

**Blätter**

für

# **Rechtsanwendung**

zunächst in Bayern,

gegründet

von

Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück,

nun herausgegeben

von

**Dr. Julius Staudinger.**



**Neue Folge XXX. Band.**

Der gesammten Folge L. Band.

---

**Erlangen, 1885.**

**Verlag von Palm & Enke.**

(Carl Enke.)

**Druck von Junge & Sohn in Erlangen.**



## Alphabetisches Register

zum

fünfzigsten Bande der Blätter für Rechtsanwendung.

- Neue Folge XXX. Band.

	Seite
Ablehnung des nach der Geschäftsvertheilung berufenen Senats . . . . .	189
Abwesende: Pflegschaft für solche . . . . .	508
Advokaten s. Rechtsanwälte	
Alimente: Alimentationspflicht des aus eigenem Verschulden geschiedenen Ehemannes gegenüber seiner vormaligen Ehefrau . . . . .	216, 249
Desgleichen des geschiedenen Ehemannes gegenüber der nicht als schulbigen Theil befundenen Ehefrau . . . . .	236
Verzicht auf Alimente und Erlassleistung . . . . .	249
Alteneinsicht, im Gebiete der nichtstreitigen Rechtspflege	510
Desgleichen von Untersuchungsakten . . . . .	333
Anerkennnisse: Beweis von solchen . . . . .	12
Annuitätenkapital s. Hypotheken.	
Ansbacher-Recht: Kirchenbaukast . . . . .	119
Anwalt s. Rechtsanwalt.	
Anzeige bezüglich der Redaktion der Blätter für Rechtsanwendung . . . . .	354
Armenrecht s. Kosten.	
Arrest: Verspätete Erwirkung eines Sicherheits-Arrestes. Haftung des Rechtsanwalts . . . . .	56
Arzneimittel s. Arzt.	
Arzt: Die in §. 33 der bayerischen Apotheker-Ordnung vom 27. Januar 1842 gestattete Selbstdispensirung von Arzneimitteln durch den Arzt in dem dort bezeichneten Falle ist durch neue Vorschriften außer Wirksamkeit gesetzt. Für einen Arzt, der weder im Allgemeinen, noch in einem jeweiligen Einzelfalle zur Verabreichung von Heilmitteln ermächtigt ist, kann eine Befugniß dazu weder aus der Unterscheidung zwischen „Feilhalten“ und „Abgabe“ von Arzneimitteln, noch daraus abgeleitet werden, daß §. 367 Ziff. 3 des N.-St.-G.-B. lediglich auf gesundheits- und gewerbepolizeilichen Rücksichten beruht . . . . .	429, 433

\*\*



	Seite
<b>Ausschlagesachen: Strafverfahren . . . . .</b>	416
<b>Auswanderungsagenten s. Passwesen.</b>	
<b>Bamberger Recht: Die Wahrung der Rechte des Pflichttheils der Kinder bei Lebzeiten der Eltern berechtigt nicht zu dessen sofortiger Beschlagnahme</b>	126
<b>Kirchliche Baupflicht im vormaligen Hochstift Bamberg. Befreiung der Dezimatoren durch Gewohnheitsrecht . . . . .</b>	147
<b>Banquier-Verkehr. Commissionsgeschäfte. Contocurrent. Anerkennung des Contocurrents und Wirkung desselben . . . . .</b>	252
<b>Bausführung, eigenmächtige. Der mittelst Strafbefehl wegen eigenmächtiger Bausführung rechtskräftig Verurtheilte kann nicht einem nachträglichen Verfahren zur Ermirkung einer gerichtlichen Entscheidung auf Ermächtigung der Polizeibehörde zur Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes unterworfen werden. Ermessen der Polizeibehörde, die Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes auf einzelne Bestandtheile des Baues zu beschränken . . . . .</b>	30, 452
<b>Jede wesentliche Ausbesserung eines Baues aus geschlossenem Holzwerk bildet eine Hauptreparatur. §. 7 Abs. 1 der allgemeinen Bauordnung unterscheidet nicht zwischen massiven und nicht massiven Bauwerken . . . . .</b>	436
<b>Baulast: Zu den Baulasten der Pfarrkirchen haben die in deren Sprengel gelegenen Lokalkirchen nach Ansbacher Recht mit ihrem Vermögen nicht beizutragen . . . . .</b>	119
<b>Kirchliche Baulast im vormaligen Hochstift Bamberg. Befreiung der Dezimatoren durch Gewohnheitsrecht. Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechtes wider die Sapung des Tridentinischen Konzils. Beweis des Gewohnheitsrechtes. Prüfung des Vorhandenseins eines solchen durch das Revisionsgericht . . . . .</b>	147
<b>Berufungsfrist s. Wiedereinsetzung.</b>	
<b>Beschwerde, weitere</b>	189
<b>Deßgleichen in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege. Instanzenzug und Verfahren . . . . .</b>	190, 205
<b>Besitz: Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio von K. J. Seib . . . . .</b>	208
<b>Heutiges deutsches Besitz-Recht ohne animus domini an Kirchen- und Synagogenstätten. Art. 14 b. Not.-Ges. in berartigen Fällen . . . . .</b>	257, 275
<b>Bier: Bierverfälschung u. Malzausschlagesübertretung 209, 225, 241. S. a. Brauerei.</b>	
<b>Blumen: künstliche als Bekleidungsgegenstände im Sinne des Nahrungsmittelgesetzes . . . . .</b>	349
<b>Brauerei: Mit dem Verlaufe eines Communbrauhauses erlischt das Communalrecht mit seinen Wirkungen. Mit dem Erwerbe einer Bierbrauerei durch eine Gesellschaft erlangt nicht jedes einzelne Mitglied ein ihm zustehendes Recht des Bierauschanks . . . . .</b>	442

	Seite
<b>Bürge:</b> Eintritt des zahlenden Bürgen in die Rechte des Gläubigers	379
Entschädigung des zahlenden Bürgen für Zinsentgang oder Zinsaufwand . . . . .	490
<b>Cession:</b> Die Cession eines Lebensversicherungsanspruchs erfordert schriftliche Form und wird solche durch die Anzeige der Cession an die Versicherungsgeellschaft nicht ersetzt. Preuß. Landrecht . . . . .	21
Incessibilität der Forderungen aus dem Pactum de contrahendo . . . . .	122
<b>Civilprozeßrecht:</b> Handbuch des deutschen von Dr. Ab. Wach . . . . .	512
<b>Commissionsgeschäfte</b> . . . . .	252
<b>Communbrauerei</b> s. Brauerei.	
<b>Condictio indebiti. Condictio sine causa</b> . . . . .	139
<b>Conkurrenz. Anerkennung und Wirkung desselben</b> . . . . .	252
<b>Curatel</b> s. Kuratel.	
<b>Darlehensaufnahme eines Minderjährigen. Anerkennung nach eingetretener Großjährigkeit</b> . . . . .	298
<b>Dienstherr: dessen Rücktrittsrecht Diensthoten gegenüber Dienstmiethen</b> s. Miethen.	417
<b>Dolus:</b> Begriff des dolus causam dans im Sinne des bayer. Landr. Tb, IV Kap. 1 §. 20 u. 25 . . . . .	175
Dessgleichen im Thatbestand des §. 123 Abs. 1 b. RStGB.	417
<b>Ehe, geröthete (gerethete) in Ingolstadt</b> . . . . .	497
<b>Ehefrau</b> s. Ehescheidung.	
<b>Ehemann</b> s. Ehescheidung.	
<b>Ehescheidung. Ehescheidungsverfahren; Beweis der Schuld aus tatsächlichen Prämissen; Rücktritt hierbei auf frühere verziehene Verfehlungen; neue Scheidungsgründe in der Berufungsinstanz</b> . . . . .	11
Der Scheidungsklage wegen Ehebruches kann ein vom Kläger früher begangener, aber verziehener Ehebruch nicht entgegengelegt werden . . . . .	25
<b>Abfindung des geschiedenen unschuldigen Ehegatten nach preuß. Landr. Inventarlegung. Offenbarungseid</b> . . . . .	143
<b>Alimentationspflicht des aus eigenem Verschulden geschiedenen Ehemannes gegenüber seiner vormaligen Ehefrau</b> 216, 249	216, 249
Dessgleichen des geschiedenen Ehemannes gegenüber der nicht als schuldiger Theil besundenen Frau . . . . .	236
<b>Ehescheidung wegen gegenseitiger unüberwindlicher Abneigung. Anzuwendendes Gesetz. Frage des Verschuldens des geschiedenen Eheheils. Beweiserhebung hierüber</b> . . . . .	486
<b>Ehetrennung von Tisch und Bett wegen Unfriedfertigkeit</b> . . . . .	300
<b>Eidesleistung über Ehebruchshandlungen nach dem durch Eidesaufgabe bedingten Endurtheile</b> . . . . .	481
<b>Ehescheidung unter Israeliten</b> . . . . .	367

	Seite
<b>Eheverprechen:</b> Entschädigung wegen Bruches desselben insbesondere bei Schwängerung. Verhältniß dieses Anspruchs zum Verbot der Vaterchaftsrecherche nach sächs. Recht. Beschaffenheit des Schadens. Cods civ. Art. 340. 1142. 1382 . . . . .	199
<b>Eidestellung</b> über Ehebruchshandlungen nach dem durch Eidesauslage bedingten Endurtheil . . . . .	481
<b>Eigentum:</b> Ortsgemeinde-Eigentum. Vertretung der Ortsgemeinde. Erziehung gegen dieselbe . . . . .	136
Anfechtung eines Verkaufes Seitens eines einzelnen Mit-eigentümers des Verkaufsobjectes . . . . .	489
<b>Engelmann Dr. Julius:</b> die deutsche Gewerbeordnung in der Fassung vom 1. Juli 1883 nebst späteren Zusätzen und den Vollzugsvorschriften des Reiches . . . . .	240
<b>Entmündigung:</b> Klage wegen solcher. Stellung der Staatsanwaltschaft. Zustellung der Berufung an den Oberstaatsanwalt . . . . .	134
<b>Entschädigung</b> wegen Exaction . . . . .	139
<b>Entscheidungen,</b> oberstichterliche, deren bindende Kraft . . . . .	507
<b>Erbrecht.</b> Zur Erbfolge in Lehen; unmittelbarer Eigentumserwerb des Lehenserben . . . . .	101
Die Wahrung der Rechte des Pflichttheils der Kinder bei Lebzeiten der Eltern berechtigt nicht zu dessen sofortiger Beschlagnahme. Bamberger Landrecht . . . . .	126
<b>Ersatz</b> s. Entschädigung.	
<b>Erziehung</b> s. Eigentum.	
<b>Exekution</b> s. Arrest, Vollstreckung.	
<b>Feststellungsklage</b> s. Klagen.	
<b>Fideikommisskapitalien:</b> Einziehung von solchen zur Deckung von Nobilialschulden . . . . .	302
<b>Fischerei:</b> Die Landes-Fischerei-Ordnung für das Königreich Bayern vom 4. Oktober 1884 mit Erläuterungen von Dr. Julius Staudinger . . . . .	320
Entscheidungen deutscher Civil- und Strafgerichte in Fischereisachen von A. Wid . . . . .	320
<b>Forstfrevel</b> s. Forstgesetz.	
<b>Forstgesetz:</b> Die Bestimmungen des Art. 37 u. 75 richten sich gegen den Waldbesitzer, gleichviel ob er der Eigentümer des Waldes ist oder nicht . . . . .	72
Unter kahlen Abtrieb in Schutzwaldungen versteht man deren Entwaldung, gleichviel ob diese durch eine einzige Holzfällung oder durch mehrere in Fortsetzung vollzogen wird . . . . .	473
Bei Berechnung der Strafe ist der Werth des entwendeten, nicht wieder in den Besitz des Beschädigten gelangten Holzes zu Grunde zu legen . . . . .	474
Die Strafberechnung richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 66 des Forstgesetzes, nicht nach dem Erlöse der veräußerten Frevelobjecte . . . . .	474

<p>Ist der Frevel in der Absicht, die Frevelobjekte zu veräußern, verübt und diese Absicht auch verwirklicht worden, so ist bei gleichzeitiger Aburtheilung beider Frevel bei Ausmessung der Strafnorm von Anwendung der in Art. 59 Ziff. 13 vorgesehenen Bestimmung abzusehen und die Strafe für den zweiten Frevel nach Art. 99 Abs. 1 zu bestimmen. Dagegen findet Art. 59 Ziff. 12 bei beiden Freveln Anwendung . . . . .</p>	474
<p>Die Strafvorschrift des Art. 83 richtet sich auch gegen Forstberechtignte und unterscheidet nicht zwischen Privat- und anderen Waldungen . . . . .</p>	478
<p>Für die Bemessung der nach dem Werthe des Frevelobjekts sich bestimmenden Geldstrafen sind die Werthbestimmungstabellen unbedingt maßgebend . . . . .</p>	478
<p>Fragerecht, gerichtliches. Ausübung desselben . . . . .</p>	295
<p>Französisches Recht: Verhältnis des Entschädigungsanspruchs wegen Bruches des Ehedversprechens insbesondere bei Schwängerung. Zum Verbote der Vaterschaftsrecherche nach pfälz. Recht. Verschaffenheit des Schadens. Code civ. Art. 340. 1142. 1382 . . . . .</p>	199
<p>Fristen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Rechtsfrist. Begriff des unabwendbaren Zufalls</p>	133
<p>Desgleichen gegen den Ablauf der Verusungsfrist . . . . .</p>	296
<p><b>Gant l. Konkurs.</b></p>	
<p>Gebühren-Bewertung von Notariatsurkunden. Instanzenzug</p>	205
<p>S. a. Kosten.</p>	
<p>Gefangenenbefreiung durch eine Gefängnißwärterfrau</p>	332
<p>Geistesbeschränkung: Stufen derselben . . . . .</p>	116
<p>Gemeinden: Ueber das Nuzungsrecht am Gemeinde-Eigenthum als Anweisungszubehör und Voraussetzung dessen privatrechtlicher Eigenschaft; Einfluß hierauf von Einträgen im Grundsteuerkataster und Hypothekenbuch und Verjährungszeitraum . . . . .</p>	13
<p>Ortsgemeinde-Eigenthum. Vertretung der Ortsgemeinde. Ersklung gegen dieselbe . . . . .</p>	136
<p>Gemeindewege sind alle jene, welche zunächst dem Verkehre einer einzelnen Gemeinde oder einer einzelnen Ortschaft mit einer benachbarten dienen. Der Strafrichter ist zur Festsetzung öffentlich rechtlicher Verhältnisse befugt . . . . .</p>	453
<p>Für die Anwendung des Art. 29 des P. S. O. B. ist es gleichgiltig, ob die Festsetzung der Gemeindedienste durch die Gemeindeverwaltung in der gesetzlichen Form nach einem den Verhältnissen entsprechenden Maßstab geschah . . . . .</p>	45
<p>Als Pflichtige sind die in Art 50 der Gem.-Ordnung aufgezählten Personen zu erachten. Ueber den Umfang der Verpflichtung entscheidet die Gemeindeverwaltung. Die Meinung des Pflichtigen, überbürdet zu sein, berechtigt ihn nicht, die Leistung einfach zu verweigern. Rechtswidrige Absicht ist nicht Merkmal im Thatbestand . . . . .</p>	465

	Seite
<b>Gerichtsenate:</b> Geschäftsvertheilung unter dieselben . . .	180
<b>Gerichtsverfassungsgesetz</b> für das deutsche Reich vom 27. Januar 1877 von A. Schwendner. II. Aufl. . . .	112
<b>Gerichtsvollzieher</b> als Zeuge und Sachverständiger . . .	349
<b>Gerichtszuständigkeit</b> s. Kompetenz.	
<b>Gerüchte</b> (gerenkte) Ehe in Ingolstadt . . . . .	497
<b>Geschäftsvertheilung</b> unter die Gerichtsenate. Verhorrer- cirung des hienach berufenen Senats . . . . .	189
<b>Schwendner, A.:</b> Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich v. 27. Januar 1877. II. Aufl. . . . .	112
<b>Gesezesstatistik:</b> Bayerisches Landrecht und Bamberger Recht . . . . .	254
<b>Gewerbebetrieb:</b> Eine einzelne auf Erwerb gerichtete Handlung bildet für sich nicht allein den Anfang eines Ge- werbebetriebes . . . . .	440
Gewerbebetrieb in Umherziehen auf Wochenmärkten . . . . .	449
<b>Gewerbe-Ordnung</b> für das deutsche Reich in der Fassung v. 1. Juli 1883 nebst späteren Zusätzen und den Vollzugs- vorschriften des Reiches von Dr. Julius Engelmann . . . . .	240
Haftpflicht nach §. 120 der Gewerbe-Ordnung . . . . .	245, 262
Desgleichen. Tragweite des Art. 1382, 1383 des Code civ. Beurtheilung der Schadensfrage nach der Civ.-Proz.- Ordn. §. 260 . . . . .	316
<b>Gewerbliche Niederlassung:</b> Die Annahme einer sol- chen ist durch das Dasein des in §. 42 der R.-Gew.-Ordn. bezeichneten Lokales bedingt. Die Beantwortung der Frage, ob dieses Lokal die gesetzlich erforderliche Eigenschaft hat und ob, wenn dies der Fall, die weiter in Betracht zu kommenden Verhältnisse zur Annahme einer gewerblichen Niederlassung berechtigen, steht dem Thatsichter zu. Dem Verbote des §. 56 a der R.-Gew.-Ordn. sind auch die nicht approbirten Zahntechniker unterworfen . . . . .	445
<b>Gewohnheitsrecht:</b> Zulässigkeit eines solchen wider die Satzungen des Tridentinischen Konzils. Beweis des Ge- wohnheitsrechtes. Oberstrichterliche Prüfung des Vorhan- densseins eines solchen . . . . .	147
<b>Haas:</b> Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln ac. vom 14. Mai 1879, erläuterte von Zinn. II. Aufl. . . . .	464
<b>Haftpflicht</b> nach §. 120 der Gewerbe-Ordnung . . . . .	245, 262
Desgleichen. Tragweite der Art. 1382, 1383 des Code civ. Beurtheilung der Schadensfrage nach der Civ.-Proz.-Ordn. §. 260 . . . . .	316
<b>Haftung</b> für körperliche Folgen einer Schlägerei . . . . .	176
Selbständigkeit der Frage wegen elblicherlicher Haftung gegenüber der Beurtheilung als Mitbetheiligter bei einer Schlägerei. Die Aussticht auf Vorrückung in einen höheren Gehalt steht einem vorhersehbareren künftigen Er- werbe nicht gleich . . . . .	35

	Seite
Haftung öffentlicher Bediensteter. Umfang der civilgerichtlichen Zuständigkeit	155
Haftung des Rechtsanwalts . . . . .	97, 113, 129, 145
Vergleich, hier wegen verspäteter Erwirkung eines Sicherheits-Arrestes	56
Hebamme: Art. 127 Abs. 2 des Pol.-Str.-G.-B. umfasst nicht die Verweigerung der Fortsetzung von Dienstleistungen für eine Hebärede von einer Hebamme . . . . .	68
Hettich Karl v. Nachruf . . . . .	353
Holzfrevel s. Forstgesetz.	
Hunde: Schutz gegen Belästigung und Gefährdung von solchen . . . . .	63
Nicht die Dauer des Aufenthalts der Hunde, sondern die Dauer des Aufenthalts des Hundebesizers erzeugt die Verbindlichkeit zur Anmeldung der Hundesteuer . . . . .	94
Kann die öffentlich bekannt gemachte Hundevisitation aus diensthlichen Rücksichten nicht vollzogen werden, so ist der am Termin hievon verständigte Hundebesitzer strafbar, wenn er die Vorführung seines Hundes zur wiederholt anberaumten Visitation unterlässt . . . . .	460
Der Strafvorschrift des Art. 83 Abs. 1 Ziff. 3 des Pol.-Str.-G.-B. untersteht auch derjenige, welcher einen ihm zugelaufenen Hund größerer Gattung bei sich behält und füttert . . . . .	462
Hundesteuer s. Hunde.	
Hypotheken: Persönliche Haftung in Folge der Uebernahme einer Hypothekenschuld . . . . .	381
Schuldübernahme nach §. 56 des Hyp.-Ges. mit Bezug auf die Schrift von Radlkofer, die Haftung des dritten Besizers nach Bayer. Hyp.-Ges. . . . .	161, 177, 193
Uebernahme der Hypothekenschulden, eine Replik von Landgerichtsrath Radlkofer . . . . .	369, 385, 401
Wirkung der Uebernahme eines Hypothekkapitals in Bezug auf die Hauptschuld und die hypothekarische Kreditaufantion . . . . .	379
Rechtliche Natur der Heimzahlung eines Hypothekkapitals aus dem Steigerungspreise des subhastirten Anwesens. Nothwendiger Umfang des Eintrages von Zahlungsmobalitäten im Hypothekenbuche . . . . .	279
Verbandhypotheken u. Subhastation von Objekten derselben	491
Begriff und Voraussetzungen der Feststellungsklage in Ansetzung der festzustellenden Rechtszulässigkeit einer Hypothekkläubigung . . . . .	233
Rangeinräumung an Stelle von Theilbeträgen eines Annuitätienkapitals . . . . .	282
Hypothekvormerkung . . . . .	284
Eintrag der Beschlagnahme eines im Hypothekenbuche nicht follikirten Anwesens . . . . .	97, 113, 129, 145

	Seite
<b>Jagd:</b> Bayerisches Gesetz über die Ausübung derselben nebst den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Bestimmungen, dem Gesetze, den Erlass des Wilfschadens betr. zc. von Marcus Vollwein . . . . .	416
<b>Immobilien</b> s. Kauf.	
<b>Ingolstadt:</b> die gerönnete (gerenkte) Ehe . . . . .	497
<b>Interdictum uti possidetis,</b> Verfolgung eines Schadensersatzanspruches mittelst desselben . . . . .	287
<b>Inventar:</b> Ueber die Rechtswohlthat desselben mit Rücksicht auf Art. 19 des Not.-Ges. . . . . 273, 289, 305, 321, 337,	355
<b>Irrthum</b> über die Berechtigung selbst befehligt nicht die Strafbarkeit . . . . .	417
<b>Israeliten:</b> Ehescheidung unter solchen . . . . .	367
<b>Jugendliche Arbeiter,</b> deren Beschäftigung in Baumwollspinnereien . . . . .	348
<b>Kahlhieb</b> s. Forstgesetz	
<b>Kauf:</b> Pretium voram . . . . .	100
Anfechtung eines Verkaufes Seitens eines einzelnen Mit-eigentümers des Verkaufsobjectes . . . . .	489
<b>Kinder</b> s. Minderjährige.	
<b>Kirchen- und Synagogensühle.</b> Besitzrecht an solchen 257,	275
<b>Kirchenstiftung</b> als Strafantragberechtigt . . . . .	329
<b>Klagen:</b> Feststellungsklage. Begriff und Voraussetzung insbesondere in Ansehung der festzustellenden Rechtszulässigkeit einer Hypothekföndigung . . . . .	233
<b>Kompetenz:</b> Umfang der civilgerichtlichen Zuständigkeit bei der Haftung öffentlicher Bediensteter . . . . .	155
Zuständigkeit des bayerischen obersten Landesgerichts im Verhältniß zum Reichsgerichte bei der Vollstreckbarkeitsklärung eines ausländischen Urtheils . . . . .	398
Bei der Annahme der Unzuständigkeit des Schöffengerichts ist die landgerichtliche Strafkammer zur Prüfung des Weisergebnisses und damit zur Einsetzung des weiteren Verfahrens befugt. Sofortige Beschwerde hiergegen . . . . .	334
Sachliche Zuständigkeit der Strafgerichte zu der ihnen vom Militärgerichte überlassenen Aburtheilung eines auch der Verübung militärischer Straftthaten beschuldigten Unteroffiziers . . . . .	327
Eine bei einem Militärgericht anhängig gewordene strafrechtliche Untersuchung hat vor demselben auch dann seine Erledigung zu finden, wenn der Angeklagte nach Verweilung und Labung zur Hauptverhandlung in einem andern deutschen Bundesstaat zur Reserve beurlaubt worden ist . . . . .	350
<b>Konkubinät:</b> Veranlassung zum öffentlichen Vergernisse liegt schon dann vor, wenn das unsittliche Verhältniß einer bestimmten Anzahl von Personen bekannt wird; besondere Umstände, welche die Aufmerksamkeit auf die bei einem solchem Verhältnisse Beteiligten lenken, werden nicht erfordert Das „häusliche Zusammenleben“ hat nur das Wohnen der . . . . .	47

	Seite
betreffenden Personen, nicht aber deren tägliches oder doch an den meisten Tagen stattfindendes Uebernachten in der bezüglichen Wohnung zur Voraussehung . . . . .	457
Konkurrenz s. Zusammen treffen.	
Konkurs: Die von einem Konkursverwalter vorgenommene Versteigerung beweglicher Massgegenstände sind gebührenpflichtig . . . . .	77, 91
Kosten: Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des R.-Gerichtskostengesetzes von dem zahlungs-sfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrecht zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? 4, 17, 33, 49, 65	
Gerichtskostenvorschuss. Rück erstattung desselben. Verhältnisse im Armenrecht . . . . .	217
Zwangweise Beitreibung der einem Nebenkläger nach rechtskräftigem Urtheile zu erzielenden Kosten und Auslagen . . . . .	336
Gebühren für einen als Zeugen und Sachverständigen vernommenen Gerichtsvollzieher . . . . .	349
Die vom Konkursverwalter vorgenommene Versteigerung beweglicher Massgegenstände ist gebührenpflichtig . . . . .	77, 91
Kuratel: Ueber Wirkung obervormundschaftlicher Beschlüsse in einem späteren Rechtsstreit. Unwirksamkeit der Uebertragung der väterlichen mit Pflichten verbundenen Rechte Pflegschaft für Abwesende . . . . .	26 508
Landesfishereiordnung, Commentar von Dr. Staubinger . . . . .	320
Lebensversicherung. Die Gesttion eines Lebensversicherungsanspruches erfordert schriftliche Form und wird solche durch die Anzeige der Gesttion an die Versicherungsgesellschaft nicht ersetzt. Preussisches Landrecht . . . . .	21
Lehen: Zur Erbfolge in Lehen, unmittelbarer Eigenthums-erwerb d. s. Lehenserben . . . . .	101
Lehrer, deren Zuchtigungsrecht . . . . .	331
Literaturnotizen . . . . . 112, 208, 240, 320, 416,	464
Malzausschlag: Mit dem Einschütten des Malzes zum Zwecke des Brechens desselben in die, wenn auch noch geschlossene Gasse beginnt der Akt des Brechens . . . . .	92
Malzausschlagsübertretung und Bierverfälschung . . . . .	209, 225, 241
Miethe: Dienstmiethevertrag von minderjährigen Haus-kindern geschlossen . . . . .	63
Militärgerichtliche Untersuchung s. Kompetenz.	
Militär-Pension s. Pension.	
Militär-Untersuchungsrichter s. Untersuchungs-hand-lungen.	
Miteigenthum s. Eigenthum.	
Nahrungsmittel: Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln zc. v. 14. Mal 1879, erläutert vom Geh.	

	Seite
Sanitätsrath Binn, in II. Aufl. bearbeitet von Landrichter Saas . . . . .	464
Künstliche Blumen als Bekleidungsgegenstände . . . . .	349
Lautet das Verbot der Verpackung verkäuflicher Nahrungsmittel in vorschriftswidriger Umhüllung allgemein, so ist es gleichgiltig, ob die Waare von dieser Umhüllung unmittelbar berührt wird . . . . .	458
Neuhaus bei Weldenstein an der Pernitz. Geltendes Recht daselbst . . . . .	251
Notariatsurkunden: Gebührenbewertung von solchen . . . . .	205
Notariatsgesetz: Art. 14. Tragweite dieses Artikels in Bezug auf Nebenverabredungen . . . . .	146
Vergleich über die Richtigkeit eines notariellen Anwesenslaufs . . . . .	490
Notarielle Beurkundung nach Art. 14 . . . . .	284
Art. 19. Ueber die Rechtswohlthat des Inventars 273, 289, 305, 321, 337, . . . . .	355
Art. 46. Zur Haftung des Notars, hier wegen Nichtvorlage einer Cessionbeurkundung behufs hypothekensamtlicher Umschreibung der cedirten Forderung. Zusammenhang des befalligen Entschädigungsanspruches mit dem die Cession veranlassenden Hauptvertrage . . . . .	38
Rothsrist s. Wiedereinsetzung.	
Ruhungsrecht am Gemeindegelände als Anwesenszubehör und Voraussetzung dessen privatrechtlicher Eigenschaft; Einfluss hierauf von Einträgen im Grundsteuerkataster und im Hypothekenbuche und Verjährungszeitdauer . . . . .	13
Oberrichterliche Entscheidungen, deren bindende Kraft . . . . .	506
Pactum de contrahendo: Incessibilität der Forderungen hieraus . . . . .	122
Paßwesen: Die reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Paßwesen v. 12. Okt. 1867 sind durch die für den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenten erlassenen Vorschriften nicht berührt . . . . .	467
Paulianisches Rechtsmittel: Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses . . . . .	492
Pensionen: Der Bezug des Staatsdienergehaltes wird durch Uebernahme eines öffentlichen Amtes (hier eines Notariates) nicht ausgeschlossen und gilt diese Uebernahme an sich insbesondere auch nicht als Verzicht auf den Ruhegehalt . . . . .	84
Pensionsansprüche von Staatsdiener-Relikten . . . . .	493
Nachzahlungsanspruch nach § 76 des Militärpensionsgesetzes . . . . .	55
Pfälzer Recht s. Französisches Recht.	
Pfändung: Der den Gewahrsam einer zur Pfändung bestimmten Sache Ausübende ist zu deren Herausgabe dann „bereit“, wenn er der Vornahme der Pfändung nicht widerspricht, und kann der Mangel eines Widerspruches auch aus den Umständen gefolgert werden . . . . .	423

	Seite
Die gesetzliche erforderte Ersichtlichmachung einer vollzogenen Pfändung hat keine strafrechtliche Bedeutung . . .	424
Pflegschaft s. Kuratel.	
Pflichttheil s. Erbrecht.	
Pollwein, Marcus: Bayerisches Gesetz über die Ausübung der Jagd nebst den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Bestimmungen, dem Gesetze über den Erfaß des Wildschadens u. . . . .	416
Possessio s. Besitz.	
Presse: Auch der Abdruck eines einzelnen mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Artikels einer verbotenen Druckschrift stellt sich als ein Wieder-Abdruck dieser selbst vor . . . . .	8
Der Vorschrift des § 19 Abs. 1 Ziff. 3 des Reichs-Press-Ges. gegenüber gelten die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über die Voraussetzungen des widerrechtlichen Vorfalles und über den Irrthum . . . . .	438
Preussisches Landrecht s. Cession.	
Protokolle, gerichtliche, deren Bestimmung . . . . .	336
Rechtsanwalt: Haftung des Rechtsanwalts . . . . .	97, 113, 129, 145
Zur Haftung des Rechtsanwalts gegenüber seiner Partei, hier wegen Verspätung der Erwirkung eines Sicherheitsarrestes . . . . .	56
Rechtshängigkeit: Wegfall der Widerklage in Folge Zurücknahme der Klage . . . . .	215
Rechtskraft von Urtheilen in vor dem 1. Okt. 1879 anhängig gewordenen Prozessen . . . . .	506
Revision: Einreichung einer Revisionsbegründung beim Revisionsgerichte statt beim Berufungsgerichte in Strafsachen . . . . .	332
Revisionssumme im Civilprozeß . . . . .	398, 414
Schadenersatz s. Entschädigung.	
Selb, K. J.: Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio . . . . .	208
Senat s. Gerichtsenat.	
Servituten: Vergünstigung und Nothservitut. Voraussetzung der letzteren . . . . .	81
Socialdemokratie: Auch der Abdruck eines einzelnen mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Artikels einer verbotenen Druckschrift stellt sich als ein Wiederabdruck dieser selbst dar . . . . .	8
Staatsanwaltschaft: Stellung derselben bei der Klage wegen Entmündigung . . . . .	134
Staatsdiener-Pension s. Pension.	
Staubinger, Dr. Julius: Die Landesfiscereiordnung für das Königreich Bayern mit Erläuterungen . . . . .	320
Stenglein, W.: Strafprozeßordnung für das deutsche Reich . . . . .	240
Steuerfachen: Strafverfahren in solchen . . . . .	416

	Seite
Strafantrag einer Kirchenlistung . . . . .	329
Strafprozeßordnung für das deutsche Reich von Melchior Stenglein . . . . .	240
Strafverfahren in Zoll-Ausschlags- und anderen Steuer- sachen von J. Volk . . . . .	416
Subhastationen: Widerspruch des Gläubigers gegen die Feststellung im Massavertheilungsplan, was der Ansteigerer an Kaufgeld und Zinsen zu leisten habe . . . . .	28
Rechtliche Natur der Heimzahlung eines Hypothekkapitals aus dem Steigerungsspreise eines subhastirten Anwesens . . . . .	279
Subhastation von Objekten, auf welchen Verbandhypo- theken sind . . . . .	491
Synagogenstühle: Besitzrecht hieron ohne animus domini . . . . .	257, 275
<b>T</b> auschvertrag ad mensuram oder ad corpus . . . . .	260
Titel: Der Gebrauch des Titels als Direktor einer mag- netischen oder therapeutischen Klinik muß nicht notwendig den Glauben erwecken, der Inhaber dieser Klinik sei eine geprüfte Medicinalperson . . . . .	334
Uebergangsgabgabe: Zur Entrichtung dieser ist der natür- liche Besitzer des übergangspflichtigen Objekts verpflichtet . . . . .	7
Unterschlagung: Die von der Henne eines Hauseigen- thümers in eine für ihn unzugängliche Räumlichkeit seines Miethbewohners gelegten Eier sind als im Gewahrsam des letzteren befindlich und als für diesen fremde Sache zu be- trachten und kann daher durch deren rechtswidrige An- eignung Unterschlagung begangen werden . . . . .	426
Untersuchungsakten, deren Einsicht . . . . .	333
Untersuchungshandlungen eines Militäruntersuchungs- richters an einem auswärtigen Orte, welcher Sitz des Amtsgerichts ist . . . . .	328
Unzucht: Die Annahme des Betriebes gewerbmäßiger Un- zucht ist nicht bedingt durch den direkten Nachweis un- züchtigen Umgangs mit bestimmten Mannspersonen . . . . .	427
Urtheile in Civilsachen: Abänderung des Urtheils I. Instanz . . . . .	99
Bollstreckbarkeitsklärung eines ausländischen Urtheils. Zuständigkeit des bayer. obersten Landesgerichts im Ver- hältniß zum Reichsgericht . . . . .	398
<b>V</b> ater: Unwirksamkeit der Uebertragung der väterlichen mit Pflichten verbundenen Rechte . . . . .	26
Vaterforschorecherche s. Französische Recht.	
Vergleich über die Richtigkeit eines notariellen Anwesens- tausches (Art. 14 Not.-Ges.) . . . . .	490
Verkauf s. Kauf.	
Verkehr, freier, auf öffentlichen Straßen . . . . .	428
Versicherung s. Lebensversicherung.	
Versteigerung s. Subhastationen.	

	Seite
Verwaltungsbehörde: eibliche Zeugenvernehmung durch solche . . . . .	331
Wolf, Joseph: Das Strafverfahren in Zoll-Ausschlags- und anderen Steuerfällen . . . . .	416
Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urtheils. Zuständigkeit des bayerischen obersten Landesgerichts im Verhältniß zum Reichsgericht . . . . .	398
Vollstreckungsbeamter: Widerstand . . . . .	421
Waarenverkauf s. Wochenmarkt.	
Wach, Dr. A.: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes . . . . .	512
Wald s. Forstgesetz.	
Wasserbenützung: Der Nachweis, daß ein Bach sich im Miteigenthum des Staates befindet, daß derselbe ein Nebenarm eines öffentlichen Flusses ist und daß er an einzelnen Stellen eine Regelung seines Laufes erfahren hat, schließt nicht aus, denselben als Privatfluß zu betrachten . . . . .	104
Für die Anwendung des Wasserbenützungsgesetzes ist es ohne Belang, ob die Entstehung einer Anstalt auf Bewilligung der Kreisregierung oder auf einem Privatrechtstitel beruht und ob die Aenderung der Anstalt eine Gefährdung oder Störung des Verkehrs verursacht oder nicht . . . . .	108
Die Verunreinigung eines Wassers der im Art. 92 des Wasserbenützungsgesetzes bezeichneten Art ist dann eine unbefugte, wenn nach dem Wasserbenützungsgesetze vom 28. Mai 1852 keine Befugniß zur Verunreinigung desselben bestand . . . . .	465
Wild A.: Entscheidungen deutscher Civil- und Strafgerichte in Fischereisachen . . . . .	320
Widerklage, deren Wegfall in Folge Zurücknahme der Klage . . . . .	215
Widerstand gegen die Staatsgewalt. Gewaltanwendung gegen Vollstreckungsbeamte . . . . .	421
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf einer Nothfrist. Begriff des unabwendbaren Zufalles . . . . .	193
Weggleichen gegen Ablauf der Berufungsfrist . . . . .	296
Wochenmarkt: Auch der zum Zwecke ihres Wiederverkaufes auf Wochenmärkten im Umberziehen erfolgte Waarenverkauf ist beim Mangel eines Wandergewerbescheines der, ein bewußt rechtswidriges Handeln nicht erfordernden, Strafbestimmung des §. 148 der R.-Gew. Ordn. unterworfen . . . . .	449
Zeugenvernehmung, eibliche, durch Verwaltungsbehörden . . . . .	331
Zinn, Dr.: das Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln u. vom 14. Mai 1879 in II Aufl. bearbeitet von Haas . . . . .	464
Zoll-Ausschlags- und andere Steuerfällen; Strafverfahren; von Joseph Wolf . . . . .	416
S. a. Uebergangsabgaben.	
Züchtigungsrecht der Lehrer . . . . .	381
Weggleichen der Dienstherrn . . . . .	417

Zufall, unabwendbarer . . . . .	133, 296
Zusammentreffen strafbarer Handlungen, wenn nicht zwei unter §. 74 des R.-Str.-G.-B. fallende selbständige Handlungen vorliegen, sondern nur eine nach §. 73 mehrere Strafgesetze verletzende That . . . . .	300
Zuständigkeit s. Kompetenz.	
Zwangsversteigerung s. Subhastationen.	

## Systematisches Register.

### I. Civilprozeß und verwandte Rechtsgebiete.

#### A. Civilprozeßordnung für das deutsche Reich.

- Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes von Dr. A. Wach.  
 612.
- §. 74. Rechtsanwaltsordnung §. 27. Anwaltszwang. 224.  
 §. 130. Ausübung des gerichtlichen Fragerechtes. 295.  
 §. 211. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf einer Nothfrist. Begriff des unabwendbaren Zufalles. 133. Vergleich. Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Berufungsfrist. 296.  
 §. 231. Feststellungsklage. Begriff und Voraussetzungen, insbesondere in Ansehung der festzustellenden Rechtszulässigkeit einer Hypothekenkündigung. 233.  
 §. 254. Rechtshängigkeit. Wegfall der Widerklage in Folge Zurücknahme der Klage. 215.  
 §. 285, 291, 292. Beweis von Anerkenntnissen. 12.  
 §. 305. Beurtheilung der Schadensfrage bei der Haftpflicht nach §. 120 der R.-Gew.-Ordn. 316.  
 §. 425, Abs. 2, 437. Eidesleistung über Ehebruchshandlungen, nach dem durch Eidesaufsage bedingten Endurtheile. 481.  
 §. 498. Abänderung des Urtheils I. Instanz. 99.  
 §. 508. Revisionssumme. 398. 414.  
 §. 531 Abs. 2. Rechtsmittel der weiteren Beschwerde. 189.  
 §. 598 cc. Ehecheidungsverfahren; Beweis der Schuld aus thatächlichen Prämissen; Rücksicht hiebei auf frühere verzielhene Verfehlungen; neue Scheidungsgründe in der Berufungsinanz. 11.  
 §. 607. Klage wegen Entmündigung. Stellung der Staatsanwaltschaft. Zustellung der Berufung an den Oberstaatsanwalt. 134.

§. 660. Vollstreckbarkeitserklärung eines ausländischen Urtheils. Zuständigkeit des bayerischen obersten Landesgerichts im Verhältnis zum Reichsgerichte. 398.

§. 712 f. R.-Str.-Gesehb. §. 137.

§. 173 f. R.-Str.-Gesehb. §. 113.

## B. Bayerisches Gesetz vom 23. Febr. 1879 zur Ausführung der Civilprozeß- und Konkursordnung.

Art. 56—67. Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege. Instanzenzug und Verfahren. 190. 205.

Art. 208. Rechtskraft von Urtheilen in vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenen Prozessen. 506.

## C. Subhastationsordnung für das Königreich Bayern.

Art. 117. Widerspruchsrecht des Gläubigers gegen die Feststellung desjenigen im Massavertheilungsplan, was der Ansteigerer an Kaufgeld und Zinsen zu leisten habe. 28.

## D. Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich.

Daselbe erläutert von A. Schwendner. II. Aufl. 112.

§. 13; Einf.-Ges. §. 7. Sachliche Zuständigkeit der Strafgerichte zu der ihnen vom Militäruntersuchungsrichter überlassenen Aburtheilung eines auch der Verübung militärischer Strathaten beschuldigten Unteroffiziers. 327.

§. 62, 136; Einf.-Ges. hierzu §. 10. Geschäftsvertheilung unter die Gerichtsenate. Verhorrerisirung des hienach berufenen Senates. 189.

## E. Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetz.

§. 81. Gerichtskostenvoransch. Rückerstattung desselben. Verhältnisse im Armenrecht. 217. Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvoransch. diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrecht zugelassene Beklagte in alle Kosten rechtskräftig verurtheilt wurde? 4, 17, 33, 49, 65.

## F. Bayerisches Gebührengesetz.

Art. 151—152. Gebührenbewertung von Notariatsurkunden 206.

\*

## G. Notariatsgesetz vom 10. November 1861.

Art. 14. Notarielle Beurkundung hienach. 284. Tragweite dieses Artikels in Bezug auf Nebenverabredungen. 145. Vergleich über die Nichtigkeit eines Anwesenstausches. 490. Heutiges deutsches Besitzrecht ohne animus domini an Kirchen- und Synagogenstühlen. 257, 275.

Art. 19. Rechtswohlthat des Inventars. 273, 289, 305, 321, 337, 355.

Art. 46. Zur Haftung des Notars, hier wegen Nichtvorlage einer Cessionsbeurkundung behufs hypothekensamtlicher Umschreibung der cedirten Forderung. Zusammenhang des beschaffigten Entschädigungsanspruches mit dem die Cession veranlassenden Hauptvertrage. 38.

## H. Bayerische Gerichtsordnung v. J. 1753.

Kap. XIV §. 6. Akteneinsicht im Gebiete der nichtstreitigen Rechtspflege. 510.

## II. Civilrecht.

## A. Allgemeine Lehren.

Bindende Kraft oberstrichterlicher Entscheidungen. 507. Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechtes wider die Satzung des Tridentinischen Konzils. Beweis des Gewohnheitsrechtes. Oberstrichterliche Prüfung des Vorhandenseins eines solchen. 147. Gesetzesstatistik. Bayerisches Landrecht oder Bamberger Recht in Neuhaus bei Weldenstein an der Pegnitz. 254. Stufen der Geistesbeschränkung. 116. Ueber Nupungerecht am Gemeindelgenthum als Anwesenstzubehör und Voraussetzung für dessen privatrechtliche Eigenschaft; Einfluß von Einträgen im Grundsteuerkataster und im Hypothekenbuch und Verjährungstermin. 13.

## B. Dingliche und denselben verwandte Rechte.

1) Besitz. Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio von K. J. Seib. 208. Heutiges deutsches Besitzrecht ohne animus domini an Kirchen- und Synagogenstühlen. 257, 275.

2) Eigenthum. Ortsgemeinde-Eigenthum. Vertretung der Ortsgemeinde. Erstlung gegen dieselbe. 287. Ansetzung eines Verkaufes Seitens eines einzelnen Mitelgenthümers des Verkaufsobjektes. 489.

3) Servituten. Vergünstigung und Nothservitut. 81.

4) Deutschrrechtliche Realgerechtfame. Zu den Baualassen der Pfarrkirche haben die in deren Sprengel gelegenen Lokalkirchen nach dem Ausbacher Recht mit ihrem Vermögen nicht beizutragen. 119. Kirchliche Baupflicht im vormaligen Hochstift Bamberg. Befreiung der Dyzimatoren durch Gewohnheitsrecht. Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechtes wider die Satzung des Tridentinischen Konzils. Beweis des Gewohnheitsrechtes. Oberstrichterliche Prüfung des Vorhandenseins eines solchen. 147. Zur Erbfolge in Lehen; unmittelbarer Eigenthumserwerb des Lehenerben. 101. Einziehung von Fideikommisskapitalien zur Deckung von Mobialschulden. 302.

5) Pfand- insonderheit Hypothekenrecht. Persönliche Haftung in Folge der Uebnahme einer Hypothekschulb. 381. Die Schulübernahme nach § 56 des Hyp.-Ges. mit Bezug auf die Schrift von Radlkofer, die Haftung des dritten Besitzers nach bayer. Hypotheken-Gesetz. 161. 177. 193. Die Uebnahme der Hypothekschulden, eine Replik von Landgerichtsrath Radlkofer. 369. 385. 401. Wirkung der Uebnahme eines Hypothekkapitals in Bezug auf die Hauptschuld und die hypothekarische Kreditkaution. 379. Rechtliche Natur der Heimzahlung eines Hypothekkapitals aus dem Steigerungsspreise des subhastirten Anwesens. Nothwendiger Umfang des Eintrages von Zahlungsmobalitäten im Verbandhypotheken und Subhastation von Objekten derselben. 491. Begriff und Voraussetzungen der Feststellungsklage in Ansehung der festzustellenden Rechtszulässigkeit einer Hypotheklöschung. 233. Rängeinträumung an Stelle von Theilbeträgen eines Annuitätenkapitals. 282. Hypothekvormerkung. 284. Eintrag der Beschlagnahme eines im Hypothekenbuche nicht foliktrten Anwesens. 97. 113. 129. 145.

### C. Obligationenrecht.

1) Allgemeine Gegenstände. Pactum de contrahendo. Incessibilität der Forderungen hieraus. 122. Begriff des dolus causam dans im Sinne des bayer. Landr. Th. IV Kap. 1 § 20 und 25. 175. Entschädigung wegen Eviktion. Condictio indebiti. Conditio sine causa. 139. Die Cession eines Lebensversicherungsanspruches erfordert schriftliche Form und wird solche durch die Anzeige der Cession an die Versicherungsgesellschaft nicht ersetzt. 21.

2) Einzelne Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen. a) Kauf. Pretium vorum. 100. Ansehung eines Verkaufes Seitens eines Mitteleigenthümers. 489. Kaufvertrag ad mensuram oder ad corpus. 260. b) Darlehen. Darlehensausnahme eines Minderjährigen. Anerkennung nach eingetretener Großjährigkeit. 298. a) Interzessionen. Eintritt des zahlenden Bürgen in die Rechte des Gläubigers. 379. Entschädigung des zahlenden Bürgen für Bindentgang oder Bindaufwand. 490.

••

3) Obligationen aus Delikten und verschiedenen Entstehungsgründen, Selbständigkeit der Frage wegen civilrechtlicher Haftung gegenüber der Verurtheilung als Mitbetheiliger bei einer Schlägerei. Die Aussicht auf Vorrückung in einen höheren Gehalt steht einem vorhersehbaren künstlichen Erwerb nicht gleich. 35. Haftung für körperliche Folgen einer Schlägerei. 175. Haftung öffentlicher Bediensteten. Umfang der civilgerichtlichen Selbständigkeit. 155. Die Haftung des Rechtsanwalts. 97. 113. 129. 145. Zur Haftung des Rechtsanwalts gegenüber seiner Partei, hier wegen Verspätung der Erwirkung eines Sicherheitsarrestes. 56. Haftpflicht nach § 120 der Gewerbeordnung. 245. 262. Desgleichen. Tragweite der Art. 1382 und 1383 des Code civil. 316. Ansehung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkurses. 492.

## D. Familienrecht.

Die getrennte (gerdunte) Ehe in Ingolstadt. 497. Ehescheidungsverfahren; Beweis der Schuld aus thatsächlichen Prämissen; Rückgriff hiebei auf frühere verzeihene Verfehlungen; neue Scheidungsgründe in der Berufungsinstanz. 11. Der Scheidungsklage wegen Ehebruches kann ein vom Kläger früher begangener, aber verzeihener Ehebruch nicht entgegengesetzt werden. 25. Abfindung des geschiedenen unschuldigen Ehegatten nach preuß. Landr. Inventarlegung. Offenbarungseid. 143. Alimentationspflicht des aus eigenem Verschulden geschiedenen Ehemannes gegenüber seiner vormaligen Ehefrau. 216. Desgleichen des geschiedenen Ehemannes gegenüber der nicht als schuldiger Theil besundenen Frau. 236. Ehescheidung wegen gegenseitiger unüberwindlicher Abneigung. Anzuwendendes Gesetz. Frage des Verschuldens des geschiedenen Eheheils. Beweiserhebung hierüber. 486. Eidesleistung über Ehebruchshandlungen nach dem durch Eidesauslage bedingten Endurtheile. 481. Ehetrennung von Tisch und Bett wegen Untriebfertigkeit. 300. Ehescheidung unter Israeliten. 367. Unstatthaftigkeit der vertragsmäßigen Uebertragung der väterlichen mit Pflichten verbundenen Rechte. 26. Ueber Wirkung obervormundschaftlicher Beschlüsse in einem späteren Rechtsstreit. 26. Pflegschaft für Abwesende. 508.

## E. Erbrecht.

Die Wahrung der Rechte des Pflichttheils der Kinder bei Lebzeiten der Eltern berechtigt nicht zu dessen sofortiger Beschlagnahme. 126. Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des Not.-Ges. 273, 289. 305. 321.

## III. Handelsrecht.

Art. 271 Biff. 1, 272 Biff. 2, 273, 274, 277 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Banquierverkehr. Commissionsgeschäfte. Contokurrent. Anerkennung und Wirkungen desselben. 253.

## IV. Staats- und Verwaltungsrecht.

Pensionsansprüche von Staatsdiener-Relikten. 492. Der Bezug des Staatsdienerruhegehaltes wird durch Uebernahme eines öffentlichen Amtes (hier eines Notariates) nicht ausgeschlossen und gilt diese Uebernahme an sich insbesondere auch nicht als Verzicht auf den Ruhegehalt. 84. Reichsmilitär-Pensionsgesetz §. 76. Nachzahlungs-Anspruch. 55. Die deutsche Gewerbeordnung in der Fassung vom 1. Juli 1883 mit späteren Zusätzen und Vollzugsvorschriften von Dr. Julius Engelmann. 240. Bayerisches Gesetz über die Ausübung der Jagd nebst den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, dem Gesetze über den Ersatz des Wildschadens u. 416. Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genussmitteln und Gebrauchsgegenständen v. 14. Mai 1879, erläutert von Geh. Sanitätsrath Zinn, in II. Aufl. bearbeitet von Landrichter Haas. 464. Die Landesfischereiordnung für das Königreich Bayern von Dr. Julius Staudinger. 320. Entscheidungen deutscher Civil- und Strafgerichte in Fischereisachen von A. Wid. 320.

## V. Strafrecht und Strafprozeß.

## A. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

§. 59, 223. Der Dienstherr hat nach gemeinem Recht gegenüber seinen Diensthoten kein Züchtigungsrecht. Der Irrthum über die Berechtigung selbst beseitigt nicht die Strafbarkeit. Dolus im Thatbestand des §. 223 Abs. 1. 417.

§. 61, 288. Kirchenstiftung als strafantragsberechtigt. 329.

§. 73. Zusammentreffen strafbarer Handlungen, wenn nicht zwei unter §. 74 fallende selbständige Handlungen vorliegen, sondern nur eine nach §. 73 mehrere Strafgesetze verletzende That gegeben ist. 330.

§. 113. Züchtigungsrecht der Lehrer. 331.

§. 113 mit Art. 15 der Subj.-Ordn. vom 23. Febr. 1879. Gewaltanwendung gegen die zur Aufrechterhaltung der Befehlsgewalt gerichtlichen beauftragten Vollstreckungsbeamten und gegen den behördlich beigegebenen Genesdarm schließt Widerstand gegen die Staatsgewalt in sich. 421.

§. 113 mit §. 713 der Civ.-Proz.-Ordn. Im Sinne der letzteren Gesetzesstelle ist der den Gewahrsam einer zur Pfändung bestimmten Sache Ausübende zu deren Herausgabe dann „bereit“, wenn er der vorzunehmenden Pfändung nicht widerspricht, und kann der Mangel eines Widerspruchs auch aus den Umständen gefolgert werden. 423.

§. 137 mit §. 712 der Civ.-Proz.-Ordn. Die in letzterer Gesetzesstelle erforderliche Ersichtlichmachung einer vollzogenen Pfändung hat keine strafrechtliche Bedeutung. 424.

§. 153, 154. Eibliche Vernehmung von Zeugen durch Verwaltungsbehörden. 331.

§. 242, 246. Die von der Henne eines Hauselgenthümers in eine für ihn unzugängliche Räumlichkeit seines Miethbewohners gelegten Eier sind als im Gewahrsam des letzteren befindlich und als für diesen fremde Sachen zu betrachten und kann daher durch deren rechtswidrige Aneignung Unterschlagung begangen werden. 426.

§. 347. Gefangenenbefreiung durch eine Gefängnißwärtersfrau. 332.

§. 361 Biff. 6. Die Annahme des Betriebes gewerbmäßiger Unzucht ist nicht bedingt durch den direkten Nachweis unzüchtigen Umgangs mit bestimmten Mannspersonen. 427.

§. 366 Biff. 10 schließt den freien Verkehr auf den öffentlichen Straßen überhaupt ohne Rücksicht auf dessen Umfang. 428.

§. 367 Biff. 3. Die in §. 33 der Apothekerordnung vom 27. Januar 1842 gestattete Selbstdispensirung von Arzneimitteln durch den Arzt ist durch neuere Vorschriften außer Wirksamkeit gesetzt. Für einen Arzt, der weder im Allgemeinen, noch in einem jeweiligen Einzelfalle zur Verabreichung von Heilmitteln ermächtigt ist, kann eine Befugniß dazu weder aus der Unterscheidung zwischen „Feilhalten“ und „Abgabe“ von Arzneimitteln, noch daraus abgeleitet werden, daß §. 367 Biff. 3 lediglich auf Gesundheits- und gewerbepollzeilichen Rücksichten beruhe. 429. 433.

§. 367 Biff. 15 mit §. 6 Abs. 1 und §. 7 Abs. 3 der allgem. Bauordnung vom 19. September 1881. Jeder wesentliche Ausbesserung eines Baues aus geschlossenem Holzwerk liegt eine Hauptreparatur. §. 7 Abs. 3 der Bauordnung unterscheidet nicht zwischen massiven und nicht massiven Bauwerken. 436.

## B. Bayerisches Polizeistraf-Gesetzbuch.

Art. 18, 105. Der mittels Strafbefehl wegen eigenmächtiger Bauführung rechtskräftig Verurtheilte kann nicht einem nachträglichen Verfahren zur Erwirkung einer gerichtlichen Entscheidung auf Ermächtigung der Polizeibehörden zur Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes unterworfen werden. Ermessen der Polizeibehörde, die Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes auf einzelne Bestandtheile des Baues zu beschränken. 30. 452.

Art. 29. Für diese Gesetzesanwendung ist es gleichgiltig, ob die Festsetzung von Gemeinbediensten durch die Gemeindeverwaltung in der gesellschaftlichen Form und nach einem den Verhältnissen entsprechenden Maßstab geschah. 45. Als „Pflichtige“ sind die in Art. 70 der Gem.-Ordn. aufgezählten Personen zu erachten. Ueber Umfang der Verpflichtung entscheidet die Gemeindeverwaltung. Die Meinung des Pflichtigen, überbürdet zu sein, berechtigt ihn nicht, die Leistung einfach zu verweigern. Rechtswidrige Absicht ist nicht Merkmal im Thatbestand. 455.

Art. 29 mit §. 261 der R.-Straf-Proc.-O. Gemeinbewege sind alle jene, welche zunächst dem Verkehre einer einzelnen Gemeinde oder einer einzelnen Ortschaft mit einer benachbarten dienen. Der Strafrichter ist zur Feststellung „öffentlich rechtlicher“ Verhältnisse befugt. 453.

Art. 50 a. Veranlassung zu öffentlichem Vergerniß liegt schon dann vor, wenn das unsittliche Verhältniß einer unbestimmten Anzahl von Personen bekannt wird; besondere Umstände, welche die Aufmerksamkeit auf die bei einem solchen Verhältnisse Betheiligten lenken, werden nicht erfordert. 47. Das „häusliche Zusammenleben“ hat nur das Wohnen der betreffenden Personen, nicht aber deren tägliches, oder doch an den meisten Tagen stattfindendes Uebernachten in der bezüglichen Wohnung zur Voraussetzung. 457.

Art. 75. Lautet das Verbot der Verpackung verkäuflicher Nahrungsmittel in vorschriftswidriger Umhüllung allgemein, so ist es gleichgiltig, ob die Waare von dieser Umhüllung unmittelbar berührt wird. 458.

Art. 83. Schutz gegen Belästigung und Gefährdung von Hunden. 63. Kann die öffentlich bekannt gemachte Visitation der Hunde aus dienlichen Rücksichten nicht vollzogen werden, so ist der am Termin verständigte Hundebesitzer strafbar, wenn er die Vorführung seines Hundes zur wiederholt andernmalen Visitation unterläßt. 460. Der Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 Ziff. 3 untersteht auch derjenige, welcher einen ihm zugelaufenen Hund größerer Gattung bei sich behält und füttert. 462. Anmeldung von Hunden. 94.

Art. 92. Die Verunreinigung eines Wassers der in Art. 92 bezeichneten Art ist dann eine unbefugte, wenn nach dem Wasserbenutzungsgesetze vom 28. Mai 1852 keine Befugniß zur Verunreinigung desselben bestand. 465.

Art. 106. Dienstmithevertrag von einem minderjährigen Hauskind abgeschlossen. 63.

Art. 127 Abs. 2 umfaßt die Verweigerung der Fortsetzung von Dienstleistungen für eine Gebärende Seitens einer Hebamme. 68.

Art. 133. Die reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Passwesen vom 12. October 1867 sind durch die für den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsagenten erlassenen Vorschriften nicht berührt. 467.

## C. Strafprozeßordnung für das deutsche Reich.

Strafprozeßordnung für das deutsche Reich von Melchior Stenglein. 240.

Das Strafverfahren in Zoll-Ausschlags- und anderen Steuer-  
sachen von Jos. Volk. 416.

§. 44. 335. Einreichung einer Revisionsbegründung beim Re-  
visionsgericht statt beim Berufungsgericht. 332.

§. 147. Einsicht der Untersuchungsakten. 333.

§. 183 mit Art. 77 des bayer. Ausf.-Ges. Untersuchungs-  
handlungen eines Militäruntersuchungsrichters an einem auswärti-  
gen Orte, welcher Sitz des Amtsgerichts ist. 328.

§. 261 i. Pol.-Str.-Gesetzb. Art. 29.

§. 270, 342, 369 mit §. 30 und 147 Abs. 1 Ziff. 3 der  
R.-Gew.-D. Bei Annahme der Ungültigkeit des Schöffengerichts  
ist die landgerichtliche Strafkammer zur Prüfung des Beweisergeb-  
nisses und damit zur Einsetzung des weitem Verfahrens befugt. —  
Der Gebrauch des Titels als Direktor einer magnetisch therapeutischen  
Klinik muß nicht notwendig den Glauben erwecken, der Inhaber  
dieser Klinik sei eine geprüfte Medizinalperson. 334.

§. 271, 360 Ziff. 8. Gerichtliche Protokolle, deren Bestim-  
mung. 336.

§. 437. Zwangsweise Beitreibung der einem Nebenkläger nach  
rechtskräftigem Strafurtheile von dem Verurtheilten zu ersetzenden  
Kosten und Auslagen. 336.

D. Andere in Ausübung der Strafrechtspflege zur An-  
wendung gekommene Gesetze.

## a) Reichsgesetze.

## 1) Reichsgewerbeordnung.

§. 14. Eine einzelne auf Erwerb gerichtete Handlung bildet  
für sich allein nicht den Anfang eines Gewerbebetriebes. 440.

§. 33, 147 mit Art. 9 des bayer. Gewerbegef. v. 30. Jan.  
1868. Mit dem Verkaufe eines Communbräuhauses erlischt das  
Communalbraurecht mit seinen Wirkungen. Mit dem Erwerbe  
einer Bierbrauerei durch eine Gesellschaft erlangt nicht jedes einzelne  
Mitglied ein ihm zustehendes Recht des Bierauswenkens. 442.

§. 42. 56 a. Die Annahme einer gewerblichen Niederlassung  
ist durch das Dasein des in §. 42 bezeichneten Lokales bedingt.  
Die Beantwortung der Frage, ob dieses Lokal die gesetzlich ersor-  
derten Eigenschaften hat, und ob, wenn dies der Fall ist, die weiler

in Betracht kommenden Verhältnisse zur Annahme einer gewerblichen Niederlassung berechtigen, steht dem Thatsichter zu. Dem Verbote des §. 56a sind auch die nicht approbirten Zahntechniker unterworfen. 445.

§. 55 Abs. 1 Ziff. 2, 148 Ziff. 7. Auch der zum Zwecke ihres Wiederverkaufes auf Wochenmärkten im Umherziehen erfolgte Waarenkauf ist beim Mangel eines Wandergewerbescheines der, ein bewußt rechtswidriges Handeln nicht erfordernden, Strafbestimmung des §. 148 Ziff. 7 unterworfen. 449.

§. 135 Abs. 4, 139a. Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Baumwollspinnereien. 348.

## 2) Reichspressgesetz.

§. 19 Abs. 2. Hierdurch wird nur bestimmt, daß der Strafvorschrift des §. 19 Abs. 1 Ziff. 3 gegenüber die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über die Voraussetzungen des widerrechtlichen Vorwurfs und über den Irrthum Geltung haben. 438.

3) Reichsgesetz vom 21. Okt. 1878, die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie betr.

§. 11, 19, 21 mit §. 20, 21 des Reichspressges. Auch der Abdruck eines einzelnen mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Artikels einer verbotenen Druckschrift stellt sich als Wiederabdruck dieser selbst dar. 8.

## 4) Vereinszollgesetz vom Jahre 1869.

§. 13. Zur Entrichtung der Uebergangsabgabe ist der natürliche Besitzer des Uebergangsabgabepflichtigen Objektes verpflichtet. 7.

5) Reichsgesetz v. 14. Mai 1879, den Verkehr mit Nahrungsmitteln betr.

§. 12 Abs. 1 u. 2. Künstliche Blumen als Bekleidungsgegenstände. 349.

## 6) Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.

§. 7. Gebühren für einen als Zeugen und Sachverständigen vernommenen Gerichtsvollzieher. 349.

## b) Landesgesetze.

### 1) Forstgesetz vom 23. März 1852.

Art. 37, 75. Die Bestimmungen des Gesetzes richten sich gegen den Waldbesitzer, gleichviel ob er Eigentümer des Waldes ist oder nicht. 72.

Art. 40, 75. Unter kahlem Abtrieb in Schutzwaldungen versteht man deren Entwaldung, gleichviel ob diese durch eine

einzig Holzsägung oder durch mehrere in Fortsetzung vollzogen wird. 473.

Art. 85. Die Strafvorschrift richtet sich auch gegen Forstberechtignte und unterscheidet nicht zwischen Privat- und anderen Waldungen. 478. Für die Bemessung der nach dem Werth des Frevelobjekts sich bestimmenden Geldstrafe sind die Werthbestimmungstabellen unbedingt maßgebend. 478.

Art. 97. Bei Berechnung der Strafe ist der Werth des entwendeten, nicht der des nicht wieder in den Besitz des Beschädigten gelangten Holzes zu Grund zu legen. 474.

Art. 99 Absf. 1. Die Strafberechnung richtet sich nach den Bestimmungen des Art. 66, nicht nach dem Erlöse der verkauften Frevelobjekte. 474.

Art. 99 Absf. 2. Ist der Frevel in der Absicht, die Frevelobjekte zu veräußern, verübt und diese Absicht auch verwirklicht worden, so ist bei gleichzeitiger Aburtheilung beider Frevel bei Ausmessung der Strafe von Anwendung der in Art. 59 Biff. 13 vorgesehenen Bestimmung abzusehen und die Strafe für den zweiten Frevel nach Art. 99 Absf. 1 zu bestimmen. Dagegen findet Art. 59 Biff. 12 bei beiden Freveln Anwendung. 474.

## 2) Gesetz vom 28. Mai 1852 über die Benützung des Wassers.

Art. 2, 33, 40, 52 mit 261 der R.-St.-Pr.-D. Der Nachweis, daß ein Bach sich in Grundeigentum des Staates befindet, daß derselbe ein Nebenarm eines öffentlichen Flusses ist und daß er an einzelnen Stellen eine Regelung seines Laufes erfahren hat, schließt nicht aus, denselben als Privatfluß zu betrachten. 104.

Art. 10, 97 f. R.-Str.-Gesetzb. S. 67.

Art. 17, 97. Für die Anwendung des Gesetzes ist es ohne Belang, ob die Entziehung einer Anstalt auf Bewilligung der Kreisregierung, oder auf einem Privatrechtstitel beruht, und ob die Aenderung der Anstalt eine Gefährdung oder Störung des Verkehrs verursacht oder nicht. 108.

Art. 54, 58 f. Pol.-Str.-Gesetzb. Art. 92.

## 3) Malzausschlaggesetz.

Bierverfälschung und Malzausschlagsübertretung. 209, 225, 241.

Art. 33 Absf. 1 u. 2, 73 Absf. 1. Mit dem Einschütten des Malzes zum Zwecke des Brechens desselben in die, wenn auch noch verschlossene Gasse beginnt der Akt des Brechens. 92.

## 4) Bayerisches Ges. v. 30. Januar 1868, das Gewerbewesen betr.

Art. 9 f. R.-Gew.-D. S. 33, 147.

- 5) Gesetz v. 2. Juni 1876, die Erhebung einer Gebühr für das Halten von Hunden.

Art. 3 Abs. 5. Nicht die Dauer des Aufenthaltes der Hunde, sondern die Dauer des Aufenthaltes des Hundebesizers in Bayern erzeugt die Verbindlichkeit zur Anmeldung der Hundesteuer. 94. S. auch zu Art. 83 des P.St.G.B.

- 6) Allgemeine Bauordnung vom 19. Sept. 1881.

§. 1, 3, 6, 91 f. R.-Str.-Gesetzb. §. 367 Ziff. 15.

§. 6, 7 f. R.-Str.-Gesetzb. §. 367 Ziff. 15.

- 7) Apothekerordnung vom 27. Januar 1842.

§. 33 f. R.-Str.-Gesetzb. §. 367 Ziff. 3.

- 8) Bahnpolizeireglement für die Eisenbahnen Bayern's vom 20. Mai 1880.

§. 63, 66 f. R.-Str.-Gesetzb. §. 113.

- 9) Bayerisches Gesetz vom 18. August 1879 über das Gebührenwesen.

Art. 224 Abs. 3, 228 Abs. 5. Die vom Konkursverwalter vorgenommenen Versteigerungen beweglicher Massagegenstände sind gebührenpflichtig. 77, 91.

- 10) Bayerische Militärstrafprozeßordnung.

Art. 4 u. 9 in der Fassung des Ges. v. 28. April 1872. Eine bei einem bayer. Militärgericht anhängig gewordene strafrechtliche Untersuchung hat vor demselben auch dann ihre Erledigung zu finden, wenn der Angeklagte nach Verweisung und Ladung zur Hauptverhandlung in einen andern deutschen Bundesstaat zur Reserve beurlaubt worden ist. 350.

- 11) Bayerische Subhastationsordnung.

Art. 15 f. R.-Str.-Gesetzb. §. 113.



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

**Inhalt:** Die Blätter für Rechtsanwendung am Beginne ihres fünfzigsten Jahrganges. — Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsunfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuh diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königlichen Oberlandesgerichts München in Straßachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerr. obersten Landesgerichts. Urtheile vom 16. Sept. — 16. Oct. 1884.

**Die Blätter für Rechtsanwendung am  
Beginne ihres fünfzigsten Jahrganges.**

Mit Januar laufenden Jahres erreichen die Blätter für Rechtsanwendung den fünfzigsten Jahrgang ihres Erscheinens in der juridischen Literatur und ist ihnen somit ein seltenes Jubiläum beschieden. Begründet von Johann Adam Seuffert in Verbindung mit Christian Karl Glück Anfangs des Jahres 1836 hatten sie zur nächsten Aufgabe, die Ergebnisse der Rechtsprechung in den vielfachen damals noch wenig klar gelegten Rechtsfragen zum Gemeingute zu machen. Mit dieser Aufgabe verband sich von selbst die weitere, streitige Rechtsmaterien zur Erörterung zu bringen, wobei es auch an Kritik der Rechtsprechung selbstverständlich nicht fehlen konnte. Die Praxis wurde dadurch zur Theorie herangezogen und die Theorie in der Praxis auf die Probe gestellt und die richtige Anwendung derselben in der Rechtsprechung gesichert. Durch ihre Erörterungen haben die Blätter vorzüglich dazu beigetragen, zweifelhafte Rechtsfragen festzustellen und die Reihe der Kontroversen immer enger zu ziehen und eine mögliche Neue Folge Band XXXII.

lichst feststehende, dem wirklichen Rechtsbedürfnisse zugewendete Jurisprudenz zu schaffen, was von allen Gebieten der Rechtswissenschaft und insbesondere von den vielen Particularrechten gilt, welch' letztere in dieser Zeitschrift zur gründlichsten Erörterung gelangt und vielfach erst richtig festgestellt worden sind, ein Ergebnis, das auch für die deutsche Rechtsgeschichte von dauerndem Werthe sein wird.

Die Blätter haben auch mehrfach zu Plenarbeschlüssen Anlaß gegeben und für deren Aussprüche die Grundlage vorbereitet.

Es konnte daher nicht fehlen, daß sich dieselben bald große Theilnahme und Anerkennung in der juristischen Welt erwarben und sie wurden insbesondere auch von der Theorie vielfach berücksichtigt und allegirt. Ihrer vollen Aufgabe die Blätter zuführend und erhaltend redigirte dieselben (in Verbindung mit hervorragenden Juristen) ihr in der juristischen Welt fortlebender Begründer bis zu seinem im Mai 1857 erfolgten Tode. Dessen verdienstvoller Sohn, Dr. Ernst August Seuffert konnte wegen Verhinderung durch seinen Lehrberuf die Redaktion nur kurze Zeit übernehmen, worauf in dieselbe eine neue juristische Kraft, Friedrich Steppes, eintrat, welcher die Redaktion bis Ende 1872 fortführte, das letzte Jahr in Verbindung mit dem Unterzeichneten, welcher nach dem Anfang des Jahres 1873 erfolgten Ableben des Fr. Steppes die Redaktion allein übernahm und bisher fortsetzte. Auch von Seite der weiteren Herausgeber wurde, so weit es immer in ihren Kräften stand, nichts unterlassen, um die Blätter auf der Höhe ihrer Aufgabe möglichst zu erhalten. Diesen fiel insbesondere durch die wechselnden Gesetzgebungen der neueren Zeit eine große Aufgabe zu, indem immer weitere Fragen der Erörterung und Feststellung sich darboten und noch darbieten. Die Zeitschrift würde die ihr gesetzten Ziele

nicht, wie es geschehen, zu lösen vermocht haben, hätte sich dieselbe nicht der besonderen Unterstützung von Seite der besten juridischen Kräfte zu erfreuen gehabt. Dieß war schon seit deren Erscheinen der Fall. Daß vorliegende „Autorenverzeichnis“ läßt entnehmen, daß die hervorragenden Juristen sich an den Aufgaben der Zeitschrift von jeher mehr oder minder betheilt haben. Die lange Dauer ihres Bestehens verdanken die Blätter neben den Bemühungen der Redaktionen dieser wohlwollenden Theilnahme und der Gunst der weiteren juridischen Kreise überhaupt.

Möge diese Theilnahme und Gunst denselben auch für die Zukunft in gleichem Maße erhalten bleiben und mögen auch fernerhin die hervorragenden Juristen dazu beitragen, die Aufgabe der Blätter wie bisher möglichst zu fördern. Beiträge aus allen Rechtsgebieten werden immer erwünscht sein. Die bisherigen Mittheilungen der reichsgerichtlichen Entscheidungen entstammen der besten Quelle und es werden auch die Bemerkungen hiezu und eine gelegentliche Kritik derselben zur Klärung der Rechtsanschauungen wesentlich dienen. Mögen die Blätter auch für die Zukunft ihrem wohlthätigen Einfluß auf die Rechtsprechung durch Verbindung von Theorie und Praxis erhalten bleiben.

Schließlich ist der Unterzeichnete noch veranlaßt, auch im Namen der Verlagshandlung, den sehr geehrten Herren Mitarbeitern und Abonnenten für das große Zutrauen und für die rege Theilnahme, die sie dieser Zeitschrift stets entgegengebracht haben, den wärmsten Dank hiermit auszusprechen und ebenso die ergebenste Bitte anzureihen, die Blätter für Rechtsanwendung auch fernerhin durch ihr so geschätztes Wohlwollen gütigst zu unterstützen.

Nürnberg, Januar 1885.

Karl v. Seltlich.

\*

Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde?

Diese Frage wurde von den Gerichten, welche sich in Folge von Beschwerden der Finanzstellen oder der interessirten Partei hie mit zu befassen hatten, bis her verschieden beantwortet, theils bejaht, theils verneint.

Nachdem nun die Herauszahlung des Vorschusses auch schon in dem Falle, wenn der zum Armenrechte Zugelassene noch vor Ablauf eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termines sofort in der ersten Instanz in Haupt- und Nebensache rechtskräftig verurtheilt worden war, von der Staatskasse verweigert worden ist, gerade in einem derartigen Falle aber nach meinem Dafürhalten die Bejahung der aufgeworfenen Frage wenigstens im Principe allein gerechtfertigt und deshalb der Rückersatz des Vorschusses mit Sicherheit zu erwarten gewesen wäre, soll es versucht werden, die Nothwendigkeit einer Lösung der Frage in letzterem Sinne und zwar zunächst für einen Fall, wie der eben angeführte, hier in Kürze zu begründen.

Nach §. 93 R.O.R.G. werden Gebühren und Auslagen fällig, sobald das Verfahren oder die Instanz durch unbedingte Entscheidung über die Kosten, durch Vergleich oder Zurücknahme oder anderweite Erledigung beendet ist. In dem hier angenommenen Falle wäre sonach gemäß §. 86 eod. im Einklange mit R.O.P.D. §. 87, welcher zwar die Kostenfrage zunächst nur für die Parteien regelt und darum für die Staatskasse nicht ausschließend maßgebend wäre, aber doch aus Zweckmäßigkeit- und Billigkeitsgrün-

den auch für das Verhältniß des Verars zu gebührenpflichtigen Partei in erster Linie als bestimmend anerkannt wurde, Motive zum R.G.R.G. S. 607 Sp. 1 Abs. 2, Schuldner der entstandenen Gebühren der zum Armenrechte zugelassene Beklagte. Dieser aber ist nach §. 107 R.G.P.D. von Berichtigung der Gerichtskosten einstweilen, d. i. bis zum Eintritte der in §. 116 eod. bezeichneten Verhältnisse befreit. Von demjenigen, welcher Schuldner der in solchem Falle zunächst in Betracht kommenden Verhandlungs- und Entscheidungsgebühr, ebenso aber auch einer etwaigen Beweisgebühr sein würde, dürfen solche sohin, von dem Falle des §. 116 R.G.P.D. natürlich abgesehen, nicht erhoben werden. Eine Ueberwälzung der Zahlungspflicht auf den solventen Prozeßgegner ist aber im R.G.R.G. nirgend statuiert. Namentlich ergibt die Fassung des §. 89 eod. klar, daß die Inanspruchnahme desjenigen, der das Verfahren der Instanz beantragte, als Schuldner der Gebühren nur als eine subsidiäre aufgestellt wurde, welche gegen die Bestimmung des §. 86 unbedingt zurückzutreten hat.

Nun kennt das Gesetz allerdings auch eine Vorschußpflicht, und diese liegt nach §. 81 R.G.R.G. für jede Instanz dem Antragsteller, hier also dem Kläger ob, der ihr auch, wenn die Frage der Rückerstattung soß aufgeworfen werden können, in Wirklichkeit genügt haben muß. Vorschußpflicht und Zahlungspflicht sind allerdings wesentlich von einander verschieden, Mot. S. 606 Sp. 1 in fine, R.G. Entsch. VI. 419; in einer und derselben Sache kann der Eine zur Vorschußleistung verpflichtet sein, während die Zahlungspflicht den Andern trifft. Aber von einem Rechte auf Vorschuß kann naturgemäß nur soweit die Rede sein, als auch eine Zahlungspflicht besteht; sie ist ihrem Begriffe nach eine Sicherstellung der Staatskasse für die Erfüllung der seinerzeitigen

Zahlungspflicht und wesentlich deshalb in das Gesetz aufgenommen worden. Mot. S. 607 Sp. 2 Abs. 4. Wo, wie im angenommenen Falle, wegen Zulassung des in die Kosten Verurtheilten zum Armenrechte keine Zahlungspflicht besteht, kann auch der Staatskasse kein Recht zugestanden werden, einen Vorschuß innezubehalten. Dieser Satz erscheint so sehr in der Natur der Sache begründet, daß schon damit allein die Frage entschieden sein sollte. Der Staat hat wohl ein Recht auf gewisse Gebühren, aber keines darüber hinaus, der Vorschuß kann nur soweit für ihn in Betracht kommen, als er Rechte auf eine Gebühr hat, durch welche er absorbiert wird, auf den Vorschuß als solchen hat er kein Recht. Dieser Gesichtspunkt liegt der Bestimmung des §. 46, des §. 94 Ziff. 2 RRG. zu Grunde.

Nun wird dem allerdings der §. 90 RRG. entgegengehalten, welcher bestimmt:

„Die Verpflichtung zur Zahlung der vorzuschließenden Beträge (§. 81—85) bleibt bestehen, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind.“

Alein dieser §. steht nur scheinbar entgegen. Sein Sinn ist offenbar der, daß die Staatskasse, soweit die Vorschußpflicht reicht, sich an den hiezu Verpflichteten auch dann zu halten berechtigt sei, wenn ein Anderer entweder freiwillig die Zahlungspflicht übernahm oder sie ihm durch Urtheil auferlegt wurde, daß sie sonach den eingezogenen Kostenvorschuß zur Ausgleichung der Gebührenschuld des Andern verwenden, soweit Einzahlung noch nicht erfolgt war, auf derselben bestehen könne. Immer ist aber dabei vorausgesetzt, daß sie von dem Andern die betreffende Gebühr gleichfalls verlangen könne, es sich daher für die Staatskasse nur fragt, aus wessen Vermögen sie die Gebühr, welche sie unter allen Umständen bekommen muß, wirklich bezahlt

erhalte. Dieß trifft aber bei einem zum Armenrechte zugelassenen in die Kosten Verurtheilten nicht zu, auf solche Fälle kann §. 90 R.G.R.G. keine Anwendung finden.

(Fortsetzung folgt.)

**Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strassachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).**

(Fortsetzung.)

**III. Vereinszollgesetz vom Jahre 1869.**

§. 13. Zur Entrichtung der Uebergangsabgabe ist der natürliche Besitzer des übergangsabgabepflichtigen Objektes verpflichtet.

Der Angeklagte war, als er das Bier aus Baden nach Bayern brachte, als Inhaber (natürlicher Besitzer) desselben, dem Staate gegenüber verpflichtet, die Uebergangsabgabe zu entrichten, und gehalten, beim Transport des Bieres über die Grenze die hierüber bestehenden Vorschriften zu beobachten, ohne daß es etwas darauf ankommt, ob er das Bier für sich oder für andere Personen nach Bayern einfuhrte, und ob er im letzteren Falle als Voté der Besteller des Bieres handelte oder nicht, da das Gesetz in dieser Beziehung in keiner Weise unterscheidet, vielmehr demjenigen, welcher das Bier über die Grenze einbringt, unbedingt die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Uebergangsabgabe und in Folge hiervon die Verpflichtung auferlegt, bei der Einbringung die vorgeschriebene Straffe einzuhalten und das Bier bei der treffenden Erhebungsstelle anzumelden. Ist dieß nicht geschehen, hat der Angeklagte den bestehenden Vorschriften nach §. 136 Ziff. 5 a oder Ziff. 5 b des Vereinszollgesetzes zuwidergehandelt, so liegt eine nach §. 135 in Verbindung mit §. 155

strafbare Defraudation, oder eine nach §. 137 mit einer Ordnungsstrafe zu ahnende Verfehlung vor. Es hat daher das Berufungsgericht dadurch, daß es entgegen den Bestimmungen des Art. 19 Abs. 2 des Außf.:Ges. zur RStPD. und des §. 13 des Vereinszollgesetzes den Angeklagten zur Entrichtung der hier in Frage stehenden Uebergangsabgabe und zur vorgeschriebenen Anmeldung der Biereinfuhr für nicht verpflichtet erklärte, und daraufhin von einer weiteren Feststellung des Sachverhalts und der Prüfung der Frage, ob eine Defraudation oder nur eine Ordnungswidrigkeit gegeben ist, Umgang nahm, das Gesetz verlegt. Urtheil vom 15. Januar 1884.

IV. Reichsgesetz vom 21. Oktober 1878, die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie betr.

§§. 11. 19. 21 mit den §§. 20. 21 des Reichspressgesetzes.

Auch der Abdruck eines einzelnen mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Artikels einer verbotenen Druckschrift stellt sich als ein Wleberabdruck dieser selbst dar.

Es macht keinen Unterschied, daß von den Angeklagten nur ein einzelner Artikel des Philadelphia-Tagblatts in der süddeutschen Post wieder abgedruckt wurde. Daß vom Reichskanzler in einem Fall wie der vorliegende auf Grund der §§. 11 und 12 des angezogenen Gesetzes erlassen, in der im § 6 Abs. 2 vorgeschriebenen Weise bekannt gemachte, Verbot der ferneren Verbreitung einer im Auslande erscheinenden periodischen Druckschrift umfaßt den ganzen mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Inhalt der treffenden Zeitung und damit alle einzelnen in derselben enthaltenen, solche Bestrebungen kundgebenden, Mittheilungen, indem das Verbot zu bewirken bezieht, daß keine dieser Kundgebungen im deutschen Gebiet zur Verbreitung ge-

langt. Hieraus folgt, daß jeder Wiederabdruck einer verachteten, in der verbotenen periodischen Druckschrift enthaltenen, Mittheilung eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot begründet, und daß das Gesetz, welches durch die Strafbestimmungen der §§. 19 und 21 die Realisirung des Verbots zu sichern bezweckt, unter dem Abdruck der verbotenen Druckschrift nicht der Abdruck des gesammten, unter den §. 11 fallenden, Inhalts der verbotenen periodischen Schrift, der, so lange die Schrift fortterscheint, gar nicht zum Abschluß gelangt, sondern den Abdruck der einzelnen, in der Schrift enthaltenen, hier einschlägigen Mittheilungen versteht, gleichviel in welcher Abtheilung der Schrift sie aufgenommen waren, und ob sie eine eigene Nummer der Zeitung oder nur einen Theil eines Blattes der Druckschrift bildeten. Bei einer Auffassung des §. 19 dahin, durch denselben sei nur der Wiederabdruck des ganzen Inhalts der verbotenen Druckschrift untersagt, der Abdruck einzelner Artikel dagegen gestattet, würde die Bestimmung dieser Gesetzesstelle bedeutungslos sein. Auch der Abdruck eines einzelnen, mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Artikels der verbotenen Druckschrift ist ein Wiederabdruck der letzteren.

Daß der den Gegenstand der Anklage bildende, wieder abgedruckte Artikel des Philadelphia-Tagblatts den Angeklagten nicht im Original vorlag, sondern durch deutsche Blätter bekannt geworden war, ist gleichgiltig, da es keine Bedeutung hat, in welcher Weise der Wiederabdruck einer verbotenen Druckschrift möglich wird.

Hiernach, und da das Berufungsgericht angenommen hat, daß der hier fragliche Artikel als Ausfluß socialistischer, auf den Umsturz der bestehenden monarchischen Staatsordnung gerichteter, Bestrebungen mit der Tendenz, wegen deren die fernere Verbreitung des Philadelphia-Tagblattes im deut-

ischen Bundesgebiet auf Grund der §§. 11 und 12 des Gesetzes vom 21. Oktober 1878 verboten wurde, in Zusammenhang stehe, bildet der von dem Angeklagten ohne Kenntniß des Verbots bewirkte Wiederabdruck des mehr erwähnten Zeitungsartikels eine Uebertretung nach §. 21 des Gesetzes vom 21. Oktober 1878.

Daß die treffenden Bestrebungen in dem Artikel in einer den öffentlichen Frieden, insbesondere die Eintracht der Bevölkerungsklassen gefährdenden Weise zu Tage treten, erfordern die Strafbestimmungen der §§. 19 und 21 des Gesetzes vom 21. Oktober 1878 nicht. Der Reat des §. 21 ist gegeben, wenn ohne Kenntniß des Verbots nach erfolgter Bekanntmachung desselben die verbotene Druckschrift wieder abgedruckt wird, und dies geschieht, wenn ein Artikel der verbotenen periodischen Schrift zum Wiederabdruck gelangt, der einen Inhalt hat, wie ihn das Berufungsgericht als erwiesen annahm, da das auf Grund des §. 11 ergangene Verbot die Verhinderung der Weiterverbreitung des mit socialdemokratischen Bestrebungen in Verbindung stehenden Inhalts der verbotenen Druckschrift bezelt, und daher der Abdruck eines Artikels, welcher mit derartigen Bestrebungen in Zusammenhang steht, dem Verbot, und damit der Bestimmung des §. 21 zuwiderläuft. Daß der Abdruck zu dem Zweck erfolgte, um durch denselben die in §. 11 bezeichneten Bestrebungen zu fördern, erfordert der Begriff des Reates nicht.

Eben so unbehelflich ist die Bezugnahme auf §. 20 Abs. 2 des Preßgesetzes, nach welchem der verantwortliche Redakteur einer periodischen Druckschrift als Thäter bestraft werden soll, wenn nicht durch besondere Umstände die Annahme seiner Thäterschaft ausgeschlossen wird. Denn damit ist nicht besagt, daß nur der verantwortliche Redakteur als

Thäter zu bestrafen ist, sondern bloß bestimmt, daß es bei dem verantwortlichen Redakteur einer periodischen Druckschrift keines weiteren Nachweises der Thäterschaft bedarf, im Gegensatz zu anderen Personen, bei welchen die Frage, ob sie als Thäter zu bestrafen sind, sich nach den bestehenden allgemeinen Strafgesetzen bemißt. Letzteres ist im ersten Absatz des §. 20 ausdrücklich ausgesprochen, und hiemit steht die Bestimmung des zweiten Absatzes nicht im Widerspruch.

Der in der Revision in Bezug genommene §. 21 des Preßgesetzes endlich kommt schon darin hier nicht in Frage, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Haftung des Angeklagten für Fahrlässigkeit, sondern um einen ihm als Thäter zur Last fallenden vorsätzlich begangenen Mord handelt. Urtheil vom 14. März, 1884.

V. Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1875 siehe Reichsgesetz über die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie.

(Fortsetzung folgt.)

**Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayert. obersten Landesgerichts. Urtheile vom 16. Sept. — 15. Okt. 1884.**

### I. Zur Prozeßordnung.

Ehescheidungsverfahren; Beweis der Schuld aus thatsächlichen Prämissen; Rückgriff hiebei auf frühere verzielhene Verfehlungen; neue Scheidungsgründe in der Berufungsinstanz.

Beweis von Anerkenntnissen.

1) Die Beantwortung der Frage, wer im Ehescheidungsprozesse als der schuldige Theil zu erachten sei, beruht zwar aus einer Schlußfolgerung aus thatsächlichen Prämissen, allein diese Schlußfolgerung ist vorwiegend eine thatsächliche, und ist deshalb der Nach-

prüfung der Revisionsinstanz entzogen. Es ergibt sich dieses auch aus dem Umstande, daß bei Erlassung solchen Ausspruches der Thatrichter keine Rechtsnorm zur Anwendung zu bringen, sondern nach freiem Ermessen sich schlüssig zu machen hat, ob er einen der Streittheile und welchen er als schuldigen Theil erklären will.

2) Die Aussöhnung der Ehegatten fällt allerdings unter die Kategorie der Renuntiationen, und wirkt daher als ein Verzicht; allein daraus folgt nur, daß die der eingetretenen Verzeihung vorhergegangenen Vorfälle nicht mehr als alleiniger Ehescheidungsgrund geltend gemacht werden können, nicht aber daß bei einer wegen neuer Ungebühr erhobenen Klage nicht auch auf die früheren Mißhandlungen, auf welche eine Aussöhnung der Ehegatten erfolgt ist, zurückgegriffen werden dürfe, — Seuffert Arch. II Nr. 193, VIII 267, XII 37. — und noch weniger deren Unbenützbarkeit bei Entscheidung der Frage, welchem der beiden Ehegatten für die eingetretene unüberwindliche Abneigung die Schuld beigemessen werden müsse.

3) In Ehesachen ist die Geltendmachung neuer Klagegründe selbst in der Berufungsinstanz desselben Rechtsstreites noch zulässig. Smtg. Bd. 8 S. 185, Bd. 9 S. 614. — Urth. v. 14. Okt. Reg. I 88, 1884.

Die Bestimmung in §. 146 der ROPD. hat nicht den Sinn, daß Anerkenntnisse nur durch das Protokoll bewiesen werden können; eine solche Vorschrift enthält das Gesetz in §. 150 a. a. O. nur Betreffs des Beweises der Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Formalitäten, während im Uebrigen die Bestimmungen über die Beweisraft des Thatbestandes — §§. 285, 291 und 292 a. a. O. — entscheiden. Urth. v. 11. Okt. Reg. I 108, 1884.

## II. Civilrechtliche Entscheidungen.

**Sachenrecht.** Ueber Nutzungsbrecht am Gemeindeguthum als Anwesenßzubehör und Voraussetzung dessen privatrechtlicher Eigenschaft, Einfluß hierauf von Einträgen im Grundsteuerkataster und im Hypothekenbuch und Verjährungszeitraum — enthält das untenbezeichnete Urtheil Folgendes: 1) Der Umstand, daß ein Nutzungsbrecht an unvertheilten Gemeindeguthen im Perinenzverhältnisse zu einem bestimmten Hause oder Anwesen steht, wonach es zu diesem in der Art gehört, daß es mit demselben im Wege der Universal- oder Singularsuccession von selbst von einem Besizer auf den andern übergeht oder mit verpfändet wird, bildet für sich allein noch nicht ein entscheidendes Kriterium für die privatrechtliche Eigenschaft des Nutzungsbrechtes. Auch Nutzungsbrechte, welche dem Gemeindevorstand entstammen, können, wie im Art. 33 der biesährlichen Gemeindeordnung anerkannt ist, und bei den Verhandlungen im Gesetzgebungsausschuße der Kammer der Reichsräthe über Art. 30 des Entwurfes dieses Gesetzes — Verh. d. R. d. RR. 1866/69 Beil. Bd. 5 S. 573 — besonders hervorgehoben wurde, eine reale Grundlage haben d. i. auf einem Hause oder Grundstücke in der Weise ruhen, daß sie in Folge Vererbung, Verkaufß oder sonstiger Veräußerung des letzteren mit diesem auf den neuen Besizer, sofern derselbe der Gemeinde angehört, übergehen; ja es ist für solche aus dem Gemeindevorstand entsprungenen Rechte die Untrennbarkeit von dem Hause oder Grundstücke durch den allegirten Artikel sogar ausdrücklich festgesetzt.

Blos dann, wenn das Nutzungsbrecht an dem Gemeindevermögen einem bestimmten Hause oder Grundstücke in der Art anflebt, daß der Besizß des

Hauseß oder Anwesenß schon an und für sich — unabhängig von dem Verhältniß, in welchem der Besitzer zur Gemeinde steht — die Nutzungsberechtigung gewährt, sohin diese, gleichsam eine inhärirende Eigenschaft des Hauseß oder Anwesenß bildend, mit diesem auf jeden Besitzer desselben, gleichgiltig ob er dem Gemeindeverband angehört oder nicht, übergeht, ist ein dingliches Recht im privatrechtlichen Sinne als vorhanden anzunehmen. Bl. f. N. V. Bd. 35 S. 377, 384. Seuffert Streitfragen aus Erkenntnissen des Oberst. Gerichtshofes in Kompetenz-Confl. zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden Nr. 79, 76, 60. Erkenntnisse des Kompetenz-Confl. Senatß v. 29. Mai und 29. Juli 1872 im Reg.-Bl. S. 1469 und 2049. Oberstr. Erk. v. 25. Juni 1858 Reg.-Bl. S. 837 Bl. f. N. V. Bd. 39 S. 238 Bd. 40 S. 299.

2) Dem Grundsteuerkataster kommt die Eigenschaft eines Saals- und Lagerbucheß nur bezüglich solcher dinglichen Rechte zu, welche Gegenstand der Besteuerung sind, wie Dominikalien, Holz- und Fischrechte, Alpenweiden; bezüglich aller sonstigen Rechte, insbesondere der Baulast, reale Gewerbrechte, gewöhnliche Weidrechte und Servituten, kann von einer Beweiskraft des Katasters keine Sprache sein. Bl. f. N. V. Bd. 19 S. 143, 382, Bd. 14 S. 373, Bd. 25 S. 375, Bd. 39 S. 238, Bd. 40 S. 299. Wernz Com. z. bayer. Proz.-D. S. 373.

Will daher die Beweiskraft des Grundsteuerkatasters in Anspruch genommen werden, so müssen Rechte in Frage stehen, deren Eintrag in das Kataster angeordnet ist, was bei Nutzungsrechten an Gemeindegründen nicht der Fall.

Der Umstand, daß solche Rechte im Kataster Aufnahme fanden, kann ein Recht, auf die Beweiskraft des Katasters sich zu berufen, nicht verleihen, zumal wenn nicht behauptet werden kann, daß der

Eintrag mit Einwilligung der Gemeinde, auf Grund vertragmäßiger Anerkennung des Rechts als Privatrecht erfolgt sei.

Davon abgesehen enthält das Kataster nie den Entstehungsgrund des eingetragenem Rechts, es schafft keinen neuen selbstständigen Rechtstitel und kann die Stelle eines privatrechtlichen Erwerbstitels nicht vertreten. Smlg. Bd. 4 S. 403. Bl. f. RA. Bd. 14 S. 224, Bd. 19 S. 143, Bd. 29 S. 61. Das Kataster ist bloß Mittel zum Beweise des Klagegrundes, keineswegs ein Mittel zu dessen Ersetzung. Bl. f. RA. Bd. 22 S. 38, Bd. 25 S. 174, Bd. 28 S. 54. Kumpf, der §. 95 des Grundst.-Ges. S. 16.

3) Dadurch, daß ein Hypothekensamt Nutzungsrechte am Gemeindevermögen mit öffentlich-rechtlichem Charakter und realer Grundlage in Rubrik I des Hypothekenbuches eintrug, wird der Charakter dieser Rechte nicht verändert, da den Hypothekensämtern nirgends die Macht verliehen ist, durch derlei Einträge ein persönliches Recht in ein dingliches, oder ein Nutzungsrecht am Gemeindevermögen mit öffentlich-rechtlichem Charakter in ein solches mit privatrechtlichem Charakter zu verwandeln. Bl. f. RA. Bd. 11 S. 94, Bd. 13 S. 50. Solche Hypothekeneinträge und Protokolle können daher für die privatrechtliche Natur von Nutzungsrechten am Gemeindevermögen ein Beweismoment nicht abgeben.

4) Für Nutzungsrechte am Gemeindevermögen zum Privatvorteile Einzelner, deren Erwerb sich auf ein öffentlich-rechtliches Herkommen stützt, ist der Zeitpunkt, bis zu welchem sich ein solches Herkommen bilden konnte, mit der Gemeindegesetzgebung des Jahres 1818 abgeschlossen. Gem. Edikt v. J. 1818 §. 26 u. 34. Gem.-D. v. J. 1869 Art. 32. Bl. f. admin. Pr. Bd. 13 S. 162, Bd. 20 S. 155. Handelt es sich aber um einen Anspruch privatrechtlicher Natur, wird (wie es im vor-

gelegenen Falle geschehen war) behauptet, daß die Gemeindeglieder als Besitzer und Eigenthümer ihrer Anwesen, unabhängig von ihrer Eigenschaft als Angehörige der Gemeinde, gerade so wie ihre Vorfahren bestimmte Nußanttheile von den der Gemeinde eigenthümlich zugehörigen Grundbesitzungen seit unfürdenklicher Zeit oder doch seit 40 und 30 Jahren bezogen hätten, so haben hier die einschlägigen Bestimmungen des Civilrechts Anwendung zu finden, und steht daher nichts entgegen, auch die Besißhandlungen nach dem Jahre 1818 in die unfürdenkliche Zeit einzurechnen, da die Wirksamkeit der unfürdenklichen Verjährung selbst dann nicht aufgehoben ist, wenn ein Gesetz nur die Erwerbung eines Rechtes für die Zukunft überhaupt oder durch Verjährung verbietet, was seinen Grund darin hat, daß bei der unfürdenklichen Verjährung es sich um einen Zustand fragt, der seit Menschengedenken bestanden und zur Voraussetzung hat, daß Niemand mehr lebe, der die Sache in einem andern Zustande weder selbst wahrgenommen, noch durch Andere erfahren habe, weshalb auch namentlich bezüglich der Realgewerbe ungeachtet der Verordnung v. 1. Dec. 1804 bei der Immemorialverjährung stets die dieser Verordnung nachfolgende Zeit mit eingerechnet wurde, wofür auch noch die früheren Laudemialstreitigkeiten einen Beleg liefern. Urth. v. 17. Sept. SWr. 6239.

(Fortsetzung folgt.)

---

Redakt.: K. v. Gettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuß diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts. Fortsetzung zu Nr. 1 und weitere Urtheile vom Oktober. — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.)

Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuß diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde?

(Fortsetzung.)

Müßte er Anwendung finden, so wäre es nur consequent, wenn die Staatskasse im Falle der Verurtheilung des zum Armenrechte zugelassenen Beklagten in die Kosten, nicht nur den vom Kläger erlegten Vorschuß zur Tilgung ihrer Gebührenforderungen oder wenigstens eines Theiles derselben verwenden, sondern sogar noch nach ergangenem Urtheile den noch nicht eingezahlten Vorschuß zu diesem Zwecke nachträglich einheben würde. In Bayern würde die Staatskasse, wenn ihre äußeren Organe in Flüssigmachung der Anfälle den gehörigen Eifer entfalten, allerdings wohl selten in diese Lage sich versetzt sehen, nachdem §. 21 der Instruktion zum RGKG. vom 21. Sept. 1879 die Bestimmung enthält, daß die Vorschüsse zu erheben seien, sobald für deren Entrichtung die Voraussetzungen eingetreten sind. Anders da, wo den Gerichtschreibereien

Neue Folge Band XXXII.



gestattet ist, von der Vorschußleistung zur Zeit oder überhaupt Umgang zu nehmen, was inhaltlich der Motive S. 607 Sp. 2 Abs. 4 trotz der imperativen Form der §§. 81. 85. 84 nicht ausgeschlossen wäre. Daß nun eine derartige nachträgliche Vorschußhebung auf Widerstand stoßen würde, dürfte nicht befremden. §. 90 bewiese sohin offenbar zu viel und beweist eben darum nichts.

Nun sagt allerdings der §. 90 nichts von einer Ausnahme im Falle Zulassung einer Partei zum Armenrechte, allein dessen wird im ganzen sechsten Abschnitte des R.G.R.G. außer in §. 85 Abs. 2 Ziff. 6 mit keiner Silbe erwähnt, und dennoch wird Niemand bestreiten können, daß die Zulassung einer Partei zum Armenrechte auch auf dessen sonstigen Inhalt ihre Wirkung äußern müsse. In §. 81 ist keine Ausnahme zu Gunsten der armen Partei gemacht und dennoch besteht sie als nothwendige Konsequenz des §. 107 R.G.P.D., ebenso nicht in §. 84 86, und doch besteht §. 107 daneben und bewirkt, daß der zum Armenrechte Zugelassene, trotzdem ihm die Kosten auferlegt sind, sie nicht zahlen muß. Ähnliche Wirkung muß dem §. 111 R.G.P.D. zugestanden werden.

Fragt man sich nun, warum das R.G.R.G. die Zulassung einer Partei zum Armenrechte nicht in den Kreis seiner Vorschriften gezogen habe, so wird die Antwort einfach dahin zu lauten haben, daß die Wirkungen derselben schon in der vorher erlassenen R.G.P.D. ihre Regelung gefunden haben und die Folgerungen hieraus für eine Frage, wie die vorliegende, sich von selbst ergeben. In diesem Sinne ist auch der Satz zu verstehen, der sich in dem Beschlusse des Reichsgerichtes vom 13. Febr. 1882 (Entsch. Bd. VI S. 418) des Inhaltes findet, §. 86. 87. 93 R.G.R.G. regeln die Kosten-, Vorschuß- und Zahlungspflicht in zahlbaren, nicht aber

auch in Armentsachen und sind daher hier nicht maßgebend. Daß an dieser Stelle von den 3 §§. 86. 87. 93 Gesagte gilt selbstverständlich auch von dem vorbesprochenen §. 90, dessen Nichtaufzählung kein Argument dagegen an die Hand gibt, wie ja auch der nachgewiesenermaßen durch den §. 107 R.G.P.D. beeinflusste §. 81 ebenfalls nicht erwähnt ist; die Aufzählung stellt sich also nicht als erschöpfend dar, sondern hat sich wohl nur darum auf die 3 §§. beschränkt, weil auf diese die Vorinstanz Bezug genommen hatte. Daß auf der andern Seite die Anführung der §§. 86 und 93 in der erwähnten Stelle der in Gegenwärtigem versuchten Beweisführung nicht entgegengehalten werden könne, weil sie oben an diese §§. angeknüpft hatte, bedarf sicher keiner besondern Begründung.

Wie im R.G.R.G. der Einfluß der Zulassung einer Partei zum Armentrechte nicht weiter erörtert ist, so schweigt auch, wohl aus denselben Gründen, die schon erwähnte Instruktion vom 21. Sept. 1879 hierüber, während die in §. 40 eod. in Aussicht gestellte Entschließung bis zur Stunde noch nicht erschienen ist. Wenn übrigens in §. 23 in fine mit Bezug auf §. 90 cit. von einem zweiten mithaftenden Schuldner gesprochen wird, so dient auch diese Ausdruckweise zur Bekräftigung der Annahme, daß §. 90 eben nur die Fälle im Auge habe, in welchen neben dem Vorschußpflichtigen auch noch eine wirklich zahlungspflichtige Partei gegeben ist.

Dies ist nun allerdings nicht die Auffassung, welcher das Reichsgericht in seinem — in der offiziellen Sammlung nicht abgedruckten Beschlusse vom 9. Dez. 1881, (Seuffert Arch. n. F. Bd. VII Nr. 148), freilich ohne eingehendere Motivirung, Ausdruck gegeben hat; er beruft sich nur auf §. 90 R.G.R.G., der oben schon beleuchtet wurde, und vermag daher nicht von seiner Richtigkeit zu überzeugen.

Daß obige Auffassung des §. 90 R.G.R.G. richtig sei, läßt auch §. 87 Abs. 2 eod. ersehen, indem hier die Nichtzurückzahlung auf Grund des §. 86 bereits eingezahlter Beträge für den Fall eines abändernden Urtheils höherer Instanz an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Gebührenansatz selbst bestehen bleibe, d. h. die Gebühr vor wie nach bezahlt werden muß und nur der Zahlungspflichtige wechselt. Diese Voraussetzung ist aber zweifellos dann nicht gegeben, wenn überhaupt kein Anlaß besteht und bestanden hat, für Verhandlung oder Entscheidung eine Gebühr anzusetzen, weil, was hier zuträfe, in dem Momente, wo solche als fällig hätte gebucht werden können, R.G.R.G. §. 93, bereits feststand, daß sie wegen Zulassung des Pflichtigen zum Armenrechte nicht erhoben werden könne und dürfe. Daß in §. 87 Abs. 2 die Zahlung einer Gebühr Seltens des nach §. 86 eod. hiezu verpflichtet Gewesenen, in §. 90 aber Einzahlungen eines zur Vorzuschußleistung Verpflichteten in Frage stehen, vermag bezüglich der vorbesprochenen, beschränkenden Bestimmung keinen Unterschied zu machen, das Prinzip erscheint dasselbe.

Der gleiche Gedanke ist zum Ausdruck gebracht in den Motiven zu §. 90 Entw. (S. 611 Sp. 1 Abs. 2), woselbst die dort statuirte Gebührenfreiheit als Grund zu einer Ausnahme von der Regel bezeichnet ist, daß die Kasse gezahlte Gebühren nicht zurückzahlt, wenn sie solche überhaupt von dem einen oder dem andern Theile zu fordern hat.

Es wurde wohl auch schon geltend gemacht, daß eine Rückerstattung des eingezahlten Gebührendorschusses überhaupt gegen das System des R.G.R.G. verstoße. Dies ist aber nicht richtig.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Fortsetzung zu Nr. 1 und weiteres Urtheil vom Oktober.

### I. Civilrechtliche Entscheidungen.

**Obligationenrecht.** Die Cession eines Lebensversicherungsanspruches erfordert nach A. Pr. ObR. schriftliche Form und wird solche durch die Anzeige der Cession an die Versicherungsgesellschaft nicht ersetzt.

Es hatte M., wohnhaft in der unter der Herrschaft des allgem. Preuß. Landr. stehenden Stadt F., bei der Magdeburger Lebensversicherungsgesellschaft sein Leben auf 1000 Gulden, nach seinem Ableben zahlbar an seine Ehefrau, versichert, bald darauf die Police bei der genannten Gesellschaft gegen einen darauf empfangenen Vorschuß von 110 Mark hinterlegt und einen Deponatschein erhalten und schließlich seine Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage dem G. an Zahlungstatt übertragen, und gleichzeitig hatten M. und G. mittelst schriftlicher Erklärung die Versicherungsgesellschaft dahin verständigt, daß M. dem G. die Police käuflich übertragen habe, und deren Uebertragung auf G. beantragt, worauf von der Gesellschaft sowohl auf der Police als auf dem Deponatscheine Vormerkung dahin gemacht wurde, daß die Police von dem Versicherten dem G. unter dessen schriftlicher Anerkennung mit allen Rechten käuflich übertragen worden sei.

Nach Ableben des M. wurde die Rechtsgiltigkeit dieser Abtretung bestritten, und das einschlägige Berufungsgericht erkannte auch an, daß G. einen Anspruch aus der gedachten Lebensversicherung nicht habe, weil derselbe auf ein Cessionsgeschäft gegründet werden wolle, zu dessen Rechtsgiltigkeit nach Tgl. I Tit. 11 §. 394 des allgem. Preuß. Landr., weil

über die abgetretene Forderung eine briefliche Urkunde, nämlich die Police, vorhanden, ohne Rücksicht auf die abgetretene Summe schriftliche Beurkundung erforderlich gewesen sei, diese jedoch mangle.

Eine deshalb eingelegte Revision wurde zurückgewiesen, und in den Entscheidungsgründen des oberstrichterlichen Urtheils, worin zunächst dargelegt ist, daß eine Cession einer Forderung wirklich vorliege, heißt es:

Es macht nun §. weiter geltend, daß auch bei Annahme einer Cession der Mangel der schriftlichen Form um deswillen der Klage nicht hindernd im Wege stehen könne, weil nach Thl. I Tit. 5 §. 146 des allg. Preuß. Landr. dieser Mangel nicht vorgeschützt werden könne, wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen sogleich von beiden Theilen erfüllt werde, und diese Voraussetzung liege hier vor, nachdem §. bei Abschluß des Vertrages die versprochene Summe gegeben und M. die zugesicherte Handlung ausgeführt habe. Allein, wie schon dargelegt, Gegenstand des Vertrages war auf Seite des M. nicht eine Handlung, sondern Uebertragung von Rechten, also eine Cession, und dieser Cessionsvertrag ist von M. nur unvollständig erfüllt, weil er auf Grund des mündlichen Kaufes seine Forderungsrechte aus dem Versicherungsvertrage und gegen Berichtigung der Baluta zwar das Schuldinstrument, die Police bezw. den Deponatschein, übergab, jedoch ohne schriftliche Cession.

Das Preuß. Landr. hat nämlich den Begriff der Cession dahin festgestellt, daß das Eigenthum eines Rechtes einem Andern überlassen werde — §. 376 Tit. 11 a. a. O. — Eigenthümer aber wird der Andere durch Uebertragung des Rechtes an ihn, und die Handlung, womit diese Uebertragung geschieht, wird Cession genannt. Die Cession in diesem eigentlichen Sinne ist also kein Vertrag, sondern eine zum

Zwecke der Erfüllung eines Vertrages vorzunehmende Handlung. Das Preuß. Landr. hält Beides genau auseinander, indem es in §. 376 a. a. O. sagt: Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch sich Jemand verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechtes gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen. Nun geschieht zwar nach §. 393 a. a. O. die Uebertragung durch bloße Willenserklärung, weshalb in der Regel mit dem Cessionvertrage auch die Handlung der Uebertragung zusammenfällt; nichts desto weniger bleiben aber beide in ihrem rechtlichen Charakter verschiedene Manifestationen, und dieser Unterschied wird nun praktisch und von Einfluß für den Ausnahmefall des §. 394 a. a. O., einer Norm, welche bindend ist, nicht bloß für die causa praecedens, den Cessionvertrage, sondern für die Cession selbst, die Handlung der Uebertragung.

Hierüber läßt der §. 395 a. a. O. keinen Zweifel, da er bestimmt, daß der Schuldner nur einem solchen Cessionar mit Sicherheit zahlen könne, welcher sich durch den Besitz des Instrumentes und durch eine schriftliche auf ihn gerichtete Cession zugleich legitimire. So lange demnach die schriftliche Cession fehlt, ist der Cessionar nicht im Stande, sich des Rechtes, welches ihm abgetreten werden soll, zu bedienen, und hat keine Verfügung darüber, und daraus ergibt sich, daß die Schriftlichkeit der Uebertragung erst deren Existenz bedingt, daß sonach gerade diese Form zur Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten gehört, welche der Cedent durch die mündliche Abtretung einer auf brieflicher Urkunde beruhenden Forderung übernommen hat, und daß die bloße Aushändigung der cedirten Urkunde die Erfüllung keineswegs erschöpft. Entsch. d. geh. Obertrib. Bd. 14 S. 237 u. f. Koch, Preuß. Landr. 5. Aufl. Thl. I

Bd. 1 S. 205 Note 26. Förster, Preuß. Priv.-R. 3. Aufl. Bd. 1 S. 459 Note 84.

Nachdem aber §. 146 Tit. 5 Thl. I. des Preuß. Landr. vollständige Erfüllung des Vertrages von beiden Theilen verlangt, diese Voraussetzung aber, wie gezeigt, hier nicht vorliegt, so kann sich auch §. auf diese Bestimmung nicht mit Erfolg berufen. —

Aber auch auf §. 185 a. a. O. kann §. sich nicht berufen, nach welchem §. derjenige, welcher sich schriftlich oder zu Protokoll zu einem mündlich abgeschlossenen Vertrage bekannt hat, sowelt als die Verabredungen aus diesem Anerkenntniß erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorzuschützen kann.

Eine solche schriftliche Anerkennung des zwischen §. und W. mündlich abgeschlossenen Vertrages soll nun in der hievon der Versicherungsgesellschaft gemachten schriftlichen Anzeige liegen, wobei immer wieder an der irrigen Ansicht festgehalten wird, durch das mündliche Uebereinkommen des §. mit W. sei nicht eine Cession, sondern nur eine Abänderung des zwischen Letzterem und der Versicherungsgesellschaft fortbestehenden Vertrages herbeigeführt worden. Jene Anzeige enthält aber bloß eine Mittheilung der erfolgten Cession an die Versicherungsgesellschaft, gemacht in Beachtung der in §. 12 des Gesellschafts-Geschäftsplanes niedergelegten Vorschrift, aus ihrem Inhalt, wie festgestellt ist, erhellen jedoch die Verabredungen der mündlich vereinbarten Cession nicht, und somit liegt ein schriftliches Anerkenntniß des mündlich abgeschlossenen Vertrages, wie solches der §. 185 a. a. O. erfordert, sowohl wegen des eben hervorgehobenen Mangels als auch wegen des weiteren Umstandes nicht vor, daß die Anzeige keineswegs in der Absicht, die verbindende Kraft des mündlichen Vertrages einzuräumen, erfolgte. Urtheil v. 6. Okt. Reg. I 54, 1884.

**Familienrecht.** Der Scheidungsklage wegen Ehebruchs kann ein vom Kläger früher begangener, aber verziehener Ehebruch nicht mehr entgegengesetzt werden.

Es fragte sich, ob der auf Ehebruch gegründeten Scheidungsklage des Ehemannes von der Ehefrau mit einem von jenem früher begangenen, aber verziehenen Ehebruche wirksam begegnet werden könne. Das Oberste Odgr. hat sich darüber also ausgesprochen:

Nach dem Bayer. Landr. Thl. I c. 6 §. 42 Nr. 2 kann allerdings die Trennung der Ehe wegen verübten Ehebruchs dann nicht begehrt werden, wenn der Eheheil, welcher die Scheidung begehrt, selbst dergleichen Verbrechen begangen hat. Hierbei ist jedoch selbstverständlich vorausgesetzt, daß dieses vom Kläger begangene Verbrechen nicht bereits gestilgt sei, indem unter dieser Voraussetzung der Grund, die Ehescheidungsklage auszuschließen, hinweggefallen ist. Wollte man nämlich annehmen, daß einem Eheheile wegen eines von ihm begangenen Ehebruchs selbst dann, wenn dieser Ehebruch einem Ehebruche des andern Ehegatten gegenüber zur Compensation gebient hat, oder ihm von diesem verziehen ist, die Berechtigung entzogen sei, gegen seinen Ehegatten wegen eines von ihm später begangenen Ehebruchs auf Trennung der Ehe zu klagen, so würde dieses dazu führen, daß weder der Erstere bei der Aussichtslosigkeit, eine Berechtigung zur Klage auf Ehescheidung gegen den andern Eheheil wegen eines diesem zur Last fallenden Ehebruchs zu erlangen, noch der letztere bei der Gewißheit, wegen Ehebruchs eine Trennung der Ehe nicht besorgen zu müssen, zur Führung eines sittlichen Lebenswandels angespornt würde, vielmehr beide hierin einen Anlaß finden mögen, ehebrecherische Verhältnisse einzugehen oder fortzusetzen; solche Folgen aber kann der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben.

Es ergibt sich auch aus fr. 13 §. 9 D. 48. 5, daß der Gesetzgeber die Verzeihung eines Ehebruchs dahin auffasse, es solle hiedurch das im Ehebruche gelegene Delikt aufgehoben sein, und hievon hat das Bayer. Landr. nicht abweichen wollen. Schon der Umstand, daß nach Bayer. Landr. Thl. I c. 6 §. 43 Nr. 4 durch die Wiederaußöhnung aus irgend einem Grunde geschiedener Ehegatten für die Zukunft der frühere Stand vor der Scheidung hergestellt werden soll, läßt darauf schließen, daß es durch die Wiederaußöhnung auch den Grund der Scheidung beseitigt wissen wolle, und es ist dieses hinsichtlich der Außöhnung wegen Ehebruchs in Ann. 4 j. a. D. so wie in der hierin in Bezug genommenen Stelle aus Schmid's Commentare zum Landrechte v. 1616 ausdrücklich anerkannt. In fr. 13 §. 9 D. 48. 5, so wie in den oben genannten Stellen der Ann. zum Bayer. Landr. und des Schmid'schen Comment. j. Landr. von 1616 ist allerdings nur der Fall besprochen, wenn der Außöhnung wegen Ehebruchs eine Scheidung vorausgegangen ist; allein ein innerer Grund besteht nicht, diesen Fall in Bezug auf die Aufhebung des Delikts durch die Wiederaußöhnung anders zu beurtheilen, als den Fall, da wegen Ehebruchs eine Außöhnung stattgefunden hat, ohne daß dieser zur Ehescheidung geführt hatte. Urtheil vom 10. Okt. Reg. I, 96, 1884.

Ueber Wirkung obervormundschaftlicher Beschlüsse in einem späteren Rechtsstreit. Unstatthaftigkeit der vertragmäßigen Uebertragung der väterlichen mit Pflichten verbundenen Recht.

Wenn auch obervormundschaftliche Beschlüsse im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insofern der gesetzliche Instanzenzug erschöpft ist, nicht mehr angegriffen werden können, so ist das Prozeßgericht doch befugt, über die rechtliche Wirkung dieser Beschlüsse,

durch welche Privatrechte eines Betheiligten verletzt werden können, im Fall eines Rechtsstreites zu entscheiden. Seufferts Arch. Bd. 37 Nr. 126. Seufferts Com. z. b. G. D. I. Aufl. Bd. 4 S. 65, 66, Smlg. Bd. 1 S. 480.

2. Es war zu einem Ehevertrage nachträglich bestimmt worden, nach Ableben der Braut bezw. Frau solle, wenn auch der Mann noch am Leben sein sollte, das Recht der Erziehung sowie der Verwaltung des Vermögens der Kinder deren mütterlichen Großeltern, und wenn diese vor Erreichung der Großjährigkeit der Kinder gestorben sein sollten, dem für diese Seitens der obervormundschaftlichen Behörde aus der Zahl der mütterlichen Verwandten der Kinder aufzustellenden Vormunde zustehen.

Von dem einschlägigen Oberlandesgerichte wurde diese Vertragsbestimmung als rechtswidrig erachtet, weil das elterliche Erziehungsrecht nicht nur die Befugniß, die Erziehung der Kinder zu leiten, umfasse, sondern auch die Verbindlichkeit sich der Kindererziehung zu unterziehen — Roth Deutsch. Priv. R. S. 159 — jene Befugniß also vielmehr eine Pflicht als ein Recht der Eltern sei, und zwar eine Pflicht, welche die sittliche Natur des Verhältnisses der Eltern zu den Kindern auflege — Bayer. Vdr. Thl. I c. 4 §. 3 u. Anm. — und weil die Erfüllung solcher natürlicher Pflichten sich nicht durch willkürlichen Vertrag auf Andere übertragen lasse, und Verträge solcher Art gegen Gesetz und Ordnung liefen, mithin moraliter impossibel seien. Smlg. Bd. 6 S. 35 u. f., Seufferts Arch. Bd. 31 Nr. 23. Bd. 38 Nr. 36, Bayer. Vdr. Thl IV c. 1 §. 16 und Anm. 4.

Vom Oberst. LG. wurde erkannt, daß Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, daß der fragliche Ehevertragsnachtrag als gegen Gesetz und Ordnung laufend nicht rechtswirksam sei, da das Erziehungsrecht des Vaters eine sittliche Pflicht in sich schliesse, über deren Ausübung in rechtlich bindender

Weise im Voraus sich nicht vertragen werden könne. Hieran ändere nichts, wenn der Vertrag vom Vater mit eventuell zur Erziehung der Kinder berechtigten Personen abgeschlossen worden sei, indem eben diese so lange der Vater lebe, und nicht kuratelmässig sei, zur Erziehung der Kinder so wenig wie andere Personen berechtigt seien. Selbst wenn der Vater sich für nicht befähigt oder würdig gehalten hätte, seine Kinder zu erziehen, dürfte er nicht durch Vertrag die Erziehung seiner Kinder auf Andere übertragen, weil er hierüber zu entscheiden nicht befugt sei. Urth. v. 28. Okt. Reg. I 115. 1884.

## II. Zur Subhastat. O. §. 117.

Ein Oberlandesgericht war der Ansicht, daß nach Art. 117 der bay. Subhastationsordnung jeder Gläubiger berechtigt sei, auch gegen die Feststellung desjenigen im Massevertheilungsplan, was der Ansteigerer an Kaufgeld und Zinsen zu leisten habe, Widerspruch zu erheben, und daß sodann der Gläubiger binnen einer Frist von einem Monate gegen den Ansteigerer Klage erheben müsse, um den Abschluß und die Ausführung des Planes, wie er vom Vollstreckungsgericht entworfen worden sei, zu verhindern. Das Oberste Landesgericht hat diese Ansicht gebilligt aus folgenden Gründen:

Unbestreitbar ist die fragliche Feststellung ein wesentlicher Bestandtheil des Vertheilungsplanes, da sich hienach die Größe der Masse richtet, also auch nur bemessen werden kann, wie weit die Gläubiger befriedigt werden können. Wenn aber dieses der Fall ist, so kann auch jeder Gläubiger, welcher hierdurch benachtheiligt wird, Widerspruch gegen die mehrerwähnte Feststellung erheben, nachdem im Gesetze bezüglich des Widerspruchs gegen den Plan keine Ausnahme hinsichtlich eines Bestandtheiles desselben gemacht ist. Außerdem hätte auch im Art. 122

nicht bestimmt werden können, daß nach Abschluß und Ausführung des Planes die Bereinigung des Hypothekenbuchs und des Grundbuchs ohne Weiteres zu veranlassen, folglich der Besitztitel in den öffentlichen Büchern auf den Ansteigerer zu berichtigen ist. Hieraus erhellt, daß der Gesetzgeber annimmt, daß der Ansteigerer nicht mehr schulde, als im abgeschlossenen Plane angegeben ist, was er nicht thun kann, ohne den Gläubigern ein Mittel an die Hand gegeben zu haben, die Berichtigung einer unrichtigen Feststellung desjenigen im Plane, was der Ansteigerer an Kaufgeld und Zinsen zu leisten hat, zu erwirken, bevor der Plan abgeschlossen und ausgeführt wird, welches eben die Klage gegen den Ansteigerer ist.

Ferner ist der Art. 117 der bayer. Subhastations-Ordnung den §§. 762 und 764 der C.P.O., welche von dem Widerspruche gegen den Vertheilungsplan bei Mobilien-Exekutionen handeln, nachgebildet. Während es in dem allegirten §. 762 heißt, daß, wenn ein Widerspruch erfolgt, jeder bei demselben betheiligter Gläubiger sich zu erklären, und im §. 764, daß der widersprechende Gläubiger binnen einem Monate dem Gerichte nachzuweisen habe, daß von ihm gegen den betheiligten Gläubiger Klage erhoben worden sei, ist dieses im Art. 117 der bayer. Subhastations-Ordnung dahin abgeändert, daß, wenn ein Widerspruch erfolgt, sich jeder bei dem Widerspruche Betheiligte erklären und daß der widersprechende Betheiligte binnen einem Monat dem Vollstreckungsgerichte nachweisen müsse, daß er gegen die bei dem Widerspruche Betheiligten Klage erhoben habe. Es kann nicht angenommen werden, daß diese Abänderung unabsichtlich erfolgt sei, nachdem sie sich auf andere Weise erklären läßt, nämlich dadurch, daß sie mit Rücksicht auf die Bestimmung im ersten Absätze des Art. 117, daß im Vertheilungstermine zuvörderst festgestellt werden soll, was der

Ansteigerer an Kaufgeld und Zinsen zu selbsten habe, welche Bestimmung bei Mobilienexekutionen zwecklos gewesen wäre, geschehen ist, indem eben auch gegen die desfallsige Feststellung im Theilungsplane Widerspruch zugelassen wurde.

Die fragliche Ansicht des Berufungsgerichts widerspricht folglich weder dem System des Gesetzes noch der Natur der Sache. Urth. vom 15. Okt. Reg. I. 1041 884.

### Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).

(Fortsetzung.)

#### VI. Polizeistrafgesetzbuch.

Art. 18 und 105. Der mittelst Strafbefehls wegen eigenmächtiger Bauführung rechtskräftig Verurtheilte kann nicht einem nachträglichen Verfahren zur Erwirkung einer gerichtlichen Entscheidung auf Ermächtigung der Polizeibehörde zur Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes unterworfen werden.

Bildet eigenmächtige Bauführung als Ganzes einen ordnungswidrigen Zustand, u. wird zu dessen Beseitigung die Polizeibehörde ermächtigt, so liegt die allenfallsige Beschränkung des Vollzuges auf einzelne Bestandtheile des Baues im Ermessen der Polizeibehörde.

Die Beschwerde des Staatsanwalts, daß durch die Verwerfung der amtsanwaltschaftlichen Berufung gegen das schöffengerichtliche Urtheil vom 8. Mai vor. Jahres die Art. 105 und 18 des Pol. St. Ges. B. verletzt worden seien, weil nicht nachträglich dem

Georg A. gegenüber die Polizeibehörde zur Beseitigung der von demselben ohne polizeiliche Genehmigung errichteten Halle ermächtigt wurde, ist unbegründet. Denn diese Ermächtigung konnte nachdem A. wegen Errichtung der Halle nach §. 367 Nr. 15 des Str.Ges.Bs. durch Strafbefehl vom 12. Januar vor. Jahres rechtskräftig verurtheilt worden war, nicht mehr in einem gesonderten Verfahren auf Grund des Art. 105 Abs. 1 des Pol.Str.Ges.Bs. ausgesprochen werden, weil nach der letzteren Bestimmung, wenn, wie hier der Fall war, die Verfolgung oder Verurtheilung einer bestimmten Person ausführbar ist, der Ausspruch, durch welchen die Polizeibehörde zur Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes für berechtigt erklärt wird, mit dem Strafurtheil als Nebenstrafe verbunden werden muß. Dabei macht es keinen Unterschied, daß die Aufnahme einer derartigen Ermächtigung in den Strafbefehl, durch den gegen Georg A. wegen Uebertretung nach §. 367 Nr. 15 des Str.Ges.Bs. auf Verurtheilung erkannt wurde, gemäß §. 447 der St.R.D. nicht zulässig war. Dies konnte den Amtsanwalt nur veranlassen, die Verurtheilung des A. in einem Verfahren herbeizuführen, welches die gleichzeitige Anwendung des Art. 105 Abs. 1 des P.St.Ges.Bs. ermöglichte, ihm aber nicht die Befugniß geben, entgegen der ebenbezeichneten Vorschrift das Schöffengericht um einen selbstständigen Ausspruch auf Grund des Art. 18 des Pol.Str.Ges.Bs. anzugehen, welcher nur dann Anwendung findet, wenn die Verfolgung oder Verurtheilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, und der es in das Ermessen des Richters stellt, ob eine Ermächtigung der Polizeibehörde zur Erlassung der in Art. 105 Abs. 1 vorgesehenen Verfügungen einzutreten hat oder nicht, während im gegebenen Falle Georg A. wegen der treffenden Uebertretung verurtheilt wurde, und in

Folge dessen die fragliche Ermächtigung der Polizeibehörde nach Art. 105 Abs. 1 gesetzlich geboten war.

Die Beschwerde des G.St., es sei nach §. 6 Abs. 2 lit a der allgemeinen Bauordnung v. 19. Sept. 1881 die errichtete Halle nur insoweit ordnungswidrig, als sie einen 20 qm. übersteigenden Raum einnehme, und habe daher die Polizeibehörde nur zur Beseitigung des Theiles der Halle, welcher die 20 qm. Grundfläche überschreite, berechtigt erklärt werden dürfen, sie sei aber zur Entfernung der ganzen Halle ermächtigt worden, was eine Verletzung des Art. 105 Abs. 1 des Pol.Str.Ges.Bs begründe, geht fehl, denn die ohne polizeiliche Genehmigung erbaute Halle bildet, nachdem sie eine Grundfläche von mehr als 20 qm. hat, gemäß §. 6 Abs. 1 und 2a der Bauordnung so, wie sie errichtet wurde, also nicht bloß in einem bestimmten Theil, sondern als Ganzes, einen ordnungswidrigen Zustand im Sinne des Art. 105 Abs. 1 des Pol.Str.Ges.Bs und mußte schon die Polizeibehörde, wie solches geschehen ist, vom Strafgericht für berechtigt erklärt werden, die Beseitigung dieses ordnungswidrigen Zustandes anzubehalten und zu diesem Zwecke die Sicherstellung, Abänderung, den gänzlichen oder theilweisen Abbruch des Bauwerks zu verfügen. In welcher Weise von der Ermächtigung Gebrauch zu machen ist, hat die Verwaltungsbehörde zu bemessen, dem Gericht steht nur zu, den in Art. 105 Abs. 1 vorgeschriebenen Ausspruch zu erlassen. Urtheil vom 25. Jan. 1884.

(Fortsetzung folgt.)

Dr. J. A. Feuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armentrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts. Urtheile vom November 1884. — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.)

Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armentrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde?

(Fortsetzung.)

In §. 94 Ziff. 2 spricht das Gesetz selbst ausdrücklich von einer Zurückzahlung des nicht verbrauchten Vorschusses. S. auch Motive S. 610 Nr. 2 zu §. 86; S. 609 Abs. 6 zu §. 74.

In Prozessen, welche ihr Ende finden, ehe es überhaupt zu einer Verhandlung kam, beträgt nach Inhalt des bereits erwähnten §. 46 ROKG. die Gebühr nur 2 Zehntel der Ansätze des §. 8, als Vorschuss aber war die volle Gebühr einzuhoben. Auf welchen Titel hin sollte die Staatskasse berechtigt sein, die weitem 8 Zehntel zu behalten? Gleiches wäre der Fall, wenn die Sache durch Vergleich erledigt worden wäre, §. 21, 23 ROKG., Art. 1 Ziff. 2 des Reichsgesetzes vom 29. Juni 1881; ebenso, wenn in einer Streitsache, in welcher der Kläger nach §. 85 Abs. 1 die dreifache Gebühr vorschussweise zu erlegen hatte, auf die Verhandlung so:

Neue Folge Band XXXII.

fort Endurtheil erlassen werden konnte, sohin nur die Verhandlungs- und Entscheidungsgebühr in Ansatz kamen, also die zweifache Gebühr, bezüglich des mehr erhobenen Dreifachen.

In §. 98 Abs. 4 R.G.B. wird für die dort behandelten Fälle die Zurückbezahlung erhobener Gebühren zur Pflicht gemacht. Aus den Motiven zu dieser Stelle (§. 611 Abs. 2) ergibt sich indeß klar, daß hier nicht zur Zahlung verfallene Gebühren allein gemeint seien, sondern auch solche, welche nur vor- schußweise erlegt worden waren. Sie lassen zugleich den oben angenommenen Zusammenhang zwischen §. 90 und §. 87 Abs. 2 als durchaus berechtigt erkennen. §. 98 R.G.B. verdankt seine Ausnahme in das Gesetz dem Bestreben, die thatsächlich bestandene Befreiung des Reichs von Gebühren gesetzlich zu sanktioniren, wobei die Bestimmung in Abs. 4 kein erst durch positive Vorschrift zu schaffen gewesenes besonderes Privilegium statuirt, vielmehr nur eine ganz natürliche Consequenz aus der bewilligten Gebührenfreiheit, ein Prinzip zum Ausdruck bringt, dessen analoge Anwendung auf gleichartige Fälle, als welche sich die Zulassung zum Armenrechte darstellt, keinem Bedenken unterliegt.

Vgl. das D. G.R.G. von Rechnungsrath G. W., wo zu §. 98 die Rückzahlspflicht der Staatskasse auch von Vorschüssen ebenfalls ganz allgemein für alle Fälle der Gebührenfreiheit anerkannt ist.

Der Satz der Motive „Werden die Kosten einer von der Gebührenzahlung befreiten Partei zur Last gelegt, so darf der Gegenpartei, welche vorschußweise oder auf Grund einer später geänderten Entscheidung Gebühren gezahlt hat, wegen Erstattung derselben nicht an die befreite Partei gewiesen werden, weil dieser so die Gebührenfreiheit mittelbar entzogen würde; anderseits darf auch die Befreiung der einen Partei keine Benachtheiligung der andern herbeifüh-

ren“ und die daselbst hier angeknüpften Folgerungen passen Wort für Wort wie auf den Prozeßgegner des von den Gebühren befreiten Reiches und Landesfürstcuß, so auch auf die im Prozesse zur Kostentragung verurtheilte zum Armenrechte gelassene Partei und deren Prozeßgegner.

Allerdings besteht bei der armen Partei in dem in §. 116 R. G. B. vorgesehenen Falle noch die Möglichkeit einer nachträglichen Verpflichtung zur Kostenzahlung. Dieser Möglichkeit kann jedoch hier keine Bedeutung zugestanden werden. §. 116 selbst hat nur dann einen Sinn, wenn davon ausgegangen wird, die Staatskasse habe für die betreffenden Gebühren keine Bezahlung erhalten; sie hätte sie aber erhalten, wenn sie den vom Gegentheil einbezahlten Kostenvorschuß als Gebührenzahlung innebehalten dürfte.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom November 1884.

Die Urth. v. 22. Nov. R. I. 140. 1884 und v. 21. Nov. R. I. 155. 1884 werden nachgetragen.

### I. Civilrechtliche Entscheidungen.

**Obligationenrecht.** Selbstständigkeit der Frage wegen civilrechtlicher Haftung gegenüber der Verurtheilung als Mitbetheiligter bei einer Schlägerei. Die Aussicht auf Vorrückung in einen höheren Gehalt steht einem vorhersehbaren künftigen Erwerb nicht gleich.

1) Nach heutigem Rechte besteht eine Verschiedenheit zwischen strafrechtlicher und civilrechtlicher Haftung, insbesondere in Betreff der Betheiligung

an einem Kaufhandel oder einer Schlägerei, in welcher Hinsicht namentlich der §. 227 des RStGB. hervortragt. — Oppenhoff, Erläut. zum RStGB. 4. Aufl. S. 391 Note 14; Schütze, Lehrb. d. Strafr. §. 84 S. 397, 398. —

Die bezüglichlichen strafrechtlichen Bestimmungen haben nur für den Gesichtspunkt der Strafe Geltung; in das Gebiet des Civilrechtes wurde durch dieselben nicht eingegriffen, und kommen daher bei Entschädigungsforderungen, welche sich auf eine bei einem Kaufhandel zugefügte Verwundung und die hieraus entstandenen Nachtheile stützen, die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze über Verschuldung und Schadensersatz zur Anwendung. Reichsger. Entsch. in Sachen d. Civ.-R. Bd. 1 Nr. 39, Bd. 5 Nr. 41.

Hienach wird im Falle gemeinschaftlicher Beschädigungen eine Miturheberschaft der gegebenen Falleß fraglichen Beschädigung, jedenfalls eine Mitwirkung hiezu auf Seite Desjenigen vorausgesetzt, welcher für die Folgen haftbar gemacht werden soll; nirgends wird die Haftung Demjenigen auferlegt, welcher sich zwar an dem beschädigenden Vorfalle überhaupt theilnimmt, zur kritischen Verwundung aber nicht mitgewirkt hat, weil eben der absolut nöthige Causal-Zusammenhang zwischen seinem Handeln und dem schädlichen Erfolge mangelt. Seufferts Arch. Bd. 13 Nr. 144, Bd. 27 Nr. 28.

Wenn daher Mehrere für eine auf eine Verwundung gestützte Entschädigung als solidarisch haftbar erklärt werden sollen, so muß sich feststellen lassen, daß Jeder derselben zu jener Verwundung mitgewirkt habe.

2) Im vorgelegenen Falle war einem Post-Condukteur durch Messerstiche ein Arm gelähmt worden, was dessen Pensionirung zur Folge hatte, und fragte es sich, ob bei Bemessung der Entschä-

bigung bezw. der ihm zugesprochenen jährlichen Rente außer seinem Einkommen als Postkondukteur 2. Klasse zur Zeit seiner Verwundung nicht auch sein künftiges Avancement zum Oberkondukteur und sein Vorrücken in höhere Besoldungsklassen, worauf ihm als nicht pragmatisch angestellten Beamten der bayerischen Verkehrsanstalten, wie behauptet worden war, von Rechtswegen ein Anspruch zugestanden sei, mit hätte in Betracht gezogen werden sollen? Das Oberste Vdg. sprach sich hierüber also aus:

Es besteht kein Zweifel, daß bei allen pragmatisch angestellten Beamten das Vorrücken in den Gehalt einer höheren Altersklasse durch die Würdigkeit des Bethelligten bedingt und von der königlichen Genehmigung abhängig ist, und erst nach dieser von einer Erwerbung des Rechtes auf solche Gehaltserhöhung und damit von einem civilrechtlich klagenbaren Ansprüche gesprochen werden könne. §. 3 der Vd. v. 23. Mai 1872 die Gehalte der Staatsdiener betr. Smlg. Vd. 9 S. 29 u. f. —

Daß hinsichtlich der nicht pragmatisch angestellten Beamten oder Bediensteten der bayerischen Verkehrsanstalten keine Ausnahme bestehen könne, dafür spricht schon die Natur der Sache, erheilt aber zur vollsten Gewißheit aus dem Erlasse der k. General-Direktion der Verkehrsanstalten v. 3. Sept. 1876, die Bezüge des nicht pragmatisch angestellten Personals der Verkehrsanstalten betr. — Verord.: u. Anz.-Blatt für d. k. b. Verf.-Anst. 1876 Nr. 98 —, wonach der König den Besoldungsstatus der nicht pragmatisch angestellten Beamten und Bediensteten genehmigt hat, was mit dem Beifügen bekannt gegeben wurde, daß im einzelnen Falle das Vorrücken des Beamten ohne pragmatische Rechte oder eines Bediensteten von dessen Wohlverhalten und Würdigkeit abhängig sei.

Von Rechtswegen kann also auch kein ohne

pragmatische Rechte angestellter Beamter oder Bediensteter der bayerischen Verkehrsanstalten ein Vorrücken in eine höhere Gehaltsklasse, noch weniger eine Beförderung beanspruchen.

Es vermag daher darin, daß die Vorinstanzen ein Avancement und ein Vorrücken in höhere Gehaltsklassen bei Bemessung der zugebilligten jährlichen Rente außer Berechnung gelassen haben, eine Verletzung der angeblich in fr. 21 §. 2 D. 19. 8, §. 10 J. 4. 3 u. fr. 23 pr. u. §. 4 D. 9. 2 fundirten Befehlsregel, daß jeder vorhersehbarer künftige, durch eine widerrechtliche Handlung herbeigeführte Erwerbseingang ersetzt werden müsse, nicht gefunden werden. Urth. v. 5. Nov. Reg. I. 65. 1884.

Zur Haftung des Notars, hier wegen Nichtvorlage einer Cessionibeurkundung Behufß hypothekensamtlicher Umschreibung der cedirten Forderung. Zusammenhang des defßfalligen Entschädigungsanspruches mit dem die Cession veranlassenden Hauptvertrage.

Am 11. August 1875 hatte M. als mit Genehmigung des k. Staatsministeriums der Justiz bestellter Amtsverweser des k. Notars K. einen Kaufvertrag beurkundet, Inhaltß dessen §. ihr Anwesen um 21100 fl. an N. verkaufte, welcher zur theilweisen Berichtigung des Kaufschillingß von einem ihm zuständigen Hypothekkapitale zu 8900 fl. den Betrag von 3050 fl. der §. gebirte.

Obgleich die Umschreibung dieses gebirten Theilbetrages auf die §. von N. war bewilligt worden, hat M. dennoch unterlassen, die Cession dem einschlägigen Hypothekensamte vorzulegen, er hat aber sogar am 15. Mai 1876 eine weitere Urkunde aufgenommen, Inhaltß welcher N. das ganze vorhin bezeichnete Hypothekkapital zu 8900 fl. an D. gebirte, und dieses Dokument legte M. dem Hypothekensamte

vor, welches den Eintrag der Zession im Hypothekensbuche bethätigte.

Als nun H. gegen K. auf Schadenersatz geklagt hatte, wies das angegangene Landgericht die Klage ab, weil der H. ein Anspruch gegen K. überhaupt nicht zustehe und somit ein dieser zugesfügter Schaden nicht gegeben sei.

Auf Berufung verurtheilte das Oberlandesgericht den K. zur Zahlung von 2500 Mark, annehmend, der der H. zugesfügte Schaden liege darin, daß eine dieser zedirte Hypothekforderung ihr in Folge der durch Pflichtversäumniß des Notars möglich gewordene Weiterzession entzogen worden sei, und daß es hierbei auf das Rechtsverhältniß der H. zu ihrem Käufer K. überhaupt nicht ankomme.

Dieses Urtheil wurde jedoch auf Revisionsbeschwerde aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Die Entscheidungsgründe lauten:

1) Die Frage, ob culpa vorhanden, muß als Rechtsfrage aufgefaßt, mithin deren Nachprüfung auf dem Wege der Revision als zulässig anerkannt werden; denn die Frage, ob eine culpa vorhanden sei, wird im Wege rechtlicher Conclusion entschieden, da culpa selbst ein Rechtsbegriff ist, und wie für das bayerische Landrecht aus Thl. IV c. 1 § 20 hervorgeht, die Subsumtion der festgestellten Thatfachen unter das Gesetz bezw. unter den Rechtsbegriff eine Rechtsfrage bildet. Seuffert, Comment. 2. Aufl. zu §. 512 der Proz.-D.; Wilmowski, Proz.-D. 2. Aufl. zu §. 511 Note 4.

Die Entscheidung, daß in den festgestellten Thatfachen ein Verschulden des Notar-Berwiesers liege, ist nicht rechtsirrhümlich.

In den beiden Richtungen der Artikel 12, 15 und 45 des Notar.-Ges. hat der nach Art. 46 den

Betheiligten für jeden durch Verletzung oder Nichterfüllung seiner Amtspflichten verursachten Schaden verantwortliche Notar seine deutlich vorgezeichnete Pflicht verlegt; er hat die Cession einer Forderung in dem Bewußtsein beurkundet, daß der Cedent zu deren Vornahme bezüglich eines Theilbetrages nicht befugt war, und hat die vorausgehende Urkunde, die Cession eines Hypothekkapitales enthaltend, dem Hypothekenannte zum Vollzug in Urschrift nicht vorgelegt.

Werden diese Verfehlungen — abgesehen von der allgemeinen Fassung des Art. 46 des Not.:Ges. — nach Maßgabe der Vorschriften über die Syndikatsklage — bayer. GD. von 1753 cap. 16 §. 3 — beurtheilt, und will selbst angenommen werden, daß die Notare als mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraute Beamte nicht für jedes auch nur geringfügige Versehen zu haften hätten, so würde gleichwohl eine Entlastung des Notars im gegebenen Falle nicht die Folge sein; denn er hat ihm durch das Notariatsgesetz besonders auferlegte Handlungen unterlassen, Vorschriften nicht beachtet, welche so bestimmt und klar gegeben sind, und dazu im Geschäftsverkehre so häufig und regelmäßig zur Anwendung kommen, daß er selbst nicht einmal deren Unkenntniß behaupten konnte, welche übrigens bei der Klarheit der fraglichen Vorschriften ihn ebenso wenig vor Rückgriff der Beschädigten zu schützen vermöchte. Seuffert, Comm. z. bayer. GD. c. 16 §. 3; Bl. f. RA. Bd. 32 S. 17.

Der Umstand, daß die Cession mit einem Kaufgeschäfte in Verbindung und der Vollzug dieses letzteren etwa für die Contrahenten noch in Frage stand, durfte den Notar nicht bestimmen, der kategorischen Vorschrift der Art. 12 und 15 des Not.:Ges. nicht nachzukommen; denn nach bayer. Edr. Abl. II c. 3 §. 8 Nr. 1 ist die Cession, sobald die Einigung des

Willens von Seite der Contrahenten über den Transport vorhanden und bei Hypothekforderungen die erforderliche Beurkundung hinzugekommen ist, sofort rechtsbeständig und war somit von diesem Momente an die H. an Stelle des N. als Gläubigerin für den ihr cedirten Theilbetrag getreten mit dem Rechte zu verlangen, daß ihr die auch im Vertrag ausdrücklich zugestandene Umschreibung im Hypothekenbuche und die dadurch bedingten Vortheile der Oeffentlichkeit desselben auf dem durch das Notariatsgesetz vorgezeichneten Wege zu Theil würden.

Die vom Revidenten aufgestellte Ansicht, daß erst mit der Denunziation an den debitor cessus die Cession perfekt werde, ist demnach irrig. Das hiesfür angerufene in Smlg. Bd. 7 S. 1032 mitgetheilte oberstrichterliche Urtheil handelt bloß von der rechtlichen Wirkung in Bezug auf den Schuldner.

Die Frage, ob und in welcher Weise der Vertrag in seinen sonstigen Bestimmungen von den Contrahenten erfüllt werden konnte oder wollte, war für die hier gebotene Vorlage der Urkunde an das Hypothekenamt zunächst vollständig gleichgiltig, da dem Notare nur obliegt, den Vertragswillen in gesetzlicher Weise zu beurkunden und nach der Beurkundung jene Schritte zu thun, welche das Gesetz ihm für bestimmte Gattungen von Verträgen, namentlich solche, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen, ausdrücklich vorgeschrieben hat.

(Wegen Eintrags eine Dispositionsbeschränkung auf dem für das Anwesen der H. bestandenen Hypothekenfolium, konnte die Besitztittelberichtigung für N. nicht bewerkstelligt, sondern dieser als Besitzer bloß vorgemerkt werden. Der Kaufvertrag kam auch nicht in Vollzug, es wurde das Anwesen im Zwangswege an einen Dritten verkauft.)

2) Die Revision macht geltend, der Berufungsrichter habe mit Unrecht das Bestehen eines Scha-

denß auf Seite der *H.* angenommen, und insbesondere unter Verletzung verschiedener Stellen des bayer. Landrechts, der bayer. *OD.* von 1753 und der Pandekten jene Vertragsverhältnisse nicht gewürdigt, welche zwischen *H.* und *N.* auf Grund des Kaufvertrages v. 11. August 1875 und die darauf gefolgten Thatsachen sich gebildet hätten.

Es ist richtig, daß nach §. 260 der *RGPD.* nicht bloß der Beweis der Höhe eines entstandenen Schadens dem freien Ermessen des Richters überlassen sei, sondern daß auch die Frage, ob überhaupt aus der schuldhaften Handlung ein Schaden entstanden, in gleicher Weise nach freier richterlicher Beurtheilung entschieden werden solle. Ob zwischen dem Verschulden und dem eingetretenen Nachtheil ein Causalnexus bestehe, soll nach der durch §. 260 a. a. O. statuirten freien Ueberzeugung des Richters beantwortet werden. Die Motive zu §. 250 des Entw. (§. 260 der *Proj.-D.*) — vgl. *Hahn*, *Mat. zur CPrD.* — sagen ausdrücklich, daß nicht bloß die *quaestio quanti* sondern auch die *quaestio an* der freien Würdigung bei Schadensersatzforderungen unterstellt sein solle. — *Seuffert*, *Comm. zur RGPD.* 2. Aufl. zu §. 260 Note 1; *Wilimowski*, *Comm. zu §. 260 Note 1*; *Reichsger. Entsch. Smlg.* Bd. 9 S. 65.

Hienach erscheint an und für sich die Entscheidung des Berufungsgerichtes, weil auf thatsächlichem Gebiete sich bewegend, der Nachprüfung des Revisionsgerichtes entrückt. Allein im gegebenen Falle muß doch an die Prüfung der Beschwerde in dieser Richtung herangetreten werden, weil diese behauptet, daß bei Lösung der Frage, ob durch die Thätigkeit des *M.* für die *H.* ein Schaden entstanden, eine ganze Gruppe von Thatsachen, welche beklagter Seite für die Behauptung, daß kein Schaden entstanden, vorgeführt und auch vom ersten Richter gewürdigt

worden, im angefochtenen Urtheil unberücksichtigt geblieben sei. In solchem Falle kann nach §. 516 Abs. 2 Nr. 3 der RGEOrd. mit Erfolg die Revision Abhilfe beantragen.

Die Vertheidigung war schon in I. Instanz bemüht zu zeigen, daß nach dem Verlaufe des Kaufgeschäftes, welches mit Vertrag v. 11. August 1875 eingeleitet worden, die H. keinerlei Recht auf den einen Theil des Kaufschillinges bildenden Betrag der von M. der H. cedirten Forderung gehabt habe, weil sie selbst aus ihrem Verschulden das Kaufsobjekt dem Käufer nicht habe gewähren können; gerade jener Betrag aber ist es, den H. mit gegenwärtiger Klage fordert.

Wenn nun der Berufungsrichter den Cessionsakt, obwohl derselbe nur einen Bestandtheil des Kaufgeschäftes bildete, vollständig von diesem losgelöst würdigte und auf die durch den Kaufvertrag selbst entstandenen Rechte und Pflichten der Betheiligten keine Rücksicht nahm, so ist von ihm der Begriff des Interesse, zu dessen Leistung hier der Verpflichtete angehalten werden soll, offenbar zu eng erfaßt worden. Durch Leistung des Interesse — vergl. Windscheid, Pand. 5. Aufl. §. 257 — soll der Unterschied ausgeglichen werden, welcher stattfindet zwischen der gegenwärtigen Vermögenslage einer Person und derjenigen Vermögenslage, in welcher sich diese Person befinden würde, wenn, was geschehen ist, nicht geschehen wäre, oder wenn geschehen wäre, was nicht geschehen ist. Hienach ist für die Beurtheilung der Vermögenslage der H., wie sich dieselbe bei Beobachtung der von M. unterlassenen gesetzlichen Vorschriften gestaltet haben würde, eine Würdigung der für die H. aus dem Vertrage mit M. erwachsenen Rechte und Verbindlichkeiten und die Feststellung der für diese maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse — welche der Berufungsrichter

ausdrücklich abgelehnt hat — unbedingt erforderlich, und ohne solche eine den Rechten beider Parteien gleichmäßig Rechnung tragende Lösung der Frage, ob ein Schaden entstanden, nicht möglich.

Insolange durch die angedeuteten Feststellungen nicht dargethan ist, daß der *H.* aus dem Kaufgeschäfte mit *N.* ein rechtlich begründeter Anspruch auf den eingeklagten Betrag zusteht, ist auch für den Revisionsrichter noch nicht die erforderliche tatsächliche Grundlage geboten, um zu ermessen, ob der angefochtene Ausspruch des Berufungsrichters nicht mit vom Revidenten geltend gemachten Rechtsgrundsätzen in Conflict stehe.

Würde das Vertragsverhältniß zwischen *H.* und *N.* sich so gestaltet haben, wie der Erstrichter festgestellt hat — (nämlich, daß *H.* selbst den Vertrag nicht erfüllt, das Anwesen nicht tradirt, die darauf eingetragen gewesene Dispositionsbeschränkung nicht zur Löschung gebracht und die darauf lastenden Schulden nicht berichtigt habe, so daß das Anwesen der Zwangsveräußerung unterstellt und dadurch der *H.* die Vertragserfüllung unmöglich wurde) — dann käme zu erwägen, ob nicht durch die Zuerkennung der einen Theil des Kaufpreises bildenden Klagesumme an die *H.*, welche das Kaufsobjekt wenigstens der rechtlichen Wirkung nach noch inne hätte, sofern das Anwesen zur Deckung ihrer Passiven dem Zwangsverkauf unterlegen ist, ein Zustand geschaffen würde, welcher dem Rechtslage — *fr. 13 §. 20 D. 19. 1* — zuwiderliefe, daß Niemand *rem et pretium* zugleich genießen solle.

Dann wäre auch die Unterlage geboten für die Prüfung der weiteren Frage, ob nicht dem Beflagten zur Abwehr die *exceptio doli* zur Seite stehe auf Grund der Rechtsnorm, daß Derjenige *dolose* handle, welcher einen Anspruch erhebe, den zu behalten er

kein Recht habe — fr. 8 D. 44. 4, fr. 2 §. 5 ibid. fr. 1 §. 1 ibid., fr. 51 D. 50. 17 —.

Dabei kommt weiter in Betracht, daß nach bayerischem Rechte — O. v. 1753 c. 16 §. 3 u. Anm. hiez u. lit. d; Bl. f. R. V. Bd. 34 S. 288 — die Syndikatsklage subsidiärer Natur ist, und daß diese es mit sich bringt, daß das primäre Rechtsverhältniß niemals unberücksichtigt bleiben darf, und daß es somit nicht angeht, dem mit der Syndikatsklage Belangten Vertheidigungsbehelfe zu entziehen, welche er dem Rechtsverhältnisse entnehmen will, aus welchem ursprünglich der gegen ihn erhobene Anspruch sich ableitet.

Demnach und gemäß §. 516 der R. G. Pr. O. mit §. 527 u. 528, dann mit §. 513 Nr. 7 u. §. 284 Nr. 4 a. a. O. war das oberlandesgerichtliche Urtheil aufzuheben und die Sache zu wiederholter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Urth. v. 20. Nov. Reg. I. 142. 1884.

### Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).

(Fortsetzung.)

#### VI. Polizeistrafgesetzbuch.

Art. 29. Für die Gesetzesanwendung ist es gleichgiltig, ob die Festsetzung durch die Gemeindeverwaltung in der gesetzlichen Form, und nach einem den Verhältnissen entsprechenden Maßstabe geschah.

Der zu leistende Dienst bestand in der Wiederherstellung der Fahrbarkeit der Ortstraße durch Entfernung des Rothß und Beschüttung des Straßenkörpers, und die Festsetzung desselben erfolgte nach der Feststellung dadurch, daß der gemäß Art. 123 der Gemeindeordnung mit der Gemeindeverwaltung betraute Gemeindevorstand es bei dem schon seit langer Zeit in M. bestehenden Herkommen beließ,

welchem zufolge jeder Anwesenbesitzer für den Unterhalt der Ortstraße, soweit sie vor seinem Anwesen und dem zu diesem gehörigen Garten vorüberführt, zu sorgen hat. Ob über die Aufrechterhaltung dieser üblich gewordenen Vertheilungsweise vom Gemeindeausschuß ein förmlicher Beschluß gefaßt wurde, und ob Dies speziell in Beziehung auf die Dienstleistung geschah, deren Unterlassung den Gegenstand der vorliegenden Anklage bildet, ist für die Frage, ob die Angeklagte sich nach Artikel 29 des Pol.Str.Ges.B. verfehlt hat, unerheblich, da das Gesetz die Strafbarkeit der Nichtleistung des treffenden Gemeinbedienstes weder von einer bestimmten Form der Festsetzung, noch davon abhängig macht, daß die letztere für den einschlägigen Bedürfnisfall durch einen besonderen Beschluß erfolgte. Ebenso verhält es sich bezüglich der Frage, ob die Weise, wie erwähnten Gemeinbedienste nach der Festsetzung des Gemeindeausschusses geleistet werden sollen, sowie der Maßstab ihrer Vertheilung den Verhältnissen entspricht, und ob der Gemeindeausschuß befugt war, das örtliche Herkommen, das sich hierüber gebildet hatte, durch Billigung desselben für die Art und den Umfang der Leistung als maßgebend zu erklären. Denn der Art. 29 des Pol.Str.Ges.B. fordert in diesem Punkt zum Begriff der Uebertretung nicht mehr, als daß die Dienste von der Gemeindeverwaltung festgesetzt worden sind. Wenn die Angeklagte durch die Art, wie der auf sie treffende Antheil an den Gemeinbediensten zur Unterhaltung der Ortstraßen vom Gemeindeausschuß bestimmt wurde, sich beschwert findet, kann sie nur die vorgesezte Verwaltungsbehörde auf dem im Art. 163 der Gemeindeordnung vorgezeichneten Weg um Abhilfe angehen, selbstverständlich auch in dem Falle, wenn die Förmlichkeit der Beschlußfassung von ihr bestritten wird. Vom Strafgericht kann ihrer Beschwerde nicht ab-

geholfen werden. Der Strafrichter hat sich bloß mit der Frage zu befassen, ob die Voraussetzungen der im Art. 29 Abs. 1 des Pol. St. Ges. B. vorgesehenen Uebertretung gegeben sind, und diese Frage ist bei dem Umstande, daß gar nicht behauptet wurde, die Angeklagte sei an der Leistung des ihr zugeheilten Gemeinbedienstes gehindert gewesen, zu bejahen. Urtheil vom 21. März 1884.

Art. 50 a. Veranlassung zu öffentlichem Aergerniß liegt schon dann vor, wenn das unsittliche Verhältniß einer unbestimmten Anzahl von Personen bekannt wird; besondere Umstände, welche die Aufmerksamkeit auf die bei einem solchen Verhältnisse Betheiligten lenken, werden nicht erfordert.

Daraus, daß die Strafbarkeit des Konkubinats nicht in dem unsittlichen Verhältniß an sich, sondern darin liegt, daß dasselbe zu öffentlichem Aergernisse Veranlassung gibt, nämlich solches zu erregen geeignet ist, folgt wohl, daß der Begriff des Konkubinats durch die letztere Voraussetzung bedingt wird, aber keineswegs, daß ein fortgesetztes häusliches Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung nur dann öffentliches Aergerniß zu erregen geeignet ist, wenn Umstände hinzutreten, wie sie im Urtheile angeführt sind. Ein fortgesetztes häusliches Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung ist schon seiner Natur nach geeignet, bei den Personen, denen es bekannt wird, Aergerniß zu erregen. Nur genügt dieß nicht zum Thatbestand der hier in Frage stehenden Uebertretung. Das Gesetz erfordert, daß das Zusammenleben zu öffentlichem Aergernisse Veranlassung gibt. Diese Voraussetzung liegt aber vor, wenn das Zusammenleben nicht bloß zur Kenntniß einzelner bestimmter Personen gelangt, sondern in die Oeffentlichkeit tretend, gemeinkundig wird, so daß im Gegensatz zu einem individuel begrenzten Personenkreise eine unbestimmte Zahl von Personen an

demselben Aergerniß nehmen kann. In diesem Falle wird durch das unsittliche Verhältniß zu öffentlichem Aergernisse Veranlassung gegeben. Es ergibt sich dies auch aus der Berathung des Gesetzes vom 20. März 1882, bei welcher hervorgehoben wurde, daß durch die Fassung „zu öffentlichem Aergernisse Veranlassung geben“ ausgedrückt sei, es werde nur jener Grad von Gemeinkundigkeit des anstößigen Verhältnisses erfordert, vermöge dessen eine unbestimmte Zahl von Menschen Veranlassung finden kann, daran Aergerniß zu nehmen, ferner daß die objektive Erscheinung des Verhältnisses an und für sich die Grundlage der Strafbarkeit bilde, und daß „die in dem Verhältnisse an und für sich liegende Veranlassung“ zum öffentlichen Aergernisse dasjenige sei, worauf allein Gewicht gelegt werden müsse — (Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe von 1881/82 Beilage Band I S. 518 und Prot. Bd. I S. 507).

Das Gesetz fordert demnach bezüglich des Thatbestandsmerkmals des Veranlassungsgebens zu öffentlichem Aergernisse nicht, daß zur Gemeinkundigkeit des unsittlichen Verhältnisses noch besondere Umstände hinzutreten, welche die Aufmerksamkeit auf die treffenden, in außerehelicher Geschlechtsverbindung zusammenlebenden Personen lenken. Das Hinzutreten solcher Umstände erhöht nur die durch das Gemeinkundigwerden des unsittlichen Verhältnisses entstehende Möglichkeit, daß von unbestimmt wie vielen Personen wirklich Aergerniß genommen wird. Es beruht daher die der Verwerfung der anwalttschaftlichen Berufung zu Grunde liegende Anschauung der Strafkammer, daß nach dem derartige Umstände nicht nachgewiesen seien, eine Uebertretung nach Art. 50a des Pol. Str. Ges. B. nicht gegeben erscheine, auf einem Rechtsirrtum. Urtheil vom 7. März 1884.

(Fortsetzung folgt.)

---

Redakt.: K. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

**Inhalt:** Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts. Weitere Urtheile vom November 1884. — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.)

---

Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuss diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde?

(Fortsetzung.)

Bei Einführung der Vorschusspflicht dachte der Gesetzgeber (Motive S. 607 Sp. 2 Abs. 4) wohl auch daran, dem Kläger damit die von ihm übernommene Gefahr des Rechtsstreites vorzuführen, allein selbst diesem Gesichtspunkte, welcher doch eigentlich nur bei muthwilligen Prozessen oder solchen von zweifelhaftem Ausgange einige Berechtigung hätte, wäre durch die Verpflichtung zum einseitigen Vorschusse mit der obenbezeichneten beschränkten Wirksamkeit volles Genüge geschehen, und verlangte und rechtfertigte derselbe durchaus nicht die Verwirkung des Vorschusses im Sinne der Finanzstellen; letztere würde sich vielmehr zu einer reinen Strafe für Annehmung des Gerichtes überhaupt gestalten, was jedoch in keiner Weise gerechtfertigt wäre.

Auch der Gesichtspunkt einer Steuer für den,  
Neue Folge Band XXXII.



welcher die Justizeinrichtungen für sich in Anspruch nimmt, (Mot. S. 606 Sp. 2 Abs. 2) könnte nicht für das von der Staatskasse beliebte Verhalten geltend gemacht werden, da auch er vielmehr zu ganz andern Konsequenzen führen würde.

Bei Zuweisung der Kostentragung auf die eine — arme — Partei durch Urtheil kann auch von holofer Substitution der zahlungsfähigen Partei durch die arme zahlungsunfähige nicht die Rede sein und ist auch deshalb kein Grund gegeben, die Staatskasse durch Gestattung des Innebehaltens des von ersterer eingezogenen Vorschusses gegen solche Möglichkeiten sicher zu stellen, wie es wohl in Fällen indiziert sein könnte, wenn die Verpflichtung zur Kostentragung von der armen Partei freiwillig übernommen wurde.

Die bayerischen Finanzstellen haben sich zur Rechtfertigung ihres Standpunktes unter Anderem auch schon auf einen Beschluß des Reichsgerichts vom 13. Febr. 1882, worin folgende Stelle vorkommt: „Zwar kann danach der vermögliche Kläger, der bereits einen Kostenvorschuß geleistet hat, nicht dessen Rückersatz verlangen, sobald im Laufe des Prozesses der Beklagte zum Armenrechte zugelassen und Letzterer demnächst in die Kosten verurtheilt wird“

berufen und denselben mit andern ihren untergeordneten Organen durch Abdruck Behufs Beachtung zur Kenntniß gebracht. Finanz-Minist.-Bl. 1884 Nr. 7. Allein es darf vor Allem nicht unbeachtet gelassen werden, daß der betreffende Beschluß die hier vorliegende Frage nicht zu entscheiden hatte. Wenn sich nun in der Beurtheilung einer andern Frage Sätze finden, welche anscheinend zu Gunsten einer bestimmten Ansicht sprechen, so wird Sinn und Tragweite, welche der Gerichtshof damit verbunden wissen wollte,

um so sorgfältiger erforscht werden müssen, wenn, wie hier, der betreffende Satz zur Lösung der dort zu entscheidenden Frage gar nicht einmal nothwendig war, nur so nebenher eingeschaltet erscheint. Bei dieser Erforschung des Sinnes der kritischen Stelle darf nun nicht außer Acht gelassen werden, daß das zweitrichterliche Urtheil, durch welches Beklagter in die Kosten verurtheilt worden war, in dem dort vorliegenden Falle noch nicht die Rechtskraft beschritten hatte, sondern in der That noch auf dem Wege der Revision angefochten worden ist. Es ist nun nach der ganzen Fassung, insbesondere den folgenden, mit „allein“ und „Ist dagegen der Kläger“ beginnenden Sätzen, sowie dem Gebrauche des Wortes „sobald“ und „demnächst“ in der kritischen Stelle selbst, dann den Motiven des in der gleichen Sache ergangenen Beschlusses vom 13. Mai 1882 „vor der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses u. s. w.“ (vgl. auch das Rubrum in der Ausschreibung im Fin.-Min.-Bl.) anzunehmen, daß das Reichsgericht bei Aufstellung des kritischen Satzes gleichfalls nur den Fall vor Augen gehabt habe, daß die Verurtheilung in die Kosten noch nicht in letzter Instanz erfolgt sei. Dann aber verliert die kritische Stelle für sich betrachtet alles Gewicht zu Gunsten des Fiscus, indem sie es keineswegs ausschließt, daß der fragliche Rückersatz verlangt werden dürfe, wenn der unermögende Gegner rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt sein wird. Letzteres ist weder direkt in der kritischen Stelle für unstatthaft erklärt, noch läßt es sich aus der weiteren Ausführung mit Nothwendigkeit folgern. Daß der die §§. 86, 87, 93 R.O.R.G. erwähnende Schlusssatz nicht für, sondern gegen die von den Finanzstellen aufgestellte Ansicht spreche, ergiebt sich aus dem oben hierüber Bemerkten. Daß die weiter an der angeführten Stelle abgedruckten

\*

reichsgerichtlichen Beschlüsse nichts hieher Bezügliches enthalten, ergibt ein kurzer Blick in dieselben, weshalb hier auch nicht weiter auf sie einzugehen war. Daß sich auch nicht, wie wohl schon versucht wurde, zu Gunsten der Auffassung der Finanzstellen auf §. 111 R.G.P.O. berufen werden könne, ist klar. Der hier mit einstweiliger Befreiung von Kosten begnadigte Gegner ist nicht die nach §. 81 R.G.R.G. zum Vorschusse verpflichtete Partei, die Befreiung hat für sie, die vermögende Partei, ein Ende, wenn sie in der Folge in die Kosten verurtheilt wird. Wohl aber ist gerade auch diese Bestimmung getroffen, um zu verhüten, daß nicht die arme Partei indirekt dadurch einen Theil von Gerichtskosten trage, daß sie solche dem obsiegenden Gegner zu vergüten hätte. §. 111 spricht also geradezu gegen sie.

Der mehrfach von den Finanzstellen vertretene Standpunkt hätte zur nothwendigen Folge, entweder daß der unterlegene Beklagte, obwohl er gesetzlich von Gebührenerichtung befreit ist, sie dennoch wenigstens in dem Umfange tragen müßte, in dem sein Gegner einen Vorschuß erlegt hat oder zu erlegen verpflichtet war, weil er ihm diesen mit den andern Kosten zu ersetzen hätte und hiewegen die Zwangsvollstreckung in ihrem ganzen Umfange über sich ergehen lassen müßte; oder der obsiegende Kläger müßte, obwohl Gegentheil in die Kosten verurtheilt ist, sie in demselben Umfange tragen, wenn Beklagter nicht in der Lage wäre, sie ihm zu ersetzen, und doch sind diese beiden Alternativen in der oben angeführten Stelle der Motive gleichmäßig als unzulässig bezeichnet. Ueber die mögliche Benachtheiligung des obsiegenden Klägers durch eine Verweisung desselben an die vielleicht ganz zahlungsunfähige Gegenpartei ließe sich allenfalls noch hinwegkommen, denn die Erscheinung, daß ein Kläger trotz vollständig zu sei-

nen Gunsten lautenden Urtheilß von seinem Gegner nichts erhalte, ist eine keineswegs seltene, und würde nur der Betrag der nicht ersetztten Prozeßkosten damit sich etwas höher belaufen. Was die Weigerung der Staatskasse, den Vorschuß in Frage herauszugeben, als eine durchaus unberechtigte erscheinen läßt, ist die Thatfache, daß sie in diesem Falle eine Gebühr innebehielte, auf welche sie nach §. 107 R. G. B. gar kein Recht hat, und der zum Armentrechte gelassene Beklagte indirekt mit einer Gebühr überbürdet würde, von welcher er nach dem Gesetze befreit ist.

Nachdem so das Unberechtigte eines Zurückbehaltens des Kostenvorschusses für den denkbar einfachsten Fall prinzipiell nachgewiesen sein dürfte, soll die an die Spitze gestellte Frage nun auch noch für andere Gestaltungen des Prozeßganges geprüft werden. Hier sei zunächst an die Möglichkeit gedacht, daß etwa wegen einer umfassenden Beweiserhebung der Prozeß sich derart in die Länge ziehe, daß die unbedingte Entscheidung über die Kosten sich weit über die in §. 94 Ziff. 1 R. G. B. besprochene Frist eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termines verzögern, so daß schon zuvor mit Ablauf des Jahres nach der allegirten Gesetzesstelle die Gebühren für die Verhandlung und jene für die Anordnung einer Beweisaufnahme (§. 18 Ziff. 1 und 2) fällig geworden sind. Als Schuldner derselben erscheint, da §. 86 hier nicht Platz greifen kann, gemäß §. 89 derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, das ist also der Kläger. Bayer. Vollz.-Instr. §. 23 Abs. 2. Es wird daher mit Recht der von diesem als Vorschuß eingezahlte Betrag zur Begleichung eines Theiles dieser Kosten verwendet werden. Wenn nun einige Zeit darnach das Endurtheil ergeht und hiebei eine Verurtheilung des zum Armentrechte zugelassenen Beklagten in die Kosten

ausgesprochen wird, so könnte es sich fragen, ob in solchen Fällen eine Rückzahlung an den Kläger Seitens der Staatskasse stattzufinden habe, nachdem es sich hier nun nicht mehr um bloße Vorschüsse, sondern um wirkliche Schuldigkeiten des wohlhabenden Klägers handelt. Wenn man indeß den Grundsatz ins Auge faßt, wie er in §. 98 R.O.R.G. zum Ausdruck gelangt ist, und erwägt, daß auch in einem Falle, wie der gegenwärtig angenommene, an ein Innehalten der Seitens der Staatskasse vom Kläger eingehobenen Beträge die oben geschilderten, vom Gesetzgeber reprobirten Folgen sich knüpfen würden, so dürfte es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß auch hier ein Rückersatz Seitens derselben Platz greifen müsse. Nur wird hier wohl richtiger nicht von einer Rückvergütung des Kostenvorschusses gesprochen, als von einer Rückgewährung gezahlter Kosten, wie sie ja auch sich nicht auf die als Vorschuß erlegte einmalige Gebühr beschränkt, sondern neben dieser auch die zweite verfallene und als Schuld eingehobene Gebühr umfaßt.

Ein weiterer Fall ist der, wenn der zum Armenrechte zugelassene in erster Instanz in alle Kosten verurtheilte Beklagte gegen dieses Urtheil Berufung ergreift. Hier wird, so lange Letztere nicht entschieden ist, der Kostenvorschuß nicht zurückverlangt werden können. Bestätigt die zweite Instanz den Ausspruch des Untergerichtes und wird dieses Urtheil rechtskräftig, dann erwächst für den obsiegenden Kläger das Recht, seinen Kostenvorschuß, den er in erster Instanz erlegt hatte, zurückzuerlangen gerade so und aus denselben Gründen, wie sie oben entwickelt wurden. Fällt dagegen das rechtskräftige Urtheil der Berufungsinstanz zum Nachtheile des Klägers aus und hat dieser demgemäß die Kosten des Rechtsstreites nunmehr ganz oder zu einem

Thelle zu tragen, so greifen die Bestimmungen der §§. 93, 86 Platz und der eingezahlte Kostenvorschuß wird unbedenklich zur Begleichung der auf seiner Seite erwachsenen Kostenschuld verwendet.

(Schluß folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Weitere Urtheile vom November 1884.

### I. Civilrechtliche Entscheidungen.

**Obligationenrecht.** Zum Reichsmilitärpensionsgesetze §. 76.

Auf Grund des §. 76 des R.-Mil.-Pens.-G. und §. 12 der Nov. v. 4. April 1874 erhob der Militärpensionist D., welchem v. 1. April 1871 an die Pension II. Classe und v. 1. April 1874 an eine Civilanstellungsschädigung von monatlich 6 Mark und v. 1. März 1878 an eine solche von monatlich 9 Mark war bewilligt worden, Klage auf Nachzahlung der Differenz zwischen der Pension II. und I. Klasse pro 1. April 1871/4 und der Differenz zwischen der Civilanstellungsschädigung zu monatlich 6 Mark und 9 Mark pro 1. April 1874 u. 1. März 1878, es wurde aber die Klage abgewiesen, und die deshalb eingelegte Berufung, sowie die erhobene Revisionsbeschwerde zurückgewiesen. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heißt es:

Im angefochtenen Urtheile ist mit Recht angenommen worden, daß die Klage vor dem Civilrichter einen Rechtsanspruch voraussetze, daß auch nach dem RMPG. §. 113 nur in Bezug auf Rechtsansprüche der Rechtsweg stattfinde, daß aber be-

züglich der hier fraglichen Ansprüche dem Kläger ein Recht nicht zur Seite stehe.

Nach §. 76 a. a. O. und §. 12 der Nov. vom 4. April 1874, worauf diese Ansprüche sich gründen, handelt es sich hiebei um eine „Vergünstigung“, welche dem Invaliden unter den dort gemachten Voraussetzungen zu Theil werden „darf“, wobei also dem in jedem gegebenen Falle zu übenden Ermessen der Militärbehörde die Entscheidung hierüber anheimzugeben ist, ob einem Invaliden solche Vergünstigung zu Theil werden solle oder nicht. Urth. v. 22. Nov. Reg. I. 140. 1884.

Zur Haftung des Rechtsanwalts gegenüber seiner Partei, hier wegen Verspätung der Erwirkung eines Sicherheitsarrestes. Im Auftrage und Namen der A. hatte Advokat G. zu P. bei dem Vorstande des Landgerichtes P. wegen einer der A. gegen die St. zustehenden Kaufschillingforderung zu 2571 Mk. Sicherheitsarrest beantragt, weil die Letzte gedroht hatte, durch Belastung ihres Anwesens mit Hypotheken der A. dieses als Befriedigungsmittel zu entziehen, und war am 11. Oktober 1879 der beantragte Arrest dahin bewilligt worden, daß auf dem Hypothekenfolium für das der St. gehörige Anwesen der Eintrag eines Belastungs- und Veräußerungsverbotes zu Gunsten der Forderung der A. gestattet wurde.

Advokat G. legte hierauf diesen Arrestbefehl am 12. Oktober 1879 dem Amtsgerichte P. zum Vollzuge vor, dieses aber gab am 13. dess. Mts. den Antrag zurück Behufß Vorlage eines Katasterauszuges, da für das Arrestobjekt ein Hypothekenfolium noch nicht eröffnet war.

Diese Verfügung war dem G. am 15. dess. Mts. gestellt worden und nächsten Tages wendete

derselbe sich an das Rentamt P., welches ihm am 18. d. Mts. zuerst einen unrichtigen und dann am 21. den richtigen Katasterauszug übermittelte, und diesen legte H. am selben Tage dem Hypothekenamte vor, welches aber mit Verfügung vom 23. d. Mts. wegen Mangels der Erwerbssurkunde den Vollzug des Arrestes wiederholt ablehnte.

Am gleichen Tag erneuerte H. seinen Antrag wegen drohender Verlustgefahr unter Zusicherung, die Erwerbssurkunde nachzubringen; allein das Hypothekenamt wies mit Verfügung v. 24. d. Mts. auch diesen Antrag zurück.

Nun wendete sich H. am 27. d. Mts. an den Präsidenten des Landgerichtes P. Behufs Erwirkung der Erlaubniß, daß Notar B. ihm eine Ausfertigung der kritischen Erwerbssurkunde ertheile, und nachdem am 30. d. Mts. diese Bewilligung ihm zugekommen war, erhielt er auf Ansuchen vom 31. d. Mts. vom Notare am 5. oder 6. Novbr. Abschrift der Erwerbssurkunde, welche er am 6. d. Mts. dem Hypothekenamte vorlegte.

Es war aber inzwischen am 4. d. Mts. für das Anwesen der St. ein Hypothekfolium angelegt und darauf für eine Forderung des G. zu 3000 Mk. Hypothek eingetragen worden, und da der Werth des mit Arrest zu belegenden Objectes den Betrag der darauf eingetragenen Hypothek nicht erreichte, erfolgte auf Grund des Art. 27 des Aussch.-Ges. zur R. O. die Abweisung des Arrestantrages.

Nachdem nun gegen die St. fruchtlos die Mobilarezekution versucht und dann eine gegen den Hypothekenbeamten erhobene Syndikatsklage in allen Instanzen zurückgewiesen worden war, trat die A. gegen den Advokaten H. mit einer Entschädigungsklage auf, welche, in erster Instanz ebenfalls zurückgewiesen, auf Berufung die Verurtheilung des Be-

klagen zur Folge hatte. Eine deshalb erhobene Revisionsbeschwerde erfuhr Abweisung aus folgenden Gründen:

Die Rechtsanschauung des Erstrichters, daß S. für omnem, selbst für levissimam culpam zu haften habe, muß nach Thl. IV c. 9 §. 5 Nr. 7 des bayer. Landr. gebilligt werden.

Die Frage, ob in der festgestellten Thätigkeit des Beklagten ein Verschulden erblickt werden könne, bildet eine Rechtsfrage, da culpa selbst nach deren Definition in c. 1 §. 20 a. a. D. ein Rechtsbegriff ist, sonach es sich um Subsumtion der Thatfachen, in denen ein Verschulden erkannt wurde, unter diesen Rechtsbegriff, um eine rechtliche Conclusion handelt, welche nach §. 511 und 512 der RCProzD. der Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterzogen werden kann \*). Seuffert, Comm. z. RCProzD. 2. Aufl. zu §. 512; Wilimowski 2. Aufl. Note 4 zu §. 511. —

Nach dem bayer. Landr. a. a. D. ist unter culpa levis die Außerachtlassung jener Sorgfalt zu verstehen, welche ein kluger und fleißiger Mensch in Obacht nimmt, und bei Festhaltung dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung erscheint das Verhalten des Beklagten als ein schuldhaftes.

Zunächst ist zu betonen, daß für die von einem Anwalte mit Recht zu fordernde Thätigkeit die Beschaffenheit des übertragenen und angenommenen Geschäftes entscheidend ist, und hienach kann allerdings eine außerordentliche und mit persönlichen Opfern verbundene Thätigkeit, welche in den meisten Fällen zu beanspruchen höchst unbillig erschiene, vom Anwalte dann verlangt werden, wenn die dringende

\*) Der gleiche Grundsatz ist auch in einem Urtheil vom 3. Nov. ausgesprochen.

Natur eines einzelnen Geschäftes im Interesse des Mandanten dieses als geboten erscheinen läßt.

Der Beklagte nun erhielt von der A. das Mandat zu ihrer Vertretung am 10. oder 11. Oktober 1879 und fertigte am letzteren Tag ein Arrestgesuch mit dem Antrag auf Arrestirung des Grundbesitzes der St. und auf Anordnung des Eintrages des Belastungs- und Veräußerungs-Verbotes im Hypothekenbuche, und diesem Gesuche wurde noch am selben Tage entsprochen und der Arrestbeschluß dem H. behändigt.

Gleichwohl erfolgte die zur Einschreibung des Belastungsverbotes bereifte Vorlage an das Hypothekenamt erst am 6. Nov. 1879, nachdem diese durch die am 4. dess. Mts. vollzogene Einschreibung einer den Werth des Hypothekenobjectes übersteigenden Forderung illusorisch geworden war.

Es ist deshalb zu prüfen, ob bei dieser Ausföhrung des ihm übertragenen Geschäftes H. so verfahren ist, wie es nach obigen Gesichtspunkten von ihm erwartet werden konnte, und diese Frage muß verneint und vielmehr angenommen werden, daß er nicht einmal dasjenige gethan, was von einem klugen und verständigen Mann im gegebenen Falle würde gethan worden sein.

Daß die Fälle, in denen es sich um Erwirkung von Sicherheitsarresten im Sinne des §. 796 u. f. der RCProzD. handelt, stets dringend erscheinen, ergibt sich schon aus §. 809 Abs. 2 a. a. D. und liegt in der Natur der Sache; die Gefahr erhöht sich wenn, wie hier, nach der eigenen Angabe des H. in seinem an den Vorstand des Landgerichts P. gerichteten Arrestgesuche v. 11. Okt. 1879 angeführt wurde, bereits greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Schuldner im Begriffe stehe, durch Belastung seines das einzige Bestiebungsmittel

bildenden Grundvermögens dem Gläubiger jede Aussicht auf Befriedigung zu entziehen. Jeder vorsichtige mit dem hierauf bezüglichen Geschäftsgang einigermaßen vertraute Mann hätte sich vom Anfang an über das Arrestobjekt genau informiert und, da eine Einschreibung im Hypothekenbuch nur sofort erfolgen kann, wenn ein Folium für das betreffende Objekt besteht, zunächst recherchirt, ob dieses hier der Fall war, was ihm nach Art. 26 d. Ausf.=Ges. §. R.C.Proz.O. und Art. 13 der bay. Subhast.=O. zweifellos gestattet war. Beides aber hat S. zu thun unterlassen. Das Arrestgesuch läßt ersehen, daß als Arrestobjekt nur „der St. Anwesen in A.“ ohne jede nähere Bezeichnung anführte, weshalb auch der Arrestbefehl sich hierauf beschränken mußte, ein Mangel, welcher die später bei Erholung des Katasterauszuges eingetretene Verwechslung des Objekts zur Folge gehabt hat.

Die Anfrage beim Hypothekenamte über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Foliums — wozu nicht einmal seine persönliche Mitwirkung erforderlich war — würde dem Beklagten sofort die Erwägung nahe gelegt haben, was nunmehr, um die Anlage eines Foliums zu erwirken, nach den hypothekengesetzlichen Vorschriften von seiner Seite zu geschehen habe, und hier kommt in Betracht, daß nach dem Hypoth.=Ges. §. 130 u. 136 dem Hypothekenamte zur Eröffnung der I. u. II. Rubrik des anzulegenden Foliums genaue Bezeichnung des Objektes, welche durch den Grundsteuerkatastereextrakt bewirkt wird, sowie der Rechtstitel, Kraft dessen der einzuschreibende Besitzer das Eigenthum des Objektes erlangt hat, nothwendig sei und daß demselben die hienach erforderlichen Urkunden vorzulegen seien.

Dagegen könnte aus Art. 25 des Ausf.=Ges. §. R.C.Proz.O. und Art. 21 mit 26 nr. 4 der bay.

Subh.:D. gefolgert werden, daß, wenn der mit Beschlagnahme zu belegende Gegenstand im Hypothekenbuche nicht eingetragen sei, für das Hypothekenamt zur Anlage eines Foliums behufs Einschreibung des Dispositionsverbotes die Vorlage eines richtig gestellten beglaubigten Grundsteuerkatasterauszuges genüge.

Es ist nun kontrovers, ob durch leptallegirte Vorschriften den Normen des Hypothekengesetzes habe derogirt werden wollen, und deshalb war es für einen einigermaßen vorsichtigen Sachwalter geboten, sich Sicherheit zu verschaffen, welche Belege das Hypothekenamt im gegebenen Falle zum Vollzuge der beantragten Einschreibung verlange, und diese Information war bei der ersten Recherche bei dem Hypothekenamte unschwer zu erlangen.

Hier war es alsdann wieder das Gebot einer keineswegs übergroßen Vorsicht, dem durch die nicht aufgehobenen Bestimmungen des Hypothekengesetzes gedeckten Verlangen des Hypothekenamtes auf Beibringung der Erwerb- und Urkunde neben einem richtig gestellten Grundsteuerkatasterauszuge zu entsprechen; denn es wäre in hohem Grade für das Interesse der A. gefährlich erschienen, eine etwa bestehende entgegengesetzte Anschauung hier allenfalls im Instanzenzuge zum Austrage zu bringen, während die Erreichung des für dieselbe allein Interesse habenden Zweckes des Arrestbefehles auf dem vom Hypothekenamte angezeigten Wege viel leichter und rascher erfolgen konnte.

Bei solchem Verfahren, welches jedem vorsichtigen Sachwalter vom Anfang an klar vorgezeichnet war, konnte H. schon am 12. Oktober wissen, welche Vorlagen er dem Hypothekenamte zur Erreichung des Eintrages des Dispositionsverbotes im Hypothekenbuche zu machen habe, und wird nun als zur Erlangung der nothwendigen Behelfe benöthigt jener

Zeitaufwand zu Grunde gelegt, welchen H. im vorliegenden Falle wirklich zu deren Beschaffung brauchte, obwohl auch dieser bei der konstatirten Anwesenheit aller betheiligten Behörden an Ort und Stelle ein unverhältnißmäßig großer gewesen und durch gleichzeitiges Angehen des Rentamtes und Notars hätte abgefürzt werden können, so ergibt sich, daß die Zeit vom 16. bis 18. Oktober zur Erlangung des Grundsteuerkatasterauszuges, da bei genauer Angabe des Objektes auch sofort der richtige Auszug erlangt werden konnte, und die Zeit vom 27. Oktober bis 6. November zu jener der Erwerbssurkunde, sohin zusammen ein Zeitraum von 14 Tagen erforderlich war, welcher, wenn die zur Erlangung des richtigen Katasterauszuges verfloffenen weiteren drei Tage berücksichtigt werden wollen, sich auf 17 Tage erhöht. Hiernach wäre selbst unter den ungünstigsten Verhältnissen am 29. Oktober, ohne jede außergewöhnliche Leistung des Beklagten, bei einiger Umsicht und Vorsicht die Vorlage der nothwendigen Behelfe an das Hypothekenamt behufs des beantragten Eintrages der zu Gunsten der A. erlangten Beschlagsnahme zu erreichen gewesen. Dem entgegen aber hat H. am 12. Oktober ein Gesuch eingereicht, welches selbst den allegirten Bestimmungen der Subst.-O. nicht genügte, und dadurch die Zeit bis 16. Oktober, also fünf Tage nutzlos verstreichen lassen, welcher Zeitraum, ganz abgesehen von den Tagen des 23. bis 27. Oktober, in welchen nach der Feststellung des Berufungsrichters überhaupt von H. eine Thätigkeit in dieser Sache nicht entwickelt wurde, hingereicht hätte, dem die A. schädigenden Eintrage zuvorzukommen. — Urth. v. 21. Nov. Reg. I. 155. 1884.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strassachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).

(Fortsetzung.)

VI. Polizeistrafgesetzbuch.

Art. 83 Abs. 1 Z. 3 umfaßt auch ein fahrlässiges Verhalten; denn das Gesetz erfordert nicht, daß dem ortspolizeilichen Verbote vorsätzlich zuwidergehandelt wird, es bezieht vielmehr die Nachts auf den öffentlichen Straßen Verkehrenden gegen Belästigung und Gefährdungen durch Hunde zu schützen, und bedroht darum die Vernachlässigung der Aufsicht auf die Hunde, in so ferne in Folge einer solchen Hunde während der Nacht auf öffentlicher Straße frei herumlaufen, mit Strafe. Die treffende Bestimmung ist sohin gleich dem ortspolizeilichen Verbote, dessen Beachtung durch sie gesichert werden soll, lediglich vorbeugender Natur und ist deshalb nicht bloß ein vorsätzliches sondern auch ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Zuwiderhandeln gegen das ortspolizeiliche Verbot strafbar. Urtheil vom 9. Mai 1884.

Art. 106. Ein von einem erwachsenen minderjährigen Hauskinde abgeschlossener Dienstmiethvertrag ist als stillschweigend vom Vater gebilligt dann anzunehmen, wenn dieser gegen das bestehende Dienstverhältniß keinen Einspruch erhoben hat. Die Bestimmungen über die Unwirksamkeit der von Minderjährigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, ohne Genehmigung des Vaters geschlossenen Verträge und insbesondere die Vorschriften des bay. Landrechts Ehl. IV cap. I §. 5 Nr. 5 und 6, denen zufolge die Zustimmung zu einem Vertrag wenigstens stillschweigend mit Werken deutlich erklärt sein muß,

und bloßes Stillschweigen ohne Werke außer den durch Gesetz und Ordnung besonders bezeichneten Fällen nicht hinreicht, vielmehr, wie die Anmerkungen unter 6 a besagen, facta erfordert werden, aus welchen man den Consens sicher schließen kann, sind nicht verlegt, denn die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Vater des Angeklagten gegen das hier in Frage stehende Dienstverhältniß keinen Einspruch erhoben habe, hat die thatsächliche Annahme zur Grundlage, daß ihm dieses von seinem Sohne eingegangene Dienstverhältniß, in Folge dessen, wie weiter feststeht, der Dienstherr des Angeklagten, als der Letztere nach 14 Tagen aus dem Dienst entlaufen und in seine Heimath zurückgekehrt war, sich dahin begab und den Angeklagten in den Dienst zurückbrachte, bekannt gewesen ist. War aber dies der Fall, so hat der Vater des Angeklagten nicht bloß „stillgeschwiegen“ sondern zugleich thatsächlich gestattet, daß sein Sohn entfernt vom väterlichen Hause, und der mittelbaren Einwirkung der väterlichen Gewalt entrückt, in einem fremden Dorfe in Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrags die Dienste eines Knechtes verrichtete, und hat damit sich in einer Weise verhalten, daß das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum hieraus schließen konnte, es sei derselbe mit dem von dem Angeklagten seinem Dienstherrn gegenüber eingegangenen Dienstvertrag einverstanden gewesen, und daher ein rechtsgiltiges Dienstverhältniß hier gegeben. Urtheil vom 18. Januar 1884.

(Fortsetzung folgt.)

---

Redakt.: R. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Heuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuß diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde? (Schluß.) — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.)

Ist die Staatskasse verpflichtet, einen bei ihr gemäß §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes von dem zahlungsfähigen Kläger eingezahlten Kostenvorschuß diesem wieder zurückzuerstatten, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beklagte rechtskräftig in alle Kosten verurtheilt wurde?

(Schluß.)

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, daß der in II Unterliegende die dritte Instanz angehen kann und auch wirklich angeht. Ist der arme Beklagte in I. und II. Instanz unterlegen, so kann dennoch von einer Rückforderung des in erster Instanz erlegten Kostenvorschusses in so lange nicht die Rede sein, als nicht auch die dritte Instanz ihr Urtheil gesprochen hat. Lautet auch dieses zu Gunsten des Klägers, dann tritt die Verpflichtung der Staatskasse zur Rückzahlung des klägerischen Kostenvorschusses aus ganz denselben Gründen ein, wie sie oben für den Fall glücklichen Ausgangs des Prozesses durch rechtskräftiges Urtheil der ersten, beziehungsweise zweiten Instanz dargelegt wurden; unterliegt Kläger hier, so wird sein Kostenvorschuß a conto der ihm nun rechtskräftig überbürdeten Kosten verrechnet und eine Herauszahlung findet nicht statt.

Neue Folge Band XXXII.

Ist der in erster Instanz obsiegende Kläger in Folge der gegnerischen Berufung in II. Instanz unterlegen und legt nun seinerseits die Revision ein, so hat er außer dem Kostenvorschusse in Ia nun auch noch in III. Instanz Kostenvorschuß zu leisten. Siegt er hier, so muß ihm der eine und andere Kostenvorschuß zurückgegeben werden, denn auch auf diesen Fall finden die oben aus §. 98 RORÖ. abgeleiteten Sätze Anwendung, und würde ein Innehalten der 2 Vorschüsse ebenso verwerflich sein, wie in dem zuerst besprochenen Falle; unterliegt er, dann findet selbstverständlich ein Rückersatz ebensowenig statt, wie wenn Kläger schon in erster Instanz rechtskräftig in die Kosten verurtheilt worden wäre.

Die Rückzahlung für den Fall Unterliegens des Klägers in IIa und Obsiegens desselben in IIIa erstreckt sich übrigens nicht auf die erlegten Kostenvorschüsse allein, sondern auf alle von ihm in Folge der Verurtheilung in IIa etwa eingehobenen Kosten, wobei §. 87 Abs. 2 RORÖ. nicht im Wege steht, denn entweder muß man diesen §. bei Armensachen überhaupt nicht anwendbar erachten, wie dieses das Reichsgericht in seinem oben besprochenen Beschlusse vom 13. Febr. 1882 gethan hat, oder man muß davon ausgehen, daß die Bedingung, unter welcher die Rückzahlung cessiren soll, hier nicht gegeben sei, weil eben in solchem Falle der Gebührenanspruch nicht als bestehend bleibend angenommen werden könnte.

In ähnlicher Weise gestaltet sich die Sache, wenn Kläger etwa in erster Instanz unterlegen wäre und erst in zweiter oder dritter Instanz obsiegt und ein den Gegner in alle Kosten verfallendes Urtheil erzielt hätte. Auch in diesen Fällen muß ihm der erlegte Vorschuß aus der Staatskasse zurückerstattet werden, und zwar erstreckt sich diese Rückvergütung selbstverständlich auf die hier in seiner Person zu-

sammentreffenden Vorschüsse der ersten wie der höhern Instanzen, auf die Kostenvorschüsse wie auf die in Folge seiner Verurtheilung in den untern Instanzen sonst von ihm auf Grund des §. 93 und 86 RKG. eingehobenen Kosten. Die Gründe sind auch hier dieselben, wie sie oben entwickelt wurden: Fernhaltung der sonst nothwendig eintretenden, vom Gesetzgeber nicht gewollten Folge unberechtigter indirekter Belastung des Armen, wobei bezüglich §. 87 eod. das oben Bemerkte auch hier gilt. Die einzelnen Fälle zu zergliedern, erscheint nicht geboten. Dagegen findet ein Rückersatz nicht statt, wenn Kläger es ist, der schließlich unterliegt, wobei es kaum nöthig sein wird, hervorzuheben, daß, wenn Kläger in der Zwischeninstanz ein obsiegliches Urtheil erwirkt haben sollte, doch eine Rückforderung noch nicht begehrt werden könnte, sondern stets erst das Definitivergebniß eines rechtskräftigen Urtheils abgewartet werden muß.

In ähnlicher Weise beantwortet sich die Frage der Rückgabe des Kostenvorschusses, wenn die vermögliche Partei als Beklagte am Streite theilgenommen war und nun, weil unterlegen, durch eine Berufung oder Revision für sich Abänderung des zu ihren Ungunsten ergangenen Urtheils der ersten oder zweiten Instanz erstrebt, bezüglich des von ihr für die zweite, beziehungsweise zweite und dritte Instanz zu erlegenden Kostenvorschusses. Eine nähere Begründung dessen erscheint Angesichts des Vorerörterten überflüssig.

Dagegen erfordern die im Eingange gegenwärtiger Ausführung bei Feststellung der Nothwendigkeit einer bejahenden Beantwortung der aufgeworfenen Frage beigefügten beschränkenden Worte „im Principe“, welche später auf Seite 53 noch einmal wiederkehren, eine kurze Rechtfertigung. Es sollte damit der Möglichkeit Rechnung getragen werden, daß in der Instanz Gebühren erwachsen, bezüglich

\*

berer von der sonstigen Verurtheilung des armen Beklagten in die Prozeßkosten eine Ausnahme zu machen war, welche ungeachtet dessen von dem vermöglichen Gegner getragen werden müssen. Diese Kosten muß die Staatskasse berechtigt sein, aus den von diesem erlegten Kostenvorschüsse zu entnehmen und sie demnach bei dessen Zurückbezahlung in Abzug zu bringen. Commentar z. RRG. v. Rechnungsrath G. W. I. c.

Die Fälle, in welchen solche Ausnahmen Platz greifen können, sind so mannigfacher Art, daß eine Aufzählung derselben kaum erschöpfend erfolgen könnte; es besteht übrigens nicht einmal eine Nothwendigkeit, es auch nur zu versuchen, da das Vorliegen einer derartigen Ausnahme im einzelnen Falle nicht zu verkennen ist.

Was vorstehend von einzelnen Gebühren gesagt ist, gilt selbstverständlich auch von Auslagen, welche der vermöglichen Partei definitiv zur Last fallen und nicht schon durch besondere desfalls geleistete Vorschüsse gedeckt sind. Com. v. G. W. I. c.

---

### Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strassachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).

(Fortsetzung.)

#### VI. Polizeistrafgesetzbuch.

Art. 127 Abs. 2 umfaßt nicht die Verweigerung der Fortsetzung von Dienstleistungen für eine Gebärende Seitens einer Hebamme.

Eine gewerbliche Befugniß, und eine solche steht hier in Frage, ist die Berechtigung zur Vornahme einer gewerblichen Handlung, eine Ueberschreitung derselben daher die Vornahme einer Handlung, zu welcher der

Gewerbtreibende als solcher nicht berechtigt ist. Eine derartige Ueberschreitung begründet wohl eine gewerbliche Pflichtverletzung, aber nicht jede Zuwiderhandlung gegen eine dem Gewerbtreibenden obliegende Pflicht bildet eine Befugnißüberschreitung. Die Letztere ist nur eine Art der Pflichtverletzung, begangen durch Nichteinhaltung der Grenze der Berechtigung, im Gegensatz zu Unterlassungen, welche der Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung zuwiderlaufen. Verpflichtet sein, im Betrieb des Gewerbes etwas zu thun, ist aber keine gewerbliche Berechtigung, ebenso wenig, als nicht hierzu verpflichtet sein eine solche begründet, die Unterlassung einer gewerblichen Handlung, welche hätte vorgenommen werden sollen, ist also keine Ueberschreitung der Gewerbsbefugniß. Gewerbsbefugnißüberschreitung und Unterlassung der Erfüllung einer gewerblichen Obliegenheit sind mithin keineswegs, wie die Revision annimmt, identische Begriffe. Es kann deshalb schon sprachlich dem Art. 127 Abs. 2 des PStGB. nicht der Sinn beigelegt werden, es sollen approbirte Hebammen in der daselbst angegebenen Weise bestraft werden, wenn sie den durch Verordnung oder Ministerialvorschrift ihnen auferlegten Verpflichtungen zuwiderhandeln. Wäre Letzteres der Wille des Gesetzes gewesen, dann hätte der Strafvorschrift eine dem entsprechende Fassung gegeben werden müssen, was nicht geschehen ist. Würde die hier in Frage stehende Bestimmung den Sinn haben, der ihr in der Revision gegeben wird, dann wäre allerdings die der Anklage unterstellte Verfehlung als Uebertretung nach Art. 127 Abs. 2 zu bestrafen, aber nicht bloß diese, sondern jede Unterlassung der Erfüllung einer gewerblichen Obliegenheit Seitens der Hebammen, also auch die Nichtbeobachtung der in §. 7 der Hebammeninstruktion vom 3. Dezember 1875 enthaltenen Vorschrift bezüglich der Reinlichkeit und des Wa-

scheuß der Hände mit desinficirenden Stoffen, sowie die Richterstattung der in §. 11 vorgeschriebenen Anzeige an den Bezirksarzt, während doch eine derartige Verfehlung wohl kaum jemals als Ueberschreitung einer Gewerbßbefugniß bezeichnet werden wird.

Das Pol.:StGB. von 1861 hat neben der, der Bestimmung des Art. 127 Abs. 2 des Pol.:StGB. von 1871 zu Grunde liegenden Vorschrift des Art. 112 Abs. 3 über die Bestrafung der, nach Art. 113 auch die Hebammen umfassenden, Medizinalpersonen wegen Ueberschreitung ihrer Befugnisse im Art. 113 Ziff. 2 eine weitere Bestimmung dahin getroffen, daß Hebammen an Geld bis zu hundert Gulden zu bestrafen seien, wenn sie in dringenden Fällen die angesprochene Hilfe ohne genügende Entschuldigung verweigern, und hat hierdurch, da diese Vorschrift nicht eine Ausnahme von jener des Art. 112 Abs. 3 enthält, die Unterlassung der Erfüllung der im §. 3 des zweiten Abschnitts der damals bestandenen Hebammeninstruktion vom 7. Januar 1816 (Döllinger *W. S. B.* XV S. 216) den Hebammen auferlegten Verpflichtung der Ueberschreitung ihrer Befugnisse gegenübergestellt. Auf Grund des Art. 112 des Pol.:StGB. wurde sodann im §. 8 Ziff. 7 der k. Verordnung vom 29. Januar 1865, die Ausübung der Heilkunde betr. (Reg.:Bl. S. 137) hinsichtlich der ärztlichen Befugnisse der Hebammen bestimmt, daß sich diese auf den ihnen nach Maßgabe der Instruktion für die Hebammen zugewiesenen Dienst der Geburtshilfe zu beschränken hätten, so daß die Strafbestimmung des Art. 112 Abs. 3 des Pol.:StGB. von 1861, soweit sie die Hebammen betrifft, gegen Ueberschreitungen der in der ebenerwähnten Instruktion vom 7. Januar 1816 denselben vorgezeichneten Grenze ihrer Befugnisse gerichtet war.

Ebenso verhält es sich nun hinsichtlich der Straf-

vorschrift des Art. 127 Abs. 2 des Pol.:StGB. von 1871. Auch diese richtet sich nur gegen Ueberschreitungen der den Hebammen eingeräumten Befugnisse, welche letztere in §. 6 der k. Verordnung vom 23. April 1874 über die gewerblichen Verhältnisse der Hebammen (Ges.: u. Verord.: Bl. S. 219) den Verpflichtungen derselben gegenübergestellt, und in §. 4 der hiezu erlassenen Hebammeninstruktion vom 3. Dezember 1875 (Ges.: u. Verord.: Bl. S. 757) näher begrenzt sind. Es versteht das Gesetz unter Befugnißüberschreitung nichts anderes, als was der Wortlaut besagt. Hierauf weist schon der ein Handeln voraussetzende Zusatz „außer Nothfällen“ hin, und die Motive zu Art. 129 des Gesetzesentwurfs heben hervor: Die Erwägung, daß der Staat schützend für das neugeborene Kind einzutreten habe, und daß die Pfluscherie bei geburtshilflichen Handlungen besonders gefährlich sei, rechtfertigten es, die Hebammen auf die ihnen zugewiesenen Befugnisse d. B. bloß auf die Behandlung normaler Geburten zu beschränken. (Verhandl. des Gesetzgeb.-Aussh. der Kammer der Abgeord. von 1871/72 Bd. I S. 26). Der Umstand aber, daß die Strafvorschrift des Art. 113 Ziff. 2 des Pol.:StGB. von 1861 in dem seit dem 1. Januar 1872 an dessen Stelle getretenen Pol.:StGB. vom 26. Dezember 1871 keine Aufnahme gefunden hat, stellt dies außer Zweifel. Denn die Ausnahme unterblieb nicht darum, weil unter dem im Art. 127 Abs. 2 des neuen Pol.:StGB. mit Strafe bedrohten Ueberschreiten der Befugnisse auch die Verweigerung der nachgesuchten Hilfe verstanden wurde, sondern aus dem Grunde, weil die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, deren Einführung in Bayern bevorstand, im §. 144 Abs. 2 bestimmte, daß die für die Medizinalpersonen bestehenden besonderen Vorschriften, welche ihnen unter Androhung von

Strafen einen Zwang zu ärztlicher Hilfe auferlegen, aufgehoben sein sollen. Die vorerwähnten Motive des Entwurfs des Pol.:StGB. bemerken: „mit der Beseitigung der Bestimmungen über die medizinische Pfuscherei müsse auch conform mit §. 144 Abs. 2 der norddeutschen Gewerbeordnung die ohnehin vielfach beanstandete Vorschrift in Art. 113 Ziff. 2 des Pol.:StGB. von 1861 aufgegeben werden“ (Verhandl. Bd. I S. 26). Urtheil vom 16. Mai 1884.

## VII. Forstgesetz.

Art. 37 u. 75. Die Bestimmungen des Gesetzes richten sich gegen den Waldbesitzer, gleichviel, ob er der Eigenthümer des Waldes ist oder nicht.

Art. 75 des Forstgesetzes, wornach derjenige, welcher eine Rodung ohne forstpolizeiliche Bewilligung unternimmt, in der daselbst angegebenen Weise gestraft werden soll, bedroht nur den eine solche Rodung in seinem Wald vornehmenden Waldbesitzer mit Strafe, da die in derselben behandelte Zuwiderhandlung gegen den Art. 37 eine Forstpolizeiübertretung bildet, und der Art. 48 nur Zuwiderhandlungen gegen forstpolizeiliche Bestimmungen des Forstgesetzes, welche von dem Waldbesitzer oder von Personen, deren Handlungen derselbe nach Art. 69 zu vertreten hat, in seinem Walde begangen werden, als nach Maßgabe der Art. 75 bis 78 zu bestrafende Forstpolizeiübertretungen erklärt.

Unter Waldbesitzer ist aber keineswegs, wie die Revision behauptet, der Waldeigenthümer zu verstehen. Eigenthum und Besitz sind verschiedene Begriffe, und nirgends besagt das Forstgesetz, daß es unter dem Waldbesitzer, von dem der Art. 48 spricht, den Waldeigenthümer meint. Vielmehr geht schon

aus den Motiven zu dem mit dem Art. 1 des Gesetzes gleichlautenden Art. 1 des Gesetzentwurfs von 1851 hervor, daß dies nicht der Fall ist. Denn dieselben bemerken, der Artikel spreche den allgemeinen Grundsatz aus, daß jedem Waldbesitzer (Eigenthümer, Nugnießer und dergleichen) die freie Benützung und Bewirthschaftung seines Waldes vorbehaltlich der Rechte Dritter sowie der Bestimmungen des Forstgesetzes zustehe, wodurch den beschränkenden Bestimmungen des Gesetzes eine möglichst enge im Interesse des öffentlichen Wohles und der Sicherheit gelegene Grenze gezogen sei — (Verhandlung der Kammer der Abgeordneten von 1851 Weil.:Bd. I S. 620). Hiermit ist zur Genüge ausgedrückt, daß die Bezeichnung „Waldbesitzer“ keine andere Bedeutung hat, als welche derselben ihrem Begriffe nach zukommt. Es hat daher die Vorschrift des Art. 37 und die damit in Verbindung stehende Strafbestimmung des Art. 75 jedem Waldbesitzer gegenüber Geltung, was auch schon in der Natur der Sache liegt, da die ersterwähnte, im öffentlichen Interesse getroffene, Vorschrift ihren Zweck verfehlen würde, wenn sie nicht von jedem Waldbesitzer zu beachten wäre, mag er Eigenthümer des Waldes sein oder nicht. Andernfalls würde ein Pfündestiftungswald, der sich im Besiz des ihn nugnießenden Pfündestiftungsinhabers befindet, bei Zuwiderhandlungen des Letzteren gegen den Art. 37 des Forstgesetzes schutzlos sein.

Wie aber jeder Waldbesitzer, falls er in seinem Wald ohne forstpolizeiliche Bewilligung eine Rodung unternimmt, der Bestrafung nach Art. 75 unterliegt, so kann diese Bestimmung andererseits nicht gegen Denjenigen in Anwendung kommen, der bloß Eigenthümer des Waldes ist, da dieselbe nach Art. 48 nur gegen den dem Art. 37 zuwiderhandelnden Waldbesitzer sich richtet. Hieraus ergibt sich von selbst,

daß wegen der den Gegenstand der Anklage bildenden Rodung die Angeklagten, wenn sie auch zur Zeit derselben noch Eigenthümer der treffenden Waldfläche waren, da die notarielle Beurkundung ihres Verkaufs erst später stattfand, nicht auf Grund des Art. 75 bestraft werden können, weil sie schon vor der Rodung den Besitz des verkauften Waldtheils dem Käufer überließen, und von diesem sodann, nachdem er die erkaufte Waldung in Besitz genommen hatte, die Rodung, und zwar, wie feststeht, nicht im Auftrag der Angeklagten vorgenommen wurde, so daß auch der Art. 48 des Straf-Ges.-Buchs. hier keine Anwendung findet. Urtheil vom 26. Februar 1884.

Art. 90. Unter der in Absatz 3 vorgesehenen „gleichen“ Strafe ist die in Absatz 2 daselbst bestimmte Strafe zu verstehen.

Der Art. 90 des revidirten Forstgesetzes bestimmt:

Mit einer Geldstrafe von fünf und vierzig bis neunzig Pfennig wird bestraft, wer Leseholz oder Stockholz, Gras- oder Streuwerk, welches ihm zu beziehen erlaubt ist, außer der dafür festgesetzten Zeit aus den angewiesenen Waldorten holt.

Geschieht Dies mittels eines bespannten Fuhrwerks, so trifft ihn eine Geldstrafe von neunzig Pfennig bis neun Mark.

Gleicher Strafe unterliegt, wer bei Leseholz- oder Streusammeln, Hau- oder Schneidewerkzeuge verwendet, sowie derjenige, welcher den ihm ausgestellten Leseholz- Gras- oder Streuzettel, oder das betreffende Zeichen einem Andern zur Benützung überläßt.

Unter der gleichen Strafe, welche nach Abs. 3 eintreten soll, versteht aber das Gesetz die unmittelbar vorher im zweiten Absatz des Artikels angedrohte Geldstrafe von 90 Pfennig bis 9 Mark, nicht die

im ersten Absatz bestimmte von 45 bis 90 Pfennig. Dies geht schon aus der Stellung hervor, welche die Bestimmung des dritten Absatzes im Artikel einnimmt. Denn wenn unter der „gleicher Strafe“ die im ersten Absatz angedrohte verstanden werden sollte, so mußte die Bestimmung: „gleicher Strafe unterliegt“ sich an den, eine Strafe von 45—90 Pfennig androhenden, Absatz 1 als zweiter Absatz anschließen, und die, die höhere Strafe von 90 Pfennig bis neun Mark androhende Bestimmung an Stelle des dritten Absatzes den Schluß des Artikels bilden. Statt dessen schließt sich die Bestimmung: „Gleicher Strafe unterliegt“ unmittelbar an den, die höhere Strafe androhenden zweiten Absatz an, so daß unter der gleichen Strafe nur diese höhere Strafe gemeint sein kann.

Dies ergibt sich auch aus der Natur der in den Absätzen 2 und 3 behandelten Frevel, da dieselben strafbarer sind, als die im ersten Absatz bezeichneten, und deshalb mit einer höheren Strafe zu belegen waren. In den Motiven zu dem hier einschlägigen Art. 81 des Gesetzentwurfs von 1851 (Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1851 Beil.-Bd. I S. 632) ist Dies besonders hervorgehoben, indem dieselben bemerken:

„Eine höhere Strafe muß für diejenigen Fälle angedroht werden, in welchen zur Hinwegschaffung der in Frage stehenden Walderzeugnisse ein gespanntes Fuhrwerk gebraucht oder zur Gewinnung derselben schädliche Werkzeuge angewendet werden. Mit gespannten Fuhrwerken können sehr beträchtliche Eingriffe in fremdes Waldeigenthum verübt werden, während der Gebrauch von eisernen Rechen, von Hacken und dergleichen, abgesehen davon, daß er Uebergriffe veranlaßt, jedenfalls den Waldbestand durch Verletzung der Wurzeln oder Entblößung der Bodenfläche beschädigt oder gefährdet. Wer

den für ihn ausgestellten Leseholz-, Gras- oder Streuzettel oder ein sonstiges diesbezügliches Zeichen einem Andern zur Benützung überläßt, begünstigt eine widerrechtliche Ausdehnung des nur ihm allein zugebachten Bezugs auf dritte Personen und gibt diesen zugleich Gelegenheit zur Verübung von Forstfreveln. Es mußte deshalb auch diese Handlung mit einer angemessenen Strafe bedroht werden.“

Dem entsprechend war denn auch der Art. 81 des erwähnten Gesetzentwurfs dahin gefaßt.

„Mit einer Geldstrafe von fünfzehn bis dreißig Kreuzern wird bestraft, wer Leseholz oder Stockholz, Gras oder Streuwerk, welches ihm zu beziehen erlaubt ist, außer der dafür festgesetzten Zeit aus den angewiesenen Waldorten holt.

In eine Geldstrafe von dreißig Kreuzern bis fünf Gulden verfällt, wer die im Abs. 1 bezeichneten Gegenstände mittelst eines bespannten Fuhrwerks aus dem Walde holt, oder wer bei dem Leseholz- oder Streusammeln eiserne Rechen, Hacken, Hauen oder Schneidwerkzeuge anwendet. Gleicher Strafe unterliegt derjenige, welcher den ihm ausgestellten Leseholz-, Gras- oder Streuzettel oder das betreffende Zeichen einem Andern zur Benützung überläßt.“ (B.:B. I S. 611).

Durch diese Fassung war klar ausgesprochen, daß die in Art. 90 des revidirten Forstgesetzes nunmehr in den Absätzen 2 und 3 aufgeführten erschwerten Frevel mit der nämlichen höheren Strafe belegt werden sollen.

Der zweite Absatz des Art. 81 des Gesetzentwurfs wurde sodann vom Ausschuß-Referenten der Kammer der Abgeordneten dahin gefaßt:

„Geschieht Dies mittelst eines bespannten Fuhrwerks, so trifft ihn eine Geldstrafe von dreißig Kreuzern bis fünf Gulden.“

Gleicher Strafe unterliegt, wer bei dem Beseholze oder Streusammeln eiserne Rechen, Hacken, Hauen oder Schneidwerkzeuge anwendet, sowie derjenige, welcher den ihm ausgesetzten Beseholze Gras- oder Streuzettel oder das betreffende Zeichen einem Andern zur Benützung überläßt."

Dies geschah jedoch um „der größeren Deutlichkeit wegen“ (B.-B. III S. 71) ohne den Sinn der Bestimmung irgend wie zu ändern, da auch die neue Gestaltung des zweiten Absatzes des Art. 81 des Gesetzentwurfs durch die Zusammenfassung der erschwerten Frevelfälle in Einen Absatz jeden Zweifel über ihre gleiche — höhere — Strafbarkeit ausschloß. Die neue Fassung erlangte allseitige Zustimmung (Verhandl. der Kammer der Abgeord. von 1851 Beil.-Bd. III S. 86 und 116. Verhandl. der Kammer der Reichsräthe von 1852 B.-B. IV S. 72 und 111, Protokb. von 1851/52 Bd. III S. 590), und ging hierauf in das Gesetz über, nur wurden hiebei aus dem vorherbezeichneten einzigen Absätze zwei Absätze, die Absätze 2 und 3 des nunmehrigen Art. 90 des revidirten Forstgesetzes gebildet, was aber keine sachliche Bedeutung hat. (Verhandl. der Kammer der Abgeord. von 1852 Bd. IV S. 6).

Hiernach läßt auch die Geschichte der Entstehung des Art. 90. des revidirten Forstgesetzes entnehmen, daß die Anschauung des Berufungsgerichts, unter der erwähnten „gleichen Strafe“ sei die Strafe des Abs. 1 des Art. 90 zu verstehen, eine irrige ist. Urtheil vom 5. Februar 1884.

#### VIII. Gesetz vom 18. August 1879 über das Gebührenwesen.

Art. 224 Abs. 3 u. Art. 228 Abs. 5. Die von Konkursverwaltern vorgenommenen Versteigerungen beweglicher Massengegenstände sind gebührenpflichtig.

Das bayerische Gesetz über das Gebührenwesen vom 18. August 1879 hat zu dem in den Motiven zum Gesetzentwurf bei der allgemeinen Begründung desselben unter V 4<sup>a</sup> ausgesprochenen Zweck einer stärkeren Heranziehung des beweglichen Vermögens zur Besteuerung (Verh. der Kammer der Abgeord. von 1879 Beil.-Bd. VII S. 78) die öffentlichen Versteigerungen von beweglichen Sachen im Art. 221 mit einer Gebühr belegt, welche zu 1 vom Hundert des erzielten Gesamterlöses zu erheben ist. Diese Gebühr wird nicht von dem Akt der Vornahme der Versteigerung oder der Errichtung der Versteigerungs-urkunde, sondern von dem durch die Versteigerung vermittelten Besitz- und Eigenthums-Übergang erhoben, hat daher die Natur einer Verkehrssteuer, und ist deshalb durch die Bestimmung des § 2 Abs. 1 des Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetzes, nach welcher neben den Gebühren des letzteren Gesetzes eine Erhebung von Stempeln und anderen Abgaben nicht stattfindet, nicht ausgeschlossen. Daß die eben erwähnte Bestimmung sich nicht auf Gebühren im Sinne des Art. 221 des bayer. Gebühren-Gesetzes erstreckt, wurde in den Motiven zu § 2 des Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetzes ausdrücklich anerkannt, indem daselbst bemerkt ist, durch die Stempelfreiheit des vom Gerichtsvollzieher über eine Zwangsvollstreckung errichteten Protokolls (Civil-Proz.-Ordng. § 682) werde die Erhebung einer landesgesetzlich auf den Besitzwechsel gelegten Abgabe eben so wenig ausgeschlossen, als eine anderweite, im Lauf des Zwangsvollstreckungsverfahrens stattfindende (Civil-Proz.-Ordng. §§ 722, 726, 743) oder eine durch den Konkursverwalter (R.O. §§ 107, 121, 122) vorgenommene Verwerthung derartigen Abgaben entzogen sei (Sten. Brcht des d. Reichstags 1878 Bd. III S. 574).

In Folge dessen war die Landesgesetzgebung

nicht gehindert, die Erhebung der in Art. 221 des Geb.=Ges. bezeichneten Gebühr von jeder öffentlichen Versteigerung beweglicher Sachen ohne Unterschied von wem und aus welcher Veranlassung sie vorgenommen wurde, anzuordnen. Gleichwohl hat das Gebühren-Gesetz im Art. 222 unter Ziff. 3 eine Ausnahmsbestimmung dahin getroffen, daß Zwangsversteigerungen von dieser Gebühr befreit sein sollen. Was aber hier unter Zwangsversteigerungen verstanden wird, ergibt sich aus den Motiven zu Art. 222 des Gesetzentwurfes (Verhandl. der Kammer der Abgeordn. 1879 B.:B. VII S. 95), welche besagen.

Die in Art. 222 Ziff. 3 vorgeschlagene weitere Ausnahme bezüglich der Zwangsversteigerungen erscheint zunächst veranlaßt durch die Bestimmung in § 2 Abs. 1 des Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetzes, wonach die von den Gerichtsvollziehern aufgenommenen Zwangsvollstreckungsprotokolle landesgesetzlich mit weiteren Abgaben nicht belastet werden dürfen. Zwar würde nach den Motiven zum Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetz hiedurch die Erhebung einer landesgesetzlich auf den Besitzwechsel als solchen gelegte Abgabe an sich nicht ausgeschlossen sein. Immerhin müßte aber die Erhebung der Gebühr für solche Fälle wesentlich anders gestaltet werden, als dieß der Entwurf für die übrigen Mobilienversteigerungen vorsieht. Da nun überdies eine sehr erhebliche Mehreinnahme von der Ausdehnung der Gebührenpflicht auf den Besitzwechsel bei Zwangsversteigerungen von Mobilien kaum zu erwarten sein dürfte, und auch Billigkeitsgründe eine derfallsige Maßnahme widerrathen, so wird die in dem Entwurf vorgeschlagene Befreiung vor anderweitiger Regelung des Gegenstandes unter Einbeziehung der Zwangsversteigerungen den Vorzug verdienen.

Hiermit ist klar ausgesprochen, daß die Ausnahmebestimmung die, nach § 682 der Civ.-Proz.-Ordnng. durch ein hierüber aufzunehmendes Protokoll zu beurkundenden, Zwangsversteigerungen der Gerichtsvollzieher zum Gegenstand hat, hinsichtlich welcher die in Bezug genommenen Motive zu § 2 Abs. 1 des Reichs-Gerichts-Kosten-Gesetzes bemerken, daß der Erhebung einer landesgesetzlich auf den Besitzwechsel gelegten Abgabe nichts entgegenstehe, die Erhebung einer andern landesgesetzlichen Abgabe aber unzulässig sei. Es sind sonach nur die Mobilienzwangversteigerungen der Gerichtsvollzieher, und zwar wohl mit Rücksicht auf die nach § 7 der revidirten Reichs-Gebühren-Ordnung für die Gerichtsvollzieher von den Letzteren bei der Zwangsversteigerung von beweglichen Sachen zu erhebenden Gebühren, von der Gebühr des Art. 221 des Gebührengesetzes befreit worden, nicht auch die neben diesen Zwangsversteigerungen in den Motiven zu § 2 Abs. 1 des Reichs-Ger.-Kost.-Ges. erwähnten auf Grund des § 107 der Konkurs-Ordnung von den Konkursverwaltern vorgenommenen Versteigerungen beweglicher Massegegenstände. Diese von der Bestimmung des Art. 221 auszunehmen, war, nachdem das Reichs-Ger.-Kost.-Ges. dieselben nicht mit einer Gebühr belegt hat, gar keine Veranlassung gegeben.

(Fortsetzung folgt.)

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts. Urtheile vom Dezember 1884. — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom Dezember 1884.

Nachträge von diesem Monate folgen.

### Civilrechtliche Entscheidungen.

**Sachenrecht.** Vergünstigung und Noth-  
servitut. Voraussetzungen der letztern.

Der Klage des Verleiher's eines Prefarium's auf Unterlassung der Ausübung der widerrufenen Vergünstigung kann durch einen Einwand nicht beseitigt werden, welcher daraus hergenommen wird, daß Umstände vorliegen, welche den Beklagten berechtigen, auf Bestellung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit anzutragen; — Entsch. des Verl. Ob. Trib. Bd. 48 S. 466 — denn zu einer wirksamen Einrede ist ein bereits erworbenes, das Klagerrecht aufhebendes oder hemmendes Recht (jus quaesitum) erforderlich, der Anspruch auf Einräumung oder Bestellung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit aber ist noch nicht das zur Ausübung befähigende Recht. — Forster, preuß. Priv.-R. 3. Aufl. Bd. 3 S. 257 §. 181. Seuffert Arch. VI, 201. XIII, 211. XIV, 114.

Die Fortsetzung der widerrufenen Berechtigung gegen den Willen des Verleiher's stellt sich als ein  
Neue Folge Band XXXII.

Eigenthumsbeingriff dar. — Forster a. a. O. S. 324 Note 9.

2) Die Bestellung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit setzt voraus, daß das eine Grundstück ohne die vom andern zu tragende Berechtigung ganz oder zum Theile völlig unbrauchbar sein würde, und daß der Eigenthümer des zu belastenden Grundstückes von dem des andern Grundstückes für die Belastung durch Kapital oder Rente entschädiget werde.

Völlig unbrauchbar würde das Grundstück sein, wenn es ohne die Berechtigung auf dem andern nicht seiner Bestimmung gemäß benützt werden könnte.

Doch soll die Berechtigung auch dann nicht verweigert werden können, wenn sie zur Verbesserung des andern Grundstückes nothwendig ist, und der Eigenthümer des andern an dem bisherigen freien Gebrauche und der nützlichen Verwendung nicht gehindert wird.

Zwischen praedium rusticum und urbanum ist nicht unterschieden; es wird aber bei Bestellung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit für ein Gebäude vorausgesetzt, daß ein Vortheil des Grundstückes selbst in Frage stehe, durch welches dieser der Person des Eigenthümers zukomme.

Der Begriff der Grundgerechtigkeit nach dem (vorgelegenen Falle maßgebend gewesenen) allgem. preuß. Landrechte harmonirt mit dem des gemeinen Rechtes von der Prädialservitut, und wird daher da wie dort als absolut nothwendiges Moment erfordert, daß die Grundgerechtigkeit dem Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes, und zwar nicht darüber hinaus, diene, sohin diesem selbst einen Nutzen gewähre und dadurch jedem Besitzer als solchen. — Preuß. Vdr. Thl. I Tit. 22 §. 12, 25, 90—92, 201, 203, 205—212. Striethorst Arch. Bb. 1

§. 247, Bd. 52 §. 331, Bd. 55 §. 189, Bd. 51 §. 208. Entsch. d. Berl. Obertrib. Bd. 1 §. 275. Bornemann preuß. Vdr. Bd. 4 §. 553 u. f. Bielig preuß. Vdr. Bd. 4 §. 644 u. f. Koch preuß. Vdr. 4. Aufl. Bd. 2 §. 872 Note 11. Glück Comment. Bd. 9 §. 628, Bd. 10 §. 569. Keller Pand. §. 164. Seuffert Pand. 3. Aufl. §. 162 Nr. 2 u. 3.

Es handelt sich also um den Vortheil eines Immobile, und deshalb muß dieser dem Grundstück im Ganzen oder doch einem Gegenstande zustehen, welcher entweder ein Theil des Grundstückes selbst oder als ein solcher zu behandeln ist, wie das Haus, die darauf wachsenden Früchte (bei der servitus aquae) oder das Vieh, welches zur Bewirthschaftung dient (bei der serv. pascendi) wenn von einer Grundgerechtigkeit die Sprache sein soll.

Ein Vortheil, welcher nicht dem herrschenden Grundstück selbst oder einem vorhin bezeichneten Gegenstande zugehen, nicht dessen Eigenthümer als solchem, sondern in anderen Beziehungen bestellt werden soll, kann niemals als Grundgerechtigkeit in Betracht kommen. Deshalb ist es keine Grundgerechtigkeit, wenn der Eigenthümer eines Grundstückes, welcher ein Gewerbe darauf betreibt oder eine Kunst, oder eine industrielle Anstalt oder Fabrik darauf angelegt hat, sich des zu verbessernden oder zu erweiternden Gewerbes oder Fabrikbetriebes wegen von dem Eigenthümer des anstoßenden Grundstückes das Recht bestellen läßt, z. B. einen Brennofen auf diesem Grundstück zu errichten, ein Schwungrad aufzustellen, Holz darauf zu lagern, Wasser zu schöpfen, Thon zu graben u. dgl.; denn das Gewerbe oder die Fabrik kann nicht als ein Theil des Grundstückes angesehen werden, und dann fließt der aus dem verbesserten oder erweiterten Gewerbebetriebe entspringende Nutzen offenbar nur dem In-

\*

haber des Gewerbes oder dem Fabrikanten als solchen zu, nicht aber dem Grundstücke, worauf das Gewerbe, die Fabrik betrieben, oder dem Gebäude, worin die industrielle Anstalt sich befindet oder in Betrieb gesetzt ist. Es könnte hier bloß von einer obligatio oder Personalservitut gesprochen werden. fr. 5 §. 1 vgl. mit fr. 6 pr. D. 8, 3. Puchta Inst. Bd. 2 §. 253 Nr. 1, Puchta Pand. Vorl. 5. Aufl. Bd. 1 §. 183 S. 394 Nr. 1. Vangerow Zeitf. Bd. 1 Abth. 1 §. 340 S. 638.

(Im vorgelegenen Falle war von der Gemeinde F. eine Fabrik precario modo gestattet worden, unter einem der Ersteren eigenthümlichen Weg eine Wasserleitung durchzuführen, es hatte die Gemeinde die Begünstigung widerrufen und dann auf Entfernung der Wasserleitung geklagt, während die Fabrik auf Einräumung einer nothwendigen Grundgerechtigkeit Widerklage erhoben hatte. In zweiter Instanz war nach der Klagebitte erkannt und die Widerklage abgewiesen worden, und die von der Beklagten und Widerklägerin deshalb erhobene Revisionsbeschwerde wurde zurückgewiesen. Festgestellt war, daß die Beklagte und Widerklägerin bloß zur Abkühlung der Fabrikapparate die Zuleitung größerer Wasserquantitäten bedarf, und daß sie weder ganz noch zum Theile betriebsunfähig werden würde, wenn ihr die fragliche Wasserleitung nicht gestattet werde, sondern daß ihr diese Leitung nur zur erheblichen Verbesserung des Betriebes dienlich sei.) Urth. v. 9. Dez. Reg. I. 123. 1884.

Der Bezug des Staatsdienerruhegehaltes wird durch Uebernahme eines öffentlichen Amtes (hier eines Notariats) nicht ausgeschlossen und gilt diese Uebernahme an sich insbes. auch nicht als Verzicht auf den Ruhegehalt.

Der i. J. 1872 zum Kaserninspektor in N. bestellte F. wurde i. J. 1880 wegen Krankheit mit einem Gehalte von 1560 Mk. in Ruhestand gesetzt, i. J. 1883 aber zum egl. Notar in B. ernannt. Weil nun in Folge dieser Ernennung das Kriegsministerium den Einzug der Pension verfügte, klagte F. gegen den k. Militärkassak auf Fortbezahlung der Pension, und in erster Instanz, wurde auch der Beklagte verurtheilt, der Oberrichter dagegen erkannte auf Abweisung der Klage. Auf Revisionsbeschwerde hob das Oberste Landesgericht das angegriffene Urtheil auf und stellte den erstrichterlichen Ausspruch wieder her aus folgenden Gründen:

Es fragt sich vor allem, ob die Annahme eines auf Seite des F. vorliegenden Verzichtes, worauf der Oberrichter seinen Ausspruch gegründet hat, eine der Art gerichtlich festgestellte Thatsache bilde, daß sie nach RCPD. §. 524 für die Entscheidung des Revisionsgerichtes maßgebend sein müsse? Diese Frage ist zu verneinen.

Im angefochtenen Urtheil ist die Annahme des Verzichtes durch konkludente Handlungen nicht gegründet auf besondere, dem gegebenen Fall eigenenthümliche Umstände, Aeußerungen und Handlungen des Klägers, sondern es ist die Annahme des Verzichtes bloß das Ergebniß einer Folgerung aus dem allgemeinen Satze, daß Niemand den Stand und Titel eines Kaserninspektors haben und zugleich Notar sein könne, daß also Derjenige, welcher die Stelle eines Notars annehme, hiemit auf Stand und Titel eines Kaserninspektors, welcher ihm bis dahin zugekommen, Verzicht leihte und leisten müsse. Die Richtigkeit dieses Satzes ist vom Revisionskläger in Frage gestellt und damit ist eine Rechtsfrage gegeben.

Nun ist zwar in den Urtheilen der Vorinstanzen mit Recht angenommen worden, daß die Entschel-

bung dieser Frage nicht auf Grund der §§. 25—27 der IX. Verf.:Beil. erfolgen könne, und zwar deshalb nicht, weil F. wohl als Kaserninspektor Civilbeamter der Militärverwaltung und deshalb nach der IX. Verf.:Beil. zu beurtheilen, derselbe aber nicht in Folge einer administrativen Erwägung oder einer organischen Verfügung, sondern wegen Krankheit in den Ruhestand versetzt wurde, dann auch deshalb nicht, weil F. durch die Verleihung und Annahme einer Notarstelle nicht in eine definitive Aktivität des Staatsdienstes im Sinne der IX. Verf.:Beil. wieder eingesetzt worden ist. Auch das ist nämlich und mit Recht, in den Urtheilen der Vorinstanzen anerkannt, daß Notare zwar öffentliche Beamte sind — Not.:Ges. §. 1 — nicht aber Staatsdiener im Sinne der IX. Verf.:Beil.; denn in diesem Sinne sind Staatsdiener diejenigen, welche in Kraft eines Dekretes und legaler Berufung gegen Bezug eines fixen Geldgehaltes dem Staate ihre Kräfte widmen. Reg.:Bl. 1813 S. 761.

Wohl aber hat man bei der Untersuchung der Frage, ob F. den ihm als früheren Kaserninspektor zukommenden Ruhegehalt auch nach Annahme der ihm verliehenen Notarstelle zu beanspruchen berechtigt sei, von der IX. Verf.:Beil. auszugehen, weil die darin enthaltenen Bestimmungen dem Kläger in seiner Eigenschaft als Kaserninspektor zur Seite gestanden sind, und somit auch nach diesen Bestimmungen die rechtliche Natur des dem Kläger mit seiner Quieszenz bewilligten Ruhegehaltes zu beurtheilen ist.

In §. 18 a. a. D. ist nun bestimmt, daß außer dem Fall eines richterlichen Urtheiles der definitiv verliehene Dienerstand und Standesgehalt die unverletzliche Natur der Dauer auf Lebenszeit haben solle. Doch ist in §. 22 a. a. D. weiter verordnet, daß der Staatsdiener zu jeder Zeit ohne alle Mo:

tlivung seine Entlassung aus dem Staatsdienste nehmen könne. Daß dem F. der ihm als quieszirtten Kaserninspektor zukommende Stand mit Ruhegehalt richterlich aberkannt worden sei, davon kann, abgesehen von dem hier vorliegenden aber eben erst zu entscheidenden Falle, keine Rede sein, und kann hier für eine dem Kläger nachtheilige Entscheidung kein anderer Grund gefunden werden, als der nach allegirter Gesetzesstelle allerdings dem F. jederzeit freigestellte Verzicht.

Es kann nun zugegeben werden, daß ein Verzicht nicht nur durch ausdrückliche Erklärung, welche jedoch hier nicht vorliegt, sondern auch durch Handlungen bewirkt werden könne, und es mag angenommen werden, daß in der Annahme der dem Kläger verliehenen Stelle eines Notars sein Verzicht auf den bis dahin von ihm als quieszirtter Kaserninspektor bezogenen Ruhegehalt dann gefunden werden könnte, wenn das Amt eines Notars mit der Stellung eines quieszirtten Kaserninspektors nach bestehenden gesetzlichen Vorschriften oder auch nur nach der Natur der Sache unvereinbar wäre; allein eine solche Unvereinbarkeit kann nicht anerkannt werden.

Alles was von gesetzlichen Bestimmungen etwa hieher Bezug hat, besteht darin, daß nach §. 22 der IX. Verf.-Beil. ferner nach W. v. 10. März 1868, endlich nach §. 51 des Landtagsabschiedes v. 28. April 1878 den Staatsdienern, oder, wie es in jeder W. heißt, den Beamten und öffentlichen Dienern die Uebernahme gewisser Nebengeschäfte untersagt ist. Allen diesen gesetzlichen Bestimmungen aber ist zu entnehmen, daß es sich hiebei nur um aktive Beamte und öffentliche Diener handle; denn der §. 21 der IX. Verf.-Beil. bezieht sich ausdrücklich nur auf die in Amtsthätigkeit stehenden Staatsdiener, und in der W. vom

10. März 1868 ist den Aufsichtsstellen zur Pflicht gemacht, für Aufrechterhaltung der Bestimmungen des §. 21 der IX. Verf.:Beil. Sorge zu tragen, Störungen des Dienstes fern zu halten und im Falle eintretender oder zu befürchtender Kollisionen mit Amtspflichten dem betreffenden Beamten die Fortsetzung des fraglichen Neben-Geschäftes zu untersagen. Von einem Widerstreite mit dem Amte, von Störungen des Dienstes kann bei einem in Ruhestande befindlichen Beamten und öffentlichen Diener eine Rede nicht sein; ein Quieszent hat kein Amt mehr, er ist außer Dienst, ist völlig Herr seiner Zeit, und wenn ein solcher, von seiner freien Zeit Gebrauch machend, ein erlaubtes Privatgeschäft beghnt, oder eine öffentliche Funktion übernimmt, vielleicht nothgedrungen, weil sein Ruhegehalt zu seinem und der Seinigen Unterhalt nicht ausreicht, so kann ihm hiebei keine andere Schranke gezogen werden, als etwa die, daß er nicht die Rücksicht auf Sitte und Anstand verlege, welche er seiner Stelle als öffentlicher Diener schuldig war, und welche ihn auch in den Ruhestand begleitet.

Was im angefochtenen Urtheile dagegen ausgesührt wird, kann als probehaltig nicht erachtet werden.

Wenn es auch richtig ist, daß ein Kaserninspektor dem Stande der Staatsdiener im Sinne der IX. Verf.:Beil. angehört, dieses aber bei einem Notare nicht der Fall ist, so wird doch nach dem, was vorstehend bemerkt ist, gewiß nicht bei einem im Ruhestande befindlichen Staatsdiener der ganze Mann von seiner Staatsdiener-eigenschaft in der Art erfaßt und umfaßt, daß nur durch die Aufgabe dieser Eigenschaft die Annahme einer anderen Stelle, hier der Stelle eines Notars, ermöglicht werden könnte.

Daß der Kläger in den verschiedenen Eigenschaft eines Notars und eines quieszirtten Kasern-

Inspektors verschiedenen Disziplinarvorschriften unterworfen ist, steht der Vereinigung beider Eigenschaften in einer Person solange nicht entgegen, als nicht dasselbe in einer Stellung belobt, in der anderen getadelt wird, was, da in einem und demselben Staatsverbände alle Klassen der Beamten und öffentlichen Diener, wenn auch in verschiedener Weise so doch zur Erreichung desselben Staatszweckes thätig sind, nicht eintreten kann.

Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß es im vorliegenden Falle nicht so eigentlich um den Stand und Titel des Klägers als früheren Kaserninspektors sich handelt; denn nicht auf Zuerkennung eines Standes und Titels, sondern allein auf Zuerkennung des dem Kläger als quieszirten Kaserninspektor zukommenden Ruhegehaltes ist die Klage gerichtet.

Nun ist freilich im angefochtenen Urtheile der Satz aufgestellt, daß bei dem Hinwegfallen der früheren Standesqualität auch von einer Fortdauer des Rechtes zum Bezuge des Quieszenzgehaltes eine Rede nicht sein könne, da dieser als Ausfluß des bisherigen Standes sich darstelle, und der Verlust des letzteren auch den Verlust des hiemit verbundenen Anspruches auf den Ruhegehalt nach sich ziehe. Allein jener aufgestellte Satz ist in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Es zeigt dieses schon ein Blick in das Reichsstrafgesetzbuch, wonach die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe zwar die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, dann die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, den dauernden Verlust der öffentlichen Aemter, Titel u. s. w. zur Folge hat, nicht aber ohne Weiteres auch für einen quieszirten Beamten den Verlust des bis dahin bezogenen Ruhegehaltes, so daß also ein Beamter Stand und Titel verloren haben und dennoch seinen Ruhegehalt behalten kann. Es war bei den betreffenden Bestimmungen die Erwägung lei-

tend, daß die gewährte Pension wesentlich nur ein Äquivalent für geleistete Dienste sei.

Auch im bayerischen Disziplinalgesetze für richterliche Beamte v. 26. März 1881 ist die rechtliche Möglichkeit, bei dem Verluste des Standes und Titels im Genusse des Ruhegehaltes zu verbleiben, anerkannt, indem im Art. 8 bestimmt ist, daß bei den im Ruhestande befindlichen Richtern statt der Dienstentlassung auf Verlust des Titels und der Funktionszeichen zu erkennen sei, und daß, wenn die Einschreitung gegen einen quieszirten Richter wegen einer in der Dienstaktivität verübten strafbaren Handlung, welche den Verlust des Amtes zur Folge haben kann, geschieht, zugleich der Verlust des Ruhegehaltes oder eines Theiles desselben ausgesprochen werden könne.

Könnte man also dazu kommen, daß Amt eines Notars mit dem Stande und dem Titel eines Kaserninspektors im Ruhestande undvereinbar zu halten, und müßte man sonach annehmen, daß der Kläger mit der Annahme einer Notarstelle Stand und Titel, wie sie ihm früher zugekommen, verloren habe, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß er zugleich auch seines Ruhegehaltes verlustig geworden sei. Daß der Kläger selbst nach dem Aufgeben des früheren Standes und Titels doch im Genusse seines Ruhegehaltes bleiben könne, erlaubt die Natur der Sache sehr wohl; es ist auch im Allgemeinen rechtlich möglich, und besondere gesetzliche Vorschriften, welche entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Im Not.-Ges. Art. 4 ist zwar verordnet, daß ein Notar weder die Stelle eines Rechtsanwaltes, noch ein öffentliches Amt bekleiden könne, mit Ausnahme jener Gemeindeämter, mit denen ein Gehaltsbezug nicht verbunden ist; daß aber ein Quieszent, welcher als solcher kein Amt mehr bekleidet, nachdem er Notar geworden, nicht den ihm

aus seiner früheren Stellung zukommenden Ruhegehalt solle fortbezogen dürfen, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen.

Den Einwurf endlich anlangend, daß der Staatsregierung, nachdem der Kläger eine Stelle als Notar angenommen habe, nach Not.-Ges. Art. 1 Abs. 3 die Möglichkeit zu einer Wiedereinsetzung in eine nach dem Edikte v. 28. Mai 1818 zu beurtheilende Stelle, genommen sei, so ist derselbe kein berechtigter. Es kann die Frage, ob ein nicht gemäß §. 25 der IX. Verf.-Beil. sondern wegen Krankheit quiescirter Beamter gegen seinen Willen jemals reaktivirt werden könne, ununtersucht bleiben; denn selbst dieses angenommen, würde eben eintretenden Falles der Kläger jederzeit in der Lage sein, von der nach Not.-Ges. Art. 103 ihm zustehenden Befugniß Gebrauch machend von seinem Amte als Notar zurückzutreten und die ihm angetragene Aktivität im Staatsdienste anzunehmen.

Unter den gegebenen Verhältnissen kann also ein Verzicht des F. nicht angenommen, und auch sonst ein Grund nicht aufgefunden werden, aus welchem der dem Kläger als quiescirten Kaserninspektor gebührende Ruhegehalt eingezogen werden könnte. Urth. v. 13. Dez. Reg. I. 146. 1884.

### Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strassachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).

(Fortsetzung.)

In Folge dessen ist das, was in der Revision darüber ausgeführt wird, daß die Letztern insoferne Zwangsversteigerungen seien, als der Gemeinschuldner sie geschehen lassen müsse, um so mehr ohne Belang, als das Konkursverfahren lediglich ein die Auseinandersetzung des Gemeinschuldners mit seinen Gläu-

bigen bezielendes Vertheilungsverfahren ist, in welchem der Konkursverwalter die Verwerthung der nach § 1 Abs. 1 der Konf.-Ordn. zur Konkursmasse gehörigen Mobilien in Gemäßheit der Bestimmung des § 5 an Stelle des Gemeinschuldners zu bewirken hat, ohne vom Gesetz gebunden zu sein, dieß mittelst öffentlicher Versteigerung zu thun, und daher die durch den Konkursverwalter vorgenommenen öffentlichen Versteigerungen beweglicher Gegenstände der Konkursmasse an sich gar nicht als Zwangsversteigerungen sich darstellen.

Die in der Revision im Hinblick auf § 101 der Konf.-Ordn. in Bezug genommene Bestimmung des § 702 Nr. 3 der Civ.-Proz.-Ordn., daß aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, Zwangsvollstreckung zulässig ist, hat schon darum hier keine Bedeutung; weil die Befugniß des Masseverwalters, das Konkursvermögen zu verwerthen, nicht auf dieser Bestimmung, sondern auf der Vorschrift des § 107 der Konf.-Ordn. beruht. Von einer Doppelbesteuerung aber kann deshalb nicht gesprochen werden, weil die Gebühr des Art. 221 des Gebühren-Gesetzes die Eigenschaft einer Verkehrssteuer hat. Urtheil v. 31. Jan. 1884.

#### IX. Malzaufschlaggesetz.

Art. 33 Abs. 1 u. 2 u. Art. 73 Abs. 1. Mit dem Einschütten des Malzes zum Zwecke des Brechens desselben in die, wenn auch noch verschlossene, Gasse beginnt der Akt des Brechens.

Inhaltlich dieser Gesetzesstellen ist dem Besitzer einer mit einem Messungsapparat nicht versehenen öffentlichen Malzmühle untersagt, mit dem Brechen des übernommenen Malzes zu beginnen, bevor er die zur Controlirung des auf Grund der treffenden Polette zur Mühle gebrachten Malzquantums vorgeschriebene Messung vorgenommen hat, und macht

sich derselbe einer Uebertretung nach Art. 73 Ziff. 1 des revidirten Malzausschlaggesetzes schuldig, wenn er diesem Verbote zuwiderhandelt. Eine solche Zuwiderhandlung liegt aber vor, wenn er mit Unterlassung der Abmessung zur technischen Bearbeitung des Malzes, nämlich zu dem Verfahren übergeht, mittelst dessen bewirkt wird, daß die Frucht durch die Brechmaschine die Beschaffenheit erhält, die dieselbe, als zu ihrer Verwendbarkeit erforderlich, in der Mühle erlangen soll. Und dies geschieht, wenn der Müller das übernommene Malz unabgemessen zum Zweck des Brechens in die zur Brechvorrichtung gehörige Gasse schüttet. Denn dieses Einschütten ermöglicht, daß das Malz an die das Brechen unmittelbar bewirkenden Steine gelangt, und bildet damit den ersten Akt der eben erwähnten Bearbeitung des Malzes, da das von dem Müller vorzunehmende Brechen nicht, wie die Revision behauptet, bloß in dem Akte des Zerquetschens der Frucht besteht, sondern das ganze Verfahren umfaßt, durch welches die Herstellung des Produktes bedingt ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das ganze mit der Polette zur Mühle gebrachte Quantum Malz oder nur ein Theil hiervon unabgemessen in die Gasse gebracht wird, und ob in diesem Zeitpunkt bereits die Gasse nach unten geöffnet, und die Maschine in Thätigkeit ist, oder nicht, da die Wegnahme eines Theils des noch nicht abgemessenen Malzes die Feststellung des ganzen Quantum durch Abmessung unmöglich macht, und der Zweck des Einschützens, wenn dieses erfolgt, um das eingeschüttete Malz zum Brechen zu bringen, die Nothwendigkeit in sich schließt, daß der Verschluß der Gasse geöffnet und die Maschine in Gang gesetzt wird.

Im gegebenen Falle steht nun aber unanfechtbar fest, daß der Angeklagte von den mit der Polette übernommenen acht Säcken Malz zwei Säcke ohne

vorgängige Abmessung ihres Inhalts in die Gasse entleerte und zwar zum Zweck des Brechens des eingeschütteten Malzes. Denn die Strafkammer hat als erwiesen erklärt, daß der Angeklagte, wenn der Steueraufseher nicht hinzugekommen wäre, dieses Malz nicht mehr zum Zwecke des Abmessens des mit der Polette zur Mühle gekommenen Malzes aus der Gasse herausgenommen haben würde. Es ist also die Gasse von ihm nicht als ein Behältniß zur Aufbewahrung des Malzes, wie die Revision darzustellen sucht, sondern als Vorrichtung zur Hinableitung der zu brechenden Frucht auf die Mühlsteine benützt, und sohin das Malz aus den zwei Säcken zum Zweck des Brechens in die Gasse gebracht worden.

War aber dies der Fall, so hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Angeklagte, daß von ihm zum Brechen übernommene Malz nach dem polettirten Quantum abzumessen, der Vorschrift des Art. 33 Abs. 1 des Malzausschlaggesetzes zuwider gänzlich unterließ, und demgemäß die Strafbestimmung des Art. 73 Ziff. 1 dieses Gesetzes dem Beschwerdeführer gegenüber richtig angewendet. Daß, wie in der Revisionsausführung hervorgehoben wird, die Möglichkeit bestand, das eingeschüttete Malz wieder aus der Gasse herauszunehmen und mit dem noch in den Säcken befindlichen zusammen abzumessen, ist rechtlich ohne Belang, da mit dem Einschütten des unabgemessenen Malzes zum Zwecke des Brechens in die Gasse die strafbare That des Angeklagten vollendet war. Urth. v. 2. Mai 1884.

#### X. Gesetz vom 2. Juni 1876, die Erhebung einer Gebühr für das Halten von Hunden betr.

Art. 3 Abs. 5. Nicht die Dauer des Aufenthaltes der Hunde, sondern die Dauer des Aufenthaltes des Hundebesizers in Bayern erzeugt die Verbindlichkeit zu deren Anmeldung.

Der Art. 7 Abs. 1 des bezeichneten Gesetzes bedroht die Hundebesitzer mit Strafe, wenn sie die ihnen nach Art. 3 obliegende Anmeldung der Gebühr unterworfenen Hunde, bei welcher Anmeldung nach Art. 4 zugleich die Gebühr zu entrichten ist, unterlassen, und der Art. 3 Abs. 5 bestimmt, daß Personen, die nur vorübergehend im Königreiche verweilen, ihre Hunde innerhalb vierzehn Tagen bei der Ortspolizeibehörde eines derjenigen Orte anzumelden haben, in denen sie sich während dieser Zeit aufhalten. Demgemäß sind Personen, welche bloß vorübergehend in Bayern verweilen, nur in dem Falle zur Anmeldung ihrer über drei Monate alten Hunde verpflichtet, wenn sie sich vierzehn Tage hindurch in Bayern aufhalten, ihr Aufenthalt also vierzehn Tage währt. Dies ergibt sich aus den Worten des Art. 3 Abs. 5: „In denen sie sich während dieser Zeit aufhalten“, sowie aus der Fassung und den Motiven des, der eben erwähnten Gesetzesbestimmung zu Grund liegenden, Art. 2 Abs. 5 des Gesetzentwurfes. Denn der letztere lautete dahin: „Nichtbayern, welche nur vorübergehend im Königreiche verweilen, sind zur Anmeldung ihrer Hunde erst dann verbunden, wenn sie vier Wochen lang im Lande sich aufgehalten haben, in diesem Falle ist die Anzeige binnen drei Tagen nach Ablauf jenes Zeitraumes am Orte des Aufenthaltes zu erstatten“, und die Motive hiezu besagen, es dürfte billig erscheinen, Nichtbayern, welche nur kurze Zeit — unter vier Wochen — sich in Bayern aufhalten, zur Besteuerung nicht beizuziehen — (Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1875/76 Beil.Bd. II S. 1 u. 3). Bei den Verhandlungen über den Art. 2 wurde sodann wohl die Fassung in einigen Punkten anders gestaltet, der Grundsatz aber, daß erst nach einem Aufenthalte von einer bestimmten Dauer die Verpflichtung zur Entrichtung der Hundegebühr eintreten

soU, von keiner Seite beanstandet vielmehr anerkannt, und in Folge dessen auch im Gesetze selbst zum Ausdruck gebracht, nur mit dem Abmaße, daß im Einklange mit der Bestimmung des Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes die Aufenthaltsdauer von vier Wochen auf vierzehn Tage eingeschränkt wurde — (Verh. der Kammer der Abgeordneten Beil.Bd. II S. 365, Stenogr. Ber. Bd. I S. 370—373, Verh. der Kammer der Reichsräthe 1875/76 Beil.Bd. I S. 122, Prot. Bd. I S. 232—235). Hiernach finden aber Art. 3 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes im vorliegenden Falle keine Anwendung. Denn der Angeklagte hat sich im Bezirke der Gemeinde N. nur einige Stunden des Tages, nicht vierzehn Tage lang aufgehalten.

Dabei ist es ohne Belang, daß, wie in der Revision betont wird, die Hunde von dem Angeklagten in dessen Garten zu N. gehalten werden, da nicht die Dauer des Aufenthalts der Hunde, sondern die des Hundebesizers in Bayern nach Art. 3 Abs. 5 für die Verbindlichkeit zur Anmeldung der Hunde maßgebend ist, und sanitätspolizeiliche Rücksichten, wenn solche auch dem Gesetze vom 2. Juni 1876 zu Grunde liegen, nicht berechtigen, die Strafbestimmung des Art. 7 Abs. 1 dieses Gesetzes in einem Falle zur Anwendung zu bringen, in welchem die gesetzliche Voraussetzung hiezu nicht gegeben ist. Ebenso unerheblich ist, daß die Zusammenrechnung der Stunden, die der Angeklagte an den einzelnen Tagen in dem fraglichen Garten verbrachte, eine Stundenzahl ergibt, wie sie ein vierzehntägiger Aufenthalt umfaßt. Denn die in Art. 3 Abs. 5 vom Gesetze vorgeschriebene Anmeldepflicht ist nicht schon an einen derartigen stundenweisen Aufenthalt geknüpft.

Urtheil vom 21. Juni 1884.

(Fortsetzung folgt.)

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Die Haftung des Rechtsanwalts. — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts. Weitere Urtheile vom Dezember 1884. — Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem I. Semester 1884. (Urtheile.) — Literaturnotiz.

---

## Die Haftung des Rechtsanwalts.

Daß in Nr. 4 des laufenden Jahrgangs dieser Blätter mitgetheilte oberstrichterliche Urtheil, welches diese Frage entscheidet, gibt zu so gewichtigen Bedenken Anlaß, daß sich eine kritische Beleuchtung desselben wohl rechtfertigt.

Dieselbe ist allerdings kaum möglich, ohne daß auf eine frühere Entscheidung vom 18. Januar 1883 zurückgegriffen wird \*). Beiden Urtheilen, dem älteren wie dem jüngeren, unterlag die Entscheidung eines und desselben Streitfalls, die Entschädigungsfrage in Folge des verspäteten Eintrags eines Sicherheitsarrestes in das Hypothekenbuch. Dort stand die Würdigung der von dem Arrestgläubiger gegen den Hypothekenbeamten erhobenen Syndikatsklage in Frage, hier die der Regreßklage desselben Gläubigers gegen den Anwalt, welcher ihn im Arrestverfahren vertreten.

Die Syndikatsklage wurde abgewiesen, der Regreßklage stattgegeben.

### I.

Die Abweisung der Syndikatsklage beruht auf der Erwägung, daß weder der Art. 21 der Sub-

---

\*) Bl. f. R. u. B. 48 S. 73.

Neue Folge Band XXXII.

haftationsordnung, noch der Art. 25 des Ausführungsgesetzes zur G.D. u. G.D. eine Aufhebung der hypothetisch-gesetzlichen Normen, sowie der Vollzugsvorschriften bezüglich der Neuanlegung von Folien entnehmen lassen und so nach der Hypothekenbeamte dadurch, daß er den Eintrag des Arrestes von der Vorlage einer Erwerbssurkunde abhängig gemacht und den Katasterauszug als ungenügend erklärt, kein klares und bestimmtes Gesetz verletzt habe. Läge aber selbst ein Rechtsirrtum vor, so würde ein solcher lediglich eine controverse Rechtsfrage betreffen und nimmermehr eine rechtliche Verantwortung des Beamten begründen können.

Der Regreßklage gegen den Anwalt wurde stattgegeben, weil die ebenerwähnten gesetzlichen Bestimmungen den Gegenstand einer Controverse bildeten, und bei dieser Controverse es Pflicht des Anwalts gewesen sei, sich darüber zu vergewissern, welcher Rechtsanschauung das Hypothekenamt folge und entsprechend dieser Rechtsanschauung sein Gesuch zu begründen und zu belegen.

Man brachte den Gegensatz! der Hypothekenbeamte ist entschuldigt, wenn er nach pflichtmäßiger Prüfung des Sach- und Rechtsverhältnisses auf Grund gewonnener Rechtsüberzeugung seine Entscheidung trifft, auch wenn diese auf einer entschieden unrichtigen Rechtsanschauung beruht. Anders beim Anwalte. Der Anwalt hat nicht allein zu prüfen, welche Anforderungen das Gesetz nach richtiger Auslegung stellt, sondern er muß sich darüber vergewissern, welche Anforderungen der das Gesetz anwendende Richter stellt. Es ist nicht genügend, daß er sein Gesuch entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen begründet und belegt; er hat es so zu belegen, wie der Richter es verlangt, auch wenn dieses Verlangen den gesetzlichen Bestimmungen widerspricht. Unterläßt er dieses, so handelt er ohne

die nothwendige Vorsicht und befindet sich darinn in culpa.

Dem Anwalt wird hieburch zur Pflicht gemacht, von vorneherein der Möglichkeit Rechnung zu tragen, daß der Richter sich einer mindestens objektiven Widerrechtlichkeit schuldig macht und sich nicht auf gesetzlichem, sondern auf ungesetzlichem Boden bewegt. Folgt er nicht rechtzeitig dem Richter auf diesem Wege, so macht er sich eines schuldhaften Verschümnisses seiner Partei gegenüber schuldig.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Weitere Urtheile vom Dezember 1884.

### I. Zur Civilprozeßordnung.

§. 498. Es war in erster Instanz dem auf Herausgabe von Mobilien beklagten S. Eid darüber auferlegt, daß die Thatsache nicht wahr ist, als hätte er aus dem Vermögen des R. zwei Betten an sich genommen; hiegegen hatte dieser Berufung eingelegt mit dem Antrage, den S. zur Herausgabe der Betten zu verurtheilen, und Beklagter, ohne von dem Anschaffungsrechte Gebrauch zu machen, hatte Zurückweisung der Berufung beantragt, das Obergericht aber hat den auf Aushändigung dieser Betten gerichteten Anspruch zurückgewiesen, annehmend, es sei durch Zeugen erwiesen, daß des R. Ehefrau über das eine Bett schenkungsweise verfügt habe, und daß andere in Folge Abnützung während der langwierigen schweren Krankheit derselben zu Verlust gegangen sei. Der oberstrichterliche Ausspruch wurde auf Revisionsbeschwerde aufgehoben aus folgenden Gründen:

Der Oberrichter hätte sich auf Verwerfung der

Berufung beschränken sollen. Die durch die Berufungsanträge gezogene Schraube zu überschreiten, dürfte es — etwa im Anschlusse an die von Endemann, Erläut. d. C.P.O. Bd. 2 S. 427 aufgestellte Meinung — auch durch die Erwägung sich nicht als berechtigt ansehen, daß mit dem Ergebnisse des in zweiter Instanz erhobenen Zeugenbeweises die vom Kläger behauptete Aneignung der Betten durch den Beklagten unvereinbar sei, die erstrichterlich angeordnete Eidesauflage also überflüssig erscheine. Denn schon in den Motiven zu §. 477 des Entwurfes zur Civilprozeßordnung ist die Nichtaufnahme einer Vorschrift, welche dem Obergerichte zur Beseitigung einer gesetzeswidrigen oder unnöthigen Eidesauflage die Befugniß einräumt, ohne Parteiantrag auf reformatio in pejus zu erkennen, mit dem Mangel eines Bedürfnisses angesichts der erleichterten Anschließung begründet worden, und Anträge, welche der Justizcommission des Reichstages unter Hinweisung auf §. 728 der Civ.-Proz.-O., der sich in der Praxis bewährt habe, die Aufnahme einer dergleichen Bestimmung bezweckten, fanden, nachdem der Vertreter des Reichskanzleramtes dieselben bekämpft hatte, keine Zustimmung; vielmehr verblieb es bei dem angeführten §. 477 des Entwurfes. — Sahn Mat. Bd. 1 S. 359, 716, Bd. 2 S. 981.

Nach dem ohnedieß klaren Wortlaute des §. 498 d. C.P.O. darf demnach das Urtheil I. Instanz nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist. — Com. zu diesem §. 498 von Seuffert 2. Aufl. Anm. 1, Petersen 2. Aufl. Anm. 1, Struckmann u. Koch 3. Aufl. Anm. 1, Wilmowßky und Levy 3. Aufl. Anm. 1. — Urth. v. 19. Dez. Reg. I. 158. 1884.

**Sachenrecht.** Zur Erbfolge in Lehen, unmittelbarer Eigenthumserwerb des Lehen; erben.

Es hatte Adolf Freiherr von G. i. J. 1844 ein Familienfideicommiß errichtet, hievon aber einige in seinem Besiß befindlich gewesene Kanzelelehen ausgenommen, welche später nach Maßgabe des Lehensablösungsgesetzes allodifizirt wurden. Derselbe starb ohne Hinterlassung männlicher Descendenz, das Familienfideicommiß ging auf Hans Georg Freiherrn v. G. über, und dieser ergriff auch Besiß von jenen ehemaligen Kanzelelehen. Es hatte aber Adolf Freiherr v. G. einen Bruder Joseph, welcher bei seinem Ableben zwei Söhne Richard und Lothar hinterließ, und diese traten gegen Hans Georg Freiherrn v. G. klagend auf, verlangend, dieser solle jene allodifizirten ehemaligen Kanzelelehen an sie herausgeben oder deren Werth mit 15,000 Mk. bezahlen, und den Werth der genommenen Früchte zu jährlich 450 Mk. ersetzen. Ueber diese Klage sprach sich das Oberlandesgericht also aus:

Die Klage ist statthaft. Sie ist auf die Thatfachen gegründet, daß die streitigen Grundstücke früher Lehen, und die Kläger gesetzlich erbfolgeberechtigt in diese Lehen gewesen, daß die Grundstücke aber i. J. 1849 nach Maßgabe des Lehensablösungsgesetzes allodifizirt und daß ihre Erbrechte innerhalb der gesetzlichen Frist angemeldet worden seien, daß der letzte Vasall Adolf Freiherr v. G. ohne Hinterlassung männlicher Descendenz gestorben sei und außer ihnen keine Erbfolgeberechtigten vorhanden seien, sie also die streitigen Grundstücke geerbt hätten, weshalb der Beklagte dieselben an sie herauszugeben habe.

In successione feudali hat man sein Recht a primo acquirente; denn dieser empfängt das Lehen gleich bei der ersten Belehnung nicht nur für sich, sondern auch für seine ganze Descendenz und Nachkommenschaft, welche allezeit tacite mit inbegriffen ist. — Anm. 2. bay. Obr. Lhl. V c. 18

§. XL—XLVI Nr. 1 lit. b. — Es ist daher ein spezieller Rechtsakt der Erwerbung des Lehens für die Nachkommen des ersten Erwerbers desselben nicht erforderlich, so daß die Grundsätze von dem Legaten auf die Kläger Anwendung finden. Nach bayer. Vdr. Tbl. I c. 6 §. 11 erwerben die Legatäre als sofort ohne tradition ipso jure das Eigenthum an der legitirten Sache; folglich konnten die Kläger, wenn die Klagebehauptungen auf Wahrheit beruhen, die streitigen Grundstücke nach dem Ableben des Freiherrn Adolf v. G. von jedem Inhaber derselben vindiziren. Demzufolge ist die Klage als Eigenthumsklage gegründet auf die Erbfolge nach dem Lehenrechte zulässig, und konnte ausgesprochen werden, daß Beklagter die Erbfolgerechte der Kläger anzuerkennen habe.

Diese Verurtheilung des Beklagten ist aber auch materiell begründet.

Es ist nämlich festgestellt, daß der Vater der damals noch minderjährig gewesenen Kläger, Joseph Freiherr v. G., gemäß dem Lehenablösungsgesetze i. J. 1850 rechtzeitig seine Erbansprüche angemeldet habe, und durch diese Anmeldung ist auch das Erbfolgerecht der Kläger in die streitigen Grundstücke gewahrt worden; denn in die Lehen wird nach Linien succedirt, die Descendenten sind folglich mittelbar erbfolgeberechtigt in Folge ihrer Abstammung vom Ascendenten. Jede Linie bildet daher ein Ganzes, während die einzelnen Linien unter sich in keinem solchen Zusammenhange stehen. Wenn somit der Stammvater der Linie sein Erbfolgerecht anmeldet, so ist hiedurch auch das Erbfolgerecht seiner Descendenten gewahrt, und muß dieses im vorliegenden Falle um so mehr gelten, als die Kläger zur Zeit, als die Anmeldung zu erfolgen hatte, noch minderjährig waren, also ihre Ansprüche nicht selbst anmelden konnten und Joseph Freiherr v. G. ihr gesetzlicher

Vertreter war. Jeden Falles ist durch dessen Anmeldung der Hauptzweck des Lehensablösungsgesetzes, daß der Besitzer des allodisirten Lehens von den Lehensansprüchen Kenntniß erhalte, auch hinsichtlich der Erbfolgerechte der Kläger erfüllt, da Adolf Freiherr v. G. als früherer Vasall wissen mußte, daß, wenn Joseph Freiherr v. G. erbfolgeberechtigt ist, dieseß auch dessen Söhne sind. Nur wenn Joseph Freiherr v. G. ausdrücklich erklärt hätte, daß er bloß seine Ansprüche anmelde, oder wenn er die Absicht gehabt hätte, nur dieseß zu thun, würde die Sache sich anders verhalten. Letzteres aber ist nicht festgestellt.

Nachdem durch die Anmeldung des Joseph Freiherrn v. G. auch die Rechte der Kläger gewahrt worden sind, kommt darauf nichts an; ob Beklagter, wie er behauptet, in Folge Verfügung des letzten Vasallen Adolf Freiherrn v. G. und Vertrages mit dessen Tochter in den Besiß der Streitobjekte gekommen sei, was außerdem nothwendig gewesen wäre, weil Beklagter, wenn er seinen Besiß nicht wenigstens mittelbar von Adolf Freiherrn v. G. ableiten kann, als ein Dritter im Sinne des Lehensablösungsgesetzes sich darstellt, folglich die Kläger, auch wenn ihre Erbansprüche nicht angemeldet worden wären, ihm gegenüber als erbfolgeberechtigt erscheinen würden, da er nicht berechtigt wäre, die Unterlassung der Anmeldung der Erbfolgerechte der Klage entgegenzusetzen. — Sammlg. Bd. 4 S. 390 — Urth. v. 11. Dez. Reg. I 117. 1884.

**Obligationenrecht. Kauf. Pretium verum.**

Nach den Rechtsgrundsätzen über den Kauf ist es völlig in das Belieben der Kontrahenten gestellt, den Kaufpreis nach freiem Ermessen hoch oder niedrig anzugeben, und hat es dabei weder auf die Motive der Parteien bei Festsetzung des Preises noch auf den Werth der Sache anzukommen, so

daß, wenn auch zugleich mit dem Preise eine Gründersprovision bezahlt worden ist, (was eben in vorgelegener Sache der Fall war) dadurch die in den Vertrag aufgenommene Preissumme nicht aufgehört hat, als wahrer Preis (pretium verum) zu gelten. Andererseits charakterisirt sich der darin stehende Gründerantheil als Kaufschillingstheil. Urth. vom 3. Dez. Reg. I. 91. 1884.

**Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strassachen aus dem 1. Semester 1884. (Urtheile).**

(Fortsetzung.)

**XI. Gesetz vom 28. Mai 1852 über die Benützung des Wassers.**

Art. 10 u. 97 siehe §. 67 des RStGB.

Art. 2, 33, 40 u. 52 mit §. 261 der RStPrO. Der Nachweis, daß ein Bach sich im Mittelguthume des Staates befindet, daß derselbe ein Nebenarm eines öffentlichen Flusses ist und daß er an einzelnen Stellen eine Regelung seines Laufes erfahren hat, schließt nicht aus, denselben als Privatfluß zu betrachten.

Hängt die Strafbarkeit von der Beurtheilung der Frage ab, zu welcher Gattung von Gewässern ein bestimmtes Gewässer gehört, so kann das Strafgericht hierüber entscheiden.

Die Nichteinhaltung der zuständigen Wasserhöhe bei Triebwerken an nicht im Eigenthume des Staates befindlichen Privatflüssen ist im Gesetze vom 28. Mai 1852 nicht direkt mit Strafe bedroht. Dagegen bestimmt dessen Art. 52 Abs. 1, daß die Verwaltungsbehörden den Gebrauch der Privatflüsse zu überwachen haben und im allgemeinen Interesse, namentlich aus gesundheitspolizeilichen Rücksichten zur Verhütung von

Ueberschwemmungen oder Versumpfungem polizeiliche Anordnungen erlassen können, und nach Art. 100 sind die Verwaltungsbehörden befugt, in den auf Grund des Art. 52 erlassenen Anordnungen Geldstrafen bis zu 90 Mark und Haft bis zu 14 Tagen anzudrohen, mit der Wirkung, daß das Nichtbefolgen einer solchen Anordnung nach Art. 101 desselben Gesetzes in Verbindung mit Art. 3 Ziff. 10b und Art. 5 des Ausführungsgesetzes zur Reichsstrafprozessordnung als Uebertretung zu bestrafen ist.

Der Begriff dieser Uebertretung erfordert hiernach, daß die im allgemeinen Interesse von der zuständigen Distriktsverwaltungsbehörde (Art. 92 des Gesetzes) erlassene, in einem Gebot oder Verbot bestehende, Anordnung, welcher zuwidergehandelt wurde, den Gebrauch eines Privatflusses zum Gegenstand hat, und zwar eines Privatflusses im Sinne des Art. 52 Abs. 1, worunter das Gesetz im Gegensatze zu den Gewässern, die nach Art. 1 und 2 die Eigenschaft öffentlicher Flüsse haben oder nach Art. 33 Abs. 1 Ziff. 3 künstlich angelegte Wasserleitungen oder Kanäle sind, die in Art. 39 Abs. 1 bezeichneten, nicht zur Schifffahrt oder Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienenden Flüsse und Bäche versteht, insofern sie nicht im Eigenthum des Staates sich befinden. Denn die Letzteren sind hinsichtlich der Regelung und Leitung ihrer Benützung und der Festsetzung besonderer Beschränkung gemäß Art. 40 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 des Wasserbenützungsgesetzes den öffentlichen Flüssen gleichgestellt.

Auf Grund der Feststellungen hat nun das Berufungsgericht den Stadtmagistrat zu M. in seiner Eigenschaft als mit der Handhabung der Wasserpolizei in M. betraute Distriktsverwaltungsbehörde ohne Rechtswirksamkeit für berechtigt erklärt, zur Verhütung von Ueberschwemmungen den Angeklagten in Anwendung des Art. 52 des Wasserbenützungsgesetzes

durch die Anordnung vom 11. November 1881 unter Androhung einer Strafe zur Einhaltung der Aiche des Wasserwerkes der von ihm geleiteten, am Bache liegenden, Fabrik anzuweisen.

Denn wenn auch dieser Bach, welcher sein Wasser aus der Isar erhält, als ein Nebenarm dieses öffentlichen Flusses sich darstellt, so ist derselbe doch nicht deshalb ein öffentlicher Fluß, weil nach Art. 2 Abs. 2 des Wasserbenützungsgesetzes derartige weder der Schifffahrt noch der Floßfahrt dienende Nebenarme dann nicht als solche gelten, wenn erworbene Rechte entgegenstehen, und im vorliegenden Falle der Umstand, daß der Bach nicht bloß Eigenthum des Staates, sondern auch Eigenthum der Gemeinde M. ist und ausschließlich dieser und den anliegenden Triebwerksbesitzern zur Benützung dient, dem Bache die Eigenschaft eines nach Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes als Staatsgut zur allgemeinen Benützung bestimmten öffentlichen Gewässers benimmt. Es hat daher das Berufungsgericht mit Recht den Bach als einen nicht öffentlichen Fluß erklärt, und ist es in Folge dessen unerheblich, daß, wie in der Revision geltend gemacht wird, das Gericht auch noch der Thatfache, daß der Wasserstand des Baches den des Hauptstromes nicht beeinflusst, eine Bedeutung beilegt hat.

Auch die Annahme der Strafkammer, es sei der Bach kein Kanal im Sinne des Art. 33 Abs. 1 Ziffer 3 des Wasserbenützungsgesetzes beruht nicht auf einer irrigen Rechtsansicht. Derselben liegt nicht, wie in der Revisionsausführung behauptet wird, die rechtswidrige Anschauung zu Grunde, es sei von dem Angeklagten zu beweisen gewesen, daß der Bach unter die Bestimmung des Art. 33 Abs. 1 Ziff. 3 falle, und, nachdem dies nicht geschehen, der Mühlbach nicht als ein geschlossenes Privatwasser zu erachten. Sie stützt sich auch nicht lediglich darauf,

daß das Bett des Baches aus ursprünglich vorhandenen Wasserrinnen besteht. Die Strafkammer hat, ohne den Angeklagten bezüglich irgend eines Punktes für beweispflichtig zu erklären, das Ergebnis der bei der öffentlichen Verhandlung gepflogenen Erhebungen nach Vorschrift des § 260 der Straf-*Proz.*-*Ordng.* geprüft und daraufhin dem Bach die Eigenschaft eines Kanals im Sinne des Art. 33 Abs. 1 Ziff. 3 des Wasserbenützungsgesetzes darum abgesprochen, weil er nach seiner Beschaffenheit, wenn auch an einzelnen Stellen eine Regulirung seines Laufes stattgefunden habe, was selbst bei öffentlichen Flüssen geschehe, keine künstlich angelegte Wasserleitung, sondern eine durch die örtlichen Verhältnisse entstandenes Gewässer sei, wie denn auch kein Anhaltspunkt zur Annahme vorliege, daß die Eigenthümer des Baches denselben in ihrem Interesse künstlich hergestellt hätten, und hierbei wurde die Thatsache berücksichtigt, daß natürliche Wasserrinnen das Bett des Baches bilden. Damit hat aber die Strafkammer, da für die Frage, ob einem fließenden Gewässer die Eigenschaft eines Kanals nach Art. 33 Abs. 1 Ziff. 3 zukommt, die thatsächlichen Verhältnisse maßgebend sind, in richtiger Auffassung dieser gesetzlichen Bestimmung eine Feststellung getroffen, welche keine Anfechtung in der Revisionsinstanz zuläßt.

Ist aber der Bach, welcher nicht zur Schifffahrt und nicht zur Flossfahrt benützt wird, nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils weder ein öffentliches Gewässer im Sinne des Art. 2 Abs. 2, noch ein geschlossenes Wasser im Sinne des Art. 33 Absatz 1 Ziff. 3 des Gesetzes, so hat das Berufungsgericht, nachdem gemäß Art. 40 Abs. 1 und 3 auch Privatflüsse im Eigenthum des Staates und dritter Personen stehen können, und die in der Revisionsausführung in Bezug genommmene Bestimmung des Art. 40 Abs. 2 hier keine Anwendung findet, weil

der Staat nicht allein Eigenthümer des Mühlbaches ist, dadurch, daß es in Uebereinstimmung mit der Anschauung der treffenden obersten Verwaltungsstelle den besagten Bach als einen Privatfluß im Sinne des Art. 39 und 52 des Wasserbenützungsgesetzes erklärte, für welchen die hinsichtlich des Wasserwerkes der von dem Angeklagten geleiteten Fabrik erlassene Anordnung vom 11. November 1881 gesetzlich zulässig gewesen sei, keine Rechtsnorm verletzt. Dies ist auch nicht dadurch geschehen, daß die Strafkammer, was die Revision beanstandet, darüber erkannt hat, zu welchen Gewässern der Bach nach den Wasserbenützungsgesetz gehört. Denn gemäß § 261 der Straf-Proz.-Ordnung. ist im Falle wenn, wie hier, die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurtheilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses abhängt, als welches im Gegensatz zu strafrechtlichen Verhältnissen auch ein öffentlich rechtliches sich darstellt, das Strafgericht auch über dieses zu entscheiden zuständig. Urtheil vom 27. Juni 1884.

Art. 17 und 97. Für die Anwendung des Gesetzes ist es ohne Belang, ob die Entstehung der Anstalt auf Bewilligung der Kreisregierung oder auf einem Privatrechtstitel beruht und ob die Aenderung der Anstalt eine Gefährdung oder Störung des Verkehrs verursacht oder nicht.

Der Art. 17 des Wasserbenützungsgesetzes bestimmt, daß neue Ueberfahrtsanstalten über öffentliche Flüsse mittels Fähren oder Rähnen (Prahmen) oder fliegender Brücken nur in Gemäßheit einer Bewilligung der Kreisregierung und unter den von derselben festzusetzenden Bestimmungen errichtet werden können, und nach den Art. 97 Ziff. 2 dieses Gesetzes wird bestraft, wer solche Ueberfahrtsanstalten ohne Bewilligung der Kreisregierung, oder in anderer als der bei der Bewilligung bestimmten Weise errichtet oder abändert. Der Main ist bei Hausen da er

Schon hier zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dient, nach Art. 2 des Gesetzes ein öffentlicher Fluß. Die Einrichtung aber, daß in Ausübung desselben auf dem Hause des Angeklagten in Häusern ruhenden Fährrechts Personen und Sachen mittelst eines Rahmens über den Main bei Häusern gefahren werden, ist eine Ueberfahrtsanstalt im Sinne des Art. 17 des Gesetzes, und war dies schon vor dem November vor. Jahres. Denn sie besteht nicht in einer bloß vorübergehenden Benützung des Flusses, sie ist ständiger Natur, sie dient dem allgemeinen Verkehr und bildet eine auf Erwerb gerichtete, dauernde Unternehmung, wobei es gleichgiltig ist, ob vor dem November vor. Jahres am Flußufer irgend eine bleibende Vorrichtung zum Zwecke der Benützung oder Fortbewegung des Rahms als Transportmittels angebracht war oder nicht, da das Gesetz zum Begriff der im Art. 17 bezeichneten Ueberfahrtsanstalten mittelst Fähren keinerlei ständige Anlagen an, in, oder über dem Flusse, sondern nichts weiter fordert, als daß die Anstalt die Ueberfahrt über einen öffentlichen Fluß vermittelt. Diese Ueberfahrtsanstalt ist von dem Angeklagten abgeändert worden, indem er zum Zwecke des Ueberfahrens mit dem Rahne ein an den Ufern befestigtes Seil über den Main spannte, und an dem Seile den Rahn über den Fluß leitete. Denn hiedurch hat der Genannte eine bleibende, das Ueberfahren wesentlich erleichternde Vorrichtung getroffen, welche der Transportanstalt die Natur einer fliegenden Brücke verlieh und dem früheren Betrieb der Ueberfahrt gegenüber als eine die Art des Transports ändernde Neuerung sich darstellt, durch die, wie aus dem angefochtenen Urtheile hervorgeht, sogar der Verkehr auf dem Flusse gehemmt wurde. Es sind somit, nachdem die Neuerung ohne Bewilligung der Kreisregierung ausgeführt wurde, alle Voraussetzungen des Art. 97 Ziff. 2 des Gesetzes

gegeben. Dies wäre übrigens auch dann der Fall, wenn man in der ebenerwähnten Neuerung nicht eine Abänderung, sondern die Errichtung einer Ueberfahrtsanstalt im Sinne des Art. 17 finden wollte.

Dabei ist es unerheblich, daß der Art. 97 Ziff. 2 unter Bezugnahme auf Art. 16 und 17 bestimmt, es solle bestraft werden, wer die bezeichneten Ueberfahrtsanstalten ohne Bewilligung der Kreisregierung oder in anderer als der bei der Bewilligung bestimmten Weise errichtet oder abändert. Denn damit ist keineswegs, wie in der Revision behauptet wird, gesagt, daß nur Aenderungen einer Ueberfahrtsanstalt, welche in Folge einer von der Kreisregierung auf Grund des Art. 17 erteilten Bewilligung errichtet wurde, unter die Strafbestimmung fallen. Das Gesetz erklärt vielmehr jede ohne Bewilligung der Kreisregierung vorgenommene Abänderung einer der angeführten Ueberfahrtsanstalten für strafbar, ohne zu unterscheiden, wie die Anstalt entstanden ist, ob sie auf einer Regierungsbewilligung oder auf einem Privatrechtstitel beruht. Die Bestimmung des Art. 97 Ziff. 2 bezieht sich sonach auf alle bestehenden Ueberfahrtsanstalten über öffentliche Flüsse mittelst Fähren oder Rähnen oder fliegenden Brücken. Durch die Anführung des Art. 17 wird nur auf den dort ausgesprochenen Grundsatz hingewiesen, daß die Errichtung einer der in Art. 97 Ziff. 2 genannten Ueberfahrtsanstalten die Bewilligung der Kreisregierung erfordert, welcher Grundsatz die Strafandrohung der letzteren Vorschrift auch bezüglich der eigenmächtigen Abänderung der vorhandenen Ueberfahrtsanstalten rechtfertigt.

Das Wasserbenützungsgesetz ist dem Fortbestehen der auf einem Privatrechte beruhenden Ueberfahrtsanstalten nicht entgegengetreten. Es dürfen daher die treffenden Fährgerechtigkeiten nach wie vor ausgeübt werden. Nur eine eigenmächtige Abänderung

dieser Anstalten hat das Gesetz im Art. 97 Ziff. 2 verboten, von der Anschauung geleitet, „daß der Staat die dem allgemeinen Verkehr und Gebrauch mittelst der Schiff- oder Floßfahrt gewidmeten Gewässer, wozu die öffentlichen Flüsse gehören — unter seiner besonderen Aufsicht und Ueberwachung halten und diejenigen Anordnungen treffen soll, welche erforderlich sind, um die allgemeine Benützung derselben zu sichern und zu erleichtern“ (Verhandl. der Kammer der Abgeordneten von 1851 Beil.-Bd. I S. 142). Und hievon ausgehend mußte das Gesetz diese in öffentlichen Interesse zutreffenden Anordnungen, also auch das Verbot eigenmächtiger Aenderungen, für alle bestehenden Ueberfahrtsanstalten erlassen, mögen dieselben auf Grund einer Regierungsgenehmigung oder in Ausübung eines Privatrechts betrieben werden. Allerdings ist in Ansehung der Frage, ob eine auf einem Privatrechtstitel beruhende Ueberfahrtsanstalt abgeändert wurde, der Inhalt der einschlägigen Berechtigung maßgebend, diesen Inhalt festzustellen, ist aber nach § 261 der Straf-Proz.-Ordnung auch der Strafrichter befugt, und im vorliegenden Falle hat die Strafkammer auf Grund unvordenklicher Uebung ohne ersichtlichen Rechtsirrtum als erwiesen angenommen, daß das Fährrecht des Angeklagten nur zum Gebrauch des Stehbaums und des Ruders, nicht auch zur Anwendung eines Seiles berechtigt, wie solches von ihm später zur Ueberfahrt benützt wurde. Es ist sohin der Art. 97 Ziff. 2 des Wasserbenützungsgesetzes vom Berufungsgericht mit Recht dem Angeklagten gegenüber in Anwendung gebracht worden.

Die Revisionsausführung, daß Fabrikant S. nicht berechtigt sei, da wo dem Angeklagten das Ueberfahrtsrecht zusteht, mit einer Fahrbrücke über den Main zu fahren, ist gegenstandslos, da die Strafkammer sich über eine solche Berechtigung des Ge-

nannten nicht ausgesprochen, sondern nur die That-  
sache angeführt hat, daß S. durch das Seil des  
Angeklagten gehindert wurde, in der von ihm beab-  
sichtigten Weise über den Fluß zu fahren, wie auch  
die Fischer und Flößer in der Ausübung ihres Ge-  
werbes namentlich bei Hochwasser durch ein derart  
angebrachtes Seil gehemmt würden. Der Begriff  
der Uebertretung nach Art. 97 Ziff. 2 des Gesetzes  
erfordert jedoch gar nicht, daß die Aenderung der  
Ueberfahrtsanstalt irgend eine Gefährdung oder eine  
Störung des Verkehrs verursacht. Urtheil vom  
4. Juni 1884.

**XII. Bahnpolizei-Reglement für die Eisenbahnen  
Bayerns vom 20. Mai 1880.**

§§ 63, 66, siehe: § 113 RStGB.

**XIII. Allgemeine Bauordnung vom 19. Septbr. 1881.**

§§ 1, 3, 6, 91, siehe: § 367 Nr. 15 RStGB.

---

**Literaturnotiz.**

In 2. Auflage erschien: Das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich v. 27. Januar 1877, erläutert und mit den bezüglichen Gesetzen und Verordnungen versehen von A. Gschwendner (München 1885, G. Wengert), welches Werk bereits bei dem Erscheinen der 1. Auflage in diesen Blättern (Jahrgang 1882 S. 112) als für die Praxis besonders brauchbar bezeichnet wurde.

Erhöht wird der Werth der 2. Auflage durch Beigabe einer Abhandlung über Grundbücher.

---

Redakt: R. v. Hettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Haftung des Rechtsanwalts. (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Schluß der Urtheile vom Dezember 1884.

## Die Haftung des Rechtsanwalts.

(Fortsetzung.)

Auch die weitest gehenden Ansprüche an das Maß anwaltschaftlicher Sorgfalt rechtfertigen nicht eine derartige Forderung. Mit derselben Konsequenz würde der Anwalt auch bei anderen prozessualen Schritten dringlicher Natur, wie z. B. bei Anträgen auf einstweilige Verfügungen, Anträgen auf Forderungspfändung, Exekutionsaufträgen verpflichtet, sich darüber Sicherheit zu verschaffen, ob nicht der Richter oder der Gerichtsvollzieher die den gestellten Anträgen entsprechende Entscheidung oder den Vollzug des Vollstreckungsauftrags von anderen als den gesetzlichen Voraussetzungen abhängig erklärt, und dessen außerhalb des gesetzlichen Rahmens sich bewegenden Anforderungen zu genügen.

Abgesehen davon, daß in den weitaus meisten Fällen ein derartiger konsultatorischer Verkehr zwischen Richter und Anwalt oft gar nicht möglich ist und gewiß nicht der Würde des Richteramts entspricht, da kein Richter verbunden ist, eine gewissermaßen akademische Entscheidung zu treffen, so würde wohl eine derartige geschäftliche Aufgabe, welche dem Anwalt ja nicht für einen einzelnen Ausnahmefall, sondern für einen großen Prozentsatz seiner beruflichen Thätigkeit mit gleicher Folgerechtigkeit gestellt würde, das Maß menschlicher Kraft übersteigen.

Neue Folge Band XXXII.

Hierzu kommt noch für den konkreten Fall, daß die Forderung mit dem Katasterauszug auch die Erwerbserkunde beizuschaffen, und erst mit Beifügung dieser den Vollzug des Sicherheitsarrestes zu beantragen, sich nicht einmal durch die Rücksicht der Opportunität begründen läßt. Auch eine allzuweit getriebene Vorsicht kann schädlich werden: Bei einem Sicherheitsarrest ist es nämlich Pflicht des Anwalts, dessen Vollzug mit Vermeidung jedes nicht durch die Nothwendigkeit gebotenen Zeitverlustes zu erwirken.

Bedingt das Gesetz bei dem Vollzug des Sicherheitsarrestes bei einem folienfreien Antwefen lediglich die Vorlage des Katasterauszuges, so war jeder Verzug, welcher durch die Beschaffung der Erwerbserkunde nothwendig wurde, ein überflüssiger, durch die gesetzliche Vorschrift nicht gebotener.

Würde der betreffende Anwalt am 21. Oktober nach Empfang des Katasterauszuges das Gesuch um Vollzug des Sicherheitsarrestes nicht sogleich vorgelegt, sondern sich an den betreffenden Notar sofort wegen Beschaffung der Notariatsurkunde gewendet haben, so würde, wenn in der Zwischenzeit, etwa beispielsweise am 24. Oktober, der den Arrest illusorisch machende Hypothekeneintrag erfolgt wäre, derselbe mit gutem Grunde für die hiedurch seinem Klienten entstandenen Nachtheile verantwortlich erklärt werden müssen, da die von ihm unternommenen, den Vollzug des Arrestes verzögernden Schritte nicht durch den Zwang einer gesetzlichen Vorschrift ihre Begründung fanden.

Dem taktischen Verhalten des Anwalts darf und muß allein die gesetzliche Norm zur Richtschnur dienen. Wird dieselbe unrichtig angewendet und erwachsen hiedurch der Partei Nachtheile, so läßt sich eben zwischen diesen und der unrichtigen Gesetzesanwendung allein ein kausales Verhältniß begründen.

Daß objektive Verschulden an dem Schaden trägt nicht der Anwalt, sondern der das Gesetz unrichtig anwendende Richter.

Ob derselbe auch aus subjektiven Gründen für denselben hätte verantwortlich gemacht werden sollen, ist eine hier nicht zu erörternde Frage \*).

## II.

Daß aber im konkreten Falle eine evident unrichtige Gesetzesanwendung Platz griff, ist unschwer nachzuweisen.

In dem oberstrichterlichen Urtheile vom 18. Januar 1884 wird ausgeführt:

„Dagegen könnte aus Art. 25 des Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung und Art. 21 mit 26, 4 der Subhastationsordnung gefolgert werden, daß wenn der mit Beschlagnahme zu belegende Gegenstand im Hypothekenbuche nicht eingetragen ist, für das Hypothekenamt zur Anlage eines Foliums behufs Einschreibung des Dispositionsverbotes die Vorlage eines beglaubigten Grundsteuerkatasterauszuges genüge.“

Alein dieses könnte nicht nur aus den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen gefolgert werden, sondern muß aus denselben gefolgert werden.

Für den Art. 25 des Ausführungsgesetzes schließt vor Allem die Entstehungsgeschichte desselben jeden Zweifel aus.

---

\*) Es soll im konkreten Fall der betreffende Anwalt von dem Vorwurf der Lässigkeit keineswegs freigesprochen werden. Dem obersten Landesgerichte ist darin beizupflichten, daß er sofort nach Erwirkung des Sicherheitsarrestes verpflichtet war, sich darüber zu vergewissern, ob das mit Beschlagnahme zu belegende Anwesen ein Folium hatte oder nicht. Diese Lässigkeit äußerte aber keinen schädigenden Einfluß.

Der Art. 29 Abs. 1 des Entwurfs \*) lautet:

„In den Landestheilen rechts des Rheins ist mit dem Antrag, wenn die Gegenstände, in welche der Arrest vollzogen werden soll, im Hypothekenbuch nicht eingetragen sind, ein richtig gestellter beglaubigter Auszug aus dem Grundsteuerkataster vorzulegen.“

Dieser Artikel veranlaßte nun den Abgeordneten Dr. v. Langlois zu einem Abänderungsantrage\*\*), welchen er damit begründete, „daß für den Fall, daß der Schuldner im Hypothekenbuche nicht als Besitzer eingetragen sei und der Berichtigung des Besitztittels oder der rentamtlichen Umschreibung ein Hinderniß entgegenstände, nicht vorgeschrieben sei, was mit dem Arrestbefehl vorgelegt werden müsse.“

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Schluß der Urtheile vom Dezember 1884.

### I. Zur Civilprozeßordnung.

Vergl. Allg. Lehren unter Nr. II.

### II. Civilrechtliche Urtheile.

Allgemeine Lehren. Stufen der Geistesbeschränkung.

Zu §§. 256, 259 u. 491 der CPrO.

1) Es war darüber Beschwerde geführt worden, daß der Obergerichter die Geistesbeschränkten und Geistes schwachen mit den Wahnsinnigen rechtlich gleichgestellt habe; aus diesem Anlaß bemerkte das Obst. Vdg.:

Es ist unrichtig, daß der Berufungsrichter jede Geistesstörung oder Geisteschwäche in Bezug auf

\*) Beilage D S. 166.

\*\*) 10. Protokoll des Gesetzgebungsausschusses S. 148.

die rechtlichen Folgen mit dem Wahnsinne gleichgesetzt habe; aber ebenso unrichtig wäre es, wenn er die Handlungsfähigkeit bloß auf die Krankheitsformen der Raserei (furor) oder des Wahnsinnes (dementia) beschränkt hätte.

Schon das römische Recht hat die Handlungsfähigkeit, die es bei furiosis und dementibus als Regel statuirt, auf fatui, stulti und insani (überhaupt auf alle mente capti geringeren Grades als dementes) ausgedehnt, wenn die geistige Störung oder Schwäche einen solchen Grad erreicht hat, daß die betreffenden Leidenden ihren eigenen Vermögensangelegenheiten nicht vorstehen können (qui rebus suis superesse non possunt), §. 4 J. 1. 23, fr. 2 D. 27, 10. fr. 2 D. 3. 1 und nach gemeiner rechtlicher Doctrin und Praxis wird nicht bloß bei Rasenden und Wahnsinnigen, sondern auch bei solchen Personen die Handlungsfähigkeit ausgeschlossen, deren Geisteschwäche einen so hohen Grad erreicht, daß sie die Bedeutung der von ihnen einzugehenden Rechtsgeschäfte nicht zu erkennen vermögen und zur Ueberlegung und freien Wahl zwischen verschiedenen Entschlüssen unfähig sind.

Denn der Grund der rechtlichen Handlungsfähigkeit der furiosi und dementes (und dieser der Grund, nicht die Bezeichnung der Form der Geisteskrankheit ist entscheidend) liegt in dem Mangel der Fähigkeit der Ueberlegung und der freien Entschlußwahl bezw. Willensbestimmung, und eben dieser Grund trifft auch bei solchen Personen zu, welche in solchem Grade an Geisteschwäche leiden, daß sie in Bezug auf Ueberlegung und Entschlußwahl nicht die zur Eingehung von Rechtsgeschäften nothwendig vorauszusetzende geistige Qualifikation besitzen, und somit einem rechtlich handlungsunfähigen Unmündigen gleichstehen. Glück, Pand. Bd. 33 S. 358; Savigny, Syst. Bd. 3 S. 85; Meyscher in d. Ztschr.

für deutsche Rechte Bd. 13 S. 309 u. f.; Smlg. Bd. 4 S. 331.

2) Wenn auch nach §. 256 u. 491 der ROPD. neue in erster Instanz nicht vorgebrachte Beweismittel in der Berufungsinstanz bis zum Schlusse der Berufungsverhandlung noch vorgebracht werden können, so ist doch dadurch der in §. 259 a. a. O. ausgesprochene Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht beseitigt oder auch nur beschränkt.

Dieser Grundsatz räumt dem Richter auch die Befugniß ein, die Vernehmung weiterer Zeugen aus dem Grunde abzulehnen, weil er nach seiner Ueberzeugung als bereits feststehend gefunden hat, daß durch die beantragte Vernehmung neuer Zeugen nichts Sachdienliches erbracht werden könne. Sahn, Mat. j. ROPD. Abth. 1 S. 668, 669, Abth. 2 S. 1010, 1011 u. S. 1266. Die bloße Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles der beantragten Vernehmung berechtigt den Richter nicht zur Ablehnung. Soll diese eine berechnete sein, so muß sie also auf der Ueberzeugung des Richters beruhen, daß das, was der Zeuge aussagen soll, überhaupt nicht erheblich ist und daß die vom Richter in tatsächlicher Beziehung gemachte Feststellung durch Aussagen neuer Zeugen nicht erschüttert werden könne.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt auch gegenüber der Beweisführung durch Sachverständige, und es liegt demnach in der Befugniß des Richters, unter divergirendem Gutachten frei zu wählen, die Abgabe von Gutachten anderer Sachverständigen anzuordnen und die beantragte Erholung neuer Gutachten abzulehnen. Lothar Seuffert, Com. j. RPD. S. 434 u. 445. Urth. vom 19. Dez. Reg. I. 121. 1884.

(Nach diesen Sätzen hat das Oberste Landesgericht in einem vorgelegenen Falle die vom Revis-

sionskläger in der Berufungsinstanz gemachten Beweisangebotungen und deren Ablehnung durch den Berufungsrichter nach ihren Motiven geprüft und gefunden, daß die Ablehnung nicht auf der Annahme bloßer Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles der beantragten Vernehmungen beruhe, sondern eine gerechtfertigte, und der Vorwurf einer Verletzung der §§. 256 u. 491 der R.C.P.O. nicht begründet sei. Somit ist die Zulässigkeit einer Revisionsbeschwerde anerkannt, wenn eine beantragte Vernehmung neuer Zeugen vom Obergerichte abgelehnt wurde, weil er zur Ueberzeugung gekommen ist, es werde durch die neuen Beweismittel das Ergebniß der bisherigen Beweisführung nicht alterirt.)

**Sachenrecht.** Zu den Baulasten der Pfarrkirche haben die in deren Sprengel gelegenen Lokalkirchen nach Ansbacher Rechte mit ihrem Vermögen nicht beizutragen.

Zu dem im ehemaligen Fürstenthum Ansbach gelegenen protestantischen Pfarrsprengel R. gehört auch die Ortschaft B., wo ein mit nicht unbedeutendem Stiftungsvermögen versehenes Gotteshaus sich befindet, welchem niemals die Qualität einer Parochialkirche zukam, sondern die eine mit eigenem Vermögen für ihre Kultuszwecke ausgestattete Filialkirche ist, deren Gemeindeglieder im Parochialverbande der Pfarrei R. stehen. Der Lokalkirchenstiftung B. gegenüber erhob nun der k. Fiskus den Anspruch, jene habe noch vor ihm zu den Baulasten an der Hauptkirche und an dem Pfarrhose zu R. im Falle der Insuffizienz des Vermögens dieser Kirche beizutragen, wurde aber mit solcher Klage vom Landgerichte F. abgewiesen, eine eingelegte Berufung wurde verworfen und gleiches Schicksal hatte die deshalb erhobene Nichtigkeitsbeschwerde. In den oberstrichterlichen Entscheidungsgründen heißt es:

Hinsichtlich der Aufbringung der Kosten zum Bau und zur Unterhaltung der Kirchen und Pfarrhäuser entscheidet im Geltungsgebiete des allgem. Preuß. Landrechts nach dessen Tht. II Tit. 11 §. 710 zunächst das besondere Provinzialrecht, also hier das markgräflich Ansbachische Recht.

Der bereits in der Ansbachischen Consistorialordnung vom 21. Jan. 1594 aufgestellte allgemeine Grundsatz, daß die Baulast zunächst von den Gotteshäusern selbst zu tragen sind, hat in dem Rescripte vom 19. Sept. 1796 (Arnold, Beitr. z. deutschen Priv.-R. Bd. 2 S. 158) eine ausdrückliche Bestätigung in den Worten gefunden:

„II. In Ansehung des Fonds, woraus diese Bauten zu bestreiten sind, ist es außer Zweifel, daß ein jeder Heiligenfond, welcher zureichend ist, seine Gebäude selbst erhalten muß.“

In Uebereinstimmung hiemit steht das im Preuß. Obr. §. 712 a. a. O. aufgestellte Prinzip; denn auch hienach müssen die Kosten des Baues und der Unterhaltung der Kirchengebäude hauptsächlich aus dem Kirchvermögen genommen werden. Soweit aber dieses nicht hinreicht, haben den Ausfall bei Landkirchen der Patron zu zwei Dritttheilen und die Eingepfarrten zu einem Dritttheile zu decken — §. 720, 731 a. a. O. —, und es kann sich dieser Verbindlichkeit selbst Derjenige nicht entziehen, welcher eine doppelte Parochie hat — §. 721 a. a. O. —.

Sind einem Pfarrsprengel auch Filialgemeinden zugewiesen, so sind nach Vorschrift des §. 726, vgl. mit §. 238 u. f. a. a. O., sämtliche Patrone und Eingepfarrte bei der Unzulänglichkeit des eigenen Vermögens ihrer baubedürftigen Pfarrkirche zu deren Unterhaltung für verpflichtet erklärt, und dieses Verhältniß besteht so lange fort, bis die Eingepfarrten eine amtliche Auß- oder Umpfarrung bewirkt haben.

Giebel macht das Gesetz — §. 726 a. a. O. —

keinen Unterschied, ob die eingepfarrten Mitglieder der Filialgemeinde zur Unterhaltung ihrer eigenen Filialkirche, im Falle der Unzulänglichkeit des Lokalkirchenvermögens für Bestreitung der dortigen Kirchenbedürfnisse und Baukosten auch aus ihrem Privatvermögen Beiträge zu leisten gezwungen sind oder nicht.

Davon aber, daß Filialkirchenstiftungs-Verwaltungen mit etwaigen Ueberschüssen der Filialkirchenstiftungskasse für die bauliche Unterhaltung der betreffenden Parochialkirche, in deren Sprengel die Filialkirche liegt, überhaupt oder gar noch vor dem Patrone der Pfarrkirche rechtlich aufkommen müßten, ist im allgem. preuß. Landr. nichts zu finden. Die in der II. Verf.-Beil. §. 48 vorkommende Bestimmung aber Betreffs der Verwendung der Ueberschüsse bei Lokalkirchenkassen enthält eine derartige Vorschrift nicht, und wäre auch sonst wegen ihrer öffentlich rechtlichen Natur überhaupt nicht für Begründung des fraglichen Anspruches verwendbar.

Bezüglich der baulichen Unterhaltung der Pfarrgebäude ist die gesetzliche Regel, daß in Ermangelung eigener für diesen Zweck bestimmter Fonds und entgegenstehender provincialrechtlicher Bestimmungen die für die Kirchengebäude geltenden Grundsätze auch auf die Pfarrgebäude Anwendung zu finden haben. §. 789 u. 790 a. a. O. Es ist also bezüglich der baulichen Erhaltung eines Pfarrhauses im ehemaligen Ansbachischen Gebiete, wenn nicht der Fall zweier unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer combinirter Pfarreien mit nur einem Pfarrgebäude gegeben ist, bei der Unzulänglichkeit des Pfarrkirchenvermögens auf die für baubedürftige Kirchen im §. 726 a. a. O. aufgestellte Regel zurückzugreifen, wonach zu den Bauausgaben für das baubedürftige Pfarrgebäude zunächst nach dem Vermögen der Pfarrkirche deren Patron und die dorthin Eingepfarrten beizutragen haben, während das Lokal-

Stiftungsvermögen der Filialkirche von dieser Concurrenz frei ist, weil es weder einen Theil des Pfarrkirchen-Vermögens bildet, noch seiner Natur nach die Eigenschaft eines dem Pfarrsprengel „Eingepfarrten“ haben kann, weil ferner diese Beitragspflicht der Letzteren keine Reallast ist — (Förster, preuß. Priv.-R. 3. Aufl. Bd. 3 §. 284 Anm. 117 S. 399) — und grundsätzlich jedes Stiftungsvermögen streng dem vorgeschriebenen Zwecke gewidmet bleiben muß. Urth. v. 18. Dez. 5B.-Nr. 6244.

**Obligationenrecht. Pactum de contrahendo.** Incessibilität der Forderungen hieraus.

Mit Vertrag v. 21. Mai 1875 hat die S. ihr Anwesen an H. verkauft, dabei aber einige Grundstücke sich vorbehalten und bezüglich dieser war im Vertrage vereinbart worden:

„daß dieselben nach ihrem Tode amtlich abgeschätzt werden müssen und daß H. das Recht hat, diese Realitäten von ihren Erben um 2000 fl. unter dem Schätzungspreise zu erkaufen.“

Darauf verkaufte H. das Anwesen an M., und dieser klagte gegen die Erben der S. auf Vollzug des eben erwähnten dem H. eingeräumten Rechtes, wurde aber mit seiner Klage abgewiesen, weil dieses Recht als ein höchst persönliches weder durch Cession noch durch Vererbung übertragbar sei, noch nach dem Vertragswillen zu einem solchen habe gemacht werden wollen. Daß die dagegen erhobene Revisionsbeschwerde zurückweisende oberstrichterliche Urtheil spricht sich hierüber also aus:

Zuerst ist die rechtliche Natur der fraglichen Vertragsbestimmung zu erörtern.

Mit Recht hat der Berufungsrichter angenommen, daß diese Vertragsbestimmung nicht etwa als ein sofort perfekter nur an den gewissen Eintritt eines Ereignisses — dies certus — geknüpfter Kaufver-

trag zu betrachten sei; denn das Recht durch seine Willensäußerung in Uebereinstimmung mit dem durch Vorvertrag gebundenen Willen des Andern den zum Vertragsschlusse erforderlichen Konsens der Betheiligten herbeizuführen, enthält noch nicht den Vertrag selbst. Vielmehr bildet das hier dem S. eingeräumte Recht und die von dem Mitcontrahenten als Korrelat übernommene Verpflichtung ein *pactum de contrahendo*, einen sogenannten Vorvertrag, durch welchen die Verbindlichkeit zum Abschlusse des Hauptvertrages übernommen wird. Windscheid, Pand. 5. Aufl. §. 310; Göppert, z. Lehre v. d. pacto de contrahendo in d. frit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 400 u. f.

Wie in dieser lektallegirten Erörterung über die rechtliche Natur und die rechtlichen Wirkungen dieser Art von Verträgen zutreffend ausgeführt wird, sind unter den *pactis de contrahendo* jedenfalls nur bereits bindende Verträge zu verstehen, welche definitiv sei es einen Theil, sei es beide Theile, wechselseitig obligiren sollen. Ihr Wesen besteht in der Richtung des Vertragswillens der Betheiligten auf ein künftiges *contrahere*.

Hienach darf ein *pactum de contrahendo* zunächst nicht als ein durch das Wollen des hienach Berechtigten bedingter Vertrag aufgefaßt und auf denselben jene Rechtsnorm angewendet werden, welche hinsichtlich jener Pakte gelten — vgl. fr. 69 D. 35. 1 — deren Entstehung auf den freien Willen des Promissars gestellt sind; denn es ist selbstverständlich und jedem Vertragsrechte eigenthümlich, daß ohne des Berechtigten Willen die Erfüllung, d. h. hier der Abschluß des in dem *pactum de contrahendo* gewollten Vertrages, nicht geschehen kann. Dadurch aber wird das *pactum* nicht zu einem bedingten. Vgl. Göppert a. a. D. S. 406.

Ebenso wenig ist es zutreffend, wenn das hier fragliche *pactum de contrahendo* als ein *pactum*

protimiseos oder retroemtionis aufgefaßt werden will, da diese Vertragsgarten nach Inhalt und Voraussetzungen hievon wesentlich verschieden sind; es können deshalb auch nicht die in Nr. 10 der Anm. z. bayer. Vdr. Thl. IV c. 4 §. 15 enthaltenen Bemerkungen hieher verwerthet werden. —

Die hier streitige Bestimmung des Kaufvertrages vom 21. Mai 1875 bildet eine Nebenabrede, durch welche zwar nur der Käufer zum contrahere berechtigt wurde, womit ein einseitiger Vertrag gegeben erschiene; allein da diese Vereinbarung ein pactum adjectum zu einem zweiseitigen Vertrage und einen Theil der von der Verkäuferin übernommenen Verpflichtung bildet, welcher sein Aequivalent in der der danach normirten Höhe des Kaufpreises findet, nimmt auch diese Nebenabrede den Charakter eines zweiseitigen Vertrages an.

Betrachtet man nun das vom Kläger beanspruchte Recht als eine aus dem Vertrage v. 21. Mai 1875 sich ableitende Forderung, und kann man in dem erhobenen Anspruche nicht das allerdings durch Cession nicht zu rechtfertigende Verlangen des Eintritts in jenes durch den Vertrag geschaffene Obligationenverhältniß erblicken, so würde die Cessibilität dieses nur die Leistungsverbindlichkeit des anderen Theiles betreffenden Anspruchs im Allgemeinen nicht zu beanspruchen sein, da die Cessibilität auch derartiger Ansprüche die Regel bildet. Mühlenbruch, Cession §. 22; Wangerow, Band. §. 574 Note 3; Bayer. Vdr. Thl. II c. 3 §. 8 Nr. 5 u. Anm. Nr. 3.

Im bayerischen Landrechte a. a. O. wie in der Lehre des gemeinen Rechtes ist jedoch der Satz anerkannt, daß solche Forderungen, welche durch die bei ihnen eintretenden besonderen Voraussetzungen an die Person des Berechtigten gebunden erscheinen, nicht cedirt werden können, was insbesondere da eintritt, wo die Forderung an die Person des Gläubers

bigerß in der Art geknüpft ist, daß ihr Wesen und Inhalt ein anderer würde, wenn sie nicht der Gläubiger selbst, sondern ein Dritter für eigene Rechnung geltend machen würde. Mühlbruch a. a. D. S. 307; Schmid, Grundlehren der Cession Bd. 2 S. 95 u. 285.

Hält man daran fest, daß das Wesen des hier eingeräumten, auf einem pacto de contrahendo beruhenden Rechtes in dem Anspruche besteht, daß zwischen H. und den Erben der S. über die näher bezeichneten Realitäten um den auf die im Vertrage angegebene Weise zu findenden Preis ein Kaufgeschäft geschlossen werde, so ist nicht zu verkennen, daß es eine mit der übernommenen Verpflichtung wesentlich differirende Forderung wäre, wenn der Vollzug eines Kaufvertrages zwischen M. als Käufer und den Erben der S. als Verkäufern auf Grund jener Vereinbarung gefordert werden wollte. Bei der Wesenheit der Person des Käufers silt das Kaufgeschäft würde eben dieser Vertrag, abgeschlossen mit einer anderen Person als jener, für welche die Verpflichtung zum Abschlusse eingegangen wurde, auch ein anderer sein als derjenige, welchen einzugehen in dem Vorvertrage versprochen wurde, d. h. durch die Uebertragung des Rechtes von dem Berechtigten auf einen Dritten würde die Forderung selbst eine andere werden; in solchem Falle aber ist, wie gezeigt, der debitor cessus berechtigt, dem Versuche des Cessionars ihn zu einer nicht in dieser Art geschuldeten Leistung zu nöthigen, entgegenzutreten. Schmid a. a. D. S. 285.

In Uebereinstimmung mit dieser Ausführung und im Hinblick auf die enge Verknüpfung des contrahere mit der Person dessen, mit welchem der Abschluß eines Vertrages gewollt ist, nimmt auch Göppert a. a. D. S. 424 u. f. an, daß es eine Eigenthümlichkeit der unter dem Namen der pacta

de contrahendo verstandenen Verträge bilde, daß sie vom Gläubiger nicht cedirt werden können.

Auch hat sich die gemeinrechtliche Praxis, wenigstens hinsichtlich der Rückkaufs- und Vorkaufrechte, in diesem Sinne wiederholt ausgesprochen — Seuffert, Arch. Bd. IV Nr. 47, VII 181, XVII 244 —, ebenso hinsichtlich des Rechtes aus einem Versprechen auf Annahme von Wechseln. A. a. O. XVII 92. Vgl. auch Windscheid, Pand. 5. Aufl. §. 335 Note 5a.

Nun wäre nur noch fraglich, ob nicht die Vertragssbetheiligten bei Abschluß jenes pactum de contrahendo die Uebertragbarkeit ausdrücklich festgestellt haben, was ja an und für sich nicht ausgeschlossen erschiene. Allein der Berufungsrichter hat diese Frage, welche thatsächlicher Natur und der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entrückt ist, verneint. — Urth. v. 20. Dez. Reg. I. 163. 1884.

**Erbrecht.** Zum Bamberger Landrecht. Die Wahrung der Rechte des Pflichttheils der Kinder bei Lebzeiten der Eltern berechtigt nicht zu dessen sofortiger Beschlagnahme.

Ein Oberlandesgericht hatte erachtet, durch Thl. I Anh. 2 Tit. VI §. 7 des Bamberger Landrechtes sei den Kindern schon bei Lebzeiten der Eltern das Recht gewährt, wegen Verletzung ihres künftigen Pflichttheiles durch übermäßige Zuwendungen an eines der Kinder inhibitorisch vorzugehen, und es sei damit das Pflichttheilsrecht selbst als ein zum Vermögen der Kinder schon bei Lebzeiten der Eltern gehöriges, wenn auch bedingtes Forderungsrecht anerkannt, und dessen vollstreckbare Beschlagnahme gemäß §. 729 u. 743 der ROPD. zulässig. Das Obst. Vdg. hat diese Ansicht als irrig erkannt aus folgenden Gründen:

Das Bamberger Landrecht handelt in Thl. I Anh. 2 Tit. VI von der Einwerfung der Erbgüter, welche nach §. 1 in einer Schuldigkeit besteht, ver-

nidje welcher der Erbe Daßjenige, was er von dem Erblasser bereits empfangen hat, und soweit es für einwerflich Gut zu achten ist, bei dem künftigen Erb- und Theilungsfalle dem erblichen Theilungsstock hinwieder beizubringen hat. In den §§. 6 u. 7 ist bestimmt, daß, wenn die Einwerfung stattfinden solle, zwar ordentlicher Weise erfordert werde, daß Derjenige, welcher solche thun solle, ein Miterbe sei, daß aber, wenn daßjenige Kind, welches von seinen Eltern schon ein Namhaftes voraus empfangen, sich der Erbschaft entschlagen würde, ihm solches nicht gestattet werden solle. Und wenn die übrigen Kinder auf glaubhafte Weise vermerkten, daß einem oder dem andern aus ihnen von den Eltern dermaßen viel bei lebendigem Leibe zugewendet werden wolle, daß wahrscheinlich zu besorgen sei, es möchten dadurch die übrigen Erben seiner Zeit sogar in ihrem Pflichttheile Noth leiden, so seien sie befugt, nicht nur bei den Eltern, sondern am Ende noch bei der Obrigkeit selbst darauf anzustehen, daß darunter zeitlicher Einhalt geschehe oder ihnen wenigstens hinlängliche Sicherheit geleistet werde. In §. 8 ist sodann für den Fall, daß die übrigen Kinder die im §. 7 enthaltene Vorsicht unterlassen hätten, es sich aber zur Zeit des wirklichen Erbanfalles erweislich äußerte, daß dieses oder jenes Kind an dem, was es vorher von seinen Eltern erhalten, bereits über seine gebührende Erbportion erlangt habe, weiter bestimmt, daß der Empfänger das zuviel Erhaltene, insoweit der Uebrigen Pflichttheil verlegt worden, gut zu thun habe.

Diese Gesetzesstellen lassen entnehmen, daß das Hamb. Ubr. den Kindern, sofern sie als Notherben ihrer Eltern ein Interesse daran haben, daß sie an dem ihnen zur Zeit des wirklichen Erbanfalles zukommenden Pflichttheile nicht verkürzt werden, die Befugniß einräumt, schon zu Lebzeiten der Eltern

zur Wahrung ihres künftigen Erbspruches Vorkehrungen zu treffen. Der Grund, aus welchem diese Befugniß ertheilt wurde, liegt offenbar darin, daß zwar die Kinder auch bei Unterlassung dieser Befugniß von denjenigen Kindern, welche zu Lebzeiten der Eltern mehr als ihre gebührende Erbportion erlangt haben, Erbsatz zu verlangen, berechtigt seien, soweit sie zur Zeit des Erbfaalles an ihrem Pflichttheile verlegt erscheinen, daß aber dieser Anspruch durch die inzwischen eingetretene Unvermögenheit des Erbsatzpflichtigen vereitelt werden könnte.

Hieraus ergibt sich, daß die Bestimmung in §. 7 a. a. O. lediglich die den Kindern gewährte Sicherung ihres Pflichttheiles zum Gegenstande habe und ohne allen Einfluß auf die Eigenschaft des Pflichttheilrechtes selbst als eines künftigen erst mit dem Tode der Eltern zur Entstehung gelangenden Anspruches der Kinder sei, daß vielmehr diese Eigenschaft als ausdrücklich anerkannt und als der Anlaß zur fraglichen Bestimmung zu erachten sei, weil sie getroffen wurde um zu verhüten, daß die betreffenden Kinder in ihrem Pflichttheile zu seiner Zeit, nämlich zur Zeit des wirklichen Erbfaalles, da der Pflichttheil zur Entstehung gelangt, Noth leiden möchten.

Sonach kann die Ansicht des Berufungsrichters, es habe das Bambr. Obr. durch die allegirten Bestimmungen das Pflichttheilsrecht der Kinder als ein zu deren Vermögen schon bei Lebzeiten der Eltern gehöriges Forderungsrecht anerkannt, nicht als richtig anerkannt werden, und daraus folgt von selbst, daß auch von einer vollstreckbaren Beschlagnahme des Pflichttheils eines Kindes zu Lebzeiten der Eltern eine Rede nicht sein könne. Urth. vom 22. Dez. Reg. I. 149. 1884.

---

Redakt.: R. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Geuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

Inhalt: Die Haftung des Rechtsanwalts. (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Urtheile vom Januar 1885.

## Die Haftung des Rechtsanwalts.

(Fortsetzung.)

In diesen Abänderungsantrag nahm jedoch der Abgeordnete Dr. v. Langlois den vorerwähnten Art. 29 des Regierungsentwurfs als zweiten Absatz des von ihm formulirten Art. 28 unverändert auf.

Gegenüber diesem Antrage bemerkte nun der Regierungskommissär Behringer wörtlich Folgendes:

„Der Entwurf habe es mit Rücksicht auf Art. 25 „als selbstverständlich angenommen, daß die allge-  
„meinen Bestimmungen der Subhastationsordnung  
„über die Beschlagnahme entsprechende Anwendung  
„finden müßten. Der Antrag wolle diese Bestim-  
„mungen herübernehmen, habe aber dieses nicht voll-  
„ständig gethan. Der Zweck würde aber auch besser  
„durch kurze Citate als durch Herübernahme des  
„Wortlautes erreicht. Eine redaktionelle Aenderung  
„könne dafür um so eher Vorsorge treffen, als im  
„Wesentlichen Uebereinstimmung zwischen dem An-  
„trage und dem Regierungsentwurfe bestünde.“

Diese redaktionelle Aenderung erfolgte nun in der Weise, daß der Art. 29 des Entwurfs ganz gestrichen, und der Art. 25 des Entwurfs durch den Besatz vervollständigt wurde:

Die Bestimmungen in Art. 21 Abs. 1 u. 3  
und Art. 22 des Gesetzes ic.,

Neue Folge Band XXXII.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen u. finden entsprechende Anwendung.

Hienach erfolgte die Streichung des Art. 29 des Entwurfes aus lediglich redaktionellen Gründen und nur um deswillen, weil man die Bestimmung desselben, deren materielle Inhalt in keiner Weise geändert werden sollte, durch die gegenwärtige Fassung des Art. 25, nämlich durch die Bezugnahme auf die Bestimmungen der Subhastationsordnung vollständig gedeckt hielt. Hienach ist aber jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß für den hypothekensamtlichen Vollzug des Sicherheitsarrestes keineswegs die Vorlage der notariellen Erwerbssurkunde gefordert werden kann, vielmehr die Vorlage des richtig gestellten beglaubigten Grundsteuerauszugs vollkommen genügt.

### III.

Unter allen Umständen wäre jedoch der Hypothekenbeamte verpflichtet gewesen, Besitztitel und die im Wege des Sicherheitsarrestes erfolgte Dispositionsbeschränkung vorzumerken:

„Wohl meinten die Vorinstanzen, heißt es in dem älteren oberstrichterlichen Urtheile, im Hinblick auf Art. 21 Abs. 1 der Subh.-D. hätte sich der Hypothekenbeamte mit dem Katasterauszuge begnügen sollen, um wenigstens eine Vormerkung des Dispositions- und Belastungsverbotes im Hypothekenbuche zu bewerkstelligen. Allein beide Vorinstanzen haben zugeben müssen, daß diese ihre rechtliche Ansicht mit den gleichfalls auf die Gesetzesmotive zurückgehenden Erörterungen in Dr. Ortenau's Kommentar über die Tragweite der neueren Gesetzesbestimmung gegenüber den Vorschriften des Hypothekengesetzes und der hiezu erlassenen Vollzugsinstruktion keineswegs im Einklange steht, daß man also aus guten Gründen auch den

„rechtlichen Standpunkt des jetzigen Beklagten theilen könne.“

Zunächst ist der Vollständigkeit halber lediglich festzustellen, daß der Commentar von Ortenau erst im Jahre 1880 erschienen ist, und somit diese Autorität den Hypothekenbeamten von der Vormerkung nicht abhalten konnte.

Zudem sagt Ortenau das direkte Gegentheil von dem, was die Vorinstanzen unter Billigung des obersten Landesgerichts ihm in den Mund legen.

Nachdem Ortenau in Ziffer 2 seiner Noten zu Art. 29—32 dargelegt hatte, daß das Hypothekenamt nicht anders als nach den Normen des Hypothekengesetzes verfahren könne, und sich hieraus die Nothwendigkeit der Vorlage der Erwerbssurkunde ergebe, schließt er hieran seine Bemerkung in Ziffer 3:

„Nach diesen Gesichtspunkten hat das Hypothekenamt die Requisition um Beschlagnahme zu prüfen und entweder, wie im Art. 31 näher geregelt ist, zu vollziehen, oder aber seine Bedenken dem Vollstreckungsgerichte mitzutheilen, unter allen Umständen aber auch im Falle von Beanstandungen in Gemäßheit des auch hier maßgebenden §. 106 des Hypothekengesetzes, wenn die Sache nur einigermaßen zur Eintragung sich eignet, wenigstens durch Vormerkung alle einschlägigen etwaigen Rechte, besonders die des Beschlagnahmegläubigers und seine Priorität, zu wahren.“

Das oberstrichterliche Urtheil vom 18. Januar 1883 fährt sodann fort:

„Ferner führt die Berufungsinstanz noch mehrere Thatumstände an, welche dafür sprechen, daß wenigstens vorliegenden Falles das Verlangen des B. kein unberechtigtes gewesen sei, er vielmehr „allen Anlaß gehabt habe“, vor Anlage eines neuen Formulars sich Aufklärung über den wirklichen Besitz:

\*

„stand durch Einsicht der Erwerbssurkunde zu ver-  
„schaffen.“

Eben darum, weil nach der Ansicht des Hypo-  
thekenbeamten eine weitere Aufklärung durch Vor-  
lage der Erwerbssurkunde nothwendig war, sonach  
das gestellte Gesuch noch einer Ergänzung bedurfte,  
war derselbe schon nach §. 106 des Hypotheken-  
gesetzes zur Vormerkung des Besitztittels und der  
Beschlagnahme verpflichtet, nachdem der §. 106 des  
Hypothekengesetzes die bestimmte Verpflichtung statuirt:  
von jedem Gesuch, welches nicht als ganz  
unstatthaft zu verwerfen ist, dessen Gewährung  
aber noch andere Vorlagen oder Ver-  
nehmungen erfordert, die geeignete Vormerkung  
im Hypothekenbuch zu machen.

Bezüglich der Anwendbarkeit dieser Bestimmung  
hat aber keineswegs, wie am Schlusse des oberst-  
richterlichen Urtheils vom 18. Januar 1883 hervor-  
gehoben ist, irgend welche Controverse je bestanden. Un-  
klarheit bestand und besteht theilweise noch bezüglich der  
Protestationen und Vormerkungen von Hypotheken  
(§§. 27—30 d. Hyp.-Ges.) — und hierauf beziehen  
sich allein die in dem oberstrichterlichen Urtheil alle-  
girten Ausführungen in Regelsberger's Hypotheken-  
recht (vgl. Bl. für R. u. Bd. 44 S. 83 u. fgd.),  
keineswegs aber bezüglich der Verpflichtung zur vor-  
läufigen Einschreibung, auf welche die Hypotheken-  
ämter in der Justizministerialentschließung v. 26. Juli  
1864 (Justizministerialblatt S. 217) besonders auf-  
merksam gemacht wurden.

Vgl. Graf zu Gdanner's Comment. III S. 144.

Hienach enthält die Unterlassung der Vormerkung,  
welche unter allen Verhältnissen erfolgen mußte, nicht  
nur einen Verstoß gegen die Bestimmungen der Sub-  
hastationsordnung, sondern geradezu eine Verletzung  
einer klaren hypothekengesetzlichen Norm.

(Schluß folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom Januar 1885.

### I. Zur Civilprozeßordnung.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf einer Nothfrist. Begriff des unabwendbaren Zufalls.

Advokat N. in P., welcher den Kläger und Appellanten M. in erster Instanz vertreten hatte, reichte nach der am 9. Juni 1884 eingetretenen Eröffnung der Berufungsfrist mit Eingabe vom 21. pr. 25. Juni 1884 beim Oberlandesgerichte München Namens des Berufungsklägers N. ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die II. Instanz ein. Die Bescheidung dieses Gesuches durch Genehmigung desselben und Aufstellung des Advokaten P. in M. als Pflichtanwalt erfolgte am 7. Juli 1884. Advokat P. erhielt davon Nachricht am 10. Juli 1884, erhob sofort die Berufung und verband damit ein Gesuch um Restitution gegen den Ablauf der Berufungsfrist. Vom Oberlandesgericht München wurde dieses Restitutionsgesuch wegen Mangels der Voraussetzungen des §. 211 Abs. 1 der C.P.O. abschlägig beschieden, das bezügliche Urtheil aber auf eingelegte Revision durch Urtheil des Obst. Vdg. aufgehoben.

Die Entscheidungsgründe enthalten folgende Ausführung:

Das Oberlandesgericht nimmt an:

a) der erstinstanzliche Vertreter des Klägers habe dadurch, daß er das Armenrechtsgesuch so spät eingereicht und mangelhaft begründete, die Einforderung und Prüfung ziemlich umfangreicher Akten und damit die Verzögerung der Beschlußfassung selbst veranlaßt;

b) es habe zur Einhaltung der Berufungsfrist die Bewilligung des Armenrechts nicht bedurft, nachdem hiezu die bloße Anmeldung der Berufung schon

hingereicht, diese aber nur geringe, auch von einer mittellosen Partei erschwingliche Kosten verursacht hätte. Letzterer Grund ist offenbar unstichhaltig. Die Einlegung der Berufung habe nicht durch bloße Anmeldung derselben, sondern durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner zu geschehen (C.P.O. §. 479) und zwar durch einen beim Oberlandesgerichte zugelassenen Anwalt. Dies hätte dem vom Oberlandesgerichte entfernt wohnenden Berufungsfläger Kosten verursacht, deren Tragen ihm nicht zugemuthet werden könne, nachdem eine Partei, welche ein Recht auf Bewilligung des Armenrechts und Vertretung durch einen Pflichtanwalt habe, nicht verpflichtet sei, jene Kosten zu tragen.

Unstichhaltig ist auch der erstbezeichnete Grund. Die Ursache der Zögerung erscheine nicht in der späteren Einlegung und mangelhaften Begründung des Armenrechtsgesuches gelegen, sondern darin, daß der Beschluß vom 7. Juli 1884 erst am 10. Juli 1884 zur Gerichtsschreiberei zur weiteren Behandlung abgegeben wurde. Das Hinderniß zur Einhaltung der Berufungsfrist ist daher ohne Schuld der Partei entstanden und konnte auch durch ihre Thätigkeit nicht beseitigt werden. Es liegt demnach ein „unabwendbarer Zufall“ im Sinne der C.P.O. §. 211 vor. (Urth. v. 30. Januar 1885. R.-Nr. I 3/85.)

Klage wegen Entmündigung. Stellung der Staatsanwaltschaft. Zustellung der Berufung an den Oberstaatsanwalt.

Bei Entmündigungssachen wegen Geisteskrankheit ist das öffentliche Interesse in ganz ähnlicher Weise wie bei der Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe betheilig; dieses öffentliche Interesse bedarf einer Vertretung und diese wurde der neueren Rechtsentwicklung gemäß der Staatsanwaltschaft übertragen.

Motive zu dem Entwurf der C.P.O., Sahn,  
Mater. z. C.P.O. Bd. 2 Abth. 1 S. 399, 408.

Nach §. 607 ist die Klage, durch welche der die Entmündigung aussprechende Beschluß angefochten werden will, gegen den Staatsanwalt bei dem Landgerichte zu richten, welcher dem Amtsgerichte vorgesetzt ist, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Diese Richtung der Klage wurde als nothwendige Konsequenz des Officialcharakters des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens betrachtet.

Der Staatsanwalt, welcher in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, handelt als Behörde und bedarf deshalb keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt. Bei der Berathung der Justizkommission vom 9. Mai 1876 erklärte auf den Antrag eines Kommissionsmitgliedes, in §. 561 u. 586 nach dem Worte „Staatsanwaltschaft“ beizusetzen: „und zwar ohne Zuziehung eines Rechtsanwaltes“ Direktor von Amberg, daß der Staatsanwalt nach der Auffassung der verbündeten Regierungen in allen Fällen, in welchen er bei dem Verfahren in Ehesachen thätig werde, als Behörde aufträte und daß also von der Pflicht zur Beiziehung eines Rechtsanwaltes in solchen Fällen nirgends die Rede sein könne. Hierauf wurde jener Antrag zurückgezogen und bei der Berathung dieser Kommission vom 26. Mai 1875 angenommen, daß Dasjenige, was von dem Staatsanwalte in Ehesachen gilt, auch im Entmündigungsverfahren gelte.

Sahn, Mater. zur C.P.O. Bd. 2 Abth. 1  
S. 406, 763, Abth. 2 S. 1137.

Komm. zur C.P.O. von Wilmowski und  
Levy zu §. 74 u. 606, von Struckmann  
und Koch zu §. 607, von Petersen zu  
§. 612, von Endemann zu §. 606, von  
Buchelt zu §. 607.

Bei der Frage der Zuständigkeit betreffs der einzelnen durch einen solchen Rechtsstreit für die Staats-

behörde veranlaßten Handlungen kann nur die für die betreffende Behörde gesetzlich bestehende Organisation maßgebend erscheinen.

Die Organe der zur Wahrung des öffentlichen Interesse berufenen Staatsanwaltschaft sind aber bei den Landgerichten die denselben beigegebenen Staatsanwälte, bei den Oberlandesgerichten die an diesen aufgestellten Oberstaatsanwälte.

In einem von einem Entmündigten oder Namens desselben wegen der Entmündigung erhobenen Rechtsstreite ist nach Obigem beklagte Partei in allen Instanzen die Staatsanwaltschaft als Behörde, nicht die Person des bei dem Landgerichte aufgestellten Staatsanwaltes. Dieser tritt, wie erwähnt, im öffentlichen Interesse, nicht als Privatpartei, sondern als Behörde des Staates auf (Komm. zur G.P.O. von Endemann zu §. 586). Nachdem nun bei den Oberlandesgerichten das Amt der Staatsanwaltschaft von den an diesen aufgestellten Oberstaatsanwälten auszuüben ist, konnte nach §. 164 Abs. 2 u. 479 der G.P.O. der die Berufungsverklärung enthaltende Schriftsatz mit der Ladung vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung nur dem f. Oberstaatsanwälte mit Wirksamkeit zugestellt werden. (Urtheil v. 31. Januar 1885. R.-Nr. I 188/84.)

## II. Civilrechtliche Urtheile.

**Sachenrecht.** Ortsgemeinde-Eigenthum. Vertretung der Ortsgemeinde. Ersetzung gegen dieselbe.

Der Rechtsstreit hat sachlich zum Gegenstand die Frage, ob gewisse Grundstücke, sog. Tsarauen, Eigenthum der Ortsgemeinde Th., oder Miteigenthum der Ortsgemeinden Th. und M. oder Privateigenthum einer Anzahl von Grundbesitzern seien. Gegen die Letzteren waren die „Ortsgemeinde Th.“, dann Ras

meiß der Ortsgemeinde M. sechs dortige Gemeindebürger klagbar aufgetreten. In dem oberstrichterlichen Urtheile wird zunächst zur Legitimations- und Vertretungsfrage Folgendes erörtert: Der Versammlung der im Orte wohnenden Bürger der Ortsgemeinde ist gemäß Art. 153 der Gemeindeordnung von 1869 regelmäßig die Ausübung der sonst den Gemeindeausschüssen übertragenen Befugnisse da anvertraut, wo Ortsgemeinden ihr eigenes Vermögen besitzen und nicht eine anderweitige, in Art. 153 der Gemeindeordnung vorgesehene Regelung beliebt ist. Für die Beklagten konnte es sohin nicht zweifelhaft sein, wer ihre Gegenpartei, welche als „Ortsgemeinde Th.“ auftrat, bilde. Bezüglich der Ortsgemeinde M. ist zwar nicht diese selbst als Klagspartei, sondern sind lediglich sechs Ortsbürger als Kläger bezeichnet. Der Klageinhalt läßt aber keinen Zweifel darüber aufkommen, daß diese sechs Personen nicht für sich in eigenem Interesse klagend auftreten, sondern ein jener Ortsgemeinde, deren Bürger sie sind, zukommendes Privatrecht erstreiten wollen. Daß eine solche zum Besten der Gemeinde von mehreren zu diesem Zwecke verbundenen Gemeindegliedern betriebene Klagestellung zulässig ist, läßt sich nicht beanstanden und ist schon früher oberstrichterlich anerkannt worden. Bl. f. RA. Bd. VI S. 110. Den Klägern ist auch nach den vorliegenden tatsächlichen Feststellungen von der Versammlung der im Orte M. wohnenden Bürger die selbstständige Wahrnehmung und der Betrieb der Streitsache übertragen worden. Wie aber in der Regel der Gemeindeausschuß nach Art. 133 u. 134 der Gemeindeordnung für Erhaltung des Vermögens der Gemeinde zu sorgen und das Gemeinde- und örtliche Stiftungsvermögen zu verwalten hat, so trifft diese Pflicht hier die Gesamtheit der Ortsgemeindebürger, nachdem der Fall nicht vorliegt, daß nach Art. 153 der

Gemeindeordnung die Ortsgemeinde die Verwaltung des Ortsgemeindevermögens dem Ausschusse der Gesamtgemeinde übertragen, oder zu diesem Behufe einen Pfleger oder einen aus Ortsbürgern bestehenden Ausschuss gewählt hat.

Zur materielle Frage sind aus dem Inhalte des oberstrichterlichen Urtheils besonders folgende Erörterungen auszuheben:

a) Im angefochtenen Urtheile ist festgestellt, daß nach dem Ergebnisse des Beweisverfahrens die fraglichen Auen als Eigenthum der Ortsgemeinden Th. und W. anzuerkennen seien.

Nach Ausführung der Beschwerde soll dieser Feststellung entgegenstehen, daß auch ein gewisser Sch., welcher nicht Mitglied einer dieser Ortsgemeinden ist und vor Einführung der Gemeindeordnung überhaupt in keinem Gemeindeverbande stand, von jeher an fraglicher Au mitberechtigt war. Allein die durch das Gemeindeedict vom Jahre 1818 geschaffene Bildung der heutigen Gemeinden und die dadurch bedingte (§. 3 l. c.) Zuteilung der einzelnen Höfe an solche, läßt die privatrechtlichen Verhältnisse, wie §. 3 Abs. 2 l. c. ausdrücklich bestimmt, völlig unberührt. Wenn also bis dahin, wie festgestellt, der Besitzer des Sch.'schen Hofes antheilberechtigt war, so blieb er es auch, selbst wenn er einem anderen Gemeindeverbande zugetheilt wurde, als jenem, in welchem die sämmtlichen übrigen Antheilberechtigten sich zu einer Ortsgemeinde im Sinne des §. 6 l. c. vereinigten.

b) Auch den Ortsgemeinden gegenüber greift nach bayer. Landrecht nur die außerordentliche Erfindung statt, wie der oberste Gerichtshof wiederholt entschieden hat. Vgl. die Urth. in Bl. f. RA. Bd. 14 S. 299, Bd. 38 S. 122; Samml. oberstrichterl. Entscheidungen Bd. III S. 352.

Wenn auch die für die gegentheilige Behauptung

angeführte l. 9. Dig. 41, 3 unter den Gegenständen, bezüglich welcher überhaupt eine Präscription nicht statt hatte und hinsichtlich deren die außerordentliche Ersizung später eingeführt wurde, nur die *res civitatum* aufführt, so sind doch im Bayer. *LR.*, wie in *Zhl. II cap. I §. 6* selbst ausdrücklich statuiert ist, und sich auch aus *Zhl. V cap. 28 §. 1 lit. c u. d* ergibt, die Dorfschaften, welche als solche dem früheren römischen Rechtsleben unbekannt gewesen waren, ausdrücklich als wahre Communitäten anerkannt und denselben die nämlichen Rechte, deren sich auch andere *corpora vel universitates* erfreuen, zuerkannt worden. Aus diesem Grunde führen auch die *Anm. zum Bayer. LR. Zhl. II cap. IV §. 3 Nr. 14 lit. e*, woselbst die außerordentliche Ersizung von 30 Jahren besprochen ist, unter den derselben unterworfenen Sachen auch jene auf, welche den Städten und Gemeinden zugehören. Da auch die vom Bayer. *LR.* im Falle des Kaufs auf fünf Jahre herabgesetzte Ersizung sich nur als eine Art der ordentlichen Ersizung darstellt, gilt das Erörterte auch für diese Art der Ersizung. (Urtheil v. 8. Januar 1885. *SB.-Nr. 6248.*)

**Obligationenrecht. Entschädigung wegen Eviction — *Condictio indebiti* — *Condictio sine causa*.**

Die Eheleute *R.* erwarben durch notariellen Tauschvertrag vom 18. Januar 1877 von den Eheleuten *M.* gegen Hingabe ihres Anwesens ein Anwesen, welches sie dann parzellenweise wieder veräußerten. Die Kaufschillinge von vier Erwerbern solcher Parzellen cedirten die Eheleute *R.* an den Privatier *H.* in Bamberg, an welchen auch die Ersteren nach Eintritt in den Besitz der Kaufsobjecte Zahlungen leisteten. Der Tauschvertrag vom 18. Jan. 1877 wurde später durch rechtskräftiges Urtheil als nichtig aufgehoben. Die *M.*'schen Eheleute klagten

deßhalb auf Rückgabe ihrer Grundstücke gegen deren Erwerbser. Die Beklagten, darunter jene vier Käufer von Parzellen, wurden auch zur Anerkennung des Eigenthums der M.'schen Eheleute und Herausgabe desselben rechtskräftig verurtheilt, worauf die gedachten vier Personen von S. die Rückgabe der gezahlten Kaufschillinge klagbar begehrten. Das ergangene Urtheil des Obersten Landesgerichts enthält über die entstandene Rechtslage folgende Ausführung:

Die Revidenten stützen die erhobene Beschwerde auf die Behauptung, daß der Beklagte die von ihnen an denselben gezahlten Kaufschillinge nicht nur ohne Rechtsgrund in Händen habe, sondern auch die ihrerseits erfolgte Zahlung irrtümlich und ohne Rechtsverbindlichkeit geleistet worden sei.

Dies ist aber nach den festgestellten Thatsachen nicht richtig. Der Umstand, daß der Tauschvertrag zwischen den Eheleuten R. und M., durch welchen Erstere die an die Kläger weiter verkauften Grundstücke erworben haben, als nichtig aufgehoben wurde, hat keineswegs auch die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der zwischen R. und den Klägern abgeschlossenen Kaufverträge bewirkt. Dieser Umstand hatte zwar zur Folge, daß die Kläger die von R. erkauften und tradirt erhaltenen Grundstücke, weil sie wegen Nichtigkeit des Tauschvertrages Eigenthum der Eheleute M. geblieben waren, an diese wieder herausgeben mußten. Allein der Rechtsbestand jener Verträge wurde hiedurch nicht berührt. Vielmehr trat auf Grund derselben für den Verkäufer R. nunmehr die Verpflichtung ein, wegen stattgehabter Entwährung der Kaufsobjecte den Käufern das Interesse zu leisten, welches dieselben daran haben, daß sie die gekauften Sachen der Intention des Kaufvertrages gemäß wirklich behalten, daß ihnen dieselben nicht entwehrt werden.

Sind aber die zwischen R. und den Klägern ab-

geschlossenen Kaufverträge trotz der Nichtigkeit des vorausgegangenen Tauschvertrages in rechtlicher Wirksamkeit verblieben, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß die Kläger an den Cessionar des M. weder eine Nichtschuld noch ohne Rechtsgrund, sondern vielmehr dasjenige bezahlt haben, was sie nach den Kaufverträgen an den Verkäufer, beziehungsweise seinen Cessionar zu zahlen verbunden waren.

Die Rechtsgiltigkeit des Kaufvertrages ist nicht dadurch bedingt, daß der Verkäufer im Stande sei, das Eigenthum an der Kaufsache zu übertragen. Durch denselben übernimmt der Verkäufer lediglich die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß der Käufer die gefaufte Sache habe, *emptori rem habere, licere*. Diesen Verpflichtungen nachzukommen, ist ihm auch dann rechtlich nicht schlechthin unmöglich, wenn er nicht Eigenthümer der Sache ist. Ist er thatsächlich außer Stande, diese Verpflichtung zu erfüllen, weil ein Anderer Eigenthümer der Kaufsache ist und sein Eigenthum in Anspruch nimmt, so tritt eben für den Verkäufer die Haftung für das Interesse aus dem Kaufvertrage, nicht aber die Unwirksamkeit des Kaufvertrages ein.

Diese Haftung kann auch nicht, insbesondere auch nicht insoweit sich das Interesse des Käufers auf Rückempfang des gezahlten Kaufschillings erstreckt, denjenigen treffen, der als Cessionar die ihm vom Verkäufer cedirte Kaufschillingforderung von dem Käufer erhoben hat, sondern einzig und allein der Verkäufer, weil nur dieser dem Käufer aus dem Kaufvertrage verpflichtet ist. Der Cessionar dagegen hat aus diesem Vertrage keine Verbindlichkeiten übernommen, sondern nur ein dem Verkäufer aus demselben entstandenes Recht, das Forderungsrecht auf den Kaufschilling, durch die Cession von dem letzteren erworben.

Die Revidenten machen zwar geltend, daß die

drohende Entwährung eine *exceptio non adimpl. contractus* gegen die Kaufklage begründe und der Schuldner, bei der ihm zur Seite stehenden *exceptio perpetua* eben in Unkenntniß derselben eine Nichtschuld geleistet habe, daß ferner, wenn auch die Kläger zur Zahlung *ex causa* verpflichtet gewesen seien, doch, wenn sie noch nicht gezahlt gehabt hätten, diese Verpflichtung in dem Augenblicke nicht mehr bestanden habe, d. h. durch *exceptio doli* beseitigt gewesen sei, in welchem ihnen die gekauften Gegenstände *evincirt* wurden, daß endlich die Beseitigung dieser Verpflichtung dem *Cessionar* eben so gut von dem Cedenten entgegen gehalten, bezw. da die *condictio sine causa* nur die Rehrseite dieser *exceptio* sei, auch jene *condictio* dem *Cessionar* gegenüber geltend gemacht werden könne. Allein diese Auffassung findet in dem Vorbemerkten ihre vollständige Widerlegung. Abgesehen von der Frage, ob die *exceptio non adimpl. contr.* als eine *exceptio perpetua* zu erachten ist, stellt sich die Behauptung, daß den Klägern mit Rücksicht auf die drohende Entwährung eine solche *exceptio* gegen die Kaufklage zugestanden sei, offenbar als unbegründet dar. Die Verkäufer haben in der That durch die Tradition der Kaufobjekte den Kaufvertrag erfüllt. Die *Eviction* aber begründet für den Käufer nur den Anspruch auf Leistung des Interesse. Dieser Anspruch steht aber dem Käufer nicht gegen den *Cessionar*, sondern nur gegen den Cedenten zu, weil der Anspruch aus der von dem Verkäufer und Cedenten durch den Kaufvertrag dem Käufer gegenüber übernommenen Haftung für das *emptori rem habere licere* entspringt, und diese Verbindlichkeit, wie eben bemerkt, durch den *Cessionarvertrag* nicht auf den *Cessionar* übergeht. Der Anspruch auf Leistung des Interesse wegen erfolgter *Eviction* konnte im gegebenen Falle dem die Zahlung der Kaufschillinge for-

bernden Cessionar gegenüber auch nicht im Wege einer die Forderung zerstörenden Kompensationseinrede geltend gemacht werden, nachdem die erst aus der erfolgten Eviction entspringende Gegenforderung zur Zeit des Cessionsabschlusses noch gar nicht bestanden hat, die Eviction vielmehr wie thatsächlich festgestellt und auch unbestritten ist, erst lange nach Abschluß des Cessionsgeschäftes eintrat. (Urtheil vom 5. Januar 1885. R.-Nr. 156/84.)

**Familienrecht.** Abfindung des geschiedenen unschuldigen Ehegatten nach preuß. *VR.* Inventarlegung. Offenbarungseid.

Nach §. 766 *Zhl. II Tit. 1* des preuß. *VR.* hat da, wo ein geschiedener Ehegatte für den unschuldigen Theil erklärt worden ist und keine Gütergemeinschaft obgewaltet hatte, die Auseinanderlegung des Vermögens überall nach den bei Trennung der Ehe durch den Tod vorgeschriebenen Grundsätzen zu erfolgen. Nach §. 784 a. a. *O.* ist bezüglich der Abfindung des unschuldigen Eheheils aus dem Vermögen des schuldigen Theiles wegen der künftigen Erbfolge anzunehmen, als ob dieser am Tage des publizirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtheiles gestorben wäre. §. 769, 770, 771 a. a. *O.* Allein nirgends ist ein besonderes Verfahren oder eine entsprechende Anwendung des bei einer Verlassenschaftsaußenanderlegung stattfindenden Verfahrens, insbesondere nicht, wie bei der Ermittlung des Pflichttheiles, eine Inventarlegung angeordnet. Es erklärt sich dies daraus, daß der Anspruch des unschuldigen Ehegatten auf Abfindung aus dem Vermögen des Anderen als eine Entschädigung aufgefaßt und daher wie jede andere Entschädigungsforderung zu behandeln ist.

Dabei ist nur:

1) die Abfindung nach dem Zustande, in welchem sich das Vermögen des schuldigen Ehegatten

zur Zeit des publizirten und rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtheils befunden, zu berechnen (Urk. des ehem. Obertribunals in Berlin vom 8. Febr. 1870, Striethorst's Archiv Bd. 77 S. 255).

Dann steht

2) dem unschuldigen Ehegatten die Berechtigung zu, von dem anderen die eidliche Offenbarung des Vermögens desselben zur Bestimmung des ihm daraus zukommenden Betrages der Abfindung zu verlangen, wie dieses insbesondere von dem ehem. Obertribunal in Berlin unter Bezugnahme auf Tgl. I Tit. 22 §. 28 der preuß. Ger.-Ordn. anerkannt worden ist. (Urk. v. 26. März 1867, Striethorst, Archiv Bd. 67 S. 129 fg.; Koch, preuß. R. 5. Aufl. Bd. III S. 188 Note 4 u. 5.)

Art. 85 des bayer. Ausf.-Ges. zur EPO. und Konf.-Ordn. hat hieran nichts geändert. Derselbe bestimmt gerade, wie §. 28 Tgl. I Tit. 22 der preuß. Ger.-Ordn., daß, wenn Jemand einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem Antheile herauszugeben, oder über dessen Bestand Auskunft zu ertheilen hat, der Berechtigte von dem Verpflichteten den gerichtlichen Offenbarungseid verlangen kann. Die Verpflichtung hiezu cessirt jedoch dann, wenn der Bestand der Vermögensmasse entweder durch ein unverdächtig, vollkommen glaubwürdiges Inventar oder in anderer Weise genügend festgestellt ist, worüber das freie richterliche Ermessen zu befinden hat. Verh. der II. Kammer zu dem alleg. Ges. 1878/79. Beil.-Bd. V S. 231. (Urtheil vom 13. Jan. 1885. R.-Nr. I 150/84.)

---

Redakt.: K. v. Hettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

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

Inhalt: Die Haftung des Rechtsanwalts. (Schluß.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts Urtheile vom Januar und Februar 1885.

Die Haftung des Rechtsanwalts.

(Schluß.)

IV.

Schließlich ist noch zu betonen, daß die im Commentar von Ortenau vertretene Anschauung, daß das Hypothekenamt den Eintrag der Beschlagnahme eines im Hypothekenbuche nicht foliirten Anwesens von der Vorlage der Erwerbssurkunde abhängig machen dürfe, — eine Anschauung, deren Richtigkeit die beiden oberstrichterlichen Urtheile dahin gestellt sein lassen, weder die Billigung der Praxis noch den Wortlaut des Gesetzes für sich hat.

Die Art. 31 und 32 der Subhastationsordnung stehen mit dem Art. 21 derselben in einem gewissen gegensätzlichen Zusammenhang.

Das Hypothekenamt hat in der Regel dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts zu entsprechen. Es hat ihm nur dann nicht zu entsprechen, sofern sich aus dem Hypothekenbuche, d. h. aus den Einträgen des Hypothekenbuches Anstände ergeben, oder wie der Art. 32 weiter erläutert, Umstände, deren Kenntniß das Vollstreckungsgericht von der Erlassung des Beschlagnahmebeschlusses abgehalten haben würde.

Der Nichteintrag des schuldnerischen Besitztitels bezüglich des rentamtlich überschriebenen Grund:  
Neue Folge Band XXXII.

stück ist aber weder ein Umstand, der sich aus den Einträgen im Hypothekenbuche ergibt, noch ein Umstand, welcher erst aus den Mittheilungen des Hypothekenamts zur Kenntniß des Vollstreckungsgerichtes gelangt, vielmehr demselben schon aus dem Besuche, mit welchem ja der Nachweis der rentamtlichen Umschreibung bezüglich des unfoliierten Objectes vorgelegt werden muß, bekannt ist. Der Art. 21 der Subhastationsordnung regelt sonach nicht nur die prozessualen Voraussetzungen der Beschlagnahme, sondern auch die allgemeinen Vorbedingungen für den hypothekenamtlichen Vollzug, ohne welchen sie ja vollständig illusorisch sein würde. Walten dagegen besondere Verhältnisse ob, d. h. ergeben sich aus dem Inhalte des Hypothekenbuches Bedenken für das Hypothekenamt, so haben für dieses die allgemeinen hypothekengesetzlichen und instruktionellen Normen Platz zu greifen. Hierüber bestand auch unter den gesetzgebenden Faktoren allseitiges Einverständnis, wie die oben sub II schizirten Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses entnehmen lassen.

Rechtsanwalt B. Hartmann.

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom Januar und Februar 1885.

### Civilrechtliche Urtheile.

**Allgemeine Lehren.** Tragweite des Art. 14 des Notariatsgesetzes in Bezug auf Nebenverabredungen.

Der Zweck des Art. 14 des Not.-Ges. besteht allerdings darin, durch die notarielle Verlautbarung der Verträge über Immobilien einen rechtssicheren

Boden für dieselben zu schaffen und insbesondere auch Rechtsstreite darüber zu vermeiden. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, in einem Notariatsakt einen erst auf dem Rechtswege auszutragenden Vorbehalt über einen Nebenpunkt in der Art aufzunehmen, daß der Vertrag in der Hauptsache unabänderlich festgesetzt und erfüllt wird und nur der Nebenpunkt einer gerichtlichen Austragung vorbehalten bleibt. Urth. v. 14. Febr. 1885. (Reg.-Nr. I 176/84.)

**Sachenrecht.** Kirchliche Baupflicht im vormaligen Hochstift Bamberg. Befreiung der Decimatoren durch Gewohnheitsrecht. Zulässigkeit eines Gewohnheitsrechtes wider die Satzung des Tridentinischen Konzils. Beweis des Gewohnheitsrechtes. Oberstrichterliche Prüfung des Vorhandenseins eines solchen.

Die Kirchenverwaltung Uehing als Vertreterin der dortigen Kirchenstiftung und Kirchengemeinde erhob im Jahre 1875 gegen den Fiskus als Rechtsnachfolger in der Zehntberechtigung des säkularisirten Klosters Michaelsberg in Bamberg Klage auf Anerkennung der sekundären, auf dem Zehntrechte liegenden Baupflicht rücksichtlich der Kultusgebäude in der zum ehemaligen Hochstift und Bisthum Bamberg gehörigen Kultusgebäude. Den Hauptstreitpunkt im Prozesse bildete die Frage, ob die auf den Beschlüssen des Tridentinischen Konzils beruhende sekundäre Baupflicht der Decimatoren im Hochstifte Bamberg zu Recht bestehe und nicht durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt sei? Während die I. Instanz diese Frage verneint hatte, fand solche im Urtheile der II. Instanz Bejahung. Die hiegegen klägerischer Seite eingewendete Wichtigkeitsbeschwerde wurde vom obersten Landesgerichte verworfen.

\*

Die Entscheidungsgründe enthalten an der Spitze folgende Ausführungen:

1) Zugegeben ist, daß der erwähnte Beschluß des Konzils zu Trient in sess. 21 cap. 7 de reform. für das Gebiet des ehemaligen Hochstiftes Bamberg an und für sich als gesetzliche Norm in Betracht zu kommen hat. Denn obschon jener Konzilsbeschluß sich nicht auf Glauben und Lehre bezieht, sondern den Disziplinar-Vorschriften beigezählt wurde, so läßt sich doch für die damalige Zeit, nämlich für das zur Einführung der Trienter Konzilsbeschlüsse außersiehene Jahr 1564, annehmen, daß im Hochstifte Bamberg, wo die geistliche und weltliche Regierung in einer Hand vereinigt war, das Inkrafttreten der Konzilsbeschlüsse, auch insoweit diese als sogenannte Disziplinarvorschriften erschienen und, wie sess. XXI cap. 7, einen zur Förderung kirchlicher Zwecke dienlichen Rechtsatz aussprachen, nicht an eine besondere Art der Bekanntmachung im Hochstifte selbst gebunden gewesen ist.

(Vgl. über die Publikation der von ökumenischen Synoden gefaßten Beschlüsse auch Schulte „Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts“ §. 107.)

Dabei ist noch weiter zu beachten, daß der angeführte Konzilsbeschluß eine Anweisung an die Bischöfe enthält, welche Grundsätze sie bei der Wendung der kirchlichen Vorgebrechen befolgen sollen, und daß sich daher nicht voraussetzen läßt, es habe der damalige Regent des Bamberger Gebietes die geschriebene Rechtsnorm, welche ihn selbst als Bischof verpflichtete an und für sich nicht auch für seine bei der Sache beteiligten katholischen Untertanen als bindende Regel angesehen. Ueberdies liegt die geschichtliche Bestätigung vor, daß jedenfalls die geistlichen Fürsten Deutschlands die Beschlüsse

des Trienter Konzils bei Gelegenheit des im Jahre 1566 zu Augsburg abgehaltenen Reichstages in einer Versammlung ausdrücklich angenommen haben, und dieselben auf ihren Gebieten, namentlich auf den Provinzial- und Diözesansynoden verkünden ließen.

(Hinschius, „Kirchenrecht“ Bd. 3 S. 450;  
Richter, „Kirchenrecht, bearbeitet von Dove“  
S. 75 S. 206.)

Die von dem Trienter Konzil in dem angeführten Beschlusse ausgedrückte Rechtsfassung kündigt sich indessen durch ihren Inhalt zwar als eine für die Katholiken gemeingiltige Rechtsregel, jedoch nicht als eine solche von unbedingt zwingender Natur an, welche absolute Geltung in allen Fällen für sich beansprucht. Dieselbe hat daher die Eigenschaft eines gemeinen Rechtes, welches in den einzelnen Gebietstheilen nur zur Anwendung kommt, soferne und soweit nicht daselbst abweichende besondere Rechtsnormen bestehen, oder zur Entstehung gelangen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde sucht unter Einräumung, daß der in Rede stehende Konzils-Beschluß subsidiär giltiges Recht enthalte, den einschränkenden Standpunkt zu vertreten, es sei diese Subsidiarität bloß gegenüber einer partikularen Gesetzgebung, nicht auch gegenüber einem derartigen Gewohnheitsrechte als bestehend anzuerkennen. Diese Ansicht ist aber eine offenbar irrige. An und für sich hat die in der fortgesetzten Uebung eines Rechtes sich aussprechende Ueberzeugung von dessen Bestande, also das sogenannte Gewohnheitsrecht, wenigstens in der hier in Betracht kommenden, früheren Zeit, die gleiche Kraft, wie das durch die Gesetzgebung hervorgebrachte Recht, und es ist diesem Letzteren das Erstere in Bezug auf Giltigkeit und Wirkung im Wesentlichen ebenbürtig.

Daß die Bestimmungen über Kultusbaupflicht

durch den Beschluß einer Kirchenversammlung zu gesetzlicher Geltung erhoben wurden, ändert an dem Stande der Sache Nichts, da auch innerhalb der Kirche selbst das Gewohnheitsrecht von Alters her heimisch war und die stetige Uebung eines Rechts-sages von derselben als wirksame Rechtsquelle anerkannt worden ist.

Schulte a. a. O. §. 118 ff.

Insbesondere wird auch sowohl von der älteren als der neueren Rechtswissenschaft die Auffassung getheilt, daß bestehende oder sich bildende Gewohnheitsrechte vor den berührten, gemeinrechtlichen Anordnungen des Tridentiner Konzils den Vorrang genießen, für welche Ansicht ein rechtswissenschaftliches Zeugniß insonderheit in Kreittmayr's „Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ.“ Thl. I Cap. 7 §. 42 Nr. 7 und in Permaneder's Schrift „über die kirchliche Baulast“ §. 15 Note 1 zu finden ist.

Hiebei kann dem Umstande, daß das Gewohnheitsrecht, welches in Ansehung der kirchlichen Baupflicht der Zehentberechtigten im ehemaligen Hochstifte Bamberg entstanden sein soll, gegenüber jenen gemeinrechtlichen Vorschriften sich nur als partikuläres Recht darstellt, eine die Wirkung des Gewohnheitsrechtes hemmende Bedeutung nicht beigelegt werden.

Der von der Nichtigkeitsbeschwerde hervor gehobene Satz, daß gemeines Recht das partikuläre Recht aufhebe, ist in dieser Allgemeinheit überhaupt nicht richtig, und bei dem weiter von derselben aufgestellten Satze, daß gemeines Recht nicht durch partikuläres beseitigt werden könne, wurde augenscheinlich die aus Buchta's „Vorlesungen über das heutige römische Recht“ §. 17 angeführte Rechtsansicht falsch verstanden. Die Nichtigkeitsklage konnte sich allerdings mit mehr Grund auf Guyet's Erörterung über das partikuläre Gewohnheitsrecht im Bd. 35 des Archivs

für die civilistische Praxis Seite 20, berufen, wo selbst die Anschauung vertreten wird, daß sich das Gebiet der partikulären Gewohnheit auf diejenigen Rechtsverhältnisse beschränke, für welche es an einer allgemeinen Rechtsvorschrift mangelt, daß es ihr nicht zustehen könne, Ausnahmen gegen das allgemeine Recht zu begründen und daß sie nur als *consuetudo praeter legem* gültig sei.

Alein diese Ansicht ist nicht zur herrschenden geworden.

Puchta sagt zwar an der hervorgehobenen Stelle, daß gemeines Recht durch partikuläres nicht aufgehoben werden könne. Derselbe fügt jedoch zur Erläuterung seiner Auffassung sofort bei, daß wohl das partikuläre Recht, wenn das gemeine Recht, was die Regel bilde, eine partikuläre Abweichung zulasse, in Kraft bestehe, daß aber hierin nicht eine Aufhebung des gemeinen Rechtes, sondern nur eine Ausschließung seiner Anwendung liege.

Der genannte Schriftsteller erkennt also hiernach unzweifelhaft als Regel an, daß das partikuläre Recht vor dem gemeinen Rechte zur Anwendung kommt. Er sieht indessen hierin nicht eine definitive Aenderung des gemeinen Rechtes als solchen. Vielmehr würde nach seiner Ansicht dieses letztere, falls etwa im Laufe der Zeit das Partikularrecht aus irgend welchem Grunde seine Geltung verlöre, von selbst wieder als unmittelbar anwendbares Recht in seinem ganzen Umfange zur Geltung kommen. Ob dem partikulären Gewohnheitsrechte auch die Kraft beigelegt werden könnte, ein allgemeines Gesetz in der Anwendung zu hemmen, sofern sich dieses als sogenanntes zwingendes darstellen würde, und etwa die Bildung eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes ausdrücklich untersagt hätte, ist hier bei dem Mangel der eben angedeuteten Voraussetzung nicht zu entscheiden.

Nach dieser grundsätzlichen Erörterung wendet sich das oberstrichterliche Urtheil 2) zu der Frage, ob sich im Gebiete des ehemaligen Hochstiftes und Fürstenthumes Bamberg ein Gewohnheitsrecht, kraft dessen die Zehentberechtigten als solche von jeder kirchlichen Baupflicht frei sind, schon vor dem Trienter Konzil gebildet habe und auch jetzt noch in Geltung stehe, wie die II. Instanz angenommen hatte. In dieser wird Folgendes erörtert:

a) Ein Gewohnheitsrecht, welches gewisse Personen von einer Verpflichtung freispricht, kann an sich nur einer Rechtsnorm gegenüber, welche diese Verbindlichkeit festsetzt, zur Entstehung gelangen. Denn sofern eine derartige Rechtsnorm nicht bestünde, wäre auch keine aus ihr entspringende Verpflichtung gegeben und es würde ein Gewohnheitsrecht, welches eine Befreiung von solcher auszudrücken bestimmt erschiene, von vorneherein jeder Grundlage zu seiner Entwicklung entbehren.

Die Annahme, daß sich das bezeichnete Gewohnheitsrecht im ehemaligen Hochstifte Bamberg bereits in der Zeit vor dem Trienter Konzil gebildet hatte, würde daher nothwendig machen: einerseits die Dargelegung, daß schon zu jener Zeit ein Rechtsatz in dem erwähnten Gebiete bestand, welcher die kirchliche Bauverbindlichkeit der Decimatoren an und für sich begründete, gleichwie andererseits den Nachweis, daß jene rechtliche Bestimmung durch eine entgegenstehende Rechtsübung außer Wirksamkeit gesetzt wurde. Für jene frühe, dem Trienter Konzil vorgehende Zeit, demnach für die Zeit vor dem Jahre 1564, liegen jedoch im gegebenen Falle hinsichtlich der Bildung eines Gewohnheitsrechtes der bezeichneten Art entscheidende Beweisgründe nicht vor. Es kann deshalb davon Umgang genommen werden, behufs Entscheidung der streitigen Frage auf eine so ferne liegende Zeit zurückzugehen. Zweifellos erscheinen aber auch die auf

den Zeitpunkt, wo die Trienter Konzilsbeschlüsse in Kraft treten sollten, nämlich auf das schon genannte Jahr 1564 folgenden Jahrhunderte zeitlich vollkommen ausreichend, ein Gewohnheitsrecht mit dem gedachten Inhalte neu zu begründen.

Die zu entscheidende Frage ist daher dahin zu richten, ob sich gegenüber dem in Sess. XXI cap. 7 des Trienter Konzils ausgesprochenen Rechtsfaktes, welcher den Zehentberechtigten eine kirchliche Bauverbindlichkeit subsidiär auferlegt, ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht im Hochstifte Bamberg gebildet habe, in Sonderheit ob b) das auch in diesem Punkte angefochtene Berufungsurtheil die zu dem Bestande eines Gewohnheitsrechtes gehörenden rechtlichen Erfordernisse gebührend beachtet habe.

In dieser Hinsicht ist im Allgemeinen daran festzuhalten, daß ein Rechtsfakt, welcher den Inhalt eines Gewohnheitsrechtes bilden soll, durch gleichmäßige, längere Zeit fortgesetzte Anwendung in einem kleineren oder größeren Theile eines Volkes, welcher von der Wirklichkeit und verpflichtenden Kraft dieses Rechtsfaktes überzeugt ist, bethätigt oder geübt worden sein muß.

Obschon nun ein ungeschriebener Rechtsfakt, welcher nicht zur Anwendung und Uebung gelangt wäre, sich auch nicht als geltendes Recht würde erkennen lassen, so ist doch der Richter, welcher über das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes urtheilen soll, bei der Auswahl der ihn hiebei leitenden Erkenntnißmittel keineswegs auf eine Reihe von einzelnen Fällen, aus welchen er die Anwendung des Rechtsfaktes unmittelbar zu entnehmen vermöchte, ausschließlich angewiesen, sondern er kann sein Urtheil zugleich an zuverlässige mündliche oder schriftliche Zeugnisse gründen, welche den Rechtsfakt im Allgemeinen als einen in Uebung stehenden kennzeichnen.

(Vgl. G. F. Puchta, „das Gewohnheitsrecht“

Zhl II Buch 3 Kap. 3 §. 1 S. 120—122,  
 §. 2 S. 142—146, ferner S. 196 u. 197;  
 Windscheid, „Lehrb. des Pandektenrechtes“  
 §. 17; Stobbe, „Handbuch des deutschen  
 Privatrechtes“ Bd. I §. 23 Ziff. 3 S. 139 ff.)

Wenn sonach die Nichtigkeitklage die Zahl der einzelnen, im angefochtenen Urtheile aufgeführten Fälle, in welchen der beregte Rechtsatz Anwendung fand, als für den Nachweis eines Gewohnheitsrechtes unzureichend erklärt, so geht diese Beanstandung offenbar von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus.

Das Berufungsgericht hat auch auf die, in der Beschwerdeschrift aus den Jahren 1752, 1765 und 1766 besonders hervorgehobenen Uebungsfälle weder einen ausschließenden noch einen vorwiegenden, die anderen Beweisgründe überragenden Werth gelegt, vielmehr neben Aufzählung einer Reihe von solchen einzelnen Fällen der Uebung auf die Zeugnisse und Erklärungen von Behörden und Körperschaften, sowie überhaupt von Persönlichkeiten, Rücksicht genommen, welche über Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Rechtsatzes Aufschluß zu geben in der Lage waren.

Indem aber das Berufungsgericht so verfuhr, ist es mit den auf die Bildung von Gewohnheitsrechten bezüglichen Rechtsnormen nicht in Widerstreit gerathen.

Der Kassationshof ist zwar bei Würdigung des für den Beweis des streitigen Gewohnheitsrechtes aufgegebenen Urkundenmaterials nicht unbedingt an die Auffassung des Berufungsgerichtes gebunden, da die Gerichte gemäß Art. 321 Abs. 1 der bayer. C.P.O. vom Jahre 1869 auch von Amtswegen die ihnen zu Gebote stehenden Mittel zur Erforschung von nicht gemeinkundigen Partikularrechten anzuwenden haben (M.C.Pr.O. §. 265 und 512). Im vorliegenden Falle ist aber unter Berücksichtigung der, die Entstehung eines Gewohnheitsrechtes bestim-

menden rechtlichen Erfordernisse den zweitrichterlichen Ausführungen über das Beweisergebniß mit der Annahme beizupflichten, daß sich im Gebiete des ehemaligen Hochstiftes Bamberg innerhalb einer großen Anzahl der daselbst befindlichen katholischen Pfarreien ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, welches die in der Pfarrei Zehentberechtigten von der subsidiären Kultusbaupflicht befreit, und daß zu jenen Pfarreien auch diejenige von Ueßing zu rechnen ist.

Diese oberstrichterliche Annahme wird sodann eingehend begründet. Urtheil vom 27. Januar 1885. *S. B.*: Nr. 6246.

**Obligationenrecht.** Haftung öffentlicher Bediensteter. Umfang der civilgerichtlichen Zuständigkeit.

Gelegentlich der Extradition der Materialbestände eines Trainbataillons an den Nachfolger des in Pension tretenden, bisher mit der Verwaltung betrauten Offiziers ergaben sich Materialabgänge. Der bisherige Verwalter wurde für den dadurch dem Militärfiscus zugehenden Schaden zunächst im Administrativweg haftbar gemacht und mit Pensionsabzügen belegt. Er erhob hierauf gegen den Fiscus Klage auf Auszahlung der vollen Pension, welcher Klage auch die I. Instanz stattgab. Angesichts dieses Ausspruches und seiner auch die administrativen Verhältnisse einer Critik unterziehenden Begründung, erhob die Corpsintendantur den Kompetenzconflict, welcher von dem Gerichtshof für Kompetenzconflicte mit Urtheil vom 29. Dez. 1883 (veröffentlicht im *Ges.* u. *WBl.* 1884 *Beil.* S. 1) dahin entschieden wurde, „daß in vorliegender Sache die Gerichte nur insoweit zuständig seien, als in der erhobenen Klage beziehungsweise bei der gepflogenen Verhandlung der Sache civil-

rechtliche Befreiungsgründe von der durch die Militärverwaltungsbahörden ausgesprochenen Haftpflicht geltend gemacht wurde. Auf Grund dieser Entscheidung kam dann der Civilprozeß in den höheren Instanzen dahin zum Austrag, daß die Klage abgewiesen wurde. Aus dem oberstrichterlichen Urtheile ist folgendes zu entnehmen:

Der in dieser Sache entstandene Conflict über den Umfang der gerichtlichen Zuständigkeit gegenüber den Administrativ-Entscheidungen, auf deren Grund die mit der Klage ersucht verlangten Pensionabzüge gemacht worden sind, ist durch das Urtheil des einschlägigen Berichtshofes definitiv entschieden, und an dessen Entscheidung sind nun in dem concreten Rechtsstreite die Gerichte aller Instanzen in Betreff der gezogenen Zuständigkeitsgrenzen gebunden. Hiernach ist von der richterlichen Kritik ausgeschlossen und den vorgesetzten Dienststellen des jetzigen Revisionsklägers vorbehalten gewesen:

a) die Feststellung des Betrages der beim Rücktritte des I. Depot-Oberlieutenants als Verwalters der ärarialischen Materialbestände vorgefundenen Abgänge an diesen Beständen;

b) die Entscheidung darüber, ob Kläger die ihm bei seinem Diensteantritt als Geschäftsnorm vorgezeichneten Dienstvorschriften über die Materialübernahme vom Vorgänger, sowie über Führung der Geschäftsbücher und die sonstigen zur Sicherung der Materialbestände angeordneten Controlmaßregeln pflichtmäßig beobachtet, oder ob und wodurch er seine dienstlichen Obliegenheiten und die hiemit im Zusammenhang stehende Wahrung der ärarialischen Vermögensbestandtheile vernachlässigt und in Folge hiervon das Aerar zu Schaden gebracht habe.

Für den Civilrichter hatten demnach bei der Verbescheidung der vorliegenden Streitsache auf Grund

der in Mitte liegenden Administrativbeschlüsse als bindend zu gelten:

daß eine ordnungsmäßige Uebernahme der Materialbestände von Seite des Klägers bei dem Rücktritt seines Vorgängers und während der ganzen Funktionszeit des Klägers als I. Depotoffizier nicht stattgefunden,

daß auch Kläger in verschiedener Weise hinsichtlich der Uebergabe des Verwaltungsobjectes, dann der vorgeschriebenen Buchführungen durch Nichtbeachtung specieller Dienstvorschriften ohne rechtfertigenden Grund seine Dienstpflichten verletzt und beim Dienstesabgang des Klägers sich durch Materialabgang ein Schaden von . . . Mk. ergeben habe.

Kläger machte nun vor dem Civilrichter — unter Benützung jener Thatsache, daß eine regelmäßige und vollständige Extradition der Materialbestände von seinem Vorgänger an ihn nicht stattgefunden hat — zur Begründung seines Antrags auf Befreiung von der durch die Administrativstellen ihm auferlegten Haftpflicht insbesondere geltend,

daß nach allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen der Verwalter fremden Vermögens für dasselbe nur in so weit zu haften habe, als der Geschäftsherr dessen thatsächlich erfolgte Uebergabe nachzuweisen vermag.

Gegen die Richtigkeit dieses allgemeinen civilrechtlichen Grundsatzes ist an sich nichts einzuwenden.

Es kann aber das der richterlichen Beurtheilung unterstellte concrete Rechtsverhältniß auch in der Art gestaltet sein, daß der Umfang der Haftung des Vermögensverwalters durch besondere Bestimmungen zwischen den Interessenten erweitert wird, um den künftigen Einwand des Verwalters, die bei seinem Rücktritte vorgefundenen Defecte könnten eben so gut aus der Verwaltungsperiode seines Vorgängers datiren, gleich von vorneherein auszuschließen.

Es läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, daß ein der Art gestaltetes Rechtsverhältniß mit voller civilrechtlicher Wirksamkeit zwischen den Interessenten bestehen kann.

In solchem Falle haftet dann der Verwalter nicht nur für die erweislich während seiner eigenen Geschäftsperiode durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Dienstespflichten möglich gewordenen Abgänge mit seinem Privatvermögen gemäß Zbl. 4, c. 9, §. 5, Nr. 7 des bay. O., sondern auch vermöge besonders bestehender Haftungsverbindlichkeit für die etwa aus der Zeit seines Vorgängers herrührenden Defekte. Ein derart gestaltetes Rechtsverhältniß liegt aber im gegebenen Streitfalle vor.

Mit der Annahme der Beförderung auf seine Stelle bethätigte derselbe faktisch auch seine Willensübereinstimmung mit der für diese Dienstesstelle in den einschlägigen Reglementen enthaltenen Vorschriften insbesondere auch in so weit, als hierin Bestimmungen civilrechtlicher Natur aufgenommen sind.

Nicht mit Unrecht bezeichnet daher Kläger selbst, diejenigen Bestimmungen der Dienstesinstruktion u. s. w., als *lex contractus*, welche dem Verwalter Haftungen mit seinem Privatvermögen im Falle der Nichtbeobachtung gewisser ihm obliegenden Dienstesverrichtungen auferlegen, und deren Umfang in maßgebender Weise festlegen.

Inhaltlich der einschlägigen Vorschriften ist der I. Depotoffizier als Verwalter des Trainmaterials bestellt und hat die hierauf bezüglichen Bücher zu führen unter Haftung für die betreffs dieser seiner besonderen Dienstpflicht begangenen Versehen.

(Instruktion §. 11, Ziff. 2 u. 18, dann Ziff. 20 und 22).

Beim Wechsel des Depotpersonals hat der Neueintretende unmittelbar nach seinem Eintreffen eine

genaue Revision der Bestände und zwar im Beisein von Zeugen in dem Falle vorzunehmen, wenn eine unmittelbare Uebernahme der Bestände aus den Händen des Vorgängers nicht stattfinden kann.

Für den Fall der Außerachtlassung dieser Dienstpflicht bleibt der Neueintretende auch für etwaige Unregelmäßigkeiten und Defekte seines Vorgängers mit haftbar.

(Vorschriften vom 15. Oktober 1875, Marginale zu §. 77, dann §§. 78 und 80).

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß dem Kläger der Eingang erwähnte civilrechtliche Befreiungsgrund keineswegs zur Seite steht. Vielmehr zieht die Vernachlässigung der Dienstvorschriften die vermögensrechtliche Haftung des Verwalters in dem vorschriftgemäßen Umfange gerade *ex lege contractus* nach sich. Der Grundsatz, daß die Frage der richterlichen Cognition entrückt sei,

„ob durch Vernachlässigung administrativer Normen oder der Dienstvorschriften geschadet wurde“,

ist übrigens auch schon in einem früheren Urtheile des Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte ausgesprochen worden. (Urtheil vom 11. Juli 1853 in Moriz Sammlung S. 590—592).

Es ist deshalb auch unrichtig, wenn Revisionskläger behauptet, daß nach den in der Rechtsprechung des Gerichtshofes für Entscheidung von Kompetenzkonflikten aufgestellten Grundsätzen vorliegenden Falles die Frage, ob den Kläger bezüglich der verzögerten Uebernahmehandlungen ein Verschulden treffe, von dem Berufungsgerichte hätte geprüft und verbeschieden werden sollen. Daß Gleiche gilt von der Behauptung des Revisionsklägers, daß ihm, wenn man nur die Grundsätze über den Einfluß der *lex contractus* richtig angewendet haben würde, trotz der Bestimmung in §. 80 der oben angeführten Dienstvor-

schriften bezüglich der etwa aus der Geschäftsperiode seines Amtsvorgängers herrührenden Defekte keinerlei Haftungverbindlichkeit überbürdet werden könnte.

Richtig ist dagegen die Behauptung des Revisionsklägers, daß im Sinne des kompetenzgerichtlichen Urtheils vom 29. Dezember 1883 unter den „Befreiungsgründen“, bezüglich deren die Zuständigkeit den Gerichten zugesprochen worden ist, nicht bloß die Gründe der Erlöschung einer durch die Verwaltungsstellen ausgesprochenen Ersatzverbindlichkeit zu verstehen sind.

Das Berufungsgericht hat sich aber auch keineswegs darauf beschränkt, zu konstatiren, daß von klägerischer Seite ein solcher Erlöschungsgrund zur Substanzierung der Bekämpfung des gegnerischen Anspruchs gar nicht geltend gemacht wurde, die Berufungsinstanz hat vielmehr im Verlaufe ihrer Urtheilsbegründung innerhalb der vom kompetenzgerichtlichen Urtheile gezogenen Schranken insbesondere auch die Frage seiner Prüfung unterzogen, ob aus den thatsächlichen Verhältnissen, wie sie von den Verwaltungsstellen bezüglich des Verschuldens des jetzigen Klägers durch Vernachlässigung der einschlägigen administrativen Normen und Dienstvorschriften in maßgebender Weise festgestellt worden sind, nach civilrechtlichen Grundsätzen eine vermögensrechtliche Haftungverbindlichkeit des Verwalters gegen den Geschäftsherrn zu folgern sei, welche Frage dann auf Grund der Bestimmung des bay. Landrechts in Thl. 4 c. 9 §. 5 Nr. 6 entschieden bejaht wurde. Urth. v. 19. Febr. 1885. R.-Nr. I 128/84.

---

Redakt: K. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Geuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz, München 1885 erörtert von Prof. Dr. Regelsberger in Göttingen. — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Urtheile vom Januar und Februar 1885.

## Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz München 1885

erörtert von

Professor Dr. Regelsberger in Göttingen.

### 1.

Wer ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück erwirbt, haftet nach bekannten Grundsätzen des Hypothekengesetzes dem Gläubiger der Hypothekforderung für Bezahlung, jedoch nur mit dem verpfändeten Gute (§§. 54, 56).

Diese Beschränkung enthält ein Doppeltes:

1) Die Haftung des Erwerbers dauert nur so lange als das Grundstück sich in seinem Eigenthum oder redlichen Erwerb (publizianischen Besitz) befindet, endigt also mit der Veräußerung der Sache.

2) Die Haftung erstreckt sich dem praktischen Erfolge nach über das verpfändete Grundstück nicht hinaus. Der Eigenthümer (sowie jeder redliche Erwerber) kann sich der Zahlungspflicht dadurch entziehen, daß er „dem Gläubiger das hypothekirte Gut abtritt“.

Hiezu zwei belläufige Bemerkungen.

Zu 1) Immer wieder wird als der nach bayerische Folge Band XXXII.

schem Hypothekengesetze dinglich Haftbare — wenn der Ausdruck erlaubt ist — der „Besitzer“ des Unterpfands bezeichnet und auf diesen „Besitzer“ ohne weiteres angewendet, was das römische Recht für den bei der actio hypothecaria passiv legitimirten Inhaber verfügt z. B. über ficta possessio. Besitz der Sache in diesem Sinn ist aber für den passiv legitimirten bei dem bayerischen Hypothekenanspruch („der dinglichen Hypothekflage“) weder hinreichend noch erforderlich. Denn der letztere ist nicht gerichtet auf Ueberlassung des Besizes, sucht daher nicht denjenigen, welcher die facultas rem restituendi hat. Ich darf hiefür auf die Ausführung in meinem Bayer. Hypothekenrecht §. 78 Ziff. II verweisen. Der üble Sprachgebrauch des Hypothekengesetzes sollte von einer einsichtsvollen Jurisprudenz verlassen werden; denn nur derjenige findet bei diesem juristischen Zwiellicht seine Rechnung, welcher sich die Rechenschaft darüber ersparen will, was die Leser und Hörer unter seinem unbestimmten Ausdruck verstehen sollen.

Zu 2) Die „Abtretung des Guts“, wodurch der Hypothekanspruch abgefunden werden kann, bedeutet nach der klaren Vorschrift des Hypothekengesetzes und nach der nicht minder klaren Erläuterung seines geistigen Urhebers Gönner Uebertragung des Eigenthums oder des sonstigen dem Belangten zustehenden Rechts an der Sache, oder praktisch ausgedrückt: Verzicht auf den gesammten Werth der Sache zu Gunsten des Hypothekgläubigers, ähnlich der noxae datio.

Gönner Komm. z. Hyp.-Ges. Bd. I S. 449 fg.

Eine m. W. in ausnahmsloser Geltung stehende Praxis hat daraus freilich etwas ganz anderes gemacht: Der Hypothekgläubiger, dessen Zahlungsforderung erfolglos bleibt, kann lediglich die Zwangsvollstreckung in das verpfändete Grundstück nachsuchen, und der nach Befriedigung sämmtlicher Hypothekgläubiger allenfalls verbleibende Ueberschuß

vom Erlös fällt dem Pfandbeigenthümer zu. Um mit einem neuern Schriftsteller

Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners. Jena 1880

zu sprechen: das Abandonssystem des Gesetzes hat die Praxis, allerdings von einem richtigen Gefühl für das Verkehrsbedürfnis geleitet, durch das Exekutionssystem ersetzt.

## 2.

Die Haftung des Erwerbers ist indeß eine umfassendere, wenn er die auf dem Grundstück eingetragenen Schulden „besonders übernommen“ hat. Hierüber bestimmt der strittige §. 56:

„Die Haftung des dritten rechtlichen Besitzers für sämtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüchen dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt; es wäre denn, daß er diese Schulden besonders übernommen hätte, in welchem Fall er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muß und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann.“

An die „besondere Uebernahme“ knüpft das Gesetz

1) unbestritten eine Erweiterung des Kreises der Haftobjekte. Die ohne die besondere Uebernahme gegenständlich beschränkte Haftung wird infolge der Uebernahme zur gegenständlich unbeschränkten. Hierin steht der Uebernehmer nicht anders da als der ursprüngliche Begründer der Schuld.

Wie verhält es sich aber

2) mit der Dauer der unbeschränkten Haftung? Theilt sie das Schicksal der beschränkten dinglichen

\*

und endigt daher mit der Veräußerung der verpfändeten Liegenschaft? Oder ist sie vom Verbleib des Hypothekengegenstands im Vermögen des Uebernehmers unabhängig?

Doktrin und Praxis haben bisher überwiegend die Frage in dem zweiten Sinn beantwortet und in der gesetzlichen Folge der besondern Schuldübernahme eine Erhebung des Uebernehmers zum persönlichen Schuldner im normalen Sinn gefunden.

Nachweise in meinem „Bayerischen Hypothekenrecht“ §. 93 Note 3, wozu noch zu vergl. Zeitschr. für das bayer. Notariat. Jahrg. 1870 S. 97.

Gegen diese Ansicht richtet sich die an der Spitze genannte Schrift Radlofers in sehr beachtenswerther Ausführung. Sie schießt zwar m. E. am Ziele vorbei, aber gerade weil sie mit einem ansehnlichen wissenschaftlichen Rüstzeug kämpft, wird es gerechtfertigt sein, die Gegengründe ausführlicher zu entwickeln, zumal wie ich höre die Frage der gesetzlichen Erwägung unterbreitet ist.

### 3.

Wenn das Gesetz mit der besondern Uebernahme der eingetragenem Schulden die Haftung mit dem gesamten Vermögen und die Belangbarkeit mit der persönlichen Klage verbindet, so heißt dieß: der Uebernehmer tritt in das obligatorische Verhältniß als Schuldner ein gleichviel ob neben oder an Stelle des bisherigen Schuldners. Daß dieser Eintritt auf die Zeit eingegrenzt sei, während deren das unterpfändlich haftende Grundstück sich im Vermögen des Uebernehmers befindet, entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen sicherlich nicht. Diese Beschränkung dürfte daher nur angenommen werden, wenn sie entweder

- 1) im Gesetz unzweideutig verordnet wäre oder
- 2) aus der geschichtlichen Entwicklung mit Sicherheit hervorginge oder

3) durch den praktischen Zweck des Instituts gefordert würde.

Nach diesen drei Gesichtspunkten soll jetzt die vorwürfige Frage geprüft werden und zwar stelle ich aus Zweckmäßigkeitserwägungen den dritten dem zweiten voran.

## 4.

Eine ausdrückliche Hervorhebung der Beschränkung ist im §. 56 nicht zu finden. Das sollte nicht bestritten werden. Man lese vergleichungsweise den Wortlaut des §. 90 des kgl. sächsischen Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, fast wörtlich als §. 432 in das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen übergegangen:

„Hat jedoch der dritte Besizer die eingetragenen Schulden als unbezahlte Kaufgelder übernommen oder sich sonst zu deren Uebernahme ausdrücklich verpflichtet, so muß er für selbige als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften und kann deshalb mit einer persönlichen Klage belangt werden.“

„Diese persönliche Verbindlichkeit dauert jedoch bei dem dritten redlichen Besizer nur so lange als er oder seine Erben das verhaftete Grundstück besitzen, es wäre denn, daß sie bereits auf Zahlung gerichtlich belangt wären. Wegen der Zinsen, welche der dritte Besizer von den solchergestalt übernommenen eingetragenen Schulden während seiner Besitzzeit im Rückstand ließ, bleibt er auch nach der Veräußerung des Grundstücks persönlich verhaftet.“

Im Gegensatz hierzu hat der §. 41 des preussischen Grundeigentumsvererbungsgesetzes vom 5. Mai 1872, welches auf dem Standpunkt der zeitlich unbeschränkten Haftung des Schuldübernehmers steht, folgende Fassung:

„Hat der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das

Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahmevertrag nicht beigetreten ist."

Ich bemerke noch: Bei Erlassung des kgl. sächsischen Hypothekengesetzes war man sich wohl bewußt, durch Aufnahme der zeitlich beschränkten Haftung des Uebernehmers vom prinzipiellen Standpunkt und von dem bis dahin in Sachsen geltenden Rechtszustand abzuweichen, fand aber eine genügende Rechtfertigung dafür in der rechtspolitischen Erwägung, daß der „Mangel einer Ausnahmsbestimmung der fraglichen Art leicht von dem Ankaufe von Grundstücken abschrecken könnte“.

Vgl. die Motive zu dem Gesetz bei Heyne, Kommentar über das kgl. sächs. Hypothekengesetz (Leipzig 1845) Bd. I S. 353.

Es verdient ferner Hervorhebung, daß Motive und Kommentar zu dem sächsischen Gesetz für den Sonderstandpunkt sich nicht auf den Vorgang des bayerischen Hypothekengesetzes berufen, während anderwärts dieses Gesetz und der Gönner'sche Kommentar mit Vorliebe in Bezug genommen werden.

## 5.

Erheischt der Zweck des Instituts die zeitlich beschränkte Haftung des Uebernehmers?

Der thatsächliche Vorgang, wie er sich, man kann sagen täglich abspielt und wie er zweifellos dem Gesetzgeber bei Aufstellung des strittigen Satzes vor-schwebte, läßt sich im folgenden Beispiel geben. Es erwirbt Jemand käuflich ein Grundstück um den Preis von 46000 Mk. Darauf sind hypothekarisch ver-sichert 12000 Mk. für ein vom Verkäufer aufgenom-menes Darlehen. Hat nun der Käufer nicht die volle Kaufpreissumme zur Verfügung, sondern z. B. nur 34000 Mk., so kann er den jedem Kapitalis-

bedürftigen offenstehenden Weg einschlagen: er kann versuchen 12000 Mk. aufzunehmen, was ihm gegen Verpfändung des erworbenen Grundstücks gelingen dürfte, um damit den Verkäufer zu befriedigen, welcher seinerseits die bestehende Hypothekenschuld abtragen wird. So wandern 12000 Mk. vom darleihenden Kapitalisten an den Käufer, vom Käufer an den Verkäufer, vom Verkäufer an den Hypothekgläubiger und die Hypothek von 12000 Mk. wird gelöscht, um einer andern im gleichen Betrag Platz zu machen. Dieses Hin- und Herzahlen, Lösen und Eintragen, womit Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist, können sich die Parteien ersparen, indem der Käufer die auf dem Grundstück haftende Hypothekenschuld von 12000 Mk. als persönliche Schuld übernimmt und um die gleiche Summe die Baarzahlung an den Verkäufer fñrzt. Die Schuldübernahme vermag aber die Baarzahlung nur dann zu ersetzen, wenn sie in der Meinung vollzogen wird, daß der Verkäufer dem praktischen Erfolge nach von der Schuld befreit sein soll. Alsdann kann man vom wirthschaftlichen Standpunkte sagen: der Verkäufer hat den vollen Kaufpreis erhalten, nämlich 34000 Mk. baar und 12000 Mk. durch Befreiung von einer Schuld in diesem Betrage; der Käufer hat sich mit einer Schuld von 12000 Mk. belastet, wofür er das Entgelt in dem Werthe des Grundstücks besitzt. Ob der Käufer die 12000 Mk. aufgenommen oder übernommen, bleibt sich wirthschaftlich, von den Kosten abgesehen, ganz gleich, er steht den übernommenen nicht ferner als den aufgenommenen. Warum soll nun das positive Recht die Haftung für die übernommene Schuld einer zeitlichen Begrenzung unterwerfen, welche für die aufgenommenene nicht gilt?

Man wendet vielleicht ein, die vorstehende Rechnung sei nicht in allen Stücken richtig. Der Wunsch der Parteien möge immerhin dahin gehen, daß der

Verkäufer aus dem Schuldverband ausscheide unter Einrückung des Käufers in dessen Stelle. Aber die Verwirklichung dieses Wunsches berühre die berechtigten Interessen des Gläubigers, dem es vielleicht nicht gleichgültig ist, ob er den Käufer oder den Verkäufer zum persönlichen Schuldner hat.

Gewiß. Aus dieser Rücksicht vollzieht sich der vom Käufer und Verkäufer angestrebte Schuldnerwechsel nur mit Zustimmung des Gläubigers. Wird dieselbe verweigert oder wird die Entschließung des Gläubigers aus irgend einem Grund nicht eingeholt, so läßt sich die materielle Vertragsabsicht wenigstens annähernd erreichen, indem der Käufer nicht nur sich verpflichtet, für die Abwendung jedes Zugriffs des Gläubigers auf die Person des Verkäufers Sorge zu tragen, sondern auch sich selbst dem Gläubiger als persönlicher Schuldner gleich dem Verkäufer hinstellt. Dazu bedarf es der Genehmigung des Gläubigers nicht, denn wenigstens gemeinrechtlich kann durch den Vertrag zwischen zwei Personen einem Dritten ohne sein Zuthun ein Recht erworben werden (sog. Vertrag zu Gunsten Dritter). Unter dieser Voraussetzung liegt, von einer bedenklichen Vermögenslage des Käufers abgesehen, in der rechtlichen Fortsetzung des Verkäufers keine große Gefahr. Würde der Gläubiger aus Uebelwollen sein Recht gegen den Verkäufer geltend machen, so kann der Käufer mit der sofortigen Zahlung einspringen und wird es thun, um sich die Kosten des Rückgriffs zu ersparen. Freilich hängt die thatsächliche Befreiung des Verkäufers vom thatsächlichen Können des Käufers ab; darum muß sich eben der Verkäufer die Person des Käufers genau ansehen, bevor er auf die angegebene Befreiungsart eingeht.

## 6.

Was hier als wirthschaftliche Erscheinung geschildert wurde, hatte sich im Verkehr schon vor Erlassung

des bayerischen Hypothekengesetzes herausgebildet. Schwierigkeit bereitete jedoch den damaligen im Banne einer engherzigen romanistischen Theorie liegenden Juristen die rechtliche Form für die Verwirklichung der praktischen Ziele. Zwar in dem Fall da der Gläubiger zu dem beabsichtigten Schuldnerwechsel sein Einverständniß erklärte, glaubte man in der Delegationnovation gewiesenen Weg zu besitzen. Ueber die mit der Novation verbundene mißliche Folge der Obligationen- und Pfandrechtslöschung half die „unschuldige“ Fiktion der Pfanderneuerung mit hypothekarischer Succession hinweg. Wie aber, wenn jene Zustimmung fehlte? Novation ohne Mitwirkung des Gläubigers ist eine juristische Unmöglichkeit. Da zimmerten die Einen eine „unvollständige Delegation“ zurecht, ein Begriff, für den das römische Recht vergeblich zu Gevatter gebeten wurde, die Andern wußten überhaupt keinen Rath.

In diese juristische Misere griff das freie Wort des Gesetzgebers ein und beseitigte das Hinderniß der rechtlichen Konstruktion durch die Vorschrift: Sofern nur bei der Veräußerung einer hypothekarisch belasteten Liegenschaft die Absicht der Parteien auf die persönliche Haftung des Erwerbers für die eingetragenen Schulden gerichtet ist, soll derselbe in ein obligatorisches Verhältniß zu dem Gläubiger treten.

Daß in der That dieser und kein anderer Zweck den §. 56 des Hypothekengesetzes in's Leben gerufen hat, dafür kann ich keinen bessern Gewährsmann anrufen als Könner. In Band I S. 454 seines Kommentars schildert K. zunächst unter Ziff. 3 die Schuldübernahme mit Zustimmung des Hypothekgläubigers als eine vollkommen glatte Sache:

„Daß der Besizer bei einer vollständigen Delegation, welche mit Einwilligung des vorigen Schuldners des neuen Erwerbers der Sache und des Gläubigers geschieht, für die Forderung per-

sönlich mit seinem ganzen übrigen Vermögen haften müsse, ist wohl nicht zu bezweifeln, weil diese Delegation den vorigen Schuldner auch in Ansehung des Gläubigers ganz liberirt und den Delegaten ganz an die Stelle des vorigen Schuldners setzt.“

Hierauf fährt Bönner unter Ziff. 4 fort:

„Ob aber auch aus einer unvollständigen Delegation, welche nur zwischen dem vorigen und gegenwärtigen Besitzer ohne Mitwissen und Einwilligung des Gläubigers bedungen wird, eine solche (!) persönliche Haftung des neuen Besitzers entstehe, könnte deswegen zweifelhaft scheinen, weil dadurch das Obligationsverhältniß zwischen dem vorigen Schuldner und Gläubiger nicht aufgehoben wird, dieser das persönliche Recht der Forderung gegen seinen Schuldner behält und aus dem ohne seine Mitwirkung von Andern abgeschlossenen Vertrag für sich kein Recht ableiten kann. . . . Das Hypothekengesetz hat im §. 56 durch die Worte: „„es wäre denn, daß er diese Schulden besonders übernommen hätte“““ allen Zweifel gehoben, denn die Uebnahme der Schulden kann durch einen Vertrag zwischen dem vorigen und neuen Besitzer auch ohne Mitwirkung des Gläubigers geschehen. Dieses harmonirt ganz mit den übrigen Bestimmungen, indem das Gesetz bei Veräußerungen der Sache weder die Einwilligung der Gläubiger noch eine Notifikation der Besitzveränderung an dieselben erfordert, und den täglichen Vorfällen bei Veräußerung der Immobilien gemäß ist, daß der neue Erwerber die ihm durch das Hypothekenbuch kund gemachten Schulden gegen Abzug am Kaufpreis übernimmt, daher als Schuldner anzusehen ist, wenn gleich die Gläubiger das Recht behalten, sowohl ihn als den bisherigen Schuldner mit der persönlichen Klage aus der Forderung zu belangen.“

Dem aufmerksamen Leser wird nicht entgehen, daß der Kommentator zwischen der sog. vollständigen und unvollständigen Delegation einen Unterschied nur in Ansehung der Stellung des bisherigen Schuldners, nicht aber in der Stellung des Uebernehmers macht, daß für die sog. unvollständige Delegation nicht mit einer Silbe angedeutet wird, der Uebernehmer hafte persönlich nur auf die Dauer seines Eigenthums am verpfändeten Grundstück, und zwar weder hier noch an einer andern Stelle des Kommentars.

Es ist lehrreich, daß sich fünfzig Jahre später in der preussischen Gesetzgebung ein ähnlicher Entwicklungsgang vollendete. Das allgemeine preussische Landrecht hat, in romanistischen Geleisen sich bewegend, den Rechtsatz aufgestellt: Verträge wirken nur unter denjenigen Personen, welche ihn geschlossen haben; ein Dritter erwirbt daraus ein Recht selbst dann nicht, wenn der Vertrag zu seinen Gunsten eingegangen wurde, es sei denn, daß der Dritte dem Vertrag mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist (Landr. I 5 §§. 74—77). Gleichwohl fand in der preussischen Praxis die Ansicht Vertretung, der Käufer eines Grundstücks, welcher die darauf haftenden Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld übernimmt, trete dadurch in die persönliche Verbindlichkeit ein, so daß er vom Hypothekgläubiger mit der persönlichen Klage belangt werden könne. Andere Erkenntnisse verwarfen diese Meinung. Da erschien zur Beseitigung der Schwankung in Jahr 1835 eine mit Gesetzeskraft versehene Deklaration, welche nach der Maxime des Pelzwaschens ohne ihn naß zu machen unter Vermeidung einer prinzipiellen Entscheidung verordnete: der Gläubiger erhält aus der Uebernahme der Hypothekschulden seitens des Käufers des belasteten Grundstücks ein persönliches Recht gegen diesen nur dann, wenn er entweder der Uebernahme ausdrücklich beigetreten ist oder wenn ihm der Verkäufer

seinen aus der Uebnahme gegen den Käufer entstandenen Befreiungsanspruch cedirt. Die Prozig, welche mit dieser sonderbaren Cession des Rechts auf Befreiung nichts anzufangen wußte, leitete daraus ein Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Käufer auf Zahlung der Schuld ab, das freilich im Gesetz nicht gegeben war. Erst bei Erlassung des Grundeigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 wagte man dem theoretischen Skrupel thatkräftig zu Leibe zu gehen und traf die oben §. 165 fg. ausgehobene Bestimmung.

Vgl. die Motive zu dem erwähnten preussischen Gesetz (in der Ausgabe Berlin 1869 Geh. Oberhofbuchdruckerei S. 57 fg.) und Förster, Preuss. Grundbuchrecht S. 150 fg.

Uebrigens besteht in der preussischen Jurisprudenz gar kein Zweifel, daß die durch die Schuldübernahme begründete persönliche Haftung des Käufers durch die Weiterveräußerung der verpfändeten Liegenschaft nicht beendigt wird.

Urtheil des Reichsgerichts in Entscheidungen Bd. I Nr. 48 S. 117 fg. Bd. VII Nr. 72 S. 255 fg.

Die Wichtigkeit des ersteren Erkenntnisses sicht zwar Bähr

Urtheile des Reichsgerichts (1883) S. 91 an, aber aus einem andern Grunde; die Fortdauer der persönlichen Haftung des Uebernehmers trotz Weiterveräußerung des Grundstücks scheint auch er nicht zu beanstanden.

## 7.

Wie in vielen andern Fällen so täuscht sich das verkehrtreibende Publikum bei der Ueberbindung von Hypothekschulden in Abrechnung am Kaufpreise über die dadurch geschaffene Rechtslage. Weil materiell der Verkäufer die Befreiung von der Schuldverbindlichkeit mit der entsprechenden Kürzung des Kauf-

preisesh vollständig bezahlt hat, weil ferner der Uebernehmer als persönlich haftbarer Schuldner eintritt, so glaubt der Laie mit der Veräußerung des Unterpfands wie der dinglichen so der persönlichen Haftung ledig zu sein, obwohl die Zustimmung des Gläubigers nicht erholt ist. Da wird er denn zuweilen durch eine Schuldflage des Hypothekgläubigers in recht unliebsamer Weise aus seinem Traume geweckt. Insbesondere wiegen sich die Zwischeneigenthümer, wie ich diejenigen nennen möchte, welche in die bereits bestehende Schuld eingetreten sind, in dem Gedanken, trotz der besondern Uebernahme der Schuld sei das Eigenthum am Unterpfand Anfang wie Ende ihrer Haftung. Es ist begreiflich, daß jene Uebertragung laute Beschwerden hervorruft; sie sind jetzt sogar im Rathsaale des gesetzgebenden Körpers erhoben worden und haben zu dem Antrag an die Staatsregierung geführt, auf eine Abhilfe Bedacht zu nehmen. Zweifellos liegt hier ein Fehler vor, der dringend Besserung heischt. Es fragt sich nur, wo er steckt und ob es zu seiner Beseitigung eines gesetzgeberischen Eingriffs bedarf. Ich verneine die zweite Frage in Uebereinstimmung mit dem Verfasser der Eingangß genannten Schrift, ich weiche aber in der Beantwortung der ersten ganz wesentlich von ihm ab. Meines Erachtens ist die von ihm versuchte Lösung juristisch unhaltbar, aber auch untauglich, dem praktischen Bedürfniß genüge zu thun.

## 8.

Radikofers vertritt folgenden Satz: Nach bayerischem Hypothekenrechte wird der Erwerber einer Eigenschaft, welcher eine darauf lastende Hypothekenschuld besonders übernommen hat, durch die Weiterveräußerung auch von seiner persönlichen Haftung frei, gleichviel ob er seinerseits wieder dem Nachfolger in gleicher Weise die Hypothekenschuld überbunden hat oder nicht.

Dagegen haftet derjenige Eigenthümer, in dessen Person die Hypothekenschuld entstanden ist, unter den gleichen Voraussetzungen trotz des Eigenthumswechsels persönlich bis zur Abtragung der Schuld fort.

Dieser Satz wird vor allem aus der geschichtlichen Herausbildung des bayerischen Hypothekenrechts zu erweisen gesucht. Schon das bayerische Landrecht — so äußert sich der Verfasser — kennt nicht die *actio hypothecaria* des römischen Rechts, sondern den auf deutschrechtlicher Grundlage ruhenden Hypothekanspruch, welchem eine Verbindlichkeit des jeweiligen Besizers der Pfandsache zur Bezahlung der Hypothekenschuld, wenn auch mit Beschränkung auf den Werth des Hypothekobjekts gegenübersteht. Das Landrecht versagt im weiteren demjenigen Erwerber der Sache, welcher um die unterpfändliche Belastung derselben beim Erwerb wußte, die Einrede der Vorausklage gegenüber dem Pfandgläubiger und den Eviktionsanspruch gegen seinen Verkäufer im Fall der Entziehung durch Geltendmachung des Pfandrechts. Eine Verordnung vom 22. Februar 1814 bestimmte in Entscheidung einer Zweifelsfrage, welche sich aus einer Separationsbestimmung der bayerischen Gerichtsordnung ergeben hatte: Die Einrede der Vorausklage steht dem Hypothekgläubiger, welcher im Konkurs des Hypothekschuldners sein Quasiseparationsrecht geltend macht, dann nicht entgegen, wenn der Gemeinschuldner diese Schuld ohne Einwilligung des Gläubigers übernommen hat. Auf dieser Sach- und Rechtslage fuße der §. 56 des Hypothekengesetzes. Er knüpfe an die besondere Uebernahme einer Hypothekenschuld durch den Erwerber des Unterpfands neben der sich von selbst verstehenden dinglichen Haftung die persönliche, die letztere jedoch nur in Verbindung mit der ersteren und mithin nur auf die gleiche Dauer.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts.

2 Nachträge zur vorhergehenden Nummer.

### Civilrechtliche Urtheile.

**Obligationenrecht.** Begriff des *dolus causam dans* im Sinne des bayer. Landrechts *Zhl. IV cap. I §. 20 u. 25.*

Nicht zu billigen ist die Ansicht, es gehören zum *dolus causam dans*, daß lediglich und ausschließlich der Betrug des einen Contractanten den anderen zur Eingehung des Vertrags bestimmt habe, insofern damit gesagt sein sollte, daß jedes andere mitwirkende Motiv ausgeschlossen sein müßte. Denn der Begriff des *dolus causam dans* ist erschöpft, wenn der eine Theil durch die Arglist des andern zur Eingehung des Vertrags verleitet worden ist. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn eine arglistige Vorspiegelung oder wissentliche Verschweigung eines wesentlichen Mangels gegenüber anderen mitwirkenden Motiven bei der Fassung des Entschlusses den Ausschlag für die Eingehung des Vertrags gegeben hat, d. h. wenn nach billiger Würdigung der Umstände angenommen werden kann, daß ohne den Betrug der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. *Urth. v. 17. Jan. 1885. R.-Nr. I 153/84.*

**Haftung für körperliche Folgen einer Schlägerei.**

Wie das gemeine Recht (vgl. hierüber *Entsch. des RG. Bd. I Nr. 39*, die daselbst angezogenen Urtheile und das am 5. November 1884 ergangene Urtheil des obersten Landesgerichts) so macht auch das bayer. *Edr. Zhl. IV Kap. 16 §. 6* die civil

rechtliche Verantwortlichkeit einer Person für den einem Dritten ungerechterweise zugefügten Schaden an dessen Hab und Gut, sowie an dessen Gesundheit nach Ziff. 1, 4, 5, 7 u. 8 a. a. O. von einem auf dolus oder culpa beruhenden Verschulden derselben hievon abhängig. Demnach muß zwischen dem Verhalten und jener Handlung, welche den schädlichen Erfolg herbeigeführt hat, ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Dieser Grundsatz muß auch in dem Falle Anwendung finden, wenn bei dem Vorgange, in welchem Jemand eine Verletzung erlitten hat, Mehrere betheilt gewesen sind, indem im bayer. Vdr. Zhl. IV Kap. 16 §. 4 Nr. 3, auf welchen für einen solchen Fall in §. 6 Nr. 3 hingewiesen ist, keine Ausnahme hievon getroffen ist. Solch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung einer Person und einem eingetretenen Erfolge liegt jedoch nicht nothwendig in der Betheiligung derselben bei einem gemeinsamen Angriffe auf einen Dritten, bei welchem dieser Verletzungen davongetragen hat, da diese Verletzungen von einzelnen Theilnehmern ausgegangen sein können, ohne daß die weiteren Theilnehmer hiezu mitgewirkt haben und ohne daß diesen eine Mitschuld hieran zur Last fällt. Es ist dieß auch in den angezogenen Stellen des gemeinen Rechts anerkannt, indem sonst die hierin getroffene Unterscheidung, ob die Person dessen ermittelt werden kann, welcher den tödtlichen Streich geführt hat, sowie die hieran geknüppte Folge nicht berechtigt wäre. Urth. v. 18. Febr. 1885. R.:Nr. I 118/84.

---

Redakt.: **K. v. Fetting** in Nürnberg. Verl.: **Palm & Enke**  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz, München 1885 erörtert von Prof. Dr. Regelsberger in Göttingen. (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Beschlüsse.

## Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz München 1885

erörtert von

Professor Dr. Regelsberger in Göttingen.

(Fortsetzung.)

Dies ergebe auch der Wortlaut, der ganz und ausschließlich auf den gegenwärtigen Besitzer zugeschnitten sei. Eine Regelung des obligatorischen Verhältnisses, losgelöst von dem Besitze des Unterpfands, passe als rein civilrechtliche Angelegenheit nicht in den Rahmen des Hypothekengesetzes; am allerwenigsten habe der Gesetzgeber Anlaß gehabt, die Lage des dritten Besitzers zu verschlechtern. Hebung des Realcredits sei der ausgesprochene Zweck der Hypothekengesetzgebung gewesen, die der Dauer nach unbeschränkte Haftung des dritten Besitzers schwäche ihn. Jedensfalls würde der Gesetzgeber eine in die Gepflogenheiten des Verkehrs so tief einschneibende Bestimmung nicht so nebenbei getroffen haben, sondern mit deutlicher Hervorhebung der Neuerung. Auch der Commentar von *Bö n n e r* lasse jede Eindeutung darauf vermessen. Es folgt noch die nicht weiter belegte und mit  
Neue Folge Band XXXII.

einiger Unsicherheit („meines Wissens“) vorgetragene Behauptung, daß in den ersten Dezennien der Geltung des Hypothekengesetzes der §. 56 von Niemanden in einem weitergehenden Sinn verstanden worden sei, bis Dr. Hermann Seuffert (gegenwärtig Professor der Rechte in Breslau) den „richtigen“ Sinn entdeckt habe.

## 9.

Allerdings eine merkwürdige Erscheinung. Eine Abhandlung von wenigen Seiten

in diesen Blättern Bd. XXVI S. 417—431,  
440—444

ist im Stande, Theoretikern und Praktikern die Köpfe zu verdrehen und mit einem Schlage einen grundverkehrten Ansicht Eingang zu verschaffen. Und dies nicht etwa vorübergehend, nein, seit mehr als 20 Jahren hält der oberste Gerichtshof des Landes an diesem Standpunkt fest, und wer dagegen seine Stimme erhebt, erscheint wie ein Prediger in der Wüste.

Ich möchte dem Verdienste meines verehrten Kollegen und Freundes Seuffert sowie dem Werthe seiner trefflich geschriebenen Abhandlung nicht zu nahe treten, aber ich meine doch: wenn die von ihm vertretene Auffassung sich seit so langer Zeit einer fast ungetheilten Billigung erfreut, so kann sie damals nicht wie ein *deus ex machina* in die bayerische Jurisprudenz gefahren sein und muß sie tiefere Wurzeln haben als ihr Radikofers zugestehen will (dessen Schrift S. 3 S. 18 fg.).

In der That ist meine Ueberzeugung, daß aller von Radikofers aufgebotene Scharfsinn die Unrichtigkeit der bisherigen Auslegung des §. 56 darzulegen nicht vermocht hat, daß im Gegentheil die von ihm dem Hypothekengesetz unterstellte Schöpfung in der Luft schwebt, daß sie der geschichtlichen Anknüpfungspunkte wie der wirthschaftlichen Rechtfertigung entbehrt.

Der Nachweis liegt im Grunde schon in meiner früheren Ausführung. Es genügt daher folgendes noch zu bemerken.

## 10.

Um das richtige Verständniß von Zweck und Inhalt des Hypothekengesetzes zu gewinnen, muß man sich den wirthschaftlichen und Rechtszustand der damaligen Zeit vergegenwärtigen. Die durchschnittliche Größe der Gutswirthschaften hatte in Bayern wie in einem großen Theil von Deutschland die Folge, daß der jeweilige Eigenthümer fremden Kapitals bedurfte, so daß gewisse Hypothekenschulden so zu sagen zum eisernen Inventar der Güter gehörten. Abzahlungen mit bereitstehenden Mitteln waren in der Regel nicht möglich, Abzahlungen mit fremdem Kapital entsprachen den Interessen weder des Gläubigers noch des jeweiligen Gutshabers. Hieraus entwickelte sich das Institut der Schuldübernahme. Das eigentliche Ziel dabei war Schuldüberwälzung. Allein sie ließ sich nicht immer erreichen. Man wollte wenigstens einen annähernden Ersatz. Da rief die Jurisprudenz ihr non possumus entgegen. Ueber diesen Stein des Anstoßes half die Gesetzgebung hinweg: auch ohne Einwilligung des Gläubigers soll ein Eintritt des Uebernehmers in das persönliche Schuldverhältniß möglich sein, zwar nicht statt, wohl aber an der Seite des bisherigen Schuldners, dessen Forthaftung unter normalen Verhältnissen unverfänglich ist.

Irre ich nicht, so sieht der Fehler R.'s darin, daß er die „besondere Uebernahme der Schulden“ nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit der „Wissenschaft vom Pfande“ nach bayerischem Landrecht in geschichtlichen Zusammenhang bringt. Die letztere, welche in der Richtung auf den Gläubiger nur beschränkte Wirkung äußerte (Wegfall der exceptio excussionis), ist durch die Einrichtung der öffent-

\*

lichen Bücher von selbst gegeben (§. 25 Abs. 2 und §. 57). Hieraus kann sich die persönliche Haftung für die Hypothekenschuld nicht entwickelt haben.

Die Haftung, welche R. aus §. 56 des §. 56 herausfließt, steht ohne alle Analogie im Rechte da. Die Reallasten können mit der Hypothek nicht in Vergleich gestellt werden, sie begründen keine Kapitalhaft, bei ihnen kann von einer besondern Uebernahme nicht die Rede sein. Zwar bringt Bönnert in der von R. S. 14 angezogenen Stelle die Hypothekenschuld und die Reallast in Parallele, aber wohl gemerkt die Hypothekenschuld nur im Verhältniß zu demjenigen Unterpfañdeigenthümer, welcher die Schuld nicht besonders übernommen hat. Die Kapitalhaftung ist eine hinsichtlich des Gegenstands beschränkte Haftung, was eben die Haftung auf Grund der besondern Uebernahme nicht ist. Ehrenberg in der S. 163 angeführten Schrift gedenkt der verschiedensten Arten beschränkter Haftung, ein Beispiel für die von R. behauptete Erschelung sucht man bei ihm vergeblich.

### 11.

Ich komme zu den Einzeleinwendungen Kadlsofers.

1) „Die Regelung der Schuldübernahme sei eine Aufgabe der Civil-, nicht der Hypothekengesetzgebung.“

Da möchte ich vor Allem betonen, daß das Hypothekenrecht selbst nur ein Bestandtheil des Civilrechts ist und daß daher von keiner Grenzüberschreitung gesprochen werden kann, wenn in einem Hypothekengesetze andere civilrechtliche Verhältnisse, welche mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehen, geordnet werden. Im Gegentheil, man müßte den Gesetzgeber der Pedanterie zeigen, wenn er eine zweckmäßige Bestimmung, wozu sein Hauptgegenstand Anlaß bietet, unterdrücken würde aus Aengstlichkeit, die von der systematisirenden Jurisprudenz gezogenen Schranken

zu verlegen. Sehen wir uns doch in den neuern Gesetzgeberzeugnissen um: das Handelsgesetzbuch hat prozessualische, die Civilprozeßordnung civilrechtliche Vorschriften, wie nicht minder eine Anzahl ihrem Schwerpunkt nach den verschiedensten Rechtsgebieten angehöriger Reichsgesetze.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl. 1882.

Ja der preussische Gesetzgeber hat sich, wie früher ausgeführt, unbestritten des von R. gerügten Fehlers schuldig gemacht. Und war etwa Gönner, der spiritus regens bei der Schaffung des Hypothekengesetzes, in Ansehung des *judicium finium regundorum* so zimperlich? Nun ich meine, die Vorschriften über die Verjährung der eingetragenen Forderungen (H.G. §§. 31 u. 32, Gönner Komm. I S. 342), die Bestimmungen über den Rückgriff des die Hypothekenschuld zahlenden sog. dritten Besitzers (H.G. §. 58) schneiden nicht minder in das allgemeine Civilrecht ein wie die §§. 52 und 64 des H.G.'s in den Civilprozeß.

2) R. vermischt sowohl im Gesetz als im Gönner'schen Kommentar jede Andeutung über die schlechtthin persönliche Schuldhaftung des Uebernehmers.

Auch das mit Unrecht. Ich kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf das Ziff. 4 (oben S. 165) Gesagte verweisen.

Was den Gesetzeswortlaut anlangt, so darf man im Gegentheil behaupten: ein Gesetzgeber, der eine von der gewöhnlichen obligatorischen abweichende Fassung beabsichtigte, würde sich einer kaum verzeihlichen Nachlässigkeit in der Fassung schuldig gemacht haben.

Und nun Gönner's Kommentar. Ich wüßte kaum, wie man deutlicher die unbeschränkte Haftung beschreiben könnte als dies Gönner in den oben Ziff. 6 (S. 169 u. 170) ausgehobenen Stellen gethan,

namentlich durch die Gegenüberstellung der vollständigen und unvollständigen Delegation. Daß sind nicht beiläufige Gedankenspäne, wie R. meint, sondern die Eckpfeiler der Ausführung, wie auch der gesperrte Druck dieser Worte beweist. Ob man sich die Mithaftung des Uebernehmers bei der sog. unvollständigen Delegation unter der Form der Realobligation denkt oder wie sonst, ist Nebensache. Uebrigens besteht gegen jene Auffassung m. E. kein Bedenken.

3) „Es hieße geradezu den gesetzgeberischen Beruf des Verfassers des bayerischen Hypothekengesetzes anzweifeln, wollte man ihm die Absicht imputiren, durch §. 56 eine ganze Reihe von Besitzern ohne Wissen und Willen des Hypothekgläubigers in den Bann der Hypothekforderung treten zu lassen.“

Der preussische Gesetzgeber ist im Jahre 1872 vor dieser Folge nicht zurückgeschreckt: warum sollte sich sein bayerischer Vorgänger durch eine solche Maßregel ein testimonium paupertatis ausgestellt haben? Uebrigens ist gerade die Zeitverschiedenheit nicht ohne Bedeutung.

In der Zeit als das bayerische Hypothekengesetz geschaffen wurde, war der Verkehr mit Grundstücken noch nicht in einen solchen Fluß, um nicht zu sagen Strudel gerathen wie leider heutzutage. Im Eigenthum einer Gutswirtschaft pflegten sich nur die Generationen abzulösen und auch die einzelnen Grundstücke wechselten nur in längeren Zeiträumen ihren Eigener. Da war die Kette der „in den Bann der Hypothekforderung“ gezogenen Personen gar nicht so groß, mithin jene Anordnung keineswegs von so bedenklicher Tragweite.

4) R. führt vortrefflich aus, wie ein Eigenthümer, der sein Grundstück unter Ueberweisung der Hypothekschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis veräußert, auf eine vollständige Befreiung von seiner

Haftung rechnet und zu rechnen guten Grund hat. Ich unterschreibe Wort für Wort und habe bloß die eine Frage: warum nur der Zwischeneigenthümer? warum nicht der ursprüngliche Begründer der Schuld? Für jenen streitet R. mit aller Wärme des Gefühls, für diesen ist er kalt bis ans Herz hinan, dieser ist ihm der Jude, der verbrannt werden muß, denn selbst das Rückgriffsrecht gegen seinen Käufer will er ihm absprechen (R. S. 49 und dagegen Bödner I S. 457). Warum? Fast scheint es, daß dem Verfasser ein Darlehensschuldner vorschwebte, der „leichtsinzig und schwindelhaft sein Gut übermäßig belastet hat und seinen Nehmkäufer durch die Größe der hypothekarischen Belastung über den Werth des Kaufobjekts täuschte“ (S. 50). Darf sich auf solchen Standpunkt der Gesetzgeber stellen? Eine Vergleichung des ursprünglichen Schuldners und des Schuldübernehmers nach wirthschaftlichem Gesichtspunkte (Ziff. 5 S. 167) hat uns gelehrt, daß materiell keinem die Schuld mehr anhaftet als dem andern.

5) Man hat in neuerer Zeit unter dem Anstoß von Delbrück's

Die Uebernahme fremder Schulden, Berlin  
1853

scharfsinniger, wenn auch nicht durchgängig einwandfreier Erörterung der Schuldübernahme, wie sie bei der Veräußerung von Liegenschaften täglich, aber nicht bloß hier vorkommt, eine genauere Betrachtung gewidmet und gefunden:

a) daß dieses Geschäft sich nicht schlechtthin auf einen römischen Rahmen spannen läßt und

b) daß zwischen der Schuldübernahme mit Befreiung des bisherigen Schuldners (der privativen oder novatorischen Schuldübernahme) und der Schuldübernahme ohne Befreiung desselben (der kumulativen oder accessorischen Sch.U.) unterschieden werden muß. Hier wie dort liegt ein Vertrag zwischen dem

bisherigen Schuldner und dem Uebernehmer zu Grunde, und zwar reicht dieser Vertrag bei der kumulativen Schuldübernahme zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung (Verpflichtung des Uebernehmers gegenüber dem Gläubiger) aus, weil damit für den Gläubiger reiner Erwerb erzielt wird. Dagegen ist bei der privativen Schuldübernahme die Entstehung der beabsichtigten Wirkung (Verpflichtung des Uebernehmers gegenüber dem Gläubiger unter Befreiung des bisherigen Schuldners) von der Zustimmung des Gläubigers abhängig, denn hier soll er ein Recht nur gegen den Verlust eines andern erwerben. Weil bei dem auf kumulative Schuldübernahme gerichteten Vertrag reiner Erwerb des Dritten bezweckt wird, ohne daß doch eine Partei als Stellvertreter desselben handelt, so hat man dieses Uebereinkommen Vertrag zu Gunsten eines Dritten genannt.

In besonderer Beziehung auf das Hypothekenrecht habe ich die Schuldübernahme entwickelt in meinem Handbuch über „Bayerisches Hypothekenrecht“ §§. 92 und 93.

Vor diesen Zurechtlegungen warnt R., sie sind ihm unreife Gebilde einer „modernen Theorie“, er zieht sich vor ihnen auf den Buchstaben des Gesetzes zurück, alles übrige scheint ihm vom Uebel.

Nun ist zuzugeben, daß weder die Lehre von der Schuldübernahme noch die Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter bis jetzt zu der wünschenswerthen Klärung gelangt sind, daß da noch manches im Streit liegt und voraussichtlich noch länger im Streit liegen wird. Allein es handelt sich doch um Erscheinungen des täglichen Verkehrs, denen am wenigsten der Praktiker aus dem Wege gehen kann. Man löst die Schwierigkeiten nicht mit der Vogelstraußpolitik, man muß den Dingen fest ins Auge sehen und sich so oder anders mit ihnen abfinden. Sollen die mannigfachen Einzelfragen befriedigend beantwortet

werden, so müssen die Verhältnisse auf ihren juristischen Kern geprüft sein, der nackte Positivismus reicht nicht aus. Ich glaube nicht ein Anhänger der Schablonenjurisprudenz zu sein, welche das Verschiedenartigste über denselben Leisten schlägt. Im Gegentheil, es ist mir der Vorwurf gemacht worden, daß ich in meinen Ausführungen über die genannten Lehren

Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von Endemann  
Bd. II §. 250 III 73 und §. 257. II

Archiv für civilistische Praxis Bd. 67 Abh. 1 zu vieles auf die Erwägung des einzelnen Falls abstelle und die Praxis rathlos lasse. Allein das läßt sich doch nicht verkennen, daß nach der gegenwärtigen Lage der juristischen Untersuchung sowohl für die Schuldübernahme als für die Verträge z. g. D. gewisse Grundzüge schon festgestellt sind und daß über andere die Akten spruchreif liegen, so daß man jedem Juristen eine Stellungnahme für oder wider zumuthen kann.

Ich darf indeß einen Einwand nicht übergehen, welchen gleich manchen andern Juristen R. gegen die Stellung des auf kumulative Schuldübernahme gerichteten Uebereinkommens unter die Verträge zu Gunsten Dritter erhebt. Weder Käufer noch Verkäufer — führt R. S. 39 aus — sind bei dem Geschäft von einer wohlwollenden Gesinnung gegen den Hypothekgläubiger beseelt, sie haben nur ihren Vortheil im Auge. Diesem Einwand liegt eine Verwechslung zwischen Motiv und Wille oder Mittel und Zweck zu Grunde. Sicherlich wollen die Parteien nur ihre eigenen Interessen fördern. Allein um dieß Endziel zu erreichen, müssen sie dem Gläubiger einen Vortheil zuwenden in der Stellung eines zweiten Schuldners und thun dieß in ihrem Uebereinkommen.

Damit entfällt auch die Kritik, welche R. an dem

Urtheil des Reichsgerichts vom 10. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. VII Nr. 41 S. 131) übt.

Man vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 101.

## 12.

Der prinziplose Standpunkt rächt sich bei R. in bedenklicher Weise. Gegen Ende seiner Schrift untersucht er die Frage, ob „der dritte Besizer, welcher die Hypotheken übernommen hat, jene Einreden, welche der ursprüngliche Schuldner gegen die bezügliche Forderung zu machen hatte, für seine Person dem Hypothekgläubiger entgegensetzen kann.“ Er spricht dem Uebernehmer diese Befugniß ab. Warum?

a) „weil der Hypothekübernehmer nicht als Korrealist in das ursprüngliche zwischen dem Hypothekbesteller und seinem Gläubiger begründete Obligationsverhältniß eintritt, sondern nur aus dem durch die Uebernahme der Hypothek qualifizierten Pfandbesitze persönlich haftbar wird;“

b) „weil er wegen des formalen Bestands, welchen die Hypothekschuld durch die Eintragung im Hypothekenbuch gewinnt, dieselbe so wie er sie übernommen hat, auch fortan gegen sich gelten lassen muß.“

Was den ersten Grund anlangt, so bin ich nicht sicher, ob ich denselben richtig auffasse. Liegt der Nachdruck auf dem Mangel eines Korrealverhältnisses? Dann möchte ich, abgesehen von dem, was oben Ziff. 11 Nr. 2 a. E. (S. 182) gesagt wurde, darauf aufmerksam machen, daß z. B. der römische Pfandbesitzer, der sicherlich nicht im Korrealverhältnisse zum persönlichen Schuldner stand, die gegen die Forderung begründeten Einreden geltend machen konnte.

Der zweite Grund fußt aber auf einer durchaus falschen Voraussetzung. Es ist nicht richtig, daß nach bayerischem Hypothekenrechte die Hypothekschuld durch die Eintragung formalen Bestand gewinnt. Hier hat

sich der Verfasser von einer „modernen Theorie“ verführen lassen, welche vielleicht für das eine oder andere deutsche Hypothekenrecht zutrifft, für das bayerische entschieden nicht. Der Nachweis dessen läßt sich freilich nicht mit wenigen Worten abthun. Aber ein Versuch dieses Nachweises findet sich in meinem „Bayerischen Hypothekenrecht“ §. 30 Ziff. 5 §§. 31, 32, insbesondere §. 38, im wesentlichen die Wiedergabe meiner Ausführung in diesen Blättern Bd. XXXVII S. 20 fg. — und da dieser Versuch bisher m. W. keinen Widerspruch, wohl aber mehrfach Zustimmung gefunden hat, z. B.

Randa in der Münchner krit. Vierteljahrsschrift Bd. XVI S. 26 fg.

Rudolph im Archiv für civil. Praxis Bd. 67 S. 233

so wird es genügen, darauf zu verweisen.

Die ganze Ausführung R.'s auf S. 57 seiner Schrift zeugt von einer schweren Verkennung des Prinzips der Oeffentlichkeit, wie es dem bayerischen Hypothekengesetz zu Grunde liegt, und ich kann es nur als eine üble Folge der derzeitigen allzu einseitig romanistischen Ausbildung auf den Unibersitäten erachten, wenn selbst scharfsinnige und gründliche Juristen sich in dieses Prinzip nicht hineinzuendenken vermögen \*).

Der im §. 25 des Hypothekengesetzes aufgestellte und im ganzen Gesetz folgerichtig festgehaltene Grund-

---

\*) Selbst ein Mann wie der verstorbene Wächter zweifelte noch im Jahre 1845 an der innern Berechtigung und Wohlthätigkeit dieses Prinzips. Dies lehrt seine Polemik in der sonst vorzüglichen Erörterung „Ueber die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung für die Sicherung und Natur der eingetragenen Rechte nach württembergischem Recht in den Erörterungen aus dem römischen deutschen und württembergischen Recht Heft I S. 137 fg.

saß enthält ein positives und ein negatives Prinzip: Schutz des hypothekenrechtlichen Erwerbs und Ausschluß der Berufung auf die Unkenntniß des Hypothekenbuchinhalts, oder ausführlicher:

a) Wer im Vertrauen auf die materielle Richtigkeit und Vollständigkeit des Hypothekenbuchs (unter Umständen gegen Entgelt) ein hypothekarisches Recht oder eine hypothekarische Befreiung erwirbt, ist durch die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs in der Art geschützt, daß die positiven und negativen Voraussetzungen seines Erwerbs, soweit zu deren Ausweis das Hypothekenbuch bestimmt ist, in der von diesem Buch ausgewiesenen Beschaffenheit als vorhanden angenommen werden müssen.

b) Niemand darf sich auf die Unkenntniß dessen, was im Hypothekenbuch steht, zu seinem Vortheil berufen.

Weder das eine noch das andere Prinzip steht dem Hypothetgläubiger, falls er nicht etwa durch eine entgeltliche Cession die Hypothekforderung erworben hat, gegen die aus der Mangelhaftigkeit der Forderung abgeleiteten Einreden schützend zur Seite. Nicht gegenüber dem ursprünglichen Schuldner, denn vor der Eintragung enthält das Hypothekenbuch über das Dasein der Forderung keinen Ausweis. Nicht gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger in das bereits belastete Grundstück, mag er mit oder ohne besondere Schuldübernahme erworben haben. Zwar knüpft sich an diesen Eigenthumswechsel auch ein Erwerb des Hypothetgläubigers: er erhält einen neuen Schuldner, mindestens mit der auf das Unterpand beschränkten Haftung, im Fall der Schuldübernahme darüber hinausgehend. Allein dieser Erwerb vollzieht sich regelmäßig ohne Mitwirkung des Hypothetgläubigers und fällt somit nicht unter den Begriff desjenigen Erwerbes, der im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Hypothekenbuchs gemacht wird, oder

um mit dem Hypothekengesetz zu sprechen: es liegt auf seiner Seite nicht eine „im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung“ vor.

Hypothekengesetz §. 25 und mein Bayer. Hypothekenrecht §. 33 Ziff. 2 (Seite 153).

Gesetzt aber auch es wird die Zustimmung des Hypothekgläubigers erholt und ertheilt, wozu nur eine privative Schuldübernahme Anlaß bietet, so handelt derselbe zwar, aber doch nicht in dem Vertrauen, daß seine Forderung so eintredesfrei ist wie sie das Hypothekenbuch ausweist.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichts.

Beschlüsse.

### I. Zum Gerichtsverfassungs-Gesetz.

Geschäftsvertheilung unter die Gerichts-senate — Perhorreszierung des hienach bezurufenen Senats.

Das Verlangen, einen anderen als den nach der bestehenden Geschäftsvertheilung im Sinne der §§. 62 und 133 des Ger.-Verf.-Ges. und §. 10 des Einf.-Ges. hiezu, zur Aburtheilung einer Sache bezurufenen Senat mit der Entscheidung derselben zu betrauen, ist gesetzlich nicht zulässig. Dasselbe vermag auch nicht durch die von der Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen handelnden §§ 41 fg. der C.P.D. begründet zu werden. Beschl. v. 30. Okt. 1884. Reg.-Nr. II 60/84.

### II. Zur Civilprozeßordnung.

Rechtsmittel der weiteren Beschwerde.

Gemäß §. 531 Abs. 2 der C.P.D. findet gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts eine weitere

Beschwerde nicht statt, soweit nicht in derselben ein neuer selbstständiger Beschwerdebegrund enthalten ist. Diese Vorschrift kann nach den Gesetzesmotiven nur dahin aufgefaßt werden, daß zwei ihrem Inhalte nach gleichlautende Entscheidungen eine weitere Beschwerde ausschließen. Beschl. v. 12. Nov. 1884. Reg.-Nr. II 62/84.

### III. Zum bayer. Ausführungs-Gesetz zur C.P.D. 1c.

Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege. Instanzenzug und Verfahren.

In einer Verlassenschaftssache, in welcher die Frage der Gebührenbewerthung Gegenstand der Beschwerdeführung geworden war, hat das oberste Landesgericht folgende Sätze ausgesprochen:

1) Hinsichtlich der Zuständigkeit und des Verfahrens bei Streitfragen über die Gebührenpflicht geht das bayer. Gebührengesetz in Uebereinstimmung mit §. 4 des RGG. von dem Grundsatz aus, daß die in der Hauptsache kompetente Behörde auch über die Frage der Gebührenpflicht zu entscheiden habe und dieß Verfahren bei Beschwerden gegen die Entscheidung über Festsetzung des Werthes oder über Erinnerungen gegen den Ansatß von Gebühren oder Auslagen nach den Vorschriften der Art. 56 bis 67 des bayer. Ausf.-Ges. z. RGG. und RD. (Beschwerden in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege) sich bemißt.

Art. 49 des bayer. Geb.-Ges.

Stempel-Komm. S. XXXIII.

2) Gemäß Art. 56 des obigen Ausf.-Ges. gelten die Vorschriften der §§. 531—539 der C.P.D. in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege nur mit den in den Art. 57—67 des Ausf.-Ges. enthaltenen

Änderungen und Modifikationen. Hier ist das Verfahren ganz abweichend von den Bestimmungen der GPO. über Beschwerden und weiteren Beschwerden §§. 531 ff. besonders geregelt.

3) Nach den letzteren Gesetzesbestimmungen ist die einfache (erste) Beschwerde an das im Instanzenzuge nächst höhere Gericht zu richten. Die weitere (zweite) Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts aber kann nach Maßgabe der Art. 62—67 des Ausf.-Ges. z. GPO. u. RD. ohne Rücksicht darauf, ob in derselben ein neuer selbstständiger Beschwerdebegrund gegeben ist, oder konforme oder difforme Entscheidungen vorliegen, nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf der Verletzung eines Gesetzes (Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne der bayr. PD. von 1869) beruht. Danach ist die weitere Beschwerde des Art. 63 des bayr. Ausf.-Ges. eine von dem in der GPO. § 531 Abs. 2 geregelten Rechtsmittel total verschieden.

Rensel, die d. GPO. S. 368 zu Art. 63  
des Ausf.-Ges. Ziff. 3.

4) Diese weitere an die Stelle des §. 531 der GPO. getretene Beschwerde zur Vermittlung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der nicht streitigen Rechtspflege ist immer von dem obersten Landesgerichte zu verbescheiden.

Art. 65 des bayr. Ausf.-Ges.

Solches greift auch dann Platz, wenn sich allensfalls die eine oder andere Partei durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts erst zu erstenmale als beschwert erachtet.

R. d. A. 1878—1879 Weil. Bd. 5 S. 215.

5) Nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 42 Abs. 3 des Ausf.-Ges. zum GVG. hat das oberste Landesgericht über die weiteren Beschwerden nach Maßgabe der obigen Art. 62—67 des bayr. Ausf.-

Ges. in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege zu verhandeln und zu entscheiden und ist die Kompetenz der Oberlandesgerichte zur Verbescheidung derselben schon darum ausgeschlossen, weil deren Zuständigkeit gemäß Art. 36 a. a. O. auf die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel in denjenigen Angelegenheiten beschränkt ist, welche in I. Instanz zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören, weshalb in dem Falle, als die Landgerichte in II. Instanz erkannt haben, die weitere i. e. zweite Beschwerde nicht an das Oberlandesgericht, sondern an das oberste Landesgericht geht;

Gauß, Komm. zum GVG. S. 269 Ziff. 3.

Not. z. Ausf. zum GVG.

R. d. A. 1878—1879 Beil. Bd. 5 S. 146.

Bl. f. RA. Bd. 48 S. 49, Bd. 49 S. 337 ff.

6) Auch dadurch, daß allenfalls das Landgericht als Beschwerdebgericht in II. Instanz den Ausspruch des Amtsgerichts änderte und dadurch der andere Theil sich zum erstenmal beschwert, bleibt der Beschluß des Beschwerdebgerichts immer ein zweitinstanzlicher und daher die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts ausgeschlossen.

Bl. f. RA. Bd. 49 S. 340.

Beschl. v. 10. März 1885. Reg.-Nr. III. 4/85\*).

---

\*) Es ist nunmehr die bisherige für die Parteien recht mißliche Zweifelsfrage bezüglich der weiteren Beschwerde in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege im Sinne der in diesen Blättern vertretenen und dem Rechtsbedürfnisse gewiß volle Rechnung tragenden Anschauung entschieden.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

**Inhalt:** Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz, München 1885 erörtert von Prof. Dr. Regelsberger in Göttingen. (Fortsetzung u. Schluß.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Urtheil. — Literaturnotiz. — Röllz.

## Die Schuldübernahme nach §. 56 des Hypothekengesetzes mit Bezug auf die Schrift von: Radtkofer, Die Haftung des dritten Besitzers nach bayerischem Hypothekengesetz München 1885

erörtert von

Professor Dr. Regelsberger in Göttingen.

(Fortsetzung und Schluß.)

Es ist ein Mißgriff, wenn sich R. auf die Analogie von Hypothekengesetz §. 26 Nr. 2 beruft. Diese Vorschrift spricht den Schutz der Oeffentlichkeit zu für das Vertrauen, welches bei der Errichtung der Hypothek in die vom Hypothekenbuch ausgewiesene Verfügungsberechtigung des Hypothekbestellers gesetzt wird.

Mein Bayer. Hypothekenrecht §. 36. I, 2 (S. 167).

Davon liegt die Wirkung des Hypothekeneintrags oder des Eigenthumswechsels auf die Beschaffenheit der Forderung weit ab. Gönner I S. 294 Ziff. 5 hebt ausdrücklich hervor, daß „überall dabei Rechtsgeschäfte vorausgesetzt werden, die an sich rechtsgültig sind und deren durch die Oeffentlichkeit bedingte Wirksamkeit allein in der Frage steht“. Die beschränkende Wirkung des Oeffentlichkeitsprinzips auf die Einreden gegen die Richtigkeit einer ein-

Neue Folge Band XXXII.

getragenen Hypothekforderung enthält der §. 26 in den Art. 4 und 5; sie tritt demnach nur ein zu Gunsten des Dritten, der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und im guten Glauben an sich brachte, also zu Gunsten eines Cessionars.

Man vergegenwärtige sich nur die Folgen des von N. vertretenen Standpunkts. Der Inhaber einer anfechtbaren Hypothekforderung würde ein unanfechtbares Hypothekenrecht erwerben, sobald das Eigenthum am Unterpfand durch Sonderrechtsnachfolge in eine andere Hand übergeht, und diese Veränderung würde sich sogar auf seinen persönlichen Anspruch gegen den Uebernehmer der Hypothekschuld erstrecken. Unwillkürlich fragt man, warum der Gesetzgeber dem Hypothekgläubiger eine so unverdiente Besserung seiner Rechtslage in den Schoß wirft. Es geschieht sicherlich nicht im Interesse des Uebernehmers. Geschieht es vielleicht im Interesse des bisherigen Schuldners? Was sollte in dem Letzteren den Wunsch begründen, daß der Uebernehmer eine Nichtschuld bezahle, zumal dieß regelmäßig auf seine Kosten geschähe. Denn wenn der Verkäufer die Schuld im Irrthum über ihre Nichtexistenz in Anrechnung auf den Kaufpreis überwiesen hat, so kann er die nachträgliche Baarzahlung des angerechneten Betrages fordern, sobald die Wirkungslosigkeit der überwiesenen Hypothekschuld feststeht. Möglicherweise hat ein Verkäufer den Wunsch, daß der Betrag dieser Schuld unter allen Umständen an den Gläubiger gezahlt werde; er will den Gläubiger beschenken oder er zieht den Bereicherungsanspruch, welchen er durch die Zahlung der Nichtschuld gegen den Gläubiger erwirbt, der Erfassforderung gegen den Käufer vor. Allein einen solchen Willen muß er in einen verständlichen Ausdruck kleiden, dazu genügt nicht die Erklärung: der Käufer übernimmt die Schuld die Verkäufers gegen N. N. Wer eine Forderung durch Cession erwirbt, wer in eine Schuldnerverbindlichkeit durch Uebernahme eintritt,

auf den geht daß obligatorische Verhältniß taliter qualiter über mit den ihm anhaftenden Vorzügen und Mängeln. R. hat nicht bemerkt, daß nach seinem Standpunkt die Schuldüberweisung zum abstrakten Zahlungsmandat wird, daß er §. 35 mit Recht verwirft.

Ich muß demnach meine Ausführung im Bayerischen Hypothekenrecht §. 82 I, 1 (§. 397) vollinhaltlich aufrecht halten und erfreue mich jetzt der Zustimmung des Reichsgerichts in Entscheidungen Bd. I Nr. 142 S. 403 fg. Bd. VII Nr. 64 S. 220 fg.

Daß diese Urtheile auf Grund des preußischen Grundeigenthumserwerbsgesetzes vom J. 1872 gefällt wurden, raubt ihnen die Bedeutung für das bayerische Recht nicht, denn oben Ziff. 4 (S. 165 u. 166) Ziff. 6 (S. 171 u. f.) ist die Uebereinstimmung beider Rechte in der hier in Betracht kommenden Frage dargethan. Freilich hat Bähr

Urtheile des Reichsgerichts S. 91 und 102 gegen die Richtigkeit jener Rechtsprüche seine gewichtige Stimme erhoben. Die Unhaltbarkeit seiner Ausstellnng habe ich aber im

Archiv für civil. Praxis Bd. 67 S. 33 fg. darzuthun versucht, und was dagegen wiederum Bähr ebendasselbst S. 176 fg.

vorgebracht hat, enthält, wenn ich mich nicht täusche, keine Entkräftung.

### 13.

Mit alledem, was bisher ausgeführt wurde, soll nicht bestritten werden, daß aus der bisherigen Rechtsübung Mißstände entspringen, welche dringend Hebung erheischen, daß wirthschaftlich berechnete Erwartungen getäuscht werden. Jeder Veräußerer eines Grundstücks, der die darauf lastende Hypothekenschuld in Abrechnung am Kaufpreis dem Erwerber überbindet, gibt sich der Hoffnung hin, daß die Schuld ihm dem praktischen Erfolge nach abgenommen sei.

Diese Hoffnung besteht nicht bloß bei dem Zwischeneigenthümer, sondern auch bei dem ursprünglichen Begründer der Schulb. Diese Hoffnung ist hier wie dort (a. M. Radlofer S. 30—32) eine rechtsirrhümliche, sofern nicht der Hypothekgläubiger in den Schulbnerwechsel gewilligt hat.

In dem letztern Satz ist nun das Heilmittel angedeutet. Will der Veräußerer der Haftung ledig werden, so braucht er nur dafür Sorge zu tragen, daß dem Hypothekgläubiger von der Schuldübernahme Kenntniß gegeben und die Erklärung abgefordert wird, ob er den Erwerber an Stelle des Veräußerers zum Schulbner annehme. Möglich daß der Gläubiger verneinend antwortet. Dann liegt aller Anlaß vor, die Forthaftung des Veräußerers nicht gleichgültig anzusehen, sondern dem Gläubiger zu kündigen und dadurch eine schnelle Ablösung der Schuld zu erzielen. Diese Auskunft ist freilich bei denjenigen Hypothekforderungen verschlossen, welche auf Seite des Schulbners unkündbar sind. Hier muß dann auf eine besondere Sicherung des Veräußerers durch den Erwerber wegen der mit der Forthaftung verbundenen Gefahr Bedacht genommen werden, und zwar gleichviel ob die Schuldübernahme stattfindet oder nicht.

Die preußische Gesetzgebung faßt zweckmäßigerweise die kumulative Haftung nur als Durchgangszustand. An die früher (§. 166) ausgehobene Bestimmung des §. 41 des B.G.G.-Gesetzes schließt sich der Satz an:

„Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt und binnen 6 Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt

eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder mit Eintritt des Ereignisses.“

Aber — so wendet man vielleicht ein — ein Hypothetgläubiger wird nach bayerischem Recht sich nicht leicht zur Einwilligung in den Austritt des Veräußerers aus dem Schuldverband verstehen, da ihm das Gesetz im Falle der Verweigerung die kumulative Haftung in Aussicht stellt.

Alein so liegt die Sache doch nicht, daß der Gläubiger sich aus dem Vertrage zwischen Veräußerer und Erwerber das ihm Zusagende herausuchen und das Uebrige ablehnen könnte. Ist nur genügend deutlich im Vertrage zum Ausdruck gebracht, daß die Uebernahme der Hypothekenschuld als persönliche Schuld Seitens des Erwerbers von der Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel abhängig sein soll, daß also eine privative Schuldübernahme beabsichtigt sei, so gibt es für den Gläubiger nur die Alternative: entweder in den Schuldnerwechsel zu willigen oder auf die persönliche Haftung des Uebernehmers zu verzichten, wobei ihm die Kündigung des Kapitals droht. Nur wenn aus dem Uebernahmevertrag der Parteiwille in der Richtung auf die Art der Schuldübernahme nicht deutlich hervortritt, greift die gesetzliche Auslegung des §. 56 Platz.

Vgl. mein Handbuch des bay. Hypothekenrechts §. 93.

In allen diesen Richtungen kann das Notariat eine segensreiche Wirksamkeit entfalten, indem statt der schablonenhaften Abfassung der Kaufverträge der wahren Absicht der Parteien Ausdruck verliehen und Verwirklichung gesichert wird.

Sonach bedarf es keiner Aenderung, sondern nur einer richtigen Handhabung des Gesetzes, damit alle berechtigten Klagen verstummen und die Rechtsanwendung mit der Anschauung des praktischen Lebens in Einklang komme.

Bem. der Red. Ueber die von Radlkofer für seine Anschauung angerufene frühere Rechtsprechung in den ersten Decennien der Geltung des Hyp.-Ges. kann der Herausgeber dieser Blätter aus seiner bis 1835 zurückreichenden sehr umfassenden Gerichts- und Anwalts-Praxis in München Zeugniß geben. Es wurde ihm aus jener Zeit auch nicht eine einzige Entscheidung im Sinne R's. bekannt und ist ihm auch wenigstens nicht erinnerlich, daß früherhin auch nur der Versuch gemacht worden wäre, eine begrenzte Haftung des Schuldübernehmers geltend zu machen. Alles drehte sich damals um die Frage, ob in einem gegebenen Falle die Uebernahme einer persönlichen Mithaftung thatsächlich vorliege oder nicht, bis sich der oberste Gerichtshof für eine weitgehende Annahme einer solchen, insbesondere bei Abrechnung des Hyp.-Ford. am Rausschillinge entschieden hat. Bezüglich der persönlichen Haftung des Schuldübernehmers bestand schon ursprünglich und vor 1861, in welchem Jahre der Aufsatz von Dr. Hermann Seuffert erschien, sicher weit vorherrschend die Anschauung, daß von der gemäß §. 56 des H.G. eintretenden Verbindlichkeit des Schuldübernehmers dasselbe zu gelten habe, was von jeder anderen Obligation gilt, daß sie nämlich fortdaure, bis ein im Gesetze anerkannter Erlösungsgrund eintritt. Auch Seuffert behandelt die nur nebenbei und ganz kurz berührte Frage über die Haftungsdauer als keine controverse, er schließt sich vielmehr zweifellos bloß an die bestehende Anschauung an gegenüber dem was gemäß seiner Meinung nach gem. Rechte zu gelten hätte.

Der Herausgeber der Blätter hält gleichfalls eine Abänderung des cit. §. 56 weder für nothwendig noch zweckmäßig und glaubt ebenso, daß hier nur die Notare durch Beseitigung von irrthümlichen Voraussetzungen der Parteien sachgemäß einzugreifen haben.

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### I. Nachtrag eines Urtheils vom 30. Mai 1884.

**Obligationenrecht.** Entschädigung wegen Bruch des Eheversprechens, insbesondere bei Schwängerung. Verhältniß dieses Anspruchs zum Verbot der Vaterschaftsrecherche nach pfälz. Recht. Beschaffenheit des Schadens. Code civil art. 340, 1142, 1382.

Das französische Civilgesetzbuch enthält keine besonderen Bestimmungen über das Eheverlöbniß. Die Rechtslehre und Rechtsprechung bringen darauf wenigstens im allgemeinen die Grundsätze über obligatorische Verhältnisse überhaupt zur Anwendung. Unerkannt ist dabei jedoch vor allem, daß mit Rücksicht auf die das Moment voller Freiwilligkeit bedingende Natur des Ehebundes, auf dessen Abschluß jedes Verlöbniß gerichtet ist, aus dem letzteren keine Klage auf Vollziehung des Ehebundes selbst abgeleitet werden kann. Andererseits aber legen Doktrin und Praxis, wie sie sich gegenüber dem Code civil namentlich in Frankreich selbst für die vorwürfige Materie entwickelten, dem Verlöbniß wenigstens insoferne bindende Rechtswirkungen bei, als ein nicht durch gerechte Ursache veranlaßter einseitiger Rücktritt von dem Eheversprechen eine Klage auf Entschädigung begründen kann. Ueber die Voraussetzungen, unter denen ein solches Klagerecht anzunehmen ist, besteht in der französischen Jurisprudenz allerdings insoferne keine volle Einigkeit, als nicht wenige Schriftsteller und Gerichtsurtheile schon nach dem allgemeinen Grundsatz des Art. 1142 des C. civ. über die Umwandlung jeder nicht erfüllten Vertragsverbindlichkeit in die Verpflichtung zum Schadenersatz auch aus dem Eheverlöbniß im Falle eines

Bruches desselben schlechtthin eine Entschädigungs-  
klage gewähren, während Andere in der Literatur  
und Rechtsprechung für eine solche Klage die beson-  
dere Voraussetzung verlangen, daß sich die Weiger-  
ung, das Eheverlöbniß zu halten, im konkreten Falle  
unter den obwaltenden Umständen als eine rechts-  
widrig schädigende Handlungsweise im Sinne des  
von Deliktobligationen handelnden Art. 1382 des  
Code civ. darstelle. Daß zum wenigsten unter  
dieser letzteren allgemeinen Voraussetzung eine Ent-  
schädigungsklage aus dem Verlöbniße entspringe,  
kann jedenfalls als sicheres Ergebnis der bisherigen  
Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung betrachtet  
werden. Es zeugt dafür namentlich auch eine ganze  
Reihe von Urtheilen der Gerichtshöfe aus den ver-  
schiedensten Zeitperioden seit Geltung der napoleonis-  
chen Gesetzgebung.

Vgl. Aubry u. Rau, Cours de de droit civil.  
tom. II p. 33 Note 26;

Demolombe, Cours de code Napoleon, tom.  
III p. 29, 30;

Zachariä, franz. Civilt. 6. Aufl. Bb. 3 S. 35;

Sirey, recueil général, I. partie, cour de  
cassation XV. 1, p. 18, 159, XXIII. 1,  
p. 41, XXXIII. 1, p. 548, XXXVI. 1, p.  
574, XXXVIII, 1, p. 492, 494, XLV. 1,  
p. 539; dann année 1865, 1, p. 33, 1877,  
1, p. 165. II. partie: Cours d'appel. VI  
2, p. 5, 476, VIII, 2, p. 169. XIV. 2, p.  
19, XV. 2, p. 224, XIX. 2, p. 108, XXXIV.  
2, p. 354, LIII. 2, 245, LIV. 2, p. 193,  
LV. 2, p. 38; dann année 1765, 2, p. 5,  
169, 1866, 2, p. 28, 1868, 2, p. 167,  
1869, 2, p. 15.

Indem auch das angefochtene oberlandesgericht-  
liche Urtheil eine Entschädigungsklage wegen des dem  
Jos. Wagner nach den thatsächlichen Feststellungen  
zur Last fallenden ungerechtfertigten Rücktritts von

zum eingegangenen Eheverlöbniße zuließ und dabei sich ebenfalls auf den Standpunkt der Anwendung des Art. 1382 des Code civil im vorhin dargelegten Gegensatz zu dem des Art. 1142 gestellt hat, ist es nach Obigem nur einer längst verbreiteten Praxis, dabei aber sogar nach der eben dargelegten strengeren d. h. für die Klägerin minder günstigen Auffassung gefolgt. Ebensowenig wie hierin in abstracto läßt sich eine Rechtsverletzung in concreto nach derjenigen Sachlage annehmen, welche das Berufungsgericht als thatsächlichen Untergrund für die Anwendung des Art. 1382 des Code civil festgestellt hat. Daß diese Gesetzesstelle schon von vorneherein sich sowohl auf schädigende Handlungen (commissions) als auch auf rechtswidrig schädigende Unterlassungen (ommissions) bezieht, ist längst außer Zweifel gestellt.

Zachariä, franz. Civ.-R. 6. Aufl. Bd. 2 S. 697.

Deshalb kann dieselbe sehr wohl auch auf den Fall einer rechtswidrig schädigenden Verweigerung der Erfüllung eines Eheversprechens bezogen werden. Insonderheit ist es aber in der Rechtslehre und Rechtsprechung bereits mehrfach zur Anerkennung gelangt, daß zur Anwendung des Art. 1382 des Code civil auf den Fall des Bruches eines Verlöbnißes namentlich dann ein rechtlicher Grund gegeben erachtet werden könne, wenn der wortbrüchige Verlobte das bestandene Verlöbniß zu fleischlichem Verkehr mit seiner Verlobten mißbraucht hatte und eine Schwängerung daraus entstanden ist. Für den vorliegenden Fall kann es dabei ganz dahingestellt bleiben, ob auch diejenige Rechtsansicht noch als zutreffend zu erachten sei, welche schon allein in der Thatsache außerehelicher Schwängerung der verlobten Frauensperson durch den wortbrüchigen männlichen Verlobten einen hinreichenden Rechtsgrund für die Anwendung des Art. 1382 des Code civil erblickt, oder ob das Vorhandensein eines solchen Rechts-

grundeß nur unter besonderen, die Handlungsweise des Treulosen nachtheilig verschärfenden Umständen, namentlich im Falle einer eigentlichen Verführung der Frauensperson durch Anwendung verwerflicher Mittel oder im Falle eines betrügerischen Eheversprechens oder eines Mißbrauchs eines auf die Willensbestimmung der Frauensperson besonders einwirkenden Verhältnisses u. dgl. anzunehmen sei. Der gegebene Fall erscheint ja nach den festgestellten tatsächlichen Verhältnissen jedenfalls so gelagert, daß hier selbst nach der letzteren engeren rechtlichen Auffassung der Art. 1382 als mit vollem Rechte zur Anwendung gebracht zu erachten ist. Schon im Urtheilsfate des kgl. Landgerichts L. ist Beklagter W. als „wegen doloser Verführung und Bruch eines Verlöbnißes“ entschädigungspflichtig erklärt worden. Indem seitens des k. Oberlandesgerichts Zw. die Berufung gegen diesen Ausspruch verworfen wurde, ist auch die in demselben liegende ausdrückliche tatsächliche Feststellung ebenfalls als gebilligt zu erachten. Ueberdies enthält aber auch das angefochtene oberlandesgerichtliche Urtheil selbst nach eigenen Feststellungen, welche für den vorliegenden Fall ebenfalls den treulosen Mißbrauch einer besonderen Vertrauensstellung des W. gegenüber der Klägerin zu fleischlichen Zwecken und zwar mittels eigentlicher Verführung derselben zu geschlechtlicher Hingabe darlegen, damit aber die Annahme einer Schadensersatzpflicht gemäß des Art. 1382 des Code civil als jedenfalls vollberechtigt erscheinen lassen.

Vgl. Aubry u. Rau, Cours de droit civ. III. 191;

Sirey, recueil gen. I. part. cour de cassat.

XLV. 1, p. 539, LXV. 1, p. 33; II. partie

cours d'appel LIII. 2, p. 245, LIV. 2,

q. 193, LXV. 2, p. 5, 6, 7, 169, 170;

LXVI. 2, p. 28;

Zeitschr. f. franz. Civ.-R. Bd. 2 S. 336 ff.

Bd. 9 S. 513 ff., Bd. 10 S. 273 ff.

Dabei kann auch von einer Verletzung des die Vaterschaftsrecherche verbieternden Art. 340 des Code civil keine Rede sein, wenn selbst seitens des Berufungsgerichts die Thatsache einer Schwängerung der K. als Folge des vertrauten Verkehrs mit W. festgestellt und der Würdigung der Rechtsfrage in der gegenwärtigen Streitsache mit unterstellt worden ist. Die Einbeziehung dieses Umstandes steht hier außer jeder Zweckbestimmung in Bezug auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses des W. zu dem in Frage stehenden Kinde und kann weder für Rechte des Einen noch für Pflichten des Anderen in ihren gegenseitigen Beziehungen irgendwie präjudiziell sein, wie denn auch in dem oberlandesgerichtlichen Urtheile die Persönlichkeit des Kindes rechtlich völlig außer Betracht gelassen wurde. Daß aber andererseits die Würdigung des Verlaufes des Verhältnisses zwischen den Verlobten für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 1382 des Code civil bei eingetretenem Bruche des Verlobnisses auch auf die Thatsache einer inzwischen eingetretenen Schwängerung sich erstrecken und soweit diese letztere selbst nach Gestalt der obwaltenden Umstände und zwar auch in ihrem Kausalnexus mit dem Verlaufe des Verhältnisses einer thatsächlichen Feststellung unterworfen werden darf, ist gegenüber dem Art. 340 des Code civ. ebenfalls bereits in Theorie und Praxis mit vollem Rechte anerkannt.

Vgl. Sirey-Gilbert, Codes annotés, 1 Vol. p. 509 Nr. 14;

Demolombe, Cours de Code Nap. III Nr. 29, 46; Ambry u. Rau, cours de droit civil VI, 191; Zeitschr. f. franz. Civ.-R. Bd. 2 S. 346 ff.;

S. auch die Darlegungen über die Praxis in den Motiven eines im franz. Senat am 16. Febr. 1878 eingebrachten Initiativgesetzentwurfes über die Vaterschaftsrecherche.

Es kann sich daher nur mehr noch darum han-

deln, ob nicht etwa in Ansehung der Würdigung der Schadensqualität durch das angefochtene Urtheil eine Rechtsnorm verletzt wurde. Auch diese Frage ist zu verneinen. Daß überhaupt aus dem Bruche des Verlöbnißes für die Klägerin durch die Schuld des Beklagten ein Schaden erwuchs, ist durch das angefochtene Urtheil thatsächlich genügsam festgestellt. Ihrer rechtlichen Natur nach kennzeichnet sich aber die für die Klägerin eingetretene Benachtheiligung nach den vorliegenden Einzelmomenten, nämlich erhöhte Ausgaben, Nachtheile in der Geschäftsbilanz, Schwierigkeiten in der Lösung der Existenzfrage, dann Verschlimmerung der gesellschaftlichen Stellung, namentlich auch im Reputationspunkte als unter den Rechtsbegriff des sogen. positiven Schadens, *damnum immergens*, fallend und damit in jenen Bereich gehörig, innerhalb dessen bei Verhältnissen vorwürflicher Art die Aufrechnung eines Schadens zum Erfasse jedenfalls rechtlich vollgerechtfertigt ist.

. Aubry u. Rau, *droit civil*. V. p. 34 Not. 26.

Unter diesen Umständen kann die vom Revisionskläger berührte, theoretisch streitige Frage, ob dem treubruchigen Verlobten gegenüber auch ein *lucrum cessans* zur Prästation geltend gemacht werden könne,

vgl. Aubry u. Rau, *droit civ.* V. p. 33 Not. 26; Zachariä, *franz. Civ.-R.* 6 Aufl. Bd. 3 S. 35; im vorliegenden Falle vollständig auf sich beruhen.

Ohne rechtliche Bedeutung für den vorliegenden Fall erscheint auch das Urtheil, welches das Reichsgericht am 27. Juni 1882 (*Entscheid. in Civilsachen* Bd. VII S. 295) zu Art. 1382 des *Code civ.* in einem übrigens nach ganz anderer Richtung sich bewegenden Falle dahin erlassen hat, daß diese Gesetzesbestimmung auf den bloß moralischen Schaden, *dommage moral*, nicht zu beziehen sei. Denn einerseits betrachtet schon das Reichsgericht selbst als moralischen Schaden nach jenem Urtheile nur denjenigen, welcher

„bloß in Verletzung von Gefühlen (Kränkung des Ehrgefühls, Erregung körperlicher oder psychischer Schmerzen besteht“. Andererseits bewegt sich auch, wie schon angedeutet, die der Klägerin widerfahren rechtliche Unbill nach dem ganz unzweideutigen Inhalte der thatsächlichen Feststellungen im Urtheile II. Instanz durchaus nicht bloß auf dem Gebiete des Gefühllebens, sondern greift tief in die materielle Interessensphäre und zwar bezüglich der ganzen äußeren Lebensstellung der Verlassenen ein. Urtheil vom 30. Mai 1884. Reg.-Nr. I 57/84.

## II. Zum bayer. Ausführungs-Gesetze zur C.P.D. 2c. §. 62.

Zu dem in der vorhergehenden Nummer mitgetheilten Beschlusse zum 10. März ist nachzutragen, daß auch schon mit Beschluß vom 26. Januar ein ganz gleicher Ausspruch über den Begriff „weiterer Beschwerde“ und die Zuständigkeit bei derselben ergangen ist und zwar wesentlich aus ganz gleichen Gründen. Es kann daher die Jurisprudenz in dieser Sache als feststehend gelten.

## III. Gebührenbewerthung von Notariats- urkunden. Instanzenzug.

Das Verfahren in Bezug auf Beschwerden bei der Gebührenbewerthung der Urkunden und Ausfertigungen der Notare ist in den Art. 151 und 152 des bayer. Geb.-Ges. besonders geregelt. Nach diesen Gesetzesstellen steht dem Zahlungspflichtigen gegen den Aufsat oder die Nachforderung der Gebühr das Rechtsmittel der Beschwerde an das betreffende dem beurkundenden Notar vorgesezte Landgericht als Beschwerdegericht zu nach Maßgabe der Art. 56—61 des Ges. zur Ausf. der R.C.P.D. u. R.D. (Art. 151 a. a. O.) Sodann ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde an das oberste

Landesgericht nach Maßgabe der Art. 62—67 des genannten Aufz.-Ges. zulässig. (Art. 152 a. a. O. sowie Samml. Bb. 9 S. 333 u. 628, Bl. f. RA. Bb. 48 S. 20.)

Diese im Art. 152 Abs. 1 des alleg. Gesetzes statuirte „weitere Beschwerde“ stellt sich trotz der Hinweisung der Art. 56—67 des genannten Aufz.-Gesetzes auf §. 531—539 der ROPD. als ein von dem §. 531 l. c. bezw. Art. 63 des obigen Aufz.-Ges. geregeltes Rechtsmittel völlig verschiedenes dar. Sie greift gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts Platz, ohne daß im Gesetze ein Unterschied gemacht ist, ob jene Entscheidung zu Gunsten oder Ungunsten der Zahlungspflichtigen lautet, oder ob durch diese Entscheidung erst eine Beschwerde des Aerars veranlaßt ist und letzteres sich zum erstenmal und nicht weiter beschwert. So ist denn auch in Abs. 3 des öfter genannten Art. 152 ausdrücklich von den Beschwerdeschriften des Aerars die Rede, was sicher zu der Annahme berechtigt, daß auch in dem Falle, wenn der Beschluß des Beschwerdegerichts zu Ungunsten des Aerars ausgefallen ist, letzteres sich mit seiner Beschwerde an das oberste Landesgericht wenden muß. Somit ist die in Art. 152 a. a. O. vorgesehene weitere Beschwerde als zweite Beschwerde in der gewöhnlichen Bedeutung dieses Wortes zu verstehen. Auch in dem Falle, wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts zu Ungunsten des Zahlungspflichtigen lautet, liegt eigentlich die erste Beschwerde gegen einen richterlichen Beschluß und nicht die weitere Beschwerde im Sinne des §. 831 der ROPD., da ja auch in diesem Falle das Gericht zum erstenmal erkannt hat und die dießfalligen finanziellen Entschließungen hierbei nicht in Betracht kommen können. Darum kann es hier auch nicht zweifelhaft sein, daß die Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß sofort an das oberste Landesgericht geht.

Ueberhaupt ist in den alleg. Art. 151 u. 152 für die Judikatur der Gerichte über Beschwerden wegen des Ansages und der Nachforderung von Gebühren für die Beurkundungen und Ausfertigungen der Notare der Instanzenzug besonders geregelt und die Sache in I. Instanz den Landgerichten und in zweiter und letzter Instanz dem obersten Landesgericht zugewiesen, wie aus der Begründung des Gesetzesentwurfes über das Gebührenwesen sub Ziff. XI mit aller Bestimmtheit hervorgeht, (Verh. der R. d. A. 1879, Beil. Bd. 7 1. Abth. S. 80 u. 91) welcher Gesetzesentwurf in dem kritischen Punkte von den Kammermännern ohne alle Erinnerung angenommen und zum Gesetze erhoben wurde.

Verh. der R. d. A. a. a. O. S. 150 u. 250,  
dann Abth. 2 S. 72 u. 179;

R. der RR. Bd. II S. 1797, Stenogr. Bericht  
Bd. III S. 727;

Samml. Bd. 9 S. 333, 628.

Die Bezugnahme in den kritischen Gesetzesstellen (Art. 151 u. 152 des bayer. Geb.-Ges.) auf die Art. 56—67 des obigen Ausf.-Ges. bezw. auf die §§. 531—539 der RGV. ist für die hier zu entscheidende Frage der Zuständigkeit des obersten Landesgerichts als II. und letzte Instanz für die Beschwerden hinsichtlich der notariellen Gebührenbewerthung unbehelflich, da diese Gesetzesstellen nur insoweit Anwendung finden, als sie nicht durch das Gebührengesetz selbst eine Abänderung erlitten haben. Dies ist hinsichtlich der Judikatur der in Rede stehenden Beschwerde zweifellos der Fall. Das oberste Landesgericht hat gemäß Art. 42 Abs. 3 des bayer. Ausf.-Ges. zum RGV. nicht nur über die weiteren Beschwerden in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege nach Maßgabe der obigen Art. 62—67, sondern auch über die sonstigen, nicht zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Angelegenheiten zu verhandeln und zu entscheiden, welche demselben

durch besondere Landesgesetze zugewiesen sind. Diese Voraussetzung ist nach den obigen Ausführungen hier gegeben, weshalb auch für die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts der Art. 36 Ziff. 2 des obigen Ausf.-Ges. zum RGV. nicht in Betracht kommen kann. Beschl. v. 18. Okt. 1884, III 21/84.

---

### Literaturnotiz.

Im Verlage von A. Delchert in Erlangen ist 1884 ein neues Werk von R. J. Seif erschienen: „Grundlagen einer Geschichte der röm. possessio. Die Rechtsverchiedenheit im antiken Rom und die Entfaltung des doppelten römischen Eigenthums: possessio neben Dominium, aus den verschiedenen positiven Rechtssystemen vor Justinian“. Der Verfasser tritt hier wiederholt gegen die Auffassung der possessio durch die histor. Schule und insbesondere Savigny auf und sucht die Besitzfrage und namentlich die Frage über den animus domini nach dem älteren Rechte der Praezip — dem sog. usus modernus aufrecht zu halten, wonach auch der die Sache im eigenen Interesse Detinirende den Besitzschutz hat. (Vgl. Entsch. des RG. Bd. V S. 164.)

---

### Notiz.

Behufs Erleichterung der Mittheilung der Urtheile des Reichsgerichts wird ein 5. Ergänzungsband nothwendig, welcher wieder die Ergänzungsnummern zu mehreren Jahrgängen dieser Blätter vertreten wird.

---

Redakt: R. v. Sattich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Bierfälschung und Ausschlagbesraubdation. Von Bernh. Hofmann.  
— Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern.  
obersten Landesgerichtes. Urtheile und Beschlüsse.

---

## Ueber Bierverfälschung und Malzausschlagsübertretung.

Von Bernh. Hofmann.

Bierprozesse über Bierprozesse; ein Brauer nach dem andern auf der Anklagebank; fast kein Landgericht mehr, das nicht ganzen Colonnen sogenannten „Bierpantsher“ zu Leib gienge: wäre es wirklich Verfolgungssucht und zur Modesache geworden, um gerade gegen das Brauergewerbe eine Hege anzustellen und die volle Strenge der Gesetze herauszulehren?

Während die Masse des Publikums mit Genugthuung, ja nicht selten voll Schadenfreude diesem Gange der Dinge zuschaut, gibt es doch auch wieder solche, die bedenklich den Kopf dazu schütteln und geneigt sind, die soeben aufgeworfene Frage zu bejahen. Jedoch sehr mit Unrecht und wohl nur in Unkenntniß der Verhältnisse; die Lösung ist vielmehr einfach die, daß im vorigen Jahre durch die Beschlagnahme und Einsicht von Geschäftsbüchern und Correspondenzen mehrerer Häuser, die den Handel mit Brauartikeln im Großen betrieben, mit einem Schlag aufkam, wer alleß sich mit solchen Firmen

Neue Folge Band XXXII.

eingelassen und zum Theil auf Jahrzehnte zurück Fälschungsmittel von ihnen bezogen hatte.

So wenig also Staatsanwälte und Gerichte irgend ein Vorwurf trifft, so wenig besteht andererseits Anlaß, dem Reichsgesetze vom 14. Mai 1879, betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen, allzu große Härte schuldzugeben oder gar schon wieder an dessen Bestimmungen zu rütteln. Das bayerische Strafgesetzbuch vom 10. November 1861 enthielt im Art. 325 ein viel weiter gehendes Verbot, sofern nämlich hiernach jede Beigabe fremder Stoffe, ohne Rücksicht darauf, ob sie zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr geschehen, den Thatbestand einer Fälschung erschöpft, und durch §. 367 Ziff. 7 des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 ist wenigstens Fells halten oder Verkauf verfälschter Getränke bereits unter Strafe gestellt.

Im Nachstehenden soll nun die Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie §. 10 des RMG. und Art. 7 des bayer. Malzausschl.-G. zum Gegenstand hat, in Kürze zusammengefaßt, und auch der Standpunkt, den die Untersuchungsanstalt Erlangen zu den einzelnen Fälschungsmitteln einnimmt, besprochen werden.

Nachdem der Begriff „Verfälschung“ in Bezug auf Fleischwaaren schon durch die Urtheile vom 2. Dezember 1881 und 18. Februar 1882

RGZ. Bd. V S. 178, VI S. 51

bahin festgestellt worden, eine solche liege nicht allein dann vor, wenn eine Verschlechterung der echten Waare durch Entnahme oder Zusatz von Stoffen bewirkt wird, sondern auch dann, wenn scheinbare Verbesserung einer minder guten Waare durch Anwendung künstlicher Mittel herbeigeführt wird,



kommt das Reichsgericht zuerst im Urtheil v. 18. Dezember 1882

RGE. Bd. VII S. 314 fgg.

auf den besonderen Fall der Bierverfälschung zu sprechen. Bier ist kein Naturprodukt, sondern ein künstliches Erzeugniß; für die Entscheidung der Frage, ob eine Verfälschung begangen worden, ist daher die Beantwortung der Vorfrage maßgebend, welche Bestandtheile des Biers unter den konkreten Umständen als zum Begriff der Waare gehörig oder als herkömmlich im Handel und Verkehr vorausgesetzt werden. In Ländern, wo nach Gesetz und Gewohnheit auch ein aus Surrogaten hergestelltes Getränk als Bier versteuert und genossen zu werden pflegt, läßt sich aus der Beifügung von fremden Stoffen eine Verfälschung nicht ohne weiteres folgern. Wo dagegen, wie in Bayern, unter Bier gesetzlich und herkömmlich nur ein aus Gerstenmalz und Hopfen gebrautes Getränk verstanden wird und verstanden werden muß, erscheint jedes aus andern Substanzen bestehende Produkt als nachgemacht und bei Zusatz fremder Stoffe als verfälscht.

Für die Entwicklung der bayerischen Landesgesetzgebung kommen schon die Landesordnung von 1516 und die Landespolizeiordnung von 1616, welche für die k. V. v. 15. April 1811 maßgebend geblieben, sodann vor allem der Landtagsabschied v. 10. November 1861 unter III A §. 26 (GBl. S. 75—77) in Betracht. Es wird hier in Ziff. 1 ein Gesetzentwurf über die Befreiung der Bierfabrikation von polizeilichen Produktionsvorschriften und Taxregelungen in Aussicht gestellt und durch Ziff. 2 in zwischen mit Gesetzeskraft u. a. verordnet:

„Die Verwendung anderer Stoffe oder Surrogate für Gerstenmalz und Hopfen zur Bereitung von Braumbier bleibt verboten.“

\*

Ein Gesetz, wie das in Aussicht gestellte, folgte zwar nicht, jedoch wurde durch k. allerhöchste D. v. 19. Mai 1865 der Biertarif versuchsweise aufgehoben und hiebei auch auf obigen Absatz des Landtagsabschieds ausdrücklich verwiesen; es wurde ferner durch Art. 7 des Malzaufschlaggesetzes vom 16. Mai 1868, welches nach den Motiven Sicherung des Gefälles einerseits und Aufrechthaltung des Wesens des bayerischen Biers andererseits bezweckte, verboten, zur Bereitung von Bier statt Malzes Stoffe irgend welcher Art als Zusatz oder Ersatz zu verwenden.

Da es sich hier um eine steuergesetzliche Beschränkung des Braugewerbebetriebes handelt, konnte und wollte auch die Reichsgewerbe-D. v. 21. Juni 1869, in Bayern vom 1. Januar 1873 an eingeführt, laut §. 5 keine Aenderung bewirken. Nun verführt freilich der Wortlaut des Art. 7 cit. leicht zu der in Voche's Commentar und neuerdings auch von Kraiß vertretenen Meinung, als seien dadurch nur eigentliche Malzsurrogate, Hopfensurrogate hingegen nicht verwehrt. Allein, wie schon der bayerische Kassationshof in seinem Erkenntnisse vom 21. Juli 1866

Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rpf. Bd. XIII S. 455 dem Landtagsabschied v. 1861 die Auslegung gegeben, „in Bezug auf Braubier müsse jeder Stoff als ein unzulässiges Surrogat erachtet werden, welcher im Zeitpunkte seiner Verwendung oder Vermengung zum Bier mit jenen beiden für die Bierbereitung allein als zulässig erklärten Stoffen (Malz und Hopfen) nicht identisch erscheint,“ hält das Reichsgericht in Auslegung von Art. 7 auch in seinen späteren Urtheilen vom 31. März 1884 (RGE. Bd. X S. 266 fgg.) und vom 15. Dezember 1884, erlassen in dem Memminger Bierprozeß und bis jetzt

nicht abgedruckt, entschieden an der Rechtsanschauung fest, daß, nachdem das Verbot des Art. 7 sich außer auf Ersatzstoffe auch auf Zusätze irgendwelcher Art erstreckt, in Bayern bezüglich der Reinhaltung des Bieres von fremden Stoffen ein durch die Gesetzgebung dreier Jahrhunderte sanktionirter, allgemein anerkannter und nie bestrittener Rechtszustand erhalten ist.

Da gerade hiegegen von den Vertheidigern immer wieder angeknüpft wird, so sei es gestattet, hier eine Widerlegung der am häufigsten gemachten Einwürfe zu versuchen. Der Ausdruck im Landt.-Abschied v. 1861 „die Verwendung zc. bleibt verboten, soll, so wird geltend gemacht, in dem Sinne gemeint sein, daß damit nur der bisherige Rechtszustand für jede einzelne Provinz als fortbestehend gewahrt wird, und es also, wo etwa in den neueren Gebietstheilen die Verwendung von andern Stoffen, als Malz und Hopfen, in früherer Zeit gestattet war, es auch bezüglich solcher Zulassung fortan beim Alten bleiben solle. Für eine solche Auslegung bietet jedoch unseres Bedünkens das einzige Wörtchen „bleibt“ doch zu wenig Handhabe; vielmehr dürfte dieser Wortlaut auf der Voraussetzung eines allgemeinen Verbotes beruhen, welches nun, gleichviel, ob diese Voraussetzung richtig oder irrig, erneuert und als ein allgemeingiltiges aufgestellt werden wollte. Als solches verbleibt es in Geltung bis zur Erlassung des nach Ziff. 1 in Aussicht gestellten Gesetzes oder bis zu anderweiter gesetzlicher Regelung.

Würde demnach Art. 7 des MAB. sich auf den Ausschluß von Malzsurrogaten beschränken, so würde für Hopfensurrogate das Verbot des Landtagsabschiedes nebenher laufen und fortbestehen, denn keinesfalls tritt im Malzausschlaggesetz die Absicht.

hervor, den Brauern in obiger Beziehung oder überhaupt freieren Spielraum zu lassen. Indem aber letzteres neben der Sicherung des Gefäßes auch die Reinhaltung des bayerischen Bieres zum ausgesprochenen Motiv hatte, wird dadurch viel näher die Annahme gelegt, daß Art. 7 an die fragliche Stelle des Landtagsabschiedes treten sollte. Um so weniger dürfte aber dann aus der Fassung des Art. 7 gefolgert werden, als sei dadurch mit dem bisherigen Rechtszustande gebrochen und stillschweigend die Verwendung aller derjenigen Stoffe gestattet, die nicht Malz zu ersetzen geeignet sind. Der Gedanke, welcher dem Art. 7 zu Grunde liegt, ist vielmehr offenbar der, daß Braubier in Bayern lediglich und ausschließlich aus Malz und zwar Gerstenmalz gewonnen wird. Freilich muß dasselbe, um zum Getränke zu werden, in Wasser abgefotten sein und eine Hopfenzuthat erhalten. Aber Wasser und Hopfen stehen neben dem Malz nicht als ebenbürtige Faktoren, aus denen sich gleichfalls Bier bereiten ließe, sondern diese Eigenschaft hat nur das Malz, und darum erstreckt sich das Verbot des Art. 7 auf alle Stoffe, die nicht Malz sind, Wasser und Hopfen selbstverständlich ausgenommen.

Selbst dann übrigens, wenn die Gesetzgebung lückenhaft wäre, bliebe immer noch thatsächlich ein für die Bierbereitung in Bayern maßgebendes, durch den Landtagsabschied von 1861 und die ihm vorausgegangenen Verordnungen beurkundetes Herkommen übrig und auch ein solches gäbe, wie im in RGE. Bd. VII S. 314 schon oben angedeutet, für die Frage, was als Verfälschung zu betrachten sei, den Ausschlag.

Gehen wir nun zu den einzelnen Stoffen über, mit denen sich das Reichsgericht zu befassen hatte und die es auf Grund vorrichtertlicher Feststellung als

strafbare Fälschungsmittel erklärt hat, so kommen vor:

a) Bierfouleur, Natron, Mouffirpulver und Süßholz in RBE. Bd. VII S. 314 fgg.

b) Gelatine Bd. VIII S. 439.

c) Farin, in Wein aufgelöst Bd. X S. 266.

d) Außer den zu a genannten auch Tannin, Glycerin, doppelt schwefliger Kalk und Salicylsäure in dem nicht abgedruckten Urtheil v. 15. Dezember 1884 (im Memminger Bierprozeß).

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### I. Weitere Urtheile vom Februar 1884.

Rechtshängigkeit. Wegfall der Widerklage in Folge Zurücknahme der Klage.

Nach §. 254 der CPO. tritt die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruches mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird. Es hat dies besonders auch von der Widerklage zu gelten. Diese kann nach §. 33 der CPO. „bei dem Gerichte der Klage“, also erst, nachdem durch Klage eine Streitsache anhängig geworden, erhoben werden. Vor der mündlichen Verhandlung ist nun aber nicht ausgeschlossen, daß die eine Voraussetzung der Widerklage bildende Anhängigkeit einer Streitsache wieder in Wegfall kommt. Es hat dies zur Folge, daß dann eben

auch die Erhebung einer Widerklage nicht mehr zulässig ist. Solches gilt namentlich für den Fall, wenn der Kläger in gesetzlicher Weise gemäß §. 243 der C.P.O. vor dem Beginne der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache seine Klage zurückzieht. Der Umstand, daß von Seite des Beklagten bereits mit der Klagebeantwortung eine Widerklage angefündigt worden ist, hindert die Zulässigkeit der Zurücknahme der Klage mit allen ihren gesetzlichen Wirkungen nicht, denn gemäß §. 254 ist die Widerklage durch Anmeldung in einem vorbereitenden Schriftsatz noch nicht rechtshängig. Urtheil vom 16. Febr. 1885. Reg. Nr. 183/84.

Alimentationspflicht des aus eigenem Verschulden geschiedenen Ehemannes gegenüber seiner vormaligen Ehefrau.

Die Frage, ob eine dem Bände nach geschiedener Ehemann zur Alimentation seiner vormaligen Ehefrau verpflichtet sei, kann nicht nach bayer. O.R. beurtheilt werden, weil die desfalls in Thl. I cap. I §. 43 des bayer. O.R. enthaltenen Bestimmungen nur eine Trennung der Ehe von Tisch und Bett unter Aufrechthaltung des ehelichen Bandes zur Voraussetzung haben, dagegen für den Fall einer Scheidung dem Bände nach im bayer. O.R. Bestimmungen über die vermögensrechtlichen Folgen einer solchen Ehescheidung nicht enthalten sind. So ist bereits entschieden worden mit Urtheil vom 24. März 1880 (Samml. Bd. VIII S. 326). Von gleicher Anschauung gehen auch die Urtheile des obersten Gerichtshofes vom 26. Februar 1878 (Samml. Bd. II S. 189), sowie des obersten Landesgerichtes vom 13. Februar 1880 (Samml. Bd. VIII S. 241) aus. Nach den subsidiär zur Anwendung kommenden Grundsätzen des gemeinen

Rechts besteht übrigens die Alimentationspflicht des Ehemannes, wenn die Ehe aus seinem Verschulden (im gegebenen Falle lag Ehebruch vor) dem Bande nach getrennt wurde, unzweifelhaft zu Recht und zwar, wie auch die vorerwähnten Urtheile vom 26. Febr. 1878 und 24. März 1880 entnehmen lassen, aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des Schadensersatzes. Die Ehefrau darf nicht der aus dem ehelichen Verhältnisse entsprungene Vorthelle, also auch nicht des Vortheiles der Alimentation Seitens des Ehemannes durch dessen Schuld beraubt werden. Dieser Anschauung stehen Theorie und Rechtsprechung in überwiegender Weise zur Seite. Unhaltbar ist die gegentheilige Meinung, daß die Alimentationspflicht des Ehemannes lediglich die rechtliche Folge der Ehe und deshalb mit der Auflösung derselben erloschen sei und daß die Veranlassung der Ehescheidung durch die Schuld des Mannes hieran nichts ändere, da es der Frau eigener Entschluß gewesen sei, die Trennung der Ehe herbeizuführen. Ein solcher Entschluß der Ehefrau, von welcher nicht zu verlangen ist, daß sie ungeachtet des von ihrem Manne begangenen Ehebruchs die Ehe fortsetze, kann Jener unmöglich derart zum Nachtheil gereichen, daß ihn deshalb der wohlbegründete Anspruch auf Schadloshaltung durch den schuldigen Ehemann entzogen würde. (Urtheil vom 21. Februar 1885. R. Nr. 195/84.)

## II. Beschlüsse.

Gerichtskostenvorschuß. — Rückerstattung desselben. — Verhältnisse im Armenrechte\*).

Die in §. 81 des Reichsgerichtskostengesetzes

\*) Vgl. den Aufsatz in Nr. 1—5 dieses Jahrgangs.

statuirte Vorschusspflicht schließt nicht eine subsidiäre, sondern eine von der richterlichen Entscheidung im Kostenpunkte unabhängige Verpflichtung zur Kostenzahlung in sich. Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen ist derjenige, welchem durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt sind oder welcher dieselben durch eine vor dem Gericht abgegebene oder demselben mitgetheilte Erklärung übernommen hat. §. 86 a. a. D. Bis eine solche Thatsache eingetreten ist — in Ermangelung eines anderen Schuldners, §. 86 — ist derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen. §. 89 a. a. D.

Die Kostenschuld wird fällig:

a) sobald das Verfahren oder die Instanz durch unbedingte Entscheidung über die Kosten durch Vergleich oder Zurücknahme oder anderweite Erledigung beendet ist, §. 93 a. a. D.;

b) mit Ablauf je eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termines oder Stellung des ersten Antrags, soferne nicht bis dahin die Fälligkeitsvoraussetzung sub a eingetreten ist. §. 94 Ziff. 1 a. a. D.

In dem einen wie in dem andern Fall (a und b) tritt aber eine andere Modifikation dahin ein:

1) daß der Antragsteller einen Gebührens-vorschuss für jede Instanz zu zahlen hat, §. 81 a. a. D.;

2) daß die Verpflichtung zur Zahlung des vorzuschießenden Betrages bestehen bleibt, wenn auch die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind. §. 90 a. a. D.

Hieraus folgt:

Der Antragsteller ist für die entstan-

benen Kosten mindestens bis zum Betrag des noch nicht berichtigten Gebührenvorschusses Schuldner der Staatskasse, auch wenn die Kosten des Verfahrens einem Andern auferlegt oder von einem Andern übernommen sind.

Tritt diese Voraussetzung ein, so hat die Staatskasse zwei Schuldner: den Antragsteller bis zum Betrage des Gebührenvorschusses, demjenigen, dem die Kosten auferlegt oder von dem sie übernommen sind, für den Gesamtbetrag der Kosten, soweit sie noch nicht bezahlt sind.

Vgl. bayer. Instr. z. Vollz. d. RGG., dann das Gesetz über das Geb.-Wesen vom 21. Septbr. 1879 §. 23 (Just.MBl. 1879 S. 1328).

Ist der Gebührenvorschuss von dem Antragsteller bereits berichtet, so findet in dem gedachten Falle, soweit Kosten entstanden sind, eine Rückzahlung desselben nicht statt, denn der Antragsteller hat ja, mit dessen Berichtigung, eine ihm obliegende Verpflichtung zur Zahlung jener Kosten erfüllt.

In dem vorwürfigen Falle handelt es sich übrigens nicht um die Richtigkeit des Eingangs erwähnten Satzes, sondern um die Frage, ob die dem Antragsteller durch das Gesetz auferlegte Verpflichtung zur Zahlung der Gebühren auf den Betrag des ihm obliegenden Vorschusses bezw. auf den vor der Beendigung der Instanz fällig gewordenen Betrag durch den Umstand, daß der in der Folge zur Tragung der Kosten verurtheilte Beklagte zum Armenrechte zugelassen ist, mit der Wirkung einer Zurückzahlung des bereits gezahlten Kostenbetrages einschließlich des geleisteten Vorschusses erlischt.

Diese Frage ist zu bejahen.

Selbstverständlich regelt das *RGK*. die Kostenvorschuß- und Zahlungspflicht nur für gebührenpflichtige Parteien. Für Partelen, welche von einer Gebührenzahlung befreit sind, bedarf es keiner Regelung der Kostenvorschuß- und Zahlungspflicht. Da nun in einem Rechtsstreit die eine Partei von der Gebührenzahlung befreit sein kann, während die andere Partei gebührenpflichtig ist; da ferner das *RGK*. das Reich in dem Verfahren vor dem den Landesgerichten und die Bundesstaaten in dem Verfahren vor dem Reichsgerichte von Zahlung der Gebühren befreit und weiter erklärt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für gewisse Rechtsfachen oder gewisse Personen in dem Verfahren vor den Landesgerichten Gebührenfreiheit gewähren, durch das *RGK*. nicht berührt werden, so lag es nahe, in demselben eine Bestimmung für den Fall zu treffen, daß in einem Rechtsstreite der vorbezeichneten Art der die Gebührenfreiheit genießenden Partei die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden. Diese Bestimmung wurde in der That im §. 98, Abs. 4 des *RGK*. dahin getroffen, daß, soweit demjenigen, welchem die Gebührenfreiheit zusteht, Kosten des Verfahrens auferlegt werden (§. 98) Gebühren überhaupt nicht zu erheben und erhobene zurückzahlen sind. Wie die Motive zu dem Entwurfe des *RGK*. (Stenogr. Ber. über die Verh. des Reichst. 3. Legisl.-Per. 1878 Bd. III S. 611) ergeben, beruht solches auf der Erwägung, daß, wenn die Kosten einer von der Gebührenzahlung befreiten Partei zur Last gelegt worden, die Gegenpartei, welche vorschußweise oder auf Grund einer später geänderten Entscheidung Gebühren bezahlt hat, wegen Erstattung derselben nicht an die befreite Partei gewiesen werden dürfe, weil dieser so die

Gebührenfreiheit mittelbar entzogen würde, daß aber andererseits die Befreiung der einen Partei keine Benachtheiligung der anderen Partei herbeiführen dürfe. Gedachte Vorschrift hat daher nicht bloß den Fall des Art. 87 Abs. 1 des RGG, sondern auch den Fall, daß die Gegenpartei vorschußweise oder gemäß §. 94 Ziff. 1 Kosten bezahlt hat, zum Gegenstande. Jene Erwägung hat aber offenbar einerseits den aus der Gebührenfreiheit sich als rechtliche Folge ergebenden Satz, daß eine von Gebühren befreite Partei auch nicht unter der Form eines an den Gegner zu leistenden Ersatzes zur Bezahlung von Gebühren angehalten werden darf, andererseits den allgemeinen Rechtsatz zur Grundlage, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern darf, da bei der Zurückbehaltung der von dem Gegner der gebührenfreien Partei geleisteten Zahlung im Falle der Verurtheilung der letzteren zur Kostenzahlung die Staatskasse Gebühren beziehen würde, die ihr in Folge der Gebührenfreiheit des Verurtheilten nicht zustehen, und daß dies zum Nachtheile desjenigen Zahlenden geschehen würde, welcher von der gebührenfreien Gegenpartei keinen Ersatz fordern kann.

Durch die in §. 98 Ziff. 4 getroffene Bestimmung ist somit anerkannt, daß die vorbezeichneten Rechtsätze auch dem §. 87, Abs. 2 gegenüber zur Anwendung kommen. Es ist ausgesprochen, daß deren Wirksamkeit nicht als durch die in §. 87, Abs. 2 enthaltene Anordnung beseitigt erachtet werden soll, daß vielmehr letztere Anordnung, auch wenn man sie über ihren Wortlaut hinaus auf weitere Fälle außer dem in §. 87 Abs. 1 Bezeichneten beziehen will, im einschränkenden Sinne dahin zu verstehen ist, es habe die Staatskasse gezahlte Gebühren nur dann nicht zurückzuzahlen, wenn die Partei,

welche dieselben gezahlt hat, von jener Partei, welcher schließlich durch gerichtliche Entscheidung die Kosten des Verfahrens auferlegt sind, Erstattung derselben zu fordern berechtigt ist.

Hieraus folgt aber, daß die Anwendung des §. 87 Abs. 2 nicht bloß in den in §. 98 des RGG. bezeichneten Fällen der Gebührenfreiheit, sondern auch in dem Falle, in welchem kraft einer sonstigen reichsgesetzlichen Bestimmung einer Partei die Gebührenfreiheit zusteht, als ausgeschlossen erachtet werden muß. Zu demselben Ereigniß gelangt man, wenn man die in §. 98 Ziff. 4 enthaltene Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel des §. 87 Abs. 2 auffaßt. Denn da diese Ausnahmsbestimmung eben darauf beruht, daß rechtsgrundsätzlich die von den Gebühren befreite Partei von dem Prozeßgegner, welcher Gebühren entrichtet hat, wegen Ersatzes derselben nicht in Anspruch genommen werden kann, andererseits letztere durch Entziehung des Rückforderungsrechtes nicht benachtheiligt werden darf, so sind die Voraussetzungen der Ausnahme auch dann gegeben, wenn eine zwar nicht auf Grund des Reichsgerichtskostengesetzes, wohl aber auf Grund eines sonstigen Reichsgesetzes von den Gebühren befreite Person in die Kosten des Verfahrens verurtheilt wurde. Hiemit stimmt überdieß auch der Wortlaut des §. 98 Abs. 4 überein, welcher nicht von den vorher erwähnten, von Gebühren befreiten Personen und Rechtsfällen, sondern überhaupt von Demjenigen spricht, welchem die Gebührenfreiheit zusteht.

Eine die Gebührenfreiheit betreffende reichsgesetzliche Bestimmung enthält nun auch der §. 107 der C.P.O., nach welchem durch die Bewilligung des Armentrechts die eine Partei die einstweilige Befrei-

ung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten erlangt.

Daß die der einen Partei bewilligte Befreiung nur eine einstweilige ist, (§. 116 d. G.P.O.) erscheint für die hier vorliegende Frage ohne maßgebende Bedeutung.

Entscheidend für den Ausschluß der Anwendbarkeit des §. 87 Abs. 2 in dem vorliegenden Falle ist die Thatsache, daß der zum Armenrechte zugelassenen beklagten Partei in dem Zeitpunkte, in welchem ihr die Kosten des Verfahrens auferlegt wurden, Gebührenfreiheit zustand. Hiemit war nach dem oben Bemerkten dem Kläger die rechtliche Möglichkeit entzogen, für die von ihm geleisteten Zahlungen sofort Erstattung von der beklagten Partei zu fordern, dagegen für ihn zugleich das Recht begründet, die an die Staatskasse bezahlten Kostenbeträge, für deren sofortige Erhebung bei der zur Zeit bestehenden Gebührenfreiheit der in die Kosten verurtheilten Partei ein Rechtsgrund nicht mehr gegeben ist, von derselben zurückzuverlangen.

Diesem Verlangen kann auch nicht entgegengehalten werden, daß mit der im §. 98 Abs. 4 angeordneten Zurückzahlung der Staat nur einem Theile seiner Verpflichtung, dem siegenden Gegner die Kosten zu ersetzen, genüge. Denn nach den, der erwähnten Gesetzesbestimmung gemäß obiger Ausführung zu Grunde liegenden Rechtsfällen besteht in der That für die in die Kosten des Verfahrens verurtheilte, von der Zahlung der Gebühren befreite Partei keine Verpflichtung, dem siegenden Gegner die von diesem bezahlten Gebühren, von deren Zahlung sie ja befreit ist, zu ersetzen, und ohne die einschränkende oder Ausnahmsbestimmung des §. 98 Abs. 4 würde letztere solche nach §. 87 Abs. 2 auch nicht von der Staatskasse zurückfordern können, welche

die Gebühren erhoben hat. Beschluß vom 20. Dez. 1884 Nr. II 70/84.

### Zur C.P.D. Anwaltszwang.

Daß von den Klägern nach Maßgabe des §. 690 der C.P.D. wegen Eigenthums an den Pfandobjekten geltend gemachte Widerspruchsrecht ist vor dem f. Landgerichte Traunstein als dem zuständigen Prozeßgerichte anhängig gemacht und damit dieses Gericht auch mit dem Antrage auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §. 690 Abs. 3 und §. 688 in zuständiger Weise befaßt worden. Demgemäß liegt aber auch kein Fall vor, in welchem nach §. 532 Abs. 2 der C.P.D. die an das Oberste Landesgericht gerichtete, beim Oberlandesgerichte München eingereichte, von dem Rechtsanwalt R. in Augsburg gefertigte „sofortige Beschwerde“ wider die Entscheidung des Oberlandesgerichts München, welche die betreffs der Einstellung des Vollstreckungsverfahrens durch das f. Landgericht Traunstein Seitens desselben Rechtsanwalts R. von Augsburg eingereichte Beschwerde nach C.P.D. §. 532, 74 und 537 als nicht in gesetzlicher Form erhoben erklärt hatte, hätte zum Protokoll der Gerichtsschreiberei erklärt oder auch schriftlich durch einen beim Oberlandesgerichte München nicht zugelassenen Rechtsanwalt hätte eingelegt werden können. C.P.D. §. 74; Rechtsanwaltsordnung §. 27; reichsgerichtl. Entsch. Bd. III S. 374, Bd. I S. 431. Vielmehr unterliegt die vorwürfige Beschwerdeschrift dem Anwaltszwang. Beschl. vom 10. April 1885. Reg.-Nr. II 13/85.

---

Redakt: R. v. Sattich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Bierfälschung und Ausschlagbetrübungen. Von Bernh. Hofmann. (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayr. obersten Landesgerichtes. Urtheile. — Literaturnotizen.

---

## Ueber Bierverfälschung und Malzausschlagsübertretung.

Von Bernh. Hofmann.

(Fortsetzung.)

Dagegen hatte das RG-Urtheil v. 5. Juli 1883 (RGZ. Bd. VIII S. 434 fgg.) mit bloßen Klär-  
mitteln zu thun, von denen festgestellt war, daß  
sich dieselben mit dem Bier nicht vermischen und  
keinen Einfluß auf dessen Zusammensetzung nach Stoff,  
Farbe, Geschmack und Quantität haben, sondern eine  
rein mechanische Wirkung üben, indem sie ein Netz  
bilden, die Hefe mit sich niederreißen und mit der  
letzteren sich vollständig wieder ausscheiden. Unter  
dieser thatsächlichen Voraussetzung werden Weißbuz-  
chen- und Haselholzkklärspäne, frisch ausgeglühte Holz-  
kohlen, ferner in Wasser aufgelöste Hausenblase und  
Finglas, d. i. amerikanische Hausenblase, für straf-  
lose Zusätze nicht bloß im Sinn von §. 10 RMG.,  
sondern auch nach Art. 7 des MAB. erklärt, weil  
letzteres Verbot doch nur von einer wirklichen Ver-  
wendung in der Art handelt, daß die Substanz des  
zugelegten Stoffes in die des Bieres übergehe.

Neue Folge Band XXXII.

Ueber Gelatine, welches aus reinem thierischen Leim bereitet und darum ekelhaft ist, findet sich hier der Ausspruch, dasselbe scheide sich vom Bier nicht vollständig wieder aus und verbinde sich sohin mit dessen Substanz. Ueber ein weiteres, ziemlich verbreitetes Klärmittel, *Raja clavata* oder Stachelroggenhaut, in Weinsteinsäure aufgelöst und auch auf Biere im Faß als Schöne angewendet, liegt noch kein Ausspruch des Reichsgerichtes vor, jedoch kann die Entscheidung hierüber unter Beobachtung obiger Kriterien in Bezug auf Art. 7 N. 10. keine Schwierigkeit bieten, je nachdem eben auf Grund von Sachverständigengutachten festgestellt wird, daß sich dies Mittel wieder ausscheide oder im Bier zurückbleibe, nur daß im letzteren Falle die Anwendung von §. 10 N. 10. weiterhin davon abhängt, ob dadurch eine ächte Waare verschlechtert oder einer minder guten Waare der Schein einer bessern Beschaffenheit verliehen werde. Denn eine Klärung als solche fällt noch nicht unter §. 10; ein durch ein Klärmittel heilgemachtes Bier ist nicht ohneweiteres ein solches, dem der Schein einer bessern Beschaffenheit gegeben wurde, vielmehr kann diese die gleiche geblieben sein.

Also vom Standpunkte des Malzausschlaggesetzes genügt zur Strafbarkeit die Beimengung eines fremden Stoffes, soferne nur im Bier etwas davon zurückbleibt; aber nicht jede Malzausschlagübertretung begründet nothwendig auch ein Vergehen gegen das Nahrungsmittelgesetz, und dieser Punkt ist es, den das besonders wichtige Urtheil vom 15. Dezember 1884 (R. G. B. Bd. XI S. 294 fgg.) klar stellt. Das Nahrungsmittelgesetz, heißt es hier, verlangt irgend einen Einfluß der Verfälschung, sei es auf Verschlechterung der echten Waare durch Entnahme oder Zufügung von Stoffen oder auf scheinbare Verbesserung einer minder guten Waare durch Anwendung

künstlicher Mittel — RGE. Bb. V S. 178, VI S. 51. —

Weitere Voraussetzung der Strafbarkeit ist demnach hier, daß der Zusatz für die Beschaffenheit des Produktes nicht völlig indifferent, sondern in der einen oder andern Richtung wirksam sei.

Besonders wichtig ist aber obige Entscheidung auch um deswillen, weil sie die Verwendung der vielbestrittenen Salicylsäure, im gegebenen Falle als Hefenzusatz, um die Hefe vor Pilzbildung und Fäulniß zu schützen, zum Gegenstand hat. Gerade mit Salicyl werden gegenwärtig auf Veranlassung unserer Staatsregierung Versuche angestellt, um zu ermitteln, ob nicht dieser Stoff wegen seiner lediglich erhaltenden Eigenschaft dem Braugewerbe unentbehrlich, und darum eine Aenderung in der Gesetzgebung zu treffen sei. Hören wir nun, wie sich der Vorstand der Untersuchungsanstalt Erlangen, Herr Professor Dr. Hilger, über die Verwendung von Salicylsäure äußert.

Nach ihm ist Salicyl \*) (seit 1874 im großen aus Karbol- und Kohlensäure dargestellt), ein allbekanntes Erhaltungsmittel, welches seine Rolle, schädliche Organismen, die sog. Spaltpilze, zu vertilgen, mit einem gewissen Erfolge spielt. Wird es nur bei der Malzbereitung, sei es als Zusatz zum Weichwasser oder zum Bespritzen der keimenden Gerste auf der Malztenne angewendet, so findet es sich nach eigenen Versuchen des Sachverständigen schon nicht mehr in der Würze, geschweige in fertigen Biere vor, und kann daher bei dieser Verwendung nicht

\*) S. hierüber auch Dr. Prior „Erlaubtes und Verbotenes im bayer. Brauereiwesen“, S. 20 fgg.; ferner Dr. Vogel „Chemisches aus dem bayer. Monstre-Bierprozeß“ ein Repert. f. anal. Chemie 1885 Nr. 9.



einmal von einer Zutwiderhandlung gegen Art. 7 MAB. die Rede sein. Möglich, ja wahrscheinlich ist dagegen ein Eindringen des Salycils in das Bier, wenn es zur Ausstellung der Hefe beigemischt oder zur Reinigung der Braugeschirre gebraucht wird, weil beim Auswaschen der Hefe und Auspülen der Geschirre nicht gründlich genug zu Werke gegangen wird. Eine chemische Untersuchung des Bieres ergibt, ob Salycil darin vorhanden ist; und wenn dies der Fall, nützt dem Art. 7 MAB. gegenüber die Ausrede mit obiger Verwendungsort nichts mehr, denn das Bier hat einen fremdartigen Zusatz erhalten.

Häufig wird aber auch Salycil dem fertigen Bier, um es bei guter Beschaffenheit zu erhalten, zugesetzt. Erhalten wird es dabei, geändert jedoch wird es dadurch weder in seiner physikalischen und chemischen Beschaffenheit noch irgendwie wie in Geschmack und Wirkung. Geschätze dies nur immer bei wirklich gutem Bier; aber meist greifen die Brauer erst zum Salycil, wenn das Bier schon im Verderben begriffen ist, und dann wird ein bereits krankes Bier nothdürftig noch zu leidlichem Genuße hergerichtet, vielleicht noch 1—2 Monate länger in diesem Zustand erhalten. Um daher dem Mißbrauch nicht Thür und Thor zu öffnen, sollte Salycil ausschließlich bei der Malzbereitung, wenigstens für das Inland, zugelassen werden.

Schleßt man sich diesem Gutachten \*) an, so fällt die Verwendung von Salycil ebenso wenig unter das Malzausschlagsgesetz wie unter das Nahrungsmittelgesetz, und ist daher eine Aenderung in der

---

\*) Auch Prior a. a. O. S. 23 möchte vorläufig die Anwendung der Salycilsäure auf Schenk- und Lagerbier nicht ausgedehnt wissen.

Gesetzgebung nicht geboten. Erweist es sich aber als ein Bedürfnis, den Zusatz von Salicyl auch zu fertigem Bier zu gestatten, dann allerdings ist eine Aenderung von Art. 7 NMG. veranlaßt, welcher bisher dem Gebrauch und dem Mißbrauch einen Riegel vorgeschoben hat. Das Nahrungsmittelgesetz für sich allein bietet kein Hindernis und trotz Art. 7 auch jetzt schon keines, sofern nämlich der Zusatz eines fremden Stoffes zur Strafbarkeit nach §. 10 NMG. nicht genügt, sondern festgestellt sein muß, daß und in welcher Weise dieser Stoff eine Veränderung zum Nachtheil der Waare bezw. zu deren scheinbaren Verbesserung hervorgebracht habe. Der Nachweis hiesür ist nur in gewissen Fällen, wenn z. B. der Brauer im Vertrauen auf die Wirkung des Salicyls geringere Quantitäten oder Qualitäten von Gerste und Hopfen, die sonst die Haltbarkeit bedingen, verwendet und dennoch bis tief in den Herbst hinein mit altem, vom Publikum gesuchten Lagerbier aufwarten kann, zu erbringen.

Die Tragweite des RGL. vom 15. Dezember 1884 (Bd. XI S. 294) beschränkt sich aber nicht auf Salicyl allein; sie erstreckt sich auf alle Stoffe, welche zwar eine Uebertretung des Malzaufschlaggesetzes begründen, jedoch behufs Anwendung von §. 10 NMG. nun auch auf ihre Wirksamkeit untersucht und geprüft werden müssen. Dem Salicyl durch seine antiseptische, somit erhaltende Eigenschaft nahe verwandt und in denselben Stadien des Brauverfahrens anwendbar ist der doppelt-schwefelsaure Kalk, welcher zunächst, da jedes Bier an sich schon Kalk enthält, dessen Kalkgehalt vermehrt, sich sodann durch Aufnahme von Sauerstoff zersetzt und in schwefelsauren Kalk, d. i. Gyps verwandelt. Als absichtlicher Zusatz erst von 0,1% pro lit. an nachweisbar, äußert er schon in diesem Prozentsatz unbedingt nachtheilige Folgen und ist daher nur in

der Verwendungsort beim Einweichen des Malzes und Begleßen auf der Tenne nicht zu beanstanden, in allen übrigen führt er dem Getränk eine gefährliche Substanz zu, so daß er hiefür unter keinen Umständen zugelassen werden darf.

Ist er in einem Grade vorhanden, der die menschliche Gesundheit zu beschädigen geeignet ist, so kommen ohnehin die strengeren Bestimmungen des §. 12 NMG. in Anwendung, andernfalls ist die Feststellung seiner Wirkung auf die Beschaffenheit der Waare nicht ohne Schwierigkeit, und wird noch am sichersten eine Verschlechterung derselben durch unerlaubten Zusatz anzunehmen sein, während die Anwendung von Art. 7 NMG. nach dem Obigen keinem Zweifel unterliegt.

Zwar selbst nicht verschlechternd, aber eine schlechte Beschaffenheit der Waare verdeckend und zugleich häufig als Abführmittel für den Genießenden wirkt das sog. Moussirpulver, eine Mischung von Natron und Weinsäure, wie das Brausepulver, indem es schalgewordene Biere vorübergehend wieder Trieb und dadurch den Schein einer besseren Beschaffenheit verleiht. Bei weiterer Ueberhandnahme der Verderbniß, also bei sauer werdenden Bier wird zu Natron allein, in der Regel doppelkohlensäurem Natron gegriffen, und so unschuldig dieser Stoff an sich, so verwerflich ist er hier, weil er schon sauer gewordenen Bier so gründlich entsäuert, daß er auch die zum Bier gehörige Milchsäure aufhebt, somit Bestandtheile entmischt und weniger Säure, als normal, zurückläßt. Dasselbe verleiht demnach einerseits durch Abstumpfen des sauren Geschmacks den Schein einer bessern Beschaffenheit und gereicht andererseits einer schlecht gewordenen Waare zu noch größerer Verschlechterung.

Noch leichter in ihrer Wirksamkeit, als eigentliche Malzsurrogate, sind Traubenzucker und

Glycerin festzustellen. Ersterer, im Verkehr nie ganz chemisch rein und billiger, als Malzzucker, vermehrt den Alkoholgehalt und ermöglicht die Ersparniß von Malz, ohne daß der Trinker dieß gewahrt wird, da er mit Recht den Alkoholgehalt reichlicher Malzverwendung zuschreiben zu dürfen glaubt. Sollte es ja im einzelnen Falle zweifelhaft sein, ob eine echte Waare durch Entnahme von regelrechten und Zuthat von regelwidrigen Stoffen verschlechtert wurde, so trägt dieß Verfahren unter allen Umständen das andere Verfälschungsmerkmal an sich, daß einer wegen Malzentnahme minder guten Waare der Schein einer bessern Beschaffenheit gegeben wurde.

Was sodann das Glycerin anlangt, eine aus Fetten gewonnene syrupartige Flüssigkeit von ganz intensiv süßem Geschmack, so ist dasselbe nach Zusammensetzung und Wesen eine Art Alkohol und kein fremdartiger Körper, sondern als Produkt alkoholischer Gährung in jedem Bier, aber hier chemisch rein, vorhanden. Erst von einem Prozentsatz zu 0,25 an wird es als absichtlicher Zusatz nachweisbar, durch welchen bezweckt wird, die Vollmundigkeit des Bieres durch süßen Geschmack zu erhöhen, dem Getränke somit den Anschein größeren Malzgehaltes und folglich einer bessern Beschaffenheit zu verleihen.

Viel mehr, als diese Stoffe, gibt unsern Chemikern das pulverisirte Süßholz zu rathen. Während man früher den Zweck desselben darin suchte, es solle den Zuckergehalt des Malzes ersetzen, den Geschmack verbessern und einen lang anhaltenden gelblichen Schaum erzeugen, setzen Prior und Vogel dasselbe zu einem bloß mechanisch wirkenden Klärmittel herab, dem alldann §. 10 d. M. G. und am Ende gar auch Art. 7 d. M. G. nichts mehr anhaben könnten. Nicht so aber Hilger, welcher zwar die klärende Wirkung, jedoch nur in dem Sinne nicht bestreitet, daß eben jeder Stoff, der Eiweiß abgibt,

klärend wirkt. Daß Süßholz enthält in seinen mineralischen und stickstoffhaltigen Bestandtheilen lauter Stoffe, die auch solche des Malzes sind; so daß, wenn man damit das Verfahren der Bierbereitung durchmacht, eine Flüssigkeit, wie beim fertigen Bier, entsteht. Es wäre daher als eine Art Malzsurrugat anzusehen, wenn es nicht als solches zu theuer, und darum die Mengen, in denen es benützt wird, zu gering wären. Bei einer Verwendung von 5 Pfd. auf 20 hl. vermehrt es den regelrechten Alkoholgehalt nur um 0,026%, und gibt so wenig Zucker an das Bier ab, daß es kaum in Zahlen auszudrücken ist. Kann es um deswillen doch nicht als Malzsurrugat gelten, so ist und bleibt es aber ein fremder Zusatz, dessen eigenthümlicher Bestandtheil, das Glychrrhizin, einen so unzerstörbar süßen Geschmack besitzt, daß dadurch wirklich die Vollmundigkeit erhöht und dem Getränke der Schein einer bessern Beschaffenheit, als beruhe nämlich diese Vollmundigkeit auf größerem Malzgehalt, verliehen wird, also strafrechtlich sowohl eine Malzaufschlagübertretung als auch ein Vergehen gegen das Nahrungsmittelgesetz vorliegt.

Auch das Tannin wird von Prior und Vogel zu einem bloßen Klärmittel herabgesetzt, von Hilger dagegen für die strafrechtliche Verfolgbarkeit gerettet. Tannin, aus Eichenrinde gewonnen, ist gleichbedeutend mit Gerbsäure, die es mit dem Hopfen gemein hat. Wie letzterer, ist allerdings auch ersteres ein Klärmittel und übernimmt als solches eine Aufgabe des Hopfens. Während jedoch dieser der Würze nur einen Theil ihrer Eiweißkörper entnimmt, geht das Tannin mit denselben eine unlösliche Verbindung ein und bewirkt eine Entmischung des Bieres, welches dadurch eiweißärmer wird. Es ist daher ein unter allen Verhältnissen verwerflicher Zusatz und als das, wofür es in der Regel angepriesen wird, als Hopfensurrugat, wenn auch nicht als volles, zu

betrachten. Dieselbe Eigenschaft kommt ihm ferner auch in seinem Einfluß auf den Geschmack zu, indem es den adstringirenden Geschmack des Hopfens ersetzt und dadurch ermöglicht, an Hopfen zu sparen. Wie ohnehin unter Art. 7 d. NMG. fällt es daher nach beiden Richtungen einer Verfälschung sowohl durch Verschlechterung der echten Waare als auch durch Verleihung des Scheines einer besseren, nämlich scheinbar von Hopfen herrührenden Beschaffenheit, unter §. 10 d. NMG.

(Schluß folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom März.

### I. Zur Civilprozeßordnung.

Feststellungsklage. Begriff und Voraussetzungen, insbesondere in Ansehung der festzustellenden Rechtszulässigkeit einer Hypothekkündigung.

A hat gegen die Stiftung B Klage erhoben auf Feststellung der rechtlichen Zulässigkeit der Kündigung eines für den Beklagten hypothekarisch versicherten Kapitals. Zur Frage der Zulässigkeit und der Voraussetzungen einer derartigen Feststellungsklage hat das oberste Landesgericht Folgendes erörtert:

Der Vertreter des Revisionsklägers hat zwar auch dem Revisionsgerichte die schon bei der Berufungsverhandlung erörterte und von dem Berufungsgerichte verneinte Frage zur Erwägung anheimgege-

ben, ob nicht der in dem Klageantrage enthaltene Zusatz, welchem gemäß die verklagte Partei als verpflichtet erklärt werden soll, die Kapitalkündigung anzunehmen, die gestellte Klage über die Grenzen einer sogenannten Feststellungsklage hinausträten läßt, und ihr die Richtung auf eine Leistung gibt.

Alein durch den bezeichneten Schlußsatz des Klagegesuches verliert die Klage ihren Charakter als Feststellungsklage nicht.

Denn die richterliche Feststellung des Rechtes einer Partei, ein geschuldetes Kapital aufzukündigen, schließt von selbst die rechtliche Nothwendigkeit in sich, daß der Empfangsberechtigte die Kündigung als auch für ihn wirksam anzuerkennen habe, und sich dieselbe gefallen lassen müsse.

Ist die erhobene Klage in der besagten Weise aufzufassen, so hängt ihre prozeßrechtliche Statthaftigkeit nach Vorschrift des §. 231 der C.P.O. von dem Erfordernisse ab, daß die klagende Partei an der alsbaldigen, richterlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse hat, durch welche Bestimmung einer zu weiterer Ausdehnung der Feststellungsklage eine Schranke gesetzt werden sollte.

Ein solches Interesse wird in der Regel allerdings dann nicht gegeben sein, wenn der Bethelligte in der Lage ist, sofort eine Klage auf die aus dem Rechtsverhältnisse zu folgernde Leistung erheben zu können.

Dieser Grundsatz läßt sich jedoch auf die im vorliegenden Falle gegebenen thatsächlichen Verhältnisse nicht schlechtthin anwenden.

Dem Thatbestande zufolge weigerte sich die Verwaltung der verklagten Stiftung, eine Zahlung des gekündigten Kapitals anzunehmen, weil sie dasselbe für unkündbar erachtet und sich das Recht auf ungeschmälernten Bezug von bestimmten jährlichen Geld-

leistungen und als solche gestifteten Reichnissen zuschreibt.

Das Recht gestattet nun einem Schuldner eine Klage auf Annahme eines geschuldeten Betrages in der Richtung gegen den Gläubiger in der Regel nicht. Eine derartige Klage wird dem Schuldner nur in besonderen Ausnahmefällen zugestanden denen der gegenwärtige Rechtsfall nicht beizuzählen ist.

Windscheid „Lehrbuch des Pandektenrechts“  
§. 347 Note 1.

Mommsen „die Lehre von der mora“ S. 134.

Der klagenden Partei steht aber dormalen auch noch keine Klage auf Löschung der für das Kapital von 7200 fl. eingetragenen Hypothek zu Gebote, da sie noch keinen Löschungsgrund für sich anführen kann, insoferne die Schuld weder bezahlt, noch die rechtliche Wirkung der Zahlung durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldbetrages herbeigeführt ist.

Eine Tilgung der Schuld und eine Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit kann nun zwar ungeachtet der Weigerung des Gläubigers, eine Zahlung anzunehmen, und gerade wegen dieser Weigerung an und für sich dadurch bewirkt werden, daß der Schuldner die geschuldete Sache bei Gericht hinterlegt.

Die gerichtliche Hinterlegung hat indessen bloß dann die Folge, daß eine Schuld durch sie aufgehoben wird, wenn das wirklich Geschuldete hinterlegt wurde.

In gegenwärtiger Streitsache befindet sich aber die klagende Partei Angesichts des Verhaltens der verklagten Stiftung und mit Rücksicht auf das Bestrittensein der klägerischen Rechtsauffassung in Ungewißheit darüber, ob und in wie weit durch gerichtliche Hinterlegung des Kapitals von 7200 fl.

von ihren Verpflichtungen gegen die verklagte Stiftung sich in der That zu befreien vermag.

Es kann nun vom rechtlichen Gesichtspunkte aus und in Anbetracht des maßgebenden Thatbestandes nicht mißbilligt werden, wenn die klagende Partei die berührte Ungewißheit gehoben zu sehen wünscht, ehe sie bei verweigerter Annahme einer Zahlung zur gerichtlichen Hinterlegung der von ihr als Schuldbetrag erachteten Geldsumme sich herbeiläßt, und auf Grund der Hinterlegung zu etwaigen weiteren gerichtlichen Maßnahmen schreitet. Vielmehr hat dieselbe unzweifelhaft ein berechtigtes Interesse daran, sofort über die rechtliche Tragweite einer Hinterlegung vor dem Vollzuge dieses Aktes sicheren Aufschluß zu erhalten.

Das allein geeignete Mittel, die hinsichtlich des Rechtsverhältnisses bestehende Ungewißheit vor Bethätigung der beregten Hinterlegung zu beseitigen, ist aber die Erwirkung einer richterlichen Entscheidung, und als Klage, welche eine solche Entscheidung über die entstandene Streitfrage, insbesondere über die Ründbarkeit des hypothekarisch gesicherten Kapitals herbeiführen kann, bietet sich unter den obwaltenden Umständen dem Schuldner nur eine Klage nach Anleitung des §. 231 der C.P.O. dar. U. v. 11. März 1885 Reg. Nr. I 190/84.

## II. Familienrechtliche Entscheidung.

Alimentationspflicht des geschiedenen Ehemannes gegenüber der nicht als schuldiger Theil befundenen Frau. (Bahr. O.R. u. gem. Recht).

Es ist unter den Parteien streitig, ob der Ehemann, nachdem das Band der Ehe aus seinem Verschulden wegen Ehebruch aufgelöst worden ist, der vermögenslosen Ehefrau Alimente zu verabreichen

habe. Das Berufungsgericht hat diese Frage auf Grund des bayerischen Landrechts bejaht. Daß aber dieses Recht für diesen Fall keine Bestimmungen enthält, ist schon in den oberstrichterlichen Urtheilen vom 26. Februar 1878, 13. Februar 1880 und 24. März 1880 (Bl. f. R. V. Bd. 43 S. 143, Bd. 45 S. 174 und 232) ausgeführt worden.

Daß bayer. Landrecht kennt überhaupt die Auflösung des Bandes der Ehe nicht, und setzt da, wo es über vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung Bestimmungen trifft, die Form der Scheidung von Tisch und Bett voraus. Im Urtheile des Berufungsgerichtes ist dieses nicht bekämpft, sondern nur angenommen, daß die Bestimmungen des bayerischen Landrechtes Thl. I Cap. 6 §. 43 Ziff. 1 u. 2 bezüglich der vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung von Tisch und Bett auch auf die Auflösung des Bandes der Ehe angewendet werden müßten.

Solches ist aber wegen des großen Unterschiedes zwischen der Scheidung von Tisch und Bett und der Auflösung des Bandes der Ehe nicht statthaft, nachdem im ersteren Falle das Band der Ehe fortbestehen bleibt, im zweiten aber die Ehe gänzlich aufgehoben wird. Uebrigens ist im Texte des allergn. §. 43 Ziff. 1 von einer Alimentationspflicht des schuldigen Ehemannes eine ausdrückliche Erwähnung überhaupt nicht geschehen, sondern nur in den Anmerkungen zu dieser Gesetzesstelle, und zwar mit Rücksicht auf die Fiktion, von welcher das bayerische Landrecht bei Bestimmung der Wirkungen der Ehescheidung von Tisch und Bett ausgegangen ist, daß die Ehe als durch den Tod des schuldigen Theils gelöst anzusehen sei. Zwischen der Wittve und einer dem Bande nach geschiedenen Ehefrau besteht aber ein wesentlicher Unterschied, weshalb nach bayr. LR. Thl. I Kap. 1 §. 10 Nr. 2 von den Rechten einer

Wittwe nicht auf diejenigen einer dem Bande nach geschiedenen Ehefrau geschlossen werden darf.

Bei Ermangelung einer Bestimmung des bayer. Landrechtes für den in Frage stehenden Fall ist auf das gemeine Recht zu recurriren. Nach diesem ist aber der Ehemann im Falle einer von ihm verschuldeten Auflösung des Bandes der Ehe verpflichtet, der vermögenslosen Ehefrau Alimentation zu leisten, weil die Letztere nicht der aus dem ehelichen Verhältniß für sie entsprungenen Vortheile, also auch nicht des Vortheils ihrer Alimentation durch den Ehemann durch dessen Schuld, ohne entsprechenden Schadenersatz zu erhalten, beraubt werden darf. Oberstrichterliches Urtheil vom 24. März 1880 (Sammlung Bd. 8 S. 326). Hiefür hat sich auch Theorie und Praxis überwiegend ausgesprochen.

Es ist zwar dagegen geltend gemacht worden, daß das Recht an die Eigenschaft des Ehemannes als schuldigen Theil nur gewisse Vermögensverluste zu Gunsten der Frau knüpfe, welche einen Ersatz für die ihr aus der Scheidung erwachsenen Nachtheile im Ganzen bezweckten, deren Gewährung aber die Annahme, daß der Gesetzgeber an das Verhältniß des Ehemannes als schuldigen Theil noch weitere Entschädigungspflichten habe knüpfen wollen, ausschließe.

Alein dieses mag für den Fall zutreffen, wo der schuldige Theil ein Vermögen hat; in solchem Falle ist, wenn der Ehemann der schuldige Theil ist, die Ehefrau nach Auflösung der Ehe nicht vermögenslos und kann daher von einer Alimentationspflicht des Ehemannes überhaupt keine Rede sein. Anders verhält sich dagegen die Sache, wenn der Ehemann kein Vermögen besitzt, aber ein solches Einkommen hat, daß er die unschuldige Ehefrau alimentiren kann. Gesetzlich ist nicht bestimmt, welchen Ersatz in diesem Falle die Ehefrau für die ihr aus der Auflösung der Ehe erwachsenen Nachtheile er-

halten solle, aber auch nicht, daß sie keinen Ersatz beanspruchen könne. In einem solchen Falle kommen daher die allgemeinen Grundsätze über Schadenersatzpflicht zur Anwendung.

Vom Revisionskläger wird behauptet, daß der Klägerin durch die Auflösung der Ehe kein Schaden entstanden, deßhalb eine Entschädigung auch nicht denkbar sei.

Wenn jedoch die Annahme des Berufungsgerichtes, daß der Beklagte ein solches Einkommen habe, daß er die Klägerin alimentiren könne, richtig ist, so besteht der Schaden, welcher der Klägerin durch die Auflösung der Ehe entstanden ist, darin, daß sie vom Beklagten nicht mehr als von ihrem Ehemann Alimente beanspruchen kann.

Abgesehen von allem diesem ist nicht erklärlich, welchem Bedenken die Erstreckung des *can. 18 Decrets II causa XXXII quest. 7* auf den gegenwärtigen Fall unterliegen soll. Beide Fälle sind ganz gleichartig gelagert. Nach der besagten Stelle ist ein Ehemann, welcher sich von seiner Frau wegen deren durch Krankheit bewirkten Unfähigkeit zum Beischlase hat scheiden lassen, verpflichtet, die schuldlöse und bedürftige Frau zu unterstützen. Als Grund ist angegeben, weil die Schwachheit sie verhindere, nicht verabscheuungswürdige Schuld sie ausgeschlossen habe (*quam infirmitas praepedis non destebalis culpa excludit.*) Auch in gegenwärtigem Falle hat nicht die Schuld der Ehefrau die Auflösung der Ehe bewirkt, nicht einmal eine Schwachheit auf ihrer Seite ist hier der Grund der Auflösung der Ehe, sondern allein die Schuld ihres Ehemannes. Für sie ist daher die Auflösung der Ehe noch härter, als für die Ehefrau in obiger Gesetzesstelle, so daß die Ausdehnung dieser Gesetzesstelle auf den gegenwärtigen

tigen Fall mit Grund nicht beanstandet werden kann.  
U. v. 12. März 1885. Reg. Nr. 4/85.

---

### Literaturnotizen.

Von der im vorhergehenden Bd. 49 S. 368 erwähnten Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich von M. Stenglein ist nunmehr auch die 2. Hälfte mit Register erschienen und somit das sehr werthvolle Werk abgeschlossen. Wir machen auf daßelbe wiederholt aufmerksam.

---

Im Verlage von Palm und Enke in Erlangen ist als Inhalt der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen“ und zugleich im Separatabdruck erschienen: Die deutsche Gewerbeordnung in der Fassung vom 1. Juli 1883 nebst späteren Zusätzen und den Vollzugsvorschriften des Reiches, erläutert von Dr. Julius Engelmann. Es ist hier das gesammte umfangreiche Material der G.D. mit besonder Klarheit gründlich und mit Vermeidung aller Weitwendigkeiten, bearbeitet und es enthält das Werk eine recht instructive Einleitung über die Entwicklung des Gewerbewesens und die Gewerbetreibenden. Beigegeben sind demselben die Vollzugsvorschriften des Reiches als umfassender Anhang.

Daßelbe ist daher allen mit der G.D. Befassten oder bei derselben irgend Betheiligten ganz besonders zu empfehlen.

---

Redakt.: **K. v. Hettich** in Nürnberg. Verl.: **Palm & Enke** (Carl Enke) in Erlangen. Druck von **Junge & Sohn**.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Bierfälschung und Ausschlagsbetrug. Von Bernh. Hofmann. (Schluß.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bay. obersten Landesgerichtes. Urtheile und Beschlüsse.

---

## Ueber Bierverfälschung und Malzausschlagsübertretung.

Von Bernh. Hofmann.

(Schluß.)

Ein vielfach bestrittenes und an sich ziemlich unschuldiges Fälschungsmittel ist endlich die Bier- oder Zuckerkouleur. Aus meist unreinen Trauben oder Rohrzucker bereitet und gerade wie das Farbmalz durch Erhitzung hergestellt, kann sie nicht als Malzsutrogat, sondern nur als Ersatz für Farbmalz in Betracht kommen. Letzteres erleidet in seinen Bestandtheilen durch das Rösten dieselbe Veränderung und zwar in dem Grade, daß auch Farbmalz kein Malz mehr, sondern bloß Färbungsmittel ist. Dieser Umstand darf aber nicht, wie von Prior und Vogel geschieht, für die Zulässigkeit von Bierkouleur nach dermaliger Gesetzgebung in's Feld geführt werden, sondern könnte höchstens de lege ferenda einen Grund für ihre Zulassung neben dem Farbmalz oder auch für ein Verbot des letzteren abgeben. Vom Standpunkte des Malzausschlagsgesetzes, das ja vorwiegend ein Finanzgesetz, genügt es, daß Farbmalz aus Malz bereitet und letzteres

Neue Folge Band XXXII.

versteuert wird, somit bei Verwendung von Farbmalz dem Staat an seinem Gefälle nichts entgeht. Faßt man aber als weiteren Zweck die Reinhaltung des bayerischen Bieres in's Auge, so ist Farbmalz kein fremdartiger, vielmehr durch Geseß und Herkommen gebilligter Zusatz, was bei Bierkouleur nicht zutrifft. Ihre Verwendung begründet daher eine Zuwiderhandlung gegen Art. 7 des MUG. und ihrem Zweck nach auch ein Vergehen nach §. 10 d. MUG., indem sie einer minder guten Waare, d. h. nicht so guten Waare, als der Brauer seinen Kunden vor- spiegeln will, den Schein einer bessern Beschaffenheit verleiht. Die Vorliebe des Publikums für dunkleres Bier beruht nämlich auf der, wenn auch irrigen, Annahme, als ob solches stärker eingesotten und gehaltreicher sei. Ein durch Bierkouleur dunkler gefärbtes Bier gewinnt daher den Anschein einer preiswürdigeren Beschaffenheit oder bewirkt doch in den Augen erfahrener Biertrinker eine Täuschung, als ob diese Farbe von einem gesetzlich erlaubten Mittel, dem Farbmalz, herrühre. Ueberdies gibt es kein Mittel, um Bierkouleur auf ihre Abstammung zu prüfen; die dazu verwendeten Rohmaterialien sind gewöhnlich unrein, und von diesem Gesichtspunkt aus kann sogar eine Verschlechterung der Waare, die dadurch unappetitlich wird, angenommen werden.

Und nun zum Schlusse noch, aber nur in knappem Auszug, mehrere Rechtsfragen in der Lösung, welche sie in der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gefunden haben.

Zunächst, ob als subjektive Voraussetzung der Strafbarkeit auf Seite des angeklagten Brauers das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich und jedesmal festzustellen ist. Nach dem Malzaufschlagsgesetze sicher nicht, denn dieses erfordert keine rechtswidrige Absicht.

RGE. Bb. XI S. 294 fgg.

Nach dem Nahrungsmittelgeseß hingegen muß

ein solches Bewußtsein, welches sich übrigens in den meisten Fällen aus der falschen Bezeichnung der Waare und deren Bezug durch Mittelspersonen sofort ergibt, vorliegen, einer ausdrücklichen Feststellung des dolus bedarf es aber doch nur da, wo dieser bestritten und guter Glaube vorgeschützt wird.

Rechtsprechung Bd. I S. 16. 18. 88. 132. 272.

Nach ersterem Art. 52 ist der Betriebsberechtigte allein verantwortlich, ein Geschäftsführer nur in dem durch Art. 53 vorgesehenen Fall; das Nahrungsmittelgesetz hinwieder kennt eine bloß formale Verantwortlichkeit nicht, sondern setzt ein Verschulden voraus, und wenn letzteres nur auf Seite des Geschäftsführers vorhanden, so ist auch nur dieser strafbar, obgleich ihm die Vorthelle seines Handelns nicht unmittelbar zukommen.

RGE. Bd. IV S. 182.

Ebenda findet sich für die Anwendung von §. 10 Ziff. 2 der Grundsatz ausgesprochen, daß manuelle Mitwirkung zum Verkauf der gefälschten Waare nicht erforderlich ist, sondern daß der Hersteller auch dann schon als Verkäufer gilt, wenn er den nach dem Geschäftsgang vorauszusehenden Verkauf durch Dritte wissentlich geschehen läßt.

Nach §. 10 Ziff. 1 NMG. muß eine Täuschung im Handel und Verkehr bezweckt sein; fällt also auch die Abgabe verfälschten Bieres als sog. Haus-  
trunk an Angehörige und Gesinde unter dies Straf-  
gesetz? Unter §. 12, falls es sich um gesundheit-  
schädliches Getränk handeln würde, allerdings;

— RGE. Bd. III S. 119, VII S. 151, 412 —  
jedoch ist hier sowohl Wortlaut als Beweggrund des  
Gesetzes ein anderer und in letzterer Beziehung zu  
würdigen, daß allerdings die menschliche Gesundheit  
überall geschützt sein muß, daß hiegegen bei §. 10  
der wirtschaftliche Schutz der bürgerlichen  
Gesellschaft gegen die im Verkehr mit Nahrungs-

mitteln zu Tag tretende Unredlichkeit in den Vordergrund gestellt ist.

Bär, Com. z. NMG. S. 83—85.

Gleichgiltig ist, in welchem Zeitpunkte das Fälschungsmittel zur Verwendung gelangte; denn „bereitet“ ist das Bier erst dann, wenn es zum Genuße fertig gestellt ist, und jede stoffliche Beimischung, durch die dem Bier vor dem Genuße ein anderer, als die gesetzliche Beschaffenheit verliehen wird, begründet demgemäß die Anwendung von Art. 7 MAB.

RGE. Bd. X S. 266 fgg.

Wenn damit ein Vergehen gegen das Nahrungsmittelgesetz zusammentrifft, ist der Zusammenfluß nicht etwa, wie es nach Art. 63 Abs. 4 rev. MAB. vom 18. August 1879 scheinen könnte, ein sachlicher, sondern ein begrifflicher, und es sind also nicht, wie nach Art. 63 Abs. 4 cit. beim sachlichen, die Strafen neben einander auszusprechen, vielmehr ist die Anwendung von §. 73 RStG. durch Art. 49 MAB., Art. 4 b. AusfG. zur RStPD. gesichert, und die Strafe auf Grund des Nahrungsmittelgesetzes, welches gegenüber von Art. 71 MAB. die schwerere Strafe und auch Strafart androht, auszusprechen, so daß auch die Strafgebelter anderswohin fließen.

RGE. Bd. X S. 392.

Wird, obwohl die Anklage auf beides gerichtet war, ein Vergehen gegen NMG. nicht angenommen, so wäre es unrichtig, auf Freisprechung in diesem Punkt der Anklage zu erkennen und im Kostenpunkte nach §. 498 Abs. 1 RStPD. zu verfahren, denn bei begrifflichem Zusammenfluß muß gemäß §. 263, ins solange aus irgend einem rechtlichen Gesichtspunkt eine Verurteilung wegen der That gerechtfertigt ist, diese und nur diese erfolgen. Zur Strafe verurteilt, hat alsdann der Angeklagte nach der gesetzlichen Regel des §. 497 die Kosten des Verfahrens und Strafvollzuges zu tragen, während die in §. 498

statuirte Ausnahme der Kostenvertheilung nur Fälle des sachlichen Zusammenflusses und der Verbindung mehrerer selbständiger Klagen betrifft.

ROUrth. v. 13. Okt. 1883, I Straff. nicht abgedruckt.

Sehr häufig ist bei solchen Verhandlungen der Gerichtstisch mit allerlei, durch Haussuchung zu Tage geförderten Fälschungsmitteln bedeckt, was einen Antrag auf deren Einziehung zur Folge hat. So zweckmäßig aber ein solcher Ausspruch wäre, fände er doch an §. 15 RMG. keine Stütze, weil hienach nur die Einziehung der gesetzwidrig hergestellten Gegenstände zulässig ist. Es geht nicht an, von dieser *lex specialis* auf die allgemeinen Bestimmungen der §§. 40 — 42 RStG. zurückzugreifen, wornach auch die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmten Gegenstände einzogen werden können. Für §. 42 ist dies durch RGE. Bd. VI S. 296 ausdrücklich ausgesprochen, dieselben Gründe müssen aber um so mehr auch gegen die Anwendung von §. 40 den Ausschlag geben. Daraus folgt jedoch nicht, daß diese Fälschungsmittel an ihren Eigenthümer, den Brauer, unter allen Umständen hinausgegeben seien, vielmehr pflegt der Staatsanwalt in solchen Fällen die Polizeibehörde um Mithilfe durch Entfaltung ihrer vorbeugenden Thätigkeit anzurufen.

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### I. Weitere Urtheile vom März.

**Obligationenrecht.** Gastpflicht nach §. 120 der Gewerbeordnung. Würdigung der Beschädigungsfrage nach der CPD. §. 260.

Der Eisenbahnarbeiter F. war beim Sprengen eines Tunnels durch einen sogen. Nachschuß verletzt.

und bleibend beschädigt worden. Er erhob deshalb Entschädigungsflage gegen den Bauunternehmer S., sich darauf stützend, daß diesem verschiedene Nachlässigkeiten zur Last fielen und dadurch das Unglück entstanden sei. Die Entschädigungspflicht kam durch alle Instanzen zur Anerkennung. Das oberstrichterliche Urtheil recapitulirt zunächst die vom Oberlandesgericht B. festgestellten thatsächlichen Verhältnisse und fährt sodann fort:

„In allen diesen Umständen hat das k. Oberlandesgericht, gleichviel, ob der Nachschuß auf die eine oder andere Art seine Entstehung erhielt, eine Unachtsamkeit und eine Unterlassung der nöthigen besonderen Vorsicht, mithin ein Verschulden Seitens des Beklagten, sowie den zur Begründung der Haftbarkeit erforderlichen Kausalzusammenhang erblickt, indem es den Erfolg, dessen Eintritt bei Beobachtung größerer Sorgfalt vermieden worden wäre, auf jene Unachtsamkeit als wirkende Ursache zurückführt. Diese Annahme stellt sich um so berechtigter dar, als dieselbe eine wesentliche Stütze findet in §. 330 und 367 des Strafgesetzes, welches bei Leitung oder Ausführung von Bauten die Beobachtung der allgemeinen anerkannten Regeln der Baukunst bei Vermeidung von Strafen zur Pflicht macht. Bei diesen Erwägungen steht der Berufsrichter aber lediglich auf dem Boden thatsächlicher Würdigung, denn, wenn schon nach §. 259 der R. O. das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, so ist der Richter im Falle des §. 260 der R. O. noch weniger in seiner Würdigung beschränkt, da er, wie die Motive und Verhandlungen erkennen lassen, nach freiem Ermessen zu entscheiden hat nicht bloß ob ein Schaden entstanden und wie hoch sich derselbe be-

laufe, sondern auch, daß der Kausalzusammenhang zwischen Handlung beziehungsweise Unterlassung und dem Erfolg vorhanden sei, selbst mit Uebergehung von Beweisen, wenn für ihn ausreichende Anhaltspunkte zur Beurtheilung der Sache aus der Verhandlung sich ergeben haben. Das Gesetz ging bei dieser weitgehenden Würdigung von der Annahme aus, daß bei der Schwierigkeit der Ermittlung derartiger Ersakansprüche der Verletzte benachtheiligt und der widerrechtlich Handelnde in seiner Rechtslage begünstigt werden könnte, daher es dem freien richterlichen Ermessen anheimzugeben sei, auf Grund der gewonnenen allgemeinen Ueberzeugung die Entscheidung zu treffen und auf diese Weise die Schadenersakansprüche zu realisirbaren Ansprüchen zu gestalten.

Das f. Oberlandesgericht hat den hier in Rede stehenden Vorfall auch mit Recht unter §. 120 der Gew.-O. und die Art. 1382 ff. des Code civil gestellt und hienach die Entschädigungspflicht des Revisionsklägers beurtheilt, welche nach Art. 1384 Code civil auch dann eintritt, wenn der Schaden durch Handlungen oder Unterlassungen von dessen Bediensteten gelegentlich ihrer Dienstleistungen verübt wurde. Revisionskläger ist Bauunternehmer und übt ein Gewerbe aus, auf welches die Gewerbeordnung ihre Anwendung findet, obwohl es sich in fraglicher Sache um eine Eisenbahnunternehmung handelt, da auch die Eisenbahnbauunternehmungen, die Uebernahme der Herstellung des Eisenbahnkörpers, den Vorschriften der Gewerbeordnung unterliegen, und nur für den Betrieb von Eisenbahnunternehmungen andere gesetzliche Bestimmungen maßgebend sind.

Wenn der Vorrichter in seinen Entscheidungsgründen in den hier fraglichen Arbeiten eine Gräberei oder einen unterirdischen Steinbruch erblickt, so kann diese Anschauung allerdings nicht getheilt werden, da jene Arbeiten den Zweck haben, daß vorhandene

Material als ein zu beseitigendes baulches Hinderniß aus dem Wege zu räumen, während schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche unter einer Gräberel oder einem Steinbruche ein Unternehmen verstanden wird, dessen Zweck unmittelbar auf das Gelingen des Materials gerichtet ist. Immerhin dürfte das k. Oberlandesgericht auf die berggesetzlichen und oberpolizeilichen Vorschriften, wenn auch nicht als bindende und den vorliegenden Fall positiv regelnde, Bezug nehmen, um die darin durch die Technik und Erfahrung für Unternehmungen ähnlicher Art festgestellten Sätze sowie die hierbei für notwendig erachteten Sicherheitsmaßregeln zur Begründung seiner Ueberzeugung zu verwerthen.

Der §. 120 der Gew.-Ordn. verfügt in Abs. 3, daß die Gewerbeunternehmer verpflichtet sind, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit für Leben und Gesundheit notwendig sind. Das Gesetz spricht ganz allgemein, schreibt solche Einrichtungen vor, welche geeignet sind, dem Arbeiter einen umfassenden Schutz zu gewähren, und hat namentlich auch solche Vorschriften und Anordnungen im Auge, welche dazu dienen, die mit den Unternehmen verbundenen Gefahren erheblich zu vermindern, der Schwerpunkt der Vorschrift liegt lediglich auf der Sicherheit der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit. Dabei ist es vollends gleichgültig, ob für den betreffenden Gewerbebetrieb spezielle Vorschriften bestehen oder nicht, da das Vorhandensein von solchen nicht die Voraussetzung zu der in §. 120 der Gew.-Ordn. angeordneten Verpflichtung bildet. Das Gesetz betrachtet auch die zu treffenden Anordnungen als eine dem Gewerbeunternehmer obliegende Berufspflicht, welcher er mit der durch das Unternehmen bedingten besonderen Achtsamkeit nachzukom-

men hat, hiefür ist er verantwortlich, sobald er mit den zum Schutze der Arbeiter unter Rücksichtnahme auf die Beschaffenheit des Gewerbebetriebs notwendigen Anordnungen säumig ist und aus dieser Versäumniß den Arbeiter ein Unfall trifft. Hierbei gilt es gleichviel, durch welche Unterlassung der Unfall herbeigeführt wurde, und ob der Arbeiter selbst sachkundig ist, also selbst die Gefahr voraussehen konnte oder nicht, da das Gesetz einmal den Gewerksunternehmer zur Abstellung aller Unzulänglichkeiten und gefahrbringenden Vorfälle, sowie zur Bethätigung der äußersten Sorgfalt und Sachkunde, welche einem ordentlichen Gewerksunternehmer innewohnen muß, verpflichtet. Urtheil v. 30. März 1885. Reg.-Nr. I. 13/85.

**Familienrecht.** Alimentationsansprüche der geschiedenen Ehefrau gegen den als schuldigen Theil befundenen Ehemann. Verzicht auf Alimente und Ersatzleistung.

Die rechtliche Verpflichtung des beklagten geschiedenen Ehemannes zur Zahlung der geltend gemachten Leistung leitet Klägerin zunächst aus den Bestimmungen des bayer. LR. über die Alimentationspflicht der Eheleute in Thl. I Cap. 6 §. 40—43 und Anm. zu §. 43, Nr. 7 ab; nebst dem aber auch aus dem Treubruche des beklagten Theils, welcher wegen dieses, seines groben Verschuldens und der dadurch veranlaßten Ehetrennung der schuldlosen Klägerin gegenüber für die ihr nach Auflösung des ehelichen Verhältnisses entgangenen vermögensrechtlichen Vortheile und zugegangenen Schäden ersatzpflichtig sei.

Das Berufungsgericht hat den klageweise erhobenen Anspruch nach jedem der beiden, ihm unterstellten rechtlichen Gesichtspunkte an sich für begründet erachtet.

Dieser Anspruch ist jedoch, insoweit er auf die angeführten Bestimmungen des bayer. Landrechts und insbesondere auf §. 42 und §. 43 Tbl. I, Cap. 6 gestützt werden will, nicht haltbar, weil hier lediglich für den Fall Bestimmungen getroffen sind, daß die Eheleute nur von Tisch und Bett getrennt sind, die Ehe selbst aber zwischen den getrenntlebenden Theilen immer noch unverändert fortbesteht, während im vorliegenden Falle das eheliche Band selbst durch das ergangene und in Rechtskraft erwachsene Scheidungsurtheil getrennt worden ist, mithin das vordem bestandene eheliche Verhältniß zwischen beiden nunmehrigen Streitetheilen zu existiren definitiv aufgehört hat.

Für diesen letzteren Fall aber, welcher im §. 41 a. a. O. erwähnt ist, hat das bayer. Landrecht überhaupt keinerlei vermögensrechtliche Normen bezüglich der Verpflichtung des einen gegen den andern Eheheil getroffen.

Es sind deßhalb die von der Klagepartei für Begründung ihres erhobenen Anspruches in erster Linie angezogenen landrechtlichen Bestimmungen auf den gegebenen Fall nicht anwendbar.

An dieser Auffassung bezüglich der Nichtanwendbarkeit der angeführten landrechtlichen Bestimmungen ist auch bis in die neueste Zeit hierorts — Urtheile vom 21. Februar und vom 12. März 1885 — festgehalten worden.

Dagegen erscheint der von dem schuldlosen Eheheile erhobene Forderungsanspruch gegen den treubruchigen Gatten auf Grund seines gräßlichen Verschuldens aus dem Gesichtspunkte der Schadensersatzpflicht an sich und abgesehen von der später zu erörternden Verzichtseinrede vollkommen berechtigt. Siegegen kann auch nicht mit Grund eingewendet werden, daß die Ehefrau selbst den Zustand der gänzlichen Auflösung des ehelichen Verbandes durch ihre Scheidungsklage herbeigeführt habe, denn sie hat

hiemlt nur von einem gegen den treubruchigen Ehe-  
theil ihr gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch ge-  
macht, und dadurch, daß sie das grobe Verschulden  
desselben urtheilsmäßig feststellen ließ, die Basis für  
ihren rechtmäßigen Entschädigungsanspruch auf  
Grund seines Verschuldens gegen sie gewon-  
nen, ohne daß sie zur Wahrung dieses vermögens-  
rechtlichen Anspruches nöthig gehabt hätte, sich den-  
selben im Ehescheidungsverfahren zur gesonderten Aus-  
tragung speziell vorzubehalten.

Nach Ansicht der ersten Instanz soll diese Pflicht  
zur Entschädigung für den Entgang des Unterhaltes  
der geschiedenen Ehefrau im Hinblick auf bayer.  
O. R. I §. 12, Nr. 7 auch noch von einer weiteren  
Voraussetzung, nämlich dem Vorhandensein von Ver-  
mögen des treubruchigen Gatten abhängig sein. Die-  
ser Meinung ist aber das Berufungsgericht mit Recht  
entgegengetreten; denn die angeführte landrechtliche  
Stelle trifft hieher nicht zu, weil sie eine beste-  
hende Ehe zur Voraussetzung hat. Mit gutem Grunde  
hat das Berufungsgericht gegen die erstrichterlich,  
Meinung außerdem auch noch darauf hingewiesen  
daß die Frage, ob das Vermögen eines Schuldners  
zur Befriedigung des Gläubigers ausreicht, auf den  
rechtlichen Bestand einer Forderung keinen Einfluß  
zu üben vermag. Windscheid, Pand. §. 266.

Erst für die Festsetzung der Höhe der schul-  
digen Ersakleistung mögen die Vermögens- und Er-  
werbverhältnisse des Ersakpflichtigen von Einfluß  
sein, nachdem §. 260 der O. R. dem Thatrichter  
zur Pflicht macht, diese Festsetzung „unter Würdi-  
gung aller Umstände“ vorzunehmen. Durch diese  
Vorschrift wird aber selbstverständlich an der Ersak-  
verbindlichkeit an sich, wenn sie materielle rechtlich  
begründet ist, nichts geändert.

Gleichwohl kann es zu einem, dem Revisionsan-  
trage der Klägerin entsprechenden Ausspruche zur  
Zeit nicht kommen, nachdem der Beklagte nachzu-

weisen im Staube war, daß die Klägerin unterm 26. April 1882 vertragsmäßig auf jeden Unterhaltbeitrag insolange, als ihre Tochter Anna aus den beim Amtsgerichte München I hinterlegten 1500 Mark den Unterhalt bezieht, ihrem geschiedenen Ehemanne gegenüber verzichtet hat. Die Rechtsgültigkeit dieser Verzichtserklärung wurde mit Ungrund bestritten. Wenn auch richtig ist, daß in den Anmerkungen zu der noch geltenden Bestimmung der Cod. jud. von 1753, Cap. 17, §. 1 Nr. 1 die zur Erhaltung von Leben und Gesundheit notwendigen Alimente ebenso wenig zu den Gegenständen freier Disposition wie Leben und Gesundheit des Menschen gehören, so trifft doch diese Bestimmung im vorliegenden Falle deshalb nicht zu, weil der klagweise — allerdings unter der Bezeichnung von „Alimenten“ — geltend gemachte Forderungsanspruch nur in seiner Eigenschaft als Entschädigungsanspruch aufrecht erhalten werden könnte, wie dieß aus den obigen Erörterungen sich klar ergibt.

Wenn endlich die Klägerin in der That der Meinung sein sollte, daß die Armenpflege einen rechtsbegründeten Anspruch auf die klaggegenständliche Erfassforderung oder auf einen Theil derselben zufolge des Gesetzes vom 29. April 1869, Art. 5 habe, und daß der vom Beklagten geltend gemachte Verzicht wenigstens dieser Armenpflege gegenüber seine Wirksamkeit äußern könne, so erscheint diese Behauptung der Klägerin dem Beklagten gegenüber im gegenwärtigen Prozesse offenbar als eine sogenannte *exceptio de jure tertii*, welche als solche bei der Entscheidung des zwischen den gegenwärtigen Parttheien schwebenden Rechtsstreites außer Betracht bleiben muß. Urtheil vom 27. März 1885. Reg. Nr. 1. 154/84.

**Handelsrecht.** Bankierverkehr; Commissionsgeschäfte; Contocurrent; Anerken-

nung des Contocurrents und Wirkung desselben.

Wenn G., welcher ein Bankiergeschäft betrieb, den Auftrag der Beklagten ausführend, nach ihren Dispositionen Werthpapiere kaufte und verkaufte, so bilden diese Geschäfte nach Art. 271 Nr. 1. Art. 272 Nr. 2, Art. 273 und 274 des §OB. Handelsgeschäfte des G. und sind solche gemäß Art. 277 des §OB. nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu beurtheilen, wenn auch die Beklagten nicht gewerbmäßig Handelsgeschäfte betreiben.

Da die Auftraggeber nicht ausdrücklich bestimmten, daß G. die Ankäufe und Verkäufe von Werthpapieren auf ihren Namen abschließe, G. dieselben auch nicht mit Käufern und Verkäufern in Verbindung brachte, vielmehr diese Geschäfte im eigenen Namen für Rechnung der Beklagten abschloß, so stellen sich diese Geschäfte als Kommissionsgeschäfte dar Art. 360 des §OB.

Wenn er hiebei auch Selbst Werthpapiere an seine Auftraggeber als Verkäufer lieferte, so wurde hiedurch an der rechtlichen Qualifikation als Kommissionsgeschäfte nichts geändert. Art. 376 des §OB.

In Folge dieses Geschäftsverkehrs standen die Beklagten mit G. in laufender Rechnung, Art. 291 des §OB. und entstanden hieraus die Kontokorrentabschlüsse, welche den Klaggegenstand bilden. Wenn nun auch Kontokorrente zunächst bei Kaufleuten, welche unter sich in laufender Rechnung stehen, und beiderseits Handelsbücher führen, vorkommen, so schließt dies doch nicht aus, daß Jemand, der keine Bücher führt, in einem Kontokorrentverhältnisse stehen könne.

Wölberdorff, Comm. z. §OB., Bb. III S. 90, Note 11.

R.D.S. Entsch. Bb. XI S. 140 u. 142.

Wollten die Beklagten die einzelnen Anschaffungen von Werthpapieren, welche G. für sie machte,

beanstanden, so mußten sie dieß ohne Verzug auf die Einkaufsanzeigen erklären und dem Käufer die Genehmigung versagen, weil außerdem der Kauf selbst bei Ueberschreitung ihres Auftrages nach Art. 364 des HGB. als genehmigt galt.

Da die Beklagten aber nicht behaupteten, daß sie einzelne Einkäufe, die G. für sie gemacht, beanstandet haben, da sie vielmehr die Abrechnungen, die Kontoforrente, zugestandenermaßen anerkannten, und dann die Geschäfte mit G. fortsetzten, so können sie die einzelnen, in den Kontoforrenten aufgeführten Geschäfte nicht mehr anfechten. Ihr Geschäftsverkehr mit G. bildet ein Einheitliches und Ganzes und der in den periodischen Rechnungsabchlüssen erscheinende Schlussaldo einen durch die Anerkennung des Kontoforrentes begründeten, vertragemäßigen, neuen selbstständigen Schuldgrund. Art. 291 und 294 des HGB.

Arch. für Handelsr. Bd. 3, S. 207.

Seufferts Arch. Bd. 12, Nr. 17, Bd. 29, Nr. 158.

Bl. f. RA. Bd. 20, Erg.-Bl. S. 12.

Urth. vom 14. März 1885. Reg. Nr. I. 92/84.

## II. Beschluß zur Gesetzesstatistik.

Bayrisches Landrecht und Bamberger Recht.

Neuhaus bei Weldenstein an der Pegnitz bildete ursprünglich einen Bestandtheil des Hochstiftes und Fürstenthumes Bamberg. Mit diesem gelangte es in Folge des Friedensschlusses zu Luneville v. J. 1801 an die Krone Bayern, welche durch Patent vom 22. November 1802 von der neuen Erwerbung Besitz ergriff und nach §. 13 Abs. 1 der am 26. September 1803 über den Geschäftsgang bei den fränkischen Landes-Justizstellen ergangenen Verordnung des fränkischen Generallandkommissariates in der neuen

Provinz die bisher dort geltenden Geseze und rechtsgiltigen Gewohnheiten fortbestehen ließ.

(Vergl. Roppelt's historisch-topographische Beschreibung des Hochstiftes und Bisthumes Bamberg" Seite 514 und 515.

Regierungsblatt für die churbayerischen Fürstenthümer in Franken v. J. 1803 — S. 3 und 238 —).

Hienach ist im Neuhaus das Bamberger Landrecht und subsidiär das gemeine Recht in Geltung geblieben. Dieser Rechtszustand hat auch späterhin eine Aenderung nicht erfahren. Zwar führt die von Jaef im Jahre 1829 herausgegebene Gesezesstatistik Seite 4 Nr. 21 in Uebereinstimmung mit der nur in einzelnen lithographirten Exemplaren vorhandenen Gesezesstatistik vom Jahre 1811 an, im Landgerichtsbezirke Eschenbach, welchem Neuhaus in jener früheren Zeit zugetheilt war, habe durchaus der bay. Civil-Codez und das noch anwendbare oberpfälzische Landrecht Geltung. Diese Annahme ist jedoch insoweit sie Neuhaus mitbegreift, eine offenbar irrige. Dieselbe wurde auch zeuge der Akten des Landgerichtes Eschenbach „die in Neuhaus geltenden Geseze betr. — 1830“ — nach mehrfachen sowohl durch das Appellationsgericht des Obermainkreises als auch durch das Oberappellationsgericht angeordneten Erhebungen von dem letzteren schon im Jahre 1834 dahin berichtet, im Neuhaus gelte das Bambergische Landrecht nebst den Bambergischen Verordnungen und subsidiär das gemeine Recht, welche Berichtigung auch in der von Spieß verfaßten und im Jahre 1837 herausgekommenen „Rechtsstatistik für den Obermainkreis“ Seite 28 ihrem Inhalte nach wiedergegeben ist. Allerdings bringt die in der Folgezeit von Freiherrn von Völderndorff bearbeitete „Civilgesezes-Statistik des Königreichs Bayern“ die Frage nach dem in Neuhaus anwendbaren Civilrecht mit einer auf Seite 536 des churfürstlichen oberpfälzischen Wochenblattes veröffent-

lichten Verordnung vom 15. Juli 1803, „die Anwendung der bayerischen Gesetze in Wilseck betr.“ in Zusammenhang, räumt auf Grund derselben in Neuhaus nicht bloß dem bayerischen Landrechte mindestens die Geltung eines subsidiären Rechtes ein, sondern regt selbst auch Zweifel darüber an, ob nicht das Bayer. LR. mit Ausschluß des Bamberger Landrechtes dortselbst zur Anwendung zu bringen sei.

von Bölderndorff a. a. O. Seite 248 Note 26, Seite 249 und 250, Note 36 Abs. 2.

Indessen wurde jene Verordnung schon ihrem Wortlaute nach nur für das Amt Wilseck erlassen, zu dessen Bereiche Neuhaus nicht gehörte.

(Vergl. die Beschreibung des oberpfälzischen Landrichteramtes Wilseck in dem oberpfälzischen Wochenblatte vom Jahre 1803 S. 12—15.)

Auch sind die für die Anwendbarkeit des bayer. Landrechtes in der Verordnung hervorgehobenen Motive, darin bestehend, daß „Wilseck mit den churfürstlichen Erbstaaten wieder vereinigt worden sei und der Lage nach schon gleiches Verhältniß mit denselben habe,“ speziell für das ehemals Bambergsche Amt Wilseck berechnet, in welchem nach den in dem oberpfälzer Wochenblatte vom Jahre 1803 Seite 322 ff. mitgetheilten Beiträgen zu dessen Geschichte das pfalz-bayerische Haus früher Vogteigerichtsame besaß und welches diesem auch in früherer Zeit einmal mit der Stadt Wilseck verpfändet sowie seiner Lage nach durchaus von dem oberpfälzischen Gebiete umschlossen war.

Vergl. Roppelt a. a. S. 505 und die zu diesem Schriftwerke gehörige Karte.)

Demnach hat die Verordnung vom 15. Juli 1803 keinen Bezug auf Neuhaus. Beschl. vom 20. April 1885. Reg. Nr. III 17/85.

---

Redakt: K. v. Hettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Aus der Praxis der Landgerichte. — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landesgerichtes. Urtheile.

---

## Aus der Praxis der Landgerichte.

Heutiges deutsches Besitzrecht ohne animus domini an Kirchen- und Synagogenstühlen, Art. 14 Not.-Ges. in derartigen Besitzfällen, §. 232 Abs. 2 der C.P.O., Art. 82 d. Ausf.-G. zur C.P.O. u. R.D.

Kläger beansprucht ursprünglich Anerkennung des Eigenthumes eventuell eines Benützungsbrechtes an einem Synagogenplatze, welchen schon vor etwa 50 Jahren sein Vater als Heimsteuer erhalten, er selbst aber von seinem Vater ererbt habe. Die Klage wurde gerichtet gegen eine precäre Besitzerin, welche den Synagogenstuhl an Dritte verkauft hatte, und gegen diese dritten Käufer. Nach der Klagezustellung erkannte Kläger selbst an, daß das Eigenthum an solchen Betstühlen ein Accessorium des Eigenthums der Synagoge sei, und zog derselbe die Eigenthumsklage zurück. Das zuständige Amtsgericht wies in I. Instanz die Klage ab: nach röm. Rechte völlig korrekt; denn es liegt in der That eine röm. possessio nicht vor, und auch ein usus und ususfructus geht nach röm. Recht als Personalservitut weder auf Erben über, noch sind beide Servituten sonst veräußerlich. Das Landgericht erkannte dagegen als letzte Instanz abändernd die Beklagten für schuldig, das Besitz- und Benützungsbrecht des  
Neue Folge Band XXX.

Klägers an dem Synagogenplatze anzuerkennen. Die Gründe ergeben dem Wesen und Sinne nach folgendes.

Die bisherige Praxis habe derartige, im Erb-  
gange übergehende und sonst veräußerliche Besitz-  
rechte an Kirchenstühlen stets anerkannt, bei Syna-  
gogen sowohl wie bei protestantischen und katholischen  
Kirchen. — Holzschuber Th. u. Kas. Bd. II S.  
26—27 §. 84 Z. 12; Seuffert Archiv Bd. VI  
Nr. 240, XI Nr. 272, XXVI Nr. 103 (cf. XXXII  
Nr. 7 u. 8); Entsch. des Reichsger. in Civill.  
Bd. VII 1882 S. 136 (Seuffert Arch. Bd. 38  
Nr. 238). Solche Besitzrechte müßten deshalb in  
Folge dieser constanten Uebung als deutsches Ge-  
wohnheitsrecht geachtet werden, auch wenn das röm.  
Recht solche Rechte nicht zulasse. Hier liege ein  
Fall vor, in welchem, wenn man solche deutsche Bes-  
itzrechte nicht anerkenne, zuvor feststehende, alther-  
gebrachte Rechtsverhältnisse geradezu rechtlos gestellt  
und vernichtet würden, welche in allgemeiner Volks-  
überzeugung und Uebung wurzeln; namentlich in  
protestantischen Kirchen, in welchen solche Stühle von  
jeher in Erbgang gekommen, sonst veräußert worden  
selen und Bestandtheil des Privatvermögens bildeten.

Daß solche Besitzrechte, wenn sie, wie gezeigt,  
überhaupt als Gewohnheitsrecht zu Recht bestehend  
anzuerkennen seien, in der That nur deutschrecht-  
liche Besitzrechte sein können, sei zweifellos. Daß  
Eigenthum an den betr. Stühlen nämlich gehöre,  
wie hier zudem ausdrücklich zugestanden sei, der  
Kirche oder Synagoge; stehe somit an denselben  
dennoch ein Besitzrecht zu, so könne das nur ein  
Besitzrecht an fremden Eigenthume und ohne animus  
„domini“ sein<sup>1)</sup>. Bekanntlich lasse aber die roma-

1) Nach röm. Recht kann man solche deutsche „körper-  
liche Besitzrechte“ ebendeshalb zwar nicht als römische  
corporalis possessio definiren; denn diese letztere

nistische Besitzlehre Savigny's ein solches Besitzrecht ohne animus domini nur in den 4 Fällen seines sog. abgeleiteten Besitzes: des pignus, praecarium, sequester und der emphyteusis zu; es könne daher nach dieser selbst nur ein deutschrechtliches, unmöglich ein römisches Besitzrecht vorliegen. — Dieses heutige deutsche Besitzrecht sei zudem neuerdings nicht bloß in der Literatur vertreten, sondern dasselbe sei jetzt auch bereits durch das deutsche Reichsgericht anerkannt. Die Entsch. des R.G. in Civils. Bd. V 1882, S. 164—5 verleihe eine solche Besitzklage (Spolienklage) nicht bloß dem Pächter, obgleich doch dieser bekanntlich nach röm. Recht keinesfalls possessor sei, sondern principieell „jedem, der aus einer, in eigenem Interesse ausgeübten Detention eigenmächtig entsetzt wird. Auch die vis, welche zufolge Weiterbildung der Interdikte durch die Praxis die Spolienklage begründe, sei nach heutiger Uebung nicht bloß bei eigentlicher Gewaltanwendung, sondern auch dann schon gegeben, wenn der Besitz nur gegen Verbot oder Willen des Berechtigten besteht oder fortgesetzt werde; (Brunß, Besitzklagen 1874 S. 67, Seuffert, Pand. §. 415 Nr. 2, Windscheid, Pand. I §. 159 Note 4 mit §. 162a der 4. Aufl.; eine ähnliche Auffassung deute das Reichsgericht mit dem Worte „eigenmächtig an, deshalb sei auch hier diese deutschrechtliche Besitzklage begründet.

(Schluß folgt.)

---

würde animus domini, also einen Eigentümer oder doch einen Eigenthumsprätendenten an der körperl. Sache voraussetzen; wohl aber als quasipossessio juris, b. i. als quasi-possessio dieses jus in re aliena, die fremde Sache als fremde oder ohne animus domini körperlich zu besitzen oder innezuhaben. Sieh, heutiges Besitzrecht 1880 S. 39. B. d. G.

---

•

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### Weiteres Urtheil v. März mit einem Nachtrag.

**Obligationenrecht.** Tauschvertrag ad mensuram oder ad corpus. (Bayern. Landrecht).

N. u. N. vertauschten zwei Anwesen, wobei der Arealbestand des Einen auf 3 Ar 40 Quadratmeter, des Andern auf 3 Ar 50 Quadratmeter bezeichnet wurde. Später ergab sich, daß N. dem N. mit letzterer Grundfläche auch einen Streifen übergeben hatte, welchen er nunmehr als zu dem ersteren Areale gehörig, klagbar in Anspruch nahm. Das oberstichterliche Urtheil enthält folgende Rechtsausführung:

Es ist festgestellt, daß nach Inhalt des Tauschvertrages die Contrahenten vereinbart haben, daß kein Theil dem andern für die Richtigkeit des angegebenen Flächenmaßes zu haften habe.

Aus dieser Vertragsbestimmung im Zusammenhange mit der Angabe des Flächeninhaltes des bezeichneten Tauschobjectes Haus-Nr. 26 zu 3 Aren 50 Quadratmeter in der Vertragsurkunde folgert der Berufungsrichter die rechtliche Annahme, daß die Contrahenten einen Tauschvertrag ad mensuram abgeschlossen haben, der den vertauschenden Theil zwar wegen der ersteren Vertragsbestimmung nicht zur Haftung für einen Abgang an dem deklartirten Flächeninhalte verpflichtet, wohl aber berechtige, ein an den eintauschenden Theil gekommenes Mehr zurückzuverlangen.

Diese Auffassung des vorwürfigen Tauschvertrages ist aber jedenfalls eine rechtsirrtthümliche.

Denn könnte auch ungeachtet jenes Beisages im Vertrage, daß kein Theil für die Richtigkeit des angegebenen Flächenmaßes dem andern Theil zu haften habe, angenommen werden, die Contrahenten

haben einen Tauschvertrag ad mensuram beabsichtigt, so berechtigt gleichwohl ein solcher Veräußerungsvertrag nicht den vertauschenden Theil, daß an den Vertragsgegner gekommene Plus oder dessen Werth zurückzuverlangen. Nach ausdrücklicher Bestimmung des hier zur Anwendung zu bringenden, vom gemeinen Rechte dießfalls abweichenden bayerischen Landrechts darf der veräußernde Theil bei einem Vertrage ad mensuram ungeachtet seiner Verpflichtung zur Haftung für das Minus nichtsdestoweniger weder das allenfalls tradirte Plus, noch den Werth für dasselbe vom Vertragsgegner fordern,

(cf. bayer. Landr. Thl. IV cap. IV §. 5,  
Nr. 4 gegen fr. 40 § 2, Dig. 18, 1)

weil, wie die Annotat. Kreittmayr's ad loc, cit. bemerken, der Erwerber, bezw. Käufer den wahren Zustand der Sache nicht so, wie der Veräußerer (Verkäufer) hat wissen können, folglich letzterer sich die Schuld selbst beizumessen hat, daß er sich vor der Veräußerung (vor dem Verkaufe) seiner eigenen Sache nicht besser erkundiget hat.

cf. Anm. loc. cit. Nr. 2, litt. d.

Gesegliche Ausnahmefälle von dieser landrechtlichen Bestimmung sind nicht gegeben, im Gegentheile ist die Haftung für die Richtigkeit des Flächenmaßes vertragsmäßig gegenseitig ausgeschlossen worden.

Indeß kann ein Tauschvertrag, bei welchem ausdrücklich die besagte Haftung gegenseitig abgelehnt wurde, wie hier vom Berufungstrichter selber festgestellt worden ist, nicht mehr als ein Tausch ad mensuram qualifizirt, sondern muß demselben die rechtliche Natur eines Tausches ad corpus beigemessen werden, da die Angabe des Flächeninhaltes im Vertrage im Zusammenhange mit dem kritischen Beisatze nur die Bedeutung einer demonstratio hat.

Ein Tauschvertrag ad corpus aber berechtigt den vertauschenden Theil gleichfalls nicht, die Herausgabe des allenfals tradirten Plus oder die Vergütung des Werthes desselben zu verlangen.

cfr. bayer. Landr. loc. cit. §. 5, Nr. 1,  
Ann. hiezu sub Nr. 1, litt. b. u. c.

Urtheil vom 28. März 1885. Reg.-Nr. I. 12/85.

Haftpflicht eines Gewerbetreibenden für Beschädigung eines Arbeiters nach §. 120 der Reichsgewerbeordnung.

Bei Bedienung einer mit einer sog. Schutzkappe nicht versehenen Circularsäge hatte ein Arbeiter ohne eigene Schuld eine bleibende Verkrüppelung einer Hand erlitten. Seine Entschädigungsklage gegen den Schreinermeister W. war in I. Instanz als begründet erachtet, in II. Instanz abgewiesen worden. Das oberste Landesgericht hob letzteres Urtheil auf. Aus den Entscheidungen sind folgende Ausführungen zu entnehmen:

Auf den gegebenen Fall, in welchem es sich nicht um eine im Betriebe einer Fabrik vorgekommene Beschädigung, sondern um einen, aus einem gewöhnlichen Gewerbebetrieb entsprungenen Unfall handelt, findet ebendeshalb auch nicht das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 (RWB. S. 207) insbesondere in seinen §§. 9 und 10 Anwendung.

Der rechtlichen Beurtheilung des Falles ist vielmehr zunächst der §. 120 der R.-Gew.-Ordn. vom 21. Juni 1869 zu Grunde zu legen.

1. Juli 1883

Diese Vorschrift hat neben ihrer administrativen und in Verbindung mit §. 148 Ziffer 4 der Gewerbeordnung unter besonderen Voraussetzungen selbst strafrechtlichen Wirkung auch für das Civilrecht in

soferne maßgebende Bedeutung, als eine Außerachtlassung derselben anerkanntermaßen auch eine civilrechtliche Haftbarkeit in Gestalt einer Entschädigungspflicht begründet. Es gilt letzteres unter den in §. 120 Abs. 3 Satz 1 der Gew.-Ordn. begriffenen tatsächlichen Voraussetzungen auch dann, wenn Spezialvorschriften der in den folgenden Sätzen a. a. O. bezeichneten Art nicht vorliegen, indem solche Spezialvorschriften dortselbst dem Bundesrathe und den Landesregierungen nur fakultativ freigelassen, nicht aber dispositiv aufgetragen sind, und deren Erlaß nicht die Bedeutung einer Vorbedingung für die Anwendung der im ersten Satze getroffenen allgemein bindenden Vorschrift hat, sondern nur in dem Sinne vorbehalten erscheint, daß dadurch die sonst in jedem konkreten Falle eigens zu erwägende Frage der Nothwendigkeit bestimmter Schutzeinrichtungen ein für allemal mit zwingender Kraft erledigt werden kann.

In civilrechtlicher Hinsicht kommt die vorerwähnte Vorschrift nach ihrem Inhalte und nach ihrer Tendenz in zweifacher, nämlich sowohl in objektiver, wie in subjektiver Richtung maßgebend in Betracht.

a) In objektiver Hinsicht ergibt sich schon aus dem Wortlaute der Gesetzesstelle, ist in der Rechtsprechung mehrfältig anerkannt und auch von den beiden Vorinstanzen übereinstimmend mit vollem Rechte angenommen, daß die in §. 120 der Gew.-Ordn. begründete Verpflichtung eines Gewerbsunternehmers sachlich sich nicht etwa bloß auf solche Vorrichtungen erstreckt, welche einen absoluten Schutz gewähren, sondern auch auf solche, welche selbst nur einen relativen Schutz darbieten oder geeignet sind, die Gefahr in erheblichem Grade abzumildern.

(Vgl. z. B. die Urtheile des Reichsgerichts vom 23. Dez. 1879, vom 1. Juni 1880, Entsch. Bd. I S. 271, 275.)

In thatsächlicher Hinsicht ist demgegenüber in dem oberlandesgerichtlichen Urtheile festgestellt, daß zum Schutze gegen Beschädigungen der Arbeiter an den gefährlichen Circularsägen namentlich zweierlei Arten von Schutzhelmen dienlich sind, nämlich eine solche, welche bei allen Arbeiten an der Kreißäge zum Schutze der Hände verwendet werden kann, aber nur einen theilweisen, minderen Schutz gewährt, dann eine andere, welche zwar einen absoluten Schutz der Hände darbletet, aber nicht bei allen Sägearbeiten, sondern nur bei den gewöhnlichen Arbeiten angewendet werden kann, bei denen es auf eine besondere Genauigkeit des Schnittes nicht ankommt. Daß es sich im vorliegenden Falle gerade um solche gewöhnliche Arbeiten letztgedachter Art handelte, ist in dem angefochtenen Urtheile ebenfalls festgestellt. Daß Urtheil steht deshalb insofern jedenfalls auf völlig gesetzmäßigen Boden, als es angenommen hat, daß für den Beklagten die objektive, gesetzliche Verpflichtung bestand, mindestens die erste oder selbst die zweite jener Schutzvorrichtungen anzubringen, während er in Wirklichkeit dieser Verpflichtung weder nach der einen, noch nach der anderen Richtung nachgekommen ist.

b) Was die subjektive Seite, nämlich die Frage nach dem Umfange der von dem Gewerksunternehmer anzuwendenden Sorgfalt behufs Abwehrung der durch seinen Betriebsbetrieb für Leben und Gesundheit namentlich der dabei verwendeten Arbeiter bedingten Gefahren anlangt, so muß nach der legislatorischen Grundlage und der Zweckbestimmung der fraglichen Vorschrift folgendes festgehalten werden.

Daß ein Gewerbeunternehmer für eine Beschädigung eines Arbeiters, welche durch ein dem Ersteren zur Last fallendes besonderes Verschulden verursacht wurde, Schadensersatz zu leisten habe, folgt im Allgemeinen schon aus den Grundsätzen des partikulären

Civilrechts. Für den vorliegenden Fall würde, die tatsächliche Unterlage vorausgesetzt, eine solche Entschädigungspflicht auch schon aus Art. 1382 des Code civil, welche Gesetzesstelle sich anerkanntermaßen sowohl auf Handlungen im engeren Sinne, wie auf Unterlassungen bezieht, abzuleiten sein. Indem die Reichsgesetzgebung die Vorschrift des §. 120 der Gewerbeordnung neben oder in gewisser Hinsicht selbst über das partikuläre Civilrecht gestellt hat, dient diese Vorschrift damit nicht etwa bloß dazu, Lücken des partikulären Civilrechts auszufüllen, oder Verschiedenheiten desselben auszugleichen, und den bereits da und dort partikularrechtlich geltenden Rechtsgrundsätzen einen formalen, reichsrechtlichen Charakter zu geben. Nach der ganzen Stellung der Vorschrift in der Reichsgewerbeordnung hat dieselbe vielmehr offenbar auch noch den eigenartigen Zweck, mit Rücksicht auf die besonderen nicht selten großen Gefahren, welchen in so manchem Gewerbebetriebe namentlich die darin verwendeten Arbeiter ausgesetzt sind und zufolge deren sie an Leben und Gesundheit und damit für sich und die Ihrigen mehr oder weniger in ihren ganzen materiellen Existenz bedroht sind, auch einen besonderen Schutz zu gewährleisten. Zu diesem Ende liegt §. 120 der Gew.-Ordn. die darin ausgesprochenen Verpflichtungen dem Gewerbeunternehmer als eine besondere Berufspflicht auf, welcher sich derselbe mit erhöhter Gewissenhaftigkeit und gesteigerter Sorgfalt zu entledigen hat, wie man solche überhaupt von einem Unternehmer irgendwie verlangen kann, welcher aus der Anwendung der konkreten gefährlichen Produktionsformen und Produktionsmittel mit Gefährdung Anderer gewerbsmäßig Nutzen zieht.

Indem nun das k. Oberlandesgericht in dem angefochtenen Urtheile die Diligenzfrage in Würdigung zog, hat dasselbe zum Ausgangspunkte seiner

Argumentation, womit es schließlich zur Verneinung einer Entschädigungspflicht gelangt ist, hauptsächlich die Thatsache genommen, daß Beklagter, wie nach den vorliegenden Umständen anzunehmen sei, die gerade in Rede stehenden Schutzmittel nicht gekannt habe. In diesem Moment kann aber der Schwerpunkt der Frage schon deshalb nicht verlegt werden, weil auch schon die Nichtkenntniß der zur Abwendung dienenden konkreten Mittel auf Seite des Gewerbeunternehmers gegenüber der ihm nun einmal durch §. 120 der Gew.-Ordn. auferlegten rechtlichen Berufspflicht unter Umständen als eine zur Begründung einer Entschädigungspflicht führenden negligentia sich darstellen kann, namentlich wenn die Nichtkenntniß der Schutzmittel auf einer Nichtbeachtung der Schutzbedürftigkeit, auf einer pflichtwidrigen Nichtbeachtung der Nothwendigkeit von Schutzmitteln im Sinne des §. 120 a. a. O. beruht.

Als Ausgangspunkt für die Beurtheilung der Diligenzfrage kann daher auch im vorliegenden Falle nicht die Frage genommen werden, ob der Beklagte wirklich positive Kenntniß von bestimmten Schutzvorrichtungen als konkretes Schutzmittel gegen die Gefahren der Arbeit an Circularsagen gehabt hatte.

Nach der ebenbezeichneten Gesetzesvorschrift ist vielmehr der Schwerpunkt der Frage auf das Moment der bekannten Gefährlichkeit der konkreten gewerblichen Einrichtung zu legen, wie es auch schon ein Urtheil des Reichsgerichts vom 27. Dezember 1879 (mitgetheilt in Walmanns Versicherungszeitschrift, Jahrgang 14, Bd. I S. 737) und zwar gerade in Bezug auf die Frage der Haftpflicht für Beschädigungen an Circularsagen gethan hat.

Demgemäß ist die erste Frage in subjektiver Hinsicht hier dahin zu richten, ob Beklagter an sich

und namentlich als ein Gewerbsmann, welchem in seinem Berufe die Circularsäge in ihrer Wesenheit und Wirkung nicht unbekannt sein konnte, die Gefährlichkeit der von ihm in seinem Gewerbe verwendeten Circularsäge und darum auch die Nothwendigkeit eines Schutzes für den daran verwendeten Arbeiter bei Anwendung der ihm durch §. 120 der Gew.-Ordn. als Berufspflicht auferlegten, gesteigerten Sorgfalt erkennen mußte, oder ob aus besonderen, außerhalb seiner gewerblichen Stellung belegenen, thatsächlich eigens festzustellenden Gründen das Gegentheil angenommen werden könnte.

Wenn Ersteres der Fall ist und ein Entschuldigungsgrund der ebenbezeichneten Art nicht vorliegt, fragt es sich weiter, ob dann dem Beklagten der §. 120 der Gew.-Ordn. auch die Rechtspflicht auferlege, sich nach der Möglichkeit und der Art der Schaffung des nothwendigen Schutzes zu erkundigen, sofern und soweit er nicht schon selbst davon genügende Kenntniß hatte. Jene erstere Frage in ihrer sachlichen und persönlichen Richtung ist vorwiegend thatsächlicher Natur und hatte daher einen Gegenstand der Prüfung der zur Feststellung der thatsächlichen Verhältnisse berufenen Vorinstanz zu bilden, ist jedoch von letzterer in der vorgedachten Form und Richtung nach der Urtheilsbegründung überhaupt nicht gewürdigt worden.

Hätte diese Würdigung stattgefunden und zu dem Ergebnisse der Bejahung der erstgedachten Frage unter Nichtannahme eines besonderen Entschuldigungsgrundes geführt, so müßte dann folgerichtig auch die daran sich knüpfende Frage der Erkundigungspflicht gemäß der aus dem §. 120 der Gew.-Ordn. von selbst entspringenden Konsequenzen im Principe bejaht werden, während sie das Berufungsgericht im Gegentheile verneint hat.

Daß Beklagter der ebenerwähnten Rechtspflicht Genüge geleistet habe, ist in dem angefochtenen Urtheile nirgends festgestellt.

Allerdings muß dem Berufungsgerichte in der Anschauung beigespflichtet werden, und ist auch bereits in der Rechtsprechung anerkannt, daß es einem Gewerbsunternehmer nicht wohl zugemuthet werden kann, alle irgend in abstracto möglichen und erbenklichen, wenn auch noch unbekanntem und erst zu erfindenden Schutzmittel für die praktische Verwirklichung in seinem Gewerbebetriebe ins Auge zu fassen.

(Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Okt. 1880, mitgetheilt in Seufferts Archiv Bd. 36 S. 222.)

Alein darum handelt es sich im gegebenen Falle nicht. Wie in dem angefochtenen Urtheile selbst schon durch den Hinweis auf die Berichte der Fabrikinspektoren angedeutet ist und sich auch in der That aus den veröffentlichten, amtlichen Berichten der Fabrikinspektoren seit 1876, in Sonderheit aus einem solchen Aktenstücke des pfälzischen Fabrikinspektors aus dem Jahre 1879 ergibt, handelt es sich hier um Schutzvorrichtungen, welche schon seit dem Jahre 1876, sohin schon seit Jahren vor dem hier fraglichen Unfälle den Gegenstand ernstlicher Inbetrachtung in weiteren Kreisen gebildet haben.

(Vgl. Amtl. Berichte der Fabrikinspektoren, 1876, S. 26 fg., 107 fg., 1879, Bd. 2 S. 17, 32, 50, 53, 83.)

Wenn trotzdem die fraglichen Schutzvorrichtungen (Schutzklappen, Schutzhauben) wie das angefochtene Urtheil betont, „in der Pfalz und Umgebung noch wenig bekannt waren“, so kann darauf ein entscheidendes Gewicht im Sinne einer Entlastung des Beklagten nicht gelegt werden.

Abgesehen davon, daß damit in dem Urtheile

nicht ein völliges Unbekanntsein der Schutzvorrichtungen constatirt ist, sondern nur ein geringeres Bekanntsein in der Pfalz, also eigentlich nur auf den dortigen Mangel wirklicher Anwendung eines an sich nicht mehr unbekanntem Schutzmittels Bezug genommen wird, abgesehen auch davon, daß die Isolirung der Frage gerade auf die „Pfalz und Umgebung“ eine unter den heutigen Verkehrs- und Verhältnissen nicht gerechtfertigte gewisse Willkürlichkeit in sich schließt, läßt sich auch nicht verkennen, daß, wenn es sich wirklich, wie erwähnt, so in der Pfalz verhielt, dieß eben nur einen Beleg dafür bietet, daß dort im Allgemeinen auf Seite der Gewerbeunternehmer in fraglicher Richtung eine größere Sorglosigkeit herrschte, als anderwärts, und als mit dem §. 120 der Gew.-Ordn., namentlich auch Angesichts der gemeinkundigen, häufigen Unglücksfälle an Circularsagen, im Interesse der schutzbedürftigen Arbeiter in der That vereinbarlich erscheint. Aus der pflichtwidrigen Sorglosigkeit des Einen kann hier nicht eine Entschuldigung des Andern erwachsen.

Aus diesem Gesichtspunkte ist auch schon in einem Urtheile des Reichsgerichts vom 12. Januar 1881 (veröffentlicht in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 5 S. 1053) mit Bezug auf den §. 120 der Gew.-Ordn. die Ansicht zu Grund gelegt worden, daß der Gewerbetreibende die Unterlassung einer Vorsichtsmaßregel nicht damit rechtfertigen könne, daß die fraglichen Schutzvorrichtungen auch in anderen Etablissements der Gegend nicht üblich und zu finden gewesen seien.

Wenn außerdem das angefochtene Urtheil aus den zur Zeit des Unfalls in der Pfalz obwaltenden Verhältnissen noch weiter folgert, daß für den Beklagten sogar „die Unmöglichkeit bestanden hätte, sich über die technische Ausführbarkeit von Schutzvorrichtungen an den Circularsagen Aufklärung zu ver-

„schaffen“, sowie, daß es für ihn auch „schwer“ gehalten haben würde, „eine gute Schutzkloppe angefertigt zu erhalten“, so ist desfalls Folgendes zu bemerken.

Wenn in dieser Hinsicht Seitens des Revisionsgerichts als solchen auch von demjenigen ganz abgesehen wird, was in dem veröffentlichten Berichte des k. Fabrikinspektors der Pfalz 1879 (Ausgabe von Kortkamp 1879 Bd. 2 S. 50) eigens amtlich bargelegt ist, so steht doch jedenfalls jene Annahme einer Unmöglichkeit, Aufklärung über die technische Ausführbarkeit von Schutzvorrichtungen an einer Circularsäge zu erlangen, in ganz entschiedenem Widerspruche mit der anderen in dem angefochtenen Urtheile ausdrücklich festgestellten und auch durch die oben erwähnten amtlichen Berichte aus dem Jahre 1879 bestätigten Thatsache, daß der k. Fabrikinspektor für die Pfalz bei seinen Rundreisen die Geschäftsinhaber auf die kritischen Schutzvorrichtungen eigens aufmerksam gemacht habe, was doch nicht wohl hätte geschehen können, wenn ihre technische Ausführung nicht überhaupt und in Sonderheit für die Pfalz möglich gewesen wäre.

Durch eben diese Thätigkeit des k. Fabrikinspektors mußte auch, abgesehen von dessen eigener, sachverständiger Wissenschaft, über die bezüglichen Verhältnisse die Aufmerksamkeit einer Reihe dortiger Sägewerkbesitzer auf die Angelegenheit gelenkt worden sein, womit die Annahme, daß es dem Beklagten geradezu unmöglich gewesen sei, sich Aufklärung zu verschaffen, unvereinbar ist. Es liegt daher bei solchem evidenten Widerspruche in diesem Punkte auch ein Mangel in den Entscheidungsgründen vor, welcher nach Civ.-Proz.-Ordn. §. 513 Ziff. 7 zufolge der inneren Bedeutung dieser Gesetzesstelle ebenfalls Anlaß zur revisionsgerichtlichen Beanstandung des angefochtenen Urtheils bietet.

Was aber die erwähnte angebliche Schwierigkeit der Beschaffung „einer guten Schutzklappe“ anlangt, so hätte in dieser Hinsicht das Berufungsgericht vor allem im Auge behalten sollen, daß nach seiner eigenen Ausführung auch schon die Verpflichtung besteht, selbst nur relativ und theilweise zweckentsprechende Schutzmittel, wo solche überhaupt nothwendig sind, wirklich anzuwenden. Die bisherige Nichtherstellung solcher Schutzklappen in der Pfalz schließt auch namentlich bei den heutigen Verkehrsverhältnissen keineswegs die Möglichkeit aus, solche anderwoher zu beziehen, was um so weniger übersehen werden dürfte, nachdem andererseits in dem angefochtenen Urtheile selbst sogar erwähnt ist, daß in Norddeutschland damals schon mehr oder minder bewährte Schutzklappen für Circularsagen zu finden waren und in der Dingler'schen Maschinenfabrik in Zweibrücken schon bezügliche Versuche stattgefunden hatten. Dabei muß in diesem Punkte überhaupt daran festgehalten werden, daß eine bloße Schwierigkeit in Ansehung des Bezugs gewisser Schutzrichtungen von der sonst nach §. 120 der Gew.-Ordn. begründeten Verpflichtung nicht entbinden kann.

Wenn endlich das Berufungsgericht auch noch entscheidenden Werth darauf legt, daß der Beklagte nur ein einfacher Handwerker sei und der Umfang seines Gewerbebetriebs nicht über den lokalen Absatz hinausgehe, sowie, daß er die Circularsäge auch nur miethweise benützt habe, so liegt auch darin eine mit dem Umfang der Rechtspflicht nach §. 120 der Gew.-Ordn. unvereinbarliche Auffassung. Diese Gesetzesvorschrift macht, wie schon Erstrichter ganz mit Recht betont hat, weder nach Wortlaut noch nach Sinn und Zweck in Bezug auf den Umfang der darin begründeten Berufsverpflichtung irgend einen Unterschied je nach dem äußeren oder inneren Umfange des konkreten Gewerbeunternehmers oder

je nach der sonstigen gewerblichen Stellung des Gewerbetreibenden und kann also auch ein solcher Unterschied weder direkt noch indirekt in die Vorschrift hineingetragen werden. Der den Gefahren eines bestimmten Gewerbebetriebes preisgegebene Arbeiter kann im Bereiche eines solchen gefährlichen Gewerbebetriebes überall den gleichen gesetzlichen Schutz beanspruchen. Gerade im Gegensatz zu den durch das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 getroffenen Vorkommnissen in Fabriken erscheint der §. 120 der Gew.-Ordn. so recht eigentlich dazu bestimmt, den gefährdeten Arbeitern auch im Bereiche des Handwerksbetriebes den gebührenden Schutz für Leben und Gesundheit zu verschaffen. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß Beklagter etwa nicht Eigenthümer, sondern nur Miether der Circularsäge gewesen sein sollte.

Vgl. Urtheil des Reichsgerichts v. 10. Februar 1882, mitgetheilt in Seufferts Archiv Bd. 37 S. 344.

Sollte der Mangel eines Eigenthums an jenem Objekte den Beklagten etwa behindert haben, Schutzvorrichtungen daran überhaupt anbringen zu lassen, so bestand seine Rechtspflicht immer noch darin, eine solche nicht gesicherte Säge überhaupt nicht zur Benutzung zu mieten und zuzulassen und wenn er solches gleichwohl that, so hat er auch die damit verbundene Verantwortung zu tragen. Urtheil vom 5. Juli 1884, Reg.-Nr. I 85/84.

---

Redakt: **S. v. Hettich** in Nürnberg. Verl.: **Palm & Enke**  
(**Carl Enke**) in Erlangen. Druck von **Junge & Sohn**.

Dr. J. A. Heuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

**Inhalt:** Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayer. Notariatsgesetzes v. 1861. — Aus der Praxis der Landgerichte (Schluß). — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayer. obersten Landobrigkeitlichen Urtheils.

---

## Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsges. v. 1861.

I. Dem alten deutschen Rechte war die unbeschränkte Haftung des Erben für sämtliche Schulden des Erblassers unbekannt; vielmehr erstreckte sich die Haftung nicht weiter, als die ererbte fahrende Habe und Errungenschaft reichte, während der Grundbesitz unbeschwert der Familie erhalten bleiben mußte und ohne Zustimmung der nächsten Verwandten und Erben nicht mit Schulden belastet werden durfte. Beseher, die Lehre von den Erbverträgen Thl. I §. 5 S. 48, 49, §. 10 S. 170, 171; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 332; Gengler, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen §. 54 Abs. 1, §. 143; Haffe im Archiv für civilistische Praxis Bd. V (1830) S. 62 N. 4; Glück, Pandekten Thl. 38 §. 1425 f. S. 1—23 u. Thl. 41 §. 1472.

Der bereits im Sachsenspiegel ausgesprochene Grundsatz, daß der Erbe in der Regel nie über die Kräfte der Erbschaft verhaftet wird, hat sich im sächsischen Recht erhalten und auch im bürgerlichen Gesetzbuch des Königreichs Sachsen §§. 2328—2332

Neue Folge Band XXX.

Anerkennung gefunden, während im übrigen Deutschland in diesem Punkte das römische Recht Aufnahme gefunden hat.

II. Im älteren römischen Rechte gab es nach dem Grundsatz *semel heres, semper heres* gegen die mit dem Antritt einer Erbschaft verbundene Schuldenhaftung nur für die Minderjährigen Abhilfe, indem der Prätor diesen Restitution gewährte, wenn sich die Erbschaft nachher als „*dannosa*“, überschuldet, zeigte. Den Minderjährigen stellte Kaiser Gordian allgemein die Soldaten gleich und vorher schon gewährte Hadrian auch einem Großjährigen in einem Falle Restitution, in welchem sich hinterher eine große Schuldenlast ergeben hatte. §. 5, 6 *Instit. de heredum qualitate* 2, 19; Savigny, *Syst. d. heut. röm. Rechts* Bd. III §. 115 *Beil. VIII Nr. XVIII* S. 382, 383; Glück, *Pand. Tbl.* 41 §. 1471 S. 420 ff.

Um dem berufenen Erben gegen übereilten und gefährlichen Antritt einer Erbschaft Schutz zu bieten, wurde durch das Edikt des Prätors das *jus deliberandi* eingeführt. Dieses durch die römischen Rechtsgelehrten und durch Konstitutionen der Kaiser weiter ausgebildete Institut eröffnete dem Erben, welcher von andern Bethelligten zur Erklärung über den Erbschaftsantritt gedrängt wurde, den Ausweg, sich behufs genauer Untersuchung der Erbschaft vom Richter eine Ueberlegungsfrist zu erbitten. *Tit. Dig. de jure deliberandi* 28, 8; *const.* 1—21 *Cod.* 6, 30; Seuffert, *Pand.* §. 568.

III. In der Absicht, die Lage des Erben ohne Hintansetzung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer gründlicher zu bessern, hat Johann Justinian im Jahre 531 durch die *const.* 22 *Cod. de jure deliberandi* etc. 6, 30 die sog. Rechtswohlthat des Inventars eingeführt und heißt es hier in §. 13

bezüglich der Deliberation: „quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuum et debere ei derogari“. In der That finden die römischen Bestimmungen über das Deliberationsrecht, obwohl sie als gemeines Recht in den Lehrbüchern vorgetragen werden, heutzutage kaum mehr Anwendung. Vgl. Matthiä, Kontroversen-Lexikon Thl. II benefic. invent. Nr. XXXV S. 55.

Die erwähnte in §. 6 Inst. 2, 19 als „tam aequissima quam nobilis“ bezeichnete Verordnung Justinian's, welche letzterer selbst bereits im Jahre 535 durch die Novelle 1 de heredibus et lege Falcidia besonders im cap. II §. 1 zu ergänzen für nöthig fand, hat durch ihre zum Theil unklaren Bestimmungen Anlaß zu zahllosen Streitfragen gegeben, deren sichere Lösung auf dem Wege der wissenschaftlichen Auslegung nicht mehr zu erwarten ist. Die hauptsächlichsten Streitfragen siehe in Matthiä's Kontroversen-Lexikon Thl. II Erbrecht, beneficium inventarii Nr. I—XXXV S. 41—56 und von Holzschuher's Theorie und Kasuistik Bb. II §. 182 S. 930—938.

(Fortsetzung folgt.)

### Aus der Praxis der Landgerichte.

(Schluß.)

Art. 14 des bayer. Not.-Ges. stehe einer bloß außergerichtlichen Uebertragung solcher heutiger Besitzrechte ohne animus domini nicht entgegen. Die tägliche Erfahrung zeige, daß nach heutiger Uebung solche persönliche<sup>2)</sup> Rechtsverhältnisse, welchen bloß

2) Regelmäßig nur zwischen den „einzelnen“ Besthern dieser Besitzthüle selbst — nicht nöthwendig zwischen

ein accessorisches dingliches Besitzrecht und nach der Entscheidung des Reichsgerichts nach heutigem Rechte zugleich eine Besitzklage zukommt, wie z. B. das persönliche Recht des Pächters, Retentionsberechtigten, Faustpfandgläubigers u. s. w. — selbst da, wo solche Rechte an Immobilien zustehen — zwar eine deutschrechtliche Tradition des accessorischen Besitzes oder faktische eigene Besitzergreifung, niemals aber eine Uebertragung des Besitzes durch öffentliche Urkunde vor dem Notare nach Art der Immobilien erfordern. Diese Uebung allein schon sei für das vorliegende Gewohnheitsrecht des Besitzes maßgebend.

Mit Ungrund wendeten ferner Beklagte ein, daß der Geltendmachung eines Besitzrechtes hier der §. 232 Abs. 2 der C.P.O. entgegenstehe, wonach die Besitzklage mit der Klage aus dem „Rechte“ nicht verbunden werden dürfe, sowie Art. 82 des bayer. Außf.:Ges. hiezu, wonach derjenige, welcher die Klage aus dem Rechte (hier dem Eigenthume) erhoben habe, von der Besitzklage keinen Gebrauch mehr machen könne, daß daher hier Kläger, weil er zuvor die Eigenthumsklage gestellt und dieselbe erst nach der Vitispensenz zurückgezogen habe, mit der Besitz-

diesen und der Kirche oder Synagoge, deren Verwaltung regelmäßig den einzelnen Besitzern und deren Rechtsnachfolgern nur eine „Concession“ zum Besitze und zur Benützung von Stühlen in einem öffentlichen Cultusgebäude, einer res sacra gewähren kann, — kommen rechtlich überhaupt Privatrechtsfragen (Vorrechte des einen vor dem andern Besitzer etc.) in Frage; (s. jedoch die im Texte alleg. Entscheidungen). Wenn somit dem Cultusgebäude gegenüber regelmäßig überhaupt kein Privatrechtsverhältniß vorliegt, so kann diesem gegenüber regelmäßig auch kein dingliches Rechtsverhältniß, sondern nur ein persönlicher Zustand vorliegen.

oder Spollenklage abzuweisen sei. — Gegen diesen Einwand sei zu erwähnen, daß eine Klage auf Zuerkennung eines interimistischen oder provisorischen faktischen Besizes im Sinne des §. 232 Abs. 2 der GPO., welcher §. nur einen possessorischen Schutz im Sinne eines Schutzes eines bloßen „faktischen Zustandes“ im „Gegensatz“ zu dem Anspruche eines (petitorischen) Rechtes berühre, hier nicht gegeben sei<sup>3)</sup>; hier liege vielmehr ein deutschrechtliches „Besitzrecht“, welches durch rechtmäßigen Titel vererbt und veräußert worden sei, somit selbst ein petitorisches Recht vor; dieses könne ungehindert sowohl mit einem anderen petitorischen, dem Eigenthumsanspruche analog dem §. 136 und 137 der GPO. verbunden, als, von ihm wieder getrennt, beansprucht werden. — Zwar seien solche deutschrechtliche Besitz- oder Detentionsrechte nur ein accessorisches Recht, die Sache innezuhaben, welches zu einer causa principalis dieses Besitzrechtes, hier zu einem principalen veräußerlichen und vererblichen Rechte, den Besitz zu genießen, somit zu einem deutschrechtlichen Nutzungsrechte nur accessorisch hinzutrete. Allein die accessorische Natur dieses Besitzrechtes schließe nicht aus, daß auch solch' accessorische Rechte selbst wieder petitorische seien, sowenig eine accessorische Hypothek oder eine accessorische Bürgschaftsschuld, welche zu einem principalen, petitorischen Forderungsrechte accessorisch hinzutreten, dadurch aufhöre, selbst

---

3) Die GPO. hat hier unzweifelhaft nur das faktische Streitverhältniß der französischen und dieser nachgebildeten Prozeßgesetzgebungen im Auge; vgl. die Begründung des Entw. d. d. GPO. §. 224 S. 186, Hahn, Mat. II, 1 S. 258 mit Seip, heutiges Besitzrecht S. 50 ff., S. 58 Note 7.

ein petitorisches Recht zu sein. Wegen Vorliegen eines petitorischen Besitzrechts sei somit die Anwendung des §. 232 der C.P.O. und Art. 82 des Aufz.-Ges. hiezu ausgeschlossen. — Endlich liege, da in der That ein deutschrechtliches Benützungsbrecht des Synagogenplatzes, wie die Klagebitte beansprucht, vorliege, welches nur rechtlich zugleich als accessorisches Besitzrecht zu definieren sei, weder eine Klageänderung nach §. 489 der C.P.O. noch eine Verurtheilung *ultra petita* der Klagebitte vor <sup>4)</sup>.

- 4) Anm. der Red. Durch diese Entscheidung ist die von R. J. Seiß in dem Seite 208 erwähnten Werke und schon früher aufgestellte deutschrechtliche Besitzlehre wie auch vom Reichsgerichte in dem allegirten Urtheile, in ihrem praktischen Ergebnisse im Wesentlichen anerkannt. Auch in der Theorie ist dieses Ergebnis nicht ohne Anerkennung geblieben.

In der Münchner krit. Vierteljahrsschrift von Brinz ist gegenüber diesem Werke zugegeben, daß die röm. *possessio*, wenigstens die der klassischen Zeit, mit dem Begriffe des Besitzes, der in unserer heutigen Rechtsanschauung vorherrscht, sich nicht deckt, und daß es verhängnißvoll war, daß Savigny lediglich die röm. *possessio* als unser bestehendes Besitzrecht hinstellt, das deutsche Besitzrecht dagegen gar nicht verstanden hat. (l. c. Bd. 27 S. 165 u. 167 Note 1.) Es verdient volle Anerkennung, wenn aus der Praxis selbst mit eingehender Prüfung Stimmen zu Gunsten des materiellen Rechtsbedürfnisses, dessen Wahrung auch Aufgabe dieser Blätter ist, sich erheben, sei es auch gegen eine lange herrschende Autorität. Nachbeter haben wir genug.

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### Weitere Urtheile vom März.

**Sachenrecht.** Rechtliche Natur der Heimzahlung eines Hypothekkapitals aus dem Steigpreise des subhastirten Anwesens. — Nothwendiger Umfang des Eintrags von Zahlungsmodalitäten im Hypothekenbuche.

Die Vereinsbank N. hatte auf dem Anwesen der Eheleute B. ein Annuitätendarlehen hypothekarisch versichert. Bei Abschluß des Darlehensvertrags war verabredet worden, daß die Schuldner auch freiwillige Kapitals-Rück- und Abschlagszahlungen, jedoch nur in gewissen Bankobligationen zu deren Nennwerth, sollten machen dürfen. Diese Vereinbarung führte dazu, daß die Bank bei der späterhin erfolgten Subhastation des mit Hypothek belasteten Anwesens, gegenüber dem von dem Ansteigerer bei Gericht hinterlegten Steigpreise, ihren hypothekarischen Vorrang auch für einen Agiobetrag beanspruchte, welchen sie nach dem Courswerthe der über pari stehenden Bankobligationen berechnete. An diesen klagbar verfolgten Anspruch knüpfte sich die thatsächliche und rechtliche Erörterungen der Frage, ob die Heimzahlung des Annuitätenkapitals aus dem Steigpreise wirklich als freiwillige Zahlung betrachtet werden könne. Die Frage wurde gerichtlicher Seits verneint. In dem bezüglichen Urtheile des obersten Landesgerichts findet sich darüber unter Anderem folgendes ausgeführt. Es ist zwar richtig, daß durch den Zuschlag zwischen dem Schuldner und dem Ansteigerer ein Kaufvertrag zu Stande kommt und hierbei das Vollstreckungsgericht die Rechte des Schuldners vertritt.

Regelsberger, das bay. Hyp.-Recht,  
S. 415.

Alein die hieraus sich ergebenden Rechte und Pflichten bestimmen sich in erster Linie nach den Versteigerungsbedingungen. Solche sind von dem Gerichte in Gemäßheit des Art. 55 der Subh.-Ordn. festgesetzt worden und hat sich die Vereinsbank N. denselben unterworfen, ohne hinsichtlich des in Rede stehenden Annuitäten-Kapitales besondere Bedingungen auch nur zu beantragen. Solche sind daher bei dem Zwangsverkauf des in Rede stehenden Hypothekenobjektes auch nicht getroffen worden. Ebensovienig hat der Ansteigerer das öfter genannte Annuitätenkapital mit Einwilligung der Vereinsbank bei der käuflichen Erwerbung des Hypothekenobjektes als Selbstschuldner übernommen, sondern vielmehr den Steigerungserlös einfach bei Gericht erlegt. Da nun aber das von der Klägerin in Bezug genommene oberstrichterliche Urtheil vom 11. Juli 1876 (Sammlung Bb. 6, S. 140) gerade den Fall behandelt, daß der Ansteigerer bei der käuflichen Erwerbung des Hypothekenobjektes das dort in Rede stehende Annuitätendarlehen als Selbstschuldner übernahm, so kann sich die Vereinsbank als Revisionsklägerin auf dieses Urtheil für die hier zu entscheidende Frage in keiner Weise berufen. Durch die Einleitung des Subhastationsverfahrens war daher die Sachlage wesentlich verändert, das Annuitätenkapital der Vereinsbank N. einfach zur Heimzahlung fällig und durch den Steigerungserlös zu berichtigen.

Es kann somit die Vereinsbank aus der Unaufkündbarkeit ihres Kapitals und aus dem Modus der Heimzahlung durch Annuitäten nichts für ihre Aufstellung ableiten und ist in der That nicht abzusehen, wie durch die vorinstanzliche Entscheidung der Art. 55 der Subh.-Ordn. verletzt sein soll.

Eben sowenig schlagen die Art. 113 und 115 der Subh.-Ordn. und Art. 81 des Hyp.-Gesetzes an, da letztere Gesetzesstelle nicht fällige Forderungen voraussetzt und auch die beiden anderen Gesetzesstellen betagte unverzinsliche Forderungen oder sonstige mit dem Eintritte eines unbestimmten Zeitpunktes erlöschende Forderungen zum Gegenstande haben, was aber Angesichts der hier festgestellten Versteigerungsbedingungen in Bezug auf das obige Annuitätenkapital nicht der Fall ist, wie denn auch die Subhastationsordnung hinsichtlich der Annuitätenkapitale keine besonderen Bestimmungen trifft, weshalb diese ebenso wie andere Forderungen bei dem Zwangsverkaufe und dem einschlägigen Vertheilungsplane zu behandeln sind.

Unter allen Umständen war aber die Bezahlung des Annuitätenkapitales und Einstellung desselben in den Vertheilungsplan keine freiwillige Zahlung der Schuldner oder ihrer Rechtsnachfolger. —

Die Vorinstanz ist noch weiterhin von dem Grundsätze ausgegangen, daß die Verpflichtung der Schuldner, freiwillige Kapitalrück- und Abschlagszahlungen nur in gewissen Obligationen zum Nennwerthe zu leisten, unbedingt im Hypothekenbuche hätte eingetragen werden müssen, wenn sie bei dem Vertheilungsplan zum Nachtheil der Nachhypothekgläubiger hätte in Berücksichtigung kommen sollen. Wegen dieser Annahme werden von der Revisionsklägerin die §§. 22, 25, 26 des Hypothekengesetzes mit §. 28 der Instruktion vom 13. März 1823 als verlegt bezeichnet. Hier kann der Revisionsklägerin allerdings zugegeben werden, daß nach der eben allegirten Gesetzesstelle bloße Nebenbestimmungen, wie Kündigungsfristen, Fristenzahlungen u. s. w. an die Eintragung im Hypothekenbuche nicht gebunden sind.

Bönnner, Commentar, S. 82 — Regelsberger a. a. O. S. 82 — Bl. f. RA. B. 11 S. 222, — Samml. oberstr. Entsch. Bb. 6, S. 140. —

Alein nach Maßgabe der hier einschlägigen Vertragsbestimmung handelt es sich im gegebenen Falle keineswegs um eine aus dem Wesen des Darlehensvertrags regelmäßig und nothwendig fließende Vertragsstipulation oder um eine bloße Nebenbestimmung desselben. Vielmehr involvirt jener Vertragspassus, wonach bei freiwilliger Rückzahlung diese in bestimmten Obligationen nach dem Nennwerth zu erfolgen hat, und wodurch die Höhe der in Abführung zu bringenden Rückzahlungen von dem Stande desurses jener Werthpapiere abhängt hiemit aber der Werth des Hypothekenrangs der nachfolgenden Hypothekgläubiger wesentlich alterirt werden kann, eine so außergewöhnliche, im gewöhnlichen Verkehr nicht begründete Bestimmung, daß der desfallsige Eintrag im Hypothekenbuche allerdings im Interesse der Beteiligten und insbesondere in jenem der Nachhypothekgläubiger geboten war. Urtheil vom 16. März 1885 Reg.-N. 1 1882/84.

Rängeinräumung an Stelle von Theilbeträgen eines Annuitätenkapitals.

In einem oberstrichterlichen Urtheile findet sich hierüber folgendes.

Die Vorinstanz ist hiebei von der Erwägung ausgegangen, daß bei einem Annuitätenkapitale, als welches das fragliche Kapital eigens im Hypothekenbuche eingetragen ist, in Folge jener seine Eigenschaft eine Rängeinräumung in das offene, jedoch noch ungelöschte Kapital an sich ausgeschlossen und rechtswirksam, jedoch die Befugniß der fraglichen Rängeinräumung dann zu gewähren sei, wenn

die Schuldner sich ein solches Recht ausdrücklich vorbehalten haben und dieser Vorbehalt im Hypothekenbuch auch eingetragen worden ist.

In ersterer Richtung befindet sich die Vorinstanz mit der bisherigen Uebung und Rechtsprechung durchaus im Einklang.

Sammlung oberstr. Entsch. Bd. 5, S. 652, Bl. f. RA. Bd. 20, S. 253, Bd. 32, S. 218, Bd. 41, S. 73. Es kann daher von einem Widerspruche der desfallsigen Entscheidung mit der Rechtsübung in keiner Weise die Rede sein. Aber auch in jener letzteren Beziehung hat das oberste Landesgericht bereits in dem Urtheile vom 7. Dezember 1875, Sammlung Bd. 5, S. 657 ausgesprochen, daß, wenn bei Aufnahme eines Annuitätenkapitales vertragmäßig bedungen, beziehungsweise gestattet worden sei, daß bezüglich der successiv getilgt werdenden Kapitalbeträge der Schuldner einem Andern den Rang der für das Annuitätenkapital bestellten Hypothek einräumen dürfe, solches dann von rechtlicher Wirkung für die nachfolgenden Hypothekgläubiger sei, wenn diese Vertragsbestimmung im Hypothekenbuch eingetragen ist.

In der That kann auch unter dieser Voraussetzung von einer wohlbegründeten Erwartung des nachhypothekgläubigers auf den Zuwachs der größeren Realsicherheit seines Kapitals bei allmählicher Abzahlung des Annuitätenkapitals nicht mehr gesprochen werden.

Die Vorinstanz hat nun im gegebenen Fall auf Grund des Notariatsaktes festgestellt, daß sich die genannten Hypothekschuldner jenes Recht bei der hypothekarischen Versicherung des Annuitätenkapitals wirklich vorbehalten haben, und daß dieser Vorbehalt in dem Hypothekenbuche wirklich eingetragen ist.

Wenn Revisionsklägerin die Aufstellung macht, daß das Einstellungsrecht von den Schuldnern schon darum sich nicht vorbehalten werden konnte, weil nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen zur Zeit der Errichtung der klägerischen Hypothek bereits eine zweite Hypothek bestand, welche der Annuitätenforderung der Vereinsbank im Range auswich, so ist diesem gegenüber schon von der Vorinstanz mit Recht hervorgehoben worden, daß der im Hypothekenbuch eingetragene Vorbehalt des Einstellungsrechtes allen nachfolgenden Hypothekgläubigern gegenüber vermöge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs wirksam ist. Urtheil vom 16. März 1885, Reg.-N. I 182/84.

Notarielle Beurkundung nach Art. 14 des Notariatsgesetzes. Hypothekvormerkung. Baumeister V. hatte mit zwei Bauherren einen Werkverdingungsvertrag abgeschlossen, wonach die Entlohnung für Herstellung von Gebäuden in Geld auf eine bestimmte Summe angeschlagen, dabei aber vereinbart wurde, daß diese Entlohnung nur theilweise wirklich in Geld (und zwar mittelst Annuitätenkapitals), vielmehr theilweise durch Ueberlassung von bestimmten Grundstücken zu einem bestimmten Preise geleistet werden solle. Das Oberlandesgericht M. hatte ausgesprochen, daß hierin eine unmittelbare Disposition über Grundstücke liege, somit auch die bezügliche Vereinbarung wegen Mangels der nach Art. 14 des Not.-Ges. nothwendigen notariellen Beurkundung ungültig, folgeweise aber auch der ganze Vertrag nichtig sei, da jene Vereinbarung über die Hingabe von Grundstücken an Zahlungsstatt sich als ein Essentiale des Vertrags darstelle. Diese Auffassung fand auch die Billigung des Obersten Landesgerichts.

Als Consequenz der Ungültigkeit des gedachten Vertrags hatten die beklagten Bauherrn mittelst Widerklage zugleich die Löschung einer Hypotheksvormerkung begehrt, welche Baumeister L. auf Grundstücken der Beklagten für Forderungen aus seiner Bauführung erwirkt gehabt hatte. Diese Widerklage wurde vom Oberlandesgerichte abgewiesen und auch dieser Ausspruch oberstrichterlich bestätigt. Aus den Gründen des Urtheils des Obersten Landesgerichts entnehmen wir folgende Stellen:

Die Widerkläger und Revisionskläger erachten mit Unrecht die Bestimmungen des §. 12, Ziff. 9 des Hypothekengesetzes und der §§. 284, Ziff. 4 und 513, Ziff. 7 der C.P.O. sowie die Grundsätze über Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes als verletzt. Sie machen desfalls geltend, die oberrichterliche Entscheidung gehe davon aus, daß dem Widerbeklagten, Baumeister L. eine Geldforderung zustehe, während doch für ihn in der Wirklichkeit eine solche nirgends begründet sei. Es ist nun allerdings richtig, daß für den Baumeister L. zu Gunsten dreier Forderungsbeträge, welche ihm für Herstellung von Gebäuden auf Grundstücken der Widerkläger erwachsen sein sollen, die Vormerkung von Hypotheken auf diesen Grundstücken bei dem einschlägigen Hypothekensamte bethätigt worden ist, und eben so richtig ist, daß eine Vormerkung, welche zur Sicherung des gesetzlichen Rechtstitels auf Erwerbung der Hypothek und zur Sicherung des Ranges der Hypothek dient,

(Vergl. §§. 30, Abs. 1 und 2, 106 und 110 des Hyp.-Ges.)

mit der Forderung wegfällt und zur Löschung zu bringen ist, sobald nämlich die Forderung, zu deren Gunsten die Vormerkung einer Hypothek bethätigt worden ist, dem Inpctrauten aberkannt worden ist.

(Vergl. §. 85, Hyp.-Ges. Böhmer, Comm. Bd. 1, S. 588.)

Im vorwürfigen Falle fehlt es aber an dieser Voraussetzung zur Löschung der erwirkten Vormerkung.

Zwar ist der Werkverdingungsvertrag vom 5. April 1883 seinem ganzen Inhalte nach wegen Mangels notarieller Verlautbarung für nichtig erkannt worden. Aber aus der Nichtigkeit dieses Vertrags folgt noch nicht, daß für U., der zugestandenemassen Häuser für die Widerkläger erbaut hat, nirgends eine Geldforderung begründet sei.

Die Abweisung der Klage des U. auf Zahlung des eingeklagten Geldbetrages involvirt keine Anerkennung jeder Forderung. Sie erfolgte nur, soweit die Forderung auf den Vertrag vom 5. April 1883 gegründet wurde und zwar aus formellem Mangel der Vertragsurkunde. Sie beseitigte aber nicht die von den Widerklägern zugestandene Thatsache, daß Widerbeklagter die in der Klage bezeichneten zwei Gebäude bis zum weitaus größten Theile fertig gestellt hat und beseitigte daher auch nicht jeden Anspruch des U. auf eine Geldentlohnung für vertragsmäßig übernommene ausgeführte Arbeit. Mit Recht und ohne dem Vorwurfe einer mangelhaften Begründung oder eines Verstosses gegen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes mit Grund ausgesetzt zu sein, hat daher Berufungsrichter sich für die Zulässigkeit der beantragten Hypothekenvormerkungen und für den Fortbestand derselben auf Grund des §. 12, Ziff. 9 des Hyp.-Ges. ausgesprochen, nach dem einerseits die Herstellung von Gebäuden durch den Impetranten für die Widerkläger feststeht und andererseits die in der, wenn auch nichtig erklärten Privatvertragsurkunde vom 5. April 1883 enthaltene Bezeichnung der Gesamtaffordsumme jedenfalls eine

Bescheinigung für die Höhe des Entlohnungsanspruches des L. liefert.

Durch die Vormerkung einer mit einem Rechtstitel auf Erwirkung einer Hypothek gesetzlich versehenen und in Bezug auf ihre Höhe bescheinigten Forderung wird aber dem Schuldner seine Einrede gegen die Höhe der Forderung nicht benommen, während andererseits dem Gläubiger der gesetzliche Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek und der Rang derselben gewahrt wird.

Vergl. §. 30 des H.G., Bödner, Comm. Bd. 1, S. 324, 327.

Die Widerkläger können durch Vormerkung ihrer Einrede gegen die Höhe der vorgemerkten Forderung, resp. durch den Eintrag einer Protestation gegen den Uebergang der Vormerkung in eine Hypothek und dessen nachtheilige Folgen ihre Rechte wahren, aber nicht die Löschung der Vormerkung verlangen. Urtheil vom 27. März 1885. Reg.-Nr. I 16/85.

**Obligationenrecht.** Interdictum uti possidetis. Verfolgung eines Schadenersatzanspruches mittelst desselben. Das interdictum uti possidetis hat den Zweck: dem Besitze des hiezu Bestörten Anerkennung zu verschaffen, künftigen Störungen dieses Besizes vorzubeugen und dem im Besitze Bestörten zum Ersatze seines Schadens zu verhelfen. Keiner dieser Zwecke steht den anderen Zwecken gegenüber in einem untergeordneten Verhältnisse, und es ist insbesondere die alleinige Verfolgung des Ersatzanspruches nicht ausgeschlossen, wenn der im Besitze Bestörte nur hieran ein Interesse hat. Namentlich kann ein Grund für die Annahme, daß wenigstens im gegebenen Falle der Schadenersatzanspruch gegenüber den weiteren im Laufe des Rechtsstreits gegenstandslos gewordenen

Ansprüchen als Nebensache hat behandelt werden wollen, nicht daraus entnommen werden, daß jener Anspruch und dessen Höhe ursprünglich nicht näher begründet und specificirt worden war. Denn zur Zeit der Klageerhebung war eine Möglichkeit noch gar nicht gegeben, näher darzulegen, worin der Schaden bestehe und wie hoch er sich belaufen werde. Steht aber dieser Anspruch zu den ursprünglich weiter verfolgten Ansprüchen nicht im Verhältnisse einer Nebensache zur Hauptsache, so kann sich auch nicht auf den Satz, daß die Hauptsache die Nebensache nach sich ziehe, berufen werden, um hieraus zu folgern, daß mit dem Hinwegfallen der weiteren Ansprüche als gegenstandslos auch der Anspruch auf Schadenersatz als beseitigt gelten müsse.

Uebrigens würde selbst dann, wenn dieser Anspruch als Nebensache gegenüber jenen weiteren Ansprüchen als der Hauptsache zu gelten hätte, daraus, daß während des Rechtsstreits ohne Zuthun der Kläger der Besitz der Beklagten an der streitigen Fläche aufgehört hat, und hiemit für die Kläger der Anlaß zur Erwirkung eines Anspruches auf Anerkennung ihres Besitzes und auf Erlassung eines Verbotes weiterer Besitzstörungen gegenüber den zur streitigen Fläche in keinen Beziehungen mehr stehenden Beklagten hinweggefallen ist, nicht gefolgert werden dürfen, daß hiemit auch der Schadenersatzanspruch beseitigt sei. Damit, daß die Hauptsache gegenstandslos wird, fällt nämlich nicht nothwendig auch die Nebensache, da deren Grund möglicherweise nicht durch die Erledigung der Hauptsache berührt wird. Dieß ist insbesondere hier mit dem Erfolge des Schadens der Fall. Urtheil vom 31. März 1865. Opt.-Verz. Nr. 6257.

---

Redakt.: R. v. Sittich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Geuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayer. Notariatsgesetzes v. 1861 (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landesgerichtes. Urtheile u. Beschluß.

---

## Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsgef. v. 1861.

(Fortsetzung.)

Nach §. 2 der cit. const. 22 soll der Erbe das Inventar errichten sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarij sunt; die bezuziehenden „ceteri“ sind nach Novelle I Kap. 2 §. 1 die Legatäre und Fideikommissäre. Die tabularii waren bei den Römern ursprünglich nur die Buchführer in Steuerfachen und die Bewahrer der Urkunden in den öffentlichen Archiven, neben welchen die tabelliones bestanden als öffentliche Schreiber zur Beurkundung derjenigen nichtstreitigen Rechtsgeschäfte, bei denen eine obrigkeitliche Sachuntersuchung und Bestätigung nicht vorgeschrieben war. Im Verlaufe der Zeit erhielten die tabularii dieselben Befugnisse wie die tabelliones, der Unterschied verwischte sich und erscheint bereits vor Justinian die Bezeichnung tabularii und tabelliones als gleichbedeutend. Die Stellung derselben scheint eine unbedeutende gewesen zu sein, da Justinian (Nov. 1 Kap. 2 §. 1) sich zu der Bestimmung veranlaßt sah, daß an Stelle der abwesenden Legatäre und Fideikommissäre min-

Neue Folge Band XXX

bestens drei glaubwürdige, vermögliche, einen guten Ruf besitzende Zeugen aus derselben civitas beizuziehen seien, weil er den Tabularien allein nicht traue (tabulariis enim solis, quantum ad eam rem, non credimus). Gleichwohl hat das Institut der tabularii oder tabelliones, vom Schreiben in Abkürzungen oder Notizen auch notarii genannt, sich erhalten und wurde im Anschluß an dasselbe in Italien das Notariat ausgebildet, welches sodann unter diesem Namen mit dem römischen Recht auch in Deutschland Aufnahme gefunden hat. Die Bezeichnungen tabellio und notarius wurden in Deutschland anfänglich als gleichbedeutend gebraucht, z. B. in Art. 25 der Notariatsordnung Kaiser Maximilianus des I. vom 8. Oktober 1512. Noch Kreittmayr bezeugt in der Anm. a zur bayrer. G.D. v. 1753 Kap. II §. 6, daß die notarii auch öfter tabelliones, tabularii u. s. w. genannt werden, und nimmt in der Anm. 7 zum bayrer. Landr. Thl. III Kap. 1 §. 18 ohne weiteres an, daß an Stelle der tabularii der canst. 22 §. 2 a. a. D. der notarius getreten sei. Vgl. über die geschichtliche Entwicklung Glück, Pandekten Thl. 11 §. 764 S. 385 Note 93, Thl. 18 §. 1081 N. 82 S. 281, 282, Thl. 34 §. 1406 d N. 50 S. 31, 32 und Thl. 41 §. 1468 N. 72, 73 S. 359; dann Zink, Notariatsgesetz Einleitung §. 1 S. 3—7, Röhl, das Notariat §. 1—18 S. 1—21 u. Buchta, Instit. Aufl. 6 Bd. II §. 183 S. 227 bei Note f.

Wenn es daher auch tabularii im Sinne Justinians in Deutschland niemals gegeben hat, so bilde dieß doch kein Hinderniß, dessen Bestimmungen über die Rechtswohlthat des Inventars als gemeines Recht mit aufzunehmen; vielmehr erfolgte eben die Aufnahme von vorneherein unter dem Einflusse der Anschauung, daß an die Stelle der tabularii die

Notarien, daß sind von der Staatsgewalt zur Aufnahme öffentlicher Urkunden bestellte Beamte, getreten seien, wobei der Grundgedanke, daß die Rechtswohlthat des Gesetzes Justinians nur einem unter Mitwirkung eines öffentlichen Beamten aufgenommenen und hiedurch erhöhte Garantie gewährenden Inventare verliehen werden könne, nach Maßgabe der verschiedenen Staatsverfassungen und Beamtenorganisationen im Einzelnen allerdings verschiedenen Ausdruck gefunden hat. Die von Dr. Roth in seinem bayerischen Civilrecht Thl. III §. 370 bei Nr. 37—39 und §. 384 N. 4 ausgesprochene und anscheinend, übrigens ohne nähere Begründung in dem bayer. oberstr. Urtheil vom 2. Juli 1873 (Sammlung Bd. 4 S. 130) getheilte Ansicht, daß es nach gemeinem Recht kein anderes als ein Privatinventar gäbe und daß der Erbe persönlich und ohne obrigkeitliche Einmischung das Inventar zu errichten befugt sei, dürfte daher von vorneherein erheblichen Bedenken unterliegen. Der Gesetzgeber hat den von ihm vorgeschriebenen Formen eine große Wichtigkeit beigelegt (const. 22 §. 14: *necesse est, inventarium cum omni subtilitate facere*) und wäre es, wie aus den eingehenden Bestimmungen der const. 22 cit. zu entnehmen ist, entschieden gegen seinen Willen, einem von dem Erben allein ohne obrigkeitliche Mitwirkung angefertigten Inventare die von ihm bestimmten Folgen beizulegen.

Die Zuziehung der Gläubiger des Erblassers, welche das wesentlichste Interesse daran haben, daß die Bestandtheile der Verlassenschaft vollständig verzeichnet werden, ist von Justinian nicht vorgeschrieben, insbesondere findet die Ansicht (Glück, Pandekten Bd. 41 §. 1468 Z. II, 3, S. 360 N. 76), daß wenigstens die an dem Orte anwesenden Erbschaftsgläubiger zugezogen werden sollen, in der Novelle I

Kap. 2 §. 1 keine Begründung. Vgl. Matthia, Kontroversenlexikon Bd. II S. 48 Nr. XV und Dr. Roth a. a. O. §. 370 N. 40. Nach der Ansicht des letzteren sollen die tabularii dadurch ersetzt werden, daß der Erbe das Inventar „unter Zuziehung von Zeugen und Sachverständigen“ aufzunehmen hat. Allein davon enthält das Gesetz nichts und fehlt es auch sonst an jeder näheren Andeutung über die Zahl und Art der beizuziehenden Zeugen und Sachverständigen. Zeugen sind nach Justinians Vorschrift nicht allgemein, sondern bloß für den Fall der Abwesenheit eines Legatars oder Fideikommissars zuzuziehen. Dafür aber, daß durch Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch an Stelle des förmlichen Inventars des Kaisers Justinian das obiger Ansicht entsprechende Privatinventar gesetzt worden wäre, sind nicht die mindesten Anhaltspunkte gegeben. Vielmehr sind trotz der verschiedenen Ansichten im Einzelnen die Lehrer des gemeinen Rechts darüber einig, daß nur ein unter öffentlicher Autorität gefertigtes Verzeichniß der ganzen Verlassenschaft für den Erben die Rechtswohlthat des Inventars nach sich ziehe. So äußert sich Mühlenbruch bei Glück, Pand. Thl. 41 §. 1468 S. 362, 363: „S. z. T. pflegt es für genügend erachtet zu werden, wenn das Inventarium in einer auch für andere Fälle hergebrachten Form angefertigt wird, also entweder durch einen Notar unter Zuziehung zweier Zeugen oder durch eine Gerichtsperson. Ähnlich von Keller, Pand. §. 535 Abs. 3 S. 1002: „Heutzutage pflegt das Inventar gerichtlich aufgenommen zu werden, wodurch jene (römischen) Formen überflüssig werden“. Buchta, Pand. §. 508 verlangt ein förmliches spezielles Verzeichniß der Erbschaft, ohne sich über die Formen näher zu äußern.

Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht Bd. III §. 185 S. 506 erachtet die Zuziehung eines Notars und der erforderlichen Zeugen für geboten, wobei die Förmlichkeiten der Aufnahme von Urkunden zu beobachten sind, bemerkt aber in Note 15, daß durch die Ausbildung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Deutschland und daß hiemit gegebene Eingreifen der Gerichte die Voraussetzungen der Rechtswohlthat des Inventars durch eine veränderte Prozedur partikularrechtlich wesentlich modifizirt worden seien, so daß von einer praktischen Anwendbarkeit der justinian. Konstitution hinsichtlich der Aufnahme der Erbschaftsverzeichnisse nur selten und ausnahmsweise noch werde die Rede sein können.

Auch Windscheid, Pand. Bd. III §. 606 bei Note 8 verlangt, daß ein Notar nebst der nöthigen Anzahl von Zeugen zugezogen werde, während partikularrechtlich heutzutage Inventarisirung durch das Gericht eintrete.

Seuffert, Pand. §. 572 legt. Abs. lehrt: „Die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gerichte erklärt, er trete die Erbschaft nur „cum beneficio inventarii“ an, worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt.“ Diese Ansicht billigt Arndts, Pand. §. 523 Anm. 2 für die heutige Praxis. Auch Holzschuhner in seiner Theorie und Kasuistik Bd. II §. 182 zu Frage 13 S. 938 schließt sich derselben an und selbst Brinz, Pand. S. 679, welcher von Roth Thl. III §. 370 Note 42 für seine Ansicht aufgeführt wird, will nur gegenüber dem Eingreifen des Gerichts die selbständige römisch-rechtliche Stellung des Erben wahren, schließt jedoch dieses Ein-

greifen für das heutige gemeine Recht keineswegs aus, indem er bemerkt: „selbst heutzutage lebt der römische Grundsatz, daß der Erbe inventirt, nicht bloß für Siegelmäßige und partikularrechtlich, sondern auch auf gemeinrechtlichem Boden fort; wenn hier das Gericht das Inventar aufnimmt, so vertritt es bloß Notare und Zeugen; der Erbe behält seine erbrechtliche Disposition.“

Arnold in seinen praktischen Erörterungen Nr. II über Dispositionsbeschränkung der Benefizialerben Ziff. 2 und 3 (S. 92—97) nimmt in der Hauptsache denselben Standpunkt ein und steht seine abweichende durch die Quellen nicht unterstützte Bemerkung in Note 87 S. 491 mit dem auf S. 92 bei N. 2 Erwähnten in Widerspruch. Auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bb. I unter „beneficium inventarii“ S. 910, 911 fordert die Zuziehung öffentlicher Tabularien, mit welchen er die Notarien als gleichbedeutend setzt, und Buddeus ebendaselbst Bb. V unter „Inventarium“ S. 805 äußert sich dahin: „Das Inventar pflegt entweder vom Richter oder vor Notar und Zeugen gefertigt zu werden, ersteres vorzüglich da, wenn die Erbschaft verschuldet erscheint oder wegen konkurrierender Unmündiger; letzteres dann, wenn die Erben für sich, besonders auch wegen Benutzung der Inventarwohlthat, das Nachlassenschaftsverzeichniß errichten. Doch pflegt diese letztere Art der Inventarisirung jetzt seltener zu sein, weil dann alle römischrechtlichen Formalitäten der Inventur beobachtet werden müssen, wovon häufig die Gerichte durch Gewohnheit oder Partikulargesetze dispensirt sind.“

Selbst eine vom Erben eidlich bekräftigte Privatspezifikation des Nachlasses ersetzt nur partikularrechtlich (nach sächsischem Recht) das förmliche Inventar und bestärkt dies als Ausnahme nur die

Regel des gemeinen Rechts. Vgl. Mühlentruch bei Glück, Pand. Thl. 41 §. 1472 S. 436—438; Matthia, Kontrov.-Lex. Bd. II S. 45 Nr. VII, S. 48 Nr. XIV Präjud. 1 Abs. 4; Holzschuber a. a. O. §. 182 Nr. 13 S. 937, 938. Es folgt daraus, daß ein vom Erben selbst nur unter Zuziehung von Zeugen und Sachverständigen aufgenommenes Inventar, also eine einfache Privatspezifikation gemeinrechtlich nicht an die Stelle des von Justinian vorgeschriebenen förmlichen Inventars getreten sein kann, womit auch Zink in seinem Komm. d. Not.-Ges. Art. 19 S. 122 übereinstimmt.  
(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

Urtheile vom Mai.

### I. Zur Civilprozeßordnung.

**Ausübung des gerichtlichen Frage-  
rechtes.**

Auß der Nichtanwendung des durch CPO. §. 130 dem Gerichte eingeräumten Fragerechtes allein kann ein Revisionsgrund nicht abgeleitet werden, wenn nicht zugleich eine andere Rechtsnorm verletzt worden ist.

Zwar ist die Anwendung dieses Fragerechtes nach den Verhandlungen der Reichstags-Commission zum §. 126 des Entwurfes der CPO. und nach dem Wortlaute des §. 130 l. c. selbst dem Vorsitzenden zur Pflicht gemacht. (Vgl. Motive zum Entwurfe S. 133, RRProt. S. 51 und 526, — Fahn, Materialien zur CPO. S. 214, 564, 912 und 989.)

Allein diese Vorschrift enthebt einerseits die Partei nicht ihrer Pflicht zur Aufstellung substanzirter Behauptungen, andererseits sind an die Unterlassung ihrer Anwendung Rechte der Partei im Gesetze nicht geknüpft. Sie hat daher auch nur die Bedeutung einer Dienstesinstruktion.

Im vorliegenden Falle ist dem Berufungsrichter überdies gerade durch ein beklagterseits erfolgtes Aufgeben gewisser Beweisbehelfe zu jener Unterlassung noch besonderer Anlaß gegeben worden. Jedenfalls kann auch die Pflicht des Richters zur Anwendung des Fragerechts nicht in dem Sinne aufgefaßt werden, als ob derselbe den Parteien Klagegründe, Einreden und bestimmte Gattungen von Beweismitteln erst schaffen und an die Hand geben müßte. (Vgl. Wilmowski, Comment. zur RCPD. S. 177 und die dort aufgeführten Urtheile des Reichsgerichts — Seuffert's Commentar zur RCPD. S. 133.) Urtheil vom 8. Mai 1885. Reg.-Nr. 26/85.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist — Begriff des unabwendbaren Zufalls nach CPD. §. 211.

Mit landgerichtlichem Urtheil, verkündet am 24. Mai 1884, zugestellt am 31. Mai 1884 wurde S. mit einer im Armenrechte verfochtenen Klage abgewiesen. Am 11. Juni 1884 reichte sein Prozeßbevollmächtigter beim Oberlandesgerichte ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz ein: Dieses Gesuch wurde mit oberlandesgerichtlichem Beschlusse vom 14. Juni 1884, zugestellt am 16. dess. Mts. abgewiesen, jedoch auf erhobene Beschwerde mit Beschluß des obersten Landesgerichts vom 28. Juni 1884 bewilligt, worauf S. mit oberlandesgerichtlicher Verfügung vom 1. Juli

1884, zugestellt am gleichen Tage, einen Pflichtanwalt beigegeben erhielt. Letzterer legte nun Namens des S. am 5. Juli, zugestellt 9. Juli 1884 Berufung ein und verband damit zugleich ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Berufungsfrist.

Diese Restitutionsbitte wurde vom Oberlandesgericht mit Urtheil als unzulässig verworfen und auch das oberste Landesgericht trat diesem Aussprüche mit folgender Ausführung bei:

Es steht fest, daß die verspätete Einlegung der Berufung nicht in einer Verzögerung der Erledigung der von dem Kläger zum Zwecke der Gewährung des Armenrechtes gestellten Anträge ihren Grund hat und daß, wenn Kläger sein Gesuch um Zulassung zum Armenrechte am Anfange der Berufungsfrist gestellt hätte, nach dem in dem vorliegenden Falle eingehaltenen Geschäftsgange die Aufstellung des Pflichtanwaltes und die Zustellung des betreffenden Beschlusses an denselben zu einer Zeit erfolgt sein würde, von welcher an die Berufung noch innerhalb der gesetzlichen Frist hätte eingelegt werden können.

Letzteres ist um so zweifelloser, als von der Zeit der Zustellung des Beschlusses über die Aufstellung des Pflichtanwaltes offenbar nicht einmal acht Tage zur Zustellung der Berufung eingelegt erforderlich waren.

Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß der Entschluß zur Ergreifung der Berufung in kürzester Frist habe gefaßt werden können, und daß, da Kläger bereits in I. Instanz zum Armenrechte zugelassen worden war, es zur Stellung des Armenrechtsgesuches in II. Instanz keines beachtenswerthen Aufwandes an Mühe und Zeit bedurft habe.

Es ist daher nirgends ersichtlich, daß Kläger,

wie das Gesetz — §. 211 b. R. G. B. D. erfordert — von einem Naturereignisse ist hier ohnedieß keine Rede — durch irgend einen unabwendbaren Zufall an der Einhaltung der Nothfrist verhindert worden sei.

Daß als ein solcher Zufall der oberlandesgerichtliche Beschluß vom 14. Juni 1884, durch welchen das Gesuch um Zulassung zum Armenrechte abgewiesen wurde, nicht erachtet werden kann, ist klar. Denn die Möglichkeit einer solchen Abweisung mußte von dem Kläger im Hinblick auf die über die Bewilligung des Armenrechtes bestehenden gesetzlichen Bestimmungen vorausgesehen werden. Urtheil vom 13. Mai 1885; Reg.-Nr. I. 31/85.

**Obligationenrecht.** Darlehensaufnahme eines Minderjährigen. Anerkennung nach eingetretener Großjährigkeit. (Bayer. LR. und gem. Recht.)

J. hatte als Minderjähriger zur Bewirthschaftung eines ihm gehörigen Anwesens mehrfache Darlehen aufgenommen. Nach erreichter Großjährigkeit wurde er auf Rückzahlung verklagt und dazu auch vom Oberlandesgerichte München verurtheilt, welches zwar von der rechtlichen Annahme, daß für J. aus den ohne Zustimmung seines Curators eingegangenen Darlehensverträgen keine rechtliche Verbindlichkeit erwachsen sei, ausging, dabei zugleich aber auch die Thatsache feststellte, daß J. nach erreichter Großjährigkeit den Willen, das darlehensweise Empfangene zurückbezahlen, dem dieselb acceptirenden Darleher kundgegeben und somit seine Verpflichtung anerkannt habe. (Bayer. LR. Thl. IV cap. I §. 24 a. G., nebst Anm. lit. g; const. 1 u. 2 C. 2, 46). Daß oberste Landesgericht verwarf die hiegegen eingelegte Revision mit folgenden Ausführungen:

Wohl könnte eine einseitige Anerkennung eines

rechtlich bedeutungslosen Darlehensgeschäfte seitens des später großjährig gewordenen Darlehensnehmers diesem Darlehensgeschäfte rechtlichen Bestand nicht verschaffen und daher auch eine Klage aus demselben nicht erzeugen, da eine solche Anerkennung eben nichts Anderes, als das Zugeständniß eines nichtigen Vorganges wäre. Aber sobald die Betheiligten nach Wegfall des Hindernisses der Rechtswirksamkeit jenes Vorganges ausdrücklich oder durch concludente Handlungen darüber übereinkommen, daß das fragliche Rechtsgeschäft Rechtswirksamkeit haben soll, gelangt auch ein von Anfang an ungiltiges Rechtsgeschäft zur Rechtswirksamkeit.

cf. Windscheid, Pand. §. 83, Ziff. 2 Note 8 und §. 412 a.

Nun hat Berufungsrichter eigens festgestellt, daß eine verpflichtende Anerkennung (*confirmatio*) der fraglichen Darlehensgeschäfte Seitens des J. nach erreichter Großjährigkeit stattgefunden habe.

Revisionskläger will zwar geltend machen, diese Feststellung komme mit dem bayer. Landrechte insofern in Widerspruch, als nicht zugleich festgestellt sei, daß J. seine Anerkennungs-Erklärung in dem Bewußtsein abgegeben habe, es stehe eine ihn nicht verpflichtende Handlung in Frage. In diesem Punkte habe Berufungsrichter sich vielmehr dahin ausgesprochen, es komme auf den Nachweis dieses Bewußtseins überhaupt nicht an, da es sich hier um die Kenntniß des Rechts handle und sich Niemand auf den Mangel dieser Kenntniß mit Erfolg berufen könne.

Allein, wenn auch nach bayer. Landrechte, sowie nach gemeinem Rechte der Rechtsirrtum gleich dem thatsächlichen Irrthume unter besonderen Vor- aussetzungen (im Falle einer *ignorantia invincibilis*) entschuldigt werden kann, und insoweit also

Rechtswirrhum und Irrthum über Thatfachen allerdings auf gleiche Stufe gestellt sind, so streitet doch für die Kenntniß des Gesetzes die Vermuthung und kann Unkenntniß desselben nur dann entschuldigt werden, wenn genügende Gründe dafür vorgebracht werden, daß solche Unkenntniß nicht zu vermeiden war.

cf. Pandrecht Theil I Kap. I §§. 6 und 7 und Anm. hierzu. Windscheid, Pand. §. 79.)

Da nun aber solche Gründe vom Beklagten niemals geltend gemacht, geschweige nachgewiesen wurden, so hat Berufungsrichter, — ausgehend von der zu präsumirenden Annahme, daß der großjährig gewordene Beklagte bei seiner Auerkennungserklärung das Bewußtsein, bezw. die Kenntniß von der Rechtswirrhung der fraglichen Darlehensgeschäfte gehabt habe, — mit Recht von einem Nachweise dieses Bewußtseins abgesehen. Urtheil vom 8. Mai 1885. Reg.-Nr. I 26/85.

**Familienrecht.** Ehetrennung von Tisch und Bett wegen Unfriedfertigkeit.

Nach bayerr. MN. Ehl. I Kap. 6 §. 42 Nr. 1 kann die Ehescheidung von Tisch und Bett dann begehrt werden, wenn man mit dem anderen Ehegatten ohne große Leibes- und Seelengefahr nicht mehr leben kann. In den Anmerkungen zu jener Stelle sind als Beispiele für ersteres unter Anderem angeführt: immerwährende Zanksucht, hartes und grausames Tractament, unverföhnlicher Haß.

Vom Berufungsgerichte ist thatsächlich festgestellt worden, daß der Beklagte im Sommer 1882 bei einem Sühneveruche im Pfarrthore zu S. in Folge von Vorwürfen der Klägerin zornig geworden ist, getobt hat, auf die Klägerin losgegangen ist, ihr das Halstuch herabgerissen und das Kopftuch zurück-

geschoben hat, daß ferner derselbe ungefähr im Mai 1883 seine Frau „davongesprengt“ hat, wie er dieses auch bei seinen früheren drei Weibern, mit welchen er ebenfalls im Unfrieden gelebt, öfter gethan, daß er weiter gegen Ende 1883 oder zu Anfang 1884 bei dem Bürgermeister bei Gelegenheit eines Sühneversuchs seine Frau, mit welcher er in Streit gerathen, am Halse gepackt, auf des Bürgermeisters Dazwischenkunft aber wieder von ihr abgelaßen hat, daß der Beklagte, wenn er erzürnt ist, sich selber nicht mehr kennt und ungefähr im Oktober 1882 auf der Straße in Gegenwart von beiläufig 20 Personen sich wie wild geberdet und dabei unter Fluchen öfter gesagt hat, daß er sein Weib umbringe, sie aufhänge.

Nach diesen thatsächlichen Feststellungen sind, wenn man sie in ihrer Gesamtheit würdigt, die Bedingungen, unter welchen nach bayerischem Landrechte die zeitweise Trennung der Ehe verlangt werden kann, gegeben, indem hienach die Unverträglichkeit der Parteien einen solchen Grad erreicht hat, daß die Möglichkeit eines friedlichen Zusammenlebens dadurch ausgeschlossen erscheint und für die hochbetagte Klägerin bei fernerm Zusammenleben mit dem Beklagten durch dessen hochgradige Zornmüthigkeit, völligen Mangel an Selbstbeherrschung und große Rohheit Leibessgefahr zu besorgen ist.

Diese Besorgniß wird durch die weitere thatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin hitzig und selbstsüchtig sei und daß ihr Verhalten viel dazu beigetragen habe, daß ihr Ehemann zu den fraglichen Ausschreitungen gekommen ist, noch gesteigert, weil hienach zu befürchten ist, daß der Beklagte von der Klägerin zu einem Zornausbruch gereizt werde. Es ist jedoch vom Berufungsgerichte ein Benehmen der Klägerin, wodurch

die Gesundheit des Beklagten gefährdet erschiene, nicht festgestellt worden, so daß eine Pflichtverletzung der Klägerin, welche für sich selbst eine Scheidungsklage zu begründen vermöchte und deshalb zur Compensation geeignet wäre, sohin ihr Klagerecht aufheben würde, nicht feststeht. (Samml. bayer. oberstrichterlicher Urtheile Bb. 7 S. 187.) Urtheil vom 15. Mai 1885. Reg.-Nr. I 33/85.

## II. Beschluß.

Einziehung von Fideicommisskapitalien zur Deckung von Allodialschulden.

Der Familienrath einer gräflich und freiherrlichen Familie stellte bei dem k. Oberlandesgerichte Augsburg als Fideicommissgericht den Antrag, zu genehmigen, daß behufs Vereinigung des Allodialschuldenwesens des gegenwärtigen Fideicommissnutznießers, aus den Fideicommisskapitalien ein Betrag von 260000 Mark gegen seinerzeitige Surrogirung verwendet werde. Die Einwilligung sowohl der sämtlichen Fideicommissanwärter, als des Vertreters pro nascituris hiezu lag vor. Das k. Oberlandesgericht Augsburg hat aber gleichwohl diesen Antrag zurückgewiesen, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte Verwendung von Fideicommisskapitalien gemäß §. 64 mit §§. 59 bis 61 des Fideicommissedicts nicht gegeben seien. Die hiegegen eingelegte Beschwerde verwarf das oberste Landesgericht und zwar im Rechtspunkte aus folgenden Gründen:

1) Für die Frage der Verwendung von vorhandenen Fideicommisskapitalien enthält §. 64 des Edicts über die Familienfideicommissse die entscheidenden Normen. Hienach kann eine Einziehung und Verwendung solcher Kapitalien zunächst stattfinden für solche Auslagen, welche unter die Fideicommiss-

schulden I. Klasse gehören. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Außerdem kann jene Einziehung geschehen in den in §. 61 bestimmten Fällen unter den dort selbst enthaltenen Beschränkungen und Voraussetzungen. In §. 61 ist bestimmt, wie sich das Gericht bei Gesuchen um Bewilligung einer Fideicommissschuld zweiter Klasse zu verhalten habe. Hiernach soll das Gericht dann, wenn in solchem Falle der nächste Fideicommissnachfolger, die Anwärter u. in die Schuld einwilligen, ohne erhebliche Gründe die Genehmigung nicht versagen.

Im Hinblick auf die in §. 64 ausgesprochene Verweisung auf den Inhalt des §. 61, sowie in der Gegenüberstellung der hier enthaltenen Fälle zu den Auslagen, welche unter die Fideicommissschulden erster Klasse gehören, erscheint es nicht zweifelhaft, daß in dem Falle, wenn die Einziehung und Verwendung von Fideicommisskapitalien zur Deckung solcher Auslagen dienen soll, welche nicht zu den Fideicommissschulden erster Klasse — §. 56 — gehören, jene Normen maßgebend sein sollen, welche für Aufnahme von Fideicommissschulden zweiter Klasse, von welchen §. 61 handelt, gelten und außer im §. 61 in den vorhergehenden §§. 58—60 enthalten sind. Da die Aufnahme einer Fideicommissschuld und die Einziehung von Fideicommisskapitalien in der Wirkung für den Bestand des Fideicommisses gleichstehen, ist auch die Anwendung gleicher Grundsätze für beide Fälle von selbst geboten.

2) Uebrigens würde, auch wenn die Voraussetzungen, welche die §§. 59 und 60 für die Aufnahme von Fideicommissschulden II. Klasse normiren, durch die Verweisung des §. 64 nicht ipso jure auch für die Einziehung und Verwendung von Fideicommisskapitalien als maßgebend wollten erachtet werden, gleichwohl das Gericht Angesichts der ihm

in §. 61 und §. 49 vorbehaltenen Prüfung und Entscheidung über die Zulässigkeit einer Einziehung von Fideicommisskapitalien bei der bereits bemerkten, gleichwichtigen Bedeutung für den Bestand des Fideicommisses die in den §§. 59 u. 60 gegebenen Direktiven in dieser Ermessensfrage zur Richtschnur nehmen müssen.

3) Wenn die Gerichte in Bethätigung der ihnen vom Gesetze übertragenen verantwortlichen Aufsicht über die Fideicommisses sich ergehen wollen, kann für sie nicht maßgebend sein, was etwa im Interesse eines jeweiligen Nutznießers gelegen ist. Vielmehr muß vor Allem daran festgehalten werden, daß Zweck des Familienfideicommisses — wie Lewis in seiner Darstellung des Rechtes des Familienfideicommisses S. 231 sagt — die Erhaltung der Familie ist, woraus naturgemäß eine gewisse Zurücksetzung des einzelnen Familiengliedes hervorgeht. Weiter ist daran festzuhalten, daß begriffsgemäß (§. 1 des Ed. über die Familienfideicommisses) durch Errichtung eines Fideicommisses ein Vermögen geschaffen wird, welches als unveräußerliches Gut der Familie bestimmt ist — ein Grundsatz, welcher auch in dem hier einschlägigen Familienrezesse mit besonderem Nachdrucke hervorgehoben ist. Regel ist also die Unveräußerlichkeit, eine Ausnahme bildet die Einziehung von Fideicommisskapitalien und als solche ist sie auf das engste zu begrenzen. Beschluß vom 9. Mai 1885. Reg.-Nr. III. 19/85.

---

Redakt.: K. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Ente  
(Carl Ente) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

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

Inhalt: Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayer. Notariatsgesetzes v. 1861 (Fortsetzung.) — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landesgerichtes. Urtheil. — Literatur-Notizen.

Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsges. v. 1861.

(Fortsetzung.)

Eine Aehnlichkeit zu dem Nachlassinventar bietet das von dem Vormund vor Antritt seines Amtes über das Vermögen des Mündels zu errichtende Inventar, welches dann, wenn die Einleitung der Vormundschaft durch das Ableben eines Vaters mit Hinterlassung minderjähriger Kinder verursacht ist, in der Regel mit dem ersteren zusammenfallen wird. Bezüglich des vormundschaftlichen Inventars ist in const. 24 Cod. de administratione tutorum 5, 37 vorgeschrieben, daß es der Vormund sub praesentia publicarum personarum solemniter anfertigen muß. Die const. 13 §. 1 Cod. arbitrium tutelae 5, 51 spricht von einem inventario publice facto. Vgl. auch lex 7 pr. Dig. de administratione et periculo tutorum 26, 7. Darüber besteht nun aber kein Zweifel, daß nach gemeinem Rechte, wie es in Deutschland aufgenommen und ausgebildet worden ist, das vormundschaftliche Inventar entweder unter gerichtlicher Leitung oder vor Notar und Zeugen errichtet werden muß, und fehlt es zu einer abweichenden Behandlung des Nachlass-

Neue Folge Band XXX.

Inventars an jeglichem Grunde. Glück, Pand. Thl. 30 §. 1330 S. 184—202, besond. S. 191; Seuffert, Pand. §. 499 Nr. 2; Buhbeuß in Weiske's Rechtslexikon Bd. V unter Inventarium S. 801 bei N. 23; Dr. Roth Thl. I §. 94 bei N. 6—10.

IV. In Deutschland ging überhaupt die Entwicklung des gemeinen Rechts hinsichtlich des Nachlaß- und des Vormundschafts-Inventars gleichmäßig vor sich im Anschluß an die abweichend vom römischen Rechte ausgebildete sogen. freiwillige Gerichtsbarkeit, wodurch dem ordentlichen Richter die mehr polizeiliche Aufgabe, bestehende Privatrechte zu sichern oder künftigen Verletzungen solcher vorzubeugen, in ausgedehntem Maße zugewiesen wurde, so daß der nur beurkundende Notar mehr und mehr vom Richter verdrängt wurde. Vgl. Glück, Pand. Thl. 3 §. 193 und 194 (auf S. 96 u. 98 B wird die Verfertigung eines Inventariums ausdrücklich als Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet); Wegell, System des ordentlichen Civilprozeßes §. 43 Abs. 2 bei N. 6—9; Bayer, Vortr. über d. gem. Civilprozeß §. 55 u. 56.

Für Bayern liefern zahlreiche Partikularrechte den Beweis dieser Entwicklung. In einem Theil derselben gehen die Vorschriften über Inventarserrichtung nur vom Standpunkte der obrigkeitlichen Vorsorge für das Wohl der minderjährigen oder sonst hilfbedürftigen Personen aus und sind dieselben demzufolge den Waisenordnungen einverleibt.

So die Fürstlich Augsburgische Waisenordnung vom 31. Juli 1743 (Weber Bd. IV Abth. 1 §§. 6, 7, 10, 16 S. 16—18, vgl. auch den Nachtrag zur Fürstlich Augsburgisch-Regenbergschen Landesordnung bei Weber Bd. V §. 4 u. 9 S. 436, 438),

die Gräfllich Erbachische Vormundschaftsordnung (Weber Bd. V §. 68 S. 350, jedoch ist nach Erbacher Landrecht der Abschluß eines Einfindschaftsvertrages bei Vorliegen sonstiger genügender Anhaltspunkte von Errichtung eines förmlichen kostspieligen Inventars nicht abhängig, das. S. 339 §. 45),

das Solmser Landrecht (Weber Bd. V S. 241, 242 §. 41—46).

Nach der Pflegordnung der Stadt Augsburg vom J. 1779 Tit. II §. 11 und III §. 12—14 (Weber Bd. IV Abth. 1 §. 88—92 S. 388—391, Huber, Abriss des Augsburger Statutarrechts S. 78—81) und nach den Statuten der Stadt Nördlingen v. J. 1650 Thl. IV Tit. V (Arnold Thl. I S. 484, 485, Weber Bd. IV Abth. 1 §. 29, 30 S. 837) war den Vormündern zwar gestattet, das vorgeschriebene Inventar über das Vermögen ihrer Pflegbefohlenen selbst zu errichten, doch mußten sie es wenigstens nachträglich der Obrigkeit übergeben und in jedem Falle läßt sich hieraus für das Nachlassinventar kein Schluß ziehen, vielmehr tritt hiefür mangels einer besonderen Anordnung dieser Statuten das gemeine Recht ein.

Nach der Lindauer Vogtei- und Vormundschaftsordnung Tit. III §. 3 (Weber Bd. IV Abth. 1 S. 739, 740 §. 71) sollen sämtliche Vormünder und Vögte sogleich ein ordentliches Inventar mit Zuziehung der Raths-Kanzlei aufrichten und im Rathschluß der Stadt Lindau v. 4. Februar 1778 ist Obfignation vorgeschrieben, wenn ein Testament vorhanden ist, Obfignation und Inventarisirung, wenn ein im Wittibstand verbliebener Ehegatte stirbt. Weber Bd. IV Abth. 1 S. 731, 732 §. 48. Dr. Roth Bd. III §. 370 N. 47, §. 384 N. 68 rechnet das Lindauer Stadtrecht überhaupt zu den-

jenigen Rechten, in welchen allgemein gerichtliche Inventarberichtung vorgeschrieben ist.

Das Landrecht der Grafschaft Dettingen von 1584 verordnet zunächst, daß auf Absterben eines Eheweibes mit Hinterlassung ehelicher Kinder deren hinterlassene Güter durch jedes Orts Stadt- oder Gerichtsschreiber inventirt werden sollen, und für den Fall des Absterbens eines Ehemannes mit Hinterlassung von Kindern ist sodann gleichfalls vorgeschrieben, daß die väterlichen Güter ordentlich inventirt und beschrieben werden sollen. Arnold Bd. I S. 566, 567. Dieses Landrecht wurde zwar nicht verkündigt (Arnold a. a. O. S. 565 N. 1; Weber Bd. IV Abth. 1 S. 169 §. 1), erweist jedoch gleichfalls, daß nach deutschem Gewohnheitsrecht zu einem „ordentlichen“ Inventar obrigkeitliche Mitwirkung als erforderlich erachtet wurde.

Das Ansbacher Provinzialrecht begnügt sich zwar bei Regulirung des Vater- oder Muttergutes, wenn nur Kinder aus einer Ehe vorhanden sind, mit der nach vorher geleistetem Handgelübde an Eidesstatt geschehenen Angabe des Vermögens- und Schuldenstandes, jedoch bei Zusammentreffen von Kindern verschiedener Ehen oder wo sonst eine Verkürzung der Kinder zu besorgen ist, hält es gleichfalls nur die gerichtliche Inventur zur Wahrung der Interessen der Betheiligten für genügend. Arnold Bd. I S. 43, 104, 105, 121, 122, 141; Weber Bd. II Abth. 1 §. 71, 89, 158 S. 39, 50, 93 u. 94.

Auch in der markgräfllich Bayreuther Polizeiordnung von 1746 Tit. XIV §. 6 und 7 ist verordnet, daß nach Ableben von Aeltern mit Hinterlassung minderjähriger Kinder ordentlich inventirt, mithin den Vormündern ein richtiges Inventarium zu Handen gestellt werden soll, und daß hierunter

nur ein gerichtliches Inventar zu verstehen ist, ergibt sich aus der Landeskonstitution von 1722 Tit. VII §. 16 und der Verordnung v. 9. Dezember 1738. Arnold Bd. I S. 181, 196, 197, 203. Bezüglich der Inventarisirung und Theilung in Erbfällen, bei welchen kuratelmäßige Personen betheiliget sind, traf die preussische Aemter-Instruktion v. 1797 für die Fürstenthümer Ansbach und Bayreuth einige nähere Bestimmungen. Arnold Bd. I S. 646—648.

Ein anderer Theil der Statuten nimmt bei den Bestimmungen über Nachlaßbehandlung und Inventarverrichtung nicht ausschließlich auf die pflegebedürftigen Personen Rücksicht.

Eine Fürstbischöfl. Reichstädtische Verordnung über gerichtliche Inventuren der Verlassenschaften ordnete solche an bei vermutheter Ueberschuldung des Nachlasses, ferner wenn die Erben nicht gleich bekannt oder einzelne derselben abwesend oder minderjährig sind (Z. I—IV), ohne jedoch damit, wie aus Z. IX ersichtlich, eine erschöpfende Aufzählung aller Fälle geben zu wollen. Arnold Bd. I S. 335—338. Vgl. Weber Bd. V S. 451, 454—456 §. 8 und 16.

Nach fürstlich Schwarzbergischem Recht hat gerichtliche Nachlaßbehandlung dann einzutreten, wenn ein minderjähriger, abwesender oder sonst der Vormundschaft bedürftiger Erbe vorhanden ist oder die gerichtliche Behandlung von den Interessenten verlangt wird, welches Verlangen in dem Antritt einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars von selbst enthalten ist. Arnold Bd. I S. 734, 735, Bd. II S. 675, 676. Die bezüglich der Sterbfälle der Juden im Jahre 1739 den Rabbinern versuchsweise eingeräumte Zuständigkeit zur Inventurvornahme wurde denselben im Jahre 1764 wieder

entzogen. Arnold Bd. I S. 727 Nr. 7; Weber Bd. II Abth. 1 S. 380 §. 20.

Das Deutschorden'sche Recht in Franken (B. v. 14. März u. 2. Mai 1749, welches letztere in Z. 3 ausdrücklich von einem inventarium judiciale spricht) gebietet obrigkeitliche Inventur, wenn die hinterbliebenen Erben alle oder zum Theil minderjährig oder landesabwesend sind oder wenn unter den Erben Streit und Uneinigkeit entsteht oder wenn einer der Erben gerichtliche Theilung verlangt. Arnold Bd. I S. 790—793, vgl. auch 797, 807 Note 1, 813, 814; Weber Bd. II Abth. 1 §. 13 S. 358.

Nach einer für die Stadt Weissenburg erlassenen, auf Vertrag zwischen Magistrat und Bürgerschaft beruhenden Kaiserl. B. v. 5. Juni 1699 Nr. 9 und 10 ist, wenn bei einem Erballe zweierlei Kinder, Pupillen, ausländische oder andere Erben vorhanden sind, dabei einige Gefahrde, Streitigkeit und Irrung zu befahren sein möchte, insbesondere wenn Zweifel besteht, ob die Erben auch die Schulden bezahlen können und wollen, was in der Regel dann der Fall sein wird, wenn die Erbschaft nur mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird, obrigkeitliche Inventur und Theilung angeordnet. Arnold Bd. I S. 818—822.

In der Reichsstadt Regensburg, nach deren Recht die Nachlassbehandlung und -theilung stets gerichtlich zu erfolgen hat, war die Aufnahme der Inventarien mit Rücksicht auf die Rechte der Kuratelmäßigen dem Vormundamte übertragen. Weber Bd. V §. 41, 49, 51, 53—57, 88, 89, 92—98, S. 38, 41—44, 58—61; Dr. Roth Thl. III §. 384 N. 69, 71.

Das Schweinfurter Statutarrecht bestimmt, daß die Inventuren bei Wiederverehelichung,

Grundtheilungen und Einkindschaften, bei Uebnahme von Vormundschaften und bei Antritt einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars unter Beziehung des verpflichteten Vormundschreibers vorgenommen werden sollen. Weber *Vb.* III *Abth.* 2 §. 43, 44, 60, 86, 128 u. 142 *Nr.* 8 Seite 566—569, 578, 590, 611—613 u. 621.

Auch nach Vorderösterreichischem Recht, Patent vom 9. September 1785 *Abth.* II *Abschn.* 5 §. 25—44, ist die gerichtliche Verlassenschaftsbehandlung die Regel und ist das Inventar von zwei Gerichtsabgeordneten unter Beziehung zweier Zeugen zu errichten, wenn der Erbe in seiner Erklärung die Inventur verlangt oder von Amtswegen, wenn kurtelmäßige Erben betheilt sind oder wenn der Erbe die Erbschaft ganz oder zum Theil künftig wieder an andere herauszugeben hat. Weber *Vb.* IV *Abth.* 2 *S.* 1311—1313 §. 395—399. Roth *Thl.* III §. 370 *Note* 44, §. 384 *Nr.* 65.

Andere Partikularrechte, z. B. das Bamberger Landrecht, bestimmen allgemein, daß, wenn die Erben mit der Rechtswohlthat des Gesetzes und Inventars antreten, alsdann gerichtliche Inventur eintreten muß. Weber, *Statutarrechte Vb.* I *Thl.* 2 §. 1220—1223 *S.* 763, 764.

Die fränkische *U. O.* schreibt vor, daß derjenige, welcher die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten will, dies bei Gericht erklären und sodann das Inventar durch den jedes Orts geschworenen Stadt- oder Gerichtschreiber oder einen andern glaubwürdigen Notarius unter Beziehung der von dem vorgesezten Richter hiefür bestimmten beiden Zeugen aufnehmen lassen muß. Dr. Roth *Thl.* III §. 370 *Nr.* 26, 50; Weber *Vb.* III *Abth.* 1 *S.* 276 §. 316.

Nach Mainzer Landrecht hat derjenige, wel-

der sich der Rechtswohlthat des Inventars bedienen will, zu begehren, daß die ganze Erbschaft durch den Richter oder einen öffentlichen Notar ordentlich mit Nutzen und Lasten inventarisiert und ihm solches Inventar zugestellt werde. Dr. Roth Thl. III §. 370 Noten 38 u. 49; Weber Bd. III Abth. 2 S. 794 §. 197.

Daß in diesem Punkte durch das Gesetz vom 11. September 1825 (Gesetzbl. S. 83—86) nicht geänderte fürstlich Leiningen'sche Reglement über den Geschäftsgang der Justizämter v. 1805 §. 42, 43 bestimmt, daß die Inventarien, aus welcher Veranlassung sie auch für nothwendig befunden werden, durch den Amtsschreiber aufzunehmen seien. Weber Thl. III Abth. 2 S. 1137 §. 14.

Ferner ist nach dem Rechte der vormal. gefürsteten Abtei Rempten obrigkeitliche Vornahme der Inventur allgemein vorgeschrieben. Weber Bd. IV Abth. 1 §. 71 S. 96, 97; Dr. Roth Thl. III §. 370 R. 46, §. 384 R. 67 u. 70.

Auch das Hohenloher Landrecht verordnet, daß bei allen Erbfällen, ausgenommen bei Ableben eines Ehegatten, der bloß leibliche Kinder hinterläßt, die Inventur d. i. die Aufnahme eines förmlichen Verzeichnisses aller und jeder zu einer Verlassenschaft gehöriger liegender und fahrender Hab und Güter, Rechte und Gerechtigkeit, Schulden und Gegenschulden durch eine Deputation der Kanzlei oder durch andere Beamte soll bewerkstelligt werden. Landrecht Thl. V Tit. 3 §. 1—5, Thl. VI Tit. 6 §. 1—4; Arnold Bd. I S. 450, 451, 461, 462; Weber Bd. II Abth. 1 §. 189—191 S. 268, 269.

Hier ist auch zu erwähnen daß erst unter preussischer Herrschaft beseitigte Gewohnheitsrecht der Grafschaft Thurnau, wonach bei jedem Sterbfall ohne Unterschied, ob die Erben volljährig oder minder-

jährig, die Inventur vorzunehmen war. Weber Bb. I Thl. 2 S. 1052 §. 6.

Auch die Statuten der Reichs-Abtei Roggenburg, deren Giltigkeit Dr. Roth Thl. I §. 1 Nr. 7 S. 7 allerdings bezweifelt, enthalten die Vorschrift, daß die Todesfälle bei der Kanzlei angezeigt und darauf sogleich nach altem Gebrauch und Herkommen die Inventur vorgenommen werden soll. Weber Bb. IV Abth. 2 S. 1407 §. 3.

Nach dem Württembergischen Landrecht v. 10. August 1610 Thl. III Tit. XXII Abs. 2 u. 5 ist zur Erlangung der Rechtswohlthat des Inventars erforderlich, daß der Erbe vor zwei Gerichts- oder andern ehrlichen Männern protestirt (= erklärt), ein Inventarium und Verzeichniß alles dessen, was in der Erbschaft ist, machen zu lassen, und hierauf von dem Amtmann begehrt, ihm zwei des Gerichts zuzugeben, vor denen der geschworene Stadt-, Amts- oder Gerichtsschreiber alle und jede zu der verlassenen Erbschaft gehörige Stücke u. s. w., nichts ausgenommen, beschreibe. Für den Fall des Ablebens eines Ehegatten ist in Thl. IV Tit. III des genannten Landrechts die gerichtliche Inventarisirung des Nachlasses in gleicher Weise als Regel vorgeschrieben. Vgl. Weber Bb. IV Abth. 2 S. 1020 §. 170, S. 965—967 §. 64—66, S. 981 §. 101 Nr. 1.

Zu allen diesen Rechten kommt dann noch das für Bayern wichtigste Partikularrecht, das bayerische Landrecht, welches in Thl. III Kap. I §. 18 Nr. 2 mit §. 17 Nr. 2 die Inventarisirung der ordentlichen Obrigkeit übertragen hat. Auch der Vormund hat nach bayer. Landr. Thl. I Kap. 7 §. 9 Nr. 1 u. 7 und §. 10 Nr. 1 ein „Legal- und förmliches Inventarium“ über das Vermögen des Pflégkinds zu errichten und ist nach Kreittmayr's Anm. zu §. 9 a. a. O. zehntens der modus

inventandi der nämliche, welcher auch in Erbschaftsfällen vorgeschrieben ist. Schon das Landrecht von 1616 Tit. 43 Art. 1 und 2, worauf Kreittmayr in den Anm. Nr. 2 zum geltenden Landr. a. a. O. §. 18 Bezug nimmt, hatte verordnet, daß die Erben, welche eine Erbschaft cum beneficio inventarii annehmen wollen, im Beisein des Richters oder Gerichtsschreibers desselben Orts oder wer dazu verordnet, auch zweier anderer glaubwürdiger Personen oder bei Städten und Märkten zweier vom Rath des Abgestorbenen Habe alsbald versperren und sodann in bestimmten Fristen in Gegenwart derselben Personen alle Verlassenschaft liegend und fahrend u. s. w. genau beschreiben sollen, wobei die sämtlichen Bestimmungen des Tit. 43 Art. 1—8 ergeben, daß das alte Landrecht bezüglich der Wohlthat des Inventars das gemeine Recht zum Vorbild genommen hat, und wobei noch die Auslegungsregel des Tit. 49 Art. 3 hervorzuheben ist, daß das Wort Richter eine jede Obrigkeit bedeutet.

Alle diese Partikularrechte, welche die Mitwirkung der Obrigkeit bei Errichtung der Erbschafts-Inventarien, wenn auch in verschiedener Weise, ausdrücklich vorschreiben, enthalten keine Andeutung, daß sie damit ein neues vom gemeinen Rechte abweichendes Prinzip zur Geltung bringen wollen, sprechen vielmehr nur aus, was in Deutschland schon längst gewohnheitsrechtlich eingeführt war.

Auch die Nürnberger Reformation von 1564 kennt kein Privatinventar, wie Dr. Roth Bb. III §. 370, III, 1 c S. 716 annimmt. Denn wenn auch nach Tit. 38 Ges. 1 zunächst dem Erben die Errichtung des Inventars überlassen ist, so gewann dasselbe doch erst seine Kraft und Giltigkeit mit der im Ges. III das. vorgeschriebenen Siegelung durch zwei Rathßbeamte und mit der Uebergabe

und eidlichen Betheuerung vor Gericht, wobei am Schlusse dieses Gesetzes auf alten Gebrauch Bezug genommen ist, und ergeben die hiezu ergangenen zahlreichen Rathskesse (Vahner, Sammlung v. J. 1773 S. 722—725), daß diese eidliche Betheuerung vor Gericht keineswegs als Nebensache betrachtet und nur bei ausdrücklich erklärtem Einverständnisse aller Betheiligten dem Erben erlassen wurde. Auch in der Nürnberger Reformation war demnach die obrigkeitliche Mitwirkung regelmäßig als zur Gültigkeit des Inventars erforderlich anerkannt und war das Nürnberger Inventar in Wahrheit kein Privatinventar. So auch Arnold Bd. I S. 545; vgl. Bl. N. N. Bd. 38 S. 159.

Das Stadtrecht von Dinkelsbühl dürfte gleichfalls nicht zu denjenigen Partikularrechten zu zählen sein, welche die Zulässigkeit des Privatinventars als Regel anerkennen (Noth Thl. III §. 370 Note 53). Die Dinkelsbühler Statuten verbieten in Buch I Tit. IV §. 12 dem Testamentserben, welcher unterlassen hat, ein ordentliches Inventarium zu machen, den Abzug der Falcidischen Quart von den Vermächtnissen. Nach Tit. X §. 5 hat sich der Erbe innerhalb zwei bezw. drei Monaten ausdrücklich über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären und nach dem folgenden §. 6 haftet der Erbe nicht über das Vermögen der Erbschaft, wenn er protestirt, daß er die Erbschaft anders nicht denn mit der Wohlthat des inventarii wolle angenommen haben. Beim Anfall einer Erbschaft an Minderjährige oder an sonst bevormundete Personen ist hierauf in §. 7 den Vormündern befohlen, die Erbschaft stets nur mit genannter Rechtswohlthat anzunehmen. Der XII. Titel §. 1—6 handelt sodann von der Inventirung und Beschreibung verlassener Habe und überträgt solche dem Actuarius

unter Leitung zweier Rathsbearbten. In §. 1 heißt es hier allerdings, daß auf Befehl eines Rathes des Verstorbenen Habe und Güter inventirt und beschrieben werden sollen, allein in den Fällen, da die Verlassenschaft zertheilt werden muß oder auch Fremde oder Pupillen als Erben dabei mitinteressirt sind. Allein es ist dieß wohl ungezwungen dahin zu verstehen, daß nur in diesen Fällen von Amtswegen mit obrigkeitlicher Inventur vorgegangen werden darf. Für den Fall aber, daß auf Antrag eines Bethelligten ein Verlassenschafts-Inventar nothwendig wird, ist eine besondere Bestimmung über die Art der Errichtung nicht getroffen und ergibt der Inhalt des Tit. XII, daß hierin für alle Fälle, in welchen zur Erlangung der Rechtswohlthat ein ordentliches Inventar zu errichten ist, die Zuständigkeit und das Verfahren geregelt werden wollte. In jedem Falle enthält das Dinkelsbühler Recht keine Bestimmung über die Zulässigkeit des Privatinventars. Arnold Bd. I S. 275, 285, 286, 291, 292; Weber Bd. II Thl. 2 S. 991 §. 44—46.

(Fortsetzung folgt.)

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### Weiteres Urtheil vom Mai.

**Obligationenrecht.** Haftpflicht nach §. 120 der Reichsgewerbeordnung. Tragweite der Art. 1382, 1383 des Code civil. Beurtheilung der Schadensfrage nach C.P.D. §. 260.

Der minderjährige Sohn des Arbeiters B. blieb nach überstandener Lehrzeit bei dem Küfer P. als Geselle in Diensten und erlitt gelegentlich einer im Auftrage seines Dienstherrn vorgenommenen Ver-

forfung von Flaschen eine Verletzung der Hand dadurch, daß unter der Verforfungsmaschine eine Flasche zersprang. Küfer P. wollte die von dem Vater des Verletzten in Anspruch genommene Entschädigungspflicht deshalb ablehnen, weil der Unfall nur dem Umstande zuzuschreiben sei, daß der Verletzte bei der Verforfung seine linke Hand an die unter eine Verforfungsmaschine älterer Construction gebrachte Flasche angelegt habe. Mit diesem Vorbringen unterlag Beklagter durch alle Instanzen. In dem Urtheile des obersten Landesgerichts ist desfalls Folgendes ausgeführt.

Die entstandene Verletzung beruht nach den Ausführungen des Vorrichters auf einer Unterlassung der dem Revisionskläger obliegenden Verpflichtungen, demnach auf einem seine Haftbarkeit begründenden Verschulden, indem er es nicht allein unterlassen hatte, seine Arbeiter auf die in der Anlegung der Hand an die Flasche während der Verforfung durch die Maschine liegende Gefahr aufmerksam zu machen und entsprechend zu unterweisen, sondern auch, indem er es duldete, daß die Arbeiter und namentlich der sehr junge unerfahrene Sohn des Revisionsbeklagten die Arbeit in so gefährlicher Weise verrichtet haben, zumal die Verforfung das Anlegen der Hand an die Flasche durchaus nicht verlange und ein Zerspringen der Flasche, wenn auch nicht als eine Nothwendigkeit, doch als eine Möglichkeit und eine dadurch bewirkte Verletzung habe vorausgesehen werden können. Diese Erwägungen, welche die Entscheidung hinreichend begründen, schließen eine revisorische Nachprüfung aus, indem es dem freien Ermessen des Gerichts anheimgegeben ist, die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, zu entscheiden und dieses freie Ermessen sich auch auf die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Ver-

schulden erstreckt. Dem Gerichte ist hiebei der weiteste Spielraum gegeben. Es genügt, wenn dasselbe nur im allgemeinen die Ueberzeugung gewinnt, daß ein Schaden aus der Handlung oder Unterlassung erwachsen sei, da es sonst geradezu unmöglich wäre, bei Versäumung von Vorsichtsmaßregeln, welche nur relativen Schutz gewähren und Unfälle verhindern können, den Beweis des Kausalzusammenhangs zu führen, und derjenige, welcher dieser Säumnis sich schuldig macht, zur Abwendung seiner Haftbarkeit lediglich auf die Möglichkeit sich berufen könnte, daß trotz der Belehrung und Ueberwachung der Unfall dennoch hätte eintreten können. Das Gesetz (E.O. §. 260) wollte, wie die Motive zu dem correspondirenden Paragraphen des Entwurfs der E.O. klar aussprechen, von einem strikten Beweise absehen, um die Schadenersatzansprüche möglich zu machen, und stellte daher die Beurtheilung der ganzen Frage in das freie Ermessen des Gerichts, das hierüber sogar mit Uebergehung von angebotenen Beweisen zu erkennen befugt ist.

Wenn der Revisionskläger nun seinen Arbeitern eine Maschine zu Arbeitszwecken überwies, durch deren Gebrauch ein die Gesundheit oder die Integrität des Körpers gefährdender Unfall eintreten konnte, ohne den betreffenden Arbeiter über die Gebrauchsweise derselben entsprechend zu belehren, so liegt darin in der That ein Verschulden, für welches der Gewerbeunternehmer nach Art. 1382 und 1383 Code civil, sowie nach §. 120 der Gewerbe-Ordnung im Falle einer Beschädigung haftbar erscheint. Die angeführten Artikel des Code civil begründen eine Entschädigungspflicht für jedwedes Verschulden, mag es in einer positiven Handlung oder einer Unterlassung bestehen. Nach §. 120 der Gewerbe-Ordn. aber ist jeder Gewerbeunternehmer verpflichtet, alle

Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche zu thunlichster Sicherheit gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind, und zwar nicht bloß solche Vorrichtungen zu treffen, die geeignet sind, einen absoluten Schutz zu gewähren, sondern auch solche, welche die mit der besonderen Beschaffenheit des Gewerbebetriebs verbundenen Gefahren erheblich vermindern. Das Gesetz legt den Schwerpunkt der Vorschrift lediglich auf die Sicherheit der Arbeiter und verpflichtet demgemäß den Gewerbeunternehmer zur Abstellung aller Unzukömmlichkeiten, sowie zur Bethätigung der äußersten Sorgfalt, welche ein ordentlicher Gewerbsunternehmer anwenden muß. Es ist Pflicht des Letzteren, alle Anordnungen zu treffen, welche für den Gewerbebetrieb, in welchem er Arbeiter beschäftigt, zum thunlichsten Schutze derselben dienlich sind und bei Anwendung von Arbeitsgeräthen auf die mit demselben verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen, sowie in der richtigen Handhabung derselben entsprechend zu unterweisen und keine Zuwiderhandlungen zu dulden, gleichviel ob der Arbeiter selbst sachkundig ist oder nicht. Es gilt das namentlich Persönlichkeiten gegenüber, welche, wie der erst kurz vorher aus der Lehre entlassene Beschädigte noch nicht den gehörigen Grad von Erfahrung besitzen. Wenn auch das Gesetz bloß von Einrichtungen spricht, so ist diese Fassung nicht einschränkend auszulegen, da die ganze Intention der Vorschrift lediglich den Schutz der Arbeiter im Auge hat und demgemäß hierunter alle Anordnungen und Weisungen zu verstehen sind, welche darauf hinzielen, jede mit der Arbeit verbundene Gefahr nach Thunlichkeit zu beseitigen. Urtheil vom 27. Mai 1885. Reg.-Nr. I 34/85.

---

## Literatur - Notizen.

In der J. Ebnerschen Buchhandlung in Ulm ist eine von Amtmann A. Wick in Ulm herausgegebene Broschüre — Entscheidungen deutscher Civil- und Strafgerichte in Fischereisachen — erschienen.

Es sind hierin 25 solcher Entscheidungen, größtentheils vom Reichsgerichte, mitgetheilt. Würden auch einzelne unter eine andere Rubrik besser passen, so bieten dieselben doch zusammen ein besonderes Interesse insbesondere auch für die weiten Kreise, welche an der Fischerei theilhaftig sind.

So weit wir die Sache überblicken können, dürften die betreffenden Entscheidungen vollständig mitgetheilt sein.

In der G. S. Beck'schen Buchhandlung in Nürnberg ist erschienen: Die Fischereiordnung für das Königreich Bayern vom 4. Okt. 1884 mit Erläuterungen von Dr. Julius Staudinger. Der Verfasser behandelt seinen Stoff in 5 Abschnitten, wovon der erste als geschichtliche Einleitung erscheint, der zweite die gesetzlichen Grundlagen und Grenzen der bezüglichen polizeilichen Vorschriften enthält, der vierte die den Kreisfischerei-Ordnungen noch vorbehaltenen Gebiete berührt und der fünfte von den strafrechtlichen Folgen handelt.

Im dritten Abschnitte ist die Landesfischerei-Ordnung selbst mit einer Ausführlichkeit und Gründlichkeit erörtert, die wohl nichts zu wünschen übrig läßt wie auch nicht anders zu erwarten war, da der Verfasser als zweiter Vorstand des bayerischen Landesfischereivereins der Abfassung der Verordnung sehr nahe gestanden hat. Wir machen daher auf dieses Werk besonders aufmerksam.

---

Redakt.: K. v. Hettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayern. Notariatsgesetzes v. 1861 (Fortsetzung.)  
— Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem Jahre 1881 (Beschläge.)

---

**Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsges. v. 1861.**

(Fortsetzung.)

V. Unter sämtlichen in Bayern geltigen Partikularrechten (von dem eigenthümlich gestalteten preussischen Landrecht zunächst abgesehen) ist demnach kein einziges, welches zur Erlangung des beneficium inventarii ein Privat-Nachlassinventar für genügend erklärt hätte, und begreift sich auch aus einem andern Grunde, daß die Regierungen wie deren Organe das Privatinventar nicht aufkommen ließen. Die Inventuren wurden nämlich zu einer Geldquelle theils für den Staat, theils für die Beamten gemacht und tönen die Klagen der Unterthanen über die Höhe der Gebühren aus verschiedenen, Abhilfe bezweckenden herrschaftlichen Erlassen entgegen. Vgl. z. B. den Deutschorden'schen Erlaß v. 14. März 1749, den Weißenburger Vertrag v. 1693 Nr. 10, das Ausbacher Tutelaredikt v. 1790 Nr. IV Abs. 6 u. Nr. IX §. 2 Abs. 2 und den Bayreuth'schen Erlaß vom 9. Dezember 1738; Arnold Bd. I S. 790, 791, 818, 104 und 122, 196, 197.

Auch die bayern. Land- und Polizeiordnung von Neue Folge Band XXX.

1616, welche in Buch I Tit. V Art. 1 die Inventur-Gebühren festsetzte, schärfte in Art. 2 ein, daß die Inventuren, bei welchen von der Verlassenschaft nichts hinweggenommen werden darf, nicht des Eigennuzes wegen vorgenommen werden sollen. Die Rentmeisterische Instruktion von 1669 Art. 19 (Mayr's Gen.-S. v. 1771 S. 549) bringt dieß in Erinnerung. Gleichwohl konstatiert die Vorrede zur erneuerten Taxordnung von 1735 in Abs. 1 gleich der Oberpfälzischen Taxordnung von 1750, welche beide die Inventurgebühren eingehend behandeln, daß die Unterthanen von den Beamten sonderheitlich in den Inventuren wider alle Gebühr in höchst beschwerlicher Willkür übernommen worden seien. S. hierüber und bezüglich der Gebühren Mayr's Gen.-S. v. 1771 S. 40 u. 63—67, dann Bd. II v. J. 1784 S. 1273 u. 1297—1300. Der Klagen scheinen nicht weniger geworden zu sein und versichert demnach das bayer. Landrecht von 1756 in Thl III Kap. I §. 18 Nr. 8 wiederholt, daß die Inventur nicht um des Eigennuzes, sondern lediglich der Sicherheit wegen vorgenommen werde, wie dieß in gleicher Weise schon früher ein Eichstädter Bischof hervorgehoben hatte (Arnold Bd. I S. 338 Nr. IX). Man darf daher wohl nicht bloß an die politische, sondern auch an die finanzielle Seite denken, wenn in verschiedenen bayerischen Erlassen das der Landesobrigkeit zustehende jus obsignandi et inventandi betont wurde. Vgl. z. B. die Erlasse in Mayr's Gen.-Sammlg. Bd. I (1784) S. 28 Nr. XXXIV, Bd. III S. 40 Nr. XXXVII Ziff. 4, S. 54—57 Nr. LXV u. LXVI, dann Bd. IV (1788) S. 773 Nr. LXXXII. Die Instruktion vom 3. Januar 1774 für die Rentmeisterischen Umritte und Visitationen Art. 28 und 29 suchte zwar gegen unnöthige Inventuren und gegen

Gebührenüberhebungen möglichst Vorſorge zu treffen. Mayr's Gen.:S. Bd. I v. J. 1784 S. 356, 357. Gleichwohl ſcheint bei vielen Beamten das Bewußtſein von dem eigentlichen Zweck der Inventuren ganz verloren gegangen und ſcheint die Erhebung der Gebühren als Selbſtzweck betrachtet worden zu ſein. Denn nur hiedurch iſt es erklärlich, daß vielfach Abmachungen zwiſchen den Beamten und den Betheiligten vorkamen, zuſolge deren gegen Zahlung der vereinbarten Gebühren die Inventuren unterlaſſen wurden. Dieſe Abmachungen waren ein eingewurzeltſtes Uebel und trotzdem dieſelben bereits durch die Tagordnung von 1735 (Mayr's Gen.:S. v. 1771 S. 66 unten) und durch die Oberpfälziſche Tagordnung von 1750 (Mayr's Gen.:S. Bd. II (1784) S. 1299) verboten worden waren, ſah gleichwohl die proviſoriſche Tagordnung des Königreichs Bayern vom 8. Oktober 1810, welche ihrerſeits in Abſchnitt III §. 19, 20, 25 u. Abſchn. VII §. 45—59 die Schätzungen und Inventuren behandelt, in §. 57 ſich wiederholt zu der Anordnung bemüßigt, daß die biſher üblichen Abfindungen (Abkommungen) wegen der Inventur künftig in keinem Falle mehr ſtatt haben. Regbl. v. 1810 S. 975, 976, 980—982. Neben der Tage wurden in Bayern mit Verordnung vom 1. März 1805 Z. III, g vgl. mit h Abſ. 2 u. 3 (Regbl. S. 404) alle Inventarien dem Gradationsſtempel unterworfen und blieb es hiebei im Weſentlichen auch nach der Verordnung vom 18. Dezember 1812 das Stempelweſen betr. §. 3, g und h Abſ. 2 u. 3 (Regbl. von 1813 S. 69), ſowie nach dem Geſetze vom 11. September 1825 die Stempelordnung betreffend Nr. III u. VII Abſ. 1 u. 4 (Geſetzbl. S. 179, 182, 184), während an Stelle der proviſoriſchen Tage von 1810 vom 1. Oktober 1852 an die durch das Geſetz vom

28. Mai 1852 über das Tax-Regulativ Art. 19 und 20 (Gesetzbl. S. 308) normirte Taxe trat. Durch das Gebührengesetz vom 18. August 1879 sind zwar die Stempel-Abgaben beseitigt, allein nach Art. 124 (Gesetz u. B.-Bl. 1879 S. 936) sind doch die in Abth. IV Abschn. II unter den Urkunden der Notare aufgeführten Inventare (Vermögensbeschreibungen) nach wie vor einer procentualen Gebühr unterworfen (vgl. auch Art. 183 Z. 3, a), so daß der finanzielle Standpunkt, wenn auch jetzt untergeordneter Art, immerhin noch zu beachten ist.

VI. In Bayern wurde von Anfang an die Inventarerrichtung nicht sowohl als ein Akt der sog. *jurisdictio voluntaria* im engeren Sinne angesehen, welch' letztere sich nur mit Dingen zu beschäftigen hatte, die sich wider Willen niemand aufbringen lassen (Ger.-D. v. 1753 Kap. I §. 17 und Anm. hiezu lit. b S. 80—83), vielmehr war dieselbe unter Ausschluß der damaligen Notare, denen man „sowohl die *judicialia* als *politica* aus den Händen gespielt“ hatte (Kreittmahr, Anm. a S. 132 zur Ger.-D. Kap. II §. 6), der mit der Behandlung der Verlassenschaften überhaupt betrauten Obrigkeit, d. i. dem Richter (Kreittmahr Anm. z. bayer. Landr. Thl. III Kap. I §. 18 Note 7, b und h) als ein Akt polizeilicher Fürsorge übertragen, und ist dieser Standpunkt nach der damals herrschenden Auffassung in der That zutreffend, mag man die minderjährigen und sonst pflegebedürftigen Personen oder die Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder die rechtsunkundigen Erben als zu schützende Personen in's Auge fassen. Die Beseitigung des Notariats-Instituts durch die Verordnungen vom 29. März und 10. September 1807 (Regbl. S. 560, 1489—1492) hatte demnach auf die Behandlung der Nachlassinventarien in Bayern keinen Einfluß. Vielmehr mußte den ge-

nach der Konstitution v. 1. Mai 1808 Tit. V §. 1 (Regbl. v. 1808 Thl. I S. 997) und des organischen Ediktes v. 24. Juli 1808 die Gerichtsverfassung betr. §. 1, 4 ff. und 19 (Regbl. Thl. II S. 1785, 1790) errichteten und mit der Besorgung der nicht streitigen Zivil-Rechtssachen betrauten königl. Untergerichten, welchen gemäß §. 7 und 8 obigen Ediktes, dann §. 6 des Ediktes über die gutherrlichen Rechte v. 28. Juli 1808 (Regbl. Thl. II S. 1834) und §. 16 des Ediktes über die Patrimonialgerichtsbarkeit v. 8. Sept. 1808 (Regbl. Thl. II S. 2249) in dieser Beziehung die damaligen gutherrlichen Untergerichte gleichgestellt wurden, die Errichtung der Nachlaß-Inventarien, soweit dazu öffentliche Urkunden erforderlich waren, als selbstverständlich zufallen bezw. verbleiben. Es sind hienach durch die im Königreich Bayern von Anfang an erfolgte Gerichts-Organisation die in den verschiedenen Partikularrechten der einzelnen Landestheile (abgesehen vom preussischen Landrechte) sowie im gemeinen Rechte eingeführten Formen eines öffentlichen solennen Nachlaß-Inventars durch die Form der gerichtlichen Aufnahme verdrängt worden.

Für Nürnberg wurde dies, obwohl hier durch die Entschliebung des Gen.-Landes-Komm. in Franken vom 31. Dez. 1807 (Regbl. 1808 S. 147—150) die Notarien noch provisorisch beibehalten worden waren, durch die kgl. B. v. 19. Mai 1809 (Arnold I S. 539, 540) thatsächlich anerkannt und wurde hiebei von der Regel ausgegangen, daß eine solenne Inventur gerichtlich geschehen müsse. Vgl. Weber Bd. II Abth. 2 §. 395—397 S. 866—868. Dieselbe Ansicht findet sich in dem bay. oberstr. Urtheil vom 29. März 1873, Sammlung III S. 221.

Die Gesetzgebung des Jahres 1818 hat an der

hier einschlägigen Gerichtsorganisation nichts geändert und ist in §. 74 und 75 des Ediktes über die gutsherrliche Gerichtsbarkeit vom 26. Mai 1818 (Gesetzbl. S. 247, 248) die gerichtliche Versiegelung und Beschreibung der Verlassenschaften als ein regelmäßiger Bestandtheil der Gerichtsbarkeit nicht streitiger Natur den Patrimonialgerichten zweiter Klasse ausdrücklich zugewiesen, woraus für die kgl. Untergerichte die gleiche Zuständigkeit folgt. Diese Zuständigkeit wurde durch das Gesetz vom 28. Mai 1852 (Gesetzbl. S. 713—716) aufrecht erhalten, nachdem Art. 19 des GVB. vom 25. Juli 1850 nicht in Wirksamkeit getreten war. Es bestimmte nämlich Art. 1 Abs. 1 des ersteren Gesetzes: „Die Zuständigkeit der Stadt- und Landgerichte umfaßt sämtliche Gegenstände der nichtstreitigen Rechtspflege“, wobei dann allerdings in Abs. 2 die letzteren in nicht völlig zutreffender Weise als mit den Notariatsgeschäften zusammenfallend aufgefaßt wurden. Hierbei wurde es durch das Gesetz v. 1. Juli 1856 Art. 18 (Gesetzbl. S. 352, 353) im Wesentlichen belassen. Es wurden jedoch in der Instruktion für den landgerichtlichen Dienst v. 23. September 1857 §. 9 Abs. 1 (Regbl. S. 1227) neben den Geschäften des Notariats und Hypothekenwesens die Verlassenschaften und Vormundschaften als zu den übrigen Geschäften der nichtstreitigen Rechtspflege gehörig ausdrücklich hervorgehoben. Art. 18 Abs. 1 Nr. 3 des GVB. vom 10. November 1861 überwieß sodann unter den Gegenständen der nichtstreitigen Rechtspflege die Verlassenschaften im Allgemeinen an die Zuständigkeit der Stadt und Landgerichte und sind nun gemäß §. 4 des EG. und Art. 15 Abs. 2 Z. 3 des bay. AB. z. RGV. an die Stelle der letzteren die Amtsgerichte getreten. Die nähere Ausscheidung des Wirkungskreises der

Gerichte von dem der Notare blieb nach Art. 18 Abs. 2 des GVB. v. 1861 dem Notariatsgesetze vorbehalten. Dieser Art. 18 Abs. 2 wurde zwar durch Art. 81 Abs. 1 des N. d. R. GVB. formell aufgehoben, wirkt aber materiell mit dem aufrecht erhaltenen Art. 67 des GVB. von 1861 noch fort.

(Fortsetzung folgt.)

### Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem Jahre 1884. (Beschlüsse).

#### I. Reichsgerichtsverfassungsgesetz.

§. 13 mit 7 des Einf.-Ges. Gegenüber diesen Rechtsnormen läßt sich die sachliche Zuständigkeit der Strafgerichte zu der ihnen vom Militärgerichte überlassenen Aburtheilung eines auch der Verübung militärischer Straftthaten beschuldigten Unteroffiziers nicht beanstanden, weil der §. 13 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes nichts weiter besagt, als daß alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgerichtlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind, vor die ordentlichen Gerichte gehören, der §. 7 des Einf.-Ges. zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz aber bestimmt, daß die Militärgerichtsbarkeit durch das Gerichtsverfassungsgesetz nicht berührt wird, es daher, nachdem eine Militärstrafgerichtsordnung für das deutsche Reich noch nicht besteht, der Landesgesetzgebung zukommt, in Strafsachen, bei denen Civil- und Militär-Personen theilhaftig sind, das Verfahren gegen die der Militärgerichtsbarkeit unterstellten Mitbeschuldigten zu regeln, was in den

Art. 73 bis 76 des bayern. Ausführungsgesetzes zur Reichsstrafprozeßordnung in der Weise geschehen ist, daß den Militärbehörden die Ermächtigung erteilt wurde, nicht bloß das Vorverfahren gegen diese Personen, sondern auch die fernere Behandlung der Sache vorbehaltlich der militärischen Gerechtsame den bürgerlichen Gerichten zu überlassen, und zwar mit der Wirkung, daß, wenn die Militärbehörde die Ueberlassung der Sache an das bürgerliche Gericht erklärt, die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens sowie die weitere Behandlung, vorbehaltlich der §§. 15 und 45 des Reichsmilitärstrafgesetzbuchs, bezüglich der der Militärstrafgerichtsbarkeit unterworfenen Angeschuldigten in derselben Weise zu erfolgen hat, wie bezüglich derjenigen, welche der bürgerlichen Gerichtsbarkeit unterworfen sind (Art. 76 Absf. 1), und hienach im Falle einer solchen, nach §. 4 des Einf.:Ges. zum Gerichtsverfassungsgesetz nicht zu beanstandenden Ueberlassung der Sache an das bürgerliche Strafgericht dieses ebenso berechtigt wie verpflichtet ist, die ihm überlassene Sache gegen die mitangeschuldigte Militärperson nach jeder Richtung, also auch bezüglich der Frage rechtlich zu wüthigen, ob die derselben zur Last gelegte That ein militärisches Verbrechen oder Vergehen begründet, und je nach dem Ergebnisse der Prüfung auch wegen eines militärischen Verbrechens oder Vergehens nach den Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung gegen den Angeschuldigten zu verfahren. (Beschluß vom 7. Juni 1884.)

§. 183 mit Art. 77 des bayern. Aufz.:Gesetzes. Ein Militäruntersuchungsrichter, welcher zur Erledigung seiner dienstlichen Geschäfte regelmäßig einen sogenannten Amtstag an einem auswärtigen Orte, welcher Sitz des Amtsgerichtes ist, abhält, kann um die Vornahme von Zeugenvernehmungen, die von

ihm selbst an diesem Amtstage vorgenommen werden können, nicht den Amtsrichter des Ortes ersuchen, weil, wenn auch nach Art. 77 des Ausführungsgesetzes zum RStGB. Civil- und Militärgerichte sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten haben, und nach §. 158 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes das Ersuchen um Rechtshilfe an das Amtsgericht zu richten ist, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll, doch das Angehen um Rechtshilfe voraussetzt, daß für den ersuchenden Richter nicht in gleicher Weise, wie für das ersuchte Gericht die Möglichkeit besteht, die treffende Amtshandlung vorzunehmen, weshalb auch der §. 183 der Reichsstrafprozeßordnung bestimmt, daß der Untersuchungsrichter die Amtsrichter, welche mit ihm denselben Wohnsitz haben, um die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen nicht angehen kann, in welcher Beziehung die Motive zu §. 152 des Gesekentwurfes bemerken, daß die regelmäßige Erledigung der zahlreichen anderweitigen Geschäfte, welche den Amtsgerichten auf den verschiedenen Gebieten der Rechtspflege obliegen, diese Rücksicht erheische. (Sohn, Materialien zur Strafprozeßordnung S. 161.) (Beschluß vom 10. Juni 1884.)

## II. Strafgesekbuch.

§§. 61 und 288. Wenn im Falle des §. 288 des RStGB. eine Kirchenstiftung als Gläubigerin betheilt ist, ist die Kirchenverwaltung und nicht deren Vorstand zur Stellung des Antrages auf Strafverfolgung berechtigt, weil die Kirchenstiftung gemäß Art. 206 letzter Abs. der Gemeindeordnung vom 29. April 1869 in allen rechtlichen Beziehungen durch die in Gemäßheit des §. 94 Abs. 5 des rev. Gemeindeedictes vom 1. Juli 1834 gebildete Kirchen-

verwaltung vertreten wird und daher der von deren Vorstand gestellte Strafantrag wirkungslos ist, da, nachdem die Kompetenz und der Geschäftsgang der Kirchenverwaltung gemäß Ziff. 143 der in Folge der Aufrechterhaltung der Bestimmungen in §. 94 Abs. 5 des rev. Gemeindeedicts durch Art. 206 der Gemeindeordnung noch geltenden Ministerialentschließung vom 31. Oktober 1837 (Döllinger, Verordnungsammlung Bd. XI S. 159) diese sich nach den bisher darüber bestandenen Verordnungen, insbesondere was den Geschäftsgang betrifft, nach Analogie der Verordnung vom 24. September 1818 (Reg.-Blatt S. 1111 ff.) richten und nach §. 14 dieser Verordnung wenigstens zwei Drittheile des Ausschusses — der Kirchenverwaltung — versammelt sein müssen, wenn ein gültiger Beschluß gefaßt sein soll, der Vorstand für sich allein zur Vertretung der Kirchenverwaltung nicht befugt erscheint. (Beschluß vom 7. Juli 1884.)

§§. 73, 226 und 227. Nach rechtskräftiger Aburtheilung einer Person wegen Vergehens der Betheiligung an einer Schlägerei kann gegen dieselbe nicht nachträglich wegen eines bei jener Schlägerei verübten Verbrechens der Körperverletzung strafrechtliche Verfolgung eintreten; weil bei einer Schlägerei, durch welche der Tod eines Menschen, wie hier, verursacht wurde, dieser Umstand einen Theil des Thatbestandes bildet, der Vorgang der Schlägerei sohin auch die Thatsache umfaßt, daß bei derselben durch Thätlichkeiten der Tod eines Menschen herbeigeführt wurde, und demgemäß, im Falle Jemand sich nicht nur in einer nach §. 227 Abs. 1 strafbaren Weise an einer Schlägerei bethelliget, sondern hiebei zugleich auch den Tod eines Menschen verursacht hat, nicht zwei unter §. 74 des RStGB. fallende selbstständige Handlungen vorliegen, sondern nur Eine

nach §. 73 mehrere Strafgesetze verletzende That gegeben ist; so daß bei der Aburtheilung die Grundsätze über ideale Konkurrenz zur Anwendung zu kommen haben und daher die der neuen Anklage unterstellte Körperverletzung dem Vorgange gegenüber, wegen dessen die Person bereits rechtskräftig verurtheilt ist, keine andere Strafthat bildet, mithin durch die geschehene Aburtheilung die Straflage wegen der fraglichen Schlägerei nach allen Richtungen durch Verbrauch erloschen ist. (Beschluß vom 21. Mai 1884.)

§. 113. Ein Schullehrer, welcher seinem Schüler wegen dessen ungebührlichen Benehmens Schläge in das Gesicht gibt, so daß diesem das Blut aus der Nase lief, befindet sich nicht in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes, da Schullehrer eine körperliche Züchtigung, wenn sie auch dieselbe nach der Entschliehung des königlichen Staatsministeriums des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten vom 9. Februar 1883, die körperliche Züchtigung als Schulstrafe betreffend (Just.-Minist.-Blatt S. 36), selbstständig zur Anwendung bringen dürfen, gemäß Ziff. 3 Abs. 1 der Entschliehung des egl. Staatsministeriums des Innern vom 20. Mai 1815, die Schulstrafen betr., mittelst Ruthe oder eines Stäbchens zu vollziehen haben. (Beschluß vom 18. Dezember 1884.)

§§. 153 und 154. Die Verwaltungsbehörden sind gemäß der für das Verfahren in Verwaltungssachen nach dermalen geltenden Bestimmungen in cap. III §. 3 Ziff. 4 und in cap. X §. 3 Ziff. 7 der bayr. Gerichts-Ordnung vom Jahre 1753 in den dem Verwaltungsgebiete angehörigen Angelegenheiten zuständig, Zeugen, wenn es zur Erforschung der Wahrheit veranlaßt erscheint, eidlich zu vernehmen, und ist diesen Behörden eine solche eidliche

Zeugenvernehmung bei disciplinären Erhebungen durch keine Vorschrift untersagt. (Beschluss vom 13. November 1884.)

§. 347. Eine zum Gefängnißwärterdienste zugelassene Gefängnißwärterfrau kann das Vergehen der Gefangenenbefreiung verüben, weil der Thatbestand dieses Vergehens durch das Geschlecht der mit der Beaufsichtigung u. des Gefangenen betrauten Person nicht bedingt ist, die Dienst- und Hausordnung für die Gefängnisse vom 10. April 1883 \*) nicht verbietet, daß eine Frauensperson als Hilfsbedienstete des Amtsgerichtsgefängnißwärters aufgestellt wird und §. 359 des RStGB. der Anstellung einer Frauensperson als Beamten nicht entgegensteht. (Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. V S. 328.) (Beschluss vom 30. Januar 1884.)

§. 360 Nr. 8 f. §. 271 der StPrO.

### III. Strafprozessordnung.

§§. 44 und 385. Die Einreichung einer Revisionsbegründung beim Revisionsgerichte statt beim Berufungsgerichte ist wirkungslos, wenn sie darnach nicht mehr rechtzeitig bei letzterem bethätiget wurde oder bethätiget werden konnte; sie kann auch nicht zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Nothfrist führen; weil es dem Anwalte oblag dafür Sorge zu tragen, daß die Revisionsbegründung nach §. 385 Abs. 1 der RStPrO. beim Berufungsgerichte rechtzeitig in Einlauf kam, die Unterlassung der nöthigen Sorgfalt in dieser Beziehung, welche die Fristversäumung verursachte, sich daher nicht als ein unabwendbarer Zufall darstellt und für das Revisionsgericht keine Verpflichtung be-

\*) Vgl. §. 17 Abs. 2; JMBlatt S. 86.

stand, die der ebenerwähnten Bestimmung zuwider bei ihm eingelaufene Revisionschrift demjenigen zurückzugeben, von dem sie eingereicht wurde. (Beschluss vom 18. Oktober 1884.)

§. 147. Der Bertheidiger eines Angeeschuldigten ist, so lange sich die Untersuchungsakten gemäß §. 195 Abs. 1 bei der Staatsanwaltschaft befinden, nicht befugt, vom Gerichte die Erholung dieser Akten behufs Einsichtnahme durch ihn, zu verlangen; weil die Strafprozeßordnung dem Bertheidiger nach dem Schlusse der Voruntersuchung lediglich die Befugniß einräumt, von den Untersuchungsakten Einsicht zu nehmen, insoferne diese dem Gerichte vorliegen, ohne hiebei zu bestimmen, daß ihm die Akten nach geschlossener Voruntersuchung zur Einsichtnahme bereit zu halten seien, vielmehr in §. 195 Abs. 1 vorschreibt, daß der Untersuchungsrichter, wenn er den Zweck der Voruntersuchung für erreicht erachtet, die Akten der Staatsanwaltschaft zur Stellung ihrer Anträge, welche nach Art. 195 Abs. 2 auch auf Ergänzung der Voruntersuchung gerichtet werden können, zu übersenden hat, und die Staatsanwaltschaft schon um deswillen nicht vom Gerichte angegangen werden kann, die vom Untersuchungsrichter an dieselbe abgegebenen Akten vor Stellung ihrer Anträge zum Zwecke der Ermöglichung der Einsichtnahme durch den Bertheidiger dem Gerichte mitzutheilen, weil ein derartiges, die Bearbeitung der Sache hemmendes Eingreifen in die amtliche Thätigkeit der Staatsanwaltschaft auf den Gang des Verfahrens störend einzuwirken geeignet wäre, während nach §. 194 auch der Staatsanwaltschaft die Befugniß, die Akten der Voruntersuchung einzusehen, nur insoweit eingeräumt ist, als hiedurch das Verfahren nicht aufgehalten wird. (Beschluss vom 30. April 1884.)

§§. 270, 342, 369, 201 und 202 mit §§. 30 und 147 Abs. 1 Nr. 3 der Reichsgewerbeordnung. Auf eine vom Amtsanwalte gegen ein schöffengerichtliches Urtheil eingelegte Berufung ist die landgerichtliche Strafkammer nach Annahme der Unzuständigkeit des Schöffengerichtes zur Prüfung des Beweisergebnisses über die der Anklage zu Grunde liegende That und damit zur Einstellung des weiteren Verfahrens befugt.

Gegen einen solchen Ausspruch findet nur sofortige Beschwerde statt.

Der Gebrauch des Titels als Director einer magnetisch-therapeutischen Klinik muß nicht nothwendig den Glauben erwecken, der Inhaber dieser Klinik sei eine geprüfte Medizinalperson.

Der Ausspruch, daß das Strafverfahren nicht zu eröffnen sei, ist auf Grund der §§. 369 Abs. 3 und 270 der RStPO. erlassen, hat daher, obwohl auf die vom Amtsanwalte gegen das freisprechende erstrichterliche Urtheil eingelegte Berufung in Form eines Urtheiles ergangen, gemäß des allegirten §. 270 die Eigenschaft eines Beschlusses, gegen welchen nach §. 374 nicht Revision, sondern nur sofortige Beschwerde zulässig ist, als welche das eingelegte Rechtsmittel auch gewürdigt werden muß.

Die dem Angeklagten zur Last gelegte That bildet gemäß §. 1 Abs. 2 des RStGB. mit §. 2 des Reichspreßgesetzes ein durch die Presse verübtes, nach §. 6 des Einf.-Gesetzes zum GBGeseze und Art. 35 des Ausführungsgesetzes hiezu vom Schwurgerichte abzurtheilendes Vergehen aus §. 147 Abs. 1 Nr. 3 der Gewerbeordnung; es hat somit das Schöffengericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen und ist sein Urtheil mit Recht aufgehoben worden. In Folge dessen war aber die Sache nicht ohne weiteres zum Schwurgerichte zu verweisen,

sondern vielmehr vom Standpunkte eines über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Gerichts aus zu prüfen, ob die Voraussetzungen dazu im Sinne der §§. 201 und 202 der RStPD. mit der in §. 270 Abs. 2 bezeichneten Wirkung gegeben seien, wie dies in den Motiven zu §. 229 des Entwurfs und bei den Berathungen in der Justizkommission des Reichstages anerkannt worden ist, in dem die Motive besagen, daß das Gericht sich hier lediglich auf den Standpunkt desjenigen Richters, der über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt, zu stellen habe, und mit Rücksicht hierauf bei der Berathung der StPD. in der Justizkommission vom Regierungskommissär hervorgehoben wurde, daß im Falle das Gericht den Thatbestand eines Delicts, dessen Beurtheilung nicht zu seiner Zuständigkeit gehöre, annehme, zugleich aber zu der Ueberzeugung gelange, daß es an hinreichenden Verdachtsgründen zu einer Verweisung des Angeklagten vor das zuständige Gericht fehle, nicht auf Freisprechung zu erkennen, sondern ein Gerichtsbeschuß auf Einstellung des Verfahrens oder Außerverfolgungssetzung zu erlassen sei (Hahn, Materialien zur StPD. S. 213 u. 1369), sohin aber der Strafkammer die Befugniß zustand auf Grund der Annahme, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte That unter kein Strafgesetz falle, auszusprechen, es sei das Verfahren einzustellen.

Die in Nr. 341 der F-Zeitung enthaltene Anfündigung mit der Bezeichnung des Angeklagten als Direktor der magnetisch-therapeutischen Klinik erscheint nicht geeignet, den Glauben zu erwecken, daß der Inhaber dieser Klinik eine geprüfte Medizinalperson sei, weil durch diese Bezeichnung nichts weiter ausgedrückt wird, als daß derselbe als Vorstand einer Heilanstalt Kranke in Wohnung und Pflege habe,

welche er mittelst Magnetismus behandle, und nach §. 30 Abs. 1 der Gewerbe-Ordnung auch Personen, welche nicht geprüfte Medizinalpersonen sind, solche Heilanstalten besitzen können. (Beschluss vom 14. Februar 1884.)

§§. 271 und 360 Nr. 8. Gerichtliche Vernehmungsz- und Sitzungsprotokolle haben nur die Bestimmung, die treue Wiedergabe der treffenden Vorgänge, nicht aber die objektive Richtigkeit der hiebei aufgenommenen Erklärungen zu bezeugen; die Angabe eines falschen Namens zu so einem gerichtlichen Protokolle bildet daher kein Vergehen der Urkundenfälschung, sondern fällt unter §. 360 Nr. 8 des RStGB. (Beschluss vom 3. September 1884.)

§. 437. Die zwangsweise Beitreibung der einem Nebenkläger nach rechtskräftigem Strafurtheile von dem Verurtheilten zu ersetzenden Kosten und Auslagen hat in der nämlichen Weise zu geschehen, wie die Erwirkung des Ersatzes von Prozeßkosten durch den in einer Privatklagsache verurtheilten Gegner, weil dem Nebenkläger die Rechte des Privatklägers zustehen und demgemäß auch bezüglich der Kosten des Nebenklägers die §§. 98 u. 99 der Civilprozeßordnung in Anwendung zu kommen haben. (Beschluss vom 19. Januar 1884.)

(Fortsetzung folgt.)

---

Redakt.: R. v. Hettich in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke  
(Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

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

Inhalt: Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayer. Notariatsgesetzes v. 1861 (Fortsetzung.)  
— Mittheilungen aus der Rechtsprechung des königl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem Jahre 1881 (Beschlüsse.)

Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsges. v. 1861.

(Fortsetzung.)

VII. Es bestimmt nun Art. 19 des Notariatsgesetzes: „Vermögensinventare, sie mögen in Folge gesetzlicher Bestimmung oder eines richterlichen Beschlusses oder auf Antrag eines Betheiligten erforderlich sein, werden von den hiezu durch die Gerichte oder Betheiligten bestimmten Notaren errichtet.“ Dieser Artikel, dessen Vorbild im französischen Recht zu suchen ist (vgl. Wolja, die Gesetzgebung über das Notariat in der bayerischen Pfalz Bd. I S. 121—123 Nr. 113 bis 115) wurde in seinem jetzigen Wortlaute aus dem Entwurfe von 1851 in denjenigen von 1861 und aus letzterem in das Gesetz übernommen. Die Verhandlungen der gesetzgebenden Körper sowohl v. J. 1851,

Verh. d. R. d. A. Weil. Bd. I S. 22, 32, 34 Sp. 2, 202, 203, 225 Anhang Nr. 6, 227 Sp. 1; ferner Verh. d. R. d. R.-R. Weil. Bd. II S. 78, 81, 83, 165, 388—391,

als auch v. J. 1861.

Verh. d. R. d. A. 1859/61 Weil. Bd. V S. 219, 220, 230, 231 (Eingang der

Neue Folge Band XXX.

Motive) Beil. Bd. VI S. 170 Sp. 2 (zu Art. 30 u. 34), 181; Stenographische Berichte Bd. II S. 371, 381, 382; Verh. R. R.-R. 1859/61 Bd. II S. 426—431; Beil. Bd. III S. 107, 129,

ergeben, daß im Anschluß an Art. 11 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 des Not.-Ges. nur diejenigen Inventare, über welche eine öffentliche Urkunde zu errichten ist, durch Art. 19 getroffen werden wollten. Es sollte nur die bis dahin den Gerichten hinsichtlich der Vermögensinventare zugestandene Thätigkeit den Notaren überwiesen, neues Recht aber bezüglich der Fälle, in welchen ein gerichtliches, bezw. notarielles Inventar erforderlich wäre, nicht geschaffen werden und folgt dies auch aus Art. 30 Abs. 2 u. 34 Abs. 2 des Gesetzes, worin von dem „etwa erforderlichen Inventar“ gesprochen wird. Vgl. Zink, Komm. zu Art. 30 S. 149, 150 u. 152 Nr. 7. Uebrigens fehlt es in den Verhandlungen an jeglicher Andeutung, daß bezw. nach welchen Rechten ein einfaches Privatinventar die Wirkung eines öffentlichen sollte beanspruchen können. Der im J. 1851 von den Referenten beider Kammern angeführte Ausnahmefall, wenn Großjährige freiwillig ein Inventar machen wollen, ist mangels besonderer hieran geknüpfter Folgen offenbar bedeutungslos.

Die Verhandlungen lassen ferner keinen Zweifel, daß die Fassung des Ges. Art. 19 (werden — errichtet) einen befehlenden Sinn hat, was durch den Wortlaut des Art. 34 Abs. 2: „muß auch in diesem Falle durch einen Notar geschehen“ bestätigt wird.

VIII. Was das preussische Recht betrifft, so bestimmte das Erbschaftsbedikt vom 30. April 1765 (Bl. f. R. A. Bd. 5 S. 344), welches hinsichtlich des Erbrechts des überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des vorverstorbenen in Preußen noch gilt (Entsch. d. Reichsger. in Civils. Bd. V Nr. 85

§. 313—316), daß der Erbe ein Erbschafts-Inventarium nicht eher einzureichen habe, als bis ihm auf Antrag der Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer vom Richter eine Frist hiezu gesetzt würde oder wenn er, von einem Erbschaftsgläubiger belangt, gegen diesen die Rechtswohlthat des Inventars geltend machen wollte. Hievon abweichend verordnet das preussische Landrecht Thl. I Tit. 9 §. 423, 424, daß jeder Benefizialerbe binnen sechs Monaten oder unter Umständen innerhalb eines andern vom Richter zu bestimmenden Zeitraums nach dem Ablauf der gesetzlichen Erklärungsfrist, welche gemäß §. 384, 385 a. a. O. von erlangter Kenntniß des Erbschaftsanfalles an regelmäßig sechs Wochen, bei weiterer Entfernung drei Monate beträgt, ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß aufnehmen und gerichtlich, allenfalls versiegelt niederlegen muß, und hängt es nach §. 436 a. a. O. in der Regel von der Wahl des Erben ab, ob er das Inventarium gerichtlich aufnehmen lassen oder es selbst anfertigen wolle. Die Zulässigkeit eines gerichtlich niederzulegenden Privatinventars ist sohin im preussischen Landrecht grundsätzlich zwar anerkannt und ist dasselbe durch Art. 19 des Not.-Ges. unmittelbar nicht beseitigt (Zink, Komm. zu Art. 19 S. 122). Allein gerade gegen die Gefahr, den Gläubigern über die Kräfte der Erbschaft hinaus mit dem eigenen Vermögen haften zu müssen, bietet der durch das Landrecht geöffnete Weg des Privatinventars keineswegs den gleichen Schutz wie das gerichtliche bezw. notarielle Inventar, da der Erbe, welcher die für die gerichtliche Niederlegung des Inventars angeordneten Fristen versäumt oder dasselbe in unzulänglicher Weise, so daß dadurch die Ausmittelung der Beschaffenheit des Nachlasses unmöglich wird, anfertigt, der Rechtswohlthat verlustig wird. §§. 427, 434, 435, 439 a. a. O., Bl. f. N. A. Erg. Bd. IV

§. 280. Auch muß nach §. 440 jedes Privatinventarium auf Erfordern derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, von dem, welcher es aufgenommen hat, eidlich bestärkt werden, während solche Bestärkung des gerichtlichen Inventars nach §. 441 nur unter gewissen Voraussetzungen begehrt werden kann.

Der Benefizialerbe erlangt nur ein eingeschränktes Eigenthum des Nachlasses, muß den Erbschaftsgläubigern, wenn er sich der Rechtswohlthat gegen dieselben bedienen will, über den Nachlaß, die Verwaltung und Nutzungen desselben Rechenschaft ablegen, ist in der Verfügung über die zum Nachlaß gehörigen Grundstücke beschränkt, darf die Erbschaftsgläubiger nur nach ihrer gesetzlichen Rangordnung befriedigen und haftet im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses den geschädigten bevorzugten Gläubigern mit seinem eigenen Vermögen (§. 443—454 a. a. O., vgl. Bl. für R.:A. Bd. 31 S. 99, 107, Erg.-Bd. III S. 380). Zur Sicherung gegen dergleichen besorgliche Vertretung kann der Erbe auf Eröffnung des erbenschaftlichen Liquidationsprozesses antragen (§. 455, 456 a. a. O., vgl. Bl. f. R.:A. Bd. 34 S. 69—76), wie denn auch die Gläubiger bei bescheinigter Gefahr der Unzulänglichkeit des Nachlasses sofort auf Errichtung eines gerichtlichen Inventars dringen können (Preuß. Landrecht a. a. O. §. 437). Der die Ueberschuldung eines Nachlasses besorgende Erbe ist daher durch das Gesetz selbst zur gerichtlichen Nachlaßbehandlung gedrängt und ist die gerichtliche Hinterlegung von Privatinventarien in denjenigen bayerischen Gebietstheilen, in welchen das preussische Landrecht gilt, keineswegs in Uebung. Die gerichtliche Behandlung aller mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaften auch im Gebiete des preussischen Landrechts erschlen denn auch bei Erlassung des Gesetzes vom

29. April 1869 die Einführung der bayert. Prok.-O. betr. so selbstverständlich, daß sich unter dem vom erbschaftlichen Liquidationsprozeß handelnden Abschnitt III, 7 in Art. 50 die allgemeine Bestimmung findet: „Das Inventar über eine unter der Rechtswohlthat des Inventars, angetretene Erbschaft muß durch einen Notar errichtet werden.“ Diese Bestimmung ist zwar durch Art. 235 Nr. 2 des A.-G. d. N.-E.-P.-O. und Konf.-O. in Verbindung mit E.-G. d. N.-E.-P.-O. §. 15 Abs. 1 Nr. 3 aufgehoben und findet sich in Art. 151 des ersteren Gesetzes die etwas abweichende Bestimmung: „Daß für den erbschaftlichen Liquidationsprozeß erforderliche Inventar muß durch einen Notar errichtet werden.“ Eine sachliche Bedeutung wurde dieser Aenderung, wie es scheint, nicht beigelegt; wenigstens wurde ein Grund dafür nicht angegeben (vgl. Verh. d. R. d. A. 1878/79 Beil. Bd. V S. 178, 257), jedenfalls hat dieselbe für die Praxis keine Bedeutung.

IX. Die ausschließliche Zuständigkeit der Notare und die Unzuständigkeit der Verlassenschaftsgerichte zur Aufnahme öffentlicher Inventare steht hienach außer Zweifel (vgl. die Kommentare d. Not.-Ges. von Röhl §. 25 S. 83 und §. 35 S. 109 und von Zink zu Art. 11 und 19 S. 72 Nr. 17 und S. 122) und erstreckt sich die gemäß A.-G. d. N.-E.-P.-O. Art. 71 Abs. 1 und Bekanntm. v. 29. April 1881 die Beaufsichtigung der Amtsgerichte betr. §. 17 Abs. 1 (Just.-M.-Bl. S. 175) den Landgerichts-Präsidenten obliegende dienstliche Beaufsichtigung des Verlassenschaftswesens mit Recht darauf, daß die Vorschrift des Art. 19 des Not.-Ges. eingehalten wird. Es kommt nun aber in der Praxis häufig vor, daß nach der gerichtlichen Erklärung des bedingten Erbschaftsantrittes gebeten wird, den Aktieninhalt oder die zu Protokoll gemachten Angaben über

die Bestandtheile und den Werth des Nachlasses als Inventar gelten zu lassen, und daß diesem Ansinnen von den Verlassenschaftsgerichten entsprochen wird. In solchen Fällen liegt ein rechtsgiltiges Inventar überhaupt nicht vor und läßt sich keineswegs behaupten, daß der Verlassenschaftsrichter hier selbst das Inventar aufgenommen hätte. Es fragt sich nun, ob es dem Verlassenschaftsrichter stets als fehlerhafte Geschäftsführung angerechnet werden kann, wenn er nicht jedem bedingten Erbschaftsantritt ein notarielles Inventar folgen läßt.

Zunächst ist im Auge zu behalten, daß die Thätigkeit des Verlassenschaftsrichters zur nichtstreitigen Gerichtsbarkeit gehört. Wird also demjenigen, welcher sich der Rechtswohlthat des Inventars bedienen will, seine Eigenschaft als Erbe bestritten, so fehlt es dem Verlassenschaftsrichter an der Grundlage weiteren Vorgehens und ist ersterer wie mit seinen Ansprüchen überhaupt, so auch mit dem Verlangen der Inventur auf den Rechtsweg zu verweisen. Seufferts Arch. Bd. I S. 119 Nr. 112 und Sammlung bayern. oberstr. Entsch. Bd. VI S. 920 Nr. 350. — Ist aber die Erbeigenschaft desjenigen, welcher den bedingten Erbschaftsantritt erklärt hat, unbestritten, so dürfte zu unterscheiden sein, ob derselbe mit oder nach dem Tode des Erblassers die thatsächliche Verfügungsgewalt über den Nachlaß oder einen Theil desselben erlangt hat oder ob er niemals in die Lage gekommen war, über Nachlaßbestandtheile verfügen zu können, wie z. B. wenn diejenigen Personen, bei welchen der Erblasser in der letzten Zeit seines Lebens sich aufgehalten hat, die in ihrem Besitze befindlichen Gegenstände, welche der auftretende Erbe oder Miterbe als zum Nachlaß gehörig bezeichnet, als ihr ausschließliches Eigenthum beanspruchen oder kraft Erbvertrages, Abnährungsvertrages, Schenkung unter Lebenden oder von Todestwegen oder als Gläubiger

unter Ausschluß der Erben- oder Miterben allein an sich ziehen wollen oder wenn der Nachlaß bloß in einer Forderung besteht. Nur in den Fällen der ersten Art ist es nothwendig, dem bedingten Erbschaftsantritt entsprechend die Größe des Nachlasses durch notarielle Inventur festzustellen. Denn nur für diese Fälle wurde das Nachlaß-Inventar überhaupt eingeführt; es sollte ein Verzeichniß sein *super his rebus, quas defunctus moris tempore habebat* (const. 22 §. 2 Cod. 6, 30), weshalb auch das Gesetz von dem Erben regelmäßig innerhalb einer Frist von 90 Tagen, von der Zeit an, da ihm die Erbschaft kund geworden, den Beginn und die Vollendung des Inventars forderte, und ist in der That nach Ablauf längerer Zeit vom Tode des Erblassers an eine richtige Inventur geradezu unausführbar (Bl. f. R.:A. Bd. 38 S. 495).

Wie der Erbe, welcher nach Justinians Vorschrift das Inventar selbst errichten mußte, in dasselbe nur solche Gegenstände aufnehmen konnte, welche er im tatsächlichen Besitze hatte oder bezüglich deren er wenigstens nicht von Anderen von der Besichtigung und Verzeichnung ausgeschlossen wurde (vgl. Seufferts Archiv Bd. 23 S. 375 Nr. 237, Glück Pand. Thl. 41 §. 1471 Nr. 24, 25); so kann auch heutzutage der inventirende Notar nur an Stelle eines solchen Erben treten, bei welchem die nämlichen tatsächlichen Verhältnisse obwalten. Dem entsprechend wurde denn auch bereits vom Reichsgerichte anerkannt, daß die Aufnahme des Nachlassinventars eine wesentliche persönliche Mithilfe der betheiligten Erben voraussetzt (Bl. f. R.:A. Erg.:Bd. 4 S. 204), welche eben nur von demjenigen Erben in entsprechender Weise geleistet werden kann, der die Verfügungsgewalt über die zu verzeichnenden Gegenstände besitzt, was umsomehr in die Augen springt, als heutzutage mit jedem notariellen Inventar auch eine

Schätzung der verzeichneten Gegenstände zu verbinden ist. Gesch.-D. für die Notare §. 104; Zink, *z. Not.-Ges. Art. 19* S. 124. Vgl. auch bayer. Landr. Thl. III Kap. 3 §. 15 Nr. 8, wo bezüglich der Ansprüche der Notherben gesagt ist, daß das Vermögen, dessen unparteiliche Schätzung jeder Notherbe auf seine Kosten nach Nr. 9 a. a. D. begehren kann, nur geschätzt wird, wie es sich zur Zeit des Testators Tode befunden hat.

Diese Auffassung wird bestätigt durch §. 9 der const. 22 a. a. D., wonach der Erbe, welcher das Inventar errichtet hat, in jedem Falle vom Nachlasse wegnehmen und zurückbehalten kann, was er auf die Leichenkosten, die Verkündung des Testaments, die Errichtung des Inventars oder sonst nothwendigerweise im Interesse der Erbschaft ausgelegt hat. (Weiske, *Rechtalex.* Bb. I S. 914 Nr. 6). Uebereinstimmend bayer. Landr. Thl. III Kap. 1 §. 18 Nr. 10, vgl. auch Kap. 10 §. 19 Nr. 3.

Von demselben Standpunkte aus ist auch den Gläubigern und Vermächtnisnehmern in const. 22 §. 10 cit. der Nachweis vorbehalten, daß der auf den Erben gekommene Nachlaß größer gewesen sei, als ersterer im Inventare niedergeschrieben hat, und ist weiter bestimmt, daß der Erbe, wenn er überführt wird, von dem Nachlaß etwas verheimlicht oder bei Seite geschafft oder sonst weggenommen zu haben, verbunden ist, den doppelten Werth desselben zu ersetzen. Vgl. *Matthlä, Kontrov.-Lex.* Thl. II S. 54, 55 Nr. XXXIII und XXXIV, und *Holzschuher, Theorie und Kasuistik* Bb. II §. 182 Nr. 8 S. 931, 936, 937; *Glück, Pand.* Thl. 41 §. 1470 und Thl. 30 §. 1330 S. 201; *Bubdeus in Weiskes Rechtalex.* Bb. V S. 804 Nr. 50—53 und *Helmbach* das. Bb. I S. 911, 911 Nr. 13—16.

Dieser Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des vom Erben selbst aufgenommenen Inventars findet

in gleicher Weise statt gegen das notarielle Inventar, nachdem auch heutzutage der Notar nur an Stelle des Erben handelt, und ist demnach das Inventar keineswegs, wie Zink, Komm. z. Not.-Ges. Art. 19 S. 121 annimmt, eine Urkunde, welche vollen Beweis gegen Jedermann macht.

Mangels anderer Beweismittel konnten die Gläubiger und Vermächtnisnehmer gemäß cit. const. 22 §. 10 von dem Erben, welcher das Inventar errichtet hat, dessen eidliche Befräftigung verlangen und hat sich im Anschluß an die const. 22 §. 10 durch deren Ausdehnung auf verwandte Fälle der sog. Manifestationseid des gemeinen Rechts herausgebildet. Gerade bei diesem Eide besteht aber immer die Voraussetzung, daß der dazu Verpflichtete zu einer Sache im Besitzverhältnisse steht oder gestanden ist oder daß hiefür wenigstens Verdacht vorliegt. Vgl. über den Manifestationseid Bayer, Vorträge über den gem. Civilprozeß §. 276; Bayer. Landr. Thl. III Kap. I §. 18 Nr. 19, Ann. hiezu Nr. 13 d und e; Bayer. G.-D. v. 1753 Kap. 13 §. 5; G. d. R.-G. in Civilf. Bd. 8 Nr. 41 S. 165, Bd. 11 Nr. 41 S. 205, 206; Seufferts Archiv Bd. 34, S. 357 Nr. 248.

Es kann auch die hereditatis petitio nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher die Erbschaft oder dazu gehörige Sachen besitzt (Seuffert, Pand. §. 577 Abs. 2 und §. 580 Note 2a, Archiv Bd. 5 S. 41 Nr. 35, Bd. 12 S. 463 Nr. 346, Bd. 31 S. 439 Nr. 346, Bd. 33 S. 199 Nr. 142 und Bd. 38 S. 183 Nr. 141), und besteht für den Beklagten nur dann, wenn ihm der Besitz von Erbschaftsachen nachgewiesen ist, nach gem. Rechte die Verpflichtung zur Spezifikation derselben mittelst Errichtung eines auf Verlangen des Klägers eidlich zu bestärkenden Inventariums. Seuffert, Pand. §. 580 Nr. 2a a. Ende, Archiv Bd. 31 S. 68 Nr. 51

u. d. Urtheil d. R.=G. v. 4. November 1884 bei Blum, Urtheile und Annalen I Nr. 86 S. 139.

Bezüglich des jetzigen Rechtes über den Manifestationszeit vgl. A.=G. d. R.=G.=P.=D. u. Konf.=D. Art. 85.

Für das Gebiet des bayer. Landrechts ergibt sich die Richtigkeit des obigen Standpunktes auch daraus, daß dasselbe (Thl. III Kap. I §. 17 Nr. 1, 2 u. 11) die Errichtung des Inventariums an die dem römischen Rechte unbekannte Sperre und Obfignation der Verlassenschaften anschließt, und ist nach der Ansicht Kreittmayrs (Anm. zu Thl. III Kap. I §. 17 Nr. 5, i) letztere von solcher Wichtigkeit, daß ohne vorläufige Obfignation das Inventarium keinen Glauben verdienen, sondern als suspect gelten und der Erbe, wenn er selbst daran schuld ist, daß gar nicht oder nicht zeitlich genug gesperrt worden ist, die Rechtswohlthat des Inventars verlieren soll. Vgl. Seufferts Archiv Bd. 3 S. 395 Nr. 350 und Matthia, Kontrov.-Leg. Thl. II S. 49 Nr. XVII. Die Sperre und Versiegelung kann aber nur bei demjenigen Erben vorgenommen werden, bei welchem sich Nachlassgegenstände befinden. Von diesem Gesichtspunkte aus ist denn auch unter der Herrschaft des Landrechts von 1616, welches in seinem Titel 43 hinsichtlich der „Beschreibung verlassener Hab und Güter“ in der Hauptsache dem römischen Rechte folgte, von der altbayerischen Tagordnung von 1735 und gleichlautend von der oberpfälzischen Tagordnung von 1750 die Inventur bei Austrägern nur in jenen Fällen zugestanden worden, wo Vermögen hinterlassen würde und Kinder abwesend sich befinden (Mahr, Gen.=S. v. 1771 S. 67, v. 1784 Bd. II S. 1300, Hauser, Ztschr. für Reichs- und Landestr. Bd. V S. 270 Note 94), und allgemein äußert sich Kreittmayr (Anm. d. Landr. Thl. III Kap. 1 §. 18 Note 4g) dahin: „Ist gar kein Vermögen vorhan-

den, so cessirt das Inventarium von selbst, quod enim non est, describi non potest.“ Es wurde denn auch bereits anerkannt, daß die Unterlassung der Herstellung eines förmlichen Inventars da unschädlich ist, wo letztere nach den Umständen sich als unmöglich oder als rein überflüssig und zwecklos erweist. Vgl. Bl. für R.:A. Bd. 5 S. 327—329, 348, 349, Bd. 20 Erg.:Bl. S. 73, 74. Dies trifft aber immer dann zu, wenn der Erbe, welcher den bedingten Erbschaftsantritt erklärt, sich nicht im Besitz von Erbschaftsachen befindet. Gelangt ein solcher Erbe später gleichwohl in den Besitz der Erbschaft oder eines Theiles derselben, so wird das nachträglich Erlangte in Folge anderweltiger richterlicher Mitwirkung meist genau bestimmt sein und deshalb die Vermuthung nicht Platz greifen können, der betreffende Erbe habe sich weitere Nachlassgegenstände angeeignet oder er habe solche verheimlicht. Findet sich doch sogar aus Notariatskreisen die Anerkennung, daß es eine Anzahl von Fällen gibt, in denen die Aufnahme eines notariellen Inventars geradezu unverantwortlich wäre. Deutsche Not.:Zeitung Bd. 9 (1880) S. 331 unten, vgl. Bd. 2 (1873) S. 144. In solchen Fällen kann schließlich der Notar auch nichts anderes thun, als daß er die Erklärungen der Betheiligten wiederholt aufnimmt und seiner Urkunde den Namen Inventar gibt. Die Inventur soll aber eine „Erhebung des ganzen zu vertheilenden Nachlasses durch Augenschein und Hausdurchung“ sein (Bl. für R.:A. Bd. 26 S. 488). Sie muß auf persönlicher Aufnahme des Nachlasses an Ort und Stelle durch den amtitirenden Notar beruhen. Vgl. Reichs.:Not.:D. v. 1512 Art. 8, Kreittmayr, Ann. z. bayer. G.:D. v. 1753 Kap. II §. 6 Nr. d, Komm. z. Not.:Ges. von Zink, Einl. S. 25 Nr. 5 und 6, zu Art. 11 S. 68 Nr. 8 u. j. Art. 19 S. 123 und Sammlg. v. Entsch. d. bayer. Kass.:Hofes Bd. IV (1870)

§. 291—294. Ein notarielles Inventar, welches nur auf der Erklärung der Beteiligten beruht, aus welchen Gegenständen der Nachlaß bestehe, ist eben so wenig ein gültiges Inventar als eine Nachlaßspezifikation zu gerichtlichem Protokoll.  
(Fortsetzung folgt.)

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen aus dem Jahre 1884. (Beschlüsse).

(Fortsetzung.)

#### IV. Reichsgewerbeordnung.

§§. 30 und 147 Absf. 1 Nr. 3 f. §. 270 u. der StPrO.

§§. 135 Absf. 4; 139a. Daß Aufstecken von Spulen grobgesponnener Wolle oder Baumwolle an den Feinspinnmaschinen und die Reinigung des Plazes um die Maschinen stellt sich lediglich als eine eilfstündige Hilfeleistung bei dem Betriebe der Spinnmaschinen dar, weil das Aufstecken der Spulen das Spinnen der Maschinen ermöglicht und das Reinhalten des Plazes um diese die Beseitigung allenfallsiger Hindernisse des Betriebes derselben bezweckt; mit solchen Arbeiten dürfen daher jugendliche Arbeiter zwischen 14 und 16 Jahren nach Maßgabe der Ziff. II der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1879 (Z.-Bl. f. d. D. R. S. 362 in Baumwollspinnereien täglich eilf Stunden beschäftigt werden.

Dagegen erscheint die Betrauung eines solchen jugendlichen Arbeiters damit, die vollzählig gewordenen Strähne von den durch eine Maschinenvorrichtung in Bewegung gesetzten Haspeln abzunehmen, und die Bobinen, auf welchen sich das in den Feinspinnfäden gesponnene Garn befindet, durch neue zu

ersehen, als eine Nacharbeit und die eifftündige Verwendung eines solchen Arbeiters hiezu als strafbar, weil sich die Spindelmaschinen nicht als Spinnmaschinen darstellen, sondern lediglich das durch diese fertiggestellte Garn in die marktfähige Verpackungsform bringen, was als eine Nacharbeit erscheint, auf welche die Ausnahmsbestimmung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1879 keine Anwendung findet. (Beschluß vom 9. Januar 1884.)

**V. Reichsgesetz vom 14. Mai 1879, den Verkehr mit Nahrungsmitteln zc. betr.**

§. 12 Abs. 1 und 2. Zum Schmucke des menschlichen Körpers bestimmte künstliche Blumen stellen sich als Bekleidungsgegenstände dar, da unter solchen, wie aus der Entlehnungsgeschichte des Gesetzes hervorgeht (Verhandlungen des Deutschen Reichstages, II. Session 1878 Bd. III S. 799, Session 1879 Bd. IV S. 211), alle zur Bekleidung, wenn auch im weiteren Sinne, dienlichen Gegenstände zu verstehen sind. (Beschluß vom 17. Mai 1884.)

**VI. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.**

§. 7. Ein wenn auch aus Unlaß seiner Amtsthätigkeit bei einer gerichtlichen Verhandlung als Zeuge und Sachverständiger vernommener Gerichtsvollzieher hat lediglich auf die in dieser Gesetzesstelle festgesetzte Reiseentschädigung Anspruch, weil, wenn auch dem Gerichtsvollzieher die Eigenschaft eines öffentlichen Beamten zukommt (§. 155 des Ger.-Verf.-Ges.) und derselbe im gegebenen Falle als Zeuge über Umstände, von denen er in Ausübung seines Amtes Kenntniß erhalten hatte, und außerdem auch noch als Sachverständiger aus Veranlassung seines Amtes zugezogen wurde, doch §. 14 der Reichs-Gebühren-Ordnung, wornach in Fällen wie

der vorliegende öffentliche Beamte als Zeugen und Sachverständige statt der in dieser Gebühren-Ordnung bestimmten Entschädigung Tagegelber und Erstattung von Reisekosten nach Maßgabe der für Dienststreifen geltenden Vorschriften erhalten, auf den Gerichtsvollzieher nicht anwendbar ist, da bezüglich der Gerichtsvollzieher keine Vorschrift besteht, nach welcher dieselben für Dienststreifen Tagegelber und Erstattung von Reisekosten zu beanspruchen haben, die revidirte Reichs-Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vielmehr den Letzteren nur die in derselben bezeichneten für die Vornahme von Dienstgeschäften festgesetzten Gebühren sowie die in §. 17 vorgesehene Entschädigung für Reisen behufs Vornahme einer Amtshandlung gewährt, und im gegebenen Falle es sich nicht um eine von dem Gerichtsvollzieher vollzogene amtliche Handlung, sondern um seine beim Schwurgericht gepflogene Vernehmung als Zeuge und Sachverständiger handelt, sohin die dem Gerichtsvollzieher gebührende Entschädigung sich lediglich nach der Reichs-Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige bemißt, gemäß §. 7 dieser Gebührenordnung aber die Reiseentschädigung für den Gerichtsvollzieher im Erlaß der Auslage für ein Fahrbiilet II. Klasse, 10 Pfennig für den Weg zur Eisenbahn und zurück, und im Uebrigen in der Entschädigung für Zeitversäumniß, Aufwand und Uebernachten besteht. Beschluß vom 27. Februar 1884.

#### VII. Militärstrafprozeßordnung.

Art. 4 u. 9 in der Fassung des Gesetzes vom 28. April 1872. Eine bei einem bayerischen Militärgerichte anhängig gewordene strafrechtliche Untersuchung hat vor demselben auch dann ihre Erledigung zu finden, wenn der Angeklagte nach Verweisung und Ladung zur Hauptverhandlung in einen ande-

ren deutschen Bundesstaat zur Reserve beurlaubt worden ist.

Nach Art. 4 Ziff. II Nr. 3 der Militärstrafgerichtsordnung für das Königreich Bayern vom Jahre 1869 in der Fassung des Art. 89 des Gesetzes vom 28. April 1872 — Ges.-Bl. von 1871/72 S. 269 ff. — sind die zum Dienste präsenten Mannschaften des stehenden Heeres in Ansehung der gemeinen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen der Militärstrafgerichtsbarkeit unterworfen, gemäß Art. 9 Abs. 1 der Militärstrafgerichtsordnung aber ist das Strafverfahren auch nach dem Eintritte des Termines der Entlassung des Beschuldigten aus dem Militärverbände oder des Uebertrittes in eine der bürgerlichen Strafgerichtsbarkeit unterstellte Kategorie der bewaffneten Macht militärgerichtlich zu erledigen, wenn in der bei einem Militärgerichte anhängig gewordene Untersuchung auf Verweisung zur Hauptverhandlung erkannt worden ist.

Da nun in dem gegebenen Falle die Verweisung des N. zur Hauptverhandlung vor dem k. Militärbezirksgerichte und die Zustellung des Verweisungsbeschlusses mit Ladung an N. noch vor der Entlassung desselben aus der aktiven Armee erfolgt ist, so könnte nach dem Wortlaute des Gesetzes kein Zweifel bestehen, daß das Strafverfahren gegen N. vom fgl. Militärbezirksgerichte seiner Erledigung zuzuführen ist.

Die Entscheidungsgründe des Urtheils dieses Gerichtes vom 21. Oktober 1882 gehen nun aber auf die Genesis der Militärstrafgerichtsordnung zurück und folgen aus derselben, daß solche nur für das bayerische Heer, wie dasselbe nach den damaligen Bestimmungen des bayer. Wehrverfassungsgesetzes vom 30. Januar 1868 formirt gewesen, in Anwendung zu kommen habe, nach welchem Gesetze nur bayerische Unterthanen die Einreihung in das bayer. Heer gestattet gewesen sei. Allein die Unterscheidung

zwischen bayer. Staatsangehörigen und Angehörigen eines anderen deutschen Bundesstaates ist dem Art. 4 wie dem Art. 9 der Militärstrafgerichtsordnung fremd, beide Gesetzesstellen sprechen vielmehr so allgemein, daß nach bekanntem Rechtsgrundsatz auch der Richter einen Unterschied nicht machen darf.

Allerdings mag zugegeben werden, daß die unter der Herrschaft des bayer. Wehrverfassungsgesetzes von 1868 erlassene Militärstrafgerichtsordnung zunächst bloß dem bayer. Unterthauenverband angehörige Personen im Auge gehabt hat; allein, nachdem weder die die Militärstrafgerichtsordnung in mehreren Punkten modifizirenden Gesetze vom 28. April und 27. September 1872 — Bayer. Gesetz-Blatt von 1871/72 S. 269 und S. 421 ff. — noch auch das bayer. Ausführungsgesetz zur Reichsstrafprozessordnung vom 18. August 1879 Art. 77—83 an dem hier fraglichen Punkte eine Aenderung getroffen oder eine Einschränkung gemacht haben, obwohl solche nothwendig hätte eintreten müssen, wenn in Folge der nunmehr bestehenden, dem Gesetzgeber sicherlich gegenwärtig gewesenen Möglichkeit, daß auch Angehörige anderer deutschen Staaten in der bayerischen Armee ihrer Militär-Dienstpflicht genügen, eine Beschränkung der allgemein lautenden Bestimmung des Art. 9 a. a. O. auf Unterthauen des bayer. Staates beabsichtigt gewesen wäre, so muß die Annahme Platz greifen, daß die soeben angezogene Gesetzesbestimmung auch in dem Falle anzuwenden sei, wenn ein zum Dienste im stehenden Heere präsent der bayer. Staatsverbannde nicht angehöriger Angeschuldigter nach Verweisung zur Hauptverhandlung in einen anderen deutschen Bundesstaat zur Reserve beurlaubt worden ist. Beschluß v. 30. Jan. 1884.

---

Redakt: R. v. Fetting in Nürnberg. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Karl von Hettich †. — Anzeige. — Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayer. Notariatsgesetzes v. 1861. (Fortsetzung u. Schluß). — Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landobergerichts.

---

## Karl von Hettich †.

Am frühen Morgen des 2. November 1885 verschied der bisherige Herausgeber dieser Zeitschrift, Herr Karl v. Hettich, f. Senatspräsident am Oberlandesgerichte Nürnberg, a. D., Ritter des Civilverdienstordens der Bayerischen Krone und Ritter I. Klasse des Verdienstordens vom heil. Michael.

Hinter ihm lag ein Leben voll treuer Arbeit, voll ausgezeichnetster Leistungen, voll reicher Verdienste. Lange Jahre hindurch hatte der Verbliebene auch den Blättern für Rechtsanwendung fürsorgliche und fruchtbringende Thätigkeit zugewendet, anfänglich als Mitarbeiter, seit Januar 1872 als Mitredakteur neben Herrn Oberappellationsgerichts-Direktor Dr. v. Steppes, und nach dessen bald darauf eingetretenem Tode von Mitte Januar 1873 an als alleiniger Redakteur. Seine ausgezeichneten Eigenschaften, wie sich solche in dieser und anderer Thätigkeit bewährten, des Näheren zu schildern, würde dem schlichten Wiedersinne des Verstorbenen selbst nicht entsprechen. Wer Letzteren kannte, hat ihn auch ge-

Neue Folge Band XXX.

ehrt und geschätzt. Sein Andenken wird insbesondere auch immer hoch stehen unter den Freunden der von ihm mit wärmster Hingebung gepflegten Blätter für Rechtsanwendung.

### Anzeige.

An Stelle des verlebten Herrn Senatspräsidenten von Hettich übernahm ich auf Wunsch der verehrlichen Verlags-handlung die Redaktion der „Blätter für Rechtsanwendung“ und trete in dieser Funktion mit der heutigen Nummer zum Erstenmale vor die verehrlichen Herren Leser unserer Zeitschrift zu herzlichster Begrüßung.

Ich empfinde es als eine Ehre, die fernere Entwicklung eines Blattes leiten zu dürfen, welches durch halb ein halbes Jahrhundert für die Gestaltung der Rechtspflege in Bayern von mannigfachster Bedeutung gewesen ist und welches innerhalb so langer Zeit sich viele und treue Anhänger zu bewahren gewußt hat. Nicht minder durchdrungen bin ich aber auch von der Größe und inneren Schwierigkeit der mir gewordenen Aufgabe, die Blätter für Rechtsanwendung in jenem Geiste fortzuführen, in welchem sie elust von dem unvergeßlichen Johann Adam Seuffert gegründet, von schaffensstarken, geistvollen Männern wie Glück, Arnold, Lauf, Rosner und Anderen entwickelt, und von vielen schätzbarsten Mitarbeitern späterer Zeiten gepflegt wurden. Das den Blättern für Rechtsanwendung seit ihrem Bestande zu aller Zeit gesteckte Ziel, die Wissenschaft mit der Praxis in gegenseitiger Wechselbeziehung fruchtbringend zu verbinden, gewinnt wie an Bedeutung so auch an Schwierigkeit in einer Zeit, welche im Großen und Ganzen für das Rechtsgebiet unlängbar die Neigung zu einer gewissen literarischen Verflachung in sich trägt. Das Augenblicksbedürfnis unserer schnelllebigen Gegenwart erhebt allzu gebieterisch eigenartige Ansprüche an die Literatur und der mannigfach gegliederte Rechtsstoff selbst mehrt sich durch entschiedene legislatorische Ueberproduktion zu einem schwer zu bewältigenden Umfange. Um so dringlicher wird für ein auf jenes Ziel mit Ernst und

Consequenz hinstrebendes Blatt die Aufgabe, der geistigen Vertiefung in solch massenhaftem Rechtsstoffe ein ganz besonderes Augenmerk zuzuwenden. Auf der anderen Seite gilt es mir zugleich als eine selbstverständliche Pflicht unserer Blätter, dem literarischen Bedürfnisse auch in der Art gerecht zu werden, daß unsere geneigten Leser über die äußeren Erscheinungen des vaterländischen Rechtslebens fortbauend, wie man sagt, auf dem Laufenden erhalten werden. Meiner Seite soll es hiezu an schaffensfreudiger Hingebung nicht fehlen. Ich bedarf aber dabei auch der gütigen wohlwollenden Unterstützung aller juristischen Berufsgenossen, welche in der Lage sind, Bausteine zu liefern für ein Werk in dem vorgebadchten Geiste. Und deren sind ja hoch erfreulicher Weise so Viele in unserem lieben Vaterlande! Möchte Keiner zaudern mit gütiger Beihülfe, wann und wo immer sich dazu Gelegenheit bietet. Die Redaktion ist dankbar für jedes Zeichen hilfsbereiter Theilnahme. Namentlich den bewährten bisherigen Herren Mitarbeitern nahe ich mit der dringenden Bitte um Ihre fernere gütige Unterstützung, mir vorbehaltend, noch eigens denselben den Ausdruck dieses Anliegens in geziemender Form zukommen zu lassen. Unsere verehrten Herren Leser aber bitte ich ebenso um ferneres Wohlwollen, wie um gütige Nachsicht für alle und namentlich für die erste Zeit. Wenn auch gerade kein Neuling auf dem juristisch-literarischen Gebiete, bedarf ich doch erst spezieller Orientirung auf dem mir übergebenen Arbeitsfelde.

**Dr. Julius Staudinger.**

**Ueber die Rechtswohlthat des Inventars, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 19 des bayerischen Notariatsgef. v. 1861.**

(Fortsetzung und Schluß.)

X. Uebrigens hat das Notariats-Gesetz selbst, während in Art. 14, 16 und 18 die Gültigkeit der dort bezeichneten Rechtsgeschäfte ausdrücklich von der notariellen Form abhängig gemacht ist, die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Art. 19 mit

keinerlei Rechtsnachtheil bedroht und können die nach Civilrecht mit der Nichterrichtung eines Inventars verknüpften Nachtheile auch den besitzenden Erben nicht schon darum allein treffen, weil ein giltiges notarielles Inventar nicht vorliegt. Es hat dies seinen Grund in der Art der gerichtlichen Verlassenschaftsbehandlung.

Während nach dem bay. Landr. von 1616 Titel 43 Art. 1 und von 1756 Thl. III Kap. I §. 17 Nr. 3 die Todesfallanzeige an die Obrigkeit zunächst den Erben zur Pflicht gemacht war und nach preuß. Landr. Thl. II Tit. 18 §. 93—105, Tit. 7 §. 67 und Tit. 11 §. 478—480 sowie der preuß. Aemter-Instruktion für Ansbach und Bayreuth v. 11 Juni 1797 Tit. I §. 12 Abs. 2 Z. 1 (Arnold Bd. I S. 644) nur in den Fällen, in welchen der Verstorbene der Bevormundung bedürftige Angehörige hinterlassen hatte, für die Anzeige des Todesfalles an die Obrigkeit vorgesorgt war, daß gemeine Recht aber eine solche Anzeigepflicht überhaupt nicht kannte, wurde durch die B. vom 17. Mai 1818 die künftige Verfassung und Verwaltung der Gemeinden betr. §. 114 (Ges.-Bl. S. 90) in den Landgemeinden den Vorstehern zufolge der ihnen übertragenen Ortspolizei die Pflicht auferlegt, Todesfälle unter den Gemeindegliedern so gleich dem kompetenten Untergerichte anzuzeigen und nöthigenfalls für die unversehrte Erhaltung des Nachlasses Sorge zu tragen. Für die gleichfalls mit der Ortspolizei betrauten Magistrate der Städte und Märkte, bezgw. für die Polizeidirektionen der größeren Städte ergab sich die gleiche Verpflichtung aus den §§. 67—69 der obigen Verordnung in Verbindung mit der Instruktion der Polizei-Direktionen vom 24. September 1808 §. 28 (Reg.-Bl. S. 2515) und für München aus der B. v. 15. September 1818

§. 2 (G.:Bl. S. 575). Diese Verpflichtung wurde durch die Entschl. d. Min. d. Innern v. 26. Novem-  
ber 1866 (Just.:Min.:Bl. S. 351—355) näher  
geregelt und durch die dießrheinsche Gem.:D. vom  
29. April 1869 Art. 156 Abs. 5 und 6 aufrecht  
erhalten. Es wird demnach heutzutage jeder Todes-  
fall dem zuständigen Verlassenschaftsgerichte angezeigt  
und ist zunächst letzteres diejenige Behörde, bei wel-  
cher sich die Erben zu melden und ihre Erklärungen  
über Erbschaftsantritt u. s. w. abzugeben haben, wenn  
sie sich auch hiezu gemäß Not.:Ges. Art. 11 Abs. 3  
der Vermittelung eines Notars bedienen können. Der  
Notar wird mit einer Verlassenschaft immer erst be-  
sagt, wenn ihm die Verhandlungen, ganz oder theil-  
weise, von dem zunächst zuständigen Gerichte über-  
tragen sind. Not.:Ges. Art. 51. Dieß gilt auch  
für die Fälle der Art. 29 ff. und 35 des Not.:Ges.,  
da auch in diesen Fällen die Ueberweisung an den  
Notar davon abhängig ist, daß das Verlassenschafts-  
gericht, welchem auch in der Regel die letztwilligen  
Verfügungen zu übersenden sind (Not.:Ges. Art. 27,  
28), den Fall der Ueberweisung für gegeben erachtet.  
Die J.:M.:G. vom 2. Juni 1866 (J.:Min.:Bl.  
S. 134—137), welche gegen aufgetauchte Bedenken  
in der Ztschr. d. Anwaltvereins für Bayern Bd. X  
S. 268, 280 ff., 289 ff. vertheidigt wurde, hat es  
zwar als zulässig befunden, daß ein Notar, welcher in  
einem von ihm nach Art. 60 des Not.:Ges. aufge-  
nommenen offenen Testamente als Verlassenschafts-  
kommissär aufgestellt wurde, dieses Testament ohne  
weiteres selbst verkünde. Allein die in Art. 30 des  
Not.:G. vorgesehene Ueberweisung durch das Ver-  
lassenschaftsgericht wird auch in diesem Falle nicht  
zu umgehen sein. Bevor diese Ueberweisung erfolgt  
ist, kann der Notar mit der weiteren Verlassenschafts-  
behandlung, insbesondere der Aufnahme des Inventars

nicht vorgehen, und jedenfalls steht es in den von den Gerichten selbst behandelten Verlassenschaften den Betheiligten nicht zu, einen Notar unmittelbar um Aufnahme eines Inventars anzugehen. Vgl. B.-Instr. d. Not.-Ges. §. 103, 120—123; J.-M.-G. v. 8. Febr. 1865, J.-M.-Bl. S. 12—14; Komm. d. Not.-Ges. v. Zink zu Art. 30 S. 151, 152 Nr. 2 und 6, d. Art. 35 S. 158 und Dr. Roth's Zhl. III §. 387 Nr. 1, 2.

Hat der Erbe bei dem Verlassenschaftsgerichte oder Notar erklärt, daß er die Erbschaft nur mit der Rechtswohlthat des Inventars antrete, so hat er alles gethan, was er zu seiner Sicherung thun kann. Die weitere Verfügung steht dem Gerichte oder dem an dessen Stelle getretenen Notar zu und wenn ein Gericht aus Irrthum das Inventar selbst aufnehmen würde oder sich unstatthafterweise mit dem Akteninhalt oder einem Inventar zu gerichtlichem Protokoll begnügt oder wenn der Notar die Aufnahme des Inventars unterläßt, so kann dies dem Erben niemals soweit schaden, daß derselbe über den sonst nachweisbaren Bestand des Nachlasses für die Schulden zu haften hätte. Diese Umstände wirken für den Erben wie ein thatsächliches Hinderniß der Inventarerrichtung, welches schon nach römischem Recht von demselben nicht vertreten zu werden brauchte. Glück, Pand. Bd. 41 §. 1471 bei Note 24, 25; Matthiä, Kontrov.-Leg. Zhl. II S. 48 Z. XIV Präjudiz 1 Abs. 6; Seuffert's Arch. Bd. 19 Nr. 168 Z. 1 und 4 S. 268—270, Bd. 32 S. 195 Nr. 154, Bd. 35 S. 203 Nr. 139. So äußert sich auch Kreittmayr in den Anm. d. bayer. Landr. Zhl. III Kap. I §. 18 Nr. 11e: „Wenn die Obrigkeit selbst illegaliter hierunter verfährt, diese fremde Schuld kann natürlicher Weise der Erbe nicht büßen.“

Der Erbe könnte zwar gegen die Unterlassung notarieller Inventur Beschwerde ergreifen. Allein es darf ihm doch auch gewiß nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er im Vertrauen auf die Befehlskenntniß der mit der Behandlung der Verlassenschaften betrauten Behörden sich bei dem Verfahren derselben in jedem Falle beruhigt. Von diesem Standpunkte aus wurden denn auch bereits Nachlassspezifikationen zum gerichtlichen Protokolle zur Wahrung der Rechtswohlthat des Inventars oberstrichterlich für genügend erachtet. Bl. für R.-A. Bd. 31 S. 350—352; Entsch. d. R.-D.-G. Bd. 20 Nr. 24 S. 81—83.

Bezüglich der Minderjährigen hat übrigens schon das bayer. Landr. Thl. III Kap. I §. 18 Nr. 13 und 14 allgemein angeordnet, daß diesen die Unterlassung der Inventur nicht schädlich sein soll, wenn sie nur das an sich Gebrachte wieder erstatten und zum Inventarium bringen. Es ist dies nur eine Anwendung der allgemeinen Regel des bayer. Landr. Thl. I Kap. 7 §. 19 Nr. 8, wie denn auch nach gem. Recht gegen den durch Vater oder Vormund erklärten Antritt einer Erbschaft namens eines Minderjährigen Seitens des letzteren nach erreichter Großjährigkeit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt werden kann. Seuffert, Pand. §. 666 Nr. 3 und Archiv Bd. 30 S. 326 Nr. 223; Glück, Pand. Thl. 41 §. 1471 Nr. 23.

Außerdem bestimmt das bayer. Landr. in Thl. III Kap. 9 §. 10 Nr. 3, daß bei Fideikommissen das Recht auf den Abzug der Trebellianischen Quart Söhnen und Töchtern nicht verloren geht, auch wenn sie sich der Erbschaft ohne Inventur aumaßen und nach Kreittmayr Anm. zu Thl. III Kap. 6 §. 15 Nr. 3a und zu Kap. 1 §. 18 Nr. 9c soll sich dies auch auf die Falcidische Quart beziehen, wiewohl

dies im Pandrecht selbst Thl. III Kap. 6 §. 15 nicht ausdrücklich enthalten ist.

XI. Daß Inventar allein bietet übrigens den Nachlassgläubigern keine Sicherheit dafür, daß die darin verzeichneten Aktiven zu ihrer Befriedigung dienen werden und ihrem Zugriffendgiltig unterworfen sind. Vielmehr ist die Aufstellung der Nachlassbestandtheile im Inventar Seitens der Erben nur eine einseitige, widerrufliche. Es wurde dies bezüglich eines Lebensversicherungskapitals in einer zwar nach preuß. Pandrecht ergangenen, jedoch inhaltlich der Begründung auch anderweitig zutreffenden bayer. oberstrichterl. Entsch. ausdrücklich anerkannt. Sammlg. Bd. 9 S. 301—306 und Bl. f. R.-u. Bd. 47 S. 31, 32.

Andererseits hat auch die mit der Inventaristung verbundene Taxirung der Nachlassgegenstände keine höhere Bedeutung als die einer Information der Betheiligten und ist kein Nachlassgläubiger oder Vermächtnißnehmer verpflichtet, die Gegenstände in der Höhe der Taxe anzunehmen. Vgl. Entsch. d. R.-G. i. C.-S. Bd. 5 Nr. 52 S. 188—191; Bd. 8 Nr. 67 S. 269, Nr. 68 S. 275.

Auch eine Veräußerung von Erbschaftssachen Seitens des Erben brauchen die Nachlassgläubiger und Vermächtnißnehmer insoweit nicht gegen sich gelten zu lassen, als dieselbe etwa unentgeltlich oder unter dem wahren Sachwerthe erfolgt ist. Seufferts Archiv Bd. 31 S. 195 Nr. 152.

Wird der berufene Erbe von einem Gläubiger des Nachlasses verklagt und hat er entweder bereits mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten oder beabsichtigt er, dieses zu thun, so muß er sich im Wege der Einrede darauf berufen, um sich gemäß C.-P.-D. §. 695 den Vorbehalt im Urtheile

zu sichern. Hat der Erbe diesen Vorbehalt erlangt oder wird die Zwangsvollstreckung gegen den Erben eines bereits verurtheilten Schuldners begonnen, so ist es gleichwohl nicht der Gläubiger, welcher die Nachlassgegenstände aufzusuchen und zu bezeichnen hat. Vielmehr steht demselben der Angriff auf sämtliche im Besitze des Erben befindliche Vermögensgegenstände frei und bleibt die Rechtswohlthat des Inventars solange unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden, mit welchen derselbe jedoch gemäß C.-P.-O. §. 696 und 686 auf den Weg der Klage gedrängt ist. In dem Verfahren auf diese Klage muß sodann der Erbe die zum Nachlass gehörigen Gegenstände bezeichnen und nachweisen und erfolgt hierauf die Zwangsvollstreckung in dieselben ohne Rücksicht auf deren Schätzung im Inventar in gewöhnlicher Weise. Vgl. preuß. Landr. Thl. I Tit. 12 §. 336, 337. Abweichend hievon hatte die bayerr. Proz.-O. Art. 833 gegen die Erben mit der Rechtswohlthat des Inventars grundsätzlich und von vorne herein die Zwangsvollstreckung nur an dem vom Schuldner hinterlassenen Vermögen gestattet.

Vgl. zur C.-P.-O. §. 695, 696 die Begründung bei Hahn, Mat. Bd. I S. 443; 444 und Komm. von Wilmowski und Levy III Aufl. S. 824—826; Seuffert II Aufl. S. 826, 827; Struckmann und Koch IV Aufl. S. 744—746; Entsch. d. R.-G. in C.-G. Bd. 1 S. 98 Nr. 41.

Wenn auch dem Benefizialerben grundsätzlich das Recht zusteht, die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer in der Ordnung, in welcher sie sich melden, zu befrledigen (Seuffert, Pand. §. 572 Note 14 und Windscheib, Pand. §. 606 Note 11), so ist dies

für denselben immerhin nicht ohne Gefahr. Vgl. hierüber Seufferts Archiv Bd. 9 S. 64 Nr. 50 und Bd. 19 Nr. 168 Z. 4. S. 270, Bd. 25 S. 378 Nr. 247. Bei angezeigter Ueberschuldung eines Nachlasses dürfte es daher im Interesse sowohl der Gläubiger als der Erben gelegen sein, möglichst rasch gemäß R.:D. §. 202—205 das Konkursverfahren herbeizuführen. Vgl. Preuß. Landr. Ehl. I Tit. 12 §. 362 und 363.

Eine bevorzugte Stellung nimmt der Fiskus, an welchen ein erbloser Nachlaß gelangt, im gemeinen Rechte ein, indem derselbe nach der herrschenden Ansicht auch ohne Inventarserrichtung für die Schulden des Erblassers stets nur bis zum Betrage des aktiven Vermögens haftet. Windscheid, Pand. § 622 Note 3, Seuffert, Pand. § 563 Note 9, Entsch. d. R.:G. i. C.:S. Bd. 7 Nr. 49.

XII. Auch bei den Universalfideikommissen, welche sich nach §. 109 des Ediktes über die Familienfideikomnisse v. 26. Mai 1818 (vgl. Bl. f. R.:A. Bd. 34 S. 289—297) in Bayern allgemein nicht weiter als auf einen Substituten erstrecken können, ist dem Fiduziar bei Herausgabe der Erbschaft der Abzug der sog. trebellianischen Quart nur dann gestattet, wenn er über den Nachlaß ein rechtsgiltiges Inventar errichtet hat. Windscheid, Pand. §. 666 Note 8, §. 606 Note 18, §. 634 Note 10, §. 651 Note 3; Seuffert, Pand. §. 643 Note 12.

Gleiches gilt nach bayer. Landr. Ehl. III Kap. I §. 18 Nr. 10 fünftens und Kap. 9 §. 8. Im Kap. 9 §. 6 Nr. 10 spricht das Gesetz zwar nur vom Inventarium schlechtweg und bemerkt Kreittmayr in den Anm. hiezu Nr. 7, daß ein inventarium solenne hiebei eben nicht, sondern nur eine summarische

Beschreibung erfordert werde. Allein im §. 18 Nr. 10 a. a. O sind die daselbst aufgezählten Wirkungen und Freiheiten ausdrücklich an die Errichtung eines förmlichen Inventariums geknüpft, weshalb die Ansicht Kreittmayr's vor dem klaren Wortlaute des Gesetzes wohl zurücktreten muß.

Dagegen wurde bezüglich der Geschlechts- oder Familien-Fideikommiſſe in Tbl. III Kap. 10 §. 12 Nr. 5 dem Fideikommiſſinhaber nur die Verpflichtung auferlegt, gleich bei der Gutübernahme ein legales Inventarium oder eine summarische Beschreibung darüber zu fertigen, und zwar nach Kreittmayr Anm. hiezü Note 3a ungeachtet solches vielleicht a fideicommittente selbst nachgesehen worden, weil sich dergleichen nur de inventario solenni, nicht aber de summaria specificatione versteht. Vgl. Anm. z. Tbl. III Kap. I §. 18 Note 3d. Auch in Kap. 10 §. 18 a. a. O. ist dem Fideikommiſſeſſer, welcher zur Deckung von Fideikommiſſſchulden die Substanz des Fideikommiſſes angegriffen hat, gestattet, entweder durch das Inventarium oder sonst in anderweg glaublich darzuthun, daß keine andern vom Fideikommiſſentem herrührenden Allodialgüter mehr vorhanden oder wenigstens nicht erflehtlich sind.

Die Geschlechts- oder Familienfideikommiſſe wurden zwar durch das Edikt vom 28. Juli 1808 §. 69 (Reg.-Bl. Tbl. II S. 2043) und die allerk. B. v. 5. Dezember 1808 (das. S. 2887) vgl. mit dem Edikt v. 22. Dezember 1811 §. 1—14 (Reg.-Bl. 1812 S. 8 ff.) allgemein aufgehoben. Allein auch das geltende Edikt über die Familien-Fideikommiſſe v. 26. Mai 1818, Beil. VII zur B.-U. §. 6, 8 und 43 Nr. 1 vgl. mit §. 4 des Ges. vom 11. September 1825 (Ges.-Bl. S. 34) und §. 8 Abs. 1 und 3 der Vollz.-Instr. v. 3. März 1857 (Reg.-Bl.

§. 258, 259) begnügt sich mit einem ordentlichen gehörigen Verzeichniß der zum Fideikommiß gehörigen Sachen, ohne eine besondere Form der Errichtung dafür vorzuschreiben.

Prinzipiell sollte nach gemeinem Rechte auch der Vater bei Auszeigung des mütterlichen Erbtheils seiner leiblichen Kinder, dessen Verwaltung ohne Rechnungsstellung ihm eingeräumt ist, zufolge der den Kindern obliegenden reverentia paterna (const. 8 §. 4 Cod. 6, 61) von der Errichtung eines förmlichen Inventars befreit sein (Glück, Pand. Thl. 14 §. 909 Note 72 und Thl. 30 §. 1331 Note 27, Seufferts Archiv Bd. 4 Nr. 61). Allein in diesem Punkte ist das gemeine Recht zumeist durch die Partikularrechte ausgeschlossen und lassen diese nicht alle gleich dem Hohenloheschen Landrechte (Weber Bd. II Abth. 1 §. 268 § 190 Nr. 1) den natürlichen Grundsatz gelten, daß die Kinder kein Mißtrauen gegen die leiblichen Aeltern haben dürfen. Vgl. Rosenkrantz, Pflegschaftswesen § 30 u. 31.

Das bayer. Landrecht theilt zwar in seiner Regel den Standpunkt des gemeinen Rechts. Thl. III Kap. I § 17 Nr. 9, Thl. II Kap. 9 § 6 Nr. 7 und Thl. I Kap. 6 § 37. Allein die an ersterer Stelle beigefügten Ausnahmen sind nach der Gestaltung des täglichen Lebens von der Art, daß wenigstens für den Stand der Grundbesitzer die Ausnahmen zur Regel geworden sind. Vgl. über die Ausnahmen Kreittmahr, Anm. z. Landr. Thl. III Kap. I § 17 Note 5, e; Dr. Roth Thl. I § 54 Note 7. Nachdem endlich vom bayer. obersten L.-G. neuerlich (Sammlung Bd. X S. 268—270) ausgesprochen wurde, die Bestimmung des bayer. Landrechtes, daß auf Absterben der Ehefrau bei Lebzeiten des Ehemannes keine Inventur vorgenommen werden soll, finde nach Festsetzung allgemeiner Güter-

gemeinschaft zwischen den Eheleuten keine Anwendung und zwar auch dann nicht, wenn der Wittwer mit seinen Kindern diese Gütergemeinschaft fortsetzen will, und nachdem hiemit die hierüber bestehende Streitfrage (Bl. f. RA. Bd. 26 S. 487—493, Bd. 43 S. 100—103 und Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht von Hauser Bd. V S. 259—275) bis auf weiteres entschieden ist, so ist das Gebiet der praktischen Anwendbarkeit der landrechtlichen Regel erheblich eingeschränkt.

Die Betrachtung dieses ganzen mit veraltetem Stoffe angehäuften Rechtsgebietes führt übrigens zu dem unabweißlichen Schlusse, daß eine klare gesetzliche Ordnung dieser Rechtsverhältnisse zu einem dringenden Bedürfnisse geworden ist, wobei der Wunsch nicht unterdrückt werden kann, daß der Gesetzgeber im Einklange mit der Mahnung eines gewiegten praktischen Juristen (Arnold, Erörterungen aus dem Rechtsgebiete Nr. III S. 103 und Nr. XX S. 491 Abs. 2 a. E.) das Maß der obrigkeitlichen Bevormundung auf das nothwendigste beschränken möge.

Wenn insbesondere bereits die Erhaltung der Familienfideikomnisse auch ohne ein öffentliches Inventar mit Recht als gesichert erachtet wurde, so dürfte die Aufwerfung der Frage gestattet sein, ob es nicht an der Zeit wäre, in Verlassenschaftssachen überhaupt die Herrschaft des aufgedrungenen obrigkeitlichen Inventars einzudämmen. Auch von letzterem gilt, was Dr. Weber in seiner Abhandlung über das künftige eheliche Güterrecht von dem Heiraths-Inventar sagt: „Der Inventurzwang ist dem deutschen Volkscharakter im höchsten Grade antipathisch.“ (Deutsche Notariats-Zeitung Bd. XI 1882 S. 228). Es wird thatsächlich in vielen Fällen nicht ohne Grund das Inventar keineswegs als Wohlthat, sondern als unnöthige Last empfunden.

Auch dürfte sich kaum in Abrede stellen lassen, daß die Theilung der Zuständigkeiten zwischen Gericht und Notar der allgemeinen Forderung eines möglichst einfachen Geschäftsganges widerspricht, durch die Natur der Sache nicht geboten ist, häufig die Kosten vermehrt und in Verlassenschafts- und den damit zusammenhängenden Pflegschaftsachen bereits die Quelle mancher Unzuträglichkeiten geworden ist. In richtiger Würdigung der Sachlage hat denn auch schon Reichsrath von Maurer in seinem Vortrage vom 15. April 1851 zu den Art. 26, 27 und 29 des damaligen Entwurfs des Notariats-Gesetzes, welche den Art. 27, 28 und 30 des Gesetzes der Hauptsache nach entsprechen, unendlich bedauert, daß die Behandlung der Verlassenschaften noch in der bisherigen Weise durch die Gerichte besorgt werden soll, und zugleich der Hoffnung und dem Wunsche Ausdruck gegeben, daß es auch in dieser Beziehung recht bald zu einer neuen sehr heilsamen Reform kommen möge (Verh. d. R. v. R.-R. 1851 Beil. Bd. II S. 83). Der diesem Wunsche zu Grunde liegende Gedanke, daß die Behandlung der Verlassenschaften in Eine Hand gehöre, ist sicher werth, bei Schaffung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs berücksichtigt zu werden. Möge dasselbe auch die Frage des obrigkeitlichen Inventars in einer den Bedürfnissen des Lebens entsprechenden Weise lösen.

Utting, Landgerichtsrath.

## Uebersicht über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayern. obersten Landesgerichts.

### Civilrecht.

**Familienrecht.** Ehescheidung unter Israeliten. Es ist unbestritten, daß auch nach der mosaischen Gesetzgebung in ihrer dormalen zur Anwendung kommenden Umgestaltung als s. g. talmudisch-rabbinisches Recht die Ehegatten ihre eheliche Verbindung nicht eigenmächtig auflösen können, sondern daß die Scheidung vom Gerichte vollzogen werden muß.

vgl. Hirsch-Fagel, daß mosaisch-rabbinische Civilrecht §. 92.

Die Klagspartei erkennt diesen Grundsatz selbst dadurch an, daß sie den Vollzug der gewünschten Scheidung durch Erhebung der Klage bei dem ordentlichen Civilrichter beantragt hat. Unstatthast ist hiernach eine Auflösung der Ehe durch beiderseitiges Einverständnis der Ehegatten ohne Intervention des Gerichts, wie etwa bei einem anderen zweiseitigen Vertrage nach dem Grundsatz des *mutuus dissensus*.

Vgl. Fagel a. a. O. §. 102 in. not.

In dem angefochtenen Urtheile ist die Frage, ob überhaupt beiderseitiges Einverständnis der Ehegatten einen zureichenden Ehescheidungsgrund bilden könne, offen gelassen worden. Dagegen wird im Einverständnis mit dem Erstrichter daran festgehalten, daß nur die bei Gericht abgegebene Erklärung eines solchen Einverständnisses die Auflösung der Ehe überhaupt herbeizuführen im Stande ist.

Diese Annahme muß entschieden gebilligt werden, denn, selbst wenn man auch von der Anschauung ausgeht, daß nach heutiger Gestaltung der Rechtsverhältnisse der jüdischen Ehe die Scheidung einer solchen Ehe dann, wenn beide Theile sich dazu ver-

stehen, von dem Berichte gestattet werden müsse, so müßte doch als unerläßliche Voraussetzung gefordert werden, daß eine solche Uebereinstimmung von den Betheiligten vor dem, die Folge derselben auszusprechen berufenen Richter auch erklärt wird; daß also eine solche Uebereinstimmung in dem Zeitpunkte besteht, in welchem der Richter auf Grund der vor ihm erklärten beiderseitigen Einwilligung zum Ausspruche einer dadurch rechtlich begründeten Auflösung des Ehebandes schreitet.

Daß hier ein solches Einverständnis zu dem bezeichneten Zeitpunkte nicht bestand, folgt aus dem ablehnenden Verhalten des Beklagten auf die gestellte Klage hin. Eine allenfalls vorher einmal bestandene Einwilligung ist für das Gericht, wenn sie vor demselben nicht mehr erklärt werden will, völlig unbehelflich und kann durch seinen Ausspruch der nunmehr fehlende Konsens, selbst wenn derselbe früher vorhanden gewesen sein sollte, in keinem Falle mit richterlichem Zwange herbeigeführt, d. h. durch den Richterspruch supplirt werden.

Vgl. auch Bl. f. N. N. Bd. XIV, S. 400.

Die das Wesen dieser Art der Ehetrennung bildende „Freiwilligkeit“ der Betheiligten duldet keinen Zwang, herbeigeführt durch richterliches Urtheil.

Urtheil v. 25. Juni 1885 Reg.-Nr. I 46/85.

Redaktionsadresse:

München, Sonnenstraße 7/3 r.

Redakt.: Dr. Julius Staudinger in München. Verl.: Palm & Ente (Carl Ente) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Die Uebernahme der Hypothekschulden. — Mittheilungen über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landesgerichts. — Zur Rottg.

---

## „Die Uebernahme der Hypothekschulden.“

Eine Replik von Landgerichtsrath Radtkofer\*).

### I.

Die Bekämpfung, welche meine Schrift über die Haftung des Drittbefizers durch den Aufsatz des Hrn.

---

- \*) Auf den Gegenartikel, welchen Hr. Prof. Regelsberger in Nr. 11 f. des heutigen Jahrgangs unseres Blattes wider die obengedachte Schrift des Herrn Landgerichtsraths Radtkofer veröffentlichte, gebührt letzterem selbstverständlich nochmals das Wort zur Entgegnung. Wir eröffnen Herrn Landgerichtsrath Radtkofer dasselbe um so lieber, als die von ihm einer geistvollen Erörterung unterzogene Frage practisch hochbedeutsam ist und jedenfalls durchaus nicht so einfach und klar liegt, wie die Vertreter der bisherigen Praxis es gerne darstellen. Die Frage dürfte auch ihr letztes Entwicklungsstadium noch nicht beschrritten haben. Zwar hat das Oberste Landesgericht in seinem auf S. 381 f. unseres Blattes abgedruckten Urtheile vom 9. Juli 1885 die bisherige Auffassung neuerdings bestätigt. Dagegen liegt der Kammer der Abgeordneten eben wieder ein abermaliger, auf Klärung der Frage hinielender legislativer Antrag vor, dessen Schicksal noch nicht abzusehen ist. Auch die Revision der Subhastationsordnung dürfte Anlaß geben, auf die Frage legislativ zurückzukommen.
- Die Redaktion.

Neue Folge Band XXX.

Professor Dr. Regelsberger in diesen Blättern gefunden hat, erweckte in mir trotz der Energie des Angriffs ein Gefühl der Genugthuung. Nicht deshalb, weil Regelsberger in die Aeußerungen des Tadelß manches Wort der Anerkennung einflocht, sondern weil auch er die schreienden Mißstände, die mir die Feder in die Hand drückten, nicht verkennt, und weil es mir einmal gelungen, eine eingehende Begründung der herrschenden Gesetzesauslegung zu veranlassen, welche alle Seiten der Frage behandelt und welche — dafür bürgt der Name ihres Verfassers — durch Besseres wohl nicht überboten werden wird. Und doch fand ich keinen Grund, die Flinte in's Korn zu werfen und gestatte mir daher, den Einwendungen Regelsbergers zu entgegnen.

Gleich zu Beginn seines Aufsatzes behandelt derselbe mit einer abfälligen Kritik des vom Gesetze gebrauchten Ausdruckes „dritter Besizer“ die Frage der Passivlegitimation zur hypothekarischen Klage. Ich glaube zwar nicht, daß dieses geschieht, um durch Diskreditirung des Begriffs „Besizer“ meinen diesem Worte entnommenen Argumenten den Boden unsicher zu machen. Es wäre dieß auch ein verfehltes Beginnen. Denn mag hinter dem „Besizer“ stecken, was da wolle, der Unterschied zwischen dem derzeitigen und dem ehemaligen Besizer und die Berechtigung der Frage, ob Das, was für den ersteren vorgeschrieben ist, auch für den letzteren gilt, könnte damit nicht beseitigt werden.

Es scheint mir aber aus dem Umstande, daß der Verfasser des bayr. Hypothekengesetzes die Hypothekensklage nach dem Vorbilde der *actio hyp.* des bayr. Landrechts geformt und auf eine selbstständige Regelung der Passivlegitimation verzichtet hat<sup>1)</sup>, hervor-

1) Mönners Kommentar I S. 416 Note \*.

zugehen, daß der Possessor des Bayr. Landrechts d. h. derjenige, welcher die Pfandsache animo rem sibi habendi besitzt<sup>2)</sup>, auch nach dem Hypothekengesetze passiv zur Hypothekarklage legitimirt ist. Eine andere Frage ist, ob nicht mit Rücksicht auf den bezüglichen Eintrag im Hyp.-Buche auch ein Nichtbesitzer als Besitzer zu gelten habe — eine Frage, welche für die Auslegung des §. 56 d. H.-G. nicht von maßgebender Bedeutung ist, und deren Erörterung mich hier zu weit führen würde<sup>3)</sup>).

Jedenfalls aber ist es nicht gerechtfertigt, wenn R. die Passivlegitimation auf den Eigenthümer und gutgläubigen Besitzer beschränkt. Diese Einschränkung wird doch wohl nicht mit dem in §. 54 des Hypothekengesetzes gebrauchten Ausdrucke „redlicher Besitz“ zusammenhängen? Wie ich bereits in meiner Schrift S. 15 ff. nachgewiesen habe, ist der „redliche Besitzer“ der §§. 54 und 56 l. c. nicht derjenige, welcher die Pfandsache in Unkenntniß des fremden Eigenthums, sondern der, welcher sie in Unkenntniß der hypothekarischen Belastung erwarb. Es ergibt sich dieß speziell für §. 54 daraus, daß v. Gönner in seinem Vortrage an den Staatsrath hiezu bemerkte, der dritte Besitzer könne sich wegen der Publizität nicht mit der Unwissenheit entschuldigen, und daß derselbe in seinem Commentare<sup>4)</sup> den §. 54 l. c. mit als ein Beispiel der Verwerthung des Oeffentlichkeitsprinzipes aufführt, während er für

- 2) L.-R. Thl. II Kap. V §. 2 und Anmerkungen hiezu lit. a.
- 3) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten findet sich bei Ortenau Kommentar zur Subhastationsordnung Art. 21.
- 4) Ob. I S. 275. Die Unstellbarkeit der act. hyp. gegen den „redlichen Besitzer“ ist hienach eine Folge des in §. 25 Abs. 2 des H.-G. ausgesprochenen Grundsatzes.

die Eigenthumsfrage dieses Prinzip als belanglos bezeichnet<sup>5)</sup>.

Auch die Behauptung, daß der Eigenthümer, selbst wenn er weder besitze, noch als solcher eingetragen ist, mit der Hypothekarklage belangt werden kann, scheint mir noch des Beweises zu bedürfen, denn die von Regelsberger<sup>6)</sup> in Bezug genommene Bemerkung Simons im Archiv f. civ. Pr. Bd. 41 S. 52 Note 46 bezieht sich, wie ihr Gesamttinhalt unzweifelhaft ergibt, nur auf den in den öffentlichen Büchern eingetragenen Eigenthümer.

Daß endlich für das bayr. Hypothekengesetz die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze hinsichtlich der Statthastigkeit dinglicher Klagen gegen den fictus possessor nicht obsolet geworden sind, beweist der Umstand, daß v. Gönner auf l. 16 §. 3 D. 20. 1 ausdrücklich Bezug nimmt<sup>7)</sup>.

## II.

Die Ausführungen in meiner Schrift über die Rechtslage, in welche sich nach den Bestimmungen des Bayr. Landrechts der Erwerber einer hypothekbelasteten Sache bei Kenntniß dieser Belastung versetzte, hat Regelsberger im allgemeinen ebenso wenig zu widerlegen versucht, wie meine Behauptung, daß in dieser Materie das damals geltende Recht des codex Maximilianeus auf die Gestaltung des bayr. Hypothekengesetzes von Einfluß war<sup>8)</sup>. Wohl aber

5) Komm. Bd. I S. 279 Nr. 4 u. 5, S. 452 §. II Nr. 1.

6) Lehrbuch d. Hyp.-Rechts §. 79 Note 3.

7) Komm. Bd. I S. 452 Note (§. 4 statt §. 3 beruht offenbar auf einem Versehen).

8) Da v. Gönner (Komm. S. 44) auf das Bayr. Landrecht v. 1616 und dessen Kommentator Baron Schmid Bezug nimmt, wird zu erwähnen sein, daß nach demselben (Tit. 15 Art. 6 u. Komm. Nr. 11 ff.) der verkaufende

bezeichnet N. es speziell als meinen Grundfehler, daß ich die Schuldübernahme des §. 56 mit der landrechtlichen Bestimmung betreffs der Wissenschaft vom Pfande in geschichtliche Beziehung gebracht habe und zwar erstens deshalb, weil die Wissenschaft vom Pfande nur den Ausschluß des benef. excussionis bewirkt hätte und zweitens, weil sie durch die Wirkungen des Oeffentlichkeitsprinzips bedeutungslos geworden sei.

Der zweite Grund bedarf kaum einer eingehenden Widerlegung. Hat die altrömische fiducia aufgehört die Mutter des späteren Pfandrechtes zu sein, seit sie in der Gesetzgebung Justinians keinen Platz mehr gefunden hatte? Hinsichtlich des ersteren Grundes aber möchte ich den Ausführungen meiner Schrift (S. 8 ff.) noch folgendes beifügen. In dem mehrfach von mir in Bezug genommenen Aufsatze, den v. Gönner zur Zeit der Abfassung des Entwurfs zum Hypothekengesetze in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. II veröffentlichte, hebt derselbe (S. 135 u. 138) es als den vom bayr. U. R. Thl. II R. 6 §. 20 N. 1 behandelten Fall (des Ausschlusses des benef. exc.) hervor „wenn der Besizer beim Erwerbe der verpfändeten Sache von der Hypothek Wissenschaft und in die Uebernahme der Schuld gewilligt hat“ und als den entgegen-

---

Debitor den Gläubiger zu vernachrichten, der Käufer aber demselben zu bescheinigen hatte, daß er die Hypothekschulden (das mit der Sache auf ihn übergehende onus) auf sich genommen (in se suscipiat) und daß der Debitor (Hauptschuldner) und das Pfand ohne Neuerung auch fernerhin verhaftet bleiben. Hiemit war für die gegen den Käufer gerichtete Klage „aufs Pfand“ (vindicatio rei obligatae) die Einrede der Vorausklage beseitigt. Deutlicher konnte es nicht ausgedrückt werden, daß das „suscipere debitum“ mit der Liberirung des debitor nichts zu thun hatte.

gesetzten Fall „wenn er die Sache an sich brachte ohne Uebernahme der Hypothekschuld und ohne von ihr Wissenschaft zu haben“. Gerade an jenen ersten Fall aber knüpft v. Bönnert (S. 139 ff.) eine Erörterung über die persönliche Haftung des Besitzers an!

In seinem Commentare ferner<sup>9)</sup> behandelt derselbe die Frage, warum das Hypothekengesetz die persönliche Haftung des Besitzers mit seinem übrigen Vermögen nicht an die Wissenschaft von der Hypothek geknüpft habe. Hierzu wäre aber keine Veranlassung vorgelegen, wenn jene Haftung und diese Wissenschaft nicht früher in einer Wechselbeziehung gestanden hätten.

Regelsberger vermag nicht in Abrede zu stellen, daß der ausgesprochene Zweck des Hypothekengesetzes die Förderung des Realcredites war<sup>10)</sup>, und da der nächste Weg zu diesem Ziele war, für den Gläubiger die Möglichkeit, zu seinem Gelde zu kommen, durch Verschärfung der Zahlungspflicht des Pfandbesizers<sup>11)</sup> zu erhöhen, drängt sich die Annahme auf, daß die Kreirung der persönlichen Haftung des Drittbesizers ein Schritt auf diesem Wege war. Trotzdem glaubt Regelsberger behaupten und beweisen zu können, daß hierbei ein anderer Zweck, nämlich die Unterstützung der Bestrebungen der verschuldeten Grundbesizer, durch Verkauf der verpfändeten Anwesen ihrer Schulden los zu werden, verfolgt worden sei. Er illustriert an einem Beispiele die wirtschaftlichen Beziehungen, welche sich bei Veräußerung eines hypothekirten Gutes zwischen Käufer und Verkäufer er-

9) Bb. I S. 453 N. 2.

10) Vgl. die Eingangsworte des Gesetzes, dann v. Bönnerts Komm. S. VI, 56 u. 74.

11) Die Zahlung, welche der Pfandbesizer aus seinem übrigen Vermögen leistet, kann als Reliquation des Pfandwertes aufgefaßt und so zum Realcredite in Beziehung gebracht werden.

gäben, bemerkt, daß zur Zeit der Erlassung des *H.-G.* die seit langem auf den Gütern lastenden Schulden drückend geworden seien und daß lebhaftes Bedürfnis nach Ueberwälzung erzeugt hätten, erläutert, daß die Verkäufer, um diesem ihrem Bedürfnisse Rechnung zu tragen, faute de mieux den Weg einschlugen, sich von den Käufern Liberirung von der Schuld und endgiltige Uebernahme derselben versprechen zu lassen, und kommt zu dem Schlusse, der *§. 56* des *H.-G.* sei, wie die Worte des Kommentators v. *Ödner* ersehen ließen, bestimmt gewesen, diesen Weg zu ebnen und die Steine des Anstoßes zu entfernen, welche die Engherzigkeit der romanistischen Jurisprudenz darauf gestreut<sup>12)</sup>.

Nach dieser Entstehungsgeschichte des *§. 56* l. c. wären nicht die Rufe der geldbedürftigen Grundbesitzer nach Erweiterung ihres Realkredits, sondern die Seufzer der ehemaligen Grundbesitzer über die ihnen verbliebene persönliche Schuldnerschaft zu den Ohren des Gesetzgebers gedrungen und hätten seinem Munde das freie Wort jener Gesetzbestimmung entlockt.

### III.

Ich wende mich vorerst zu dem von *Regelsberger* konstruirten Beispiele eines Kaufvertrags. Dasselbe

---

12) Diese Darstellung des *Regelsberger'schen* Gedankenganges wird, wie ich hoffe, richtig sein. Insbesondere glaubte ich aus seinen allerdings etwas behnbaren Worten (auf Seite 167 u. 168 je in der Mitte und Seite 172 unten) zu entnehmen, daß er als die Willensmeinung (materielle Vertragsabsicht) der Partheien ansieht, der Käufer habe die Schuldbefreiung des Verkäufers selbst herbeizuführen, nicht bloß ihren Eintritt ihm zu garantiren. So wollte auch der Entwurf eines bayr. Obligationenrechtes Art. 159 jeden Schuldübernehmer zur Liberirung des alten Schuldners verpflichten.

gibt m. E. die gegenseitige wirthschaftliche Stellung der Kontrahenten und die hieraus entstehenden Vertragstentionen nicht richtig wieder.

Ich weiß nicht, ob K. u. B. (Käufer u. Verkäufer) als so wohl situirte Leute wohl gedacht sind, daß ersterem nichts darauf ankommt, außer den 34000 M. noch weitere 12000 M. auf den Tisch zu legen und dem letzteren nichts, die Schuld zu 12000 M. behufs hypothekfreier Tradition sofort wegzufertigen. Gewöhnlich liegt nämlich die Sache so, daß das konkrete Geschäft ohne Uebernahme der Hypothekschuld gar nicht abgewickelt werden könnte: Die 12000 M. könnte K. erst bezahlen, wenn er nach hypothekfreier Tradition die Summe anderweit auf das Objekt entlehnt hätte, B. aber könnte seinen Gläubiger erst befriedigen, sobald er die (von hypothekfreier Tradition abhängige) Bezahlung seitens des K. empfangen hätte.

Jedenfalls aber verhandeln B. und K. nicht erst nach endgiltiger Vereinbarung des Kaufschillings über die Hypothekübernahme als eine bloße Modalität der Kaufschillingsberichtigung. Diese Uebernahme bildet vielmehr von Anfang einen integrierenden Bestandtheil der Unterhandlungen und ist ihrerseits für die Festsetzung des Kaufpreises von maßgebender Bedeutung. K. will eine entsprechende Rente aus seinem in das Geschäft zu steckenden Kapitale, er faßt die mehr oder minder große Gefahr baldigen Fälligwerdens der Schuld zu 12000 M. gebührend ins Auge und übersieht keineswegs den Unterschied, der beispielsweise in einer 4prozentigen Verzinsung gegenüber einer 5prozentigen gelegen ist. Steht die Fälligkeit der 4% Schuld nicht in naher Aussicht und ist anderen Falls die Ersetzung der 5% durch eine 4prozentige nicht leicht möglich oder mit Spesen verbunden, welche die Zinnersparniß mehrerer Jahre aufwiegen würden, so bedeutet ein solcher Unterschied im Zinsfuße für K. eine Differenz von beiläufig

2000 M. im Werthe des Kaufobjektes, welcher Unterschied natürlich durch die Höhe des bewilligten Kaufpreises entsprechend ausgeglichen wird. Die schließliche Redaktion der Kaufverträge gibt über derartige Dinge allerdings keinen Aufschluß. Besezt, es handelte sich um ein Ewiggeldkapital von 12000 M., so würden in der Kaufsurkunde, wäre die Gilt ein 4% oder eine 5prozentige, einfach wieder 12000 M. an der Kaufsumme in Abzug gebracht, obwohl diese Gilt für K., wenn dieser mit 4% kalkulirt, in dem letzteren Falle einen um 2400 M. höheren Sollposten bildet als in dem ersteren; und wenn ein Annuitätenkapital von 12000 M. in Frage stünde, so bliebe bei Unbekanntheit des ziffermäßigen Betrages der bereits erfolgten Abzahlung diese außer Ansatz, d. h. es würden wieder die 12000 M. am Kaufschillinge abgezogen. Dieß geschieht aber nicht, weil derartige Dinge den Kontrahenten gleichgiltig wären, sondern weil sie durch verhältnißmäßige Regulirung des Kaufpreises bereits ihre Ausgleichung gefunden haben. Andererseits würde ein das Kaufsobjekt belastender Nießbrauch, welcher nach seiner restigen Dauer für K. nach und nach einen Gesamtrentenverlust von 12000 M. involvirte, nicht zum Abzuge dieser Aufschlagssumme von dem Kaufschillinge zu 46000 M., sondern gleich zur Festsetzung desselben auf 34000 M. führen.

In all' diesen Fällen fühlt sich K. in gleicher Weise keinen Augenblick als Schuldner der 12000 M. Er betrachtet insbesondere den Abzug dieser Summe von dem deklarirten Kaufschillinge nicht als Einräumung eines Vortheils, den er mit einer Gegenleistung wett zu machen hätte, sondern als sein gutes Recht. Denn die Verpfändung der Sache durch B. für ein Darlehen von 12000 M. war (wirthschaftlich gesprochen) die Veräußerung des entsprechenden Ausbruchs aus dem Sachwerthe an den Gläu-

biger<sup>13)</sup> und dem B. für diesen in das Vermögen des Gläubigers übergegangenen Werththeil einen Gegenwerth zu geben bezw. zu versprechen, hieße für K. etwas bezahlen, was er nicht bekommt. Wenn man durchaus nach einer Gegenleistung des K. für solche Kürzung des Kaufschillinges suchen will, so hat man sie nicht in einem problematischen Liberierungsversprechen, sondern darin zu finden, daß K. den B. von dessen Pflicht liberirt, hypothekfrei zu tradiren.

Hienach bleibt es ein unberechtigtes Beginnen, wenn man zwischen den Zeilen solcher Kaufverträge das vertragmäßige Versprechen des K., einerseits den B. unter allen Umständen von seiner Schuld zu befreien und andererseits dem Gläubiger sich zeitlich unbeschränkt zu verhaften, herauslesen will. Verträge, welche, wie fraglicher Liberierungsvertrag, nicht eine konkrete Leistung, sondern die Herbeiführung einer rechtlichen Wirkung zum Gegenstande haben, stehen ohnehin in dem Verdachte, nicht auf dem Markte, sondern in der Studirstube geboren zu sein, und wenn unsere Notare Veranlassung hätten, jeden Käufer zu fragen, ob er mit Uebernahme einer Hypothek in solcher Ausdehnung sich dem B. und dessen Gläubiger verpflichten wolle — sie würden wohl ein ausnahmsloses „nein“ zur Antwort erhalten.

(Fortsetzung folgt.)

---

13) Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft III S. 48 ff. und derselbe, nationalökonomisch = civilistische Studien S. 60.

## Mittheilungen aus der Rechtsprechung des bayerischen Obersten Landesgerichts.

### Civilrecht.

**Obligationen- und Hypothekenrecht.** Eintritt des zahlenden Bürgen in die Rechte des Gläubigers. — Wirkungen der Uebernahme eines Hypothekkapitals in Bezug auf die Hauptschuld und die hypothekarische Kreditfaution. Nach dem Bayer. Lbr. Thl. IV, Kap. 10, §. 14, Ziff. 1 und 6 gebührt jedem Bürgen der Regreß an den Hauptschuldner zur Schadloshaltung für Alles, was er der Bürgschaft halber an dem Kapital bezahlt oder als Schaden erlitten hat. Dabei hat er das *beneficium cedendarum actionum* nicht nöthig, sondern kann den Regreß suchen, ohne daß ihm von dem Creditor die Action vorläufig abgetreten werden muß. Diese Regreßfrage ist nach §. 18, Nr. 2 und 3 a. a. O. die *actio mandati contraria* oder *ex negotiorum gestione*. Der Gläubiger ist jedoch verpflichtet, seine Rechte dem Bürgen zu cediren, wenn dieser vor oder bei der Zahlung es verlangt, weil es für denselben vortheilhaft sein kann, mehrere Mittel zu haben, um dasjenige wieder zu verlangen, was er wegen der Bürgschaft bezahlt hat.

Nach §. 18 Nr. 1 a. a. O. muß der mit einer Hypothek versehene Gläubiger diese dem zahlenden Bürgen abtreten. Eine erst nach der Zahlung erfolgte Cession ist rechtswirksam, wenn sie bei der Zahlung bedungen oder ein Vorbehalt derselben gemacht worden ist.

Schmidt, Komm. ad jus municipale Bavaricum, Bd. 2 lit. 14 Art. 3 S. 870 und 871,

Sintenis, Civil-Recht, Aufl. 2 Bd. 2 S. 832,

Bangerow, Lehrb. der Pand. Aufl. 6  
Bb. 3 S. 124 Note 5.

Bl. f. R. V. Bb. 25 S. 124 Anm. 31 u. 32.

In dem angefochtenen Urtheil ist als bewiesen thatsächlich festgestellt, daß der Kläger als Bürge vor und bei der Zahlung der Wechsel einen ausdrücklichen Vorbehalt hinsichtlich der Abtretung der Forderung und der hiesfür bestellten hypothekarischen Kaution gemacht und diese Abtretung als Bedingung der Zahlung verlangt hat. Die Forderung ist daher durch die Zahlung des Bürgen, welche nach L. 36 D. 46, 1 gleichsam als Forderungskauf betrachtet wird, nicht erloschen und die Cession derselben von Seite des Gläubigers mit allen Rechten, insbesondere der hypothekarischen Kreditkaution an den Kläger rechtswirksam.

Nach dem Uebergabövertrage vom 19. Februar 1879 ist der Beklagte in Ausweisung des Uebergabepreises bezüglich sämtlicher, auf dem Anwesen eingetragenen Hypothekkapitalien und namentlich hinsichtlich der Kreditkaution in alle Verpflichtungen eingetreten, welche bisher den Uebergebern oblagen.

Die den Uebergebern obgelegene Verbindlichkeit hinsichtlich der Kaution bestand nicht bloß in der dinglichen, sondern auch in der persönlichen Haftung für die Forderungen, für welche die Kaution bestellt wurde. Indem nun der Beklagte, wie erwähnt, in Ausweisung des Kaufschlusses in alle Verbindlichkeiten der Uebergeber eintrat, ist er folgeweise auch in deren persönliche Verpflichtung hinsichtlich dieser Forderung eingetreten.

Für die persönliche Haftungspflicht des Erwerbers eines Hypothekobjektes ist es rechtlich ohne Belang, ob bei dessen Veräußerung die Zustimmung des Hypothekgläubigers zu der Uebernahme der Hypothekschuld durch den neuen Erwerber des Hypothekobjektes ausdrücklich erklärt wurde oder nicht, da nach §. 56 des Hyp.=Ges. die Uebernahme von

Schulden zur persönlichen Vertretung, gegenüber dem Gläubiger auch ohne des Letzteren Mitwirkung durch einen zwischen dem vorigen und neuen Besitzer vereinbarten Vertrag rechtsgiltig erfolgen kann.

Bönnert, Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. 1 S. 454—456.

Samml. v. Entsch. des obersten Landesgerichts in Gegenständen des Civ.-R. u. Civ.-Proz. Bd. 9 S. 53.

Urth. v. 3. Juli 1885 Reg.-Nr. I 54/85.

Persönliche Haftung als Folge der Uebernahme einer Hypothekenschuld. Das Oberste Landesgericht sprach sich hierüber neuestenß wie folgt aus: Revisionskläger behauptet, nach der Vorschrift des Hypothekengesetzes in §. 56 sei auch die persönliche Haftung des Schuldübernehmers an die Voraussetzung geknüpft, daß der Letztere das als Unterpfand einer übernommenen Schuld bestellte Gut noch zur eigenen freien Verfügung besitze.

Dieser allerdings in einer besonderen Monographie \*) neuerdings vertretenen, aber anderseits auch bereits auf dem Gebiete der Theorie wieder bekämpften (Bl. f. R. Bd. 50 S. 161 ff.) Ansicht kann nicht beigetreten werden. Gemäß §§. 54 und 56 des Hyp.-Ges. haftet der Eigenthümer, sowie jeder redliche Erwerber eines Guts, wenn er die auf demselben eingetragenen Hypotheken und vorgemerkten Forderungen nicht besonders zur Heimzahlung übernommen hat, hiefür allerdings nur mit dem verpfändeten Gute und kann sich der Zahlungspflicht

\*) Otto Mablhofer, I. Landgerichtsrath in München: Die Haftung des dritten Besitzers nach dem bayr. Hypothekengesetz. München 1885. Vgl. hiezu die bestimmenden Erörterungen von Brinz in der kritischen Vierteljahrschrift, N. F. Bd. VIII Heft 3 S. 419.

einfach dadurch ent schlagen, daß er den Gläubigern das hypothekirte Gut abtritt.

In einem solchen Falle der nicht erklärten Schuldübernahme zu persönlicher Haftung mit dem übrigen Vermögen ist somit der Klagenspruch des Gläubigers nothwendig an die thatsächliche Voraussetzung geknüpft, daß der zur einfachen Gutabtretung bezugte Beklagte zur Zeit der Klageerhebung das redlich erworbene Hypothekenobjekt noch zu seiner eigenen freien Verfügung besitze.

Hat der Erwerber dagegen die Schuld, für welche das Gut als Unterpfand bestellt ist, zur Verzinsung und dereinstigen Heimzahlung laut seiner Erwerbserkunde besonders übernommen, so kann er hiefür mit einer persönlichen Klage belangt werden, und haftet gemäß §. 56 des Hyp.=Ges. als persönlicher Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen, ohne daß das Gesetz in diesem Falle unterscheidet, beziehungsweise darauf Werth legt, ob der persönlich haftende Schuldner inzwischen den Besitz des in seinen Händen befindlichen gewesenen Unterpfandes in gutem Glauben aufgegeben habe oder nicht. Derselbe haftet eben in Folge der Schuldübernahme als persönlicher Schuldner mit seinem gesammten Vermögen gemäß Gesetzesvorschrift, so lange der Gläubiger noch nicht befriedigt oder sonst das persönliche Schuldverhältniß nicht rechtlicher Ordnung gemäß wieder aufgelöst ist.

Nun ist aber im vorliegenden Falle thatsächlich festgestellt, daß der mit der persönlichen Klage aus §. 56 des Hyp.=Ges. von dem legitimirten Rechtsnachfolger des ursprünglichen Darlehensgläubigers belangte H. von den Darlehensempfängern und Hypothekenbestellern K. und M. H. aus Anlaß käuflicher Erwerbung ihres verhypothekirten Anwesens vermöge notariellen Vertrags in Abrechnung am Gutskaufpreise jene Darlehensforderung zur ferneren Verzinsung und seinerzeitigen Heim-

zahlung besonders übernommen hat, und daß diese Darlehensschuld insbesondere auch nicht aus dem beim Zwangsverkaufe erzielten Kaufpreise ganz oder wenigstens theilweise getilgt wurde. Aus dieser Konstatirung ergibt sich zugleich, daß die besondere Schuldübernahme durch den Gutskäufer und die Fortdauer der persönlichen Haftung für das ursprüngliche Darlehenskapital keineswegs auf die Zeit eingeschränkt worden ist, während welcher sich der neu hinzugetretene Schuldner im Besitze des als Unterpfaud bestellten Guts befindet, so daß er mit dem Akte der Entäußerung des Unterpfaudes auch gleichzeitig wieder des persönlichen Obligationverhältnisses entbunden sein sollte.

Einer Genehmigung der besonderen Schuldübernahme bedurfte es von Seite des Darlehensgläubigers deshalb nicht, weil Letzterem auch ohne sein Zutun durch die zwischen den Darlehensempfängern und deren Gegencontrahenten H. zu seinen, des Darlehers, Gunsten getroffene Vertragsbestimmung kumulativer Schuldübernahme ein persönliches Klagerrecht erzeugt, beziehungsweise erworben wurde.

Es stimmen übrigens auch Doktrin und Praxis dahin überein, daß die Haftung eines Gutserwerbers für die bei diesem Erwerbe besonders übernommenen Schulden seines Vorgängers mit seinem übrigen Vermögen nicht schon durch den Uebergang des als Unterpfaud für die Schuldforderungen bestellten Gutes in andere Hände von selbst und von Gesetzeswegen wieder in Wegfall komme.

Önners Kommentar zum Hyp.-Ges. Bd. I  
S. 454 Z. 4;

Regelsberger, Hyp.-Recht §§. 92 u. 93;  
Oberstrichterl. Entsch. in den Bl. f.  
R. Bd. 26 S. 417, Bd. 28 S. 336,  
Bd. 33 S. 105, Bd. 42 S. 339, Bd. 44  
S. 10, B. 46 S. 40, Bd. 48 S. 270;  
dann in der Samml. v. Entsch. Bd. VII

§. 69—71, VIII §. 252, IX §. 53, X §. 98, verglichen mit den reichsgerichtlichen Entsch. Bd. I §. 117 und Bd. VII §. 255.

Neue überzeugende Gründe, welche das Revisionsgericht bestimmen könnten, von der bisherigen Rechtsprechung im vorliegenden Falle abzugehen, vermochte der Vertreter des Revisionsklägers nicht vorzuführen, weshalb im Hinblick auf Tsl. I c. 2 §. 14 Nr. 3 des Bayer. Landrechts an derselben festzuhalten war. Urth. v. 9. Juli 1885, Reg.-Nr. I 64/85.

(Fortsetzung folgt.)

### Zur gefälligen Notiz!

Die Redaktion betrachtet es als eine Hauptaufgabe der Blätter für Rechtsanwendung, die Mittheilungen über Ergebnisse der Rechtsprechung den verehrten Lesern möglichst rasch nach Fällung der bezüglichen Urtheile, Beschlüsse etc. zu übermitteln, um damit das sich bietende Material für die Bedürfnisse der Praxis rechtzeitig zugänglich zu machen.

Zur Ermöglichung dessen erscheint es als nothwendig, verschiedene schon länger vorliegende Manuscripte durch Abdruck in einigen dem heurigen Jahrgange beizugebenden Ergänzungsnummern zur Erledigung zu bringen. Solche Ergänzungsnummern, deren Bezug jedem Herrn Abonnenten völlig freigestellt ist, werden sechs und zwar, wenn irgend möglich, noch vor Neujahr 1886 ausgegeben werden, um mit dem nächsten Bande thunlichst aufs Laufende zu kommen. Der Fortgang des im Erscheinen begriffenen, hauptsächlich für Mittheilungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bestimmten eigenen fünften Ergänzungsbandes wird dadurch nicht beeinträchtigt oder aufgehalten werden.

Red. u. Verl. d. Bl. f. Rechtsanwendung.

Redaktionsadresse:

München, Sonnenstraße 7/3 r.

Redakt.: Dr. Julius Staudinger in München. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern.

---

**Inhalt:** Die Uebernahme der Hypothekschulden. — Mittheilungen über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landesgerichts. —

---

## „Die Uebernahme der Hypothekschulden.“

Eine Replik von Landgerichtsrath Rablhofer.

(Fortsetzung.)

### IV.

Zur Zeit der Erlassung des Bayr. Hypothekengesetzes mochte das Gewand, in welches zünftige Juristen den Partheiwillen kleideten, faltreicher geworden sein als früher<sup>14)</sup>, der Wille selbst und die ihm zu Grund liegenden wirtschaftlichen Beziehungen waren dieselben wie jetzt und wie Jahrhunderte vorher. Damals wie unter der Herrschaft des Landes

---

14) Aus den Briefprotokollen des Münchener Grundbuchs ist zu ersehen, daß früher in den Kaufverträgen der auf den betreffenden Anwesen lastenden Ewiggilten gar keine Erwähnung geschah; daß dann in den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts die Form sich einbürgerte, die Ewiggeld- und Hypothekkapitalien, ohne ihre Uebernahme durch den Käufer besonders hervorzuheben, einfach an der Kaufsumme abzuziehen, endlich daß zu Anfang dieses Jahrhunderts die Formel gang und gäbe wurde: Käufer übernimmt die Ewiggeld- und Hypothekkapitalien zu . . . fl. um der weiteren Verzinsung oder Heimbezahlung willen, sine novatione prioris juris et hypothecae.

Neue Folge Band XXX.

rechts von 1616 befanden sich die Käufer — wie Regelsberger selbst anerkennt — Dank der Engherzigkeit der romanistischen Jurisprudenz in der glücklichen Lage, nach bona fide bethätigtem Verkaufe der mit der Hypothek belasteten Sache von dem Gläubiger nicht mehr behelligt werden zu können, damals wie früher pflegten die Erwerber der Pfandsache lediglich das derselben anhaftende onus zu übernehmen, um sich bei Weiterveräußerung der res obligata in der Vertretung derselben von ihren Nachmännern ablösen zu lassen. Und plötzlich, auf den einseitigen Wunsch der Veräußerer, welche sich von der ihnen verbleibenden Haftung des Darlehensnehmers bedrückt fühlten, sollen sie sich dazu bequemt haben, neben ihren Vormännern und neben ihren Nachmännern persönliche Schuldner zu werden und zu bleiben? Und dieß soll sich vollzogen haben ohne in den Kaufverträgen zum Ausdruck zu gelangen? Gerade wenn die Grundbesitzer damals in Noth sich befanden, wäre eine solche einschneidende Veränderung des Rechtsverkehrs erst recht unbegreiflich. Die Noth versetzt den Verkäufer bekanntlich am allerwenigsten in die Lage, sich vom Käufer besonders günstige Bedingungen zu erhandeln<sup>15)</sup>.

Wenn mich aber nicht Alles täuscht, so kommt Regelsberger, indem er einerseits der Hypothekübernahme einen solchen Inhalt vindicirt und andererseits betont, daß B. und K. der rechtsirrthümlichen Uebersetzung sind, der jetzige Verkauf entbinde den Ersteren und der künftige den Letzteren der Schuld, mit sich selbst in Widerstreit. Wie kann der Verkäufer, in dem Wahne befangen, daß er in Folge des Verkaufs der Sache, an welcher die Schuld

15) In der Regel wird bei Immobiliargeschäften der Verkäufer eher in der Lage sein, sich den Bedingungen des Käufers fügen zu müssen, als umgekehrt.

bleibt, bezw. in Folge der Uebnahme der letzteren durch den Käufer bereits frei sei, sich gelegentlich dieser Uebnahme von N. versprechen lassen, daß dieser ihn erst frei mache? Siehe dieß nicht, sich das Eintreten einer offenen Thüre paktiren? Und wie kann der Käufer, welcher nach seinerzeitigem Weiterverkaufe des Gutes in gleicher Weise seiner Schuld ledig zu sein glaubt, für diese spätere Zeit Schuldner werden wollen? Kann man vernünftiger Weise werden wollen, was man nicht sein will?

Dasjenige also, was Regelsberger über die Entstehung der kritischen Vorschrift des §. 56 l. c. erzählt, scheint mir aus doppeltem Grunde nicht geeignet zu sein, meine gegentheilige Darstellung zu widerlegen. Einmal weil nicht bewiesen werden konnte, daß der Verkehr selbst in der „unvollständigen Delegation“ ein Halbfabrikat der juristischen Webkunst geschaffen habe, dessen Zettel das unbedingte Versprechen des Käufers, den Verkäufer zu liberiren, und dessen Einschlag der Wille, zeitlich unbeschränkt Schuldner des Gläubigers zu werden, gewesen wäre. Zweitens aber deshalb, weil durch den Hinweis auf die Bemerkungen v. Gönners über die „unvollständige Delegation“ nicht bewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber, gerade um dieses Halbfabrikat marktgängig zu machen, die fragliche Bestimmung getroffen habe<sup>16)</sup>.

16) Die unvollständige Delegation war bei uns nie zu einem stehenden Kunstausdruck für einen in seinem positiven Inhalte individualisirten Vertrag geworden und N. hat keinen Beleg dafür, daß gerade jene Vertragsvorteilhaftigkeit, welche nach seiner Behauptung zur Zeit der Erlassung des Hyp.=G. aufgetaucht sein soll, mit diesem Namen bezeichnet wurde. v. Gönner entnahm diese Bezeichnung (Note auf S. 455 d. Komm.) der französischen Jurisprudenz und verwerthet sie weniger wegen ihres positiven als ihres negativen Inhaltes.

Eine andere Frage ist es, ob diese Bemerkungen des Kommentators nicht, wie Regelsberger weiter (§. 171) behauptet, direkt beweisen, daß der Gesetzgeber proprio motu dem hypothekübernehmenden Drittbefitzer eine vom Besitze unabhängige persönliche Haftung überbürdete. Diese Frage wird unten sub VI besprochen werden.

## V.

Was den Wortlaut des §. 56 d. F.:G. anlangt, so hat Regelsberger meine Darlegung, wonach diese Gesetzesstelle durchweg nur von dem gegenwärtigen Besitzer spricht, nicht zu widerlegen versucht, wohl aber tritt er selbst an die Interpretation mit dem fertigen Prinzipie heran, daß mangels einer ausdrücklichen Hervorhebung der durch Besitzaufgabe eintretenden Endigung der Haftung diese als dauernde angesehen werden müsse.

Ein allgemeines Gesetz der Logik oder eine spezielle Interpretationsregel, woraus der Satz sich ergäbe, daß, was für den gegenwärtigen Besitzer verordnet ist, auch für den ehemaligen in Geltung bleibe, hat Regelsberger nicht angeführt. Ein Beispiel wird zeigen, daß ein solcher Satz auch unhaltbar wäre. Gesezt, in einer Stadt (in München war dies einst der Fall) bestände neben dem Vollbürgerrecht auch ein Halbbürgerrecht. Während nun früher nur das erstere wahlfähig machte, würde ein späteres Statut „dem Hausbesitzer, auch wenn er nur Halbbürger ist“, das Wahlrecht verleihen. Würde da Jemand zweifeln, daß ein Halbbürger, der als Hausbesitzer wahlberechtigt ist, mit der Veräußerung seines Hauses aufhört, es zu sein? Und würde Jemand dem Verfasser jenes Statuts den Vorwurf machen, daß er die Abhängigkeit des Wahlrechtes eines Halbbürgers vom Hausebesitze nicht deutlich genug ausgedrückt habe? Was aber sprachlich und logisch in Beziehung

auf ein Recht deutlich genug ist, wird wohl auch in Bezug auf eine Pflicht zu keinem begründeten Zweifel Veranlassung geben. „Falsch“ — höre ich hier Regelsberger entgegenen — „in §. 56 handelt es sich um eine Obligation und da ist bis zum strikten Beweise des Gegentheils anzunehmen, daß sie eine regelmäßige sei.“

Unter unregelmäßiger Obligation denkt sich R. wohl diejenigen, welche in ihrem Bestande, sei es was den Gläubiger, sei es was den Schuldner betrifft, von dem Besitze einer Sache abhängig sind. Ich will die Berechtigung dieser Klassifikation dahin gestellt sein lassen, ich will auch die Methode solcher Gesetzesinterpretation hier nicht einer wiederholten Kritik unterziehen<sup>17)</sup>, ich möchte vorerst mit nur die Frage erlauben, ob denn nicht die persönliche Haftung des Drittbefizers, welche nach Regelsberger ihren Grund in einem zwischen Veräußerer und Erwerber ohne Zuthun des Gläubigers abgeschlossenen Vertrage hat, nicht schon um deswillen von der Regel abweicht. Und dann — was sonst das Normale ist, kann in einer bestimmten Umgebung zur Anomalie werden. Auf dem Gebiete des Pfandrechtes dreht sich nun Alles um die Pfandsache. Ist also auf diesem Gebiete eine Obligation, wie die von der herrschenden Gesetzesauslegung im §. 56 l. c. gefundene, welche mit der *res obligata* in keinem Zusammenhange steht, nicht etwas doppelt Unregelmäßiges? Jene allgemeine Vermuthung für die Unabhängigkeit der fraglichen Obligation vom Pfandbesitze, welche das Hauptargument der herrschenden Praxis bildete und, wie wir sehen, auch das Hauptargument Regelsbergers ist, dürfte unter solchen Umständen wohl nicht ausreichend sein, um über den

---

17) Vergl. meine Schrift S. 19.

Buchstaben des Gesetzes, der lediglich dem einfach haftenden Besitzer den doppelt haftenden Besitzer gegenüberstellt, hinwegzuhelfen. Was hat eine mit dem Hypothekenwesen und dem Realkredite in keiner Weise zusammenhängende, rein persönliche Haftung des ehemaligen Besitzers im Hypothekengesetze zu thun<sup>18)</sup>?

Daß eine solche Haftung nicht hypothekenrechtlicher Natur ist, vermag Regelsberger selbst nicht zu bestreiten. Er meint aber, der Gesetzgeber wäre pedantisch gewesen, wenn er sich diese Gelegenheit, die „Schuldübernahme“ zu regeln, hätte entgehen lassen. Habe er doch auch sonst (z. B. in den §§. 32 u. 58) die Grenzen des Hypothekenrechtes nicht ängstlich eingehalten. Ein Uebergriß in das allgemeine Civilrecht von erheblicher Bedeutung ist nun aber nur in der ersteren Stelle des H.-G. enthalten und er wird im Commentare v. Bönners durch die im Zwecke des Hyp.-G. gelegene Nothwendigkeit ausdrücklich vertheidigt<sup>19)</sup>. An dieser wie an anderen Stellen seines Commentars<sup>20)</sup> erklärt es v. Bönner geradezu als einen durch das ganze Gesetz sich hinziehenden Grundsatz, daß das allgemeine Civilrecht, wo nur immer thunlich, unberührt gelassen werden sollte. Am allerwenigsten aber stimmt mit der Annahme Regelsbergers, daß der Verfasser des Hypothekengesetzes bei dieser Gelegenheit die Schuldübernahme zurecht gerückt habe<sup>21)</sup>, die Thatsache, daß v. Bönner auf

18) Vergl. v. Brinz, Kritische Vierteljahresschrift N. F. Bb. 8 S. 425.

19) Komm. Bb. I S. 341 B. 2.

20) Bb. I S. 74, 279, 344, 410.

21) Diese Vertragsspezies bedurfte damals noch keiner gesetzlichen Regelung und wer die Bemerkungen v. Bönners über die unvollständige Delegation mit seinem oben B. II allegirten Aussaße vergleicht, wird nicht den Ein-

§. 410 b. Komm. sub. I speziell es als Sache des Civilrechtes erklärt, zu bestimmen, wer dem Gläubiger als persönlicher Schuldner gegenüber stehe und daß er auf Seite 344 sub I in fine die von der Hypothek losgelöste Forderung als für das Hypothekerecht indifferent erklärt.

In meiner Schrift S. 20 habe ich bereits ausgeführt, daß die Nachhaftung des Zwischenbesizers nicht geeignet wäre, die Zwecke des Hypothekengesetzes zu fördern und die von Regelsberger S. 166 erwähnten Motive zu §. 90 des sächsischen Hyp.-G. geben meiner Auffassung, die übrigens Regelsberger nicht speziell zum Gegenstande eines Angriffs machte, durchaus Recht.

## VI.

Ein von mir geltend gemachtes, m. E. gewichtiges Argument<sup>22)</sup>, dessen Bedeutung auch v. Brinz anerkennt, daß nämlich v. Gönner an einer Stelle seines Kommentars (S. 411), wo er der Haftung des vormaligen Besizers, faß er sie durch §. 56 l. c. hätte geschaffen gehabt, unzweifelhaft Erwähnung gethan haben würde<sup>23)</sup>, dieß nicht gethan hat, wurde von Regelsberger unbeachtet bei Seite gelassen. Wohl aber glaubt er meine Behauptung, es finde sich in dem Kommentar v. Gönners überhaupt keine Andeutung, welche die herrschende Gesetzesauslegung

---

druck bekommen, als ob v. Gönner in dieser Materie geneigt gewesen wäre, ohne jeglichen Grund einen Streifzug in das Gebiet des Civilrechtes zu unternehmen.

22) Vergl. m. Schrift S. 23.

23) Ein Seitenstück hiezu ist die Stelle auf S. 347, wo v. G. den Einfluß einer früheren Verjährung der Hypothek auf die übrig bleibende Forderung bespricht. Vgl. auch S. 57 sub B. 2, wo (mit Bezug auf den Gläubiger) einerseits von seinem Schuldner und

bestätigen würde, durch den Hinweis auf die Bemerkungen v. Gönners über die unvollständige Delegation als evident unrichtig kennzeichnen zu können. Die Parallele, welche v. Gönner zwischen der vollständigen und unvollständigen Delegation ziehe, lasse klar erkennen, daß er auch im Falle der letzteren den Halbdelegaten, was dessen Verhältniß zu dem Gläubiger betreffe, mit dem gleichen Maße messe, wie den Volldelegaten. Mir scheint, daß bei dieser Argumentation außer Acht gelassen wird, daß der Kommentator nicht die vollständige Delegation an sich der unvollständigen gegenüberstellt, sondern nur eine Parallele zwischen dem Besitzer als Delegaten (Expromittenten) und dem Besitzer (Erwerber) als Halbdelegaten zieht, und daß die Haftung, welche dem letzteren in der Ziff. 4 zugewiesen wird, in der vorausgehenden Ziff. 3 als die mit dem ganzen übrigen Vermögen gekennzeichnet ist. Deutlich genug hat m. E. der Kommentator hiedurch zu erkennen gegeben, daß er hier ebensowenig wie im Gesetze selbst an eine vom Besitze des Hypothekobjektes unabhängige, persönliche Haftung des Hypothekübernehmers gedacht habe. Ich erlaube mir hier auf das obige Beispiel eines Wahlstatutes zurückzukommen. Wenn mit Bezug auf dasselbe in einem angesehenen Werke zu lesen wäre: „daß der Hausbesitzer, falls er Vollbürger ist, das Wahlrecht anzusprechen habe, war nie zweifelhaft; bestritten war nur, ob er auch als bloßer Halbbürger wahlfähig sei. Das neue Statut hat diesen Zweifel beseitigt“, würde man da annehmen dürfen, der Verfasser habe den Halbbürger als solchen und abgesehen von dem Besitze eines Hauses für wahlfähig erklären wollen?

---

andererseits von jedem Besitzer der Sache gesprochen wird.

Als Beispiel, wie das bay. Hypothekengesetz sich hätte ausdrücken müssen, wenn es eine vom Besitze abhängige Haftung des Drittbefizers intendirt hätte, führt Regelsberger den §. 90 des sächsischen Hyp.-Ges. v. J. 1845 an. Mir scheint, daß es eher mir zükäme, diese Gesetzesbestimmung und ihre Motivirung<sup>24)</sup> als *ratio scripta* für meine Anschauung zu verwerthen. Für R. beweist sie im besten Falle nur, daß auch der Verfasser des sächsischen Gesetzes den §. 56 des bay. H.-G. so auslegte, wie jetzt die bay. Praxis ihn auslegt, woraus ihm, der durch die farbige Brille heimischer Rechtsanschauung lesen mochte, kein Vorwurf gemacht werden soll, was aber noch nicht die Richtigkeit dieser Auslegung beweist. Es weist übrigens gerade dieser §. 90 durch seine charakteristische Diction ganz entschieden auf unseren §. 56 als sein Vorbild hin und da, wie R. selbst anführt, die damalige Rechtsanschauung in Sachsen für eine weitere Ausdehnung der Haftung des Schuldübernehmers war, so liegt nichts näher als die Annahme, daß auch der Verfasser des sächsischen Gesetzes unseren §. 56 so auslegte, wie ich es thue, und daß er nur, um diese Auslegung in Sachsen vor Mißdeutung zu schützen, es für zweckmäßig (nicht für nothwendig) hielt, die Beendigung der Haftung durch die Besitzaufgabe ausdrücklich hervorzuheben. v. Gönner hatte hiezu, wie schon oben angedeutet, keinen Grund; ihm lag nur daran, jeglichen Zweifel hinsichtlich der gegenständlichen Ausdehnung der Haftung des Hypothekübernehmers klar zu stellen und die damalige Rechtslage in Bayern konnte ihm die Gefahr, daß diese Haftung zeitlich zu weit aufgefaßt werden würde, sicherlich nicht zum Bewußtsein bringen.

---

24) Vergl. oben B. V in fine.

## VII.

Auch die Behauptung Regelsberger's, daß meine Auslegung zu einem Resultate führe, welches ohne alle Analogie im Rechte bestünde, ist nicht berechtigt. Ich lasse die oben erwähnte Bestimmung des sächsischen H.-G. als aus späterer Zeit stammend bei Seite, möchte aber, was die Analogie der *actio de pauperie* anlangt, doch auf die Note 2 zu § 6 meiner Schrift verweisen, woraus sich ergibt, daß diese Klage nach Bayer. Landrechte auch hinsichtlich des Umfanges der Haftung eine durchaus zutreffende Analogie bietet. Wieso die Reallasten deshalb als Analogie nicht verwertbar sind, weil bei ihnen keine Kapitalforderung in Frage stehe<sup>25)</sup>, vermag ich nicht einzusehen, zumal v. Gönner selbst die Reallast mit der dinglichen Haftung des Drittbefizers, die ja auch das Kapital umfaßt, in Parallele stellt. Der zweite von Regelsberger geltend gemachte Grund — weil die Reallast nicht besonders übernommen werden könne — wäre vielleicht zutreffend, wenn man sich unter „besonderer Uebernahme“ gerade das zu denken hätte, was R. in ihr findet. In dieser Beziehung möchte ich unter Verweisung auf das oben Gesagte nur betonen, daß in der Verordnung vom 22. Febr. 1814, welche als bloße authentische Interpretation nichts Neues schaffen wollte, die Uebernahme der Hypothekschulb, wie auch der erläuternde Aufsatz v. Gönner's v. 1819 zeigt, ganz jene einfache Struktur beibehalten hat, welche sie im Bayer. Landrechte hatte und welche ich in meiner Schrift — S. 9 — klar

---

25) Wenn die deutschrechtliche Grundsulb, wie mehrfach geschieht, unter die Reallasten gereicht werden kann, ist diese Divergenz nicht einmal durchgreifend. Dernburg, Pfandrecht II S. 10.

zu legen suchte<sup>26)</sup>. Da nun v. Gönner in seinem Vortrage an den Staatrath ausdrücklich die Identität der vom S.=G. verwertheten „Uebernahme“ mit der in der Verordnung v. 1814 erwähnten hervorhebt, dürfte doch zur Genüge erhehlen, daß die „besondere“ Uebernahme des §. 56 d. S.=G. nichts inhaltlich Neues, sondern nur etwas in der Form Präzisirtes ist, d. h. daß sie identisch mit der „ausdrücklichen“ Uebernahme ist, von welcher der §. 90 des sächsischen S.=G. spricht<sup>27)</sup>.

Ob Ehrenberg die durch §. 56 geschaffene *actio in rem scripta* verzeichnet hat oder nicht, scheint mir ziemlich gleichgiltig zu sein.

### VIII.

Einigermassen erstaunt war ich, zu sehen, daß Regelsberger, welcher im Archiv f. civ. Pr., N. F., Bd. 17 S. 29 seinem dortigen Gegner, Reichsgerichtsrath Bähr, daß Unzufömmliche einer ganzen Reihe dem Gläubiger neben einander verhafteter ehemaliger Besitzer des Hypothekenobjektes vor Augen hielt, nicht nur selbst an einer Auslegung des §. 56 l. c. festhält, welche angesichts der hier einschlagenden Bestimmung der §§. 31 und 32 l. c. insbesondere bei Verbandhypotheken einen ganzen Mattenkönig von Schuldner zu Tage fördern muß<sup>28)</sup>, sondern daß er

26) „In se suscipere“, „auf sich übergehen lassen“, vergl. oben II Note 1.

27) Hiemit stimmt, daß v. Gönner in seinem Commentare (S. 455 in fine und S. 456 sub B. 6) statt den „besonderen Inhalt“ der Uebernahme einer Hypothekschulde zu erläutern, sie als etwas Alltägliches, sich unter Umständen von selbst Verstehendes behandelt.

28) Die Vergeblichkeit des Unternehmens, diese Folge durch besondere Vertragsbestimmungen hinten zu halten, wird unter sub XI besprochen werden.

mir geradezu ein unverzeihliches Unrecht daraus machen will, daß ich (S. 28 meiner Schrift) die Möglichkeit für ausgeschlossen erklärte, als habe der Verfasser des bay. H.-G. ein solches Resultat herbeiführen wollen. Hätte R. die letzten Worte meines S. 182 sub 3 von ihm — allerdings unter Weglassung eben dieser Worte — citirten Satzes beachtet, so würde er mir den §. 41 des preussischen Gesetzes v. 5. Mai 1872 wohl nicht in der Weise entgegen gehalten haben, wie er es gethan hat. Das Ungeheuerliche<sup>29)</sup> des durch die herrschende Auslegung des §. 56 l. c. sich ergebenden Resultates fand ich in der gleichzeitigen Mithaftung des gegenwärtigen und aller früheren Besitzer des Hypothekenobjektes gerade deshalb, weil sie dem Gläubiger ohne dessen Wissen und Willen zum Geschenk gemacht würde, trotzdem aber nur durch seine Gnade einer der Mithaftenden aus dem Schuldverbaude treten könnte. In letzterer Richtung hat aber der §. 41 des preussischen Gesetzes v. 5. Mai 1872 in seinem (von R. erst auf S. 196 angeführten) Nachsage den Käufer und Verkäufer keineswegs an die Gnade des Gläubigers verwiesen, sondern ihnen Mittel und Wege an die Hand gegeben, den Gläubiger kategorisch vor die Wahl zu stellen und so binnen einer nicht allzu langen Frist aus der Mithaftung eine Alleinhaftung zu erzeugen.

Regelsberger wirft mir auch vor, daß ich für die Lage des ursprünglichen Schuldners (Hypothekbestellers) kein Gefühl habe. Daran, daß das Bayer.

---

29) Wer behauptet, v. Gönner habe zielbewußt die Forthaftung des Zwischenbesizers geschaffen, kann nicht annehmen, derselbe sei sich über die bezüglichen Folgen nicht klar gewesen, zumal schon damals städtische Anwesen in verhältnißmäßig kurzer Zeit wiederholt ihre Besitzer wechselten.

Hypothekengesetz den Schritt von der römischrechtlichen Hypothek zur deutschrechtlichen Grundschuld nicht gethan hat<sup>30)</sup> und daß daher dem ursprünglichen Schuldner auch nach Veräußerung des Hypothekenobjektes die Haftung für die Forderung voll verbleibt, kann man de lege lata nichts ändern und mit dem Ausdrucke herzlichen Bedauerns wäre dem Manne nichts geholfen. Ich sehe auch keinen Grund, weshalb man dem späteren Erwerber der Pfandsache den hypothetischen Schuldbefreiungsvertrag aufzutroyiren sollte, um es dem ursprünglichen Schuldner zu ermöglichen, daß er die selbst kontrahirte Schuld oder doch ihre Folgen auf die Schultern des ersteren abwälze. Läßt sich ein späterer Erwerber (was ich allerdings für sehr unwahrscheinlich halte) herbei, dem Schuldner die Liberirung zu garantiren, gut, so schließe man den Garantievertrag glatt und klar ab. Im entgegengesetzten Falle wird der Schuldner, sobald er triftige Gründe zum Verkaufe hat, auch ohne solche Garantie sich behelfen. Am allerwenigsten sehe ich vom volkswirtschaftlichen Standpunkte ein Unglück darin, daß demjenigen, welcher durch Pfandbestellungen den Werth seines Gutes zum Theil flüssig gemacht und verzehrt hat, in der Fortdauer seiner Schuldverhaftung ein bitterer Nachgeschmack verbleibt. Es ist dies immerhin eine kleine Schranke gegen allzu weit gehende Ausnützung des Realcredites.

Auf die Angriffe zu antworten, welche Regelberger wegen meiner „prinziplosen“ Stellung in Sachen der „Schuldübernahme“ und des „Vertrags zu Gunsten Dritter“ auf mich macht, muß ich hier

---

30) Die Gründe, welche hiefür maßgebend waren, sind zum Theil aus den Bemerkungen v. Sönnner's in seinem Commentare I S. 67 ff. zu entnehmen.

unterlassen. Nicht weil ich meinen skeptischen Standpunkt nicht zu vertheidigen vermöchte, sondern weil es sich bloß um akademische Erörterungen handeln könnte, die mit der hier strittigen Frage in. E. nichts zu schaffen hätten. Denn das glaube ich hier und in meiner Schrift zur Genüge bewiesen zu haben, daß der Hypothekübernehmer, wie er uns in den landläufigen Kaufverträgen entgegentritt, weder explicite noch implicite Willenserklärungen abgibt, welche, unter jene Vertragsarten subsumirt, zur Konstruktion einer zeitlich uneingeschränkten Haftung verwerthet werden könnten.

(Schluß folgt.)

---

**Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. bayerischen Obersten Landesgerichts.**

**Civilprozeß.**

**Vollstreckbarkeitsklärung eines ausländischen Urtheils.** — Zuständigkeit des Bayerischen Obersten Landesgerichts im Verhältniß zum Reichsgericht. In einem vor den bayerischen Gerichten anhängigen Rechtsstreite wegen Vollstreckbarkeitsklärung des in einem Wechselprozeß ergangenen Urtheils eines ausländischen Handelsgerichts (Civ.:Proz.:Ordn. §. 660) hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht im Anschlusse an die von Wilmowsky und Levi, Comm., III. Aufl. S. 780 und den dort verzeichneten weiteren Autoren vertretene Auffassung als zuständig erklärt zur Urtheilsfällung auf eingelegte Revision. Beschluß v. 13. Juli 1885, Reg.:Nr. I 84/85.

**Revisionssumme.** Bei der Beantwortung der Frage, was im Sinne des §. 508 der Civ.:Proz.:Ordn. unter „Beschwerbegegenstand“ zu verstehen

ist, muß davon ausgegangen werden, was im einzelnen Falle als Streitgegenstand sich darstellt und wie hoch der vermögensrechtliche Anspruch ist, über welchen in dem oberlandesgerichtlichen Urtheile, das durch Revision angegriffen werden will, als Folge des Klageantrags mit der Wirkung des Eintritts der Rechtskraft entschieden worden ist. Denn diesem Eintritte der Rechtskraft soll ja durch Einlegung des Rechtsmittels der Revision vorgebeugt werden.

Der Werth des Beschwerdegegenstandes ist demnach lediglich der Werth, um welchen sich der Revisionskläger durch das in der Berufungsinstanz ergangene Urtheil verkürzt glaubt.

Ist sonach der Beschwerdegegenstand auch von dem Streitgegenstand zu unterscheiden, so folgt aus Obigem doch nothwendig, daß der Beschwerdegegenstand wohl geringer, aber niemals größer sein kann, als der Streitgegenstand.

Vgl. Seuffert, Komm. z. ROPD. II. Aufl.

zu §. 508 S. 620 Ziff. 3,

Wilmowsky, Komm. III. Aufl. zu §. 508

S. 618 Ziff. 2.

Im gegebenen Falle ist der Streitgegenstand unbestritten lediglich die Summe von 449 Mk. 14 Pf., das ist der Betrag der von der Klägerin K. als Erbin der Darlehensgeberin Z. von dem Darlehensempfänger N. im Wege der Klage geforderten Summe.

Nur über die Pflicht der Bezahlung dieses Betrages ist eine der Rechtskraft fähige richterliche Entscheidung erfolgt; nur hierauf allein, nämlich auf Aufhebung dieser Entscheidung konnte demnach die Revisionsbeschwerde gerichtet werden und kann daher im gegebenen Falle eine höhere Beschwerdesumme als 449 Mk. 14 Pf. nicht angenommen werden.

Aus obigen Ausführungen ergibt sich die völlige Grundlosigkeit der Behauptung des Revisionsklägers, welcher im vorliegenden Falle deshalb eine Beschwerdesumme von wenigstens 1600 Mk. annehmen zu könn-

nen glaubt, weil die Vollstreckung des oberlandesgerichtlichen Urtheils voraussichtlich zur Zwangsveräußerung des Anwesens des Revisionsklägers führen dürfte und erfahrungsgemäß bei Immobiliarzwangsvollstreckungen erheblich weniger erlöst werde, als die betreffenden Immobilien wirklich werth sind, so daß durch die in Aussicht stehende gerichtliche Subhastation dem Revisionskläger ein Schaden im angegebenen Betrage erwachse.

Der durch die seinerzeitige Vollstreckung des Urtheils den Beklagten möglicher Weise treffende Schaden steht mit dem Beschwergegenstand des §. 508 der R. O. in keinem Zusammenhange.


Aus diesem Grunde war auch keine Veranlassung gegeben, diesen angeblichen Schaden zeugenschaftlich erheben zu lassen.

Wenn endlich Revident das Vorhandensein der Revisionssumme im gegebenen Falle auch daraus ableiten will, daß er nicht bloß zur Bezahlung der Hauptsache, sondern auch der Verzugszinsen und Kosten verurtheilt worden sei und dieses alles die Summe von 1500 Mk. übersteige, so ist auch diese Deduktion eine rechtsirrthümliche, da laut §. 508 Abs. 2 mit §. 4 der R. O. Zinsen und Kosten, wenn sie, wie hier, nur als Nebenforderungen geltend gemacht worden sind, bei Berechnung der Revisionssumme nicht mitgerechnet werden dürfen und es hiebei auch keinen Unterschied macht, ob der Kläger oder der Beklagte das Rechtsmittel der Revision erhoben hat.

cf. Samml. oberstr. Entsch. Bd. 9 S. 535  
u. 536, Seufferts Archiv, N. F. Bd. 5  
Nr. 258.

Urth. v. 10. Juli 1885 Reg.-Nr. I 197/84.

(Fortsetzung folgt.)

Redaktionsadresse:  München, Sonnenstraße 7/3 r.

Redakt.: Dr. Julius Staudinger in München. Verl.: Palm & Enke (Carl Enke) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

Dr. J. A. Seuffert's

# Blätter für Rechtsanwendung

zunächst in Bayern.

---

Inhalt: Die Uebernahme der Hypothekschulden. — Mittheilungen über die Ergebnisse der Rechtsprechung des bayerischen obersten Landesgerichts. — Literaturbericht.

---

## „Die Uebernahme der Hypothekschulden.“

Eine Replik von Landgerichtsrath Radtkofer.

(Schluß.)

### IX.

Dasjenige, was Regelsberger meiner „unsichern“ Aeußerung betreffs der früher herrschend gewesenen Rechtsanschauung entgegenhält, ist — objektiv wenigstens — keineswegs sicher. Ich weiß aus dem eigenen Munde Dr. Hermann Seuffert's, daß dieser, ohne durch spezielle Ausprüche in Theorie oder Praxis hinsichtlich der Tragweite des §. 56 bestimmt zu sein, jedoch angeregt durch die Monographie Delbrück's, diese Gesetzesbestimmung nach eigenem Ermessen interpretirte und seine Ansicht in dem bekannten Aufsätze (Bd. 26 dieser Blätter) niederlegte. Weder in dem Handbuche Niblers (1829), noch in dem Lehrbuche Lehners (1840), noch in dem Handbuche Jungermanns (1857 und 1863) findet sich die Fortdauer der Haftung des Drittbefizers erwähnt. Daß vor dem Urtheile vom 13. Okt. 1862 (Bl. f. N. N. Bd. 28 S. 336)<sup>31)</sup> ein oberstrichterliches Erkennt-

---

31) An das Aufsehen, welches dieses Urtheil, dessen Entscheidungsründe nicht publizirt wurden, in juristischen Neue Folge Band XXX.

nitz in diesem Sinne erflossen wäre, ist ausgeschlossen, weil die späteren Urtheile hierauf sonst Bezug genommen hätten. Auch R. kann ein solches Urtheil nicht namhaft machen, wie umgekehrt ich kein gegen-  
 theiliges aufgefunden habe. Es ist anzunehmen, und das scheint mir auch die Redaktionsbemerkung zu dem Aufsätze Regelsbergers zu bestätigen, daß vor dem Bekanntwerden der Delbrück'schen Monographie, welche 1853 erschien, bezw. vor Verwerthung derselben durch Dr. S. Seuffert diese Frage überhaupt nicht der richterlichen Kognition unterbreitet wurde. Aber nicht deshalb, weil früher keine tatsächliche Veranlassung zur Ausübung der Nachhaftung des Zwischenbesizers gegeben war<sup>32)</sup>, auch nicht deshalb, weil früher der in Anspruch genommene Zwischenbesizer ohne weiteres bezahlt hätte; sondern nur aus dem Grunde, weil kein Gläubiger eine solche Forderung erhob. Angesichts der Rechtsanschauung aber, welche notorisch auch jetzt noch die Mehrzahl der als Hypothetgläubiger in Frage kommenden Privaten befeelt, bedarf es wohl keines Beweises, daß der Gläubiger, welcher eine solche Inanspruchnahme eines Zwischenbesizers unterließ, dies

---

Kreisen erregte, kann ich mich noch sehr wohl erinnern. Der Correferent der I. Instanz hatte, wie die Akten des k. Bez.-Ger. München I B 1860/61 Nr. 54 erschen lassen, Abweisung der Klage beantragt, weil die Haftung des §. 56 an die Voraussetzung des Besizes geknüpft sei, das Gericht aber beschloß unter Bezugnahme auf den Seuffert'schen Aufsatz die Verurtheilung des Beklagten. Die oberen Instanzen bestätigten, weil die einmal begründete Schuld durch Aufgabe des Besizes nicht alterirt werde, bezw. weil diese Unabhängigkeit vom Besize aus §. 50 des H.G. hervorgehe!

- 32) Auch früher gab es Immobiliarkrisen und Subhastationen, bei welchen Hypothetgläubiger leer ausgingen.

nicht aus Leichtsinne oder Liberalität that, sondern weil er seinem gesunden Rechtsgeföhle folgte.

Damals als H. Seuffert seinen Aufsatz veröffentlichte, war die Zeitströmung und insbesondere die Rechtsprechung im vermeintlichen Interesse des hochgehaltenen Realkredits für möglichste Begünstigung des Hypothekgläubigers. Daß das Mittel, wodurch der einzelne Gläubiger begünstigt wurde, im Großen und Ganzen dem Realkredite nicht förderlich sei, wurde hier wie in anderen Fällen nicht beachtet. Etwas Unbegreifliches kann ich daher darin nicht erblicken, daß der Seuffert'sche Aufsatz, in welchem die Behauptung einer den Besitz überdauernden Haftung des Drittbefizers gerade wegen des Mangels jeglicher Motivirung den Anstrich des Sicheren bekommen mochte, der Ausgangspunkt der jetzt herrschenden Praxis wurde, und noch weniger darin, daß der oberste Gerichtshof Bayerns, nachdem er sich einmal für eine Meinung entschieden, dieselbe fortan beibehielt und daß die unteren Gerichte mit wenigen Ausnahmen sich dieser Meinung fügten. Behauptet man ja doch unter Berufung auf das Bayer. Landrecht Thl. I Kap. II §. 14 R. 3, daß oberstrichterliche Präjudikate zur unabänderlichen Richtschnur für die fernere Rechtsprechung werden.

### X.

Was die mit dem eigentlichen Streitpunkte allerdings nur lose zusammenhängende Frage betrifft, ob der Hypothekübernehmer jene Einreden, welche dem ursprünglichen Schuldner zustünden, eo ipso für sich verwerthen dürfe, so sehe ich mich durch die Einwendungen Regelsbergers genöthigt, meine vorerwähnte Antwort eingehender zu motiviren.

Wenn ein Recht (Rechtsverhältniß), welches für die Hypothek von grundlegender Bedeutung ist, in seiner materiellen Gestalt mit den bezüglichen Ein-

\*

trägen des Hypothekenbuchs nicht im Einklange steht, sei es, daß diese es unrichtiger Weise als bestehend oder noch bestehend erscheinen lassen, sei es, daß sie über einen thatsächlich vorhandenen Aufhebungsgrund keinen Aufschluß geben, so kann die Frage, welche Bedeutung das Prinzip der Oeffentlichkeit dem formalen Elemente gegenüber dem materiellen verleihe, in zwei Unterfragen zerlegt werden:

a) Kann der, welcher aktiv zu einem in den Buchseinträgen nicht zur Erscheinung kommenden — latenten — Rechte legitimirt ist, dieses Recht gegen jeden Dritten geltend machen?

b) Kann gegen den passiv zu solchem Rechte legitimirten dasselbe von einem Dritten geltend gemacht werden?

Auf die erstere Frage, bei welcher die Passivlegitimation das Zweifelhafte ist, gibt §. 25 d. H.G. die allgemeine Antwort, daß gegen Dritte, welche im Vertrauen auf die Richtigkeit der Buchseinträge handelten, die Unrichtigkeit dieser in so ferne nicht geltend gemacht werden kann (daß latente Recht wirkungslos bleibt), als denselben der an die Handlung geknüpfte Rechtserwerb so gewährleistet wird, wie er sich bei Richtigkeit der Buchseinträge gestalten mußte<sup>33)</sup>.

Auf die zweite Frage, in der die Aktivlegitimation das Zweifelhafte ist, enthält der Text des Hypothekengesetzes keine solch' allgemeine Antwort. Wohl aber hat der Gesetzgeber, welcher die Grenzen der Wirkungen des Oeffentlichkeitsprinzips nicht nach allen Seiten scharf gezogen und so der Gesetzesanwendung Raum für analoge Anwendung gelassen

33) Der Schuldner, welcher seine Gläubiger bezahlt, die Hypothek aber noch nicht zur Löschung gebracht hat, kann die Zahlungseinrede gegen den dritten Erwerber der Forderung nicht verwerten. §. 26 Biff. 4 d. H.G.

hat<sup>34)</sup>, diese Frage in einer Weise beantwortet und v. Gönner diese Antwort der Art commentirt, daß füglich ein allgemeiner Grundsatz hieraus abgeleitet werden kann.

Wenn nämlich §. 83 d. H. B. in seinem ersten Satze die Erlöschung einer Hypothek in Ansehung Derjenigen, in deren Handlung sie sich gründet, so fort mit Entstehung des Erlöschungsgrundes für wirksam erklärt, so will er hiemit nicht bloß etwas Selbstverständliches sagen, um den folgenden Hinweis auf die Vorschriften der §§. 25 u. 26 einzuleiten, sondern positiv bestimmen, daß umgekehrt für einen Dritten diese Erlöschung erst dann zu einem Rechtsbehelfe wird, wenn sie im Hypothekenbuche eingetragen ist. Der erste Satz erhält seine Bedeutung durch ein argumentum e contrario und der zweite Satz behandelt dann die Rehrseite der Frage und deutet an, gegen wen die Handelnden den geschaffenen Erlöschungsgrund geltend machen können.

Daß dies die wirkliche Bedeutung des §. 83 l. c. ist<sup>35)</sup>, geht aus den Bemerkungen v. Gönners zu §§. 83 und 84 (welch' letzterer schon nach der Stoffanordnung als aus ersterem abgeleitet sich darstellt) ganz unabweislich hervor. Hiernach besteht der allgemeine Grundsatz, daß Alles, was auf das Hypothekenwesen Einfluß hat, in seinen Wirkungen vor erfolgtem Eintrage in das Hypothekenbuch auf

34) Vgl. die oben I Note 3 erwähnte Zulassung der Hypothekarklage gegen den Bucheigenthümer als solchen. — Hängt es nicht mit der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches zusammen, daß ein Gläubiger das von seinem Schuldner erworbene Grundstück und die von ihm erworbene Hypothekforderung nicht beschlagnahmen kann, so lange der Erwerb im Hyp.-Buche nicht vorgetragen ist?

35) Auch von Nibler, Handbuch §. 47 lit. f und Lehner, Lehrbuch §. 178 Ziff. 2 wird er so aufgefaßt.

die handelnden Personen beschränkt bleibt. Folge dieses Grundsatzes ist es, daß der nachfolgende Hypothetgläubiger die Erlöschung einer im Range vorangehenden Hypothek, so lange sie aus dem Hypothekenbuche noch nicht ersichtlich ist, als *res inter alios acta* betrachten muß und aus eben diesem Grunde kann der Schuldner den Rang der erloschenen, aber formell (nach außen) noch bestehenden Hypothek einer anderen Forderung einräumen<sup>36</sup>).

Aus diesen von dem Kommentator und Verfasser des Gesetzes aufgestellten Grundsätzen im Zusammenhalte mit seinen Äußerungen, daß das Hypothekenbuch dem Erwerber der Sache Aufschluß über deren Belastung geben müsse (Komm. S. 76 sub 3), daß die Publizität dem Eingetragenen das Gepräge fortwauernder Wirksamkeit verleihe (S. 274) und daß sie insbesondere auch auf die Richtigkeit der Forderung sich erstrecke (S. 277), ergibt sich in. E. (wenigstens was das Gebiet der Einreden gegen eine formell in Richtigkeit sich verhaltende Hypothekforderung anlangt) auf die oben sub 6 aufgeworfene Frage die allgemeine Antwort: der außerhalb des konkreten Schuldverhältnisses stehende Dritte ist deshalb, weil dasselbe die Basis einer eingetragenen Hypothek zu bilden hat und weil letztere mit seinem Interesse kollidirt, noch nicht legitimirt, die dem Schuldner zustehenden latenten Einreden sich anzu-

---

36) Die gegentheiligen Ausführungen Regelsbergers in seinem Lehrb. S. 278 u. S. 470 Note 1 und der von ihm auch dem geistigen Vater des Hypothekengesetzes gemachte Vorwurf, daß (von ihm selbst adoptirte) Oeffentlichkeitsprinzip falsch aufgefaßt zu haben, können wohl an der Thatsache nichts ändern, daß der Gesetzgeber dieses Prinzip breit genug anlegte, um es als Grundlage der Rangeinräumung verwerten zu können.

elguen und so die Hypothek sich aus dem Wege zu räumen<sup>37)</sup>).

Aus diesem Grunde kann der im Range nachstehende Hypothekgläubiger die Hypothek seines Vormannes weder wegen in Mitte getretener Zahlung noch wegen eines der Forderung anhaftenden Mangels, z. B. weil es sich um eine in ein Darlehen novirte Spielschuld handle, bekämpfen und zur Löslichung bringen. Aus gleichem Grunde kann der Vindikant im Falle des §. 26 Z. 2 die ihm fremde Hypothekschuld nicht wegen eines dem Hypothekbesteller zur Seite stehenden Anfechtungsgrundes von sich abwälzen und aus dem nämlichen Grunde befindet sich jeder Erwerber der Sache, welcher dem der Hypothek zu Grunde liegenden Obligationsverhältnisse als „Dritter“ gegenüber steht, in der gleichen Lage.

Wie ich nun in meiner Schrift nachgewiesen zu haben glaube, tritt auch der Hypothekübernehmer nicht in das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger bestehende Obligationsverhältnis ein. Auch seine persönliche Haftung entquillt der Hypothek und ist eine selbständige. Er ist nicht Korrealschuldner, sondern Solibarschuldner im engsten Sinne des Wortes. Er kann selbst die vom Hauptschuldner geleistete Zahlung nicht als Tilgung seiner eigenen Schuld mit der *exceptio solutionis* geltend machen, sondern nur die Forderung des Gläubigers in so ferne mit der *exceptio doli* bekämpfen, als sie

---

37) Von einer im Vertrauen auf die Richtigkeit der Einträge vorgenommenen Handlung ist hier allerdings keine Rede; allein es steht hier auch kein auf Kosten eines fremden materiellen Rechtes sich vollziehender Rechtserwerb in Frage, welchen der Gesetzgeber (analog der *Acquisitivverjährung*) mit gutem Grunde von dem Erfordernisse des guten Glaubens des *Acquirenten* abhängig gemacht hat.

der bona fides zuwiderliefe <sup>38)</sup> und er kann daher auch andere dem Hauptschuldner zustehende Einreden sich nicht ohne weiteres aneignen.

Wenn aber auf diese Weise der Gläubiger einen erhöhten Schutz seines Hypothekrechtes erhält — was keineswegs abseits von den Zielen des H.G. liegt —, so wird ihm doch nicht ein bleibender Vortheil auf Kosten des materiellen Rechtes in den Schoß geworfen. Der Drittbefitzer (Käufer), welcher die Hypothek in Abrechnung vom Kaufschillinge übernahm, hat an der Bekämpfung der Forderung überhaupt kein Interesse. Hat er sie aber nicht übernommen, so hält er sich an den Hauptschuldner (Verkäufer), der ihm die Hypothekschuld vom Halse zu schaffen hat und dieß entweder durch direkte Klagestellung gegen den Gläubiger auf Hypotheklöschung <sup>39)</sup> oder dadurch bewerkstelligen kann, daß er als Nebenintervenient des eingeklagten Käufers die bezügliche Einrede dem Kläger entgegen setzt (§. 64 d. C.P.O.).

Andererseits hat der Hauptschuldner, wenn es sich um eine spätere Tilgung der Schuld handelt, die Wahl, entweder — und dieß wird die Regel sein — zu dem Zwecke zu zahlen, daß die vom Käufer übernommene Hypothek gelöscht werde, wobei er eine Regreßforderung gegen den bereicherten Käufer und

38) Vergl. Unger, Jahrbücher für Dogmatik, N. F. Bd. 10 S. 291 ff. So lange die Forderung gegen den Uebernehmer mit dem Willen des zahlenden Hauptschuldners im Einklange steht und insbesondere wenn sie das rechtliche Interesse des Uebernehmers nicht verletzt, kann sie als gegen die bona fides verstößend nicht erachtet werden. — Vergl. übrigens auch Waldner, „Die korreale Solidarität“, Wien 1885 S. 15 ff.

39) Die Legitimation zur Anstellung der actio pignoratitia in personam liegt nicht im Eigenthume der Pfandsache (l. 9 §. 4 D. 13. 7), sondern in dem mit dem Gläubiger abgeschlossenen Pfandvertrage.

dieser (oben Note 38) die Berechtigung erhält, die Doppelforderung des Gläubigers zu bekämpfen, oder er kann dem Gläubiger diese Doppelforderung ermöglichen, wobei er natürlich im Einverständnisse mit dem Gläubiger handeln wird und ganz praktische Zwecke verfolgen kann, ohne die rechtlichen Interessen des Hypothekübernehmers zu verletzen.

Handelt es sich aber um eine peremptorische Einrede, welche der Forderung schon zur Zeit der Pfandveräußerung anhaftete, so kann der Hauptschuldner, falls er die Einrede kennt, wieder seine Gründe haben, dieselbe nicht zu erwähnen und dem Käufer, ohne ihm die Berechtigung zu deren Verwertung besonders zu erteilen, den Abzug der Hypothekschuld am Kaufschillinge zu gestatten. Außerdem wird es in diesem Falle selten zur Uebernahme der Hypothekschuld kommen, sondern der Hauptschuldner sich vorbehalten, die Chance einer siegreichen Bekämpfung derselben selbst auszunützen. Möglich aber auch, daß die Schuld als gar nicht mehr bestehend behandelt wird, wobei der Verkäufer dem Käufer die Befugniß einzuräumen hat, die bezügliche Einrede gegebenenfalls dem Gläubiger entgegen zu setzen<sup>40)</sup>.

Hat endlich der Verkäufer die Einreden nicht gekannt und folglich der Käufer die Hypothek übernom-

40) Die besondere Uebertragung von Exceptionen ist ein Kapitel der „Schulübernahme“, welches näherer Beachtung würdig wäre. Die Parallele der Cession schlägt hier nicht an, denn bei dieser muß sich der Cessionar die Einreden gefallen lassen, weil er durch ein Abkommen mit dem Cedenten die Rechte des *debitor cessus* nicht alteriren kann. Bei der Schulübernahme aber liegen die Einreden auf einem der Willkür der Kontrahenten zugänglichen Gebiete. — Die spezielle Cession von Einreden in dem behandelten Falle kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, als sie einer Cession der *actio pignoratitia* gleichkommt.

men, so kann der erstere nach erlangter Kenntniß den Gläubiger auf Löschung verklagen oder als Nebenintervenient des Käufers auftreten und sich später mit diesem verrechnen. Außersten Falles kann er — und dies anerkennt auch Regelsberger (S. 194) — die dem Gläubiger geleistete Zahlung demselben als unberechtigte Bereicherung abfordern.

Der Vorwurf Regelsbergers, daß meine These zu unsehblichen Resultaten führe, dürfte daher ebenso wenig verdient sein, wie der, daß sie mich unbewußt auf den Irrweg des abstrakten Zahlungsmandates geleitet habe. Weber die Zahlungspflicht des Hypothekübernehmers noch dessen Nichtberechtigung, sich ohne weiteres der Einreden des Hauptschuldners zu bedienen, habe ich aus dem Uebernahmevertrage abgeleitet und die Frage, ob in diesem Vertrage ein abstraktes Zahlungsmandat zu finden wäre, wurde für mich auch dadurch nicht von Bedeutung, daß ich annehme, der Hauptschuldner könne dem Uebernehmer ausnahmsweise die Legitimation zur Verwerthung seiner Einreden verschaffen.

## XI.

Das Heilmittel, welches Regelsberger am Schlusse seines Aufsatzes gegen die zu Tag getretenen Krankheiterscheinungen verschreibt, ist für Tausende ehemaliger Anwesenbesitzer und ihrer Erben, welche nach seiner Gesetzesauslegung (größten Theiles ohne es zu wissen) für viele Millionen von Hypothekschulden haften würden, von vorneherein bedeutungslos; es könnte nur prophylaktisch, nicht therapeutisch wirken. Meiner Meinung nach ist es aber auch als Präservativmittel völlig wirkungslos. Die Herbeiführung einer vollständigen Delegation und falls dies nicht ginge, die Rückzahlung der Hypothekforderung ist ein Ausweg, die Schwierigkeiten zu umgehen, der weit ab von dem wirthschaftlichen

Interesse des Verkäufers und Käufers führen würde<sup>41)</sup>; er wäre insbesondere für letzteren um deswillen höchst bedenklich, weil er ihn zwar sicher in die Vollhaftung hineinführen würde, ihm aber keinerlei Sicherheit böte, daß er bei seinerzeitiger Weiterveräußerung des Pfandes auch wieder aus derselben hinaus fände. Regelsberger scheint das Unpraktische dieses Vorschlags selbst gefühlt zu haben. Das eigentliche Auskunftsmittel, welches R. vorschlägt, geht dahin, den Gläubiger durch entsprechende Formulirung der Schuldübernahme kategorisch vor die Wahl zu stellen, daß er entweder den Verkäufer der Haftung entlasse oder auf die Schuldnerschaft des Käufers Verzicht leiste. Ein anderes Compelle<sup>42)</sup> als die Hypothekskündigung kennt nun auch R. nicht, und da sonach die Interessenten den Gläubiger nicht zwingen könnten, alsbald seine Wahl zu treffen, würde die Frage, ob die Reduktion des Kaufschillinges, welche ja nach R. das Korrelat der Schuldnerschaft des Käufers ist, ihr Gegengewicht erhalten habe oder nicht, auf unbestimmte Zeit in der Schwebe bleiben. Vom Standpunkte R. wäre schon dies Grund genug, von Anwendung dieses Präservativmittels abzustehen. Allein meiner Ueberzeugung nach können Verkäufer und Käufer die Folgen der Hypothekübernahme überhaupt nicht selbstständig reguliren. Das Gesetz kennt nur eine Uebernahme der Hypothekschulden. An sie knüpft

41) In neuerer Zeit läßt sich der Verkäufer, um das Gespenst der fortdauernden Haftung zu verschrecken, zuweilen von dem Käufer versprechen, daß dieser die Hypothekschulden sofort bezahle, wobei natürlich der hierin für den Käufer liegende Nachtheil durch eine entsprechend niedrigere Festsetzung des Kaufpreises ausgeglichen wird.

42) Die Zweifelhaftigkeit dieses mehr den Drohenden als den Bedrohten gefährdenden Zwangsmittels bedarf keiner weiteren Ausführung.

eß ohne Rücksicht auf den konkreten Willen des einzelnen Uebernehmers eine Folge, welche dem Gläubiger im Interesse des Realcredites<sup>43)</sup> eine erhöhte Sicherheit gewähren soll. Es ist dies nicht etwa bloß eine suppletorische Vorschrift, welche den lückenhaften Partheiwillen ergänzen und für eine divergirende Willensmeinung Raum geben würde. Nur auf dem Gebiete der eigenen gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten sind die Partheien regelmäßig autonom, die Rechte Dritter können sie nicht verkümmern. So wenig der Erbschaftskäufer, welcher nach L. R. Ehl. IV C. IV §. 7 R. 9 für die Erbschaftsschulden (*incommoda hereditatis*) haftet, diese Haftung durch Veredung mit dem Erben ausschließen oder an für den Erbschaftsgläubiger lästige Bedingungen knüpfen kann, so wenig kann der Hypothekübernehmer die von dem Gesetze dem Gläubiger ihm gegenüber eingeräumten Rechte schmälern<sup>44)</sup>.

Und was gewährt R. die Gewißheit, daß eine nach seinem Recepte vereinbarte Schuldübernahme nicht erst recht als jene „unvollständige Delegation“ behandelt würde, welche ja nach seiner Meinung den Käufer zum Correuß des Verkäufers macht?

Betrachten wir aber das Endresultat, welches allenfalls auf diesem Wege zu erreichen wäre, so finden wir, daß weder Verkäufer noch Käufer damit zufrieden sein könnten. Gesezt A verkauft an B

43) Vergl. oben Note 11

44) Könnte er dies, so könnte er ja auch seine persönliche Haftung, auch wenn sie wirklich nach §. 56 l. c. über die Dauer seines Besitzes fort zu leben hätte, auf die Zeit seines Besitzes einschränken! Angesichts der notorischen Partheiintentionen müßte man aber diese vom Käufer sich bedungene Einschränkung als selbstverständlich erachten und käme so auf einem Umwege zu dem gleichen Resultate, welches ich aus dem Gesetze selbst ableite.

und dieser übernimmt die von A dem X bestellte Hypothek, jedoch nur unter der Bedingung, daß X den A liberire. In der Hoffnung, daß dieß geschehe, wird der Schuldbetrag am Kauffchillinge abgezogen. Auf die bezügliche Anfrage bei X erklärt dieser sich nicht, wohl aber klagt er später mit der ihm jedenfalls unverkümmert gebliebenen dinglichen Klage gegen B und bei Erfolglosigkeit dieser mit der Schuldklage gegen A. Da die dingliche Klage so ziemlich ebenso schmerzt, wie die persönliche, fühlen weder A noch B eine wohlthätige Wirkung des Regelsbergerschen Präservativmittels. Hätte aber auch B nach der Vorschrift R. schon an C weiterverkauft, ehe X klagbar wird, so stellt dieser wieder seine dingliche Klage gegen C und eventuell die Schuldklage gegen A. In der Anstellung der letzteren Klage gegen A könnte nun allenfalls eine verneinende Antwort des X auf die Frage des B, ob er ihn statt des A als Schuldner annehme, gefunden werden. Hiernach wäre B allerdings ledig, d. h. es stünde mangels des Eintritts der gestellten Bedingung fest, daß B nie persönlicher Schuldner geworden sei. Aber B ist ja nach R. vertragsmäßig verpflichtet gewesen, den A von seiner Schuld zu befreien oder den restigen Kauffchilling zu bezahlen. Auf Grund dieser Verpflichtung nimmt daher der zahlende A seinen Regreß gegen B und die Wirkungen des Präservativmittels sind wieder illusorisch.

Unter solchen Umständen und aus naheliegenden anderen Gründen werden unsere Notare die ihnen von Regelsberger angefohrene Rolle des Retters aus der Noth kaum übernehmen — und mit Recht!

---

## Mittheilungen aus der Rechtsprechung des kgl. bayerischen obersten Landesgerichts.

### Civilprozeß.

Revisionssumme. A. hatte dem B. Maschineneinrichtungen unter Eigenthumsvorbehalt bis zur Bezahlung des Kaufpreises geliefert. C. erwirkte nun für eine Forderung im fälligen Betrage von 1200 Mk. nebst unterschiedlichen Zinsen gegen B. Beschlagnahme jener in einem Fabrikantwesen desselben angebrachten Maschinen, deren Werth auf beiläufig 4000 Mk. angeschlagen wurde, worauf A. mit Widerspruchsklage gegen C. das Eigenthum der Pfandobjekte für sich reklamirte. A. brang auch mit dieser Klage in erster und zweiter Instanz durch. Die hierauf vom beklagten Beschlagnahmegläubiger C. eingelegte Revision wurde vom obersten Landesgerichte wegen Mangels der Revisionssumme verworfen mit folgender Ausführung.

Die Revisionssumme, welche nach §. 508 der C.P.O. mehr als 1500 Mk. betragen muß, bemißt sich zufolge dieser Gesetzesvorschrift nach dem Werthe des Beschwerdegegenstandes, erscheint also als *summa gravaminis*, begrifflich und prinzipiell verschieden von der *summa libelli*. In Sonderheit im vorliegenden Falle kann und darf die Beschwerdesumme vom Standpunkte der Beklagten und Revisionsklägerin aus durchaus nicht identifizirt werden mit dem Werthe derjenigen Objekte, welche Kläger mit seiner Widerspruchsklage gegen die auf Anstehen der Beklagten verhängte Beschlagnahme als sein Eigen bezeichnet und darum vom Pfandnegus befreit wissen will. Für die Beklagte und Revisionsklägerin kann vielmehr nach den im §. 6 und 508 der C.P.O. zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen (vgl. hieher auch Wilmoßky und Levi, Komm. z. C.P.O. 3. Aufl. S. 26) als Werth des Beschwerdegegenstandes keinesfalls eine höhere

Summe angesehen werden, als diejenigen Ansprüche beziffern, zu deren executiver Beitreibung die durch die Widerspruchsklage angegriffene Beschlagnahme beantragt und vom Vollstreckungsgerichte bewilligt worden ist.

Nach dem Inhalte des von C. eingereichten Beschlagnahmegesuches und des hierauf von dem Vollstreckungsgerichte erlassenen Beschlusses ist die Beschlagnahme der vindicirten Objekte erfolgt zu Gunsten einer am Weihnachten 1883 verfallenen Steigpreisrate mit 1200 Mk., dann der Zinsen aus der ganzen Restforderung der Gläubigerin (mit 2400 Mk.) vom 26. Dez. 1882 an zu 5%, sammt Verzugszinsen, berechnet bis 10. April 1884 mit 156 Mk. 25 Pf., und der bis dahin entstandenen Kosten mit 26 Mk. 5 Pf. Diese in dem Beschlagnahmebeschluss bezifferten Beträge summiren sich vorerst lediglich auf 1382 Mk. 30 Pf. Allerdings sind in dem Beschlagnahmebeschluss als Objekt der Deckung für die Klägerin auch noch „die weiteren Kosten“ erwähnt und es könnten ebenso auch noch die Zinsen seit der Beschlagnahme hieher, wo sie nicht als Nebensache für den gegenwärtigen Prozeß sich darstellen, in Frage kommen. Solche weitere Beträge dürfen jedoch gemäß klarer Bestimmung des §. 508 mit §. 4 der C.P.O. für die gegenwärtig festzustellende Höhe des Wertes des Beschwerdegegenstandes nur bis zu dem hiefür maßgebenden Tage der Erhebung der Klage und der dadurch bedingten Rechtshängigkeit (C.P.O. §. 235) in Anschlag gebracht werden. Daß aber für diese kurze Zwischenperiode vom 10. April 1884 bis zum 7. Juni 1884 durch die gedachten weiteren Kosten und Zinsen die Revisionssumme von dem oben bezifferten Betrage mit 1382 Mk. 30 Pf. bis auf die Höhe von über 1500 Mk. sich steigern könnte, läßt sich nicht annehmen.

Urth. vom 8. Juni 1885 Reg.-Nr. I 40/85.

### Literaturbericht.

Bayerisches Gesetz über die Ausübung der Jagd, nebst den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Bestimmungen, dem Gesetze über den Ersatz des Wildschadens, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gerichte und des Verwaltungsgerichtshofs, bearbeitet und herausgegeben von Markus Pollwein, Rechtsconciptent in Augsburg. Taschenformat. Mit Register 181 Seiten. Verlag der C. F. Beck'schen Buchhandlung in Nördlingen. 1885. Preis 1 Mk. 50 Pf.

Ein sehr brauchbares, mit Fleiß und Umsicht bearbeitetes Handbüchlein und zwar nicht allein für den Jäger und Jagdfreund, sondern auch für den Richter, Verwaltungsbeamten und Rechtsanwalt, welche hier für jagdrechtliche Fragen und Angelegenheiten reichhaltiges Material practisch zusammengestellt finden.

Das Strafverfahren in Zoll-, Aufschlags- und anderen Steuerfachen. Auf Grund der für das Königreich Bayern geltenden Vorschriften für den praktischen Gebrauch bearbeitet und erläutert von Joseph Volk, k. Rechnungscommissär bei der k. Generaldirection der Zölle und indirecten Steuern. 8°. 203 S. Nördlingen bei C. F. Beck.

Die Behandlung der Straffälle aus obengedachtem Gebiete bietet nicht wenige eigenartige Schwierigkeiten. Sichere Anhaltspunkte zu deren Ueberwindung gewährt das vorliegende mit Sorgfalt, Umsicht und großem Sachverständnisse bearbeitete Werkchen, welches wir zu allseitiger Beachtung bestens empfehlen. Für den Praktiker wird es in mancher Richtung nahezu unentbehrlich werden.

---

☞ **Redaktionsadresse:** ☛

**M ü n c h e n , S o n n e n s t r a ß e 7/3 r.**

---

Redakt.: Dr. Julius Staudinger in München. Verl.: Palm & Ente (Carl Ente) in Erlangen. Druck von Junge & Sohn.

