auf Rechnung des Miethgeldes die rückständigen Brandversicherungsbeiträge des Vermiethers zu bezahlen, so ist keine zur Kompetenz der Verwaltungsbehörden gehörige Brandversicherungssache, sondern eine in die Sphäre des ordentlichen Richteramtes fallende Civilprozeßsache vorhanden. Denn man kann nicht sagen, daß diese Sache die Brandversicherung betreffe³⁾.

²⁾ UGE. v. 30. Sept. 1818. S. 70^f₁₈₁₈. — v. 31. Mai 1822. R. 571²¹_f₇₂. — v. 10. Mai 1831. II. 265³⁰_f₃₁. — v. 29. Mai 1832. S. 241²³_f₂₆.

¹⁾ Vgl. Seuffert, Comment. zur GD. Bd. I, S. 127.

²⁾ Brandversicherungsordnung v. 23. Jan. 1811, Art. 38 (Regbl. S. 162).

³⁾ UGE. v. 29. Sept. 1838. W. 1105³⁷_f₃₈.

Darf nach bayerischem Recht in Schwängerungssachen auf den Grund menschlicher Vermuthungen auf den Erfüllungseid erkannt werden?

Da in den Anmerkungen zum Civilcorder Th. I, Kap. 4, §. 9, Nr. 5 und zur OD. XII, §. 2, lit. b immer nur vom Reinigungseide die Sprache ist, so scheint obige Frage verneint werden zu müssen; allein abgesehen davon, daß der Erfüllungseid vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, so liegt der Grund der Nichterwähnung desselben offenbar darin, weil nach der ältern Gesetzgebung nicht nur der Ehebruch, sondern jede Verunkeuschung von Amtswegen zu verhängende beschimpfende Strafen für beide Theile zur Folge hatte ¹⁾, in *causis arduis* aber, worunter auch *causae famosae*, welche Ehre und guten Leumund betreffen, dergleichen *causae criminales*, welche auf Leib oder Leben gehen, gerechnet werden, der Erfüllungseid nicht Platz greifen soll ²⁾.

Allein nach der neuern Strafgesetzgebung haben dergleichen Handlungen eine Untersuchung von Amtswegen und beschimpfende Strafen nicht mehr zur Folge, und in keinem Fall würde der in einem Civilprozeß geleistete Erfüllungseid auf ein strafrechtliches Verfahren Einfluß haben können. Der einzige mögliche Grund jener Nichterwähnung fällt also heutzutage hinweg, mithin kann auch keine weitere rechtliche Folge aus derselben gezo-

¹⁾ Cod. bav. crim. v. J. 1751, Th. I, Kap. IV, §. 1 ff. Kap. V, §. 1.

²⁾ Cod. jud. XIII, §. 3, Nr. 4 u. Anm. hiezu lit. e.

94 Gewährzeit u. Frist zur Anmelde. d. Klage auf Gewährl. ic.
gen werden. Es bleibt daher bei dem allgemeinen Grundsatz der O. XII, §. 2, Nr. 1, wonach in einem Falle, wo mehrere menschliche Vermuthungen zusammenkommen, nach Gestalt der Dinge auf den Erfüllungs- oder Reinigungsseid erkannt werden mag³⁾.

Ueber die Gewährzeit und die Frist zur Anmeldung der Klage auf Gewährleistung bei Pferdekäufen nach dem bayreuth. Provinzialrecht.

Die bayreuthische Landeskonstitution bestimmt Tom. II, P. I, Kap. V, Tit. 5, §. 2, daß wegen der Pferde die Gewährschaft auf die vier Hauptmängel auf vier Wochen vom Moment des geschlossenen Contrakts nach Erkenntniß der Sachverständigen geleistet werden soll.

Die Gewährzeit ist hiernach auf vier Wochen festgesetzt, d. h. die als Hauptmängel aufgezählten Fehler müssen sich innerhalb vier Wochen, von der Zeit des geschlossenen Contrakts an gerechnet, gezeigt haben, um sie als solche Fehler zu betrachten, die schon vor oder bei dem Abschlusse des Contrakts vorhanden waren, und den Verkäufer zur Leistung der Gewähr verpflichten. — Aber diese Frist ist nicht auch zugleich die Frist der Klagstellung. Eine solche Beschränkung liegt nicht in den Worten und nicht in dem Geiste des erwähnten Gesetzes; es würde der Käufer, müßte die Auslegung nach solcher Ansicht geschehen, die

³⁾ AGG. v. 26. Apr. 1831 bestätigt durch OAGG. vom 23. Dez. 1831. S. 217³¹/32. (AGGf. S. 600³²/30.)

Frift zur Klageftellung gar nicht einhalten können, fomit unverfchuldet feines Entfchädigungsanspruches verluftig werden, wenn fich der Fehler erft am letzten Tage der vierwöchentlichen Frift hervorthun follte. — Ueber die Zeit, wenn geklagt werden muß, hat das Provinzialrecht nichts beftimmt; es kommt daher in Gemäßheit des Einführungspatents vom 29. November 1795 Art. III das fubfidiär geltende preuß. Landrecht zur Anwendung und nach diefem beträgt die Frift zur Anmeldung der Klage fechs Monate vom Empfange der Sache an gerechnet. (Pr. Landr. I, 5, §. 343.) ¹⁾

Zur Lehre von der Prorogation der Gerichtsbarkeit.

Nach §. 62 des Edikts VI zur B. II. find Patrimonialgerichte in Streitigen Rechtsfachen, bei welchen der Patrimonialgerichtsinhaber felbst theiligt ift, nicht kompetent. Diefes Mangel an Kompetenz wird nicht dadurch beseitigt, daß keine Parthei deßhalb excipirt, oder fich befehwert, fo daß nach der G.D. I, §. 17 eine Prorogation der Gerichtsbarkeit einträte, denn es ift hier der Fall gegeben, wo der Staat aus Gründen des allgemeinen Wohls verboten hat, daß dergleichen Rechtsstreite vor den Patrimonialgerichten verhandelt werden follen und das Gefetz überträgt deßhalb in folden Fällen die Gerichtsbarkeit ausfchließend den Landgerichten ¹⁾.

¹⁾ NCC. v. 4. März 1836. II. 427³⁵/₁₆.

¹⁾ NCC. v. 16. März 1827. B. 371²⁶/₂₇.

Zur Lehre von der sog. *exceptio rei non sic sed aliter gestae*.

Daß Vorbringen des Beklagten, es sey bei Eingehung des in der Klage geltend gemachten Vertrages außer dem vom Kläger angegebenen Inhalt noch Anderes verabredet worden, hat, insofern daraus die Perfektion des Geschäftes bestritten wird, die Natur der verneinenden Streiteinlassung, nicht einer selbstständigen Einrede. Die Erprobung dieses Vorbringens fällt daher in die Sphäre des direkten Gegenbeweises ¹⁾.

Zur Lehre von den Ocrufungsfristen.

Nach mehreren Erkenntnissen des kgl. Obergerichtes kommt einem Juden die Bestimmung der O. XV, §. 6, daß bei Nothfristen die Einrechnung des letzten Tages, wenn er auf einen christlich gebotenen Feiertag fällt, statt findet, zu Guten; allein, wenn auf das Ende dieser Nothfrist der Sabbath oder ein jüdischer Feiertag trifft, so kann wegen deren Versäumniß hierauf eine Restitution nicht begründet werden, weil das Gesetz nur von einem von der Kirche gebotenen Feiertag spricht, wobei es den Stillstand der Gerichtsfunktion voraussetzt ¹⁾.

¹⁾ UGE. v. 7. Sept. 1838. O. 533^{37/38}.

²⁾ Darüber, daß jüdische Feiertage bei Berechnung der Fassetien nicht in Betrachtung kommen, sind auch die Erkenntnisse des UG. des ehemal. Regatkr. v. 14. Jan. 1825. S. 549^{20/21} u. v. 27. Juni 1832. R. 662^{31/32} anzuführen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 7. Samstag, den 30. März 1839.

Zur Lehre vom Beweis durch Kunstverständige ¹⁾.

Von den beiden Sachverständigen des Beklagten gab der eine sein Gutachten für, der andere gegen den Beklagten ab, und die beiden Sachverständigen des Klägers erklärten sich ebenfalls für den Beklagten. Es sprachen mithin drei Sachverständige für den Beklagten und nur einer für den Kläger. Da die O. D. XII, §. 3, Nr. 2 bestimmt: „im Falle die Kunstverständigen in ihren Meinungen nicht zusammen kommen, soll die Sache eines unpartheiischen Dritten gutachtlichem Ausschlage überlassen, oder von beiden differenten Meinungen derjenigen Beifall gegeben werden, welche mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen dem Richter am begreiflichsten dargelegt worden ist;“ — so möchte es hiernach scheinen, daß der Richter an dasjenige, was die Mehrheit der Sachverständigen ausgesprochen hat, bei Fassung des

¹⁾ Aus einem URG. vom 15. Jan. 1833. AGAft. L. 490²²/23.

Erkenntniß nicht gebunden sey. Allein wenn man die allegirte Stelle des Gesetzes mit dem in Verbindung bringt, was solcher unmittelbar vorhergeht, so ergiebt sich die Sache anders. Es heißt hier „in wichtigeren Sachen sollen allezeit zwei Kunstverständige beigezogen werden,“ es versteht sich also von selbst, daß bei differenten Meinungen derselben das Gesetz ein Auskunftsmittel suchen mußte, und dieses fand es darin, daß es die Zuziehung eines unpartheiischen Dritten, um durch solchen eine Stimmenmehrheit zu erhalten, anordnete, oder es dem Richter überließ, von beiden differenten Meinungen derjenigen den Vorzug zu geben, welche ihm mit hinlänglichen und gründlichen Ursachen am begreiflichsten dargelegt worden.

Darüber, daß die Zuziehung eines dritten Sachverständigen auch bei der Abgabe eines Gutachtens von Sachverständigen, die in ihrer Mehrzahl gegen die Minderzahl stehen, zulässig oder der Richter in diesem Fall den Ausschlag zu geben befugt sey, sagt die *GD.* nichts.

Dafür, daß in der Regel der Richter schlechthin dasjenige, was die Mehrheit der Kunstverständigen ausgesprochen hat, zur Basis seines Urtheils zu nehmen verbunden ist, spricht *Fr. 1 de inspiciendo ventre* (25, 4), womit auch die Analogie vom Compromiß, bei welchem nach *Fr. 17, §. 7, Fr. 18 u. 27, §. 3 de receptis, et qui arbitr. receperunt, etc.* (4, 8) die Stimmenmehrheit als Regel aufgestellt wird, im Einklange steht.

Ueber Kirchen-Baulast

(nach fränkischem Provinzialrechte.)

Von Dr. Georg Karl Seuffert.

(Schluß.)

5) Unvermögenheit der Stiftung (des Heiligen) und der Gemeinde zur Bestreitung der Baukosten gehört nach dem Mandate von 1687 zu den wesentlichen Vorbedingungen der Konkurrenzpflicht des Zehentherrn, also auch der Klage gegen denselben. Denn jene sind prinzipiell, dieser ist nur subsidiär verpflichtet. Es muß daher der klagende Theil, welcher den Zehentherrn in Anspruch nimmt, auf dessen Widerspruch jene Vorbedingung, resp. deren Daseyn rechtsbeständig erproben. Innerhalb welcher Gränzen nun subjektiv und objektiv eine Vermöglichkeit oder Unvermögenheit der Stiftung und der Gemeinde zu statuiren sey, dieß zu entscheiden, ist zwar Aufgabe des auf den geführten Beweis zu fallenden Endurtheiles, allein nachfolgende leitende Normen dürften hiebei stets zu beachten seyn.

a) Der Stiftungsfond kann in so ferne zur Tragung der Baukosten vermögend erachtet werden, als ihm nach Bestreitung der nothwendigen laufenden Ausgaben des Gottesdienstes und nach Abzug des zur Deckung der auf ihm lastenden Besoldungen erforderlichen Kapitals noch etwas übrig bleibt. Außerdem würde der Fond, welcher der Besorgung des Gottesdienstes gewidmet ist, seiner Bestimmung entzogen, und die Congrua des Geistlichen verletzt.

b) Mit dem Worte: „Gemeinde“ ist hier

nicht der Begriff einer politischen Körperschaft zu verbinden, wie sie früher bestand, und gegenwärtig als ein besonderes Glied des Staatsorganismus noch besteht, sondern es muß hier die Gemeinschaft der zu einer besonderen Kirche ressortirenden Konfessions-Verwandten, wie sie unter der Bezeichnung: „Pfarrgemeinde, Filialgemeinde“ u. dgl. vorkommt, verstanden werden. Denn der Grund, aus welchem zu allen Zeiten die Parochianen zur Baulast verpflichtet wurden, und durch das Mandat vor dem Zehentherrn hiezu berufen werden, ist eben kein anderer, als weil der Kirchenbau lediglich ihren Nutzen bezweckt, und für sie, zu ihrem Besten unternommen wird, weil also auch sie das vorzüglichste Interesse bei dessen Bethätigung haben; da aber der Zweck und das Interesse der kirchlichen Gemeinschaft, Lehre und Übung des christlichen Glaubens und Lebens, wenigstens zunächst ein ganz anderer ist, als der der politischen Gemeinde, so paßt jener Grund (der Baulast) nicht auf Letztere, als moralische Person, als Einheit betrachtet, weshalb auch im Sinne des Mandats nicht von dieser Letzteren, ihrem Vermögen oder ihrer Unvermögenheit, sondern nur von der Gemeinschaft der sämtlichen Kirchenmitglieder, ihrem gemeinschaftlichen Vermögen oder ihrer Beitragsfähigkeit die Rede seyn kann. In diesem Sinne wird auch von den meisten, ja von allen Kirchenrechtslehrern das Wort: Gemeinde aufgefaßt, wenn von der Konkurrenz zum Kirchenbaue die Rede ist ²⁾, und alle sind

²⁾ Wiefe K.Recht S. 307. Riegger instit. jurisprud.

der Meinung, daß in Ermangelung eines gemeinschaftlichen Vermögens die Baukosten durch Umslagen zu decken seyen. So lange also nicht nachgewiesen ist, daß diese Kosten durch das gemeinschaftliche Vermögen der Kirchengemeindeglieder oder durch Umslagen unter denselben ohne Gefahr für deren Subsistenz, und ohne deßhalb einen etwa dringenden Kirchenbau zu verschieben, ganz oder theilweise nicht gedeckt werden können, ist die eventuelle Verbindlichkeit des Zehentherrn noch gar nicht eingetreten. Durch diese Auslegung wird das Mandat von 1687 auch in vollkommenen Einklang mit den Bestimmungen der neueren vaterländischen Gesetzgebung gebracht. Denn der §. 29 des Gemeinde-Edikts von 1818 rechnet die Religions-Übung nicht zu den gemeinheitlichen Zwecken, und spricht nur davon, daß das hiezu bestimmte Vermögen der Gemeinde anvertraut sey, was übrigens durch neuere Bestimmungen dahin modifizirt wurde, daß hiezu besondere Kirchenverwaltungen eingesetzt sind.

6) Das Mandat unterscheidet nirgends zwischen geistlichen und weltlichen Zehenten, bedient sich vielmehr des Ausdrucks: alsdann die Zehentherrn **durchgehends**, welche ihre vorschützende Exemption nicht zu belegen haben, zu konkurriren schuldig seyen. Es kann sich daher der Zehentherr, durch die Einrede, daß sein Zehent niemals im Besitze einer Kirche gewesen (d. h. ein weltlicher) sey, um so weniger der gesetzlichen

Konkurrenzpflicht ent schlagen, als der ihm nachgelassene Beweis der Exemption sich bei der generellen durchgreifenden Fassung des Gesetzes nicht sowohl auf obigen in der Eigenschaft und dem Ursprunge des Zehent's gegründeten Unterschied, sondern nur auf spezielle Befreiungstitel beziehen kann. Zudem bestand nach dem Zeugnisse Barthel's in Annot. ad jus Canon. lib. 3, tit. 30 ad Nr. 8, fol. 319 in der Diöcese Würzburg die allgemein anerkannte Observanz und Gewohnheit, daß auch Besitzer weltlicher und säkularisirter Zehnten dem *onus fabricae* unterlagen, wodurch jeder Zweifel über die Deutung des Gesetzes in dieser Beziehung als gehoben erscheint.

7) Die Frage ob der Neubau oder die Reparatur einer Kirche resp. eines Pfarrhauses nothwendig sey, resortirt nicht zur Kompetenz der Civilgerichte, sondern der administrativen Behörden, wie solches aus den kgl. bayerischen Verordnungen vom 11. Okt. 1811 und 20. Febr. 1812 zur Genüge erhellt. Wird also diese Frage von beklagter Seite angeregt, so hat der klagende Theil die deßfall'sige Entscheidung der kompetenten Administrativ-Stelle vorzulegen.

8) Was den Umfang der Kirchenbaulast, so weit sie dem Zehentherren obliegt, betrifft, so kann der Aufwand bei Kirchenbauten, wie überhaupt, in einen nothwendigen, nützlichen und luxuriösen unterschieden werden. Nur zur Bestreitung des Ersteren ist derjenige verbunden, welchem das *onus fabricae* obliegt, soferne er sich nicht durch Vertrag zu mehr verpflichtete, oder ein entgegenstehendes Herkommen gegeben ist. Denn alle gesetz-

lichen ³⁾ Interpretationsregeln sprechen für die Beschränkung jeder Zwangsverbindlichkeit auf das Nothwendige. Das Nothwendige und Wesentliche eines Neubaus schließt sich nun mit der Herstellung in Dach und Fach und bei einer Kirche mit Erbauung des Chors und des Schiffes ab. Hiermit ist der Raum gegeben, welcher, als solcher, seinem Zwecke, Versammlung der Gemeinde zur Ausübung des Gottesdienstes, entspricht. Da jedoch der Altar, auf welchem die Sakramente administriert werden, sowie der Glockenthurm, ersterer nach der Natur der Sache, letzterer nach unvordenklicher Uebung gleich wesentliche Bestandtheile des christlichen Bethauses sind, so muß auch auf sie, jedoch unter Beschränkung auf das Einfachste, Unentbehrlichste, die Baulast des Konkurspflichtigen erstreckt werden. Gleiches gilt von den Thüren und Fenstern, denn ohne sie ist der Raum der Kirche nicht geschlossen und begrenzt; diese Begrenzung gehört aber nach allgemeiner Annahme zum Begriffe eines Baues. Dagegen können die Sakristei, Orgel, die Glocken, die Kanzel, Stühle und Beichtstühle, Emporkirche, so wie die ganze innere Einrichtung der Kirche, nicht zu den absolut nothwendigen und wesentlichen Bestandtheilen einer solchen gezählt werden. Sie sind zweckmäßig, dem Gottesdienste förderlich, der Gemeinde und dem Geistlichen nützlich und bequem; allein sie mögen theils entbehrt werden, ohne daß gerade die Möglichkeit, Gottesdienst zu pflegen,

³⁾ Fr. 66 de judiciis fr. 99, pr. de verb. obl. fr. 9 de leg. jur.

dadurch aufgehoben wird, theils ist auch nach bekannten Rechten und festem Herkommen unter dem Begriffe der Vauführung die innere Einrichtung niemals mitverstanden.

9) Mag die Baulast den Stiftungsfond, oder die Gemeinde, oder den Zehentherrn treffen, so sind nach den fürstl. Würzb. Verordnungen vom 11. August 1690, 5. Febr. 1722 und 26. März 1759 sämmtliche Mitglieder der Kirchengemeinde, zu deren Gunsten der Bau geführt wird, unbedingt zur Leistung der nöthigen Hand- und Spannfrohnden verpflichtet.

10) Der Kirchenpatron, welcher nicht zugleich Zehentherr ist, kann zur Baukonkurrenz (nach fränk. Provinzial-Rechte) in keinem Falle gehalten werden. Das Mandat von 1687, als ein zwar partikuläres, allein nach seinem Zwecke und Inhalte den Gegenstand der Baulast vollkommen entschöpfendes Gesetz ruft nur den Zehentherrn, keineswegs aber den Kirchenpatron zur eventuellen Baukonkurrenz, und da neben dieser an sich völlig abgeschlossenen Gesetzgebung, durch welche alle Anstände und Streitigkeiten über den fraglichen Gegenstand beseitigt werden sollten, den gemeinen Rechten nothwendiger Weise derogirt ist, so kann auch nicht mehr von einer subsidiären Geltung derselben die Rede seyn. Was daher das gemeine Kirchenrecht und insbesondere das concil. trident. über die Baupflicht des Patronen bestimmen mögen, so ist eine deßfallige Verbindlichkeit desselben nach Würzburger Landrechten nicht zu begründen. Jedenfalls gehören die gesetzlichen Bestimmungen, welche den Kirchenpatron mit einer solchen Ver-

bindlichkeit belasten, vorzüglich dem katholischen Kirchenrechte an und beruhen meist auf den Beschlüssen der Tridenter-Synode am oben angeführten Orte. Diese Beschlüsse können nur für Mitglieder der römischen Kirche bindend seyn, und soferne sie nicht in einzelnen Punkten als allgemeine Landesgesetze promulgirt wurden, was aber rücksichtlich der Baulast weder im Bisthume noch Großherzogthume Würzburg der Fall war, schon deswegen die Angehörigen der protestantischen Kirche nicht verpflichten, weil sie im wesentlichen, und namentlich in der Materie de reformatione gegen die Letzteren gerichtet waren.

11) Zum Unterhalte der Pfarrhäuser und zur Bestreitung kleinerer Reparaturen ist nach den fürstl. Würzb. Verordnungen v. 22. März 1686, 11. April 1687 und 16. Juli 1693 den Pfarrern ein jährliches Baugeld zu zahlen auferlegt, welches nach Gutbefinden des Dechanten verwendet werden soll.

Von Ausmittlung der Berufungssumme¹⁾.

1.

Ueber Ausmittlung der Berufungssumme lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

a) Die Kompetenz des Oerrichters ist durch das Daseyn der Berufungssumme bedingt; daher ist auf diesen Punkt von Amtswegen Rücksicht zu nehmen, und der Umstand, daß die Formalien von Seite des Appellaten nicht beanstandet werden,

¹⁾ Vergl. Giesner Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. X, S. 160 ff. u. S. 185 ff.; Bd. XI, S. 416 ff.; Bd. XII, S. 126 ff.

für die Zulassung der Berufung im Allgemeinen nicht entscheidend. — Würde jedoch in Fällen, in welchen es sich weder von Geld, noch von Naturalleistungen handelt, über den Werth des Beschwerdegegenstandes von dem einen Theile eine bestimmte Angabe gemacht, und die Richtigkeit dieser Angabe von dem Gegner entweder ausdrücklich anerkannt, oder doch nicht in Zweifel gestellt ²⁾, so ist dieselbe bei Beurtheilung der Berufungssumme zu Grunde zu legen ³⁾.

b) Fehlt es an der Berufungssumme, so erwächst das Urtheil sofort in Rechtskraft. Zur Wahrung dieser ihm günstigen Rechtskraft ist der Appellat befugt, den Mangel der gesetzlichen Summe als Voreinrede gegen die Berufung geltend zu machen, und die von dem Appellanten versuchte Nachweisung der Beschwerdesumme als ungenügend zu bekämpfen. — Wenn gleich die Prüfung der Appellabilität Offizialsache ist, so folgt doch daraus nicht, daß bei dieser Prüfung der Appellat nicht zu hören sey.

c) Die Appellabilität bildet die Regel, die Unzulässigkeit wegen Mangels der Summe ist als Ausnahme zu betrachten ⁴⁾. Korollarien dieses Satzes sind:

α) Läßt das im Streite befangene Recht eine bestimmte Schätzung nicht zu, so ist die Berufung zulässig ⁵⁾.

²⁾ Vgl. §. 19, Abs. 2, §. 20 der Nov. v. 17. Nov. 1837.

³⁾ S. §. 61 vgl. mlt §. 59, 60 der Novelle v. 17. Nov. 1837.

⁴⁾ Vnde in der Gießner Zeitschrift Bd. X, S. 200.

⁵⁾ Nov. vom 17. Nov. 1837, §. 63.

β) Es ist nicht erforderlich, innerhalb der Berufungsfrist das Daseyn der Berufungssumme nachzuweisen, oder auch nur zu behaupten. Das Schweigen der Berufungsschrift über diesen Punkt ist unschädlich.

γ) Bleibt es zweifelhaft, ob der Gegenstand der Beschwerde seinem Werthe nach den Betrag der Berufungssumme erreiche, so ist das Rechtsmittel für zulässig zu achten⁶⁾.

δ) Nicht förmliche Beweisführung über das Daseyn der Berufungssumme wird gefordert, sondern nur Bescheinigung⁷⁾. Der Appellat kann nicht verlangen, daß man, um den Mangel der Berufungssumme herzustellen, ein weitläufiges Beweisverfahren einleite⁸⁾.

2.

Als eine Abweichung von dem dritten der aufgestellten Sätze (c) erscheint das Verfahren, welches zur Ausmittlung des Daseyns oder Mangels der Berufungssumme bisher üblich war⁹⁾. Es wurde nämlich, wenn immer bei taxabeln Gegenständen das Daseyn der Berufungssumme nicht vorlag, durch einen Vorbescheid des Oberrichters

⁶⁾ Linde a. a. D. Vgl. GD. XV, §. 11, Nr. 2: „Im Falle aber die Formalien in Richtigkeit oder wenigstens zweifelhaft sind, so kann er über die Hauptsache selbst sprechen.“

⁷⁾ Scholz in der Gießner Zeitschrift Bd. X, S. 160 ff.; Bd. XI, S. 416 ff.

⁸⁾ Kreittmayr in den Anmerk. zur GD. XV, §. 11, lit. a in fine: „und sonst von größerer Weitläufigkeit.“

⁹⁾ Diese Uebung fußt auf Kreittmayr's Anm. a. a. D. im Eingange.

der Unterrichter angewiesen, dem Appellanten zur Nachweisung der Berufungssumme einen Termin unter dem Präjudiz vorzustecken, daß im Nicht-einhaltungsfalle angenommen werden würde, er sey diesen Nachweis zu liefern nicht im Stande. — Geht man von dem Satze aus, daß die Appellabilität die Regel bildet, so liegt es nicht dem Appellanten ob, das Daseyn der Berufungssumme zu „dociren,“ sondern es muß um die Verwerfung des Rechtsmittels zu rechtfertigen, der Mangel der Berufungssumme von Amtswegen ermittelt oder vom Appellanten dargethan werden.

Nach der Fassung der neuesten Gesetzesvorschrift über vorliegende Frage, nämlich des §. 61 der Prozeß-Novelle vom 17. Nov. 1837 erscheint die Fortsetzung der frühern Uebung als unstatthaft; indem hier nicht dem Appellanten vorgeschrieben ist, wie er den Werth des Beschwerdegegenstandes herzustellen habe, vielmehr geradezu der Richter angewiesen wird, die gerichtliche Schätzung zu bewerkstelligen. — Hätte hier der Gesetzgeber eine dem Appellanten zu machende Auflage im Sinne gehabt, so würde er sich sehr ungerne ausgedrückt haben; es ist aber eine bekannte Auslegungsregel: *ea potius est accipienda significatio, quae vitio caret* ¹⁰⁾.

¹⁰⁾ Fr. 19 de legibus. — In Gemäßheit der hier aufgestellten Ansicht hat der oberste Gerichtshof durch Entscheidung vom 15. Dez. 1838 in der Rechtsache, H. 504^{37/38} (DUAkt. He 38³⁹) — abweichend von der bisherigen Uebung nicht dem Appellanten die Docirung der Berufungssumme, sondern dem UG. für Mittelsranken die Weisung ertheilt:

„unter Zugichung der Partheien vordersamst noch den

Die Schätzung soll nach „den gesetzlichen Vorschriften über Schätzungen“ geschehen.

Jede Schätzung ist ein Gutachten von Sachverständigen. Die O. D. XII, §. 3, Nr. 2 bestimmt, daß überall, wo es auf die gutachtliche Meinung von Sachverständigen ankommt, in wichtigeren Sachen allezeit zwei zu vernehmen seyen, in kleineren aber, oder wo nicht mehrere Gelegenheitlich zu haben sind, die Zuziehung eines Einzigen genüge.

Da es hier vor der Schätzung ungewiß ist, ob die Sache zu den kleineren gehöre oder nicht, so sind, außer dem Nothfalle¹¹⁾, zwei Sachverständige zu hören, welche der Richter wählt¹²⁾. Im Falle wesentlich¹³⁾ abweichender Meinungen ist nicht ein Durchschnitt zu ziehen¹⁴⁾, sondern das Daseyn der Berufungssumme als zweifelhaft anzusehen, daher die Berufung zuzulassen¹⁵⁾.

Werth des Grundstücks des Appellanten resp. Revidenten in Gemäßheit des §. 61 der Prozeß-Novelle vom 17. Nov. 1837 ermitteln zu lassen, und die also vervollständigten Akten wieder vorzulegen.“

¹¹⁾ Wenn nämlich nicht mehr als einer zu haben ist.

¹²⁾ Die Vorschrift des §. 57 der Nov. v. 17. Nov. 1837, nach welcher jeder Theil einen Schlichtmann, der Richter einen dritten benennt, ist darauf berechnet, mittels Durchschnitts die Schätzungssumme festzustellen, und darum hier nicht anwendbar. (S. Note 14.)

¹³⁾ D. h. daß sie über das Daseyn der Berufungssumme differiren.

¹⁴⁾ Deswegen, weil die fragliche Differenz das Daseyn der Berufungssumme als zweifelhaft erscheinen läßt, und im Falle der Zweifelhaftheit die Berufung zuzulassen ist.

¹⁵⁾ Ist die Differenz so auffallend, daß von Seite des einen der Sachverständigen Unkunde oder Partheilichkeit zu vermuthen steht, so mag ein Superarbitrium eingeholt werden.

In Ansehung der Frage, ob der Schätzung ein Augenschein unter Leitung einer Gerichtskommission vorhergehen müsse, gilt auch hier was oben S. 17 — 24 hinsichtlich derselben Frage in Bezug auf das Exekutionsverfahren ausgeführt ist. Von dem gerichtlichen Augenschein kann Umgang genommen werden, wenn kein Theil darauf besteht und die Identität des Gegenstandes sich auf andre Weise feststellen läßt; der uneigennützig verständig Richter wird überall das Verfahren so zu leiten suchen, daß einerseits keinem Theil Anlaß zur Beschwerde gegeben, andererseits unnöthige Kosten, zumal bei Sachen von minderem Belange, nicht verursacht werden.

Beide Theile sind berechtigt, bei Aufnahme der Schätzung gegenwärtig zu seyn; auch können sie (nach Vorschrift der G.D. XII, §. 3, Nr. 4) und nach Analogie des §. 87, Absatz 2 der Nov. vom 17. Nov. 1837¹⁶⁾ gegen die Werthßerhebung entweder sogleich am Schätzungstermine oder innerhalb einer kurzen auf Antrag zu bewilligenden Frist — Erinnerungen machen¹⁷⁾.

Da der Richter bei diesem Zwischenverfahren von Amtswegen verfährt, so sind die Kosten einstweilen von beiden Theilen vorzuschießen resp. zu erheben¹⁸⁾.

¹⁶⁾ Diese Analogie ist durch die Verweisung auf die „gesetzlichen Vorschriften“ — in §. 61 gerechtfertigt.

¹⁷⁾ Diese Erinnerungen können etwa den Oberrichter zur Anordnung einer Ergänzung, oder auch dazu veranlassen, das Daseyn der Berufungssumme als zweifelhaft anzusehen, und demzufolge, da „größere Weitläufigkeit“ vermieden werden soll (S. Note 8), die Berufung zuzulassen.

¹⁸⁾ G.D. XII, §. 3, Nr. 5.

Wünschenswerth wäre — zur Ersparung von Kosten und Schreibereien — eine allgemeine Vorschrift an die — für die Instruktion des Berufungsverfahrens — ohnehin zuständigen Gerichte I. Instanz, die Schätzung des Streit: resp. Beschwerde: Gegenstandes in allen Fällen, wo sie zur Bemessung der Berufungssumme nothwendig scheint, vorgängig der Akteneinsendung zu bewerkstelligen.

Guter Rath.

In Nr. 4 des laufenden Jahrgangs der Blätter für Rechtsanwendung (S. 51 f.) ist der Rechtssatz aufgestellt und vertheidigt: Insinuationen richterlicher Verfügungen, welche an einem Sonn- oder kirchlichen Festtage geschehen, sind als nicht rite geschehen anzunehmen und so zu betrachten, als wären sie erst am darauffolgenden Werktag bewirkt worden. — Wir sind von der Richtigkeit dieses Satzes lebhaft überzeugt; dürfen aber nicht verhehlen, daß manche Richter die entgegengesetzte Ansicht festhalten. Partheien und Anwälte wird daher wohlmeinend gerathen, ohne Noth es nicht auf eine günstige Entscheidung der Zweifelsfrage ankommen zu lassen.

Ob's heut' geschehen muß? ob Zeit noch ist bis morgen?
Nun! thu' es lieber heut', so bist du außer Sorgen.

Zur Lehre von der Nichtigkeit wegen Mangels der Citation.

GD. XVI, Hat der Richter, ohne daß ein Kläger aufgetreten war, eine Verfügung

unbefugterweise von Amtswegen erlassen, so ist diese ob defectum citationis nichtig. Denn es fehlt hier an einem wesentlichen Bestandtheile des prozessualischen Verfahrens, und somit an einer Vorbedingung der Rechtsbeständigkeit jeder richterlichen Verfügung ¹⁾).

Zur Lehre von Provisorien.

Die Frage:

ob in *possessorio summarissimo* auf ein Provisorium angetragen werden könne?

ist zu bejahen, denn:

a) Es haftet beim *poss. summar.* allemal Gefahr auf dem Verzuge.

b) Gegen Urtheile über den jüngsten Besitz kann zur zweiten Instanz, und wenn deren Entscheidung von der erstrichterlichen in der Hauptsache abweicht, sogar zur dritten Instanz appellirt werden.

c) Es läßt sich nicht voraussehen, welche Verzögerungen bei dem possessorischen Streite etwa eintreten könnten ¹⁾).

¹⁾ UGE. v. 29. Sept. 1838. W. 1105³⁷/₃₉.

¹⁾ UGE. v. 15. März 1836. G. 339³⁵/₃₆.

Berichtigung.

In Nr. 4, S. 51, Note 5, Zeile 6 ist statt Klasse „Kasse“ u. S. 63, Z. 3 „auctoritas“ zu setzen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 8. Samstag, den 13. April 1839.

Praktische Bemerkung über den §. 3 des Gesetzes vom 1. Juni 1822, das Staatsschuldenwesen betr.

Der Zeitablauf, welcher nach Vorschrift der angeführten Gesetzstelle die Erlöschung der daselbst bezeichneten Forderungen an die Staatskasse — herbeiführen soll, hat nicht die Natur der Extinktivverjährung, sondern die einer Präklusivfrist. Denn

1) das Institut der Extinktivverjährung ist nicht darauf gerichtet, dem Beklagten einen Vortheil zuzuwenden, sondern den Kläger wegen seiner Vernachlässigung des Klagerrechtes in Nachtheil zu versetzen. „Contra desides homines, et sui juris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt ¹⁾.“ — „Non enim introductae sunt (praescriptiones) favore possessorum sed odio petitorum, qui tam per-

¹⁾ Const. 3 in fine de annali except. (7, 40.)

petua taciturnitate actiones suas extinguere patiuntur²⁾.“ Die Vorschrift des in Frage befindlichen §. 3 hingegen beabsichtigt ausschließlich den Vortheil des Beklagten, des Schuldners, der Staatskasse. Die Ordnung des Staatshaushalts, der Abschluß der Kataster der Staatsschuld war der einzige Zweck, welchen der Gesetzgeber bei Erlassung jener Vorschrift vor Augen hatte. Den Gläubigern, gleichsam zur Strafe begangener Nachlässigkeit einen Nachtheil zuzufügen, lag nicht von ferne in seinem Sinne. — So wie bei Herstellung von Familienfideikommissen, bei Auseinandersetzung von Verlassenschaften im Interesse des Schuldners die Ordnung der Vermögensverhältnisse durch Vorsteckung von Präklusivterminen für die Anbringung der Forderungen erstrebt wird, eben so geschah das Gleiche hier im Interesse des schuldenden Staates, um dessen Vermögensverhältnisse in Ordnung zu bringen.

2) Die Extinktivverjährung der Klage beginnt in jedem einzelnen Falle mit dem Eintritte der Klagbarkeit des Rechtes; eben so individuell bestimmt sich die Vollendung durch den Ablauf der gesetzlichen — von jenem Anfangspunkte zu berechnenden Zeit. Hierin liegt das Wesen der Verjährung. Eine Erlöschung, welche mit dem Herankommen eines allgemein bestimmten Kalendertages, mit dem Ende einer nicht vom Beginne der Klagbarkeit des einzelnen Rechtes be-

²⁾ Incerti Auctoris Ordo Iudiciorum (Ulpianus de edendo) Tit. de praescriptionibus (ed. Haenel pag. 24)

rechneten Frist eintritt, ist jedenfalls etwas Anderes, als Extinktivverjährung; sie erscheint vielmehr als ein Analogon derjenigen Rechtsnachtheile, welche die Versäumung der in Ediktalladungen vorgestetzten Fristen nach sich zieht. Hier wie dort tritt der Rechtsnachtheil mit dem Herankommen eines bestimmten Kalendertages, oder mit dem Ende einer Frist in Wirksamkeit, deren Anfang von dem Zeitpunkte einer öffentlichen Bekanntmachung, nicht vom Beginne der Klagbarkeit der einzelnen Rechte datirt.

3) Allerdings trifft die Verwirklichung des im gedachten Gesetze angedrohten Präjudizes dem Resultate nach — nämlich in der Erlöschung der Forderungen — mit der Extinktivverjährung zusammen. Aber Erlöschung von Rechten ist eben so auch das Resultat der Versäumung von Präjudizialfristen; im Provokationsprozesse wird demjenigen, welcher die zur Klagstellung vorgestetzte Frist versäumt, ewiges Stillschweigen aufgelegt; mit Versäumung des Liquidationstermins im Konkurse erlischt das Recht der Befriedigung aus der Gantmasse; die Nichtbeachtung der im §. 26 der VII. Beil. zur III. verordneten Ediktalladung hat die Erlöschung des Rechtes, sich an die Substanz des Fideikommisses zu halten, zur Folge u. s. w. — Demzufolge läßt sich mit jenem Resultate keineswegs folgern, daß hier ein Fall der Extinktivverjährung gegeben sey.

4) Unzweideutig spricht für die Natur eines Präjudizialtermines folgende Stelle des Vortrages, welchen der Finanzminister Freiherr v. Lerchenfeld

bei Vorlage des fraglichen Gesetzentwurfes in der Kammer der Abgeordneten gehalten hat³⁾:

„Die Verjährung so verschiedner Forderungen kann nicht abgewartet, und durch eine gerichtliche Vorladung der Gläubiger ohne Gesetz nicht abgeholfen werden, indem es zweifelhaft gemacht worden ist, ob nach den bestehenden Gesetzen eine Ediktalladung in solchen Fällen mit Erfolg eintreten könne. Eine Aufforderung durch ein besonderes Gesetz mit dem Präjudize der Erlöschung der Forderung löset alle Zweifel und Mißverständnisse.“

Es sollte also die Ediktalladung, deren Stattbarkeit und Wirksamkeit nach den bestehenden Gesetzen für zweifelhaft erachtet wird, durch ein besonderes Gesetz erlassen, und so die Dazwischenkunft des Richteramtes, von welchem Ediktalladungen in gewöhnlichen Fällen ausgehen, überflüssig gemacht werden. — Daß eine Funktion des Richteramtes ausnahmsweise durch einen Akt der Gesetzgebung besorgt, daß demnach von der Natur der Ediktalladungen, wie sie gemeinhin vorkommen, abgewichen werden wolle, ist hier ausdrücklich gesagt; man kann daher die Regel, nach welcher Ediktalladungen nicht Sache des Gesetzgebers, sondern des Richters sind, nicht zu dem Ende geltend machen, um der Vorschrift des mehrgedachten §. 3 die Eigenschaft einer Ediktalladung zu bestreiten.

5) Die Ansicht, welche hier vertheidigt wird,

³⁾ Verhandl. von 1822, Beil. Bd. IV, S. 115.

läßt es zu, den durch Versäumung des vorgestetzten Termines verwirkten Verlust der Forderung auf dem Wege der Restitution rückgängig zu machen ⁴⁾; sie ist daher dem *aequum jus* entsprechender, als die entgegengesetzte; nach ihr würde ferner das — offenbar korrektorische — Gesetz von dem frühern Rechte weniger abweichen, als nach der von uns bekämpften Deutung. Demnach führt auch die Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln ⁵⁾ zu dem Ergebnisse, welches der Eingang der gegenwärtigen Erörterung ausspricht.

Ist Eidesdelation bei dem Beweise der unvor-
denklichen Verjährung zuzulassen?

Diese Frage ist zwar unter den Kommunisten streitig ¹⁾, allein nach den Grundsätzen der bayer. G.D. muß sie verneint werden, denn nach Cod. jud. XIII, §. 2, Nr. 2 muß die Geschichte, worüber der Eid deferirt wird, so beschaffen seyn,

⁴⁾ Allerdings scheint diese Zulassung mit dem Zwecke des Gesetzes nicht im Einklange zu stehen; aber die Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes kann es nicht rechtfertigen, besondere Bestimmungen, welche nicht darin stehen, als vorhanden zu fingiren. Die Auslegung ist nicht mit der Befugniß ausgestattet, den Mängeln des Gesetzes abzuhefen, und das Fehlende — (hier eine die Restitution ausschließende Bestimmung) — einzuschalten.

²⁾ Fr. 56, 90 *de reg. juris*; Const. 8 *de judiciis* (3, 1). Vgl. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 15.

³⁾ Claproth ord. Proj. §. 321. Malblanc *de jurejur.* §. 44. Rave *de praescriptione.* §. 185. Pufendorf Obs. II, 55. Thibaut Pand. Recht §. 1048.

daß der andere Theil selbst eigene Wissenschaft davon haben kann; über fremde, oder auch solche Geschichte, welche wegen Länge der Zeit vermuthlich schon aus dem Gedächtniß entwichen sind, findet die Eidesdelation nicht statt. Nun liegt es aber schon im Begriff und in der Natur der Immemorial-Verjährung, daß bei derselben auf eine Zeit zurückgegangen werden muß, wo eine eigene Wahrnehmung des behaupteten Zustandes von Seite des Delaten gar nicht möglich war, selbst wenn er zufällig dasjenige Alter haben sollte, welches beim Beweise der unvordenklichen Verjährung die Zeugen haben müssen; die Eidesdelation ist daher zum Beweise derselben nicht zulässig. —

Die Richtigkeit der aufgestellten Grundsätze wird auch durch die Bestimmungen des bayerischen Landrechts bestätigt, denn der §. 9, Th. II, Kap. 4, spricht bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung lediglich von Zeugen und diese müssen wenigstens 54 Jahre alt seyn und nicht nur 40 Jahre zurück von der streitigen Sache aus eigenem guten Wissen deponiren, sondern auch bezeugen, daß sie ein anderes niemals gehört und den Anfang der streitigen Sache weder selbst wissen, noch anderwärts in Erfahrung gebracht haben. In den Anmerkungen zur alleg. Stelle Nr. 2 ist zwar bemerkt, daß wenn gleich der Beweis der unvordenklichen Verjährung gemeiniglich nur durch lebendige Gezeugenschaft geführt werde, dadurch die übrigen ordentlichen Beweismittel nicht ausgeschlossen seyen, und daß daher der Beweis *per documenta, confessionem, famam, ocularem inspectionem* und *conjecturas* sowohl *cumulative* als *princi-*

paliter gemacht werden könne; allein unter diesen weitern Beweismitteln kommt der Eid nicht vor und eben der Umstand, daß die übrigen Beweismittel, wie sie als solche auch in der G.D. behandelt sind, speziell aufgeführt werden, dient zum Beweise, daß das bayer. Landr. den Eid als Beweismittel bei der unvordenklichen Verjährung ausschließt, eine Bestimmung, die sich, wenn man die in der G.D. über die Zulässigkeit des Eides aufgestellten allgemeinen Grundsätze berücksichtigt, als vollkommen konsequent darstellt²⁾.

Beiträge zur Lehre von Verträgen zwischen Christen und Juden.

1.

Wenn es nicht auf die bloße Förmlichkeit der Handlung ankommt, sondern den betreffenden Normativen über den Verkehr mit Juden der Gesichtspunkt eines vorsorglichen Entgegenwirkens gegen Beeinträchtigung durch fremde List und Ueberredungskunst zu Grunde liegt¹⁾, so ist die Gültigkeit des Vertrags zwischen Juden und Christen, so wie die hiezu gehörige Form, nicht nach den Gesetzen des Orts der Vertragszustandebringung, sondern nur nach den Gesetzen des Wohnorts und

²⁾ A.G.E. v. 18. März 1831, bestätigt aus denselben Gründen durch D.A.G.E. v. 26. Juli 1834 (O. 1193^{30/31}.) A.G.Akt. W. 371^{27/29}. S. auch A.G.E. v. 10. Dez. 1829. T. 973^{28/29}.

¹⁾ Dies ist der Fall, wenn das Gesetz, unter welchem der Christ wohnt, die Aufrichtung des Vertrags vor der Christen Obrigkeit nach einer der Protokollierung vorhergehenden causae cognitio vorschreibt.

persönlichen Gerichtsstandes des christlichen Contrahenten zu beurtheilen, weil sich außerdem Jedermann einer solchen Vorschrift durch die Entfernung von seiner Heimath entziehen und somit den dabei vorgesezten Endzweck leicht vereiteln könnte²⁾).

2.

Die Gesetze, welche für Verträge zwischen Christen und Juden die gerichtliche Form vorschreiben, begründen im Fall ihrer Außerachtlassung nur eine relative Nichtigkeit, nämlich zu Gunsten des Christen. Der jüdische Contrahent kann den Vertrag aus diesem Grunde nicht anfechten³⁾).

3.

Der christliche Contrahent kann sich aus dem Grunde, weil der Vertrag wegen Mangels der gerichtlichen Protokollirung ungiltig ist, der Verbindlichkeit zur Zurückgabe dessen, was er von dem Juden zu Folge des Vertrags bereits empfangen hat, nicht entziehen; denn hiezu verpflichtet ihn der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß sich niemand mit dem Schaden des Andern bereichern darf. Der Jude ist daher berechtigt, das dem Christen aus Veranlassung des nichtigen Vertrags Gegebene zurückzufordern⁴⁾. Die Einrede der Vertragsuns-

²⁾ MGE. v. 27. Febr. 1839. F. 1164³⁰/37. — MGE. v. 13. Jan. 1823. MGE. S. 267¹⁹/20. — S. auch Bd. II, S. 401 dieser Blätter.

³⁾ MGE. v. 31. März 1821. G. 630/1818. — v. 17. Juni 1828. S. 673²⁷/28. — v. 20. Okt. 1832. S. 722³¹/32. — v. 13. März 1835. O. 461³⁴/35.

⁴⁾ J. B. mit der Cond. causa data causa non secuta, oder Cond. sine causa.

giltigkeit wegen nicht beobachteter gesetzlich vorgeschriebener Form kann dem Kläger um so weniger mit Wirkung entgegengesetzt werden, weil der Grund des Gesetzes — nämlich die Besorgniß der Gefährde und Uebervorthheilung des Christen durch den Juden — hier wegfällt, indem eine Uebervorthheilung nicht denkbar ist, wenn der Beklagte das zurückgibt, was er wirklich empfangen und was er ferner zu behalten kein Recht hat⁵⁾.

4.

Die Ungiltigkeit des nicht protokollierten Vertrags beschränkt sich nur auf diejenigen Verbindlichkeiten, welche aus dem für nichtig erklärten Verträge abgeleitet werden; nicht aber auf solche Verbindlichkeiten, die in andern Verhältnissen ihren Grund haben. Wurde z. B. ein Viehkauf zwischen einem Christen und Juden abgeschlossen und nicht protokolliert, wie nach Vorschrift des betreffenden Provinzialgesetzes hätte geschehen sollen, so ist zwar der Vertrag mit allen rechtlichen Folgen nichtig; der jüdische Verkäufer erhält das verkaufte Vieh zurück; der Käufer ist zu keinem Kaufschilling, zu keiner Entschädigung wegen des nichtigen Vertrags verbunden; den Verkäufer trifft der Schaden, der etwa dem verkauften Vieh in der Zwischenzeit durch Zufall zugegangen ist. Aber es kann dem jüdischen Verkäufer das Recht auf Schadenersatz zu klagen nicht abgesprochen

⁵⁾ AGG. v. 20. Juni 1823. S. 209²²/23. — v. 4. Okt. 1828. F. 903²⁷/29. — v. 2. Dez. 1829. D. 131²⁹/30. — v. 29. März 1833. W. 1121³¹/32. Vgl. auch diese Blätter Bd. II, S. 402—403 u. 255.

werden, wenn der Schaden in dem Vorsatz, oder in einer gesetzlich zuzurechnenden Fahrlässigkeit des Käufers, oder solcher Personen, für deren Handlungen dieser zu haften verbunden ist, seinen Grund hat, weil in einem solchen Falle die Entschädigungsverbindlichkeit nicht aus dem nichtigen Kaufgeschäft, sondern aus einer andern Ursache abgeleitet wird ⁶⁾).

Kann nach der bayer. GO. der Hauptleid de credulitate oder de ignorantia zugeschoben werden ¹⁾?

Daß die Grundsätze über Vergleiche auf die Eidesdelation nach bayer. Prozeßrecht nicht angewendet werden sollen, gieng schon aus der Stellung dieser Lehre in der GD. hervor, wenn es auch nicht ausdrücklich daselbst XIII, §. 2 principio hieße:

„Da zuweilen ein oder anderer Theil sein Vorgeben darum nicht beweisen kann, weil bei der strittigen Geschichte niemand gegenwärtig gewesen, und deswegen der andere Theil oft so fest und gewissenlos ist, daß er dasjenige, was ihm wohl bewußt, schlechterdings abläugnet, so ist in solchem Falle erlaubt, seinem Widersacher den Eid anzubieten, damit er nämlich schwöre, daß die Geschichte vorgegebenermaßen nicht vorgegangen sey, und dieses heißt man zu Latein:

⁶⁾ AGG. v. 7. Jan. 1835. F. 724³³/34.

¹⁾ Aus einem Erl. des AG. des vormal. Regatfr. v. 9. Sept. 1836. L. 1073³¹/35.

Juramentum litisdecisorium, welches ebenfalls unter die übrigen Beweismittel zu zählen ist.“

Ausdrücklich macht der Kommentator der O. in Note a zu dieser Stelle auf die vorstehenden letzten Worte des Gesetzes aufmerksam, indem er zugleich des unter den Autoren darüber, ob das *juram. litisdecisor. pro specie probationis* zu halten sey, obwaltenden Streites erwähnt, aber, wie es scheint, absichtlich jener römischen Ansicht, daß der zugeschobene Eid die Natur eines Vergleichs habe, nicht gedenkt, um ja nicht irre zu führen.

Es muß also auch bezüglich dieses Beweismittels der Grundsatz gelten: dem Richter wird Beweis geliefert; wonach es dem Deforanten, selbst mit Einwilligung des Delaten, nicht freistehen kann, den Eid über irrelevante Thatsachen zuzuschieben.

„Doch muß er (der Haupteid) an sich relevant seyn“ heißt es in der O. a. a. D. Nr. 2 und in den Anm. zu §. 1, Nr. 5 wird sub lit. f. gesagt: „Endlich soll man in keiner Formel, wenn gleich die Partheien selbst darüber einig sind, offensbare Irrelevantien gestatten ²⁾.“

Nach demselben Grundsatz (*Judici sit probatio*) kann der Haupteid nur über die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache, und nicht über das Nichtwissen derselben zugeschoben werden, wenn gleich solcher Eid gewissermaßen die Natur eines

²⁾ Vgl. auch Anm. zu §. 2, Nr. 2 a. a. D. lit. c, wo es heißt: „doch muß das Jurament allezeit so beschaffen seyn, ut relevet ad probandum.“

Veritätseides hat; denn der Umstand, daß der Delat von der fraglichen Thatsache keine Wissenschaft hat, kann für den Richter kein Ueberzeugungsgrund für die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache seyn. Daß nur hierüber und nicht über das Nichtwissen des Delaten der Haupteid deferirt werden könne, geht schon aus der Definition desselben hervor. Die G.D. a. a. D. sagt, „es ist erlaubt seinem Widersacher den Eid anzubieten, damit er nämlich schwöre, daß die Geschichte, so wie sie angebracht wurde, nicht vorgegangen sey, und dieses heißt man Juramentum decisorium,“ unter welchen Begriff das Juramentum ignorantiae gewiß nicht fällt. Uebershaupt spricht die G.D. a. a. D. immer nur von der Eidesdelation über Thatsachen („Geschichten“). Unzweifelhaft ist aber die Unstatthaftigkeit des Ignoranz-Eides aus der Bestimmung der G.D. a. a. D. Nr. 2 zu ersehen, „daß über solche Geschichten, welche wegen Länge der Zeit vermuthlich schon aus dem Gedächtniß entwichen sind, der Eid nicht deferirt werden darf;“ denn wo wäre es mehr an seinem Platz, als hier, den Eid dahin zu deferiren, daß Delat sich wirklich der in Frage stehenden Thatsache nicht mehr erinnern könne, sie nicht mehr wisse?

Auch die Glaubensformel findet beim Haupteide nicht statt. Unbestritten ist es, daß der Erfüllungs Eid nur de veritate, niemals de credulitate geschworen werden dürfe, denn die G.D. XIII, §. 3, Nr. 3 bestimmt: „soll auch die Sache, welche zu beschwören ist, so beschaffen seyn, daß sie der schwörende Theil allem Vermus-

then nach wohl wissen kann“ und in den Anm. zu dieser Stelle lit. d wird ausdrücklich angeführt: „wer den Erfüllungseid ablegen will, muß dasjenige, was beschworen werden soll, aus eigenem leiblichen Sinn erfahren haben; denn es ist *juramentum veritatis*, nicht *credulitatis*.“ —

Wenn sich nun bezüglich des *litisdecisorischen* Eides in der *GD. XIII*, 2, Nr. 2 dahin erklärt wird „doch muß die Geschichte, worüber der Eid deferirt wird, so beschaffen seyn, daß der andere Theil selbst eigene Wissenschaft davon haben kann,“ so ist nicht einzusehen, warum aus jener Gesetzstelle, nicht aber aus dieser, das Ausschließen des *Credulitätseides* hervorgehen soll. — Es kann gewiß nur gebilligt werden, wenn das Gesetz verbietet, einzig und allein auf den *Credulitätseid* ein richterliches Urtheil zu bauen, und diesen Eid nur da, wo der Richter schon einigen Anhaltspunkt hat, in gewissen Fällen als *adminiculirenden* Ueberzeugungsgrund gelten läßt. Dieß ist der Fall beim *Reinigungseid* (*GD. XIII*, §. 3, Nr. 5 u. Anm. hiezu), ferner beim *Beschwören der Handelsbücher des Erblassers* (*GD. XI*, §. 3, Nr. 2); auch wenn die Erben des christlich verstorbenen Eides-*Accipienten* noch schwören müssen (*GD. XIII*, §. 2, Nr. 7) ist dieses keineswegs der *Haupteid de credulitate*, sondern der *Haupteid* wird als vom Erblasser geleistet erachtet, wenn zu dem christlichen Sterben der *Glaubenseid* der Erben als *adminiculirender* Ueberzeugungsgrund für den Richter hinzukommt ²⁾.

²⁾ Der Grund, warum in den beiden zuletzt angeführten Fällen der *Credulitätseid* zugelassen wird, beruht insbesondere darauf, weil hier die Erben kein *factum proprium* beschwören. — Dieser Grund tritt auch beim *Diffessionseid* ein, welcher *de credulitate* geschworen werden soll, wenn es nicht auf eigener, sondern fremder Hand *Diffitirung* ankommt. *GD. XI*, §. 8, Nr. 6.

Zur Lehre von der Verletzung über die Hälfte.

Die Anfechtung eines Vertrages wegen Verletzung über die Hälfte findet nicht statt, wenn der Kontrahent, welcher zuviel empfing, das Empfangne vor Anstellung der Klage ohne dolose Mitwirkung verloren, oder die überlassene Sache ohne Arglist veräußert hat.

Die Klage des verkürzten Verkäufers ist nach dem deutlichen Ausspruche des Gesetzes nur darauf gerichtet, daß ihm gegen Erstattung des empfangenen Preises die verkaufte Sache zurückgegeben werde. Die Ausgleichung der Verletzung durch Ergänzung des Preises nach dem wahren Werthe der Sache kann von dem Kläger nicht gefordert, wohl aber vom Beklagten erwählt werden. Wenn nun der Beklagte die Sache vor Erhebung des Prozesses veräußert hat, so ist es ihm jetzt unmöglich geworden, gerade das zu leisten, worauf die Forderung des Klägers gerichtet ist, nämlich die Zurückgabe der Sache. — Ist aber die Erfüllung der Obligation unmöglich geworden, so ist der Schuldner befreit, sofern ihm nicht die Unmöglichkeit der Erfüllung zur Schuld zugerechnet werden kann; in welchem Falle an die Stelle des nach dem Inhalte der Obligation geschuldeten Gegenstandes das Interesse tritt. — Von einem Verschulden der Unmöglichkeit kann aber nicht die Rede seyn, wenn diese durch eine Handlung herbeigeführt wurde, zu welcher der Käufer wohl befugt war. Derselbe war, ungeachtet der enormen Verletzung des andern Kontrahenten, Eigenthümer der gekauften Sache geworden, und daher auch berechtigt, durch Veräußerung über solche zu verfügen. Er hat sonach durch diese Veräußerung kein objektives Unrecht begangen, also auch die daraus hervorgehende Unmöglichkeit der Zurückgabe nicht verschuldet; und dieß zwar um so weniger, als kein Gesetz ihn verpflichtet, die er-

worbene Sache für den möglichen Fall, wenn etwa der Gegner die Zurückgabe verlangen sollte, zu behalten und zu bewahren. — Nur wenn er die Veräußerung gerade in der Absicht vornahm¹⁾, um dem verletzten Kontrahenten die Ausübung der in Const. 2 de rescind. vend. begründeten Befugniß zu vereiteln, haftet er nach allgemeinen Grundsätzen wegen des Dolus für das Interesse. —

Zur Lehre von der Urkunden-Edition.

Die Frage: ob der Beklagte nach bayer. Prozeßrechte schon vor der Streiteinlassung die Edition der zu seiner Information, resp. Vertheidigung nöthigen Urkunden von dem Kläger begehren könne¹⁾? wurde durch ein Erkenntniß des AG. des ehemaligen Rezatkreises vom 3. Sept. 1830 (K. 688^{29/30}) bejahend entschieden und dasselbe vom I. Oberappellationsgerichte durch Erkenntniß vom 28. Juni 1833 (N. 405^{30/31}) aus folgenden Gründen bestätigt:

„Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß da, wo der jüngste Reichsabschied v. J. 1654 noch als allgemeines Prozeßgesetz gilt und nicht durch Partikularvorschriften einer Landesprozeßordnung abgeändert ist, der Kläger gemäß §. 35 l. c. nicht gezwungen werden könne, dem Beklagten vor der Litiscontestatlon Urkunden zu dessen Information zu ediren²⁾).

¹⁾ Ist die Veräußerung geschehen, nachdem bereits der Verkäufer dem Käufer die Wiederaufhebung des Vertrages oder Ausgleichung der Verletzung angedenken hatte, so spricht die Vermuthung für das Daseyn der bezeichneten Absicht.

²⁾ S. Bd. II, S. 275 dieser Blätter.

³⁾ Neudoes pragmat. Erlaut. des j. RA. S. 163, 164. Leyser Sp. 38, Med. 5, Sp. 261, M. 8 u. 9. — S. auch Glück Pand. Comment. IV, §. 286 a, S. 34 ff.

Die röm. Gesetze gestatten aber dagegen allerdings, daß der Kläger angehalten werden könne, dem Beklagten zur bloßen Information Urkunden vor der Rk. zu ediren ²⁾.

Diese Grundsätze des röm. Rechts hat die bayer. GD. zum Gesetz erhoben, denn es ist das selbst im Kap. XI, §. 6, Nr. 1 wörtlich enthalten:

„Der Kläger ist schuldig, alle in Händen habende Briefschaften ohne Unterschied, ob er sie selbst in dem Prozeß für sich gebrauchen wolle oder nicht, dem Beklagten zu seiner Defension, und damit er seine Exceptionen daraus beweisen möge, auf Begehren zu ediren.“

Nicht bloß also zum Behufe des Beweises der Exceptionen, sondern selbst zum Behufe der Vertheidigung des Beklagten ist der Kläger schuldig, dem Beklagten alle Urkunden zu ediren, und zwar ohne Unterschied, ob er — Kläger — diese Urkunden im Prozesse für sich gebrauchen wolle oder nicht. Da nun die Vertheidigung des Beklagten erst mit dem die Litiskonfestation enthaltenden Exceptionsfaze beginnt, so ist klar, daß hiernach der Kläger für schuldig erklärt werde, dem Beklagten auf Begehren auch vor der Litiskonfestation zu ediren, damit der Beklagte seine Vertheidigung darnach einrichten könne. Jeden Zweifel beseitigen endlich die Ann. zur GD. a. a. D. lit. b, woselbst ausdrücklich auf L. 1, §. 3, D. de edendo, als Entscheidungsquelle Bezug genommen wird, dann auf Lauterbach coll. Pand. L. II, Tit. 13, §. 29 u. Stryk us. mod. Pand. L. II, Tit. 13, §. 16, welche beide Schriftsteller auf Seite derer stehen, welche die Urkunden-Edition vor der Rk. nach röm. Grundsätzen beurtheilen.“

²⁾ Fr. 1, §. 3, de edendo. (II, 13.) Const. 5, 7, 8. Cod. cod. (II, 1.) Auth. si quis etc. ibid.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 9. Samstag, den 27. April 1839.

Zur Lehre von der Compensation.

In der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts wird es für die richtige Meinung anerkannt¹⁾, daß im ordentlichen Prozesse der Verklagte, wenn er der liquiden Forderung des Klägers eine illiquide Einrede der Compensation zur rechten Zeit, d. i. bei der Vernehmung auf die Klage, entgegengesetzt, zum Beweise seiner Einrede gelassen werden müsse, indem die Verweisung illiquider Einreden zur besondern Ausföhrung nur bei bestimmten Arten des summarischen Processes statt findet, deren eigenthümliche Natur es mit sich bringt, daß alle Einreden sogleich bei ihrer Vorbringung liquid seyn müssen, wie z. B. im Executiv- und Wechselprozeß.

¹⁾ Thibaut PR. §. 997. Glück Pand. Comment. XV, §. 931. Weber Beitr. z. Lehre v. Kl. u. Einreden. St. I, Nr. 6, S. 60 - 63; Seuffert Lehb. d. PR. §. 287 und dessen Fragmente aus Pand. Vorlesungen Nr. XV, S. 28. Hagemann prakt. Erbt. Bd. VII, Nr. 8.

Nach dieser Ansicht ist auch in mehrern Fällen von dem App.-Gericht des ehemaligen Rezatkreises erkannt worden ²⁾).

Die in der bayer. OD. XVIII, §. 1 enthaltene Bestimmung:

„daß mit Vollstreckung des in Rechtskraft erwachsenen Urtheils auf Anrufen des obsiegenden Theils schleunig verfahren, und da es wann das Quantum noch nicht allerdings in Richtigkeit, oder der Streit in mehrern Punkten bestanden ist, das Liquidum mit dem Illiquido niemals gesperrt werden soll;“

steht damit nicht im Widerspruche, sie ist vielmehr hieher völlig unpassend, weil darin nicht von der Absonderung des Illiquiden vom Liquidum in einem erst zu erlassenden Erkenntniße, sondern von einer solchen Absonderung bei Vollstreckung eines bereits rechtskräftigen Urtheils die Rede ist. Die allegirte Bestimmung bezieht sich, wie ihr Zusammenhang und die ihr in der OD. angewiesene Stelle lehren, bloß auf das Verfahren in der Executions-Instanz und zwar, wie die Ann. l. c. lit. f. näher erläutern, auf den Fall, wenn entweder das Quantum litis zum Theil noch nicht liquid ist, oder wenn mehrere Forderungen Gegenstand des Streites waren und hievon die eine oder andere noch illiquid ist; hier soll das, was bereits liquid und rechtskräftig zuerkannt ist, durch das Illiquide nicht gesperrt werden. Hievon ist aber

²⁾ MGE. v. 30. Sept. 1825. S. 444²⁴/25. — v. 13. Apr. 1830. IV. 255²⁹/30. — vom 17. Jan. 1834. R. 964³²/33.

der Fall wesentlich verschieden, wenn der dermalige Bestand der eingeklagten Forderung durch die rechtzeitig vorgebrachte Einrede der Compensation streitig gemacht wird, denn hier kann der Richter über das Rechtsverhältniß zwischen den Partheien im ordentlichen Prozesse nicht eher definitiv entscheiden, als bis es dem Beklagten gegönnt war, seine Einrede zu beweisen ³⁾).

Das preuß. Landr. enthält Th. I, Tit. 16, Abschnitt VI, woselbst von der Compensation gehandelt wird, im §. 359 folgende Bestimmung:

„Ist die Forderung des Einen eingeräumt, oder sonst sogleich klar, die andere aber wird von dem Gegentheile noch bestritten: so findet die Compensation nur in so fern statt, als die bestrittene Forderung nach Vorschrift der Prozessordnung sofort liquid gemacht werden kann.“

An der Stelle der preuß. Prozessordnung, auf welche dieses Gesetz sich eigentlich bezieht, ist in den vormalß preußischen Gebietstheilen des Königreichs Bayern zu Folge der Verordnung vom 4. Okt. 1810 ⁴⁾ die bayer. GD. getreten und es kann die vorliegende Materie nicht zu denjenigen Fällen gerechnet werden, in welchen die pr. Pr. Ord. mit Hinsicht auf das Erläut.-Rescript vom 29. Nov. 1810 ⁵⁾ ausnahmsweise noch zur Anwendung kommt, zumal da die bayer. Prozeßge-

³⁾ S. außer den Allegaten in vorstehender Note, auch noch AÜG. vom 25. Mai 1818. S. 160/1818. AÜG. vom 30. Apr. 1833. S. 34^{32/33}.

⁴⁾ Reg. Bl. 1810, S. 873.

⁵⁾ Nov. zur b. GD. Bd. I, S. 25.

gesetzgebung selbsteigene Bestimmungen über Beweis und Beweisverfahren enthält.

Bei der Anwendung der oben allegirten Gesetzstelle des pr. Landrechts zeigt sich jedoch die Praxis der bayér. Gerichte nicht gleichförmig bezüglich der Frage:

„ob, wenn im ordentlichen oder gewöhnlichen summarischen Prozesse geklagt wurde, der Beklagte, bei vorhandener Liquidität der klägerischen Forderung, zur Zahlung zu verurtheilen und mit seiner vom Kläger widersprochenen Gegenforderung ad separatum zu verweisen, — oder ob er nicht vorerst zu deren Beweis zuzulassen sey?“

Wenn schon für Ersteres die Worte des Gesetzes zu sprechen scheinen, so verdient dennoch die letztere Ansicht, für welche mehrere oberrichterliche Präjudizien vorliegen ⁶⁾, den Vorzug.

Das allegirte Gesetz macht die Zulässigkeit der Compensation nicht davon abhängig, daß die Gegenforderung ebenfalls sofort liquid sey, sondern nur davon, daß sie nach Vorschrift der Prozessordnung sofort liquid gemacht werden könne. Der im Gesetze ausgesprochene allgemeine Grundsatz modifizirt sich dadurch, daß das Landrecht bezüglich der Frage, wie eine Forderung, mit welcher compensirt werden soll, liquid zu machen sey, auf

⁶⁾ Erkenntnisse des O.G. des vormaligen Negatkreises vom 7. Dec. 1819. R. 820¹⁸/19, vom 11. Jan. 1820. H. 857¹⁸/19, v. 26. Febr. 1830. E. 415²⁹/30, v. 9. März 1830. E. 444²⁹/30, v. 28. Dec. 1832. L. 117³²/33, v. 30. Apr. 1833. S. 34³²/33, v. 30. Juli 1833. S. 238³²/33, v. 21. Febr. 1837. W. 160³⁵/36. — Erk. d. O.G. von Oberfranken v. 25. Mai 1838. R. 2/1539.

die Prozeßordnung verweist, nach Maaßgabe der verschiedenen Prozeßarten und den hierüber in der Prozeßordnung gegebenen Vorschriften von selbst⁷⁾).

Nun ist aber im ordentlichen resp. gewöhnlichen summarischen Prozesse nach den Vorschriften der bayer. G.D. nicht, wie im Executivprozeße, nothwendig, daß die Einreden sofort liquid gemacht werden⁸⁾, sondern sie müssen, wenn sie widersprochen und relevant sind, zum Beweise ausgesetzt werden. Es kann zwar der Beklagte, statt der Duplik, den Beweis seiner Einreden sogleich freiwillig antreten, ohne die richterliche Beweisaufgabe abzuwarten; allein er ist hiezu nicht verbunden und eben deshalb kann ihm auch die Unterlassung der Beweisanticipation nicht zum Nachtheile gereichen. Die richterliche Beweisaufgabe bildet die gesetzliche Regel und damit beginnt das besondere Prozeß-Stadium des Beweisverfahrens, welches einzig und allein der Weg ist, auf welchem etwas liquid gemacht werden kann. Was in dieser Hinsicht von andern peremptorischen Einreden gilt, muß auch von der Einrede der Compensation gelten. Bevor die richterliche Beweisaufgabe erfolgt ist, kann auch nicht gesagt werden, daß der Beklagte die Gegenforderung, mit welcher

7) Bornemann syst. Darstellung d. preuß. Civilrechts. Bd. III, §. 273, S. 658.

8) Auch nach der preuß. G.D. ist die Vorschrift, daß nur solche Einreden, welche sofort liquid gemacht werden können, zulässig seien, bloß bei bestimmten summar. Prozeßarten gegeben, nämlich im Wechselprozeß, Executivprozeß und in besonderer Beschränkung bei Streitigkeiten in Pacht Sachen Th. I, Tit. 27, §. 26 ff., Tit. 28, §. 4 u. 13, Tit. 44, §. 16—23.

er compensiren will, nicht liquid machen könne, er muß vielmehr erst mit seinem Beweise zugelassen werden.

Anderß verhält es sich nach der preuß. Prozeßordnung. Diese kennt keine Beweisinterlokute, und das Beweisverfahren bildet auch kein besonderes Stadium des Prozeßes, sondern ist vielmehr in die Instruktion der Sache versflochten. In Gemäßheit der Untersuchungsmaxime, welche der pr. PrD. zu Grunde liegt, ist die Ausforschung und Zusammenstellung der Beweismittel der richterlichen Thätigkeit ebenfalls zugewiesen⁹⁾. Der Instruktionsrichter muß sogleich bei Aufnehmung der Klage und Klagbeantwortung die erforderliche Information über die Beweismittel einziehen¹⁰⁾ und wenn sich finden sollte, daß dem Beklagten eine Gegenforderung zustehe, so muß der Richter auch hierüber die einschlagenden Thatsachen, sammt Angabe der Beweismittel aufnehmen und vollständig auseinandersetzen¹¹⁾. Hat der Richter vom Kläger über die Klage und vom Beklagten über die Klagbeantwortung, so wie über die jedem Theil zu Gebot stehenden Beweismittel, die erforderliche Information eingezogen, so wird nunmehr die Sache zum Definitiv-Erkenntniß instruiert und diese Instruktion hat den Zweck, die Partheien über die beim Prozesse vorkommenden Thatsachen noch näher gegen einander zu vernehmen und wo möglich darüber zu vereinigen; die erheblichen und

⁹⁾ Einleit. zur Pr. OD. §. 10, 16, 17.

¹⁰⁾ Preuß. OD. 1, 5, §. 5, u. Tit. 9, §. 4.

¹¹⁾ Tit. 9, §. 9, u. Tit. 19, §. 2 a. a. D.

streitig gebliebenen Thatsachen festzustellen und dieselben durch Aufnahme der darüber vorhandenen Beweismittel möglichst ins Licht zu setzen¹²⁾.

Kommen Gegenforderungen vor, so soll hiezüber, wenn sie nicht aus demselben Geschäft, wie die Forderung des Klägers, entsprungen, oder mit dieser nicht zu einerlei Prozeßart qualifizirt ist, eine gesonderte Prozeßinstruktion gepflogen werden¹³⁾; ist aber die Gegenforderung aus demselben Geschäft, wie die Forderung des Klägers entsprungen, und mit derselben auch zu einerlei Prozeßart qualifizirt, so muß über beide, ohne Unterschied, ob die Gegenforderung bloß in der Exzeption angebracht, oder deshalb förmliche Widerklage angestellt wurde, in demselben Prozesse vollständig weiter verhandelt, in Ansehung beider mit Regulirung des *Status controversiae* und Aufnahme der Beweismittel verfahren, und über beide zugleich in einem und demselben Urtheil erkannt werden, wenn gleich die Forderung eher, als die Gegenforderung, oder umgekehrt, durch die Instruktion ausgemittelt seyn sollte¹⁴⁾.

Aus dieser Darstellung des preuß. Prozeßverfahrens, (welche nach dem Raume dieser Blätter nur in gedrängter Kürze gegeben werden konnte), so wie aus den angeführten Grundsätzen und Bestimmungen der preuß. O.D., welche zur Erläuterung der oft gedachten Stelle des Landrechts we-

12) Einleit. §. 25 — 32, u. Tit. 10, §. 1 ff. a. a. D.

13) Tit. 19, §. 3, 4, 9 ff. a. a. D.

14) §. 5 u. 6. a. a. D.

sentlich beitragen, ergiebt sich, daß die Worte des Gesetzes „sofort liquid gemacht werden kann“ nicht als gleichbedeutend mit „in continenti liquid machen“ genommen werden können, daß vielmehr dem Beklagten Zeit und Gelegenheit gegeben ist, seine Gegenforderung, wenn sie widersprochen wird, während der Prozeßinstruktion sofort liquid zu machen. Es würde daher mit der Absicht des Gesetzgebers nicht vereinbarlich seyn, wenn man den Beklagten, ohne ihm durch die dem bayer. regelmäßigen Prozeßverfahren angemessene Beweisaufgabe zur Liquidmachung seiner vom Kläger widersprochenen Gegenforderung auch nur Gelegenheit zu geben, mit solcher lediglich ad separatum verweisen wollte, obschon er nach der bemerkten Prozeßart nicht verbunden war, seine Einreden in continenti liquid zu machen. Dem Kläger würden hierdurch zum Nachtheil des Beklagten die Vortheile des Exekutivprozesses zugewendet, obschon er in solchem nicht aufgetreten ist, beziehungsweise gar nicht hätte auftreten können.

Zur Lehre von der Berufungssumme.

Dem Plenarbeschlusse des k. Oberappellationsgerichts vom 13. Dez. 1838 (Reggsblatt 1839, St. 1) ist in Nr. 3 dieser Blätter der Vorwurf der Unbestimmtheit und Undeutlichkeit gemacht worden. Dieser Vorwurf scheint aber nicht begründet zu seyn. Die Unbestimmtheit soll darin bestehen: daß die Quantität der im gegebenen Falle zum obersten Gerichtshof erforderlichen Berufungssumme nicht benannt ist. Allein Dieses auszusprechen,

war keine gesetzlich nothwendige Veranlassung vorhanden.

Die wirkliche Controverse bestand bloß in der aufgeworfenen Frage:

ob in dem Falle, wo eine Berufung wegen Mangels der appellablen Summe von einer Mittelinanz abgewiesen wurde, eine Beschwerde an den obersten Gerichtshof gebracht werden könne?

Daß das Wort „Mittelinanz“ nur den Collectiv-Begriff „Appellationsgerichte und Justizkanzleien“ zur Vermeidung der Wiederholung und nicht die Funktion der Obergerichte auf die zweite Instanz beschränkend bezeichnen sollte, dürfte sich wohl von selbst verstehen.

Jene Frage wurde nun bejaht, jedoch mit der Einschränkung, „daß die zur Berufung (nicht Revision) zum obersten Gerichtshof erforderliche Summe vorhanden seye“ und in den Motiven wurde ausgeführt, daß eine solche Beschwerde als eine wirkliche Berufung gegen ein Erkenntniß, und weder als Justizverweigerungs- noch als Extrajudizial- oder Nichtigkeitsbeschwerde anzusehen sey.

Darüber, welche Berufungssumme in einem solchen Falle erforderlich sey, bestand keine Controverse bei dem Oberappellationsgerichte, lagen keine ungleichförmige Entscheidungen desselben vor, und es war daher weder nach dem Gesetze über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 17. Nov. 1837, noch nach der Instruktion zu diesem Gesetze vom 24. März 1838

§. 6 die Nothwendigkeit gegeben, den Plenarbeschuß hierauf ebenfalls auszudehnen.

Ein konstante Praxis hatte sich nämlich, was auch schon in der Natur der Sache liegt, dafür gebildet: daß in Fällen, wo die Berufung ad 2dam nur wegen Förmlichkeiten, ohne Verührung der Hauptsache z. B. hier wegen Mangels der appellablen Summe zurückgewiesen wird, das Urtheil des Mittelgerichtes als ein Erstrichtliches anzusehen, von dem Revisionsgerichte als 2. Instanz zu erkennen, und sofort die Revisions- als eigentliche Berufungssumme nach 100 fl. rhein. und resp. fränkisch (Verordnung v. 16. Aug. 1779, v. 26. Sept. u. 28. Nov. 1803 u. Motive zum Prozeßgesetze v. 17. Nov. 1837) zu berechnen sey.

Eine Anwendung des — ohnehin beschränkend auszulegenden — Gesetzes v. 29. Dez. 1831 kann auf solche Berufungen gar nicht Platz greifen. Dieses spricht nur von Erkenntnissen in der Hauptsache, und setzt nothwendig entweder gleich- oder ungleichförmige ¹⁾ Urtheile der beiden Instanzen voraus.

Wenn aber der Zweitrichter nicht über den nämlichen Gegenstand aburtheilt wie jener der ersten Instanz; wenn z. B. Dieser Beweis auferlegt, während der Richter 2ae die an ihn gebrachte Berufung wegen Mangels der appellablen Summe zurückweist: so ist kein dem Erkenntnisse 1mae entgegengesetztes, ungleichartiges, aber auch kein gleich-

¹⁾ Da *difformis* nicht der Gegensatz von *conformis* ist, so sollte billig der Ausdruck „*difforme*“ Erkenntnisse aus der gerichtlichen Sprache wegbleiben.

artiges Urtheil vorhanden, sondern die 2. Instanz erkannte wirklich über formelle Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach gar nicht der Judikatur des Richters *1mae* unterliegen konnten, oder mit andern Worten: sie erkannte nicht als zweite, sondern als erste Instanz.

Aus diesem Gesichtspunkte sind daher die in Nr. 3 für die 2. Meinung angeführten Gründe so schlagend, daß Jene der ersten dagegen nicht aufkommen können. Indessen ist auch dieses nur eine Privatmeinung des Einsenders des gegenwärtigen Aufsatzeß. Hätte derselbe auch nur entfernt zu jenem Plenarbeschlusse in dienstlicher Beziehung mitgewirkt: nimmermehr würde es ihm geziemen, hierüber ein Wort zu veröffentlichen; aber da Jenes der Fall nicht ist: so hält er sich, wie Jeder Andere, befugt, seine individuelle Ansicht hier auszusprechen, und wohlwissend, daß sie des Irrthums und der Widerlegung fähig ist, sie besserem Urtheile zu unterstellen. J. N. Höfler.

Nachschrift der Redaktion. Der Aufsatz in Nr. 3 hatte seine Veranlassung in der Thatfache, daß wirklich verschiedene Meinungen über den Sinn der fraglichen Stelle des Plenarbeschlusses geäußert worden sind. — Mag als allerdings keine gesetzlich nothwendige Veranlassung, die Quantität der erforderlichen Berufungssumme auszudrücken, vorhanden gewesen seyn; — die in der Natur der Sache begründete Nothwendigkeit, durch volle Bestimmtheit des Ausdrucks jedem Zweifel vorzubeugen, bedarf keiner gesetzlichen Sanction. Ohne Gewicht ist der

Umstand, daß der Plenarbeschluß von einer Berufung = nicht Revisions = Summe spricht. Denn so wie das Rechtsmittel der sog. Revision in der That eine Berufung an die dritte Instanz ist, und als solche von den Gesetzen bezeichnet wird (Landtags = Abschied von 1831, S. 86, III, 8.), so wird auch die dieses Rechtsmittel bedingende Summe unter dem Ausdruck „Appellationssumme“ begriffen (§. 57 der Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837). — Von der konstanten Praxis des obersten Gerichtshofes, auf welche in vorstehendem Aufsätze Bezug genommen wird, war dem juristischen Publikum seither nichts bekannt. — Uebrigens gereicht es uns zur besondern Freude, die in Nr. 3 aufgestellte Ansicht nunmehr durch eine so gewichtige Auktorität bekräftigt zu sehen.

Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide.

1.

GD. XIII, Die hierin enthaltene Bestimmung: §. 1, Nr. 3. „und da die Klage *ex jure cesso* herrührt, soll nicht nur der Cessionar, sondern auch gestalten Dingen nach der Cedent schwören“ ist nicht auf den Fall zu beschränken, wenn der Cedent selbst an dem Streit Theil genommen hat, sondern sie setzt vielmehr den Fall voraus, wenn der Streit zwischen dem Cessionar und dem Schuldner, ohne Mitwirkung des Cedenten, geführt wird. Denn die Regel, daß einem Dritten, der am Rechtsstreite keinen Antheil hat, ein Eidesantrag

nicht geschehen kann, leidet in dem Fall eine Ausnahme, wenn der Dritte mit der Gegenparthei juristisch als eine Person betrachtet werden muß, welche Voraussetzung bei dem Cedenten und Cessionar eintritt ¹⁾). Uebrigens geht aus der Fassung des Gesetzes, besonders aus den Worten „gestalteten Dingen nach“ von selbst hervor, daß dasselbe immer in einem solchen Falle vorzüglich den Umstand im Auge hat, welcher von beiden, nämlich ob Cedent oder Cessionar, die Wahrheit der auf den Eid gestellten Thatsache aus eigener guter Wissenschaft zu beschwören vermag, was auch die Anmerkungen zur WD. a. a. D. lit. d. bestätigen, woselbst ein Beispiel angeführt ist, in welchem der Cedent sogar statt des klagenden Cessionars schwören muß. Ist also die Thatsache, welche den Gegenstand der Eidesleistung ausmacht, von der Beschaffenheit, daß sie dem Cessionar gar nicht, und nur allein dem Cedenten bekannt seyn kann, so findet die Eidesdelation auch nur an den letztern statt ²⁾).

2.

Siegelmäßige sind nur von dem körperlichen Zeugeneid in Civilsachen befreit; auf Haupteide erstreckt sich die Ausnahme nicht und wenn der Siegelmäßige den Haupteid bloß in der Form ei-

¹⁾ Glück Pand. Comment. XII, §. 799, S. 277, 278; XV, §. 933, S. 94.

²⁾ AGC. vom 27. Juni und DAGE. v. 9. Dec. 1820. AGAlt. II. ¹¹⁸1818. AGC. vom 13. Juni 1823. E. 675²²/23. AGC. v. 27. April 1830, conf. durch DAGE. v. 26. Nov. 1833 (F. 178³⁰/31). AGAlt. F. 521²⁹/30.

neß Zeugniseides, d. h. durch bloße Unterschrift der Eidesformel, ableistet, so ist diese Eidesleistung ungültig und der Schwörungsbakt muß reassignirt werden ³⁾).

3.

GD. XIII, Die Gegenparthei, welche den Eid §. 1, Nr. 6. verlangt, ist nicht befugt, zu begehren, daß der Eid, wenn sie der Ableistung desselben vor Gericht nicht beiwohnen kann, in ihrer Wohnung abgenommen werde; es ist ihr bloß gestattet, einen Mandatar ad videndum et audiendum jurare aufzustellen ⁴⁾).

4.

GD. I. c. Die Bestimmung, daß der Eid bei weit entlegenen Partheien vor dem hiezu requirirten Richter geleistet werden kann, findet ohne Unterschied zwischen in- und ausländischen Gerichten Anwendung ⁵⁾).

5.

GD. I. c. Das Gesetz hat über den Begriff einer weiten Entfernung nichts bestimmt und sonach diesen Punkt dem richterlichen Ermessen überlassen. Nach diesem ist aber jede Entfernung für eine weite zu achten, zu deren Ueberwindung eine Reise, wenn auch nur eine Tagreise erforderlich ist. — Bei der Wahl, welche der beiden Par-

³⁾ AGE. v. 12. Juli 1831. O. 691³⁰/31.

⁴⁾ AGE. v. 1. Dec. 1832. L. 675³¹/32.

⁵⁾ AGE. v. 3. Nov. 1837. W. 314³⁵/36.

theien zu einer Reise veranlaßt werden soll, ist gegen diejenige Parthei zu entscheiden, welche zu dem Schwörungstermin nicht arktatorisch, sondern bloß monitorisch vorgeladen werden muß. Ist also die Parthei, welche schwören soll, vom Gerichtssitz entfernt, die Gegenparthei aber am Ort des Gerichts wohnhaft, so hat die Wahl gegen die letztere zu geschehen, denn die schwörende Parthei müßte nothwendig die Reise unternehmen, wenn sie nicht das Präjudiz der Eidesverweigerung verwirken will, letztere muß aber nicht reisen, weil es bloß in ihrem Belieben steht, dem Schwörungsakte beizuwohnen⁹⁾.

6.

GD. XIII, Die Eideszuschiebung ist deßhalb, §. 2, Nr. 2. weil der Eid nicht eigene Handlungen des Delaten, sondern Handlungen seines Erblasfers zum Gegenstande hat, noch keineswegs unzulässig, es kommt vielmehr nach der GD. a. a. D. lediglich darauf an, ob derjenige, welchem der Eid deferirt wird, von dem zu beschwörenden Faktum selbsteigene Wissenschaft haben kann. Der summar. Prozeß von 1616, auf welchen die Anmerkungen l. c. verweisen, bestimmt im Tit. 7, Art. 20: „der Richter soll vor allen Dingen wohl in Acht nehmen, ob derjenige, welchem der Eid angeboten worden, vermuthlich um die Geschichte ein Wissen habe.“ Hierauf geht klar hervor, daß die Frage, ob der Delat von dem, was er beschwören soll, Wissenschaft haben könne oder nicht, keiz-

⁹⁾ AUE. v. 29. März 1834. S. 957^{32/33}.

neßwegß von der beliebigen Erklärung des Delaten abhängen darf, sondern vom Richter nach den vorliegenden Umständen des gegebenen Falles ermessen werden muß ⁷⁾).

7.

GD. I. c. Die Bestimmung der GD. vom eignen guten Wissen des Delaten, hat nicht den Sinn, daß der Schwörende gerade mit eignen Augen die Sache gesehen habe, sondern daß er überhaupt nur gute Wissenschaft von der Sache haben kann, so daß er die Wahrheit der Sache nach seinem Wissen zu beschwören im Stande ist, z. B. wenn er Gelegenheit hatte, sich durch Rechnungen oder sonst auf eine Weise über die zu beschwörende Thatsache gehörig zu unterrichten ⁸⁾).

(Fortsetzung folgt.)

⁷⁾ ABE. v. 3. Sept. 1830. L. 834²³/30.

⁸⁾ DABE. vom 31. Mai 1822. ABAlt. S. 751²⁰/21.
ABE. vom 7. März 1837. S. 884³¹/32.

Gnome.

Darauf bin ich bedacht, daß ich das Rechte thue;
Ob nun, was recht, geschieht, erwarte ich mit Ruhe.

Berichtigungen.

S. 48. Z. 16 ließ „zur Sprache“ statt „zur Anwendung.“

— 78, — 9 ist nach „kann“ einzuschalten „(abgesehen von den Fällen des §. 107 des HGB.),“

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 10. Samstag, den 11. Mai 1839.

Auch ein Wort über die Beweiskraft des Zeugnisses des Geschädigten in Ansehung des Thatbestandes (nach Art. 282, II.)

Die in Nr. 4 dieser Blätter entwickelte Ansicht, daß der im Art. 282, II des Strafgesetzb. vorkommende Ausdruck „vollgültiges Zeugniß des Geschädigten“ nicht, wie die Praxis meistens annahm, gleichbedeutend mit „vollen Beweis liefern dem“ Zeugnisse sey, scheint allerdings die richtigere zu seyn, und sie ist auch in neuerer Zeit mehreren Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Grund gelegt worden. Die Gefahr, daß durch diese Theorie die ohnehin zahlreichen Entlassungen von der Instanz vermehrt werden, ist nicht so groß, als man zu glauben scheint, indem es selten, namentlich bei *delictis facti permanentis*, an anderen Beweismitteln fehlen wird, welche die durch den Geschädigten bewirkte halbe Probe mittelst zusammengesetzten Beweises zu einer ganzen zu steigern vermögen, zumal wenn dieser Grundsatz einmal durch lange und conforme Übung sicher

gestellt ist, da die Inquirenten alsdann schon mehr, als bisher, beflissen seyn werden, auch außer dem Zeugnisse des Beschädigten Beweise für den Thatbestand aufzusuchen und zu sammeln, so wie denn auch bei einem halb erwiesenen Thatbestande die Straflosigkeit des Inquisiten keineswegs immer nothwendige Folge ist.

(Art. 106, I u. 269, II).

Wäre sie es aber auch, so würde, da die gesetzliche Erschwerung des Beweises des Thatbestandes zum Vorthail des Untersuchten gereicht, diese Meinung der entgegengesetzten im Zweifel ohnehin vorzuziehen seyn. Aber selbst die Fassung des Art. 282 ist von der Art, daß der Gegensatz zwischen der Kraft des Zeugnißes des Beschädigten, wenn er von der an ihm verübten That, und wenn er von der Person des Thäters spricht, nur den Grad der persönlichen Glaubwürdigkeit des Beschädigten als Zeugen und einzelne Person unterscheidend bezeichnen, nicht aber das Resultat seines Zeugnißes in Beziehung auf die gesetzlich zur vollen Beweiskraft erforderliche Probe die allgemeinen Regeln abändernd, und ihm eine persönliche Duplicität einräumend, bestimmen sollte.

Ein widerrechtlicher Angriff auf Ehre, Gesundheit, Leben, oder Eigenthum begründet immer, auch abgesehen von der in einem gereizten, aufgeregten Gemüthszustande leicht möglichen Täuschung, oder den der That oft vorhergegangenen persönlichen Reibungen durch die schon in der Natur der Sache liegende Beleidigung, wenigstens die Möglichkeit einer anhaltenden Abneigung oder

Erbitterung; dieses muß aber vom legislatorischen Standpunkte aus (alle christliche Charakterstärke und Wahrheitsliebe bei einzelnen Individuen in Ehren) hinreichen, die Stellung des Beschädigten der Person des Beschädigers gegenüber als eine feindselige zu betrachten, sonach die Glaubwürdigkeit des Ersteren zu schwächen. Der Gegensatz, im Falle, wo nicht die Person der Person gegenüber steht, sondern die reine Objektivität des Faktums bekundet werden soll, ist: die volle Glaubwürdigkeit des Beschädigten als Zeugen, — nicht aber: die volle Probe, bewirkt durch sein singuläres Zeugniß.

Daher ist auch dem Art. 282 die Stellung da angewiesen, wo von der Gültigkeit der Zeugenaussagen überhaupt die Rede ist, und zwar zwischen den Minderjährigen und Denunzianten; wo aber das Wort „vollgültig“ bei Zeugen im Strafgesetzbuche vorkommt, steht demselben durchaus kein anderer Begriff zur Seite, als der eines klassischen, vollkommen tüchtigen Zeugen.

Art. 264, Nr. 1, 288, 289, 332, 333.

Allein laßt uns auch gerecht seyn, und bedenken, daß, die ältere Praxis ¹⁾ ihre Meinung

¹⁾ Auf die Bildung dieser Praxis hat es vielleicht auch Einfluß gehabt, daß nach der frühern Gesetzgebung (Codex Juris Bavar. Crimin. von 1751, dessen zweiter das Verfahren enthaltender Theil vom 1. Jan. 1811 an auch im Main- und Regatskreise galt) „in Räubereien und Diebstählen das Corpus delicti durch eidliche Aussage derjenigen, welche beraubt und bestohlen worden, oder sonst gute Wissenschaft davon haben, — genügend hergestellt werden mochte“ S. Cod. crim. cit. Th II, Kap. III, §. 6, Nr. 1, vgl. mit den Anmerk. zu die Stelle. (Anmerk. der Redakt.)

nicht blindlings aufgegriffen, daß sie vielmehr sich zu derselben durch mehrere nicht unwichtige Gründe berechtigt halten durfte! Denn:

1) der Art. 293 bestimmt einmal mit klaren Worten: daß das einzelne Zeugniß des Beschädigten, — wenn gleich in subsidiärer Stellung — hinreichend ist, um den Betrag der Entwendung, Veruntreuung, oder Beschädigung mit voller Gewißheit auszumitteln. Erwägt man, welch' ein wichtiger Theil des Thatbestandes bei allen Verbrechen durch Beeinträchtigung des Eigenthumes der Betrag des gestifteten Schadens ist, entscheidend für die Qualifikation der angeschuldeten That als Verbrechen oder Vergehen, wie für die Größe der Schuld und Strafe der Untersuchten, — erwägt man, daß vielleicht gerade hier die strengere Beobachtung der allgemeinen Normen für den Zeugnisbeweis am gehörigen Orte gewesen wäre, da die Erfahrung lehrt, wie sehr die Damnikfaten geneigt sind, den Werth der ihnen entzogenen Gegenstände zu überschätzen, da sie sich vom *Pre-tium affectionis*, vom Nachtheile der Entbehrung, und der Erinnerung des Ankaufspreises nicht loszumachen vermögen, und vergleicht man damit die so sehr ähnliche Bestimmung des Art. 282, so wird man sehr leicht dahin geführt, im Art. 293 weniger eine Ausnahme, als vielmehr in beiden Artikeln, 282 und 293 Uebereinstimmung, und nur Corollarien Eines und desselben im Geiste der Gesetzgebung liegenden Grundsatzes zu erblicken, desjenigen nämlich: daß in allen Fällen, wo es sich bloß um das Object der Handlung und ihren Erfolg (den sogenannten objektiven Thatbestand)

frägt, die eidliche Aussage des Beschädigten volle Gewißheit erzeuge. Hiedurch wird der dem Strafgesetzbuche hie und da gemachte Vorwurf: „daß es dem Schurken mehr Glauben schenke, als dem rechtlichen Manne“ von selbst abgefertigt.

2) Diesem steht nicht im Wege, daß im Art. 268 von Beschädigten in vielfacher Zahl die Rede ist. Denn, nicht zu gedenken, daß da, wo von ganzen Klassen von Personen (hier Zeugen, Beschädigten) gesprochen wird, für letztere der Plural nach grammatikalischen Regeln gebraucht werden muß, so, daß Bestimmungen für einzelne dieser Personen gegeben, dadurch nicht aufgehoben, vielmehr in denselben enthalten sind; so wird ja auch an gar vielen Orten des StGB. der Sachverständigen in vielfacher Zahl erwähnt, ohne daß dadurch die Bestimmung des Art. 236 über die volle Beweisskraft eines einzelnen Sachverständigen im Geringsten derogirt werden soll.

3) Die Behauptung aber, als wenn das StGB. die Existenz einer Mehrheit von Beschädigten als Regel voraussetze, muß geradezu widersprochen werden.

Die Grundlage jeder Gesetzgebung ist das Leben, der natürliche Lauf der Dinge, wie er sich in der gewöhnlichen Erfahrung darstellt. Bei Auslegung eines Gesetzes kann man daher nicht annehmen, daß der Gesetzgeber außerordentliche, ungewöhnliche Fälle sich als Regel gedacht, noch minder, daß er da, wo er allgemeine Bestimmungen treffen wollte (wie über die Beweisskraft des Beschädigten für alle Gattungen von Verbrechen und Vergehen) nur das Einzige, z. B. eine besondere

Gattung von strafbaren Handlungen im Auge gehabt haben sollte.

Es gehört aber gewiß zu den höchst seltenen Fällen, wenn einmal zwei Miteigenthümer einer Sache (versteht sich *pro indiviso*) als Beschädigte auftreten. Sodann beschränkt sich aber Dieses selbst nur auf Eine Gattung von Verbrechen, die Beeinträchtigung des Eigenthums. Wenn gleich dieses Verbrechen zu den häufiger vorkommenden zu zählen ist, so giebt es doch (der Verbrechen gegen den Staat nicht einmal zu erwähnen) andere strafbare Handlungen, bei welchen eine solche „untheilbare Unität der Personen der Beschädigten“ gar nicht denkbar ist.

Hierher gehören alle Privatverbrechen an der Person. Sobald mehr als eine beschädigte Person erscheint, so ist nach den Gesetzen vom Zusammenflusse Art. 109, §. 1 nicht mehr Ein, sondern es sind zwei Verbrechen vorhanden. Es tritt eine sogenannte reale Konkurrenz ein ²⁾). Da bildet nun die Aussage des einzelnen Damnikaten den Beweis für das einzelne Verbrechen.

Sonach hat als Regel gewiß nur Ein Damnikat Einem Verbrechen gegenüber dem Gesetzgeber vorgeschwehrt.

4) Das StGB. hat aber auch noch in an-

²⁾ Selbst dann, wenn eine Mutter eine Zwillinggeburt, die den zusammengewachsenen Siamesischen Kindern gleiche, getödtet hätte, würde, wenn die Herrn Physiologen keine andere Meinung begründen, bei dem Daseyn verschiedener, und zwar menschlicher Köpfe den Rechten nach kein einfacher Kindermord angenommen werden können.

deren Fällen gewissen einzelnen Zeugnissen volle Beweiskraft beigelegt.

So sind nach Art. 262, II Uebertretungen, welche während der Ausübung des Amtes (des Untersuchungsrichters) und in Beiseyn des Aktuars begangen worden, durch das in geschlicher Form darüber aufgenommene Protokoll, sowohl was die That selbst als deren Urheber betrifft, für rechtlich erwiesen zu halten.

Art. 445, I sagt beim Vergehen der Bestechung: „Auch soll das beschworene gerichtliche Zeugniß des unbestochenen Beamten zur Verurtheilung des Anbietenden in die Art. 444, Nr. 1 bestimmte Strafe hinreichen, wenn dasselbe nur noch durch einen oder andern besondern Verdachtsgrund unterstützt ist, und sonst keine erheblichen Einwendungen wider die Glaubwürdigkeit des Zeugnißgebenden vorhanden sind.“

Sehr merkwürdig, und für die aufgeworfene Frage besonders relevant ist, was die Anmerkungen Bd. 3, S. 344 hiezu anführen:

„Der Verweis einer Bestechung ist deswegen schwer, weil dieselbe gewöhnlich im Geheimen und ohne Zeugen vorgehet. (Eine ratio legis, die meistens bei Feststellung des objektiven Thatbestandes eintritt, namentlich bei den Verbrechen an der Person). Gegen den Bestechenden verdient die Aussage des Beamten eine besondere Rücksicht; sie kann zwar nicht als ein amtliches Zeugniß angesehen, derselben also nicht die Kraft eines vollkommenen Beweises beigelegt werden; allein schon nach Analogie dessen, was im Th. II, Art. 282 über die

Aussage des Damnikaten verordnet ist, und nach der eigenthümlichen Beschaffenheit dieses Vergehens mußte auf das beschworne gerichtliche Zeugniß des unbestochenen Staatsbeamten höherer Werth als auf die Aussage eines anderen Zeugen gelegt werden.“

Damit ist wo nicht mehr doch wenigstens so viel gesagt, daß nach Art. 282 der Aussage des Damnikaten ein höherer Werth als der eines anderen Zeugen beigelegt worden ist, was nicht der Fall wäre, wenn sein Zeugniß wie irgend ein Anderes nur eine halbe Probe hervorbrächte.

5) Es bleibt immer eine auffallende Erscheinung, daß, nachdem so viele Jahre hindurch bei den meisten Gerichtshöfen das im Art. 282 vorkommende Wort „vollgültig“ identisch mit „vollbeweisend“ angenommen worden, und nachdem so viele Akten und Erkenntnisse, welchen jene Auslegung zu Grunde lag, im Wege der Begnadigung, der Anfragen, und insbesondere der Revision der Strafurtheile nach den älteren Diebstahlsgesetzen dem k. Staatsministerium der Justiz zur Kenntniß kamen, dennoch von daher nie eine Rüge über irrige Interpretation des Art. 282 erlassen wurde, während doch gerade jene Revision so vielen Erläuterungsdrescripten das Daseyn gab.

6) Ob schon einmal die Bezugnahme auf das österreichische StGB. als Quelle der Interpretation des bayerischen übel gedeutet wurde, (conf. Nr. 42 der lithogr. Sammlung) so kann doch Niemand in Abrede stellen, wer die Anlage und Eintheilung, ja selbst die manchmal wörtliche Uebereinstimmung beider Gesetzbücher, aus genauer Vergleichung

und selbst wie Ref. aus dem praktischen Leben kennt, daß — namentlich beim Prozesse — und gewiß nicht mit Unrecht — das Gesetzbuch über Verbrechen dem bayer. StGB. bei dessen Abfassung hie und da als Vorbild gedient habe.

So wie nun jenes Gesetzbuch ebenfalls, wie das bayerische, §. 404 in der Regel die Aussagen zweier Zeugen zum vollen Beweise erfordert, so wie es in Ansehung des Betrages des aus dem Verbrechen entstandenen Schadens ausnahmsweise denselben durch das Zeugniß desjenigen rechtlich bewiesen erklärt, dem der Schaden zugefügt worden, oder in dessen Verwahrung die Sache, woran der Schaden geschehen ist, sich befunden hat; so statuirt es auch die fernere Ausnahme, form:

„Doch ist

a) in dem Falle, wo der Beweis der That auf andere Art nicht möglich wäre, die Aussage Desjenigen, an dem das Verbrechen verübt worden, für zureichend anzusehen, um die Beschaffenheit der That zu beweisen.“

Wer wird unter allen diesen Umständen, bei der Wichtigkeit des Beweises des objektiven Thatbestandes, bei der — vorzüglich bei Verbrechen an der Person — so oft eintretenden Schwierigkeit desselben, und der Gefahr, daß Verbrecher unverdient der Strafe entschlüpfen, es der älteren Praxis verargen wollen, wenn sie annahm, das Zeugniß des Damnißfakten sey nach Art. 282 als zureichend in objektiver Hinsicht anzusehen?

Wenn demnach der Lösung der aufgeworfenen Frage, wie sie in Nr. 4 geschehen, der Einsender dieses Aufsatzes auch den Vorzug geben würde, so

gesteht derselbe doch sehr gerne zu, daß die Sache keineswegs so plan- und zweifellos ist, wie sie dort hingestellt worden, und daß diese praktisch höchst wichtige Frage vielmehr zu den Controversen des bayer. StGB. zu zählen ist, welchen bis zum Eintritt neuerer Gesetzgebung auch durch keine andere Maasregel, wie in Civilsachen durch die Plenarbeschlüsse des OLG. der Fall ist, eine Abhülfe zu Theil werden kann. J. N. Höfler.

Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide.

(Fortsetzung.)

8.

GD. 1. c. Das Gesetz fordert nur so viel, daß der Delat von der Sache selbst eigene Wissenschaft haben könne, nicht aber, daß er sie wirklich habe. Der Fiskus, als eine moralische Person, kann sein Wissen oder Nichtwissen lediglich aus dem haben, wovon seine zur Respicienz des Gegenstandes aufgestellten, in Eidespflicht stehenden Beamten, nach fleißigem Nachforschen in den Archiven und Registraturen, sich überzeugt und was sie ihm, als ihre Ueberzeugung, vorgelegt haben. Hat der Fiskus gleichwohl eine Wissenschaft aus Nachlässigkeit seiner Beamten nicht, so kann der Mangel des Wissens einem Dritten das Recht, einen Eid zu deferiren, nicht benehmen. Der Staat allein hat die Folgen der Handlungen seiner Beamten zu tragen. Der Fiskus hat aber kein Privilegium etwas nicht zu wissen, was er

wissen kann und soll; der Fiskus wird nicht alt, stirbt nicht, und kann, als moralische Person, nicht vergessen. Er ist keiner Veränderung unterworfen. Es kann daher auch die Handlung der vorigen Landesregierung, in deren Verhältnisse die nachfolgende Regierung eintrat, in Beziehung auf letztere für kein *factum alienum* gelten, denn die moralische Person ist eine und dieselbe ⁹⁾).

9.

Daß der Deferent von dem Factum, worüber er seinem Gegner den Eid deferirt, ebenfalls Wissenschaft habe, ist keine Bedingung der Zulässigkeit der Eideszuschiebung. (GD. XIII, §. 2, Nr. 2 u. 8, Anm. Note i u. c.) ¹⁰⁾

10.

Daß in *possessorio summariissimo* das Beweismittel der Eidesdelation gebraucht werden kann, geht aus der Bestimmung der GD. III, §. 5, Nr. 4 und den Anmerk. zu dieser Stelle, in Verbindung mit XIII, §. 2, Nr. 2 hervor, wo gesagt wird, daß der Entscheidungs Eid in allen Sachen, *Criminalia* allein ausgenommen, statt finde ¹¹⁾).

11.

Im Executivprozeß können Einreden zwar nur

⁹⁾ DAGE. v. 10. Nov. 1827. AGAft. L. 762²⁰/₂₁.

¹⁰⁾ AGE. v. 16. März 1821. R. 397¹⁰/₂₀. DAGE. v. 7. März 1829. AGAft. V. 422²³/₂₁. Siehe auch Reingruber's Abhandlungen S. 214.

¹¹⁾ AGE. v. 11. April und DAGE. vom 29. Nov. 1826. AGAft. M. 350²⁴/₂₃.

durch Urkunden, und nicht durch Eid, liquid gemacht werden, denn jedes Beweismittel, welches zu Weitläufigkeiten führt oder doch führen kann, mithin mit der vom Gesetz beabsichtigten schnellern Rechtshülfe unvereinbarlich ist, kann nicht gebraucht werden ¹²⁾).

Wenn aber der Kläger den ihm deferirten Eid, ohne dessen Zulässigkeit zu bestreiten, ohne Erinnerung acceptirt, so darf dieses Beweismittel vom Richter zugelassen werden, weil jede Parthei auf Vortheile, die ihr das Gesetz gewährt, Verzicht leisten kann ¹³⁾).

12.

Der Umstand, daß die dem Beklagten zur Last gelegten Handlungen (Unterschlagung von Nachlaß-Aktiven) auch einen strafrechtlichen Charakter an sich tragen können, schließt die Statthastigkeit der Eidesdelation nicht aus, indem der Eid nur in Criminalibus nicht, sonst aber in allen Sachen statt findet, daher auch hier, wo nicht von einer Untersuchung, sondern von der Verfolgung civilrechtlicher Ansprüche die Rede ist ¹⁴⁾).

¹²⁾ Anmerk. zur GD. IX, §. 12, lit. a. am Ende. Bayer summ. Prozesse, §. 46. Danz summ. Prozesse, §. 84. — UGE. v. 19. Nov. 1819. G. 816¹⁸/19. — 11. Febr. 1820. D. 180¹⁹/20. — 31. Dkt. 1828. M. 715²⁷/28. — 13. März 1829. B. 429²³/29. — 30. März 1832. A. 127³¹/32. — 9. Sept. 1834. F. 701³³/34.

¹³⁾ UGE. v. 12. Dez. 1834. L. 335³³/34.

¹⁴⁾ UGE. v. 7. Dkt. 1828, bestätigt durch DUGE. vom 27. Dez. 1830. UGAkt. R. 371²⁵/26. UGE. vom 26. Jan. 1836. J. 656¹⁴/35. S. auch Glüd Komment. XII, §. 799, S. 264.

13.

Wenn die Gesetze zur Giltigkeit eines gewissen Rechtsgeschäfts vorschreiben, daß dasselbe gerichtlich protokolliert und konfirmirt werde, so ist es nicht gerade nothwendig, den Beweis, daß diese Form beobachtet worden sey, durch das gerichtliche Dokument selbst zu liefern, man kann sich auch zu diesem Beweise der Eidesdelation bedienen ¹⁵⁾.

14.

Dem Beklagten wurde der Eid darüber deferirt, daß ihm das Eigenthum an der streitigen Sache nicht zustehe. Diese — ob schon dem Beweissthema entsprechende — Eidesnorm wurde vom Delaten bestritten, weil der Eid nur über Thatfachen, nicht über Rechtsfragen zugeschoben werden könne. Es ist auch unverkennbar, daß hier die Eidesnorm keine Thatfache, sondern das Recht selbst zum Gegenstande hat. Es sagt zwar die *GD. XIII*, §. 2, Nr. 2, daß die Eideszuschiebung in allen Sachen Platz habe; dieser Ausdruck ist aber nicht in voller Allgemeinheit zu verstehen, sondern, wie der Beisatz „ausgenommen in *Criminalibus*“ und die Anmerk. zu jener Stelle ergeben, auf die *Causa*, den Streitgegenstand, bezogen. In dieser Hinsicht würde die Eideszuschiebung allerdings statt haben; aber die alleg. Gesetzstelle setzt zur Zulassung des Eides noch weiter die Existenz einer Geschichte, über welche der Eid deferirt wird, voraus. Eine Ge-

¹⁵⁾ *AGE*. v. 3. Juli 1824. W. 576²¹/22.

schichte, d. i. eine Thatsache, ist aber in der fraglichen Eidesnorm gar nicht enthalten, mithin auch der Eid über die Frage, ob Jemand Eigenthümer einer gewissen Sache sey oder nicht, als einen Gegenstand der bloßen Reflexion, nicht zulässig. Es liegt zwar dem Eigenthume eine Thatsache, nämlich irgend ein gesetzlicher Erwerbtitel, oder der unvordenkliche Besitz zu Grunde, allein auf eine solche nicht speziell zur Sprache gekommene, mithin unbekannte Thatsache, läßt sich die Ausdehnung der Eidesnorm nicht rechtfertigen¹⁶⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Ueber den Begriff von Neugereuth nach gem. und ansbachischem Recht.

Das markgräfliche Dekret vom 3. Sept. 1584 (Hirsch Realindex S. 444) versteht unter Neugereuth oder Neubruch eine *terra inculta*, so bei Menschengedenken nicht gebauet oder genossen worden, sofern sie mit dem Pflug umgebrochen wird. Hiemit stimmt auch der schon im kanon. Recht — C. 21, X, de verb. signif. — aufgestellte Begriff vom *ager novalis* im Wesentlichen überein, wonach hierunter derjenige Acker verstanden wird, „qui de novo ad cultum reductus est, de quo non extat memoria, quod aliquando cultus fuisset.“ Nicht minder wird fast allgemein von den Schriftstellern des gem. Rechts un-

¹⁶⁾ ABE. v. 6. April 1829 u. DABE. v. 30. Okt. 1830. (B. 1265²⁹/₂₉.) ABMf. S. 52²⁸/₂₉. ABE. v. 27. Juli 1830. N. 468²⁹/₃₀ — 4. Juli 1832. E. 52²⁹/₃₀. — 20. M a 1836. G. 1068³¹/₃₂.

ter dem Ausdruck Neugereuth, Neubruch oder Rottland ein solches Grundstück verstanden, welches bei Menschengedenken kein Gegenstand einer ordentlichen landwirthschaftlichen Bearbeitung und Wartung gewesen ist und nun erst zur Kultur gebracht wird ¹⁾. — Zu den Neubrüchen gehören sonach, wie der angegebene Begriff und die Natur der Sache lehren, alle solche Grundstücke, welche bisher entweder gar keine, oder doch nur solche Früchte hervorbrachten, welche ohne allen menschlichen Fleiß und Sorgfalt (*fructus mere naturales*) gewonnen und genützt wurden ²⁾. — Der Umstand, daß Grundstücke, bevor sie in Acker umgelegt wurden, vorher als Weideplätze benützt wurden, schließt den Begriff des Novale nicht aus. Es sind vielmehr durch die Provinzial-Verordnung v. 18. Okt. 1756 ³⁾ namentlich die Gemeindeplätze, welche erst durch Einsetzung des Pfluges kultivirt werden, ausdrücklich für Neugereuth erklärt ⁴⁾.

Zur Lehre von der vermutheten Vollmacht.

Den verpflichteten und immatrikulirten Advokaten steht zwar nach der G.D. VII, §. 5, Nr. 5 ein *mandatum praesumptum* nur dann zur Seite,

¹⁾ Gabke Dorf- u. Bauernrecht §. 428. Runde Weltrüge, Th. I, Nr. 14, §. 5. Wiese Handb. d. R.R. Bd. II, §. 321, S. 793. Mittermaier Grundf. d. gem. deutschen Privatrechts §. 168.

²⁾ Runde a. a. O. S. 430.

³⁾ Hirsch Realindex, S. 276 u. 447. Heuber Realindex, S. 344.

⁴⁾ A.G. Erkenntnisse v. 1. Sept. 1835. C. 983³⁰/31 u. O. 603³⁰/31. — v. 12. Dez. 1835. F. 107³⁵/36, 108³⁵/36, 109³⁵/36 u. 110³⁵/36.

wenn sie die zur Sache gehörigen Instrumente mitbringen; allein hier wird vorausgesetzt, daß der Advokat irgend eine für den, als dessen Anwalt er auftritt, präjudizirliche Handlung vornehme, deren Ratifikation zu ihrem Rechtsbestande erforderlich ist (Nr. 7 a. a. O.); es wird vorausgesetzt, daß der Advokat zur Vornahme einer bestimmten Handlung von der Parthei nicht schon wirklich bevollmächtigt worden, und aus dem Umstande, daß er die zur Sache gehörigen Urkunden in Händen hat, nur die Vermuthung abgeleitet, daß die Parthei die für sie vorgenommene Handlung genehmigen werde. — Stellt nun der Advokat ein Gesuch von der Art, daß es der Parthei nur vortheilhaft seyn kann, deren Zustimmung daher mit Grund angenommen werden darf, z. B. ein Gesuch um Einsicht der Akten, um einstweilige Suspension der Beweisfrist, so hat er nicht nothwendig, zur Begründung des präsumtiven Mandats vorerst die zur Sache gehörigen Instrumente beizulegen, die er vielleicht gar nicht besaß ¹⁾).

Bur Lehre vom Erfüllungseid.

Ein Geschäft, welches unter den Augen des Prinzipals einer Handlung gemacht oder vollführt wird, ist seiner Leitung und Aufsicht in dem Falle, wenn er sich eines Comptoir-Gehülfen zur Besorgung und zum Vollzuge der Einzelheiten bedient, dennoch in dem Maße unterworfen, daß es für ihn als eigene Handlung in Betracht kommen muß, so daß er hierüber zum Erfüllungseid gelassen werden kann ¹⁾).

¹⁾ AÖG. v. 5. Nov. 1821. II. 13²⁴/25.

¹⁾ AÖG. v. 7. April 1838. G. 203³²/33.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 11. Samstag, den 25. Mai 1839.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

1.

Wenn der Dieb in einem Hause oder in dessen geschlossenem Hofraum eine Thür oder ein Behältniß in der Absicht, um zu stehlen, mit dem rechten Schlüssel öffnet, diesen aber sich zuvor heimlich oder mit List verschafft hat, so ist die Auszeichnung vorhanden ¹⁾. Wenn nun aber, wie das so oft vorkommt, der Schlüssel zur versperreten Thüre in die Nähe derselben oder der Schlüssel des versperreten Behältnisses auf oder unter dasselbe gelegt wird, so ist es kein ausgezeichnete Diebstahl, wenn der Dieb diese Nachlässigkeit benützt, den Schlüssel nimmt und damit aufsperrt, er begeht dadurch keine besondere Geflissenheit, keine List und es kann auch nicht gesagt werden, daß er den Schlüssel sich heimlich ver-

¹⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. VI, Num. 3.

schafft habe. Selbst wenn er den Schlüssel, welcher auf so nachlässige, aber gewöhnliche Art versteckt war, erst aufsucht, ist weder Heimlichkeit noch List vorhanden²⁾. Am allerwenigsten aber ist es ein ausgezeichneteter Diebstahl, wenn der Berechtigte Jemand in sein Zimmer schickt und dieser dort einen Schlüssel liegen sieht und mit diesem ein Behältniß öffnet und aus solchem stiehlt, denn der Dieb benützte die Gelegenheit und nahm den Schlüssel weder heimlich, noch mit List.

Heimlich hat sich z. B. der Dieb den Schlüssel verschafft, wenn er solchen zuvor entwendet³⁾; mit List hat er sich solchen verschafft, wenn er z. B. dem Eigenthümer den Schlüssel unvermerkt abtauscht, oder dem, der ihn verwahrt, solchen unter dem Vorwand ablockt, daß er von einem Berechtigten beauftragt sey, diesem den Schlüssel zu bringen.

2.

Das Eröffnen der Thüren oder Behältnisse in einem Wohnhause oder dessen eingeschlossenem Hofraum in der Absicht um zu stehlen, begründet die Auszeichnung, wenn es mit Instrumenten, z. B. Sperrhaken, Dietrichen, nachgemachten Schlüsseln, oder auf andere unerlaubte Art geschehen⁴⁾. Zweifelshaft ist und verschieden wurde schon erkannt, wenn der Dieb auf unerlaubte Art einen Schlüssel besitzt, welcher zufällig ein fremdes

²⁾ Die Praxis nimmt diese Sage als richtig an. Vergl. auch lith. Nov. 55 v. 4. Okt. 1814.

³⁾ AGG. v. 29. Sept. 1837, AGN. 260, 18³⁶/37.

⁴⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. VI, Num. 3.

Schloß sperrt und wenn er damit in diebischer Absicht die Thüre oder das Behältniß öffnet. Daß hier die Auszeichnung vorliege, wenn er den Schlüssel erst durch Feilen oder Biegen in eine Form bringt, daß solcher das fremde Schloß sperrt, das unterliegt keinem Zweifel, denn dadurch ist der Schlüssel zum Sperrinstrument gemacht worden: war der Schlüssel seiner Form nach schon dazu geeignet, mehrere Schlösser zu sperren, wie z. B. ein Hauptschlüssel oder ein Schlüssel, an welchem ein Theil des Rammes abgebrochen ist, so daß der andere Theil einen Sperrhaken bildet, so kann der erlaubte Besitz eines solchen Instruments den Mißbrauch zum ausgezeichneten Diebstahl nicht entschuldigen, denn der Dieb öffnet mit einem Sperrinstrument. Hat Jemand einen gewöhnlichen Schlüssel, welcher nicht als Dietrich oder Sperrinstrument geformt ist und sperrt dieser Schlüssel zufällig die fremde Thüre oder das fremde Behältniß, so wird auch der Diebstahl, zu dessen Behuf mit diesem Schlüssel aufgesperrt worden, als ein ausgezeichnete angesehen werden müssen; denn der Bestohlene hatte das Seinige gehörig verwahrt, die häusliche Sicherheit ist verletzt und der Dieb, welcher seinen rechten Schlüssel, vielleicht mehrere Schlüssel probirt, ob er damit sperren und dann stehlen könne, oder doch seinen Schlüssel zum Öffnen fremder Behältnisse mißbraucht, ist außer allem Zweifel ein geflüchtlicher gefährlicher Dieb²⁾.

²⁾ MGE. v. 10. Aug. 1832 u. MGE. v. 14. Jan 1833. S. 299. 18¹¹/32. MGA. 329. 18¹¹/32. — MGE. v. 21. Dec. 1830. MGA. 9. 18³⁰/31.

3.

Beim Diebstahl durch Einbruch wird oft dem Damnikfaten etwas beschädigt, z. B. eine Fensterscheibe zerbrochen, ein Schloß verdorben. Diese Beschädigung ist nicht das Vergehen der Eigenthumsbeschädigung nach StGB. I, 383 — 385, denn es fehlt an dem zu diesem Vergehen erforderlichen speziellen Dolus — Muthwillen, Rache, u. dgl. — vielmehr, hatte der Dieb gar nicht die Absicht der Beschädigung, sondern lediglich die Absicht, sich den Diebstahl möglich zu machen. Es kann aber auch der Werth des durch die Beschädigung gestifteten Schadens nicht in den Werth des Entwendeten eingerechnet werden, denn der Diebstahl ist nur so weit ein Diebstahl, als der Dieb die Absicht hat, das Entwendete rechtswidrig als Eigenthum zu haben⁶⁾.

4.

Der Diebstahl, welcher von Banden verübt worden, ist ein ausgezeichneteter. Das Gesetz verweist ausdrücklich auf StGB. I, 54, es ist also erforderlich, daß die Diebe sich zu Verübung mehrerer einzeln noch ganz unbestimmter Dieb-

⁶⁾ StGB. I, 209. — Der Unterschied zwischen Eigenthumsbeschädigung und Diebstahl ist besonders auch praktisch wichtig, wenn Fruchtbäume abgehauen werden. Ergiebt sich, daß es geschehen, um das Holz zu bekommen, z. B. zum Brennen, so ist die That Diebstahl, also nur Vergehen, wenn der Werth über fünf Gulden beträgt: das Vergehen nach StGB. I, 385 ist nur vorhanden, wenn der spezielle Dolus, Muthwillen, Rache u. dgl. erhellt.

stähle verabredet hatten und es begründet sonach die Auszeichnung nicht, wenn sogar dieselben Diebe mehrere einzelne Diebstähle bestimmt verabredet hatten. Wenn die Inquirenten sich streng an den gesetzlichen Begriff einer Bande halten, ersparen sie sich viele unnöthige Mühe.

(Fortsetzung folgt.)

Studien zur Lehre vom mündlichen Verhöre.¹⁾

1.

Zur Sphäre des mündlichen Verhörs gehören nach §. 1 des Prozeßgesetzes vom 17. November 1837

a) Klagen, welche in der Hauptsache an Geld oder Geldeswerth nicht über 100 fl., ohne Einrechnung der Zinsen, Kosten, Schäden und Nutzungen betreffen. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen dinglichen und persönlichen Klagen, und beschränkt seine Vorschrift ebensowenig auf Mobilien, überhaupt nicht auf Sachen, indem auch Handlungen als Geldeswerth erscheinen können. Wohl aber eignen sich nicht hieher

α) Ansprüche, deren Gegenstand nicht in Geld angeschlagen werden kann; oder seinem Betrage nach zur Zeit noch ungewiß ist.

β) Klagen über Rechte und Gerechtigkeiten, so daß das ganze Gebiet der konfessorischen und

¹⁾ Unter Benützung von Bemerkungen, welche uns von Dr. Georg Karl Seuffert, Kreisgerichtsdirektor zu Schweinfurt, mitgetheilt wurden.

negatorischen Klage in direkter und analoger Anwendung als ausgeschlossen erscheint. — Deswegen findet auch

γ) bei Forderungen jährlicher Renten und sonstiger Bezüge das mündliche Verhör nur dann statt, wenn nicht zugleich das Hauptrecht bestritten ist. — Damit nun in solchen Fällen bemessen werden könne, welches Verfahren einzuleiten sey, scheint es erforderlich, in der Klagschrift resp. bei der Klaganmeldung ausdrücklich zu bemerken, ob der Gegner das Hauptrecht selbst bestreite oder nicht. Allein eine Angabe hierüber kann dem Kläger deswegen nicht zugemuthet werden, weil er sie zu machen häufig außer Stande seyn wird. Der Beklagte hat das Geforderte nicht geleistet, sich aber über das Motiv der Nichtleistung nicht erklärt; — wie kann hier bei der Klaganmeldung gesagt werden, ob der Gegner das Hauptrecht selbst bestreite oder nicht? — Ueberall also, wo der Kläger nicht auf Anerkennung des Hauptrechtes, sondern nur darauf anträgt, den Beklagten zur Zahlung der verfallenen — 100 fl. nicht übersteigenden Renten oder sonstigen Bezüge zu verurtheilen, ist das Verfahren nach den Vorschriften über das mündliche Verhör einzuleiten. — Bleibt nun der Beklagte beharrlich ungehorsam, so kann zwar der Kläger, wenn er nicht etwa eine besondere Anerkennung des geforderten Rückstandes von Seite des Beklagten darthun kann, in den Fall kommen, das Hauptrecht beweisen zu müssen; allein das Urtheil wird doch nur den eingeklagten Rückstand zum Gegenstande haben, und seine Rechtskraft auf die Frage, ob das Hauptrecht bestehe,

nicht erstrecken. — Erscheint aber der Beklagte und bestreitet das Hauptrecht ohne die Einlassung im beschleunigten Verfahren ausdrücklich zu verweigern, so muß ihn der Richter nach §. 3 der Novelle auf sein deßfallßiges Recht aufmerksam machen, und, daß dies geschehen sey, im Protokolle bemerken. Es handelt sich hier davon, daß beschleunigte Verfahren durch Uebereinkunft zu begründen. Hierzu gehört nach dem angef. §. 3 ausdrückliche Certioration des Beklagten in der Vorladung. In der Vorladung konnte sie hier nicht geschehen, weil die Klage keine Veranlassung dazu bot, sie muß daher bei der Verhandlung selbst nachgetragen werden.

b) Streitigkeiten zwischen Eheleuten, sofern es sich dabei nicht von Trennung der Ehe oder von Vermögensrechten im Betrage von mehr als 100 fl. handelt.

Die streitigen Vermögensrechte können eheliche Schenkungen, die Totalqualität gewisser Illaten, den Ersatz von Paraphernen u. dergl. betreffen. Nebstdem gehören hieher Irrungen über Erziehung der Kinder, Reklamationen wegen verweigerten Zusammenlebens.

c) Streitigkeiten zwischen Familiengliedern, zwischen Hausgenossen, zwischen Handwerkern und Gesellen oder Lehrlingen, zwischen Dienstherrn und Dienstboten, zwischen Gewerbsunternehmern und ihren Arbeitern, — bei allen diesen hinsichtlich ihres gegensei-

tigen häuslichen, dienstlichen oder gewerblichen Verhältnissen.

Überall wird hier ein noch fortdauerndes häusliches, dienstliches oder gewerbliches Verhältniß vorausgesetzt; Ansprüche aus Verhältnissen, welche zur Zeit der Klagstellung nicht mehr bestehen, gehören nicht hieher. — Die Verhandlung und Entscheidung im mündlichen Verhöre ist hier dazu bestimmt, die Hindernisse einer friedlichen Fortdauer der bezeichneten Verhältnisse schleunigst zu beseitigen; ist diese Fortdauer nicht mehr in Frage, so fällt mit dem Zwecke auch die Anwendung der Vorschrift weg.

Die Rechte, worüber hier gestritten wird, können rein persönliche, Forderungen, oder auch dingliche seyn z. B. ein dingliches Wohnungs- oder Nutzungsrecht, sie können ihren Ursprung in Familienverhältnissen, Verträgen, oder auch in einer Nachfolge von Todeswegen haben; überall wird aber vorausgesetzt, daß sich ihre Ausübung auf das Zusammenwohnen und Zusammenwirken bezieht, welchem das Gesetz eine besondre Vorsorge zugedacht hat, z. B. die Klage des von seinem Vater verstoßenen Sohnes auf Wiederaufnahme, die Klage des Vaters gegen die in seinem Brode stehende Tochter, welche sich weigert, für die Haushaltung zu arbeiten; Streitigkeiten mehrerer Miterben über Reparaturen in dem ererbten, von ihnen gemeinschaftlich bewohnten Hause. — Hinzugegen betreffen Ansprüche der Kinder auf Grundtheilung, Dotation, Verheirathungsconsens — zwar das Familien- nicht aber das häusliche Verhältniß. — Freilich kann der Hausfrieden auch

durch Mißhelligkeiten solcher Art, er kann auch durch jede Nichterfüllung einer gewöhnlichen Schuldforderung, welche ein Hausgenosse an den andern macht, gestört werden. Wo immer aber es nicht das häusliche, dienstliche oder gewerbliche Verhältniß selbst ist, was durch den Richterspruch aufrecht erhalten, geordnet, festgestellt werden soll, da ist ein Fall der hier zu erläuternden Vorschrift nicht gegeben. — Eben deswegen findet sie auch keine Anwendung auf Streitigkeiten unter Familiengliedern, welche nicht zusammen in demselben Hause wohnen; ebensowenig auf Entschädigungsklagen, welche etwa ein Gewerbsunternehmer gegen einen Arbeiter, ein Dienstherr gegen den Dienstboten wegen Beschädigungen erhebt, welche von diesen durch schlechte Arbeit oder Dienstversäumnisse zugefügt worden.

Auf einer andern Seite ist die Wirksamkeit obiger Vorschrift durch die nach dem Schlusssatz des §. 1 aufrechterhaltene Zuständigkeit der Polizeibehörden begrenzt. Insoweit nämlich die Polizeiverordnungen, im Interesse der öffentlichen Ordnung und Wohlfarth, Vorschriften über die Verhältnisse zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrlingen, zwischen Dienstherrn und Dienstboten u. s. w. aufstellen ²⁾, sind die Gerichte, wenn es

²⁾ Streitigkeiten über Perfektion und Erfüllung der Dienstverträge, über Dinggeld, über Aus- und Einsehen der Dienstboten, insbesondere im Laufe des Zieles, über Maß und Beschaffenheit der Arbeit und Verköstigung, über Ausstellung der Zeugnisse, überhaupt in Ansehung aller der Punkte, welche in den jedem Dienstbotenbuche vorgedruckten Dienstbotenverordnungen vorgesehen sind, — gehören zur Sphäre der Po-

sich um den Vollzug dieser Vorschriften handelt, überhaupt nicht, daher auch nicht zum Verfahren im mündlichen Verhöre kompetent. Eben so kann bei Streitigkeiten unter Familiengliedern und Hausgenossen die Polizeibehörde überall insofern einschreiten, als es Ruhestörungen und Thätlichkeiten vorzubeugen gilt.

d) Streitigkeiten zwischen Vermietthern und Mietthern von Wohnungen in Betreff des Miethverhältnisses, solange solches wirklich noch besteht; dann Streitigkeiten über Forderungen aus einem bereits aufgelösten Miethverhältnisse, insofern dieselben sich nicht weiter als auf das zuletzt verflossene Miethjahr zurückbeziehen.

Die Bestimmung umfaßt den ganzen Umfang der Verhältnisse aus dem Miethvertrage ²⁾; insbesondere auch die Einforderung verfallener Miethgelder ohne Rücksicht auf den Betrag, und, solange das Miethverhältniß noch besteht, ohne Rücksicht auf die Zeit, für welche das Miethgeld gefordert wird. — Wurde nach Ablauf der Zeit, für welche der Miethvertrag anfänglich geschlossen worden, die Erneuerung unter andern Bedingungen verabredet, so gehören Nachforderungen aus der Zeit des frü-

lizerbehörde; — wohingegen sich Ansprüche auf Ersatz besonderer Schäden, so wie alle Nachforderungen nach bereits aufgelöstem Dienstverhältnisse — zur Kognition der Gerichte eignen. S. Blätter für R. A. Bd. III, S. 413 f.

²⁾ Daher auch Ersatzeleistungen, zu welchen der Miethmann aus dem Miethvertrage verbunden ist, nicht aber Entschädigungen ob *damnum injuria datum*.

hern Verhältnisses, wenn sie auf mehr als ein Jahr vor der Erneuerung zurückgehen, nicht unter diesen Fall des mündlichen Verhörs.

War kein schriftlicher Vertrag abgeschlossen so eignen sich Differenzen über Ein- und Auszug, über die Benutzung einzelner Wohnungstheile, über Vornahme nothwendiger Reparaturen, über Fortschaffung der Illaten, wenn der Vermiether dagegen Einspruch macht, insoweit es sich zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Frieden davon handelt, eine gegenwärtige Irrung zu schlichten oder eine Anordnung für die Zukunft zu treffen, zur Kognition der Polizeibehörden⁴⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Einige Bemerkungen zur Lehre von den Nichtigkeiten.

I.

In Nr. 7, S. 111—12 ist aus den Entscheidungsgründen eines Erkenntnisses der Satz mitgetheilt:

„Hat der Richter, ohne daß ein Kläger aufgetreten war, eine Verfügung unbefugterweise von Amtswegen erlassen, so ist diese ob defectum citationis nichtig¹⁾.“

Man hat das Bedenken geäußert, ob hier nicht vielmehr ein defectus jurisdictionis

⁴⁾ S. Blätter für N. Bd. III, S. 142.

¹⁾ J. B. der Richter hat aus Vormundschaftsakten gesehen, daß Titius dem Pflegling 50 fl. an fälligem Miethgelde schulde, und erläßt nun, ohne eine Anrufung des Vormunds zu veranlassen, ohne Weiteres ein Zahlungsmandat an den Schuldner.

vorliege, weil es an der Vorbedingung jeder Rechtssprechung, der Klagstellung mangle. Allein unter dem defectus jurisdictionis werden nur Mängel in der Person des Richters verstanden; er ist da vorhanden, wenn derjenige, dessen richterliche Handlungen in Frage sind, mit dem Richteramte entweder überhaupt nicht, oder doch nicht als Einzelnr bekleidet ist, oder von Rechtsfachen der Art, wie sie vorliegen, oder in dem Stadium, in welchem sie begriffen sind, außer den Gränzen seiner Amtssphäre liegen; oder wenn er in Ansehung des Beklagten dergestalt unzuständig ist, daß Prorogation nicht stattfinden kann. — Der Mangel der Klagstellung aber ist offenbar kein Mangel in der Person des Richters, sondern ein Mangel in den Bestandtheilen des Processes, ein Gebrechen des Verfahrens. Wenn man nun überhaupt Gebrechen dieser Art unter die in Kap. XVI, §. 2 bezeichneten Fälle der unheilbaren Nichtigkeit subsumiren will, so können sie nur als defectus citationis bezeichnet werden, wobei jedoch diese Worte in einem uneigentlichen weitern Sinn genommen, nämlich darunter alle Mängel in den das Verfahren betreffenden Vorbedingungen der Rechtsbeständigkeit jeder richterlichen Verfügung, Ladung, Citation — verstanden würden. — Wer es mit seinen Ausdrücken ganz genau nimmt, wird von defectus citationis hier nicht sprechen²⁾.

Daß übrigens der Mangel der Klagstellung ein Fehler in den Substantialien des Processes sey,

²⁾ Vgl. oben Nr. 3, S. 33 ff.

kann keinem Zweifel unterliegen³⁾. Vgl. Kap. III, §. 1 der Gerichtsordnung:

„Das Wesen des gerichtlichen Prozesses besteht darin, daß die streitige Sache vor der gehörigen Obrigkeit angebracht, mit hinlänglicher Vernehmung aller interessirten Theile der Nothdurft nach untersucht werde u. s. w.“

Kreittmayr bemerkt hierzu in den Anmerkungen: „Die allhier bemerkten Substantialia Prozesses seynd durch das Recht der Natur selbst festgesetzt, und lassen sich nicht einmal *ex Plenitudine Potestatis*, geschweigend von subordinirten Richtern und Obrigkeiten abändern.“

Indessen thut es hier nicht noth, dem Verletzten mit einer Nullitätsquerel zu Hülfe zu kommen; indem die an Berufungsfrist und Summe nicht gebundene Extrajudizialbeschwerde dazu dienen kann, die ohne vorgängige Klagstellung, daher offenbar *extra viam et ordinem processus* erlassene Verfügung anzufechten.

2.

Was Kreittmayr unter der vom Naturrecht gebotenen „hinlänglichen Vernehmung aller interessirten Theile“ versteht, ist aus der Anm. zum Kap. V, §. 1 der GD. zu ersehen. Hier heißt es:

„Das *audiatur et altera pars* ist *juris naturae*..... die Art und Weis aber, wie der Beklagte angehört und fürgeladen werden soll, ist durch das *jus positivum* regulirt.“

³⁾ Vgl. Martin's Lehrbuch §. 16. — Ueber eine Ausnahme s. GD. III, §. 5, Nr. 5.

Nur wenn *inaudita altera parte* verfahren, wenn dem Beklagten das rechtliche Gehör gänzlich versagt worden, ist gegen *jus naturae* gescheit, und eine unheilbare Nullität begangen, welche *Cassationem processus* nach sich zieht.

Auch diese Stelle dient zur Bekräftigung der oben in Nr. 3, S. 33 ff. ausgeführten Ansicht. Was daselbst unter lit. e geäußert ist, trifft mit dem, was hier Kreittmayr lehrt, fast buchstäblich zusammen.

3.

In Kap. XVI, §. 2 ist ausdrücklich gesagt, daß eine unheilbare Nichtigkeit nur aus „Mangel der Citation oder Jurisdiktion“ entstehe. — Allein aus andern Stellen der Gerichtsordnung erhellt, daß es noch mehr Fälle der unheilbaren⁴⁾ Nichtigkeit giebt, nämlich nach Kap. III, §. 6 wegen Mangels der *persona standi in judicio*, nach Kap. VII, §. 1 wegen Mangels der Prozeßlegitimation des Anwalts, nach Kap. XIV, §. 11, Nr. 3 wegen Widerstreits mit einer frühern in derselben Sache ergangenen *res judicata*.

Man hat es versucht, diese speziellen Vorschriften mit der allgemeinen des Kap. XVI, §. 2 dadurch in Harmonie zu bringen, daß man die Mängel der *persona standi in judicio* und der Prozeßlegitimation unter den Mangel der Citation subsumirte, und im Falle des Widerstreits mit ei-

⁴⁾ D. h. der durch Versäumung der Appellation nicht zu heilenden und auch in Ermangelung des ordentlichen Rechtsmittels (bei fehlender Berufungssumme und obersterichterlichen Erkenntnissen) verfolgbarer Nichtigkeit.

ner frühern *res judicata* einen *defectus jurisdictionis* annahm. Allein dieser Versuch ist nicht geeignet, die Schwierigkeit zu lösen. Denn die Mängel der *persona standi in judicio* und der Prozeßlegitimation sind von dem Mangel der Citation wesentlich verschieden; dieser betrifft die Substantialien des Verfahrens, jene die Befähigung der Streitenden Theile. Daß Kreittmayr unter dem Mangel der Citation jene beiden andern Mängel nicht begriffen hat, erhellt aus der Erklärung über den Begriff der unheilbaren Nichtigkeit in den Anm. 3. a. D.:

„unter der unheilbaren ist jene verstanden, welche sich weder durch Ratifikation⁵⁾ noch sonst heilen läßt.“

Eben darin aber, weil jene beiden andern Mängel zwar nicht durch Unterlassung rechtzeitiger Appellation, wohl aber durch Ratifikation von Seite der Personen, an deren Konsens es bisher fehlte, geheilt werden können, mag der Grund gelegen seyn, warum ihrer in Kap. XVI, §. 2 nicht erwähnt wurde. Diese Gesetzstelle spricht nur von denjenigen Nullitäten, welche auch nicht durch Ratifikation geheilt werden können. Dies ist bei den Nullitäten wegen Mangels der Citation oder Jurisdiction der Fall. Es ist zwar auch in diesen Fällen den Partheien unbenommen, vertragsmäßig als wirksam anzuerkennen, was in der nichtigen Sentenz bestimmt ist; aber das Anerkannte gilt unter ihnen nicht als rechtskräftige Sentenz, sondern nur als *lex contractus*; wohingegen eine wegen Mangels der *persona standi in judicio* oder der Prozeßlegitimation des Anwalts nichtige Sentenz

⁵⁾ Was Kreittmayr hier unter Ratifikation versteht, erhellt aus dem allegirten Lauterbach colleg. th. pr. XLIX, Tit. VIII, §. 1: „Sanabilis est, cujus vitium per ratihabitionem aliore modo corrigi potest, v. gr. si falsi Procuratoris facti accedat Ratihabitio Domini re adhuc integra.“

durch nachfolgende Ratifikation als solche wirksam werden kann⁶⁾).

Eben so wenig kann die Nichtigkeit wegen Widerspruchs mit einer frühern *res judicata* aus einem Mangel der Jurisdiktion erklärt werden; denn der Mangel liegt hier nicht in der Person des Richters, sondern in dem Inhalte des neueren Urtheils. Uebrigens erklärt sich die Uebergangung dieses Falls der Nichtigkeit in dem §. 2 des Kap. XVI auf gleiche Weise, wie bei den beiden andern vorhin erwähnten Fällen; indem das wegen Widerspruchs mit der frühern *res judicata* nichtige Urtheil — zwar nicht durch Unterlassung rechtzeitiger Appellation⁷⁾, wohl aber durch eine besondere Verzichtleistung der Betheiligten auf das Recht aus dem frühern Erkenntnisse, die Rechtskraft einer Sentenz erlangen kann.

Dem Allem zufolge ist der anscheinende Widerspruch durch Unterscheidung einer zwiefachen Bedeutung des Wortes „unheilbar“ zu lösen. In der einen bezeichnet es diejenigen Nichtigkeiten, deren Geltendmachung zwar nicht durch Versäumung oder Wegfallen des ordentlichen Rechtsmittels, wohl aber durch Ratifikation der Betheiligten resp. der Personen, auf deren Zustimmung es ankommt, ausgeschlossen werden kann; in der andern — dem Wortlaute gemäßerem — dient es zur Bezeichnung derjenigen Mängel, welche selbst nicht durch Ratifikation geheilt werden⁸⁾).

⁶⁾ Vgl. G.D. VII, §. 7 mit den Anmerk.

⁷⁾ Const. 1 quando provocare non est necesse (7, 64): „Lata sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus non provocatum est, lata sit. Cujus rei probationem si promptam habetis, etiam citra provocationis adminiculum, quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non „obtinebit.“

⁸⁾ S. auch Nr. 1 des gegenwärtigen Aufsatzes.

B l ä t t e r
f ü r
Rechtsanwendung
zunächst in Bayern.

Nr. 12. Samstag, den 8. Juni 1839.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

5.

Ueber den Zusammenfluß bei Diebstählen enthält das Gesetz vom 25. März 1816, Art. IX u. X einige Bestimmungen, zu welchen jedoch zu bemerken ist, daß das Zusammentreffen zweier oder mehrerer Auszeichnungen (Art. XI, Nr. 2) bei einem und demselben Diebstahl in der Praxis nur in der Art aufgefaßt wird, daß verschiedene Auszeichnungen konkurriren müssen, wenn die höhere Strafe eintreten soll⁷⁾, z. B. Einbruch und Einsteigen, oder Einbruch und Bände, oder Einsteigen und zur Wehre mitgebrachte Waffen.

⁷⁾ DAGE. 111/1817. v. Spleß Sammlung S. 21. — AGE. v. 17. Dez. 1830 und DAGE. v. 29. Januar 1831. Ekt. 68. 18³⁰/31. AGA. 86. 18³⁰/31. DAGE. v. 2. Juli 1831. Vo. 158. 30/31. AGA. 20. 18³⁰/31. — Von Gönnert u. v. Schmidtehn, Jahrb. I, 170.

Hiezu hat auch die Praxis hinreichenden Grund, denn die Konkurrenz mehrerer Auszeichnungen derselben Art bei dem nämlichen Diebstahl, z. B. äußerer und innerer Einbruch ist nach dem Gesetz ⁸⁾ nur eine Fortsetzung derselben Auszeichnung, also nur für eine einzige Auszeichnung zu rechnen, soweit es auf die Anwendung von Art. IX, Nr. 2 ankommt, wobei jedoch diese Fortsetzung derselben Auszeichnung gemäß StGB. I, 110 und 92. II. 95 als allgemein erschwerender Umstand in Berechnung kommt. Für diese Ansicht spricht auch die Fassung des Art. VI des Gesetzes vom 25. März 1816, indem dort Nr. 2 u. 3 die verschiedenen Arten des Einstiegens oder Einbrechens durch das Wort „oder“ nur als verschiedene Unterarten einer und derselben Art der Auszeichnung angedeutet sind.

6.

Die gesetzliche Bestimmung über fortgesetzte Verbrechen ⁹⁾ bietet insbesondere auch in der Anwendung auf den Diebstahl so manche Schwierigkeit ¹⁰⁾. Wenn durch verschiedene Handlungen einer und derselben Person dasselbe Strafgesetz

⁸⁾ StGB. I, 110.

⁹⁾ StGB. I, 110.

¹⁰⁾ Eine sehr schätzbare Abhandlung Mittermayers über den Unterschied zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen findet sich im neuen Archiv für Crim. Recht, Bd. II, S. 238, und ist hier soweit benützt, als die positiven Bestimmungen des StGB. erlaubten. Vgl. auch von Feuerbach, penal. R. 12te Ausg. §. 128. Anm. von Mittermayer. — Grolman, Crim. R., §. 121. Archiv für Crim. R., neue Folge, 1836, S. 280.

mehrmals übertreten wird, so ist dieß eine Art der Realkonkurrenz, welche man die subjektive oder homogene nennt und das Gesetz unterscheidet, ob die mehrmalige Uebertretung desselben Strafgesetzes an verschiedenen Personen oder Gegenständen (Art. 109), oder an einer und derselben Person oder an demselben Gegenstande begangen worden (Art. 110, Abs. 1): in diesem letztern Fall ist vom fortgesetzten Verbrechen die Rede. Wenn hiebei das Gesetz von Personen oder Gegenständen redet, an welchen das Verbrechen begangen worden, so darf dieß nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob die Fortsetzung an der Person bedinge, daß das Verbrechen gerade immer die Person unmittelbar zum Gegenstand hatte, z. B. mehrmalige Nothzucht, mehrmalige Körperverletzung, sondern es ist auch der Fall damit gemeint, wenn die unmittelbaren Gegenstände des Verbrechens einer und derselben Person gehörten und immer das nämliche Verbrechen daran begangen wurde. Dieß ergibt sich nicht nur daraus, daß Art. 110 zwischen Person und Gegenstand unterscheidet, während außerdem es genügt hätte, lediglich von demselben Gegenstande zu sprechen, sondern es ist insbesondere auch in den Anmerkungen ¹¹⁾ durch ein Beispiel vom Diebstahl der Dienstboten erläutert.

Das Gesetz darf indeß auch nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, daß jede Realkonkurrenz, wo der Uebelthäter dasselbe Strafgesetz in der Richtung gegen dieselbe Person oder an derselben

¹¹⁾ Bd. I, S. 259.

Person oder an demselben Gegenstande mehrmals übertritt, eine Fortsetzung wäre. Das Gesetz sagt nämlich nicht, daß wenn ein Verbrechen an demselben Gegenstande oder an einer und derselben Person mehrmals begangen wird, man dieses ein fortgesetztes Verbrechen nenne und nur für eine einzige That rechne, sondern es verordnet ausdrücklich, daß die verschiedenen das Verbrechen fortsetzenden Handlungen für eine einzige That gerechnet werden sollen, es bedingt also, daß die verschiedenen Handlungen eine Fortsetzung eines und desselben Verbrechens, eine fortgesetzte Ausführung eines und desselben verbrecherischen Entschlusses sind.

Wenn der Dieb aus demselben Behältnisse oder Orte von Zeit zu Zeit immer im Kleinen entwendet, um seinen Diebstahl unmerklich fortzusetzen¹²⁾, oder um den Gegenstand leichter fortbringen zu können, so übt er denselben verbrecherischen Entschluß successive aus, es ist eine fortgesetzte Ausführung eines und desselben Verbrechens; Personen, die in Bigamie oder Blutschande leben, üben durch den mehrmaligen Beischlaf denselben verbrecherischen Entschluß kontinuierlich aus und begehen nur ein Verbrechen in fortgesetzter Art; wer über Jemand erzürnt denselben mißhandelt, nach ein paar Stunden ihn wieder sieht und in erneuertem Zorn die Mißhandlungen wiederholt, hat ein fortgesetztes Verbrechen begangen, denn aus derselben Veranlassung und in der nämlichen Stimmung hat er die That wiederholt; in

¹²⁾ Ann. Bd. I, S. 259.

allen diesen Fällen müssen, wie das Gesetz sagt, die verschiedenen, das (einzige) Verbrechen fortsetzenden — einen einzigen Entschluß ausführenden — Handlungen für eine einzige That gerechnet werden. Ob nun aber die verschiedenen Handlungen nur Fortsetzung eines einzigen Verbrechens, kontinuierliche Ausübung desselben verbrecherischen Entschlusses sind, das ist aus den Umständen des Verbrechens und mit Anwendung der gesetzlichen *praesumptio doli* zu ermitteln. Ein Diensthote, der es sich gleichsam zum Geschäfte macht, sich durch Diebstahl an seiner Herrschaft zu bereichern, der da wegnimmt, was er unentdeckt nehmen zu können glaubt, begeht durch diese verschiedenen Diebstähle nur einen einzigen, aber fortgesetzten Diebstahl; sein *animus sibi habendi* bezieht sich auf das Ganze und er ist abgesehen vom ausgezeichneten Diebstahl des Verbrechens schuldig, wenn der Werth aller entwendeten Gegenstände zusammen über 25 Gulden beträgt. Wer in seines Nachbars Scheune heute Korn, morgen Gerste und übermorgen Haber und Stroh entwendet, von dem ist anzunehmen, daß diese drei Diebstähle nur die fortgesetzte Ausübung des nämlichen verbrecherischen Entschlusses sind und nur verschiedene ein Verbrechen fortsetzende Handlungen bilden.

Wenn aber Jemand eine Person nothzückt, ein paar Jahre darauf derselben Person begegnet und dasselbe Verbrechen an ihr wieder begeht, so ist die gesetzliche Bedingung, daß die verschiedenen Handlungen dasselbe Verbrechen fortsetzen, gewiß nicht vorhanden, der Thäter übte das zweite Mal nicht den früheren verbrecherischen Entschluß aus,

er hatte vielleicht sich gar nicht gedacht, daß er jemals die Gelegenheit wieder haben werde, dieselbe Person wieder zu mißbrauchen und erst das zufällige Wiederbegegnen erweckt in ihm den Entschluß, die That abermals zu begehen; wenn Jemand aus Rache dem Andern aufpaßt und ihn im Verbrechensgrade mißhandelt, jedoch unüberwiesen bleibt, nach einigen Jahren, aber vor vollendeter Verjährungszeit mit derselben Person wieder zusammen trifft, diese ihn wegen der früheren That Vorwürfe macht und er hierüber aufgebracht, sie wieder mißhandelt, so sind hier nicht verschiedene ein Verbrechen fortsetzende Handlungen vorhanden, sondern es sind zwei verschiedene Verbrechen, wovon jedem ein besonderer gesetzwidriger Entschluß zum Grunde liegt; wenn ein Diensthote in augenblicklicher Geldnoth seiner Herrschaft etwas entwendet und nun eine Zeit hindurch treu dient, dann aber durch Zufall in neue Geldnoth kommt und abermal an derselben Herrschaft einen Diebstahl begeht, oder wenn er stiehlt, aus dem Dienste entlassen wird, ein Jahr später wieder in diesen Dienst kommt und den Herrn wieder bestiehlt, so ist es offenbar, daß hier nicht von verschiedenen dasselbe Verbrechen fortsetzenden Handlungen die Rede seyn kann; in allen diesen Fällen ist nicht von einem fortgesetzten Verbrechen, sondern von einer Realkonkurrenz der Verbrechen die Rede.

Dieser Ansicht steht Art. 109, Abs. 1 nicht entgegen, denn wenn man den Wortlaut der Eingangsworte jenes Artikels so auffassen wollte, daß ein wiederholtes Verbrechen nur dann anzunehmen sey, wenn es an verschiedenen Personen

oder Gegenständen begangen worden, so würde man nicht nur dem Art. 110 entgegen handeln, welcher das fortgesetzte Verbrechen nur dann annimmt, wenn die verschiedenen Handlungen das (dasselbe) Verbrechen fortsetzen, sondern man würde selbst das Beispiel der Anmerkungen¹³⁾ überschauen, nach welchen es kein fortgesetzter, sondern ein wiederholter Diebstahl ist, wenn Jemand gegen dieselbe Person verschiedene Diebstähle verübt hat.

Uebrigens ist nicht zu läugnen, daß die Gesetze über fortgesetzte Verbrechen einer Verbesserung bedürfen¹⁴⁾.

(Fortsetzung folgt.)

Studien zur Lehre vom mündlichen Verhöre.

(Fortsetzung.)

c) Streitigkeiten der Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern und Flößern oder Handwerkern über Zechen, Fuhrlohne oder Handwerks = Conten, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind.

Hier wird

α) vorausgesetzt, daß der eine der Streitenden Theile noch wirklich auf der Reise begriffen sey, daß er bei Verhandlung des Rechtsstreites, wenigstens beim Beginne derselben, noch als Reisender

¹³⁾ Bd. 1, S. 260, Nr. 2.

¹⁴⁾ Der Entwurf v. J. 1831, Art. 112, Abs. 2 enthält einen zweckmäßigen Vorschlag.

der erscheine. — Darauf, daß die Klage bei dem Gerichte des Orts, wo die Forderung entstanden ist, angebracht werde, kommt es nicht an; es kann z. B. der Wirth den Reisenden, welcher die Zechenschuldig geblieben ist, auf einer der nächsten Stationen einholen und hier im mündlichen Verhöre belangen. — Ist die Reise beendet, der Reisende wieder zu Hause angelangt, so ist dieser Fall des mündlichen Verhörs nicht mehr gegeben.

β) Unter den Reisenden sind auch Kutscher, Fuhrleute, Schiffer und Flößer zu verstehen, wenn sie auf der Fahrt mit Wirthen über die Zechen, mit Handwerkern über die Vergütung ihrer Dienstleistungen in Streit gerathen.

γ) Die Forderung muß aus Anlaß der Reise, auf welcher der Reisende jetzt begriffen ist, entstanden seyn. Wird zwar der Schuldner, während er auf der Reise ist, belangt, jedoch wegen einer auf einer frühern Reise desselben erwachsenen Forderung, so gehört der Fall nicht hieher.

δ) Auf die Größe der Forderung kommt es hier nicht an; in den meisten Fällen wird sich aber die Sache schon dem Betrage nach zum mündlichen Verhöre eignen.

ε) Gleichviel ist es, aus welchem Grunde der Reisende die Zechen, den Fuhrlohn, den Handwerkskonto nicht oder nur theilweise berichtigen will; auch wenn er z. B. die Tilgung durch Compensation behauptet, ist es nur als ein Streit über Zechen, Fuhrlohn u. s. w. anzusehen; auf die Beschaffenheit der Einrede kommt es nicht an.

ζ) Auf die *actio de recepto* findet obige Vorschrift keine Anwendung.

f) Streitigkeiten über Gegenstände des Handels und Wandels auf Messen und Märkten, sofern sie nicht den bestehenden oder noch zu errichtenden Handels- oder Meßgerichten zugewiesen sind oder zugewiesen werden.

Der zum mündlichen Verhör zu bringende Streit muß sich

α) auf den Handelsverkehr beziehen, wie er auf Messen und Märkten statt findet. Gewöhnliche Darlehn ²⁾, welche etwa ein Einwohner einem Meßfremden oder ein Marktbefucher dem andern macht, Kaufgeschäfte über Gegenstände, welche außer der Sphäre des Meßverkehrs liegen z. B. über Staatspapiere, gehören, wenn gleich unter Kaufleuten während der Messe abgeschlossen, nicht hieher; — dagegen umfaßt dieser Fall des mündlichen Verhörs

β) nicht bloß die Verhältnisse unter Kaufleuten, unter Verkäufer und Käufer, sondern auch die Beziehungen zu dem Hülfspersonale des Markts und Meßverkehrs, insbesondre den Mädlern. — Es macht

γ) keinen Unterschied, ob gegen einen Einwohner des Markt-Ortes oder gegen einen Auswärtigen geklagt wird; sofern nur

δ) die Anstellung der Klage noch während der Dauer der Messe oder des Marktes geschieht

²⁾ Streitigkeiten über Vorschüsse, welche von Geldhändlern den Produzenten auf ihre zu Markt gebrachte Waare z. B. Wolle oder Hopfen, gemacht werden, sind allerdings den Gegenständen des beschleunigten Verhörs beizuzählen.

und zwar bei dem Gerichte, in dessen Bezirke der Markt oder die Messe gehalten worden, wobei

e) hinsichtlich der Kompetenz in Bezug auf Fremde und Angehörige anderer Gerichte die allgemeinen Regeln, insbesondere die über den Gerichtsstand des Kontraktes und des Arrestes zur Anwendung kommen.

f) Streitigkeiten, welche auf den Wochenmärkten vorkommen, und auf gegenseitige Erklärungen der Betheiligten und auf etwaige Vernehmung der zur Stelle anwesenden Zeugen sogleich zur definitiven Entscheidung reif sind, werden von der Polizeibehörde geschlichtet.

g) Streitigkeiten wegen Beschädigung von Bäumen, an Gärten- und Feldfrüchten, an Weinstöcken und Einfriedungen, an Wasserleitungen, Abflüssen, Bässerungs-Anlagen, Pfaden und Wegen, wegen veränderter Gränze durch Verrücken von Gränzzeichen, Beschädigung durch Ueberackern, Ueberfahren, Viehweiden, Grasens, Mähens, Erndten, Einherbstens, sofern die Beschädigung nicht schon vor Ablauf eines Jahres, von Anstellung der Klage zurück, geschehen ist.

In diesen Fällen des mündlichen Verhörs handelt es sich nicht von Geltendmachung bestrittener dinglicher Rechte oder vertragsmäßiger Rechtsverhältnisse, sondern nur davon, ob und in welchem Maße durch Verletzung eines unbestrittenen Rechts, oder abgesehen von dem Daseyn einer materiellen Rechtsverletzung durch eine formell rechts-

widrige Handlung Schaden zugefügt wurde. Es ist insbesondrer das Gebiet der Aquilischen Klage, das *interdictum quod vi aut clam*, der *aquae pluviae arcendae actio*, auch der possessorischen Interdikte, auf welchem diese Vorschrift ihren Wirkungskreis hat. — Ergiebt sich, daß die Entscheidung des Streites auf Erörterung und Anerkennung eines dinglichen Rechtes oder vertragsmäßigen Verhältnisses beruht, so kann dieselbe im Wege des mündlichen Verhörs, sofern weder der Fall unter eine andere der neun Kategorien paßt, noch die Partheien für das beschleunigte Verfahren übereingekommen sind, nicht erteilt werden. Auch das *judicium sinium regundorum* ist unter den in Nr. 7 des §. 1 bezeichneten Fällen nicht begriffen. Hat daher die Verrückung der Gränzzeichen eine Verwirrung der Gränzen zur Folge gehabt, so eignet sich die Klage auf Regulirung derselben nicht zur Subsumtion unter diese Gesetzstelle.

Auf der andern Seite wollte die Kompetenz der Feldpolizei, wo diese nach besondern Verordnungen oder dem Ortsherkommen Streitigkeiten der bezeichneten Art umfaßt, durch obige Vorschrift der Novelle nicht geschmälert werden.

b) Klagen wegen offenbar kundiger Frevel, Vergewaltigungen und Attentate, Klagen, welche den jüngsten Besiz betreffen, Alimentationsfachen, Klagen auf Abstellung der Selbsthilfe, und andere ohne Gefahr nicht leicht verschiebbliche Sachen.

Indem

α) die Novelle — die Worte der Gerichtsordnung III, §. 3, Nr. 4 beibehaltend — von offenbar kundigen Freveln spricht, ist sie aus Kreittmayr's Anmerkungen zur angeführten Stelle zu erläutern. Nach diesen umfaßt jener Ausdruck außer mehreren Fällen, die außer der Sphäre des Civilprozeßes liegen, alle „*facta nullo jure justificabilia*“, d. h. alle Handlungen, welche, sollten sie auch das materielle Recht nicht verletzen, doch, durch den Charakter der Eigenmacht, in das Gebiet des Unrechts fallen. — Hieher gehören

β) insbesondre Vergewaltigungen z. B. Fälle gewaltsamer Besitzentziehung (*dejectio, spolium*); und

γ) Attentate, d. h. Verletzungen des Grundsatzes, daß während des Prozeßes an der Lage der Sache nichts verändert werden soll.

Das Beinwort „offenbar kundig“ will nicht soviel sagen, daß der Frevel, die Vergewaltigung, das Attentat öffentlich vor den Augen des Publikums begangen seyn müsse; sondern nur, die Ungebühr des Angreifers müsse offen zu Tage liegen, und eine nähere Erörterung des Rechtsverhältnisses der Partheien nicht vonnöthen seyn.

Im Sinne des Gesetzes liegt es, daß die Klage alsbald, nachdem die Eigenmacht begangen worden, erhoben wurde. Der Charakter der Eigenmacht, des schreienden Unrechts, der dringenden Angelegenheit verwischt sich, wenn der Angegriffne die That lange Zeit ungerügt läßt; es scheint sich von selbst zu verstehen, daß Klagen wegen Vergewaltigungen, Attentaten u. dgl., welche schon vor Jahresfrist begangen worden, keinen Anspruch auf das beschleunigte Verfahren haben.

d) Unter den hier bezeichneten Alimenter-
sachen können nur diejenigen verstanden werden,
in welchen es sich von gegenwärtigen und künftigen
Alimenten handelt; nach den Motiven zum
Gesetzentwurfe S. 28 muß Gefahr für den Lebens-
unterhalt vorliegen, um das Verfahren im münd-
lichen Verhör zu begründen. Wenn daher etwa
durch ein getroffenes Provisorium oder andre Vor-
sorge jene Gefahr beseitigt ist, so tritt für die
Verhandlung der Hauptsache das regelmäßige Ver-
fahren ein. — Dies ist jedoch nicht so zu ver-
stehen, als ob der Beklagte mit seinen Einwen-
dungen gegen das auf einseitiges Anrufen durch
ein Mandat verhängte Provisorium, in das regel-
mäßige Verfahren zu verweisen wäre. Vielmehr
ist in solchem Falle das Verfahren, zu welchem
das Vorbringen der Einwendungen Anlaß giebt,
nach den Vorschriften des mündlichen Verhörs zu
pflegen, und erst wenn nach Vernehmung des Be-
klagten über die Aufrechthaltung des Provisoriums
ein Erkenntniß erlassen ist, steht man am Ziele
des beschleunigten Verfahrens. — Gleiches gilt
für andre ohne Gefahr nicht leicht verschiebbliche
Sachen⁶⁾.

e) Klagen auf Abstellung der Selbsthilfe un-
terscheiden sich von denen wegen offenbar kundiger
Frevel und Vergewaltigungen darin, daß jene
künftiger Eigenmacht zu begegnen, diese die so-
fortige Wiederaufhebung des Resultates bereits

⁶⁾ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Provi-
sorium erlassen z. B. auf provisorische Alimente erkannt
werden könne (vgl. z. B. bayer. Landrecht I, 4, §. 9,
Nr. 8), liegt natürlich außer der Sphäre der gegen-
wärtigen Erörterung.

begangener Ungebühr dieser Art erstreben. In vielen Fällen werden beide Zwecke zusammen verfolgt werden.

5) Zu den „ohne Gefahr nicht leicht verschieblichen Sachen“ gehören insbesondrer Nachsuchungen von Arresten und Sequestrationen, überhaupt von Provisorien. — Die Verhandlung über dergleichen Gesuche im mündlichen Verhör kann der Anordnung des Provisoriums vorhergehen, wenn nämlich Bedenken obwaltete, dem Antrag sofort auf einseitiges Anrufen mittelst eines Mandates zu entsprechen, und demzufolge vorerst schleunige Verhandlung einzuleiten war; sie kann aber auch dem auf das gehörig bescheinigte Gesuch ergangenen willfahrenden Mandate nachfolgen, wenn nämlich die Aufrechthaltung des verfügten Provisoriums dringende Gefahren für den Imploraten mit sich bringt, und daher auch die Verhandlung über den Einspruch desselben, resp. die nähere Justifikation des erwirkten Provisoriums z. B. das Justifikationsverfahren im Arrestprozeß, als „nicht leicht verschiebliche Sache“ erscheint. — Das mündliche Verhör geht hier überall nicht weiter, als sein Zweck; es schließt mit dem Ausspruch über Anordnung resp. Aufrechterhaltung der zur Abwendung dringender Gefahr impetrirten Maßregel.

i) Ehrenbeleidigungen, in sofern nur auf Ehrenerklärung geklagt wird. — Der Umfang dieser Bestimmung ist vollkommen klar. Man kann daher weder der Ansicht Puchta's⁷⁾

⁷⁾ Anleitung zur Civilprozeß-Praxis in Bayern nach dem Gesetze vom 17. Nov. 1837, S. 26.

beipflichten, welcher alle — auf dem Grunde des Preussischen Rechts — erhobenen Injurienklagen in den Kreis der mündlichen Verhofsachen ziehen will; noch der entgegengesetzten Ansicht, welche v. Spieß⁸⁾ aufstellt, und nach welcher auch die Klagen auf Ehrenerklärung, wenn sie nach Preussischem Rechte erhoben werden, dem regelmäßigen Verfahren zuzuweisen sind.

(Schluß folgt.)

Zur Lehre vom Einstandsrecht.

(Nach dem ansbachischen Prov. Recht.)

Die ansbachische Feuerordnung vom J. 1760 bestimmt:

„Die Theilung der Häuser ist verboten, und sich zu bemühen, daß die abgetheilten wieder an einen einzigen Eigenthümer gelangen mögen. Jedem Besitzer der Hälfte eines Hauses oder Guts wird das Einstandsrecht auf den andern halben Theil, bei einem sich ereignenden dergleichen Fall auch alsdann zugeeignet, wenn solches Recht nicht ausdrücklich bei Schließung des Kontrakts bedungen worden¹⁾.“

Diese provinzialgesetzliche Bestimmung im Betreff des Einstandsrechts ist in Gemäßheit des k. preuß. Patents v. 29. Nov. 1795 über die Einführung des preuß. Landrechts in den fränkischen

⁸⁾ Erläuterungen zu dem Gesetze vom 17. Nov. 1837, §. 18.

¹⁾ Heuber's Realindex, S. 150.

Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth, Art. II, noch dermalen gültig und anwendbar.

In einem vorgekommenen Rechtsstreit handelte es sich von der Frage, ob das Einstandrecht auf den Grund jenes Gesetzes auch in dem Fall geltend gemacht werden könne, wenn nicht die Hälfte, sondern eine kleinere Abtheilung eines Wohnhauses veräußert werden will? Es wurde nämlich ein Fabrikgebäude, welches ursprünglich nur einem einzigen Eigenthümer gehörte, in zwölf verschiedene Wohnungen abgetheilt, deren jede ihren besondern Eigenthümer hatte. Einer derselben wollte seine Wohnung an einen Dritten verkaufen und der Eigenthümer einer andern Wohnung in diesem Gebäude, welche noch überdies mit jener (nur) eine Küche gemeinschaftlich hatte, machte das Einstandrecht geltend. Es wurde die obige Frage aus folgenden Gründen bejahend zum Vortheil des Klägers entschieden:

Der Grund des Provinzial-Gesetzes beruht vorzüglich darin, die Feuerögefahr zu vermeiden, welche durch das Zusammenleben mehrerer Familien in einem Hause vergrößert wird. Wo nun der Grund des Gesetzes vorhanden ist, da findet auch die Bestimmung desselben Anwendung. Wenn die Gesetze überhaupt schon jeder Gemeinschaft abhold sind, und die alleg. Feuerordnung insbesondere will, daß die einzelnen Abtheilungen eines Hauses wieder an einen einzigen Eigenthümer gebracht werden sollen, so kann hier an der Statthaftigkeit des Einstandrechts um so weniger gezweifelt werden, als das, was von der Hälfte eines Hauses gilt, noch weit mehr von den kleinern Abtheilungen gelten muß, da hier der Grund des Gesetzes stärker vorhanden und insbesondere bei einer gemeinschaftlichen Küche die Feuerögefahr größer ist²⁾.

²⁾ AOC. v. 26. Febr. 1830. F. 324²⁹/30.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 13. Samstag, den 22. Juni 1839.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Fortsetzung.)

7.

Ueber den Zusammenfluß des Versuchs und der Vollendung eines und desselben Diebstahls hat das Gesetz nichts besonderes bestimmt, es muß also auf die allgemeinen Grundsätze zurückgegangen werden. Versucht der Dieb einen Diebstahl und vollendet er solchen zu einer andern Zeit, z. B. in der nächsten Stunde, oder in der nächsten Nacht, oder in der nächsten Woche, so ist jener Versuch an sich nichts weiter, als der Anfang der Vollendung, eine fortgesetzte Ausführung desselben verbrecherischen Entschlusses, es müssen also, wie bei der Fortsetzung eines Verbrechens, Versuch und Ausführung als eine einzige That betrachtet werden¹³⁾. Die Größe des Zwischen-

¹³⁾ Archiv für Crim. Rt. Neue Folge, 1836, S. 31.

raums der Zeit zwischen dem früheren Versuch und der späteren Ausführung kann nichts entscheiden und so wenig man eine Konkurrenz von Versuch und Vollendung annehmen kann, wenn der Dieb während des Einbrechens eine Minute lang ausruht oder horcht, oder auf ein paar Minuten bei Seite geht, um nicht entdeckt zu werden, oder weyn er von der Leiter, welche er hinaufgestiegen war, noch einmal herabsteigt und noch ein Instrument zum Einbrechen holt, eben so wenig kann man solche Konkurrenz annehmen, wenn der Zwischenraum nicht Minuten, sondern Tage oder auch Monate beträgt, vorausgesetzt jedoch, daß die spätere Vollendung lediglich die Vollendung desselben Verbrechens ist, welches früher versucht wurde.

Wenn nun aber der Versuch von anderer Art als die Vollendung ist, z. B. ein Dieb geht in ein offen stehendes Zimmer und entwendet mehrere Sachen, ohne eine Auszeichnung zu begehren, der Werth des Entwendeten erreicht vielleicht die Verbrechenssumme nicht; nun sieht er aber auch noch ein verschlossenes Kästchen, welches er erbricht, aber leer findet⁶¹⁾; oder es versucht Jemand ein verschlossenes Behältniß aufzubrechen und während der Arbeit sieht er den Schlüssel zu diesem Behältniß liegen, unterläßt den Einbruch, öffnet mit dem Schlüssel und entwendet aus dem Behältniß, vielleicht nicht einmal im Vergehensgrade. Offenbar ist hier nicht die Rede von zwei vollendeten

⁶¹⁾ Von Gönner und von Schmidlein's Jahrb. Bd. 3, S. 156, 157.

als eine Fortsetzung zu betrachtenden Handlungen; aber eben so wenig wird es einem Zweifel unterliegen, daß hier das Gesetz über fortgesetzte Verbrechen insoferne anzuwenden ist, daß Versuch und Vollendung nur als eine aus demselben verbrecherischen Entschlusse hervorgegangene fortgesetzte Handlung zu betrachten sind.

Nun aber entsteht die Frage, unter welches Gesetz diese fortgesetzte Handlung zu subsumiren sey, unter das von der Vollendung, oder unter das vom Versuch. Nimmt man in den obigen zwei Beispielen an, die vollendete Handlung sey nur eine Polizeiübertretung oder ein Vergehen, so leuchtet es doch Jedem ein, daß der mit Arbeitshaus verpönte Versuch des ausgezeichneten Diebstahls nicht um des vollendeten Vergehens oder der vollendeten Polizeiübertretung willen an das Civilstrafgericht oder an die Polizeibehörde verwiesen werden und dort nur einen erschwerenden Umstand bilden kann; eben so leuchtet es Jedem ein, daß die Vergehensstrafe oder die Strafe der Polizeiübertretung nicht im Stande ist, die höhere Strafe des Arbeitshauses zu absorbiren, sondern eher die gesetzliche Regel eintreten kann: *poena major absorbet minorem*.

Versuch und Vollendung müssen als Fortsetzung, also nur für eine einzige That gerechnet werden, welche indessen in ihren Theilen unter verschiedenen Strafgesetzen steht, und wo also, eben weil in einer und ebenderselben fortgesetzten Handlung mehrere Strafgesetze, nämlich das über Vollendung und das über Versuch, übertreten wurden, die Grundsätze von der idealen Konkur-

renz ¹⁷⁾ in Anwendung kommen, also die Strafe der schwersten Uebertretung, allenfalls mit Schärfung anzuwenden ist. Wenn daher in obigen Beispielen der vollendete Diebstahl ein Vergehen oder eine Polizeiübertretung ist, so gehört die Sache um des Versuchs des ausgezeichneten Diebstahls willen vor das Criminalgericht, der Dieb wird dieses Versuchs schuldig erkannt und die Vollendung des geringen einfachen Diebstahls bildet einen erschwerenden Umstand. Ist der vollendete einfache Diebstahl der Summe nach ein Verbrechen, so entscheidet wieder die höhere Strafe, ob der Schuldausspruch wegen des vollendeten einfachen, oder wegen des versuchten ausgezeichneten Diebstahls zu erfolgen hat.

8.

Thätige Reue wirkt Strafflosigkeit, wenn und insoweit der Dieb, ehe er in Untersuchung gezogen wurde; die Rückgabe oder Ersatz in gesetzlicher Art bewirkt ¹⁸⁾.

Die Frage, ob der Ausdruck „ehe der Dieb in Untersuchung gezogen worden“ so zu verstehen sey, daß der Dieb wegen des Diebstahls vor Gericht schon zu Rede gestellt, in Spezialuntersuchung gezogen seyn müsse, ist in den Anmerkungen ¹⁹⁾ verneinend entschieden und es genügt nicht nur das summarische Verhör, sondern auch die Vernehmung als verdächtiger Zeuge. Es

¹⁷⁾ StGB. I, 110, Abs. 2. Anm. Bd. I, S. 256.

¹⁸⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. XI.

¹⁹⁾ B. II, S. 139.

kann hiegegen nicht eingewendet werden, daß Niemand in Untersuchung gezogen sey, so lange er nicht in den Stand der Anschuldigung versetzt ist; denn wenn man gleich bei der Lehre von Unterbrechung der Verjährung der Verbrechen dieses annimmt²⁰⁾, so ist doch einestheils dort nicht dasselbe Verhältniß, indem der Verbrecher vor der Spezialuntersuchung nicht veranlaßt und verpflichtet ist, sich zu vertheidigen, also ihm auch Generaluntersuchungshandlungen die Verjährung nicht unterbrechen können, während der Dieb jederzeit und schon vor der Untersuchung zur Restitution verbunden ist; anderntheils sollen die Anmerkungen zur Auslegung des Gesetzbuchs gebraucht werden²¹⁾, und wenn man sogar annehmen wollte, die Anmerkungen wären in dieser Auslegung zu weit gegangen, so würde doch entgegen stehen, daß der Gesetzgeber, nachdem schon im Jahr 1813 die Anmerkungen erschienen waren, dennoch im Gef. v. 25. März 1816 denselben Ausdruck „Untersuchung“, welchen das StGB. I, 226 gebraucht hatte, wieder gewählt hat und gewiß, wenn er die Auslegung der Anmerkungen nicht hätte billigen wollen, sich des Ausdrucks „Spezialuntersuchung“ bedient hätte. Ja selbst in einer nach dem Gef. v. 25. März 1816 erschienenen Novelle²²⁾ wird auf die erwähnte Stelle der Anmerkungen hingewiesen.

²⁰⁾ Neues Archiv für Crim. Rt. VI, S. 228. — Verhandlungen der bayer. Kammer der Abgeordneten, 1827/28, Beil. 17, S. 501.

²¹⁾ Patent v. 19. Okt. 1813 zu den Anmerkungen zum StGB.

²²⁾ Nov. 144 v. 6. Aug. 1816.

9.

Die thätige Reue wirkt beim ausgezeichneten Diebstahl keine Straflosigkeit, so lange nicht vollständige Zufriedenstellung oder Rückgabe erfolgt ist, denn beim ausgezeichneten Diebstahl kommt es auf den Betrag des Entwendeten im Allgemeinen nicht an. Wohl aber wirkt auch hier theilweiser Ersatz insoferne, als beim ausgezeichneten Diebstahl die Strafzumessung von dem Betrag des Entwendeten abhängt²³⁾.

10.

Bei der thätigen Reue kommt es zwar auf das innere Motiv der Zurückgabe nicht an, es kann dieses Motiv wahre Reue, Furcht vor Entdeckung und Strafe seyn u. s. w.²⁴⁾. Aber immer muß eine Handlung des Diebes die Rückgabe oder den Ersatz veranlassen und diese Handlung darf kein Produkt äußern Zwanges zur Rückgabe seyn. Findet der Bestohlene sein Eigenthum da, wo es der Dieb versteckt hatte, so hat nicht der Dieb restituirt und thätige Reue ist nicht vorhanden²⁵⁾; droht die Polizei, das Pult aufzubrechen, worin der Dieb das Gestohlene verwahrt hat und der Dieb öffnet nun das Pult, so hat er nur dem

²³⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. VII, IX.

²⁴⁾ Lich. Nov. 128, vom 11. Mai 1816, u. Resor. vom 17. Apr. 1816. Doppelmaier, S. 63.

²⁵⁾ AÖG. v. 28. Sept. 1830. NÖG. v. 27. Nov. 1830. NÖA. 376. 18³⁰/30. Ein anderer Fall ist, wenn der Dieb, um zu restituiren, die Ablaten dahin legt, wo sie der Bestohlene finden wird: hier liegt thätige Reue vor. Von Gönnert und v. Schmidlein Jahrb. Bd. III, S. 171.

obrigkeitlichen Zwange nachgegeben; findet der Bestohlene den Dieb mit dem Gestohlenen noch im Hause und der ertappte Dieb bekennt und überläßt dem Bestohlenen die Ablaten, so hat nicht der Dieb restituirt, sondern der Bestohlene hatte schon den Dieb und das Gestohlene in seiner Gewalt; wirft der Dieb das Entwendete auf der Flucht weg, so ist es keine thätige Neue²⁰⁾. Wohl aber ist diese Neue vorhanden, wenn ein Gensdarm den Dieb lediglich befragt und dieser sofort das Entwendete herbeibringt und zur Rückgabe hergiebt; eben so wenn der Dieb einen Andern zur Restitution beauftragt und dieser restituirt, oder wenn der Andere auch nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Diebes restituirt, z. B. dem Dieb, welcher ihn zu Rathe zieht, wie die Sache gut zu machen sey, Ausgleichung verspricht und dann Rückgabe oder Ersatz leistet.

(Schluß folgt.)

Studien zur Lehre vom mündlichen Verhöre.

(Schluß.)

2.

Im mündlichen Verhör läßt der Gerichtskommissär, (welches bei Vermeidung der Nichtigkeit der Verhandlung und Zuweisung der Kosten an den Gerichtsvorstand ein mit dem Richteramte bekleideter Staatsdiener seyn muß) die beiden Theile vorerst sich gegeneinander aussprechen, ohne auf diese Wechselreden die Regeln und Formen des ge-

²⁰⁾ Lith. Nov. 128, v. 11. Mai 1816.

wöhnlichen Verfahrens z. B. über die Verbindung der Einrede mit der ersten Antwort auf die Klage, — in Anwendung zu bringen; er sucht hierbei durch Fragen und Zwischenreden den wahren Sachverhalt auszumitteln, und den Streitpunkt aufzuklären, ohne in dieser amtlichen Thätigkeit von der Verhandlungsmaxime beengt zu seyn. — Liegen nun die Streitpunkte mit gehöriger Klarheit vor, so ist die Sühne zu versuchen, und erst wenn dieser Versuch mißlingt, das Wesen des gegenseitigen Vorbringens, — das Sachverhältniß, die Streitpunkte und die Anträge der Partheien — nach Art eines *status causae et controversiae* zusammengefaßt, zu Protokoll zu bringen. Nachdem nun der Inhalt des Protokolls von den Partheien durch Unterschrift genehmigt worden, ist der Regel nach das End- oder Zwischenerkenntniß — sofort abzufassen und zu eröffnen.

Dem Richter liegt

1) ob, die Ordnung der Wechselrede aufrecht zu erhalten. Auf den mündlichen Vortrag der Klage folgt die Antwort des Beklagten, — hierauf, wenn Stoff dazu vorhanden, die Erwiderung des Klägers, und so kann mit Zulassung gegenseitiger Erklärungen fortgefahren werden, bis das Sachverhältniß und die Streitpunkte vollständig aufgeklärt sind.

2) Unterbrechungen des einen Theils von Seite des andern dürfen nicht stattfinden; auch der Richter soll die Partheien ausreden lassen, wenn gleich Dinge, die nicht zur Sache gehören, eingemischt werden. Das unzeitige Bestreben, solchen Abschyweifungen Einhalt zu thun, kann die Parthei irre machen, und den Faden ihres Vortrags abreißen. Dagegen ist

es eine zulässige und sachgemäße Bethätigung des Prozeßleitungsamtes, sofort nach dem Ende jeder Aeußerung einer Parthei, für die Aufhellung und Feststellung dessen, was darin undeutlich, unbestimmt oder widersprechend war, durch geeignete Fragen zu wirken, ebenso auf die noch abgängige Erklärung über einzelne Behauptungen des Gegners, und darauf, was als ungehörige Abschweifung von der Sache erscheint, aufmerksam zu machen. Auf gleiche Weise hat der Kommissär

3) am Schlusse der Verhandlung nach Ermessen Fragen zu stellen, welche auf Erläuterung, Berichtigung oder Vervollständigung des früher Vorgetragenen gerichtet seyn können. Insbesondere hat er in solcher Art Berichtigung zu erstreben, wenn Grund vorhanden, daß Daseyn eines Mißverständnisses anzunehmen; er hat die Ausfüllung der Lücken in dem Vorbringen des einen oder andern Theils zu veranlassen, wenn wesentliche Umstände des Sachverhalts übergangen scheinen; es ist ferner darauf Bedacht zu nehmen, daß beiderseits bestimmte unzweideutige Anträge vorliegen. — Das Verfahren im mündlichen Verhöre soll mehr ein conciliatorisches, als ein eigentlich prozessualisches seyn⁹⁾; sein nächster Zweck ist, daß gütliche Vermittlung bewirkt werde¹⁰⁾. — Die Aufgabe des Richters ist demnach hier, selbstthätig für Ausmittlung der vollen Wahrheit und des materiellen Rechts zu wirken, im Sinne dieser Aufgabe ist von dem

⁹⁾ Motive des Gesetzentwurfs S. 20, 37.

¹⁰⁾ v. Stürzer in der Verhandl. der Kammer der Abg. von 1837, Bd. VIII, S. 453.

Fragerrechte Gebrauch zu machen. — In Gemäßheit dieser Natur des mündlichen Verhörs gilt auch

4) „für das gegenseitige Vorbringen in demselben keine feste Ordnung mit Präklusion dessen, was nicht in derselben successiv zum Vorschein gekommen; es giebt kein exzeptivisches, replikativisches u. s. w. Handeln in der sonstigen prozeßrechtlichen Bedeutung, sondern jeder zur Sache dienende Umstand, er mag von dem Beklagten, und so auch gegenantwortsweise 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 werden¹¹⁾.“ —

Dieser Ansicht steht nicht entgegen, daß nach Vorschrift des ersten Absatzes des §. 9 vor Allem jede Parthei über die Folgen des Nichtantwortens oder des nicht bestimmten oder nicht vollständigen Antwortens (Abschnitt II, §. 18, 19) ausdrücklich zu belehren ist. Denn nach den Motiven S. 16—17 treten die bezeichneten Rechtsnachtheile im mündlichen Verhöre nur für den Fall

„des beharrlichen Verweigerns einer
„Antwort oder einer speziellen Antwort auf
„die gegnerischen Äußerungen“

in Anwendung; sie kommen also nicht zur Anwendung, wenn die bei der ersten Gegenäußerung verweigerte oder unterlassene Erklärung im weiteren Ver-

¹¹⁾ Puchta Ant. zur Civilprozeß, Praxis etc. S. 46. Vgl. Motive S. 17. — U. M. ist v. Spies a. a. D. §. 27.

laufe der Verhandlung, etwa auf die vom Richter gestellten Fragen, nachgeholt wurde.

5) Erst wenn durch die gegenseitigen Erklärungen, und etwa mit Hülfe der richterlichen Fragen das Sachverhältniß vollständig ausgemittelt und der Streitpunkt festgestellt, und nachdem hierauf der Vergleich erfolglos versucht worden, soll zur Protokollirung des Ergebnisses der Streitverhandlung geschritten werden. — Indessen wird es in vielen Fällen gerathen seyn, schon während der Erklärungen der Partheien vorläufige Aufzeichnungen zu machen, damit die Untreue des Gedächtnisses nicht die Vollständigkeit und Richtigkeit der spätern Niederschreibung gefährde. — Auch mag der Protokollirung ein mündliches Resumé von Seite des Gerichtskommissärs vorhergehen, über dessen Richtigkeit und Vollständigkeit die Partheien zu befragen sind ¹²⁾).

6) „Wenn eine Parthei rücksichtlich des Niedergeschriebnen Anstand erhebt, oder Abänderung verlangt, muß der erhobene Anstand oder die verlangte Abänderung nachträglich zu Protokoll genommen werden.“ ¹³⁾ — Wird eine frühere, mit voller Bestimmtheit abgegebene und hiernach niedergeschriebene Aeußerung vor der Unterschrift zurückgenommen, so ist diese Zurücknahme gleichfalls beizufügen, deren Wirksamkeit aber nach den Regeln von Zurücknahme gerichtlicher Geständnisse zu bemessen.

7) In der Natur des mündlichen Verhörs liegt

¹²⁾ Puchta a. a. D. S. 49.

¹³⁾ v. Stürzger in den Verhandl. der R. d. A. Bd. VIII, S. 510.

es im Allgemeinen nicht, zu den thatsächlichen Ausführungen der Klage, Einrede u. s. w. sofort die Beweise beizubringen; es sollen selbst die Vorschriften der O.D. IV, §. 12 u. XI, §. 5, Nr. 1 betreffend die Verbindlichkeit, die Urkunden, worauf Klage, Einrede u. s. w. fußen, mit dieser sogleich ur- oder abschriftlich zu übergeben, auf das mündliche Verhör keine Anwendung finden¹⁴⁾. — Hat jedoch eine Parthei die Urkunden, aus welchen Klage oder Einrede u. s. w. abgeleitet wird, sofort mit vorgelegt, so liegt dem Gegner nach den allgemeinen Regeln ob, sich darüber im Laufe der Verhandlung zu erklären, und der Richter hat diese Erklärung nöthigenfalls — unter Hinweisung auf das gesetzliche Präjudiz — durch bestimmte Fragen zu veranlassen.

In denjenigen Fällen des mündlichen Verhörs, deren besondre Natur, wie das *possessorium summariissimum*, die Beweisinterlokute ausschließt, oder in welchen der Kläger die schnelle Erlassung einer provisorischen Verfügung erstrebt, versteht es sich von selbst, daß mit der Klage sofort auch die Bescheinigung beigebracht werde.

Was im Uebrigen die im gewöhnlichen Verfahren statt der Replik oder Duplik zulässige Beweisantizipation betrifft, so können die darüber geltenden Vorschriften im mündlichen Verhöre deswegen keine Anwendung finden, weil in diesem die scharfe

¹⁴⁾ Motive S. 37 — 38. Indessen wird doch ein aufmerksamer Instruent nicht unterlassen, sogleich bei der Klageanmeldung den Kläger aufzufordern, die zur Begründung seiner Klage und zur Beleuchtung des Sachverhältnisses dienlichen Urkunden zum Termine mitzubringen.

Ausscheidung der gegenseitigen Erklärungen in Vernehmlassung, Replik, Duplik u. s. w. nicht Platz greift. — Unschädlich ist es daher, wenn im mündlichen Verhöre die Beweisantretung auf ungeeignete oder unvollständige Weise antizipirt wurde. — Auch kann, abgesehen von der sofortigen Vorlage der einschlagenden Urkunden und der Erklärung darüber, die Benützung der bereits in der Verhandlung bezeichneten Beweismittel, auf keinen Fall vor der Niederschreibung und unterschriftlichen Bestätigung des *status causae et controversiae* stattfinden. — Nur, wenn sich aus diesem als unzweifelhaft ¹⁵⁾ und unbestritten ergibt:

a) daß die Entscheidung lediglich von der Bewahrheitung dieser oder jener Thatsache, über deren Merkmale kein Bedenken obwalten darf, abhänge, —

b) wenn die Beweislast obliege;
kann sofort, ohne vorgängiges Interlokut, zur Einleitung des Beweisverfahrens übergegangen werden ¹⁶⁾.

8) Die Bestimmungen des §. 12 der Novelle:

„Der Beweispflichtige kann den Beweis sogleich im Verhandlungstermine antreten“

¹⁵⁾ Auch aus dem Standpunkte des Richteramtes.

¹⁶⁾ Der Regierungskommissär, Ministerialrath v. Stürzer hat sich in der Sitzung v. 11. Juli 1837 (Bd. IX, S. 23) auf das bestimmteste dafür erklärt, daß Beweisantizipation auch im mündlichen Verhöre Platz greife. — Eine Hauptwirkung der Beweisantizipation ist Einleitung des Beweisverfahrens ohne vorgängiges Interlokut. Die eigenthümliche Natur des mündlichen Verhörs bringt es aber mit sich, daß diese Wirkung nur unter der angegebenen Voraussetzung stattfindet.

„Hat derselbe seine Beweismittel schon mitgebracht, so ist sogleich mit deren Aufnahme zu verfahren“

beziehen sich nicht bloß auf die antizipirte Beweisführung, sondern auch auf den Fall, wenn der Richter nach gepflogener Verhandlung sofort das Interlokut erlassen hat.

Besteht etwa die Weisantretung bloß in Zuschiebung des Haupteides, so hat sich der Gegner sogleich darüber zu erklären, und es wird, im Falle der Acceptation, ohne Aufschub zur Abnahme des Eides geschritten. —

Will die andere Parthei einen Gegenbeweis führen, so findet die Vorschrift, daß sogleich mit der Aufnahme der mitgebrachten Beweismittel zu verfahren sey, keine Anwendung. Vielmehr hat in solchem Falle die Aufnahme der beiderseitigen Beweismittel nach der allgemeinen Regel gleichzeitig zu geschehen.

9) Die Außerachtlassung der Bestimmung des §. 13, daß nach vollendetem Beweisverfahren neuerdings der Vergleich zu versuchen sey, hat die Nichtigkeit des Enderkenntnisses zur Folge; indem hier die Ausübung des Richteramtes durch den vorgängigen wiederholten Vergleichsversuch bedingt ist. Dafür spricht auch die besondere Natur des mündlichen Verhörs, dessen nächster Zweck gütliche Vermittlung ist. — Uebrigens sind zu dem Sühneversuche beide Partheien unter dem Präjudize zu laden, daß bei ihrem Ausbleiben angenommen werde, sie wollten sich nicht vergleichen.

10) Die Bestimmung des §. 14 der Novelle, nach welcher bei Streitigkeiten von einem Betrage

unter 50 fl. Sachverständigen und Zeugen statt der Eide nur Betheuerung auf Handgelöbniß abgenommen wird, kommt auch dann zur Anwendung, wenn zwar 50 fl. oder mehr eingeklagt wurden, der Gegenstand des Streites aber durch die Erklärungen des Beklagten unter den Betrag von 50 fl. herabgesunken ist ¹⁷⁾).

11) Zufolge der Vorschrift der *GD. III*, §. 3, Nr. 1 — 3 sollen die dort bezeichneten Rechts-sachen, wenn kein Vergleich zu Stande kommt, nach Billigkeit entschieden werden; d. h. der Richter soll in Entscheidung derselben der Stimme des Rechtsgefühles folgen, und daher von der Strenge des Rechtes abweichen dürfen, wenn sich das Resultat nach den individuellen Merkmalen des einzelnen Falles als ein unbilliges darstellen würde.

Es fragt sich nun, ob Gleiches von Entscheidung der zum mündlichen Verhör nach den Bestimmungen der Novelle gehörigen Rechts-sachen gelte? — Für die

¹⁷⁾ Wenn mehrere Zeugen vorgeschlagen und nach §. 14 auf Handgelübde vernommen wurden, von denselben Einer, welcher vollgiltig ist, das Beweissthema zu Gunsten des Produzenten erschöpft, während die Andern reine testes nescientes sind, so kann der Richter Ersteren zufolge des §. 15 — nach sorgfältiger Würdigung aller Verhältnisse nachträglich beeidigen. Denn außerdem würden die §§. 14 und 15 in der Praxis schwer in Einklang zu bringen seyn, indem die Vorschrift des §. 14 prohibitiver Natur ist, und der Gesetzgeber anzugeben unterlassen hat, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen zur eidlichen Vernehmung geschritten werden dürfe. — Da übrigens das Verfahren im mündlichen Verhöre ohnehin vielfach von der Verhandlungsmaxime abweicht, so erscheint es unbedenklich, in dem bezeichneten Falle die nachträgliche Beeidigung des einen Zeugen von Amtswegen vorzunehmen; so wie es überhaupt dem richterlichen Ermessen anheimgestellt seyn muß, in Fällen, in welchen der Beweisführer einen einzigen Zeugen, gegen dessen Vollgiltigkeit vorerst kein Bedenken obwaltet, vorgeschlagen hat, im Hinblick auf §. 15 statt des Handgelübdes die förmliche Beeidigung eintreten zu lassen.

Bejahung der Frage scheint die sowohl in den Motiven zum Gesetzentwurfe mehrfach vorkommende, als von dem Ministerialr. v. Stürzer während der Verhandlung in der Kammer der Abgeordneten öfters wiederholte Aeußerung zu sprechen, die Rechtsfachen des mündlichen Verhörs seyen, in Entstehung des Vergleichs, nach Billigkeit zu entscheiden. Nebstdem sind die Vorschriften der G.D. a.a.D. nirgends speziell und ausdrücklich aufgehoben, es wird vielmehr in der Ueberschrift des ersten Abschnitts darauf Bezug genommen, und die allgemeine Bestimmung des §. 115 löst den Zweifel nicht.

Dagegen kommt zur Erwägung:

a) Es lag offenbar in der Absicht des Gesetzgebers, in Bezug auf das mündliche Verhör an die Stelle der allgemeinen Andeutungen der G.D. erschöpfende spezielle Vorschriften zu setzen, und hiedurch diese Art des Verfahrens ganz neu zu organisiren.

b) Die neue Gesetzgebung spricht ausdrücklich auch von der Ertheilung des Bescheides, und hier war offenbar der Ort, auch die wichtige Vorschrift, daß nach Billigkeit zu entscheiden sey, ausdrücklich einzuschalten. Dies ist aber nicht geschehen, und diese faktische Abweichung vom ältern Rechte läßt sich nur als Abänderung auslegen. — Dazu kommt nun

c) der wesentliche Umstand, daß die neue Gesetzgebung dem mündlichen Verhöre sehr viele, darunter möglicherweise sehr wichtige Rechtsfachen zuweist, welche zufolge der G.D. dem ordentlichen Verfahren zugefallen wären. Es läßt sich nun weder annehmen, daß für diese die „Entscheidung nach Billigkeit“ stillschweigend habe eingeführt werden wollen, noch daß für die verschiedenen Fälle des mündlichen Verhörs in Bezug auf Entscheidung verschiedene Regeln gelten sollen.

Gnome.

Vollziehn ein schlecht Gesetz, ist schlimme Sache; doch Nichtachten das Gesetz — bei weitem schlimmer noch.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 14. Samstag, den 6. Juli 1839.

Einiges über den Diebstahl.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath Arnold.

(Schluß.)

II.

Entwendungen zwischen Ehegatten, nahen Verwandten u. s. w. sollen nur auf ausdrückliches Verlangen des Beschädigten oder desjenigen, welchem die Thäter in der Familie untergeben sind, untersucht und bestraft werden ²⁷⁾, weil der Gesetzgeber Familienbande achtet ²⁸⁾, es kann also die bloße Anzeige des Diebstahls, ja selbst wenn der Anzeiger solche ihm verbundene Personen als verdächtig nennt, zur Untersuchung gegen dieselben um so weniger hinreichen, als das StGB., welches lediglich Anzeige verlangt hatte ²⁹⁾, gerade in dieser Beziehung durch die Novelle abgeändert

²⁷⁾ Ges. v. 25. März 1816, Art. XII.

²⁸⁾ Anmerk. z. StGB. Bd. II, S. 142.

²⁹⁾ I. 228.

worden ist ³⁰⁾). Zeigt nun Jemand einen Diebstahl an, ohne dergleichen mit ihm verbundene Personen als verdächtig zu bezeichnen, oder untersucht der Richter einen Diebstahl von Amtswegen und es entdeckt sich, daß der Thäter eine Person ist, welche mit dem Bestohlenen in einer solchen Verbindung lebt, so darf der Richter gegen diese Person nicht weiter verfahren, sondern muß den Antrag des Beschädigten auf Bestrafung dieser Person abwarten. Betreibt der Bestohlene die Untersuchung, so muß ihm eröffnet werden, daß der Verdacht der That auf jener Person hafte, welche mit ihm in solcher Verbindung steht und daß vermöge des Gesetzes gegen diese Person nur dann eingeschritten werden könne, wenn er — was ihm überlassen bleibe — deren Bestrafung ausdrücklich verlangen werde ³¹⁾). In gleicher Art ist ihm, wenn er selbst eine solche Person als verdächtig benennt, unter Bekanntmachung des Gesetzes zu überlassen, ob er auf Bestrafung antragen wolle: Ihn zu fragen, ob er auf Bestrafung antragen wolle, mithin eine Antwort darüber von ihm zu verlangen, während das Gesetz ihm frei stellt, was er thun wolle, wäre eine Art Provokation zum Antrag auf Bestrafung, würde das Recht, die Anzeige nach Belieben zu machen oder zu unterlassen, beschränken und würde gegen den humanen Zweck des Gesetzes laufen, und wenn der Gefragte sich hierauf nicht erklärt, so hat der

³⁰⁾ Von Gönner und von Schmidteln, *Jahrb.* Bd. III, S. 173.

³¹⁾ Vgl. *lith. Nov.* 40. v. 12. Apr. 1814.

Nichter sein Recht, ihm eine Erklärung abzuverlangen. Trägt er in verhältnißmäßiger Zeit nicht auf Bestrafung an, so hat der Untersuchungsrichter die Akten, wenn sie übrigens geschlossen sind, dem erkennenden Richter vorzulegen. Uebrigens muß der Untersuchungsrichter sich bei vorhandenem Verdacht auf solche verbundene Personen nicht gleich von Erforschung der allenfallsigen Verdachtsgründe, daß nicht diese Personen, sondern andere die That begangen, abbringen lassen.

Haben mehrere dergleichen verbundene Personen bei einem Diebstahl konkurriert, so kann derselbe, von dessen Verlangen die Untersuchung abhängt, die Bestrafung der einen Person verlangen und wenn er nicht auch Bestrafung der andern ausdrücklich verlangt, so kann der Richter nur gegen die einschreiten, deren Bestrafung verlangt wurde ³²).

Konkurriert nebst solchen verbundenen Personen noch eine oder die andere nicht verbundene Person, so entscheidet der Grund des Gesetzes, Heilighaltung der Familienbände, dafür, daß wenn der Berechtigte die Untersuchung einer verbundenen Person nicht verlangt, auch gegen die nicht verbundenen, ohne des Berechtigten Verlangen, nicht eingeschritten werden darf ³³), denn diese Einschreitung kann nicht geschehen, ohne die verbundene Person,

³²) Dies rechtfertigt der Grundsatz: *semper in eo, quod plus est, et minus continetur.* Fr. 21. D. de reg. jur. (50. 17.)

³³) A.G.E. v. 20. Febr. 1818, u. Just. Min. Entschl. v. 31. März 1818. A.G.U. ^{107/1818}. Jahrbücher des Just. Min. v. J. 1818. Weil. 17. Wgl. auch litz. Nov. 40, v. 12. April 1814.

welche vermöge des Gesetzes geschont werden soll, doch dem Namen nach in die Untersuchung mit zu verwickeln und der öffentlichen Schande Preis zu geben, während gerade um des Beschädigten willen solche Preisgebung vermieden werden soll.

Bittet der Beschädigte nur um Haus-suchung bei der ihm verbundenen und verdächtigen Person, so ist dies kein ausdrückliches Verlangen einer Bestrafung, also kein Grund zur Untersuchung³⁴⁾, und er ist zu belehren, daß diese Bitte nicht hinreiche, Untersuchung und Bestrafung zu begründen. Bittet er um Untersuchung, protestirt aber gegen Bestrafung, so ist sein Antrag abzuweisen, weil der Richter eine zwecklose Untersuchung zu führen nicht verbunden ist.

Die Bitte eines Verwandten desjenigen, von dessen Antrag die Untersuchung und Bestrafung abhängt, kann diese nicht begründen³⁵⁾.

Hat einmal der Berechtigte auf Untersuchung und Bestrafung gegen die ihm verbundene Person angetragen und ist diese Untersuchung bereits begonnen, so kann er seinen Antrag mit Wirkung nicht mehr zurücknehmen³⁶⁾. —

Das Gesetz benennt unter den Entwendungen, welche nur auf ausdrückliches Verlangen des Beschädigten oder desjenigen, welchem die Thäter in der Familie untergeben sind, untersucht und bestraft werden sollen, auch die, welche zwischen den in

³⁴⁾ Jahressber. des Just. Min. v. J. 1818, Beil. 17. d.

³⁵⁾ Eben erwähnte Beilage.

³⁶⁾ Lith. Nov. 40 v. 12. Apr. 1814. — Jahrb. a. a. D. S. 174. — Vom legislativen Standpunkte aus läßt sich hiegegen so Manches sagen.

derselben Familiengemeinschaft lebenden Verwandten begangen werden. Es wird also Verwandtschaft und das Zusammenleben in derselben Familiengemeinschaft kopulativ erfordert und es kommt auf die Nähe des Grades der Verwandtschaft nicht an, ja es können hier nur entferntere Grade gemeint seyn, weil bei den näheren Graden (Ehegatten, Geschwister, Nestern und Kinder) das Gesetz unbedingt spricht und also nur bei den entfernteren Graden noch das Zusammenleben in derselben Familiengemeinschaft erfordert³⁷⁾. — Unter Verwandten im weitesten Sinne versteht man auch Verschwägte³⁸⁾; da nun kein Grund vorhanden ist, bei dem vorliegenden Gesetz gerade die engere Bedeutung anzunehmen, da im Gegentheil der Grund des Gesetzes, Schonung der Familienverhältnisse, auch auf Verschwägte paßt, so wird dieses Gesetz auch von Verschwägerten verstanden³⁹⁾. Es versteht sich indessen von selbst, daß Schwägerschaft nur im juristischen und nicht im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens verstanden werden darf.

12.

Bei Diebstahlskomplotten entsteht oft die Frage, in wie ferne dem einen Komplottanten die von dem andern verübte Auszeichnung, bei welcher er nicht mitwirkte, angerechnet werden

³⁷⁾ Von Gönner und von Schmidlein, Jahrbücher, Bd. III, S. 172.

³⁸⁾ Anmerk. zu Cod. civ. bav. P. I, C. 4, §. 1 in fine.

³⁹⁾ Jahrb. a. a. D. — Der Entwurf v. J. 1831, Art. 310 nennt Verschwägte bis zum zweiten Grad.

kann. Eine ähnliche Frage ist beim Raub und andern Verbrechen aufgeworfen worden ⁴⁰⁾).

War die Auszeichnung verabredet, so unterliegt es keinem Zweifel, daß sie jedem angerechnet wird, der sie mit verabredet hat. War sie aber nicht mit verabredet, so kommt es darauf an, ob alle Komplottanten sie gemeinschaftlich ausführten oder doch die Ausführung der Auszeichnung wußten? Wer die Auszeichnung mit ausgeführt hat, ist physischer Urheber derselben und bei ihm kann die Frage gar nicht entstehen, ob ihm solche vermöge des Komplotts anzurechnen sey. Der Komplottant, welcher die Ausführung der nicht verabredeten Auszeichnung weiß und nicht vom Komplott austritt; der willigt stillschweigend in dieselbe, z. B. wer komplottmäßig Wache steht und zusieht, wie eingebrochen oder eine Leiter herbeigeschafft wird.

Wer nun aber Komplottant ist, jedoch die nicht verabredete Auszeichnung nicht gerade weiß, bei dem kommt es darauf an, ob er nach Beschaffenheit des Komplotts und der Umstände die Auszeichnung, bei der er nicht mitgewirkt, voraussehen konnte, oder nicht. Konnte er sie voraussehen, so ist anzunehmen, daß er diesen Erfolg seines Komplotts beabsichtigt habe, woferne nicht das Gegentheil sich aus den Umständen ergibt ⁴¹⁾. Wenn ein Komplott dahin geht, aus einem Zimmer zu stehlen,

⁴⁰⁾ Jahrbücher Bd. I, S. 70 u. 385. Bd. III, S. 147.

⁴¹⁾ Vgl. Jahrb. Bd. I, S. 83. 385. Bd. III, S. 149.
— StGB. I, 44. — AGG. v. 7. Apr. 1837, bestät.
vom DAG. aus denselben Gründen 20. Juni 1837.
DAG. Roe. 211. 18¹⁶/37. AGA. 107. 18¹⁶/37.

welches gewöhnlich verschlossen ist, oder aus einem verschlossenen Hause, in welches man nicht kommen kann, ohne einzubrechen oder mittelst selbst herbeigeschafftem Hülfsmittel einzusteigen, so muß angenommen werden, daß das Komplott auf einen ausgezeichneten Diebstahl gerichtet war, obgleich die Verabredung der Auszeichnung nicht erwähnte. Wird aber ein Diebstahl in der Art verabredet, daß der eine aus einem gewöhnlich unverschlossenen Zimmer oder Behältniß stehlen oder der andere Wache stehen soll und der erste trifft das Zimmer oder Behältniß verschlossen und erbricht es oder öffnet es mit einem Dietrich, so kann dem Wache stehenden Komplottanten die Auszeichnung nicht angerechnet werden, es wäre denn, daß besondere Gründe vorlägen, aus welchen anzunehmen wäre, daß er auch die Auszeichnung gewollt habe.

Beitrag zur Lehre vom Beweise des Eingebrachten der Ehefrau im Konkurse des Mannes.

1.

Es ist zwar im Konkurse die Eidesdelation an den Kridar nach der *GD. XIX*, §. 12, Nr. 1 im Allgemeinen gestattet, und da diese Gesetzstelle bei dem Gebrauche dieses Rechtsmittels hinsichtlich der Gläubiger, welche sich desselben bedienen wollen, keinen Unterschied macht, so möchte es scheinen, daß sich auch die Ehefrau des Kridars zum Beweise ihres Eingebrachten der Eidesdelation an denselben gleichfalls bedienen könne. Allein die *GD.* hat in der fraglichen Beziehung allerdings

einen Unterschied festgesetzt und von der obigen Regel eine Ausnahme gemacht, indem sie im Kap. XX, §. 6, Nr. 5 spezielle Vorschriften über den Beweis der Illation des Heirathsguts oder der Paraphernalien der Ehefrau im Konkurse des Mannes aufstellt und die Beweismittel bestimmt, welche zu diesem Behufe zulässig sind. Dahin gehören Zeugen, oder schriftliche Urkunden und unter gewissen Voraussetzungen auch das eigene Geständniß des Mannes. Die Eideszuschreibung hat das Gesetz hiebei nicht erwähnt, folglich ausgeschlossen. Derselbe Grund, welcher in den Ann. zur OD. XX, §. 6, lit. c dafür angeführt wird, daß das bloße Geständniß des Mannes, wenn es nicht von den gesetzlich bestimmten Umständen unterstützt wird, zum Beweise der Illation nicht hinreichend sey, weil der Mann seines eigenen mit darunter versirenden Interesse wegen weit leichter seiner Ehefrau, als einem andern Gläubiger etwas einräumt, spricht auch gegen die Zulässigkeit der Eidesdelation. Das Interesse des Kridars, daß seine Ehefrau ihr Eingebachtes erhalte, besteht darin, weil ihm aus dessen Einkünften der nöthige Unterhalt gereicht werden muß.¹⁾ Es entsteht daher die begründete Besorgniß, daß er der Eidesleistung ausweichen werde, um seiner Ehefrau die Vortheile, welche für sie durch seine Eidesverweigerung herbeigeführt werden, zu verschaffen, und welche darin bestehen, daß der Eid nach der OD. XIX,

¹⁾ Const. 29, Cod. de jure dot. Vergl. auch das preuß. Landr. II, 1, §. 262.

12, Nr. 1 pro relato gehalten würde, somit dessen Ableistung der vom Einflusse des Kridars abhängigen Ehefrau desselben überlassen bliebe. Das hiernach innig verwebte Interesse beider Ehegatten steht mit dem der übrigen Gläubiger in unverkennbarer Kollision und eben deßhalb würde den letztern die Gestattung des gedachten Beweismittels zu großem Präjudize gereichen ²⁾).

Wenn auch, wie nachher gezeigt werden soll, die im Kap. XX der O.D. enthaltenen Bestimmungen über den Beweis des Eingebrachten der Ehefrau im Konkurse in denjenigen Gebietstheilen des Königreichs Bayern, in welchen jenes Kapitel nach der Verordnung vom 4. Okt. 1810 ³⁾ nicht eingeführt worden ist, keine Anwendung finden, so dürfen dieselben doch um deswillen nicht unberücksichtigt bleiben, weil außerdem die vom Gesetzgeber aus den angeführten Gründen beabsichtigte Beschränkung der im Kap. XIX, §. 12, Nr. 1 enthaltenen allgemeinen Disposition wegfallen, und letzterer eine mit jenen Bestimmungen im Widerspruch stehende Ausdehnung gegeben würde. Die aus dem Kap. XX angeführte Stelle dient daher bezüglich der vorwürfigen Frage jedenfalls zur Interpretation des Kap. XIX a. a. D.

²⁾ Bedient sich ein anderer Gläubiger zum Beweise seiner Forderung der Eidesdelation an den Kridar, so sind hierdurch die übrigen Gläubiger nicht gefährdet, weil der Kridar in diesem Fall kein Interesse hat, den Eid zu verweigern oder zu reserviren, denn die Hoffnung, daß er von der Masse etwas für sich retten kann, muß ihn bestimmen, den Eid, sofern er es ohne Gewissensverletzung thun kann, selbst abzuleisten.

³⁾ Neg. Bl. S. 873.

Daß die Eidesdelation in denjenigen Gebietstheilen des Königreichs Bayern, in welchen die bayer. OD. mit Ausschluß des Kap. XX eingeführt wurde, als Beweismittel zu dem bemerkten Zweck freigegeben worden sey, kann um so weniger angenommen werden, als der Grund jenes Ausschlusses bloß darin beruhete, daß die damals bestandenen provinziellen und statutarischen Lokations-Ordnungen provisorisch und bis zur Einführung eines allg. bürgerlichen Gesetzbuches ihre gesetzliche Gültigkeit behalten sollten. Es war sonach eine Erweiterung der Befugnisse der Ehefrauen in Ansehung des Beweises der Thaten hierbei durchaus nicht beabsichtigt.

Der vorstehend ausgeführten Ansicht, daß sich die Ehefrau im Konkurse ihres Mannes zum Beweise ihres Eingebrachten der Eidesdelation an den Kridar nicht bedienen könne, stehen auch mehrere Präjudizien zur Seite ⁴⁾.

2.

Was hiernächst die Frage betrifft:

Ob die Bestimmungen der OD. XX, §. 6, Nr. 5 über den Beweis des Eingebrachten der Ehefrau im Konkurse des Mannes auch in denjenigen Gebietstheilen des Königreichs Bayern zur Anwendung kommen, in welchen das Kap. XX nicht eingeführt worden ist?

so scheinen folgende Gründe für deren Bejahung zu sprechen:

⁴⁾ OABG. vom 19. April 1825. AGAlt. K. 154²³/21.
 OABG. vom 12. Juli 1825. AGAlt. M. 573²²/22.
 OABG. v. 24 März 1829. L. 19²³/29.

Daß bei Einführung der OD. ergangene Patent vom 4. Okt. 1810 ⁵⁾ enthält nach seiner ganzen Fassung nur, daß die im Kap. XX der OD. gegebenen Bestimmungen über das Prioritätsrecht der Gläubiger auf diejenigen Gebietstheile keine Anwendung finden sollen, in welchen damals Provinzial- oder Statutar-Lokations-Ordnungen bereits bestanden hatten; Vorschriften also, welche auf das prozessualische Verfahren sich beziehen, wozu insbesondere die Bestimmungen hinsichtlich der Beweisführung gehören, äußern ihre Giltigkeit auch in den bezeichneten Gebietstheilen, wenn gleich solche Vorschriften im Kap. XX der OD. begriffen sind. Wie der Beweis der Einbringung des Heirathsguts geliefert werden müsse, kann nicht nach den Gesetzen über das Prioritätsrecht, sohin nicht aus der Prioritäts-Ordnung, sondern bloß nach jenen über die Beweisführung beurtheilt werden.

Dieser Ansicht stehen jedoch folgende überwiegende Gründe entgegen, aus welchen der oberste Gerichtshof ⁶⁾ die obige Frage verneinend entschieden hat:

„In der Verordnung vom 4. Okt. 1810 wurde ausgesprochen

a) daß mit dem 1. Jan. 1811 der Judiziar-codex in allen (damaligen) Gebietstheilen des Reichs gesetzliche Kraft haben soll;

b) daß alle bisher geltenden provinziellen

⁵⁾ S. Note 3.

⁶⁾ DABE. v. 5. Jan. 1837. M. 92³¹/32. ABst. S. 450³⁰/31.

oder statutarischen Gesetzgebungen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von jenem Zeitpunkt an für aufgehoben erklärt werden;

c) jedoch, was die im Kap. XX der G.D. enthaltenen Gesetze über das Prioritätsrecht der Gläubiger anbetrifft, in diesem Punkt die bis jetzt bestehenden provinziellen oder statutar. Lokations-Ordnungen provisorisch und bis zur Einführung eines allg. bürgerlichen Gesetzbuches ihre gesetzliche Gültigkeit behalten sollen.

Nach dem Prioritäts-Gesetz vom 1. Juni 1822, §. 30 soll es, was den Beweis der wirklichen Einbringung des Heirathsguts oder andern Vermögens der Ehefrauen betrifft, bei den in den verschiedenen Gebietstheilen bisher geltenden gesetzlichen Bestimmungen belassen werden.

Diese beiden Gesetze in ihrem Einflange erwogen, geben das Resultat, daß durch die Verordn. v. 4. Okt. 1810 lediglich die im Kap. XIX enthaltenen Bestimmungen über das Verfahren, keineswegs aber die im engsten Verbande mit dem Prälationsrecht der Illaten nach der aus dem Civilgesetzbuch hervorgehenden Unterscheidung, ob **Dos** oder **Paraphernum** eingedungen worden sey, stehenden Bestimmungen des Kap. XX, §. 6, Nr. 5 über die Beweismittel, wodurch die Illation erprobt werden soll, eingeführt werden sollten, was sich klar aus dem §. 30 des neuen Prior.-Gesetzes ergibt, da nach demselben es bei den in den verschiedenen Gebietstheilen bisher geltenden Gesetzen in Ansehung des Beweises der Illation belassen wird, welche Bestimmung, wenn man durch die Verordn.

v. 4. Okt. 1810 auch die Vorschriften der GD. XX, §. 6, Nr. 5 bezüglich des Beweises der Illaten in allen Gebietstheilen eingeführt annehmen wollte, mit Konsequenz nicht hätte ausgesprochen und die hierüber in den verschiedenen Gebietstheilen bestehenden Gesetze als noch fortbestehend erklärt werden können⁷⁾.“

Von der Zulässigkeit der Berufung gegen Bescheide wegen Urkunden-Edition.

Von der im §. 51 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837. aufgestellten Regel, daß wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide keine Appellation statt finde, sind im §. 52 ib. die Ausnahmen bestimmt. Nach der Fassung dieser beiden §§. muß angenommen werden, daß die Appellation gegen alle Dekrete und Zwischenbescheide, welche im §. 52 nicht namentlich ausgenommen sind, unzulässig ist. Zu den daselbst bestimmten Ausnahmen gehören unter andern, nach Nr. 5 Urtheile, wodurch auf Ableistung des Editionseides (GD. XI, §. 6, Nr. 5) erkannt, und nach Nr. 7 Bescheide, wodurch eine Parthei oder ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird. Diese Bestimmungen

⁷⁾ Als Präjudizien dafür, daß die Bestimmungen der GD. XX, §. 6, Nr. 5 namentlich in den vormalig preuß. Fürstenthümern Ansbach und Bayreuth keine Anwendung finden, sind anzuführen, AGG. v. 22. Dez. 1820. T. 51²/20. AGG. v. 31. März 1824 und DAGG. vom 3. Jan. 1825. AGUkt. II. 160²³/21. DAGG. vom 19. April 1825. AGUkt. II. 154²³/24. AGG. vom 20. Febr. 1827. R. 66²⁶/27. — v. 20. April 1827. E. 309²⁶/27. — 10. März 1829. S. 197²⁸/29 u. v. 28. Nov. 1834. S. 20³⁴/35.

setzen unzweifelhaft den Fall voraus, wenn nach Maassgabe der *GD. XI*, §. 6 bei einem Rechtsstreite die Urkunden-Edition zum Zweck der Beweisführung begehrt wurde, und da das Gesetz nur zwei spezielle Ausnahmen für die Zulässigkeit der Appellation gegen Bescheide, welche den Editions-punkt zum Gegenstand haben, festsetzt, so folgt hieraus, daß alle übrigen Bescheide im Betreff des Editions-punkts für selbstständig appellabel nicht erachtet werden können. Dahin gehören Bescheide, wodurch das Editions-gesuch als unstatthaft abge-wiesen wird ¹⁾. Hiegegen kann sich der Editions-sucher bloß verwahren und seine hierdurch vorbe-haltene Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil verbinden. Hieher sind aber auch solche Bescheide zu zählen, wodurch, wenn der Implorat den Besitz der zu edirenden Urkunde läugnet, dem Editions-sucher Beweis auferlegt wird, daß der Im-plorat die Urkunde wirklich besitze oder wenigstens gefährlicher Weise von Handen gelassen habe. (*GD. I. c. N. 4.*) Unter den von der Bestimmung des §. 51 des alleg. Prozeß-gesetzes im §. 52 enthalte-nen Ausnahmen sind zwar unter Nr. 4 die Erkennt-nisse erwähnt, wodurch einem oder dem andern Theile Beweis auferlegt wurde, allein diese Aus-nahme paßt nicht auf die erwähnten Bescheide, welche bloß den Definitivbescheid im Betreff der Urkunden-Edition vorbereiten, indem die Appella-

¹⁾ Die Unstatthaftigkeit selbstständiger Appellation war in diesem Fall schon nach den Bestimmungen der Prozeß-novelle vom 22. Juli 1819, §. 18 u. 19 anzunehmen. *ABG. v. 21. Juli 1829. W. 822²³/29.* — *v. 28. Mai 1833. S. 63²⁷/29.* — *v. 5. Juni 1835. S. 672³¹/34.* *Bgl. Bl. f. RA. Bd. I, S. 121 — 2, 192.*

bilität des letztern selbst nur auf den Fall der Verurtheilung zur Urkunden-Herausgabe beschränkt ist. Es kann daher gegen einen solchen Zwischenbescheid bloß Verwahrung innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist (§. 51, Absatz 2) eingelegt werden, um sich dadurch die Beschwerde für den Fall zu sichern, wenn in der Folge die Verurtheilung zur Edition wirklich ausgesprochen werden sollte²⁾.

Tagebuch der Praxis.

(exc. plurium concumb.)

Die im II. Bd. dieser Zeitschrift S. 13—16¹⁾ ausgeführte Ansicht, nach welcher zur Begründung der bezeichneten Einrede die Anführung eines konkreten Faktums, entweder Bezeichnung der Person des oder der andern Konkumbenten, oder doch genaue Angabe der Orts- und Zeitverhältnisse erforderlich ist, — hat nunmehr auch die Auctorität des obersten Gerichtshofs für sich. — In einer Paternitätsache²⁾ hatte der Beklagte die exceptio plur. concumb. im Allgemeinen entgegengesetzt, jedoch beigelegt, die Klägerin habe insbesondere mit dem E. am 25. Sept. 1837 den Beischlaf vollzogen. In zweiter Instanz wurde im Allgemeinen darauf interloquirt, daß Klägerin in der kritischen Zeit auch mit Andern zugehalten habe. In dritter Instanz führte Beklagter Beschwerde darüber, daß dieser Verweis nicht auf die Behauptung

²⁾ Erkenntniß des AG. v. Oberfranken v. 30. Apr. 1839. Nr. 3830. F. 4/1839.

¹⁾ Vgl. auch Bd. II, S. 55 und Bd. III, S. 47—8.

²⁾ DABlt. R. Nr. 663³⁹/39.

tung des von dem K. mit der Klägerin am 25. Sept. 1837 vollzogenen Beischlafes beschränkt worden. Durch Erkenntniß des königl. OAG. v. 16. April 1839 wurde diese Beschwerde für begründet erachtet, und hierzu in den Entscheidungsgründen bemerkt:

„Die G.D. Kap. VI, §. 8 schreibt vor, daß die Einreden deutlich, ordentlich und umständlich vorgetragen werden sollen. Diesen Erfordernissen ist aber nicht entsprochen, wenn ein wegen Vaterschaft Beklagter der klagenden Mutter im Allgemeinen den Vorwurf macht, daß sie in der entscheidenden Zeit Mehrern den Beischlaf gestattet habe. Demnach konnte auch in vorliegendem Falle auf die Einrede der mehrern Zuhälter, insofern sie in solcher Allgemeinheit vorgebracht ist, keine Rücksicht genommen, sondern es mußte die Beweisauflage auf die Thatsache beschränkt werden, durch welche jene zuerst im Allgemeinen vorgebrachte Einrede wirklich näher begründet wäre.“

Zur Lehre vom Würderungsseide.

GD. XIII, Der Würderungsseid (Juramentum in §. 4. litem) ist nicht von Amtswegen aufzulegen, sondern ein selbstständiges Beweismittel¹⁾; wer sich desselben bedienen will, muß davon innerhalb der Beweisfrist Gebrauch machen²⁾.

¹⁾ Genßler im Archiv-f. civ. Praxis. Bd. IV, S. 295.

²⁾ AGC. vom 1. April 1824. D. 380²³/24 AGC. v. 10. Aug. 1827, bestät. durch OAGC. v. 23. Juli 1828. AGUkt. B. 404²⁰/27.

Errata.

In Nr. 5, S. 67, Z. 8 lies „Sachlegitimation“ statt „Sachlegitimität“.
 „ 11, „ 172, „ 8 lies „wo“ statt „von“.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 15. Samstag, den 20. Juli 1839.

Beiträge zur Lehre von der Einkindschaft in
Bayern.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

I.

Zu den eigenthümlichsten Instituten des germanischen Rechtes gehört die Einkindschaft. Die Erhaltung der Einheit des Familienlebens, die Sicherung des Friedens und der ungetheilten Liebe aller Familienglieder ist der höchst poetische und tief sittliche Grundgedanke derselben. Als Motive, welche das Institut beförderten, und seine Eingeschuldung oft, ja vielleicht meistens, veranlassen, erscheinen aber auch die Vermögensverhältnisse, insbesondere der Wunsch, die ersteheliche Gütergemeinschaft und die aus ihr dem überlebenden Ehegatten bis zur zweiten Ehe bleibenden Rechte zu erhalten, und die den Eltern sowohl, als den Kindern zweiter Ehe nachtheiligen Theilungen zu vermeiden. So kommt es denn, daß die Einkindschaft regelmäßig mit der ehelichen Gütergemeinschaft zugleich in den Partikularrechten auftritt.

Doch darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, sie nur als Folge der Vermögensverhältnisse, und nur als für diese bedeutend anzusehen, wie es denn in der That Partikularrechte giebt, welche die Einkindschaft ohne Gütergemeinschaft enthalten, wie z. B. das Mainzer Landrecht, und umgekehrt solche, denen die Einkindschaft fremd ist, obgleich sie die Gütergemeinschaft für den gesetzlichen Güterstand der Ehegatten erklären, wie z. B. die Nürnberger Reformation.

Die Einkindschaft hat übrigens nicht bloß in vielen Theilen von Deutschland niemals Eingang gefunden, sondern sie ist auch in mehreren ausdrücklich verboten, wie namentlich durch den **Cod. Civ. Max. P. I, c. 5, §. 12**, und zwar „zur Vermeidung der hieraus zu besorgenden Streitigkeiten.“ In der That hat die Einkindschaft, weil nicht Alle diejenige Richtung des Charakters haben, auf welche das Institut gegründet ist, und weil sie häufig nur um des Vermögens willen eingegangen wird, so daß sich die erstehelichen Kinder dadurch verletzt glauben, ihren Zweck oft verfehlt, und statt des Friedens das Schwert, den Zwist und Hader, Neid und Bosheit in die Familien gebracht. Demnach ist die Einkindschaft jetzt ein strengpartikularrechtliches Institut; wer sie geltend machen will, hat nach der Sprache unserer Juristen nicht schon an sich *fundata intentio*, sondern muß die Geltung des Instituts im fraglichen Partikularrechte erst darthun. Es dürfte daher nicht ohne Interesse seyn, hier eine Zusammenstellung der in Bayern geltenden Partikularrechte zu geben, in welchen die Einkindschaft vorkommt.

Die Einkindschaft hatte aber von jeher ihre eigentliche Heimath in Schwaben, Franken, und am Rhein, und so kommt es, daß sie noch jetzt in den meisten neuerworbenen Landestheilen gilt; es enthalten sie folgende Partikularrechte:

1) Das Oberpfälzer Landrecht von 1657, Th. I, Tit. 26. Obgleich nämlich dieses Landrecht durch den Cod. Civ. Max. im Allgemeinen aufgehoben worden ist, sind doch einige Eigenthümlichkeiten desselben für fortdauernd gültig erklärt worden, und so insbesondere die Bestimmungen desselben über die Einkindschaft durch Theil I, c. 5, §. 12. Merkwürdig ist es, daß die Einkindschaft in der Oberpfalz galt, während sie doch nach dem Zeugnisse von Schmid und Kreittmayr in dem benachbarten und stammverwandten Ober- und Niederbayern niemals üblich war. Dies erklärt sich aber in folgender Weise. Die Oberpfalz war bis zum Jahre 1621 mit der Rheinpfalz vereinigt; und erhielt von dort her ihre Gesetze, welche ihr bei der Vereinigung mit Bayern gelassen wurden. Ganz nach dem Landrechte, welches Ludwig VI. im Jahre 1582 der Rheinpfalz gegeben hatte, und Friedrich 1610 erneuerte, hatte die Oberpfalz ihr Landrecht von 1606 erhalten, und auf dieses ist das Landrecht gestützt, welches Ferdinand Maria im Jahre 1657 der Oberpfalz gab. Daher stimmt denn auch der Tit. 26, Th. I dieses Landrechtes: „Von Einkindschaften“ mit dem Th. II, Tit. 25^a des Rheinpfälzer Landrechtes von 1610, gedruckt zu Heidelberg 1611, wörtlich überein. —

2) Das allgemeine Preuß. Landrecht Th. 2,

Tit. 2, Abschnitt 11, §. 717 ff. Da übrigens dieses Landrecht ganz allgemein die Partikularrechte fortgelten läßt, so sind aus den Provinzen, wo dasselbe gilt, noch zu nennen:

a) die Brandenburger Landeskonstitution von 1722, **Tit. VII, §. 20.**

b) Die Dinkelsbühler Statuten von 1738, **lib. I, tit. 3.**

3) Das Bamberger Landrecht von 1769. Nach der wenig systematischen Darstellung dieses Landesrechtes gehören hierher **Th. II, Kap. 1, Tit. 3, §. 7, 10—23; Tit. 5, §. 1—21; Tit. 6, §. 1—25; Kap. 2—4** in vielen §§.; endlich 1. u. 2. Anhang.

4) Die Würzburger Landgerichtsordnung von 1618, **Th. 3, Tit. 108—119.** Hiemit im Wesentlichen übereinstimmend ist

5) das Schweinfurter Statutarrecht von 1724, **Tit. 46, 49 und 66—70**, neben welchem subsidiär die Würzburger Landgerichtsordnung gilt.

6) Das Landrecht der Grafschaft Hohenlohe von 1737, **Th. I, Tit. 6.**

7) Das Landrecht der Grafschaft Solms von 1571, **Th. II, Tit. 20**, womit am nächsten verwandt erscheint

8) das Mainzer Landrecht von 1755 **Tit. 2¹⁾.**

9) Das Landrecht der Grafschaft Erbach, und zwar:

a) die Statuten von 1520, **Art. VI, §. 5, 6 u. 10.**

¹⁾ Die einschlägigen Titel des Brandenburger, Bamberger, Hohenloher, Schweinfurter und Mainzer Rechtes sind auch abgedruckt bei **Schneidt, Thesaurus jur. franc. Sect. I, opusc. 25, p. 1837 sq.**

b) Die Landesordnung von 1552; - Tit. 22 der Untergerichtsordnung. Diese Gesetze sind abgedruckt in Beck und Lauteren, das Landrecht der Graffschaft Erbach. Darmstadt 1824. 8.

10) Das Fuldaer Recht. Dieses besteht bekanntlich aus einzelnen Verordnungen. Eine besondere über die Einkindschaft existirt zwar nicht, und auch die Verordn. von erster und fernern Ehen v. 17. Dez. 1719 und 23. März 1786 enthalten keine ausdrückliche Bestimmung über dieses Institut. Allein es stimmt nicht bloß die in diesen Verordn. vorgeschriebene sog. Parifikation der Kinder mehrerer Ehen im Wesentlichen mit der Einkindschaft zusammen, sondern es ist auch eine volle und wahre Einkindschaft nach alter Gewohnheit zulässig. Thomas, System aller fuldaischen Privatrechte. 1789. Bd. 2, §. 326 u. 327.

11) Die Castellische Landesverordnung über die eheliche Gütergemeinschaft u. v. 1. Aug. 1801. Durch sie ist zum Gesetz erhoben worden: J. H. Müller's, Versuch einer Darstellung des fränkischen Gewohnheitsrechtes von der ehelichen Gütergemeinschaft. Nürnberg 1801. 4. — Die Bestimmungen über die Einkindschaft finden sich in Th. 1, Tit. 2, oder §. 22 — 45.

Die Auffassung der Einkindschaft, und die Bestimmung ihrer rechtlichen Natur ist übrigens nicht in allen diesen Partikularrechten die nämliche. Während nämlich das Würzburger, Schweinfurter, Castellener und Preussische Recht der reinen Idee des Institutes getreu dessen Bedeutung darin sehen, daß die eingesetzten Aeltern gegen die Kinder, und diese gegen jene alle Rechte natürlicher Aeltern und

Kinder erhalten, nicht bloß in Erbgeredhtigkeiten, sondern auch in allen andern Stücken, fassen die übrigen Partikularrechte das Institut beschränkter nur aus dem Gesichtspunkte eines Erbvertrages. Diese Verschiedenheit der Auffassung zeigt sich am besten in der Detailbetrachtung, und es soll daher hier der Anfang einer solchen mit den Grundsätzen über die Möglichkeit einer Einkindschaft gemacht werden, wobei vorzüglich zwei praktisch sehr wichtige, jedoch in den Gesetzen gewöhnlich übergangene Fragen erörtert werden sollen, nämlich die Einkindschaftung außerehelicher Kinder, und die Möglichkeit der Einkindschaft bei dritter und folgenden Ehen. Es mag diese Darstellung zugleich als Versuch zu einer vergleichenden Bearbeitung unserer Partikularrechte dienen, welche als der einzige Weg zur Fortbildung unsers Rechtszustandes, und zu einer zweckmäßigen Gesetzgebung betrachtet werden muß. —

II.

Das allgemeine Erforderniß für die Möglichkeit einer Einkindschaft ist, daß sich Jemand zum zweitenmale verheirathen will, der schon aus einer frühern gültigen Ehe Kinder hat. Ob der andere Theil auch schon verheirathet war oder nicht, und im ersten Falle, ob er Kinder aus seiner Ehe hat oder nicht, ist gleichgültig, und man unterscheidet darnach zweiseitige und einseitige Einkindschaft. Es ist übrigens sehr wahrscheinlich, daß in den ältesten Zeiten, als das ganze Institut entstand, nur die sog. zweiseitige Einkindschaft vorkam, und so erklärt es sich, daß noch jetzt einige Partikular-

rechte nur diese zulassen. Hierher gehört in Bayern das Mainzer Landrecht, welches in tit. II, §. 1 vorschreibt: „Es kann keine Einkindschaft gemacht werden, als unter zwei Eheleuten, die wirklich einander Kinder zubringen;“ und jeden Zweifel über die Bedeutung des: „einander“ dadurch beseitigt, daß es in §. 2 sagt: „beiderseits Kinder und deren Aeltern, zwischen denen die Einkindschaft gemacht werden will.“ Als eine Folge jenes alten Grundprinzips erscheint es, daß manche Partikularrechte zwar die einseitige Einkindschaft zulassen, sie jedoch erst dann als verwirklicht betrachten, wenn aus der zweiten Ehe ein Kind erzeugt wird, und dieselbe durch den Tod sämtlicher zweitehelicher Kinder wieder für gebrochen erklären. Diese Auffassung findet sich im Solmscher Landrechte §. 16, im Oberpfälzer §. 9 u. 10, und in den Dinkelsbühler Statuten §. 12; doch machen diese letztern den Zusatz: „man hätte sich denn eines andern verglichen,“ und bilden somit den Uebergang zu der unbedingten Gestattung der einseitigen Einkindschaft, welche sich in allen übrigen Partikularrechten findet²⁾. Jene nur bedingte Gestattung derselben hat ihren Grund offenbar darin, daß die Einkindschaft eine Gleichstellung der Kinder verschiedener Ehen seyn sollte, aber sie wird nicht bloß inkonsequent, weil sie die Einkindschaft selbst bei dem Tode aller Vorkinder fort dauern läßt, sondern sie erscheint auch einseitig und un-

²⁾ Das Bamberger LR. S. 257, §. 4 verbietet sogar, die Einkindschaft an die Bedingung zu knüpfen, daß Kinder aus der zweiten Ehe geboren werden.

zweckmäßig, indem sie das Verhältniß der Stiefkinder zu den Aeltern, und die unter diesen dadurch regelmäßig begründeten Güterrechte, insbesondere die Gütergemeinschaft übersieht. Daher kommt es denn auch, daß die weitere Ausbildung unsers Institutes in der deutschen Theorie und Praxis zu der unbedingten Geltung der einseitigen Einkindschaft geführt hat, welche jetzt als gemeinrechtlich und daher auch in denjenigen Partikularrechten angenommen werden muß, welche, wie das Guldaer und Erbachher, diesen Punkt gar nicht berühren. In manchen Gegenden hat sich die Praxis sogar von der ursprünglichen Idee des Institutes soweit entfernt, daß sie gerade die zweiseitige Einkindschaft für gefährlich hält, weil bei der Gleichstellung der Kinder aus drei verschiedenen Ehen, wozu sie führt, die gleichmäßige Wahrung der sämtlichen Interessen zu schwer sey, weshalb dann dem Richter für diesen Fall ganz besondere Vorsicht bei Bestätigung der Einkindschaft zur Pflicht gemacht wird. Für das Erbachische Recht bezeugen dieß Beck und Lauteren l. c. S. 274.

(Fortsetzung folgt.)

Ueber das, in Ansehung der dem Kridar zugeschickten Kaufmannswaaren statt findende Separationsrecht.

Von Herrn Dr. Feust zu Gürth.

Nach der Prioritäts-Ordnung vom 1. Juni 1822, §. 3, Nr. 3 findet das Separationsrecht auch in Ansehung der dem Gemein-

schuldner auf Kredit zugeschiedten Kaufmannswaaren statt, welche entweder noch in uneröffneten Päckcn, Fässern oder Umschlägen in dem Gewahrsam des Gemeinschuldners gefunden werden, oder erst nach erklärter Insolvenz bei ihm angekommen sind.

Aus diesem Beisatze will in der Praxis häufig gefolgert werden, daß das Separationsrecht unter keiner Voraussetzung alsdann mehr Platz greife, wenn die Waaren schon ausgepackt seyen, gleichviel ob solche dem Kridar auf Kredit, oder auf baar Geld beim Eintreffen der Waaren zugeschiedt worden.

Bei Anstellung einer nähern Prüfung möchte sich indessen ein anderes Resultat ergeben.

Die kritische Gesetzesstelle enthält offenbar eine, anderen Rechtsgrundsätzen widerstreitende singuläre Bestimmung zu Gunsten des kaufmännischen Verkehrs. Denn bekanntlich wird bei dem Kaufe auf Kredit der Käufer sofort nach bewerkstelligter Uebergabe Eigenthümer der erkauften Sache ¹⁾; es ist daher eine mit diesem Rechtsfatze im Widerspruche befindliche Disposition, wenn dem Verkäufer, vorausgesetzt, daß sich die Waaren noch uneröffnet bei dem Kridar vorfinden, das Separationsrecht — die Befugniß, die verkauften Waaren aus der Konkursmasse zu vindiziren, — eingeräumt wird.

Die Auspackung gehört ja nicht zur Besitz-

¹⁾ Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem (sc. venditam et traditam) emptoris fieri. §. 41. in fine J. de rer. div. (2. 1.)

ergreifung, die Apprehension ist vielmehr schon vollendet, wenn die Waaren in die Behausung des Käufers gebracht werden ²⁾, unter Kaufleuten insbesondere ist, wenn die Sendungen über See gehen, schon der Empfang der Konnossemente der wirklichen Uebergabe und Empfangnahme gleich zu achten ³⁾, und dennoch soll der Verkäufer berechtigt seyn, solche aus der Gantmasse zu vindiziren.

Nur aus dem Streben der Legislation, den kaufmännischen Kredit zu befestigen, dem Handelsverkehre besonderen Schutz angedeihen zu lassen, wird eine Anomalie der Art erklärlich.

Wie würde sich aber mit jener Intention die eben besprochene Praxis vertragen? Hieße es dem kaufmännischen Verkehre den ihm nach staatswirthschaftlichen Prinzipien so wohl gebührenden Schutz verleihen, wenn man dem Kaufmannsstande weniger Rechte zuerkennen wollte, als jeder andere Privatmann, welcher dem Gantirer keinen Kredit gegeben und von der Vindikation Gebrauch machen will ⁴⁾, unter ähnlichen Verhältnissen haben würde! —

Ein solcher Widerspruch darf bei dem Gesetzgeber nicht präsumirt werden.

²⁾ Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim; possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. L. 18, §. 2. D. de adq. poss. (41. 2.)

³⁾ Martens Grundriß des Handelsrechts §. 15.

⁴⁾ L. 19 et 53. D. de c. c. v. (18. 1.) §. 41. J. de rer. div., woselbst gesagt wird: „Venditae vero res, et traditae, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit.“

Der Kaufmann, welcher auf baar Geld verkauft, ist, falls der Käufer nicht zahlt, doch un-
streitig berechtigt, die Waare aus den Händen
seines Käufers, da solche noch nicht in das Eigen-
thum des Letztern übergegangen, zu vindiziren²⁾.

Warum sollte ihm diese Befugniß nicht auch
im Konkurse zustehen? kann die Konkursmasse,
können die solche repräsentirenden Kreditoren mehr
Rechte dem Verkäufer für sich ansprechen, als der
Kridar selbst gehabt? — *nemo plus juris in
alium transferre potest, quam ipse habet.* —

Die Prioritäts-Ordnung besagt zwar
nicht ausdrücklich, daß hinsichtlich der auf baar
Geld beim Eintreffen verkauften Waaren das Se-
parationsrecht auch Statt finde, wenn gleich die
Waaren schon ausgepackt sind; allein eine solche
spezielle Bestimmung wäre überflüssig gewesen, weil
dieselbe schon aus der allgemeinen Disposition des
§. 2 der Prioritäts-Ordnung sich ergibt.

Hiernach wird nämlich im Allgemeinen allen
denjenigen das Separationsrecht eingeräumt, deren
Eigenthum in Gewahrsam des Gemeinschuldners
sich befindet, und zu dieser Kategorie gehört auch
der Verkäufer, wenn er keinen Kredit gegeben und
Zahlung nicht erfolgt ist, hinsichtlich der Verkaufs-
objekte, da er nach wie vor Eigenthümer derselben
verblieben. —

Die bisher vertheidigte Meinung hat freilich
eine sehr gewichtige Autorität gegen sich.

In dem Lehrbuche des bayer. Hypo-

²⁾ Martens Grundriß des Handelsrechts §. 15, Nr. 1.

thekenrecht und der Prioritäts-Ordnung von Lehner ⁶⁾ heißt es nämlich

Wd. II, §. 15, Nr. 4:

„Eben so können Kaufmannswaaren, wenn auch auf baar Geld gehandelt wurde, dieselben jedoch zur Zeit des Ausbruches der Gant sich ausgepackt vorfinden, durch das Sonderungsrecht nicht reklamirt werden, weil das Gesetz, welches diesen Vorzug nur den nicht ausgepackten Waaren einräumt, annimmt, daß das Eigenthum, durch die mit der Auspackung nothwendig eintretende Vermischung mit den Waaren des Kreditars, an diesen übergegangen sey.“

Diese Annahme möchte jedoch in der eben behaupteten Allgemeinheit dem Gesetze fremd seyn.

Nur hinsichtlich des baaren Geldes oder anderer verbrauchbarer Sachen, welche mit dem Gelde oder den Sachen des Gemeinschuldners bereits vermischt sind, nimmt der §. 2, Nr. 3 der Prioritäts-Ordnung eine Eigenthums-Erwerbung durch Vermischung an.

Kaufmannswaaren gehören aber nicht allzeit, vielmehr selten zu den verbrauchbaren Sachen ⁷⁾.

In Ansehung nicht verbrauchbarer Sachen, wie z. B. bei Ausschnitt-, bei Manufakturwaaren u. s. w. wird es bei den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Eigenthums-Erwerbung durch

⁶⁾ Sulzbach 1838. S. 2 Bde.

⁷⁾ D. h. zu solchen Sachen, deren Existenz oder doch wesentliche Bedeutung durch einmaligen Gebrauch aufgehoben wird — quae usu consumuntur vel minuantur. Seuffert's pr. PN. §. 60 in fine.

die Vermischung (*commixtio*) zu bewenden haben, und hier gilt bekanntlich der Rechtsatz⁸⁾, daß, wenn die Ausscheidung anders noch möglich, jeder alleiniger Eigenthümer derjenigen von den vermischten Sachen, die ihm früher gehörten, bleibe.

In dem Handbuche des bayerischen Hypotheken- und Prioritäts-Rechtes von Nibler⁹⁾ findet sich auch §. 81, Nr. 1 geradezu, ohne nähere Entwicklung der Motive, die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen, indem daselbst der Reklamation der auf baar Geld beim Eintreffen gesendeten Kaufmannswaaren, auch wenn sie ausgepackt sind, noch immer Statt gegeben wird, — vorausgesetzt, daß solche nur von den übrigen Waaren separirt werden können. —

Bei Anwendung des §. 3, Nr. 3 der Prioritäts-Ordnung wird man also zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen zu unterscheiden haben.

Hinsichtlich verbrauchbarer Waaren, wie z. B. der Spezereivaaren, wird daher der Verkäufer, wenn auch auf baar Geld gehandelt wurde, die Waaren jedoch zur Zeit des Ausbruches der Gant sich ausgepackt, und dadurch mit den Waaren des Kridars vermischt vorfinden, keine Ansprüche auf das Sonderungsrecht haben.

In Ansehung nicht verbrauchbarer Waaren aber wird, falls auf baar Geld gehandelt worden, die Reklamation der Waaren, auch wenn sie aus-

⁸⁾ Geuffert a. a. D. §. 146.

⁹⁾ München 1829. 8.

gepackt sind, noch Platz greifen, wenn solche anders nur von den übrigen Waaren ausgeschieden zu werden vermögen.

Allerdings wird die Führung des Identitätsbeweises für den Verkäufer manchmal Schwierigkeiten darbieten, es wird z. B. ein Großhändler, welcher eine gewisse Gattung von Waaren dem Gemeinschuldner zugesendet hat, die Identität nicht herzustellen im Stande seyn, wenn der Kridar von einem seiner Konkurrenten die nämliche Gattung von Waaren erkaufte, und beide Großisten aus Einer Fabrik jenen Handels-Artikel beziehen.

Allein in Fällen der Art würde sich eben nur, wie so oft in der Gerichts-Praxis, das *brocardicum* geltend machen

„*non deficit jus, sed probatio.*“

Tagebuch der Praxis.

In einem Erkenntniß des k. Oberappellationsgerichts vom 6. Mai 1839 (K. 718. 18^{38/39})¹⁾ ist der Grundsatz ausgesprochen, daß die Beschwerde, welche gegen ein appellationsgerichtliches Erkenntniß, wodurch die Berufung wegen Mangels der Berufungssumme abgewiesen wurde, gerichtet ist, an den obersten Gerichtshof, nach dem oberstrichterlichen Plenarbeschuß vom 13. Dezember 1838, (Reg. Bl. 1839, S. 7) nur dann zulässig sey, wenn die zur Berufung dahin erforderliche Summe von 100 Gulden vorhanden ist.

(Vgl. Nr. 3, S. 44 ff. u. Nr. 9, S. 136 ff. dieser Blätter.)

¹⁾ AGkt. v. Ob. Franken. K. 41/1836.

Literarische Anzeige.

Die Vorschriften des Art. III des Gesetzes über das Staatsschuldenwesen v. 1. Juni 1822, des §. 13 des Staatsschuldgesetzes vom 11. Sept. 1825 und der §§. 30 und 31 des Finanzgesetzes vom 28. Dez. 1831 haben in der Praxis, wie bekannt, zu zahlreichen Kontroversen Anlaß gegeben; sie waren die Quelle vieler Hunderte von Prozessen, welche zum großen Theile noch in der vollsten Blüthe stehen; die Entscheidungen der Gerichtshöfe, in welchen sie zur Anwendung gebracht wurden, stellen sich als Produkte der verschiedenartigsten Ansichten dar. — Eine befriedigende Lösung der vielen Zweifelsfragen ist durch gründliche Einsicht in die geschichtlichen und statistischen Verhältnisse unseres Staatsschuldenwesens und der vaterländischen Finanzverwaltung überhaupt bedingt. Von diesem Standpunkte aus bearbeitet, ist über den bezeichneten Gegenstand eine sehr interessante Monographie erschienen:

„Geschichtliche Darstellung des Staatsschuldenwesens des Königreichs Bayern mit Rücksicht auf dessen Kurrent-Finanz-Verwaltung. Nebst einer rechtlichen Erörterung der neueren Gesetze über die Erlöschung von Forderungen an das bayerische Aerar — von Dr. Franz Maier, Rath am königl. Appellationsgericht von Oberbayern. — Erlangen 1839, XII und 364 S. (bei Palm und Enke.)

Der Verfasser, durch seine amtliche Stellung in der Lage, alle die Beziehungen kennen zu lernen, in welchen für die Anwendung der fraglichen Gesetze das Bedürfniß einer wissenschaftlichen Nachhülfe obwaltet, hat seine Aufgabe sachgemäß und umfassend gestellt, mit großem Fleiße die in so vielen Bänden von Regierungsblättern, Verordnungsammlungen, Ständeverhandlungen u. zerstreuten Materialien gesammelt, und sich in der Bearbeitung als

einen scharfen und folgerichtigen Denker, lichtvollen Darsteller und als einen gründlichen und gewandten Rechtsgelehrten bewährt. Abgesehen von dem praktischen Interesse, gewährt dieses Buch auch aus dem wissenschaftlichen Gesichtspunkte durch gediegene Proben juristischer Auslegungskunst eine anziehende Lektüre. Unverkennbar hat sich der Verfasser in sehr guter Schule gebildet; es ist die vertraute Bekanntschaft mit den Klassikern der Pandekten, durch welche er sich zu solchen Leistungen befähigt hat. — Bei den meisten einzelnen Erörterungen war volle Ueberzeugung von der Wichtigkeit der ausgeführten Ansicht das Ergebniß unserer Prüfung; nur in Ansehung einiger weniger Punkte würden wir Bedenken tragen, der Meinung des Verfassers unbedingt beizupflichten — z. B. in Betreff der in §. 55, Th. II enthaltenen Erörterung über die Frage: Ist Restitution gegen die nach Art. III (des Ges. vom 1. Juni 1822) verwirkte Erlöschung der Forderung zulässig? —

Bei solchen Vorzügen wird das vorliegende Werk von Finanzmännern, Statistikern, Mitgliedern der Ständerversammlung, vor Allem aber von den praktischen Juristen Bayerns als eine sehr willkommene Erscheinung begrüßt werden, und gute Früchte in reichem Maße tragen; und dieß zwar nicht bloß in Bezug auf die Rechtsfachen, bei welchen die Forderung gegen die Staatsschuldentilgungsanstalt gerichtet ist, eben so wenig beschränkt auf Gegenwart und nächste Zukunft; indem die oben angeführten von dem Verf. ausführlich erörterten Vorschriften des Finanzgesetzes von 1831 gerade die aus der Sphäre des laufenden Dienstes gegen die Finanzklassen gerichteten Forderungen betreffen, und zum Theil nicht bloß transitorisch, sondern für alle Zukunft zu wirken bestimmt sind.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 16. Samstag, den 3. August 1839.

Zur Lehre vom richterlichen Fragerechte und der Anordnung nachträglicher Verhandlungen.

Gesetz und Lehre streu'n auf Feld die guten Saaten;
Die Worte hör' ich wohl, doch seh' ich keine Thaten.

GD. X, §. 15, Nr. 7, XIV, §. 2, Nr. 3. So wie im Leben gar Vieles vor-
kommt, wovon nichts in den Büchern
steht, so steht auch Manches in den Bü-
chern, wonach man sich im Leben vergebens umsieht.
Zu den Dingen, welche der Theorie wohlbekannt, der
Praxis aber fremd sind, gehört insbesondere die
Befugniß des Richters, an die Partheien in
jeder Lage des Prozesses zum Zwecke der
besseren Aufhellung des Faktums und gründlicheren
Erforschung der Wahrheit spezielle Fragen zu
stellen. Dieses Recht der Fragstellung an die Par-
theien ist durch bestimmte Vorschriften des römi-
schen ¹⁾ und kanonischen ²⁾ Rechts, der Reichsge-
setze ³⁾ und der partikulären Gerichtsordnun-

¹⁾ Const. 9 de judiciis (3, 1).

²⁾ Cap. 10, X, de fide instrum. (2, 22): „Cum ju-
dex, qui usque ad prolationem sententiae debet
universa rimari, possit interrogare de facto,
quoties dubitationis occurrit.“

³⁾ J. R. A. §. 41. „wie dann auch dem Richter das ar-

gen⁴⁾ authorisirt, in jedem Lehr- und Handbuche hat es seinen gebührenden Platz, es wird von den Schriftstellern als ein vortreffliches Mittel, die Prozesse abzukürzen, der Chifane das Spiel zu verderben und den Sieg des materiellen Rechts zu gewährleisten, — dringend empfohlen⁵⁾, gleichwohl kann man ganze Decennien hindurch einem vielbeschäftigten Gerichtshof angehören, man kann die Registratur ganzer Generationen durchgehen, ohne auch nur einem Falle seiner Ausübung zu begegnen. — Wie erklärt sich diese auffallende Vernachlässigung gesetzlicher Vorschriften? — Die Schuld liegt zunächst am Gesetze selbst, an der Unbestimmtheit der Vorschrift, welches ein um so größerer Mangel ist, als dieselbe von der Regel des Verfahrens, der Verhandlungsmaxime einigermaßen abweicht. Es ist weder genauer verordnet, unter welchen Umständen, in welcher Lage des Processes die gedachte Fragestellung Platz greife, noch ist das dabei zu beobachtende Verfahren, insbesondere die Stellung des Präjudizes geregelt, welches für den Fall der Antwortswigerung eintreten soll. — Die Lücken des Gesetzes sind auch von der Doktrin nicht ausgefüllt; aus den einsylbigen Lehrsätzen unserer Prozeßlehrer ist zu entnehmen, daß sie keine deut-

bitrium uff ein oder den andern, oder auff alle Punkten die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern, frey und unbenommen bleibt.“

4) Cod. jud. bav. X, §. 15, nr. 7. — Von dem während der protokollarischen Verhandlung nach dem Gesetze v. 22. Juli 1819, §. 3 bei rechtsunkundigen Personen zustehenden, und dem der Verhandlung im mündlichen Verhöre eignen Fragerechte ist hier nicht die Rede.

5) Vgl. insbesondre W. H. Puchta das Prozeßleitungsamt. Gießen 1836, §. 15 f., S. 55 f.

liche lebendige Vorstellung davon haben, wie sich die Ausübung des gepriesenen Fragerechts in vor kommenden Fällen gestalten möge. — Hierzu kommt nun die in der Praxis vielvermögende Autorität

„deß ewig Gestrigen,
was morgen gilt, weiß heute hat gegolten.“

Selbst einsichtsvollen Praktikern erscheint es oft als zu großes Wagniß, die alte breitgetretne Fahrstraße gemeiner Uebung zu verlassen, und leidet der Stab der Wissenschaft, mit welchem man auch auf ungebahnten Wegen fest und sicher geht, nicht jeden Augenblick bei der Hand.

Aber es soll hier über das Mißverhältniß zwischen Lehre und Leben nicht bloß geklagt werden, sondern auch

quae sit dubia sententia menti

*Expediam, et paucis — animos adhibe-
te, — docebo.*

I.

Die den Partheien vorzulegenden Fragen dürfen immer nur auf Hebung von Mißverständnissen, Aufhellung eines verworrenen Faktums, auf Ausmittlung der richtigen Auslegung zweifelhafter Stellen der Partheivorträge, oder Feststellung des *status causae et controversiae*, keineswegs aber nach Art des Untersuchungsprozesses darauf gerichtet seyn, Thatfachen aktenmäßig zu machen, welche in den bisherigen Verhandlungen noch nicht vorkamen, oder ein Geständniß über Thatumstände zu erzwingen, welche in den Verhandlungen abgeleugnet worden sind.

Verwirrung entsteht

a) nicht selten dadurch, daß der eine Theil die Behauptungen und Erklärungen des andern unrichtig auffaßt, und in Folge dessen eine unpassende Antwort giebt. Es wäre verkehrt, gegen Mißverständnisse mit Fiktionen von Zugeständnissen oder andern Rechtsnachteilen vorzufahren, es wäre ein grober Mißgriff, auf dem Grunde der in solcher Art getriebenen Verhandlungen ein Beweisinterlokt oder gar ein Definitivurtheil zu erlassen. — Durch Ausübung des Fragerechtes, welche hier das einzige Mittel ist, kann das Mißverständniß gehoben, so der Fehler geheilt, und eine gehörige Grundlage des Urtheils gewonnen werden.

b) Es ist nicht Jedermanns Sache, mit erforderlicher Schärfe zu beobachten, aufzufassen und zu denken, noch, für Darstellung des Aufgefaßten und Gedachten immer den richtigen, unzweideutigen Ausdruck, die zutreffende Wortfügung zu finden. Insbesondere werden auch die Rechtsanwälte, aus welchen die Partheien ihren Vertreter wählen müssen, bei ihrer Anstellung nicht mit dem Privilegium der Klarheit und Bestimmtheit ausgestattet. So kommt es häufig vor, daß Behauptungen und Erklärungen der Partheivorträge eine mehrfache Deutung zulassen, und, jenachdem sich der Richter für die eine oder andre entscheidet, verschiedene Resultate herbeiführen würden. — „In judiciis“ lehrt Averanius ⁶⁾, *nō obtinet regula, quae passim in jure nostro traditur: verba interpretanda contra eum, qui ambigue et obscure dixit, cum possit apertius dicere*“ —

⁶⁾ Interpret. jur. lib. V, cap. XI, nr. 1.

Vielmehr gilt für die Auslegung der Partheivorträge die entgegengesetzte Regel, welche Ulpian in fr. 66 de judiciis aufstellt:

„Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilis ei, accipiendum est.“

Da es indessen mitunter als zweifelhaft erscheinen mag, ob auch der Parthei diejenige Deutung, welche der Richter für die ihr nützlich hält, als solche erscheinen werde, da jedenfalls, wo Gewißheit über den Sinn einer Aeußerung erlangt werden kann, nicht räthlich ist, sich auf die Gefahr hin, das Urtheil auf falsche Voraussetzungen zu bauen, mit bloßer Wahrscheinlichkeit zu behelfen, so erscheint die Ausübung des richterlichen Fragerechtes als ein sachgemäßes Mittel, Zweifel der fraglichen Art sicher zu lösen.

c) Eine tägliche Erscheinung ist es, daß die verschiedenen Aeußerungen derselben Parthei nicht recht zusammenpassen; dem Zugeständnisse, welches man in der einen finden möchte, steht der in einer andern Stelle vorkommende Widerspruch entgegen; in der Geschichtserzählung, welche der Beklagte dem Factum der Klagschrift gegenüberstellt, scheint er manche Umstände nicht bestreiten zu wollen, aber durch den am Schlusse beigefügten (bis zum 1. Juni v. J. in Bayern zulässig gewesenen) allgemeinen Widerspruch wird es wieder zweifelhaft, was zugestanden, was abgeleugnet werden wollte; oder der Beklagte hat in der speziellen Einlassung manche Umstände widersprochen, welche in der beigefügten Ausführung der sog. exceptio rei non sic sed aliter gestae als zugestanden erscheinen. — Welcher

Nichter hat nicht schon die Schwierigkeiten beklagt, mit welchen bei dem Daseyn solcher Widersprüche die Feststellung des *status causae et controversiae* verbunden ist? Wie hart geht man daran, Beweisführungen über Thatsachen zu veranlassen, deren Ableugnung offenbar nicht in der Absicht der betreffenden Parthei lag, welche aber doch bei den sich durchkreuzenden Erklärungen nicht als zugestanden angenommen werden können? — Das Mittel, solchem Mißstande zu begegnen und die unnöthigen Beweisführungen abzuschneiden, ist vom Gesetze nicht versagt, der Richter bediene sich des ihm zustehenden Fragerrechtes; Abkürzung der Prozesse, Vereinfachung der Geschäfte, Förderung der Wahrheit und des guten Rechts werden die segensreichen Folgen dieser richterlichen Thätigkeit seyn.

d) Nicht selten gelangt der erkennende Richter, nachdem Aktenbände vollgeschrieben und große Kosten erwachsen sind, mit der Weisheit des Epimetheus⁷⁾ zur Einsicht, daß die Klagschrift, weil sie in einzelnen Punkten undeutlich oder in Erzählung des Faktums verworren ist, schon von der Gerichtschwelle hätte zurückgewiesen werden sollen; oder die Begründung einer Einrede erscheint in ähnlicher Weise als mangelhaft, und zwar mangelhaft in Folge einer dem Instruenten zur Last fallenden Vernachlässigung des Prozeßleitungsamtes. — In solcher Lage der Sache wird nun gemeinhin, wiewohl unter wohlgemeinten Seufzern über die Nachlässigkeit der Instruenten und die

⁷⁾ Epimetheus, der hintennach überlegende, im Gegensatze des Prometheus, des voraus bedächtigten.

unnöthigen den Partheien verursachten Kosten, der Beschluß gefaßt, die Klage auch jetzt noch angebrachtermaßen abzuweisen, oder die mangelhaft begründete Einrede zu verwerfen. — Aber statt zu seufzen, sollten die erkennenden Richter berathen, ob nicht das zum Schlusse gepflogene Verfahren durch Ausübung des Frageredits aufrecht erhalten werden könne. — Von nachträglicher Ergänzung oder Veränderung des faktischen Vorbringens durch Beantwortung der zu stellenden Fragen kann natürlich nicht die Rede seyn; an der Grundlage der bisherigen Verhandlungen darf nichts verrückt werden; aber wenn es sich nicht von Erneuerung des ganzen Verfahrens, sondern bloß davon handelt, den in einzelnen Punkten minder deutlichen Vortrag aufzuhellen, den Schleier zu heben, in welchen Unbeholfenheit im Ausdruck und in der Darstellung das wirklich Vorgebrachte gehüllt hat, so ist es unbedenklich, die Heilung des Uebels durch Befragung der Partheien zu versuchen, und dem Richter wird durch den Erfolg dieses Versuchs häufig die Freude zu Theile werden, die Nothwendigkeit, der Form ein Opfer abzuschlachten, durch ein ganz natürliches Mittel vermieden zu haben.

e) Dunkelheit und Zweideutigkeit sind nicht allein häufige Eigenschaften der Partheivorträge, auch die richterlichen Aussprüche, insbesondere die Beweiskenntnisse sind Menschenwerke, und leider nicht gar selten mit Fehlern der gedachten Art behaftet. Für solche Fälle stellt man den Grundsatz auf, es sey das Beweisinterlokut aus dem Inhalte der Vorverhandlungen auszulegen. Wie aber, wenn der Rückblick auf die Vorverhandlungen die Mate-

rialien eines bestimmten klaren *status causae et controversiae* nicht vorfindet, wenn es sich ergibt, daß der dunkle Zwischenbescheid ein natürliches Ergebniß verworrener Thatgeschichten, zweideutiger Erklärungen u. dgl. sey? — Aus solcher Verwicklung wird sich der Richter, wenn er den Knoten nicht zerhauen will, nur durch Ausübung des Fragerechtes lösen können. — Ueberhaupt wird der Gebrauch dieses Mittels so oft erspriesslich seyn, als im Beweisverfahren oder bei Würdigung seiner Resultate ein Rückblick auf die Vorverhandlung nothwendig war, durch denselben aber eine befriedigende Feststellung der Streitpunkte nicht erreicht ist.

(Schluß folgt.)

Beiträge zur Lehre von der Einkindschaft in Bayern.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.)

III.

Durch die bisher dargestellte Voraussetzung der Einkindschaft wird die Frage hervorgerufen, ob es möglich und zulässig sey, außereheliche Kinder einzukindschaften, zwar nicht für den Fall, wenn sich die beiden außerehelichen Aeltern selbst nachher heirathen, indem hier die *legitimatio per subsequens matrimonium* Platz greift, wohl aber für den Fall, wenn die außereheliche Mutter einen andern Mann, als den außerehelichen Vater, oder dieser eine andere Frau, als die außereheliche Mutter heirathet. Diese praktisch sehr

wichtige Frage ist in den meisten Partikularrechten nicht besonders entschieden. Nur das Würzburger Recht enthält eine Verordnung vom 9. April 1791, deren Inhalt weiter unten dargestellt werden soll, und das preuß. R. verneint unsere Frage geradezu, indem es Th. II, Tit. 2, §. 719 bestimmt: „Einkindschaft findet statt, wenn von Personen, die einander zur rechten Hand heirathen, entweder einer oder beide aus einer solchen vorhergehenden Ehe Kinder am Leben haben.“ Daß hiedurch nicht bloß die Einkindschaft außer ehelicher Kinder, sondern auch der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand ausgeschlossen sey, ist noch besonders ausgesprochen in einer Verord. v. 30. Juni 1823, Wielig, Kommentar, Bd. V, S. 616; diese authentische Interpretation gilt nun zwar in Bayern nicht als solche, aber es führt auch die doktrinaire Auslegung des §. 719 zu demselben Resultate. Für die übrigen Landestheile sind wir demnach zur Entscheidung unserer Frage an die wissenschaftliche Auffassung und das gemeine Recht verwiesen. Merkwürdigerweise ist dieser Punkt aber auch fast von allen Schriftstellern unbeachtet geblieben. Nur Folgendes habe ich hierüber finden können. **J. Tervooort** (praes. Ickstadt) de *unione prolium Franconiae statutaria*. Wirceb. 1734, 4., auch in **Schneidt thesaurus jur. franc. Sect. I, p. 1753 sq.** sagt in §. 47, außereheliche Kinder könnten von ihrer Mutter eingekindschaftet werden, weil sie dieselbe, wie eheliche Kinder vererben, von dem Vater dagegen nicht, wenn sie nicht vorher legitimirt sind. In einer Note bemerkt hiezu **Schneidt p. 1779**, er gebe zu,

daß die außereheliche Mutter ihre Kinder einkindschaften dürfe; der Grund davon liege aber für das Würzburger Recht nicht in ihrem Erbrechte, da sie, wenn eheliche Kinder da sind, nach der **ESD. P. III, tit. 82** ihre Mutter nicht beerben, sondern vielmehr darin, daß die Mutter nach deutschem und fränkischem Rechte die väterliche Gewalt habe; der Vater aber müsse sein von ihm anerkanntes außereheliches Kind jedenfalls uniren können, weil hier die Einkindschaft zugleich eine Adoption enthalte, und, da sie unter richterlicher Autorität erfolge, die Wirkung der Legitimation durch Rescript habe. — Mit **Tervooort** stimmen überein **J. W. Hast**, de *unione prolium*. **Gissae 1753. 4. cap. III, thes. VII,** und **Lutz** (*praes. Bardili*) de *unione prol.* **Tubing. 1774. 4. §. 22;** ohne jedoch den Fall zu erwähnen, da der außereheliche Vater seine Kinder hat legitimiren lassen. Hast beruft sich für das Recht der Mutter auf das Sprichwort: „Es trägt kein Weib kein Bastard,“ und auf **Besold**, *delib. qu. 34*, will jedoch die Kinder *ex damnato et nefario coitu* mit **Rickius**, de *un. prol. cap. 4, n. 19* ausnehmen. Zuletzt hat unsere Frage ausführlich untersucht **Geigel** in v. **Zu Rhein's** Beiträgen zur Gesetzgebung **Bd. 3, H. 2, Nr. 22;** er giebt der außerehelichen Mutter ohne Ausnahme das Recht der Einkindschaft, weil sie alle Rechte der ehelichen Mutter genieße, hinsichtlich des wechselseitigen Erbrechtes derselben gleich stehe, und bei ihr auch gleicher Zweck, nämlich Vermeidung der Vermögensauflösung und Erhaltung der Familieneinheit ein-

trete; dagegen spricht er dem außerehelichen Vater dieses Recht schlechthin ab, weil die Gesetze, wo sie einer Einkindschaft Platz geben, immer voraussetzen, daß sich das Kind unter der älterlichen Gewalt eines der Kontrahenten befinde, welche doch dem außerehelichen Vater fehle, und daß nach dem Tode eines Ehegatten der überlebende einkindschaften wolle, weil endlich der Zweck der Einkindschaft hier nicht eingreife, indem der außereheliche Vater zu seinem Kinde weder in einem Vermögens- noch in einem Familienverbande stehe.

Dieser im Wesentlichen übereinstimmenden Ansicht der angeführten Schriftsteller gegenüber glaube ich behaupten zu müssen, daß die Einkindschaftung außerehelicher Kinder durchaus, nicht bloß für den Vater, sondern auch für die Mutter unmöglich sey, wenn sie nicht ein Gesetz ausdrücklich gestattet. Meine Gründe liegen in folgenden Erwägungen. Als die Einkindschaft zuerst entstand, wurde sie entschieden nur auf eheliche Kinder bezogen; dafür ist theils der Umstand, daß nach der strengen Sitte jener Zeit gewiß äußerst selten der Fall vorkam, daß Jemand ein von einem andern Manne geschwächtes Mädchen heirathete, theils die Richtung des damaligen Rechtes gegen die außereheliche Bewohnung. Die unehelichen Kinder wurden als unehrlich betrachtet, vielfach zurückgesetzt, und ihre Aeltern kirchlich und weltlich bestraft, worüber fast alle Partikularrechte Bestimmungen enthalten, deren Zweck offenbar ist, die außereheliche Kinderzeugung möglichst zu verhüten. Wie sollte man nun daneben den als so strafbar betrachteten Aeltern ein Recht eingeräumt haben, das

so sehr auf ihren Vortheil berechnet ist, wie die Einkindschaft? Es ist ferner bekannt, daß das damalige Recht vorzüglich bestrebt war, Personen, welche ein außereheliches Kind mit einander erzeugt hatten, zur nachfolgenden Ehe zu bewegen, und daß zu diesem Zwecke, abgesehen von der ganz unpassenden, obgleich nicht selten angewandten, Zwangskopulation, vorzüglich nach dem Vorgange des kanonischen Rechtes die *legitimatio per subsequens matrimonium* benützt und verbreitet wurde. Diesem Streben würde die Einkindschaftung außerehelicher Kinder geradezu entgegen gewesen seyn, und sie mußte daher in ähnlicher Weise ausgeschlossen seyn, wie schon das römische Recht zur Begünstigung der nachfolgenden Ehe die Arrrogation der eignen Konfubinenkinder verboten hat. Hiemit stimmt es denn vollkommen überein, daß bei allen die Praxis bezeugenden Schriftstellern, auch noch des 17. Jahrhunderts, die Einkindschaft durchaus nur auf eheliche Kinder bezogen wird³⁾.

In diesem Sinne sind denn auch alle Partikularrechte abgefaßt, und setzen entschieden eheliche Kinder für die Einkindschaft voraus; dies ist auch namentlich von Geigel anerkannt, und es ist nicht abzusehen, warum er diesen Umstand, den er als entscheidend gegen das Einkindschaftungsrecht des außerehelichen Vaters betrachtet, nicht wenigstens als Zweifelsgrund gegen dieses Recht der Mutter in Erwägung zieht.

³⁾ Gail, obs. pract. II, 125. Wehner sub. voco Einkindschaft. Lauterbach, de adopt. §. 12. Struv, syntagma jur. civ. cod. tit. §. 66. Schilter, exerc. ad Pand. III, §. 17.

Aus dem Bisherigen ist soviel klar, daß eine Einkindschaftung außerehelicher Kinder lediglich durch eine analoge Anwendung und Ausdehnung der Gesetze begründet werden könnte. Für eine solche fehlen aber die gesetzlichen Vorbedingungen. Was nämlich zunächst die Gleichheit des Grundes (*paritas rationis*) anlangt, so fehlt sie, wie Weizgel sehr richtig ausgeführt hat, rücksichtlich des außerehelichen Vaters gänzlich, und die Gründe, aus welchen Schneidt demselben das fragliche Recht zugestehen will, widerlegen sich dadurch, daß die Adoption sowohl als die Legitimation von der Einkindschaft in Voraussetzungen und Wirkungen gänzlich verschieden sind, mithin keines dieser Institute das andere in sich enthalten kann, und daß insbesondere die Legitimation nur durch Rescript des Regenten, nicht aber durch die Obrigkeit ertheilt werden kann. Aber auch bei der außerehelichen Mutter tritt eine völlige Gleichheit des Grundes nicht ein; die Einkindschaft erscheint nämlich vorzugsweise als ein Mittel, die durch die erste Ehe begründeten Vermögensverhältnisse zu erhalten, weil durch sie die Subsistenz der Familie, der Fortgang des Geschäftes oder Gewerbes bedingt ist, auf welches die erste Ehe gegründet, und wodurch die zweite Ehe gefordert wurde; sie erscheint als Begünstigung der Aeltern, als Mittel zur Aufrechthaltung und Fortführung ihres Hausstandes. Dies Alles tritt bei einer außerehelichen Mutter nicht ein, die noch keine Familie, keinen Hausstand begründet hat, und daher auch, wenn sie gleich nach heutigem Rechte keinen Strafen mehr unterliegt, und im Allgemeinen mit der ehelichen Mutter gleiche Rechte hat, doch jene Begünstigung nicht ansprechen kann. Gesezt aber auch, es wäre völlige Gleichheit des Grundes vorhanden, so ist die Einkindschaft offenbar ein höchst singuläres Rechtsinstitut, und darf mithin nach

bekannten Rechtsfäßen nicht ausgedehnt werden, wie auch schon *Leyser spec. 20, med. 7* bemerkt hat. Als Bestätigung dieser Ansicht kann es gelten, daß auch alle neuern Schriftsteller bei der Begriffsbestimmung der Einkindschaft eheliche Kinder voraussetzen ⁴⁾.

Die aus einer Ehe zur linken Hand erzeugten Kinder glaube ich aus gleichen Gründen von der Einkindschaft ausschließen zu müssen; doch hat diese Frage einen geringen praktischen Werth, da in den Ständen, welchen die Ehe zur linken Hand erlaubt ist, die Einkindschaft wohl nicht vorkommt. Es bleibt demnach nur noch die Frage übrig, ob legitimirte und adoptirte Kinder eingekindschaftet werden können. Für die durch nachfolgende Ehe legitimirten ist dies entschieden zu bejahen, da sie nicht bloß zu ihren Aeltern ganz in die Lage ehelicher Kinder gesetzt, sondern auch als in dieser Ehe geboren betrachtet werden, und daher z. B. auch die Gütergemeinschaft, wenn sie das Gesetz an beerbte Ehe knüpft, durch sie begründet wird ⁵⁾; stirbt demnach der eine Eheheil, und der überlebende heirathet wieder, so sind alle gesetzlichen Voraussetzungen der Einkindschaft strenge erfüllt. Die durch Rescript legitimirten oder plene adoptirten oder arrogirten Kinder dagegen können in die erste Ehe ihres Vaters so wenig eingekindschaftet werden, als die außerehelichen in die ihrer Mutter, und in Folge davon auch nicht in eine zweite Ehe, weil sie nicht als aus der ersten Ehe geboren erscheinen; noch viel weniger kann eine Einkindschaftung von minus plene adoptirten Kindern statt finden.

Uebrigens ist zu bemerken, daß, wenn man

⁴⁾ *Hellfeld §. 1665. Hofacker §. 607. Runde §. 673. Mittermaier §. 321. Hofmann, Ehe recht §. 326. Tasinger, v. d. E. §. 31.*

⁵⁾ *J. B. Cassteler W. D. §. 20.*

die Einkindschaftung außerehelicher Kinder durch die Mutter gestattet, sie auch für die *ex nescario et damnato coitu* erzeugten Kinder nicht ausgeschlossen werden kann. Der Grund, aus welchem Hast das Gegentheil behauptet, liegt darin, daß das römische Recht die im Inzest erzeugten Kinder von der *legitimation per subsequens matrimonium* ausschließt in Nov. 74, cap. 6, Nov. 89, cap. 15 pr.; allein abgesehen davon, daß das kanonische Recht dieß wieder aufgehoben hat⁶⁾, könnte diese Bestimmung jedenfalls nicht auf die von der Legitimation ganz verschiedene Einkindschaft übertragen werden.

(Fortsetzung folgt.)

Tagebuch der Praxis.

(*exc. plurium concumbentium.*)

Für die in diesen Blättern (Bd. II, S. 32) gebilligte Ansicht, daß durch den Beweis der bezeichneten Einrede (nach gemeinem Rechte) auch die Alimenten-Klage entkräftet werde, hat sich neuerdings durch Erkl. vom 1. Febr. 1839¹⁾ der oberste Gerichtshof ausgesprochen, und diese Entscheidung wie folgt motivirt:

1) Es sprechen klare und deutliche Gesetze, nemlich

l. 5. §. 8. D. de agnosc. et alendis lib.

l. 8. §. 5. C. de bonis, quae lib.

l. 3. C. de alendis lib.

dafür, daß die Verbindlichkeit eines Mannes zur Ernährung eines Kindes — (abgesehen von dem Falle eines Vertrags oder letzten Willens) — nicht in dem Akte des Beischlafs, sondern zunächst und allein nur in der wirklichen Erzeugung des Kindes, in der wirklich hergestellten Paternität liege.

Diese Gewißheit kann nur durch Geständniß

⁶⁾ Gluck Bd. 2, S. 290 ff.

¹⁾ DABAU. R. Nr. 1276³⁵/36.

oder gesetzliche Vermuthung hergestellt werden. Von dem Beweise durch das erstere Mittel ist in concreto keine Rede; hier soll nur aus dem gegen den Beklagten zu erweisenden in der gesetzlichen Zeitperiode vollzogenen Weischlase gesetzlich vermuthet werden, daß er der Erzeuger des innerhalb jener gesetzlichen Zeit gebornen Kindes sey.

2) Kann nun aber der Beklagte entgegen darthun, daß die Klägerin in der nemlichen Zeit, aus welcher seine Vaterschaft herrühren soll, auch andern Mannspersonen den Weischlaf gestattet habe, so fällt offenbar die aus dem gegen den Beklagten erwiesenen Weischlase hervorgegangene Vermuthung seiner Vaterschaft hinweg; denn da schon nach physischen Gesetzen unmöglich das nemliche Kind von mehreren Vätern erzeugt werden kann, so trifft die obige gesetzliche Vermuthung nicht bloß den einzelnen Beklagten, sondern auch alle übrigen Concumbenten in gleichem Maße, und läßt daher schlechterdings ungewiß, ob gerade der Beklagte der Erzeuger des Kindes sey.

3) Für diese Ungewißheit der Paternität im fraglichen Falle spricht auch das Gesetz selbst; denn nach dem römischen Rechte insbesondere nach l. 43. D. de statu hominum, sind Kinder einer Weibsperson, welche sich mehreren Männern preisgegeben hat, vulgo quaesiti, qui patrem demonstrare non possunt.

Eben daher, weil bei vulgo quaesitis die Vaterschaft ungewiß ist, und bleibt, spricht ein ausdrückliches Gesetz, nemlich l. 5. §. 4. D. de agnos. et alend. lib., ganz in Consequenz mit dem anderwärts sanctionirten Satze, daß nur h e r g e s t e l l t e P a t e r n i t ä t die Alimentationspflicht zur Folge habe, — die mehrern Concumbenten von dieser Pflicht frei, und legt dieselbe auf die Mutter.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 17. Samstag, den 17. August 1839.

Zur Lehre vom Versuche.

I.

Eine wichtige Lehre! — Hier steht der Richter an den Marken zwischen Moral und Recht, an dem Scheidewege zwischen dem inneren und äußeren Forum. — Möge es ihm gelingen, zur Mittelstraße den schmalen, schwankenden Steg zu finden und ihn mit sicherem Tritte zurückzulegen! Möge er sich hüten, — nicht vor Tendenzprozessen, — denn diese tragen ihr Brandmaal schon selbst an der Stirne, — sondern vor einer zu ausge dehnten Uebertragung dieses Kapitels des allgemeinen Theiles auf Verbrechen, die entweder ihrer Natur nach nur mit der Erreichung des bezielten äußeren Erfolges existiren, und keinen Versuch zulassen, oder wo das Gesetz selbst schon durch Abstufungen Vorsorge für die Bestrafung nicht vollendeter Verbrechen getroffen hat.

Einen schätzbaren Beitrag zu dieser Lehre enthält die Schrift: Der Einfluß des faktischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen v. Dr. Pfotenhauer. Leipz. 1838.

Die dort aufgeworfene Frage ist von praktischer Wichtigkeit. Wir wollen nicht des abgenützten Beispiels uns bedienen, wenn Einer seinem Feinde, um ihm das Leben zu rauben, heimlich eine Haarlocke abschneidet, und diese unter Verschwörungsformeln ins Feuer wirft, oder ein Anderer Gebete anstellt und wallfahrtet, um seinen Nachbarn in Gottes Namen zu tod zu beten; eher auf die Fälle hinweisen: wenn Jemand einem Leichname tödliche Wunden versetzt, in der Meinung und Absicht einen Lebenden zu tödten; wenn die Fruchtabtreibung an einer nicht schwangeren Person versucht wird; wenn Einer seine eigene Sache entwendet; wenn ein Mann in ehebrecherischer Absicht ein Bett besteigt, wo er statt der vermeintlichen Ehebrecherin seinem eigenen Weibe beirohnt; wenn Jemand im Irrthume statt des beabsichtigten Giftes eine wohlthätige, oder, wie die Anmerkungen anführen, durch Neutralisirung der Mischung unschädlich gewordene Substanz in die Speisen mischt; wenn Jemand eine Pistole auf den Anderen losdrückt, die er für geladen hält, die aber nicht geladen ist; und um den Beispielen der Anmerkungen zu folgen, wenn Jemand in mörderischer Absicht einem Menschen auflauerte, dessen Abwesenheit von dem Orte ihm unbekannt war, oder wenn der Dieb zum Einstiegen eine zu kurze Leiter herbeibrachte u. s. w. Kann in diesen Fällen, wo entweder ein Irrthum am Objecte vor sich gegangen, oder ein ganz untaugliches, oder ein an sich zwar taugliches, aber durch Zufall, Irrthum, Unvorsichtigkeit &c. untauglich geworden

Mittel angewendet wird, eine Strafbarkeit des Versuches eintreten?

In dieser schwierigen Materie scheint Feuerbach, nach den älteren Ausgaben seines Lehrbuches zu urtheilen, selbst etwas geschwankt zu haben, denn während er §. 250 das Verbrechen der Vergiftung für perfekt erklärt, wenn der Verbrecher, in der Absicht zu verletzen, ein bloß vermeintliches Gift mitgetheilt hat, und Böhmers entgegen gesetzte Ansicht (in den *Med. ad C. C. C. art. 130*, §. 1) als sonderbar verwirft, weist er in der Revision der Grundsätze *II*, §. 26 — bei der Bedingung der Strafbarkeit des Versuches auf *art. 178, C. C. C.* selbst hin, wo es ausdrücklich heißt:

„etliche scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich seyn mögen.“

Allein in der Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfes sowohl als in den späteren Ausgaben des Lehrbuches bekennt er sich offen zu der Ansicht, daß die bloße rechtswidrige Absicht nie bürgerlich strafbar mache, daß nur durch die objektive Gefährlichkeit der rechtliche Zusammenhang zwischen innerer Schuld und äußerer Strafe hergestellt werde, diese objektive Gefährlichkeit aber voraussetze, entweder das Objekt einer möglichen Rechtsverletzung, oder daß die Möglichkeit der Rechtsverletzung nothwendig bedingende Mittel; eine Ansicht, die mit der (Feuerbach'schen) psychologischen Abschreckungstheorie in voller Harmonie steht, da Handlungen, die ihrer äußeren Beschaffenheit nach für die allgemeine Sicherheit ganz unschädlich sind, keiner Abschreckung durch Strafan-

drohung bedürfen. Es ist daher leicht begreiflich daß derselbe als Redakteur des Entwurfes v. 1810 Art. 60, §. 2 den Satz aufnahm:

„Der Versuch ist jedoch von aller Strafe frei: I. wenn die äußere Handlung mit dem dadurch beabsichtigten Verbrechen in keinem Zusammenhange war, so daß dieses nach dem Laufe der Natur schlechterdings nicht daraus entstehen konnte.“

Aber dieser Satz, unerachtet v. Feuerbach denselben in einem besonderen schriftlichen Vortrage vertheidigt hatte, fand in der Sitzung v. 19. Sept. 1810 die Billigung des geheimen Rathes nicht; er wurde vielmehr einstimmig, als in der praktischen Anwendung zu gefährlich, und zu Mißdeutungen, welche den des Versuches offenbar Schuldigen der Strafe entziehen könnten, Veranlassung gebend, verworfen.

Hieraus wird nun erklärbar, daß die Anmerkungen Bd. I, S. 177 das Prinzip, dem Entwurfe entgegengesetzt, aufstellen:

daß zur Strafbarkeit des Versuches die Absicht des Handelnden in Ergreifung irgend eines Mittels zum verbrecherischen Zwecke allein entscheidend, die Wahl des — rechten oder unrechten — Mittels aber im Begriffe des Versuches gleichgültig ist.

Die späteren Entwürfe haben auf verschiedene Weise die Sache in ein anderes Geleise zu bringen gesucht. Der Entwurf von 1822 setzt eine äußerliche Handlung voraus, welche als ein Anfang des bezielten Verbrechens anzusehen ist.

Jener von 1827 schließt die Strafe des Ver-

suches „durch die Wahl und Anwendung unzuweckmäßiger jedoch für dienlich gehaltener Mittel“ nicht aus.

Der letzte von 1831 scheint dem Satze: „qui bene distinguit etc.“ gefolgt zu seyn; denn wenn der Versuch wegen völliger Untauglichkeit der aus Einfalt für tauglich erachteten angewandten Mittel mißlingen mußte, findet nach Art. 47 — vorbehaltlich der Einschreitungen der Polizei — keine Strafe statt. Dagegen wird dieselbe nach Art. 48 nicht ausgeschlossen, wenn der Versuch darum mißlungen ist, weil aus Irthum und Verwechslung, anstatt des beabsichtigten tauglichen, ein untaugliches Mittel, oder weil das taugliche in unzureichender oder unzuweckmäßiger Art angewendet wurde.

In den Motiven zu diesen Artikeln wird umständlich auseinandergesetzt, daß, wenn einmal die dem rechtswidrigen Entschlusse gemäß vorgenommene äußere Handlung gegeben ist, es nur darauf ankomme,

a) ob ein Objekt vorhanden ist, an welchem die beabsichtigte strafbare That verübt werden kann; und

b) ob der Handelnde zur Erreichung seines Zweckes ein Mittel sich ausersuchen hat, welches an sich, und abgesehen von seiner Beschaffenheit zur Zeit der That, dann abgesehen von dem Maße und der Art des davon gemachten Gebrauches — zur Hervorbringung des beabsichtigten Effectes tauglich ist.

Im ersten Falle, sagen sie, fehlt es im Mangel des Objectes am Thatbestande des strafbaren Versuches; z. B. der Mordversuch an einem tod-

ten Menschenkörper. Im zweiten Falle darf der Doluß keine leere Träumerei, sondern er muß, so ausgeführt, wie ihn der Handelnde ausführen wollte, die beabsichtigte strafbare That in Wirklichkeit zu sehen geeignet seyn. Conf. Das Tödteten, das Darreichen von Zucker statt Giftes, das Schießen mit ungeladener Pistole zc.

Jene Entwürfe haben indessen bekanntlich Gesetzeskraft nicht erlangt; die oben angezogenen Beispiele finden daher ihre Lösung nur allein in dem von den Anmerkungen ausgesprochenen Principe.

Aber wo bleibt die praktische Anwendung bei einem, durch keine Controverse beanstandeten Gesetze? Der Gewinn, mein lieber, aber etwas eigennütziges Leser, liegt in der Sache selbst. Die Beleuchtung eines Gesetzes, wenn es auch an und für sich nicht dunkel zu seyn scheint¹⁾, von allen Seiten, namentlich von der seiner historisch-genetischen Entwicklung, ist allein im Stande, die Nebelwolken des Zweifels in jedem möglichen Falle der Anwendung zu zerstreuen, und das ist praktischer Vortheil genug. Sie ist, wie Feuerbach²⁾ sagt, das geborgte Licht, das in das Kämmerlein des Praktikers fällt, wo er, wie ein Gefangener, hinter den hohen Mauern der positiven Gesetze seine Wohnung aufgeschlagen hat.

Es ist überhaupt ein arges Vorurtheil, wenn man die wahre Theorie und die richtige Praxis als zwei sich entgegengesetzte Seiten der Rechtsbehand-

¹⁾ Daß jene Stelle der Anmerk. doch mißverstanden werden könne, wird sich aus dem Aufsatze Nr. II ergeben.

²⁾ Ueber Philosophie und Empirie. S. 4.

lung ansieht. Beide betreffen menschliche Verhältnisse; paßt die Theorie nicht auf dieselben, so ist sie keine richtige; blind ist aber auch die Praxis, und kann nur blind das Rechte treffen, wenn die Ausbeute der Erfahrung nicht dazu dient, dem Wesen der erschienenen Verhältnisse nachzuforschen, sich nach den dafür bestehenden Gesetzen zu richten, oder doch jene Verhältnisse auf allgemeine Gesetze zurückzuführen.³⁾

Würde man, wie Dersted⁴⁾ fordert, bei der Behandlung einer merkwürdigen Kriminalsache immer die theoretische Rücksicht so vor Augen haben, als hinwieder die ganze praktische Erfahrung gegenwärtig seyn soll, wenn man sich mit der Theorie beschäftigt; so würden Wissenschaft und Leben im engeren Bunde noch schönere und reichere Früchte erzeugen, als bereits in diesem Fache aufzuweisen sind.

II.

Der Gegenstand, wobei der Eingang erwähnte Mißbrauch am häufigsten vorkommt, ist weniger der nächste, als der entfernte Versuch.

Nicht allein, weil das Gesetz selbst bei manchen Verbrechen die Gränzen des nächsten Versuches schon bezeichnet hat, sondern weil überhaupt der Begriff desselben der richterlichen Willkühr weit engere Schranken setzt, als wo es sich um den Mord handelt, wann die Strafbarkeit des Verbrechens beginne, und um den an sich höchst

³⁾ Dersted in der Vorrede zu den Grundregeln S. XI.

⁴⁾ Dasselbst S. V.

schwankenden und einer vieldeutigen Auslegung fähigen Begriff von Vorbereitungshandlungen⁶⁾.

Ist nämlich der Thäter — durch eine längere oder kürzere Reihe einzelner fortschreitender Akte — vom ersten Anfange der Haupthandlung bis zu demjenigen Punkt bereits gekommen, wo die Uebertretung vollständig vorhanden ist, so wird wohl wenig Schwierigkeit in der Beurtheilung seiner Absicht liegen, da ja schon eine, wiewohl nur theilweise Gesetzesübertretung vorliegt, die nur insofern unvollständig ist, als das Gesetz in dem vollkommenen Begriffe der That noch mehr begreift, was von dem Verbrecher erst durch fortgesetztes Handeln dargestellt werden muß, wenn seine Uebertretung die ganze Sphäre des Gesetzes ausfüllen soll.

Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn ein Akt zum ersten Schritte des Verbrechen gestempelt werden soll⁶⁾.

Hier stößt man in der Regel — den qualifizirten Versuch ausgenommen, — auf an und für sich unschuldige, unter dem Strafgesetze selbst noch nicht begriffene, sohin rechtlich gleichgültige Handlungen.

Wir verweisen auf die in diesen Blättern Bd. 1, S. 213 angeführten Beispiele — das Versetzen mit Geld, Spitzen der Feder, Engagement zum Tanze u. s. w. können aber dem Verfasser

⁵⁾ S. Pfotenbauer S. 52.

⁶⁾ Vgl. Mittermaier im neuen Archiv des Krim. Rechtes II, S. 602, nach dessen Ansicht Das, was nach dem bayer. StGB. entfernter Versuch ist, gar nicht kriminell strafbar wäre.

nicht beistimmen, wenn er die Richtung auf Begehung des Verbrechens, sich auf den Text Art. 57 berufend, aus dem Gesichtspunkte der objektiven Gefährlichkeit, als Grund der Strafbarkeit des Versuches, allein ableitet. Abgesehen davon, daß selbst der Text von einer Richtung auf Vorbereitung, also von einer Richtung des Willens, von einer subjektiven Gefährlichkeit spricht, so stände jene Ansicht in offenbarem Widerspruche mit dem im vorhergehenden Aufsatze kommentirten Prinzipie der Anmerkungen Bd. 1, S. 177, gemäß welchem sogar die Tauglichkeit oder Untauglichkeit der Mittel nichts relevirt, und unter Richtung bloß das Verhältniß und die Ausübung der That, als Mittel zum Zweck, zu verstehen ist.

Klar ist vielmehr darin ausgesprochen, daß nur die Absicht des Handelnden entscheidend ist; ob mit Recht oder Unrecht? gehört nicht hieher, da es sich nicht *de lege ferenda*, sondern *de lege lata* handelt.

Ist jene Absicht auf Hervorbringung eines Verbrechens erwiesen: so wird Niemand in Abrede stellen wollen, daß nicht auch obige Beispielsweise angeführte an sich unschuldige Handlungen, wie Verschaffung des Geldes als Mittel zu Erlangung des Giftes, der Gebrauch der Feder zu Fälschung der Urkunde, die Bekanntschaft beim Tanze zu Vollbringung des auf Nothzucht gerichteten Planes u. s. w. als (freilich sehr!) entfernte Versuche strafbar seyen, und gewiß würde auch nicht bloß die Absicht (*cogitatio in mente*) sondern der in ei-

ner äußeren Handlung bereits manifestirte böse Wille bestraft werden.

Fehlt es aber am Beweise jener Absicht, so bleiben die Handlungen, was sie an sich waren, rechtlich gleichgültige Akte, die nur in Verbindung mit anderen Verdachtsgründen die Kraft eines Indiziums erlangen können. Hier sind wir nun an der Quelle des besprochenen Mißbrauches angekommen; — beim Beweise der Absicht, welche eine an sich gleichgültige Handlung zum verbrecherischen Versuch steigern soll.

Es lehrt nämlich leider! die Erfahrung, daß man, um diese Absicht herauszubringen, hie und da zur gesetzlichen Präsumtion des Dolus die Zuflucht genommen hat. Aber gewiß mit Unrecht!

Die bayer. Strafgesetzgebung kennt keine andere Präsumtion des Dolus als jene *ex re*.

Der Art. 41 setzt „ein entstandenes Verbrechen“ der Art. 43 „eine wider eine Person erwiesene gesetzwidrige That“ der Art. 44 eine Handlung voraus, „welche mit einem bestimmten, gesetzwidrigen Erfolg in einem nothwendigen, unmittelbaren und gewöhnlichen Causal-Zusammenhange steht.“

Ueberall blickt die Festhaltung an dem Grundsatz durch: **Facta Laesione praesumitur Dolus** ⁷⁾! Diesem steht zur Seite: **In dubio dolus non praesumitur**!

Nur die wirkliche Existenz einer Rechtsverletzung, Läsion, im Sinne des Strafrechts, be-

⁷⁾ Vgl. meinen (leider! durch Druckfehler ganz entstellten) Aufsatz in v. Zuchew's Zeitschrift für Theorie und Praxis Bd. 1, St. 3, Nr. 16, dann diese Blätter Bd. 3, Nr. 18, S. 273 ff.

dingt, und rechtfertigt also die Anwendung der gesetzlichen Präsumtion des Dolus.

Dieselbe auf Handlungen anwenden zu wollen, deren Beweggrund verschiedener Deutung fähig, sohin zweifelhaft ist, oder die sogar dem ersten Anscheine nach kaum eine andere als schuldlose Absicht annehmen lassen; würde dem Geiste und Worte des Gesetzes direkt widersprechen, welches das Prinzip nicht verletzen wollte: *Cogitationis poenam nemo patitur!*

Aber wie soll denn die wirkliche Absicht ermittelt werden, damit der Schuldige der verdienstlichen Strafe nicht entgehe?

Hierauf kann, ohne an Trugjan's bekannten Ausspruch erinnern zu wollen, dem Fragenden zur Beruhigung dienen:

1) Auch außer dem qualifizirten Versuche sind die Fälle doch so selten nicht, wo auf eine unzweideutige Weise gewisse Handlungen als Vorbereitungen eines Verbrechens erscheinen, z. B. Verfertigung von geschwefelten Fäden in Verbindung mit einer Lunte u., Anfang des Radirens an einer Urkunde u.

2) In vielen Fällen wird die eigene Erklärung des Verdächtigen zu seinem Nachtheil, *regina probationum*, ihre Wirkung äußern.

3) Der ganze Hergang der Sache, mit allen der Handlung vorausgehenden, sie begleitenden und nachfolgenden Umständen wird als Erkenntnißgrund der Absicht dienen*). Z. B. die notorisch feindselige Gesinnung des Thäters zu dem Bedrohten,

*) S. Pfotenhauer S. 131.

die Art und Weise der Anschaffung und Zubereitung des Mittels, das Schuldbewußtseyn verrathende Betragen u.

4) Selbst die Anwendung der gesetzlichen Präsumtion des Dolus zöge die Strafe noch nicht als nothwendige Folge nach sich, solange noch Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit für eine andere Erklärungsart streitet ⁹⁾.

5) Die Schwierigkeit des Beweises tritt aber nicht nur hier ein, sondern sie wird und muß in allen jenen Fällen vorkommen, wo das Gesetz selbst die Bahn des Objektiven verläßt, und den Richter auf das Gebiet des Subjektiven hinweist. Dadurch darf derselbe sich aber noch nicht berechtigt halten, zu Mitteln die Zuflucht zu nehmen, die entweder das Gesetz im Allgemeinen zu Erforschung der Wahrheit nicht billigt, oder deren Anwendung es ganz besonders auf bestimmt vorgezeichnete Fälle beschränkt hat.

J. N. Höfler.

Zur Lehre vom richterlichen Fragerichte und der Anordnung nachträglicher Verhandlungen.

(Schluß.)

2.

Nach Vorschrift der G.D. X, §. 15, Nr. 7 ist das hier erläuterte Fragericht nur den Diskasterien, nicht aber andern Obrigkeiten eingeräumt.

⁹⁾ Es ist übrigens Uebel genug, wenn jene Anwendung auch nur Spezial-Inquisition, Haft, und eine durch enorme Kautionslast zur außerordentlichen Strafe umgeschaffene Instanzenlast zur Folge haben sollte.

Unter den Diskasterien sind, wie aus den Anmerkungen erhellt, die Obergerichte verstanden ⁸⁾, welche davon sowohl in den durch ein Rechtsmittel an sie erwachsenen Sachen, als in denen, welche vor ihnen in erster Instanz verhandelt werden, Gebrauch machen können. Wie aber, wenn der Unterrichter sich in der Lage befindet, auf verworrene Verhandlungen, aus welchen der Streitpunkt sich nicht mit Bestimmtheit erkennen läßt, auf die Gefahr hin, die Erklärungen der Partheien mißzuverstehen, ein unsicheres Urtheil zu fällen? — Ihm ist es zwar nicht gestattet, direkte Fragen an die Partheien zu stellen; aber jeder Richter darf zufolge O.D. XIV, §. 2, Nr. 3 den Aktenschluß wieder aufheben, wenn die Sache zur Entscheidung nicht hinlänglich instruiert ist und er

„zu seinem Unterricht mehr Auskunft nöthig hat“).

Diese Voraussetzung ist in allen oben unter a — c angeführten Fällen gegeben. Es fehlt die „hinlängliche Instruktion“ und der „nöthige Unterricht,“ so oft der status causae et controversiae im Trüben liegt. In dem Dekrete nun, welches die Wiederaufhebung des Aktenschlusses verfügt, sind die Dunkelheiten, deren Aufklärung, die Mißverständnisse, deren Beseitigung, die Widersprüche, deren Hebung — zur Feststellung der

⁸⁾ Vgl. die sog. Lichtmeßverordnung (v. 2. Febr. 1830) II, Nr. 10.

⁹⁾ Kreittmayr in den Anmerk. zur angeführten Stelle: „Judici non concluditur.“ S. Linde Civilprozeß §. 222, Nr. 1.

Streitpunkte noth thut, hervorzuheben, und die Partheien zu einer nachträglichen Verhandlung zu veranlassen.

Auch von diesem Auskunftsmittel, welches zur Verhütung oder Lösung prozessualischer Verwicklungen die besten Dienste leisten kann, wird leider in der Praxis nur selten, und fast kein andrer Gebrauch gemacht, als um die Beilegung von Urkunden oder die Adhibirung von Vorakten anzunehmen. —

3.

Dem richterlichen Frageredite muß natürlich das Recht, eine Antwort zu verlangen, zur Seite stehen, und damit dieses Realität habe, muß die Aufforderung zur Antwort, nachdem eine monitorische Ladung ohne Erfolg geblieben, mit einem Präjudiz verbunden werden. Gleiches gilt für den Fall der Nothwendigkeit einer nachträglichen Verhandlung nach *GD. XIV*, §. 2, Nr. 3. — Zwar mangelt es in dieser Beziehung an einer besondern Bestimmung des Gesetzes; aber giebt es nur ein Mittel, einem Gesetze Anwendung zu verschaffen, so ist mit dem Zwecke zugleich das Mittel geboten ¹⁰⁾.

Das fragliche Präjudiz kann aber nur darin bestehen, daß der Richter den Partheien eröffnet: „welche — jetzt schon aus Gründen der Wahrscheinlichkeit ¹¹⁾ als richtig erscheinende — Deu-

¹⁰⁾ *Grolman Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreit. ed. IV, §. 11.*

¹¹⁾ *Verisimile in obscuris sequi debemus Fr. 114 de reg. jur.* — In völligem Zweifel giebt die

tung der aufzuhellenden Erklärung, oder welche Auffassung der im Trüben liegenden Streitfrage — im Falle der Antwortabweigerung oder des Nichterscheinens im vorgesteckten Termine — dem Urtheile unterstellt werden würde.“

Man wende nicht ein, daß hierdurch die Ausnahme eines fingirten Zugeständnisses angedroht werde, was ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift unzulässig sey. — Obiges Präjudiz ist von dem eines fingirten Zugeständnisses wesentlich verschieden; es soll nicht ein Zugeständniß fingirt, sondern eine wirklich abgegebene, jedoch der Auslegung nach zweifelhafte Erklärung so gedeutet werden, wie es der eignen Absicht des Erklärenden am angemessensten erscheint. — Unterläßt es der Aufgeforderte, gegen die ihm eröffnete richterliche Deutung und Auffassung — ungeachtet der gegebenen Veranlassung — eine Erinnerung zu machen, so liegt in seinem Stillschweigen¹²⁾ zufolge der Regeln vom consensus tacitus — eine faktische Anerkennung der Richtigkeit, so daß es einer Fiktion nicht bedarf¹³⁾.

oben (S. 245) angeführte Regel des fr. GG de iudiciis den Ausschlag.

¹²⁾ Der Fall eines bloßen Stillschweigens ist wohl zu unterscheiden von dem, wenn der Stillschweigende eine Handlung unterläßt, zu deren Vornahme ihn der Entschluß der Nichteinwilligung hätte veranlassen müssen. S. Blätter für Rechtsanwendung Bd. I, S. 322.

¹³⁾ Im Falle des fingirten Zugeständnisses liegt nichts vor, als die Behauptung von der einen, das Stillschweigen von der andern Seite; hier aber sind nebst dem a) die wirkliche minder deutliche Gegenerklärung, b) die richterliche Eröffnung über die im Falle des Stillschweigens zu adoptirende Auslegung vorhanden. — Und nun dennoch geschwiegen, so gilt: qui tacet, consentire videtur.

Ein eigenthümliches Verfahren kann nothwendig werden, wenn es gilt, Mißverständnisse zu heben, wenn der Richter Ursache hat, anzunehmen, daß der eine Theil bei seiner Antwort auf gegnerische Behauptungen ganz andre Thatsachen, als dieser erzählte, im Sinne hatte. Eine Antwort auf Etwas, was der Gegner nicht gesagt, ist keine Antwort und ganz bedeutungslos; eine Erklärung auf das Wirklich Gesagte ist in solchem Falle noch gar nicht vorhanden. Deswegen muß hier eine gänzliche oder, wenn das Mißverständniß nur in Bezug auf Einzelnes stattfand, eine partielle Resumirung des gepflogenen Verfahrens angeordnet werden, für welche die allgemeinen Regeln vom Ungehorsam im ersten Verfahren zur Anwendung kommen.

4.

Bei Stellung der Frage, bei Fassung der hier vorkommenden prozeßleitenden Dekrete muß soviel möglich vermieden werden, die bereits über die rechtliche Beurtheilung der Sache eventuell gefaßte Ansicht durchschimmern zu lassen; man muß sich bestreben, nur neutrale Ausdrücke zu gebrauchen z. B. nicht von dem Umfange vorliegender Geständnisse, sondern von dem Sinne der dunkeln Erzählung, der zweifelhaften Erklärung sprechen.

Dem Gegner des zu Fragenden ist natürlich von der Fragstellung und der Antwort Kenntniß zu geben; ob auch eine nachträgliche Verhandlung über die rechtliche Wirkung der Antwort einzuleiten sey, ist im einzelnen Falle aus der Beschaffenheit derselben zu ermesen; sie ist unnöthig, wenn durch die Antwort diejenige Auffassung der Streitfrage, welche der Gegner bereits seinen frühern Rechtsausführungen zu Grunde legte, nur bekräftigt wurde; außerdem aber nicht zu umgehen.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 18. Samstag, den 31. August 1839.

Ist es für eine Oecinträchtigung der Hut- und Weide-Servitut zu halten, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes das Gras in der geschlossenen Zeit von seinem Vieh abweiden lässt, weil er dasselbe wegen dürreter Jahreszeit durch Absensen nicht zu Heu machen kann?

(Aus den nachgelassenen Papieren des geh. Hofraths
Dr. Christ. Friedr. Glück.)

Obwohl es an sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen ist, daß durch die einem Andern zustehende Weiderechtigkeit der Eigenthümer des damit beschwerten Grundstückes nicht behindert werde, zur geschlossenen Zeit jeden möglichen Nutzen und Vortheil aus demselben zu ziehen, so fern nicht etwa die Weideservitut eine negative, das ist, mit einem solchen Verbotungsrechte verbunden ist, vermöge dessen der Eigenthümer zum Besten des Weideberechtigten etwas, wozu er sonst als solcher befugt wäre, unterlassen muß¹⁾; so bringt es doch

¹⁾ Glück's Erklärung der Pandekten, X, §. 678, S. 170.

auch die Natur der Servitut mit sich, daß dem Eigenthümer dieser freie Gebrauch seines Eigenthumsrechts nur in so weit gestattet seyn könne, als dadurch die Ausübung der Servitut nicht gehindert, noch das Recht des *dominantis* dadurch geschmälert wird ²⁾).

Offenbar würde daher dadurch, wenn man dem Eigenthümer einer Wiese, worauf einem Andern zu offenen Zeiten die Hütungsgerechtigkeit zusteht, während der geschlossenen Zeit die unumschränkte Befugniß einräumen wollte, die dienstbare Wiese mit seinem eigenen Vieh behüten zu lassen, das Hut- und Weiderecht des Andern eben so leicht beeinträchtigt, ja gänzlich vereitelt werden, als durch Errichtung eines Gebäudes, oder Anlegung eines Teiches, oder Umschaffung der Wiese zu Ackerland, oder Umzäunung nur immer geschehen würde, dergleichen Unternehmungen aber dem Eigenthümer, nach unbestrittener Meinung der Rechtsgelehrten, durchaus nicht gestattet werden ³⁾).

Zieht man nun den eigentlichen Zweck einer Wiese in nähere Erwägung, so beschränkt sich derselbe allein auf Heugewinnung ⁴⁾). Daher sagt Ulpian ⁵⁾): „*Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est: ex*

²⁾ L. 13, §. 1, D. de serv. praed. rust. (8. 3.) L. 9. pr. D. si serv. vindicetur. (8. 5.) Glück a. a. D. §. 666, S. 58.

³⁾ Münter's Weiderecht §. 71. Theod. Hagemann's Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 294, S. 558. (Neuere sog. Kulturverordnungen waren hier nicht in Frage. Anm. d. Redakt.)

⁴⁾ Münter a. a. D. §. 38.

⁵⁾ L. 31. D. de verbor. signif. (50. 16.)

eo dictum, quod pratum sit ad fructum capiendum;“ um dadurch anzuzeigen, die Wiese sey ein Grundstück, dessen Früchte bloß durch die Natur hervorgebracht werden, und welche man nur einzuärndten brauche ⁶⁾).

Wiesen sind also eigentlich nicht zur Weide und Hütung gewidmet, es kann folglich deren Beschützung nicht anders statt finden, als in so ferne der Hauptbestimmung derselben dadurch kein Eintrag geschieht ⁷⁾).

Der eigentliche Graswuchs nimmt nun bekanntlich erst mit Walburgis seinen Anfang und geht mit Michaelis zu Ende. Das Gras, welches binnen dieser Zeit auf den Wiesen wächst, ist lediglich zur Heugewinnung bestimmt, und es kann folglich während dieses Zeitraums keine Hütung auf demselben statt finden, wenn ein fremdes Hutzrecht darauf lastet ⁸⁾).

Man nennt daher diese Zeiträume der Schonung einer Wiese die geschlossenen Zeiten ⁹⁾).

So wenig nun dieses Alles einigem Zweifel unterliegt, so gewiß ist es auf der andern Seite, daß zur geschlossenen Zeit nur dem Eigenthümer das Recht zustehet, seine Wiese zu benützen, und daß folglich nur ihm das Heu und Grummet gehöre.

⁶⁾ Christ. Lud. Crell Diss. de fructibus pratorum ante tempus pascendi perceptis. ad L. 31. D. verbor. signif. Vitemb. 1754. Obs. 1.

⁷⁾ von Benedendorff Oeconomia forensis 8. Th. 12. Hauptst. §. 57.

⁸⁾ Ebendaselbst §. 58.

⁹⁾ v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörterungen. Bd. III, Erbt. 28. Glück a. a. D. §. 679, S. 176 und 177.

Es ist daher der Natur der Weide- Servitut gemäß, daß sie erst dann, wenn jene ordentlichen Wiesenfrüchte eingezogen worden sind, an dem Ueberreste des Wiesenwachses ausgeübt werden könne.

In dieser Rücksicht hat daher Cressl¹⁰⁾ vollkommen Recht, wenn er sagt: „*Jus autem pascendi, quod post diem certum conceditur, ita exerceri debet, ut, quae supersint, post illum diem a pecudibus depasci possint, etiamsi dominus antea fructus perceperit. Non enim solent pecudes, nisi post foenisecia admitti; hinc non imminuitur servitus, si dominus antea jure suo in praedio utatur. — Haec enim est natura juris pascendi, ut pecudes vicini illa tantum decerpant, quae post diem constitutum in pascuis supersunt.*“

Wenn nun aber in einem ungewöhnlich dürren Jahre das Gras, seiner Dürftigkeit wegen, mit der Sense nicht abgehauen und auf die sonstige Art zu Heu gemacht werden kann, sollte in einem so außerordentlichen Falle der Eigenthümer der dienstbaren Wiese befugt seyn, das Gras mit- telst Abhütens durch seine Heerden in der geschlossenen Zeit zu benützen?

Hiegegen lassen sich zwar folgende Zweifelsgründe erheben:

1) Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks sey nicht befugt, etwas vorzunehmen, wodurch der Servitutsberechtigte in der Ausübung seines Hatrechts geschmälert werde. Der Eigenthü-

¹⁰⁾ Diss. cit. Obs. V.

mer könne daher das dienstbare Grundstück auch während der Hegezeit nur in so weit benützen, als dadurch dem Triftberechtigten kein Schaden zugehen werde.

2) Eine dergleichen Vorhut des Eigenthümers gereiche dem Huthberechtigten zum größten Nachtheil, denn durch das Abhüten werde das Gras viel tiefer abgebissen, als es die Sense wegnehme, es würden daher die Heerden des Huthberechtigten in der offenen Zeit wenig oder gar kein Futter mehr finden; auch werde durch die Heerden das Gras vertreten und verunreinigt, somit die Weide für den Mitberechtigten fast gänzlich unbrauchbar gemacht.

3) Es streite auch schon gegen den Begriff einer Servitut, welche in einem *jus in re aliena* bestehe, *quo dominus aliquid pati, vel non facere tenetur in suo, ad alterius utilitatem*, wenn der Besitzer des dienenden Grundstücks sich eine solche Handlung erlauben dürfe, welche den Nutzen des Huthberechtigten so offenbar behindere, als das frühere Abhüten, indem durch das Abfressen des Keims und das Ausreißen der Wurzeln von dem Viehe die Hoffnung zu einem Wiederausschlagen und Fortwachsen des Grassocks vereitelt werde, was durch das Absensen nie geschehe,

Allein diese Zweifel werden durch nachstehende Gründe überwogen, denn

1) der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks hat ohnstreitig das Recht, dasselbe während der geschlossenen Zeit, so gut er kann, zu benützen. Er hat insonderheit das ausschließende Recht zur Heugewinnung und Benützung des Grummetts wäh-

rend dieser Zeit. Wie können ihm also von dem Hutberechtigten die Mittel abgestritten werden, welche diese Benützung in einer dürren Jahreszeit nothwendig macht? Der Hütungsberechtigte kann nicht einmal verlangen, daß der Eigenthümer das Gras, wenn es auch nicht zum Abmähen taugt, doch wenigstens mit der Sichel abschneiden lasse; denn abgesehen davon, daß das Abbringen des Grases mit der Sichel, besonders bei dürrer Jahreszeit, der Natur der Sache nach weit mühsamer ist und daher auch mehr Zeit und einen größern Aufwand erfordert, als das Abmähen mit der Sense, so würde in einem solchen Ansinnen auch schon an sich eine höchst unbillige Beschränkung des Eigenthümers in dem Gebrauche der Mittel für seine Zwecke liegen und diese Zumuthung erscheint um so mehr als rechtswidrig, weil die Gesetze nicht wollen, daß durch die Servitut dem Eigenthümer der Nutzen und Gebrauch seiner Sache verkümmert werde ¹¹⁾). Dieses würde aber der Fall seyn, wenn man dem Eigenthümer zumuthen wollte, seine Heuerndte, da sie wegen der Dürre der Mühe und Kosten des Abmähens nicht werth ist, gar nicht zu benützen, sondern dieselbe dem in der offenen Zeit eintretenden Hutberechtigten zu überlassen. Der Hutberechtigte würde in der That die temporären Grenzen seines Rechts durch einen solchen unbilligen Anspruch überschreiten.

2) Wenn es auch seine vollkommene Nichtigkeit haben mag, daß bei weitem weniger Futter übrig bleibt, wenn das Gras abgehütet, als wenn

¹¹⁾ L. 13. in fin. D. communia praedior. (§. 4.)

es mit der Sense abgebracht wird, so kann doch dieser Schade darum rechtlich nicht in Betrachtung kommen, weil für den Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks die Rechtsregel streitet: *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet*¹²⁾.

Zu offenen Zeiten haben zwar allerdings der Eigenthümer und Huthberechtigte gleiche Rechte, daß heißt, keiner kann des andern Vieh von der Weide ausschließen; allein daraus folgt nicht, daß desswegen der Besitzer des dienstbaren Grundstücks auch während der geschlossenen Zeit ebensowenig, als der Besitzer des herrschenden Grundstücks, ein Huthrecht ausüben dürfe, auch dann nicht, wenn es bloß dazu dienen soll, das dem Eigenthümer gehörige Heu auf diese Weise zu benützen, welches wegen der dürren Jahreszeit ausserdem nicht benützt werden kann.

In der Natur der Huth- und Weidegerechtigkeit ist wenigstens ein solches Verbot nicht gegründet, denn diese besteht bloß in dem Rechte, vermöge welchem der Eigenthümer eines Grundstücks leiden muß, daß der Huthberechtigte sein Vieh zu offenen Zeiten darauf weide.

3) Will der Huthberechtigte ein Verbotungsrecht gegen das Abhüten von Seiten des Eigenthümers der dienstbaren Wiese in der geschlossenen Zeit geltend machen, so muß er dasselbe auf eine rechtsbeständige Art erworben haben.

Aus dem allgemeinen (oben aufgestellten) Begriffe der Servitut läßt sich ein solches besonderes

¹²⁾ L. 151. D. de div. reg. juris. (50. 17.)

Verbietungsrecht nicht ableiten, denn die darin enthaltenen Worte: „*vel non facere teneatur*“ können keineswegs darauf bezogen werden. Sie bestimmen den wesentlichen Charakter einer negativen Servitut, welcher darin besteht, daß der Eigenthümer einer ihm sonst zustehenden Verfügung über seine Sache sich enthalte, ohne positive Uebertragung derselben auf einen Dritten¹³⁾.

Dieses *non facere* des Eigenthümers wird aber durch die disjunktive Partikel *vel* von dem *aliquid pati* desselben genau unterschieden. In diesem Leiden des Eigenthümers, daß ein Dritter auf seiner Sache ein Recht ausübt, ohne denselben ausschließen zu dürfen, beruhet der Charakter einer affirmativen Dienstbarkeit.

Nach diesem Unterschiede ist auch die Weide-servitut entweder negativ oder affirmativ und es läßt sich mit Grund nicht behaupten, daß sie schon ihrer Natur nach zu den negativen Dienstbarkeiten gehöre¹⁴⁾.

Es erscheint hieraus zugleich, daß die Abhütung des Grases in dem bemerkten Falle von Seiten des Eigenthümers der Wiese vor dem Eintritt der offenen Zeit keineswegs für eine Vorhut zu halten sey, sondern vielmehr in der Ausübung des demselben zur geschlossenen Zeit allein gebührenden Benützungsrechts bestche.

Daß endlich dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks vor dem Eintritt der Hutzzeit gar kein Hutzrecht zustehe, läßt sich nach der Auktorität

¹³⁾ Glüd a. a. D. 9. Th. S. 620. S. 9.

¹⁴⁾ Glüd a. a. D. 10. Th. S. 678. S. 170 u. 171.

der praktischen Rechtsgelehrten ohnehin nicht behaupten ¹⁵⁾).

Beiträge zur Lehre von der Einkindschaft in Bayern.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.

(Fortsetzung.)

IV.

Eine Abweichung von dem bisher Ausgeführten enthält nun aber das Würzburger Recht, zwar nicht die fränkische Landgerichtsordnung selbst, welche vielmehr in Tit. 108, §. 1 für die Einkindschaft ebenfalls Kinder einer früheren Ehe voraussetzt, wohl aber die schon oben erwähnte Verord. vom 9. April 1791, in der Mandatensammlung Bd. 3, S. 473 f., welche im Wesentlichen Folgendes bestimmt ⁷⁾). Die Einkindschaftung außererhelicher Kinder durch ihre Mutter ist mit folgenden Unterscheidungen erlaubt. Wenn eine Frauensperson nur außererheliche Kinder hat, so darf sie dieselben immer einkindschaften, ja sie muß es sogar thun, oder ihnen ihren Pflichttheil reichen, der jedoch nicht $\frac{2}{3}$, wie bei ehelichen, sondern nur $\frac{1}{3}$ beträgt. Wenn aber eine Frau theils eheliche,

¹⁵⁾ Ge. Ad. Struvii. Disp. de jure ovium. Jenae 1682. Cap. IV, Th 33. Matth. Berlichii Decision. aureae, Part. II. Decis. 201, nr. 32. God. Christ. Leiseri jus Georgicum. Lib. III, c. 10, nr. 32. Jo. Lub. Schmidt's hinterl. Abhandl. verschied. prakt. Rechtsmaterien 2. Bd. Nr. CVI. Theod. Hagemann's Handbuch des Landwirtschaftsrechts §. 132, S. 225 u. A.

⁷⁾ Die Darstellung bei Schelhaß §. 65 u. 119 ist lückenhaft.

theils uneheliche Kinder hat, so können diese niemals zugleich eingekindschaftet werden, und, wenn der Vortheil der ehelichen Kinder die Einkindschaftung derselben räthlich machen sollte, so ist die Einkindschaft der unehelichen unzulässig. Hier sind demnach folgende drei Fälle denkbar:

1) Die ehelichen Kinder sollen eingekindschaftet werden; dann können die außerehelichen die Reichung ihres Pflichttheiles nicht fordern, sondern nur die Versorgung mit den Alimenten, welche der Richter nach den mütterlichen Vermögensumständen zu bestimmen hat. Dadurch entsteht die Frage, welche Erbrechte in diesem Falle das uneheliche Kind behält, worauf mit folgenden Unterscheidungen zu antworten ist:

a) Sind bei dem Tode der Mutter noch unabgetheilte eheliche Kinder vorhanden, so erben diese allein zufolge der LÖD. Tit. 82, §. 1, und das uneheliche Kind hat hier auch keinen Pflichttheil zu fordern; doch müssen die ehelichen Kinder dem unehelichen nach Beschaffenheit der Erbschaft Alimente geben.

b) Sind aber bei dem Tode der Mutter die ehelichen Kinder alle abgetheilt, so würde zwar nach der LÖD. dasselbe, wie in dem vorigen Falle gelten; allein nach der Verord. v. 9. April 1791, §. 11 soll hier das uneheliche Kind vorerst seinen Pflichttheil mit $\frac{1}{3}$ abziehen, und dann den Rest mit den abgetheilten ehelichen Kindern theilen; diesen Pflichttheil kann es auch fordern, wenn die Mutter ein Testament macht, und jede von der Mutter mit ihrem Ehemanne eingegangene Kondo-

nation ist, soweit sie diesen Pflichttheil verlegt, nichtig, §. 9, 10 u. 12.

c) Sind endlich bei dem Tode der Mutter keine ehelichen Kinder mehr am Leben, so erbt das uneheliche Kind allein nach der LWD. Tit. 82, §. 1. Ob es für diesen Fall auch einen Pflichttheil fordern könne, ist zwar in der Verord. vom 9. April 1791 nicht speziell entschieden; es folgt aber offenbar daraus, daß es dieses Recht sogar dann hat, wenn noch abgetheilte eheliche Kinder am Leben sind. —

2) Das außereheliche Kind soll eingekindschaftet werden; dann müssen die ehelichen Kinder ihren ganzen Pflichttheil von $\frac{1}{3}$ erhalten, also völlig abgetheilt werden, (§. 2 der cit. Verord.) werden aber folgeweise auch bei der künftigen Beerbung der Mutter von dem eingekindschafteten unehelichen Kinde, wenn es nicht inzwischen abgetheilt worden ist, ausgeschlossen.

3) Wenn endlich weder die ehelichen, noch das außereheliche Kind eingekindschaftet werden soll, so müssen sie nach §. 6 der cit. Verordnung sämtlich mit ihrem Pflichttheile abgefunden werden. Die Berechnung dieser Pflichttheile muß aber so gemacht werden, daß zunächst die ehelichen Kinder ihre Zweidritttheile erhalten, und das uneheliche sodann $\frac{1}{3}$ aus dem letzten Dritttheile, welches allein das Vermögen seiner Mutter bildet. Bei dem künftigen Tode der Mutter erben dann die ehelichen und unehelichen Kinder nebeneinander nach §. 11 der cit. Verord., soferne aus der zweiten Ehe keine Kinder am Leben, oder auch diese abgetheilt sind.

Zuletzt entsteht noch die Frage, ob nach Würzburger Recht auch der außereheliche Vater einkindschaften könne? Die Verord. vom 9. April 1791 erwähnt dies nicht; weil aber der Vater zu seinen durch Rescript legitimirten Kindern jedenfalls in demselben Verhältnisse steht, wie die Mutter zu den außerehelichen Kindern, so könnte man glauben, der Vater dürfe, wenn er seine außerehelichen Kinder vorher durch Rescript habe legitimiren lassen, sie nach den Bestimmungen jener Verord. einkindschaften; allein richtiger ist auch dies zu verneinen, da nicht bloß die Einkindschaft an sich ein singuläres Institut, sondern auch die citirte Verord. insbesondere eine *lex singularis* ist, welche mithin eine analoge Ausdehnung nicht zuläßt.

(Schluß folgt.)

Kann dem Kridar in einem Separatprozeß der Konkursmasse der Eid zugeschoben werden?

In einem Separatprozeß der Mantmasse ist die Eidesdelation an den Kridar zulässig; denn abgesehen davon, daß der Kridar bei jeder durch einen solchen Prozeß herbeigeführten Vermehrung oder Verminderung der Mantmasse ein unzweifelhaftes Interesse hat, ist die Folge der Konkursöffnung auch keineswegs die, daß der Kridar sofort aufhört, Eigenthümer seines in Konkurs gezogenen Vermögens zu seyn, sondern sein Vermögen ist dadurch nur zu einem Exekutionsobjekt für die Konkursgläubiger geworden, über das ihm zwar keine Dispositionsbefugniß mehr zusteht; als Eigenthümer

dieses Vermögens muß er aber noch immerhin und in so lange betrachtet werden, bis dasselbe durch den Verkauf in das Eigenthum eines Dritten übergegangen ist. Die Konkursgläubiger werden durch die Konkursöffnung nicht Eigenthümer der Konkursmasse, sondern sie erlangen nur das Recht, aus derselben ihre Befriedigung nach gesetzlicher Ordnung zu suchen, und eben deshalb müssen sie auch, so wie sie wegen der dem Kreditar entzogenen Dispositionsbefugniß über das in den Konkurs gezogene Vermögen als Repräsentanten und Vertreter der Konkursmasse sich darstellen, in einem Prozeß dieser Masse gegen einen Dritten zugleich auch als Vertreter des Kreditars selbst betrachtet werden ¹⁾.

Ist aber dieses der Fall, so folgt von selbst, daß eine in einem solchen Prozesse in der Richtung wider den Kreditar erfolgte Eidesdelation nicht schlechthin für unstatthaft erachtet werden kann, da der Eid in der Regel nicht den Repräsentanten und Vertretern einer Parthei, sondern demjenigen deferirt werden muß, in dessen Namen der Prozeß geführt wird, oder in dessen Person der Anspruch gegründet ist, und der Kreditar durch die Konkursöffnung nicht zugleich *personam standi in judicio* verliert.

Ueberdieß ist selbst im Konkurs die Eidesdelation an den Gemeinschuldner nach *GD. XIX, §. 12* ein gesetzlich zulässiges Beweismittel, weshalb dasselbe in dem Separatprozeß der Gantmasse um,

¹⁾ *Thibaut Pand. Recht. Bd. III, §. 1223. Schwapp Konkurs der Gläubiger § 50.*

so weniger ausgeschlossen seyn kann, da nicht nur gleicher Grund, sondern auch die Connexität des Separatprozeßes mit dem Konkursprozeße für die Zulässigkeit der Eidesdelation spricht.

Wollte man aber auch selbst annehmen, daß durch die Konkursöffnung die Konkursgläubiger Eigenthümer der Masse geworden seyen, zumal in dem Fall, wenn der Kridar sein Vermögen zu ihrer Befriedigung abgetreten (*bonis cedirt*) hat, so könnte doch auch hieraus die Unstatthaftigkeit der in der Richtung gegen den Kridar erfolgten Eidesdelation noch nicht gefolgert werden. Denn die O.D. bestimmt R. XIII, §. 1, Nr. 3 ausdrücklich, daß bei einer Klage *ex jure cesso* nicht nur der Cessionar, sondern auch nach Gestalt der Dinge der Cedent zu schwören habe und in den Ann. zu dieser Stelle wird zur Erläuterung derselben als Beispiel angeführt, daß in dem Falle, wenn der Cessionar den Schuldner auf Bezahlung des cedirten Kapitals belangt, und dieser zum Beweis der von ihm vorgeschützten *exceptio solutionis aut remissionis* den Eid deferirt, natürlicher Weise nicht der Cessionar, sondern der Cedent schwören müsse, weil er bessere Notiz von der Sache habe. — Nun hätte in dem Fall, wenn die Konkursgläubiger wirklich Eigenthümer der Konkursmasse geworden wären, dies auf keine andere Weise als durch eine freiwillige oder nothwendige Cession geschehen können, (in der allgemeinen jede Abtretung von Rechten umfassenden Bedeutung des Wortes) und der Kridar würde sich in diesem Fall als Cedent der Konkursmasse an die Konkursgläubiger darstellen. Als solchem konnte ihm aber nach der obigen Ges-

sebststelle der Entscheidungsbeid gültig zugeschoben werden, wenn nur er, nicht aber die Konkursgläubiger oder der Masse-Kurator, von dem zu beschwörenden Faktum eigene Wissenschaft haben können.

Der Einwand, daß auf den Fall der Zulassung des dem Kridar deferirten Eides der Ausgang des Prozesses gewissermaßen von der Willkühr des Kridars abhängig gemacht werden würde, steht auch der Statthastigkeit dieses Eides in keiner Weise entgegen, da es einerseits den Konkursgläubigern, als Repräsentanten der Masse, überlassen bleibt, den deferirten Eid in dem Fall, wenn sie die Verweigerung desselben von Seite des Kridars befürchten sollten, dem Deferenten zurückzuschicken; andererseits aber es eine mit den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen im Widerspruch stehende Härte wäre, dem Beweisführer um deswillen, weil über das Vermögen desjenigen, mit dem er sich in ein Vertragsverhältniß eingelassen hat, der Konkurs ausgebrochen ist, seine Beweismittel zu entziehen²⁾.

Tagebuch der Praxis.

1.

(Zulässigkeit der Berufung)

Die Vorschrift des §. 53, Nr. 2 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837:

„Selbstständige Berufung gegen ein zweiterliches Erkenntniß ist selbst dann nicht zulässig, wenn das Obergericht das erstgerichtliche Urtheil aufgehoben, und ein Dekret oder

²⁾ AÖG. v. 13. Aug. 1833, bestät. durch DÖG. vom 20. Juni 1835 (R. 535³¹/31) AÖMtt. N. 350³²/32. — AÖG. v. 12. Mai 1835. C. 694³¹/35.

einen einfachen Zwischenbescheid an dessen Stelle gesetzt hat“ —

findet keine Anwendung, wenn das Obergericht das erstrichterliche Urtheil und die demselben vorausgegangenen Verhandlungen als nichtig aufgehoben und eine neue Instruktion der Sache angeordnet hat ¹⁾).

2.

(Desselben Betreffs.)

Wenn in erster Instanz die Beklagten von der Klage wegen unzulässiger subjektiver Klaganhäufung angebrachtermassen entbunden waren, das Obergericht aber erkannt hat:

„Daß die Beklagten sich auf die Klage einzulassen schuldig, ihre unbedingt geschehene Einlassung für unbedingt zu erachten sey und der Richter *Imae* materiell zu erkennen habe, was Rechtsens“

so findet (zufolge §§. 51 — 53 der Novelle vom 17. Nov. 1837 vgl. mit den Motiven §. 66, lit. c. S. 99 und den Verhandlungen der Kammer der Abg. Bd. IX, S. 525, Bd. XI, S. 112 u. Bd. XX, S. 264) — Berufung zur dritten Instanz nicht statt ²⁾).

3.

(Die Disziplinarstrafe nach §. 65 der Nov. von 1837 betr.)

Wenn ein Advokat in die im §. 65 des Prozeßgesetzes vom 17. Nov. 1837 angedrohte Strafe verurtheilt werden, und diese an sich oder wegen zugleich verfügten Deservitenabstrichs den Betrag von zehn Gulden übersteigen soll, so ist der Advokat zuvor gemäß Verordnung vom 28. Jan. 1822 mit seiner Verantwortung zu hören ³⁾).

¹⁾ DAGE. v. 11. Dez. 1838. DAGElt. Nr. 171^{38/39}

²⁾ DAGE. v. 13. Nov. 1838. DAGElt. Nr. 78^{38/39}.
— v. 10. Dez. 1838. DAGElt. Nr. 142^{38/39}

³⁾ DAGE. v. 16. Febr. 1839. DAGElt. Nr. 434^{38/39}.
— v. 18. Febr. 1839. DAGElt. 1047^{39/39}.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 19. Samstag, den 14. Sept. 1839.

Einige Fragen aus dem Gebiete des Exekutiv-
prozesses.

Von Herrn Kreis- u. Stadtgerichtsdirektor Dr. G. R. Seuffert
in Schweinfurt.

I) Kann der im Exekutivprozesse Belangte, der sich zum Nachweise seiner Einreden auf Urkunden bezieht, welche sich in den Händen des Klägers befinden, von diesem mit Erfolg die Edition dieser Urkunden begehren?

Diese Frage muß im Allgemeinen verneint werden. Denn

1) die b. O. D. Kap. 3, §. 3, Nr. 5 läßt im Exekutivprozesse nur rechtserhebliche und in *continenti* liquidirliche Einreden zu. Eine Einrede, welche erst durch ein Editionsverfahren liquid gemacht werden soll, somit zu ihrem Nachweise ein besonderes Zwischenverfahren, eine Beweisinstruktion und die Erlassung eines oder mehrerer appellablen Erkenntnisse fordert, verdient aber den Namen einer in *continenti* liquidirlichen in keiner Beziehung.

2) Der Kläger wird nur dann zum Executivprozeß zugelassen, wenn er entweder mit der Klage, oder doch wenigstens in dem alsbald anzusehenden Produktionstermine das Original der Urkunde, worauf er seine Klage stützt, vorzulegen im Stande ist, und einen Editionß-Antrag mit der Executivklage zu verbinden, wird ihm nicht gestattet¹⁾. Es fordert dagegen die Rechtsgleichheit beider Partheien, daß auch der Beklagte eine sofort erwiesene Forderung durch alsbaldige Vorlage seiner Beweismittel entkräfte.

3) Zwar genießt der Beklagte mancherlei Rechtsvergünstigungen, welche sich nach fr. 42 de R. J. größtentheils darauf gründen, daß er als angegriffener Theil nicht in den Stand gesetzt, also auch nicht verpflichtet ist, seine Vertheidigungsmittel in gleicher Art zu sammeln und zur Hand zu haben, wie es dem Kläger rücksichtlich seiner Angriffsmittel obliegt; allein gleichwohl ist der Beklagte doch mit seiner Rechtsvertheidigung an bestimmte Termine gebunden, gleichwohl laufen ihm zerstörlische Fristen und Fatalien, weil ohne alles dieses der Endzweck der Rechtspflege, eine endliche und wo möglich beschleunigte Entscheidung nicht erreicht werden könnte. Wenn nun aus politischen und staatswirthschaftlichen Gründen eine Prozeßart eingeführt wurde, welche unter bestimmten Voraussetzungen der Rechtsvertheidigung noch engere Schran-

¹⁾ Martin bürg. Proz. § 240. Mevius Decis. IV, 267, V, 166. Schaumburg princip. prax. jud. I. II, c. 2, §. 8, not. *. Ludovici Civilprozeß, S. 229. — Als Präjudizien hiefür sind auch anzuführen die Erkenntnisse des AG. vom vormal. Regattr. v. 9. Febr. 1821. S. 190^{20/21} u. 18. Jan. 1831. B. 918^{20/21}.

ken setzt, so können diese Schranken nicht durch eine allgemein ausgesprochene Rechtsvergünstigung in der Art erweitert und beseitigt werden, daß hiedurch der spezielle Zweck des Gesetzes gänzlich vereitelt würde.

4) Der Executivprozeß begünstigt offenbar den Kläger vor dem Beklagten, den Inhaber garantirter Urkunden gegen deren Aussteller. Es würde aber offenbar, wie sich *Mevius III, decis. 16* ausdrückt, mit der einen Hand genommen seyn, was mit der anderen gegeben ist, wenn dem Beklagten freigestellt wäre, durch Editionsverhandlungen die Unaufhaltsamkeit des executiven Verfahrens zu lähmen.

5) Handelt es sich um den Nachweis selbstständiger Einreden, so gilt die Regel des *fr. 1 de except.*

„agere etiam is videtur, qui exceptione utitur“

und es kann von einem *favor rei* nicht die Rede seyn.

6) Es droht dem Beklagten durch Versagung eines Editionsgesuches weder Verlust seiner Einreden, noch ein unersehlicher Schade.

Rücksichtlich der ersteren bleibt ihm die Nachklage vorbehalten, vor letzterem schützt ihn die vom Gegentheile hierwegen zu leistende Raution. Denn der Executivprozeß beabsichtigt keine definitive Schlichtung eines streitigen Rechtszustandes, sondern will nur dem gesetzlichen Ausspruche:

„stare enim oportet suae confessioni“²⁾

²⁾ *Fr. 25, §. 4. de prob.*

eine durchgreifende, wenn auch nur momentane, Geltung verschaffen³⁾).

II) Kann sich zum Nachweise von Einreden im Exekutivprozeße der Eidesdelation bedient werden?

Auch diese Frage ist gleich der ersten zu verneinen: Denn

1) die OÖ. Kap. 3, §. 3, Nr. 5 gestattet den Exekutivprozeß nur bei verbrieften Schuldforderungen, schließt also bei der hier nothwendigen Beschränkung auf den Wortsinn jene aus, welche erst durch einen Eid liquid gemacht werden sollen.

Da nun der Exekutivprozeß den Kläger und nicht den Beklagten begünstiget, so ist es nicht konsequent, dem Letzteren zu seiner Bertheidigung mehr einzuräumen, als dem Ersteren zum Zwecke des Angriffes zu Gebote steht.

2) Der Gebrauch des Haupteides widerspricht dem Zwecke und der Natur der hier fraglichen Prozeßart. Derselbe läßt Erörterungen über seine Zulässigkeit überhaupt, dann in sub- und objektiver Hinsicht zu, welche hier vermieden werden sollen; auch er veranlaßt Zwischen-Erkenntnisse in der Hauptsache, und führt in seinen Wirkungen stets zur definitiven Erledigung des streitigen Rechtsverhältnisses, während hier nur ein provisorisches Ordnen desselben bezweckt wird.

3) Die Analogie des Wechselprozesses wird theils durch die besondere Eigenthümlichkeit dieser

³⁾ Die Ansicht, daß Eitionsgesuche des Beklagten zu dem bemerkten Zwecke im Exekutivprozeße unzulässig seyen, wurde auch von dem UG. des vormal. Regatke. angenommen in den Erkenntnissen vom 23. Jan. 1830. II. 909²³/29 u. 10. Sept. 1830. W. 1082²³/29.

(Anm. d. Redakt.)

Prozeßart, theils durch die schweren Folgen eines wechselgerichtlichen Definitiv-Erkenntnisses ausgeschlossen.

4) Ueberhaupt paßt kein Beweismittel, als nur ein solches, welches durch seine äußere Erscheinung volle Probe der zu erweisenden Thatfachen liefert, und dessen Beweiskraft von nichts weiter als der einfachen Erklärung des Gegentheils, oder einer in instanti vorzunehmenden Handlung desselben (Diffessionseid) abhängt, also kein anderes, als Urkunden, in die Form des Exekutivprozesses. Die Eidesdelation fordert eine Erklärung über die Annahme; daß diese sogleich geschehen müsse, ist nicht vorgeschrieben, kann daher nicht wohl verlangt werden; sie läßt Gewissensvertretung zu, welche eben so wenig in instanti beizubringen wäre; sie erscheint daher keinesfalls als ein Probestmittel, welches unter allen Umständen so schnell zum Ziele führt, als es die Form und Wesenheit der erwähnten Prozeßart consequenterweise erfordert ⁴⁾.

Beiträge zur Lehre von der Einkindschaft in Bayern.

Von Herrn Prof. Dr. von der Pfordten zu Würzburg.
(Schluß.)

V.

Es ist bisher dargestellt worden, daß die Einkindschaft wesentlich eine frühere Ehe voraussetzt,

⁴⁾ S. hierüber auch Nr. 10, S. 155 dieser Blätter und die S. 156 Note 12 u. 13 allegirten Präjudizien.
(Anm. d. Red.)

mithin nur bei einer zweiten Verheirathung statt finden kann. Daran reiht sich nun aber die weitere Frage, ob auch bei einer weiteren, also dritten oder vierten Ehe eine Einkindschaftung möglich sey? Auch diese Frage ist in mehreren Partikularrechten gar nicht erwähnt, in keinem aber erschöpfend beantwortet, und auch in der Literatur ist nirgend eine Uebersicht aller hier denkbaren Fälle gegeben worden. Eine solche soll jetzt versucht werden, und es ist eine genaue Unterscheidung der einzelnen Fälle um so nothwendiger, als sie nicht alle gleich zu entscheiden sind.

Wenn nun nach der Möglichkeit einer Einkindschaft in einer Ehe gefragt wird, welche für den einen oder für beide Theile die dritte oder eine weitere Ehe ist, und es sind

I) die Vorkinder eines jeden Theiles nur natürliche Kinder desselben, und zwar:

1) alle aus einer Ehe, so kann wohl die Einkindschaft unbedenklich statt finden. Denn sind die Vorkinder aus der nächstvorhergehenden Ehe geboren, so läßt sich gar kein Grund denken, warum die frühere kinderlose Ehe im Wege stehen sollte; sind aber die Vorkinder aus der ersten Ehe, so sind sie in die zweite kinderlose Ehe entweder eingekindschaftet gewesen oder nicht; im ersten Falle erscheinen sie rechtlich als Kinder dieser Ehe; im zweiten aber sind sie zwar regelmäßig abgetheilt, allein bekanntlich können selbst solche mit Aufhebung der Abtheilung wieder in die Gemeinschaft aufgenommen, und daher auch eingekindschaftet werden.

2) Wenn dagegen die Vorkinder desselben Thei-

leß aus verschiedenen Ehen geboren sind, so sind entweder

a) die erstehelichen Kinder in die zweite Ehe eingekindschaftet worden. In diesem Falle ist die Einkindschaftung aller, sowohl der erst- als zweitehelichen Kinder in die dritte Ehe zulässig, weil sie rechtlich als Kinder einer und zwar der nächstvorhergehenden Ehe gelten. Doch läßt sich nicht verkennen, daß die Gefahr, welche an sich in jeder Einkindschaft liegt, in diesem Falle sehr gesteigert wird, und eine um so vorsichtiger Prüfung fordert. Deßhalb schreibt auch das Bamberger Landrecht, welches regelmäßig keine gerichtliche Mitwirkung zur Einkindschaftung fordert, für diesen Fall, wenn die Kinder noch minderjährig oder sonst des Jhrigen noch nicht mächtig sind, bei Strafe der Nichtigkeit genaue obrigkeitliche Untersuchung und Protokollirung vor, und läßt den Kindern überdieß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen etwaiger Verletzung fordern *).

b) Wenn die erstehelichen Kinder in die zweite Ehe nicht eingekindschaftet waren, so können die zweitehelichen Kinder jedenfalls in die dritte Ehe eingekindschaftet werden, weil für sie die Aeltern erst zur zweiten Ehe schreiten. Die erstehelichen Kinder müssen hier regelmäßig abgetheilt seyn, und es wird daher eine Einkindschaftung derselben nicht leicht verlangt werden; sie muß aber, wie in dem oben sub. 1 erwähnten Falle der kinderlos gebliebenen zweiten Ehe durch Aufhebung der geschetzten Abtheilung als möglich anerkannt werden.

*) Bamb. LR. S. 324, §. 10. Weber, Grundsätze Bd. II, S. 449. v. Spleß, Handbuch S. 128 u. 139.

Alle diese bisher entwickelten Sätze ergeben sich als Folgerungen aus den allgemeinen Rechtsprinzipien über die Natur der Einkindschaft und Abtheilung; sie müssen daher für diejenigen Partikularrechte gelten, welche diese Frage gar nicht erwähnen, wie das Fuldaer, Brandenburger, Solmscher, Erbacher, ferner für diejenigen, welche nur im Allgemeinen die Einkindschaftung in die dritte Ehe erlauben, ohne genauere Bestimmungen darüber zu geben, wie das Mainzer L.R., welches in Tit. 2, §. 6 sagt: „welcher Vater oder Mutter zur weitem Ehe schreitet, und mit ihrem zweiten oder dritten Ehegemanne oder Frau die Einkindschaft aufrichten will,“ und die Dinkelsbühler Statuten, welche in Tit. III, §. 7 bestimmen: „Würde es sich zutragen, daß unter solchen *) Eheleuten eines mit Tode abgehen sollte, und das lebtlebende sich in die andere oder dritte Ehe begeben, und mit dem neuen Ehegemalen zwischen denen vorigen Kindern und denen, so aus dritter Ehe geboren werden möchten, abermals eine Einkindschaft aufrichten wollte, solches soll ihnen auch zugelassen seyn.“ Hieher gehören ferner das Schweinfurter, Casteller und Hohenloher Recht, welche die Einkindschaftung leiblicher Kinder in die dritte Ehe *per argumentum a contrario* gestatten, indem sie die weitere Umrung durch die Stiefältern verbieten, wovon nachher sub II gesprochen werden wird. Das Hohenloher L.R. I, Tit. 6, §. 10 scheint zwar nach der generellen Fassung des Einganges und der Randrubrik jede Einkind-

*) d. h. solchen, die schon eine Einkindschaft errichtet haben.

schaft in die dritte Ehe, auch durch die leiblichen Aeltern zu verbieten; allein, weil bei der Angabe der Folgen des Verbotes nur die Stiefältern erwähnt, und die Gründe des Verbotes nur auf diese bezogen werden, so muß man dasselbe wohl auch nur auf Stiefältern einschränken. Hierher gehört endlich auch das Würzburgere Recht, indem es in Tit. 115 auch die fernere Einkindschaft durch die Stiefältern ausdrücklich, mithin zufolge des Schlusses *a majori ad minus* auch die zweite Einkindschaftung durch die leiblichen Aeltern gestattet¹⁰⁾. — Die oben entwickelten Grundsätze sind aber auch ausdrücklich bestätigt durch das Preuß. R., erster Anhang §. 103; Vielß Bd. V, S. 616 und durch das Bamberger Landrecht im ersten Anhang zum zweiten Theile¹¹⁾. Zwar spricht dieser Anhang verglichen mit §. 221, §. 1 nur von unabgetheilten Kindern; allein auch die, übrigens gewiß selten vorkommende, Einkindschaftung schon abgetheilter Kinder ist in dem Landrechte nicht bloß nicht verboten, sondern muß im Hinblick auf §. 295, §. 3 und §. 300, §. 13, wornach die bei der Ehescheidung abgetheilten Kinder bei einer Wiedervereinigung der Aeltern wieder eingekindschaftet werden können, für zulässig erachtet werden.

II) Der zweite Hauptfall ist der, wenn die Vorkinder nicht leibliche, sondern selbst nur ein-

¹⁰⁾ Schneidt elem. §. 106. Schellhaß §. 62, welche sich auch noch darauf berufen, daß der Ausdruck zweite Ehe, wie das römische *secundae nuptiae*, jede fernere in sich schließe.

¹¹⁾ Weber II. §. 1018 f.

gekindschaftete Kinder des zur weitem Ehe schreitenden Theiles sind. Hier entsteht die Frage, ob die Stiefältern ihre rechtmachten Kinder zum zweitenmale einkindschaften dürfen, wobei es denn offenbar gleichgültig ist, ob dieser Stiefälterliche Theil für sich zur zweiten oder zur dritten Ehe schreiten will. Die juristische Consequenz scheint die unbedingte Bejahung jener Frage zu fordern, weil die Stiefältern durch die Einkindschaft die Rechte der leiblichen Aeltern erlangt haben. Allein abgesehen davon, daß dieses Prinzip in den meisten Partikularrechten nicht in allen Beziehungen durchgeführt ist, muß eine solche weitere Einkindschaft durch die Stiefältern deßhalb als höchst bedenklich erscheinen, weil sie zu dem gewiß ganz unnatürlichen Resultate führt, daß Kinder als aus einer Ehe erzeugt rechtlich betrachtet werden, in welcher weder Vater noch Mutter ihre natürlichen sind. Dadurch könnte es nicht bloß kommen, daß das Kind älter wäre, als seine beiden Aeltern, sondern es werden auch die Gefahren, welche in jeder Einkindschaft liegen, bis auf einen Grad gesteigert, der dieses Verhältniß als durchaus unzweckmäßig darstellt. So lange nämlich noch eines der natürlichen Aeltern lebt, wird dessen Liebe eine hinreichende Schranke gegen Benachtheiligung der eingekindschafteten Kinder durch den Stiefälterlichen Theil bilden, und auch die Gattenliebe dieses letztern ihn die Stiefkinder wie die seinigen behandeln lassen; ist aber der natürliche Vater oder Mutter todt, so wird jenes Band lockerer werden, und der neue Gatte des Stiefälterlichen Theiles, der mit keinem der leiblichen Aeltern des Kindes je in Ver-

bindung stand, ja sie vielleicht nicht einmal gekannt hat, wird sich an dasselbe durch kein Band der Liebe geknüpft fühlen. Man wende dagegen nicht ein, daß auch die Arrogation ein älterliches Verhältniß zwischen Personen begründe, welche sich durchaus nicht blutsverwandt sind; denn hier ist es die Zuneigung zu dem Kinde selbst, welche das rechtliche Band knüpfen läßt; bei jener Einkindschaft aber wird zunächst nur mit dem stiefälterlichen Theile um seiner Person willen die Verbindung geschlossen, für welche das Kind eher als eine lästige, denn als eine erfreuliche Zugabe betrachtet wird, und die Einkindschaftung desselben wird nur als das geringere von zwei Uebeln gewählt. Aus ähnlichen Erwägungen hat Geigel I. c. S. 39 eine solche Einkindschaftung mit einem Seelenverkaufe verglichen, und sie ist deßhalb auch in mehreren Partikularrechten geradezu verboten. So in den Schweinfurter Statuten Tit. 56, §. 9, dem Hohenloher Landrechte Th. I, Tit. 6, §. 10, dem Preussischen Landrechte, 1. Anhang §. 103, Bieleitz V, S. 617, und dem Bamberger LM. 1. Anhang 3. 2. Th. §. 13, und 2. Anh. §. 7. Zwar spricht das letztere Landrecht S. 319, §. 10 u. 11 von einer neuerlichen Vereinkindschaft der Stiefkinder; allein damit ist nur der Fall gemeint, wenn nach dem Tode des rechtälterlichen Theiles, wodurch nach S. 315, §. 1 die Einkindschaft gesetzlich aufhört, und den Stiefältern und Stiefkindern ihre Theile am gemeinschaftlichen Vermögen ipso jure zufallen, die Stiefkinder während des Wittibstandes der Stiefältern die Theilung nicht fordern, sondern die Einkindschaft fort-

setzen, oder erneuern, wie dieß aus der Ueberschrift des 2. Titels und aus der Vergleichung des §. 13 auf C. 325 klar, erhellt. In der Castellischen *ND.* §. 25 ist die weitere Einkindschaft durch die Stiefältern zwar nicht verboten, aber doch nur ausnahmsweise gestattet: „wenn sie das augenscheinliche Beste der Kinder aus dringenden Ursachen gebietet, worüber dann vorerst eine sorgfältige Untersuchung und Prüfung anzustellen ist.“ Dagegen ist eine solche Einkindschaft schlechtthin, gerade wie bei den leiblichen Aeltern, gestattet in dem Würzburger Rechte Tit. 115. Doch hat auch hier der Gesetzgeber die besondere Gefahr des Verhältnisses nicht unbeachtet gelassen, und deshalb vorgeschrieben, daß, während von leiblichen Aeltern die Einkindschaft entweder in Ehebethädigungen, oder andern Verträgen, oder vor dem kaiserlichen Landgerichte errichtet werden konnte, dieß von den Stiefältern nur in der letztgenannten Weise, und mit besondern in §. 3 vorgeschriebenen Kautelen soll geschehen können. Die unbedingtste Gestattung der hier in Frage stehenden Einkindschaft enthalten die Dinkelsbühler Statuten in dem schon oben wörtlich angeführten Tit. III, §. 7; zwar werden dort die Stiefältern nicht besonders erwähnt, aber das Recht, die schon einmal eingekindschafteten Kinder abermals einzukindschaften, wird jedem der aus der zweiten Ehe überlebenden Ehegatten in ganz gleicher Weise gegeben, „er mag sich in die zweite, oder dritte Ehe begeben,“ d. h. es mag der Stief- oder rechtälterliche Theil überleben; denn nur der Stiefälterliche Theil kann sich nach Trennung einer mit Einkindschaft geschlossenen Ehe in die

zweite Ehe begeben, der rechtälterliche nur in die dritte. —

Die übrigen Partikularrechte erwähnen unsere Frage nicht; es fragt sich also, was für sie gelten soll, mit andern Worten, was hierin als Grundsatz des gemeinen Rechtes zu betrachten sey? Daß den Stiefältern das Recht der Einkindschaftung zukomme, weil die Stiefkinder als ihre rechten erscheinen, behaupten **Teervoort (Ickstadt)** l. c. cap. I. §. 42, **Gmelin**, gemeinnützige Beobachtungen Bd. 1, S. 201. **Tafinger** S. 93, **Ringelmann** S. 98; dagegen leugnet dieß ohne Angabe eines Grundes **Hofmann**, Eherecht §. 330. Dieß letztere halte ich für das richtigere, theils weil die meisten Partikularrechte die Einkindschaftung durch Stiefältern verbieten, theils wegen ihrer oben entwickelten Gefährlichkeit und Unnatürlichkeit, welche der bei einem singulären Rechtsinstitute an sich nicht zulässigen Ausdehnung entgegen sind. Ganz verschieden hievon ist übrigens der allerdings gemeinrechtlich gültige, und von **Hofmann** §. 335 und einigen andern mit Unrecht geleugnete, Satz, daß die Einkindschaft nicht schon durch den Tod des rechtälterlichen Theiles nothwendig gelöst wird¹²⁾; es folgt aber hieraus nichts für das Recht der Stiefältern zu einer weitem Einkindschaft, weil von dem Behalten erworbener Rechte niemals auf den Erwerb neuer geschlossen werden darf.

III) Wenn endlich die Vorkinder theils leibliche theils eingekindschaftete desselben Theiles sind,

¹²⁾ **Gmelin** l. c. S. 193 ff. **Ringelmann** S. 98.

so muß über die letztern das eben Gesagte gelten, die weitere Einkindschaft der leiblichen aber nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt werden, weil es ja überhaupt frei steht, alle oder nur einige oder eines seiner Vorkinder einzukindschaften. Fränk. LÖD. Tit. 111, §. 10. Bamberger LÖ. C. 238, §. 17.

VI.

Zuletzt ist noch zu untersuchen, zu welcher Zeit eine Einkindschaft errichtet werden kann. Nach allgemeinen Grundsätzen, und daher auch nach gemeinem Rechte kann dieß entweder gleich bei Eingehung der Ehe, oder auch während derselben geschehen, und diesen Satz bestätigen mehrere unserer Partikularrechte ausdrücklich; Preuß. LÖ. §. 722. Fränk. LÖD. Tit. 110, §. 1. Mainzer LÖ. Tit. II, §. 6. Der regelmäßige Fall ist aber offenbar der erste; deßhalb erwähnen mehrere Partikularrechte nur diesen, Solmsen LÖ. Tit. 20, §. 1 und Casseller BÖ. §. 22, und einige andere schreiben vor, daß so oft Jemand zur zweiten Ehe schreitet, er vor der Trauung mit seinen erstehelichen Kindern entweder theilen, oder eine Einkindschaft errichten müsse. Hamb. LÖ. C. 324, §. 10. Hohenloher LÖ. Tit. 6, §. 5, vgl. mit Tit. 3, §. 2. — Dadurch ist jedoch nicht als verboten zu betrachten, daß während der Ehe mit Einwilligung sämmtlicher Interessenten die vor Eingehung der Ehe gepflogene Abtheilung wieder aufgehoben, und eine Einkindschaft errichtet werde. Nur die Dinkelsbühler Statuten verbieten jede Einkindschaftung während der Ehe, indem sie in Tit. 3, §. 1 be-

stimmen: „daß sie selbige jederzeit vor ihrem ehelichen Kirchgange und Beilager abreden.“

Dagegen muß es durchaus als unzulässig erklärt werden, daß ein überlebender Gatte mit seinen Kindern eventuell für den Fall eine Einkindschaft verabrede, daß er wieder heirathen werde, sog. Einkindschaft auf künftige Aeltern. Denn da die Zweckmäßigkeit der Einkindschaft für die Kinder erster Ehe nur nach den persönlichen und Vermögens-Verhältnissen des zweiten Ehegatten ihrer Aeltern beurtheilt werden kann, so wäre in dem erwähnten Falle eine Prüfung der Zweckmäßigkeit schlechtthin unmöglich, und der Vertrag würde von Seite der Kinder höchst gewagt und gefährlich seyn. Es liegt daher schon in den Bestimmungen der Partikularrechte über die nothwendige Prüfung und Bestätigung der Verwandten und des Gerichtes die Ausschließung jener Einkindschaft auf künftige Aeltern. Diese ist übrigens auch noch ausdrücklich verboten in der Fränkischen LÖD. Tit. 112.

Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide.

(Fortsetzung.)

15.

GD. XIII, Nur hinsichtlich der Form des Zuschie-ß. 2, Nr. 4. bens und Annehmens hat der Haupteid etwas mit einem Vertrag gemein, hinsichtlich des Inhalts aber herrscht der Grundsatz nothwendig vor, daß durch den Eid dem Richter die Wahrheit oder Unwahrheit der im Rechtsstreit erheblichen Thatsachen dargethan werden soll, daß daher der Haupteid unter die übrigen Probemittel zu zählen ist. (Cod. jud. XIII, §. 2, pr. u. Note a).

Hieraus folgt, daß der Richter selbst dann das Recht und die Pflicht hat, die Eidesformel von Amtswegen festzusetzen, wenn der Delat den Eid ohne Einwendung gegen die Formel angenommen hat, insofern diese Formel unerhebliche Umstände enthält. (Ann. zur GD. XIII, §. 1, lit. f, und §. 2, lit. c.) ¹⁷⁾

16.

Wenn die Eidesnorm dem Beweissthema zwar im Wesentlichen entspricht, jedoch dasselbe nicht vollständig erschöpft, so hat dies zwar deren richterliche Verbesserung, nicht aber die Desertion des Beweises zur Folge ¹⁸⁾.

17.

GD. a. a. D. Unter einer deutlichen und positiven Erklärung, welche die GD. vom Delaten verlangt, ist lediglich eine solche zu verstehen, welche keinem Zweifel darüber Raum giebt, welchen der drei vom Gesetz gestatteten Auswege — Acceptation, Relation oder Gewissensvertretung — der Delat ergreifen wolle. In dem Antrage desselben auf richterliche Festsetzung der Eidesnorm ist aber die Annahme des Eides überhaupt von selbst begriffen und in diesem Falle braucht die Acceptation nicht besonders erklärt zu werden ¹⁹⁾.

18.

Der Delat kann nur einen der gesetzlichen Wege einschlagen. Wählt er von diesen die Gewissensvertretung, so kann er sich für den Fall, daß sein Beweis mißlingen sollte, die Acceptation des Eides nicht vorbehalten ²⁰⁾. (Fortf. folgt.)

¹⁷⁾ AGC. v. 22. Jan. 1828. S. 830²⁶/27.

¹⁸⁾ AGC. v. 4. Dec. 1818. F. 172/1818.

¹⁹⁾ AGC. v. 6. April 1832. V. 449¹¹/32.

²⁰⁾ DAGE. v. 17. Mai 1838. B. 1030³⁶/37. AGAlt. v. Oberfranken. M. 9/1838.

Berichtigung.

In Nr. 16, S. 245, 3. 5 v. o. ist statt utilis zu setzen utilis.

B l ä t t e r

f ü r

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 20. Samstag, den 28. Sept. 1839.

Von Klagen aus Urkunden und vom Mangel der
causa debendi.

Die Worte brauchen, eh' man ihren Sinn bebach't,
Hat manchen falschen Satz zum Axiom gemacht.

I.

GD. XI, §. 9, Eine *literarum obligatio* mit con-
Nr. 3. *dictio ex chirographo* im römischen
rechtlichen Sinne, nach welchem der Obligations-
grund — abgesehen von der Materie des Rechts-
verhältnisses — in der Schuldverschreibung
liegt, ist dem heutzutage geltenden Rechte eben so
fremd, als die *verborum obligatio* mit der *actio*
ex stipulatu ¹⁾. — Gleichwohl kommen täglich
Fälle vor, von welchen man sagen kann, es werde
aus einer Urkunde geklagt. Dieser Ausdruck
paßt nämlich überall, wo das geltend gemachte
Recht auf einem Willensakte beruht, dessen Er-
klärung schriftlich geschah; so bei schriftlichen letz-
ten Willen, bei jeder schriftlichen auf Begründung

¹⁾ Vgl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. III, S. 215.

vertragsmäßiger Verbindlichkeit gerichteten Willens-
 erklärung, — insbesondere in denjenigen Fällen, in
 welchen schriftliche Errichtung gesetzliche Bedingung
 der Wirksamkeit des Vertrages ist. — Ueberall
 kommt hier die Urkunde nicht bloß als Beweis-
 mittel in Betracht, sondern zunächst als Träger
 derjenigen Thatfachen, aus welchen das Recht ab-
 geleitet wird; die Urkunde ist nicht errichtet wor-
 den, um einen früher zu Stande gekommenen Ver-
 trag oder letzten Willen gerichtlich zu erweisen,
 sondern Vertrag und letzter Wille sind in der Ur-
 kunde enthalten; diese ist die äußere Gestalt,
 in welcher jene zum rechtlichen Daseyn geboren
 wurden. Eben deswegen kann man in allen die-
 sen Fällen sagen: es werde aus der Urkunde ge-
 klagt; denn dieselbe d. h. der schriftlich erklärte
 Willensakt ist hier der Klagegrund selbst, und es
 führt zu irrigen Folgerungen, wenn man sie nur
 als Mittel, den Klagegrund zu beweisen, aufzufas-
 sen wollte.

Ueberall, wo die Urkunde als Klagegrund oder
 als Bestandtheil desselben erscheint, ist die Beant-
 wortung der Frage, was, um das geltend gemachte
 Recht zu begründen, dieselbe enthalten und wie sie
 errichtet seyn müsse, in den Bestimmungen des
 Civilrechts, nicht in Prozeßvorschriften zu suchen²⁾.
 Denn das Civilrecht bestimmt sowohl den Inhalt
 als die Form der rechtszeugenden Willenshand-
 lungen.

2) Was demnach das Preussische Landrecht über Inhalt
 und Form der Vertragsurkunden verordnet, ist im
 Bayreuthischen und Ansbachischen fortwährend anwend-
 bar, und durch die Einführung des Cod. jud. keines-
 wegs verdrängt.

Demzufolge ist insbesondere die Frage, ob und inwiefern ein schriftliches Zahlungsverprechen ³⁾, ohne spezielle Bezeichnung des Ursprungs der Schuld (*causa debendi*), rechtlich wirksam sey, eine civilrechtliche, nicht aus prozessualischen Vorschriften über den Urkundenbeweis zu beantwortende. Es handelt sich hier nicht von den Bedingungen der Beweis kraft einer als Beweismittel dienenden Urkunde, sondern von den civilrechtlichen Erfordernissen der Wirksamkeit einer Willenserklärung.

Diesem steht auch nicht entgegen, daß die Prozeßordnung es ist, welche die Ausführung des sog. entfernten Klagegrundes bei persönlichen Klagen vorschreibt. Denn der Sinn dieser Vorschrift besteht nur darin, daß es nicht genügt zu behaupten, der Beklagte sey das Eingeklagte schuldig, vielmehr solche Thatfachen angeführt werden müssen, welche nach dem Civilrechte die geltend gemachte Obligation zu begründen geeignet sind. —

2.

Nach dem gemeinen (praktischen) Civilrechte kann aus jedem acceptirten Zahlungsverprechen auf

³⁾ Wenn im Verlaufe dieser Erörterung von Begründung einer Klage durch *cautio indiscreta* gesprochen wird, so ist darunter immer ein Schuldschein, welcher ein Zahlungsverprechen enthält, verstanden. Denn ein bloßes Schuldbekenntniß, ohne Zahlungsverprechen, kann immer nur als Beweismittel dienen, nicht die Bedeutung einer rechtserzeugenden Thatfache haben. — Vgl. die in Note 7 allegirten Stellen, welche sämmtlich nicht bloß von einer *confessio* sprechen, sondern den Aussteller als „promissor“ und den Inhalt als „promissio“ bezeichnen.

Erfüllung geklagt werden ⁴⁾, und es ist daher auch eine sog. *cautio indiscreta* ⁵⁾ zur Klagebegründung geeignet. Wenn jedoch der Beklagte dagegen einwendet ⁶⁾, die Verschreibung sey ohne das Daseyn einer Schuld (*indebite*) ausgestellt worden, so muß der Kläger nachholend einen besonderen Forderungsgrund anführen, und solchen beweisen ⁷⁾.

Diese Stellen, welche diese civilrechtlichen Sätze aussprechen ⁸⁾, werden häufig angeführt, um die prozessualische Lehre: „Schuldscheine ohne

⁴⁾ Vgl. Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. I, S. 354 — 355. Die *Acceptation* braucht der Kläger nicht ausdrücklich zu behaupten. Diese Behauptung liegt schon in der Geltendmachung der in seinen Händen befindlichen Schuldurkunde.

⁵⁾ *Cautio indiscreta* ist auch derjenige Schuldschein, in welchem das Zahlungsverprechen als *constitutum debiti proprii* oder als Ergebnis der *Novation* einer frühern Schuld erscheint, ohne daß Ursprung und Gegenstand der frühern Schuld bezeichnet sind (*si causam antecedentem promissor specialiter non edixerit*. Vgl. C. 13 de non num. pecunia). — Nimmt dagegen der Schuldschein auf eine gepölogene Abrechnung Bezug, so gilt diese nach Analogie des Vergleichs als *causa praesens*, und es kommt auf die frühern durch die Abrechnung abgethanen Verhältnisse nicht mehr an. S. Heise und Cropp a. a. D. S. 361, §. 21, S. 365, §. 23.

⁶⁾ Dieser Einwand ist keineswegs identisch mit der *exceptio libelli obscuri*; es genügt nicht zu bemerken, dem Schuldscheine, aus welchem geklagt worden, fehle die Angabe der *causa debendi*; es muß vielmehr deutlich gesagt werden, die Ausstellung des Schuldscheins sey *indebite* geschehen. S. Note 7.

⁷⁾ Fr. 25, §. 4 de probat.: „*Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere....* Vgl. Const. 13 de non num. pecun.; C. 14, X de sive instrument.

⁸⁾ S. Note 7.

causa debendi ermangeln der Beweisraft“ — zu begründen⁹⁾. — Allein von der Wirksamkeit der Urkunde als Beweismittel — ist hier gar nicht die Rede, die fraglichen Stellen betreffen nur die civilrechtliche Wirksamkeit der darin enthaltenen schriftlichen Willenserklärung. — Die Thatsache, daß der Aussteller dem Kläger die Zahlung einer gewissen Summe versprochen hat, kann ohne Bedenken durch die cautio indiscreta vollständig bewiesen werden; aber diese Thatsache ist, wenn der Beklagte den oben bezeichneten Einwand machte¹⁰⁾, civilrechtlich nicht hinreichend, den Erfolg der Klage zu begründen.

Der prozessualische Einfluß des Mangels der causa debendi läßt sich nur aus dem Verhältnisse des Inhalts der als Beweismittel gebrauchten Urkunde zum Inhalte des Beweissatzes bestimmen. Lautet der Beweissatz allgemein: „Kläger hat zu beweisen, daß ihm vom Beklagten durch Urkunde vom 7. Sept. 1830 die Zahlung von hundert Gulden versprochen worden,“

⁹⁾ J. B. in neuester Zeit noch von Mühlenbruch Pandektenrecht Bd. I, §. 148.

¹⁰⁾ Macht er denselben nicht, läßt er sich etwa kontumazieren, so kann er auf dem Grunde der für anerkannt zu achtenden cautio indiscreta unbedenklich verurtheilt werden. — Ganz folgerichtig erklären sich Heise und Cropp a. a. O. S. 357 für die Ansicht, daß auf dem Grunde einer cautio indiscreta auch im Exekutivprozeß geklagt werden könne, dieser aber in das ordentliche Verfahren übergehe, wenn der Beklagte einwendet, die Ausstellung des Schuldscheins sey indebitum geschehen. — Nach bayerischem Rechte muß man, zufolge der Vorschrift der G.D. III, §. 3, Nr. 5, vgl. mit den in den Anmerk. hierz. angeführten Schriftstellern, die Einleitung des Exekutivprozesses im Falle der cautio indiscreta für unstatthaft erklären.

so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Mangel der *causa debendi* in der zur Anerkennung vorzulegenden Urkunde der Erbringung vollständigen Beweises durch diese nicht im Wege stehe, daß also der fragliche Mangel prozessualisch ganz unschädlich sey. — Besteht aber die Aufgabe des Beweisführers darin, einen besondern Forderungsgrund darzuthun, so ist die Vorlage einer der *causa debendi* nicht erwähnenden Schuldverschreibung offenbar nicht geeignet, den obliegenden Beweis vollständig zu erbringen. Aber eben so wenig läßt sich behaupten, daß der hinsichtlich des Forderungsgrundes unbestimmte Schuldschein hier der Beweisraft gänzlich ermangle. Vielmehr kann er, allein stehend, jedenfalls die Zuerkennung des Reinigungsbeides, in Verbindung aber mit andern in Bezug auf das spezielle Beweisthema relevanten Behelfen und Vermuthungen die Zulassung des Produzenten zum Ergänzungsbeide rechtfertigen; auch dazu dienen, einen durch andre Beweismittel nicht erschöpfend geführten Beweis zu ergänzen¹¹⁾. Dem Allem zufolge ist der Mangel der *causa debendi* in einer zum Beweise vorgelegten Urkunde kein hinreichender Grund, die Erklärung über deren Richtigkeit abzulehnen¹²⁾.

¹¹⁾ Z. B. es war zu beweisen, daß der Beklagte dem Kläger ein Pferd für 12 Karolin abgekauft habe. Nun wird durch zwei Zeugen bewiesen, daß Kläger und Beklagter am 29. Jänner 1830 über ein Pferd Handels einig geworden sind; der Betrag des Kaufgeldes ist den Zeugen nicht bekannt; aber der Kläger produzierte eine Urkunde vom 29. Jänner 1830, in welcher der Beklagte bekennt, ihm 12 Karolin schuldig geworden zu seyn, und solche zu zahlen verspricht.

¹²⁾ S. Glück im Kommentar Bd. 22, S. 57 u. 58.

3.

Die in dem Bisherigen aufgestellten Grundsätze gelten auch für Bayern. Daß jedes acceptirte Versprechen, „wenn es gleich weder einen legalen Namen, noch eine durch das Gesetz bestimmte gewisse Gestalt hat“ — in der Eigenschaft als ungenannter Konsensualkontrakt eine klagbare Verbindlichkeit erzeuge, ist in dem bayer. Landrecht Th. IV, Kap. XII, §. 1 ausdrücklich anerkannt. Demzufolge fehlt es der Klage aus einer ein Zahlungsversprechen enthaltenden *cautio indiscreta* keineswegs an dem von der Gerichtsordnung geforderten entfernten Klagegrunde. Zwar soll nach den Anmerkungen zur *GD.* IV, §. 7, lit. c. der entfernte Klagegrund bei Kontraktsklagen „in der besondern Gattung des Kontrakts“ bestehen. Aber zu den besondern Gattungen der Kontrakte gehören, wie aus dem Landrechte zu ersehen, auch die ungenannten Konsensualkontrakte. Zufolge der allegirten Anmerkungen fehlt es allerdings an der *causa remota*, wenn der Kläger nichts weiter behauptet, als: „der Beklagte schulde ihm 1000 Thaler.“ Allein davon ist die Behauptung: „Der Beklagte schuldet mir zufolge eines acceptirten Zahlungsversprechens“ — wesentlich verschieden. — Daß in letzterem Falle der Mangel einer nähern Angabe über die Veranlassung des Zahlungsversprechens (*causa debendi*) der Zulassung der Klage nicht im Wege stehe, erhellt aus den Vorschriften des Landrechts Th. IV, Kap. XIII, §. 5, Nr. 1 und §. 6, Nr. 1. Hier ist davon die Rede, daß der Beklagte gegen die

Klage aus einem mündlichen oder schriftlichen Zahlungsverprechen „*exceptionsweiß*“ anführt, daß Versprechen sey *indebite* geleistet worden, und diesem Einwande, „wenn die aufgestellte Obligation keine *causam debendi* in sich hat,“ — im Einklange mit dem gemeinen Rechte die Wirkung beigelegt, daß nun der Kläger die Schuld d. h. eine besondere rechtlich wirksame Veranlassung des Zahlungsverprechens beweisen müsse. Indem hier der Gesetzgeber die Verbindlichkeit des Klägers, einen besondern Forderungsgrund zu beweisen, von der Beklagterseits „*exceptionsweiß*“ angebrachten *condictio indebiti* (L.R. a. a. D. §. 5, Nr. 1) abhängig macht, erkennt er unzweideutig an, daß es unzulässig sey, eine Klage aus einem acceptirten Zahlungsverprechen deswegen, weil in der Klagschrift die besondere Veranlassung des Versprechens nicht angegeben ist, von der Gerichtsschwelle zurückzuweisen, und daß auf dem Grunde einer solchen Klage, wenn der Beklagte den fraglichen Einwand nicht macht, eine Verurtheilung wohl erfolgen könne.

Die *causa debendi*, deren Mangel nach den angeführten Bestimmungen des Landrechts zu dem bezeichneten Einwande Anlaß giebt, ist daher mit der *causa petendi remota* oder *specialis*, welche nach den Anmerkungen zur G.D. IV, §. 7, lit. c. zur Begründung persönlicher Klagen angeführt werden muß, — nicht zu verwechseln. Eine Schuldverschreibung, welche ein Zahlungsverprechen ohne Angabe seiner Veranlassung enthält, kann zwar zum Zwecke der Klagebegründung

als *causa petendi remota* oder *specialis* gelten, sie ermangelt aber der *causa debendi* im Sinne des R. a. a. D. §. 6, Nr. 1. —

4.

Fassen wir nun die Bestimmung der Gerichtsordnung über den Mangel der *causa debendi*, in Bezug auf Verweiskurkunden, ins Auge, so ist aus der betreffenden Stelle (Kap. XI, §. 9, Nr. 3) und den Anmerkungen zu derselben zu entnehmen, daß Kreittmayr mit sich nicht im Klaren war, und daß ihm insbesondere die nothwendige Scheidung des civilrechtlichen Gesichtspunktes von dem prozessualischen fremd geblieben ist. Daher diese Unsicherheit und Unbestimmtheit des Gesetzes:

„Ob schon der Abgang der *causa debendi* außer den in den Rechten benannten Fällen eben kein Essentialfehler von einem Instrumente ist, so soll man diesen doch auch für keine gleichgültige Sache ansehen, indem die Entscheidung des Streites oft davon abhängt.“

Aus dieser haltungslosen, zum größten Theile nichtsagenden Vorschrift läßt sich nur der eine prozessualische Rechtsatz¹³⁾ ableiten: Der Ab-

¹³⁾ Die Anmerkungen geben hier eine civilrechtliche Erörterung über die Frage: ob man *causam debendi in instrumento* nothwendig exprimiren müsse? — Vgl. die Anmerk. zum cod. civilis Th. IV, Kap. I, §§. 6, 7, Nr. 2: „Bei Verfertigung der schriftlichen Urkund hat man nicht außer Acht zu lassen, was wir bereits ad Cod. jud. C. 11, §. 9 von Rasuren, Correctionen, Zusätzen und anderen dergleichen Instrumenten Mängeln, wie auch von dem loco, dato, causa debendi und sonst angemerkt haben.“

gang der *causa debendi* ist der Regel nach kein Hauptmangel, es kann daher der Proceß wegen dieses Mangels der Regel nach die Recognition nicht verweigern. — Bezüglich der Ausnahmen wird auf „die in den Rechten benannten Fälle (!) verwiesen, und in den Anmerkungen auf zwei Beispiele Bezug genommen, welche das gemeinsam haben, daß sie hieher nicht passen. Denn der Beweis durch Handelsbücher hat (zufolge der einer *scriptura pro scribente* beigelegten Beweiskraft) eine ganz eigenthümliche Natur und ist auch im Verfahren von dem sonstigen Urkundenbeweise wesentlich verschieden; der Satz aber, daß Cessionsurkunden die *causa cessionis* enthalten müssen, betrifft nicht die Frage von der Beweiskraft der Urkunden, sondern die civilrechtliche Frage, in wiefern die Geltendmachung cedirter Rechte durch Anführung und Nachweisung des Cessionsgrundes bedingt sey. — Zudem ist es unrichtig, daß eine Cessionsurkunde ohne Anführung der *causa cessionis* — aller Beweiskraft ermangele und irrefogniscibel sey. Es ist dies in den Rechten nirgends verordnet; vielmehr gilt hier dasselbe, was oben von der Beweiskraft indiscreter Schuldverschreibungen gesagt wurde. —

Ueberhaupt enthält obige Vorschrift der O.D. gar nichts Eigenthümliches, vom gemeinen Rechte Abweichendes; es kann daher Alles, was nach gemeinem Civilproceß über den Mangel der *causa debendi* gilt, auch in den bayerischen Gerichten zur Anwendung kommen. (S. jedoch in Ansehung des Executivproceßes oben Note 10).

Noch mag hier bemerkt werden, daß die Lehre Kreittmayr's ¹⁴⁾:

„Die Mängel eines Dokumentes werden von Amtswegen niemals attendirt, wenn sich der Gegentheil nicht selbst rührt, und das Dokument deswegen zu bestreiten sucht“

auf den Mangel der *causa debendi*, soviel dessen prozessualischen Einfluß ¹⁵⁾ betrifft, nicht bezogen werden kann. Dem Schweigen des Produkten läßt sich zwar die Wirkung beimessen, daß nun auf Fehler der äußern Beschaffenheit z. B. Verschiedenheit der Dinte, Korrekturen, Einschnitte u. dgl. kein Gewicht gelegt wird; keineswegs aber berechtigt dasselbe zu der Fiktion, daß die Urkunde etwas enthalte, was in der That nicht darin steht. Wenn daher z. B. der Kläger, dem der Beweis eines besondern Forderungsgrundes aufgelegt war, zur Führung desselben eine *cautio indiscreta* vorlegte, so kann dadurch vollständiger Beweis nicht geliefert werden, wenn gleich der Produkt es unterläßt, den Mangel der *causa debendi* zu rügen ¹⁶⁾.

¹⁴⁾ Anmerk. zur GD. XI, §. 9, lit. e.

¹⁵⁾ Welche Wirkung es nach civilrechtlichen Vorschriften habe, wenn in der Vernehmung auf eine aus einer *cautio indiscreta* erhobenen Klage, der Einwand, daß sie ohne *causa debendi* ausgestellt worden, nicht entgegengesetzt wird? — Darüber s. oben Note 10 und Nr. 3 des Textes.

¹⁶⁾ Ebenso wenig kann eine Urkunde, welche nur ein unbeschwornes Zeugniß eines Dritten über die zu beweisende Thatsache enthält, dadurch, daß der Produkt diese Beschaffenheit nicht hervorhebt, die Kraft vollständigen Beweises erlangen.

Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide.

(Fortsetzung.)

19.

GD. XIII, Das christlich Verstorbeneseyn bedarf § 2, Nr. 7. keiner besondern Nachweisung, sondern wird überall vermuthet, so lange nicht das Gegentheil aus besondern Thatumständen hervorgeht, z. B. wenn der Tod durch Selbstmord, oder durch eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung des Verstorbenen herbeigeführt wurde ²¹⁾.

20.

Dem Ausdruck „christlich sterben“ kann nicht die Bedeutung beigelegt werden, als hieße dieß mit allen Heilmitteln der Religion verstorben seyn, sondern jener Ausdruck heißt soviel als gottselig sterben und die ratio legis ist in den Worten der Const. 6, Cod. ad Leg. Jul. repet. (IX, 27) enthalten: „Neminem divini timoris, contemnendo jusjurandum arbitramur immemorem, ut salutis propriae ullum commodum anteponat“ ²²⁾.

21.

Zu den Erfordernissen, unter welchen der Tod die Eidesleistung vertritt, gehört nicht, daß der Eid schon gerichtlich aufgetragen wurde, sondern

²¹⁾ UGE. v. 9. Aug. 1833. W. 929³⁰/31. — v. 5. Nov. 1833. D. 76³¹/32. — v. 3. März 1835.

²²⁾ UGE. v. 2. Sept. 1836. P. 319³²/33.

nur, daß sich der Verstorbene zum Eide schon gerichtlich erboten hatte²³⁾).

22.

Ein referirter Eid ist durch den Tod des Defferenten nicht für abgeleistet zu halten, wenn dieser sich nicht zur Ableistung vorher gerichtlich erboten hat²⁴⁾).

23.

Der Delat hatte sich zur Ableistung des deferrirten Eides zwar nicht nach der vom Defferenten vorgelegten unpassenden Norm, wohl aber nach einer dem Interlokut entsprechenden Norm erboten und diese Norm wurde in erster und zweiter Instanz ohne alle Abänderung, in dritter Instanz aber nur mit der Modifikation genehmigt, daß aus der Eidesnorm der sich auf die Wiederaufhebung des Vertrags beziehende Beisatz „rechtsgültig“ wegzulassen sey. Ehe das Urtheil dritter Instanz erlassen war, starb der Delat. Bei dem Vorhandenseyn der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen wurde der Eid für geleistet erachtet²⁵⁾).

24.

Wenn der im Laufe des Prozesses verstorbene Delat den ihm eventuell zugeschobenen Eid angenommen hat, nach dem Resultate der primären Beweisführung aber auf den Reinigungs Eid zu er-

²³⁾ DAGE. v. 20. Dec. 1828. AGAlt. G. 954²⁶/27.

²⁴⁾ AGE. v. 24. Aug. 1830, bestät. durch DAGE. vom 3. Mai 1831. AGAlt. F. 160²⁵/26.

²⁵⁾ AGE. v. 26. Nov. 1824. Z. 480/1818.

kennen wäre, so kann, wenn dieser Eid in dem, was zu beschwören ist, mit dem acceptirten Schiedseid übereinstimmt, die geschlossene Annahme des letztern die Stelle des Anerbietens zum Reinigungseide vertreten²⁰⁾.

(Schluß folgt.)

Zur Lehre von Urkunden¹⁾.

Der Unterrichter hat das Dokument verworfen, weil es nur unterkreuzt ist, und sich deshalb auf Nov. 73, C. 8 bezogen. Es kann aber die Urkunde auf den Grund dieses Gesetzes nicht verworfen werden, denn

a) es ist dieses Gesetz nur suavisorisch; dies bewährt die Ueberschrift: „*Imperiti litterarum quomodo caute contrahant.*“

b) Es ist nur bedingt gegeben; dies bewährt die Auth. sed novo jure Cod. si certum petatur, mit den Worten: „*Si fiat ab imperito litterarum contractus in scriptis et in civitate, et excedat libram auri, in agris autem, quao hactenus valuerunt, et nunc sint firma.*“

c) Ist dieses h. z. L. nicht mehr üblich; dies bewährt v. Kreittmayr in den Anmerkungen zum bayer. Landrecht Th. IV, Kap. 1, §. 6, Nr. 3.

Zudem erklärt die WD. XI, §. 8, Nr. 6 ein solches Dokument für recognoscibel, wenn sie die

²⁰⁾ AÜG. v. 3. März 1835.

¹⁾ Aus einem Erkenntniß des A.G. des vormal. Regatkr. v. 24. Jan. 1823. II. 89^{23/24}.

Urkunden, wobei der Verpflichtete selbstthätig war, in drei Klassen theilt:

- 1) in solche, welche der Aussteller geschrieben,
- 2) in solche, welche er unterschrieben, und
- 3) in solche, welche er unterzeichnet hat.

Das Wort „oder“ zwischen den Worten unterschrieben und unterzeichnet giebt deutlich zu erkennen, daß das Gesetz unter den unterschriebenen Urkunden solche versteht, welche mit der Unterschrift, und unterzeichneten solche, welche mit dem Handzeichen des Ausstellers versehen sind.

Tagebuch der Praxis.

(Erfüllungseid.)

Die Frage, wiebald man sich zum Erfüllungseid erbieuten müsse, ist nicht nach §. 12 der Nov. vom 22. Juli 1819, sondern nach WD. Kap. XIII, §. 3, Nr. 1 dahin zu entscheiden, daß das Erbieuten noch bis zum Beschlusse der Sache zulässig sey ¹⁾).

(Dominium reservatum.)

Der Vorbehalt des Eigenthums, wie er bei Verkäufen — bis zur Zahlung des Kaufschillings — üblich ist, begründet, wenn er in der II. Rubrik des Hypothekenbuchs eingetragen worden, das Separationsrecht ²⁾).

¹⁾ DAGE. v. 14. Nov. 1837. DAGEst. Nr. 1416³⁵/₃₆.

²⁾ Vgl. §. 2 mit §. 3, Nr. 2 der Prior. Ord. v. 1 Juni 1822. — DAGE. vom 21. Nov. 1837. DAGEst. Nr. 794³⁶/₃₇.

(Vorbeziehung der Klagen contra fiscum.)

Die bloße Anmeldung nach §. 30 des Finanzgesetzes vom 28. Dez. 1831 überhebt nicht der Beobachtung dessen, was in §. 9 der Novelle vom 22. Juli 1819 bezüglich der vorgängigen Betretung und Durchführung des Administrativweges verordnet ist ³⁾. — Vgl. Blätter für Rechtsanwendung Bd. II, S. 126 — 128.

(Zulässigkeit der Oberberufung.)

Gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse, wodurch der Antrag auf ein unbedingtes Mandat abgewiesen worden, findet Oberberufung nicht statt ⁴⁾. Nov. v. 22. Juli 1819, §. 20, Nr. 1 u. 3, vgl. Nov. v. 17. Nov. 1837, §. 54, Nr. 1 mit §. 52, Nr. 3.

(§. 52 des Hyp. Ges. — Appellabilität.)

Der §. 18 der Nov. v. 22. Juli 1819 (§. 51 der Nov. vom 17. Nov. 1837) ist nicht anwendbar, wenn in einer nach §. 52 des Hyp. Ges. zu beurtheilenden Rechtsache von dem Gläubiger bei dem höhern Richter darüber Beschwerde geführt wird, daß der Unterrichter eine dem erwähnten §. 52 zuwiderlaufende Verfügung erlassen habe ⁵⁾.

³⁾ DAGE. v. 21. Febr. 1839. DAGEft. Nr. 1435³⁵/36. Gleichförmig wurde vom DAG. in der Rechtsache Nr. 1405³⁴/35 erkannt.

⁴⁾ DAGE. v. 22. Mai 1832. DA. Nr. 821³¹/32; — v. 25 ejusd. in den Rechtsachen Nr. 649³¹/32 u. 834³¹/32.

⁵⁾ DAGE. v. 14. Dez. 1832. DA. Nr. 1236³¹/32.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 21. Samstag, den 12. Oktbr. 1839.

Noch ein Wort von der Beweiskraft der Aussage des Geschädigten oder Verleumdigten über den Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens.

Vom k. Appellationsgerichts-Accessisten v. Hagens.

Es hat den Verfasser dieses sehr erfreut, seine in Nr. 4 dieser Blätter im vorstehenden Betreff ausgesprochene Ansicht in Nr. 10 derselben von Seite eines so vortrefflichen Geschäftsmannes, des königl. Hrn. Oberappellationsgerichtsrathes J. N. Höfler bestätigt und darin auch angeführt zu sehen, daß sie in neuerer Zeit schon mehreren Erkenntnissen des k. Oberappellationsgerichts zu Grunde gelegt worden sey ¹⁾.

Da nun zu wünschen ist, daß diese in einer so wichtigen Frage wiederholt ausgesprochene Ansicht möglichst befestigt werde, so sey mir vergönnt, das Ergebniß einer nochmaligen Prüfung, zu welcher mich die in Nr. 10 zur Rechtfertigung der bis-

¹⁾ Derselben Ansicht ist auch Debes, Aufsätze aus dem Gebiete des bayr. bürgerl. u. öff. Rechts. Würzburg 1837.

herigen Praxis vorgetragenen Gründe veranlaßten, hier mitzutheilen.

- 1) Der Art. 282, Th. II, StGB. sagt deutlich:
 „daß das Zeugniß desjenigen, an welchem
 „das Verbrechen begangen worden, vollgültig
 „sey, so weit dasselbe bloß darauf gerich-
 „tet ist, daß das angeschuldete Verbrechen an
 „ihm verübt wurde.“

Wenn nun auch dieser Artikel nicht von dem durch das Zeugniß des Beschädigten enthaltenen Resultate, sondern lediglich von der Tüchtigkeit dieses Beweismittels zu verstehen ist, indem das Randrubrum Nr. I des 4. Kapitels nur von der Gültigkeit der Zeugenaussagen überhaupt spricht, so bleibt doch immer noch der Umstand, daß der Beschädigte oder Beleidigte im Art. 282 unter die Reihe der Zeugen gesetzt ist, so wie der Art. 286 übrig, welcher ebenso deutlich sagt:

- „daß die Aussage eines einzigen vollgültigen
 „Zeugen (der Wirkung oder dem Resultate
 „nach) nur einem halben Beweise gleichzu-
 „rechnen sey.“

Es ist nun eine allgemeine Interpretationsregel, daß klare Gesetze lediglich nach dem Wortlaute zu nehmen seyen. In Gemäßheit derselben steht durch den Inhalt des Art. 282 der Rechtsatz fest, daß der Aussage des Beschädigten oder Beleidigten — bezüglich des Thatbestandes — die Kraft eines halben Beweises zukomme.

2) Dieses Resultat der grammatischen Auslegung wird bestätigt, wenn man die Hülfsmittel der logischen Auslegung benützt. Hierher gehört vor Allem die Rücksichtnahme auf die Quellen des

Gesetzes, auf die Geschichte seiner Entstehung, die Erforschung und Erwägung der Gründe, aus welchen das Gesetz so und nicht anders gefaßt worden.

Bekanntlich wurde, ehe das Strafgesetzbuch gesetzliche Kraft erhielt, der Entwurf desselben in den Sitzungen der geheimen Raths-Sektionen und des vollen geheimen Raths berathen und die Gründe für oder gegen die einzelnen Artikel zu Protokoll gebracht.

Die Protokolle der geheimen Raths-Sektionen weisen nun nach, daß der Art. 293 unser's Strafgesetzbuches im Entwurfe dieselbe Stelle, wie zur Zeit, einnahm, indessen so lautete:

„So ferne andere Zeugen nicht zu haben sind,
 „wird der Thatbestand eines Raubes, einer
 „Entwendung, Veruntreuung oder Verletzung
 „des Eigenthums durch eidliche Aussage des
 „Beschädigten vollkommen erwiesen.

„Was den Betrag der Entwendung, Ver-
 „untreuung oder Beschädigung anbetrifft, so
 „ist derselbe durch Sachverständige, wenn die-
 „ses nicht geschehen kann, durch Personen,
 „welchen die fragliche Sache und deren Werth
 „bekannt ist, und wo auch dieses unthunlich,
 „durch eidliche Schätzung des Beschädigten oder
 „desjenigen, welcher die Sache in Besitz oder
 „in Verwahrung hatte, zu erheben.“

Durch die Majorität des geheimen Rathes (Sitzung vom 24. Nov. 1811) wurde nun die Weglassung des Absatzes I in dem erwähnten Artikel aus dem Grunde beschloffen, weil diese Abweichung von der im Art. 282 ausgesprochenen Regel und den dort aufgestellten

Grundsätzen in ihren Folgen sehr bedenklich werden könne, auch das Zeugniß des Beschädigten als halber Beweis bereits in Konkurrenz mit den andern Beweismitteln gezogen werde und diese Lehre ebenso gewagt seyn würde, als jene, daß ohne allen Thatbestand die ordentliche Strafe angewendet werden könne; Konsequenz in der Gesetzgebung, und die Pflicht des Gesetzgebers, der Bosheit und dem Interesse der Menschen keine Mittel zu geben, auch nur Einen vielleicht Unschuldigen zu verderben, erforderten die Auslassung des im Eingange des Art. 293 enthaltenen Satzes.

Hieraus geht immerhin soviel hervor, daß der Gesetzgeber, welcher nicht die ursprüngliche, sondern die durch die Majorität des geheimen Rathes abgeänderte Fassung des Art. 293 zum Gesetze erhob, keineswegs den Willen hatte, dem Zeugnisse des Beschädigten oder Beleidigten hinsichtlich des Thatbestandes, ausgenommen was eventuell den Betrag der Entwendung, Veruntreuung oder Beschädigung betrifft, dem Resultate nach mehr, als die Kraft eines halben Beweises einzuräumen.

Wenn, wie in Nr. 10 als Zweifelsgrund aufgestellt wurde, bei Angriffen auf das Vermögen der Betrag der Entwendung, Veruntreuung oder Beschädigung die Qualifikation oder den Grad der strafbaren Handlung bestimmt und dieser ein wichtiger Theil des Thatbestandes ist, so dürfte doch ein noch wichtigerer Theil — ja die *conditio sine qua non* desselben — der Umstand seyn, daß an einer Person eine strafbare Handlung überhaupt verübt wurde, indem, wenn dieses der

Fall nicht ist, von einer Strafe; mithin auch von einer Qualifikation der strafbaren Handlung nicht die Rede seyn kann.

Der Gesetzgeber dürfte daher mit gutem Grunde zur Herstellung dieses Umstandes einen strengeren, durch die eidliche Aussage eines Beschädigten oder Beleidigten allein nicht erreichbaren Beweis gefordert und selbst zur Herstellung des Grades der Strafhandlung bei Entwendungen, Veruntreuungen oder Beschädigungen der eidlichen Schätzung des Beschädigten nur in eventum die Kraft eines vollen Beweises eingeräumt haben.

3) Der Art. 268, Th. II steht unserer Ansicht nicht entgegen.

Der Gesetzgeber hatte nämlich, wie schon aus der Stellung dieses Artikels im Strafgesetzbuche hervorgeht, gar nicht im Sinne, in diesem Artikel Normen über die Erfordernisse der Beweisführung durch Augenschein, durch Aussage der Zeugen oder Beschädigten aufzustellen; nur gelegentlich, aus Veranlassung der die Beweiskraft des Geständnisses betreffenden Vorschrift, wird ganz allgemein erwähnt, daß Augenschein, Aussage der Zeugen oder Beschädigten dazu dienen können, den Thatbestand zur Gewißheit zu bringen. Zu bestimmen aber, was dazu gehöre, damit durch diese Arten des Beweises Gewißheit geschafft werde, lag ganz außer der Sphäre dieses Artikels.

Angenommen aber auch, was nicht anzunehmen ist, daß Art. 268 Normen über die Erfordernisse der Beweisführung durch Aussage der Zeugen oder Beschädigten enthalte, so wird man

aus dem Wortlaute des Artikels noch keineswegs entnehmen können, daß durch die Aussage des Beschädigten der Thatbestand zur Gewißheit gebracht werde, vielmehr diejenige Auslegung vorziehen müssen, welche mit den übrigen in demselben Gesetzbuche befindlichen Bestimmungen, insbesondere mit Art. 282, 286 und 293 nicht im Widerspruche steht.

Auch scheint aus der Nebeneinanderstellung der Zeugen und Beschädigten in diesem Artikel so viel hervorzugehen, daß der Gesetzgeber im Sinne hatte, Alles, was im allgemeinen von den Zeugen gilt, auch von den Beschädigten gelten zu lassen. —

Im Vorbeigehen sey noch bemerkt, daß die Fälle, in welchen mehr als ein Beschädigter oder Beleidigter auftritt, nicht so selten sind, als in Nr. 10 dieser Blätter behauptet werden will.

Es können durch einen Schuß mehrere Personen verwundet, durch eine Schimpfrede mehrere unter einem Kollektivnamen zusammengefaßte Personen beschimpft, durch eine Entwendung z. B. eines, Effekten verschiedener Eigenthümer enthaltenden Sackes — mehrere Personen beschädigt worden seyn.

Ob der §. 150 aufgestellte Satz:

„Sobald mehr als eine beschädigte Person erscheint, so ist nach den Gesetzen vom Zusammenflusse Art. 109, §. 1 nicht mehr Ein, sondern es sind zwei Verbrechen vorhanden. Es tritt eine sogenannte reale Konkurrenz ein“ — sich in Richtigkeit verhalte, dürfte bei näherer Prüfung um so mehr als zweifelhaft erscheinen, da

nach Bd. I, S. 259 der Anmerk. die reale Konkurrenz überall das Daseyn mehrerer strafbarer Handlungen voraussetzt.

4) In dem im Art. 262, Th. II erwähnten einzelnen Falle, in welchem bei Uebertretungen, welche während der Ausübung des Amtes eines Untersuchungsrichters und im Beiseyn des Aktuars begangen wurden, durch das in gesetzlicher Form darüber aufgenommene Protokoll die That selbst rechtlich erwiesen wird, handelt es sich von dem Zeugnisse zweier Personen, des Untersuchungsrichters und des Aktuars; die Vorschrift dieses Artikels ist daher nicht geeignet, der bisherigen Praxis zur Stütze zu dienen.

Daß ferner Art. 445, Th. I eine ganz singuläre Bestimmung enthält, und darum die in Bezug auf die Beweiskraft der Aussage des Beschädigten oder Beleidigten über den Thatbestand im Art. 282, Th. II aufgestellte Regel nicht zu erschüttern vermag, springt in die Augen. Bedenklich aber scheint die Deutung, welche S. 151 der im Bd. III, S. 344 enthaltenen Stelle der Anm. gegeben werden will; indem in dieser Stelle ausdrücklich von der Analogie dessen, was im Art. 282, Th. II verordnet ist

„und der eigenthümlichen“

Beschaffenheit des Vergehens der Bestechung die Rede ist, und daher aus beiden Gründen zusammen — nicht aus dem einen oder andern Grunde allein — dem Zeugnisse des unbestochenen Staatsbeamten ein höherer Werth als der Aussage eines andern Zeugen zugeschrieben wird. Ueberdies bezieht sich die erwähnte Stelle der Anm.,

so wie der Art. 445 selbst, nicht auf den Thatbestand allein, sondern ausdrücklich auch und hauptsächlich auf die bestechende Person, zu deren Verurtheilung das Zeugniß des unbestochenen Staatsbeamten nach Analogie des Art. 282, worin von dem Zeugnisse des Beleidigten auch in Bezug auf die Person des Thäters die Rede ist, so wie nach der eigenthümlichen Beschaffenheit dieses Vergehens unter bestimmten Voraussetzungen genügen soll.

5) Auffallend, ohne jedoch ein hinreichender Zweifelsgrund zu seyn, ist es, wenn von dem k. Staatsministerium der Justiz nie eine Rüge über irrige Interpretation des Art. 282 erlassen worden seyn sollte.

6) Daß österreichische StGB. kam zwar bei der Diskussion des geheimen Rathes über den Entwurf des Art. 282 zu Sprache, es wurde sogar ein Gutachten hierüber von einem besonders hiezu mit beauftragten Geschäftsmanne (Johann Christoph Gram) abgegeben, welches dahin lautete

„daß nach dem österreichischen Gesetze die Aussage eines Damnikaten jener eines andern Zeugen gleich sey und seine Aussage, wenn sie mit den vorgeschriebenen Eigenschaften versehen ist, in der Regel einen halben Beweis mache. Von dieser Regel mache das Gesetz Art. 404, Th. I zwei Ausnahmen, wo es sogar der Aussage des Damnikaten vollständige Beweiskraft beilege, indem es verordne, daß

a) im Falle, wo der Beweis der That auf andere Art nicht möglich wäre, die Aussage

„desjenigen, an dem das Verbrechen verübt worden, für zureichend anzusehen sey, um die Beschaffenheit der That zu beweisen und daß
 b) der Betrag des aus dem Verbrechen entstandenen Schadens, in so weit es sich um dessen Ersatz handelt, durch das Zeugniß desjenigen rechtlich erwiesen werde, dem der Schade zugefügt worden.

„In letzter Beziehung beweise die Aussage des Dämnifikaten nur den aus dem Verbrechen entstandenen Schaden, in so weit es sich um dessen Ersatz handelt, aber bei Verbrechen, deren Bestimmung von der Größe des Schadens abhängt; z. B. beim Diebstahle, bei der Veruntreuung, beim Betruge nicht die verschiedene Eigenschaft des Verbrechen. Wenn z. B. der Bestohlene behauptet, es seyen ihm aus seiner Kasse durch einen vor 3 Tagen geschehenen Einbruch 360 fl. entwendet worden, der Beschuldigte aber zwar den Einbruch eingestehet, aber nicht mehr als 275 fl. entwendet zu haben behauptet, so sey zwar die Aussage des Dämnifikaten zum Beweise des Schadens und so weit es sich um dessen Ersatz handelt, hinreichend; sie reiche aber nicht zu, um diesen Diebstahl als einen Diebstahl über 300 fl. nach §. 159 des StG. bestrafen zu können.“

Wenn nun dem bayerischen Gesetzgeber vor der Sanction des Gesetzes die Bestimmungen des östr. Gesetzbuches bekannt, ja demselben bei Berathung und Beantragung der einzelnen Artikel so-

gar vor Augen gelegen waren, derselbe aber gleichwohl nicht diese, sondern von diesen verschiedene Bestimmungen sanktionirte, so kann wohl zum Ueberflusse auch hieraus entnommen werden, was der Gesetzgeber im fraglichen Punkte festgesetzt wissen wollte.

Es kann daher der Praxis nicht erlaubt seyn, das östr. Gesetzbuch hier sich zum Vorbild zu nehmen; aber eben so wenig kann ihr erlaubt seyn, demjenigen, was **Cod. crim. bav. Th. II. c. 3, §. 6, Nr. 1** und die Anmerkungen hiezu enthalten, Einfluß auf sich zu gestatten, indem durch die Gesetzgebung von 1813 ganz andere Bestimmungen an die Stelle der ehemaligen getreten sind.

Indeß selbst in der früheren Gesetzgebung Bayerns war enthalten,

„daß die Obrigkeit soviel immer möglich und
 „nach Beschaffenheit jeder Sache seyn kann,
 „die Gewißheit in Bezug auf das **cor-**
 „**pus delicti** zu erlangen sich bestreben, und
 „entweder durch lebendigen Augenschein, oder
 „da die That heimlich begangen worden und
 „keine sichtbare Fußstapfen nach sich läßt,
 „oder sonst schwer zu erweisen ist, durch red-
 „liche Anzeigen und die mit beiden
 „übereinstimmende Erfahrung zu ergründen
 „trachten soll.“

Cod. crim. bav. 1751, Th. II. c. 3, §. 1 und Anm. hiezu.

Bei Diebstählen und Räubereien galt nur zum Theil eine Modifikation dieser Bestimmung. §. 6, Nr. 1 **codem. cfr.** übrigens noch c. 3, §. 6, Nr. 5 u. 6 und c. 5, §. 9, Nr. 3 u. 10 **codem,**

dann zur doktrinellen Interpretation Frhr. v. Kreittmayr comp. cod. bav. civ. jud. et crim. S. 549.

Nach allem diesen, so wie nach dem gemeinschaftlichen Resultate der in Nr. 4 u. 10 dieser Blätter entwickelten Ansicht dürfte nun die von der ältern — nicht konstant gewordenen — Praxis in der so wichtigen Frage irrig eingeführte Ansicht zu verlassen und auf derselben nicht etwa bloß darum zu beharren seyn, weil nach der Vorschrift des Gesetzes die Schwierigkeit des Beweises und in Folge dessen auch der Verhängung der ordentlichen Strafe über den Angeschuldeten größer scheint, und es dürfte daher auch allgemein darauf aufmerksam zu machen seyn, wie wenig der in so vielen Erkenntnissen zu lesende Satz:

„Der Thatbestand des Diebstahls u. ist durch
„die Aussage des Beschädigten zur Gewißheit
„gebracht. Art. 282, 268, 293, Th. II, StGB.“

dem Wortlaute oder Sinn des Gesetzes gemäß sey und den Angeschuldeten oder dessen Vertheidiger beruhigen könne.

Mittheilungen aus der Praxis zur Lehre vom Eide.

(Schluß.)

25.

GD. XIII, War die Eideszuschiebung rechts
§. 2, Nr. 8. lich nicht möglich, so kann von einer
Zurückschiebung des Eides keine Rede seyn,
denn diese setzt einen gültig deferirten Eid und eine

solche Geschichte, wovon beide Theile gute Wissenschaft haben können, nothwendig voraus ²⁷⁾).

26.

Wie die Zuschiebung des Eides, so ist auch die Zurückschiebung desselben von dem gesetzlichen Requisit der Wissenschaft des zu beschwörenden Faktums abhängig gemacht. — Geschicht die Delation über eine Thatsache, worüber beide Theile gute Wissenschaft haben können, so hat die Zurückschiebung allerdings statt, nicht aber, wenn der Deferent an der zu beschwörenden Thatsache keine gute Wissenschaft hat. (Ann. zur OD. XIII, 2, Nr. 8, lit. i.) Uebrigens ist die Eideszuschiebung gleichwohl zulässig, wenn auch nicht der Deferent, sondern Moß der Delat von der Sache Wissenschaft hat, oder haben kann. — Wie dem Delaten gegen die Statthastigkeit der Eideszuschiebung, ebenso steht auch dem Relaten gegen die Statthastigkeit der Zurückschiebung zu, Einwendungen vorzubringen und hierüber muß vorerst richterlich erkannt werden. (Ann. I. c. lit. c.) ²⁸⁾

27.

Der Delat ist bei der Zurückschiebung des Eides nicht an die vom Deferenten gebrauchte Eidesnorm gebunden, sondern er kann den Eid auch in veränderter Norm zurückschieben, und wenn der Deferent und Relat diese Veränderung nicht für zulässig hält, und die Eidesrelation nicht annehmen will, so hat der Richter die Eidesnorm festzusetzen. Für keinen Theil tritt aber unter solchen

²⁷⁾ AÜGE. v. 28. Aug. 1830, u. DAÜGE. v. 3. Mai 1831.

ABst. F. 160²⁵/₂₆.

²⁸⁾ DAÜGE. v. 7. März 1829. ABst. W. 422²¹/₂₄.

Umständen der Rechtsnachteile ein, daß der Eid für refusirt zu achten wäre. (GD. XIII, §. 2, Nr. 4, u. §. 1, Nr. 5.) ²⁹⁾

28.

GD. XIII, §. 2, Nr. 10. Zur *Retractio juramenti ex capite perjurii* wird vollständige Probe durch ganz neu hervorgekommene und vorher nicht bekannt gewesene Beweise erfordert. (Anm. zur GD. I. c. Note I.) Die alten Probenmittel können nicht benützt werden, es muß der Meineid allein und ausschließlich durch die neuen Beweise vollkommen dargethan werden. Um die Probe des Meineides herzustellen, ist durchaus nothwendig, daß gerade das Gegentheil von dem vollständig dargethan werde, was geschworen worden war ³⁰⁾.

29.

GD. XIII, §. 2, Nr. 11. Wenn die Eidesdelation ohne Grund als unstatthaft bestritten und nicht eventuell die Erklärung über Annahme, Zurückschiebung des Eides oder Gewissensvertretung beigelegt wird, so tritt die Folge der unrechtmäßigen Eidesrefusation ein ³¹⁾.

30.

Die GD. XIII, §. 2, Nr. 11 bestimmt: „wird der angebotene oder referirte Eid ohne rechtmäßige Ursache refusirt, oder pro recusato gehalten, so soll der Refusant nicht nur in der

²⁹⁾ ABE. v. 22. Mai 1818. S. 166/1818

³⁰⁾ ABE. v. 13. Okt. 1835. R. 369³⁴/35. ABE. vom 15. Juni 1827. S. 185¹⁹/19.

³¹⁾ ABE. v. 12. Mai 1819. L. 96²⁸/29. — v. 23. Sept. 1831. B. 825²⁸/29. S. auch Seuffert's Comment. über die GD. Bd. I, S. 319 — 320.

Hauptsache, sondern auch in alle verursachten Kosten kondemnirt werden.“

Die Worte dieses Gesetzes und der Anm. hiezulit. m, wo es heißt: „die Strafe des rechtmäßig angebotenen oder referirten, aber ohne hinlängliche Ursache refusirten Eides ist die Kondemnation des Refusanten“ geben deutlich zu erkennen, daß jederzeit ein rechtmäßig angebotener oder referirter Eid erfordert wird, wenn obige Strafe eintreten soll. Die Worte „ohne rechtmäßige Ursache“ beziehen sich offenbar auf die beiden alternativ bestimmten Fälle, nämlich entweder, wenn der Eid zwar ausdrücklich, aber ohne hinreichenden Grund verweigert, oder wenn er dadurch, daß sie derjenige, welchem der Eid angetragen oder zurückgeschoben wurde, gar nicht erklärt, stillschweigend verweigert wird. Da in beiden Fällen gleiche Wirkung eintritt, so muß nothwendig auch in dem einen, wie in dem andern Fall dieselbe Voraussetzung eintreten. Diese Voraussetzung und wesentliche Bedingung ist aber die Rechtmäßigkeit oder Zulässigkeit des Eides an sich. Dieses ergibt sich hauptsächlich auch aus der Natur des gerichtlich deferirten Eides, welcher nicht nach den Grundsätzen eines Vertrags oder Vergleichs, sondern als ein Beweismittel für den Richter, als Mittel zum Zweck, den Richter von der Wahrheit einer Thatsache zu überzeugen, zu betrachten ist und dessen Rechtmäßigkeit daher nur aus diesem Zwecke beurtheilt werden muß. Ebendeshalb ist die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung oder Zurückschiebung ein Gegenstand der richterlichen Beurtheilung und Prüfung. Der Richter muß hier

von Amtswegen handeln und er ist eben so wohl-
befugt als verpflichtet, einen unzulässigen Eid zu
verwerfen, wenn auch keine Einrede gegen dessen
Statthastigkeit vorgebracht wurde ³²⁾).

Es hat zwar das Untergericht den fraglichen
Eid dadurch, daß es den Delaten zur Erklärung
über denselben aufforderte, für zulässig erachtet,
allein dieser Umstand kann dem Delaten nicht prä-
judiziren, weil ein solcher Eid, welcher allenfalls
aus Unschicklichkeit zugelassen wird, keine Wirkung
hat. (GD. XIII, §. 2, Nr. 8.) ³³⁾

31.

Wenn die in der Eidesnorm enthaltenen That-
sachen das Beweisthema nicht erschöpfen, so ist
die unterlassene Erklärung des Delaten über den
deferirten Eid demselben unschädlich ³⁴⁾).

32.

Die Erklärung über den Eid wurde auf un-
gestempeltem Papier, jedoch rechtzeitig eingereicht.
Das Untergericht gab diese Eingabe wegen man-
gelnden Stempels zurück und erklärte den Eid für
verweigert. Das Gericht zweiter Instanz bestä-
tigte diesen Ausspruch; allein in dritter Instanz
wurde erkannt, daß der Eid für verweigert nicht
anzunehmen sey, weil die Erklärung, wenn auch

³²⁾ Gönner Handb. d. Prozeßes, Bd. I, Abh. X, §. 26.
S. 266, Bd. II, Abh. XLIX, §. 4—8, S. 506 ff.

³³⁾ AGC. v. 27. Juli 1830. N. 468²⁹/₃₀. Als weitere
Präjudizien für die obige Ansicht sind anzuführen: AGC.
v. 5. Juni 1821. G. 428²⁰/₂₁. — 4. Jan. 1822. G.
22¹⁸/₁₉. — 14. Mai 1824. R. 475²³/₂₄. — 8. April
1825. J. 170²¹/₂₅. — 28. Mai 1830. N. 379²⁹/₃₀.
— 4. Juli 1832. G. 443³¹/₃₂. — 23. Okt. 1833. V.
264³¹/₃₂.

³⁴⁾ AGC. v. 4. Juni 1830. F. 609²⁹/₃₀.

nicht in geeigneter Form, doch rechtzeitig an den Richter gelangt war und die verletzte Form, wegen nicht adhibirten Stempels nicht durch Refusationserklärung des Eides, sondern nach Vorschrift des Stempelgesetzes zu bestrafen war³⁵⁾.

33.

Der Delat hat sich zwar über die Annahme oder Zurückschickung des Eides, oder daß er das Gegentheil auf andere Art beweisen wollte, nicht ausdrücklich erklärt, er hat aber den direkten Gegenbeweis angetreten und geliefert. Diese sofortige Gegenbeweisantretung enthält ipso facto eine Gewissensvertretung, weshalb ihm die unterlassene Erklärung über den Eid nicht schaden kann³⁶⁾.

34.

Wenn der Eid in forma delata acceptirt worden ist, der Delat denselben aber im Schwörungstermin nicht in dieser, sondern in einer andern Form ableisten will, so muß der Eid für refusirt erachtet werden³⁷⁾.

35.

In Fällen, wo es auf einen Eid über eine Geldsumme ankommt, ist dem Schwörenden immer gestattet, die Summe in ihrem im Streit besangenen Betrage in so weit zu mindern, als es Wahrheit und Gewissen erfordert, wenn auch hierin von der im Interlokut enthaltenen Summe abgewichen wird³⁸⁾.

³⁵⁾ DAGE. v. 1. März 1836. E. 287³⁴/₃₅. AGAlt. E. 729³²/₃₃.

³⁶⁾ DAGE. v. 8. März 1830. E. 214²⁹/₃₀. AGAlt. B. 879²⁶/₂₇.

³⁷⁾ AGE. v. 7. Dez. 1819. G. 925¹⁸/₁₉. — v. 9. Aug. 1822 und DAGE. vom 10. Mai 1823. AGAlt. S. 629²¹/₂₂. AGE. v. 18. März 1831. S. 326²⁹/₃₀.

³⁸⁾ AGE. v. 12. April 1822. A. 826¹⁹/₂₀.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 22. Samstag, den 26. Oktbr. 1839.

Von der Haftung des Zollärars für Hallgüter.

Nach §. 79 der Zollordnung vom 15. August 1828¹⁾, so wie gleichmäßig nach §. 65 der neuen vom 17. Nov. 1837²⁾, haftet das Zollärar

¹⁾ Gesetzblatt S. 212: „Die Halle oder Niederlage haftet für die Entwendung und den aus Schuld des Dienstpersonals entstehenden Schaden, aber nicht für Unglücksfälle und Verderben. Für den Inhalt der Colli haftet sie nur dann, wenn bei der Einlagerung die innerliche Befichtigung auf Verlangen und in Gegenwart des Zollpflichtigen vorgenommen wurde.

²⁾ RegBlatt. von 1837, S. 857: „Die Pachtsofsverwaltung muß für die wirthschaftliche Erhaltung der Pachtsofsräume in Dach und Fach, für sichern Verschluß derselben, für Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung unter den im Pachtsofs beschäftigten Personen, so wie für die Abwendung von Feuersgefahr im Innern des Gebäudes und seiner nächsten Umgebung durch Anschaffung und gehörige Instandhaltung der erforderlichen Feuerlöschgeräthschaften sorgen und haftet für Beschädigung der lagernden Waaren, welche aus einer ihr oder ihren Untergebenen zur Last fallenden Unterlassung oder Vernachlässigung dieser Fürsorge entsteht, so wie für Entwendung. Für den Inhalt der Colli haftet sie nur dann, wenn bei der Einlagerung die spezielle Revision, welche der Einlagerer zu verlangen das Recht hat, vorgenommen wurde. Andere Beschädigungen der

für den Schaden, welcher an den auf der Halle lagernden Waaren durch Verschulden des Dienstpersonales oder Entwendung zugeht. Dabei ist aber verordnet, daß für den Inhalt der Colli nur dann gehaftet werde, wenn bei der Einlagerung die innerliche Besichtigung (auf Verlangen und in Gegenwart des Zollpflichtigen) vorgenommen worden. — Ist nun dieser Beisatz so zu verstehen, daß, im Falle die innerliche Besichtigung unterlassen worden, die Haftung für den Inhalt auch dann weg falle, wenn ein Collo gar nicht, oder nicht unversehrzt zurück gegeben werden kann, sondern abhanden kam oder sich erbrochen oder aufgerissen vorfindet? — Diese Frage wurde durch Erkenntniß des obersten Gerichtshofes vom 25. Febr. 1839³⁾ verneinend entschieden.

Diese Entscheidung hatte es zwar mit der Anwendung des §. 79 der Zollordnung vom Jahre 1828 zu thun. Da aber der §. 65 der neuesten Zollordnung dem Wesen nach mit jener Vorschrift des älteren Gesetzes übereinstimmt, so ist dieselbe auch für das geltende Recht von Interesse. Die Entscheidungsgründe lauten, wie folgt:

„Schon der §. 8 der Zollordnung vom 22. Juli 1819 bestimmt die Haftung der Halle für die Waaren — in dem Zustande, wie sie auf die Halle kamen. — Wenn daher unter diesem Gesetze ein versiegeltes, verschlossenes Collo auf die Halle kam, so mußte die Halle haften,

lagernden Waaren und Unglücksfälle, welche dieselbe treffen, hat die Pachtverwalterung nicht zu vertreten.

³⁾ Süss. 189³⁸/39. AGUkt. S. 454³²/33.

und zwar für den Collo überhaupt, und für dessen Zustand. Wurde derselbe gestohlen, oder konnte er in dem früheren Zustande nicht zurückgegeben werden, so trat in beiden Fällen die Haftung der Halle ein: wurde aber der Collo im nämlichen Zustande zurückgegeben, so blieb es zweifelhaft, ob nicht im Falle einer Vertauschung der Waare die Halle doch auch dafür zu haften habe. An die Stelle des bemerkten §. 8 des Zollgesetzes von 1819, trat, wie die Verhandlungen der Ständekammer zeigen, der §. 79 des Zollgesetzes von 1828, welcher den eben berührten Zweifel dadurch hob, daß er jene Haftung für den Inhalt der Colli dann eintreten ließ, wenn derselbe vorher besichtigt worden war.

Wenn also diese Besichtigung nicht stattfindet, so hat die Halle nur den unversehrten Collo zu restituiren. Diese Restitution des unversehrten Collo genüget aber nicht, und auch für den Inhalt muß in seiner Qualität gehaftet werden, wenn er vorher besichtigt worden war.

Daß unter der Haftung für den Inhalt, nur die Qualität d. h. die Identität des Inhalts gemeint gewesen, und daß damit nur bezweckt werden wollte, der Behauptung eines Austausches zu begegnen, gehet aus den Vorträgen in der Kammer der Abgeordneten über den §. 79 (Beil. Bd. XII, S. 210) hervor, wo gesagt ist, daß durch diese Bestimmung der Schmuggerei begegnet werden solle, weil die Schmuggler die Schuld auf das Hallamt legen könnten, daß ihnen nämlich auf der Halle andere Colli unterschoben worden seyen. — Die über dieses Unterschieben d. h. über die Identität

tität der Waare bei unverletzten Colli möglichen Prozesse, die nach §. 8 der Zollordnung von 1819 noch mochten angestellt worden seyn, wollte man beseitigen. Die letzte Bestimmung des §. 79 handelt also von einem ganz andern Gegenstande, als dessen erste, welche nicht von einer möglichen Austauschung der Waare, sondern von der Entwendung oder Beschädigung derselben spricht. — Es kann daher auch die letzte Bestimmung über die Besichtigung des Inhalts durchaus nicht als Vorbedingung der Anwendung der ersten — angenommen werden.

Wollte man von der entgegengesetzten Ansicht ausgehen, und die Besichtigung als die Vorbedingung jeder Haftung verlangen, so würde dieses, dem Begriffe der öffentlichen Niederlagen, als Mittel zur Sicherheit und Bequemlichkeit des Publikums geradezu widerstreben.

Viele Güter müssen bei den Hallen abgegeben werden, das Hall-Personal kann von dem Deponenten der Waare nicht gezwungen werden, und ist öfter bei dem besten Willen nicht im Stande, die angekommenen Colli sämmtlich sofort einer innern Besichtigung zu unterwerfen. Es müßten daher die Waaren ohne alle Sicherheit gegen Entwendung und Beschädigung auf den Hallen deponirt bleiben, was allen Rechtsbegriffen widerstreben würde.

Wenn daher der §. 79 zuerst ganz allgemein von der Haftung im Falle des Diebstahls oder der Beschädigung und später von einer besondern Haftung für den Inhalt der Colli spricht, so behandelt er dabei offenbar zwei ganz gesonderte

von sich unabhängige Fragen, deren Sinn kein anderer seyn kann, als daß die Halle dafür zu haf-
ten habe, daß die Gegenstände, wie sie dorthin
gebracht worden, nach ihren äußern erkennbaren
Merkmalen unbeschädigt wieder zurückerstattet wer-
den müssen, und, wenn sie im Innern beschädigt
wurden, auch für den bestimmten Inhalt gehaftet
werden muß.

In vorliegendem Falle wurde ein versiegeltes
und verschloßnes Fäßchen der Halle übergeben.
Diese hätte es in demselben Zustande zurückgeben
müssen, und wäre dann von der Haftung des In-
halts — derselbe mochte in Geld oder etwas an-
derem bestanden haben — befreit gewesen. Dies
ist aber nicht geschehen, das Faß war erbro-
chen, und das Gewicht nicht mehr das frühere.
Es hat daher die Halle nach dem angeführten
§. 79 den Abgang zu ersetzen, dessen Betrag jedoch
der Kläger zu beweisen hat⁴⁾.

Ueber den Erfolg des Gesetzes vom 17. Nov.
1837, die Verhütung ungleichförmiger Erkennt-
nisse bei dem obersten Gerichtshofe in bürger-
lichen Rechtssachen betr.

Vergönnt ist Jedermann, wohlmeinend Rath zu spenden;
Doch ob der Rath wird That, das liegt in andern Händen.

Als der Entwurf zu diesem Gesetze im J. 1837
der Kammer der Abgeordneten vorgelegt worden,

⁴⁾ In Gemäßheit dieser Ausführung wurde dem klagenden
Handelshaufe zu beweisen aufgelegt:

„daß am das in der Klage bezeichnete Faß
auf der Halle zu N. hinterlegt, und daß solches am
folgenden Tage erbrochen und mit einem Abgange
von 1107 fl. oder wie viel weniger, wieder von der
Halle zurückgegeben wurde.

stellte unsre Zeitschrift ¹⁾ sofort die Prognose: „Dieser Gesetzesvorschlag sey unausführbar; die „Zahl der täglich zur Entscheidung kommenden und „seither verschiedenartig gelösten Kontroversen sey „Legion; der oberste Gerichtshof würde Jahrelang „kaum etwas anderes zu thun haben, als Plenar- „sitzungen zu halten, und mittlerweile die Anzahl „der Rückstände sich verdoppeln.“ —

Die von uns geäußerten Bedenken wurden indessen nicht beachtet; der Gesetzesvorschlag erhielt unter einigen Modifikationen die Zustimmung beider Kammern und die Sanction des Königs; seit der Verkündung des oben bezeichneten Gesetzes sind nun bereits fast 2 Jahre verlaufen; und — (an den Früchten sollt ihr sie erkennen, heißt es in der Schrift) — was war sein Erfolg? — der bisherige Erfolg erinnert an den 139ten Vers der *epistola ad Pisones*; nicht mehr als 3 Plenarbeschlüsse, und zwar über unbedeutende, zum Theile nur transitorische, Formfragen, sind im Laufe von 2 Jahren zu Stande gekommen! — Hierin liegt die bündigste Rechtfertigung der von uns gestellten Prognose; denn diese auffallende Unbedeutenheit des Resultates läßt sich nicht durch die Annahme erklären, daß — gewissermaßen über Nacht das Unkraut der Kontroversen vom vaterländischen Erdboden oder wenigstens aus dem Gebiete des obersten Gerichtshofs verschwunden sey; sondern nur daraus, daß man, belehrt durch die Schwierigkeiten der Anwendung bei den mit unbes

¹⁾ Vgl. Bd. II, Zeit. zu Nr. 9, S. 73 — 76, sodann S. 130 — 32, S. 208 ff.

deutenden Fragen gemachten Versuchen, und den Zeitaufwand scheuend, welchen jede Plenarberatung erfordert, dem neuen Gesetz ein Schicksal bereitet, welches in der technischen Sprache mit „*per desuetudinem abrogari*“²⁾ bezeichnet wird. Jedenfalls liegt soviel vor, daß der Erfolg in den ersten 2 Jahren seit der Verkündung den Nullpunkt kaum überschritten hat, und daß, wenn man von solchem Anfange auf die Folgezeit schließen darf, die von der neuen Einrichtung gehegten Erwartungen unerfüllt bleiben werden.

Da nun auf diesem Wege die Erreichung des Zweckes, die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse, und folgeweise die Verminderung der Prozesse und Rechtsmittel, die Erleichterung der Last der Gerichtshöfe, die Möglichkeit, den übergroßen Personalstand zu ermäßigen — nicht zu hoffen, so fragt sich, soll auch die Erstrebung des Zweckes ganz aufgegeben werden, soll nichts anderes geschehen, um das gemeinschädliche Unkraut zahlloser Kontroversen aus dem Garten der vaterländischen Rechtspflege, wenigstens theilweise, zu vertilgen? soll auch ferner die gute Saat des Rechtes von diesem wuchernden Unkraute im Gedeihen gehindert und häufig ganz erstickt werden?

Weil unsre Prophezeiung in obigem Punkte so gut eingetroffen, dünkt es uns nicht unbescheiden, an den Vorschlag zu erinnern, welchen wir unsrer Vorhersagung beigefügt, und welcher das Schicksal derselben, unbeachtet zu bleiben, getheilt hat. Der Inhalt dieses Vorschlags war: es möch-

²⁾ Vgl. fr. 32 in fine, de legibus.

ten die gangbarsten Kontroversen aus dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und Prozesses, nach dem Vorgange andrer Staaten, auf dem Wege der Gesetzgebung entschieden werden. : Zwar scheinen die Sterne für Verbesserungen der Rechtspflege im Wege der Gesetzgebung nicht günstig zu stehen; wer den Landtagsabschied vom 17. Nov. 1837 mit Aufmerksamkeit liest, könnte auf den Gedanken kommen, der Staatsregierung sey auf lange Zeit die Lust vergangen, den Ständen Gesetzentwürfe im Justizfache vorzulegen; und wer sich die Mühe nimmt, die Ständeverhandlungen von 1837 und früherer Landtage durchzulesen, wird wohl auch jene Mißstimmung der Regierung ganz natürlich finden. — Aber Reformen des bisherigen Verfahrens einführen, und Kontroversen des geltenden Rechts entscheiden, sind verschiedene Dinge. Dort handelt es sich davon, das Alte abzuschaffen und Neues an seine Stelle zu setzen; hier gilt es nur, das Alte festzustellen, und gewiß zu machen, was bisher unsicher war. Sind Reformen im Vorschlage, so mag Jedermann, wer der Sache kundig oder auch nicht kundig ist, sich berufen glauben, eigne und fremde Gedanken und Einfälle zu dem neuen Werke beizusteuern; wohingegen die Aufgabe, eine Streitfrage zu entscheiden, zu solcher Produktivität in Fehlgeburten keinen Anlaß giebt. Die Erfahrung spricht für diese Unterscheidung; man vergleiche die Verhandlungen des letzten Landtags; die Artikel des Prozeßgesetzes, welche lediglich auf Entscheidungen von Kontroversen gerichtet waren, wurden fast durchaus ohne Diskussion und Zusätze angenommen.

Bei Reformen ist der Erfolg ungewiß; was zur Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens vorgeschlagen war, hat häufig die entgegengesetzte Wirkung gehabt, und mitunter haben neue Gesetze, von denen man Minderung der Prozesse und Rechtsmittel hoffte, gerade eine Vermehrung herbeigeführt. Hingegen bei Entscheidung gangbarer Kontroversen, wenn nur für deutliche bestimmte Redaktion gesorgt wird, muß der Erfolg ein günstiger seyn; Abkürzung der Verhandlungen, Verminderung der Rechtsstreite und Rechtsmittel, Erleichterung der richterlichen Arbeiten können davon mit Zuversicht erwartet werden³⁾.

Die Anfertigung eines Gesetzentwurfs zur Entscheidung der gangbarsten Kontroversen wäre mit sehr geringen Schwierigkeiten verbunden. Das erste wäre, von Seite des k. Justizministeriums den obersten Gerichtshof und die Appellationsgerichte zu berichtlicher Anzeige derjenigen Streitfragen aufzufordern, welche häufig vorkommen und zu ungleichförmigen Entscheidungen Anlaß geben. Mit der Bezeichnung der gangbarsten Streitfragen möchte auch eine berichtliche Angabe derjenigen Meinung, nach welcher gemeinhin entschieden wird, und etwa auch Bezeichnung des Rechtsfaches, in welchen die

³⁾ Auch in Bezug auf die schon obschwebenden Rechtsfachen; sofern man die Entscheidungen von Kontroversen als authentische Interpretationen des bestehenden Rechts betrachtet, und ihnen folgerweise rückwirkende Kraft beilegt. Nov. 19 pr. in fine. Thibaut Pandkt. §. 25 (ed. VIII, §. 26); Friß in v. Löhrs Magazin Bd. IV, S. 264—83. Jedoch dürfte hier die Willigkeit eigenthümliche transitorische Vorschriften über Prozeßkosten und Sukkumbenzgelder erfordern.

Entscheidungen vorkamen, zu erfordern seyn. — Sind nun die sämmtlichen Verichte eingelaufen, so wird es für den Mann des Vertrauens ein interessantes Geschäft, die in die Novelle aufzunehmenden Kontroversen auszuwählen, überall die beste Entscheidung nach Maßgabe der Natur der Sache und des Einklangs mit andern Gesetzen — zu finden, und die Artikel des Gesetzesentwurfs — in kurzen unzweideutigen Sätzen zu redigiren. —

Ein solches Unternehmen, einzelne Kontroversen zu entscheiden, hat noch das Gute, daß, wenn ein Einverständniß mit beiden Kammern über den einen oder andern Artikel nicht zu Stande kommt, dieser wegbleiben kann, ohne daß die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen gefährdet wird.

Auch handelt es sich nicht davon, die ganze Aufgabe auf einem Landtage zu lösen. Unser Vorschlag ist vielmehr darauf gerichtet, eine von Landtag zu Landtag fortschreitende Lösung der Aufgabe des prätorischen Edikts, des *adjuvare* und *supplere jus civile*, auf dem Werke der Gesetzgebung zu bewirken.

Mit voller Ueberzeugung sprechen wir es aus: daß k. Staatsministerium der Justiz würde sich durch Verwirklichung dieses Vorschlags ein großes Verdienst um das Vaterland und von Seite der Verichte, der Stände, und aller Rechtsuchenden im ganzen Lande die dankbarste Anerkennung erwerben.

Von dem Einfluß der einfachen Strafschärfung auf die Dauer der Freiheitsstrafe¹⁾.

Wenn eine Gefängnißstrafe durch Anwendung einer der im Art. 29 des StG. Th. I bestimmten Schärfungsarten nach Vorschrift des Art. 30 verkürzt werden soll, so pflegt die Praxis die Dauer um ein Viertel herabzusetzen, z. B. statt eines Jahres ungeschärften — auf 9 Monate einfach geschärften Gefängnißes zu erkennen. — Dies ist unrichtig; die Dauer der Strafe muß bei Anwendung der einfachen Schärfung um ein Drittel herabgesetzt, demnach in dem bezeichneten Falle das verwirkte einjährige Gefängniß auf 8 Monate Gefängniß mit einfacher Schärfung reduziert werden.

Der Beweis läßt sich nach Art eines Rechenexempels führen. Die sog. doppelte Schärfung ist nach Absatz 2 des Art. 30 einer noch einmal so langen Strafzeit gleichzuachten; 1 Monat, in welchem man die doppelte Schärfung zu erdulden hat, ist daher = 2 Monat Gefängniß. Die Anwendung einer Schärfungsart macht die Hälfte davon aus²⁾; daher ist ein Monat, während dessen der Sträfling die einfache Schärfung erduldet, gleichzuachten einem halben Monat ungeschärften Gefängnißes.

Wollte man nun den Schuldigen, welcher 12 Monate ungeschärften Gefängnißes verwirkt hat, zu 9 Monaten einfach geschärften Gefängnißes ver-

¹⁾ Aus einer Mittheilung des Herrn Appellationsgerichts-
assessors Dr. Briel zu Freising.

²⁾ Anmerk. zum Art. 30 am Ende Bd. I, S. 114.

urtheilen, so würde die Dauer seiner Strafe um $1\frac{1}{2}$ Monate länger seyn, als er verwirkt hat. Denn zu den 9 Monaten Freiheitsstrafe kämen noch 9 Monate einfacher Schärfung; diese sind = einer halb so langen Gefängnißdauer, = $4\frac{1}{2}$ Monaten; $9 + 4\frac{1}{2}$ M. sind = $13\frac{1}{2}$ M.; der Schuldige hätte also statt 12 in der That $13\frac{1}{2}$ Monate Gefängniß zu erstehen. — Würde er hingegen bloß zu 8 monatlichem einfach geschärften Gefängnisse verurtheilt, so träfe ihn gerade soviel, als er verwirkt hat; denn die zu den 8 Monaten Gefängniß hinzukommenden 8 Monate einfacher Schärfung sind = 4 Monaten Gefängniß; $8 + 4 = 12$; — quod erat demonstrandum.

Man wende nicht ein, auch die bisherige Praxis habe eine mathematische Probe für sich; indem, wenn die Anwendung der doppelten Schärfung die Abkürzung der Strafdauer um die Hälfte bewirke, es mathematisch richtig seyn müsse, bei Anwendung der einfachen Schärfung eine Abkürzung um ein Viertel theil stattzufinden zu lassen. Die Abstreichung eines Viertel theils von der Strafdauer berechtigt nur, die Hälfte der verwirkten Strafzeit einfach zu schärfen; streicht man von 4 Monaten Strafzeit 1 Monat weg, so berechtigt dies nur, zwei von den übrigbleibenden drei Monaten einfach zu schärfen, weil 1 Monat Gefängniß nur zwei, nicht drei Monaten einfacher Schärfung gleichzuachten ist; da es aber ganz ungebrauchlich ist, einen Theil der Strafzeit mit, den andern ohne Schärfung zuzuerkennen, so muß, damit die ganze Strafzeit hindurch die einfache Schärfung eintreten könne, noch eine weitere Re-

duktion der Strafdauer stattfinden, nämlich das eine Monat, auf welches sich die durch Abstreichung eines Viertheils der ganzen Strafdauer gerechtfertigte einfache Schärfung nicht erstreckt, gemäß obigen Grundsatzes in $\frac{2}{3}$ Monat Gefängniß mit einfacher Schärfung verwandelt werden. Im Ganzen wären also $2\frac{2}{3}$ Monate einfach geschärfen Gefängnisses zuzuerkennen; d. h. die verwirkte 4monatliche Gefängnißstrafe durch Anwendung der einfachen Schärfung um ein Dritttheil abzukürzen.

Vom Beweise des Cessionars, daß er dem Cedenten den eingeklagten Betrag gezahlt habe ¹⁾).

Dieser Beweis kann unbedenklich durch eine von dem Cedenten unterzeichnete Privaturkunde geführt werden, in welcher dieser erklärt, er habe die durch das Cessionsgeschäft z. B. als Kaufgeld bestimmte Summe von dem Cessionar bezahlt erhalten. Denn a) eine solche Urkunde kann nicht als das bloße Attest eines Zeugen angesehen werden, sondern sie enthält die Beurkundung eines Geständnisses, welches, zum Nachtheile des Ausstellers reichend, nicht bloß gegen diesen vollen Beweis macht, sondern auch im Verhältnisse zu Dritten vollkommen glaubwürdig ist. — Es verhält sich hier gerade so, wie bei der Nachweisung von Auslagen, welche z. B. ein Geschäftsführer seinem Prinzipal aufrechnet. Diese Nachweisung

¹⁾ Daß bei dem Einwande aus dem Anastasischen Gesetze die Beweislast dem klagenden Cessionar treffe, hat neuerdings wieder Von der Pfordten in dieser Zeitschrift Bd. III, S. 65 ff. überzeugend ausgeführt.

wird durch Quittungen geliefert, welche die Empfänger dem Geschäftsführer ausgestellt haben; waltet gegen die Richtigkeit der beigebrachten Quittungen kein Bedenken ob, so muß sie der Geschäftsherr gegen sich gelten lassen, oder, daß Gefährde gespielt worden, seinerseits darthun. Es wäre h) ungereimt, hier einen Beweis durch gerichtliches Dokument oder durch Zeugen fordern zu wollen; denn müßte auch die Cession und die Zahlung vor Zeugen oder vor Gericht geschehen; so würde dies doch nicht verhüten, daß der Empfänger einen Theil später heimlich zurückgäbe, oder sich öffentlich mit seinem eignen Gelde bezahlen ließe.

Stützt sich nun der Cedent auf eine solche vom Cedenten ausgestellte Urkunde, so hat er weiter nichts darzuthun, als daß die Urkunde ächt sey, d. h. vom Cedenten wirklich herrühre. Beharrt der Beklagte demungeachtet noch darauf, daß der Kläger weniger für die Forderung gegeben, als er eingeklagt, indem er behauptet: „Die angegebenen Bedingungen des Cessionsgeschäftes seyen so nur zum Scheine, und in der Absicht, das Gesetz zu umgehen, festgesetzt worden, — in Wahrheit verhalte sich die Sache ganz anders“ — so behauptet er hierin das Daseyn eines Falschums, einer *simulatio*, eines *dolus* seines Gegners, er tritt hierdurch in die Sphäre der eigentlichen Einrede, und muß die Wahrheit seiner Behauptung auf dem Wege des Gegenbeweises darthun.

Die hier vertheidigte Ansicht hat auch Mühlenbruch²⁾ adoptirt, welcher unter andern auf das Bezug nimmt, was in §. 8, Inst. de fidejussoribus gesagt wird: *ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum*. S. auch Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. 2, S. 5 ff. — v. Bannwarth über Bez

²⁾ Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte ed. III, S. 605.

weißlaßt und Beweisführung bei der Anastasischen Verordnung (Würzburg 1821) §. 13. — Senffert Fragmente aus Pandektenvorlesungen S. 80 — 82. — Neuerdings ist dieser Ansicht beigetreten Liebe im juristischen Magazin von Scholz und Gans Bd. II, Heft 3, S. 327 — 29.

Tagebuch der Praxis.

(Oberrichterliches Amt, Zurückweisung zur ersten Instanz.)

In einer Rechtsache war in erster Instanz die Klage angebrachtermaßen abgewiesen, in zweiter auf Beweis erkannt worden. In dritter führte Revident eventuell darüber Beschwerde, daß der Richter zweiter Instanz sofort ein Beweisinterlokt erlassen habe, anstatt sich bloß reformatorisch über die Nichtabweisung auszusprechen und dem Richter erster Instanz, was in Ansehung des Beweisens Rechtsens zu erkennen, anheimzugeben. Der oberste Gerichtshof erachtete diese Beschwerde für unerheblich¹⁾, aus folgenden Gründen: „Durch die Appellation wird die Streitsache nach Maß der angewandten Spezialbeschwerden sammt Allem, was davon abhängt, an den höhern Richter devolvirt. GD. XV, §. 9, Nr. 1. Die Klägerin hat gegen das erstrichterliche Erkenntniß die Berufung ergriffen, weil die Klage eingebrachtermaßen abgewiesen und nicht auf Beweis erkannt worden ist. Ueber die Sache war zum Schlusse verhandelt, die Abweisung angebrachtermaßen nicht gerechtfertigt, der Klagegrund sowohl als die demselben entgegengesetzte Einrede der Verjährung widersprochen. An die Stelle des Richters erster Instanz ist der Richter zweiter Instanz getreten; Pflicht des letzteren war es daher, so zu erkennen, wie der Richter erster Instanz nach dem Stande der Verhandlungen hätte erkennen sollen; er durfte sich nicht, wie

¹⁾ DAGE. v. 2. Juli 1839. DAGElt. Nr. 970¹³/31.

nun von dem Revidenten gebeten wird, auf ein bloß formelles Erkenntniß beschränken, er mußte das Materielle der Verhandlungen selbst prüfen, und ein diesen entsprechendes Erkenntniß erlassen. Nur dann hätte sich das Verdict zweiter Instanz auf den Auspruch

„daß die Klage angebrachtermaßen nicht abzuweisen sey, sondern der Richter erster Instanz weiter in der Sache wie Rechtens, zu erkennen habe,“

beschränken müssen, wenn die Sache zur Entscheidung nicht reif gewesen, oder die Abweisung der Klage aus einem formellen Grunde geschehen wäre²⁾.“

Nachtrag zum Tagebuch der Praxis in Nr. 20, S. 319.

(Zeit des Erbietens zum Erfüllungsseid.)

Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird bemerkt, daß die daselbst angeführte Entscheidung, wie schon das Datum zeigt, vor der jüngsten Prozeßnovelle, nach deren §. 41 das Erbietens zum Erfüllungsseid innerhalb der Beweisfrist geschehen muß, ergangen war.

²⁾ Eine nähere Ausführung der hier zur Anwendung gebrachten Grundsätze findet sich in dieser Zeitschrift Bd. III, S. 81—85. — Mißbräuchliche Zurückweisungen zur ersten Instanz, worüber Gönner im Komm. zur Nov. von 1819, S. 293 in der Note klagt, sind leider eine häufige Erscheinung, z. B. nachdem der Richter erster Instanz gemäß der primären Klagbitte erkannt und eben darum die eventuelle nicht gewürdigt hatte, erachtet der Oberrichter jene für unbegründet, und verweist nun die Sache zum Erkenntniß über die eventuelle Klagbitte ad primam!!! — Wenn der Referent Bestätigung beantragt, die Mehrheit reformiren will, aber über Fassung oder Motivirung der abändernden Sentenz nicht ins Kleine kommt, so ist es ein gewöhnlicher Ausweg, die Sache zu weiterem Erkenntniß ad Instanz zu verweisen. — Seltner kommen dergleichen Zurückweisungen bei leichten Entscheidungen vor; nur in schwierigen Sachen ist diese Praxis beliebt.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 23. Samstag, den 9. Nov. 1839.

Ueber die Haftung der Gerichtsherrschaft für
veruntreute Depositen ¹⁾).

Im juristischen Magazine von Scholz und
Ganz Bd. II, Heft 4, S. 407 ff. ist ein Er-
kenntniß des Oberappellationsgerichts in Kassel,
obigen Betreffs, mitgetheilt, welches, auf dem ge-
meinen Rechte fußend, auch für die bayerische
Praxis Interesse hat. In den Entscheidungsgrün-
den sind unter anderem folgende Sätze aufgestellt:

1) Von einer Verantwortlichkeit des Staats
oder der Gerichtsherrschaft für die von einem Ju-
stizbeamten geschehene Vergreifung oder widerrecht-

¹⁾ Vgl. Bd. III, Nr. 16 dieser Zeitschrift. Die daselbst
mitgetheilte Abhandlung spricht bloß von der Haftung
des Fiskus resp. der Gerichtsherrschaft für die im ge-
richtlichen Depositorium unter Beobachtung der
in den betreffenden Gesetzen und Instruktio-
nen vorgeschriebenen Förmlichkeiten — hin-
terlegten Gegenstände. — Die Frage, welchen Einfluß
die Vernachlässigung dieser Förmlichkeiten habe, ist darin
nicht erörtert. — Eigenthümliche Vorschriften enthält
die im Ansbachischen und Bayreuthischen geltende preu-
ßische Depositatordnung. Tit. I, §. 54.

liche Verwendung hinterlegter Gelder kann nur unter der Voraussetzung die Rede seyn, wenn deren Hinterlegung zufolge gerichtlicher ²⁾ Verfügung geschehen ist.

2) Für die Gesetzmäßigkeit und Rechtlichkeit gerichtlicher Verfügungen ist zwar an und für sich der Staat oder die Gerichtsherrschaft einzustehen nicht verbunden, indem es den Betheiligten obliegt, selbige, wenn sie sich dadurch für beschwert halten, durch die gesetzlichen Rechtsmittel anzufechten, was auch auf solche Verfügungen anwendbar ist, wodurch die gerichtliche Hinterlegung von Geldern verordnet wird; — es kann jedoch einer gerichtlichen Verfügung die Eigenschaft einer solchen um deswillen, weil es derselben an einem rechtlichen Grunde gebricht, und sie mit Erfolg hätte angefochten werden können, nicht abgesprochen werden, mithin auch die gerichtliche Hinterlegung von Geldern deshalb nicht aufhört, eine solche zu seyn, weil sie ohne rechtlichen Grund verfügt gewesen.

3) Hinsichtlich gerichtlich hinterlegter Gelder ist unbedingt eine amtliche Verpflichtung anzunehmen, solche aufzubewahren und ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden.

4) Es ist als eine auf der Gerichtsbarkeit, kraft welcher die Hinterlegung verfügt worden, beruhende Verbindlichkeit des Inhabers derselben anzusehen, für die Erfüllung jener Verpflichtung den Betheiligten zu haften ³⁾).

²⁾ Natürlich gleichviel, ob das Gericht in der Sphäre der streitigen oder unstreitigen Gerichtsbarkeit, vorgängig oder gleichzeitig, befehlend oder bewilligend verfügt hat.

³⁾ Nach der Praxis des kurhessischen DGB. nur subsidiär;

5) Diese Verbindlichkeit läßt sich als abhängig von der Beobachtung gewisser Formen⁴⁾ der gerichtlichen Deposition nur unter der Voraussetzung betrachten, wenn den Betheiligten die Hinzufügung der Formen zur Last gelegt werden kann, und selbige gesetzlich⁵⁾ mit dem Verlust des Ans-

nach gemeinem Rechte und den bayerischen Gesetzen kann die Vorausklagung des untreuen oder nachlässigen Beamten nicht verlangt werden. S. Bd. III der Bl. f. R. S. 248—49.; DAGE. v. 3. Jänner 1835 in v. Duprel's Sammlung Bd. IV, S. 203.

- 4) Nach der Natur der Sache wird man in den meisten Fällen Bedenken tragen müssen, die Nichteinhaltung der vorgeschriebnen Formen dem Deponenten zur Schuld anzurechnen. Man erwäge das Verhältniß der Ehrebletung, des Gehorsams, des Vertrauens, in welchem der Amtsuntergebne zu seinem Land- oder Patrimonialrichter stehen soll und zu stehen gewohnt ist. Unvereinbar mit dieser in so mannigfachen Beziehungen wirksamen Stellung ist die Zumuthung, überall, wo gerichtliche Hinterlegung von Geld oder Geldeswerth in Frage ist, statt des Vertrauens Mißtrauen, statt der Ehrebletung den Verdacht drohender Gefährde zu betheiligen, und gegen die Personen, welchen man als der Obrigkeit zu gehorchen pflegt, Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen, wie man sie nur gegen unbekannte oder gar in zweideutigem Rufe stehende Menschen für nöthig finden würde. — Wenn nun vorkommenden Falls der Bürger oder Bauer solches Mißtrauen nicht gehegt, vielmehr weder nach einem Annahmsdekrete gefragt noch eine von den zwei Depositarien gezeichnete Quittung verlangt hat, so kann man darin im Allgemeinen den Charakter einer Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit nicht finden, man kann einem solchen Deponenten, wenn das Hinterlegte nicht ins Depositorium gebracht sondern unterschlagen wurde, den Satz „*damnum quod quis sua culpa sentit, non sentiro videtur*“ nicht entgegenhalten.

- 5) Was Bayern betrifft, so ist bekanntlich die Verordnung v. 10. Nov. 1832 (Regbl. S. 1033) kein Gesetz, sondern nur eine Instruktion für die Beamten. Es heißt darin (S. 1035) ausdrücklich: „Daß dadurch an den civilrechtlichen Verhältnissen überhaupt, so wie an

spruch³ auf Ersatz oder Entschädigung bedroht ist ⁶⁾).

Ueber Ausleihung von Pupillengeldern gegen hyp. Sicherheit.

Nach preuß. Recht.

Die Vorschrift der preuß. Depositatordnung Tit. I, §. 46, daß Depositat-Anlehne gegen Realversicherung auf Immobilien nicht über die Hälfte des Werths der Hypothekobjekte vorgestreckt werden sollen, ist, wie durch die k. preuß. Reskripte vom 5. Mai 1794 ¹⁾ u. 20. Juli 1803 ²⁾, so wie durch die Bestimmung im §. 160 des ersten An-

den über die Haftung des Staats und seiner Beamten für Depositen — bestehenden gesetzlichen Vorschriften insbesondere, — allenthalben nicht geändert werde."

- ⁶⁾ Uebereinstimmend hat sich unser vaterländischer oberster Gerichtshof in dem in der Note 3 allegirten Erkenntnisse, ausgesprochen. In den Entscheidungsgründen heißt es (bei Duprel IV, S. 202): „Nirgend ist in der angezogenen Verordnung (v. 9. Juli 1802, Regbl. S. 514) gesagt, daß die Partheien, welche Gelder zum gerichtlichen Depositorio einzuzahlen, oder aus demselben zu empfangen haben, die Einhaltung der Behandlungs-Vorschriften mit zu kontrolliren hätten und daß ihr Anspruch wegen Ersatz eines zu Verlust gegangnen Depositums an die Beobachtung von derlei Vorschriften gebunden und davon abhängig seyn solle. Selbst die neueste Verordnung vom 10. Nov. 1832 legt den Partheien für die Bewachung der darin gegebenen Behandlungsvorschriften keine Verbindlichkeit auf. — Wenn hiernach der Staat resp. die Staatsregierung über den Vollzug der von ihr gegebenen Behandlungs-Instruktion allein zu wachen hat, so trifft den Staat auch die Folge von deren Vernachlässigung, wenn hieraus ein Schaden entstanden ist."

¹⁾ Eisenberg u. Stengel Beiträge, Bd. I, S. 60.

²⁾ Amelang neues Archiv, Bd. III, S. 84.

hangs zum pr. Landrechte (ad Th. II, Tit. 18, §. 472) außer Zweifel gesetzt wird, lediglich von der Verleihung von Kapitalien aus dem vormalig bestandenen Generaldepositorium³⁾, wofür das verleihende Kollegium principaliter zu haften hatte, keineswegs aber von dem Fall zu verstehen, wenn auf besondern Antrag des Vormunds ein Pupillengeld gegen Hypothek als Darlehen bei einem Privaten angelegt wird; denn dieses Activum ist nicht dem Generaldepositorium acquirirt worden, sondern dem Pflegbefohlenen verblieben. Für diesen Fall hat die pr. Dep. Ordn., obschon sie im Tit. I, §. 37 — 40 besondere Vorschriften über das Ausleihen der Pupillengelder enthält, weder für den Vormund, noch für die Obervormundschaftsbehörde eine Bestimmung zur Bemessung der erforderlichen Sicherheit gegeben, und es muß daher deßfalls bei der hierüber im Landrecht Th. II, Tit. 18, §. 472 enthaltenen Vorschrift sein Verwenden haben, wonach

„bei Prüfung der Sicherheit der Vormund sowohl, als die Obrigkeit, die gewöhnliche Aufmerksamkeit eines vernünftigen Hausvaters anwenden müssen.“

Dieser Grad der Aufmerksamkeit und Vorsicht ist aber ohne Zweifel in dem Fall anzunehmen, wenn der Vormund beim Ausleihen des Pupillengeldes für diejenige Sicherheit gesorgt hat, welche das Gesetz selbst, Landr. I, 14, §. 188, demjenigen, welcher eine Caution zu fordern hat, als

³⁾ Vgl. Landtagsabschied vom 29. Dec. 1831, Abschn. III, Nr. 11. (Ges. Bl. 1831, S. 88.)

hinreichend anzunehmen verbunden erachtet, und welche durch Verpfändung bei Landgütern innerhalb der ersten Zweidrittel, und bei städtischen Grundstücken innerhalb der ersten Hälfte des Werthes gegeben ist ⁴⁾).

Hierdurch ist jedoch nur der Maasstab gegeben, in wie weit ohne Verantwortlichkeit Kredit gegeben werden darf. Immer muß aber auch das wirkliche Vorhandenseyn der Sicherheit nach diesem Maasstabe mit Rücksicht auf den absoluten oder relativen Werth der betreffenden Objekte und die Zuverlässigkeit der Werthbestimmungsquelle, nicht minder Alles, was zu den allgemeinen Bedingungen der Sicherheit überhaupt gehört, namentlich die Dispositionsfähigkeit des Kreditsuchenden in subjektiver und objektiver Hinsicht, dessen etwaige Beschränkung hierin, und das, was sonst noch in Ansehung des Realzustandes der betreffenden Objekte auf den Sicherheitspunkt Einfluß hat, mit der erforderlichen Aufmerksamkeit geprüft werden ⁵⁾).

Zur Lehre vom Gerichtsstande des königl. Fiskus.

Mehrere Gutbesitzer klagten wegen Forst- und Streurechts aus einer im (vormaligen) Regatskreise gelegenen Staatswaldung bei dem App. Gerichte dieses Kreises gegen den k. Fiskus. Das Fiskalat setzte der Klage die forideklinatorische Einsrede entgegen, weil die betreffende Waldung un-

⁴⁾ A.G.E. v. 5. April 1836. B. 583³⁵/36.

⁵⁾ Hierüber ist zur besondern Berücksichtigung zu empfehlen: Dr. W. H. Puchta Anleitung zum Kreditiren auf unbewegliche Güter. Erlangen 1815, §. 145 ff.

ter der Administration der Regierung des (vormaligen) Obermainkreises stand. Diese Einrede wurde durch Erkenntniß des gedachten AG. v. 6. März 1835 ¹⁾ aus folgenden Gründen verworfen:

„Der k. Fiskus hat als Beklagter in allen sowohl Real- als Personal-Klagen seinen Gerichtsstand bei den k. Gerichtshöfen ²⁾); die angestellte Klage ist die *actio confessoria*, mithin dinglich, und gehört *ad forum rei sitae*. Die Vertretung des k. Fiskus in Prozessen geschieht, eben weil derselbe als physische Person seine Rechte nicht geltend machen kann, durch die in den Kreisen bestellten Fiskalate und zwar, insofern eine gesetzliche Ausnahme nicht besteht, bezüglich aller in diesen einzelnen Kreisen gelegenen Objekte und vorkommenden streitigen Rechtsverhältnisse. An diesem durchgreifenden, aus der Stellung der Fiskalate als Vertreter des k. Fiskus hervorgehenden Prinzip kann es nichts ändern, wenn etwa aus besondern finanziellen oder sonstigen Rücksichten die Verwaltung eines Objekts der in einem andern Kreise befindlichen Behörde oder Stelle übertragen ist, was bezüglich der an den Kreisgrenzen gelegenen Waldkomplexe der Fall seyn kann ³⁾); denn in Realklagen entscheidet für die Kompetenz des Forums nicht der oft nur von zufälligen und momentanen Rücksichten abhängige Sitz der Verwaltungsbehörde, sondern der Ort der gelegenen Sache.“

¹⁾ H. 1235³³/₃₄. (Nun Akten des AG. v. Oberfranken H. ²/₁₈₃₈).

²⁾ Verordn. v. 17. Jan. 1811. Rbl. S. 193. — B. u. Lit. VIII, §. 5.

³⁾ Verordn. v. 22. Dez. 1821, §. 5. (Rbl. 1822, S. 30.)

Daß allegirte AGC. wurde von dem k. Oberappellationsgerichte durch Erkenntniß v. 20. April 1838 ⁴⁾ aus nachstehenden Gründen bestätigt:

„Nach §. 4 der Verordn. v. 17. Dec. 1825, die Formation und den Wirkungskreis der obersten Verwaltungsstellen in den Kreisen betreffend, muß an jedem Sitz eines Appellationsgerichts ein Fiskalbeamter wohnen, ohne Zweifel deswegen, damit von demselben der k. Fiskus in allen Sachen vertreten werde, welche bei dem AG., an dessen Sitz er wohnt, gegen den Fiskus anhängig werden. Keine Verordnung berechtigt den Fiskalbeamten, die Rechtsvertheidigung des Fiskus in dem Fall abzulehnen, wenn in Folge einer Abweichung eines Geschäftsbezirks administrativen Ressorts von der geographischen Eintheilung des Königreichs die Klage durch die Verfügung einer andern Kreisregierung als derjenigen veranlaßt wurde, bei welcher der Fiskalbeamte angestellt ist, und noch weniger ist ein Gesetz vorhanden, durch welches in einem solchen Fall die Zuständigkeit der App. Gerichte, als Gerichte der belegenen Sache von den Ressortverhältnissen der Regierungen abhängig gemacht wäre. Sache des Fiskalbeamten ist es, in dem erwähnten Falle die Regierung, bei der er angestellt ist, zu veranlassen, durch Geschäftspflege mit der andern Regierung, welche die als rechtsverlegend prädicirte Verfügung erließ, zu bewirken, daß ihm die erforderlichen Aufschlüsse nebst Instruktion ertheilt werden ⁵⁾.“

⁴⁾ K. 1058¹⁴/35

⁵⁾ S. auch Seuffert's Comment. zur GD. Bd. I, §. 11, S. 96.

Druckstücke aus dem Tagebuche eines alten Praktikers.

Mitgetheilt von J. N. Höfler.

1.

Vom Diffessionseide ¹⁾ im Cantverfahren.

Die O.D. bestimmt in Kap. XIX, §. 11,
Nr. 2, 4:

„Die zur Liquidation der eingeklagten Schuldforderungen nöthigen Dokumente sollen . . .

¹⁾ Der Diffessionseid wird bekanntlich von vielen gemeinrechtlichen Prozeßlehrern und Praktikern als eine Art speziellen Gefährdeides angesehen, aus welcher Eigenschaft (indem die Ableistung den Produzenten nur von dem Verdachte reinigen soll, die Urkunde bloß aus Ehrliebe diffittirt zu haben) — die Folgerung gezogen wird, daß nach geleistetem Diffessionseide noch der Beweis der Richtigkeit der Urkunde — und zwar nicht etwa bloß *ex noviter repertis* oder in einem neuen Rechtsstreite durch die Uebnahme des Beweises des Meineides, sondern in dem nämlichen Beweisverfahren mit Beweismitteln, welche den Produzenten schon bei Vorlage der Urkunde bekannt waren, zugelassen werden könne. Vgl. Mevius decis. P. VI, decis. 278: „Post difessionem juratam producens causa non cadit, sed ad probandam scripturae veritatem admittitur“ v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. I, S. 128: „Der Diffessionseid ist eine species iuramenti legalis, und hat nur vim litis contestationis negativae, mithin entkräftet derselbe eine Urkunde nicht gänzlich, sondern veranlaßt bloß, daß der Produzent den Beweis der Richtigkeit übernehmen muß. Selbst die ausdrückliche Erforderung der Diffession bewirkt nicht einen nie zu vermuthenden Verzicht auf anderweiten Beweis, denn es wird durch das Verlangen der Diffession von dem Produzenten nur dasjenige gefordert, was derselbe den Rechten nach zu leisten schuldig ist, nämlich ein *Iuramentum legale*.“ — S. auch Martin Lehrbuch ed. XII, §. 207, not. c, §. 214, not. d; Wachenhusen im Archiv für civil. Praxis Bd. XIII, S. 230. — In der bayerischen Gerichtsordnung erscheint der Diffessionseid im Allgemeinen — in Bezug auf das gewöhnliche Verfahren — nicht als Gefähr-

von dem Schuldner sowohl als den Mitgläubigern.... an dem zweiten Ediktstage entweder rekognoscirt oder diffitirt werden..... In casu difessionis hat der Produzent nach Inhalt des 11. Kapitels, 8. §. den Beweis zu machen, und denselben an dem dritten Ediktstage sub poena praeclusi zu übergeben, dagegen aber auch der Diffitent an dem nämlichen Tage zuförderst den Diffessionseid sub poena recogniti abzulegen.“

Ueber den Sinn dieser Gesetzstelle giebt es verschiedene Ansichten. Nach der einen hat der Diffessionseid im Gantprozeße ganz dieselbe Bedeutung, wie im gewöhnlichen Verfahren; die Erfordernis desselben dient dem Produzenten als ein Mittel, den Beweis der Richtigkeit der Urkunde zu stellen; dessen Benützung cessirt, wenn dieser Beweis auf andere Weise erbracht werden kann, der Produzent hat ihn nur auf Verlangen zu schwören, und im Falle der Ableistung gilt der Richtigkeitsbeweis als mißlungen, dergestalt, daß Produzent zu weiterem Beweis hierüber nur *ex noviter repertis* zugelassen werden kann²⁾.

deid, wie dies aus der Bestimmung Kap. XI, §. 8, Nr. 7 (nach abgelegtem Eide soll Produzent zu keinem andern Beweise als *ex noviter repertis* mehr gelassen werden) zu ersehen ist. Dagegen liegt demjenigen, was bezüglich des Diffessionseides im Konkursprozeße verordnet ist, G.D. XIX, §. 11, Nr. 4, die Auffassung als Gefährdeid offenbar zu Grunde. Dies näher zu zeigen, ist die Aufgabe vorliegender Erörterung.

(Anm. der Redaktion.)

²⁾ Vgl. Krüll Einteilung in die bayer. G.D. §. 633; v. Stürger theoret. prakt. Bemerk. S. 906—7. — Hier wird zur Begründung obiger Auslegung nur die

Nach der andern Ansicht ist im Gantprozeß eine nicht eidliche Diffession ganz wirkungslos; eine nicht eidlich diffitirte Urkunde gilt als *reconnoscirt*, der Produkt muß sich zur eidlichen Diffession erbieten; bevor diese geschehen, ist der Produzent zum Rechtheitsbeweise nicht verpflichtet; nach Abschwörung des Diffessionseides ist es demselben unbenommen, den Beweis der Rechtheit durch Zeugen, Schriftvergleichung u. dgl. zu unternehmen³⁾.

Es gebührt keiner der beiden Ansichten an sie unterstützenden Gründen. Für die letztere Meinung sprechen folgende:

1) in der angezogenen Gesetzesstelle heißt es: der Produzent habe den Beweis nach *Maas Kap. 11, §. 8*, also durch Zeugen, Geständniß, *comparationem litterarum* oder durch Begehren der Ableistung des Diffessionseides zu liefern. Wenn aber die Uebertragung des Diffessionseides ein Beweismittel ist, und nach abgeschworenem Jurament nicht einmal mehr ein weiterer Beweis als *ex noviter repertis* mehr zulässig ist, so kann der Diffitent gegen den Willen des Produzenten nicht wohl zum Diffessionseid gelassen werden.

2) Der Diffessionseid ist die negative Behauptung dessen, was dem Beweisführer zu erproben obgelegen. Er coincidirt also mit dem Mei-

ganz unrichtige Bemerkung gemacht, das Wort „zu vörderst“ in der allegirten Gesetzesstelle habe keinen rechten Sinn.

³⁾ v. Wendt Handbuch Bd. II, S. 90—91. — Vgl. Claproth summar. Proj. §. 372; Darg summar. Proj. §. 144.

nigungs- und gewissermaßen mit dem Eideseid, wo für den Schwörenden erkannt werden muß, und nur ein Beweis *ex noviter repertis* zugelassen wird.

3) Am zweiten Ediktstage wird nach dem *Jud. Cod. C. 19, §. 11, n. 2*, weiter Nichts verlangt, als die Urkunde zu diffitiren, und es heißt dort nicht: „unter Auerbietung des Diffessionseides“ was aber gewiß geschehen wäre, damit sich der Produzent nicht allensfalls vergeblich auf den dritten Tag zu Herstellung eines Beweises vorbereite, der gar nicht nothwendig seyn möchte, wenn Diffitent den Diffessionseid nicht ablegen sollte.

Alles dieses scheint daher dahin zu deuten, daß auch in Ganten der Diffessionseid nur auf Verlangen abgeschworen werden müsse, und daß, wo diese Leistung nicht begehrt worden, der Produzent den Beweis der Richtigkeit der Urkunde gleichwohl auf andere Art herstellen müsse.

In einem Erkenntnisse v. 11. Juli 1826 ⁴⁾ hat jedoch das k. OAG. die für die entgegengesetzte Meinung sprechenden Gründe als überwiegend seiner Entscheidung zu Grund gelegt.

Es sind folgende:

1) die Gesetzesstelle *C. j. C. 19, §. 11, n. 4* spricht ganz allgemein aus: der Produzent müsse am 3. Ediktstage seinen Beweis übergeben, dahingegen aber Diffitent am nämlichen Tage zuvörderst den Diffessionseid *sub poena recogniti* ablegen.

Es wird die Eidesleistung sohin gar nicht

⁴⁾-N. 347. 18²⁵/26.

von einem Verlangen des Produzenten abhängig gemacht; im Gegentheile, da dem Produzenten der Beweis nach Kap. 11, §. 8 zu machen freisteht, und doch der Diffitent ohne alle Ausnahme den Eid leisten muß, so ist vielmehr ausgesprochen, daß er ihn auch da abschwören muß, wo der Beweis durch Zeugen angetreten, und also der Eid nicht verlangt worden.

Noch deutlicher liegt dieses

2) in den Worten: „dahingegen aber auch;“ denn, wenn der Produzent seinen Beweis übergeben, der Diffitent aber dagegen auch schwören muß, so ist hierin deutlich ausgesprochen, daß der Eid nicht vom Begehren als Probemittel abhängt, sondern in jedem Falle abgeschworen werden muß, wenn der Beweis der Richtigkeit der Urkunde auf was immer für eine Art angetreten worden.

3) Es heißt noch insbesondere: „zuvörderst“; darin liegt der Ausspruch, daß, wenn der Diffessionseid nicht geschworen wird, der Produzent seinen angetretenen Beweis gar nicht einmal durchzuführen schuldig ist, sondern daß seine Pflicht hiezu erst nach geschworenem Diffessionseid erwächst, so, daß also in Ganten der Diffessionseid den Beweis der Richtigkeit der Urkunde gar nicht ausschließt, wenn er nur im gesetzlichen Termine angetreten worden.

Es steht auch dieses

4) keineswegs mit sonstigen Wirkungen eines abgeschwornen Eides im Widerspruche.

Es sind hier nämlich zwei Fälle möglich: Entweder hat der Produzent seinen Beweis ohnehin

nur auf den von dem Gegentheil abzuschwörenden Eid gebaut, und dann bleibt die Wirkung nach abgeleistetem Eide die gewöhnliche, oder er hat zu seinem Beweise andere Mittel vorgeschlagen, und da ist gegen den gewöhnlichen Prozeß im Gantverfahren weiter kein Unterschied gemacht, als daß nicht bloß nova, sondern die schon bekannten Beweismittel, welche aber doch übergeben seyn müssen, zugelassen werden. Diese Ausnahme im Konkursprozeße, welcher überall Abkürzung erzielen, und die Chikane beschränken soll, ist auch

5) ganz angemessen; denn wenn im Gantverfahren jede einfache Diffession genügen würde, den Produzenten zur Durchführung einer, manchmal sehr weitwendigen und schwierigen Probe über die Richtigkeit der Urkunden anzuhalten, so würden bald in allen Ganten alle Privatdokumente diffitirt, die Ganten in die Länge gezogen, und den meisten Gläubigern bloß aus Muthwillen die Möglichkeit, ihre Forderungen zu beweisen, benommen werden; während da, wo der diffitirende Gläubiger die Beweismittel des Gegners kennen lernt, und seine Diffession vor Allem mit einem Eide bekräftigen muß, derselbe sich in Acht nehmen wird, allenfalls eines Meineids verdächtig zu werden.

2.

Haftung des Redakteurs für injuriöse Artikel.

Der Redakteur einer Zeitung wurde wegen eines anonymen Aufsatzes *pro injuriarum* belangt. Er suchte sich der Streiteinlassung dadurch zu entziehen, daß er den Verfasser benannte; die erste und zweite Instanz hielten auch dieses Mittel hinreichend, um seinem Begehren zu entsprechen; ins-

dem sie den Redakteur immer nur als eventuell haftbar ansahen, sobald dem Beleidigten der Verfasser, gleichviel auf welche Weise, bekannt wurde. Allein das k. LUG. erkannte ¹⁾ auf Einlassung, und zwar aus nachstehenden Gründen:

Der §. 10 des konstitutionellen Ediktes über die Freiheit der Presse und des Buchhandels überläßt es den beleidigten Privatpersonen,

den Verfasser, und wenn dieser nicht genannt, oder falsch angegeben ist, den Verleger und ausbilsweise den Drucker und Verbreiter vor den Gerichtsbehörden zu belangen.

Dadurch wird nicht mehr gesagt, als: wenn in oder unter der Schrift der Verfasser nicht genannt ist: so tritt sofort unbedingt die Haftung des Verlegers, und die Wirksamkeit des Klagerrechtes gegen ihn ein. Hätte der Gesetzgeber etwas Anderes bestimmen, insbesondere eine nachträgliche *nominatio auctoris* gestatten wollen, so hätte er statt des Wortes „ist“ — „wird“ sagen, statt in der gegenwärtigen, in der zukünftigen Zeit sprechen müssen.

Dieser Auslegung steht der §. 12 c. I. und insbesondere das in demselben enthaltene Wort „zunächst“ nicht entgegen, denn abgesehen davon, daß dieser §. vorzüglich die öffentliche Haftung des Verfassers, Verlegers und Druckers, dagegen §. 10 die privatrechtlichen Verhältnisse des Beleidigten gegen Verfasser, Verleger u. s. w. im Auge hat, so stimmt eben dies Wort „zunächst“ mit der er-

¹⁾ Den 30. März 1837. 907³³/36.

wählten Voraussetzung, und beziehungsweise Verbindung des §. 10 überein.

Uebrigens erhält diese Interpretation auch ihre Bestätigung durch den §. 6 der früher in demselben Betreffe erlassenen Verordnung vom 22. Juni 1803 (Regbl. S. 381) wie durch den Umstand, daß in dem mehrerwähnten Edikte eine Abänderung civilrechtlicher Bestimmungen nirgendwo ausgesprochen ist, nach letzteren aber Verfasser und Verleger als solche angesehen werden müssen, die *communi consilio* gehandelt haben, deßhalb auch als *Correi* für das begangene Delikt in *solidum* haften, auch die Benennung des Autors nicht nur den *animus injuriandi* nicht ausschließt, sondern der Verbreiter immer so strafbar bleibt, als der Autor selbst²⁾.

Tagebuch der Praxis.

(Gerichtsstand der Geistlichen.)

Ein ordinirter protestantischer Kandidat der Theologie, welcher jetzt 3. B. ein Lehramt bekleidet, ist als Geistlicher des privilegirten Gerichtsstandes theilhaftig¹⁾. Vgl. Bl. f. N. Bd. II, S. 141 — 47.

²⁾ Cod. max. civ. T. IV, C. 17, §. 4 et in notis 2, §. 19 et in notis, Quistorp Grundf. des peinl. Rechtes Th. I, §. 317 in fine. Ribbentrop von der Correalobligation, Göttingen 1831, S. 97.

¹⁾ NUGG. v. 7. April 1838. NUGGlt. Nr. 213³⁰/37.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 24. Samstag, den 23. Nov. 1839.

Ueber Ansprüche der Erbschaftsgläubiger an abgefundne Kinder.

Wer eine von ihm bereits erworbene Erbschaft oder Erbportion an Andre veräußert, kann nach wie vor von den Erbschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden. An der Verpflichtung zur Haftung für die Erbschaftsschulden kann durch die Veräußerung der Erbschaft an einen Dritten nichts geändert werden, selbst wenn diesem die Verichtigung der Erbschaftsschulden dabei zur Bedingung gemacht seyn sollte; indem ein solcher Vertrag für den Gläubiger als eine Vereinbarung unter Dritten erscheint ¹⁾. Solange daher der Käufer der Erbschaft die Erbschaftsschuld nicht durch Zahlung getilgt, oder durch eine mit dem Gläubiger geschlossene Expromission zu der seinigen gemacht hat, ist es dem Letzteren unverwehrt, den abgefundenen Erben als seinen Schuldner in Anspruch zu neh-

¹⁾ Const. 2 de hered. vel. act. vend. (4, 39); Const. 2 de legatis (6, 37); vgl. ABE. v. 23. Nov. 1839 (S. 73^{39/39}).

men, und kann er es diesem überlassen, sich bei dem Uebernehmer der Erbschaft zu regressiren²⁾).

Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn Jemand eine ihm zwar angefallene aber von ihm noch nicht angetretene Erbschaft oder Erbportion, gegen Zahlung einer Summe oder Einräumung eines andern Vortheils, ausschlägt, oder wenn auf die künftig zu hoffende Erbschaft einer noch lebenden Person gegen eine Abfindung zum voraus Verzicht geleistet wird. Weder in diesem noch in jenem Falle erlangt der Abgefundene die Eigenschaft eines Erben; er kann daher auch, auf dem Grunde der dem Erben obliegenden Haftung, von den Erbschaftsgläubigern nicht in Anspruch genommen werden. Was den zweiten der angeführten Fälle, den der Abfindung von der künftigen Erbschaft eines noch Lebenden, betrifft, so äußert hierüber Cropp a. a. O. §. 8: „Ein solches Geschäft kann als Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft nicht angesehen werden. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts ist dieses sofort klar, weil dieses keine Succession in das Vermögen einer noch lebenden Person kennt (*Hereditas viventis non datur*). Eher ließe sich nach dem deutschen Rechte daraus ein Bedenken entnehmen, daß man in diesem auch von einer antizipirten Succession redet, und daß das deutsche Recht dem Erblasser, welcher schon bei seinen Lebzeiten seinen künftigen Erben das Vermögen übergiebt, die Pflicht auflegt, zuvor seine Schul-

²⁾ Hölse und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II, Nr. VIII, §. 6.

den zu berichtigen. Allein selbst da, wo der Fall einer eigentlichen antizipirten Succession vorliegt, d. h. wenn Jemand sich schon bei Lebzeiten seines ganzen Vermögens zu Gunsten seiner Erben entäußert, kann dieses Geschäft doch nicht als eine Succession (Vererbung), sondern es kann nur auf ähnliche Weise, wie nach gemeinem Rechte eine Schenkung aller Güter, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angesehen und behandelt werden³⁾; denn wer sein Vermögen so weggiebt, kann sich dadurch von seinen persönlichen Verpflichtungen nicht befreien, und seine Gläubiger weder verpflichten, sich an die Empfänger des Vermögens zu halten, noch selbst ihnen hierzu ein Recht ertheilen, weil auch nach deutschem Rechte Verträge zwischen Dritten in der Regel einem Andern keine Rechte ertheilen und keine Verbindlichkeiten auflegen. Es kann daher der Gläubiger den Empfänger des Vermögens nur aus dem Gesichtspunkte direkt belangen, daß in einer solchen Veräußerung des ganzen Vermögens vor Berichtigung der Schulden, eine fraudulente Handlung gegen die Gläubiger enthalten ist, welche ohne allen weiteren Beweis eines beabsichtigten Betruges mittelst der *actio Pauliana* insoweit angefochten werden kann, als der Gläubiger dadurch beeinträchtigt ist⁴⁾. —

³⁾ Vgl. Preuß. LR. Th. I, Tit. XII, §. 656.

⁴⁾ Fr. 17, §. 1 *quae in fraudem credit.* (42, 8). — S. jedoch den Cod. civ. bavar. Th. III, Kap. VIII, §. 10, Nr. 3, wo verordnet ist, daß der *donatarius omnium bonorum* den Gläubigern des Schenkers um alle bereits vor der Donation vorhanden gewesene Schulden, soweit der Schenker nicht mehr *solvendo* ist, zu haften habe.

Kann man nun aber schon bei der sog. antizipirten Succession den Empfänger der Güter nicht als Erben ansehen, so kann dieses noch weniger da geschehen, wo Jemand sich nicht seines ganzen Vermögens entäußert, sondern nur einen Theil desselben dazu aufwendet, um dafür seine künftigen Erben zur Verzichtleistung auf ihre Erbansprüche zu vermögen, damit der Nachlaß demnächst an andre Personen falle. Hier ist offenbar die Absicht des Abfindenden nicht dahin gerichtet, sich schon bei lebendigem Leibe beerben zu lassen, sondern nur, demnächst bei seinem Tode diejenigen zu seinen Erben zu bekommen, welche das Gesetz gar nicht, oder doch nicht allein berufen hätte. Was demnach hier die abgefundenen Erbschaftsprätendenten für den Verzicht auf den Nachlaß erhalten, das können sie nur *titulo speciali* bekommen, und erscheint es daher als rechtlich unmöglich, sie deshalb als Erben des Abfindenden anzusehen. Folglich können sie auch den Gläubigern desselben nicht in der Qualität als Erben, sondern sie können denselben nur aus dem Gesichtspunkte, daß ihnen zu der Verkürzung Jener die Abfindung gegeben worden sey, verhaftet seyn.“

Zur Regel: *referens sine relato non probat.*

1.

Die Gerichtsordnung bestimmt in Kap. XI, §. 5, Nr. 7:

„Wenn sich das produzierte Dokument auf ein anderes bezieht, so muß dieses zugleich mitproduziert werden, es sey denn offenbar, daß

der Gegentheil dasselbe zu seiner Defension nicht bedürfe.“

Obige Regel soll nur dann gelten, wenn sich das produzierte Dokument auf ein anderes bezieht d. h. wenn jenes auf dieses als auf seine Quelle, oder als den Träger der nähern Bestimmungen, oder zum Zwecke der Auslegung, Ergänzung oder Vervollständigung verweist; nicht schon, wenn in der produzierten Urkunde des Daseyns einer andern nur beiläufig, ohne Bezugnahme Erwähnung geschieht. „*Diversa sunt inquit, sagt Leyser* ¹⁾, *referre se ad instrumentum, et instrumenti cujusdam obiter mentionem facere. Referte se quis dicitur, quando ex verbis et circumstantiis apparet, ipsum instrumentum, quae commemorat, approbare atque in eis contractum vel saltem partem ejus fundare, wenn er das angezogene Dokument zum Grunde setzt und sich darauf beziehet. Idem vero non censetur facere tunc, quando obiter mentionem instrumenti alienius injicit.*“

Eine Bezugnahme ist insbesondre auch dann nicht vorhanden, wenn das produzierte Dokument laut seines Inhalts an die Stelle des andern darin erwähnten treten sollte, wenn bei Abfassung des produzierten Dokuments die Absicht zu Grunde lag, das andre außer Kraft zu setzen oder überflüssig zu machen. *Editio instrumenti relati tunc, quum illud per referens sublatum reformatumque est, posci nequit* ²⁾.

¹⁾ Med. ad Pand. Spec. 264, med. 9, 10.

²⁾ Leyser l. c. med. VI.

2.

Die Redaktion der Ausnahme:

„es sey denn offenbar, daß der Gegentheil dasselbe zu seiner Defension nicht bedürfe“ ist offenbar mißrathen; sie sagt etwas anderes, als gesagt werden wollte. Aus den Anmerkungen und dem daselbst allegirten *Leyser* ergibt sich nämlich, die Regel solle dann keine Anwendung finden, wenn ängenscheinlich vorliegt, daß die angezogene Urkunde dem Produzenten zu seiner Vertheidigung nicht dienlich seyn könne, nichts nützen werde³⁾. — Zur Erläuterung dient, was *Leyser* l. c.⁴⁾ lehrt: *Quoties de veritate obligationis, seu eorum, quae in instrumento relato continentur, indubie constat, tunc relatum proferri necesse non est, sed referenti sine relato plena fides habetur. Haec est unica limitatio, quae regulae supra memoratae adjicienda est.* Läßt die produzierte Urkunde — allein oder in Verbindung mit andern Behelfen — von Allem, was auf das fragliche Rechtsverhältniß Einfluß haben könnte, nichts ungewiß, oder liegt über den Inhalt und die Beschaffenheit des *documentum relatum*, nach allen wesentlichen Merkmalen, volle Gewißheit vor, so ist es offenbar, daß die Vorlage des *relatum* selbst die Lage der Sache nicht ändern, dem Produzenten nichts nützen werde. Er ist daher, wegen

³⁾ Im Sinne der Vorschrift ist von „nicht brauchen können (keinen Nutzen davon haben)“ die Rede; die Worte hingegen sprechen von „nicht brauchen“ (nicht bedürfen, nicht nöthig haben).

⁴⁾ med. I.

Mangelß an Interesse, dieselbe zu verlangen, nicht befugt.

In Heise's u. Cropp's jurist. Abhandl. Bd. II, No. XIV findet sich eine Abhandlung über die vorwürfige Regel, in deren §. 5 u. 6 geäußert wird: „die Regel trifft in allen den Fällen nicht zu, wo das *referens* gerade zu dem Zwecke versertigt ist, um einen selbstständigen Beweis über das in Frage stehende Recht oder den betreffenden Umstand zu liefern, und dann alles enthält, was wesentlich zur Sache gehört ^{*)}.... Wenn zwei Leute über ihre gegenseitigen Rechnungsverhältnisse eine Abrechnung anstellten, und in Gemäßheit derselben der Eine dem Andern unter Bezugnahme auf die Abrechnung eine gewisse Summe als den schuldigen Saldo verschreibt, oder wenn ein Kaufmann, in Uebereinstimmung mit seinem Handelsfreunde, diesen beim Beginn des neuen Geschäftsjahres mit einer gewissen Summe debitirt oder kreditirt, so wird es demnächst, wenn es aus solcher Verschreibung oder aus solcher Buchung zur Klage kömmt, zur vollständigen Führung des Beweises genügen müssen, wenn nur die Verschreibung über den Saldo, oder die mit Zustimmung des Andern erfolgte Buchung desselben bewiesen wird; denn hiebei hat gerade die Absicht obgewaltet, das Ergebnis der Abrechnung festzustellen, und es brauchen daher nicht zur Unterstützung des Beweises die Abrechnung oder der Contocourant des früheren Jahres, wor-

^{*)} Bgl. fr. 26, §. 2 *depositi* (16, 3); fr. 37, §. 5 de *legat. III*, (32); Const. 13 de *non num. pec.* (4, 30).

auf die neue Urkunde sich stützt, beigebracht zu werden. Das Gleiche muß in den Fällen angenommen werden, wo eine Behörde oder eine Person, der hierüber Glauben gebührt, aus andern Urkunden etwas in der Absicht anführt, um darüber ein selbstständiges Zeugniß zu ertheilen. Bezeugt z. B. der Richter aus den Akten, daß die Parthei sich in diesem oder jenem Schriftsatz so geäußert, in einem Verhöre so deponirt habe, bezeugt die Vormundschaftsbehörde, daß nach ihren Akten Dieser oder Jener zum Vormunde bestellt, bezeugt der Konkursrichter, daß zufolge der Akten bestimmte Personen zu Güterpflegern erwählt worden sind, oder daß ein Nachlaßvertrag von den Gläubigern unterzeichnet worden ist, so ist dieses Zeugniß immer ein *referens sine relato*; aber insofern es nur das für das konkrete Verhältniß erforderliche Detail enthält, so liefert es für sich allein einen genügenden Beweis, weil hier das Bezeugte nicht beiläufig, sondern gerade zu dem Zwecke, um einen Beweis zu liefern, gesagt ist. . . . Damit übrigens in diesen Fällen durch die produzierte Urkunde allein ein vollständiger Beweis erbracht werde, ist es in formeller Hinsicht erforderlich, sowohl daß dieselbe an sich ihrer Beschaffenheit nach Glauben verdiene, als auch, daß sie über den Inhalt und über die Beweiskraft der in Bezug genommenen Urkunde auf eine glaubwürdige Weise Auskunft ertheile. Es muß demnach das *referens* entweder von einer Person herrühren, welcher bei der Ausstellung der Urkunde ein amtliches Vertrauen gebührt, oder von dem Verpflichteten selbst, oder wenn, wie bei Handels-

büchern, ein Fall vorhanden ist, wo die Urkunde ausnahmsweise auch für den Aussteller beweist, so müssen denn auch bei dem *referens* alle Erfordernisse für diesen Beweis ⁶⁾ vorhanden seyn. Ist aber auch bei dem *referens* an sich in formeller Hinsicht nichts zu erinnern, so muß es doch nicht bloß, wie bereits bemerkt, den Inhalt des *relati* mit der erforderlichen Genauigkeit und Vollständigkeit enthalten, sondern auch über die Richtigkeit und verbindliche Kraft des in Bezug genommenen *relati* den Beweis liefern, so weit es dessen bedarf. Rührt nämlich das *referens* von dem Verpflichteten selbst her, so ist wegen des darin enthaltenen Geständnisses über das *relatum* ein solcher Beweis nicht weiter erforderlich. Ist es aber von einem Dritten gefertigt, z. B. stellt eine öffentliche Behörde ein Zeugniß über den Inhalt andrer Dokumente aus, so muß es, da hier zunächst Alles von der Beweiskraft des *relati* abhängt, zugleich konstatiren, daß jene andere Dokumente der Form und dem Inhalte nach nichts zu desideriren übrig lassen.“

Verurteilungssumme — Abschätzung des Streitgegenstandes.

Ueber die Frage:

Ob bei der auf den Grund des §. 61 der Prozeß-Novelle v. 17. Nov. 1837 zum Zwecke der Ausmittlung der Verurteilungssumme vorz-

⁶⁾ Z. B. alle Bedingungen der Beweiskraft der Handelsbücher.

zunehmenden Schätzungen die Vorschriften des §. 87. der erwähnten Prozeß-Novelle oder des Kap. 12, §. 3, Nr. 2 der G.D. in Anwendung zu bringen seyen? haben sich verschiedene Ansichten bei vielen Untergerichten ergeben.

Bei dem allgemeinen Ausdruck des §. 61 des Prozeßgesetzes vom Jahre 1837, daß die Schätzungen nach den gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen seyen, glaubten Einige, den §. 87 anzuwenden zu müssen, — Andere hielten sich an die Vorschriften der G.D. Kap. 12, §. 3, Nr. 2.

Da der §. 87. nur eine spezielle Vorschrift für das Exekutionsverfahren enthält, der §. 61 auch hierauf nicht hinweist, so kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß bei Schätzungen, welche lediglich die Ausmittlung der Berufungssumme bezwecken, nicht nach §. 87 der Prozeß-Novelle, sondern nach der G.D. Kap. 12, §. 3, Nr. 2 zu verfahren sey, weil letztere doch immer als das Hauptprozeßbuch bestehet, und nach §. 115 der angerufenen Novelle in allen nicht abgeänderten oder modifizirten Punkten anzuwenden ist.

Der oberste Gerichtshof des Reichs hat sich für diese Ansicht in einem gegebenen Falle ausgesprochen, und bei einer angeordneten Schätzung zu obigem Zwecke ausdrücklich auf die angerufene Gesetzesstelle der G.D. hingewiesen. R. Nr. 862^{38/39}. Entschließung v. 18. Juni 1839. Ein neuerliches Reskript des k. StM. der Justiz vom 23. Sept. 1839 an das k. UG. von Unterfr. und Nschsbrg. spricht für die Richtigkeit der obigen Ansicht.

Bruchstücke aus dem Tagebuche eines alten
Praktikers.

Mitgetheilt von J. N. Höfler.

3.

Weigerung, einen zugeschobenen Eid zu leisten, weil
sich Delat der Sache nicht mehr erinnere. OD. XIII,
§. 2, Nr. 2.

A. und B. standen wegen eines nicht unbe-
deutenden Getreid = Lieferungsgeschäftes mehrere
Jahre miteinander in merkantilischen Verkehr.

Von Zeit zu Zeit wurden Abrechnungen ge-
pflogen, und Abschlagszahlungen geleistet.

Vier Jahre nach der letzten Abrechnung hielt
sich A. verkürzt, und belangte den B. *condictione
indebiti*.

Den dem Kläger hierauf injungirten Beweis
trat derselbe, größtentheils durch Urkunden, und
in subsidium aber auch durch Deferirung des
Haupt = Eides an.

Beklagter gab seine Erklärung über die An-
nahme dieses Eides dahin ab:

daß er diesen Eid nur dann acceptiren und
abschwören könne, wenn er *de credulitate*
schwören dürfe; allein da dieser Eid ein *Ju-
ramentum veritatis* sey, und er schon bei
der Litißkontestation erklärt habe, daß er we-
gen Länge der Zeit nicht mehr wisse, was,
und wie abgerechnet worden, sondern daß dies-
ses nur seine Quittungen ausweisen müssen,
so glaube er, daß diese Eidesdelation für un-
statthaft erklärt werden müsse.

Ima verurtheilte den Beklagten in der Haupt-
sache;

Ida hielt die durch die ordentlichen Beweismittel gelieferte Probe zum Reinigungs Eid geeignet, und erkannte hierauf.

Das OLG. stellte aber das Urtheil der ersten Instanz wieder her.

Dasselbe ging nämlich von der Ansicht aus, daß der Hauptbeweis ganz mißlungen, es also auf das subsidiäre Beweismittel — den deferirten Schieds eid — ankomme, dieser aber nach der vom Beklagten abgegebenen Erklärung als refusirt zu betrachten sey.

Das Gesetz cod. jud. c. 13, §. 2, nr. 11 fordere nämlich eine rechtmäßige Ursache, wenn Jemand ohne Präjudiz den ihm deferirten Eid zu refusiren berechtigt seyn soll.

Als solche könne aber die unbescheinigte, leere Ausflucht, daß er nicht wisse, ob und wie die fragliche Zahlung geleistet worden, nicht angesehen werden. Denn es sey gänzlich unwahrscheinlich, daß, nachdem der Lieferungsvertrag unter den Theilen persönlich abgeschlossen worden, und die Lieferung eine bedeutende Summe erreiche, Leistung und Empfang, Gewinn oder Verlust dem Gedächtnisse des einen Spekulantens ganz entfallen seyn sollte. Wenn aber auch, so würde es nur in der eigenen Schuld desselben liegen, wenn er nicht wüßte, was er hätte wissen sollen.

In keinem Falle könne Kläger durch diese Schuld des Beklagten gestraft, und mit kurzer Hand um das ihm allein noch übrige Beweismittel der Eidesdelation gebracht werden, bloß weil Beklagter, dessen Gewissen ihm wahrscheinlich den

Eid abzuleisten verbiete, denselben unter nichtigem Vorwande von sich abzuwenden suche.

Getraue er sich aber nicht, den Eid, wie dieser nur geschworen werden könne, de veritate abzuleisten, so sey derselbe pro recusato zu halten, und Beklagter in der Hauptsache zur Zahlung zu verurtheilen ¹⁾).

4.

Ein Jude als Protokollführer. — Richtigkeit. —

In einer zwischen zwei jüdischen Glaubensgenossen obgewalteten Streitsache wurde von dem instruirenden Patrimonialgerichte ein Schuladstant, welcher gleichfalls Jude war, als Aktuar bei den Verhandlungen gebraucht.

Als die Sache auf die von einem Theile ergriffene Berufung an das AG. gelangt war, kasfirte dasselbe von Amtswegen sämtliche Verhandlungen, mit ausdrücklichem Vorbehalt des Regresses auf Schadensersatz gegen den Instruktionsrichter. Es hielt nämlich auf den Grund

a) des bayerischen Rechtes Th. V, Kap. 20, §. 3,

b) der Verfassungsurkunde Th. IV, §. 9, Nr. 3, und

c) des Ediktes über die Verhältnisse der jüdischen Glaubensgenossen im Königreiche Bayern vom 10. Juni 1813 Regblatt S. 921 — 932 einen Israeliten für unfähig zu den Verrichtungen eines Gerichtsaktuars.

Hiegegen ergriffen nicht nur der Patrimonial-

¹⁾ DAGE. v. 24. Juli 1826. N. 1355. 182¹/₂

richter, sondern auch beide Partheien die Revision zum D.O., und baten, die bisherigen Verhandlungen aufrecht zu erhalten.

Für die Ansicht des O.G. sprach:

a) daß das hier anwendbare gemeine, nicht bayerische Recht, insbesondere C. 10, C. de Judaeis pr. et §. 2, (I, 9.) jüdische Glaubensgenossen von allen öffentlichen Aemtern, Ehren und Würden ausschließt²⁾;

b) daß hieran weder in der Konstitution des Königreiches noch in dem Edikte vom 10. Juni 1813 eine Abänderung getroffen worden ist, indem in Folge der ersteren (Tit. IV, §. 9, Nr. 3) den nichtchristlichen Glaubensgenossen ein Antheil an den staatsbürgerlichen Rechten nur in dem Maße eingeräumt wurde, wie ihnen derselbe in den organischen Edikten über ihre Aufnahme in die Staatsgesellschaft zugesichert worden, das erwähnte Edikt aber §. 15 den Juden nur die Ausübung anderer bürgerlicher Gewerbe, als des ihnen vorhin gestatteten einzigen Handels, unter gewissen Bedingungen gestattete;

c) den Bestimmungen der C. 5, C. de legibus (I, 14) gemäß Alles, was durch eine zu einem solchen Aktuarate untaugliche Person vorgenommen wurde, für nichtig zu erklären ist.

Demungeachtet erkannte das D.O. die Verhandlungen, und das darauf gebaute Erkenntniß nicht für unheilbar nichtig, sondern ordnete die Erlassung des Urtheils in der Hauptsache an.

Da die C. 5, Cod. de legibus ohnehin

²⁾ Conf. Boehmer J. P. E. IV. L. 5, tit. 6, §. 71.

nicht hieher anwendbar ist, indem sie eigentlich nur von Verträgen spricht, welche gegen verbietende Gesetze eingegangen werden: so stützte sich die Entscheidung ganz allein auf die Stelle der Anmerkungen zur OD. Kap. 2, §. 1, nach welcher die von Jemanden, der die zum Richteramte erforderlichen Requisite nicht hat, gleichwohl zum richterlichen Amt kommt, und wider den nicht exzipirt ward, verhandelten *actus judiciales* deswegen nicht null sind, was noch viel weniger bei einer Nebenperson, bei einem zum Aktuiren verwendeten Schreiber, der sich mit der Richteramtöfunktion gar nicht zu befassen hat, statt haben kann.

Es könnten daher, wie die Entscheidungsgründe bemerken, nur die im Kap. 16, §. 2 angeführten Grundsätze Anwendung finden.

Nach diesem sind aber alle nicht aus dem Mangel der Citation oder der Jurisdiktion hervührenden Nullitäten nur durch die Appellation, oder nach Beschaffenheit der Sache durch die Restitution zu heben.

Da nun im vorliegenden Falle nicht nur gegen das formelle Gebrechen der Verwendung eines Juden zum Aktuiren keine Einwendung gemacht, oder eine Beschwerde erhoben, vielmehr die streitenden Theile selbst durch ihre bevollmächtigten Anwälte ihre Zufriedenheit mit der gepflogenen gerichtlichen Verhandlung zu erkennen gegeben hatten, so lag kein Grund vor, die Nullität von Amtswegen auszusprechen ²⁾.

²⁾ DAGE. v. 29. März 1826. N. 893²¹/23.

Tagebuch der Praxis.

(Sachlegitimation, Nullität.)

In Nr. 5, S. 68 des laufenden Jahrgangs wurde ausgeführt, daß der häufig aufgestellte Satz:

„der Mangel der Sachlegitimation bewirke
Nichtigkeit des ganzen Verfahrens und des
„darauf gebauten Urtheils“

ganz unrichtig sey. Uebereinstimmend mit der von uns geäußerten Ansicht hat sich der oberste Gerichtshof in einem Erkenntnisse v. 17. Mai 1839 ³⁾ ausgesprochen, in dessen Entscheidungsgründen vor-
kömmt: „Ganz ungeeignet ist die Einrede des un-
recht gewählten Beklagten zur Begründung einer
unheilbaren Nichtigkeit. Eine Einrede dieser Art
enthält in der Wesenheit nur eine Negation des
Klaggrundes; sie ist jedenfalls eine materielle, das
Klagerecht selbst betreffende, und müßte nach O. D.
VI, §. 2 bei Strafe der Präklusion im Verhand-
lungstermine vorgebracht werden. Ganz unzuläs-
sig ist es daher, einen Einwand dieser Art, wenn
er im Klagbeantwortungstermine versäumt worden,
zu einem Nichtigkeitsgrunde umzuschaffen, und ihn
auf diesem Wege nachzuschleppen.“

³⁾ DABlt. Nr. 43³⁰/37.

Erratum.

In Nr. 22, S. 346 Z. 22 statt „Werke“ lies „Wege“.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 25. Samstag, den 7. Dez. 1839.

Ueber Zweck und Mittel des Inquirens.

Wer möchte wohl einem Inquirenten verargen, wenn er, nachdem er von einem verschmitzten und hartnäckigen Inquisiten lange Zeit zum Besten gehalten, gleichsam verhöhnt wurde, endlich ein glaubwürdiges Geständniß erlangt hat, darüber erfreut ist.

Es werden ja zu einem tüchtigen Inquirenten so viele und seltene Eigenschaften erfordert, daß schon ihr Besitz, ihr Zusammentreffen in einer Person allein, geschweige ihre richtige Anwendung zur Ehre gereicht.

Vollkommene Geseßs-, große Menschenkenntniß, unermüdlische Ausdauer und Geduld, Geistesgegenwart, besonders in Benützung des oft nie mehr wiederkehrenden ersten Augenblickes, Selbstbeherrschung nicht nur in dem, was der Inquisit durch Mittheilung erfahren darf, sondern sogar auch in äußerer Haltung, Mienen und Geberden, Ernsthaftigkeit, gepaart mit zweckmäßiger Milde, Scharfblick, und eine nur durch Übung zu erlan-

gende Gewandtheit, die zur rechten Zeit zu zögern und zu beschleunigen, abzubrechen und fortzusetzen, in Masse zu drängen, wie das Einzelne zu erschöpfen versteht, sind nur einige jener unerläßlichen Eigenschaften, und wenn auch die Folge des Sieges das den Inquisiten treffende Straf-übel ist, so hat doch die in dem Inquirenten entstehende beruhigende Empfindung mit der Schadenfreude durchaus nichts gemein, vielmehr löst sich mit der erfüllten Amtspflicht die bis dahin nöthig gewesene Strenge von selbst auf, und es steht von da an weniger der Beamte dem Opfer der Justiz, als der Mensch dem Menschen gegenüber.

Doch wird es erlaubt seyn, ein Paar Bemerkungen beizufügen.

Die Eine betrifft den Zweck, die Andere die Mittel der Untersuchung. —

Das Jagen und Treiben nach einem sogenannten Resultate, insoferne damit nur das die Untersuchung krönensollende Geständniß, und die in der öffentlichen Erscheinung hervortretende Bestrafung des Inquisiten gemeint ist, kann und darf nie der ausschließende Zweck des Inquirenten seyn. Eine solche einseitige, durch falschen Ehrgeiz hervorgerufene und geleitete Thätigkeit kann sowohl in der Richtung gegen das treffende Individuum als auch für das Ganze — die Ausübung der Justizpflege — nur Nachtheile hervorbringen. Sie wird immerdar mehr oder weniger die volle Unbefangenheit dem Richter entziehen, welcher sodann in der Wahl, dem Maasse und der Anwendung der Mittel sich mehr erlauben wird, als mit der Gerechtigkeit vereinbarlich ist.

Nicht weniger schlimm wäre es aber auch mit unserer Kriminaljustiz beschaffen, wenn dem Untersuchungsrichter die Täuschung vorgefaßter Meinungen, die irreführende Muthmaßung und Hoffnung des Publikums, ja vielleicht sogar unbefriedigt gebliebene andere Einflüsse des Verfolgungsgeistes, die dem mühsam errungenen Verständnisse korrespondirende Freude, nämlich der Verläumdung die Larve abgezogen zu haben, und der Rächer der Unschuld gewesen zu seyn, auch nur trüben, vielweniger entfremden könnten.

Aber selbst der nach unserer Gesetzgebung häufig mögliche, freilich nicht sehr erfreuliche Mittelzustand zwischen Schuld und Unschuld, jener des „*Non liquet*,“ darf und kann das Bewußtseyn erfüllter Pflicht nicht schwächen, die hieraus entspringende Beruhigung nicht stören. Was denn aber, möchte man fragen, ist denn nun der lohnende Zweck des Inquirirens wenn es die Gewißheit der Schuld oder Unschuld des Untersuchten nicht ist? Antwort: — das in einem klaren, durch Nichts getrüben Bewußtseyn erkannte, möglichst kräftige Streben nach Wahrheit ist es, wenigstens jener Wahrheit, die unter der Hülle juridischer Form auf allgemeine Anerkennung unbestrittenen Anspruch hat. Wir sagen geslißentlich: „*Streben*.“

1. Gleichwie im menschlichen Leben die Sehnsucht immer mächtiger wirkt, als selbst das erreichte Ziel vermag, die Hoffnung schöner winkt, als die Erfüllung je gewähren kann, so scheint im ganzen Bereiche geistiger Wirksamkeit, sey es des Erkennens oder des Wollens, es darauf angelegt

zu seyn, daß die menschliche Natur nur auf die Schranken des Strebens angewiesen seyn soll.

Oder ist es denn immer bloß das Verdienst des Inquirenten, wenn ein die Individualität des Untersuchten zufällig überraschender Moment, wie der Flug des Vogels den Sturz der Lawine, so das Schmelzen des verhärteten Gemüthes plötzlich bewirkt?

Ist es andererseits nicht oft ein Wunder zu nennen, daß es dem unschuldig Verfolgten doch gelingt, die Macht der Vorurtheile seines Untersuchungsrichters zu besiegen ¹⁾? Wohl ist es aber ein großes Verdienst, eine schwierige Untersuchung nach aller gesetzlichen Form in möglichst kurzer Zeitfrist systematisch geleitet, das kleinste Detail der Umgebungen des Verbrechens berücksichtigt, alle Indizien mit ihren Beweisen gesammelt, und sie einzeln sowohl, als in ihrer furchtbaren Zusammenstimmung zweckmäßig benützt zu haben, wenn gleich der Erfolg ²⁾ die Anstrengung nicht belohnt, und statt des sogenannten Resultates eine absolutio ab instantia das Ganze schließt.

Mag immerhin das Glück dem Inquirenten nicht hold gewesen, und ihm unter zehn Untersuchungen nur eine durch Geständniß zu beendigen

¹⁾ Ein solcher könnte mit Recht seinen Richtern sagen:
— — — Non me tua fervida terrent
Dicta ferox: Di me terrent et Jupiter hostis.

²⁾ Dem Richter mag Erfolg den Werth verbürgen;
Doch Dinge giebt es unterm Himmelsjelte,
Zu zart, nach Loth und Pfund sie abzuwägen,
Zu hoch, der Elle Maasß daran zu legen;
Dies merke Freund! Sprich du von Lorbeerblättern,
Doch Lorbeerkränze lasse unberührt!

gelingen seyn, seine Verdienste haben sich dennoch bewährt, und zuverlässig wird ihm Ehre und gerechte Anerkennung von Seite der höhern Behörden, zu deren Kenntniß jene Akten gelangt sind, zu Theil werden, wenn auch neun Köpfe weniger auf dem Schaffot geblutet haben. In jedem Falle wird ihn sein Bewußtseyn für die Lösung der gestellten Aufgabe hinreichend belohnen.

Wenn wir nun auf die geeigneten Mittel, ein Geständniß zu erlangen, zu sprechen kommen, so sind wir nicht gesinnt, die Theorie des Strafprozesses hier zu wiederholen, noch fällt es uns bei, vor solchen Mitteln warnen zu wollen, die vom Geseze selbst schon verboten sind.

Wohl aber möchten wir auf die Gefährlichkeit mancher anderer, die sich unter der Maske der erlaubten in die Einsamkeit der Verhörstuben eingeschlichen und daselbst geltend gemacht haben, aufmerksam machen.

Vorerst eine allgemeine Bemerkung.

Jeder Stand hat seine eigene Moral, wie seine eigenen Krankheiten. Sie ist ihm nicht nur vorgezeichnet durch den ihm bestimmt angewiesenen Wirkungskreis, sondern auch durch sein ethisches Verhältniß zur menschlichen Gesellschaft im Allgemeinen, wie zum einzelnen Menschen als Individuum. Das letztere kann nicht aufgegeben, darf zum Besten des Dienstes nicht geopfert, ja demselben nicht einmal untergeordnet werden, man müßte denn annehmen, der angewiesene Wirkungskreis selbst sey seiner Natur nach ein unmoralischer.

Daher ist auch Jeder, der zur Kriminaljustiz

nach Maaß und Kräften, sey es im Wege der Vertheidigung, oder als urtheilender, oder als untersuchender Richter, beizutragen hat, an diese feststehenden Gränzen gebunden.

Folglich kann und darf auch der Untersuchungsrichter nicht dem Grundsatz huldigen: „der Zweck heiligt die Mittel;“ er darf die Wahrhaftigkeit, diesen ächten Prüfstein der Moral, nicht dem frommen, d. h. hier nützlichen Betrüge opfern, er darf den bloß Verdächtigen, den Angeschuldigten nicht als ein rechtloses Wesen behandeln, er muß vielmehr seine Rechte wie die jedes Andern im Staate beachten, er muß aber auch Alles sorgfältig vermeiden, wodurch die Würde seines Amtes auf irgend eine Weise auch nur entfernt beeinträchtigt werden könnte.

Aus diesem Gesichtspunkte erscheinen als unmoralische, also durchaus verwerfliche Mittel:

1) Jeder direkte oder indirekte, körperliche oder psychische Zwang (versteckte Folter). Hierher sind beispielsweise zu rechnen: Versetzung in ein härteres Gefängniß — allenfalls unter dem Vorwande der Ueberfüllung; — Darreichung schlechterer Kost, wenn auch nicht der Quantität, doch der Qualität nach, wozu sich leicht eine Ausrede finden läßt; langes Sitzen lassen ohne Verhör mit der Entschuldigung, daß inzwischen die Materialien zur weitem Fortsetzung der Untersuchung gesammelt werden mußten; Drohungen, z. B. für Familienväter, wirkliche oder angehende Staatsdiener, wenn sie auch nicht realisirt werden können, oder Benützung religiöser Meinungen zu Schreckungen,

sofern die untersuchte Person hiezu empfänglich zu seyn scheint; Entziehung eines an sich zulässigen, dem Angeschuldeten durch Gewohnheit oder wie immer unentbehrlich gewordenen Genusses, oder umgekehrt Gestattung eines lange entbehrten Genusses als Lockung, so wie auch bequeme Haft, bessere Kost u.

2) Jede Täuschung und Anwendung von unwürdiger List und Kunstgriffen; 3. V. heuchlerische Vertraulichkeit mit dem Angeschuldigten, um ihn auszuforschen; Versprechungen, deren Erfüllung nicht in der Macht des Untersuchungsrichters steht²⁾; falsche Vorspie-

²⁾ Daß hierunter der nach Art. 165, II vorgeschriebene Vorhalt nicht gemeint sey, dürfte sich wohl von selbst verstehen. Doch muß Referent bei dieser Gelegenheit offen bekennen, daß ihn dieses Versprechen oder vielmehr Aufmerksammachen auf den Verlust der mit einem offenen Bekenntnisse verbundenen gesetzlichen Vortheile, worunter ohne allen Zweifel, ja vorzüglich die Anwendung des Milderungsgrundes bei Ausmessung der Strafe Art. 94, Nr. 5, I. begriffen ist, während seiner mehr als dreißigjährigen Funktion als urtheilspredender Richter, alsdann immer in Verlegenheit gesetzt hat, wenn auf dieses Versprechen hin ein Geständniß erfolgt ist, welches eine absolut bestimmte, dem richterlichen Ermessen keinen Spielraum gestattende Strafe nach sich gezogen hat, und die Eigenthümlichkeit des Falles entweder einen amtlichen Antrag auf Begnadigung gar nicht rechtfertigen, oder ein Erfolg sich mit Grund nicht erwarten ließ. Allein so wol dieses nur in höchst seltenen Fällen Platz greift, so ist doch auch zu erwägen, daß die durch das Bekenntniß herbeigeführte schnellere Entscheidung, die Abkürzung der Haft, und damit die Verminderung der Kosten bei vermöglichen Inquisiten, in jedem Falle die Erlangung einer dem ungewissen Zustande vorzuziehenden, wenn auch nicht erfreulichen, doch milder peinlichen Gewißheit, die Todesstrafe allein

gelungen über Aussagen von Mitschuldigen oder Zeugen, die entweder nicht im vorausgesetzten Sinne zu deuten, oder wohl gar nicht gemacht worden sind; Ausbilden, Ausfragen, Rathsertheilungen durch hiezu beauftragte Personen, — Mitgefängene, Gefangenwärter; Behorchen einer veranstalteten Unterredung durch Gerichtspersonen; Veranlassung des Unschuldigen zum Schreiben, um das Geschriebene aufzufangen, und zum Nachtheil des Schreibers zu benützen⁴⁾.

Ein durch solche Mittel erlangtes Geständniß kann freilich eher eine rohe Schadenfreude, als eine gerechte Beruhigung erzeugen. Handelt es sich aber nicht so sehr um unerlaubte, sondern um mehr oder weniger geeignete Mittel, ein Geständniß zu erlangen, so dürfte als Regel festgestellt werden: daß diejenigen, welche eine größere Bürgschaft dafür liefern, daß dieser vom Unschuldigen ausgehende, durch seine nachtheiligen Folgen für ihn so wichtige und eben darum das Gepräge der Glaubwürdigkeit an sich tragende Akt ein reines Produkt der Freiheit seines Willens sey, andern, welche dieses zweifelhaft lassen, und welche eben dadurch für die Stetigkeit und Beharrlichkeit jener Aeußerungen Besorgnisse gestatten, bei weitem vorzuziehen seyen.

Entstünde daher die Frage: ob die Wirksamkeit des Untersuchungsrichters mehr auf den Ver-

ausgenommen, immer als einliger Vortheil anzusehen ist, welcher durch das fortgesetzte Lügner verurtheilt wird.

⁴⁾ Vgl. Bauer Anleitung zur Kriminalpraxis. Göttingen 1837, S. 57.

stand, als auf das Gemüth des Inquisiten zu berechnen sey, so müßte die Antwort zu Gunsten des Verstandes ausfallen.

Nicht, daß die Einwirkungen auf das Gemüth unnütz oder an sich verwerflich wären. Keineswegs. Es kommt hiebei Alles auf das Individuum an, mit welchem man es zu thun hat. Und selbst bei dem schlimmsten Verbrecher darf der Richter das Vertrauen auf den in dem tiefsten Schacht des versteinerten Gemüthes noch schlummernden Funken des Besseren nicht aufgeben. Ihn zu wecken, hervorzulocken, auf daß er, am Tageslichte erstarke, seine Wärme für den Sieg der Wahrheit geltend mache, dieses ist vielmehr seine Pflicht; zwar eine schwere Kunst, aber auch ein großes Verdienst ^{b)}).

(Schluß folgt.)

- ^{b)} Selbst der Geschlechtsunterschied dürfte bei diesem Erwachen des besseren Gefühles, um der Macht des Gewissens Bahn zu brechen, wohl zu berücksichtigen seyn.

Die einseitige Richtung, welche die Ausbildung des gemeinen Mannes zur praktischen Tüchtigkeit mittelst des ausschließenden Vorzuges an körperlicher Kraft im Allgemeinen nimmt, verleiht ihm jene Härte, Rohheit und Troß, welche die Quelle so mancher verbrecherischen Ausbrüche zu werden pflegt.

Sehen wir dagegen auf diejenigen der großen Verbrechen, welche mehr dem weiblichen Geschlechte eigen sind, z. B. Vergiftung, Brandstiftung ic. so wird man fast immer die Bestätigung finden, daß ein bis zum Unwiderstehlichen gebieter Reiz, mit dem geringen Maße der von der Natur beschriebenen Kräfte einen unverhältnißmäßig großen Effekt hervorzubringen, sich über jede Beschränkung hinwegzusetzen, gleichsam in die Pläne des Schicksales zerstörend eingzugreifen und so sich für die kleinere Gabe an körperlicher Kraft zu rächen, den tückischen Absichten weiblicher Verbrechen zu Grunde liege.

3te Regel: scriptura pro scribente non
probat.

GD. XI, Von dieser Regel kann in dem Falle §. 3. Nr. 1. keine Anwendung gemacht werden, wenn die Thatsache, welche bewiesen werden soll, gerade in dem Inhalte der Urkunde, in dem Geschehenseyn der hier schriftlich vorliegenden Erklärung besteht, wenn sonach die Urkunde eben so als Gegenstand, wie als Mittel der Beweisführung erscheint. Z. B. dem klagenden Donatar ist zu beweisen aufgelegt, daß die in Frage befindliche Schenkung vom Beklagten gemacht, und von ihm, Kläger, acceptirt worden sey. Er produziert nun

a) den Brief des Beklagten, worin die Schenkung erklärt ist,

b) sein eignes sofortiges Antwortschreiben auf diesen Brief.

Ist aber dieser unwiderstehliche Nigel nicht mehr oder weniger das Produkt der allen Töchter Eovens angeborenen Eitelkeit?

Ist es nicht dieses Gefühl, unter der edleren Gestalt der Empfänglichkeit für Schaam und Schande, welches sogar die unnatürliche Mutter zum Kindesmord anzutreiben vermag?

Daher schlummert jener Funke des Besseren dort nicht so tief unter dem harten Gestein, wie im männlichen Busen, und der kluge Untersuchungsrichter wird leicht ermessen, wie er demselben beizukommen, wie er der Verbrecherin Gelegenheit verschaffen kann, sich mit sich selbst durch das Geständniß wieder auszusöhnen, und durch den öffentlichen Beweis der Umstimmung ihres Gemüthes eine neue Geltendmachung anderer Art zu erlangen.

Man sieht übrigens hieraus, wie genau die Uebersetzung des Urhebers der That mit der Erforschung der Entstehungsursachen, — des Kelms des Verbrechens zusammenhängt.

Ist nun außer Zweifel, daß diese Antwort wirklich geschrieben und zugestellt worden, so dient sie unbedenklich zu vollständigem Beweise der Acceptation. — Obige Regel bezieht sich nur auf die Glaubwürdigkeit des Inhalts der Urkunden, sie setzt zu ihrer Anwendung voraus, daß in der Urkunde irgend ein Factum angeführt, behauptet, bezeugt ist ¹⁾. Wenn aber die Urkunde kein anderes Factum anführt, behauptet, bezeugt, sondern wenn sie das Factum selbst ist, welches bewiesen werden soll, so kann überhaupt nicht die Glaubwürdigkeit des Inhalts, sondern nur die Richtigkeit der Fertigung in Frage kommen.

Eine richtige Entscheidung des angeführten Falles findet sich in Hägemann (Spangenberg) prakt. Erört. Bd. X, Nr. 23; aber die Entscheidungsgründe haben den Nagel nicht auf den Kopf getroffen. Wir lesen daselbst: „der Grundsatz, daß eine Privaturkunde für den Aussteller keine beweisende Kraft habe, kann nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn irgend eine Thatsache durch die wechselseitige Korrespondenz der Partheien dargethan werden soll, indem er nur dann seine volle Anwendung findet, wenn von solchen Privaturkunden die Rede ist, wodurch der Aussteller einseitig den Gegner verpflichten wollte. Handelt es sich dagegen davon, daß durch eine

¹⁾ Die Urkunden sind entweder historischen Inhalts (Zeugnisse, Geständnisse) oder es sind schriftliche Willenserklärungen. — Diese Unterscheidung ist eine (gemeinlich vernachlässigte) Grundlage der Lehre vom Urkundenbeweise. S. oben Nr. 20, S. 305.

solche Korrespondenz gepflogne Verhandlungen oder der Abschluß eines Kontrakts nachgewiesen werden soll, und stehen die eignen Schreiben des Ausstellers mit dem Antwortschreiben des Gegners in einer so unzertrennbaren Verbindung, daß nur aus beiden zusammengenommen die Wahrheit der behaupteten Thatsache ersehen werden kann, so sind die beiderseitigen Briefe als *documenta referentia et relata, se invicem illustrantia* anzusehen, und auch den eignen Briefen des einen Theils wenigstens die Beweisskraft einzuräumen, welche sich aus der innigen Verbindung ihres Inhalts mit dem Inhalte der Briefe des andern Theils ergibt, möge sie nach Maßgabe der Umstände des einzelnen Falls so groß oder so gering seyn, wie sie wolle.“

Spangenberg hat hier das, worauf es hauptsächlich ankommt, gänzlich übersehen. Enthält die briefliche Äußerung, von welcher es sich handelt, eine bloße Behauptung, oder eine schriftliche Willenserklärung? Das ist die Hauptfrage, welche man in allen solchen Fällen vornherein zu stellen hat. Die Beweiskraft des acceptirenden Antwortschreibens beruht nicht darauf, daß bei ineinanderpassenden brieflichen Äußerungen obige Regel ausnahmsweise keine Anwendung findet, sondern darauf, daß sein Inhalt gerade diejenige Willenserklärung ist, welche der Produzent zu beweisen hatte.

Tagebuch der Praxis.

(Haftung der Staatskasse für veruntreute Depositen. —
Nichteinhaltung der instruktiven Vorschriften vom
10. Nov. 1832).

Uebereinstimmend mit den in Nr. 23, S. 353 — 356 aufgestellten Grundsätzen hat der oberste Gerichtshof neuerdings am 13. August l. J. in der Rechtsache Nr. 1330⁷³⁸ erkannt. Die Motive dieses Erkenntnisses lauten, wie folgt: „Durch die Verordnungen vom 24. Okt. 1796, vom 6. Aug. 1798 und v. 9. Juli 1802 ist ausgesprochen, daß das Aerar für veruntreute Depositen principaliter salvo regressu gegen die ungetreuen Beamten hafte, und die Verordnung vom 10. Nov. 1832 sagt in ihrem Eingange selbst, daß durch die gegebenen Vorschriften an den civilrechtlichen Verhältnissen überhaupt, so wie an den über die Haftung des Staats und seiner Beamten für Depositen, dann über die Anlegung der Depositengelder bei den Schuldentilgungskassen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere, allenthalben nichts geändert werde. — Der k. Fiskus glaubt zwar, daß, weil bei der Deponirung der reklamirten Gelder die instruktiven Vorschriften über Verwahrung und Verrechnung der Depositen vom 10. Nov. 1832 nicht beobachtet worden seyen, die angestellte Klage abgewiesen werden müsse; allein derselbe giebt in der Berufung selbst zu, daß die Depositenordnung von 1832 kein Gesetz, sondern nur eine Instruktion sey. Als solche verbindet sie nur die Beamten, für welche sie gegeben ist, zu Erfüllung der Pflichten, die ihnen hierin aufgelegt werden. Daß diese Erfüllung ein-

trete und nicht vernachlässigt werde, darüber hat der Staat zu wachen, und es wurde deswegen in §. 56 ausgesprochen, daß die k. Regierungen K. d. Finanzen insbesondre durch periodische und unvorhergesehene Untersuchungen jeder Gefährde des Staatsärars zu begegnen, und sich selbst vor Verantwortung zu wahren wissen werden. Hat die Regierung die ihr obliegende Aufsicht vernachlässigt, so muß sie ihre eigne Schuld, und den daraus entstandnen Schaden tragen. — Der Kläger hat von den ihm dargeliehenen 1200 fl. den seiner Schwester schuldigen Betrag von 800 fl. bei Amt liegen lassen. Daß Protokoll, in welchem diese Deposition bezeugt wird, ist über eine Verhandlung des Hypothekenamtes aufgenommen, also eine öffentliche gerichtliche Urkunde. Durch dieselbe konnte sich der Deponent vollkommen gesichert halten, da der vom Staate aufgestellte Landgerichtsvorstand, welchem doch der Unterthan vollkommen Vertrauen schenken soll und muß, die Verhandlungen, gelesgenheitlich welcher die Deposition geschah, selbst leitete. Daß Kläger sich auf den Grund der vorausgegangenen Hypothekenverhandlung und gelesgenheitlich derselben die Deposition der Gelder im Vertrauen auf die im Protokolle vorkommende amtliche Bestätigung derselben ohne Anforderung eines besondern Depositenscheins gefallen ließ, kann demselben keinen Schaden bringen. Anders wäre es, wenn er ohne gerichtlichen Auftrag, ohne vorgängige gerichtliche Verhandlung dem Landrichter allein¹⁾ die Gelder eingehändigt hätte. Der-

¹⁾ Die Vorschrift der G.D. II, §. 3, nach welcher allen

selbe hat aber nicht dem Landrichter (als einzelner Person), sondern der aus dem Landgerichtsvorstande und einem Aktuar bestehenden Hypothekenamts-Kommission die Gelder übergeben. Daß der Landrichter, statt diese Gelder unter die instruktionsmäßige Verwahrung zu nehmen, dieselben zu wech immer anderem Zwecke verwendet hat, kann dem Deponenten nicht schaden, weil dessen Deposition amtlich, gerichtlich bewirkt, und durch den Inhalt des hierbei abgehaltenen Protokolls als einer öffentlichen Urkunde bewiesen ist. — Die Depositen-Vorschriften sind keine Vollmacht für die Beamten, Depositen anzunehmen. Diese Befugniß liegt schon in der Sphäre des ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes. Sie enthalten bloß Vorschriften, wie dieses Amt in Bezug auf Depositen ausgeübt werden soll, und zwar in der Art, daß vorzugsweise der Beamte nicht nur seine eignen Handlungen darnach zu regeln, sondern auch als Beamter auf den Grund seiner bessern Einsicht, Gesetzeskenntniß und speziellen Pflicht die Handlungen der Deponenten zu leiten hat. Durch die Uebernahme des Depositums in Folge der gepflognen gerichtlichen Verhandlungen hat der Landrichter N. weder seine Pflicht verletzt, noch seine Vollmacht überschritten. Die Handlung desselben, für welche der Staat zu haften hat, lag in der Unterschlagung, und diese wäre, da Landrichter N.

gerichtlichen Handlungen, wie sie nur Namen haben mögen, nebst dem Richter ein Aktuar mitwohnen muß, findet natürlich auch Anwendung, wenn es sich davon handelt, ob eine Deponirung gerichtlich geschehen sey.

die protokollarische Quittirung nicht beachtet hat, geschehen, oder hätte geschehen können, wenn Kläger ein Empfangs-Mandat bewirkt, und über geschehene Erlegung der Gelder auch einen vorschriftsmäßigen Depositenschein erhalten hätte (?). Für die von den Beamten unterschlagenen Depositen hat der Staat nach den im Eingang allegirten, noch vor der Verfassungsurkunde erschienenen, also mit Gesetzeskraft versehenen landesfürstlichen Verordnungen principaliter zu haften. Daß durch die Depositen-Vorschriften vom 10. Nov. 1832 an diesen Verordnungen nichts abgeändert wurde und nichts abgeändert werden konnte, ist klar, weil dieß im Eingange derselben ausdrücklich gesagt ist, und weil diese Vorschriften ohne Beirath und Zustimmung der Stände erlassen wurden, also nicht Gesetzeskraft haben.“

(Haftung der Staatskasse für zufällig zu Verlust gegangene Depositen).

Auch für den zufälligen Verlust der Depositen haftet die Staatskasse deswegen, weil der Staat sich die Befugniß, die hinterlegten Gelder zu benutzen, zugetheilt und daher die Gefahr zu tragen hat²⁾. Vergl. Verordng. vom 9. Juli 1802 (Regb. S. 514): „zum Besten des Staates, welcher solches ohnehin auf jeden Fall genau garantiren muß.“

²⁾ DAGE. vom 28. Juli 1839. Nr. 19, 20^{36/37}.

Blätter

für

Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Nr. 26. Samstag, den 21. Dez. 1839.

Zur Lehre von der Beschränkung des richterlichen Amtes durch die Anträge der Partheien ¹⁾).

Die O.D. Kap. XIV, §. 7, Nr. 2 bestimmt:

Der Richter soll mit dem Bescheide über die in den Akten enthaltenen *petita*, soviel

¹⁾ Unter den prozessualischen Grundmaximen sind vorzüglich diejenigen beliebt, welche in vor kommenden Fällen einen guten Vorwand geben, die Schwierigkeiten der Sache zu umschiffen, der nähern Prüfung verwickelter Rechtsverhältnisse auszuweichen, oder dieselben zu vertagen. — Zu den oft mißbräuchlich angewandten Regeln gehört insbesondere die: *ne eat judex ultra petita partium*. Das Gesetz selbst hat dieser Regel eine bestimmte Gränze der Anwendung gesetzt, und Kreittmayr macht darauf aufmerksam, daß nicht bloß, was in der Klagschrift ausdrücklich gebeten worden, sondern auch Alles, was an *petitis in Actis integris tacite*, *realiter vel virtualiter*, *et consecutive* enthalten, bei Fassung des Urtheils zu beachten sey. Allein es hat häufig nicht geringe Schwierigkeiten, den Inhalt sämtlicher Akten zu durchforschen und zu prüfen, und, was darin *tacite*, *realiter vel virtualiter*, *et consecutive* enthalten, zu ermitteln; bequemer ist es, sich an den Buchstaben der in der Klagschrift oder einer neuern Eingabe ausdrücklich gestellten Bitte zu halten, und so die Sache ang brachter-

daß *objectum litis* in der Hauptsache selbst betrifft, nicht hinausgehen, und anders oder mehr darauf erkennen²⁾).

Die hier dem richterlichen Amte gesetzte Schranke betrifft lediglich „daß *objectum litis* in der Hauptsache selbst.“ Im Uebrigen ist der Richter bei Ziehung der prozessualischen Resultate der gepflogenen Verhandlungen an die Anträge der Partheien nicht gebunden. Martin³⁾ lehrt: „Die „richterliche Reflexion über den einzelnen Fall, und „das Recht, logische Folgerungen zu ziehen, ver- „mittelsst deren der Richter sein Amt ausübt, ist „unabhängig von der Willkür der Partheien..... „So gut der Obersatz des dem Richter vorgetragenen Syllogismus nicht nach der Willkür der „Partheien zu beurtheilen ist, sondern nach dem „Inhalte der Gesetze, welche das Gericht unbedingt zu befolgen hat, eben so gut muß auch „die Konklusion unabhängig seyn von den Vorträgen der Partheien, und sich lediglich nach den „unabänderlichen Regeln der Logik richten, indem „die Gerichte nicht als bloße Maschinen der Partheien angeordnet sind, sondern vielmehr angewiesen, jeden einzelnen Fall nach ihrem besten „Wissen und Gewissen zu beurtheilen.“

maßen von kurzer Hand abzufertigen. — In den Kämpfen einer richtigen Doktrin gegen Mißbräuche solcher Art bewährt sich leider der Spruch:

Mit neuer Wahrheit bist du Wen'gen angenehm;

Denn, altem Irrthum treu zu bleiben, ist bequem.

²⁾ Abweichend vom gemeinen Rechte, s. § 34 Inst. de actionibus.

³⁾ Weber's Paraphrase des Martin'schen Civilprozeßlehrbuchs S. 89 — 90 (diese Paraphrase ist, wie die Vorrede gesteht, aus Martin's Vorlesungen geschöpft.)

Nach diesem leitenden Grundsätze ist z. B. die Frage zu entscheiden, ob, wenn der Beweisführer* in der Deduktionschrift nur auf Zuerkennung des Ergänzungsseides anträgt, der Richter, welcher die Probe für vollkommen gelungen hält, definitiv zu Gunsten des Beweisführers zu erkennen befugt sey? — Diese Frage ist in Gemäßheit obigen Grundsatzes um so unbedenklicher zu bejahen, als

a) der Gebrauch der nothwendigen Eide lediglich von dem Bedürfnisse des Gerichtes ausgeht, d. h. nur dann stattfindet, wenn das Gericht am Schlusse des Beweisverfahrens nicht im Stande ist, den Rechtsstreit zu entscheiden, ohne von einem solchen Eide Gebrauch zu machen⁴⁾; —

b) den Richtern von den Gesetzen ausdrücklich verboten ist, über Thatsachen, welche bereits bewiesen vorliegen, Eidesleistungen aufzutragen oder zuzulassen⁵⁾. Zudem ist

c) in der Bitte um Zulassung zum Ergänzungsseide der Antrag auf ein günstiges Enderkenntniß, auf Gewährung der in den frühern Verhandlungen gestellten Hauptbitte, wenigstens consecutive enthalten. Das *Judicium* besteht aber „in Actis integris“, muß sich folglich auf alles, „was darin entweder expresse oder tacite, rea-

⁴⁾ Vat. fr. 31 de jurejurando: „in dubiis causis“; Const. 3 de reb. cred.; „inopia probationum.“ — S. Weber's angef. Paraphrase S. 388.

⁵⁾ Cap. 2, X de probat. Leyser med. ad Pand. Spec. 137, med. 3 — 7; G. L. Boehmer de auctor. jud. circa jusjur. (Electa jur. civ. Tom. II, p. 669) §. XII.

„liter vel virtualiter et consecutive enthalten
„ist, nothwendig erstrecken“).“ —

Hat etwa der Unterrichter auf den Reinigungs-
eid erkannt, und in der Berufungsschrift ist um
Zulassung zum Ergänzungseide gebeten, so kann
auch der Berufungsrichter, welchem der Beweis
als vollständig gestellt erscheint, sofort definitiv zu
Gunsten des Appellanten erkennen, daher für die-
sen günstiger, als er gebeten, reformiren. Denn
es läßt sich mit Grund nicht annehmen, daß zu-
folge der, nur die Zulassung zum Ergänzungseide
beantragenden, Berufungsbittte — bereits partielle
Rechtskraft — für das Nichtdaseyn vollständigen
Beweises — stattfinde⁷⁾. — Neben dem gelten die
oben unter a, b, c vorgetragenen Regeln nicht
minder für das oberrichterliche, als für das Er-
kenntniß erster Instanz; und es kann insbesondere
die Befolgung des auf religiösen Erwägungen be-
ruhenden Verbotes, über bereits vollbewiesne That-
sachen Eidesleistungen zuzulassen, von den Anträ-
gen der Partheien nicht abhängig gemacht werden.

Zur Lehre von der actio judicati.

Durch die Verordnung vom 2. Juni 1811¹⁾,
wodurch die ältere vom 9. Okt. 1807²⁾ erläutert
wurde, sind die Voraussetzungen und Modalitä-
ten bestimmt, unter welchen die Vollstreckung

⁶⁾ Kreittmayr in den Anmerk. zur OD. XIV, §. 7,
lit. b.

⁷⁾ S. Blätter f. Rechtsanwendung Bd. II, S. 109 — 12.

¹⁾ Regbl. 1811, S. 745.

²⁾ Regbl. 1807, S. 1609.

fremdrichterlicher Erkenntnisse in Civilsachen gegen bayerische Unterthanen statt finden darf. Diesen Bestimmungen liegt insonderheit das staatsrechtliche Prinzip der Retorsion zu Grunde, indem abgesehen von den übrigen Voraussetzungen, der Vollstreckung fremdrichterlicher Erkenntnisse nur alsdann und nur insofern statt gegeben werden soll, als von auswärtigen Staaten gleiche Grundsätze hinsichtlich der Erkenntnisse-bayerischer Gerichtsstellen beobachtet werden. Wenn nun die Requisition des auswärtigen Gerichts um Urtheilsvollstreckung aus staatsrechtlichen Rücksichten abgelehnt worden ist, und die Parthei, welche nach dem fremdrichterlichen Erkenntnisse obgesiegt hat, auf den Grund dieses Judikats bei dem zuständigen inländischen Gericht den Antrag stellt, nach vorgängiger Verhandlung der Sache zu erkennen, daß Imploratschuldig sey, dasjenige, wozu er durch jenes Erkenntniß verurtheilt wurde, zu leisten, so kann der vorhin bemerkte Umstand an und für sich keine gegründete Veranlassung geben, die Imploration von Amtswegen abzuweisen und dem Imploranten zuzumuthen, daß er vorerst eine Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse anzustellen habe. Seine Imploration ist kein Gesuch, um sofortige Vollstreckung des fremdrichterlichen Erkenntnisses, sondern als eine auf solches gegründete *actio judicati* zu betrachten, deren Fundament darauf beruht, daß Implorats verbunden sey, einem rechtskräftig gewordenen Ausspruch Genüge zu leisten³⁾. Darüber, ob dem fraglichen Erkenntnisse

³⁾ Schmidt Lehrb. v. Klagen §. 1144.

die Eigenschaft und Wirkung der Rechtskraft beizulegen und Implorat verbunden sey, demselben nachzukommen, soll erst nach gepflogener Verhandlung über die angebrachte Imploration entschieden werden und hierüber darf, ohne nähere Kognition, nicht im voraus von Amtswegen abgesprochen werden, sofern nicht eine sofort unzweifelhaft vorhandene Nichtigkeit des fremdrichterlichen Erkenntnisses einen Grund zur Abweisung der Imploration an die Hand geben sollte. Konnte aber in Ermangelung einer Nichtigkeit das gedachte Erkenntniß in Rechtskraft übergehen, so hatte Implorant nicht nöthig, aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte auß neue zu klagen; denn da im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung, auch ohne Rücksicht auf wirkliche Schuld, eine Verbindlichkeit dem Judikat Folge zu leisten entsteht, so konkurriert die actio judicati mit der alten Klage elektiv und Implorat kann jene, als die vortheilhaftere, wählen ⁴⁾).

Aus diesen Gründen wurde von dem AG. v. Oberfranken am 19. Januar 1839 erkannt ⁵⁾), daß die Imploration nicht von amtswegen abzuweisen, sondern zur Instruktion zuzulassen sey.

Ueber den Gerichtsstand der quieszirenden Landrichter.

Daß der Gerichtsstand, welcher den Landrichtern durch die Verordnung v. 3. Nov. 1808 (Nbl. S. 2810) bei dem Stadtgerichte der Hauptstadt

⁴⁾ Schwegge Privatrecht §. 612. Linde Prozeß. §. 171.

⁵⁾ Nr. 1745. AGAlt. M. ³⁰/1839.

des Kreises angewiesen wurde¹⁾, kein privilegirter, sondern ein ordentlicher und zwar deren eigenthümliches *forum domicilii* sey, so wie daß dieser Gerichtsstand mit deren Quieszierung oder Pensionirung aufhöre, ergibt sich aus dem Zweck und den Worten des alleg. Gesetzes. Gleich im Eingange der Verordnung heißt es: „daß bei Aufhebung der bisher privilegirten Gerichtsstände der Stadt- und Landrichter, in Betrachtung der deßfalls eintretenden Verhältnisse der neuen Gerichtsverfassung, eine besondere Anordnung des Gerichtsstandes derselben in erster Instanz nöthig geworden sey.“ Bezüglich der Landrichter ist sodann im Art. 3, l. c. bestimmt, daß sie ihren ordentlichen Gerichtsstand erster Instanz vor dem Stadtgericht der Hauptstadt des Kreises haben, zu welchem das Landgericht gehört, bei welchem sie angestellt sind. — Der Grund dieser Bestimmung ist im Art. 5 ib. dahin angegeben, „weil der betheiligte Landrichter bei dem Gerichte, welchem er vorgesetzt ist, nicht belangt werden könne.“ — Hieraus folgt, daß diese Rücksicht und deren Folge von selbst aufhören, sobald der betreffende Landrichter nicht mehr in Dienstesaktivität sich befindet, und es würde der Absicht und den Worten des Gesetzes widerstreiten, wenn man annehmen wollte, daß der bloß durch die Dienstesaktivität begründete Gerichtsstand der Landrichter nach eingetretener Quieszierung noch fortbestehe²⁾.

¹⁾ S. auch Verord. vom 13. Sept. 1822, in den Nov. zur G.D. Bd. IV, S. 19.

²⁾ Erkenntnisse des U.G. v. Oberfranken v. 5. Juni 1838.

Was hier von dem Gerichtsstand der quiesz. Landrichter gesagt wurde, gilt auch von dem Gerichtsstande der Landgerichtsassessoren und Actuare der Herrschafts- und Patrimonialrichter I. Kl., und der Herrschaftsgerichtsassessoren im Falle deren Quieszierung.

Ueber Zweck und Mittel des Inquirirens.

(Schluß.)

Allein als Regel darf der Inquirent dieses Mittel nicht als das am meisten geeignete ansehen. Die Erfahrung lehrt, daß unter allen ein glaubwürdiges Bekenntniß herbeiführenden Beweggründen die Neue, dieses Hervortreten und Erwachen des Besseren im Menschen, bei Weitem die kleinste und immer die trügerischste Rolle spielt. Viel wirksamer sind sogar oft: stumpfsinnige Trägheit, Ermüdung, und das Losreißen von peinlicher Ungewißheit um jeden Preis.

Es liegt aber ohnehin auf platter Hand, daß eine Spekulation nichts taugen kann, welche darauf berechnet ist, einen Menschen, der ohne Vorwurf seines innern Richters von Verbrechen zu Verbrechen eilte, dem die Wahrheit in seinem ganzen Leben nur lächerlich vorkam, die Virtuosität in List und Trug an sich und Andern aber von jeher als das höchste

Nr. 4973. I.⁴/1834 und 8. Aug. 1838 Nr. 5461. I.⁶/1838. Cit. des UG. des vormal. Regalkr. vom 10 Febr. 1835. F. 3³/34 S. auch Seuffert Comment. zur O.D. Th. I, S. 40, 98 und 102. A. M. jedoch ohne Angabe von Gründen ist v. Stürzer in den Bemerkungen zum damaligen bayer. Civilgerichtsverfahren, S. 164, Nr. 7.

Ziel der Vollkommenheit galt, der gar wohl die Folgen zu berechnen weiß, die mit seinem Gestandnisse für ihn eintreten⁶⁾, einen solchen Menschen zum freiwilligen Märtyrer der Wahrheit aus

- ⁶⁾ Es ist hier nicht der Ort, Kritiken über die verschiedenen Strafrechtstheorien — absoluten, relativen und gemischten — niedergulegen; wenn aber von der Wirksamkeit der Furcht vor der angedrohten Strafe, wie sie sich im Leben erprobt, die Rede ist, so mag man es dem Verfasser verzeihen, wenn er im Vorübergehen eine Bemerkung über die, doch größtentheils dem bapen. Strafgesetzbuche zu Grund liegende psychologische Abschreckungstheorie einzuschalten nicht umhin kann.

Jedes neu entstandene, zur Untersuchung aelangte Verbrechen ist nämlich ein wiederholter Beweis der Unwirksamkeit und Unhaltbarkeit der Theorie, der Unerreichbarkeit des von ihr sich vorgestreckten Zieles.

Denn diese Theorie hat keinen Zweck, als durch schneidende Trennung der Moral vom Rechte, den Menschen, welchen sie bloß als sinnliches Wesen auffaßt, mittelst eines starren psychologischen Mechanismus, der auf keine Triebsfedern der Gottesfurcht, Liebe, Rechtsinn, Scham und Ehrgefühl baut, dessen vorzüglichstes Triebrad aber die Furcht vor der Strafe ist, zur Einhaltung der äußeren Rechtsordnung, und damit zur äußeren Beobachtung der zur Aufrechterhaltung der bürgerl. Gesellschaft erforderlichen Geseze zu zwingen. —

Eine so sinnreiche Maschine, die nicht für ein Reich von Geistern, sondern für Bewohner dieser irdischen Welt, und zwar für solche, die noch viel schlimmer vor-ugesezt werden als die wirklichen im Durchschnitt sind, gegeben ist, muß sich auch in der Erfahrung bewährt zeigen, wenn sie nicht der Vorwurf treffen soll, daß sie für ihren Zweck ungenügend sey.

Lassen wir nun aber einmal ein eklatantes Verbrechen großes Aufsehen erregen, und vernehmen wir über seine Entstehung die Stimme des gebildeteren Publikums, so wird wohl Jederman es eher erklärbar finden, als der Anhänger der Androhungstheorie.

Der Mathematiker (wozu auch der Diplomat, der Kaufmann, der Jude u. s. w. zu zählen ist) wird in dem Verbrecher nur einen falschen Rechner, der seines großen Kalculirschers wegen gebührend bestraft wird, erblicken, der Theolog die Folgen der Erbsünde, die Macht

Liebe zu ihr, gewissermassen zum Selbstmörder machen zu wollen!

Ist vielleicht ein solches Geständniß auch durch

des Satans, die Verschmähung der Gaben der Religion bejimmern, der Philosoph den im Streite für das Subjektive mit der Objektivität unterlegenen Kämpfer skeletisiren, der Mediziner mehr oder weniger den armen Sünder für einen Kranken oder Verrückten halten, bei welchem durch Störung der Harmonie der physischen Kräfte, der rohe gesteigerte Blutsinn, — das böse Prinzip, der Arman — den Sieg über das Hirnleben, — das gute Prinzip, den Demuth *) — errungen hat; — der Rechtsgelehrte aber, mit der psychologischen oder irgend einer anderen Abschreckungs-, Prävention- oder Warnungstheorie im Kopfe, sitzt verblüfft vor dem aufgeschlagenen Strafgesetzbuche, und findet es unregreßlich, wie der sonnenklare Artikel M. M. nicht im Augenblicke der That seine unsichtbare Zauberkraft ausübt, und den Thäter bei den Nothschüssen zuückgezogen hat. Er bedenkt nicht, wie schwer es sey, Leidenschaften zum Nachdenken zu bringen, und sie durch Drohungen zu überwinden, er bedenkt ferner nicht, daß es gar manche Verbrechen giebt, die ihren psychologischen Entstehungsgrund nicht in der Sinnlichkeit haben, wobei also der Verbrecher gleichgültig gegen die der Sinnlichkeit angedrohte Reaktion anderen Tiersedern folgt; dahin gehören: Verbrechen aus Lebensüberdruß, aus Ehrgefühl, z. B. Duell, Kindesmord, aus Wahn, religiöse oder politische Schwärmerei, aus moralischer Stumpfheit und Trägheit u. s. w.

Vorzüglich ist es ihm aber zu verargen, wenn er unbedingt die Wirksamkeit seines Mechanismus auf eine Voraussetzung baut, die nicht als Regel aufgestellt werden kann, nämlich die:

„daß das Strafübel dem Verbrechen unausbleiblich folge.“

Denn so lange das Gegentheil möglich ist — und das für sich die Mangelhaftigkeit des Verfahrens der Beweistheorie, und der menschlichen Anstalten überhaupt hinreichend — so lange also der Verbrecher hoffen kann,

*) Siehe Blumenöder über das Irreseyn. Leipzig 1836. Eine nicht nur für Aerzte und Psychologen, sondern auch für Richter sehr anziehende Schrift.

Ueberraschung erfolgt, gewiß ist dann mit der Wiederkehr der Fassung auch der Widerruf nicht ferne.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn

unentdeckt zu bleiben, oder die Gesetze schlaue umgehen zu können, so lange wie das zukünftige ungewisse Uebel, dem gegenwärtigen gewissen, (sey es nun eine verzweiflungsvolle Lage, oder die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antelbe der That entspringt) kein Gleich- oder Uebergewicht entgegensetzen können, und der psychologische Zwang durch Dichtung fällt zusammen.

Doch lassen wir diesen theoretischen Streit auf sich beruhen.

Es geht in der Jurisprudenz, wie in der Medizin. So wie es Heilarten nach der Mode giebt, vom Biornianischen, antichlogistischen, bis zu den in unseren Tagen in Schwung gekommenen homöopathischen und hydropathischen Systemen, so ist es auch mit den Strafrechtstheorien.

Multa renascentur, quae jam cecidere, cadentque,

Quae sunt in honore, vocabula!

Bereits sind die meisten relativen Theorien veraltet; nur die Besserungstheorie mit dem damit verbundenen Penitentienlaßsystem macht sich geltend. Dagegen ist, von den absoluten, die Gerechtigkeitstheorie, mit oder ohne Modifikation, jetzt an der Tagesordnung. Für uns Praktiker kann dieses gleichgültig seyn so lange die bestehende Gesetzgebung dadurch nicht geändert wird; wir halten es mit den Worten des Dichters:

*Grau, theurer Freund, ist alle Theorie,
Und grün des Lebens gold'ner Baum.*

Zu der künftigen Gesetzgebung aber haben wir das Vertrauen, — schon beweisen es die Entwürfe in Baden, Württemberg und anderen Ländern — daß sie sich an keine Theorie ausschließend binden, sondern dem Ausprüche des Apostels folgen werde:

Prüfet Alles, und behaltet das Beste!

Es wird eine Zeit kommen, wo der Mensch nicht einseitig sondern der ganze Mensch, in seinem vollen Organismus, mit allen seinen Anlagen in der Legislation aufgefaßt werden wird, und wo die Herrschaft des mit der Drohung sinnlicher Schmerzen nur an die Sinnlichkeit gerichteten Gesetzes, oder, was Eines, die Furcht vor der Strafe zu Verhütung der Ver-

man den im Untersuchungsprozeß statt findenden Kampf zwischen Verbrecher und Richter nicht aus dem Standpunkte des Gefühls, sondern aus der Richtung eines Verstandwesens zu einem Verstandwesen betrachtet.

Denn als solches steht auch der Verbrecher vor dem Richter da. So wenig der Verbrecher sich selbst den gesunden Menschenverstand absprechen kann, so wenig kann er ihn dem Richter absprechen, und umgekehrt.

Dieses Verhältniß — die verständige Nothigung — muß der Hebel werden, wodurch die Wahrheit auf sicherem Wege zu Tag gefördert wird.

Mit dem Beginnen des Kampfes macht jeder Theil seinen Operationsplan.

Es arbeitet, gährt und kocht im Verbrecher. Die Angst um das Leben, die Furcht vor bürgerlicher Vernichtung und anderen Uebeln, vielleicht, wenn nicht die Macht des Gewissens, doch etwa das Mißtrauen auf eigene Beständigkeit läßt ihn kaum die zu einem gut berechneten Vertheidigungsplane nöthige Besonnenheit finden.

Doch er gewinnt die Herrschaft über sich selbst; er ist im Stande, ein Lügengewebe zu schmieden, das, indem es in seinem Kausalzusammenhange künstlich in die nun einmal nicht mehr zu ändernden, sohin nicht abzuläugnenden äußern Erschei-

brechen in dem Maße überflüssig werden wird, als Erziehung und Unterricht des Volkes, strenge Gerechtigkeit, und Ordnung im öffentlichen Leben, größere Erwachung und Verbreitung des ächten Ehrgefühls und Rechtsinnes, und der Wohlstand der Nation im Wachsthum zunimmt.

nungen genau einpaßt, ihn dennoch als schuldlos darstellt.

Aber auch der Richter ist in Entwerfung des Angriffsplans seinerseits nicht unthätig. Jeder die That begleitende Umstand, jeder Verdachtsgrund ist sorgfältigst gesammelt, geordnet, zusammengestellt, in Beziehung auf das gegenüberstehende wahrscheinliche Subjekt der That in Harmonie gebracht, bestimmt berechnet, wann, wie und in welcher Ordnung der Angriff mit den blank geschliffenen Waffen vor sich gehen soll und darf.

In den Vorgesetzten sucht jeder Theil die Stärke seines Gegners zu durchforschen, gewöhnlich ohne erhebliches Resultat. Der Inquirent läßt aber mit heroischer Geduld dem Untersuchten das schlan ausgeheckte Trüggebilde nach allen seinen Richtungen ungestört entsalten.

Von da an wird der Kampf ernsthafter.

Mit jedem fortschreitenden Vorhalte stürzt eine Säule des lustigen Defensionsgebäudes um die andere zusammen; der Inquisit fängt nach gerade an, den Richter für unterrichteter zu halten, als er wirklich ist, mit Unbarmherzigkeit wird er aus jedem Schlupfwinkel des Labyrinthes seiner Lügen-erfindungen hervorgetrieben, er verwickelt sich, durch das Uebermaas der Schlaueit, in seinen eignen Schlingen, beschämt oder schamlos steht er als dummer oder unverschämter Lügner seinem Richter gegenüber, vernichtet ist der Vertheidigungsplan, seiner Waffen ist er baar und ledig.

Nun erst erneuert sich der Angriff.

Jetzt wird der Angeklagte genöthigt, dem Inquirenten von Erscheinung zu Erscheinung, von

Schluß zu Schluß nachzufolgen. Schon berstet die harte Schale in etwas, aber der Kern kommt noch nicht zum Vorschein.

Da rückt mit der Riesenkraft der historischen Wahrheit der bis dahin geslißentlich zurückgehaltene, völlige Kausalzusammenhang des ganzen Unschuldigungsbeweises vor, vielleicht im Einzelnen noch überdies begleitet durch einen oder den andern kleinen neuentdeckten Umstand, gleichgültig zwar für den völlig Unwissenden, erschütternd aber für den Urheber der That.

Jetzt ist die Macht des intellektuellen Widerstandes gebrochen.

Soll der Thäter sein eignes Daseyn weglängnen oder widersprechen, daß seine dem Richter bekannt gewordenen Handlungen nicht die Ursache des Verbrechens seyen?

Soll er behaupten, daß zweimal zwei nicht vier ist, oder für möglich halten, daß ein anderer mit jenen Erscheinungen übereinstimmender, erdichteter Kausalzusammenhang hier obwalte? Und wenn dies seinem Verstande unmöglich scheint, kann er es dem Verstande des Richters als möglich zumuthen?

Vielsach und hartnäckig hat er schon in seinem Leben den Anforderungen des Gemüthes getrogt, aber vor diesen Anforderungen des Verstandes senkt sich die Fahne; die Schale springt — das Geständniß erfolgt! und zwar nicht als der Ausdruck des erwachten Gewissens, sondern als eine dem gesunden Menschenverstande unwillkürlich abgenöthigte Huldigung!

Wir aber bieten dem Inquirenten freundlich

zum Gruße die Hand, wenn auch sein geschicktes und redliches Bemühen zur Erforschung der Wahrheit mit dem Erfolge nicht belohnt worden seyn sollte, den wir aus psychologischen Gründen hier prognostiziren zu können geglaubt haben.

J. N. Höfler.

Zur Lehre von der Restitution.

Die Bestimmung der *GD. XVI*, §. 1, Nr. 11, daß die Restitution *contra lapsum termini praejudicialis* bei dem Richter, welcher den Termin ertheilt hat, nachgesucht werden müsse, hat nur den Sinn, daß die Restitution bei dem in der Hauptsache erkennenden Richter, d. h. bei dem Richter erster Instanz, begehrt werden muß. Wenn der Berufungsrichter reformatorisch erkennt und einen peremptorischen Termin, z. B. zur Führung des Beweises, oder zur Erklärung über den deferrirten Eid, festsetzt, so hat der Oberrichter nur das, was in erster Instanz erkannt werden sollte, ausgesprochen, und es ist somit nur von einem an der Stelle des ersten Richters sürgeordneten Termin die Rede, indem sonst die Partheien um das Recht der ersten Instanz kommen würden¹⁾.

Tagebuch der Praxis.

(Revisionssumme; Wechselprozesse nach preuß. Recht.)

Die Bestimmungen des §. 8, lit. a des Landtagabschieds vom 29. Dez. 1831 finden auf Prozesse über Wechsel aus denjenigen Landestheilen, in

¹⁾ LZGE. v. 6. Juli 1824. 26Jhr. S. 751²⁰/21.

welchen das preussische Landrecht sammt dem hierin enthaltenen Wechselrechte und dem in der preussischen Gerichtsordnung befindlichen Wechselprozesse eingeführt, und gemäß §. 3, Nr. 3 des Gesetzes vom 11. Sept. 1825, die Einführung des Wechselrechts und der Wechselgerichtsordnung betr. beibehalten ist, — keine Anwendung ¹⁾).

(Berufungssumme; Klage und Widerklage.)

Der §. 62 der Nov. v. 17. Nov. 1837 verordnet bezüglich der Berufungssumme:

„Bei Klagen und Widerklagen findet eine Zusammenrechnung der Klags- und Widerklagssumme nicht statt.“

Zufolge dieser Vorschrift ist es ausgemacht, daß, wenn weder Klage noch Widerklage, jede für sich betrachtet, die erforderliche Beschwerdesumme betreffen, die Statthaftigkeit des Rechtsmittels durch Zusammenrechnen nicht begründet werden könne. — Wie aber, wenn in einer von beiden, nicht aber in der andern, die erforderliche Summe vorhanden ist, kann nun das für jene begründete und wirklich ergriffene Rechtsmittel auch mit auf diese erstreckt werden; kann z. B. die Parthei, welche über das Erkenntniß bezüglich der appellablen Widerklage Beschwerde führt, in dieser Verbindung auch den Ausspruch über die — an sich nicht appellable Klage — zum Gegenstande einer Beschwerde machen? — Diese Frage wurde in Erwägung, daß der §. 62 die Zusammenrechnung der Klags- und Widerklagssumme ganz allgemein für unzulässig erklärt, von dem obersten Gerichtshofe durch Erk. vom 9. April 1839 verneint ²⁾).

1) DABE. v. 22. April 1839. DABU. N. 221³⁹/39.

2) DABU. N. 533³⁹/39.

Einstörender Fehler.

In Nr. 22 ist Z. 350, Z. 14 „Cessionar“ statt „Cedent“ zu lesen.

