







Aus priv. Sam. 257^o

Annalen

des

Königl. Sächs. Oberappellationsgerichts

zu

Dresden.

Herausgegeben

durch

Dr. Friedrich Albert von Langenn,

wirklichen Geheimen Rath, Präsidenten des K. S. Oberappellationsgerichts,
Großkreuz des K. S. Verdienstordens u. s. w.,

Ernst Otto Schumann,

Oberappellationsrath, Ritter des K. S. Verdienstordens,

und

Dr. Karl Magnus Pöschmann,

Oberappellationsrath.

Neue Folge.

Erster Band.

Leipzig,

Druck und Verlag der Rosberg'schen Buchhandlung.

1866.

15



K n e n n

Königl. Preuss. Staatsbibliothek zu Berlin

Dr. Carl August Hirschmann

Verlag

von

Dr. Friedrich Albert von Langemann

Verlag des Königl. Preuss. Staatsbibliothek zu Berlin

Dr. Carl August Hirschmann

Verlag des Königl. Preuss. Staatsbibliothek zu Berlin

und

Dr. Carl August Hirschmann

Verlag des Königl. Preuss. Staatsbibliothek zu Berlin

Hier folgt

Dr. Carl August Hirschmann

Leipzig

Verlag des Königl. Preuss. Staatsbibliothek zu Berlin

1881



Ueber die Bedeutung der speciellen Motiven zu dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs für Auslegung des Letzteren.

Von Dr. Pöschmann.

Bereits in der Schrift: Die Gegner des revidirten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen v. L. 1861. *) S. 6 fg. finden sich einige Bemerkungen zu Beantwortung der Frage nach der Bedeutung der zu jenem Entwurfe den Ständen vorgelegten speciellen Motiven. Da jedoch diese Frage auch in neuerer Zeit, nachdem das unter dem 2. Januar 1863 publicirte Gesetzbuch in Gemäßheit der Einführungsverordnung vom 9. Januar 1865 mit dem 1. März desselben Jahres im gesammten Königreiche Sachsen in Kraft getreten, wiederholt zur Sprache gekommen ist, so erschien es nicht unangemessen, auf solche mit etwas ausführlicherer Darlegung der Verhältnisse zurückzukommen.

Der dem Landtage 1860/61 vorgelegte Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs war, wie in der, in den allgemeinen Motiven (Landt. Acten, 1. Abth. 1. Bd. S. 423 fg.) gegebene Entstehungsgeschichte des Näheren auseinandergesetzt ist, nicht als ein absolut neues Werk, sondern wenigstens formell nur als eine, beziehentlich auf Grund ständischer Deputationsberathungen

*) Auch als Beilageheft zu dem dritten Bande dieser Annalen erschienen.

über den dem Landtage 1851/52 unterbreiteten f. g. Held'schen Entwurf von einer zu diesem Behufe besonders eingesetzten Commission vorbereitete Umarbeitung des Letzteren anzusehen. Das Material der Berathungen dieser Commission, an welcher die a. a. D. S. 426 aufgeführten Commissare aus den königlich Sächsischen und den Thüringen'schen und Anhalt'schen Staaten Theil nahmen, war in 328 Protocollen niedergelegt, welche von dem Secretair der Commission, Commissionrath Jähnichen über ebenso viel Plenar- und beziehentlich Redactions-Deputationsfikungen aufgenommen, dieselbe Zahl zum Theil ziemlich umfangliche Einzelfascikel bildeten, die metallographisch in einer nur geringen Anzahl Exemplaren vervielfältigt, dem größeren Publicum unzugänglich blieben, obwohl selbstverständlich ein Secretiren derselben in keiner Weise beabsichtigt war.

Der revidirte Entwurf und dieses Material wurde, der der Commission gestellten Aufgabe entsprechend, vor Mitte 1860 dem Justizministerium überreicht, und ersterer mit den oben gedachten allgemeinen Motiven aus der Feder des Geheimen Justizrathes Dr. Siebenhaar zunächst für die ständische Berathung in den Landtagsacten 1860/61 zum Drucke gebracht. Man ging hierbei von der Ansicht aus, daß die betreffenden ständischen Deputationen, aus deren Mitte übrigens einzelne Mitglieder auch als solche der Commission bei der Revisionsarbeit betheiligt gewesen waren, die ausführlichste Auskunft über die Motiven der Commission aus jenen sehr speciellen Protocollen zu entnehmen und beziehentlich zu Motivirung ihrer Gutachten dem Plenum der Ständekammern gegenüber anzuziehen in der Lage sein würden.

Inzwischen hatte man an maßgebender Stelle die Ueberzeugung gewonnen, daß es namentlich wohl auch in Hinblick auf die außerdem durch erhebliche Gesetzesvorlagen den betreffenden Deputationen in Aussicht stehende Arbeitslast zu Förderung der Sache dienlich sei, wenn den Kammern, wie dieß bei größeren Gesetzesvorlagen ohnehin üblich, ein handlicher Extract aus jenem äußerst voluminösen Protocollmaterial vorgelegt werden könne. Mit Abfassung dieses Extracts — in der Form „specieller Motiven“ zu dem Entwurfe — wurde Dr. Siebenhaar beauftragt

und von diesem, dem allerdings als Referenten der Commission die vollste Uebersicht über den Gang der Verhandlungen und die Fülle des in Folge Umstellungen ganzer Gesezspartien bei den successiven Lesungen, nicht völlig plan zu benutzenden Materials beiwohnte, in dem Zeitraume weniger Monate der Auftrag mit solcher Beschleunigung ausgeführt, daß diese „speciellen Motiven“ den Ständen bald nach ihrem Zusammentritte im Herbst des Jahres 1860 (Landt. Acten a. a. O. S. 553 bis 915) vorgelegt werden konnten.

Eine vorgängige Mittheilung an die Commission war natürlich unthunlich; inzwischen ist dieses Werk im Justizministerium einer eingehenden Durchsicht und Prüfung unterzogen worden, ehe es zur Hinausgabe an die Kammern gelangte.

Wie sich schon aus diesem geschichtlichen Abrisse abnehmen läßt, geben diese speciellen Motiven, welche zunächst für den Gebrauch der Kammermitglieder bestimmt waren, einen Auszug aus den in den Protocollen ausführlich niedergelegten Motiven der häufig durch Abstimmungen erzielten Commissionsbeschlüsse, vorzugsweise mit Fixirung der Punkte, wo Letztere Abweichungen vom gemeinen Rechte, beziehentlich von der zeitherigen Praxis zur Folge hatten, insbesondere aber auch eine Klarlegung des organischen Zusammenhangs der einzelnen Partien des Gesezbuchs.

Während nun letztgedachte Ausführungen mehr doctrineller Natur sind und ihre Berechtigung in der dem genannten Referenten eigenen Beherrschung des überreichen Stoffs finden, haben die ersterwähnten Auszüge der Motiven der Commissionsbeschlüsse als ein Material zu gelten, welches für Auslegung des Gesezbuchs von wesentlichstem Gewichte ist.

Besonderen Anstoß haben inzwischen eine häufig wiederkehrende Gattung von Bemerkungen erregt, welche Folgesätze aus den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesezbuchs geben. Man hat nämlich Seiten der Critik diese Folgesätze um deswillen angreifen zu sollen geglaubt, weil jenes Beiwerk des Entwurfs Entscheidungsnormen aufstelle, welche um auf Auctorität Anspruch zu haben, in das Gesezbuch selbst aufzunehmen gewesen wären.

Inzwischen sind jene Bemerkungen vollständig berechtigte. Sie enthalten nämlich nicht etwa subjective Folgerungen des Verfassers, sondern fußen eben auch nur auf den Verhandlungen und Abstimmungen der Commission.

Wie man bei Durchgehung der Protocolle in ihren Tausenden von Seiten sehr deutlich bemerken kann, war nämlich der Gang der Verhandlungen der, daß zwar nominell der Held'sche Entwurf mit den von den ständischen Zwischendeputationen gemachten Aenderungs-vorschlägen, virtuell aber eine zunächst vom Oberappellationsgerichts-Präsidenten Dr. Ortloff, gearbeitete, von dem besondern Theile des Obligationsrechts an von Dr. Siebenhaar fortgesetzte s. g. „Vorlage“ den Leitfaden für die Discussion bot. In Anhalt theils an den Entwurf, theils an diese Vorlage waren nun von mehreren anderen Commissionsmitgliedern fortlaufend Bemerkungen und Vorschläge, theils zu Abänderungen, theils zu Vervollständigung jener eingereicht worden und zu Mittheilung an die Mitglieder der Commission gelangt. Insbesondere waren in diesen Bemerkungen viele Sätze zu finden, welche gegen den Entwurf und die Vorlagen gehalten, theils in anderen Entwürfen, z. B. dem großherzoglich Hessischen und dem Züricher, theils nach Anleitung der speciellen Satzungen des Römischen Rechts in den verschiedenen modernen Pandectenlehrbüchern mehr oder anders gestaltet, enthalten waren. Alles dies wurde discutirt und durch Abstimmung gesichtet, dabei aber Vieles zwar im Principe approbirt, jedoch mit der ausdrücklichen Note als: „selbstverständlich“, „aus den allgemeinen Sätzen des Gesetzbuchs folgend“, oder auch „der Doctrin angehörig“ bei Seite gelassen. Diese aus der Fassung des Gesetzbuchs nicht direct erkennbaren Beschlüsse der Commission sind es nun, welche in den „speciellen Motiven“ als jene Folgesätze Wiedergabe gefunden und ihre objective Berechtigung haben.*)

Durste hiernach der Auctorität jener „speciellen Motiven“

*) Man vergl. von Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte. 1. Bd. L. 1835. S. 245 fg. und Schletter, Diss. de subsidiis interpretationis etc. L. 1838.

in dem obbezeichneten Sinne das Wort geredet werden, so bedarf es nur noch eines Hinweises darauf, daß natürlich diese Auctorität nicht weiter ausgedehnt werden kann, als in soweit der Entwurf und beziehentlich dessen einzelne Sätze Gesetzeskraft erlangt haben. In allen den, nicht eben ganz vereinzeltten Fällen, wo der Entwurf bei der ständischen Berathung wesentliche und zum Theil principielle Abänderungen gegen die Beschlüsse der Commission erhalten hat, werden selbstverständlich die speciellen Motiven unanwendbar und es wird den darin wiedergegebenen Folgesätzen die obberregte Stütze entzogen.

Es bedurfte also nach Publication des Gesetzbuchs einer Sichtung des in den speciellen Motiven niedergelegten Interpretationsmaterials und einer nochmaligen speciellen Durchgehung der Protocolle und diese erfolgte bei Ausarbeitung des nunmehr vollständig erschienenen Commentars zu dem bürgerlichen Gesetzbuche, welcher mir mit dem aufrichtigen Bestreben gearbeitet ist, das Verständniß des Gesetzbuchs in dem Sinne der Beschlüsse der Commission und der ständischen Aenderungsanträge, welche bei der Schlußredaction allenthalben Berücksichtigung gefunden haben, zu vermitteln. Wird dieselbe Tendenz, von denen, welchen es obliegt, das Gesetzbuch als Richter anzuwenden begünstigt, so kann der Erfolg dieser umfangreichsten aller zeitherigen sächsischen Gesetzgebungsarbeiten als gesichert gelten.

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

1.

Ueber Stellvertretung bei Ausübung des Hausrechts,
nach Art. 151 des StGB.'s

Erkenntn. v. 24. Mai 1865 no. 509/479.

Sobald der Inhaber eines Gasthauses in demselben nicht anwesend sich befindet, ist in dessen Stellvertretung das ihm zustehende Hausrecht von seinen erwachsenen Angehörigen auszuüben, ohne daß es hierzu eines ausdrücklichen Auftrags bedarf. Ebenso hat, wenn in einem einzelnen Raume eines Gasthauses ein erwachsener Angehöriger des Inhabers, nicht aber dieser selbst sich befindet, Ersterer den Letzteren, und zwar auch dann, wenn dieser in dem Hause anwesend ist, hinsichtlich des Hausrechts zu vertreten. Nach diesen Grundsätzen stand bei demjenigen factischen Vorgange, welchen das angefochtene Erkenntniß auf Grund der Bl. angezogenen Depositionen für erwiesen geachtet hat, die Ehefrau des Gasthausinhabers B., als während ihrer Anwesenheit in der Küche des Gasthauses der Angeklagte daselbst sich ungebührig betrug, in der Berechtigung, in gedachtem Local als Stellvertreterin ihres Ehemannes das Hausrecht zu üben, und demgemäß dem Angeschuldigten das Verlassen der Küche zu gebieten. Nur muß dabei vorausgesetzt werden, daß damals ihr Ehemann nicht in der Küche anwesend war.

2.

Zur Auslegung der Worte „gefährliches Instrument“
im Art. 169 Abs. 2 des StGB.'s

Erkenntn. v. 21. Juni 1865 no. 654/587.

Die Auslegung, welche der Bertheidiger von den in Art. 169, Abs. 2 des StGB.'s gebrauchten Worten „gefährliches Instrument“ macht und wonach darunter nur ein solches Instrument, dessen regelmäßige und gewöhnliche Anwendung zu Körperverletzungen gefährliche Erfolge herbeizuführen im Stande sei, begriffen sein soll, kann das OLG. nicht für richtig anerkennen, hat sich auch bereits mehrfach in seinen Entscheidungen für das Gegentheil ausgesprochen. Das Wort: „Instrument“ bezeichnet hier überhaupt jedes Werkzeug, dessen Benutzung Seiten des Thäters geeignet ist, die dem Verletzten gegenüber entwickelte Kraftäußerung zu verstärken, und die Gefährlichkeit eines solchen Instruments ist theils nach dessen Beschaffenheit an sich, theils aber auch nach dem davon im concreten Falle gemachten Gebrauche zu beurtheilen. Sehr oft sind Gegenstände, deren ursprüngliche Bestimmung keineswegs auf die Zufügung von Körperverletzungen berechnet ist, durch den Gebrauch, oder vielmehr Mißbrauch, der von ihnen bei Schlägereien gemacht wird, die Veranlassung zu viel schwereren Körperverletzungen geworden, als, unter gleichen Verhältnissen, eine Waffe im engern Sinne hervorgebracht haben würde, und man wird daher schwerlich annehmen können, daß eine so beschränkende Auslegung, wie sie der Bertheidiger aufstellt, dem Sinne der Gesetzgebung entspreche. Für den hier vorliegenden Fall ist durch die Entscheidung festgestellt, daß G. A. H. mit dem umgekehrten Peitschenstocke auf K.'n losgeschlagen und demselben die in dem gerichtsarztlichen Gutachten specificirten zahlreichen Kopfverletzungen beigebracht habe. Ein umgekehrter Peitschenstock, von welchem zu Schlägen auf des Verletzten Kopf Gebrauch gemacht wird, erscheint nun aber eben so unbedenklich als ein gefährliches Instrument im Sinne von Art. 169, Abs. 2 des StGB.'s, als das OLG. dies in andern Fällen von zu gleichem Zwecke benutzten Bierkrügeln, Bier- und Weinflaschen zc. anerkannt hat, und es konnte daher die, gegen die entsprechende Annahme des Ger.=Amts zu D. von dem H.'schen Bertheidiger eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde als begründet keineswegs angesehen, sie mußte vielmehr

verworfen werden, weil sie dem von dem Gesetzgeber gebrauchten Ausdrucke „gefährliches Instrument“ eine weder den Worten noch dem Sinne des Gesetzes angemessene Beschränkung vindiciren will.

3.

Zu den „im öffentlichen Dienst angestellten Personen“ deren Art. 246 Abs. 2 des StGB.'s gedacht wird, gehören auch öffentlich angestellte Kirchen- und Schuldiener.

Erkenntn. v. 9. Juni 1865 no. 588/532.

Das OAG. hat die Bl. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als begründet anzuerkennen nicht vermocht. Die erste, von der falschen Gesetzesanwendung entlehnte Beschwerde scheint darauf gestützt werden zu sollen, daß Geistliche nicht zu den „im öffentlichen Dienste angestellten Personen“ gehören, deren Art. 246 des StGB.'s gedenkt und für welche auch „die amtlichen Vorgesetzten“ einen Strafantrag wegen Beleidigung, zu erheben berechtigt sind. Dieser Ansicht ist aber keineswegs beizutreten, vielmehr umfaßt der absichtlich in dieser Allgemeinheit schon bei Erlassung des Crim.-GB.'s gewählte Ausdruck „im öffentlichen Dienste angestellt“ ebensowohl öffentlich angestellte Kirchen- und Schuldiener, als Beamte des Staats oder einer Stadt. Der Einwand, Geistliche ständen im Dienste der Kirche, nicht im öffentlichen Dienste, paßt also um deswillen nicht, weil auch der mit einer öffentlichen Anstellung verbundene Dienst der Kirche ein öffentlicher Dienst ist; mit demselben Rechte könnte behauptet werden wollen, städtische Beamte ständen nicht sowohl im öffentlichen Dienste, als in dem der betreffenden Stadt; der Ausdruck „öffentlicher Dienst“ soll eben alle diese Categorien in sich fassen; nur der Privatdienst wird dem entgegengesetzt. Auf Staatsdienerqualität im engern Sinne kommt es dabei nicht an.

4.

Zu den Worten im Art. 280 Abs. 1 des StGB.'s „mit Waffen versehen“. (Annalen Bd. III. S. 246 flg.)

Erkenntn. v. 3. April 1865 no. 327/297.

Eine andere Frage ist die, ob Sch. bei seiner Festnahme auf der Flucht nur eine Widersezung gegen erlaubte Selbsthülfe, oder eine Handlungs-

weise verübt hat, welche den Diebstahl als einen besonders ausgezeichneten im Sinne von Art. 280 des StGB.'s erscheinen läßt. Die vorige Instanz hat letzteres angenommen und die Bestimmung des ersten Punktes im ersten Absatze des beregten Artikels angewendet, weil der Angeklagte mit dem Einschlagemesser, das er bei sich geführt, im Sinne jener Bestimmung sich versehen habe.

Nun ist aber festgestellt und geht aus den erwiesenen Thatsachen hervor, daß der jüngere K. den Angeklagten, der bei der Annäherung K.'s die Flucht ergriffen gehabt, eingeholt und bei der linken Hand gehalten, der Angeklagte mit der rechten Hand in seine Beinkleider gegriffen, ein Taschenmesser herausgeholt und die Worte gebraucht hat: Laß mich gehen, Luder, ich steche Dich. Diese Drohung hat nicht vollführt werden können, weil K. sofort beide Hände Sch.'s ergriffen und diesen dadurch behindert hat, das Messer zu öffnen und zu gebrauchen.

Das fragliche Messer ist, wie der Augenschein lehrt, ein gewöhnliches Brodmesser zum Einschlagen, ein derartiges Messer, welches von Leuten des Standes des Angeklagten sehr oft geführt wird. Wenn nun auch ein solches an sich betrachtet, als ein gefährliches Werkzeug oder als eine Waffe im eigentlichen Sinne dieses Wortes sich nicht darstellt, so leuchtet es doch von selbst ein, daß es diese Beschaffenheit annehmen kann, sobald es zu andern Zwecken verwendet wird, oder verwendet werden soll.

Dem Angeklagten wird nicht beigemessen, daß er das Messer zu sich gesteckt, oder solches geführt habe, um es bei der Ausführung des Diebstahls im Falle der Begegnung einer Person gegen diesen anzuwenden, es wird von der vorigen Instanz nur behauptet, daß in dem Herausnehmen des Messers Seiten Sch.'s bei der obgedachten Gelegenheit ein „Sichversehen“ mit dem Messer im Sinne des Art. 280 des StGB.'s liege, daß Sch. in dem Augenblicke, als er auf der Flucht ergriffen worden, mit dem Messer in gedachtem Sinne „sich versehen habe“, eine Annahme, welcher nicht beigestimmt werden kann. Bei Werkzeugen der vorliegenden Art muß das Ergreifen nicht während der Handlung, sondern vorher zu dem Zwecke des Gebrauchs erfolgen, um als ein damit „Sichversehen“ im Sinne des Gesetzes betrachtet werden zu können.

In dem hier fraglichen Falle ist nur anzunehmen, der Angeklagte

habe seiner Festnahme gegen erlaubte Selbsthülfe Seiten R.'s sich widersetzen und diesem Vorhaben durch die Ergreifung des Brodmessers und durch jene Drohworte Nachdruck geben wollen.

Aus diesem Grunde war auf die Handlung Sch.'s die Bestimmung im Art. 280 des StGB.'s unanwendbar.

5.

Auch die Bedrohung mit Fortstellung einer bereits eingeleiteten Untersuchung ist der, im Art. 282 des StGB.'s gedachten, Bedrohung mit Nachtheilen irgend einer Art beizuzählen.

Erkenntn. v. 10. Mai 1865 no. 421/418.

Es kann darauf nichts ankommen, ob L., insofern er nicht eine Geldsumme zahle, auf welche Sch. und M. unter allen Umständen kein Recht hatten, mit Einleitung einer Untersuchung wegen Holzentwendung bedroht worden ist, oder ob demselben, der in der irrigen Meinung stand, die gegen ihn bereits anhängige Untersuchung könne durch eine Erklärung M.'s oder Sch.'s sistirt werden, unter Benutzung dieses Irrthums zu erkennen gegeben worden ist, Man werde die Sistirung der Untersuchung bewirken, dafern L. die fragliche Geldsumme zahle. Immerhin und in beiden Fällen ist die Untersuchung, deren Nachtheile und Unannehmlichkeiten Sch. L.'nen möglichst ausmalte, als Mittel zur Pression, um einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu erlangen, benutzt worden; ob es in jener oder in dieser Form geschah, hing lediglich von den Umständen des concreten Falls ab, erscheint aber auf die Begriffsbestimmung des Verbrechens der Erpressung ohne allen Einfluß. Die Bedrohung mit Nachtheilen liegt hier in der, angeblich bloß von Sch.'s Willkühr abhängigen, von L.'nen gefürchteten, Fortstellung der Untersuchung und diese steht der Bedrohung mit Einleitung einer Untersuchung, unter dazu sonst geeigneten Verhältnissen völlig gleich. Eine Verpflichtung, die Diebstahlsanzeige zurückzunehmen, als worauf M.'s Bertheidiger hindeutet, hatten allerdings M. oder Sch. nicht; sie hätten aber auch keine Verpflichtung gehabt, unter andern Umständen die Einleitung der Untersuchung zu veranlassen; es kommt überhaupt nur darauf an, daß sie eine wirklich, oder doch nach L.'s Ansicht vermeintlich, in

ihrer Willkühr stehende, Handlung, welche L.'nen Furcht einjagen mußte, zur Bedrohung ausnutzten, um sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen.

6.

Verbindung des Schuldners und Gläubigers zum Betrüge gegen einen Dritten, den Bürgen, Art. 284.
286 des StGB.'s.

Erkenntn. vom 7. April 1865 no. 336/310.

Der vom Vertheidiger aufgestellte Satz, daß beim Betrüge, insonderheit bei dem hier in der vorigen Instanz angenommenen Creditbetrüge, nur der Gläubiger des Betrügers der durch den Betrug Benachtheiligte sein könne, ist in dieser Ausdehnung unrichtig. Allerdings wird die Richtigkeit des Satzes da anerkannt werden müssen, wo das nach Art. 286 unter 1. oder nach Art. 286 Abs. 3 des StGB.'s zu beurtheilende Verbrechen gegen denjenigen sich richtet, welcher das betrügerisch erschlichene Darlehn dem Verbrecher gewährt hat, und dieser Fall ist, erfahrungsgemäß, der gewöhnliche. Allein anders verhält sich die Sache natürlich dann, wenn — wie hier gegen G.'n — die Beschuldigung vorliegt, daß er sich mit dem Darlehnsuchenden zum Betrüge wider einen Dritten, nämlich den Bürgen, verbunden, und jenen in seinem verbrecherischen Gebahren durch wahrheitswidrige, gegen den nachherigen Bürgen ausgesprochene Angaben über des Darlehnsuchenden Solvenz unterstützt habe. In diesem Falle ist der Betrogene, zunächst mindestens der durch Betrug Gefährdete, lediglich der Bürge, nicht der Darleiher des Geldes; Letzterer creditirt im Grunde nicht dem Betrüger, sondern dem Bürgen, er weiß sehr wohl, oder ist doch der Ueberzeugung, daß die, nach seiner Kenntniß von der Persönlichkeit und den Vermögensverhältnissen des Betrügers leicht mögliche Gefährdung bezüglich der dargeliehenen Summe nicht ihn, den Darleiher, sondern nur den Bürgen treffen könne. Wenn er nun, mit Kenntniß von der wahren Sachlage, diese dem Bürgen, zu des Betrügers Gunsten, als eine andere darstellt, wenn er Letztern Jenem als einen ordentlichen und solventen Mann schildert, während ihm das Gegentheil wohl bekannt ist, so erscheint er mindestens als Gehülfe bei dem als Creditbetrug bezeichneten, Verbrechen, und es fallen von selbst alle Folgerungen zusammen, welche

G.'s Bevollmächtigter aus dem unrichtigen Vorderfaze entlehnt, daß der Darleiher des Geldes stets nur der Verletzte, nicht auch zugleich der an dem Betrüge gegen einen Bürgen Betheiligte sein könne.

7.

Der Besitz bereiter Mittel schließt eine Unterschlagung an anvertrauten vertretbaren Sachen nicht schlechthin aus. — Zu Art. 287 Abschn. 1 des StGB.'s

Erkenntn. v. 13. März 1865. no. 158/222.

Weil daraus allein, daß demjenigen, welcher über ihm anvertraute vertretbare Sachen gegen den Willen des Eigenthümers eigenmächtig verfügt hat, Mittel zu Gebote gestanden haben, welche ihn befähigt haben würden, zur bestimmten Zeit, oder wenn eine solche nicht bestimmt worden, auf jedesmaliges Verlangen des Berechtigten Gewähr ohne Verzug leisten zu können, keineswegs zu folgern ist, daß ein solches anscheinend widerrechtliches Gebahren bloß der äußern Form nach als eine Unterschlagung sich darstelle, auf welche die Strafbestimmung Abschn. 1 Art. 287 des StGB.'s keine Anwendung leide, vielmehr auch unter der gedachten Voraussetzung es einzig und allein darauf ankommt, in welcher Absicht die eigenmächtige Verfügung erfolgt ist, da wenn der verbrecherische Wille auf den Gewinn der Substanz und nicht bloß auf den Vortheil eines temporären Gebrauchs gerichtet war, die Befähigung des Thäters, den Verletzten vollständig entschädigen zu können, nur insoweit als, bei wirklich erfolgter Schadloshaltung, dem Ersatze durch Art. 298 des StGB.'s ein strafmildernder Einfluß zugestanden worden ist, in Frage kommen kann; so ist zc.

8.

Wilddiebstahl, oder Unterschlagung nach Art. 289 unter 3 des StGB.'s.

Erkenntn. v. 6. März 1864 no. 226/183.

Gegen die Ansicht der ersten Instanz, welche in nachstehend gedachtem Falle Wilddiebstahl nach Art. 1, Art. 2 unter 6 und Art. 5 1 a. des Forst zc. Str.G. vom 11. August 1855 angenommen hatte, sprach sich das OAG. folgendergestalt aus: daß die Fischotter zu den jagdbaren

Thieren gehört, ist mit Grund ebenso wenig zu bezweifeln, als, daß sie den Raubthieren zuzuzählen ist. Wenn daher der Inhaber eines Flußgebiets, worin ihm zwar die Fischereigerechtigkeit, innerhalb welcher Flur ihm aber nicht auch die Jagdberechtigung zusteht, eine Fischotter, die seiner Fischerei Schaden zufügt, fängt, bezüglich erlegt, so begeht er dadurch allein an sich keine strafbare Handlung. Strafbarkeit der Handlung tritt jedoch ein, sobald er diese Fischotter an den Jagdberechtigten nicht abgeliefert, dieselbe vielmehr veräußert und den Erlös für sich verwendet. Durch eine solche Aneignung macht er sich einer Unterschlagung schuldig, welche nach dem Schlußsate des Art. 289 des StGB.'s auf Antrag des Jagdberechtigten strafbar ist. Die Beantwortung der Frage, ob der Gebrauch eines Tellereisens, mit welchem die Fischotter gefangen worden ist, den angewendeten Erschwerungsgrund im Art. 5 unter 1 a. des Forst- u. StG. zu rechtfertigen vermöge, würde nur dann nothwendig sein, wenn, wie in der vorigen Instanz angenommen worden, nach dem Vorstehenden aber nicht der Fall ist, es sich um Bestrafung eines Wilddiebstahls handelte.

9.

Die, wenn auch längere Zeit hindurch fortgesetzte, schenkungsweise Annahme gestohlenen Guts fällt nicht unter die Strafbestimmung des Art. 293 des StGB.'s

Erkenntn. v. 10. Mai 1865 no. 464/417.

Der im Allgemeinen von der Partirerei handelnde 292. Artikel des StGB.'s bezeichnet als dieses Verbrechens schuldig schon denjenigen, welcher Gegenstände, die durch eines der im 12. Capitel des II. Theiles des StGB.'s und Art. 177 und 178 ib. genannten Verbrechen erlangt worden sind, mit Kenntniß von der Unrechtmäßigkeit des Erwerbes, oder unter Umständen, wo er die letztere vermuthen mußte, durch Schenkung, Kauf, oder auf andere Weise an sich bringt.

Dagegen gedenkt Art. 293 der Annahme schenkungsweise, oder sonst unentgeltlich, angebotenen gestohlenen oder geraubten Gutes gar nicht, beschränkt vielmehr den Begriff der gewerbmäßigen Partirerei auf den Ankauf oder Vertrieb solchen Gutes, auf eine Thätigkeit, welche an sich mehr unter den Begriff der Begünstigung — Art. 61 des StGB.'s — fällt.

Unter diesen Umständen ist allerdings der Ansicht der ersten Instanz beizutreten gewesen, daß der Angeschuldigten deshalb, weil sie in längerer Fortsetzung und unter Umständen, welche an sich wohl unter den Begriff der Gewerbmäßigkeit fallen würden, das ihr von ihrer Tochter zugetragene gestohlene Gut angenommen und in ihren Nutzen verwendet hat, gewerbmäßige Partirerei nicht beigemessen werden könne.

Zu der Strafprozeßordnung.

1.

Unterlassung der Gegenüberstellung des Angeschuldigten mit Zeugen, kann kein Gegenstand für die Nichtigkeitsbeschwerde sein, Art. 85 Abs. 4 der StPD.

Erkenntn. v. 28. April 1865 no. 347/364.

Da die Angeschuldigte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde deshalb eingewendet hat, weil sie den Zeugen nicht gegenüber gestellt worden sei, nun aber bei Zusammenhaltung der Disposition in Art. 85 Abs. 4 der StPD. damit, daß es bei Führung von Untersuchungen nach Art. 172 und 223 verb. mit Art. 361 Abs. 1 der StPD. lediglich von dem richterlichen Ermessen abhängt, ob einer oder mehrere Zeugen dem Angeklagten gegenüber zu stellen seien, sich ergibt, daß die Unterlassung einer solchen Gegenüberstellung niemals Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde sein kann, so wird eingangsgedachtes Rechtsmittel als unzulässig verworfen.

2.

Ein von dem Privatankläger im Voraus gestellter Antrag auf Actenvorlegung erheischt nicht eine, im Art. 243 Abs. 3 der StPD. bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Entscheidung.

Erkenntn. v. 28. Juni 1865 no. 626/624.

Nach Art. 33 Abs. 2 der StPD. ist dem Privatankläger und mit hin auch dem Sachwalter desselben, die Einsicht der Acten nur in gleicher Weise gestattet, wie solche der Bertheidiger des Angeschuldigten beanspru-

chen kann, es steht ihm daher auch in einer Einzelrichtersache nach Art. 362 Abs. 3 der StPD. nur das Recht zu, nach Schluß der Untersuchung die Acten an Gerichtsstelle einzusehen, und wie es nun hiernach zu Ausübung dieses Rechts auf Seiten des Privatanklägers eben nur des Anmeldens an Gerichtsstelle, nicht aber eines deshalb schon zu einer früheren Zeit gestellten Antrags bedarf, so wird auch durch einen solchen schon im Voraus gestellten allgemeinen Antrag dem Gerichte keineswegs die Verbindlichkeit auferlegt, eine besondere Entschlieþung darüber zu fassen und solche dem Privatankläger zu eröffnen, oder ihn nach dem Schlusse der Untersuchung noch ausdrücklich zur Einsichtnahme der Acten aufzufordern, sondern es hat dasselbe abzuwarten, ob sich derselbe oder sein Sachwalter zu diesem Behufe vor Abfassung einer Entscheidung an noch anmelden wird.

Annalen des OAG. Bd. 1. S. 283 Nr. 24.

Die in der vorliegenden Untersuchung gleichwohl von dem Sachwalter des Privatanklägers einzig und allein deshalb, weil die von ihm bereits in der Privatanklage beantragte Actenvorlegung nicht erfolgt und er auf diesen Antrag überhaupt nicht beschieden worden sei, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde war daher als unbegründet zu verwerfen. Denn es handelt sich hierbei dem Vorstehenden nach gar nicht um einen solchen Antrag, auf welchen das Gericht nach Art. 243 Abs. 3 der StPD. zu Vermeidung einer Nichtigkeit eine besondere Entscheidung zu ertheilen und zu eröffnen verpflichtet war; es war vielmehr lediglich Sache des gedachten Rechtsanwalts, sich, wenn er nach der legalen Bekanntmachung des Actenschlusses an den Privatankläger und vor der nunmehr zu erwartenden Abfassung eines Bescheides die Acten annoch einsehen wollte, deshalb bei Gericht anzumelden. Hat er dies zu thun unterlassen, so hat er auch die daraus für den Privatankläger etwa entstandenen Nachtheile sich selbst zuzuschreiben.

3.

Ueber den Umfang der dem OAG. in Art. 342 der StPD. eingeräumten Befugnisse.

Erkenntn. v. 16. Juni 1865 no. 604/565.

Eine Beschränkung der dem OAG. nach Art. 342 der StPD. zustehenden Befugnisse kann bei der Allgemeinheit der diesfalligen Bestim-

mungen nur insoweit angenommen werden, als eine neue Beweisaufnahme selbstverständlich nicht im Widerspruche mit dem im Art. 347 Abs. 1 des StGB.'s festgestellten Grundsätze zu dem Zwecke vorgenommen werden darf, um eine härtere Strafe herbeizuführen, oder ein schwereres Verbrechen, als das dem Angeklagten in der ersten Instanz beige-messene zu constatiren, sodann aber auch nicht auf Anschuldigungspunkte gerichtet werden kann, welche durch das erstgerichtliche Erkenntniß bereits zu Gunsten des Angeklagten völlig und ausdrücklich beseitigt worden sind. Dahin gehören jedoch, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht auch solche früher bereits vorgelegene Thatfachen und Beweismittel, die in dem Erkenntnisse der ersten Instanz gar nicht erwähnt, sondern völlig übergangen worden sind, diese kann vielmehr das OLG. eben so wie ganz neue Thatfachen und Beweismittel z. B. Geständnisse, die der Angeklagte erst in zweiter Instanz abgelegt hat, unstreitig noch nachträglich erörtern und feststellen lassen, insoweit es sich dabei eben nur um eine Vervollständigung der factischen Prämissen der in dem früheren Erkennt-nisse enthaltenen Schlußfolgerung, oder mit andern Worten nur um eine noch festere Begründung der richterlichen Ueberzeugung von der in der ersten Instanz bereits als erwiesen angesehenen Schuld des Angeklagten und mithin nur um die Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses handelt; es läßt sich auch in der That nicht behaupten, daß der Angeklagte hierdurch irgendwie benachtheiligt werde, während es den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit in keiner Weise entsprechen würde, wenn der Richter zweiter Instanz genöthigt wäre, wegen eines jeden Zweifels, der ihm gegen die Vollständigkeit des in der ersten Instanz für erbracht erachteten Schuldbeweises beigeht, den Angeklagten freizusprechen, obschon er sich in der Lage befindet, den betreffenden Zweifel durch nachträgliche Feststellung eines bereits actenkundigen Umstands sofort zu beseitigen. Durch die oben angezogenen Bestimmungen der StPD. hat einem derartigen Uebelstande offenbar abgeholfen werden sollen.

Im Uebrigen mag nur beiläufig erwähnt werden, daß auch das Bez.-Ger. in Einzelrichtersachen auf den Einspruch des Angeklagten nach Art. 379 Abs. 3 der StPD. nicht in durius erkennen darf, daß dasselbe aber dessen ungeachtet auch in einem solchen Falle ein condemnatorisches Erkenntniß der ersten Instanz auf Grund ganz neuer thatsächlicher Feststellungen bestätigen kann. — Allg. Ger.-Ztg. 8. Jahrg. S. 36 fg. Nr. 16.

4.

Die Nichtbeachtung des im Art. 90 des StGB.'s gedachten Milderungsgrundes der Jugend kann mittels der N.=B. nur dann geltend gemacht werden, wenn das jugendliche Alter des Angeklagten im Erkenntnisse thatsächlich festgestellt ist, vergl. Art. 349 und 351 der StPD. und no. XXV. des Erl. Ges. vom 25. September 1861.

Erkenntn. v. 3. Mai 1865 no. 380/384.

Daß die (von dem Staatsanwalte zu der Angeschuldigten Gunsten) eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde, in Erwägung, daß das gedachte Erkenntniß, wenn schon in demselben der sowohl A. A. S., als auch der Schwester derselben A. A. S. zur Seite stehende Milderungsgrund der Jugend ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes nicht berücksichtigt worden, dennoch in dem gegenwärtigen Falle auch nach der Bestimmung des Erläuterungsgesetzes vom 25. September 1861 sub XXV. um deswillen nicht mit diesem Rechtsmittel angefochten werden konnte, weil die factische Unterlage des letzteren, das jugendliche Alter der beiden genannten Angeschuldigten, in dem Erkenntnisse selbst gar nicht festgestellt, und überhaupt gar nicht erwähnt worden ist, das OAG. aber sich nach Art. 351 Abs. 1 der StPD. bei der Entscheidung über eine Nichtigkeitsbeschwerde lediglich auf die rechtliche Beurtheilung der in dem angefochtenen Erkenntnisse für erwiesen erachteten Thatfachen zu beschränken hat, unter den vorliegenden Umständen vielmehr die erhobene Beschwerde nur im Wege des Einspruchs von den Angeklagten selbst hätte geltend gemacht werden können, als unbegründet, und bez. unzulässig zu verwerfen.

5.

Unter den, in Art. 387 unter 1 der StPD. erwähnten Zeugen sind auch Mitschuldige zu verstehen.

Erkenntn. v. 2. Juni 1865 no. 572/518.

Nach der eigenen Auffassung des Bertheidigers stützt sich das für A. M. K. angebrachte Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens auf Art. 387 unter 1 der StPD. Diese Auffassung ist auch zu billigen,

denn die Bezüchtigungen der Mitangeklagten M. M. K., auf welche der Schuldbeweis gegen A. M. K. mit gestützt ist, können, im Verhältnisse zur Bezüchtigten nicht füglich anders, als Zeugenaussagen aufgefaßt werden. In dieser Hinsicht schreibt aber freilich Art. 389 der StPD. vor, daß, um auf die Beschuldigung, die Zeugenaussagen seien falsch, eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu gründen, erforderlich sei, daß der Beweis des Meineids oder des sonstigen Verbrechens, worauf der Antrag gegründet ist, durch Beibringung eines deshalb ergangenen Strafurtheils geliefert werde. Vorausgesetzt, daß nicht die — zur Zeit sehr allgemeine — Angabe in dem Briefe Bl. falsch ist, vielmehr die von M. M. K. gegen ihre Schwester A. M. K. in der Untersuchung erstattete Aussage die falsche wäre, würde anscheinend ein Verbrechen nach Art. 236 des StGB.'s vorliegen und dieses müßte zunächst Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung werden, ehe in der jetzt fraglichen Untersuchungssache ein Wiederaufnahmegesuch auch nur angebracht werden kann.

Handels- und Wechselrecht.

1.

Zu Art. 158 und 167 des HGB.'s — Stipulationen der persönlich haftenden Mitglieder der Commanditgesellschaft zu eigenem Nutzen.

II. Sen.-Erf. v. 3. Febr. 1865. no. 887/903 von 1864.

Wenn man in der vorigen Instanz (AG. Dresden) bei Beurtheilung der vorliegenden Klage davon ausgegangen ist, daß der erhobene Anspruch nur dann für begründet zu achten sei, wenn sich annehmen ließe, daß Kläger zur Zeit des zwischen ihm und C. G. Sch., als Vertreter des verklagten Vereines abgeschlossenen, die Gewährung einer Tantième von 500 Thalern auf das erste Halbjahr 1863 betreffenden Ueberkommens nicht mehr Mitglied dieses Vereines, sondern bereits aus demselben ausgetreten gewesen sei, so hat man dem aus den dafür angeführten Gründen allerdings beizutreten gehabt.

Denn es liegt in der Natur der Sache, daß die in Artikel 158 und 167 des HGB.'s enthaltenen Bestimmungen, wonach der persönlich haftende Gesellschafter die Geschäftsführung der Commanditgesellschaft zu besorgen hat und letztere durch die Handlungen des ersteren verpflichtet wird, nur auf die Verhältnisse der Gesellschaft nach außen hin und den Geschäftsverkehr, dessen Betreibung der Zweck der Gesellschaft ist, zu beziehen, nicht aber von den innern Angelegenheiten der Gesellschaft oder der Gesellschafter untereinander, deren Ordnung vielmehr lediglich Sache des Gesellschaftsvertrags und also des Uebereinkommens der einzelnen Gesellschafter unter sich sein kann, zu verstehen sind. Namentlich wird aber zu dieser letzteren Kategorie von Angelegenheiten die Bestimmung über die Vertheilung des Geschäftsgewinnes oder, was damit zusammenhängt, über die Entschädigung oder Honorirung der mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschaftsmitglieder durch Gewinnantiëmen gerechnet werden müssen, und es würde offenbar mit dem ganzen Wesen des Gesellschaftsvertrages und dessen Zwecken in Widerspruch stehen, wollte man einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft, welche zugleich die persönlich haftenden sind, das Recht zugestehen, in dieser Beziehung willkürliche Vereinbarungen unter sich zu treffen und durch deren diesfällige Beschlüsse die übrigen Gesellschafter (Comanditisten) vinculirt erachten.

Wie daher der im Eingange der Klage erwähnte, angeblich bei Constituirung des unter der Firma „Dresdner Spar- und Creditverein, Sch., F. & Comp. bestehenden Privatvereins als Commanditgesellschaft gefaßte, wenn schon gegenwärtig nicht näher in Betracht kommende Beschluß des Klägers und C. G. Sch.'s, als der beiden persönlich haftenden Gesellschafter, sich gegenseitig eine jährliche Tantiëme von 1000 Thln. von den „Erträgnissen der Gesellschaft“ zu verwilligen, dafern nicht etwa ein hierzu sie ermächtigender allgemeiner Beschluß der übrigen Gesellschafter vorausgegangen oder die statutenmäßige Genehmigung des Aufsichtsrathes hinzugekommen — was nicht, bezüglich nicht in für den gebrauchten Eidesantrag schlüssiger Weise behauptet worden — für die Gesellschafter nicht verbindlich gewesen sein würde, so kann auch dem in der Klage behaupten anderweiten Uebereinkommen Klägers mit ernanntem Schöne, wonach letzterer dem ersteren auf dessen im März 1863 gestelltes Verlangen, ihm ungeachtet seines bevorstehenden Ausscheidens aus der Gesellschaft die gedachte Tantiëme noch auf das ganze Jahr 1863

abzüglich der bereits in den ersten Monaten des gedachten Jahres darauf erhobenen Beträge von 208 Thlr. 10 Ngr. zu gewähren, vergleichsweise diese Tantième auf das erste Halbjahr 1863 mit 500 Thlrn. abzüglich gedachter 208 Thlr. 10 Ngr. unter Klägers Acceptation zugesichert haben soll, an sich keine vinculirende Wirkung gegen die Gesellschaft beigelegt werden, und es ist nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß hieran auch durch die Bezugnahme des Klägers auf den Beitritt des Aufsichtsraths der in Frage stehenden Commanditgesellschaft zu dem gedachten Beschlusse Sch.'s etwas nicht geändert werden könnte, weil nicht vorliegt, welche Personen zur betreffenden Zeit den sogenannten Aufsichtsrath gebildet, ob derselbe statutenmäßig gewählt gewesen und welche Befugnisse demselben statutengemäß eingeräumt gewesen, daher insoweit das Klagevorbringen für den darüber gebrauchten Eidesantrag unerschlüssig erscheint.

Nun würde zwar allerdings die Sache einer andern Beurtheilung unterliegen, wenn zu dem Zeitpunkte, wo Sch. dem Kläger die fraglichen 500 Thlr. halbjährige Tantième zu gewähren beschloffen und Kläger dieses Anerbieten acceptirt, letzterer nicht mehr Mitglied der fraglichen Commanditgesellschaft gewesen wäre. Es würde dann nicht mehr eine innere Angelegenheit der Gesellschaft vorgelegen, Kläger vielmehr als ein außerhalb derselben stehender Dritter mit gedachtem Sch. contrahirt und letzterer als persönlich haftender Gesellschafter die Gesellschaft durch seine Dispositionen über das Gesellschaftsvermögen zu Gunsten dritter Personen verpflichtet haben. Hierbei würde auch darauf, ob zu diesem Zeitpunkte der Austritt Klägers und daß nunmehr Sch. der alleinige persönlich haftende Gesellschafter sei, dem Handelsgericht bereits angezeigt und von dieser Behörde davon Bemerkung im Handelsregister gemacht gewesen, insofern kein Einfluß zu setzen sein, als es sich diesfalls um eine bloße Formalität handelt, in der That aber Klägers Austritt die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge gehabt hat und somit dadurch an sich (zu vergl. Art. 127 des HGB.'s) an dem zeitherigen Verhältnisse Sch.'s, als Vertreters der Gesellschaft nichts oder doch nur soviel geändert wurde, daß Sch. nunmehr bis auf Weiteres als der alleinige Vertreter der Gesellschaft zu betrachten war, wie denn auch ebenso wenig in Hinsicht auf die dem persönlich haftenden Gesellschafter im Art. 167 des HGB.'s angewiesene Stellung darauf etwas ankommen könnte,

ob der sogenannte Aufsichtsrath dem Vertrage Sch.'s mit dem Kläger zugestimmt habe oder nicht. Allein eben darüber, daß zu dem betreffenden Zeitpunkte Kläger in der That der fraglichen Commanditgesellschaft als Mitglied nicht mehr angehört habe, ist in der Klage ein stringentes Vorbringen zu vermissen.

2.

Zur Nachdrucksfrage im Sinne des Ges. vom 22. Februar 1844 — Competenz der verschiedenen Sectionen des durch die W. zu jenem Gesetze Abschn. V. sub 7 geordneten Sachverständigen Vereins. — Collision ihrer Aussprüche.

II. Sen.-Erf. v. 21. Febr. 1865. no. 826/932 v. 1864.*)

An der bereits in der Verordnung Bl. (des OAG.'s) ausgesprochenen Ansicht, daß die 1. Section nach §. 18 des Gesetzes vom 22. Februar 1844 und §. 5 sub 2. der Ausführungsverordnung vom nämlichen Tage zur Ertheilung des von ihr geforderten motivirten Gutachtens in beiderlei Beziehung überhaupt, wenn auch nicht allein, formell competent ge-

*) Im Verlage der Kläger erscheint ein Werk: Mittelalterliche Backsteinbauwerke des Preussischen Staats 2c. von Adler, im Verlage des Beklagten ein solches: Denkmale deutscher Baukunst 2c. von G. Förster. Kläger verfolgten nun drei Piecen des letzteren als Nachdrücke aus ihrem Werke, und forderten Vernichtung und Schadenersatz. Die 3. Section des im Rubrum bemerkten Vereins erklärte die betr. Originale als Kunstwerke, nahm eine mechanische Nachbildung als zweifellos an, sprach sich jedoch dahin aus, daß bei der Verschiedenheit und sonstigen Ausdehnung des Werks nicht anzunehmen sei, daß diese Nachbildung den buchhändlerischen Vertrieb des Werks der Kläger beträchtlich stören könne. In letzterer Hinsicht wollte das HG. ein weiteres Gutachten der 3. Section nach Richtung der Frage einholen, ob eine Erwerbsschmälerung der Kläger anzunehmen sei. Beklagter verlangte jedoch Befragung der 1. Section. Die II^{da}. bestätigte die Resolution des HG.'s Das OAG. deferirte dem Antrage Beklagten, im übrigen unter Aufrechterhaltung der II^{da}. und I^{ma}. Nach Eingang beider Gutachten, von denen das der 3. Section im Wesentlichen mit dem früheren stimmte, das der 1. Section aber eine Erwerbsschmälerung der Kläger bestimmt verneinte, gelangte die Sache zum Urtheilspruch. Die Entscheidung aller drei Instanzen lautete nunmehr auf Abweisung der Nachdrucksklage in der angebrachten Maße. In den Rationen des OAG.'s war unter andern über die im Rubrum bemerkten Fragen das im Texte Gegebene gesagt.

wesen, hat man auch gegenwärtig festzuhalten gehabt. In der über die Competenz der einzelnen Sectionen in §. 5 sub 2 der Ausführungs-Verordnung getroffenen Bestimmung, ist der Fall eines Werkes gemischten, theils artistischen, theils litterarischen Inhaltes nicht speciell erwähnt, also auch nicht entschieden worden, daß und welcher Section in diesem Falle die ausschließliche Begutachtung anheim fallen solle. Wenn es in §. 5 sub 2 heißt, daß die dritte Section für das Fach der zeichnenden Künste, Zeichnung, Malerei, Lithographie &c. bestimmt sei und aus zwei Kunsthändlern und zwei Kunstverständigen bestehen solle, so scheint dabei an solche Gegenstände der zeichnenden Kunst gedacht worden zu sein, welche, sei es im Einzelnen, sei es in einer Sammlung ihren selbständigen Charakter als Kunstwerke haben, wo also der Text, wenn ein solcher überhaupt beigegeben worden ist, keine litterarische Bedeutung hat. Die Frage, ob und inwieweit die in der Klage bezeichneten Blätter aus dem in Beklagten's Verlage erscheinenden Werke eine mechanische Nachbildung der entsprechenden Blätter in dem klägerischen Werke enthalten, würde allerdings nach Maaßgabe der ebengedachten Vorschriften und der Natur der Sache nach zur Competenz der dritten Section verwiesen werden müssen, weil hierüber nur ein Kunstverständiger urtheilen kann. Anders verhält es sich mit der Beurtheilung des Textes, welcher einer Sammlung bildlicher Darstellungen beigegeben worden ist, und mit der sich daran knüpfenden Frage, in welchem Verhältnisse der Text zu den bildlichen Darstellungen und diese zu jenem stehen, wie sich hiernach das Werk in seiner Gesamtheit charakterisirt und welchen Einfluß dies auf den erwerblichen Vertrieb des ganzen Werkes als Gegenstand des Kunst- oder Buchhandels hat. Daß die erste Section formell competent sei, diese Fragen in Hinsicht auf ein bestimmtes Werk zu begutachten, ist nicht zu bezweifeln, weil nach der Verordnung sub §. 2 diese Section für das Fach der litterarischen Erzeugnisse aller Art bestimmt und bei ihrer Combination aus zwei Gelehrten und eben so viel Buchhändlern darauf hingewiesen ist, die Nachtheile einer widerrechtlichen Vervielfältigung im buchhändlerischen Verkehr zu prüfen. Damit soll und kann indessen die Competenz der dritten Section in Fällen der vorliegenden Art nicht ohne Weiteres verneint werden; auch dieser wird man das Befugniß, sich darüber auszusprechen, ob das gerade vorliegende Werk ausschließend oder überwiegend ein artistisches und ein

Gegenstand des Kunsthandels sei, nicht absprechen dürfen, wenn auch die Beurtheilung des Textes vorzugsweise der ersten Section gebühren möchte. Es folgt aber aus der Competenz beider Sectionen für den gegenwärtigen Prozeß nur so viel, daß bei der Divergenz der Ansichten, welche in gewissen Punkten zwischen den beiderseitigen Sachverständigen zu Tage getreten ist, eine Collision der Gutachten eintritt, über welche sich der erkennende Richter fassen muß, insoweit dieß ohne Inanspruchnahme einer besonderen Fachkenntniß, und schon nach logischen Principien und nach den Sätzen einer auch dem erkennenden Richter zugänglichen Erfahrung geschehen kann.

Nach der Meinung des OAG.'s ist nun die Collision der Gutachten beider Sectionen nicht einmal eine sehr wesentliche zu nennen. Was nämlich die erste Frage anlangt, ob das in Beklagten's Verlage erscheinende Werk: Denkmale deutscher Baukunst, Bildnerei und Malerei u. s. w. von C. F., ein artistisches oder ein kunstwissenschaftliches und litterarisches sei, so findet sich in den von der dritten Section ertheilten Gutachten kein Ausspruch, welcher dem Gutachten der ersten Section, daß dieses Werk weder ein vorzugsweise artistisches noch ein vorzugsweise litterarisches, sondern ein gemischtes sei, direct entgegenstände. Denn abgesehen von der Erwerbsbenachtheiligung, beschäftigen sich die zuerst gedachten Gutachten im Wesentlichen nur mit der Frage, ob die von den Klägern incriminirten Blätter eine widerrechtliche Nachbildung der betreffenden in dem klägerischen Werke befindlichen bildlichen Darstellungen seien. Zu bemerken ist aber dabei, daß die Gutachten von einem buchhändlerischen, nicht von einem kunsthändlerischen Vertriebe der betreffenden Werke sprechen. Anlangend aber die zweite Frage, ob durch die Nachbildung der in der Klage bezeichneten einzelnen, in dem im Verlage der Kläger erschienenen Werke enthaltenen bildlichen Darstellungen ein den Klägern zukommender Erwerb geschmälert werde, hat auch das OAG. keine Veranlassung finden können, an sich dem ausführlich motivirten Gutachten der ersten Section, welches diese Frage verneint, entgegenzutreten, zumal sich auch in dieser Beziehung in dem Gutachten der dritten Section weder eine specielle Widerlegung der von der ersten Section angeführten Gründe, noch selbst ein directer Widerspruch vorfindet. Die dritte Section erkennt in ihrem Gutachten selbst die wesentliche Verschiedenheit zwischen den vorliegenden

Werken an, wenn sie bemerkt, das A.'sche sei vorzüglich für Architecten, das F.'sche für Kunstfreunde berechnet, wenn sie ferner die beträchtliche Verschiedenheit der Preise und die Reichhaltigkeit des alle Gebiete deutscher Kunst umfassenden F.'schen Sammelwerks erwähnt und bestätigt, daß die aus dem A.'schen Werke in verhältnißmäßig sehr geringer Anzahl entlehnten Blätter in dem F.'schen, durch ihre Zusammenstellung mit anderen Zweigen der deutschen Kunst eine wesentlich neue Beziehung gewinnen. Diese Aussprüche könnten zu der Frage führen, ob überhaupt, und ganz abgesehen von dem Requisite einer Erwerbsbenachtheiligung, die Entlehnung der fraglichen Abbildungen aus dem A.'schen Werke für das F.'sche Werk den Character einer widerrechtlichen Vervielfältigung der ersteren im Sinne des angezogenen Gesetzes habe? Diese Frage kann aber auf sich beruhen. Denn der nach der sächsischen Gesetzgebung für den vollständigen Begriff einer widerrechtlichen mechanischen Vervielfältigung erforderliche Vermögensnachtheil ist in dem Gutachten der dritten Section gar nicht mit Bestimmtheit behauptet worden. Die Verfasser des Gutachtens haben auch, wie der Inhalt des letzteren recht wohl erkennen läßt, Bedenken getragen, einen bestimmten Ausspruch dieser Art zu thun; sie beschränken sich auf die Erklärung, daß eine Beeinträchtigung der Kläger nicht ausgeschlossen sei und sie begründen diesen Ausspruch damit, daß ohnerachtet der von ihnen selbst anerkannten Verschiedenheit beider Werke, theils ihrem objectiven Umfange nach, theils in Rücksicht auf die subjectiven Wünsche und Bedürfnisse der Personen, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind, doch immerhin die Möglichkeit vorhanden sei, daß dieser oder jener Kunstfreund, der sich auch für das architektonische Fach interessire, das A.'sche Werk kaufen könnte, wenn er nicht schon in dem F.'schen Werke Nachbildungen aus jenem besäße, welche ihm genügten. Die Prüfung dieser Deduction liegt nicht außer dem Bereiche der richterlichen Cognition, weil es sich dabei theils um eine logische Schlußfolgerung, theils um die Frage handelt, ob die von den Sachverständigen für die Möglichkeit einer Vermögensbeeinträchtigung angeführten factischen Umstände, den juristischen Begriff eines Schadens herstellen würden. Die Richtigkeit der obigen Deduction muß aber um so zweifelhafter erscheinen, als dieselbe nicht auf die objective Beschaffenheit der beiderseitigen Verlagswerke und deren Bestimmung für gewisse Zweige der Kunst oder Wissenschaft und für gewisse

Kreise von Abnehmern, sondern auf die als möglich angenommene besondere Subjectivität einzelner Personen gegründet worden ist. Dazu kommt, daß das Gutachten der dritten Section immer nur die Möglichkeit einer Beeinträchtigung annehmen zu sollen glaubt, welche so entfernt liegt, daß wie bereits von der vorigen Instanz bemerkt gemacht worden ist, der den Klägern drohende Schade in Mangel aller positiven Anhaltspunkte gar nicht zu quantificiren sein würde. Wäre aber selbst das Gutachten der dritten Section anders und für die Kläger günstiger ausgefallen, so würde die Folge davon auch keine andere, als die gewesen sein, daß man bei der Collision von zwei einander entgegenstehenden, von dem erkennenden Richter gleichmäßig zu beachtenden Gutachten aus den Bl. angeführten Gründen die vorliegende Klage in der angebrachten Maaße hätte abweisen müssen. Die von den Klägern früher beantragte Einholung eines Superarbitriums ist nicht ausführbar, weil es an einer hierzu geeigneten, vom Staate anerkannten Corporation fehlt und ebensowenig kann, den Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung vom 22. Februar 1844 gegenüber, von der Bl. beantragten Berichterstattung an das Ministerium der Justiz wegen Niedersetzung anderer Sachverständiger die Rede sein. Nicht minder unstatthaft wäre die Anwendung von Zwangsmaafregeln zum Behufe der Erlangung eines anderweiten Gutachtens der dritten Section. Denn vorerst geht dem erkennenden Richter die Berechtigung zur Einleitung eines förmlichen Zwangsverfahrens gegen den Sachverständigenverein ab; dann kann auch ein Sachverständiger, welcher nach Einsicht und Prüfung alles Materials sein Gutachten bereits abgegeben hat, nicht wohl aufgefordert werden, seine Ansicht zu ändern, oder dieselbe durch Behauptungen zu vervollständigen, welche derselbe eben Bedenken getragen hat, aufzustellen.

Die Kläger irren sich, wenn sie meinen, es habe der dritten Section der Vorwurf gemacht werden sollen, daß sie bei der Abfassung ihrer Gutachten nicht mit der gebührenden Sorgfalt zu Werke gegangen sei; es ist nur gezeigt worden, daß dasjenige, was dieselbe von ihrem Standpunkte aus in Betreff der Vermögensbeeinträchtigung anzuführen gehabt hat, nach logischen und juristischen Begriffen nicht ausreicht, um an sich und dem Gutachten der ersten Section gegenüber die Existenz der behaupteten Vermögensbeeinträchtigung als dargethan zu betrachten.

Verjährung gesetzte Frist vor jenem entscheidenden Momente beginnen zu lassen. Dies könnte aber höchstens zu der sogenannten Naturalcomputation a momento ad momentum führen, die im vorliegenden Falle, wenn man die am 2. April 1864 Nachmittags vor 6 Uhr erfolgte Protesterhebung berücksichtigt, dem Beklagten nicht günstig sein würde, weil weder behauptet noch vorauszusetzen ist, daß die bezeugte Behändigung der Klage am 2. Juli 1864 nach der vorbemerkten Tagesstunde stattgefunden habe. Bescheidet sich nun aber Beklagter selbst, daß die bekanntlich ohnehin nur als Ausnahme zu betrachtende Naturalcomputation hier keine Anwendung leide, so folgt auch weiter aus den von der zweiten Instanz richtig ausgeführten Grundsätzen der Civilcomputation, daß im vorliegenden Falle der den Endpunkt der in Rede stehenden erlöschenden Verjährungsfrist umschließende vorbezeichnete Tag der Behändigung der Ladung als voller Kalendertag in die gedachte Frist einzurechnen ist. Der Sache nach kommt dies auf diejenige Berechnungsweise hinaus, welche für einen Fall der vorliegenden Art nicht bloß in dem allg. d. HGB. Art. 328 sowie im BGB. §. 87 angenommen ist, sondern auch als die im deutschen und sächsischen Rechte besonders bei der Berechnung peremptorischer Prozeßfristen schon vorher allgemein recipirte, gelten kann, in Folge deren nämlich die von einem gewissen Ereignisse an zu berechnende Frist mit Ausschluß desjenigen Tags berechnet wird, an welchem jenes Ereigniß eintritt. Warum, wie Beklagter meint, diese Modalität der Berechnung durch die speciellen Vorschriften der allg. d. WD. ausgeschlossen sei, ist nicht abzusehen. Die im Eingange ausgehobenen Worte des Art. 78 enthalten eine derselben unzweideutig widersprechende Bestimmung, wie schon oben erwähnt, keineswegs, wenn man berücksichtigt, daß bei logischer Interpretation nur die Thatsache der Protesterhebung als das Ereigniß betrachtet werden kann, durch welches der Lauf des Verjährungszeitraums bedingt ist. Damit stimmt auch die Vorschrift in Art. 32 sub 1, nach welcher ebenfalls der Tag der Ausstellung und der Präsentation des Wechsels bei Berechnung der betreffenden Frist nicht mitzurechnen ist, überein und es ist der zweiten Instanz vollkommen heizupflichten, wenn sie diese Bestimmung auf das vorerwähnte Princip der Berechnung zurückführt. Die Uebereinstimmung der von ihr angenommenen Interpretation mit den einschlagenden allgemeinen Grundsätzen ist zugleich ein erhebliches Moment für die

Richtigkeit derselben und es ist dem Beklagten nicht zuzugeben, daß zu der Auslegung der Wechselordnung, als eines Specialgesetzes, insoweit als sie unzweideutige Specialbestimmungen nicht enthält, allgemeine Grundsätze nicht benutzt werden dürfen, selbst wenn sie mit der Tendenz und dem Geiste des Gesetzes wohl vereinbar sind.

Civilrecht.

1.

Zur Lehre vom *constitutum possessorium*. — BGB.
§. 201.*)

II. Sen.-Erf. v. 4. Novbr. 1864 no. 247/255.

In dem zwischen der Klägerin und dem Cridar H. am 15. August 1861 schriftlich abgeschlossenen und am 24. Mai 1862 gerichtlich anerkannten Schenkungsvertrage befinden sich in Betreff der Uebergabe resp. des Besitzübergangs der daselbst näher verzeichneten Effecten, welche der Gemeinschuldner der Klägerin geschenkt hat, folgende Bestimmungen:

§. 1. „H. tritt der Klägerin die gedachten Gegenstände schenkungsweise dergestalt ab, daß die Klägerin von Heute ab darüber, wie über wohl erworbenes Eigenthum frei und ungehindert verfügen und die Uebergabe und Auslieferung der geschenkten Objecte, welche zur Zeit noch in der Wohnung des Schenkgebers verbleiben und zu seiner eigenen Benutzung dienen sollen, jeder Zeit von ihm fordern kann.

§. 2. Klägerin acceptirt diese Schenkung bestens und gestattet dem H. H. bis auf Widerruf die Benutzung und den Gebrauch der geschenkten Gegenstände mit dem ausdrücklichen Vorbehalte, jederzeit diese Vergünstigung widerrufen und die Auslieferung der einzelnen Gegenstände verlangen zu können, zu der sich H. H. für solchen Fall sofort bereit erklärt.“

*) Die hier gegebene Ausführung wird auch nach der Begriffsbestimmung des BGB.'s §. 201 anwendbar sein.

Die beiden vorigen Instanzen haben in dem vorstehenden Abkommen ein dem Besitzübergang ohne Weiteres bewirkendes *constitutum possessorium* erblickt und deshalb angenommen, daß es einer realen Uebergabe der geschenkten, zur Zeit der Concurseröffnung noch in Gewahrsam des Gemeinschuldners vorgefundenen Gegenstände Seiten des Schenkgebers an die Klägerin nicht bedurft habe, dieser Ansicht vermag das OAG. nicht beizutreten.

1.

Von der Regel, daß das Eigenthum nicht durch bloßen Vertrag, sondern durch Uebergabe zu übertragen sei.

1. 20. C. de pactis. 2. 3.

sowie von dem Grundsatz, daß Niemand den Grund seines Besitzes durch einseitigen Willensbeschluß ändern könne.

1. 3 §. 19 de acquir. vel amitt. poss. 41, 2.

bildet das sogenannte *constitutum possessorium* eine Ausnahme, welche eintritt, wenn der zeitherige Besitzer die Absicht, den eignen Besitz aufzugeben und den Besitz im Namen desjenigen, auf welchen er denselben zu übertragen beabsichtigt, auszuüben mit ausdrücklichen Worten erklärt hat,

1. 18 D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2.

oder diese Absicht des zeitherigen Besitzers aus dem abgeschlossenen Ueberlassungsvertrage in unzweideutiger Weise erhellet.

In den Gesetzen werden zwei specielle Fälle hervorgehoben, in welchen eine Besitzübertragung vermittelt des *constituti possessorii* ohne eine ausdrücklich hierauf gerichtete Verabredung angenommen werden soll, nämlich wenn der zeitherige Eigenthümer und Besitzer eine Sache an einen Dritten verkauft oder verschenkt, und gleichzeitig dieselbe Sache von dem Käufer oder Schenknehmer ermiethet oder erpachtet,

1. 77 D. de rei vindic. 6, 1.

oder in dem Veräußerungsvertrage für sich den Nießbrauch an der erkauften oder verschenkten Sache zurückbehält.

1. 28. 1. 35. §. 5. C. de donat. 8, 54.

Die zuletzt erwähnten beiden Coderstellen beziehen sich, wie aus den daselbst wiederholt gebrauchten Worten: „*retinere usumfructum*“ hervorgeht, auf diejenige vertragsmäßige Bestellung eines Nießbrauchs, als eines unter die Personalservituten zu rechnenden dinglichen Rechts an

einer fremden Sache, welche durch den Vorbehalt Seiten des zeitherigen Eigenthümers bei Uebertragung des Eigenthums in gültiger Weise erfolgt.

l. 32. D. de usufructu 7, 1.

Damit aber die gedachte Servitut entstehe, und gleichzeitig durch constitutum das Eigenthum und der Besitz auf den Erwerber übertragen werde, wird eine ausdrückliche Erklärung des zeitherigen Eigenthümers, daß er den Nießbrauch für sich zurückbehalte, erfordert. Auf dieses Requirat wird in der l. 35 §. 5 C. de donat. 8, 54 mit dem Bemerkten hingewiesen, daß der Schenkgeber, wenn er seinen Willen, den Nießbrauch an der verschenkten Sache zurückbehalten, nicht ausdrücklich erklärt habe (sin autem hoc minime donator expresserit) zur Tradition verpflichtet sei. Obwohl nun darauf, ob der Nießbrauch auf Lebenszeit, oder auf einen kürzeren Zeitraum vorbehalten worden ist, Etwas nicht ankommt, und der Nießbrauch zugleich den Gebrauch umfaßt, mithin selbst an den Sachen stattfindet, welche einen Fruchtgenuß nicht gewähren, so setzen doch die allegirten beiden Coderstellen voraus, daß der Nießbrauch als ein dingliches Recht an der Sache zurückbehalten worden ist.

Zeitschr. f. Civil- u. Crimin.-Recht von Rosshirt und Warnkönig,
Th. 2. S. 134.

Beide in den Gesetzen gedachten Fälle, der Abschluß eines Miethvertrags über eine veräußerte Sache und der Vorbehalt eines Nießbrauchs an derselben, beziehen sich auf Verträge, welche die Absicht des zeitherigen Eigenthümers, dem neuen Erwerber *vacuam possessionem* zu verschaffen, und den für übertragen zu erachtenden Besitz im Namen des Erwerbers fortzusetzen, unzweideutig erkennen lassen, da Niemand seine eigene Sache, an welcher ihm die Benutzung kraft des Eigenthums zusteht, miethen

l. 20, 23. C. de locato et conducto 4, 65.

Annalen des DNG. Bd. II. S. 153.

oder zufolge des Axioms: *res propria nemini servit* an der eigenen Sache ein Servitut ausüben kann.

Nun mag nicht bezweifelt werden, daß in vielen andern, als dem in den Gesetzen speciell genannten Fällen die Bedingungen, unter denen der Besitzübergang vermittelt des *constituti possessorii* gültiger Weise erfolgen darf, vorhanden sein werden. Jedenfalls aber muß bei Beant-

wortung der Frage, ob ein *constitutum* vorliege, davon ausgegangen werden, daß ein *constitutum possessorium* nicht präsumirt, sondern nur dann angenommen werden darf, wenn der bisherige Besitzer den Willen, den eigenen Besitz aufzugeben und für die Zukunft Repräsentant eines fremden Besitzers sein zu wollen, ausdrücklich erklärt hat, oder diese Absicht aus andern von ihm abgegebenen Erklärungen mit Nothwendigkeit folgt,

Savigny Recht des Besitzes 6. Aufl. §. 27, S. 371, 372.

In Veräußerungsverträgen werden sehr häufig Bestimmungen dahin aufgenommen, daß die veräußerte Sache eine bestimmte Zeit lang oder bis auf Widerruf des Käufers im Besitze des Verkäufers oder Schenkgebers verbleiben und dem letzteren die Benutzung gestattet sein solle. Aus diesen und ähnlichen Verabredungen läßt sich zunächst nur die Absicht der Parteien, die Uebergabe der Sache bis zu einem im Voraus festgesetzten oder von dem Belieben der Parteien abhängigen Zeitpunkte auszusetzen, erkennen, so daß der zeitherige Eigenthümer bis zu dem Augenblicke der künftig zu bewirkenden Uebergabe den Besitz, welchen er zeither als Eigenthümer ausgeübt hat, in der bisherigen Maße fortsetzt. Soll ein *constitutum possessorium* angenommen werden, so müssen noch andere Momente hinzutreten, aus welchen mit Nothwendigkeit folgt, daß der zeitherige Eigenthümer den eigenen Besitz aufgegeben habe.

2.

Mit Hinblick auf die vorstehend entwickelten Grundsätze hat Man der Ansicht, daß sich Inhalts der eingangsgedachten Stipulation der Gemeinschuldner H. die Benutzung der an die Klägerin verschenkten Gegenstände bis auf den Widerruf der Klägerin vorbehalten habe, nicht beizutreten vermocht. Ein solcher Vorbehalt der Benutzung ist vom Gemeinschuldner weder ausdrücklich ausgesprochen worden, noch ist derselbe aus dem getroffenen Uebereinkommen selbst zu entnehmen. Denn

a) die an die Spitze des §. 1. gestellte Erklärung des Schenkgebers, daß die Klägerin von heute ab über die geschenkten Sachen, wie über ihr wohlerworbenes Eigenthum frei und ungehindert verfügen könne, enthält kein *constitutum possessorium*, sondern nur die Genehmigung des Gemeinschuldners, daß die Klägerin Besitz ergreife.

Savigny a. a. D. §. 27. S. 372.

b) Die folgenden Worte: „daß die Klägerin die Uebergabe und Auslieferung der geschenkten Objecte jederzeit vom Gemeinschuldner fordern könne“ weisen sogar nach der Ansicht des OAG. unzweideutig darauf hin, daß nach der Willensmeinung der Contrahenten die Besitzübertragung durch eine reale Tradition habe bewirkt, der Zeitpunkt jedoch, zu welchem dieselbe vorzunehmen sei, von der Willkühr der Klägerin habe abhängig gemacht werden sollen.

c) Mit dieser Auffassung stehen die Worte des §. 1. „daß die geschenkten Objecte zur Zeit noch in der Wohnung des Schenkgebers verbleiben, und zu seiner eignen Benutzung dienen sollen“, nicht im Widerspruch, da so lange die Uebergabe nicht gefordert und erfolgt ist, der Schenkgeber schon an und für sich einer Seits zur custodia der Sachen verpflichtet, anderer Seits ihm eine pflegliche Benutzung derselben nicht entzogen ist. Die gebrauchten Worte enthalten weder den Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts, noch lassen sie die Absicht des Gemeinschuldners, den ihm zeither zugestandenen Civilbesitz in eine bloße Detention zu verwandeln, erkennen.

d) Die Erklärungen, welche die Klägerin in §. 2 abgibt, sind irrelevant, da sie, so lange sie nicht selbst Besitz erlangt hat, dem Gemeinschuldner einen präferen Besitz nicht einräumen kann.

e) Das am Schlusse des §. 2 enthaltene Erbieten des Gemeinschuldners bezieht sich lediglich auf die Uebergabe und fällt daher mit den oben unter a und b abgegebenen Erklärungen zusammen.

2.

Zur Lehre von dem *remedium spolii* — §. 209 des BGB.*)

II. Sen.-Erf. v. 17. Januar 1865 no. 811/860 v. 1864.

Nach dem Begriffe des *spolium*, wie er von dem OAG. schon vor längerer Zeit bei Gelegenheit einiger zur Veröffentlichung gelangter Entscheidungen ausführlich erörtert und festgestellt worden ist,

Wochenbl. f. merkwl. Rechtsfälle, Jahrg. 1849. S. 315 fg., Jahrg. 1850. S. 65 fg. und S. 343 fg.

*) Der §. 209 umfaßt das *interdictum unde vi* und das *remedium spolii*; vergl. Siebenhaar, Commentar zu diesem §., Bd. I. S. 204. — Das Factische des Falls ist im Texte selbst specialisirt.

und seitdem fortdauernd festgehalten wird,

Zeitschr. f. Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XIV. S. 237 fg.

Annalen des OAG.'s Bd. I. S. 169 fg. Bd. III. S. 473.

braucht eine Besitzentziehung, wenn sie der actio oder exceptio spoliis als Unterlage dienen soll, nicht schlechterdings eine gewaltsame zu sein. Es kann vielmehr gar wohl auch eine ohne Anwendung von Gewalt vorgenommene Handlung, wodurch jemand des Besitzes an einer Sache oder an einem Rechte entsetzt worden ist, den Character eines Spolium an sich tragen, wenn sie ihrer äußeren Erscheinung nach — ohne gerade eine gewaltsame zu sein — nur sonst die Form des Unerlaubten an sich trägt. Wie nur beiläufig bemerkt werden mag, hat auch das neue bürgerliche Gesetzbuch diesen Satz nunmehr gesetzlich festgestellt, indem es in §. 209 sagt, daß die Klage wegen Besitzentziehung Jeder anstellen könne, welcher aus seiner Innehabung mit Gewalt, oder durch eine andere, an sich widerrechtliche Handlung verdrängt worden sei.

Andererseits liegt es auf der Hand, daß, da es bei der Spolienklage, ebenso wie bei der exceptio spoliis, ausschließlich um den verlorenen Besitz und um dessen Wiedererlangung auf Seiten dessen sich handelt, welcher auf widerrechtliche Weise aus demselben dejectirt worden zu sein behauptet, alle solche Erwägungen, welche auf das rechtliche Verhältniß der Parteien zu einander und beziehentlich zu dem Gegenstande der Besitzentziehung sich beziehen, wie im Besitzproceß im Allgemeinen, so insonderheit auch im Spolienproceß, welcher eine Gattung jenes bildet, ausgeschlossen bleiben müssen.

Macht nun, was im Speciellen den Begriff der Widerrechtlichkeit anlangt, die mittelbare Beziehung einer Handlung, in welcher sie zu dem entgegenstehenden Rechte eines Dritten sich befindet, dieselbe in der Regel noch nicht zu einer widerrechtlichen in der hier fraglichen Beziehung, ist vielmehr neben dem Inhalte und Zwecke der Jemandem als ein Spolium zur Last gelegten Handlung ganz wesentlich auch auf die Art der äußeren Erscheinung der letzteren zu sehen, so hängt selbstverständlich in dem einzelnen Falle die Entscheidung darüber, ob eine Handlung als Spolium gelten könne oder nicht, lediglich von den jedesmaligen besonderen Umständen ab. Nur so viel kann im Allgemeinen bemerkt werden, daß, da die rechtliche Beurtheilung einer Handlung, von welcher behauptet wird, daß sie ein Spolium sei, nothwendig von dem Objecte

des Besitzes, gegen welches sie gerichtet worden sein soll, bedingt wird, für die diesfallige Entscheidung — wie nicht selten von den erkennenden Behörden außer Acht gelassen wird — sehr verschiedene Gesichtspunkte sich darbieten müssen, je nachdem im einzelnen Falle das beige-messene Spolium den Besitz einer körperlichen — beweglichen oder unbeweglichen — Sache zum Gegenstande hatte, aus welcher der angeblich Spolirte durch eine widerrechtliche Handlung des Gegners entsezt worden zu sein behauptet, oder ob Jemand, welcher übrigens in unbestrittener factischer, wie rechtlicher Innehabung eines Immobile sich befindet, eines Spolii lediglich darum beschuldigt worden ist, weil er einem Andern den Quasibesitz eines prätendirten Befugnisses an dem gedachten Immobile — also eines bloßen juris in re aliena — auf widerrechtliche Weise entzogen haben soll.

Sintenis, das pract. gem. Civilr. §. 124 III. 2 not. 48. verb. mit §. 65 not. 46.

Auch die vorige Instanz geht besage der ihrer Entscheidung beigegebenen Rationen im Wesentlichen von denselben Grundsätzen über die Natur des Spolium aus, nur daß sie, wie es fast den Anschein gewinnt, die Widerrechtlichkeit der Besitzentziehung überall da schon als ausgeschlossen betrachtet, wenn der, welcher solche vorgenommen, Kraft seines Eigenthums- oder eines sonstigen Rechts dazu befugt gewesen sei, eine Ansicht, welche, wie Kläger nicht ohne Grund einhält, nicht beizutreten sein würde. Sei dem jedoch wie ihm wolle. Jedenfalls haben die Verfasser des vorigen Erkenntnisses darauf hin das Suchen Klägers in der angebrachten Maasse *refusis expensis* zurückgewiesen, während im Gegentheile das OAG. in Anwendung der oben angedeuteten Grundsätze, dahin, die erhobene Spolienklage im Ganzen wie im Einzelnen aufrecht zu erhalten, gelangt ist und daher die prima, von welcher dasselbe geschehen war, abgesehen von der im Erkenntnisse zu lesenden Umänderung der Eidesformel, wieder hergestellt hat, und dies zwar aus folgenden Gründen.

Kläger ist, wie die Parteien einverstanden sind, eingetragener Besitzer des auf Fol. 801 des Grundbuchs für die Stadt J. verlautbarten Haus- und beziehentlich Gartengrundstücks, von denen im dortigen Flurbuche ersteres mit Nr. 111^a, letzteres mit Nr. 111^b verzeichnet sich findet. Als solcher hat er, wie von ihm in der Klage behauptet wird, nur

gedachtes Gesamtgrundstück, nachdem er es laut der der Klage unter B. beigelegten Kaufsurkunde am 12. December 1862 von Ch. G. B. käuflich erworben, und an demselben Tage noch von ernanntem seinem Verkäufer übergeben erhalten haben will, von da an in dem Umfange, wie solches in der der Klage unter a. beiliegenden Handzeichnung ersichtlich ist, insonderheit das Gartengrundstück unter no. 111 b. in den durch die Punkte g. h. i. k. l. m. n. und o. angegebenen, theils in Lattenzäunen, theils in Mauern bestandenen festen Grenzen, als ein ungetheiltes Ganze bis zu Anfang des Monats Januar 1863 factisch besessen. Seinem weiteren Anführen zufolge ist er jedoch innerhalb der Zeit vom 8. bis zum 18. oder 19. Januar 1863 von dem Beklagten nach und nach durch eine Reihe rechtswidriger Handlungen aus der Inhabung desjenigen Gartentheils, welcher auf der erwähnten Handzeichnung mit G. bezeichnet wird und innerhalb der Grenzpunkte g. h. i. und l. belegen ist, immer mehr verdrängt und schließlich des Besizes ganz entsezt worden, als weshalb von ihm mittelst der vorliegenden Klage, welche von ihm ausdrücklich als Spolienklage bezeichnet wird, auf Wiedereinsezung in dem verlorenen Besiz, Wiederherstellung des vorigen Zustandes und auf Erstattung erweislicher Schäden &c. geklagt wird.

Wenn nun, wie aus dem oben Gesagten folgt, bei der dem Beklagten zur Last gelegten Besizentziehung keineswegs nur ein einzelner, alleinstehender Spoliationsact in Frage gelangt, sondern eine Mehrzahl einzelner Handlungen in Betracht kommen, welche nach Klägers eigener Darstellung erst in ihrem Zusammenhange eine Entsezung Klägers aus dem Besize des bezeichneten Grundstücks zur Folge gehabt haben sollen, so muß auch vom Standpunkte des erkennenden Richters aus zum Behufe der Beantwortung der Frage, ob das dem Beklagten Beigemessene als Spolium anzusehen sei oder nicht — denn er selbst der Beklagte, hat diese Voraussetzung beharrlich bestritten — die Handlungsweise des Beklagten nach Zweck und Art ihrer Ausführung in ihrer Gesamtheit aufgefaßt werden und es würde daher, wenn nicht unrichtig, so doch sicher überflüssig sein erst zu fragen, ob einzelne dabei in Frage gelangende Handlungen des Beklagten, wenn sie allein stünden, an und für sich betrachtet, schon ein Spolium involviren würden. So würde zwar

1.

wie man dem vorigen Erkenntnisse auf dessen bezügliche Bemerkungen zugeben kann, das Weghauen der längs der Grenzmauer g. h. innerhalb des fraglichen Gartentheils früher gestandenen Hollundersträucher, verbunden mit dem Abgraben von Rasen von der längs der Feuerleitergasse befindlich gewesenen Gartenmauer, als womit Beklagter nach seinen zum Einl.-Punkte 261 fg. abgelegten Geständnissen am 8. Januar 1863 seinen Eingriff in den Besitzstand des Klägers begonnen hat, allein betrachtet die gegenwärtige Spolienklage, so wie sie vorliegt, schon darum nicht rechtfertigen, weil durch die nur gedachten Handlungen allein eine Entziehung Klägers aus dem Besitze des ganzen Gartentheils augenscheinlich nicht herbeigeführt worden ist — unbeschadet freilich immer noch der Frage, ob und wie weit, da Beklagter geständlich den Zutritt zu dem außerdem ihm nicht zugänglichen Gartenraume nur vermittelt Einsteigens in denselben über den auf der Handzeichnung mit k. l. bezeichneten Gartenzaun von dem Garten der Wittve F. aus möglich gemacht hat und schon diese Art des Eindringens die Form des Widerrechtlichen an sich trägt, in Ansehung der abgehauenen Sträucher und des ausgegrabenen Rasens nicht wenigstens eine theilweise Spoliation würde haben in Frage gelangen können. Allermindestens erscheint nach der Ansicht des OAG.'s der vorbezeichnete Hergang für die vorliegende Entscheidung um deswillen nicht ohne Einfluß, weil derselbe nicht allein auf Seiten des Beklagten der erste Schritt zu der später durchgeführten Besitzergreifung an dem ganzen Gartenareale, welches hier in Frage gelangt, gewesen ist, sondern zugleich diese — was die Hauptsache, gleichwohl selbst in der prima nicht genügend betont worden ist — als eine vom Anfange an rechtswidrige characterisirt. Denn nach seinen weiteren Geständnissen zu den Einlassungspunkten 288 fg. und beziehentlich Einlass. Punkt 318 fg. hat Beklagter

2.

schon am Morgen des nächsten Tages, nach abermaliger Uebersteigung des gedachten Gartenzauns mit Aufgraben des Gartens und Ausgraben des Bodens abermals begonnen, von diesem Beginnen auch, obwohl ihm Kläger, welcher hinzugekommen, solches verwiesen und mit Pfändung gedroht, nicht abgelassen, hat auch weiter

3.

unbeirrt um das an ihn erlassene Verbot, am Nachmittage desselben Tages, sowie am 10. Januar Vor- wie Nachmittags mit der Aufgrabung längs der Mauer des Feuerleiter-Gäßchens fortgefahren, bei welchen Gelegenheiten er abermals seinen Weg hin und zurück über den mehrgedachten Lattenzaun genommen hat.

Weiter ist derselbe

4.

nach seinen Geständnissen zu den Einlassungspunkten 326 fg. am 12. Januar abermals in derselben Weise, eingestiegen und hat das Aufgraben des Bodens an der fraglichen Stelle fortgesetzt, ungeachtet ihm solches von dem Kläger, welcher abermals hinzugekommen, wiederholt verboten worden ist. Nachdem ein inzwischen auf Klägers Antrag an demselben Tage noch abgehaltenes gerichtliches Verhör erfolglos geblieben war, ist Beklagter

5.

wie von ihm zu den Einl.-Punkten 352 fg. eingeräumt worden ist, am 15. oder 16. Januar abermals auf dem früheren Wege in den Garten eingestiegen, hat die die Feuerleitergasse begrenzende, ungefähr 4 Ellen hohe und 1 Elle starke Gartenmauer, nach Herausnahme der Thüre, hinweggerissen und solchergestalt den Zutritt zu dem Grundstücke von außen her möglich gemacht, als worauf er sogleich noch an demselben Tage durch einen damit beauftragten Zimmermeister an Stelle der hinweggerissenen Mauer einen Breterverschlag hat aufführen und in diesen die aus der früheren Mauer herausgerissene Thür einsetzen lassen, letztere aber sodann von der nach der Feuerleitergasse führenden Seite aus mittelst Anlegung eines Vorlegeschlosses verschlossen hat. Mit der Absperrung des Gartentheils G. von dieser Seite nicht zufrieden hat derselbe nunmehr

6.

seinen weiteren Geständnissen zu den Einl.-Punkten 374 fg. zufolge während des 18. und 19. Januar auf der der Feuerleitergasse entgegengesetzten Seite des Gartens durch einen damit beauftragten Zimmermeister ungefähr in der in der Handzeichnung mit g—1. angegebenen Richtung einen beiläufig drei Ellen hohen Verschlag aus Schwarten anbringen

lassen, worauf von ihm auf dem in der Klagbeifuge mit G. bezeichneten Gartentheile, nachdem derselbe solchergestalt vollständig von dem Gartentheile unter E. abgesperrt worden, im fernern Verlaufe des Monats Januar und der Monate Februar und März ein Keller ausgegraben, auch die Grundmauern zu einem Wohnhause eingesetzt worden sind, mit dessen Weiterbau er nicht allein bis zum Eingange der gegenwärtigen Klage im April 1863, sondern, nachdem die klägerischer Seits beantragte Erlassung eines Bauverbots Gerichtswegen abgeschlagen worden war, auch im Laufe des Prozesses dergestalt fortgeföhren hat, daß gegenwärtig der Bau wo nicht ganz, so doch zum größten Theile vollendet dasteht.

Ist hiernach allenthalben, insonderheit durch die unter 5 und 6 erwähnte Handlungsweise des Beklagten, wie dieser zum Einl.-Punkte 381 selbst zugiebt, Kläger von jeglichem Zugange zu dem in Frage befangenen Gartentheile abgesperrt, derselbe also — vorausgesetzt, er hätte bis dahin in der Detention desselben sich befunden, als worauf man später zurückkommen wird — seines Besitzes augenscheinlich entsetzt, für den Beklagten aber andererseits die Besitzergreifung nur dadurch möglich geworden, daß er zuvor den Zugang zu dem in Besitz genommenen Raum, welcher für ihn, wie für jeden anderen als den Inhaber des Gartens ein verschlossener war, auf einem an sich ungewöhnlichen und jedenfalls für ihn nicht erlaubten Wege mittelst Einsteigens in diesen genommen hat, so kennzeichnet sich dessen Handlungsweise schon von diesem Gesichtspunkte aus als eine ihrer äußeren Erscheinung nach widerrechtliche, ganz abgesehen davon, ob noch überdies Beklagter bei den Besitzeingriffen unter 2 und 4 der Bedrohungen Klägers mit Thätlichkeiten für den Fall, wenn derselbe sich nicht entferne, sich schuldig gemacht hat und ob, so viel die Vorgänge unter 1. 3. 5 und 6. betrifft, während deren Eintritt Kläger von J. abwesend gewesen ist, wie von demselben in der Klage behauptet, Seiten des Beklagten jedoch bei den Einl.-Punkten 312 und 338 fg. und beziehendlich bei den Einl.-Punkten 262. 318. 350 und 373 geleugnet oder beziehendlich in's Nichtwissen gestellt worden ist.

Wenn die vorige Instanz, welche übrigens auch selbst unter den angegebenen Voraussetzungen die Besitzentziehung auf Seiten des Beklagten nicht für eine der Form nach widerrechtliche ansehen zu dürfen geglaubt hat, die Rechtswidrigkeit der dem Beklagten beigemessenen

Handlungen einfach schon darum bestritten, weil dieselben an und für sich betrachtet insgesammt vollkommen rechtlich und erlaubt gewesen seien, wenn Beklagter dieselben als Eigenthümer des Grundstücks vorgenommen, auf welchem sie Statt gefunden, so scheint dieselbe hierbei übersehen zu haben, daß es sich im vorliegenden Prozesse nicht um die Frage, zu welchen Dispositionsacten der Eigenthümer eines Grundstücks als solcher, „wenn er sich im Besitze desselben befindet“, befugt sei, sondern lediglich um den factischen Besitz an dem Grundstück und um die Art der Besitzsetzung Klägers aus diesem durch den Beklagten handelt. Ob dieser Letztere, wäre er wirklich Civileigenthümer des streitigen Areal's, welches im Laufe des Processes als Krumpelt'sche Baustelle bezeichnet wird, im Monate Januar 1863 schon gewesen, ohne zugleich in deren Besitze sich zu befinden, in letzteren so wie geschehen sich zu setzen befugt gewesen wäre, mag ganz dahingestellt bleiben. So gewiß indessen dieses nach Ausweise des bei den Acten befindlichen Extracts aus dem Grund- und Hypothekenbuche in Wahrheit nicht der Fall war, Beklagter vielmehr zu der Zeit, um die es sich hier handelt, und selbst im Beginne des Processes nur auf einen ihm vermöge des mit dem Stadtrathe zu F. im November 1862 abgeschlossenen Kaufsvertrags zuständigen Rechtstitel sich zu beziehen im Stande gewesen ist, so wenig durfte Beklagter überhaupt eigenmächtig und unter Umgehung richterlicher Hülfe sich in den Besitz des streitigen Areal's setzen, am allerwenigsten in der Weise, wie dies nach seinen oben zusammengestellten Geständnissen geschehen ist. Wie hiernach allenthalben aber die Verfasser des vorigen Erkenntnisses sich dahin haben aussprechen können, Beklagter habe dasjenige, wessen er hierunter, wie auch sie in Conformität mit der prima annehmen, geständig sei, auf seinem eignen Grund und Boden und Kraft des ihm zuständigen Eigenthumsrechts vorgenommen, ist nicht recht erklärlich, noch viel weniger vermag man abzusehen, wiefern solches bei Gelegenheit der durch die Staatsanwaltschaft besage des Beilagefasc. stattgehabten Erörterungen klägerischer Seits eingeräumt worden sein soll, da doch vielmehr besage des Bl. zu lesenden Protokolls von dem Kläger dem Beklagten jedes Recht an der Krumpelt'schen Baustelle — welche, wie gedacht, mit dem streitigen Gartentheile identisch ist — und die Befugniß, auf derselben, so wie geschehen, zu gebahren, entschieden bestritten worden ist.

Man ist daher aus den vorentwickelten Gründen, im Gegensatze zu der Meinung der vorigen Sententionanten, der Ansicht, daß, wenn irgendwo, gerade in dem vorliegenden Falle die Anstellung einer Spolienklage von Seiten des Klägers gerechtfertigt war. Es hieße aber die Möglichkeit der practischen Durchführung einer solchen Klage, deren Zulässigkeit Wissenschaft wie Gesetzgebung als wirksames Mittel gegen Selbsthülfe hinstellen, nach der Ansicht des OAG. geradezu ausschließen, wenn man das Gebahren dessen, welcher mittelst Einsteigens in einem ihm verschlossenen Raum eindringt, in diesem letzteren, unbekümmert um den wiederholten Widerspruch des zeitherigen Inhabers, verbleibt und innerhalb desselben bei fortgesetzter Wiederkehr auf demselben Wege Vorkehrungen trifft, durch welche er den früheren Besitzer von dem Zugange ausschließt, sich selbst aber den körperlichen Besitz auf die Dauer sichert, abgesehen von dessen möglicher Strafbarkeit, nicht mindestens als ein seinem Inhalte, wie seiner Form nach widerrechtliches ansehen wollte.

Dieses freilich allenthalben, wie sich von selbst versteht, lediglich unter der Voraussetzung, daß derjenige, dem ein Gebahren der bezeichneten Art zur Last fällt — hier also der Beklagte — nicht schon im Besitze war, daß vielmehr dessen Gegner bis dahin wirklich in der factischen Innehabung der Sache war, wie dieses klägerischer Seits in der Klage in schlüssiger Weise behauptet worden ist.

Was diesen letzteren Punkt anlangt, welcher nach dem Vorstehenden allein noch der Erörterung bedarf, so würde nach dem Dafürhalten des OAG. von den mehreren in der Klage desfalls angegebenen Momenten schon eines und das andere, seinen Beweis vorausgesetzt, auf einen actuellen Besitzstand Klägers mit ausreichender Sicherheit um so gewisser hinweisen, als Kläger, wie schon früher erwähnt worden ist, eingetragener Eigenthümer des Gartengrundstücks no. 111^b, als solcher, wie gar nicht bestritten wird, zu der hier fraglichen Zeit im Besitze dieses Grundstücks sich befunden hat und zwischen diesem und dem im gegenwärtigen Prozesse in Frage befangenen, in der Handzeichnung mit 111^b. G. bezeichneten Areale (der sogenannten Krumpelt'schen Baustelle), welche als solche jetzt freilich auf einem besonderen Folium eingetragen sich findet, bis zur Trennung beider Seiten Beklagten's vermittelt eines Schwartenverschlages in der Richtung g. — l., wie sehr richtig bereits in der prima

hervorgehoben worden ist, eine äußerlich erkennbare Abgrenzung gar nicht existirt hat.

Es hätte daher, wie von dem Kläger schon bei Gelegenheit seiner früheren Berufung mit Recht geltend gemacht ward, in Frage gelangen können, ob es bei wadanten Umständen nach für den Kläger hierunter erst noch eines Beweises bedurft habe, nachdem Seiten des Beklagten in den Anmerkungen zu den Einl.-Punkten 102. 133. 203. 225. 235. 242. 260. 324. 385. 399. 400. solches Alles, insonderheit auch die Anwesenheit Klägers im Grundstücke selbst bei Gelegenheit der oben unter 2 und 4 erwähnten Vorgänge eingeräumt worden ist, freilich allenthalben in Verbindung mit dem exceptivischen Vorbringen unter I. — VI., welches auf die Behauptung hinausläuft, der oftgedachte Gartentheil unter G. — oder die sogenannte Krumpelt'sche Baustelle — sei jederzeit ein selbständiges mit der Flurbuchsnummer 111 c. bezeichnetes, der Stadtgemeinde zu F. eigenthümlich gehöriges Grundstück gewesen. Als solches sei dasselbe seit dem Jahre 1822 von dem dortigen Stadtrathe an die Vorgänger Klägers im Besitze des Haus- und Gartengrundstücks 111^a. und 111^b. gegen einen jährlichen Laaßzins ausgethan gewesen. Nach Auflösung dieses Verhältnisses aber habe er, Beklagter, nur gedachte Baustelle und zwar im November 1862 vom Stadtrathe erkauf, worauf der Besitzvorgänger Klägers, W., noch in demselben Monate, also noch vor dem Verkaufe seines Haus- und Gartengrundstücks an den Kläger, ihm solche an Ort und Stelle übergeben habe. Wie nun zwar, was diese Ausflucht anlangt, fernerweit in Frage gezogen werden könnte, ob Beklagter mit Erfolge sich damit schützen konnte, gegen einen späteren Besitzstand Klägers, welchen dieser im Monate December 1862 immerhin in gutem Glauben erworben haben will, — und das Gegentheil ist wenigstens von dem Beklagten selbst nicht behauptet worden — so ist doch von einer Beantwortung dieser Frage, nach Lage der Sache ebenfalls abzusehen gewesen. Denn schon die erste Instanz hat einerseits den Besitz Klägers zur Zeit der hier fraglichen Vorgänge nicht für erwiesen geachtet und deshalb die eventuell ausgesprochene Verurtheilung Beklagten's annoch von dem über die von dem Beklagten in's Nichtwissen gestellten Einl.-Punkte 187 — 190 in zulässiger Weise angetragenen, dem Kläger zurückgegebenen Eide dahin, daß der Besitzvorgänger Klägers W., diesen am 12. December 1862 an Ort

und Stelle in den Besitz eingewiesen habe, abhängig gemacht — andererseits daneben immer noch dem Beklagten den Beweis des vorgedachten Vorbringens, wiewohl unter der aus den Nationen hervorgehenden Beschränkung auf die Besitzfrage, vom Standpunkte der Exception aus nachgelassen. Nun aber erreicht der Gegenstand des Rechtsstreits nach dem Ergebnisse der Ermittlungen bei weitem nicht die appellable Summe und so wenig daher Kläger nach Maaßgabe §. 18 des Gesetzes unter B. die höheren Justizbehörden zc. betreffend vom 28. Januar 1835. verb. mit §. 1 des Gesetzes vom 13. Januar 1838 eine Abänderung der vorigen Entscheidung, welche noch günstiger für ihn wäre wie die prima, verlangen kann, um so gewisser hatte Man sich gegenwärtig so viel die Hauptsache betrifft, aus Anlaß seines Rechtsmittels auf eine Wiederherstellung der prima zu beschränken.

3.

Zur Lehre von der Negatorienklage. — Zu §. 321 fg.
des BGB.'s

II. Sen.-Erf. v. 15. Novbr. 1864 no. 1864. 742/708.

Die Beklagte hat ausdrücklich erklärt, daß sie nicht, sondern ihre Tochter die Eigenthümerin des daselbst gedachten Grundstücks sei, daß ihr nicht obliege, das letztere zu vertreten und daß sie selbst (für ihre Person) keine Rechte an Klägers Grundstück beanspruche.

Daß die Beklagte nicht die Eigenthümerin dieses Grundstücks sei, ist in erster Instanz mit Rücksicht auf die Aeußerung des Klägers in der Replik für eingeräumt erachtet und in der Deductionschrift des Letzteren ausdrücklich zugestanden worden, daß dieselbe schon zur Zeit der angeblichen Turbativhandlungen nicht mehr die Eigenthümerin des gedachten Grundstücks gewesen sei. Es ist also nur noch die Frage zu erörtern, ob unter diesen Verhältnissen die Beklagte dem Kläger nach dem, was in der Klage angeführt worden, genügende Veranlassung zur Anstellung der vorliegenden Negatorienklage gegeben habe.

Nach der richtigeren, von dem OAG. wiederholt anerkannten Ansicht ist schon nach gemeinem Rechte die Negatorienklage nicht bloß eine Servituten-, sondern eine Eigenthumsklage, welche sich von der Vindication nicht durch den Klaggrund, sondern durch die Veranlassung zur

Klaganstellung unterscheidet und dazu dient, das Eigenthum des Klägers gegen partielle Eingriffe in dasselbe von Seiten dritter Personen zu schützen. Nach diesem Grundsatz, welcher auch in dem bürgerlichen Gesetzbuch §§. 321 fg. seine Anerkennung gefunden hat, ist es also zur Begründung der Negatorienklage bei einer thatsächlichen Störung nicht erforderlich, daß der Beklagte dabei für seine Person oder für ein ihm zugehöriges Grundstück ein Recht zu der vorgenommenen Handlung ausdrücklich in Anspruch genommen, oder daß diese Handlung in ihrem äußeren Erscheinen der Ausübung eines servitutischen Rechtes entspreche; wohl aber muß, wie dies auch in den Entscheidungsgründen des OAG.'s *Annalen*, Bd. V. S. 406. verb. mit Bd. II. S. 541.

hervorgehoben worden ist, die Handlung eine solche sein, welche sich nicht bloß als eine absichtliche oder culpose Beschädigung der fremden Sache, sondern als Eingriff in die Rechte des Eigenthümers darstellt; wogegen eine sogenannte Verbalturbation nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Beklagte ein das Eigenthum des Klägers beschränkendes Recht an der Sache angemäht hat.

Der Kläger bestreitet dem Eigenthümer des, wie bemerkt, der Tochter der Beklagten zugehörigen Nachbargrundstücks nicht das Recht, das seinige zu betreten, insofern dies erforderlich ist, um die an der Grenze befindliche, ihrem ganzen Umfange nach zu jenem gehörige Mauer zu repariren. Es kann also darin, daß der Maurer J. sich auf Anordnung der Beklagten zu diesem Behufe in den Garten des Klägers begeben hat, nicht ohne Weiteres ein Eingriff in das Eigenthumsrecht des Klägers gefunden, und es muß dabei auch noch berücksichtigt werden, daß die Beklagte bei dieser Anordnung vorausseßlich nur im Interesse ihrer Tochter gehandelt hat. Daß der Maurer J. die Rosenstöcke auf Klägers an der Mauer gelegenen Beete auf Anordnung der Beklagten herausgerissen habe, ist in der Klage nicht bestimmt behauptet. Der Maurer J. soll sich nur auf eine Anweisung der Beklagten bezogen und die Beklagte denselben gegen Klägers Ehefrau wegen dieser Ungebührlichkeit vertheidigt haben. Da, wie Kläger selbst angiebt, das Ausreißen der Blumen nicht erforderlich war, um die beabsichtigte Reparatur vorzunehmen, so würde eine solche von J. eigenbeweglich vorgenommene Handlung nur als eine Beschädigung fremden Eigenthums durch J. zu betrachten und im Falle eines Schädenspruchs zu erwägen sein, ob der Arbeitgeber

als solcher für den Schaden verantwortlich sei, welchen der Arbeiter bei der Ausführung der ihm übertragenen Arbeit absichtlich oder culpos angerichtet hat. Hätte aber auch die Beklagte selbst dem Letzteren anbefohlen, die fraglichen Blumenstöcke Behufs der gedachten Reparatur zu beseitigen, so würde man hierin immer nur die unberechtigte Beschädigung einer fremden Sache, aber nicht einen gegen das Eigenthumsrecht des Klägers gerichteten Angriff zu erblicken haben. Die Unterredung, welche nach Bl. zwischen Klägers Ehefrau und der Beklagten stattgefunden haben soll, enthält keine zur Anstellung der Negatorienklage genügende Verbalturbation. Die Behauptung, „die Beklagte habe den Maurer J. beauftragt, einen auf Klägers Grundstück befindlichen Birnbaum wegzuhacken“, hat Kläger als irrelevant bezeichnet, und die Aeußerung der Beklagten, „sie hätte ein Recht, die Rosenstöcke herauszureißen, das Sommerhaus, der Schuppen und der Birnbaum müßten auch weg, denn an ihrer Mauer dürfe nichts stehen“, ergiebt, wenn man berücksichtigt, daß das Grundstück, auf welchem die Mauer steht, nicht der Beklagten, sondern ihrer Tochter gehörte, keineswegs die Behauptung, daß der Beklagten für ihre Person ein Recht an dem Grundstück des Klägers zustehe, welches das Eigenthum des Letzteren beschränke, höchstens könnte darin die Behauptung liegen, daß ihre Tochter als Eigenthümerin des Nachbargrundstücks, ein solches Recht besitze.

Demnach ist die Entscheidung der ersten Instanz wieder herzustellen und dabei nur zu bemerken gewesen, daß es dem Kläger unbenommen bleibt, seine, dermalen noch nicht quantificirten Schadenansprüche wegen Ausreißen von Blumenstöcken, gegen wen er sich damit fortzukommen getraut, besonders an- und auszuführen.

4.

Zu §. 22. des Gewerbegesetzes vom 15. Octbr. 1861. —
§. 358 des BGB.'s*)

II. Sen.-Erf. v. 12. Januar 1865 no. 822/850 v. 1864.

Das Gewerbegesetz enthält in den Bestimmungen der §§. 24 fg. verglichen mit der Vorschrift des bürgerl. Gesetzbuchs §. 358 eine Be-

*) Vergl. Annalen, Bd. V. S. 215.

Schränkung der allgemeinen rechtlichen Grundsätze der sogen. Immissionslehre (*immissio fumi etc.*) und unterliegt daher an sich bekannten Interpretationsregeln zufolge stricter Auslegung. Einer extensiven Interpretation hat der Gesetzgeber noch überdies dadurch besonders vorgebeugt, daß er nicht bloß die Gewerbsanlagen, welche durch §. 22 betroffen werden sollen, speciell und einzeln namhaft gemacht, sondern auch die Vermehrung oder Beschränkung „dieses Verzeichnisses“ ausdrücklich dem Ministerium des Innern vorbehalten hat. Ob und welche Anlagen, außer den zuvor verzeichneten unter §. 22 zu subsumiren seien, ist nach Ausweis der Schlußbestimmung dieser §. nicht der doctrinellen Auslegung überlassen, sondern positiver Vorschrift im Verordnungswege vorbehalten.

5.

Verhältniß der Bestimmungen des §. 359 des BGB.'s
zu dem zeitherigen Rechte.

II. Sen.-Erf. v. 3 Febr. 1865 no. 905/904 von 1864.

Das mit dem BGB. in dessen §. 359 ins Leben tretende Recht weicht von dem bisherigen insofern ab, als es die Verbindlichkeit zur Entfernung einer dem Grenznachbar nachtheiligen Vorrichtung von dem Beweise des nachtheiligen Einflusses abhängig macht und damit zwar die *praesumptio juris et de jure* über die Nachtheiligkeit einer solchen innerhalb der Entfernung von drei Fuß von der Grenze befindlichen Vorrichtung beseitigt, dafür aber auch das Bestehen der Vorrichtung in größerer Entfernung von der Grenze untersagt, wenn ihr Vorhandensein seinen nachtheiligen Einfluß über die Grundstücksgrenze hinaus äußert.

6.

Zu §. 107 des Hypothekengesetzes vom 6. Nov. 1843
und §. 519 des BGB.'s

II. Sen.-Erf. v. 21. Jan. 1865. no. 896/888 v. 1864.*)

Die Fassung des §. 107 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 giebt klar an die Hand, daß das Ausgebot mit doppelten Licitis

*) Man vergl. Annalen, Bd. VII. S. 314 fg.

nur auf Antrag erfolgen solle. Es resultirt dies aus dem ersten Satze, wo nur von einer Berechtigung der älteren Gläubiger diese Modalität zu verlangen, die Rede ist, eben so wie aus dem zweiten Satze, wo die Anweisung des Richters ausdrücklich wieder an deren Antrag geknüpft ist, und folgt aus dem dritten Satze nichts Entgegenstehendes, da dieser doch zweifellos nur die Bestimmung hat, das weitere Verfahren zu regeln, wenn in Gemäßheit der Sätze 1 und 2 auf Antrag zum Ausgebot mit doppelten Licitis zu verschreiten ist. Etwas Anderes ergiebt sich auch nicht aus der Unterlage des §. 107, nämlich aus dem XXI. Rechtsätze des OAG.'s vom 2. Oct. 1839 (Ges. Bl. S. 287. 288.) Er berechtigt den älteren Gläubiger darauf zu bestehen, daß zc., er verpflichtet solchen Falles (also wenn darauf bestanden wird, d. h. wenn ein Antrag erfolgt) den Richter zc. die Subhastation mit doppelten Licitis zu bewerkstelligen und die Bekanntmachung demgemäß einzurichten. Er läßt das Widerspruchsrecht sich erledigen, wenn zc. Hätte es hier nicht in der Absicht gelegen, das Ausgebot mit doppelten Licitis vom Antrage abhängig zu machen, so würde ganz einfach gesagt worden sein, daß der Richter das beschriebene Verfahren einzuleiten habe, wenn ein Auszug reservirt worden sei, nachdem das Grundstück bereits mit Hypotheken belastet, oder, daß er es einzuleiten habe, sobald sich bei der Versteigerung ergebe, daß eine Gefährdung der älteren Hypothek eintrete. Wäre aber auch etwas Anderes hieraus abzuleiten, so würde unzweifelhaft der §. 107 prävaliren.

Dessen oben gegebene Auslegung findet aber auch in §. 519 des bürgerlichen Gesetzbuchs insofern Bestätigung, als auch hier nur davon die Rede ist, daß der ältere Gläubiger das Ausgebot mit doppelten Licitis zu verlangen berechtigt sei. Daß aber dieß ebenso gut wie nach dem Hypothekengesetze auf einen Antrag, nicht auf eine Thätigkeit des Richters ex officio hinweise, wie Klägerin jetzt auszuführen gesucht hat, ergiebt sich für letzteres Gesetz aus einer Vergleichung mit den gleichen Redewendungen in §. 40 und 41, wo es sich ebenso wie in §. 38 u. 39 nur um den gesetzlichen Rechtstitel zu Erwerbung von Hypotheken handelt, und wo im Allgemeinen der Grundsatz des §. 18 Platz ergreift,

Siegmann, Hypothekenrecht §. 78.

auch in §. 39. eine Ausnahme ausdrücklich vorzuzeichnen für nothwendig befunden worden ist.

Ebenso giebt hierunter das bürgerliche Gesetzbuch ein anderes Anhalten nicht, nur daß der Ausdruck „Rechtstitel“ mit dem „Rechtsgrund“ vertauscht ist, und das Prinzip des §. 18 jenes Gesetzes in §. 92 der Verordnung vom 9. Januar 1861 Aussprache gefunden hat.

Im Uebrigen beruht die Ausführung Bl. in Betreff des §. 22. jenes Gesetzes auf einem Mißverständnisse der Ausführung des daselbst citirten Autors, indem an der fraglichen Stelle nur von der Wissenschaft eines Umstandes vor oder nach dem Eintrage mit Rücksicht auf die bona oder mala fides die Rede ist. Ebenso wenig kann der ältere Hypothekarier als Passivbetheiligter im Sinne des Gesetzes in Bezug auf einen späteren Auszug gelten, da ja sein Recht an sich dadurch in keiner Weise gekränkt wird.

Siegmann, a. a. D. S. 117.

Das mittelbare Interesse aber, welches jeder Hypothekarier als solcher und beziehentlich im Verhältniß zu späteren und für Fälle der vorliegenden Art daran hat, von der Subhastation Kenntniß zu erlangen, ist zwar durch die Verordnung vom 4. Juni 1852, welche im concreten Falle beobachtet worden, für nicht unangemessen befunden worden, jedoch nur so, daß nicht einmal die Nichtbefolgung Nullität der Subhastation nach sich zieht, woraus zu folgern ist, daß wie an sich jeder Hypothekarier auf Beachtung der öffentlichen Bekanntmachungen hingewiesen, so insbesondere auch nach erlangter Kenntniß die Vorkehrung des Weiteren seine Sache ist.

7.

Erhaltung des Rechtsbesizes durch Stellvertreter —
BGB. Art. 561.

II. Sen.-Erf. v. 31. Jan. 1865 no. 879/892.

Die Bezugnahme der ersten Instanz auf die im Wochenbl. f. m. R. 1850 S. 11 fg. mitgetheilte Entscheidung des OAG.'s giebt zur Gnüge an die Hand, daß man die Klägerin auf die dort befolgten Rechtsgrundsätze über den Besitzerwerb durch Stellvertreter bei ihrer künftigen Beweisführung hat verweisen wollen. Von diesen Grundsätzen abzugehen, wie es der Fall sein würde, wenn man dem Verlangen der Klägerin gemäß die einfache Thatsache, daß ihre Holzabkäufer das erkaufte Holz während Verjährungsfrist auf den betreffenden

Wegen abgefahren, als hinreichend zum Verjährungserwerb der streitigen Begehervitut ansehen wollte, dafür hat Klägerin irgend einen genügenden Grund vorzubringen nicht vermocht und es würde dies namentlich auch gegenüber der Vorschrift in §. 561 des in nächster Zeit in Kraft tretenden bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen sich nicht rechtfertigen lassen, wonach Personen, welche zu den Besitzhandlungen keinen Auftrag haben, selbst in dem Falle, wenn sie diese Handlungen in der Meinung, daß die Dienstbarkeit dem Grundstücke zustehet, vornahmen, den Rechtsbesitz für den Eigenthümer des Grundstücks nicht erwerben, sondern nur erhalten können. Auch nach der zeitherigen, der Klägerin günstigeren Rechtsansicht hat man in Betreff des Erwerbes des Quasibesitzes dinglicher Gerechtigkeiten durch dritte Personen, wenn auch nicht gerade eine besondere Beauftragung oder besonderen Beruf zur Stellvertretung, doch immer vorausgesetzt, daß von diesen dritten Personen die betreffenden Besitzacte in der Meinung, ein dem angeblichen praedium dominans zustehendes Recht auszuüben — fundi nomine — vorgenommen worden sein müssen, nicht aber der Handelnde damit ein eigenes Recht auszuüben beabsichtigt oder die Handlung, welche als Besitzact gelten soll, überhaupt ohne jeden animus possidendi und ohne alle Beziehung und Rücksicht auf das Grundstück, für welches das Dienstbarkeitsrecht in Anspruch genommen wird, ausgeführt habe.

Unterholzner, Verjährungslehre, II. Bd. §. 194. S. 131 fg.

• l. 1. §. 8. D. de itin. actuque privato 43. 19.

8.

Miethvertrag mit einem später annoch zu vereinbarenden Miethpreise. — BGB. §. 802. 1017⁵.

II. Sen.-Erk. v. 4. Novbr. 1864 no. 617/685*).

Beklagter hat zu Begründung der vorgeschützten Ausflucht der Gegenforderung angegeben, daß er dem Kläger im Januar 1852 48 Bier-

*) Kläger klagte auf Kaufpreis für geliefertes Bier. Beklagter eripirte unter anderem Compensation mit dem Miethpreise für dem Kläger „um einen annoch zu vereinbarenden“, jedoch nicht vereinbarten „Betrag“ geliehene Fässer. Kläger bestritt, daß unter solchen Umständen ein Miethvertrag bereits zu Stande gekommen. Das OLG. bemerkte bei Bestätigung der früheren Erkenntnisse (Handelsger. und App.-G. Dresden) wodurch die Ex-

fässer, jedes sechs Eimer enthaltend, auf dessen Ansuchen miethweise zum Gebrauche übergeben habe, und vom Kläger sowohl zur Zeit der Darleihung als später zu den Bl. erwähnten Zeiten auf die Dauer der Miethzeit die Zahlung eines Miethzinses, dessen Höhe annoch festgestellt werden sollte, zugesichert worden sei. Die Wahrheit dieses Vorbringens vorausgesetzt, ist in der Ueberlassung der Fässer zum Gebrauche Seiten des Beklagten und in der Uebernahme und der Benutzung der Fässer gegen das Versprechen der Gewährung eines Miethzinses Seiten des Klägers der stillschweigende Abschluß eines Miethcontracts zu finden. Irrelevant ist hierbei, daß zwischen den Parteien eine Vereinigung über die Höhe des zu zahlenden Miethpreises nicht zu Stande gekommen ist, da unter den hier vorliegenden Verhältnissen angenommen werden muß, daß Kläger selbst dann, wenn eine Vereinigung über die Höhe nicht getroffen worden, in die Gewährung eines angemessenen, da nöthig durch Sachverständige festzustellenden, Miethzinses gewilligt habe. Mit Unrecht bestreitet Kläger, daß der gedachte Grundsatz auf Miethverträge Anwendung leide. Denn ganz abgesehen davon, daß sowohl beim Kauf- als bei dem Miethvertrage die Höhe des zu zahlenden Preises in das Ermessen eines Dritten gestellt werden kann,

§. 1 J. de emt. vend. 3. 24.

§. 1 J. de loc. cond. 3. 25.

wird in der zuletzt erwähnten Stelle ausdrücklich der Fall erwähnt, daß Jemand Kleider einem Kleiderwäscher zum Reinigen, oder einem Schneider zur Ausbesserung, ohne sogleich einen Preis zu bestimmen, wohl aber in der Absicht übergeben hat, nachher so viel zu zahlen, als durch eine spätere Vereinigung mit demjenigen, dem man die Kleider übergeben hat, werde festgesetzt werden — *nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit* — indem solchenfalls eine Klage auf Gewährung eines angemessenen durch Sachverständige zu bestimmenden Miethzinses gestattet wird.

ception aufrecht erhalten wurde, das im Text gegebene. Diese Grundsätze gehen mit dem BGB. §. 802 conform. — Eine replica praescriptionis auf Grund §. 1. unter 5 des Ges. vom 23. Juli 1846 wurde da diese Bestimmung nur von gewerbmäßiger Verleihung zu verstehen sei, für unbeachtlich erklärt. Das BGB. §. 1017 Nr. 5 spricht dies mit klaren Worten aus.

Glück, Commentar Th. 17. S. 274 fg.

Bauer, Erläut. der Decisionen Th. 2. S. 24 fg.

Sintenis, Civilr. 2. Aufl. Th. 2. §. 118. S. 646. not. 7.

9.

Dictum et promissum. — Inwieweit ein solches in einer Erklärung gegen einen Dritten in Gegenwart des anderen Mitcontrahenten zu erblicken. — BGB. §. 899. 901.

II. Sen.-Erf. v. 17. Jan. 1865. no. 844/862 von 1864.

Als eine bloße allgemeine Anpreisung des zu verkaufenden Pferdes läßt es sich keineswegs ansehen, wenn Beklagter, wie im 8. Einl.-Punkte vom Kläger behauptet worden, ihm dasselbe beim Vorführen als „ganz gesund“ bezeichnet hätte, zumal nach den Zugeständnissen Beklagten zum 3. Einl.-Punkte Kläger ihm vorher ausdrücklich erklärt hatte, daß er ein „gesundes“ Pferd zu kaufen wünsche. Die bemerkte Aeußerung des Beklagten, „daß das Pferd ganz gesund sei“, bezog sich mithin auf eine vom Kläger besonders verlangte Eigenschaft des zu erkaufenden Thieres und mußte unter diesen Umständen den Charakter eines verbindlichen dicti um so mehr annehmen, als der äußere Anblick des Pferdes den Kläger, welcher kein Sachverständiger, z. B. Thierarzt war, nicht in den Stand setzen konnte, die dem Pferde angeblich anhaftende innere Krankheit des „Dummkollers“ zu erkennen und somit des Beklagten Versicherung von der Gesundheit des Pferdes als eine auf das Zustandekommen des Handels einflußlose Aeußerung erscheinen zu lassen.

l. 19. pr. §. 3 D. de aedil. ed. 21. 1.

l. 43. pr. de contr. emt. 18. 1.

Westphahl, Lehre vom Kaufcontracte zc. §. 391.

Daß übrigens auch durch die eigene Unbekanntschaft Beklagten mit der Krankheit des Pferdes an dessen Vertretungspflicht nichts geändert werden würde, ist bereits von der vorigen Instanz richtig bemerkt worden. Es stimmt dies auch mit der Bestimmung in §. 901 des, wenn schon zur Zeit noch nicht in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen überein.

Für nicht minder richtig mußte es aber auch erachtet werden, daß

in der vorigen Instanz auf die im 12. Einl.-Abschn. behauptete Erklärung des Beklagten auf die von dem in der Klage bezeichneten Sch. geschehene (zum 9. und 10. Einl.-Punkte zugestandene) Anfrage noch ein besonderes, für die Begründung der Klage selbständiges Gewicht gelegt und daher auch dieserhalb auf den angetragenen Eid erkannt worden. Daß in jener Antwort eine bestimmte Garantie der Freiheit des fraglichen Pferdes von der Krankheit des Dummkollers enthalten, wird, wie es an sich klar ist, auch von dem Beklagten nicht verkannt, allein er behauptet die Irrelevanz dieser Erklärung um derwillen, weil er nach dem Anführen in der Klage dieselbe eben nur dem Sch. gegenüber abgegeben haben solle, und Kläger nicht behauptet habe, daß er diesen Sch. ihm, Beklagtem, als seinen Beirath bei dem fraglichen Pferdehandel vorgestellt habe, oder diese Eigenschaft Sch.'s ihm sonst bekannt gewesen sei, in welcher Hinsicht dem Beklagten auch die erste Instanz beifällig gewesen. Allein diesem Einwande ist bereits von der vorigen Instanz erschöpfend begegnet und ganz richtig dargelegt worden, daß nach dem ganzen Sachverhalte, wie derselbe von dem Beklagten selbst zugestanden worden, ein begründeter Zweifel darüber dem Beklagten gar nicht beigegeben konnte, daß Sch. die in Rede stehende Anfrage keineswegs in seinem eigenen, sondern lediglich im Interesse des dabei gegenwärtigen Klägers und als dessen Beistand und Berather bei dem fraglichen Pferdehandel an ihn stellte und daß mithin seine hierauf, und zwar ebenfalls in Gegenwart des Klägers erfolgende Antwort, wenn sie in der behaupteten Maaße gelautet, jedenfalls den Character einer dem Kläger selbst gegenüber ausgesprochenen Garantie annahm.

10.

Zur Lehre vom Mäklervertrage — §. 1254 des BGB.*)

II. Sen.-Erf. v. 17. Novbr. 1864 no. 757/724.

Beklagter hat sich behufs der Ablehnung des geklagten Proxenetici von 300 Thlr. in Betreff des auf Eid gestellten Klaganführens, daß

*) Man vgl. Annalen Bd. VII. S. 74 und bemerke, daß die Frage: ob die Behauptung Beklagten, daß Kläger es nicht gewesen, welcher den Käufer zuerst auf die Verkäuflichkeit seines Gutes aufmerksam gemacht habe, vielmehr der Käufer davon bereits vor Klägers Rücksprache mit letzterem Kenntniß gehabt habe, im vorliegenden Falle bereits durch das rechtskräftige Beweisinterlocut dahin, daß dies geleugneter Klaggrund sei, entschieden war.

Kläger ihm, dem Beklagten, in der Person des Gutsbesizers J. T. Z. einen Käufer zu seinem, Beklagten, Gute verschafft habe, zur Gewissensvertretung erboten. Nachdem auf Letztere rechtskräftig erkannt worden, stimmt man mit den beiden vorigen Instanzen überein, daß die vom Beklagten unternommene Gewissensvertretung bis zu einem Erfüllungsseide erbracht ist. Zu Widerlegung des vom Kläger in jetziger Instanz Vorgebrachten bemerkt man Folgendes:

An und für sich, hat Kläger der Bedingung, unter welcher ihm vom Beklagten ein Mäklerlohn von 300 Thln. versprochen worden ist, genügt, sobald er in rechtliche Gewißheit setzt, daß die Zuweisung des Käufers Z. durch ihn, Klägern, erfolgt sei. In dieser Beziehung hat der Kläger in der Klage sich darauf, daß er den Käufer dem Beklagten persönlich vorgestellt, oder daß er dem Letzteren davon, daß Z. zum Ankaufe des Gutes in Folge der mit ihm gepflogenen Besprechung sich geneigt bezeigt habe, Nachricht gegeben, nicht bezogen, sich vielmehr auf das Anführen beschränkt, daß er Z. am 30. März 1863 von der Absicht des Beklagten, sein Bauergut zu verkaufen, in Kenntniß gesetzt und demselben das gedachte Gut beschrieben, und als Z. zu dem Ankaufe Lust bezeigt, mit dem Letzteren einen Tag, an welchem sie Beide zu Beklagtem gehen, und das Gut besichtigen wollten, verabredet habe. Bis zum Beweise des Gegentheils ist nun zwar anzunehmen, daß zwischen der am 30. März 1863 stattgefundenen Besprechung des Klägers mit Z. und dessen späterer ohne Zuziehung des Klägers vorgenommenen Besichtigung des Guts, den Kaufsverhandlungen und dem am 20. April 1863 zwischen Beklagten und Z. stattgefundenen Kaufabschlusse dergestalt ein Causalnexus stattfindet, daß Z. zuerst durch den Kläger davon, daß Beklagten's Gut verkäuflich sei, Kenntniß erlangt habe und in ihm durch diese Mittheilung der Entschluß das Gut anzukaufen, hervorgerufen worden sei. Diese Annahme verliert jedoch den Stützpunkt, sobald nachgewiesen wird, daß der Kauflustige zu der Zeit, zu welcher der Mäkler mit ihm gesprochen, bereits gewußt hat, daß das von dem Mäkler bezeichnete Gut verkäuflich sei, da solchenfalls ungewiß bleibt, durch welche Veranlassung und zu welcher Zeit der Entschluß des Käufers, mit dem Verkäufer in Kaufsunterhandlungen zu treten, entstanden ist.

Im vorliegenden Falle hat nun der II. Zeuge der ostgenannte Z., dessen Depositionen theilweise in der Bl. zusammengestellten Aussage des

test. I. des Gasthofbesitzer K., Unterstützung finden, nicht nur bestätigt, daß er von der Absicht Beklagten, sein Gut zu verkaufen, auf die Bl. näher bezeichnete Weise, vor der Unterredung mit dem Kläger Kenntniß erlangt habe, sondern es hat auch derselbe Zeuge unter Anführung spezieller Thatsachen versichert, daß in ihm der Entschluß Beklagten Gut anzukaufen nicht in Folge der Unterredung mit dem Kläger entstanden sei.

11.

Zur Lehre von der auftraglosen Geschäftsführung zwischen Sociis — BGB. §. 1339 fg. 1359 fg. *)

II. Sen.-Erk. v. 10. Novbr. 1864 no. 303/281.

Beklagte hat theils ausdrücklich zugestanden, theils ist sie wegen unterlassener Einlassung und Antwort für überführt und geständig zu achten, daß sie in Folge vorgängiger Verabredung mit der Klägerin gemeinschaftlich in der 63. K. S. Landeslotterie das Achtelloos 5. Classe Nr. 38396 gespielt und die Klägerin die Hälfte des Einsatzes bezahlt habe, ferner daß das gedachte Loos in einer der beiden ersten Ziehungen mit dem niedrigsten Gewinne von 65 Thlr. gezogen, und ihr, der Beklagten, welche das Achtellos Nr. 38396 in Verwahrung genommen, von dem Untercollecteur, von welchem dasselbe entnommen worden, ein neues Achtellos derselben 63. Landeslotterie Nr. 672 zugestellt worden sei, endlich daß sie, Beklagte, das letztere Achtellos an sich genommen und behalten habe, und auf das Loos Nr. 672 bei Fortgang der Ziehung ein Gewinn von 5000 Thlr. gefallen sei.

1.

Die vorige Instanz hat auf Grund der vorstehend zusammengestellten liquiden Thatsachen die Beklagte unter Nachlassung eines Ausfluchtsbeweises verurtheilt, die Ausantwortung der Hälfte des auf das Achtellos Nr. 672 ausgefallenen und zum gerichtlichen Depositum eingezahlten Gewinnes mit 264 Thlr. 1 Ngr. 8 Pf. an die Klägerin geschehen zu

*) Gegen die obige Ausführung würde auch aus dem BGB. §§. 1339 fg. 1359 f. etwas Entgegenstehendes nicht zu entnehmen sein.

lassen. Die dieser Entscheidung beigegebenen Rationen gehen von folgenden Grundsätzen aus:

Von den Lotteriellecteuren pflege die Zusendung eines anderweiten Looses, nachdem das zeither gespielte Loos mit einem Gewinn gezogen worden sei, lediglich in der Meinung und Absicht bewirkt zu werden, daß auf den Kaufpreis für das neue Loos der ausgefallene Gewinn *quoad summam concurrentem* als Zahlungsmittel angewiesen werde. Die Beklagte habe daher den Gewinnausfall auf das mit der Klägerin gemeinschaftlich gespielte Loos und die in der Zusendung des anderweiten Looses liegende Kaufsofferte nur in den Zusammenhang bringen können, daß der Collecteur gemeint sei, wegen Bezahlung des neuen Looses sich an den Gewinn des vorhergespielten zu halten. Habe nun die Beklagte das anderweite Loos an sich genommen, ohne das Einverständnis der Klägerin hiermit einzuholen, so habe sie offenbar über den Gewinnantheil der Klägerin verfügt. In dieser Disposition liege eine Geschäftsführung der Beklagten für die Klägerin ohne Auftrag, deren Erfolg darüber, ob diese Geschäftsführung eine nützliche geworden sei, dergestalt entscheide, daß die Klägerin, wenn auf das Loos Nr. 672 kein Gewinn gefallen, zur Genehmigung der Geschäftsführung nicht verpflichtet gewesen sein würde, ihre Ansprüche aus der auf dem Erfolge beruhenden nützlichen Geschäftsführung aber mittelst der *actio negotiorum gestorum directa* geltend machen dürfe.

Dieser Ansicht vermag das OAG. nicht beizupflichten, denn was zunächst die factische Auffassung anlangt, so hat Beklagte das Klagenführen bei *pot. lit. cont. 11, 12.*, daß das Achtelloos Nr. 672 der Beklagten anstatt des auf das gemeinschaftlich gespielte Loos Nr. 38396 ausgefallenen Gewinnes vom Collecteur zugestellt worden sei, mit dem Bemerkten, geleugnet, daß der Gewinn zufolge des Lotterieplans nicht vor dem Erscheinen der officiellen Listen zu erheben sei. Auch fehlen sonstige thatsächliche Unterlagen für die Annahme der vorigen Instanz, daß die Beklagte die Hälfte des der Klägerin zugefallenen Gewinnes zum Ankauf des anderweiten Looses verwendet habe, da Klägerin weder auf ein ausdrückliches Abkommen zwischen dem Collecteur und der Beklagten, nach welchem das Loos an Zahlungsstatt gegeben worden ist, noch auf Thatsachen, aus welchen eine hierauf gerichtete Willensmeinung gefolgert werden könnte, sich bezogen hat. Namentlich ist von der Klägerin

nicht angeführt worden, daß die Beklagte bei Annahme des Kauflooses Nr. 672 das Gewinnloos Nr. 38396, welches den Inhaber zu Erhebung des Gewinns legitimirt,

Zeitschrift für Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XVII. S. 321 fg. dem Collecteur zurückgegeben und dem letzteren durch diese Rückgabe die Möglichkeit gewährt habe, als rechtmäßiger Besitzer des Looses Nr. 38396 den Gewinn für sich zu behalten. Unter diesen Umständen muß angenommen werden, daß der Collecteur den Kaufpreis für das anderweite Loos creditirt habe, wenn auch die Motive, aus welcher die Creditirung erfolgt, häufig darin ihren Grund haben mag, daß der Collecteur in dem noch nicht ausgezahlten Gewinne gleichsam eine Sicherstellung für das creditirte Kaufgeld erblickt.

Wollte Man aber selbst von den der factischen Auffassung der vorigen Instanz entgegenstehenden Bedenken absehen und annehmen, daß die Beklagte die Hälfte des der Klägerin gebührenden Gewinnes zum Ankaufe eines neuen Looses verwendet habe, so würde doch nach Ansicht des OLG. in dieser Disposition über fremdes Eigenthum Seiten der Beklagten weder eine auftraglose Geschäftsführung für die Klägerin, noch sonst ein Rechtsgrund zu finden sein, vermöge dessen die Klägerin den Gewinn, welchen Beklagte durch das theilweise mit fremdem Gelde erworbene Loos erlangt habe, nach Verhältniß des zu dessen Ankaufe verwendeten Geldes für sich beanspruchen könnte. Denn der Grundsatz, daß derjenige, welcher im eigenen Namen Sachen mit fremdem Gelde kauft, nicht dem Dritten, welchem das Geld gehört, sondern sich selbst die Kaufklage, und wenn ihm der Besitz übergeben worden, das Eigenthum erwirbt, wird in

c. 4. C. commun. utriusque iudicii 3. 38.

c. 8. C. si quis alteri 4. 50.

auf Fälle angewendet, in welchen der Käufer mit Geldern, welche ihm und einem Dritten gemeinschaftlich gehören, die Sache erkauft hat.

In der ersteren Gesetzstelle wird das Verlangen des Miteigenthümers des Geldes, daß die gekaufte Sache für eine gemeinschaftliche angesehen werde, für ungerechtfertigt erklärt (et ideo rem emptam communicare eum, contra juris formam postulas). Nicht minder wird in der l. 8. C. si quis alteri 4. 50. dem Miteigenthümer des Geldes, welches vom condominus zum Ankaufe von Sachen auf eigene Rechnung

verwendet worden ist, eine dingliche Klage wegen der erkauften Sachen mit den Bemerkten versagt, daß er klüger handle, wenn er den ihm zustehenden Antheil an dem verwendeten Gelde einflage.

Diese Grundsätze leiden auch im gegenwärtigen Rechtsfalle Anwendung. Denn die Verabredung der Partheien, das Ahtelloos Nr. 38396 fünfter Classe der 63. Landeslotterie gemeinschaftlich zu spielen, enthält einen auf das gedachte Loos beschränkten Gesellschaftsvertrag, welcher mit dem Augenblicke, zu welchem das Loos mit dem niedrigsten Gewinne gezogen worden ist, dergestalt seine Endschaft erreicht hat, daß es sich nur noch um eine Theilung des ausgefallenen gemeinschaftlichen Gewinnes handeln kann. Ein hierauf gerichteter Anspruch liegt jedoch nicht vor, da die Klägerin in der Klage zugestanden hat, daß ihr die Hälfte dieses Gewinnes von der Beklagten gewährt worden sei. Sollte nun selbst die Beklagte den ganzen gemeinschaftlichen Gewinn zum Ankauf des ihr vom Collecteur zugestellten Looses Nr. 672 verwendet haben, so würde diese Disposition über den der Klägerin zugestandenen Gewinnantheil nach Befinden einen Anspruch auf Gewährung von Entschädigung und beziehentlich Verzugszinsen begründen, nicht aber für sich allein das Verlangen der Klägerin rechtfertigen, daß das von der Beklagten erkaufte Loos Nr. 672 und der auf dasselbe gefallene Gewinn als gemeinschaftliches Eigenthum der Klägerin und der Beklagten angesehen werde. Denn die Gesetze legen zwar dem Gesellschafter, welcher gemeinschaftliche Gesellschaftsgelder auf widerrechtliche Weise in seine Hände gebracht hat, sei es nun, um sie zu unterschlagen, oder eigenmächtig für sich zu benutzen, die Verbindlichkeit zu Gewährung von Verzugszinsen unbeschadet des Nachweises eines höheren Interesse, nicht aber die Verpflichtung auf, den in Folge der eigenmächtigen Verwendung jener Gelder gezogenen Gewinn mit den Mitgesellschaftern zu theilen.

l. 1. §. 1. D. de usuris 22. 1.

l. 67. §. 1. D. pro socio 17. 2.

Die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich ein Gesellschafter, welcher die ihm anvertrauten oder von ihm eingenommenen, der Gesellschaft gehörigen Gelder zu eigenen Geschäften verwendet habe, den aus diesen eigenen Geschäften gezogenen Gewinn mit den Genossen theilen müsse, wird von

Treitschke, Lehre von der Gewerbsgesellschaft §. 20. S. 43.

vertheidigt. Allein ganz abgesehen davon, daß derselbe Rechtslehrer in demselben Werke §. 28. S. 78. von der richtigen Ansicht ausgeht, daß die übrigen Gesellschafter von demjenigen Mitgesellschafter, welcher bei Betreibung von Geschäften, für eigene Rechnung sich der der Gesellschaft gehörigen Mittel bedient hat, nicht einen Gewinnantheil, sondern nur Entschädigung, in welchen der in Folge der Verwendung des Gesellschaftsvermögens entgangene Gewinn in Anschlag zu bringen sei und jedenfalls landesübliche Zinsen fordern dürfe, ist die zuerstgedachte Meinung lediglich auf

l. 10. §. 3. D. mand. 17. l.

gestützt worden. Diese Gesetzstelle behandelt jedoch nicht die vorliegende Frage, sondern nimmt auf den Grundsatz, daß es der Redlichkeit nicht entspreche, wenn der Mandatar aus fremdem Vermögen Gewinn ziehe, lediglich zur Motivirung der Vorschrift Bezug, daß der Bevollmächtigte, welcher Gelder des Machtgebers zinsbar ausgeliehen und Zinsen erhoben hat, zu Gewährung von landesüblichen Zinsen verpflichtet sei.

Glück, Commentar Thl. 15. S. 294.

Obwohl nun der Gesellschafter, der Mandatar und der auftraglose Geschäftsführer alles dasjenige, was sie bei den von ihnen in ihrer gedachten Eigenschaft vorgenommenen Geschäften gewonnen haben, an die Gesellschaft, den Mandanten und Geschäftsherrn herauszugeben verpflichtet sind, so tritt dennoch ein anderes Verhältniß ein, wenn sie in eigenen Namen und auf eigene Gefahr Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben. Diese Geschäfte stehen mit dem Gesellschafts- resp. dem Vollmachtsvertrag und der negotiorum gestio nicht in Verbindung und erzeugen daher nur für die Abschließenden Rechte und Verbindlichkeiten. Ist hierzu fremdes oder gemeinschaftliches Geld widerrechtlich verwendet worden, so steht dem Eigenthümer des Geldes ein Zinsen- beziehentlich ein Entschädigungsanspruch zu. Bei Feststellung des diesfalligen Schadens kann jedoch nicht der zufällige Umstand, ob das dem Eigenthümer des Geldes fremde Geschäft einen Gewinn abgeworfen hat oder nicht, sondern nur der Schaden, welchen der Eigenthümer des Geldes durch dessen Entziehung wirklich erlitten hat, oder der Gewinn, welchen er, der Eigenthümer, mit dem Gelde hat machen können, in Betracht kommen. Nur in höchst singulären Fällen enthalten die Gesetze Vorschriften, in welchen gleichsam als Strafe für eigenmächtige widerrechtliche Eingriffe in fremdes Eigen-

thum eine negotiorum gestio dergestalt angenommen wird, daß der durch jene Handlungen Verletzte aus den vom Beschädigten vorgenommenen eigenen Rechtsgeschäften, wenn sie einen günstigen Erfolg gehabt haben, Rechte geltend machen darf. Hierher gehört z. B. die Bestimmung in

l. 3. C. arbitr. tutelae 5. 51.

daß in dem Falle, wo der Vormund mit des Mündels Geldern für sich ein Grundstück gekauft hat, dem Mündel die Wahl zustehet, ob er das Grundstück selbst übernehmen, oder das Kapital mit Zinsen zurückfordern wolle,

Glück, Commentar Thl. 30. S. 342, 343.

eine Vorschrift, welche in Sachsen keine Geltung hat.

Hänsel, Excursus Abth. 3. S. 422.

Nicht minder singulär ist die Bestimmung in Art. 56. 59 und 97. des allg. D. HGB.'s, daß die von einem Procuristen, Handlungsgehilfen oder einem zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten oder von einem Mitgliede einer offenen Handelsgesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten gemachten Handelsgeschäfte auf Verlangen des Prinzipals resp. der übrigen Gesellschafter so angesehen werden sollen, als seien sie für Rechnung des Prinzipals beziehentlich für Rechnung der Gesellschaft geschlossen. Allein diese auf die in Art. 56, 59 und 97 gedachten Fälle beschränkte Vorschrift, beruht auf besonderen, aus der Stellung der Procuristen, Handlungsgehilfen und des Handelsgesellschafters zu dem Prinzipal und den übrigen Gesellschaftern abgeleiteten Erwägungen,

v. Hahn, Commentar zum HGB.'s Bd. I. S. 151 fg. 226 fg.

wogegen die Benutzung und Verwendung von Geldern, welche der Gesellschaft gehören, zu andern Zwecken auch nach dem HGB. Art. 95 nur die Verpflichtung zu Zahlung von Zinsen, beziehentlich Ersatz des etwa verursachten größern Schadens begründen.

2.

Obwohl aus diesen Gründen die von der Beflagten zugestandenenen Thatsachen zu Begründung des geltend gemachten Anspruchs auf Theilung des von der Beflagten erst nach Beendigung des mit der Klägerin ursprünglich eingegangenen Societätscontractes erworbenen Kauflooses

Nr. 672 nicht ausreichen, so findet doch der geklagte Anspruch in dem geleugneten Klaganführen bei pet. lit. cont. 18, 19 und 20 einen Stützpunkt. Die Klägerin giebt nämlich an, daß sie ein Paar Tage nach der Ziehung des Looses Nr. 38396 und zwar noch in der Böttcherwoche der Leipziger Ostermesse 1863 an den Meßstand der Beklagten gekommen sei und die Beklagte gefragt habe: ob sie, Klägerin und Beklagte, mit dem großen Loose herausgekommen seien? Die Beklagte habe davon, daß auf das gemeinschaftlich gespielte Loos ein Gewinn gefallen sei, Etwas nicht gesagt, vielmehr erwidert: „wenn sie herausgekommen wären, würde sie, die Klägerin, es gleichfalls schon wissen“ und habe hierbei die Frage an die Klägerin gerichtet:

Wenn wir herauskommen, spielen Sie denn da wieder mit?
worauf sie, die Klägerin, diese Frage bejaht habe.

Die Gründe, aus welchen die erste Instanz dieses Vorbringen für zu allgemein und unbestimmt angesehen hat, sind in zweiter Instanz in ausreichender Weise widerlegt worden. Man beschränkt sich deshalb auf folgende Bemerkungen:

Die Zusammenkunft zwischen Klägerin und Beklagter ist, die Wahrheit des Klaganführens vorausgesetzt, zu einer Zeit erfolgt, zu welcher Beklagte von dem auf das gemeinschaftlich gespielte Loos ausgefallene Gewinn vom Collecteur unter Zustellung eines anderweiten Looses derselben Lotterie in Kenntniß gesetzt worden war. Wenn nun bei dieser Zusammenkunft die Beklagte sowohl den Gewinn für das zeither gespielte Loos, als auch die Annahme eines neuen Looses verschwieg, dessenungeachtet aber die obige Frage an die Klägerin richtete, so ist in dieser Frage nach der Ansicht des OAG.'s einer Seits die Willenserklärung der Beklagten, daß sie für den Fall, daß das zeither gemeinschaftlich gespielte Loos gezogen werde, anderweit in Gemeinschaft mit der Klägerin ihr Glück in der Lotterie versuchen wolle; andererseits die Absicht der Beklagten zu erblicken, sich Gewißheit darüber zu verschaffen, ob Klägerin die Erneuerung des Compagniespiels, und mithin den Ankauf eines neuen Looses auf gemeinschaftliche Rechnung, genehmigen werde. Die Worte: „wenn wir herauskommen“ sind so allgemein, daß sie das gemeinschaftliche Spiel in derselben Classe der Lotterie, sowie den bereits erfolgten Ankauf des anderweiten Looses Nr. 672 mitumfassen. Es würde daher die Beklagte selbst für den Fall, daß das neue Loos nicht

gewonnen hätte, von der Klägerin nach Befinden die Hälfte des Einsatzes dafür haben einfordern können, da die Klägerin durch die Bejahung der Frage ihre Absicht, ein neues gewagtes Geschäft einzugehen, erklärt hatte, und mithin im Zweifel verpflichtet war, eine hierauf gerichtete Geschäftsführung der Beklagten anzuerkennen.

Chambon, die negotiorum gestio S. 74. nota 1.

Der Umstand, daß Beklagte die Ziehung des früheren Looses und den Ankauf des neuen Looses verschwiegen hat, läßt zwar die Absicht der Beklagten vermuthen, einen etwaigen, auf das neue Loos fallenden Gewinn für sich zu behalten, hebt jedoch die in der Frage selbst liegende Willensäußerung der Beklagten, daß das Compagniespiel mit der Klägerin erneuert werde, dafern das zeither gemeinschaftlich gespielte Loos mit einem Gewinne herauskomme, nicht auf. Hätte es dabei aber in der Absicht der Beklagten gelegen, das vom Collecteur zugesendete Kaufloos N. 672 von dem Compagniespiel auszunehmen, so hätte ihr obgelegen, solches ausdrücklich zu erklären. Man hat daher die Entscheidung in Beachtung der Appellation der Beklagten von dem im Urtheil erkann- ten Delato abhängig gemacht.

3.

Aus der auftraglosen Geschäftsführung entsteht schon vermöge der natürlichen Billigkeit, welche die Gesetze anerkennen, die Verbindlichkeit des Geschäftsführers, den vermöge der Geschäftsführung erlangten Gewinn an den Geschäftsherrn herauszugeben. Es kommt daher darauf, ob die Personen, welche ohne vorgängigen speciellen Auftrag der Besorgung fremder Geschäfte sich unterziehen, sich durch Einwilligung verbindlich machen können, Etwas nicht an, weshalb selbst Unmündige aus der unternommenen Geschäftsführung insoweit, als sie dadurch bereichert worden sind, verpflichtet werden.

Glück, Commentar, Thl. 5. S. 322 fg.

Es ist daher der aus dem mangelnden Beitritt ihres Ehemannes entlehnte Einwand der Beklagten unerheblich.

Die Verwirkung der commissorischen Clausel durch Unterlassung kann nicht geltend gemacht werden, wenn der, welcher sie geltend machen will, die betreffende Handlung verboten hat. — BGB. §. 1436*).

II. Sen. Erkenntn. v. 3. Novbr. 1864. no. 551/679.

Die commissorische Clausel in § 11 des zwischen den Parteien bestehenden Abbauvertrages ist bloß für den Fall bedungen, daß durch Schuld des Bauherren, ohne daß also Kriegs- oder Naturereignisse und andere außer der Macht desselben liegende Umstände solchen behindern, der Abbau während der Dauer von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen nach seinem Beginne liegen bliebe. Eine Verschuldung des Beklagten, als Bauherrn, oder seiner Cessionarien würde aber offenbar dann nicht vorliegen, wenn Kläger selbst den Fortbetrieb untersagt hätten, vielmehr würde ein solches Vorkommniß, wenn überhaupt in Bezug auf dessen Wirkung jener contractlichen Bestimmung ein Einfluß zu verstaten wäre, ganz füglich unter die „anderen, außer der Macht des Bauherrn liegenden Umstände“ zu subsumiren sein, bei deren Eintritt das Liegenbleiben des Abbaues dem Beklagten unnachtheilig sein soll. Ganz richtig ist aber auch bereits von der vorigen Instanz bemerkt worden, daß es den Klägern nicht gestattet sein könne, aus ihrem eignen contractwidrigen Verhalten sich den Vortheil des Eintritts der commissorischen Clausel zu verschaffen, ein derartiges Beginnen vielmehr als dolus sich darstellen und aller rechtlichen Wirkungen zu ihren Gunsten entbehren würde. Was Kläger hiergegen vorgebracht haben, ist zu offenbar unrichtig gedacht, um einer besonderen Widerlegung zu bedürfen, und gilt dies namentlich von dem wiederholt geltend gemachten Einwande, daß es dem Beklagten als Schuld anzurechnen sei, wenn er sich durch ihr bloßes, mit äußeren Hindernissen nicht verbundenes Verbot am Fortbetriebe des Kohlenabbaues habe behindern lassen oder solches nicht sofort auf Grund des ihm zur Seite stehenden Vertrags im Rechtswege beseitigt habe, welcher auf einem gänzlichen Verkennen des rechtlichen Begriffes der culpa beruht und in seiner weiteren Consequenz eben wieder dahin führen

*) Obschon dieser Satz im BGB. §. 1436 nicht ausdrücklich vorgesehen ist, so wird er doch als aus der Natur der Sache fließend, auch künftig Geltung haben müssen.

würde, daß den Klägern aus ihrer eigenen widerrechtlichen Handlungsweise Vortheil zu ziehen gestattet wäre.

13.

Ueber die *actio de partu agnoscendo* — zu §. 1856 des BGB.*)

II. Sen. Erkenntn. v. 24. Novbr. 1864 no. 421/455.

Die Weigerung eines Ehemannes, ein von seiner rechtmäßigen Ehefrau geborenes Kind anzuerkennen, berechtigt die Frau, mittelst der *actio praejudicialis de partu agnoscendo* gegen den Mann auf Anerkennung und Alimentation des Kindes zu klagen, und zwar ohne Unterschied, ob der Streit über Anerkennung des Kindes nach der Ehescheidung oder noch während der Ehe entstanden ist. Während in jenem Falle das *Setum. Plancianum* die Bedingungen vorschreibt, unter welchen die geschiedene Ehefrau den Ehemann zu Anerkennung ihres nach getrennter Ehe zur Welt gebrachten Partus auffordern kann, hat ein anderes unter Kaiser Hadrian abgefaßtes *Senatusconsult* der Ehefrau das Recht eingeräumt, die Präjudicialklage *de partu agnoscendo* gegen den Ehemann auf Anerkennung eines während der Ehe geborenen Kindes anzustellen.

l. 3. §. 1. D. de agnosc. et alend. liberis. 25. 3.

Glück, Commentar, Th. 28. §§. 1287 und 1287^c insbes. S. 80 fg. 85 und 108 fg.

Im letzteren Falle bedarf es eines besonderen Beweises des Klagegrundes nicht, da zufolge der Rechtsregel: *pater est quem iustae nuptiae demonstrant* der Klägerin die Vermuthung, daß das während der Ehe geborene Kind ein Kind des Ehemannes sei, so lange zur Seite

*) Das OAG. hielt aus den im Text ersichtlichen Gründen die Klage der Mutter, insofern sie eben auf Anerkennung der Vaterschaft gerichtet war, gegen die Entscheidung 1. und 2. Instanz aufrecht, bestätigte jedoch die Abweisung „allhier“ in Bezug auf die Alimente, da über deren Höhe das Ehegericht zu cognosciren habe, machte übrigens die Verurtheilung in ersterer Beziehung von Leistung des delati Seiten der Mutter über die *Exception* abhängig, daß Beklagter innerhalb der Conceptionszeit mit ihr nicht concubirt habe, welches als *delatum affirmativ* über diesen Concubitus innerhalb der bemerkten Zeit, soweit solche nach den Erklärungen der Klägerin in Betracht kam, zu fassen war.

steht, als nicht der Ehemann Thatfachen in Gewißheit setzt, welche jene Vermuthung beseitigen. Als ein solches die angestellte Klage erledigendes Factum kann jedoch das vom Beklagten Angeführte, daß die Klägerin am 11. Februar 1862 mit dem daselbst genannten Dritten den Beischlaf vollzogen haben soll, nicht angesehen werden, weil zufolge der ausdrücklichen Bestimmung der

l. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5.

ein Ehemann, welcher mit der Frau in ununterbrochenem Umgange gelebt hat, aus dem Grunde allein, weil sich die Ehefrau eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, die Anerkennung des Kindes nicht verweigern darf.

Uebrigens hat die Vorschrift des römischen Rechts, daß eine Ehefrau auf Anerkennung und Alimentation eines während der Ehe geborenen Kindes gegen den Ehemann klagen kann, jetzt noch praktische Geltung, Arndts, Lehrbuch der Pandecten §. 437.

Sintenis, das prakt. gemeine Civilrecht, 2. Aufl. Thl. III. §. 140. nota 71. S. 134.

Hänfel, Excursus Abth. 1. S. 371 fg.

und ist in das publicirte, wiewohl noch nicht in Kraft getretene bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen übergegangen, indem §. 1856 vorschreibt: „Wider den Vater, welcher das Anerkenntniß eines ehelichen Kindes verweigert, hat auch die Mutter eine Klage auf Anerkennung und Ernährung des Kindes.“

14.

Ueber die Frage: *positus in conditione, an sit positus in dispositione?* — *Mens testatoris**) — §. 2166. 2155.

II. Sen. Erkenntn. v. 29. Novbr. 1864 no. 755/733.

Ein unmittelbares Erbrecht der Klägerin, als Erbin J. T. D.'s an dem Nachlasse A. S. R.'s ist aus dessen Testamente nicht abzuleiten.

*) Die Verneinung der Frage war im Entwurf des BGB.'s §. 2201 mit den Worten ausgesprochen: Wer in einer Bedingung der Erbeinsetzung eines andern bloß erwähnt wird, ist im Zweifel nicht als zum Erben eingesetzt zu betrachten. Bei der Schlußredaction kam dieser § als selbstverständlich in Wegfall. Vergl. hierüber: Siebenhaar Commentar Bd. III. zu § 2166. — Ueber die *mens testatoris* disponirt conform der zeitherigen Auffassung BGB. §. 2155 fg.

Die einzige Bestimmung, welche sich zu diesem Behufe geltend machen ließe, ist in §. 3 dieses Testaments enthalten, wo der Testator ausgesprochen hat: „Dafern der instituirte Erbe N. sowohl, als der demselben substituirt Erbe ohne Kinder versterben möchte, so soll die eine Hälfte des diesem letzteren von mir zugefallenen Vermögens meinen nächsten Anverwandten, die andere Hälfte den N.'s und D.'schen Anverwandten zufallen, dergestalt, daß die N.'schen Einviertheil und die D.'schen ebenfalls Einviertheil dieser Hälfte erhalten sollen.“

Unverkennbar enthält der §. 3 in seinen dispositiven Worten eine Verfügung zu Gunsten der daselbst gedachten Anverwandten, unter welchen dem Zusammenhange nach, bloß die Ascendenten und Collateralen verstanden werden können und diese Verfügung stellt sich, wenn man, wie geschehen muß, den §. 3 mit dem §. 2 in Verbindung bringt, als eine anderweite fideicommissarische Substitution dar, welche der Testator für den Fall und unter der Bedingung angeordnet hat, daß N. und D. ohne Kinder versterben würden. Der §. 3, auf welchen die Klägerin (ebenso wie die Mitkläger) als Descendenten dieses D. ihre Ansprüche gründen, ergiebt also keine ausdrückliche Bestimmung im Interesse der D.'schen Kinder; die letzteren werden vielmehr lediglich in der Bedingung erwähnt, unter welcher die Anverwandten D.'s, N.'s und des Testators selbst zur Erbschaft berufen werden; sie sind wie man sich in der Doctrin auszudrücken pflegt, in *conditione positi*. Die von jeher bestrittene Frage, ob der in der Bedingungsformel Genannte (in *conditione positus*) — direct oder fideicommissarisch — eingesetzt (in *dispositione*) sei, hat auch gegenwärtig noch bei den Schriftstellern des gemeinen Rechts eine verschiedene Beantwortung gefunden, indem zwar dieselbe von der Mehrzahl verneint, von einzelnen dagegen wenigstens nach heutigem Rechte für eine *s. g. quaestio facti* gehalten wird.

Mühlenbruch Fortsetzung von Glücks Commentar, §. 1444. Bd. 40.

§. 234 fg.

Sintenis, Civilrecht, §. 172. not. 4. Bd. 3. S. 394.

Arndts Pandecten, §. 493. not. 1. S. 747.

Wening-Ingenheim, §. 455. Bd. 3. S. 241.

Müller, Institutionen §. 186. not. 5. S. 739.

Bangerow, Pandecten §. 449. Ann. 1. Bd. 2. S. 173.

Erwägt man nun, daß durch die l. 15. C. de testam. 6. 23.

„quibuslibet confecta sententiis vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo liquebit per eam voluntatis intentio.“

die dem Pandectenrechte angehörige strengere Form letztwilliger Dispositionen selbst bei der Erbeinsetzung in Wegfall gelangt und somit auch in dieser Beziehung dem Willen des Testators ein entscheidenderes Gewicht zugestanden worden ist, so würde man, zumal auch die sächsische Gesetzgebung,

Erbgesetz vom 31. Januar 1829. §. 7.

den Grundsatz anerkennt, daß bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen der Wille des Testators zu berücksichtigen sei, kein Bedenken tragen, der Ansicht beizustimmen, daß es heutzutage allerdings eine factische nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheidende Frage sei, ob in einer solchen Disposition eine directe oder fideicommissarische Erbeinsetzung enthalten sei,

v. Bangerow, l. c. §. 494. S. 174.

Allein es darf auch in dieser Beziehung nicht zu weit gegangen werden, damit man nicht zu Aufstellung eines Principis gelangt, welches auch mit den geringsten Ansprüchen an die Form letztwilliger Dispositionen unvereinbar werden und bei consequenter Durchführung zu einem dem wahren Willen des Testator entgegengesetzten Resultate führen könnte.

Obgleich also, wie bemerkt worden, weder die Erbeinsetzung und noch weniger die Errichtung eines Fideicommisses an bestimmte Worte oder Wortformeln gebunden und für die Auslegung einer an sich unklaren Bestimmung der voraussetzliche oder erweisliche Wille des Testator maßgebend ist, so muß doch das Testament wenigstens solche Anordnungen enthalten, welche eine diesem Willen entsprechende Interpretation zulassen. Denn selbst der bewiesene Wille des Testators ist, an und für sich allein, einflußlos, so lange er in keiner Weise zum rechtsverbindlichen Ausdruck gelangt ist;

Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. Bd. XXII. S. 469.

Hieraus folgt, daß insonderheit eine in bestimmten Worten erklärte und einen vollständigen Sinn ergebende Verfügung nicht deshalb gegen den Wortlaut interpretirt oder über denselben hinaus verstanden werden darf, weil man Gründe hat, zu glauben, daß eine nicht in diesen Worten liegende Disposition in dem Willen des Testators gelegen und daß

er dieselbe getroffen haben würde, wenn er auf den Eintritt gewisser Fälle bei der Errichtung seines letzten Willens reflectirt hätte.

Wendet man sich von diesem Standpuncte aus nochmals zu dem Inhalt des allegirten §. 3 des N.'schen Testaments, so kann es keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß derselbe eine an sich klare und vollständige Disposition enthält, welche sich aber auf den, nach des Testators Tode wirklich eingetretenen Fall nicht bezieht. Nach §. 2 des Testamentes sollte D. als fideicommissarischer Substitut, den Antheil welcher nach §. 1 N.'n, als dem instituirten Erben beschieden war, empfangen, wenn dieser kinderlos verstürbe; diese Disposition ist also auf den einen Fall berechnet, daß D. den N. überleben würde. Hieran schließt sich unmittelbar in §. 3 eine Verfügung für einen zweiten Fall, daß D. nach der Bestimmung in §. 2 an N.'s Stelle eingetreten und nun auch jener D., kinderlos verstorben sein sollte. Daß sich die Disposition des §. 3 nur auf diesen einen Fall beziehe, ergibt sich aus den Worten:

„dafern der instituirte Erbe N. sowohl als der demselben substituirt fideicommissarische Erbe D. kinderlos versterben möchten, so soll die eine Hälfte des diesem letzteren von mir zugefallenen Vermögens &c.“

denn nach §. 2 des Testamentes konnte D.'n dieses Vermögen erst dann und unter der Bedingung zufallen, wenn er N.'n überlebt und dieser keine Kinder hinterlassen hatte. Damit stimmen auch die, auf den ersten Anblick etwas allgemeiner klingenden Worte:

„dafern der instituirte Erbe, N. sowohl als der substituirt, fideicommissarische Erbe D. kinderlos versterben möchten“

völlig überein, denn nur wenn beide und zwar der in §. 3 auch zuerstgenannte N. vor D.'n kinderlos starb, wäre der Fall eingetreten, in welchen der Testator die in §. 3 gedachten Anverwandten bedacht wissen wollte.

Hätte es sich so gefügt, daß D. den Anfall des zu seinem Gunsten angeordneten Fideicommisses erlebt hätte, so hätte ebenfalls die Frage entstehen können, ob dessen Kinder, als in conditione positi nach dem muthmaßlichen Willen des Testator ein fideicommissarisches Erbrecht gegen ihren Vater in Anspruch zu nehmen befugt seien. Dieser Fall ist jedoch nicht eingetreten und braucht also auch nicht weiter erörtert zu werden. Dagegen enthält der §. 3, wie sich aus dem Vorstehenden

ergiebt, gar keine Verfügung über den wirklich eingetretenen Fall, daß D., ohne den Anfall des Fideicommisses zu erleben, mit Hinterlassung von Kindern versterben würde, es fehlt also an einer Bestimmung, bei deren Auslegung der präsumtive Wille des Erblassers als Interpretationsmittel angewendet werden könnte.

Wenn die Klägerin dennoch in ihrer Deduction meint, daß N. auch für diesen Fall eine Disposition zu Gunsten der D.'schen Kinder getroffen habe, so verwechselt sie eben die Auslegung einer unklaren Stelle des Testamentes nach dem erweislichen Willen des Testators mit dem Nachweis eines vorhandenen, aber gar nicht zum Ausdruck gelangten Willens. Es kann ihr zugegeben werden, daß aller Wahrscheinlichkeit nach der Testator, wenn er an den Fall, daß D. vor N. mit Tode abgehen und Kinder hinterlassen sollte, gedacht und auch für diesen Fall eine Disposition getroffen hätte, diese Disposition in der einen oder in der andern Weise zu Gunsten jener Kinder ausgefallen sein würde. Da aber das Testament keine auf diesen Fall bezügliche Disposition enthält, so kann die mangelnde Verfügung durch eine solche Präsumtion um so weniger ersetzt werden, als sich doch nicht einmal mit Bestimmtheit ermitteln läßt, in welcher Weise der Testator dem instituirten Erben N. eine Beschränkung im Interesse der D.'schen Kinder auferlegt haben würde, wenn er selbst für den fraglichen Fall disponirt hätte.

15.

Zur Lehre von der hereditatis petitio. — BGB. §. 2321.

II. Sen.-Erf. v. 24. Novbr. 1864. no. 436/521.

Die Klage war nicht aufrecht zu erhalten, weil derjenige Theil des Klagvorbringens, in welchem Kläger auszuführen versucht, daß er Intestaterbe seiner ostgenannten Schwester nach 9/10. geworden sei, mit Rücksicht auf den deshalb gebrauchten Eidesantrag der schlüssigen Begründung entbehrt, da das Anführen, daß C. C. M. ihn, den Kläger und die unter I, II und III genannten Personen als ihre alleinigen Intestaterben hinterlassen habe, eine bloße für den Eidesantrag ungeeignete Schlußfolgerung enthält, wie aus den Vorschriften in §. 112 fg. des Erbfolgemandats vom 31. Januar 1829 darüber, was gesetzliche Erben zu erweisen haben, wenn sie ihr Erbrecht verfolgen, erhellt. Nun

ist aber im vorliegenden Falle von einer sogenannten activen Sachlegitimation, welche eine getrennte Verhandlung von der Hauptsache beziehentlich eine erleichterte Beweisführung gestattet z. B. wenn der Kläger ein ursprünglich einem Dritten zugestandenes und auf ihn durch Erbschaft, Cession u. s. w. übergegangenes Recht geltend macht, nicht die Rede, indem der Kläger bei der Erbschaftsklage (*hereditatis petitio*) sein eigenes, durch den Anfall der Erbschaft begründetes Recht verfolgt. Es gehört daher bei der nurgedachten Klage die in der Klage behauptete Erbqualität zum Klaggrund*) und ist als solche in der Klage schlüssig zu begründen und nach den für den Klaggrund geltenden Prozeßvorschriften in Gewißheit zu setzen.

l. 1. C. de ord. judic. 3, 8.

Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses Nr. II. S. 86, 112 fg. 121.

Kind, Quaest. for. Ed. II. tom. III. c. 67. pag. 315. sqv.

Zeitschrift für Rechtspf. und Verw. R. J. Bd. XIII. S. 532. fg.

Aus diesem Grunde kann das vom Kläger in zweiter Instanz beigebrachte, von der competenten Nachlaßbehörde ausgefertigte Erblegitimationszeugniß nicht berücksichtigt werden, da die Bezugnahme auf letzteres eine unzulässige Häufung der Beweismittel beziehentlich eine theilweise Abänderung der Klage in modo probandi enthält. Letztere würde nur dann haben beachtet werden können, wenn Kläger nach Maßgabe der Erl.=Proz.=D. ad tit. V. §. 9 den Eidesantrag bei dem oben näher bezeichneten Theile der Klage fallen gelassen, dieses Klagvorbringen auf Beweis gestellt, anderweit Einlassung und Antwort auf dasselbe, so wie nach Befinden auf die Urkunde Bl. gefordert, nochmalige Anberaumung eines Güte- und Rechtstermins beantragt, und auf diese Weise eine erneuerte Entscheidung und zwar zunächst in erster Instanz herbeigeführt hätte. Zu Beantwortung der Frage, ob dem Kläger jetzt noch und vor Rechtskraft des vorliegenden Erkenntnisses freistehe, in vorbezeichneter Weise das die Erbqualität betreffende Klagvorbringen in modo probandi zu ändern, liegt dermalen keine Veranlassung vor.

*) Wegen der Nothwendigkeit der schlüssigen Bezugnahme auf die Erbqualität des *hereditatis petitione* Klagenden in der Klage selbst sprach sich das OAG. conform aus mittelst II. Sen. Erk. v. 25. Novbr. 1864 no. 766/743. — Wegen des neuen Rechts vergl. BGB. §. 2321.

Zur Lehre von der Collation. — Pflichttheilsverletzung durch Einwerfungsgebot. — BGB. §. 2359. 2364. 2370.

II. Sen.-Erk. v. 3. Novbr. 1864 no. 590/533*).

Daß unter den in der Klage angegebenen, von Seiten der Beklagten eingeräumten Umständen den Klägern und den Pflēgbefohlenen Mitklägers die Collation der Ausstattung und Mitgift, welche deren verstorbene Mutter bei ihrer im Jahre 1839 erfolgten Verheirathung von dem Erblasser erhalten hat, an und für sich betrachtet, bei der Theilung des großväterlichen Nachlasses nicht anzufinnen sein würde, unterliegt nach den einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen, insonderheit nach Maaßgabe der Nov. 97. cap. VI. verbunden mit §. 35 des Mandats vom 31. Januar 1829

Curtius, Handbuch 2c. Thl. 2. §. 933.

um so weniger einem Zweifel, als Beklagte selbst nicht zu behaupten vermocht haben, daß die Mutter der Kläger an dem Verluste jener Ausstattung und Mitgift durch verschwenderische Lebensart oder sonst wie — auch selbst nur indirect durch Versäumung von Sicherungsmitteln, welche sie vielleicht ihrem Ehemanne gegenüber hätte treffen können — ganz oder theilweise selbst Schuld trage. Auch ist solches von den Beklagten weder früher bestritten worden, noch bestreiten dieselben solches gegenwärtig. Daher handelt es sich gegenwärtig lediglich um die Frage noch, ob und wie weit die hierunter anzunehmende Befreiung der Kläger von der Collationsverbindlichkeit durch den letzten Willen ihres Großvaters, welcher eine dem entgegenstehende Bestimmung zum Nachtheile der

*) Der Erblasser S. hatte in einem testamentum parentis inter liberos bestimmt, daß Kläger, die Kinder einer vorverstorbenen Tochter, etwas aus seinem Nachlasse nicht zu erhalten hätten, weil sie die ihrer Mutter von ihm gewährte Mitgift zu conferiren hätten, solche aber mehr als ihr Erbtheil betrage. Diese Mitgift war bei Lebzeiten der Mutter durch Insolvenz des Vaters verloren gegangen. Sie fochten jene letztwillige Bestimmung an und forderten ihren Erbtheil. Die Instanzen sprachen ihnen den Pflichttheil zu. Die Gründe der III^a. sind oben im Auszuge mitgetheilt. — Conform BGB. §. 2359. 2364. 2370.

Kläger, welche zugleich seine Notherben sind, enthält, habe alterirt werden können. Es ist diese, wie die Partheien einverstanden sind, letztwillige Verfügung des Erblassers vom 21. März 1853 ihrem ganzen Inhalte nach als ein sogenanntes testamentum parentum inter liberos anzusehen, als solches aber auch ohne jede Solennität formell zu Recht beständig.

Curtius, Handbuch, Thl. 2. §. 743.

Zeitschr. für Rechtspf. x. N. F. Bd. 3. S. 280.

Wenn aber, was dessen materielle Gültigkeit anlangt, solche klägerischer Seits auch jetzt noch darum bestritten worden ist, weil darin zwar die Beklagten, nicht aber, wie zu geschehen gehabt hätte, auch sie zu Erben eingesetzt worden seien, die Enterbung eines Notherben aber, wie solche thatsächlich wider sie in der beregten Schrift verhängen worden sei, nur in einem feierlichen Testamente geschehen dürfe, so befinden Kläger sich offenbar im Irrthume. Denn wie bereits in voriger Instanz bemerkt und durch Bezugnahme auf L. 15. Cod. de test. (VI. 23) belegt worden ist, kommt es bei der Frage, ob in einer gewissen letztwilligen Verfügung Jemand zum Erben eingesetzt worden sei, nicht auf die zu diesem Ende von dem Erblasser gebrauchten Worte an, wenn nur der Wille des Testirers, daß die betreffende Person Erbe sein solle, aus dem Inhalte des letzten Willens erkennbar ist.

„Si modo per eam liquebit voluntatis intentio.“

Nun findet sich aber in der hier in der in Rede stehenden letztwilligen Verfügung die Absicht des Großvaters der Kläger, diese Letzteren ebenso wie Beklagte zu seinen Erben zu ernennen, deutlich ausgesprochen, nur daß solches freilich geschehen ist mit dem Hinzufügen, es habe für sie thatsächlich auf ihr Erbtheil um deswillen nichts auszufallen, weil bereits ihre Mutter an Ausstattung und Mitgift bei seinem Lebzeiten soviel vor ihrem übrigen Geschwister voraus erhalten habe, daß der Betrag desselben „jeden anderen Antheil“ weit übersteige. Ist hiernach eine Enterbung der Kläger im eigentlichen Sinne des Worts, wonach diese soviel als eine Entziehung des Erbrechts bedeutet, ebensowenig wie eine Uebergehung derselben in der fraglichen Disposition zu erblicken, so enthält dieselbe andererseits den bestimmt erklärten Willen, daß Kläger die ihrer Mutter vom Erblasser bei dessen Lebzeiten zu Theil gewordenen Zuwendungen conferiren sollen, nicht aber, wie Kläger angenommen

wissen wollen, den bloßen Ausdruck einer — noch überdies irrigen — Rechtsansicht des Testirers. Im Gegentheil spricht sich nach der ganzen Wortfassung deutlich soviel aus, daß der Erblasser, geleitet von einem gewissen Billigkeitsgeföhle und in der Absicht seine noch am Leben befindlichen Kinder für das, was die Mutter der Kläger schon bei seinen Lebzeiten von ihm im Voraus erhalten hat, zu entschädigen, solchergestalt aber alle seine Descendenten gleichzustellen — wenn auch, wie die Bl. ausgehobenen Worte erkennen lassen, vielleicht ungern, so doch absichtlich und nach reiflicher Ueberlegung, — so wie geschehen, disponirt hat. Der Wille des Erblassers also, es solle ein, an und für sich betrachtet, bewandten Umständen nach der Collation nicht unterliegendes Object, ausnahmsweise zum Behufe der Gleichstellung der Erben, von den Klägern conferirt werden, ist daher ebenso gewiß vorhanden, wie er für die Erbinteressenten maßgebend werden muß. Freilich durfte dadurch auf der andern Seite der den Klägern als Notherben gebührende Pflichttheil nicht verletzt werden und nur weil letzteres der Fall, die Disposition also zugleich als eine inofficiöse sich darstellt, nicht aber aus irgend welchem anderen Grunde ermangelt selbige bis zum Belaufe des Pflichttheils der Gültigkeit, während es über diesen hinaus lediglich bei derselben bewendet.

17.

Bei der Zwangsent eignung ist das Entschädigungsquantum nach dem zu dem Zeitpuncte Jener bestandenen Werthe zu bemessen*).

II. Sen.-Erl. v. 24. Novbr. 1864 no. 559/735.

Das OAG. hat befunden, daß lediglich die Werthsverhältnisse, wie sie zur Zeit der Expropriation bestehen, den Maßstab für die wegen der expropriirten Sache zu gewährende Entschädigung abzugeben haben. Es liegt dieß nach der Ansicht der jetzigen Instanz in der Natur der Sache. Die Zwangsent eignung, wenn und wo sie einmal den Gesetzen des Staates gemäß einzutreten hat, ist nach den Grundsätzen vom Kaufe zu beurtheilen. Der Expropriationsberechtigte erscheint als Käufer, der

*) Dieser Grundsatz wird auch nach dem neuen Rechte, welches über Expropriationen etwas Specielles nicht enthält, zu gelten haben.

Eigenthümer des zu expropriirenden Grundstücks als Verkäufer. Die Unfreiwilligkeit der Veräußerung Seiten des Letzteren ändert hieran nichts, das Gesetz, welches ihm die Veräußerung zur Pflicht macht, ergänzt den Mangel seiner freien Einwilligung. Aehnliches findet bei jedem anderen nothwendigen Verkaufe statt und ganz richtig wird daher die Expropriation als ein auf dem Gesetze beruhender nothwendiger Verkauf bezeichnet,

Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts, Bd. II. S. 101.
 Häberlin, die Lehre von der Zwangsentziehung, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 39. S. 200 fg.

Hieraus folgt aber, daß die expropriirte Sache als im Augenblicke der Expropriation kaufweise auf den Exproprianten übergegangen betrachtet werden muß, und wenn es sich um die Bestimmung des dafür zu gewährenden Kaufpreises handelt, welche bei mangelnder Einigung der Partheien und bei Bestreitung der Zulänglichkeit des zunächst im Verwaltungswege ausgemittelten Werthserfasses der richterlichen Entscheidung anheimfällt, so kann hierbei eben nur derjenige Werth in Betracht gezogen werden, welcher nach den Zeit- und Ortsverhältnissen, wie solche zur Zeit des — nothwendigen — Verkaufes stattgefunden, als der angemessene sich ergibt. Denn einen höheren Werth würde, wenigstens präsumtiv, der Eigenthümer auch durch eine freiwillige Veräußerung nicht erlangt haben und wenn demselben soviel für die enteignete Sache gewährt wird, als deren wahrer Werth zur Zeit der Enteignung beträgt, so muß an und für sich angenommen werden, daß die Vermögensverringering, welche er durch die Abtretung seines Eigenthums erleidet, vollständig ausgeglichen sei.

Treichler, über zwangsweise Abtretung von Eigenthum und anderen Rechten, in der Zeitschrift für deutsches Recht u. von Beseler u. Bd. 12. S. 153 fg.

In dem vorliegenden Falle, wo die Kläger den Werth eines Gebäudes als Maasstab der ihnen zukommenden Entschädigung angenommen wissen wollen, welches ihr Erblasser auf dem expropriirten Areal aufzubauen die Füglichkeit gehabt und beabsichtigt habe, hat man sich die Sache so zu denken, als ob das fragliche Gebäude in der im 22. Bew. Art. beschriebenen Maasse zur Zeit der Expropriation bereits vollständig aufgebaut dagestanden hätte und der Gegenstand der Expropria-

tion gewesen wäre. Die Gegenleistung dafür konnte also nur der damalige Verkaufswert dieses Hauses sein, nicht aber kann ein Wert in Betracht kommen, welcher unter unbestrittenermaßen veränderten Verhältnissen mehrere Jahre später einem solchen Hause beizulegen sein und bei dem es nur vom Zufall abhängen würde, ob er höher oder niedriger als zur Zeit der Expropriation. Daß die Kläger, wenn die Expropriation nicht stattgefunden hätte, dieses von ihrem Erblasser präsumtiv erbaute Haus vielleicht noch im Jahre 1862, wo die Taxation erfolgt ist, besessen haben könnten und dann der zu dieser Zeit stattgefundene Wert einen Theil ihres Vermögens gebildet hätte, läßt sich mit Grund nicht entgegenhalten, weil eben durch die Expropriation ein (nothwendiger) Verkauf als bewirkt angenommen werden müßte, also durch deren Eintritt jene Möglichkeit ausgeschlossen sein würde. Die von den Klägern mehrfach bezogene l. 3. §. 2. D. commod. (13. 6.) leidet auf einen Fall, wie der gegenwärtige, wo es sich nicht von der Schätzung einer zu gewährenden oder zu restituirenden Sache handelt, keine Anwendung.

Civilprozeß und Concurß.

1.

Zur Lehre von dem Gerichtsstande des Domicils und des actualen Aufenthalts.

II. Sen-Erk. v. 13. Jan. 1865 no. 799/858 von 1864.

Wenn auch Beklagter seine Staatsangehörigkeit in Rußland hat und dort Immobilien besitzt, so folgt doch hieraus an sich noch nicht, daß er zur Zeit der an ihn in D. bewirkten Klagbehändigung sein eigentliches Domicil in Rußland gehabt habe. Außerdem würde, selbst wenn Letzteres der Fall und von Beklagtem damals sein Domicil in Rußland nicht aufgegeben gewesen wäre, doch immer nicht ausgeschlossen sein, daß Beklagter zu der fraglichen Zeit ein Domicil auch in D. gehabt habe, da bekannten Rechten nach eine und dieselbe Person gleichzeitig an mehreren Orten ihr Domicil aufschlagen kann. Demnächst aber begründet auch schon der actualle Aufenthalt, wenn dieser nicht bloß zufällig und momentan, sondern mit der Absicht eine längere Zeit und bis auf etwa

veränderte Verhältnisse an einem gewissen Orte zu verweilen, verbunden ist, einen Gerichtsstand,

Hommel, Rhapsod. obs. 729.

Bieliß, über den verschiedenen Gerichtsstand §. 43. S. 165.

und es hat dieser Grundsatz in der Verordnung vom 1. Februar 1841 die Zuständigkeit der Pfarrer hinsichtlich des Sühneversuchs in Ehesachen betr. ausdrückliche Anerkennung gefunden.

Daß nun aber der Aufenthalt des Beklagten in D. zu der hier in Frage kommenden Zeit in der That ein solcher gewesen sei, welcher nach dem Vorbemerkten geeignet war, gegen Beklagten einen Gerichtsstand zu begründen, läßt sich nach dem, was aus den Acten erhellt, mit hinreichendem Grunde nicht bezweifeln. Ergiebt sich auch aus dem von dem Beklagten beigebrachten Attest der Polizeidirection zu D., daß Beklagter seit dem Jahre 1861 nicht angemeldet und mit Aufenthaltskarte für längere Zeit nicht versehen worden sei, so folgt doch hieraus an sich noch keineswegs, daß Beklagter nicht in der That seinen actuellen Aufenthalt auf längere Zeit in der Stadt D. genommen gehabt habe, während anderer Seits in dieser Beziehung die Aussagen des auf Klägers Antrag abgehörten Zeugen dem Beklagten offenbar entgegenstehen. Wie dieser Zeuge versichert, ist der zwischen ihm und der Ehefrau des Beklagten eingegangene Miethvertrag auf die Zeit vom 1. Octbr. 1862 bis 30. September 1864, mithin auf den im Voraus festbestimmten Zeitraum von 2 Jahren abgeschlossen worden und zwar in der Maasse, daß in dem gedachten in Schriften abgefaßten Vertrage der Beklagte selbst als der Abmiether aufgeführt, die Urkunde aber von der Ehefrau des Beklagten zugleich als dessen Bevollmächtigte unterzeichnet worden ist. Von Michaelis 1862 hat nun auch, wie der nämliche Zeuge bestätigt, des Beklagten Familie das ermiethete Quartier bewohnt, Beklagter selbst ist bald nach nurgedachtem Zeitpunkte ebenfalls dort eingetroffen, hat sich dem Zeugen vorgestellt, ist dann bis in die Zeit des Monat September 1863 wiederholt und zum Theil auf 6 bis 8 Wochen anwesend gewesen und hat schließlich persönlich nicht lange nach Johannis 1863 mit dem Zeugen wegen der Wiederauflösung des Miethvertrags verhandelt und in Folge der dießfalls getroffenen Uebereinkunft die fragliche Wohnung kurz vor Michaelis 1863 mit seiner Familie verlassen. Nun ist aber, wie schon die vorige Instanz bemerkt hat, an sich schon anzunehmen, daß während

des Bestehens einer Ehe ein für die Familie eingerichtetes Quartier zugleich zum Aufenthalte des Ehemannes bestimmt sei, wenn Letzterer auch nur abwechselnd dort anwesend sein sollte, und wenn man weiter in Betracht zieht, daß von dem Beklagten der von seiner Ehefrau in seinem Namen geschlossene Miethvertrag dadurch, daß er kurz nach dem Einzuge seiner Familie in das erwähnte Quartier dem Vermiether sich vorgestellt, in dem Quartier eine Zeit lang und zu wiederholten Malen mit gewohnt, auch endlich persönlich wegen der Wiederaufhebung des Vertrags mit dem Vermiether eine Uebereinkunft getroffen hat, stillschweigend ratihabirt worden ist, dieser Vertrag aber, wie gedacht, von Anfang an auf die Zeit von 2 Jahren eingegangen war, und wenigstens ein Jahr lang fortgesetzt worden ist, während dieses Zeitraums aber der Beklagte seinen ordentlichen Hausstand in der erwähnten Wohnung in der That hatte, so läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß der Aufenthalt des Beklagten in der Stadt D. zu der Zeit, als ihm die Ladung behändigt wurde, nicht bloß als ein momentaner, sondern als ein mit der Absicht des auf längere Zeit fortzusetzenden, wenn auch durch zeitweilige Abwesenheiten zu unterbrechenden Verweilens verbundener zu betrachten, deshalb aber auch Beklagter damals der Competenz des Prozeßgerichts, als der Behörde seines actuellen Aufenthalts unterworfen gewesen sei.

2.

Zur Lehre vom Precarium. — Beweisvertheilung.

II. Sen.=Erf. v. 13. Octbr. 1864. no. 575/630*).

Dem Beklagten ist gegen die in seiner Deductionsschrift gebrauchte Argumentation einzuhalten, daß, wenn sein Besitz wirklich, wie in der Klage behauptet wird, lediglich auf einem precarium beruht, also wenn er nur ein auf Widerruf eingeräumter ist, er zwar an sich rechtlich begründet erscheint, jedoch nur bis zum Momente des Widerrufs, der ihm

*) Kläger erhob Negatorienklage wider Beklagten, wegen Wegnahme zweier Aborte, die Letzterer in des Ersteren Hofraum angelegt hatte. In der Klage war erwähnt, daß Kläger die Anlegung precario gestattet habe. Beklagter berief sich unter Bestreitung des precarium auf ein Befugniß. Die erste Instanz erkannte auf das Delatum darüber, daß die Anlegung nur precario gestattet gewesen. Die zweite reformirte auf Beweis des Befugnisses für Beklagten und das OAB. bestätigte.

seine rechtliche Basis entzieht, und ihn zu einem rein factischen, unrechthigten, also angemaachten macht. Ob Kläger auch mit dem *interdictum de precario* Beklagten aus dem ihm bis dahin gestatteten Besitze hätte austreiben können oder nicht, kann auf sich beruhen, jedenfalls würde dadurch für ihn die rechtliche Möglichkeit, sein Recht auf Grund seines Eigenthums mit der Negatorienklage, wie er gethan, gegen Beklagten zu verfolgen, ebensowenig ausgeschlossen sein, als dem Eigenthümer einer bis auf Widerruf in fremdem Besitze befindlichen Sache die Anstellung einer *Bindications-* oder *publicianischen* Klage gegen den *precario* Besizenden versagt werden kann.

Prozessualisch stellt sich die Behauptung des *precarium* in der Klage als anticipirte Verneinung der Ausflucht des berechtigten Besizes dar und ganz richtig hat daher die vorige Instanz, da das Eigenthum Klägers und die dasselbe beeinträchtigende Benutzung durch Beklagten zugegeben worden, auf den Beweis der vom Beklagten behaupteten Berechtigung zu dieser Benutzung erkannt und die Ausführung des *precarii*, des Mangels eines Rechts zur Fortsetzung der bis dahin vom Beklagten vorgenommenen Benutzung, in den Gegenbeweis verwiesen.

3.

Ueber die Ableistung der *f. g. solennitas legalis*.

II. Sen.-Erf. v. 25. Novbr. 1864 no. 470/544.

Dem Beklagten ist zu Einreichung des ihm auferlegten Ausfluchtsbeweises nach Maaßgabe des §. 15 der Prozeßnovelle vom 30. December 1861 auf sein Ansuchen die erste Nachfrist auf die Dauer von 3 Wochen und die zweite Nachfrist auf die Dauer von 14 Tagen, letztere jedoch unter der Bedingung ertheilt worden, daß der Sachwalter des ursprünglichen Beklagten die in der Eingabe Bl. angeführten Behinderungsurrsachen eidlich bestärke. Nachdem der gedachte Sachwalter sich zu Ableistung des erfordernten Bestärkungseides erboten, ist der Beweis rechtzeitig eingereicht, und das Beweis- und Gegenbeweis-, sowie das Hauptverfahren abgesetzt worden, ohne daß der obengedachte Bestärkungseid geleistet worden ist. Erst nach Publication des Definitiverkenntnisses erster Instanz hat Klägerin darauf, daß jener Solennitätseid nicht geleistet worden sei, aufmerksam gemacht, und um ein Erkennt-

niß auf Versäumniß an jenem Eide und dem Ausfluchtsbeweise gebeten. Diesem Antrage ist von der zweiten Instanz deshalb nicht stattgegeben worden, weil weder die Erl. Pr. D. ad Tit. XX. §. 3 noch §. 15 der Prozeßnovelle eine Bestimmung über die Zeit, binnen welcher der sogenannte Solennitätseid geleistet werden müsse, enthalte oder ein Anhalten dafür gewähre, daß die bloße Unterlassung der Ableistung jenes Eides bis zur Abfassung der Endentscheidung dessen Verlust nach sich ziehe. Es ist deshalb im Eingange des vorigen Urtheils dahin erkannt worden, daß zuvörderst der Sachwalter des ursprünglichen Beklagten den ihm auferlegten Bestärkungseid nachträglich zu schwören schuldig und hierzu vom Prozeßgericht da nöthig durch Ordnungsstrafen anzuhalten, für den Fall der Leistung dieses Eides aber der geführte Ausfluchtsbeweis für versäumt nicht zu achten sei. Bei dieser Entscheidung hat sich Klägerin beruhigt, wohl aber ist von Beklagtem gegen dieselbe das erste Gravamen gerichtet worden, indem Beklagter behauptet, daß die Klägerin die Leistung jenes Eides stillschweigend dadurch erlassen habe, daß sie in das Beweisverfahren eingetreten sei, einen Gegenbeweis geführt und im Hauptverfahren die Abfassung eines Definitivurtheils beantragt habe, ohne der zeitherigen unterlassenen Leistung des Solennitätseides zu gedenken. Diese Ansicht kann jedoch für richtig nicht erachtet werden.

Die Beurtheilung der Frage, ob auf Ansuchen der beweispflichtigen Partei eine bereits laufende Beweisfrist verlängert werden könne, hängt von dem pflichtmäßigen Ermessen des Prozeßrichters, welcher hierbei an die Vorschriften der Erl. Proz. D. ad tit. XX. §. 3 und §. 15 der Prozeßnovelle gebunden ist, ab. Im vorliegenden Falle ist die erbetene zweite Dilation unter der Bedingung ertheilt worden, daß der Sachwalter des ursprünglichen Beklagten die angeführten Behinderungsurfachen eidlich bestärke. Durch diese Resolution, welcher sich der genannte Sachwalter durch das Erbieten zu Leistung des Eides unterworfen hat, ist die Frage, ob der gedachte Eid zu schwören sei, oder nicht, dergestalt erledigt worden, daß der Beweis nur dann für rechtzeitig erbracht angesehen werden kann, wenn der erforderliche Eid geleistet wird. Unter diesen Verhältnissen war Klägerin nicht verpflichtet, auf jene bereits erledigte Frage im Laufe des Beweis- und Hauptverfahrens nochmals einzugehen, indem sie abwarten konnte, ob Beklagter die gestellte Bedingung, von welcher die Innehaltung der Beweisfrist abhängig gemacht worden, er-

füllen werde oder nicht. Ferner steht der Annahme eines stillschweigenden Erlasses des Solennitätseides und dem gemäß der stillschweigenden Genehmigung der Verlängerung der Beweisfrist Seiten der Klägerin die Bestimmung in §. 7 des Mandats vom 1. April 1824 den Anfang der Beweisfrist u. s. w. betr. (Ges. S. v. J. 1824. S. 35.) entgegen. Denn wenn nach dieser Bestimmung Compromisse auf Verlängerung von Nothfristen nicht anders gelten, als wenn die Parteien selbst innerhalb der Nothfrist die gedachten Compromisse vor dem Prozeßgericht abschließen, oder die von ihren Anwälten unter einander getroffenen Compromisse innerhalb derselben Frist gerichtlich genehmigen, so ist eine aus dem Stillschweigen des Producten während des Prozesses abzuleitende stillschweigende Verlängerung der Beweisfrist von selbst ausgeschlossen. Eine andere rechtliche Beurtheilung würde nach Befinden eintreten, wenn der ursprüngliche Beklagte die ihm bedingt ertheilte Nachfrist nicht innegehalten, und den Beweis nach Ablauf derselben eingereicht, Klägerin aber, ohne das Versäumniß zu rügen, das Beweisverfahren angetreten und Gegenbeweis eingereicht hätte,

Rind, quaest. for. tom. III. c. 65. pag. 308. sq.

indem in diesem Falle es sich nicht um die Verlängerung einer Nothfrist, auf welche sich das angezogene Mandat vom 1. April 1824 bezieht, sondern um ein nach Ablauf der Frist verhangenes Versäumniß Seiten des Producenten, und um den etwaigen stillschweigenden Verzicht auf die durch dieses Versäumniß erlangten prozessualen Vortheile Seiten des Producten handeln würde.

4.

Ueber Hülfsvollstreckung in hypothekarischen Forderungen*).

II. Sen.-Erk. v. 9. Febr. 1865 no. 442/524.

Ein Gläubiger kann das Pfandrecht, welches er durch Hülfsvollstreckung in eine außenstehende hypothekarische Forderung seines Schuldners erlangt hat, nur dann im Prozeßwege geltend machen, wenn er nachzuweisen vermag, daß bei der Hülfsvollstreckung die für die Execu-

*) Vergl. Annalen, Bd. II. S. 64. no. 7

tion in hypothekarische Forderungen in §. 56 fg. des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 ertheilten Vorschriften beobachtet, mithin

a) die in §. 57 und 58 des gedachten Gesetzes näher vorgezeichneten Verfügungen an den Schuldner des Verurtheilten und an den Verurtheilten selbst erlassen worden sind, und

b) die Anmerkung der Hülfsvollstreckung im Verpfändungsbuche erfolgt ist. (§. 60 desselben Gesetzes.)

Beide Requisite — die Behändigung der Auflage an den Schuldner des Verurtheilten und der Eintrag der verholtenen Forderung im Grund- und Hypothekenbuche — müssen daher vorliegen, wenn der Gläubiger aus der zum Hülfsubjecte bezeichneten Forderung unter Mitwirkung des Richters Befriedigung verlangt.

Völlig verschieden hiervon ist die Frage, von welcher Zeit der Uebergang der verholtenen Forderung auf den Gläubiger stattfindet. In dieser Beziehung schreibt schon §. 60 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 vor, daß bei hypothekarischen Forderungen mit der Anmerkung der Hülfsvollstreckung im Verpfändungsbuche das mit der Forderung verbundene Unterpfandsrecht auf den daraus zu befriedigenden Gläubiger übergehe.

Ferner schließt nach §. 83, 84 und 86 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 jede Abtretung und Verpfändung einer bereits im Grund- und Hypothekenbuche eingetragenen Forderung die Uebertragung der dafür bestehenden Hypothek und alle damit verbundenen Rechte dergestalt in sich, daß sie durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch Gültigkeit gegen dritte Personen und gegen den Schuldner selbst erlangt, mithin so lange die Eintragung der Cession oder der freiwilligen oder nothwendigen Verpfändung nicht erfolgt ist, dritten Personen und dem Schuldner gegenüber keine rechtliche Wirkung hat. Aus den zuletztgedachten Bestimmungen folgt, daß bei Lösung der Frage, von welcher Zeit an der Gläubiger Inhaber der überwiesenen hypothekarischen Forderung geworden sei, nicht auf die Zeit der Behändigung der Auflage an den hypothekarischen Schuldner (§. 57 des Executionsgesetzes), sondern auf die Zeit der Eintragung der Hülfsvollstreckung im Grund- und Hypothekenbuche zu sehen ist. Nur selten werden die gedachte Behändigung der Auflage und die Eintragung des Hülfrechts auf denselben Zeitpunkt fallen, vielmehr in der Regel längere oder

kürzere Zeit auseinander liegen, zumal wenn die Prozeß- und Hypothekenbehörde nicht vereinigt sind, und daher von ersterer an letztere Requisition und Bewirkung des Ueberweisungseintrags im Grund- und Hypothekenbuche nach Maaßgabe §. 75 der Ausführungsverordnung vom 15. Febr. 1844 erlassen werden muß. Es wird sich daher sehr oft ereignen, daß die Behändigung der Auflage früher als der Eintrag der überwiesenen Forderung im Grund- und Hypothekenbuche oder umgekehrt der letztere Eintrag früher als die Insinuation der Auflage erfolgt. Im erstern Falle kann der Gläubiger das durch die Hülfsvollstreckung erlangte Recht erst von der Zeit an, zu welcher die Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche stattgefunden hat, geltend machen. Im letzteren Falle erwirbt zwar der Gläubiger mit dem Eintrage der Ueberweisung alle mit der überwiesenen Forderung verbundenen Rechte, kann aber Befriedigung aus der verholtenen Hypothek im Prozeßwege erst dann erlangen, wenn die in §. 57 des Executionsgesetzes vorgeschriebene Verfügung dem Schuldner seines Schuldners behändigt worden ist, so daß das Klagrecht bis zu dem letzteren Zeitpunkte suspendirt ist, ohne daß dem Gläubiger die sonstigen mit der überwiesenen Forderung verbundenen Rechte entzogen sind. Zu diesen Rechten gehört aber namentlich, daß das Hülfrecht mit dem Moment der Eintragung dem hypothekarischen Schuldner und dritten Personen gegenüber Gültigkeit erlangt hat, und dem Gläubiger gleich einem Cessionar die in §. 22 und 23 des Gesetzes vom 6. November 1843 enthaltenen Vorschriften zu Gute kommen, sobald er in gutem Glauben das Hülfrecht erworben hat. Denn die entgegenstehenden Bestimmungen der §§. 57, 59 und 60 des Executionsgesetzes können nicht in Betracht gelangen, weil dieselben bei hypothekarischen Forderungen durch die angezogenen Vorschriften des späteren Gesetzes vom 6. November 1843, soweit das in demselben ausgesprochenene Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs die Geltendmachung von Einwendungen des hypothekarischen Schuldners gegen den Cessionar des Gläubigers ausschließt, außer Kraft gesetzt worden sind. Es ist daher nicht angemessen, wenn bei Hülfsvollstreckung in hypothekarische Forderungen in die an den Schuldner des Verurtheilten zu erlassende Auflage die in §. 57 gedachte Clausel: „wenn die Cession ihm nicht vor Behändigung der Auflage bekannt geworden“ aufgenommen wird, vielmehr wird die Auflage zweck-

mäßiger dahin zu fassen sein, daß der hypothekarische Schuldner bis auf weitere gerichtliche Anordnung vom Betrage seiner Schuld bei Vermeidung nochmaliger Erstattung an seinen Gläubiger, dessen Cessionar oder dem Bevollmächtigten, es wäre denn die Cession im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen, nichts auszahle oder abliefere, vielmehr diesen Schuldbetrag zc. beim Vollstreckungsgericht niederlege. Da jedoch eine bestimmte gesetzliche Vorschrift darüber, in welcher Weise die in §. 57 des Executionsgesetzes vorgeschriebene Auflage, soweit sie durch das spätere Hypothekengesetz modificirt worden, zu fassen sei, nicht existirt, so besteht dermalen die Bedeutung jener Auflage bei hypothekarischen Forderungen wesentlich nur darin, daß sie den hypothekarischen Schuldner verpflichtet, den Betrag der Schuld zur Verfallzeit beim Vollstreckungsgericht niederzulegen.

Hiernächst liegt ein rechtlicher Grund nicht vor, die Vorschriften in §. 22 und 23 des Hypothekengesetzes auf hypothekarische Forderungen, welche im Wege der Hülfsvollstreckung einem Gläubiger überwiesen worden sind, für unanwendbar zu erklären. Denn die im

W o c h e n b l a t t für merkwl. Rechtsf. Jahrg. 1858. S. 337 fg.

aufgestellten in höchster Instanz zum Theil verneinten Bedenken beziehen sich auf den vom vorliegenden abweichenden Fall, wo eine Hypothek durch Hülfsvollstreckung in das Immobile des Schuldners nach §. 40 des Hypothekengesetzes entstanden und hierauf die Hypothek vom Gläubiger einem Dritten cedirt worden war,

S i e g m a n n, das Grund- und Hypothekenrecht S. 101.

während es sich hier um die Hülfsvollstreckung in ein unter Zustimmung und Mitwirkung des Schuldners bestelltes Unterpfandsrecht handelt. Auch macht die vorige Instanz mit Recht aufmerksam, daß die Ueberweisung einer hypothekarischen Forderung im Hülfswwege in §. 75 der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844 einer eingetragenen freiwilligen Verpfändung, welche nach §. 86 des Gesetzes vom 6. November 1843 als eine eventuelle Abtretung zu betrachten ist, und bei welcher die in §. 22 und 23 desselben Gesetzes gedachten Wirkungen der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs unzweifelhaft eintreten, mindestens gleichgestellt worden ist.

5.

Der Fall, wo bei Anwesenheit mehrerer Personen im Subhastationstermine als angegebener Licitanten, nach Eröffnung der Licitations das von nur einem derselben gethane einzige Gebot nicht übersezt wird, ist nicht dem im §. 19 der Erl. Proz. Ordn. ad Tit. XXXIX. vorgesehenen gleichzustellen. — Repartition eines höheren Gesammtliciti auf mehrere Grundstücke nach Verhältniß der bei dem vorherigen Separatausgebote für solche erzielten Einzelgebote.

II. Sen. Erf. v. 5. Jan. 1865 no. 863/833 v. 1864.

Es ist im Subhastationstermine eine Mehrzahl von Personen anwesend gewesen, welche sich als Licitanten angegeben hatten. Nun ist zwar von diesen Personen bei der Ausbietung der betreffenden Grundstücke im Einzelnen nur eine einzige — und zwar der Appellant selbst — mit Einzelgeboten hervorgetreten, und es sind diese Gebote ungeachtet des jedesmal erfolgten vorschriftmäßigen Ausrufs die einzigen, welche gethan worden, geblieben, allein allerdings kann dieser Fall mit dem in der Erl. Proz. Ordn. ad Tit. XXXIX. §. 19 gedachten, bei welchem nach dem klaren Wortlaute vorausgesetzt erscheint, daß überhaupt nur ein einziger Licitant im Subhastationstermine sich eingefunden hat, nicht auf gleiche Linie gestellt werden. Im Gegentheile ist in einem Falle wie der vorliegende gar kein Grund zu einem Zweifel vorhanden, daß das gethane Gebot kein dem Werthe des Grundstücks entsprechendes, namentlich ein zu niedriges sei, weil die Annahme nahe genug liegt, daß außerdem die anwesenden übrigen Kauflustigen zu diesem Gebote nicht stillgeschwiegen, sondern solche bis zu der Höhe des gemeinen Verkaufswerthes übersezt haben würden. Wollte man diese Präsumtion nicht gelten lassen, so würde man das ganze Prinzip, worauf die öffentliche Versteigerung beruht, daß nämlich die Concurrenz von Kauflustigen die beste Garantie für die richtige Ermittlung des Verkaufswerthes einer Sache darbiete, negiren müssen. Eben deshalb ist auch der Einwand des Appellanten unzutreffend, daß es, wenn man das nur von einem Licitanten eröffnete Gebot für genügend ansehen wollte, in dessen Hand allein gegeben sei, den Preis zu machen, obwohl erfahrungsmäßig bei

Versteigerungen das erste Angebot immer nur ein niedriges sei, indem es im Interesse des Licitanten liege, möglich billig zu kaufen, dieser daher auch sich nicht selbst übersehen werde. Denn wo eine Mehrzahl von Licitanten concurrirt, da läßt sich eben nicht behaupten, daß die Preisbestimmung in der Hand desjenigen, der allein ein Gebot eröffnet hat, gelegen habe, weil jedem der andern anwesenden Kauflustigen die Gelegenheit und Füglichkeit gegeben gewesen, ebenfalls zu bieten und über das von dem einen oder andern gethane Gebot hinauszugehen, wenn dies aber nicht geschehen, vielmehr das einzige Gebot, welches eröffnet worden, unübersezt geblieben ist, nothwendig angenommen werden muß, daß die übrigen Kauflustigen dieses für bereits dergestalt den Werth der Sache erschöpfend erachten, daß sie es nicht in ihrem Interesse finden, diese für einen höheren Preis an sich zu bringen.

Diese Betrachtungen rechtfertigen zugleich den Grundsatz, daß das bei erfolgtem Gesammtausgebot mehrerer vorher im einzelnen ausgebotener Grundstücke erlangte höhere Licitum nach dem Verhältnisse auf die einzelnen Grundstücke zu repartiren sei, in welchem die Einzelgebote zu dem Gesammtgebote stehen. Eine Ermittlung des Werthes der einzelnen Grundstücke auf andere Weise, z. B. nach Verhältniß der bereits stattgefundenen Würdungen, der Zahl der Steuereinheiten oder der Größe des Areals, oder bezüglich durch anderweite sachverständige Begutachtung, erscheint bei den vielfältigen Rücksichten, welche auf den Werth von Grundstücken influiren, je nachdem sie im Einzelnen oder in ihrem Gesammtcomplexe auf den Besizer übergehen, viel schwankender und unzuverlässiger, und man hat daher von diesem Grundsatz, welchen das O. A. Ger. zeither befolgt hat, und welcher von den vorigen Instanzen im vorliegenden Falle zur Anwendung gebracht worden, abzugehen sich nicht veranlaßt finden können, um so weniger als gerade in concreto die Verhältnisse so gestattet sind, daß allerdings der Gesammtbesiz aller drei in Betracht kommender Grundstücke auf den Werth derselben von besonderem Einfluß, dagegen deren zweckmäßige Benutzung im Einzelnen sehr problematisch und schwierig erscheinen mochte.

6.

Zur Lehre vom Eidesantrag im gemischten Executivprozeß. — Anhang zur Erl. Proz. Ordn. §. 4.

II. Sen. Erf. v. 3. Jan. 1865. no. 898/826. v. 1864.

Daß auch im Executivprozeße der Eid über die Existenz der Bedingung angetragen werden kann, beruht auf gesetzlicher Vorschrift (Anhang der Erl. Proz. Ordn. §. 4). Insofern leidet es keinen Zweifel, wie auch vom Beklagten selbst nicht bestritten wird, daß bei Darlehnsforderungen, deren Fälligkeit von einer vorausgegangenen Kündigung bedingt ist, über die Thatsache der letztern der Gebrauch des Eidesantrags statthaft ist. Lediglich um diese einfache Thatsache aber handelt es sich, wenn der Gläubiger behauptet, daß die Kündigung von einer hierzu von ihm beauftragten dritten Person an den Schuldner bewirkt worden sei und es ist nicht abzusehen, weshalb in einem solchen Falle, wo die *existentia conditionis* zugleich mit auf der stattgefundenen Beauftragung zur Kündigung beruht, nicht auch über die Legitimation der Namens des Gläubigers die Kündigung bewirkenden Person der Eidesantrag im Executivprozeße zulässig sein sollte. Das vom Beklagten bezogene Präjudiz in den Annalen des OAG.'s Bd. 1. S. 185 paßt vorliegend offenbar nicht.

7.

Wirkung der Erledigung des Provocationsprozesses durch Compromiß auf Anstellung der Hauptklage.

II. Sen.-Erf. v. 3. Jan. 1865. no. 877/908 von 1864.

Nach Inhalt des Bl. 1 anzutreffenden Protokolls haben sich die Parteien zur Beendigung des von dem Provocanten anhängig gemachten Provocationsprozesses dahin vereinigt, daß Provocatin sich verpflichtete, die Hauptklage binnen 3 Wochen bei Vermeidung ewigen Stillschweigens dergestalt anzustellen, daß mit Ablauf der Frist auf dieselbe ausgefertigt werden könne. Nun theilt man zwar die schon von der ersten und zweiten Instanz befolgte Ansicht, daß dieser Vergleich nicht die Annahme rechtfertige, als habe durch denselben der angestellte Provocationsprozeß seine definitive Erledigung gefunden, wie denn auch in dieser Beziehung durch die vorigen Entscheidungen gegen die Provocatin bereits Rechtskraft vorliegt. Dagegen hat man der zweiten Instanz darin

nicht beitreten können, daß es nach Lage der Sache unthunlich gewesen sei, nunmehr, nachdem die von der Provocatin angestellte Hauptklage in der angebrachten Maasse abgewiesen worden, ohne Weiteres zur Abfassung eines Bescheids zu verschreiten und in diesem die Verurtheilung der Provocatin zur Anstellung anderweiter schlüssiger Hauptklage unter Androhung ewigen Stillschweigens für den Unterlassungsfall auszusprechen, daß vielmehr, damit der Provocatin vor allen Dingen annoch das volle rechtliche Gehör in Betreff der ihr gegen die Provocationsklage etwa zur Seite stehenden Einwendungen verstattet werde, zuvörderst die Erlassung einer zweiten peremptorischen Ladung zur Erklärung auf die Provocationsklage an die Provocatin sich nothwendig mache. Nach der erwähnten Vereinigung hatte sich die Provocatin, wie gedacht, anheischig gemacht, die Hauptklage binnen drei Wochen bei Vermeidung ewigen Stillschweigens anzustellen, und zwar hat sie, wie ausdrücklich bemerkt ist, diese Verpflichtung Behufs der Beendigung des Provocationsprozesses übernommen. Hiernach hat man aber davon auszugehen, daß es in der Absicht der Parteien gelegen habe, durch das angezogene Compromiß ihr Rechtsverhältniß gegenüber der von dem Provocanten behaupteten Berühmung endgültig festzustellen, und alle weiteren Streitigkeiten über die Provocationsklage selbst und die derselben zu Grunde liegende Diffamation abzuschneiden, daß vielmehr die Provocatin das Recht des Provocanten, sie wegen der von ihr nach Inhalt der Klagbeifuge unter A. durch ihren Bevollmächtigten bewirkten Berühmung auf Anstellung der Hauptklage in Anspruch nehmen zu können, eben so anerkannt, als stillschweigend zugegeben habe, daß Seiten des Adv. L. bei Abfassung der Klagbeifuge A. in ihrem Auftrage gehandelt worden sei. Es läßt sich auch zugleich nach Ansicht der jetzigen Instanz annehmen, daß Provocatin durch das erwähnte Compromiß dem gestellten Klagesuche in seinem ganzen Umfange sich unterworfen habe, und wenn sie zu Anstellung der Hauptklage binnen 3 wöchiger Frist ausdrücklich bei Vermeidung ewigen Stillschweigens sich anheischig gemacht hat, so hat man davon auszugehen, daß sie, da eben die von ihr anzustellende Hauptklage zur Beendigung des Provocationsprozesses dienen sollte, auch zugleich für den eingetretenen Fall, daß die Hauptklage in der angebrachten Maasse werde abgewiesen werden, die Verbindlichkeit zu Anstellung einer anderweiten und zwar schlüssigen Klage unter dem Präjudiz des ewigen Stillschwei-

gens übernommen habe. Hiernach aber bedurfte es nicht einer nochmaligen peremptorischen Vorladung der Provocatin, sondern es konnte der Letzteren, wie in dem Bescheide geschehen, die Einreichung einer anderweiten schlüssigen Klage unter Androhung des gedachten Präjudizes ohne Weiteres aufgegeben werden, und es war daher unter Abänderung des vorigen Urtheils der angezogene Bescheid wieder herzustellen.

8.

Zur Lehre von dem allgemeinen Veräußerungsverbot. Interlocut auf „Bescheinigung der Einreden“ in dritter Instanz*).

II. Sen.-Erf. v. 7. Febr. 1865 no. 916/911. v. 1864.

1. Zur Appellation des Klägers.

In Anschluß an die Gründe der vorigen Instanz hat man Nachstehendes zu bemerken:

Das in der Klage gedachte Veräußerungsverbot ist, wie auch aus der Klagbeifuge B. hervorgeht, an den Beklagten nicht für seine Person, sondern wegen seiner amtlichen Function als Director, mithin Vertreter des Steinkohlenbauvereins zu N., welcher nach § 16 seiner bestätigten Statuten die Eigenschaften und Rechte einer juristischen Person genießt, erlassen worden. Die juristische Person dieses Vereins ist also der Schuldner, welcher von diesem Verbote betroffen wurde. Hieraus folgt, daß wie auch der Kläger selbst nicht verkennet, die rechtliche Beurtheilung der Ansprüche, welche der Kläger wegen der nach Insinuation dieses Verbotes aus dem Vermögen des Vereins bestrittenen Zahlungen erhoben hat, eine wesentlich verschiedene sein muß, je nachdem die behauptete-

*) An den Steinkohlenbauverein zu N., eine bestätigte Actiengesellschaft, war unter dem 4. Juni 1863 auf Andrängen von Gläubigern ein allgemeines Veräußerungsgebot erlassen worden. Dem ungeachtet hatte der Beklagte, der damalige Director jenes Unternehmens Geldbeträge aus der Casse theils zur Deckung eigener Capital- und Zinsforderungen an den Verein, theils seines Gehaltes, theils zu anderen Ausgaben an Dritte verwendet. Nach eröffnetem Creditwesen zum Vermögen des Vereins condicirte der Gütervertreter, Kläger, diese Beträge vom Beklagten. Die Entscheidung war theils condemnatorisch, theils abweisend, theils auf Bescheinigung.

ten Zahlungen an dritte Personen, oder an den Beklagten selbst als Gläubiger des Vereins geleistet worden sind. In Bezug auf die Summen, welche der Beklagte selbst auf seine eignen Forderungen an den Verein entnommen hat, steht er jedem andern Gläubiger gleich, welchem nach Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbotes Zahlung, sei es nun von dem Schuldner selbst oder von einem Beauftragten desselben geleistet worden ist. Denn darauf, ob der Beklagte die zur Tilgung seiner Schuldforderungen nöthigen Summen von einer dritten Person aus der Casse des Vereins empfangen, oder selbige vermöge seiner Directorial-Function unmittelbar selbst erhoben hat, kann in Bezug auf die Frage, ob die auf diese oder jene Weise bewirkte Zahlung ohnerachtet des gedachten Verbotes gültig sei, Etwas nicht ankommen.

Der Anspruch auf Zurückstattung der von dem Beklagten selbst als Zahlung erhobenen Summen beruht nun ausschließlich auf der Vorstellung, daß dieselben eine verbotwidrige Alienation enthalten und deshalb ungültig seien, und die solchenfalls dem Kläger zustehende Klage stellt sich, wie bereits von der vorigen Instanz bemerkt worden ist, als eine Condictio dar, vermittelt deren das ohne Rechtsgrund in das Vermögen des Empfängers Gelangte zurückgefordert wird. Anders verhält es sich mit den Zahlungen, welche der Beklagte nach Empfang jenes allgemeinen Veräußerungsverbotes an andere Gläubiger des Vereins geleistet hat. Insoweit diese überhaupt als verbotwidrige und deshalb ungiltige Veräußerungen zu betrachten sind, würde dem Kläger das gleiche Recht der Condictio nur gegen die dritten Empfänger zugestanden haben. Ein diesfälliger Anspruch an den Beklagten, welcher die Zahlung aus der Casse und im Namen des Vereins geleistet hat, läßt sich ohne Dazwischenkunft anderer obligatorischer Momente, nur auf das zwischen der juristischen Person des Vereins auf der einen und dem Beklagten, als dessen statutenmäßiger Vertreter auf der anderen Seite bestehende Mandatsverhältniß gründen und aus dem Gesichtspunkte der *actio mandati directa* auffassen. Zur Begründung dieser Klage hätte die factisch motivirte Behauptung gehört, daß und in wiefern in Folge der von dem Beklagten, als Vertreter des Vereins, an dritte Personen, als Gläubiger des Letzteren geleisteten Zahlungen ein, wegen Fahrlässigkeit oder Arglist von dem Beklagten zu vertretender Schaden verursacht worden sei, denn für sich allein würde selbst durch die verbotswidrige Zah-

lung einer Schuld das Vermögen des Schuldners nicht in einer, dem Schuldner selbst nachtheiligen Weise vermindert worden sein. Wenn der Kläger gegen diese Ansicht wiederholt behauptet, daß durch den Erlaß und die Behändigung des allgemeinen Veräußerungsverbots das statutenmäßige Vertretungsverhältniß und Solutionsmandat des Beklagten gelöst, der Vertragswille, aus welchem diese Befugnisse hervorgegangen, durch den höher stehenden Willen des Gerichtes aufgehoben worden sei, so ist dies nicht richtig. Das allgemeine Veräußerungsverbot der Erl. Proz. Ordn. ad Tit. LI. ist an sich nur eine provisorische Sicherheitsmaaßregel; in dieser Eigenschaft hat es zwar den Zweck, den in Abfall der Vermögensverhältnisse gerathenen Schuldner in der Verfügung über sein Vermögen im Interesse der Gesamtgläubigerschaft zu beschränken, es wird aber durch den Erlaß desselben weder die rechtliche Individualität des Schuldners, noch dessen gesammte Handlungsfähigkeit aufgehoben, wie sich dies schon daraus ergibt, daß der Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbots doch immer eine Person voraussetzt, an welche dasselbe ergehen und von der es befolgt werden kann. Sowie also in dem Falle, wenn der Schuldner eine physische Person ist, die rechtlichen Beziehungen, in welchen derselbe zu anderen Personen steht, nicht ohne Weiteres wegfallen, so bleibt insbesondere auch bei einer juristischen Person die letztere als solche bestehen und, was damit in unzertrennbarem Zusammenhange steht, auch die Vertretung derselben, durch ihre statutenmäßigen physischen Organe dieselbe. Die Ansicht des Klägers, daß sich der Beklagte von der Behändigung des Verbots an als Organ des Gerichtes und der Gläubigerschaft zu betrachten gehabt habe, würde, wenn damit ein unmittelbares Verhältniß bezeichnet und nicht bloß angedeutet werden soll, daß der Schuldner weiß, in wessen Interesse er dem Verbote gemäß sich verhalten soll, der gesetzlichen Begründung entbehren. Ein Verhältniß dieser Art hätte nur durch Bestellung eines Sequester herbeigeführt werden können. So lange diese nicht erfolgte, kann nicht einmal angenommen werden, daß der Geschäftsbetrieb des Vereins in seinem ganzen Umfange durch den Erlaß des Verbotes habe sistirt werden sollen. Die Argumentation des Klägers, — welcher selbst in Ansehung der an dritte Personen geleisteten Zahlung auf den Gesichtspunkt der Mandatsklage eingeht, — der Beklagte habe bei der Eröffnung des formellen Concurßes die Cassenbestände, welche er in seinem Gewahrsam

oder unter seiner Aufsicht gehabt, abliefern, davon aber die nach dem 4. Juni 1863 geleisteten Zahlungen wegen deren Wichtigkeit nicht in Abrechnung bringen dürfen (wobei man beiläufig zu demselben thatsächlichen Resultate kommt, als wenn der Beklagte die verausgabten Posten ersetzen soll) leidet, abgesehen von der Frage, ob es nicht bei einem so construirten Anspruche zunächst einer Klage auf Rechnungsablegung über die Geschäftsverwaltung des Beklagten im Allgemeinen bedurft hätte, an dem Mangel und der Inconsequenz, daß dabei die Wichtigkeit eines verbotswidrigen Zahlungssactes den Empfängern gegenüber und das rechtliche Interesse, welches andere Vereinsgläubiger an der Innehaltung des Zahlungsverbotes hatten, mit dem Verhältnisse des Vereines zu dem Beklagten, als seinem Vertreter, und der Frage, ob dem Vereine ein Vermögensverlust durch die geleisteten Zahlungen erwachsen sei, vermischt worden ist. Aus diesen Gründen ist auf die Appellation des Klägers zu einer Abänderung des vorigen Erkenntnisses nicht zu gelangen gewesen.

2. Zur Appellation des Beklagten.

Die Bestimmungen der Erl. Proz. Ordn. ad Tit. LI. über die Wirkungen des allgemeinen Veräußerungsverbotes sind ziemlich dürftig und auch bisher durch spätere Gesetze nicht ergänzt worden. Seinem Wesen und Zwecke nach ist dasselbe, wie schon bemerkt, als eine provisorische Sicherheitsmaaßregel bei bevorstehendem Concurse zu betrachten, welche dazu dient, die künftige Concursmasse, insoweit dies ohne wirkliche Vermögensbeschlagnahme geschehen kann, sicher zu stellen und die Befriedigung einzelner Gläubiger vor den andern zu verhüten. Ein andauernder Zustand allgemeiner Dispositionsbeschränkung kann und soll durch dieses Verbot nicht herbeigeführt werden, es muß in nächster Zeit entweder in der Eröffnung des formellen Concurses aufgehen, oder wenn sich die Solvenz des Schuldners ergiebt, zurückgenommen werden.

Annalen, Bd. I. S. 180. Bd. II. S. 137.

Die Erl. Proz. Ordn. erwähnt nur das Verbot der Alienation und Verpfändung, nicht aber speciell und ausdrücklich das Verbot der Zahlung. Erwägt man aber, daß unter die Veräußerung im weiteren Sinne auch die Verwendung der vorhandenen Geldmittel zu diesem oder jenem Behufe gerechnet werden kann und den Zweck der ganzen Maaßregel, so läßt sich nicht bezweifeln, daß auch die Zahlung bestehender

Schulden als eine verbotswidrige Alienation im Sinne des Gesetzes erscheinen kann, zumal in dem Letzteren selbst die Statthaftigkeit einer durch den Richter zu gleichem Zwecke verfügten Execution verneint und als Ausnahme nur dem Wechselgläubiger die Verfolgung seiner Ansprüche (auf Zahlung) nach Wechselrecht gestattet wird. Gleichwohl läßt sich nach der Ansicht des OLG.'s nicht behaupten, daß das allgemeine Veräußerungsverbot jede eigene Verfügung und jedes unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Veräußerung fallende Rechtsgeschäft treffe. Wie gezeigt, wird durch den Erlaß desselben die bürgerliche Existenz und Individualität des Schuldners nicht aufgehoben. Er ist noch berechtigt, seinen Geschäftsbetrieb fortzusetzen; er muß jedenfalls für seinen und der Seinigen Unterhalt sorgen, also die für die Bestreitung der gewöhnlichen Bedürfnisse nöthigen Rechtsgeschäfte abschließen und erfüllen können. Auch dürfen im Sinne des Gesetzes und nach dem Zwecke des allgemeinen Veräußerungsverbots Ausgaben, welche den Bestand des Vermögens nicht vermindern, sondern vermehren oder erhalten, nicht als verbotswidrige Alienationen betrachtet werden. Es liegt insbesondere in der Natur der Sache, daß, wenn der Schuldner ein die juristische Persönlichkeit genießender Verein zu industriellen oder sonst erwerblichen Zwecken ist, die Existenz des letzteren thatsächlich vernichtet werden würde, wenn der gesammte Geschäftsbetrieb desselben mit der Behändigung des Veräußerungsverbotes aufhören müßte. Eine Verfügung von solcher Tragweite würde um so bedenklicher sein, als sich die Frage, ob der Verein insolvent und mit der Eröffnung des formellen Concurßes zu verfahren sei oder nicht, bei dem Erlasse des Verbotes in der Regel noch nicht mit voller Sicherheit übersehen läßt. Es kann aber auch andererseits den Organen des Vereins nicht angemessen werden, die zum Geschäftsbetriebe nöthigen Arbeitskräfte und Materialien zu beschaffen, und die Auszahlung der Löhne und Kosten dafür auf Grund des Veräußerungsverbotes zu verweigern. Hat sich also das competente Gericht nach Lage der Sache nicht veranlaßt finden können, sofort mit der Eröffnung des Concurßes oder vorläufiger Sequestrationsanlegung vorzugehen, so kann auch die Verfügung des allgemeinen Veräußerungsverbotes an und für sich allein nur in dem Sinne aufgefaßt werden, daß der Schuldner seinen Erwerbs- und Geschäftsbetrieb fortzusetzen, die hierzu nöthigen Ausgaben zu bestreiten und sich nur solcher Alienationen zu enthalten

hat, welche seinen Vermögensbestand mindern, ohne durch die Fortstellung des Geschäftes bedingt zu sein. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen hat man allerdings die Entnahme des Darlehnskapitales und der Zinsen, welche der Beklagte selbst als Gläubiger der Gesellschaft zu fordern hatte, als verbotswidrige Alienationen betrachten müssen. Die Behauptung, daß der Beklagte dergleichen Forderungsbeträge erhoben habe, ist in der Klage durch Bezugnahme auf die Klagbeifuge D., worin diese Zahlungen unterm 30. Juni u. 11. Juli 1863 speciell angeführt und gebucht worden sind, enthalten. Was der Beklagte seinerseits zur Rechtfertigung dieser Ausgaben angeführt hat, ist dazu nicht genügend. Das Darlehn der 900 Thlr. ist nach seiner Angabe Bl. sub 9 dem Vereine am 15. Januar 1863 baar gewährt worden. Es war also eine Vereinsschuld, welche beim Erlasse des Veräußerungsverbotes bereits bestand. Daß die dargeliehene Summe für den Verein gebraucht und verwendet worden ist, kann die Zurückzahlung derselben nach der Behändigung des Verbotes nicht rechtfertigen, weil jene Verwendung, wie Beklagter selbst anführt, nicht erst nach dem 4. Juni 1863, sondern schon früher erfolgt ist, und weil selbst die Zahlung einer an sich vollkommen begründeten Forderung als verbotswidrig erscheint, wenn nicht etwa die Letztere erst durch einen angemessenen Fortbetrieb der Geschäfte während dieses Verbotes entstanden ist. Durch die vollständige Berichtigung obiger Schuld aus der Vereinskasse ist also gerade geschehen, was durch das Verbot verhütet werden sollte, daß nämlich von den damals vorhandenen Gläubigern keiner vor dem andern befriedigt werden solle. Hinsichtlich der Bl. sub 5 und 7 gedachten Zinsen fehlt es zwar in dem Auszuge aus dem Hauptcassabuche sub D. an einer näheren Angabe der Kapitalforderungen, deren Zinsen bezahlt worden sind; allein die betreffenden Zahlungen sind daselbst als Zinszahlungen bezeichnet und der Beklagte, welcher den Inhalt jenes Auszugs zugestanden hat, ist als Empfänger derselben benannt worden. Es erscheint also die Annahme, daß damit eine Zinsschuld des Vereins an den Beklagten abgetragen worden sei, gerechtfertigt. Der Beklagte hat dies auch nicht bestritten, vielmehr selbst angeführt, es seien Zinsen von „Darlehnsforderungen an den Verein“ gewesen. Zu den Kosten des Fortbetriebes gehören diese Zinszahlungen offenbar nicht, und was der Beklagte „mit weiteren gerichtlichen Schritten, welche durch diese Zahlung von dem Vereine fern zu halten gewesen

seien“ zu seiner Rechtfertigung besagen will, läßt sich, da er selbst als Gläubiger der fraglichen Zinsen bezeichnet wird, nicht absehen. Hätte etwa Beklagter behaupten können, daß er die betreffenden Beträge nur aus der Cassé entnommen habe, um sie an dritte Personen auszuführen und daß letzteres auch geschehen sei, so hätt es in dieser Beziehung jedenfalls einer bestimmteren Angabe bedurft, weil ein Verhältniß dieser Art mit dem zugestandenen Inhalte des Hauptcassabuchs nicht übereinstimmt, welches, wie erwähnt, den Beklagten als Gläubiger nennt. Andere Rücksichten treten bei den sub 1, 2, 3 und 6 gedachten Posten ein. Was zunächst den auf die Monate April, Mai und Juni des Jahres 1863 entnommenen Gehalt betrifft, so treten in Ansehung des auf die Monate April und Mai kommenden Betrages von zusammen 50 Thln. dieselben Rücksichten ein, wie bezüglich anderer beim Erlaß des Veräußerungsverbotes vorhandener Schulden des Vereins. Die Berichtigung des auf den Monat Juni des genannten Jahres kommenden Betrages dagegen ist im Zweifel als eine durch den Fortbetrieb des Geschäftes bedingte Ausgabe zu betrachten, welche nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht ohne Weiteres als eine verbotswidrige Alienation betrachtet werden mag. Zur Motivirung der ad 1. 2. 6. gedachten Ausgabeposten hat sich der Beklagte darauf bezogen, daß dieselbe im Interesse des Vereins nöthig gewesen und beziehentlich durch Anordnungen des Gerichts veranlaßt worden seien. Die weitere Ausführung und die speciellere factische Begründung dieser Behauptung im Beweise hätte dem Beklagten nicht abgeschnitten werden können, wenn der Betrag aller dieser Posten die Summe einer causa ardua erreichte. Da nun der Beklagte nach Lage der Sache nicht voraussehen konnte, wie die Entscheidung ausfallen und, daß hinsichtlich einer nicht unbeträchtlichen Anzahl anderer Posten, bei welchen ähnliche Gründe von ihm geltend gemacht worden waren, die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden würde, so durfte es demselben nicht zum Präjudize gereichen, daß auf den im Verfahren angelegten Eid wegen Mangel specieller thatsächlicher Angaben nicht erkannt werden konnte. Das OLG. hat es daher zweckmäßig und unbedenklich gefunden, den in ähnlichen Fällen schon mehrmals benutzten Ausweg zu ergreifen, und dem Beklagten die Bescheinigung bis zu einem anderweiten Inrotulationstermine nachzulassen. Selbstverständlich kann sich derselbe dazu aller, an sich zulässiger Beweismittel bedienen.

Miscellen.

Nekrolog Carls von Salza und Lichtenau.

Carl von Salza und Lichtenau, am 19. Juni 1802 zu Wurzen geboren, widmete sich, nachdem er seine Gymnasialbildung auf dem Cadettenhaus zu Dresden erhalten, in den Jahren 1820 bis 1824 dem Rechtsstudium auf der Universität Leipzig. Durch das Auditorat bei dem vormaligen Oberhofgerichte in die Praxis eingeführt, bekundete er seine Befähigung zunächst durch sein: Handbuch des Polizeirechts, mit besonderer Berücksichtigung der im Königreiche Sachsen geltenden Polizeigesetze, Lpz. 1825. 2 Thle.

1826 wurde er zum Assessor bei der vormaligen Landesregierung und 1828 zum Referendar bei derselben ernannt. Als solcher veröffentlichte er 1829 in Martin's Jahrbüchern Bd. II. S. 63 fg. eine für die damaligen Verhältnisse werthvolle Abhandlung:

Ueber die bei den höchsten Behörden im Königreiche Sachsen beobachteten Grundsätze in Ansehung der über Frohndienste zwischen den Herrschaften und Unterthanen entstandenen Differenzen.

In die nächste Zeit fallen noch einige anonyme Brochuren politischen Inhalts.

Bei Auflösung der Landesregierung 1831 dem Landesjustizcollegium zugewiesen, trat er bei dessen Aufhebung 1835 als Rath in das neu errichtete Appellationsgericht zu Leipzig. Als solcher veröffentlichte er sein Werk:

Die Lehre von Familien-Stamm- und Geschlechtsfideicommissen nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts und mit Rücksicht auf die Abweichungen der einzelnen Particularrechte, Lpz. 1838.

und eine nicht in den Buchhandel gelangte historische Schrift:

Die edelen Herren von Salza.

auch mehrere Abhandlungen für die von von Wazdorf und Siebdrat herausgegebenen Jahrbücher für Sächsisches Strafrecht.

Vom 1. October 1843 an, zum Oberappellationsrath ernannt und dem obersten Gerichtshofe als Richter zugetheilt, hatte er seine Thätigkeit vornehmlich dem Criminalfache zu widmen. Eine specielle Branche in diesem wurde ihm nebenher durch seine Deputation zum Kriegsministerium, seit November 1843 und zum Oberkriegsgericht, seit October 1856, zugewiesen. Als Erzeugnisse seiner in den Musestunden geübten litterarischen Thätigkeit aus dieser Periode sind vornehmlich zwei Aufsätze für Weiske's Rechtslexicon über:

Familienfideicommiss

im IV. Bande S. 237—255 und über:

Gewohnheitsrecht

in demselben Bande S. 836—856, ferner ein historisches Werk:

Regesten des aus dem alten deutschen Herrenstande hervorgegangenen Geschlechts Salza, Lpz. 1853.

endlich mehre Abhandlungen in diesen Annalen, Bd. I. S. 495 fg., Bd. II. S. 482 fg. und Bd. IV. S. 49 fg. zu signalisiren.

Seit dem Jahre 1855 war er Ehrenritter des Preussischen Johanniterordens.

Nach dem Ausscheiden des Vicepräsidenten Dr. Thierbach im Frühjahr 1864 mit Besorgung der Directorialgeschäfte im Criminalsenate des Oberappellationsgerichts betraut, wurde er seinen Berufsarbeiten zunächst durch einen körperlichen Unfall auf einige Wochen entzogen. Er hatte die Geschäfte eben wieder mit gewohnter Rüstigkeit aufgenommen und von den von ihm am 9. Juni im Senate vorgetragenen Sachen noch am Morgen des 10. mehrere ausgearbeitet, als er am Nachmittage desselben Tages aus der Mitte um ihn in geschlossener Gesellschaft versammelter Freunde durch einen Hirnschlag in das Jenseits abgerufen wurde.

Zur Characteristik des Verewigten und seiner richterlichen wie litterarischen Thätigkeit mögen die Worte des Nachrufs dienen, welcher ihm am Grabe — auf dem alten Friedhose zu Neustadt-Dresden — der Präsident des Oberappellationsgerichts, Wirklicher Geheimer Rath, Dr. von Langenn, Exc., widmete:

„Ungeahnet und unerwartet hat der Richterkreis des Oberappellationsgerichts durch den urplötzlichen Heimgang eines Mitgliedes dieses Gerichtshofes wieder einen schweren Verlust erlitten. Keiner von uns hätte vor nur wenigen Tagen geglaubt, daß wir den Sarg umstehen würden, welcher die sterbliche Hülle des Mannes birgt, der mit uns nur noch jüngst, hergestellt von kurzem Unwohlsein, die Geschäfte des Rechtspruchs theilte: Auch heute erinnern wir uns innigst des ernst prächtigen alten Kirchengesanges „*media vita in morte sumus*“, mitten im Leben sind wir von dem Tode umfangen.“

„Carl von Salza und Lichtenau ward vom Herrn des Lebens und des Todes bei günstig reconvalescirender Körperkraft und bei nie geschwächter Geistesenergie plötzlich abgerufen zu einer verklärten Welt.“

„An den Namen von Salza knüpfen sich so historisch notorische Erinnerungen, daß wir wohl berechtigt wie verpflichtet sind, an dem Grabe eines edlen Mitgliedes dieses uralten Geschlechts der Bilder der Vorfahren zu gedenken. Jeder, der nur einigermaßen die Geschichte der Vorzeit kennt, jeder der nur einmal die Annalen des Mittelalters aufgeschlagen hat, der kennt auch den Namen derer von Salza. Weiter noch als auf die Zeit der Hohenstaufen reicht dieser Name. Die Salza haben unter der Eisenhaube ebenso wie unter der Mitra in Staat und Feld, und im Dienst der Kirche sich großen Namen erworben.

Herrmann von Salza, der Ordensmeister, ragt wie eine Eiche empor aus dem Geschichtswald des Mittelalters.“

„Auch unser verewigter Freund Carl von Salza war wohl anfänglich zum Waffendienste bestimmt; er wendete sich aber auf guter Grundlage den Studien zu und zwar dem Fache, in welchem bei dem Schwerdt auch die Waage liegt. Er hat mehrere wichtige richterliche Aemter bekleidet und zuletzt dasjenige eines Ober-Appellationsrathes.“

„Neben der Praxis war aber sein Geist der Wissenschaft zugethan, er zeichnete sich litterarisch mehrfach aus. Seine Schrift über das Polizeirecht, wenn auch jetzt durch Neugestaltung der Dinge nicht mehr allseitig anwendbar, wird immer litterar-historisch einen Platz behaupten; sein Werk über die Familien-Anwartschaften ist noch heute ein hochgeschätztes und vielfach als Autorität berufenes und kann niemals in der Litteratur vergessen werden; auch die Annalen des Ober-Appellationsgerichts hat er mit manchem werthvollem Aufsätze, mit manchem geistvoll ausgearbeiteten Urtheil geschmückt. — Auch der Geschichte blieb er hold. Was war natürlicher, als daß er sich zu den großen Jahrbüchern seiner Familie zuerst wendete; sein Werk: „die Regesten der Familie von Salza“ ist ein Beweis des größten Fleißes, des critischen Geistes, dieß konnte nur eine echte Begeisterung für die Sache schaffen.“

„Als Urtheilsverfasser war von Salza ein scharfsinniger Handhaber des Rechts, nichts nahm er leicht auf fremde Autorität an, niemals war er ohne stets fertige Unterscheidungskraft, die ihn aus den Wirrsaal des Thatsächlichen zusammenlegen ließ, was zusammen gehörte und trennen, was nicht zusammen gehörte. Fern von allem Pedantismus gedachte er stets des alten Grundsatzes: Leges scire non est verba tenere, sed vim et potestatem.“

„Seine Ansichten sagte er unbestochen, nicht die Meinung der Menge war ihm Norm, eben so unbestochen war seine Treue für das königliche Haus und für das Vaterland, ebenso für seine Freunde.“

„So lebe wohl lieber Amtsgenosse, ziehe in Frieden zum Frieden, den die Welt nicht geben kann.“

Personalbestand des Collegiums des Oberappellations-
gerichts am 1. November 1865. *)

Präsident:

Dr. Friedrich Albert von Langen n, wirklicher Geheimer Rath, Excellenz;
StR. — D., StGH. — Pr., CC. — B.

Vicepräsidenten:

Wilhelm Carl von Ammon.

Dr. Conrad Sichel, CC. — D.

*) Erklärung der Abkürzungen:

I. S. = erster Senat.

II. S. = zweiter Senat.

IIIa. S. = dritter Senat als Extrajudicialsenat.

IIIb. S. = dritter Senat als Leuterungssenat.

StR. = Staatsrath

StGH. = Staatsgerichtshof.

CC. = Competenzcommission.

IM. = Ministerium des Innern.

KM. = Kriegsministerium.

FM. = Finanzministerium.

CM. = Cultusministerium.

VG. = Vicariatsgericht.

OKG. = Oberkriegsgericht,

PC. = Prüfungscommission.

Pr. = Präsident.

B. = Vorsitzender.

StB. = Stellvertretender Vorsitzender.

St. = Stellvertreter.

O. = ordentliches Mitglied.

AO. = außerordentliches Mitglied.

Oberappellationsräthe:

- Dr. Christian Gustav Marschner, Geheimer Rath; mit legislativen Aufträgen betraut, CC. — D.
- Ernst Otto Schumann; I. S., provisorisch mit dem Voritze beauftragt, StGH. — D., JM. 1. D., JM. 4. D., CC. — St.
- Dr. Franz Paul Alfred Du Chesne; II. S., JM. 2. D., JM. 3. D., BG. 1. D.
- Gustav Friedrich Theodor von König, Geheimer Rath; III a. b. S., CM. 1. D., CC. — St.
- Karl Otto von Kyaw; I. S., RM. 1. D., DRG. — D.
- Dr. Karl Heinrich Heydenreich; II. III a. b. S.
- Adolph Carl Heinrich von Hartisch; I. S., RM. 2. D., DRG. — AD.
- Dr. Robert Gotthard Schröder; I. III a. b. S., JM. 3. D.
- Julius Freiherr von Friesen; I. III b. S., JM. 2. D.
- Bernhard Friedrich Gustav Bonath; II. S., JM. 1. D., BG. 2. D., PC.
- Georg Siegmann; II. III a. b. S., CM. 2. D.
- Dr. Karl Magnus Böschmann; II. S., CM. 3. D., PC.
- Dr. Herrmann August Sintenis; II. S., PC.
- Dr. Herrmann Römisch; II. III a. S.
- Alexander Ferdinand Immanuel Bechwell; II. S.
- Eduard Ferdinand Nosky; II. III b. S., PC.
- Kurt Heinrich von Criegern; I. III a. S., RM. 3. D., DRG. — AD.
- Paul Otto; I. S., DRG. — D.

Hülfsrath:

- Dr. Julius Wilhelm Winzer, Justizrath und Director des Bezirksgerichts zu Löbau; II. III b. S.

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

10.

Bei Anwendung von Art. 43 des StGB.'s ist zugleich die Vorschrift im Art. 47 Abs. 2 in Obacht zu nehmen.

Erk. vom 4. Sept. 1865 no. 959/881.

Das OLG. ging von diesem Satze in einem Falle aus, wo ein Dienstmann einen ihm zur Besorgung übergebenen Brief, in welchem er Werthpapiere vermuthet haben mochte, geöffnet und unterschlagen, nachher aber nur für ihn unbrauchbare Wechsel in solchem gefunden hatte. Man sagte, die Gewißheit, was in dem Briefe enthalten sei, habe der Angeklagte, da die Aufschrift des Briefes nichts hierüber besagt, vor dessen Oeffnung nicht, wohl aber habe er die Absicht haben können, dafern er ein brauchbares Werthpapier darin finden sollte, dasselbe zu behalten und für sich zu verwerthen. Damit sei aber die bestimmte Absicht auf Hervorbringung des Erfolgs der Verwerthung der Wechsel, von deren Vorhandensein er anfangs keine Gewißheit gehabt, und die er nachher für untauglich zu seinen Zwecken gefunden, nicht erwiesen; nach Lage der Sache sei nur erwiesen, daß ihm die Hoffnung, sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen, beigewohnt; es sei nur eine unbestimmte Absicht auf Hervorbringung dieses Erfolgs dargethan und dies schließe eine Verbindung von Art. 43 mit Art. 47 des StGB.'s aus.

11.

Bedrohung, auch zu den in Art. 181 und 282 des StGB.'s erwähnten Zwecken, setzt nothwendig voraus, daß der Drohende das in Aussicht gestellte Uebel selbst zufügen, oder wenigstens durch eignes Handeln herbeiführen könne.

Erk. vom 25. August 1865. no. 932/845.

Zu dem Verbrechen der Bedrohung ist nach dem Wortlaute des Art. 206 des StGB.'s erforderlich, daß mit widerrechtlichen Handlungen gedroht werde, und es ist daher ein nothwendiges Begriffsrequisit der Bedrohung im Sinne des gedachten Artikels, daß der Drohende das in Aussicht gestellte Uebel selbst zufügen oder wenigstens durch eignes Handeln herbeiführen kann. In gleicher Weise sind die Art. 181 und 282 des StGB.'s, insofern darin von Drohungen und Bedrohung mit Nachtheilen die Rede ist, auszulegen. Denn es muß, da das Strafgesetzbuch eine besondere Bestimmung über die Bedeutung der in den Art. 181 und 282 gebrauchten Worte: „Drohungen“ und „Bedrohung“ nicht gegeben hat, angenommen werden, daß für die Interpretation dieser Worte die im Art. 206 enthaltene Definition des Begriffes der Bedrohung maßgebend sei.

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so muß dem Bez. = Ger. B. in der Ansicht beigestimmt werden, daß in demjenigen, wessen J. K. von der verehel. B. beschuldigt wird, weder versuchte Erpressung, noch auch ein Versuch des im Art. 181 des StGB.'s aufgeführten Verbrechens erblickt werden könne. Die von K. nach den Angaben der B. dieser gegenüber geführten Reden gingen im Hauptwerke dahin, daß der B. nach ihrem körperlichen Zustande schwere Leiden, eine vorzeitige Niederkunft, ein Abgehen des Kindes in Stücken und der Tod bevorstehe, daß sie aber den Eintritt dieser Uebel abzuwenden vermöge, wenn sie die Mittel, die K. verordnen könne, sich durch Bezahlung verschaffen und solche anwenden, demnächst aber mit K. sich fleischlich einlassen würde. Hierin kann eine Seiten K.'s geschehene Bedrohung der B. mit solchen Nachtheilen, die Ersterer durch eignes Handeln hätte herbeiführen können, nicht erblickt werden.

Nach dem Dafürhalten des OAG.'s entspricht jedoch die R. beige-
messene Handlungsweise dem Begriffe eines anderen Verbrechens, näm-
lich der versuchten Verführung zur Unzucht, Art. 318 des StGB.'s.

12.

Die Inbrandsteckung eigener Gebäude aus Unbedachtsam-
keit unterliegt an sich nach Art. 220 und 210 des StGB.'s
einer criminalrechtlichen Ahndung nicht, insofern nicht
durch das entstandne Feuer eine andre Person oder
fremde Gebäude beschädiget wurden.

Erk. vom 28. Juni 1865. no. 668/625.

Durch das gerichtsamtlliche Erkenntniß ist thatsächlich festgestellt
worden, daß am 6. Februar d. J. in dem dem Angeschuldigten M.
eigenthümlich zugehörigen Wohnhause zu F. ein Schadenfeuer ausge-
brochen, daß insonderheit die im Parterre des Hauses gelegene Wohn-
stube ausgebrannt sei, und die Thür dieser Stube hell gebrannt habe,
nicht minder, daß die Entstehung des Feuers der Unbedachtsamkeit des
Hauseigenthümers zur Last falle. Es ist nun aber hierin von dem er-
kennenden Richter, welcher sich dabei auf die in der

Allgem. Gerichtszeitung Bd. VII. S. 113 fg.
vorgetragenen Gruudsätze bezieht, eine criminalrechtlich strafbare Hand-
lungsweise nicht befunden, M. vielmehr straffrei gesprochen worden,
und hiergegen hat der Staatsanwalt beim Bez.-Ger. zu C., unter um-
ständlicher Begründung seiner abweichenden Ansicht, Nichtigkeitsbe-
schwerde erhoben.

Das OAG. hat indessen der Entscheidung des Ger.-Amts zu F.
umsomehr beitreten, hiernach aber die eingewendete Nichtigkeitsbe-
schwerde verwerfen müssen, als dasselbe in gleicher Weise,

Annalen 2c. Bd. VI. S. 435 fg. und

Allgem. Gerichtszeitung Bd. VII. S. 219

bereits selbst erkannt, übrigens auch, nach dem Zeugnisse von

Krug, Ergänzungen zum Commentar 2c. Hft. 1 S. 29 fg.
das Justizministerium dieselbe Ansicht, auf eine Anfrage des Staats-
anwalts zu M., gebilligt hat.

Allerdings muß man den hiergegen gerichteten Ausführungen des Staatsanwalts zu C. darin beitreten, daß, eben so wie früher das CrGB. im Art. 182, so auch später das StGB. im Art. 220 sehr generell gefaßt, und, nach dieser Fassung, die Meinung mit einigem Scheine zu vertheidigen ist, daß in allen im Art. 171 bis 181 des CrGB.'s und in allen im 7. Capitel des zweiten Theils des StGB.'s aufgeführten Fällen, zu denen unzweifelhaft der der Inbrandsteckung eigener Gebäude gehört, wie diese Fälle auch immer sich gestalten möchten, eine Bestrafung der bloßen Unbedachtsamkeit gesetzlich zulässig und geboten sei. Wenn sich jedoch nachweisen läßt, daß dies nach den Festsetzungen des Art. 174 des CrGB.'s und des Art. 210 des StGB.'s eben nicht ausführbar sei, so muß man wohl, zu Erledigung des Widerspruchs, zu der Annahme gelangen, daß ein bloßes Versehen in der Fassung von Art. 182 des CrGB.'s und Art. 220 des StGB.'s, welches überdies zu des Angeschuldigten Ungunsten gereicht, zu Grunde liege.

Die hier berührte streitige Frage hatte nach den Bestimmungen des CrGB.'s nicht die gleiche Tragweite, als nach denen des StGB.'s. Das CrGB. erstreckte, im Anschlusse an die Ansichten der Rechtslehrer und die gemeinrechtliche Praxis,

Archiv des Crim.-Rechts, N. F., Jahrg. 1834, S. 477 und 512. die milderen Strafvorschriften bei Inbrandsteckung eigener Wohngebäude nicht auf den Fall, wenn dabei Gefahr für Personen oder fremde Gebäude vorhanden war; in Fällen dieser Art sollten, je nach Verhältniß der Umstände, die in dem Art. 171, 172 und 173 angedrohten Strafen eintreten. Es blieben sonach für die Anwendung der Strafen des Art. 174 nur die, eben nicht häufigen, Fälle übrig, wo Jemand ein ihm eigenthümlich zugehöriges Wohngebäude ohne Gefahr für Personen oder fremde Gebäude in rechtswidriger Absicht angezündet hatte, und wiesern also, bei bloßer Fahrlässigkeit, ein Fall dieser Art für straflos zu erklären war, konnte dies überhaupt nur selten sich zutragen.

Anderß verhält sich die Sache nach Art. 210 des StGB.'s, woselbst auf den Umstand, ob, wenn Jemand einen ihm eigenthümlich gehörigen Gegenstand der im Art. 208 gedachten Art in rechtswidriger Absicht in Brand steckt, Gefahr für Personen oder fremde Gebäude vorhanden ist, nur innerhalb des Strafmaafes Rücksicht genommen

wie denn auch, bei besonderer derartiger Gefahr, im Abs. 2 eine Steigerung der Strafe vorgeschrieben wird. Hier muß der Fall häufiger vorkommen, wo, unter den im Art. 220 gedachten Verhältnissen, eine Criminalstrafe nicht eintreten kann.

Eine solche kann aber um deswillen nicht eintreten, weil nach Art. 210 des StGB.'s — wie in beschränkterem Umfange schon nach Art. 174 des CrGB.'s — selbst die vorsätzliche Inbrandsteckung des eignen Hauses, vom Standpunkte der Criminal-Justiz aus, für straflos erklärt wird, wenn solche nicht in rechtswidriger Absicht*) geschieht, nun aber dieser Ausnahmefall, dessen Vorhandensein dem Verbrecher nachgewiesen werden muß, bei einer Inbrandsteckung eignen Gebäude aus bloßer Unbedachtsamkeit nothwendig wegfällt. Wenn der Verfasser der Deductionschrift die im Art. 210 des StGB.'s (wie im Art. 174 des CrGB.'s) gedachte rechtswidrige Absicht mit der Vorsätzlichkeit der Inbrandsteckung identificiren und hiernach behaupten will, es werde durch jene Worte mehr nicht, als der dolus im Allgemeinen ausgedrückt, an dessen Stelle bei den Fällen des Art. 220 des StGB.'s (Art. 182 des CrGB.'s) eben die culpa trete, so ist demselben hierin keineswegs beizupflichten. Man braucht sich, behufs der Widerlegung, nur auf die Deputationsberichte beider Kammern der Ständeversammlung zu beziehen, nach welchen aus Art. 212 des Entwurfs (Art. 208 des StGB.'s) das Wort „vorsätzlich“ beseitigt wurde, weil es sich nach Art. 48 von selbst verstehe und auch in den übrigen Artikeln dieses Capitels nicht beigefügt sei.

Krug, Commentar 2c. 2. Aufl. Note 1 zu Art. 208 des StGB.'s S. 98.

Wiefem hiernächst in der Deductionschrift der Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit, als auch bei der culposen Inbrandsteckung eignen Gebäude vorhanden, hervorgehoben wird, ist zu bemerken, daß eines Theils eine solche Gemeingefährlichkeit nicht allenthalben vorhanden ist, und daß solche andern Theils, nach der Fassung des StGB.'s, auf einen Fall der vorliegenden Art eben nicht entscheidend einwirkt. Abweichend von

*) vergl. Held und Siebdrat, das CrGB S. 250 und Krug, Commentar 2c. 2. Aufl. Abth. II, S. 105.

dem CrGBuche, ordnet das StGB. den Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit selbst bei doloser Inbrandsteckung des eignen Wohnhauses dem Vorhandensein einer rechtswidrigen Absicht unter; unmöglich könnte also darauf bei einem culposen Verbrechen dieser Art ein besonderes Gewicht gelegt werden.

So lange daher ein von dem Eigenthümer im eignen Hause durch Unbedachtsamkeit veranlaßtes Schadenfeuer eine andere Person oder ein benachbartes fremdes Gebäude zc. nicht wirklich beschädigt, so lange entzieht sich jene Unbedachtsamkeit, als eine Rechtsverletzung nicht herbeiführend, der criminalrechtlichen Ahndung, ob auch die Gefahr für andere Personen und fremdes Eigenthum die äußerste wäre. Culpose Brandstiftung nach Art. 220 des StGB.'s liegt dann erst vor, wenn durch die Inbrandsteckung des eignen Hauses zc. fremde Gebäude oder sonstige Brandstiftungsgegenstände in Brand gerathen sind; unter gleicher Voraussetzung kann, bei entsprechenden thatsächlichen Verhältnissen, culpose Tödtung, culpose Körperverletzung in Frage kommen.

Der von einer, zu vermeidenden, Inconsequenz entlehnte Gegengrund in der Deductionsschrift läuft auf den, den positiven Strafgesetzen, wie allen menschlichen Satzungen, zu machenden allgemeinen Vorwurf der Unvollkommenheit hinaus, wiewohl nämlich dem wirklich eingetretenen Erfolge ein zu großes Gewicht beigelegt werde. Dieser Vorwurf hat in gewisser Beziehung seine Berechtigung, indessen muß, nach den Grundsätzen einer richtigen Criminalpolitik, auf den wirklich eingetretenen Erfolg nun einmal ein entscheidendes Gewicht gelegt, und es kann eine, an sich noch so gefährliche Handlungsweise, ohne einen, die Rechte Dritter verletzenden Erfolg, dem Bereiche des culposen Verbrechens nicht zugewiesen, sie kann vielmehr nur etwa polizeilich geahndet werden. Zum rechtsverletzenden wird aber der Erfolg bei culposer Inbrandsteckung des eignen Hauses erst durch die erfolgte Beschädigung anderer Personen oder fremder Gebäude zc. nicht schon durch die Inbrandsteckung des eignen Hauses und die hierdurch für fremde Personen oder Sachen herbeigeführte bloße Gefahr selbst.

13.

Die wegen Vollendung der Brandstiftung im Art. 211 des StGB. enthaltene besondere Vorschrift ist für Brandstiftungen aus Unbedachtsamkeit (Art. 220 d. StGB.) nicht maßgebend.

Verordn. v. 11. Aug. 1865 no. 886/774.

Das BG. zu M. hat die Frage, ob der Art. 211 des StGB. auch auf culpose Brandstiftung Anwendung erleide, welche Frage schon von den beiden Commentatoren des StGB.'s Krug und Siebdrat,

Krug, Commentar, 2. Aufl. Abth. II, S. 112 zu Art. 220.

Siebdrat, StGB., S. 180, zu Art. 220 verneinend beantwortet worden ist, ebenfalls verneint.*) Aber auch das OAG. hat sich in einem früheren Falle,

Allg. Gerichtszeitung, Bd. VII, S. 277.

bereits im Allgemeinen dahin ausgesprochen, daß der Art. 211 des StGB. bei der Brandstiftung aus Unbedachtsamkeit nicht schlechthin entscheidend sei, und es hat dasselbe, auch nach nochmaliger Erwägung der Sache, sich nicht veranlaßt gefunden, von dieser seiner frühern Ansicht wieder abzugehen.

Daß der Art. 211 des StGB., für sich allein betrachtet, nur auf die vorsätzliche Brandstiftung zu beziehen ist, dagegen läßt sich, seiner Stellung im StGB. und seiner Wortfassung nach, nicht füglich ein Zweifel erheben, denn der unmittelbar vorhergehende Artikel handelt eben nur von diesem Verbrechen, während der nur aus Unbedachtsamkeit begangenen gemeingefährlichen Handlungen, zu denen die culpose Brandstiftung gehört, erst viel später im Art. 220 des StGB.'s Erwähnung geschieht; die im Art. 211 getroffene Bestimmung geht aber nur dahin, daß die im Art. 208 und 210 erwähnten Verbrechen auch schon unter den angegebenen Voraussetzungen für vollendet zu erachten sind, und die dabei gebrauchten Worte: „wenn der Gegenstand, welcher in Brand gesteckt werden sollte“ u. s. w. lassen es vollends unzweifelhaft erscheinen, daß bei Abfassung dieses Artikels nur an eine beabsichtigte Brandstiftung gedacht worden.

Es ist auch an keiner anderen Stelle des StGB.'s ausgesprochen

*) vergl. Allg. Gerichtszeitung Bd. IX S. 182 ff.

oder auch nur angedeutet worden, daß die Disposition des Art. 211 bei culposen Brandstiftungen ebenfalls Platz zu ergreifen habe, und was den zunächst und eigentlich allein noch in Frage kommenden Artikel 220 des StGB.'s insbesondere anlangt, so enthält dieser weiter gar nichts, als die ganz generelle Vorschrift, daß, wenn die im siebenten Capitel des StGB.'s angegebenen Verbrechen aus Unbedachtsamkeit verübt worden, die im Art. bestimmten Strafen eintreten sollen, ohne irgend eine Zurückweisung auf Art. 211 bezüglich der Brandstiftung. Eine Ausdehnung des zuletztgedachten Artikels auf die culpose Brandstiftung würde hiernach nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn man aussprechen könnte, daß Alles, was im StGB. über die Vollendung eines dolosen Verbrechens bestimmt worden, selbstverständlich auch dann Geltung haben müsse, wenn dieses Verbrechen aus Fahrlässigkeit begangen worden.

Kann man nun aber auch zugeben, daß sich das culpose Verbrechen von dem dolosen hauptsächlich nur durch den Mangel der verbrecherischen Absicht unterscheidet, daß der objective Thatbestand beider Arten von Verbrechen aber in der Regel derselbe ist, und daß mithin auch die Strafbarkeit einer unbedachtsamen Handlung in den im StGB. bezeichneten Fällen in der Regel durch denselben Erfolg begründet wird, durch dessen Eintritt das entsprechende vorsätzliche Verbrechen vollendet wird, so bildet doch ein solches völliges Zusammentreffen beider Gattungen von Verbrechen in ihrer äußeren Erscheinung eben nur die Regel und findet nur insoweit statt, als das dabei in Frage kommende vorsätzliche Verbrechen rücksichtlich seiner Vollendung lediglich nach den in dem Artikel 37 des StGB.'s verbunden mit Art. 46 aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen und daher erst dann als vollendet anzusehen ist, wenn der von dem Thäter beabsichtigte Erfolg eingetreten ist, wie dies z. B. bei der Tödtung und bei der Körperverletzung der Fall ist.

Nach den nurgedachten allgemeinen Grundsätzen würde nun aber das Verbrechen der vorsätzlichen Brandstiftung, wie solches im Art. 208 des StGB.'s seinem Begriffe nach näher festgestellt worden, erst dadurch zur Vollendung gelangen, wenn der Gegenstand des Verbrechens wirklich in Brand gesteckt worden und also in Brand gerathen ist, und dies läßt sich dem Sprachgebrauche nach unstreitig erst dann behaupten, wenn derselbe in heller Flamme gebrannt hat, wie denn auch in der That nach gemeinem Rechte das Ausflodern des Feuers ein nothwendiges Erforder-

niß der Consummation einer Brandstiftung ist. Hat der betreffende Gegenstand nur geglimmt und ist das Feuer gar nicht zum Ausbruche gekommen, so würde hiernach, und wenn die specielle Vorschrift des Art. 211 des StGB.'s nicht vorhanden wäre, nur der Versuch einer Brandstiftung vorliegen, und die im Art. 211 des StGB.'s enthaltene Bestimmung, nach welcher die vorsätzliche Brandstiftung auch dann schon für vollendet angesehen werden soll, wenn der Gegenstand, welcher in Brand gesteckt werden sollte, geglimmt hat, ist daher jedenfalls eine exceptionelle, durch welche die Strafe des vollendeten Verbrechens auch für einen Fall mit angedroht wird, in welchem außerdem, da der Thäter seine Absicht nicht vollständig erreicht hat, nach den obgedachten allgemeinen Principien nur ein strafbarer Versuch der Brandstiftung anzunehmen gewesen sein würde, und die auf die culpose Brandstiftung um so weniger ohne Weiteres ausgedehnt werden kann, als bei Verbrechen aus Unbedachtsamkeit, auf welche die Lehre vom Versuche, und von der Vollendung im Gegensatze zum Versuche, überhaupt keine Anwendung leidet, ein strafbarer Versuch gar nicht vorkommen kann, und die Existenz solcher Verbrechen nach dem, was bereits früher darüber bemerkt worden, erst dadurch begründet wird, daß durch Unbedachtsamkeit derjenige Erfolg herbeigeführt worden, den bei dem entsprechenden dolosen Verbrechen der Thäter beabsichtigt hat.

Gegen die Anwendbarkeit des Art. 211 des StGB.'s auf culpose Brandstiftungen läßt sich überdies auch noch anführen, daß es nach Art. 48 des StGB.'s zum Begriffe eines jeden culposen Verbrechens gehört, daß durch Unbedachtsamkeit eine Rechtsverletzung verursacht worden, während es nach der Bestimmung des Art. 211 des StGB.'s vorkommen kann, daß eine vorsätzliche Brandstiftung als vollendet anzusehen, ohne daß durch dieselbe irgend ein nennenswerther Schaden angerichtet worden, daß demnächst der Bestimmung im Art. 211 des StGB.'s ungeachtet selbst derjenige, welcher absichtlich irgend einen kleinen Bestandtheil des einen oder des andern der im Art. 208 des StGB.'s erwähnten Gegenstände zum Glimmen gebracht oder ein Loch hineingebrannt hat, doch immer nur dann wegen vorsätzlicher Brandstiftung würde bestraft werden können, wenn seine Absicht darauf gerichtet war, den Gegenstand selbst in Brand zu stecken, ja daß seine Handlung völlig straflos bleiben müsse, wenn er sie weder in dieser noch in einer anderen widerrechtlichen

Absicht vorgenommen und daß der gleiche, jedoch ohne alle Absicht und nur durch Unbedachtsamkeit herbeigeführte Erfolg doch nicht strenger beurtheilt werden kann, und daß endlich die Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmt haben, rücksichtlich der Vollendung einer absichtlichen Brandstiftung eine solche exceptionelle Bestimmung wie die im Art. 211 des StGB.'s enthaltene zu treffen, bei der culposen Brandstiftung offenbar nicht vorhanden sind.

Es liegt auch, da die bestehenden feuerpolizeilichen Vorschriften genugsame Anhalten zu Bestrafung des unvorsichtigen Gebahrens mit Feuer und Licht und geringfügiger dadurch begangener Beschädigungen bieten, nicht allein kein practisches Bedürfniß zu Ausdehnung des Art. 211 des StGB.'s auf culpose Brandstiftungen vor, sondern es würde eine solche sogar zu vielen Unzuträglichkeiten führen, wenn jedesmal, sobald nur in einem Gebäude irgend etwas, was als ein Theil desselben bezeichnet werden kann, geglimmt hat, und dieses Glimmen durch eine unbedachtsame Handlung verursacht worden, eine Criminaluntersuchung eingeleitet werden sollte.

Schließlich mag nur noch darauf hingewiesen werden, daß die Bestimmung des älteren sächsischen Rechts, nach welcher die vorsätzliche Brandstiftung schon dann für vollbracht gehalten werden sollte, wenn der Brandstoff angelegt und angezündet worden, selbstverständlich auf culpose Brandstiftungen nicht bezogen werden konnte, daß der Art. 177 des CrGB.'s aber an die Stelle dieser durch ihn aufgehobenen älteren, lediglich die vorsätzliche Brandstiftung betreffenden, Bestimmung getreten ist und daß, abgesehen davon, auch der Inhalt dieses Artikels selbst seiner Ausdehnung auf die culpose Brandstiftung insofern entgegensteht, als die Bestimmung, daß das Verbrechen der Brandstiftung schon dann für vollbracht zu achten sei, wenn der Brennstoff irgend einen Gegenstand ergriffen, der geeignet ist, das Feuer auf das eigentliche Object der Brandstiftung zu verbreiten, auf die Brandstiftung aus Fahrlässigkeit offenbar gar nicht angewendet werden kann und daß es daher auch schon deshalb und nach dem Gange, welchen die Gesetzgebung in dieser Beziehung genommen, bedenklich erscheinen muß, den Art. 211 des StGB.'s, der eben wieder nur an die Stelle des Art. 177 des StGB.'s getreten ist, weiter als den letzteren und auch auf die culpose Brandstiftung zu extendiren.

14.

Wiefern in der Veröffentlichung in einer Zeitschrift die im Art. 240 des StGB.'s erwähnte „beschimpfende Form“ zu befinden sei.

Erk. vom 16. August 1865 no. 795/798.

Der Angeklagte hat das angebliche Vorhandensein grober Uebelstände in der Behandlung der in der Erziehungsanstalt der K.'stiftung befindlichen Kinder, und zwar solcher Uebelstände, welche den Leitern dieser Stiftung wenigstens theilweise zuzurechnen und dieselben in der allgemeinen Achtung herabzusetzen geeignet sein würden, in einer Zeitschrift öffentlich ausgesprochen. Diese Veröffentlichung muß aber deshalb als eine beleidigende Form der Kundgebung (vgl. Art. 240 des StGB.'s) angesehen werden, weil dem Angeschuldigten unbenommen war, bei der betreffenden Behörde jene angeblichen Uebelstände anzuzeigen und auf Abhülfe anzutragen, ihm also der ordnungsmäßige Weg, auf Beseitigung der gedachten Uebelstände hinzuwirken, offen stand.

15.

Zur Erklärung des Ausdrucks „verschlossene Behältnisse“ im Art. 278 unter 1. b. des StGB.'s.

Entscheid. vom 20. Septbr. 1865. no. 933/941.

Der Angeklagte wurde bezüchtigt, er habe von einer Bude, welche auf dem Schießplatze stand, von drei Seiten verschlossen war und nur vorn einen Eingang hatte, an welchem der Verkäufer von Eß- und Trinkwaaren sich befand, ein Bret losgerissen und durch die damit bewirkte Deffnung einige Gegenstände aus der Bude entwendet. Das B. G. zu L. lehnte den vom Staatsanwalte gestellten Antrag auf unmittelbare Vorladung wegen Incompetenz ab, da es den solchergestalt ausgeführten Diebstahl, weil eine vorn offene Bude kein verschlossenes Behältniß sei, nicht für einen ausgezeichneten hielt; auf von dem Staatsanwalte eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde hob nun das OA-Gericht den bezirksgerichtlichen Beschluß auf, und bemerkte, zu Begründung dieser Entscheidung: Nun bewirkt aber in Fällen, in welchen die Erbrechung das Mittel zur Ausführung des Diebstahls gewesen ist, ohne daß etwas darauf

ankommt, ob der Dieb den Diebstahl auch ohne Erbrechung ausführen konnte, die erfolgte Erbrechung die auszeichnende Qualität des Diebstahls. Der Umstand, daß das Behältniß an einer Stelle einen Zugang hatte, gleichviel ob diesen der Dieb kannte oder nicht, und er solchen im ersteren Falle aus irgend einem Grunde nicht wählte, macht keinen Unterschied, denn es genügt, daß der Dieb, um die Ausführung des Diebstahls zu erreichen, an einer Stelle eingedrungen ist, an welcher er ohne gewaltsame Beseitigung des Verschlussmittels nicht eindringen konnte.

Krug, Commentar zu dem StGB. 2. Aufl. Art. 278. Anm. 4.

Schwarze, Das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls. S. 79.

Das OAG. erachtet daher den in Rede stehenden Diebstahl, wie er angezeigt worden, als einen ausgezeichneten, im Sinne von Art. 278 des StGB.'s.

16.

Zu Art. 287 des StGB.'s.

Erl. v. 7. August 1865 no. 793/756.

Das OAG. hat sich dahin ausgesprochen, daß, wenn Jemand einem Andern Sachen zum Verkaufe in Commission gegeben hat, ohne Unterschied der Fälle anzunehmen sei, daß der Commissionär durch Verbrauch des aus dem Verkaufe der ihm übergebenen Sachen gewonnenen Erlöses eine Unterschlagung (Art. 287 des StGB.'s) nicht begehe, da aus der Natur des Commissionsvertrags folge, daß der Commissionär hinsichtlich des durch Verkauf der Commissionswaare erlangten Gelds nur zu Gewährung des tantundem civilrechtlich verpflichtet sei. Dagegen leiden auf die Verpfändung in Commission erhaltner Sachen Seiten des Commissionärs die im Erl. Gesetze vom 25. Septb. 1861 unter no. VI aufgestellten Grundsätze Anwendung.

17.

Die widerrechtliche Ansichnahme fremden, in einem Verstecke auf eignem Grunde und Boden aufgefundenen Holzes ist weder als Unterschlagung nach Art. 289 unter 3. des

StGB.'s, noch als Forstdiebstahl zu betrachten, sondern als gemeiner Diebstahl nach Art. 276 des StGB.'s zu ahnden.

Erk. v. 9. August 1865 no. 742/768.

Der angefochtne Bescheid hat ausgesprochen, daß, angenommen selbst, es sei die Behauptung des Angeschuldigten, er habe das von ihm aus seiner Waldung abgefahrene Stock- und Scheitholz nicht aus der fiscalischen Waldung entwendet, sondern auf seinem eignen Grund und Boden, in einem Dickicht versteckt, aufgefunden, begründet, in dieser Handlungsweise nicht, wie der Angeschuldigte verlangte, eine Fundunterschlagung nach Art. 291 des StGB.'s zu befinden sei, weil das in Rede stehende Holz als verloren nicht angesehen werden könne. Dies ist richtig und es bekämpft auch der Angeschuldigte gerade diesen Ausspruch gegenwärtig nicht, erkennt vielmehr die Richtigkeit desselben ausdrücklich an, will aber seine Handlungsweise nur als eine unter Art. 289 sub 3 des StGB.'s fallende Unterschlagung angesehen wissen, indem er behauptet, daß er in Folge dessen, daß der Dieb des Holzes dasselbe auf seinem, des Angeklagten, Grundstücke versteckt habe, in dessen Innehabung gelangt sei, die Aneignung dieses Holzes sich also als Unterschlagung kennzeichne. Das ist aber unrichtig. Denn hatte der Dieb oder überhaupt ein Dritter dieses Holz dort abgelegt und versteckt, so befand sich dieser wenn auch nur in dem factischen Besitze und der Innehabung des Holzes insofern, als er den ihm zugängigen Lagerort kannte, mithin darüber zu verfügen und darauf einzuwirken thatsächlich im Stande war. Aber auch die etwaige Annahme einer Mit-Innehabung des fraglichen Holzes Seiten des Angeklagten ist auf keine Weise begründet. Es kann zwar zugegeben werden, daß der Besitzer eines Zimmers, eines Hauses oder eines sonst abgeschlossenen Raumes sich als Inhaber der etwa darin befindlichen fremden Gegenstände ansehen dürfe, auch wenn er nicht weiß, auf welche Art sie dahin gelangt sind, weil hier die Beschaffenheit des Ortes unzweideutig auf eine Gewähr und eine Innehabung dessen hinweist, dem diese Räume gehören, allein das kann, abgesehen von ganz besonderen Umständen, die, etwa auf räumlichen oder persönlichen Verhältnissen beruhend, eine andere Auffassung gestatten möchten, nicht in gleicher Weise von offenen Feldern, Wiesen, Gehölzen &c. gelten, die für jedermann zugänglich sind und schon von selbst die Vermuthung nicht zulassen, daß der Eigenthümer derselben auch als Inhaber aller zeitweilig

auf denselben sich befindenden verlorenen oder sonst niedergelegten fremden Gegenstände zu betrachten sei.

Wohl aber stellt sich der Bescheid um deswillen als nichtig dar, weil in dem darin thatsächlich für wahr angenommenen Falle, daß der Angeschuldigte jene von ihm nach Hause gefahrenen Quantitäten Holz nicht aus dem fiscalischen Forstreviere, wo es geschlagen worden war, sondern aus einem in seiner eigenen Holzung vorhandenen Verstecke entwendet hatte, nicht mehr eine nach den Bestimmungen des Forst- u. Strafgesetzes zu beurtheilende Holzentwendung aus fremder Waldung, sondern lediglich ein gemeiner Diebstahl indicirt war, bei dessen Bestrafung die Vorschriften des StGB.'s zur Richtschnur zu dienen hatten, nicht aber, wie in dem Bescheide geschehen, das Forststrafgesetz, so daß nicht die im Art. 1 desselben geordnete Strasscala zur Anwendung kommen konnte, nicht die im Art. 5 ebendasselbst aufgestellten Erschwerungsgründe berücksichtigt werden durften, endlich nicht die nach Art. 18 dess. Gesetzes vorgeschriebene Zusammenrechnung der wegen mehrerer zusammenfassenden Vergehen einzeln erkannten Strafen stattzufinden hatte, vielmehr hierunter allenthalben nur Art. 276 und 78 des StGB.'s zur Richtschnur zu nehmen war.

18.

Ersatzleistung, ob solche nach Art. 296 oder nach Art. 298 des StGB.'s zu beurtheilen?

Erk. v. 17. Juli 1865. no. 652/692.

Wenn das BG. darin, daß F. einige Zeit nach der zum zweiten Male bewirkten Entnehmung von etwas über 80 Thlr. aus der Sch.'schen Cassé in letztere 60 Thlr. einlegte, nicht einen nach Art. 296, sondern nur einen nach Art. 298 des StGB. zu beurtheilenden Ersatz gefunden hat, so ist ihm hierin von dem OAG. beizutreten gewesen. F. legte die erwähnten 60 Thaler deshalb in die Sch.'sche Cassé ein, weil er dem damals von Sch. brieflich an ihn gestellten Verlangen nach Geldübersendung, in Folge der durch jene zweite Unterschlagung herbeigeführten Erschöpfung der Sch.'schen Cassé, nicht ohne Verstärkung der letzteren genügen konnte, gleichwohl aber sich bewußt war, daß gedachte Unterschlagung, dafern er nicht eine namhafte Summe Geld an Sch. einsenden würde, entdeckt werden müßte. Wenn aber, wie hiernach bei F.

der Fall war, der Urheber eines Eigenthumsverbrechens, als er Ersatz leistete, wußte, daß nach Gestaltung der Umstände seine Entdeckung nothwendig eintreten müsse, dafern er nicht ersehe, so läßt sich keineswegs behaupten, daß er zur Zeit der Ersatzleistung sich noch nicht für entdeckt gehalten habe. Denn es war ihm bewußt, daß der Stand der Verhältnisse nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge seine Entdeckung nothwendig bedinge, wenn er auch zugleich sich sagte, daß er den wirklichen Eintritt der Entdeckung noch durch Ergreifung einer besonderen Maaßregel nämlich durch schleunige Ersatzleistung, abwenden könne.

19.

Versuch des Falschmünzens, Art. 323 des StGB.

Erk. v. 9. August 1865. no. 711/762.

Das OAG. hat ausgesprochen, daß die Anschaffung eines zur Anfertigung von falschem Papiergelde erforderlichen Musters der im Art. 323 des StGB.'s erwähnten Anschaffung von Werkzeugen zum Zwecke des Falschmünzens völlig gleichstehe.

20.

Entwendung von Preiselbeerkräutig; wiefern hierauf das Forststrafgesetz, oder Art. 276 ff. des StGB.'s anwendbar sei.

Erk. vom 16. August 1865. no. 669/797.

Die thatsächliche Feststellung, auf welcher sowohl die Entscheidung erster Instanz, als auch das jetzt mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtene Erkenntniß beruhet, gehet, soweit sie gegenwärtig in Frage kommt, dahin:

Daß C. W. H. am 17. Novbr. 1864 in Gemeinschaft mit zwei anderen Personen aus fisciäler Waldung, Rabensteiner Revier, drei Körbe Preiselbeerkräutig im Werthe von 15 Ngr. ohne Erlaubniß, in der Absicht der Aneignung, zum Zwecke der Anfertigung von Kränzen Behufs des Verkaufs, geholt und entwendet und zur Fortschaffung sich eines mit einem Hunde bespannten Handwagens bedient hat.

Auf diese Handlungsweise sind in beiden Instanzen die Strafbestimmungen des Gesetzes, die Forst-, Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle betr. vom 11. August 1855 angewendet worden, jedoch mit dem Unter-

schiede, daß der Angeschuldigte durch den Bescheid einer Entwendung von Streu, durch das Erkenntniß Bl. aber einer Entwendung von Sträuchern schuldig befunden worden ist.

Für die Annahme, daß die fragliche Entwendung als Entwendung von Streu unter Art. 1 des Gesetzes vom 11. August 1855 falle, läßt sich geltend machen, daß in dem angezogenen Artikel ausdrücklich von Streu irgend einer Art die Rede ist und daß allerdings in den Fällen, wo die Waldstreu nicht bloß durch Zusammenrechen, sondern durch das im 4. Artikel des angezogenen Gesetzes ausdrücklich erwähnte Abkrägen gewonnen wird, auch das im Walde wachsende Kraut der Heidel- und Preiselbeeren dieser Maaßregel unterliegt und als Streu zur Verwendung kommt.

Hieraus folgt aber immer nur, daß unter gewissen Voraussetzungen das Kräutig der Preiselbeeren unter den Begriff der Streu irgend einer Art fallen kann, und es hat bedenklich erscheinen müssen, im gegenwärtigen Falle, wo das fragliche Kräutig in anderer, als der oben angegebenen Weise, auch gar nicht zum Behufe der Verwendung als Streu, vom Waldboden getrennt worden ist, anzunehmen, daß der Angeschuldigte einer Entwendung von Streu sich schuldig gemacht habe.

Dieses Bedenken hat auch die zweite Instanz getheilt, es ist aber von ihr dem Angeschuldigten eine Entwendung von Sträuchern deshalb beigemessen worden, weil, wie schon Bl. bemerkt und in dem anher erstatteten Berichte weiter ausgeführt ist, die Preiselbeergewächse nach den Grundsätzen der Botanik zu den holzartigen Halbsträuchern gehören.

So wenig an der Richtigkeit des letzteren, durch Bezugnahme auf botanische Autoritäten belegten Ausspruches gezweifelt werden mag, so würde es doch immer schon bedenklich fallen, dergleichen Halbsträucher den Sträuchern und Gebüschern gleichzustellen, von welchen im Art. 1 des Forststrafgesetzes die Rede ist.

Hauptsächlich aber stehet der Ansicht des Bezirksgerichts der Umstand entgegen, daß in dem angezogenen Artikel der Holzentwendung an einzeln stehenden Bäumen, Sträuchern oder Gebüschern im Gegensatze zu der Entwendung von Holz aus Waldungen oder Gehölzen, Erwähnung geschieht, die Strafandrohung in einem wie in dem anderen Falle gegen die Entwendung von Holz gerichtet ist, dem Holze aber das Kräutig der Waldbeeren jedenfalls nicht beigezählt werden kann.

Eben so wie hiernach keinem von den für die Anwendung des angezogenen Gesetzes bereits geltend gemachten Gründen hat beigetreten werden können, ist man nun zugleich zu der Ueberzeugung gelangt, daß keine der anderen im Art. 1 und 2 dieses Gesetzes enthaltenen Bezeichnungen der Objecte eines Forstdiebstahls auf den vorliegenden Fall paßt. Ist aber auch hiernach das angefochtene Erkenntniß wegen unrichtiger Gesetzesanwendung als nichtig aufzuheben gewesen, so hat doch diese Entscheidung zu einer gleichzeitigen Straffreisprechung keinesweges führen können, da nach den thatsächlichen Feststellungen, nach denen namentlich der Gegenstand der Entwendung einen Schätzungswerth gehabt hat, nunmehr die Anwendung der allgemeinen Strafbestimmungen in Art. 272. 276 und 277 des StGB.'s in Frage kommen muß.

Zur Strafprozeßordnung.

6.

Ueber Einwendung eines Rechtsmittels durch einen Bevollmächtigten, zu Art. 90 Abs. 1 der StPD. und no. XXIII Abs. 4 des Erl. Ges. v. 25. Sept. 1861.

Verordnung vom 7. August 65. no. 860/752.

Nach Art. 90 Abs. 1 der StPD. und no. XXIII Abs. 4 des Erl. Gesetzes vom 25. Septbr. 1861 ist es zwar zulässig, daß ein Einspruch innerhalb der Zehntagsfrist nicht persönlich von dem Anbringer, sondern von einem Bevollmächtigten eingewendet werde, und daß Letzterer den diesfalls erhaltenen Auftrag erst nach Ablauf der gedachten Frist bebringe. Von selbst versteht es sich aber, daß ein Einspruch, welcher von einem angeblich Bevollmächtigten tempestiv eingewendet wird, nur dann rechtlich wirksam ist, wenn letzterer zu Einwendung dieses Rechtsmittels vor Abfluß der Zehntagsfrist Auftrag erhalten hat. Denn ist dies nicht der Fall, so kann davon, daß innerhalb der Einwendungsfrist Einspruch durch einen Bevollmächtigten angebracht worden

sei, überhaupt nicht die Rede sein, und zwar auch dann nicht, wenn Derjenige, für welchen von einem Anderen remedirt worden ist, solches nach Ablauf der Zehntagsfrist genehmigt hat.

7.

Die im Art. 283 Abs. 1 der StPD. enthaltene Vorschrift ist auf Einzelrichter=Untersuchungen nicht anwendbar.

Erk. v. 11. August 1865. no. 778/782.

Wenn gegen das Verfahren in erster Instanz ausgestellt wird, daß der erfolgten Vereidung des Zeugen P. S. R. die in Art. 283 der StPD. vorgeschriebene Befragung des Angeklagten und des Staatsanwalts nicht vorausgegangen sei, so ist darauf zu verweisen, daß die angezogene Gesetzesvorschrift ausschließlich auf das Verfahren bei der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht sich beziehet, während für die Führung der Untersuchung vor dem Einzelrichter Art. 361 der StPD. maßgebend ist, welcher es dem Ermessen des Richters überläßt, wieweit er für die Entscheidung eine Vereidung der Zeugen für nöthig erachtet.

8.

Bei Abfassung eines Nachtragserkenntnisses (Art. 421 der StPD.) ist das erkennende Gericht auch bezüglich der Anwendung von Art. 299 des StGB.'s an die Beurtheilung in den einzelnen Erkenntnissen gebunden.

Erk. vom 25. August 1865. no. 167/141.

Die Art und Weise, wie die vor. Instanz die beiden Erkenntnisse in dem Nachtragserkenntnisse verschmolzen hat, verstößt gegen das Gesetz. Es ist dabei die Bestimmung in Art. 421 der StPD. außer Acht gelassen, bezüglich mißverstanden worden, daß das Gericht die von dem Angeklagten nach Art. 78 fg. des StGB.'s verwirkte Gesamtstrafe zu bestimmen hat, und dabei an die rechtliche Beurtheilung, welche die Verbrechen in den einzelnen Erkenntnissen gefunden haben, gebunden ist. In dem einen Erkenntnisse war die härtere Bestimmung im Art. 299 des StGB.'s angewendet worden, in dem andern nicht. Die vorige Instanz war bei Abfassung des Nachtragserkenntnisses hieran gebunden und nicht berechtigt, diese härtere Bestimmung, wie offenbar geschehen, auch auf einen Theil des anderen Erkenntnisses anzuwenden.

Eherecht.

1.

Eheannullation wegen Syphilis. — B.G.B. § 1595.

II. Sen.-Erl. vom 24. Febr. 1865. no. 463/507 v. 1864.

Da über die Natur derjenigen Krankheit, an welcher Beklagter vor Eingehung der Ehe mit der Klägerin gelitten hat und jetzt noch leidet, die Angaben der Parteien keinen genügenden Aufschluß geben, so hat das OLG. für nöthig erachtet, daß vor Abfassung eines Erkenntnisses zweiter Instanz, dem von der Klägerin in der Eheannullationsklage gestellten Antrage entsprechend, Beklagter durch den verpflichteten Gerichtsarzt explorirt werde. Inhalts des gerichtsarztlichen Gutachtens ist Beklagter nicht nur im Jahre 1860 vor Eingehung der Ehe mit der Klägerin mit echter Syphilis und zwar mit einer secundären Form derselben behaftet gewesen, sondern ist auch jetzt noch mit einer secundär-syphilitischen Mundaffection behaftet, sowie auch der Hautausschlag, an welchem derselbe leidet, als syphilitischen Ursprungs zu betrachten ist, in dessen Folge die Klägerin bei Fortsetzung der Ehe mit Beklagtem von Seiten des Letzteren Ansteckung und auf diese Weise Nachtheil für ihre Gesundheit zu befürchten hat, wobei der Gerichtsarzt versichert, daß die nurgedachte Krankheit des Beklagten, die „pustulöse Syphilide“, obwohl sie ziemlich hartnäckig zu sein pflege, die Möglichkeit einer Heilung nicht ausschliesse.

An und für sich giebt die venerische Krankheit, an welcher der eine Ehegatte ohne Wissen des andern Theils vor Eingehung der Ehe gelitten hat, einen Annulationsgrund ab, da die gedachte Krankheit, selbst wenn sie geheilt worden sein sollte, von dem etwa zurückgebliebenen Krankheitsstoff nachtheilige Folgen für den anderen Ehegatten und die zu erzeugenden Kinder befürchten läßt.

Weber, Sächs. Kirchenrecht, Th. II. S. 1231. ed. 1.

Im vorliegenden Falle aber erscheint der Antrag der Klägerin auf Nichtigklärung der mit Beklagtem eingegangenen Ehe um so begründeter, als zufolge des ärztlichen Gutachtens Beklagter nicht nur früher an echter Syphilis gelitten hat, sondern auch jetzt in Folge derselben noch an einer ansteckenden secundär syphilitischen Mundaffection und einem Haut-

auschlage syphilitischen Ursprungs leidet, und Beklagter eingeräumt hat, daß er vor der Ehe an der Syphilis erkrankt sei, und hiervon die Klägerin vor der Berehelichung nicht in Kenntniß gesetzt habe.

Die vorige Instanz hat zwar das von der Klägerin behauptete Uebel des Beklagten für einen genügenden Annulationsgrund erachtet, jedoch das auf Nichtigspredung der Ehe gerichtete Suchen der Klägerin in der angebrachten Maasse aus dem Grunde zurückgewiesen, weil die Klägerin eingeräumt habe, daß sie noch in dem letzten Jahre und nachdem sie bereits von dem gedachten körperlichen Uebel ihres Ehemannes und der daraus für sie drohenden Gefahr in der von ihr angegebenen Weise Kenntniß erlangt gehabt, mit demselben den Beischlaf ausgeübt habe.

Der von der Klägerin geltend gemachte Nichtigkeitsgrund fällt unter die Kategorie des Irrthums über wesentliche Eigenschaften des andern Ehegatten, welche bei Eingehung der Ehe als nothwendig vorausgesetzt und daher stillschweigend verlangt werden. Nun verzichtet zwar der Ehegatte, welcher nach entdecktem Irrthume den Beischlaf mit dem andern Ehegatten vollzieht, auf das Recht, wegen des ihm verheimlichten Uebels die Aufhebung der Ehe zu verlangen. Soll jedoch ein solcher stillschweigender Verzicht auf das Klagrecht angenommen werden, so muß constatirt sein, daß die Klägerin zur Zeit der Ausübung des Beischlafs von der Natur des Uebels des Ehemannes und dem Umfang, in welchem sie durch dessen Verheimlichung bei Eingehung der Ehe getäuscht worden sei, Kenntniß gehabt habe. Wenn sie daher bei Vollziehung des Beischlafs in dem Glauben gestanden hat, daß ihr Ehemann mit einem leichteren Uebel behaftet gewesen, und erst später erfährt, daß ihr Ehemann an einer weit gefährlicheren ansteckenden und nicht geheilten Krankheit gelitten habe und noch leide, so kann man aus der bloßen Duldung des Beischlafs die Schlussfolgerung, daß die Klägerin auf den Irrthum, in welchen sie durch die Verschweigung dieses gefährlicheren Uebels versetzt worden ist, habe verzichten wollen oder stillschweigend verzichtet habe, nicht ableiten. Aus den Auslassungen aber, welche Klägerin in dem Vorbeschied abgegeben hat, geht nach der Ansicht des OAG. nicht hervor, daß sie zu der Zeit, zu welcher sie den Beischlaf mit Beklagtem vollzogen, Wissenschaft von dem in dem ärztlichen Gutachten beschriebenen gefährlichen und ansteckenden Grade der Krankheit, an

welcher ihr Ehemann vor der Verheirathung gelitten hat und jetzt noch leidet, gehabt habe. Denn eine solche Wissenschaft konnte sie aus dem Geständnisse Beklagten, daß er vor der Verheirathung ein Mal syphilitisch erkrankt sei, nicht entnehmen, da Beklagter Bl. bestritten hat, daß seine jetzige Krankheit syphilitischen Ursprungs und eine Folge der älteren Krankheit sei.

Ferner besteht das Uebel, welches sich bei Beklagtem nach der Verheirathung gezeigt hat, in einem chronisch auftretenden Hautausschlage. Aus dem letzteren allein läßt sich jedoch nach dem ärztlichen Gutachten die Krankheit des Beklagten so schwer beurtheilen, daß es dem Gerichtsarzt erst nach dreimaliger zu verschiedenen Zeiten wiederholter Exploration und nach den angestellten Erörterungen über die Beschaffenheit der früheren Krankheit gelungen ist, den gefährlichen Charakter des Uebels zu erkennen. Endlich ist die Klägerin von dem Arzte auf die ihr durch den Umgang mit Beklagtem drohende Gefahr in ungenügender Weise aufmerksam gemacht worden, indem der gedachte Arzt nach der Angabe Bl. sich gegen die Klägerin nur dahin ausgelassen hat, daß das Uebel Beklagten nicht sofort, wohl aber mit der Zeit ansteckend wirken könne. Nach Vorstehendem hat daher die Klägerin zur Zeit der Ausübung des Beischlafs mit Beklagtem zwar gewußt, daß er vor der Verheirathung mit ihr an der Syphilis gelitten habe, und auch jetzt noch an einem anscheinend von einer venerischen Krankheit herrührenden Hautausschlage leide, welcher mit der Zeit anstecken könne, dagegen hat Klägerin von der Gefährlichkeit der frühern und jetzigen Krankheit Beklagten und dem Zusammenhange, in welchem beide zu einander stehen, irgend eine zuverlässige Kunde nicht erhalten.

Aus diesen Gründen ist auf Annullation der zwischen den Parteien bestehenden Ehe erkannt worden.

2.

Eheannullation wegen relativer Impotenz zc. —

BGB. §. 1595.

II. Sen.-Erf. vom 20. März 1865. no. 534/570.

Durch die auf den wiederholten Antrag der Klägerin angeordnete gerichtsarztliche Exploration beider Theile ist nach Ausweis des gutachtlichen Berichts constatirt worden, daß der Beklagte sowohl an relativer

Impotenz leide, als mit dem Unvermögen, den Harn zu halten, behaftet und daß eine Heilung dieser Uebel nicht zu hoffen sei. Eben so ist die Entstehung der gedachten Zustände auf eine im zehnten Lebensjahre des Beklagten eingetretene Krankheit desselben, als Ursache, zurückgeführt und es kann nach dem a. a. O. hierüber Ausgeführten nicht, wie Bl. geschehen, bezweifelt werden, daß die Bl. sub c. aufgestellte Frage bejahend beantwortet, mithin das Vorhandensein der in Rede stehenden Uebel schon vor Eingehung der Ehe der Parteien bestätigt worden ist.

Die gegen die Beachtung dieser gutachtlichen Aussprüche erhobenen Einwendungen sind unerheblich.

Wenn der Aussteller des gedachten Gutachtens in dem letzteren die eigenen Angaben des Beklagten über seinen körperlichen Zustand mit berücksichtigt hat, so folgt daraus noch keineswegs, daß der von ihm bezugte Befund lediglich auf die Letzteren und nicht vielmehr auf das Ergebnis der vorausgegangenen Exploration gestützt sei, mit deren Wahrnehmungen jene Angaben im Wesentlichen übereinstimmend befunden worden sind. Ebendeshalb trifft der Einwand Bl., daß aus den Herauslassungen des Beklagten mehr gefolgert werde, als darin liege, schon an sich nicht zu. Daß irgend eine der thatsächlichen Unterlagen des Gutachtens unrichtig sei, hat Beklagter selbst zu behaupten nicht vermocht und da das Gutachten ausführlich und in einer Weise motivirt ist, welche zu Bedenken gegen die Richtigkeit desselben, soweit dergleichen, abgesehen vom fachwissenschaftlichen Standpunkte, für die richterliche Beurtheilung in Betracht kommen könnten, keinen Anlaß giebt, so ist auch folgerichtig die Entscheidung darauf zu basiren.

Bietet nun aber die im Verhältniß zur Klägerin bestehende Unfähigkeit des Beklagten zum Beischlase sowohl, als dessen Harnleiden, wenn sie unheilbar und schon vor Eingehung der Ehe vorhanden gewesen sind, zumal unter Berücksichtigung der nachtheiligen Einwirkungen des letztgedachten Leidens auf den Trieb zur Geschlechtsvereinigung, nicht weniger als auf die Gesundheit der Klägerin, nach den auch im bürgerlichen Gesetzbuche § 1595 angenommenen Grundsätzen des Eherechts einen Grund zur Annullirung der Ehe dar, so war auch in Abänderung des erstinstanzlichen Erkenntnisses den Beschwerden der Klägerin entsprechend auf Letztere zu erkennen.

3.

Eheannullation wegen übelriechenden Athems.
BGB. § 1595.

II. Sen.-Erf. vom 10. März 1865. no. 86/70.

Man kann von der Frage, ob für Beurtheilung der Sache das ältere Recht oder das des bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend sei, jedenfalls zunächst absehen, weil in Betreff des vorliegenden Falles eine wesentliche Differenz zwischen jenem und diesem nicht obwaltet.

Wie nämlich der Mangel des Sühneversuchs allein einen Grund zu Nichtberücksichtigung des von dem Kläger zu Rechtfertigung seiner Weigerung dem Bl. gestellten Anverlangen der Ehefrau Genüge zu leisten, im Termine vorgebrachten Annullationsantrags nicht abgeben mag, da es sich doch insoweit nur um einen Formmangel handelt, welcher jeder Zeit erledigt und auf dessen Erledigung nach der Natur des Eheprozesses unbedenklich interloquirt werden kann, dieß auch im concreten Falle um so gewisser angemessen erscheint, als dadurch das Nebeneinandergehen des Zwangsverfahrens und der Annullationsklage vermieden wird, so kann auch der von der vorigen Instanz berührte Umstand, daß der Ehemann erklärt, „er könne nicht behaupten, daß das Uebel seiner Frau ein unheilbares sei“ zu einer Abweisung der Annullationsklage nicht ohne Weiteres führen, da, zumal eine Exploration der Ehefrau noch nicht stattgefunden hat, Kläger zwar die objective Erscheinung, hinsichtlich deren eine Aenderung nicht ohne Weiteres zu vermuthen ist, anführen, über den Satz aber, daß dieses Uebel unheilbar sei, wie er Bl. ganz richtig bemerkt, als Laie ein Urtheil nicht haben kann. Einer näheren Erörterung der Frage übrigens, wie es sich mit der Beweislast in Betreff der Frage der Heilbarkeit oder Unheilbarkeit verhalte, bedarf es zur Zeit nicht, da durch das ärztliche Gutachten im Zweifel diese Frage Erledigung findet.

Die eventuelle Cognition über das Ergebniß war der ersten Instanz zuzuweisen, weil solche sich in materieller Hinsicht über den jetzt in den Vordergrund getretenen Annullationsgrund des Mannes noch nicht ausgesprochen hat.

4.

Ehescheidung wegen Ehebruchs in unzurechnungsfähigem Zustande unzulässig. — Geisteskrankheit. —

BGB. §§ 1714. 1743.

II. Sen.-Erf. vom 23. März 1865 no. 78/105.

Weil eine Rechtsverletzung um als widerrechtlich vom Standpunkte des Thäters betrachtet werden zu können, bei dem Thäter Freiheit des Willens und Verstandes voraussetzt, demzufolge aber, wie auch §. 1714 des BGB.'s anerkennt, es für einen Ehebruch nicht zu achten ist, wenn ein Ehegatte in einem unzurechnungsfähigen Zustande den Beischlaf mit einem Dritten vollzogen, nun aber selbst, wenn das gerichtsarztliche Zeugniß in seinem letzten Theile einem Zweifel darüber Raum geben könnte, ob sein Verfasser mit voller Bestimmtheit behaupten wollen, daß Beklagten's Curandin, wenn sie zwischen dem 31. December 1863 und dem 16. März 1864 mit einem andern Manne als dem Kläger sich fleischlich eingelassen, sie dieß im Zustande voller Unzurechnungsfähigkeit gethan habe, doch die Vermuthung für den freien Willensgebrauch und also der Zurechnungsfähigkeit einer Person gegenüber nicht Platz ergreifen kann, die vor und kurz nach der in Frage gestellten Handlung erwiesener Maßen im geisteskranken Zustande sich befunden, deshalb aber der vom Kläger der Beklagten beigemessene Ehebruch mit Recht als ausreichender Grund zu der beantragten Ehetrennung nicht erachtet worden ist, was aber den aus der Geisteskrankheit der Ehefrau entlehnten Scheidungsgrund anlangt, zur Rechtfertigung der Klageabweisung die Hinweisung auf § 1743 des BGB.'s genügt; so wird das Bl. anzutreffende Erkenntniß andurch bestätigt.

5.

Ehescheidung wegen versuchten Ehebruchs ist unzulässig. — BGB. §. 1715; Publ. Verordn. dazu §. 27. — Benutzung des Straferkenntnisses wegen versuchten Ehebruchs, bei dem Beweise des consummirten.

II. Sen.-Erf. vom 4. Mai 1865 no. 221/201.

Ehescheidungen unterscheiden sich von den das Vermögen betreffenden Rechtsinstituten wesentlich dadurch, daß die gesetzlichen Vorschriften über Ehescheidungen auf der sittlichen Natur der Ehe beruhen, also einen

streng positiven Charakter an sich tragen. Hieraus folgt, daß bei Anwendung der Gesetze in Betreff der Ehescheidungen weder die Zeit der Eingehung der Ehe, noch die Zeit, zu welcher die als Scheidungsgrund geltend gemachte Thatsache vorgefallen ist, sondern lediglich die Zeit des eingeleiteten Scheidungsprocesses maassgebend ist.

Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. VIII, §. 379. S. 337. §. 396, S. 494 fg. §. 399. S. 524 fg.

Dieser Grundsatz hat im §. 27 der Verordnung vom 2. Januar 1863, die Publication des bürgerl. Gesetzbuchs betreffend, in Sachsen gesetzliche Sanction erlangt, da Inhalts desselben die Vorschriften des bürgerl. Gesetzbuchs über die Scheidung der Ehe von dem Zeitpunkte an, mit welchem das Gesetzbuch in Kraft getreten ist, auch in Beziehung auf schon vorher geschlossene Ehen in Kraft getreten sind.

Zweifelhaft ist nach gemeinem Rechte die Frage, ob für Anwendung des neuen Gesetzes, welchem rückwirkende Kraft beizulegen ist, während des schwebenden Rechtsstreites die Zeit der Einreichung der Klage oder der Abfassung des Erkenntnisses maassgebend ist.

Savigny a. a. O. Bd. VIII, S. 495 und 510 fg.
Diese Controverse ist jedoch durch den zweiten Abschnitt des angezogenen §. 27 der Publicationsverordnung zum bürgerl. Gesetzbuche, welcher bestimmt:

Insbesondere kann eine solche (schon vorher geschlossene) Ehe aus einem Grunde, welcher nach dem bisherigen Rechte gegolten hat, in dem Gesetzbuche aber nicht anerkannt worden ist, nach jenem Zeitpunkte nicht weiter geschieden werden, zu Ungunsten des Klägers, welcher verlangt, daß das ältere zur Zeit der Abfassung und Einreichung der Klage — am 28. December 1864 und 11. Januar 1865 — bestandene Recht zur Anwendung gelange, entschieden worden.

Mit Recht ist daher von voriger Instanz mit Hinblick darauf, daß Beklagte in der wider sie eingeleiteten Criminaluntersuchung nicht wegen vollendeten, sondern nur wegen versuchten Ehebruchs in zweiter Instanz mit Strafe belegt worden ist, wegen des Versuchs des Ehebruchs aber nach Maassgabe der Bestimmung des §. 1715 des bereits zur Zeit der Abfassung des Erkenntnisses erster Instanz in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuchs, Ehescheidung nicht gefordert werden kann, auf Beweis

des behaupteten Ehebruchs erkannt worden. In diesem Beweise ist dem Kläger unbenommen, auf die Thatsachen, welche von ihm in der Criminaluntersuchung vorgebracht worden sind, zurückzukommen und die Behauptung, daß der Beklagten ein vollendeter Ehebruch zur Last falle, factisch näher zu begründen und in Gewißheit zu setzen. Auch kann mit Rücksicht darauf, daß das Ergebnis des Strafverfahrens dem Eheproceß nicht unbedingt präjudicirt, erst im Enderkenntnisse die Frage beantwortet werden, ob die Bl. angeführten Thatsachen, wenn sie in Wahrheit beruhen, einen so hohen Grad der Wahrscheinlichkeit eines wirklich vollzogenen Ehebruchs begründen, daß die Auflegung eines Legaleides gerechtfertigt sein dürfte.

6.

Erledigung der Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs durch die Einrede der Compensation. —

BGB. §. 1722 fg.

II. Sen = Erf. vom 13. Juni 1865. no. 201/166.

In dem vorigen Erkenntnisse ist Klägers Suchen hauptsächlich um deswillen in der angebrachten Maasse abgewiesen worden, weil nach dem sowohl von der Beklagten, als von dem Kläger abgelegten Geständnisse, Ehebruch begangen zu haben, in Ansehung dieser beiderseitigen Vergehungen Compensation Platz zu ergreifen habe. Kläger hat nun auch in der Deduction seiner gegen jenes Erkenntniß eingewandten Appellation zugegeben, daß bezüglich des von der Beklagten vor 8 Jahren mit einem Soldaten getriebenen Ehebruchs und des gleichen Fehltritts, dessen er sich im Jahre 1859 schuldig gemacht, Compensation stattfinde und die beiderseitigen älteren Vergehungen nicht weiter in Betracht kommen können; er glaubt jedoch, daß sein Antrag auf Ehetrennung noch in Folge des von der Beklagten eingeräumten neueren Treubruchs derselben mit dem Maurer M. für begründet zu achten sei. Dieser Ansicht war jedoch nicht beizutreten. Das Mandat vom 30. December 1822 bestimmt im allgemeinen in §. 1, daß ein Ehegatte, welcher auf Grund eines Ehebruchs auf Scheidung klagt, mit seinem Suchen zurückgewiesen werden solle, wenn er eines von ihm gleichfalls verübten Ehebruchs in den Acten geständig oder überführt sei und es ist hiernach bei der deshalb eintretenden Compensation darauf kein Absehen zu richten, ob auf der

einen Seite mehrere Ehebruchsfälle als auf der anderen vorliegen, und wie sich die Vergehungen beider Theile der Zeitfolge nach zu einander verhalten. Eben so wenig kann aber in dieser Beziehung nach der Vorschrift in §. 1722, verbunden mit §. 1725 und 1726 des inmittelst in Wirksamkeit getretenen bürgerl. Gesetzbuchs ein Zweifel bestehen. Zu Folge der deutlichen Bestimmung in §. 1722 sollen, wenn beide Ehegatten Ehebruch begangen, die beiderseitigen Vergehungen gegeneinander aufgerechnet werden und zwar nach §. 1726 ohne Rücksicht darauf, ob zu der Zeit, wo die Aufrechnung in Frage kommt, der eine Ehegatte die Ehe öfter gebrochen hat, als der andere; wie denn bei dieser Aufrechnung besage §. 1725 auch ein verjährter Ehebruch beachtet werden kann. Dies vorausgesetzt, ergiebt sich aber für den vorliegenden Fall, daß die beiden Vergehungen der Beklagten und der von dem Kläger begangene Ehebruch gegeneinander in Aufrechnung zu bringen sind und daher der neuere Treubruch der Beklagten zu dem von dem Kläger gestellten Scheidungsantrage keinen ausreichenden Grund abzugeben geeignet ist.

Das vorige Urtheil war demgemäß, sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten, lediglich zu bestätigen.

7.

Einjährige Verweigerung der ehelichen Pflicht berechtigt nicht, ohne vorgängiges Zwangsverfahren, Ehescheidung zu verlangen. — §. 1731. BGB.

II. Sen.-Erf. vom 7. Sept. 1865. no. 511/465. *)

Allerdings kann nach §. 1731 des BGB.'s ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn der andere wenigstens ein Jahr lang die Leistung der ehelichen Pflicht ohne ausreichenden Grund beharrlich verweigert hat. Allein Klägerin befindet sich in so fern in einem wesentlichen Irrthum, als sie von der Ansicht ausgeht, daß nunmehr in Fällen der fraglichen Art es des gesetzlichen Zwangsverfahrens nicht weiter bedürfe, sondern, auch ohne daß ein solches vorausgegangen und erfolglos geblieben, die Ehetrennung auszusprechen sei. Dieses Zwangsverfahren

*) Nach denselben Grundsätzen erkannte das OAG. unter dem 25. Aug. 1865 no. 509/433 und unter dem 19. Septbr. d. J. no. 506/501.

beruht auf processualen Vorschriften, welche durch die angezogene Disposition des BGB.'s nicht aufgehoben sind und nicht haben aufgehoben werden sollen, wie dies auch in den speciellen Motiven zu §. 1764 des Entw. des BGB.'s S. 866 ausdrücklich ausgesprochen worden ist.

Siebenhaar, Comment. zum BGB. Bd. III, S. 89. Will also Klägerin auf Grund der gedachten gesetzlichen Bestimmungen geschieden sein, so wird sie vor Allem die Einleitung des Zwangsverfahrens wider den Beklagten zu beantragen haben, und erst wenn dieses ohne Erfolg geblieben ist, wird es zur Ehescheidung kommen können.

§. 1731 des BGB.'s geordneten einjährigen Frist bei der Scheidungsklage wegen böslcher Verlassung. — §. 1745. BGB.

II. Sen.-Erf. vom 9. Juni 1865. no. 274/293.

Nachdem in Folge des unterm 9. Juni 1864 vom Kläger beantragten Zwangsverfahrens die sämtlichen gesetzlich vorgeschriebenen Zwangsmaafregeln gegen Beklagte vollstreckt worden waren, stand dem Kläger bei Stellung des Antrags auf Anberaumung anderweiten Vorbeschieds am 4. Febr. 1865, nach dem damals geltigen Rechte unbezweifelt ein Anspruch auf Trennung der Ehe mit der der Ehefortstellung sich weigernden Beklagten zu, und bei zeitiger Anberaumung des gebeten Vorbeschieds würde es der Beantwortung der Frage nicht bedurft haben, ob der bis zur Abhaltung des Vorbeschieds erfolgte Eintritt der Geltung des Rechts des bürgerl. Gesetzbuchs §. 1731 einen abändernden Einfluß auf bereits erworbene Rechte ausüben könne. Allein selbst wenn man den vorliegenden Fall lediglich nach dem Rechte des bürgerl. Gesetzbuchs betrachtet, ergiebt sich kein Bedenken, dem klägerischen Antrag auf Ehetrennung zu deferiren. Nach §. 1731 kann ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn der andere seit wenigstens einem Jahre ihn böslcher Weise verlassen, also ohne einen in den Rechten als ausreichend anerkannten Grund das eheliche Zusammenleben verweigert hat. Eine solche rechtswidrige Weigerung des ehelichen Zusammenlebens trat aber Seiten der Beklagten von dem Tage an ein, an welchem die ihr durch das Erkenntniß Bl. für Sonderung vom Tisch und Bett vom 23.

Juli 1863 an vergönnte sechsmonatige Frist ihre Endschafft erreicht hatte, mithin am 23. Januar 1864. Wollte man aber mit Rücksicht auf das in Siebenhaar's Commentar Bd. III, S. 89 Bemerkte, wozu jedoch im vorliegenden Falle, wo über den Anfangspunkt der bösslichen Verlassung ein Zweifel nicht obwalten kann, ein ausreichender Grund nicht vorliegt, den Beginn der in §. 1731 erwähnten Jahresfrist erst von dem Zeitpunkte an rechnen, wo der unschuldige Theil auf gerichtliches Einschreiten angetragen hat, so muß in dem unterm 28. Januar 1864 zu den Acten überreichten Antrage auf Abfassung eines compulsorischen Erkenntnisses der von Siebenhaar eventuell erforderte Antrag auf gerichtliches Einschreiten erblickt werden, und auch von diesem Zeitpunkte an gerechnet, würde zur Zeit der Publication des Erkenntnisses am 13. März 1865 die einjährige Frist vorlängst verstrichen gewesen sein.

Könnte aber endlich, wie die vorige Instanz es gethan hat, die §. 1731 erwähnte Jahresfrist erst vom 11. Juni 1864 an gerechnet werden, so läuft auch diese noch vor dem Tage der Publication gegenwärtigen Erkenntnisses zu Ende, ohne daß eine Nachricht darüber, daß Beklagte ihre noch im Vorbeschied erklärte Verweigerung der Rückkehr zum Kläger aufgegeben hätte, zu den Acten gekommen ist, und es würde daher, selbst wenn man die vorige Entscheidung als an sich richtig anerkennen könnte, wenigstens nunmehr der Ausspruch auf Ehetrennung nicht versagt werden dürfen.

Der Vorschrift des bürgerl. Gesetzbuchs §. 1745, sowie dem bisherigen Rechte entspricht es, daß nur dem Kläger als unschuldigem Theile anderweite Verhehlchung nachgelassen worden.

9.

Ehescheidung wegen Mißhandlungen. — §. 1736 des BGB. — Eintritt der Wirksamkeit des neuen Rechts. — Publ. Verordn. §. 27.

II. Sen.-Erf. vom 2. März 1865. no. 14/40.

Da wegen solcher Mißhandlungen, welche, ohne lebensgefährlich zu sein, nur die Gesundheit des gemißhandelten Ehegatten gefährden, nach §. 1736 des zufolge §. 27 der Publicationsverordnung vom 2.

Januar 1863 insoweit auch jetzt schon zur Anwendung gelangenden bürgerl. Gesetzbuchs nicht ohne Weiteres, sondern nur dann, wenn sie, nachdem aus demselben Grunde wenigstens einmal Trennung der Ehegatten von Tisch und Bette Statt gefunden hat, nach dieser Separation wiederholt worden, mithin im Sinne obiger Bestimmung als fortgesetzte zu betrachten sind, nach richterlichem Ermessen auf Scheidung vom Bande erkannt werden kann, sonach, weil die vorangegebene Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht Platz ergreift, die von dem Kläger der Beklagten zur Last gelegten Thätlichkeiten nur dann, wenn Kläger zugleich ihre Lebensgefährlichkeit constatiren wird, zur Ehescheidung führen können, wogegen der Beweis bloß gesundheitsgefährlicher Mißhandlung, wie solchen Kläger zur ersten und zweiten Beschwerde verlangt, lediglich zu einer temporären Sonderung Anlaß bieten könnte, als welche von Seiten des Klägers zur Zeit nicht beantragt worden ist, hiernächst, was die nachträgliche dritte Beschwerde des Appellanten anlangt, das für die Dauer des Eheprozesses der Beklagten für sich und ihr Kind zugebilligte Alimenterquantum von wöchentlich 3 Thalern und beziehentlich einem Thaler nach den actenfundig gewordenen Verhältnissen der Parteien auch seiner Höhe nach als angemessen sich darstellt, als weshalb man dasselbe in der von dem Appellanten beantragten Maasse herabzusetzen sich nicht hat bewegen finden können, so ist das im Eingange gedachte Erkenntniß, wie hiermit geschieht, zwar zu bestätigen, es sind jedoch die Kosten des Rechtsmittels, da die Entscheidung nur in Folge der inmittelst erst in Kraft getretenen neueren Gesetzgebung, so wie geschehen, ganz abfällig für den Appellanten ausgefallen ist, während er ohne Eintritt dieses Zwischenfalles nach Maafgabe der früher beim OAG. in Betreff der Gesundheitsgefährlichkeit von Mißhandlungen befolgten Praxis eine wenigstens in erster Beziehung abändernde Sentenz zu seinen Gunsten zu gewarten gehabt haben würde, zwischen den Parteien zu compensiren.

10.

Nach bedingungsweiser Ausföhnung wegen älterer erheblicher Sävitien, kommen auch an sich nicht zur Ehescheidungsflage berechtigende geringere Mißhandlungen in Betracht.

II. Sen.-Erk. vom 21. März 1865. no. 147/100.

Die Klägerin hat unter Berufung darauf, daß nach der Statt ge-

fundenen Ausöhnung sie wieder in der von ihr angegebenen Weise von dem Beklagten unangemessen und lieblos behandelt worden sei, ihren früheren Scheidungsantrag erneuert. Nun kann dem Beklagten zugegeben werden, daß die Thätlichkeiten, welche Klägerin neuerdings erlitten haben will, als eigentliche Sävitien sich nicht ansehen lassen, daher an und für sich nicht geeignet sein würden, einen Ehescheidungsgrund abzugeben. Allein daraus folgt noch keineswegs, daß die jetzige Klage zurückzuweisen sei, wie dies Beklagter verlangt. Denn durch das rechtskräftige Urtheil war der Klägerin das Recht gewährt, für den Fall abermaliger unangemessener Behandlung von Seiten ihres Ehemannes — und eine solche ist in den neueren Mißhandlungen keinesfalls zu verkennen — auf die früheren Vorgänge zurückzugehen, von deren eidlicher Erhärtung schon in dem Erkenntnisse Bl. die Trennung der zwischen ihr und dem Beklagten bestehenden Ehe rechtskräftig abhängig gemacht worden war. Nimmt man noch hinzu, was Beklagter selbst in dem abgehaltenen Vorbeschiede bezüglich des Bl. angeführten Vorfalles zugestanden hat, so erscheint es vollkommen gerechtfertigt, daß nunmehr die Ehescheidung für den Fall ausgesprochen worden ist, wenn Klägerin außer dem ihr bereits auferlegten auch noch den Bl. geförmelten Bestärkungseid leiste.

11.

Der Ehescheidungsklage wegen Sävitien gegenüber gilt Leistung der ehelichen Pflicht nicht ohne Weiteres als Zeichen der Verzeihung. BGB. §. 1720. 1737.

II. Sen.-Erf. vom 21. April 1865, no. 198/163.

Daß das vorige Urtheil in Erwägung, daß nach der vom OAG. beim Rechtsprechen befolgten Ansicht

Wochenblatt für merkwürd. Rechtsfälle vom Jahre 1863, S. 64,

welche mit den Bestimmungen des inzwischen in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, wie sich bei einer Vergleichung der Vorschriften in §§. 1737 und 1720 ergibt, nicht in Widerspruch steht, in denjenigen Fällen, in welchen Mißhandlungen als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, die Leistung der ehelichen Pflicht für sich allein und ohne Zutritt anderer Thatfachen, welche

eine stattgefundene Aussöhnung der Parteien nachweisen, als eine stillschweigende Remission des Klaggrundes nicht angesehen werden kann, wie hiermit geschieht, zu bestätigen.

12.

Bedingte Erstreckung des Beweisthemas in Betreff von Sävitien auf Gesundheitsgefährliche mit Rücksicht auf § 1736 des B.G.B.'s.

II. Sen.-Erf. vom 21. April 1865. no. 192/162.

Man kann die Frage, ob die durch die im Urtheil ausgesprochene Erläuterung angebahnte Erweiterung des Beweisthemas in dem Sinne der zeither vom O.A.G. befolgten Spruchpraxis ohne Weiteres zu einer Scheidung vom Bande führen könne, dahingestellt sein lassen, da, wenn man auch die von

Siebenhaar, Commentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Bd. I, S. 24 entwickelte Ansicht, daß bei einer Veränderung des materiellen Rechts im Laufe des Prozesses das zur Zeit der ersten Entscheidung geltende zur Anwendung zu bringen sei, nicht theilen wollte, doch nach dem bürgerlichen Gesetzbuch §. 1736 auch nur die Gesundheit gefährdende Mißhandlungen jedenfalls in dem Falle nicht ohne Gewicht sind, wenn dergleichen nach Beendigung einer erkannten Scheidung von Tisch und Bett sich erneuern sollten.

13.

Ehescheidung wegen körperlicher Beschaffenheit der Ehefrau auf deren Antrag. — B.G.B. §. 1742.

II. Sen.-Erf. vom 31. März 1865. no. 138/128.

Nach Inhalt des Gutachtens, welches der Gerichtsarzt nach vorgenommener ärztlicher Exploration der Körperbeschaffenheit der Beklagten abgegeben hat, ist die Letztere zwar zur Ausübung des Beischlafs nicht ganz unfähig, wohl aber ist dieselbe nach ihrer zarten und abgeschwächten Körperconstitution nicht fähig, den ehelichen Beischlaf in der Maße zu dulden, wie solches dem auf Seiten des Klägers vermöge seiner Körperbeschaffenheit voraussetzlich vorhandenen Geschlechtstriebe entsprechen würde, und wenn die Beklagte auch nach der von dem Gerichtsarzte bewirkten Beantwortung der 4ten Frage schon von der einmaligen Aus-

übung des Beischlafs eine Gefahr für ihr Leben nicht zu befürchten hat, so ist doch eine solche Gefahr nach dem Ausspruch des Gerichtsarztes zu der eben erwähnten und zu der dritten Frage bei einer öfteren Wiederholung des Beischlafs für sie in der That vorhanden und eine Beseitigung dieser Gefahr durch Anwendung eines zweckmäßigen Heilverfahrens nach der Versicherung des Gerichtsarztes zu der 5. Frage nicht zu verhoffen.

Nach der Praxis, welche von den meisten Gerichtshöfen des Landes und namentlich auch von dem OAG. constant befolgt worden ist,

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1857 S. 371.

Zeitschrift für Rechtspf. und Verwalt. N. F. Band XIX. S. 169.

Annalen, Bd. I. S. 79 fg.

gibt nun aber die Gefahr, welche die Ehefrau bei Fortsetzung der Ehe in Folge des Beischlafs insonderheit für ihr Leben zu befürchten hat, einen ausreichenden Ehescheidungsgrund ab und diese Ansicht hat auch in dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen Anerkennung gefunden, indem dieses in § 1742 bestimmt, daß eine Ehefrau Scheidung fordern könne, wenn sich aus einer ärztlichen Untersuchung ergebe, daß wegen eines unheilbaren Gebrechens, an welchem sie leide, aus der Ausübung des Beischlafs für sie Lebensgefahr entstehe, unter dem hier erwähnten unheilbaren Gebrechen aber nicht blos eine bei Ausübung der ehelichen Pflichten und einer etwaigen Schwangerschaft in Betracht kommende körperliche Mißgestaltung oder ein namentlich in den Geschlechtsorganen vorhandenes örtliches Leiden, sondern auch eine aus der ganzen Körperbeschaffenheit der Ehefrau herrührende Gebrechlichkeit der Letzteren zu verstehen ist.

Kommt nun im vorliegenden Falle außerdem noch hinzu, daß der Kläger in dem abgehaltenen Vorbeschiede ausdrücklich erklärt hat, er vermöge nach seiner sehr kräftigen Körperbeschaffenheit die Anforderungen an seine Frau bezüglich der Leistung der ehelichen Pflicht nicht herabzustimmen und ist daher von ihm eine Schonung der Beklagten hinsichtlich der Duldung des ehelichen Beischlafs nicht zu erwarten, so war auf den Antrag der Beklagten, welcher nicht zuzumuthen ist, daß sie sich durch die fortgesetzte, von ihr voraussetzlich nicht zu umgehende Leistung der ehelichen Pflicht einer wahrscheinlichen Gefahr für ihr Leben aus-

setze, die zwischen ihr und dem Kläger bestehende Ehe wieder aufzulösen und demgemäß das vorige Urtheil in der Hauptsache abzuändern.

14.

Trennung von Tisch und Bett. — BGB. § 1754. 1755.

II. Sen.-Erf. v. 21. März 1865 no. 136/101.

Sowohl nach der bisherigen Ehepraxis in Sachsen, als auch nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs § 1754, 1755 kann nach richterlichem Ermessen eine Trennung von Tisch und Bett erkannt werden, wenn ernste Zerwürfnisse zwischen den Ehegatten bestehen und wenn durch das Zusammenleben die Gesundheit oder das Leben des einen oder des andern Ehegatten gefährdet erscheint. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen erschien es unbedenklich, die von der Klägerin nachgesuchte Sonderung aus Rücksichten der vorgedachten Art zu bewilligen. Daß ernste Zerwürfnisse und eine beiderseits gereizte Stimmung eingetreten sind, ist nicht allein durch die unmittelbaren Wahrnehmungen des Ehegerichts bestätigt worden, sondern es ergibt sich dies auch aus dem Inhalt der Sühnezeugnisse und dem, was der Beklagte in der ausführlichen Schilderung über seine ehelichen Verhältnisse angeführt hat. Das ärztliche Gutachten dem, insoweit es Aussprüche über den körperlichen und Gemüthszustand der Klägerin enthält, der volle Glaube nicht versagt werden kann, begründet die Annahme, daß jene ehelichen Zerwürfnisse großen Theils durch eine krankhaft gereizte Gemüthsstimmung der Klägerin veranlaßt oder doch gesteigert worden sein mögen und auch der Gerichtsarzt hat sich in seinem Gutachten dahin ausgesprochen, daß zu einer Besserung des leidenden Zustandes der Klägerin vor allem eine Gemüthruhe nöthig sei, welche sich bei fortgesetztem ehelichen Zusammenleben nicht einstellen werde. Nun hat zwar derselbe Sachverständige von einer zeitweiligen Sonderung sich keinen wesentlichen und nachhaltigen Erfolg versprochen; allein für völlig einflußlos hat er dieselbe auch nicht erklärt, seine Befürchtung scheint auch mehr darin zu bestehen, daß nach der Wiedervereinigung der Ehegatten bei der geistigen Disharmonie der letzteren die alten Verhältnisse bald wieder eintreten würden.

Hiergegen ist jedoch zu gedenken, daß die zeitweilige Trennung und die durch solche und während ihrer Dauer zu erzielende größere Gemüths-

ruhe nicht bloß auf die krankhafte physische Affection der Klägerin günstig einwirken, sondern damit zugleich auch einer ruhigen Ueberlegung, einer besseren Erkenntniß ihrer Pflichten als Ehegattin und einer veröhnlichen Stimmung Raum verschafft, und für den Zeitpunkt der Wiedervereinigung ein beiderseits angemessenes Verhalten angebahnt werden soll. Und da die Klägerin selbst einen guten Erfolg von der beantragten Sonderung erwartet, so ist es um so mehr zu billigen, daß diesem Antrage von der vorigen Instanz entsprochen worden ist, als der Klägerin in dieser Beziehung das Zeugniß ihres Arztes mindestens einigermaßen zur Seite steht. Es ist aber, zumal mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 1755 des bürgerlichen Gesetzbuchs, diese zeitweilige Trennung für jetzt auf sechs Monate beschränkt worden, nach deren Ablauf sich dann zeigen wird, ob auf Antrag des einen oder andern Theiles eine neue Separation angeordnet werden könne.

Siebenhaar, Commentar, Bd. III. S. 98.

15.

Zeitpunkt für den Beginn zuzubilligender Alimente, wenn die Ehefrau wegen Mißhandlungen bereits vor dem Richterspruch auf Trennung von Tisch und Bett des Ehemannes Behausung verlassen.

II. Sen.=Erf. v. 28. Febr. 1865 no. 4/5.

Der vorigen Instanz ist, was die Zuerkennung der Alimente vom 11. September 1864, dem Tage der Entfernung der Beflagten von dem Kläger, betrifft, beizutreten gewesen. Die von dem Kläger unter Bezugnahme auf das ärztliche Zeugniß eingeräumte Mißhandlung ist von der Beschaffenheit, daß sich wohl annehmen läßt, es habe sich Beflagte von demselben factisch getrennt, um ihr Leben oder wenigstens ihre Gesundheit vor dem Angriffe des Klägers zu schützen; in Fällen dieser Art aber erscheint die Zubilligung der Alimente schon von dem Zeitpunkte jener Trennung an auch nach der Ansicht des OAG.'s gerechtfertigt.

Weber's Kirchenrecht, Thl. 2, Abth. 3, S. 1287.

16.

Zubilligung von Alimenten im Falle des Zwangsverfahrens.

II. Sen.-Erf. v. 21. März 1865 no. 172/98.

Nachdem alle gesetzlichen Mittel erfolglos geblieben sind, den Beklagten — denn als solcher ist der Ehemann von dem Zeitpunkte des Seiten der Ehefrau gestellten Antrags auf Einleitung des Zwangsverfahrens an zu betrachten — zu seiner Pflicht zurückzuführen, die Klägerin aber einen Scheidungsantrag zu stellen sich nicht bewogen gefunden hat, handelt es sich jetzt nur noch darum über die gesetzliche Verpflichtung des Beklagten zu Verabreichung von Alimenten für die Klägerin, sowie über die Frage, wem die Erziehung des von beiden in der Ehe erzeugten Knaben zuzuweisen sei, Bestimmung zu treffen. Was nach den angegebenen beiden Richtungen hin von dem nach Maaßgabe der Verordnung vom 5. August 1847 hierunter competenten Ehegerichte entschieden worden ist, damit hat Man auch in jetziger Instanz, ungeachtet der von Seiten des Beklagten dagegen erhobenen Einwendungen, Sich lediglich zu conformiren gehabt.

Wie es nämlich, was das für die Ehefrau ausgeworfene Alimenterquantum anlangt, auf der Hand liegt, daß der Beklagte seiner gesetzlichen Verpflichtung, die Ehefrau zu alimentiren, dadurch, daß er factisch die Ehefortstellung verweigert, sich nicht entziehen kann, so kommt hierbei noch besonders in Betracht, daß es nach Lage der Sache sich nicht bloß um einen Zuschuß zur Alimentation der Ehefrau Seiten des Beklagten handelt, sondern die Verpflichtung des Beklagten in Frage steht, so lange, als wie die Ehe dauert, die Klägerin vollständig auf angemessene Weise zu alimentiren. Von diesem Standpunkte aus betrachtet erscheint aber, zumal Klägerin zugleich die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft Beklagten entbehrt, ein Satz von wöchentlich 1 Thlr. 15 Ngr. auch dann nicht zu hoch, wenn Man sogar, wie dieses Beklagter behauptet, annehmen wollte, daß dessen dienstliches Einkommen als Gerichtshote den in dem amtlichen Zeugnisse angenommenen Durchschnittsbetrag von mindestens 500 Thl. nicht voll erreichte, vielmehr würde dieses Quantum auch bei einer etwaigen Mindereinnahme Beklagten immer noch

als ein mäßiges bezeichnet werden müssen. Denn daß eine Summe von jährlich 75 Thalern kaum zur nothwendigen Erhaltung der Klägerin ausreichen würde, liegt auf der Hand. Weit eher hätte deren Suffizienz in Frage kommen können, wenn man nicht davon ausgehen müßte, daß — und darauf ist bei Feststellung des betreffenden Quantum voraussetzlich schon Rücksicht genommen worden — Klägerin allem Anscheine nach im Stande sein wird, sich selbst noch etwas durch ihre Thätigkeit zu verdienen.

Es erscheint unter diesen Umständen geradezu unverstänlich, wenn Beklagter das Verhältniß so auffaßt, als ob die Alimentenfrage und die Entscheidung über selbige in eine Strafe sich verwandle, welche, auch wenn er der schuldige Theil sei, sich nicht rechtfertigen lassen würde. Vielmehr ist der zur Beschwerde gezogene Ausspruch so, wie er vorliegt, nichts weiter, als eine nothwendige civilrechtliche Folge seiner beharrlichen Renitenz gegen das Gesetz zc.

Uebrigens hat er es ja lediglich selbst in der Hand durch Rückkehr zur Pflicht und durch Aufnahme der Klägerin in die eheliche Gemeinschaft, in jedem Augenblicke von der Verbindlichkeit zur Zahlung von Alimentengeldern an die Klägerin, so viel die Zukunft betrifft, sich zu liberiren zc.

Wie es übrigens nicht dem mindesten Bedenken unterliegt, daß Beklagter der Klägerin die geforderten Alimente auch schon auf die Vergangenheit, mindestens vom 17. April 1863 an zu zahlen verbunden ist, da er von dem gedachten Tage an im Verzuge in Ansehung der Fortstellung der Ehe sich befindet, so erscheint endlich auch der ehereichterliche Beschluß, die Erziehung des beiderseitigen Kindes, der Klägerin gegen ein wöchentliches Alimentenquantum von 15 Ngr. zu überlassen, schon aus dem Bl. angegebenen Grunde als ein vollständig gerechtfertigter.

17.

Wenn der Ehescheidungsgrund wegen bösslicher Verlassung liquid ist, kann der schuldige Theil mit einer Scheidungsklage wegen Ehebruchs nicht weiter gehört werden.

II. Sen. = Erk. v. 7. April 1865 no. 207/145.

Wenn man es schon nicht als einen allenthalben anerkannten Gerichtsbrauch der Ehegerichte bezeichnen kann, daß dem verlassenen Ehe-

gatten nach fruchtlos beendigtem Zwangsverfahren gegen den verlassenden Theil ein unbedingtes Recht auf Ehetrennung zuzugestehen sei, so wurde doch selbst von den einer solchen Auffassung sich nicht anschließenden Richtercollegien der Ausspruch auf Ehetrennung nur dann versagt, wenn der verlassende Theil den bestimmten Willen zur Wiederfortstellung der Ehe an den Tag legte. Im vorliegenden Falle also, wo Beklagten's Pflegbefohlene im Vorbeschied mit ausdrücklichen Worten nach ausgehaltenem Zwangsverfahren die Rückkehr zum Kläger und die Fortstellung der Ehe mit demselben verweigert, mußte dem Antrage Klägers auf Trennung der Ehe gefügt werden.

Die Entscheidung mit Rücksicht auf des Beklagten Behauptung auszusprechen, daß auch seiner Pflegbefohlenen ein Rechtsgrund für den Antrag auf Ehetrennung zur Seite stehe, war in der That kein Grund vorhanden. Wenn in der Praxis, denn Gesetze bieten dafür keinen Anhalt, der Ehebruch als vorzüglichster Scheidungsgrund bezeichnet wird, so versteht sich das nur unter sonst gleichen Verhältnissen, das heißt, wenn die mehreren Scheidegründe im gleichen Grade liquid oder in gleicher Maße unbescheinigt sind. Es würde mit den allgemeinen Prozeßgrundsätzen, die auch für den Eheprozeß seiner summarischen Form ungeachtet maßgebend bleiben, im Widerspruch stehen, wenn man dem Kläger die Anerkennung seines bereits in Liquidität beruhenden Rechtes versagen wollte, bloß deshalb, weil der Beklagte ein entgegenstehendes Recht zu haben vorgiebt, und am Allerwenigsten dann, wenn, wie hier das angebliche Recht des Beklagten schließlich, wenn es wirklich begründet wäre, in der Hauptsache den nämlichen Erfolg anstrebt, wie das des Klägers.

18.

Wiedereinsetzung wegen prozessualer Versäumnisse des Sachwalters im Eheprozesse.

II. Sen.-Erf. v. 20. März 1865 no. 97/93.

Die Berufung Beklagten's gegen das am 5. Septbr. 1864 publicirte Urthel erster Instanz ist am 11. Januar 1865, mithin längst nach Ablauf des decendii eingereicht worden. Da Ehesachen zu denjenigen Streitigkeiten gehören, deren Object keine Schätzung zuläßt, und bei welchen daher die Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse von Nothfristen Seiten der Sachwalter auf Ansuchen brevi manu ertheilt zu werden pflegt,

Kind, quaest. for. tom. III. c. 100. pag. 435 fg.
 Rechtsatz des OAG.'s v. 16. Mai 1836 (Ges. u. Verordn.-Bl. vom
 Jahre 1836. S. 97.)

so hat man in Verfolg des angebrachten Restitutionsgesuchs kein Be-
 denken getragen, sofort auf das Materielle der Sache einzugehen.

Handelsrecht.

5.

Dadurch, daß der Generalversammlung eines Actien-
 vereins statutarisch die Beschlußfassung über Erhöhung
 oder Verminderung des Betriebscapitals vorbehalten ist,
 werden Darlehnsaufnahmen Seiten des Directorii al-
 lein zur Deckung momentaner Geldbedürfnisse für den
 Geschäftsbetrieb nicht ihrer den Verein bindenden
 Wirkung entkleidet.

II. Sen.-Erf. vom 2. März 1865 no. 842/839 v. 1864.

Inhalts der Klagebeilage A. hat unterm 2. October 1854 das
 Directorium des später in Conkurs verfallenen Actienvereins für das
 Steinkohlenwerk zu G. von der Klägerin ein Darlehn von 3000 Thlr.
 gegen 5procentige Verzinsung und sechsmonatliche Aufkündigung aufge-
 nommen. Beklagter bestreitet mit Unrecht das Befugniß des genann-
 ten Directorii, im Namen des Actienvereines Darlehnsverträge mit
 dritten Personen abzuschließen, da im Zweifel der Vorstand eines Actien-
 vereines befugt ist, mit Dritten alle die Geschäfte einzugehen, welche die
 Verwaltung des Vermögens des Vereins sowie überhaupt der Zweck
 der Actiengesellschaft mit sich bringen, und insbesondere dem Directo-
 rium des G.'er Actienvereins in §. 50 der vom Beklagten selbst angezo-
 genen, höchsten Orts bestätigten Statuten das Recht eingeräumt wor-
 den ist, alle durch den Zweck des Vereins bedingte Geschäfte unmittel-
 bar abzuschließen und die diesfalligen Verträge mit dritten Personen
 einzugehen. Ein rechtlicher Grund, die letztere ganz allgemein gefaßte

Bestimmung auf Darlehnsverträge für unanwendbar zu erklären, liegt nicht vor. Denn durch eine Darlehnsaufnahme wird an und für sich weder das Grundkapital verändert, noch das Gesellschaftsvermögen vermindert oder vermehrt, sondern in demselben Umfange belastet, in welchem dessen Activa erhöht werden. Auch kann nicht ohne Weiteres von der Voraussetzung ausgegangen werden, daß in der Aufnahme eines Darlehns eine Ueberschreitung der Grenzen liege, welche ursprünglich für die von dem Actienverein auszuführenden Geschäfte gezogen sind, da der G.'er Actienverein zum Zwecke eines industriellen Unternehmens — dem Abbau von Steinkohlen — begründet worden ist, ein Darlehn aber keineswegs immer zum Zwecke eines erweiterten Geschäftsbetriebs aufgenommen wird, sondern die Anlehnsaufnahme sehr wohl zu Deckung momentaner Verluste, oder der Beschaffung der Mittel, welche zur Fortsetzung des Betriebs der Vereinsgeschäfte in dessen bisherigen Umfange nöthig sind, geschehen kann.

Renaud, das Recht der Actiengesellschaften, Leipzig, 1863. S. 455. Auch ist in §. 28 sub h. der vorliegenden Statuten nicht die Aufnahme von Darlehen im Allgemeinen, sondern lediglich die Erhöhung oder Verminderung des Betriebskapitals der Beschlußfassung der Generalversammlung vorbehalten worden. Unter dem hier gedachten Betriebskapital aber ist im Gegensatze zu dem Grund- oder Actienkapitale der Gesellschaft derjenige Fonds zu verstehen, welchen der Verein unmittelbar zum Betriebe seines Unternehmens verwendet. Die Erhöhung dieses Fonds findet nur statt, wenn das Unternehmen erweitert oder in schwunghafteren Betrieb gesetzt werden soll und erfolgt in der Regel durch Aufnahme von Anleihen, welche gewöhnlich aus größern Summen bestehen und häufig in Gestalt einer Emission von Partialobligationen (sogenannte Prioritätsobligationen) aufgenommen zu werden pflegen.

Renaud a. a. O. S. 682 und 687.

Nun ist zwar nicht ausgeschlossen, daß Behufs der Vergrößerung und Vermehrung des Betriebskapitals ein Kapital und bei einem einzigen Gläubiger erborgt wird, jedenfalls aber ist bei Anwendung der beschränkenden Bestimmung des §. 28 unter h. der Statuten vorauszusetzen, daß die Darlehnsaufnahme zum Zwecke einer bleibenden Erhöhung des Betriebskapitals erfolgt, so daß sich jene Vorschrift auf solche Dar-

lehne bezieht, welche vom Directorium Behufs des Fortbetriebs des Unternehmens im zeitherigen Umfange oder Beseitigung momentaner durch eine Stockung im Absatze der geförderten Steinkohlen oder andern Ursachen herbeigeführten Zahlungsverlegenheiten des Vereins aufgenommen worden sind. Nun erhellt aber weder aus der Klagebeilage A. noch sonst aus den Acten, daß die in Rede stehenden 3000 Thlr. zum Zwecke der Erhöhung des Betriebskapitals erborgt, oder daß durch dieses Darlehn das Betriebskapital wirklich erhöht worden sei, weshalb der auf §. 28 sub h. der Statuten gestützte Antrag Beklagten auf Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße nicht gerechtfertigt erscheint.

 Civilrecht.

18.

Präsumtion der Schuldtilgung aus der vom Gläubiger an den Schuldner bewirkten Rückgabe des Schuldscheins. — BGB. §. 982.

II. Sen.-Erk. vom 24. März 1865 no. 112/113.

Die Vorschrift des römischen Rechts in l. 2. §. 1. D. de pactis 2. 14:

Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem profuturamque ei conventionis exceptionem placuit —

und die ihr entsprechende Bestimmung in §. 982 des BGB.'s für das Königreich Sachsen:

Hat der Gläubiger den Schuldschein dem Schuldner zurückgegeben, so wird vermuthet, daß die Schuld getilgt sei, läßt einen Zweifel nicht zu, daß die Präsumtion für die Liberation des Schuldners nur dann eintritt, wenn die von dem letztern ausgestellte Schuldverschreibung vom Gläubiger oder dessen Bevollmächtigten selbst an den Schuldner oder dessen Mandatar zurückgegeben worden ist. Der Schuldner kann daher auf die gedachte Präsumtion sich nicht berufen, wenn er sich nicht auf das Factum der Rückgabe des Schuldscheins Sei-

ten des Gläubigers an ihn, den Schuldner, sondern lediglich darauf zu beziehen vermag, daß der Gläubiger die Schuldverschreibung einer Dritten von ihm, dem Schuldner, nicht beauftragten Person übergeben, oder daß er, der Schuldner, den Schuldschein von diesem Dritten erhalten und zur Zeit der Klagerhebung besitze.

19.

Wegen Formlosigkeit unwirksame Bürgschaft der Ehefrau für den Ehemann. — BGB. § 1650.

II. Sen.-Erf. vom 14. März 1865 no. 116/79.

Beruhet es, worüber das erkannte Relatum entscheiden muß, in Wahrheit, daß der Kaufvertrag über das fragliche Roggen- und Weizenmehl nicht von der Widerklägerin, sondern von deren Ehemann abgeschlossen und das erkaufte Mehl an diesen geliefert worden ist, so muß auch bis zum Beweise dem entgegenstehender, von dem Widerbeklagten aber gar nicht behaupteter Umstände der Ehemann der Klägerin für den Schuldner der Kaufsumme gehalten werden, woraus von selbst folgt, daß in der Ausstellung der Schuldverschreibung, auf welcher die Convention beruht und worin sich die Widerklägerin als die Käuferin bezeichnet und Zahlung verspricht, eine wegen ihrer Formlosigkeit unwirksame eheweibliche Bürgschaft liegt.

Daß unter solchen Verhältnissen auch die in dieser Urkunde enthaltene ohnedies ganz allgemeine und mit Nichts motivirte Angabe der Widerklägerin, daß das gelieferte Mehl in ihrem Nutzen verwendet worden sei, als das beweiskräftige Zugeständniß einer, den Mangel der gesetzlichen Form bei eheweiblichen Intercessionen ausnahmsweise ersetzenden Thatsache nicht angesehen werden kann, versteht sich von selbst.

20.

Zu §. 22 und 33 des Gewerbegesetzes vom 15. October 1861. — Unstatthafte Negatorienklage wegen immisio fumi durch eine vor dem gedachten Gesetze mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete Gewerbsanlage.

II. Sen. = Erf. vom 16. März 1865 no. 503/656 v. 1864.

Kläger bezweckt mit der vorliegenden Klage, daß Beklagtem auferlegt werde, den Betrieb einer bereits seit dem Jahre 1856 in der Nähe

des klägerischen Feldgrundstücks angelegten Ziegel- und resp. Kalkbrennerei, durch welchen ein dem letzteren nachtheiliges Ausströmen von Rauch und Dampf herbeigeführt werde, zu unterlassen. Die gedachte Gewerbsanlage gehört zu den in §. 22 des Gewerbegesetzes vom 15. October 1861 verzeichneten, zu deren Errichtung es ausdrücklicher Genehmigung der Obrigkeit bedürfen soll, in Betreff welcher jedoch zugleich in §. 30 verordnet ist, daß nach vorschristmäßig ertheilter Genehmigung von den Gerichten später wegen Belästigung oder beeinträchtigter Nutzbarkeit fremden Eigenthums nicht mehr auf Aenderung oder Beseitigung der Anlage, sondern nur auf Entschädigung erkannt werden könne, und es ist letztere Vorschrift in §. 33 ausdrücklich auch auf solche Gewerbsanlagen der bezeichneten Art ausgedehnt worden, welche bei Erlaß des Gewerbegesetzes bereits mit Genehmigung der zuständigen Behörde errichtet gewesen.

Hiernach und da das Verlangen der Betriebseinstellung wegen der angeführten Nachtheile materiell dem Verlangen der Abänderung oder Beseitigung ganz gleich steht, konnte es einem irgend begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß die Entscheidung auf das Klagesuch von der Vorfrage bedingt war, ob die bemerkte Gewerksanlage des Beklagten, welche bei Erlassung des Gewerbegesetzes bereits bestanden hat, mit Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde errichtet worden, indem von selbst klar ist, daß im bejahenden Falle nach den Vorschriften der §§. 33 und 30 des Gewerbegesetzes ein richterlicher Ausspruch, wie ihn Kläger beantragt, ausgeschlossen und der Kläger nur etwa auf eine Schädensklage beschränkt sein würde, welche gegenwärtig, wo nur nebenbei und im Allgemeinen auf Ersatz erweislicher Schäden petirt worden nicht vorliegt, wenigstens nicht als schlüssig begründet erachtet werden kann.

Mit Recht ist daher von der vorigen Instanz wegen jener Vorfrage mit der R. Kreisdirection zu L. als der nächst vorgesezten Verwaltungsbehörde communicirt, und nachdem letztere sich dahin ausgesprochen, daß allerdings die hier fragliche Ziegelbrennerei in ihrem jetzigen Bestande als eine bei Erlaß des Gewerbegesetzes mit Genehmigung der zuständigen Behörde errichtete Privatanlage im Sinne von §. 33 des Gewerbegesetzes anzusehen sei, Klägers Suchen als im Justizwege unstatthaft bezeichnet worden.

Da das vom Kläger hiergegen eingewendete Rechtsmittel bei dieser Sachlage zugleich als Remedur gegen den eben bemerkten Ausspruch der K. Kreisdirection zu L. aufzufassen gewesen, so ist man von hieraus unter dem 25. October 1864 mit dem K. Ministerium des Innern als höchster Verwaltungsinanz in Vernehmung getreten. Nachdem nun von dem K. Ministerium des Innern nach stattgefunderer anderweiter Erörterung mittelst Recommunicates vom $\frac{4. \text{ Januar}}{18. \text{ Februar}}$ 1865 anher mitgetheilt worden, daß es die Beschwerde des Klägers gegen den Ausspruch der Kreisdirection zu L. auf Grund der angezogenen Gesetzesbestimmungen ebenfalls als unbegründet befunden habe, indem der Stadtrath zu G. in Ansehung der Erlaubnißertheilung zu Anlegung der J.'schen Ziegelbrennerei in G.'er Stadtflur die zuständige Behörde gewesen sei und — nach Ausweis der betreffenden Acten überdem nach sorgfältiger Erörterung der in das Auge zu fassenden Rücksichten und Interessen, obwohl die Wahrnehmung etwaniger privatrechtlicher Interessen der angrenzenden Grundstücksbesitzer nach früherer Gewerbeverfassung der Verwaltungsbehörde nicht einmal geboten gewesen — unter dem 7. April 1856 die Genehmigung zu der fraglichen Privatanlage ausgesprochen habe: so hat das OLG. auch von seinem Standpunkte aus bei der offenbaren Irrelevanz der Einwendungen des Klägers gegenüber den vorgedachten Bestimmungen des Gewerbegesetzes keinen Anstand zu finden vermocht, die Entscheidung der vorigen Instanz zu bestätigen.

Hieran hat namentlich auch der von dem Kläger besonders hervorgehobene Umstand, daß die obrigkeitliche Concession dem Beklagten nur zu einer Ziegelbrennerei, nicht aber auch zu der damit verbundenen Kalkbrennerei ertheilt worden sei, etwas nicht zu ändern vermocht, da das K. Ministerium des Innern, dessen Ansicht hierüber ebenfalls für maßgebend zu erachten, sich diesfalls dahin ausgesprochen hat, daß zwar, wenn es sich um einen von der Ziegeleianlage völlig gesonderten, für sich bestehenden Kalkbrennereibetrieb handelte, die Frage, ob die Concession zu Errichtung einer Ziegelbrennerei zugleich auf das Kalkbrennen zu erstrecken, zu verneinen sein würde, indem solchenfalls zwei verschiedene Gewerbsunternehmen vorliegen würden, von denen jedes für sich eine Genehmigung bedürfe, daß jedoch bei der vom Beklagten hinsichtlich des bei ihm stattfindenden Kalkbrennens gegebenen Auskunft, mit welcher

nicht nur die Anmerkung zum 10. Einlass.-Punkte in der Hauptsache übereinstimme, sondern die auch durch den sonstigen Acteninhalte nicht widerlegt werde, in dem gelegentlichen gleichzeitigen Brennen von Kalk und Ziegeln in der betreffenden und genehmigten Anlage etwas Unzulässiges und die ertheilte Erlaubniß Ueberschreitendes um deswillen nicht erblickt werden könne, weil dabei nur eine und dieselbe technische Operation stattfinde, auch ein derartiges Verfahren ein fast allgemein verbreitetes sei und bei den meisten Ziegeleien vorkomme.

Civilprozeß und Concurß.

9.

Das Vindicationsbefugniß nach §. 20 des gesch. Bank. Mand. vom 20. December 1766 kann nicht von dem Einkaufscommissionär analog angerufen werden.

II. Sen.-Erk. vom 16. Febr. 1865. no. 14/15.

Inhalts der von den Klägern selbst in Abschrift beigebrachten Zuzschrift des Gemeinschuldners vom 16. März 1864 sind Kläger von dem letzteren beauftragt gewesen, 30 Stück 1864r Anlehnsloose möglichst billig zu kaufen und ihm zuzusenden und, wenn dieselben sogleich nach Empfang dieses Auftrags die bestellten 30 Loose gekauft und dem Gemeinschuldner übersendet haben, so unterliegt es nicht dem mindesten Zweifel, daß Kläger wenigstens in Ansehung des hier in Rede stehenden Geschäfts als Einkaufs-Commissionäre des Gemeinschuldners gehandelt haben, wenn sie auch sonst, wie sie jetzt Bl. behaupten wollen, in ihrer Eigenschaft als Großhändler, mit Commissionsgeschäften sich nicht befassen sollten. Je gewisser vielmehr, wenn ihr gewöhnlicher Handelsbetrieb auch nicht in Commissionsgeschäften bestehen sollte, nach Maafgabe Art. 378 des allg. HGB.'s für das hier fragliche Geschäft wenigstens die vom Commissionsgeschäfte geltenden Bestimmungen nurgedachten Gesetzes auf sie Anwendung erleiden, um so unbedenklicher ist nach der in Art. 360 enthaltenen Begriffsbezeichnung eines Commissionärs anzunehmen, daß sie die beregten Werthpapiere, wenn auch in eigenem Namen so doch

für Rechnung des Gemeinschuldners als dessen Mandatäre eingekauft haben, und es würde ausnahmsweise hierunter etwas anderes nur dann gelten, wenn Kläger die bestellten Papiere selbst als Verkäufer um den Börsenpreis dem Gemeinschuldner geliefert hätten, was sie jedoch, obwohl sie hierzu nach Art. 376 befugt gewesen wären, ihren eigenen Anführungen zufolge, nicht gethan haben.

Wenn nun die in §. 20 des geschärften Banqueroutirmandats vom 20. December 1766 zu Gunsten derjenigen, von welchen Waaren auf Credit an den nachmaligen Gemeinschuldner verkauft worden sind, getroffene Bestimmung einfach schon darum, weil sie eine Ausnahme von den allgemein gültigen Grundsätzen des Concurſrechts enthält nach der schon öfter ausgesprochenen und wenn auch in anderer Beziehung in den Annalen des OAG.'s Bd. III. S. 272 fg.

näher dargelegten Ansicht des OAG.'s strict zu interpretiren ist und eine extensiv Anwendung derselben auf andere, wenn auch vielleicht analoge Fälle, wie solche je zuweilen wohl, unter andern auch in den älteren Entscheidungen des vormaligen Landesappellationsgerichts unternommen worden ist, um so weniger sich rechtfertigen lassen würde, je gewisser in jedem einzelnen Falle durch eine derartige Bevorzugung eines Separatinteresse des einzelnen aus Billigkeitsgründen eine Schmälerung der Masse zum Nachtheile der Gesamtheit der Gläubigerschaft herbeigeführt werden würde, so konnte im vorliegenden Falle nach der Ansicht auch der jetzigen Instanz darüber, daß Kläger mit ihrem Suchen in der Maasse, wie es jetzt vorliegt, zurückzuweisen waren, nicht der mindeste Zweifel obwalten.

Einige Bemerkungen zu Abschnitt IV der provisorischen Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865.

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter zc. Siegmann.

Die Vorschriften des BGB's über das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken enthalten in ihren allgemeinen Prinzipien und, mit verhältnißmäßig wenigen Ausnahmen, auch in ihrer speciellen Entwicklung keine wesentlichen Abweichungen von dem bisherigen, durch das Gesetz vom 6. November 1843 eingeführten Rechte. Die hierher gehörigen Vorschriften des BGB's beruhen, wie die dem Civilrechte angehörigen Bestimmungen jenes früheren Gesetzes, auf einer möglichst consequenten¹⁾ Durchführung des Prinzips der Ingrossation und der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekbücher und sie schließen sich auch in Betreff ihrer Ausführung an die Bestimmungen an, welche über die Form und die Haltung dieser Bücher und die Competenz und das Verfahren der Grund- und Hypothekenbehörden galten. Es ist daher um so begreiflicher, daß eine gleiche Uebereinstimmung im Wesentlichen auch zwischen den Vorschriften der provisorischen Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865 §§. 83—232 und den correspondirenden Bestimmungen des Gesetzes vom 6. November 1843 sowie den zur Ausführung und Erläuterung desselben später erlassenen Verordnungen besteht, als sich diese letzteren Be-

¹⁾ Vergl. §. 276 des BGB's nebst Motiven, in Siebenhaar Commentar Bd. 1, S. 257, in Verbindung jedoch mit der Einführungsverordn. vom 9. Januar 1865, §. 7.

stimmungen während einer langjährigen Praxis als zweckmäßig bewährt haben. Jedenfalls ist aber die Verarbeitung des bereits vorhandenen Materials zu einer übersichtlich und systematisch angelegten Hypothekenordnung eine für den practischen Juristen dankenswerthe und weit vorzüglichere Maafregel, als wenn man sich etwa bei dem Erlaß einer provisorischen Gerichtsordnung durchgehends darauf beschränkt hätte, diejenigen Bestimmungen der bisherigen Gesetze und Verordnungen, bei denen es bewenden solle, zu bezeichnen. Die Abweichungen, welche sich bei einer Vergleichung der Gerichtsordnung mit dem Gesetze vom 6. November 1843 und der zur Ausführung und Erläuterung desselben ergangenen Verordnung darbieten, sind nicht zahlreich und nur zum Theil von praktischer Bedeutung.

Es liegt nicht im Plane dieses Aufsatzes, dieselben der Reihe nach aufzuzählen (1 b.); wohl aber dürfte es, unbeschadet dessen, was in dieser Hinsicht schon von Wend (in der Note 1 b. angezogenen Schrift) geleistet worden ist, nicht überflüssig erscheinen, einige Abschnitte der Gerichtsordnung mit Rücksicht auf das Verhältniß, in welchem diese und die damit in Zusammenhange stehenden Vorschriften des BGB's zu dem bisherigen Rechte und der Praxis, welche sich bei dessen Anwendung gebildet hatte, stehen, einer nochmaligen Betrachtung zu unterziehen. Nach den bisher gemachten Erfahrungen schien es rathsam, zunächst die Abschnitte 12 und 13 der GO. zum Gegenstande dieser Betrachtung zu wählen.

I. Die Verwahrung und das bei derselben zu beobachtende Verfahren.

§. 1.

Der §. 119 der GO. bestimmt:

„Wer die Eintragung eines Rechtes in das Grund- und Hypothekenbuch oder die Löschung oder Abände-

¹b) Man vergl. Siebenhaar Commentar Bd III. S. 422 folg. und Wend, die Verordnung das Verfahren in nichtstreitigen Rechtsfachen 2c. betr. S. 63 fg.

rung eines Rechtes wegen eines noch zu beseitigenden Mangels an einem Nachweise nicht sofort zu erlangen vermag, kann sein Recht durch Eintrag einer Verwahrung sichern.“

Dieser §. wiederholt im Wesentlichen die Bestimmung in §. 24 des Gesetzes vom 6. November 1843 mit dem Unterschiede nur, daß der letztere, nach seiner Stellung im Systeme dieses Gesetzes und bei seiner Verbindung mit §§. 22, 23 desselben noch schärfer hervorheben konnte, daß die hier erwähnte Verwahrung (Protestation) diejenige ist, welche als ein, mit den Grundprinzipien des neueren Hypothekenrechts in nächster Verbindung stehendes Institut betrachtet werden muß²⁾. Die in §. 219 der G.D. (§. 148 des Ges. vom 6. November 1843) behandelten Verwahrungen hängen mit diesem Rechte nur mittelbar nämlich in sofern zusammen, als dieselben nach dem, wie bemerkt, auch von der neuesten Gesetzgebung angenommenen System der Ingrossation ihren Zweck nicht erreichen könnten, wenn sie nicht im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen würden.

Ueber die Wirkung einer in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Verwahrung als eines Mittels zur Sicherung von Rechten, bestimmt das BGB. in § 143:

„Daß von der Eintragung der Verwahrung an bis zu deren Löschung in dem Grund- und Hypothekenbuche nichts zum Nachtheile des Rechtes aufgenommen werden darf, dessen Sicherung durch die Verwahrung bezweckt wird.“

Der Sache, zum Theil selbst den Worten nach, enthält dasselbe der §. 25 des Hypoth. Ges., nach welchem die Wirkung einer Protestation darin,

„daß von ihrer Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch an Nichts weiter darin zum Nachtheil des Rechtes aufgenommen werden kann, dessen Sicherung durch die Protestation bezweckt wurde,“

²⁾ Vergl. mein Grund- und Hypothekenrecht S. 107 fg.; Heyne, Commentar zc. Bd. I. S. 155 fg. und dessen Erörterungen aus dem Grund- und Hypothekenrechte. S. 48 fg.

bestehen und „so lange fortdauern soll, bis die Protestation im Grund- und Hypothekenbuche wieder gelöscht ist.“

Die Vorschrift §. 143 des BGB's gilt eben sowie die §. 25 des Hypothekengesetzes nicht bloß von den in §. 119 und 218 der Gerichtsordnung besonders bezeichneten, sondern überhaupt von allen Verwahrungen, welche in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden sind; sie leiden also nicht bloß auf die in §. 119 (ieter §. 218) erwähnten und diesen analogen, sondern auch auf die in §. 219 der G.D. behandelten Fälle einer Verwahrung ihre vollständige Anwendung³⁾.

Verwahrungen können nach den Vorschriften des BGB's und der G.D. ebenso wie nach dem bisherigen Rechte gegen alle und jede Veränderungen im Grund- und Hypothekenbuche vorkommen; man kann noch heute mit den Motiven zu §§. 24, 25 des Hyp. Ges. sagen, daß sich „ebensoviel Verwahrungen als Einträge in das Grund- und Hypothekenbuch denken lassen.“ Die Classification der Verwahrungen nach der Verschiedenheit ihres Grundes und Zweckes (de non disponendo, de non intabulando etc.) ist veraltet und überflüssig. Wohl aber ist der Grund und Zweck der Verwahrung nicht bloß wegen der Stelle, welche sie im Grund- und Hypothekenbuche einzunehmen hat (vergl. §. 165 der G.D. und §. 188 des Hyp. Ges.) sondern auch deshalb von Einfluß, weil sich hiernach ihre Wirkung in Bezug auf die Zulässigkeit später von dritten Personen verlangter Eintragungen bestimmen läßt.

Bei der Verschiedenartigkeit der Verhältnisse, welche zu einer Verwahrung Anlaß geben können, mußte sich in Bezug auf ihre Wirkung der Gesetzgebung noch immer auf einen allgemeinen Grundsatz beschränken, welcher aus den, allen Verwahrungen gemeinschaftlichen Zwecke der Sicherstellung eines Rechtes oder einer Forderung, von selbst hervorgeht: es kann, wie es in §. 25 des Hyp. Ges. — oder es darf, wie es in §. 143 des BGB's heißt, nichts zum Nachtheile des Rechts im Grund- und Hypothekenbuche aufgenommen werden, dessen Sicherung durch

³⁾ Vgl. Siebenhaar, Commentar 2c. Bd. I. 163.

die Verwahrung bezweckt wird. Augenscheinlich ist hier von Eintragungen in das Grund- und Hypothekenbuch die Rede, und zwar von solchen, welche nicht ebenfalls rein conservatorischer Natur sind, sondern nach den Vorschriften des BGB's dazu dienen, Rechte an Grundstücken oder eingetragenen Forderungen zu begründen, aufzuheben, zu beschränken oder auf Andere zu übertragen. Diesen Eintragungen ist die Aufnahme einer Vormerkung in das Grund- und Hypothekenbuch auch nach heutigem Rechte nicht beizuzählen, wenn die Verwahrung nur den Zweck hat, dem Ausbringer derselben die Bestellung und die Priorität einer Hypothek zu sichern⁴⁾. Denn die Vormerkung fällt auch unter die allgemeine Kategorie der Verwahrungen; es ist eine sog. *protestatio pro conservando loco*, welche noch kein Pfandrecht begründet, sondern der betreffenden Forderung nur ihre Stelle in der Reihenfolge der Hypotheken und in gewisser Beziehung auch die künftige Erwerbung der Hypothek selbst garantiren, die Bestellung anderer Pfandrechte aber nicht ausschließen soll. Durch die Eintragung der bloßen Vormerkung erwächst also dem Ausbringer einer Verwahrung, welche nur den oben bezeichneten Zweck hat, noch kein eigentlicher Nachtheil; es tritt vielmehr jene Verwahrung erst dann in Wirksamkeit, wenn die vorgemerkte Forderung zur förmlichen Eintragung gelangen kann, weil die vorgemerkte Forderung durch die förmliche Eintragung in die, durch die Vormerkung bezeichnete Rangstelle einrückt. Hängt dagegen die Verwahrung mit einem Rechtsgrund auf Erwerbung des Eigenthums am Grundstücke zusammen, und hat der Ausbringer in Folge dessen zu beanspruchen, daß überhaupt jede Verpfändung unterbleibe, so schließt seine Verwahrung auch die Vormerkung aus, da nach §. 406 des BGB's, wie nach §. 88 des Hyp. Ges., auch der späteren Eigenthümer des Grundstücks, welcher dasselbe außer dem Falle einer Zwangsversteigerung erworben hat, die förmliche Eintragung einer vorgemerkten Forderung sich gefallen lassen muß.

⁴⁾ Vergl. mein Grund- und Hypothekenrecht S. 110, Heyne, Erörterungen, S. 61 fg.

In den meisten Fällen wird die Beantwortung der Frage, ob eine später nachgesuchte Eintragung dem Rechte, dessen Sicherung durch eine bereits früher eingetragene Verwahrung bezweckt wird, zuwiderlaufe, keine besonderen Schwierigkeiten haben; denn die meisten Verwahrungen, welche in der Praxis vorkommen, bezwecken entweder nur die Sicherstellung eines Hilfsobjects, oder die Sicherung eines Anspruchs auf das Eigenthum eines Grundstücks oder die Erwerbung oder Löschung eines Pfandrechtes. Sieht man also von dem nicht zweifellosen, aber verhältnißmäßig nicht häufigen, Fall einer (später) beantragten Vormerkung ab, so werden in der Regel die Veräußerung des Grundstücks, die Eintragung neuer und die Abtretung, Verpfändung oder Löschung bereits eingetragener Forderungen als diejenigen Dispositionen auftreten, welche durch die Verwahrung verhindert werden sollen und verhindert werden müssen, wenn das sicher zu stellende Recht nicht gefährdet werden soll. Indessen muß es für jeden einzelnen Fall der pflichtmäßigen Erwägung der Grund- und Hypothekenbehörde überlassen bleiben, nach den Verhältnissen dieses Falles zu bestimmen, ob die nachgesuchte Eintragung dem durch die Verwahrung sicher gestellten Rechte, nachtheilig werden könne, wobei einerseits die Beschaffenheit und der Umfang dieses Rechts, andererseits der Gegenstand der gesuchten Eintragung maßgebend sein müssen. Die Grund- und Hypothekenbehörde hat diese Erwägung aber auch schon bei der Eintragung der Verwahrung, mit Rücksicht auf die Möglichkeit künftiger Gesuche um Eintragungen und die Verschiedenheit der letzteren selbst anzustellen, die Verwahrung soweit nöthig, auf das richtige Maas zu beschränken und demgemäß auch den Eintrag der letzteren so zu redigiren, daß, durch kurze Angabe des Grundes und des Zweckes derselben, der Umfang ihrer Wirksamkeit schon aus dem Grund- und Hypothekenbuche selbst erkennbar wird. Als Beispiele mögen hier die weiter unten §. 2, 4 angeführten Fälle benutzt werden.

Wenn es in §. 143 des BGB's heißt, „es darf“ und in §. 25 des Hyp. Ges. „es kann“ im Hypothekenbuche „nichts zum Nachtheile des Rechtes aufgenommen werden, dessen Sicherung durch die Protestation bezweckt wurde;“ so könnte, bei der allgemeinen

Fassung dieser Stelle die Ansicht entstehen, daß absolut jede Eintragung, welche diesem Rechte nachtheilig sei, ohne Rücksicht auf die Veranlassung und den Rechtsgrund derselben, durch die Protestation verhindert werde. Man ist jedoch längst darüber einverstanden⁵⁾, daß die Verwahrung die ihr beigelegte Wirkung nur gegen solche Eintragungen äußert, welche auf einer freiwilligen Disposition dessen beruhen, gegen den die Verwahrung gerichtet worden ist, also nicht gegen solche Eintragungen und bez. Verfügungen, welche ein dritter kraft eines vor dem Eintrage der Verwahrung erworbenen Rechtes, oder auch sonst kraft gesetzlicher Bestimmungen verlangen kann und die sich derjenige, gegen welchen die Verwahrung gerichtet ist, auch gegen seinen Willen gefallen lassen muß. Demnach steht eine Protestation gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks, mag nun dieselbe unter die Bestimmungen des §. 218 oder des §. 219 fallen, der Eintragung einer auf gesetzlichem Rechtsgrunde (vgl. §. 390—395 des BGB's und §§. 38 und 40 des Hyp. G.) oder eines als Reallast bestellten Auszugs (§§. 515, 516 des BGB's und §. 41 des Hyp. G.) nicht entgegen.

Das Hypothekengesetz bestimmte ausdrücklich in §. 42, daß Widersprüche gegen Eintragungen dieser Art nicht zu berücksichtigen seien. Etwas enger ist die Fassung von §. 397 des BGB's, insofern derselbe nicht „Widersprüche“ im allgemeinen, worunter auch Widersprüche dritter Personen, also Verwahrungen mit inbegriffen sind, sondern nur Widersprüche des „Eigenthümers“ für unbeachtlich erklärt. Das aber das BGB. in diesen Fällen auch der Widersprüche dritter Personen schon nach jenem allgemeinen Grundsatz keine Beachtung schenken wollte, läßt sich nicht bezweifeln und geht sehr deutlich aus den Motiven zu §. 395 des BGB's hervor⁶⁾.

Ebenso wird denn auch die Zwangsversteigerung außerhalb

⁵⁾ Vgl. Seyne, Erörterungen S. 53; mein Grund- u. Hypothekenrecht, S. 110 fg.

⁶⁾ Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 330. Man vergl. auch §. 1224 des BGB's und Commentar II S. 259 über das in seiner Wirkung einer

oder nach Eröffnung des formellen Concurſes durch eine Verwahrung nicht gehindert; im erſteren Falle iſt ſie nur die rechtliche Folge eines freiwillig beſtellten oder aus geſetzlichem Rechtsgrunde erworbenen Pfandrechtes, und das Befugniß, dieſelbe zu beantragen, ſchon in dieſem Pfandrechte mit enthalten, im letzteren Falle iſt ſie eine durch die Zwecke des Concurſprozeſſes gebotene, geſetzlich vorgeschriebene Maasregel, gegen deren Ausführung ſchon die älteren Geſetze keine Proteſtation zulassen ⁷⁾.

Nicht minder endlich kann die Vollſtreckung der Hilfe in eingetragene Forderungen (vgl. §§. 147, 148 der G.D.) durch eine Proteſtation gegen die Veräußerung dieſer Forderungen nicht aufgehoben oder in ihren Wirkungen beſchränkt werden.

Ueber die beſonderen Vortheile, welche in dieſen letzteren Beziehungen die Vormerkung gewährt, wird ſpäter das Nöthige geſagt werden.

Zum Schluſſe dieſes § möge nur noch bemerkt werden, daß man dabei überall von der Vorausſetzung ausgegangen iſt, daß die Grund- und Hypothekenbehörden eine Eintragung, welche dem durch die Proteſtation ſicher zu ſtellenden Rechte zuwiderlaufen muß, vor Beſeitigung der Verwahrung, nicht vorzunehmen hat. Dieſe Anſicht, welche m. W. in der bisherigen Praxis unbeſtritten beſolgt worden iſt, rechtfertigt ſich erſtens durch die Worte des Geſetzes, welche keine andere Deutung zulassen. Es kann, oder wie es allerdings noch präciſer in §. 143 des BGB's lautet, es darf nichts im Hypothekenbuche vorgenommen werden, was zum Nachtheile des fraglichen Rechtes gereichen würde; dieſe Worte enthalten ein Verbot, welches nur an die Grund- und Hypothekenbehörde gerichtet ſein kann, weil es dieſe allein

Verwahrung analoge Verſprechen des Vermiethers oder Verpachters, im Falle einer Veräußerung des Grundstücks, dem Erwerber die Erfüllung des Mieth- oder Pachtvertrags zur Bedingung zu machen.

⁷⁾ G.P.D. ad lit. XLI. §. 1. Geſchärftes Bank.-Mandat vom 20. December 1766. §§ 4, 22. Ueber einen beſonderen, übrigens von den oben aufgestellten Grundſätzen nur anſcheinend abweichenden Fall, wo die Zwangsverſteigerung im Concurſe durch die Proteſtation eines Dritten gehindert werden kann, vgl. Annalen I, S. 401 sub n. 4.

ist, welche etwas — Eintragungen irgend einer Art — im Hypothekenbuch aufzunehmen befugt ist. Sie rechtfertigt sich aber auch zweitens durch die Erwägung, daß der Richter ein Geschäft nicht zu sanctioniren hat, durch welches die Rechte dritter Personen beeinträchtigt werden würden. Die Grund- und Hypothekenbehörde muß also, wie bemerkt, selbständige Entschließung fassen, ob nach Maaßgabe der Umstände des einzelnen Falles, die nachgesuchte Eintragung dem Rechte, welches durch die eingetragene Protestation gesichert werden sollte, zum Nachtheile gereichen würde, und wenn sie dies findet, den Antragsteller bescheiden, daß und aus welchen Gründen seinem Antrage nicht statt zu geben sei. In wiefern hierbei diese Behörden von der ihnen in §. 89 der G.D. erteilten Ermächtigung, den Widerspruch durch eine gütliche Verhandlung zu beseitigen, Gebrauch machen wollen, wird von ihrem pflichtmäßigen Ermessen und etwaigen Anträgen der Betheiligten abhängen. Bei alle dem aber muß man der Verwahrung, soll sie dem Ausbringer derselben den beabsichtigten Rechtsschutz vollständig gewähren, immer noch die Wirkung beilegen, daß sie den letzteren gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs deckt, wenn aus Versehen oder aus unrichtiger Beurtheilung der Verhältnisse, eine dem sicherzustellenden Rechte nachtheilige Eintragung dennoch bewirkt worden sein sollte.

Eine nicht unwichtige Erläuterung⁸⁾ enthält der §. 95 der G.D. gegenüber der nicht selten mißverstandenen Bestimmung in §. 134 des Hyp. Gesetzes. Dieser lautet:

„die Grund- und Hypothekenbehörden haben die Rechtshilfe ohne Verzug zu leisten, daher die erforderlichen Einträge zc. nach Ordnung der Anmeldung, ohne Begünstigung des Einen vor dem Andern, vorzunehmen;

der §. 95 der G.D. dagegen sagt:

„Die Grund- und Hypothekenbehörden sind verpflichtet, die Rechtshilfe einem Jeden ohne Verzug zu leisten, Ein-

⁸⁾ Vergl. Siebenhaar, Commentar, Bd. III. S. 423, mein Grund- und Hypothekenrecht, S. 264 fg.

tragungen im Grund- und Hypothekenbuche, dafern sie neben einander bestehen können und nicht die eine die andere ausschließen würde, nach der Zeitfolge des Antrags, ohne Begünstigung des Einen vor dem Andern vorzunehmen 2c.“

Eine Collision der im §. gedachten Art, wobei die eine Eintragung die andere ausschließt, tritt zunächst in allen den Fällen ein, wo von mehreren Personen eine jede das nämliche Recht an demselben Grundstücke oder an derselben Forderung ausschließlich und unabhängig von dem Rechte der andern erwerben will, z. B. auf Grund eines mit dem eingetragenen Besitzer abgeschlossenen Kaufvertrages das Eigenthum an demselben Grundstücke, oder mit Bezug auf eine Cession des eingetragenen Gläubigers, dieselbe Forderung; ingleichen, wenn der Eine die Erwerbung eines Rechts bezweckt, dessen Löschung der andere beantragt hat⁹⁾. In derartigen Fällen hat die Grund- und Hypothekenbehörde, nach §. 89 der G.D., dafern nicht eine gütliche Vereinigung zu Stande kommt, auch ohne daß es hierzu noch einer besonderen Bewahrung bedürfte, die nachgesuchten Eintragungen insgesammt zu beanstanden, die Parteien auf den Rechtsweg zu verweisen und nur die etwa zulässigen und nothwendigen conservatorischen Einträge vorzunehmen. Eine Collision im Sinne des Paragraphen tritt aber auch (vgl. die Motiven zum §. 216 des Entwurfes der Ger. Ordnung S. 600 der Meinhold'schen Ausgabe) ein, wenn eine Bewahrung und das Gesuch um eine definitive Eintragung zusammentreffen, welche dem Rechte, das durch jene sichergestellt werden soll, zuwiderläuft, z. B. eine Bewahrung gegen Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks mit dem Antrage auf Bestellung einer Hypothek oder auf Eintragung einer dritten Person als Eigenthümer in Betreff desselben Immobile u. s. f. Beides

⁹⁾ Eine solche Collision findet also nicht statt, wenn z. B. der B. auf Grund eines mit dem A. und der C. auf Grund eines mit dem B. über dasselbe Grundstück abgeschlossenen Kaufes seine Eintragung als Eigenthümer fordert, nur würde hier selbstverständlich der B. zuerst eingetragen werden müssen.

kann nicht neben einander bestehen, weil die Verwahrung nach §. 143 des BGB's zunächst dazu dienen und die Wirkung haben soll, die nachgesuchte Eintragung zu verhindern. Die Grund- und Hypothekenbehörde muß also bei Collisionen dieser Art, ohne Rücksicht darauf, welche Eintragung zuerst angemeldet worden, vor allem prüfen, ob die Verwahrung factisch begründet, und nach Maaßgabe der Bestimmungen in §§. 218, 219 der G.D. gehörig bescheinigt ist und wenn sie dies findet, zunächst die Verwahrung eintragen, in dessen Folge nun die dem Rechte des Ausbringers entgegenstehende Eintragung, auch wenn diese früher beantragt und sonst zur Genüge vorbereitet worden wäre, zu unterlassen und der Antragsteller hiernach zu bescheiden ist. Befindet dagegen die Grund- und Hypothekenbehörde, daß die Verwahrung der erforderlichen factischen Begründung oder Bescheinigung entbehre, so hat sie den Ausbringer derselben abzuweisen und andere an sich statthafte Eintragungen nur in dem Falle zu beanstanden, wenn Ersterer (wie dies in der Regel schon bei dem Antrage auf Eintragung der Verwahrung vorzorglich zu geschehen pflegt) gegen den abfälligen Beschluß und damit zugleich gegen die Bornahme der seinem Rechte nachtheiligen Eintragungen appellirt hat. Daß eine solche Berufung, mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer reformatorischen Entscheidung, diese Wirkung haben soll, geht daraus hervor, daß nach §. 221 der G.D. und §. 149 des Hyp. Ges. die Eintragung der Appellation in das Grund- und Hypothekenbuch vorgeschrieben worden ist.

Die bisher besprochenen erläuternden Zusätze in §. 95 der G.D. beruhen übrigens auf der schon früher befolgten und von der G.D. adoptirten Ansicht, daß das Institut der Verwahrung in Grund- und Hypothekenangelegenheiten seine gesetzliche Bestimmung nicht vollständig erfüllen könnte, wenn die Anmeldung einer Verwahrung nicht bis zu dem Zeitpunkte berücksichtigt werden müßte, wo sie den ihr zukommenden Erfolg eine dem Rechte des Antragstellers nachtheilige Eintragung zu verhindern, noch haben kann, m. a. W. bis dahin, wo diese Eintragung noch nicht vorgenommen worden ist.

Der zweite Satz des §. 95, welcher mit §. 135 des Hypothekengesetzes correspondirt, bestimmt eine Ausnahme von der im ersten Satze aufgestellten Regel, daß die Eintragungen, welche neben einander bestehen können und sich gegenseitig nicht ausschließen, nach der Zeitfolge der Anmeldung vorgenommen werden sollen; von der Beobachtung dieser Reihenfolge soll abgesehen werden, wenn die später angemeldete Eintragung auf Grund der beigebrachten Unterlagen sofort geschehen, die früher beantragte dagegen wegen irgend eines, wenn auch voraussetzlich zu hebenden Anstandes, zur Zeit noch nicht vorgenommen werden kann. Als Beispiel diene der Fall, wenn zwei Gläubiger Forderungen zur Eintragung auf dasselbe Grundstücksfolium angemeldet haben, die zuerst eingereichte Schuld- und Pfandverschreibung an einem formellen Mangel, z. B. im Betreff der Recognition leidet, die später eingebrachte dagegen weder in formeller noch in materieller Beziehung zu einer Ausstellung Anlaß giebt, diese Forderung also zum Eintrage reif ist. Unter Verhältnissen dieser Art muß sich nach §. 95 der G.D. derjenige, welcher seine Eintragung zuerst beantragt hat, da nöthig durch eine Verwahrung schützen, welche nach den oben entwickelten Grundsätzen noch als rechtzeitig betrachtet werden muß, wenn sie angemeldet ist, bevor die später nachgesuchte Eintragung erfolgte. Unnöthig würde in obigem Beispielfalle eine solche Verwahrung sein, wenn die zuerst zur Eintragung angemeldete Forderung nach §. 404 des BGB's vorgemerkt und ihr dadurch die Priorität gesichert werden könnte.

Da sich übrigens die Regel nur auf Eintragungen bezieht, welche nebeneinander bestehen können, so ist auch die Ausnahme nur auf die Concurrency solcher Eintragungen zu beziehen. Es leidet mithin der zweite Satz des §. 95 keine Anwendung auf die Collision von Eintragungen, die sich gegenseitig ausschließen würden.

§. 2.

Wenn eine Verwahrung angemeldet worden ist, so hat die Grund- und Hypothekenbehörde zu prüfen, ob dieselbe factisch und rechtlich begründet und in der gesetzlich geordneten Maße

bescheinigt worden ist. Bevor man auf die hierauf bezüglichen specielleren Bestimmungen der §§. 218 fg. eingeht, sind einige allgemeinere Bemerkungen vorauszuschicken:

1) Eine Verwahrung kann in das Grund- und Hypothekenbuch nur dann eingetragen werden, wenn dieselbe gegen Verfügungen über Rechte und Forderungen gerichtet ist, welche im Grund- und Hypothekenbuche¹ eingetragen sind und deren Aufhebung, Beschränkung oder Uebertragung auf Andere daher nur durch neue Eintragungen im Grund- und Hypothekenbuche erfolgen kann. Deshalb ist z. B. die Eintragung einer Verwahrung gegen Veräußerung oder Verpfändung eines Abbaurechtes von Fossilien in das Grund- und Hypothekenbuch erst dann zulässig, wenn für dieses Abbaurecht ein besonderes Folium angelegt worden ist; denn auf dem Folium des abbaupflichtigen Grundstücks ist zwar die Abtrennung der Fossilien von dem betr. Grundstücke nach §. 133 der GG. ebenso wie nach §. 10 des Hyp. Ges. (in der ersten Rubrik) zu verlautbaren, weitere Einträge auf diesem Folium in Betreff der dadurch ausgeschiedenen Zubehörungen des Grundstücks sind aber unzulässig, und hieran ist auch durch die GD. etwas nicht geändert worden¹⁰⁾.

2) Die Verwahrung muß ferner auf einen Anspruch berechnet sein, welchen der Antragsteller an den Eigenthümer des betreffenden Grundstücks oder gegen eine als Gläubiger auf dem Folium dieses Grundstücks eingetragene Person oder deren Erben zustehet¹¹⁾. Demnach ist der Gläubiger eines Ehemannes

¹⁰⁾ Vergl. Justizministerialverordnung vom 31. Mai 1855. (Ges. u. B. Bl. S. 95). Inwiefern gleichwohl eine Protestation gegen Veräußerung u. solcher und ähnlicher dinglicher Rechte, welche noch kein eigenes Folium haben, statthaft und wirksam sei — darüber vergl. Annalen VI. S. 238.

¹¹⁾ Mit Rücksicht auf die Bestimmungen in §§. 2286, 2287 des BGB's ist zu bemerken, daß die Eintragung einer Verwahrung gegen Dispositionen der Erben auch geschehen kann, bevor noch die Erben als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen oder die Forderungen auf sie umgeschrieben worden ist. Dies ist nicht bloß dann für zulässig zu halten, wenn der sicher zu stellende Anspruch gegen sämtliche Erben, sondern auch in dem Falle, wenn derselbe nur gegen einzelne Erben geht und also die Verwahrung auch nur gegen die auf diese gefallene Theile des Grundstücks, bez. der eingetragenen

nicht befugt (wie gleichwohl mitunter versucht worden ist) zur Sicherung eines Hilfsobjectes gegen die Veräußerung oder Verpfändung der eheweiblichen Grundstücke zu protestiren, denn die Ehefrau bleibt auch während der Ehe Eigenthümerin ihrer Grundstücke, und obschon der ehemännliche Nießbrauch den Gläubigern des Ehemannes unter gewissen Beschränkungen ein Befriedigungsmittel gewährt (vgl. §. 1683 des BGB's) so sind die letzteren doch nicht berechtigt, die Ehefrau, sei es auch nur indirect, in der Verfügung über ihr Eigenthum zu beschränken.

3) Die Verwahrung muß nothwendig sein, um das Recht des Antragstellers zu sichern. Steht demselben zu diesem Behufe vor dem Grund- und Hypothekenbuche ein anderes, wirksameres Mittel zu Gebote, so bedarf es der Verwahrung nicht. So hat ein Gläubiger, dessen Forderung mit Hypothek versehen ist, in der Regel gar keine Veranlassung, zur Sicherstellung eines künftigen Hilfsobjectes gegen die Veräußerung oder fernere Verpfändung des ihm bereits verpfändeten Grundstücks Verwahrung einzulegen, weil ihm das Pfandrecht nicht allein in Bezug auf die hypothekarische Sicherheit seiner Forderung, sondern auch rücksichtlich der Rechtsverfolgung (vor dem inländischen Richter) größere Sicherheit bietet, als die künftige Execution ¹²⁾.

Ebenso braucht ein Gläubiger, der sich in der Lage befindet, die Eintragung einer Forderung auf Grund eines gesetzlichen oder eines liquiden auf Privatwillen beruhenden Rechtsgrundes ohne Anstand zu erlangen, keiner Verwahrung zum Behufe der Sicherstellung seines Rechtsgrundes auf Eintragung oder eines künftigen Hilfsobjectes für diese Forderung. Nur wenn

Forderung gerichtet ist. In einer Verordn. des III. Senats no. 221 Reg. 1865 in Sachen Schurig c/a Dittmann ist dies in Betreff der Verwahrung gegen Veräußerung und Verpfändung der einem von mehreren Erben angefallenen ideellen Antheiles an einem Grundstück ausgesprochen worden; bei eingetragenen, auf einen oder mehrere Erben übergehenden Forderungen aber gelten hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Berechtigung der Erben zur weiteren Verfügung nach §. 2287 des BGB's principiell Grundsätze, wie nach §. 2286 bei Grundstücken.

¹²⁾ Vergl. hierzu noch §. 4 dieses Aufsatzes.

aus besonderen Gründen diese Eintragung noch nicht erfolgen könnte, würde eine Verwahrung nach Befinden an ihrer Stelle sein.

4) Die Grund- und Hypothekenbehörde hat endlich, wie schon §. 1 bemerkt wurde, auch bei einer in anderer Hinsicht für zulässig und nothwendig befundenen Verwahrung zu prüfen, in welchem Umfange der Impetrat in der Verfügung beschränkt werden muß, um das Recht des Impetranten sicher zu stellen, denn der Grundsatz ist jederzeit festzuhalten, daß niemand ohne zureichenden Grund und mehr als nöthig ist, in der Disposition über sein Vermögen verhindert werden darf. So kann z. B. ein persönlicher Anspruch auf einen Theil, oder eine Parzelle des Grundstücks, oder ein persönlicher Anspruch auf das Unterirdische eines Grundstücks nur eine Verwahrung gegen die Veräußerung dieses Unterirdischen oder jenes Grundstücktheiles rechtfertigen und mindestens nicht jede, sondern nur eine solche Veräußerung hindern, welche das Object des Anspruches betrifft, die Verwahrung ist daher auch so einzutragen, daß man aus dem Eintrage ihre beschränkte Wirksamkeit beurtheilen kann¹³⁾.

In Bezug auf diesen, nicht selten vorkommenden Fall möge indeß noch Folgendes berücksichtigt werden:

Der Käufer eines Trennstücks und der Acquirent eines Abbaurechtes von Fossilien, welche ebenfalls als eine, oft sehr werthvolle Zubehörung des Trennstücks, insbesondere auch für den Hypothefengläubiger erscheinen, wird in der Regel wegen der Vorschriften in §§. 419 fg. des BGB's ein wesentliches Interesse daran haben, daß das Hauptgrundstück nicht mit neuen Pfandrechten belastet wird, weil durch deren Bestellung die Abtrennung erschwert, die Ergänzung des Consenses der Hypothefengläubiger durch die zuständige Behörde unthunlich gemacht und wenn diese ihre Genehmigung zur Abtrennung verweigern, die Ausführung des Rechtsgeschäfts, auf welches der Antragsteller seine Ansprüche gründet, sogar gänzlich verhindert werden kann.

¹³⁾ Annalen, IV. 406, 407.

Da nun die Bestellung einer Hypothek nach §. 388 des BGB's nicht mit Ausschluß einzelner Zubehörungen eines Grundstücks erfolgen kann, so muß einer Verwahrung gegen die Verpfändung des Trennstücks, resp. Abbaurechtes — oder was auf dasselbe hinauskommt, einer Verwahrung gegen die Veräußerung und Verpfändung des ganzen Grundstücks zur Sicherstellung eines Anspruchs auf das Trennstück oder das Abbaurecht die Wirkung zukommen, daß die Eintragung einer Hypothek auf dem betreffenden Folium ohne Zustimmung des Berechtigten nur unter der Voraussetzung geschehen könnte, daß der Gläubiger die Abtrennung schon zum Voraus vorbehaltlos genehmigte und sich dessen in rechtsverbindlicher Weise auch dem Ausbringer der Verwahrung gegenüber erklärte. Solchenfalls aber würde die Grund- und Hypothekenbehörde den Letzteren vom Stande der Sache und dem Beschlusse, die Forderung des Gläubigers, der Verwahrung ohnerachtet einzutragen, in Kenntniß setzen und demselben hierdurch zugleich die Füglichkeit gewähren müssen, sich durch Annahme der zu seinem Gunsten von diesem Gläubiger abgegebenen Erklärung auch diesem gegenüber möglichst sicher zu stellen.

Eine, unter gleichen Verhältnissen gegen die Veräußerung (im engeren Sinne) eingewendete Verwahrung gibt ihre Wirksamkeit zunächst darin zu erkennen, daß sie die Eintragung einer Veräußerung an Dritte, welche lediglich oder zugleich mit dem Hauptgute das von dem Antragsteller beanspruchte Trennstück oder Abbaurecht zum Gegenstande hat, verhindert. Einer Veräußerung des Hauptgrundstücks mit Zurückbehaltung des fraglichen Trennstücks oder Abbaurechtes würde diese Verwahrung nicht entgegenstehen, wenn nicht etwa aus besonderen Gründen z. B. deshalb, weil die Hypothekengläubiger die Abtrennung des zurückbehaltenen Grundstücks nur unter Vorbehalt ihrer Pfandrechte an demselben genehmigt hätten, und diese daher auf das Folium des zurückbehaltenen Trennstücks übertragen werden müßten, das Recht des Antragstellers gefährdet erschiene.

Außer diesen lassen sich noch manche andere Fälle denken, in welchen sich die Frage darbietet, ob die Verwahrung nur in beschränkter Maasse einzutragen sei. Die Grund- und Hypothe-

fenbehörde wird sich diese Frage, wie §. 1 erwähnt, nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beantworten und nach diesen Verhältnissen zu ermessen haben, welche Vorkehrungen erforderlich sind, um dem Rechte des Antragstellers in seinem richtigen Umfange den gesetzlichen Schutz vollständig angedeihen zu lassen. Jedenfalls aber und selbst bei der umfanglichsten Verwahrung ist der Zweck derselben im Eintrage mit anzuführen, damit wenigstens ersehen werden kann, auf welche Weise sie zur Erledigung zu bringen ist.

§. 3.

Der §. 218 der G.D. correspondirt dem §. 147 des Hyp. Ges. und behandelt zunächst die Verwahrungen, welche mit dem Systeme des neueren Grund- und Hypothekenrechtes selbst in unmittelbarem Zusammenhange stehen. Die Vorschriften der G.D. stimmen der Sache nach mit denen des Hyp. Ges. vollkommen überein.

Nach der wörtlichen Fassung der Stelle: eines in Beziehung auf ein Grundstück zc. erworbenen und zur Eintragung geeigneten Rechtes“ trifft der §. zunächst persönliche Ansprüche auf die Erwerbung eines Rechtes an Grundstücken und eingetragenen Forderungen, während die Sicherung eines Anspruchs auf Löschung solcher Rechte und Forderungen nicht ausdrücklich mit erwähnt wird. Wenn man indessen erwägt, daß die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs demjenigen, welcher einen Rechtsgrund zur Löschung besitzt, ebenso gefährlich werden kann, wie dem, welcher einen Anspruch zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes für sich hat, so erscheint es um so unbedenklicher, die Bestimmungen des §. über die Bescheinigung analog auch auf jenen Fall anzuwenden, als der §. 119 der G.D., welcher die Verwahrung als eine Maßregel zur Sicherstellung von Ansprüchen auf Eintragung oder Löschung eines Rechtes bezeichnet, diese Analogie vollkommen rechtfertigt.

Die gewöhnlichsten Fälle der im §. 218 gedachten Verwahrung sind die, wo das Recht des Antragstellers auf einen Veräußerungsvertrag mit dem Eigenthümer eines Grundstücks oder

dem Inhaber einer eingetragenen Forderung beruht. — Indessen sind dies keineswegs die einzigen, es leidet vielmehr der §., wenn man denselben wie zu geschehen hat, auch auf Löschungen bezieht, im Allgemeinen auf alle die Fälle Anwendung, in denen der Antragsteller ein Recht behauptet, in Folge dessen nach den bestehenden Gesetzen, insbesondere also künftighin den Vorschriften des BGB.'s eine Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche stattzufinden hat, wodurch entweder Rechte für ihn bestellt, oder zu seinen Gunsten gelöscht oder beschränkt werden. In Bezug hierauf ist noch Folgendes zu bemerken. Zur Sicherstellung der Ansprüche eines Pflichttheilserben auf Ergänzung seines Pflichttheils vermittelt der *f. g. actio suppletoria* oder *expletoria* wurde nach bisherigem Rechte nur eine Verwahrung nach §. 148 des Hyp. Ges. (§. 219 der G.D.) zugelassen, weil diese Klage, ebenso wie die analoge *querela inofficiosae donationis*, im Wesentlichen nur auf eine Geldleistung ging¹⁴⁾. Nach dem BGB. §§. 2589, 2600, 2601 gilt der Pflichttheilsberechtigte ohne Unterschied, ob er auf ungültige Weise enterbt oder übergangen oder dadurch verletzt worden ist, daß ihm der Erblasser weniger als seinen Pflichttheil hinterlassen hat, als Erbe; es steht ihm daher je nach Verschiedenheit der in §§. 2600 und 2601 gedachten Fälle nach dem Verhältnisse seines Pflichttheiles oder seiner Intestationsportion, ein unmittelbares Recht an den Objecten der Erbschaft zu und er hat daher nicht bloß einen Rechtsgrund auf seine Eintragung als Miteigenthümer der zum Nachlasse gehörigen Immobilien, sondern auch ein Recht auf antheilige Umschreibung der zum Nachlasse gehörigen Forderungen auf seinen Namen, (vgl. §§. 277, 437, 2286, 2287 des BGB.'s.) Bedarf es zur Sicherstellung dieses Rechts einer Verwahrung, so ist dieselbe nach §. 218 der G.D. zu beurtheilen. Sodann bestimmt das BGB. in §. 278, daß wenn die Eintragung eines Eigenthums-erwerbes infolge eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgrundes geschehen ist, jeder Betheiligte gegen den andern die Löschung dieses Eintrages zu verlangen befugt ist; ferner in §. 465, daß

¹⁴⁾ Annalen I, 152.

wenn auf Grund eines nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäftes eine Forderung eingetragen oder gelöscht worden ist, die Löschung der eingetragenen oder die Wiederherstellung der gelöschten Forderungen beansprucht werden darf, insofern nicht der Grundsatz der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher dazwischentritt. Dafern also entweder nach diesen allgemeinen Regeln, oder nach den die Richtigkeit oder Anfechtbarkeit einzelner Rechtsgeschäfte betreffenden speciellen Vorschriften des BGB.'s (vgl. z. B. §§. 1056—1058; 1509—1518; 1519—1531) dergleichen Eintragungen oder Löschungen gefordert werden können, ist eine zu deren Sicherstellung eingewendete Protestation nach den Regeln des §. 218 zu behandeln.

Auch die *querela inofficiosiae donationis* geht nach §. 2607 des BGB.'s nicht bloß auf Ergänzung des Pflichttheils, sondern gegen den Beschenkten und dessen Erben auf Zurückgabe des Geleisteten; es kann also bei derselben, ebenso wie bei der *actio Pauliana*, die Löschung einer schenkungsweise eingetragenen Forderung, die Löschung eines Cessionseintrags, die Wiederherstellung einer schenkungsweise gelöschten Forderung und, falls die Schenkung eines Grundstücks in Frage ist, mindestens in dem Falle, wenn dieselbe ihrem ganzen Umfange nach wegen Pflichtwidrigkeit zu rescindiren wäre, auch die Löschung des auf dieser Schenkung beruhenden Eigenthumseintrags beantragt werden, und somit eine Verwahrung vorkommen, welche in das Gebiet des §. 218 fällt. Der Anspruch auf Rescission einer Veräußerung wegen Verletzung über die Hälfte, wegen deren nach bisherigem Rechte ebenfalls eine solche Verwahrung eingelegt werden konnte¹⁵⁾, wird, weil das BGB. diesen Rescissionsgrund nicht kennt, künftighin nicht mehr in Frage gelangen.

Bekannt ist, daß bisher die Bestimmungen des §. 147 des Hyp. Ges. auch in solchen Verhältnissen angewendet worden sind, wo der sicher zu stellende Anspruch weder die Eintragung, noch die Löschung eines Rechtes oder einer Forderung im Grund- und Hypothekenbuche, sondern nur persönliche Ansprüche auf die In-

¹⁵⁾ Annalen I, 152.

habung oder Benutzung eines Grundstücks, oder Grundstücktheiles betrifft. Weder die Vorschriften des BGB.'s über den Zweck und die Wirkung der Verwahrung, noch die Bestimmungen der GD. in §. 218 stehen der künftigen Befolgung dieser Ansicht entgegen. Insbesondere wird also auch künftighin noch eine Protestation des Pächters oder Abmiethers gegen die Veräußerung des Mieth- oder Pachtgrundstücks zur Sicherung seines Anspruchs auf Erfüllung des Contracts zulässig sein, wenn nicht der Pächter oder Miether schon durch die Eintragung des in §. 1224 des BGB.'s (vgl. §. 16,⁷ des Hyp. G.) gedachten Versprechens gesichert ist. Indessen wird man einer Verwahrung des Abmiethers oder Abpächters hinsichtlich ihrer Wirksamkeit keine größere Tragweite als diesem, gleiche Zwecke verfolgenden Versprechen beizulegen haben; sie wird also die Veräußerung nicht hindern können, wenn der Verpächter oder Vermiether freiwillig dem Erwerber die Erfüllung des Pacht- oder Miethvertrags zur Bedingung gemacht und der letztere dieser Bedingung sich unterworfen hat. Auch würde sich die Verwahrung als unnütz erweisen, wenn das Ende der Pacht- oder Miethzeit so nahe bevorstände, daß der neue Erwerber schon nach den Vorschriften in §. 1225, 1226 des BGB.'s verbunden wäre, den Vertrag bis dahin fortzusetzen ¹⁶⁾.

Bei dinglichen oder persönlichen Rechtsverhältnissen endlich, welche nach §§. 114,⁵ und 133,^{3, 4}, als Dispositionsbeschränkungen in der zweiten Rubrik des Grund- und Hypothekenbuchs einzutragen sind, wenn sie gegen dritte Personen Wirksamkeit

¹⁶⁾ Dies kann namentlich bei der Vermiethung städtischer Grundstücke sehr wohl vorkommen, wenn der Vermiether, in der Voraussicht einer bevorstehenden Veräußerung, das Quartier bereits gekündigt hat. Eine Protestation der Pächter oder Miether, welche nur den Zweck hätte, sich für seine etwaigen, aus dem Miethvertrage entsprungenen Forderungen, eine Aufrechnung der letzteren mit den künftigen Pacht- oder Miethzinsen zu sichern, ist nicht statthast, weil dem Schuldner kein Recht zusteht, den Gläubiger zur Erwerbung von compensablen Gegenforderungen zu zwingen. Hier würde dem Pächter und Miether, wenn Gefahr des Verlustes vorhanden, nur eine Verwahrung nach §. 219 helfen können.

erlangen sollen, wie z. B. die in §. 646 des BGB.'s bezeichneten persönlichen Dienstbarkeiten, Vor- und Wiederkaufsrechte, Anwartschaften, ist eine Verwahrung unnöthig, wenn der Eintrag der Dispositionsbeschränkung ohne Anstand erfolgen kann. Kann dies aber nicht geschehen, weil die zu derartigen Eintragungen erforderlichen urkundlichen Unterlagen noch nicht vollständig und in gehöriger Form vorhanden sind, oder ein Widerspruch erhoben worden ist, welcher vor der Grund- und Hypothekenbehörde nach §. 89 der G.D. nicht erledigt werden kann, so wird dem Berechtigten, wenn er seinen Anspruch zu bescheinigen vermag, eine vorläufige Verwahrung, welche den Zweck hat, dem Berechtigten den Schutz zu verleihen, welcher ihm durch die Eintragung der Dispositionsbeschränkung gewährt werden würde, nicht zu versagen sein. Eine derartige Verwahrung zu Sicherstellung eines — bestrittenen — Vorkaufsrechtes um eine zum Voraus bestimmte Vorkaufssumme, ist von dem OAG. in Hinblick auf die Bestimmungen in §. 33 des Hyp. Ges. (vgl. auch §. 401 des BGB.'s) für statthaft erachtet worden. (Verordn. des III. Senats vom 30. Juni 1860 in Sachen Pechstein c/a Weise)¹⁷⁾.

§. 4.

Der §. 219 betrifft solche Verwahrungen, welche nicht die Sicherung eines Rechtsgrundes auf Eintragung oder Löschung im Grund- und Hypothekenbuche oder die Sicherung irgend eines anderen, das Grundstück unmittelbar betreffenden Rechtes, sondern lediglich die Sicherung eines künftigen Hilfsobjectes, oder eines Absonderungsrechtes der Erbschaftsgläubiger bezwecken. Sie können ebensowohl gegen die Verfügung über ein Grundstück, als gegen die Disposition über eine im Grund- und Hypothekenbuche eingetragene Forderung gerichtet werden.

Der §. erwähnt hier nicht nochmals die Bescheinigung der Forderung, sondern lediglich die (in Fällen des §. 218 nicht erforderliche) Bescheinigung der Gefahr des Verlustes, oder einer

¹⁷⁾ Bei Anwartschaften ist übrigens ohnedies noch ein eventueller Rechtsgrund auf Eintragung vorhanden, so daß bei diesen der §. 218 unmittelbar eingreift.

zu befürchtenden erheblichen Erschwerung der Rechtsverfolgung. Berücksichtigt man aber den Zusammenhang, in welchem diese beiden §§. mit einander stehen und erwägt man dabei, daß von einer Gefahr des Verlustes der Forderung nicht die Rede sein könnte, wenn nicht die Existenz der letzteren wenigstens einigermaßen bescheinigt worden wäre, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bescheinigung des sicher zu stellenden Rechtes in §. 219 nur deshalb unerwähnt geblieben ist, weil dieselbe schon in §. 218 als ein Erforderniß aller Verwahrungen, die Bescheinigung der Gefahr des Verlustes oder einer erheblichen Erschwerung der Rechtsverfolgung aber als ein besonderes Erforderniß der in §. 219 gedachten Verwahrungen aufgestellt werden sollte¹⁸⁾.

Die Verwahrung zum Behufe der Sicherstellung eines künftigen Hilfsobjectes kann einen doppelten Zweck haben; erstens dem Gläubiger bei zweifelhafter Solvenz des Schuldners die Möglichkeit seiner künftigen Befriedigung zu sichern und zweitens, dem Gläubiger den Weg zu erleichtern, auf welchem er zu dieser Befriedigung gelangen kann. Beide Zwecke liegen sehr nahe nebeneinander. Denn ist nach den persönlichen oder Vermögensverhältnissen des Schuldners die Gefahr des Verlustes der Forderung begründet, so wird auch die Befürchtung einer erheblichen Erschwerung der Rechtsverfolgung schon in dem Mangel eines künftigen Hilfsobjectes liegen. Jedoch kann auch bei einem ganz zahlungsfähigen Schuldner die Sicherstellung eines geeigneten Hilfsobjectes von wesentlichem Einfluß auf die Verfolgung und Realisirung seiner Ansprüche im Rechtswege sein und deshalb hat die G.D. die Gefahr des Verlustes und die Befürchtung einer erheblichen Erschwerung der Rechtshilfe nicht conjunctiv, sondern disjunctiv als Gründe für die Statthastigkeit der Verwahrung angeführt und damit einen Gesichtspunkt zur Geltung gebracht, welchen schon die bisherige Praxis in geeigneten Fällen nicht unberücksichtigt gelassen hat¹⁹⁾.

¹⁸⁾ Wendt, a. a. D. S. 143.

¹⁹⁾ Wendt, a. a. D. S. 145 fg. Verordn. d. III. Sen. in S. Hornauerin c/a Sommerbrodt vom 22. Oct. 1864 und in S. Müller c/a verehel. Hofmann vom 19. März 1864. Reg. III. no. 67 u. 230.

Die GD. läßt in Ansehung beider Gründe dem pflichtmäßigen Ermessen der Grund- und Hypothekenbehörde ein noch etwas freieres Feld, als die correspondirende Stelle des §. 148 des Hyp. Ges. Indessen ist hier der Unterschied jedenfalls kein sehr wesentlicher, denn die Frage, ob Gefahr des Verlustes, oder wenigstens erhebliche Erschwerung der Rechtshilfe oder beides zugleich zu befürchten sei, läßt sich doch nicht anders als nach dem beantworteten, was „über die persönlichen und die Vermögensverhältnisse des Schuldners“ (vgl. §. 148 des Hyp. Ges.) constatirt worden ist. Da die GD. eine Bescheinigung der Gefahr des Verlustes oder erheblicher Erschwerung der Rechtsverfolgung erfordert, so kann natürlicher Weise die bloße Behauptung des Antragstellers „der Schuldner besitze etwas weiter nicht im Vermögen, oder es werde ihm die Rechtsverfolgung erschwert werden“ die Angabe und die Bescheinigung solcher Thatsachen, aus denen sich die Gefahr oder die Erschwerung der Rechtsverfolgung erkennen läßt, nicht ersetzen; gerichtskundige Umstände bedürfen dabei keiner besondern Bescheinigung, auch kann die Behörde die ihr sonst aus zuverlässigen Quellen und Wahrnehmungen zu Gebote stehende officielle Kenntniß der einschlagenden Verhältnisse wohl zu Hilfe nehmen. Die Größe der sicher zu stellenden Forderung an und für sich allein aber kann die Bescheinigung der Gefahr ihres Verlustes oder der Erschwerung der Rechtsverfolgung nur in dem Falle, ausnahmsweise, entbehrlich machen, wenn die Forderung so bedeutend ist, daß die vollständige Befriedigung des Gläubigers auch bei einem, nach allgemeinen Begriffen, reichen oder sehr wohlhabenden Schuldner in Frage gestellt werden müßte²⁰⁾.

Eine Erschwerung der Rechtsverfolgung ohne gleichzeitige, durch die Vermögensumstände des Schuldners bedingte Gefahr des Verlustes läßt sich denken, wenn entweder die Begründung

²⁰⁾ Dies wurde z. B. angenommen und deshalb keine besondere Bescheinigung der Gefahr des Verlustes gefordert, bei den Schädensprüchen gegen die Theilnehmer an dem Maiaufstande zu Dresden (1849), Verordn. vom 16. Oct. 1851. Reg. III. no. 395 in Sachen Staatsfiskus u. Stadtgemeinde Dresden c/a Schmidt u. a. m.

eines Gerichtsstandes im Inlande in Frage kommt, oder die Vollstreckung des künftigen Erkenntnisses in die bewegliche Habe des Schuldners mit so wesentlichen Schwierigkeiten verknüpft sein würde, daß es den obwaltenden Umständen nach eine Härte für den Gläubiger wäre, ihm das am nächsten liegende Befriedigungsmittel zu entziehen.

In der erstern Beziehung ist der schon in A. B. O. Tit. LI. §. 1 erwähnte Fall bemerkenswerth, „dafern einer aus hiesigen Landen in ein fremdes Gericht ziehen und nicht soviel hinter ihm an liegenden oder sonstigen gewissen Gütern verlassen wollte, daß sich der Kläger daran zu erholen.“ Geschieht dies unter Umständen, welche auf die Mißlichkeit der Vermögensverhältnisse als Grund der Entfernung schließen lassen, so tritt schon die Gefahr des Verlustes der Forderung als entscheidendes Moment für die Statthastigkeit einer Verwahrung hervor und es braucht neben der Forderung selbst nur diese Art der Entfernung bescheinigt zu werden. Will sich aber ein sächsischer Staatsunterthan aus Gründen, die weder auf mißliche Vermögensumstände hindeuten, noch sonst irgendwie gemißbilligt werden können, ins Ausland begeben, so würde jener zweite Grund, die erhebliche Erschwerung der Rechtshilfe, in Betracht kommen, und geltend zu machen sein, wenn die Entfernung mit Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes und der Absicht, die sächsische Staatsangehörigkeit aufzugeben, oder einen bleibenden Aufenthalt im Auslande zu nehmen, erfolgen sollte, dem Gläubiger also daran gelegen sein müßte, sich einen Gerichtsstand und ein hierländisches Vermögensobject zur künftigen Hilfsvollstreckung zu sichern. Eine solche Arrestverfügung kann nicht schon deshalb, weil ja der Schuldner noch inländisches Vermögen — Grundstücke oder Hypothekenforderungen besitze, als unstatthast betrachtet werden, denn es ist billigerweise darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Schuldner, wenn ihm nicht eine Verwahrung daran hindert, sich seiner inländischen Grundstücke und Hypothekenforderungen zu entäußern vermag, ohne daß es dem Gläubiger möglich ist, sich noch unmittelbar vor der Ausführung des betreffenden Rechtsgeschäfts durch eine rechtzeitige Verwahrung zu sichern. Ein gewisses

Vermögen, woran sich der Gläubiger erholen kann, wie es in der P. D. a. a. D. heißt, ist es nicht, wenn die Wahrscheinlichkeit der Veräußerung anerkannt werden muß und der Schuldner nicht etwa bei seinem Abgange solche Maßregeln getroffen hat, welche mit Sicherheit darauf rechnen lassen, daß er sich im Besitz seines hierländischen Vermögens erhalten wolle.

Im Anschlusse hieran ist des Falles zu gedenken, wenn der Schuldner ein Ausländer ist, welcher mit sächs. Staatsunterthanen im Inlande contrahirt und daselbst zu zahlen sich verpflichtet hat. Der Fall, daß ein Ausländer in Sachsen Grundstücke besitzt, ohne seinen Wohnsitz in Sachsen aufgeschlagen und die sächsische Staatsangehörigkeit gewonnen zu haben, ist nach §§. 9, 10 des Gesetzes über Erwerbung und Verlust der Staatsangehörigkeit im Königreiche Sachsen vom 2. Juli 1852 sehr wohl möglich und in der Erwerbung hypothekarischer Forderungen auf hierländischer Grundstücke ist der Ausländer gar nicht beschränkt. Obwohl die A. P. D. Tit. LI. §. 1, welche die Arrestverfügungen gegen Ausländer wegen Forderungen, welche im Inlande contrahirt und daselbst zu erfüllen sind, ohne Bescheinigung der Gefahr des Verlustes oder der Verweigerung der Rechtshilfe von Seiten der auswärtigen Behörden zuläßt, kein directes Anhalten dafür gewährt, daß auch in Beziehung auf den Nachweis der Forderung andere Grundsätze, als gegen den inländischen Schuldner angewendet werden sollen, so hat sich doch die bisherige Praxis zu Gunsten der Angehörigen des eigenen Staates dahin geneigt²¹⁾, daß es in diesem Falle dem Ausländer gegenüber keiner förmlichen Bescheinigung bedürfe, sondern schon ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Forderung genüge. Es liegt gegenwärtig noch kein Grund vor, die Anwendbarkeit der obigen Vorschrift der A. P. D. zu bestreiten und die bisherige Regel zu verlassen. Die hierher bezüglichen Vorschriften der P. D. nämlich, welche eine Erleichterung der Rechtshilfe für den Inländer dem Ausländer gegenüber bezwecken, sind durch kein neueres Prozeßgesetz aufgehoben

²¹⁾ Annalen, II. 136.

worden und die G.D. hat ebenfalls nicht den Zweck, an jenen älteren processualischen Bestimmungen etwas zu ändern. Auch die bisher zwischen Sachsen und anderen deutschen Staaten über gegenseitige Rechtshilfe abgeschlossenen Staatsverträge und selbst das neueste durch die Verordnung vom 16. Januar 1865 publicirte Gesetz, die von den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshilfe betreffend, stehen dem nicht entgegen²²⁾.

Das zuletzt erwähnte Gesetz bestimmt zwar in §. 10, daß das forum arresti von dem auswärtigen Staate nur dann anzuerkennen sei, wenn bei der Anlegung des Arrestes die Eigenschaft des Arrestbeflagten als Ausländer nicht maßgebend gewesen, greift aber, wie sich hieraus von selbst ergibt, in Betreff der Arrestanlegung selbst und ihrer Wirksamkeit im Inlande, den Gesetzen des letzteren nicht vor. Der außerdem noch in der A. P. D. §. 1. Tit. LI erwähnte Fall, „daß dem Inländer wegen dessen, was ihm der Ausländer sonst (d. h. ohne im Inlande contrahirt zu haben und daselbst zur Zahlung verpflichtet zu sein), schulde, an dem Orte, wo der Schuldner beklaget und besessen nicht zu seinem Rechte verholten werden sollte,“ wird jetzt zu den Seltenheiten gehören; er kann

²²⁾ Dies wurde in der Verordnung in Sachen Hornauer c/a. Sommerbrodt ausgesprochen, in Betreff der Convention zwischen Sachsen und Preußen. Die Verträge mit Preußen (Verordnung vom 21. December 1859 Ges. = u. B. = Bl. S. 321 folg.); mit Altenburg (Verordnung vom 26. Juni 1840, Ges. = u. B. = Bl. S. 136 folg.); mit den Keupischen Fürstenthümern (Verordnungen vom 21. Juli 1845, Ges. u. B. = Bl. S. 104 und vom 27. October 1845, Ges. = u. B. = Bl. S. 246 folg.); mit Sachsen = Weimar = Eisenach (Verordnung vom 11. Februar 1847, Ges. = u. B. = Bl. S. 25 folg.); mit Sachsen = Coburg = Gotha (Verordnung vom 27. Juli 1848, Ges. = u. B. = Bl. S. 148 folg.) und mit Baden (Verordnung vom 31. Juli 1855, Ges. = u. B. = Bl. S. 165 folg.), verweisen nämlich, und zwar der Vertrag mit Baden im Art. 19, die übrigen allenthalben im Art. 27 in Betreff der Zulässigkeit und der Bedingungen einer Arrestanlegung auf die Gesetze des Staates, in welchem derselbe gegen die Unterthanen des mitcontrahirenden Staates verfügt worden ist, ohne für diese eine Ausnahme oder Bevorzugung vor andern Ausländern zu beanspruchen.

jedoch noch vorkommen und es würde daher auch in diesem Falle der Vorschrift der P. O. zur Zeit noch nachzugehen sein.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß eine Verwahrung des Pfandgläubigers gegen Veräußerung und Verpfändung des Pfandgrundstücks, welche nur die Sicherstellung eines Hilfsobjects als Befriedigungsmittel bezweckt, nicht statthaft sei; es ist aber mehrmals versucht worden, die Zulässigkeit einer solchen Verwahrung des Pfandgläubigers aus dem Gesichtspunkte einer außerdem zu befürchtenden Erschwerung der Rechtsverfolgung zu rechtfertigen; sie soll dem Gläubiger gewisse processualische, oder auch materielle Vortheile in Betreff seiner Forderung und des wegen dieser bestehenden Pfandrechts gewähren. Dem ist aber nicht beizupflichten. Für die Zwecke der Pfandklage bedarf der Hypothekengläubiger einer Verwahrung gegen die Veräußerung nicht, weil diese Klage auf Befriedigung aus der Substanz oder den Nutzungen des verpfändeten Grundstücks geht und gegen jeden dritten Eigenthümer des letzteren im foro rei sitae angestellt werden kann, eine Veränderung in der Person des Eigenthümers im Laufe des Processes den Fortgang des letzteren gegen den neuen Eigenthümer nicht hindert, und nicht einmal unbedingt und in allen Fällen das in der G. P. O. ad Tit. XVII. §. 1, 2 vorgeschriebenen Reassumtionsverfahrens nöthig ist²³⁾.

Dagegen kann es zwar, mit Rücksicht auf die nach §. 428 des B. G. B.'s zulässige Verbindung der persönlichen Klage mit der Pfandklage, so wie ferner in Folge der Bestimmung in §. 432 ib., nach welcher die in diesem §. erwähnte persönliche Haftung eines dritten Eigenthümers durch Anstellung der persönlichen Klage während der Besitzzeit des letzteren, über diese Zeit hinaus extendirt werden kann, für den Pfandgläubiger von Interesse sein, daß der gegenwärtige Eigenthümer das Pfandgrundstück

²³⁾ Entscheidung d. O. A. G. im Wochenblatt f. merkwl. Rechtsfälle 1857 S. 135 u. in der Zeitschr. für Rechtspf. u. Verw., Bd. X, S. 533. Die Reassumtion ist nach diesen Entscheidungen wenigstens dann nicht erforderlich, wenn infolge einer dinglichen oder persönlichen Klage die Hilfe in das fragliche Grundstück bereits vollstreckt, und erst nachdem dies geschehen, das letztere veräußert worden ist.

nicht, oder noch nicht veräußere; allein diese Vortheile, deren Eintritt eben nur von dem zufälligen Umstande abhängt, daß der ursprüngliche Schuldner oder sonst persönlich Verpflichtete bis zur Zeit der Klageanstellung auch Eigenthümer des Pfandgrundstücks geblieben ist, kann sich der Pfandgläubiger als solcher nicht durch eine Verwahrung gegen die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks sichern, weil derselbe nach §. 375 in Verbindung mit §. 224 des BGB.'s, ebenso wie nach §. 73 des Hyp. Ges. nicht befugt ist, die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks zu verhindern und weil selbst das dem Gläubiger ausdrücklich ertheilte Versprechen, dieses Grundstück nicht zu veräußern, die Veräußerung nicht hindert.

Es kann deshalb im rechtlichen Sinne nicht für eine Erschwerung der Rechtsverfolgung angesehen werden, wenn durch eine Veräußerung des verpfändeten Grundstücks dem Gläubiger diese besonderen Vortheile entgehen, auf deren Eintritt er kein Recht gegen den Pfandschuldner hat²⁴).

Der oben angeführte zweite Grund einer bloßen Erschwerung der Rechtsverfolgung, Entziehung eines geeigneten Hilfsobjects, (ohne Rücksicht auf die Begründung einer *forum arresti*), konnte nicht unerwähnt bleiben, muß aber jedenfalls mit vieler Vorsicht angewendet werden; nur wenn sich nach Lage der Sache annehmen läßt, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem sonstigen Vermögen des (zahlungsfähigen) Schuldners mit ungewöhnlichen und unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten verbunden sein, und ohnerachtet der Zahlungsfähigkeit des letzteren, doch

²⁴) Nach dieser Ansicht hat das OAG. in Uebereinstimmung mit dem AG. zu Leipzig noch neuerlich in Sachen Thierbach c/a Heilmann, Verordn. des III. Senats no. 23 Reg. 1865 und in Sachen Martshink u. Gen. c/a Steinert u. Gen. Verordn. des III. Senats no. 124 Reg. 1865 entschieden und in der ersteren Verordnung bemerkt, daß der Pfandgläubiger, wenn er etwa die persönliche Klage gegen die bisherigen Eigenthümer angestellt haben sollte, es sich selbst zuschreiben müsse, wenn er in Folge einer stattgefundenen Veräußerung des Pfandgrundstücks sich nicht mehr in der Lage befinde, im Fortgange dieses Prozesses zu einer Hilfsvollstreckung in das verpfändete Grundstück zu gelangen.

bei üblem Willen die Befriedigung des Gläubigers vereitelt werden dürfte, würde man diesen Grund gelten zu lassen haben. Selten wird dies geschehen können, wenn die Forderung noch gar nicht flagbar gemacht worden ist; eher noch kann es vorkommen, wenn dieselbe bereits ausgeflagt und der Prozeß bis zur nahe bevorstehenden Execution gediehen ist.

§. 5.

Der §. 219 erwähnt auch noch der Verwahrung, welche zu Sicherstellung eines Absonderungsrechts der Erbschaftsgläubiger dienen soll. Dieses Absonderungsrecht können nach §. 2333 des BGB.'s die Erbschaftsgläubiger, Vermächtnißnehmer und Anwärter geltend machen, wenn aus der Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben für ihre Forderung Nachtheil zu erwarten ist. Die obgedachte Verwahrung soll also den Zweck haben, die aus dem Nachlasse auf den Erben übergegangenen Grundstücke und eingetragenen Forderungen den Erbschaftsgläubigern, denen der Erbe als solcher auch nach dem Rechte des BGB.'s nicht über die Kräfte des Nachlasses haftet, als ein von dem eignen Vermögen des Erben trennbares Befriedigungsmittel zu erhalten. Auch hier fordert §. 219 der GD. neben der Bescheinigung der Forderung an den Erblasser, noch eine Bescheinigung der Gefahr des Verlustes oder der erheblichen Erschwerung der Rechtshilfe, es ist also, was dieses zweite Erforderniß angeht, die jederzeit vorhandene Möglichkeit, daß der Erbe durch Verfügungen über den Nachlaß den letzteren mit seinem Vermögen vermische oder mit eignen Schulden belaste, an und für sich allein noch kein ausreichender Grund für jene Sicherheitsmaßregel. Auch den Vorschriften der GD. §. 219 gegenüber sind m. E. zunächst die Verhältnisse des Erben für die Beurtheilung der Frage, ob die Gefahr des Verlustes der Forderung oder erheblicher Erschwerung der Rechtshilfe vorhanden, maßgebend. Der Erbe haftet zwar, wie bemerkt, den Erbschaftsgläubigern nur soweit, als die Kräfte des Nachlasses reichen, er hat aber diesen Nachlaß persönlich zu vertreten und aus eignen Mitteln dafür

aufzukommen, daß der Erbschaftsgläubiger die ihm nach Maßgabe der Nachlasskräfte gebührende Zahlung erhalte, wenn er, der Erbe, durch eine Veräußerung der Nachlassobjecte und Vermischung des Erlöses dafür mit seinem eigenen Vermögen, eine Sonderung beider Vermögensmassen, bez. eine Vollstreckung der Hilfe in den Nachlaß unmöglich, oder durch sonstige Verfügungen, z. B. Belastung des ererbten Grundstücks mit Schulden, die vollständige Befriedigung des Gläubigers aus den Nachlassobjecten unthunlich gemacht haben sollte. Ist also der Erbe in solchen Verhältnissen, daß er dem Erbschaftsgläubiger auch für diesen Fall in seiner Person und mit seinem Vermögen die nöthige Sicherheit bietet, so wird auf den Betrag des Nachlasses in der Regel etwas wesentliches nicht ankommen. Indessen kann auch der letztere in Frage gelangen, wenn etwa bei der Concurrenz mehrerer Nachlassgläubiger die baldige Vertheilung des Nachlasses unter diese Gläubiger und das bei Ausübung des Absonderungsrechtes eintretende Liquidationsverfahren²⁵⁾ dem Gläubiger wesentlich schneller zu seiner Befriedigung verhelfen würde, als eine Klageanstellung gegen den Erben, bei welcher die in die Executionsinstanz gehörige Erörterung der Frage, bis zu welchem Betrage der Kläger, nach Maßgabe des Verlassenschaftsbestandes Zahlung zu fordern habe, zu umständlichen und mißlichen Erörterungen Anlaß geben könnte. Das Absonderungsrecht, welches nach §. 2333 des BGB.'s den Vermächtnisnehmern und Anwärtern unter gleicher Voraussetzung und zu gleichem Zwecke, wie den Erbschaftsgläubigern zusteht, wird im §. 219 der GD. nicht ausdrücklich erwähnt. Da dabei aber jenen das Absonderungsrecht selbst, ebenso wie diesen zusteht, so wäre kein Grund vorhanden, warum ihnen nicht auch das Befugniß, sich nöthigenfalls die Ausübung dieses Rechtes durch eine Verwahrung zu sichern, zugestanden werden sollte; es ist daher m. E. der §. 219 auch auf das Absonderungsrecht der Vermächtnisnehmer und Anwärter anzuwenden.

²⁵⁾ Vergl. Siebenhaar, Commentar, zu §§. 2324 u. 2339 Bd. III. S. 318, 323.

Zu Sicherung von Vermächtnissen und Anwartschaften, deren Gegenstand ein Grundstück ist, bedarf es der Ausübung dieses Absonderungsrechts nicht, weil nach §. 277 des BGB. Vermächtniß und Anwartschaft einen Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken geben und die Anwartschaft (nach §. 2514 des BGB.'s und in 114,⁵ der G.D.) inmittelst und so lange der Erbe noch eingetragener Eigenthümer bleibt, als Dispositionsbeschränkung in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen ist. Ebenso gewährt das Vermächtniß einer hypothekarischen Forderung oder einer zu bestellenden Reallast (nach §§. 438 und 506 des BGB.'s) dem Vermächtnißnehmer einen Rechtsgrund auf Umschreibung der Forderung auf seinen Namen, bez. Eintragung der Reallast, und das Vermächtniß einer persönlichen Dienstbarkeit, welche nach §. 646 des BGB.'s behufs ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung derselben als Dispositionsbeschränkung bedarf, das Befugniß, diese Eintragung zu verlangen. In allen dergleichen Fällen würde, falls etwa die den Verhältnissen entsprechende definitive Eintragung wegen noch zu hebender Anstände nicht sogleich erfolgen konnte, eine Verwahrung nach §. 218 an ihrer Stelle sein.

(Fortsetzung folgt.)

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

21.

Auf die im Art. 89 des StGB. wegen der Bestrafung von Kindern getroffenen Anordnungen leiden die Vorschriften der StPD. über die Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen und über den Instanzenzug in Criminalsachen keine Anwendung.

Verordn. vom 23. Oct. 1865. no. 1061.

Da Kindern vor zurückgelegtem vierzehnten Jahre eine gesetzwidrige Handlung nicht als Verbrechen zugerechnet werden kann und das wider sie nach Art. 89 des StGB. von dem Richter nach Befinden einzuleitende Verfahren gar kein untersuchungsmäßiges, sondern ein rein disciplinarisches ist, so steht auch den höheren Criminalbehörden selbstverständlich keine Cognition über dasselbe zu, und es können insbesondere die Vorschriften der Strafproceßordnung über die Rechtsmittel gegen richterliche Entscheidungen und über den Instanzenzug in Criminalsachen auf die nach Art. 89 des StGB.'s gegen Kinder getroffenen richterlichen Anordnungen nicht in Anwendung gebracht werden.

Rücksichtlich der körperlichen Züchtigung ist dies auch im Art. 416 der StPD., in welchem die Entscheidung über dagegen erhobene Widersprüche der vorgesetzten Justizaufsichtsbehörde zugewiesen wird, noch ganz ausdrücklich anerkannt worden. Aus der Beschränkung dieser Bestim-

mung auf körperliche Züchtigung folgt aber nach dem Obigen keineswegs, wie das Gerichtsam W. gleichwohl irrthümlich annimmt, daß die Entschliebung über etwaige Widersprüche gegen eine nach Art. 89 des StGB.'s beschlossene Einlieferung eines Kindes unter 14 Jahren in eine Correctionsanstalt vor die höhere Criminalbehörde gehört, sondern im Gegentheile, daß dieselbe lediglich der betreffenden höheren Verwaltungsbehörde, zu deren Ressort die Unterbringung von Personen in Besserungsanstalten an sich gehört, zu überlassen ist, und hiermit stimmt nun auch die § 84 der Ausführungsordnung vom 31. Juli 1856 enthaltene Vorschrift vollständig überein.

Nach dem klaren Inhalte dieser Vorschrift hat das Gericht in einem Falle der vorliegenden Art, nach gefaßtem Beschlusse, das weitere Verfahren lediglich der Polizeibehörde zu überlassen, oder, dafern es selbst zugleich die Polizeibehörde ist, deshalb Bericht an die betreffende Kreisdirection zu erstatten, und es kann von einer vorherigen Abschließung oder einer Erledigung eines Criminalpassus hierbei nicht die Rede sein, da ein solcher überhaupt gar nicht vorliegt.

22.

Gleichartigkeit der Verbrechen des Art. 142 und 143 des StGB.'s im Sinne der Art. 82 und 83 des StGB.'s

Erf. vom 3. Nov. 1865. no. 1126/1104.

Das OAG. hält die Verbrechen des Art. 142 und 143 des StGB.'s allerdings für gleichartig im Sinne von Art. 82, 83 des StGB.'s. Die Staatsanwaltschaft will, indem sie dies bestreitet, einen wesentlichen Unterschied darein gesetzt wissen, ob Jemand sich nur gegen Private oder gegen die Obrigkeit und deren Diener widersetzt. Hierin kann man ihr jedoch nicht beipflichten. Der Private ist in dem im Art. 143 gedachten Falle mit den nämlichen Rechten bekleidet, wie der Beamte des Art. 142. Sowie der letztere dazu berufen ist, die Rechtsordnung aufrecht erhalten zu helfen und da nöthig gegen ihre Störer einzuschreiten, so sind dem Privaten in dem in Art. 143 vorausgesetzten Falle die nämlichen Befugnisse übertragen. Sie sind ihm übertragen, weil ihm, soll das Recht erlaubter Selbsthülfe nicht illusorisch gemacht werden, das Befugniß eingeräumt werden mußte, den ihm nöthigen, in der Regel bei den im

Art. 142 gedachten Organen zu suchenden Schutz ausnahmsweise sich selbst zu leisten. Der Private ist daher in diesem Ausnahmefalle ganz ebenso zu beurtheilen wie derjenige, welchem der Art. 142 Gewähr leistet, daß ein Widerstand gegen ihn strafbar macht. Beide sind in gleichem Maaße Wächter und Vollstrecker der der Rechtsordnung dienenden Normen und Verfügungen, und derjenige, welcher sich gegen den Art. 143 vergeht, beweist ebenso, wie der nach Art. 142 zu Ahndende, daß er sich dieser Rechtsordnung nicht fügen will, ja sich nicht scheut, ihren Wächtern und Vollstreckern Gewalt und Bedrohung entgegenzusetzen. Die allgemeine Quelle, welche es zu verstopfen gilt, ist bei beiden die nämliche; bei beiden liegt die gleiche oder doch eine gleichartige Triebfeder zu Grunde.

Daß diese Auffassung mit den Intentionen des Gesetzgebers zusammentreffe, muß um so gewisser angenommen werden, je klarer ein zwischen der Fassung beider Artikel gezogener Vergleich ergiebt, daß letztere ganz die nämlichen Bestimmungen über die Erfordernisse der vorausgesetzten Gewalt und Bedrohung, und gleichzeitig ganz die nämliche Strafandrohung enthalten und daher materiell es sogar völlig unbedenklich gemacht haben würden, ihren Inhalt in einem einzigen Artikel zusammenzufassen. Der Gesetzgeber hat hierdurch zur Genüge zu erkennen gegeben, daß er den Privaten, sobald dieser im Falle erlaubter Selbsthülfe sich befindet, ganz ebenso beurtheilt und geschützt sehen will, als den Beamten, dessen Hülfeleistung nicht zu erlangen war und dessen Stellvertretung gewissermaßen der Private des Art. 143 ebenso übernimmt, wie der vom Diener zur Assistenz Herbeigerufene, dessen der zweite Satz des Art. 142 gedenkt.

23.

Bei dem Verbrechen der Störung des Hausfriedens, Art. 151 des StGB., ist nur der Hausherr oder Principal selbst, nicht auch der Stellvertreter desselben antragsberechtiget.

Erk. vom 3. Nov. 1865, no. 1126/1104.

Nur der unmittelbar Verletzte ist, soweit im StGB. nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, nach Art. 98 des StGB. antrags-

berechtigt und als solcher kann im Falle des Hausfriedensbruchs der Stellvertreter des Hausherrn oder Principals, trotz des ihm im Art. 151 des StGB.'s eingeräumten Befugnisses zu Ausübung des Hausrechts, schlechterdings nicht angesehen werden. Antragsberechtigt ist bei diesem Verbrechen nur der Hausherr oder Principal; der Hausfriede, das Hausrecht, deren Störung und Verletzung geahndet werden soll, wird, mag auch im Auftrage des Hausherrn ein Anderer dieselben gewahrt und ausgeübt haben, nur diesem gegenüber verletzt. Ausschließlich in dem gegenwärtig nicht in Frage kommenden Falle, wo dieser Beauftragte zugleich nach Art. 102 des StGB.'s beurtheilt werden muß, würde dieser zugleich denunciationsberechtigt sein.

24.

Zur Auslegung der Worte des Art. 180 des StGB.'s:
„ihren ernstlichen Widerstand durch Gewalt überwindet.“

Erk. vom 2. Oct. 1865, no. 947/971.

Des Vertheidigers Einwendungen sind ohne Erheblichkeit. Es würde den Sinn des Art. 180 des StGB.'s völlig verkennen heißen, wollte Man mit dem Vertheidiger annehmen, daß jene Strafbestimmung in dem Falle nicht anwendbar sei, wenn der Verbrecher, um es zu dem, nach Lage der Sache zu erwartenden, ernstlichen Widerstande gar nicht erst kommen zu lassen, gegen die Frauensperson, welche er zum außer-ehehlichen Beischlase zu nöthigen beabsichtigt, gleich mit einer solchen Gewaltthat hervortritt, die jeden weiteren Widerstand unmöglich macht, also z. B. wenn er ihr durch einen unerwarteten Schlag auf den Kopf, durch ein Würgen am Halse zunächst die Besinnung raubt, und nun erst die Handlungen vornimmt, die geeignet sind, ihn seinem Ziele zuzuführen, die aber die durch seine Gewaltthat in einen bewußtlosen Zustand Versetzte nicht mehr von sich abwehren kann. In einem Falle dieser Art kommt der Verbrecher dem von ihm erwarteten ernstlichen Widerstande eben zuvor, und der Sinn des Art. 180 des StGB.'s erfordert, daß man auch die durch Gewalt herbeigeführte Unmöglichmachung des außerdem zu erwartenden ernststen Widerstandes unter den Begriff der Ueberwindung des Widerstandes durch Gewalt subsumirt. Mit Recht bemerkt der Vertheidiger Bl., daß ein Fall dieser Art unter die Strafbestimmung

im Art. 182 sich nicht subsumiren lasse, weil, anlangend insonderheit die im Satz 2 des Art. 182 des StGB.'s enthaltene Vorschrift, Arglist und nicht bloß rohe Gewalt als Grund der Hervorbringung der Widerstandslosigkeit vorausgesetzt werde, allein dies drängt um so mehr zu einer anderen, als der vom Bertheidiger aus dem bloßen Wortlaute abgeleiteten Erklärung des Art. 180 des StGB.'s hin, denn unmöglich konnte der Gesetzgeber einen Fall der vorliegenden Art, wie der Bertheidiger meint, den Strafbestimmungen über Nothzucht haben entziehen wollen. Nachdem, den gegenwärtigen Fall anlangend, die N. den Antrag St.'s, sie nach Hause zu führen, abgelehnt hatte, ist dieselbe von dem Angeklagten, einem kräftigen Menschen von 26 Jahren, ohne Weiteres mit beiden Händen am Halse gepackt, und, obwohl sie ihn anfangs noch mit den Armen abzuwehren suchte, dergestalt gewürgt worden, daß, nach St.'s eignen und der N. Angaben, völlige Bewußtlosigkeit der letzteren eintrat, ja, nach dem gerichtsarztlichen motivirten Gutachten, der Tod durch Erstickung nicht mehr fern gelegen haben kann und Nachtheile für die Gesundheit der N. eine Folge dieses groben Gewaltacts waren. Bewußtlos und damit widerstandsunfähig wollte aber St., der die N. schon mit der Absicht, sie zu gebrauchen, verfolgt hatte, geständlich dieselbe eben haben und er benutzte diesen Zustand zu Vollbringung des Beischlafs, nach dessen Erfolge erst die Gemißbrauchte wieder zu sich kam. Hiernach findet das OAG. die Ahndung der That St.'s als Nothzucht unter erschwerenden Umständen nach Art. 180 und 185 des StGB.'s völlig gerechtfertigt.

25.

Erpressung eines **Darlehens** kann nicht als eine nach Art. 283 in Verb. mit Art. 276 des StGB.'s zu ahndende Erpressung, sondern muß als Nöthigung nach Art. 201 des StGB.'s beurtheilt werden.

Erk. vom 27. Sept. 1865, no. 996/963.

In dem Bescheide Bl. ist ausgesprochen worden, daß, weil M. in dem Briefe, welchen er B.'n zugesendet, gedroht habe, er wolle, wenn letzterer ihm nicht helfe, Alles anzeigen, was er von ihm und seinem Sohne wisse, ingleichen weil er — nach seinen Zugeständnissen — durch

diesen Brief und die darin enthaltene Drohung, nachdem er bereits vorher auf sein Ansuchen um ein Darlehn solches nicht erhalten gehabt, bezweckt habe, W. oder dessen Sohn solle ihm vier Thaler Geld borgen, in diesem Gebahren M.'s ein Erpressungsversuch zu erblicken, und M. demgemäß wegen beendigten Versuchs einer Erpressung im Betrage von vier Thalern in Gemäßheit der Art. 282, 283, 276, 40 und 41 des StGB.'s zu bestrafen sei.

Dieser Entscheidung kann nicht beige stimmt werden.

Es ist in dem Bescheide nur festgestellt, daß M. bei W.'n habe Geld borgen, daß er bei selbigem ein Darlehn von vier Thalern habe aufnehmen, keineswegs aber, daß er von ihm einen rechtswidrigen Gewinn von vier Thalern habe erlangen wollen. Einen Vermögensvortheil hat M. allerdings bezweckt, und zwar einen solchen, auf den er kein Recht hatte, und ebenso hat er auch mit Nachtheilen gedroht, welche unter die im Art. 282 des StGB.'s enthaltenen Worte: „in irgend einer Art“ fallen, und worauf in dem Bescheide unter Anziehung der Blattzahl hingewiesen worden; allein dieser Voraussetzungen ungeachtet kann auf einen Fall der vorliegenden Art die Strafbestimmung in Art. 283 des StGB.'s nicht Anwendung finden, weil die Erpressung, dafern nicht die Bestimmungen in Art. 178 eintreten, mit den Strafen des Diebstahls geahndet wird. In dem gegenwärtigen Falle, wo nicht, wie die vorige Instanz, der thatsächlichen Feststellung nicht entsprechend, anzunehmen scheint, ein Gewinn von vier Thalern, sondern nur die Erreichung eines Darlehns von vier Thalern, nur ein Credit von dieser Höhe auf Zeit in Frage ist, kann von Anwendung dieser Strafbestimmung nicht die Rede sein.

Wohl aber hat M. durch sein Verhalten einer Nöthigung im Sinne von Art. 201 des StGB.'s sich schuldig gemacht, indem er durch seine Drohung W.'n zu einer Handlung, zu Verabreichung eines Darlehns, zu bestimmen versucht hat.

26.

Zu Anwendung des im Art. 222 des StGB.'s gedachten Erschwerungsgrundes genügt es nicht, daß der geleistete Meineid, zufolge einer bloß objectiven Auffassung seiner

Wirkungen, mit einem Vermögensvorteile nicht außer Verbindung steht.

Erk. vom 27. Oct. 1865. no. 964/1074.

Der Ansicht der vorigen Instanz hat man insoweit nicht beitreten können, als auf den von N. geleisteten Meineid der Erschwerungsgrund des Art. 222 des StGB.'s zur Anwendung gebracht worden ist. Dieser Erschwerungsgrund bezieht sich auf den Fall, wenn ein Meineid in der Absicht, sich oder Andern einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, geleistet worden ist. Man kann nun zwar der vorigen Instanz zugeben, daß hierbei darauf nichts ankomme, ob der beabsichtigte Vorteil in einer eigentlichen Bereicherung (einem Gewinne) oder nur in der Abwendung eines Vermögensnachtheils bestanden habe. Immerhin muß aber der rechtswidrige Vermögensvorteil ein, wenigstens doch mitwirkendes Motiv der Leistung des Meineides gewesen, und nicht in den Augen des Schwörenden vor einem andern wirklichen Motive völlig in den Hintergrund zurückgetreten sein. Ist letzteres der Fall, so genügt der Umstand zu Anwendung des Art. 222 des StGB.'s noch nicht, daß der geleistete Meineid, zufolge einer bloß objectiven Auffassung seiner Wirkungen, nicht geradezu außerhalb jeder Verbindung mit irgend welchem, ob auch noch so geringen, Vermögensvorteile steht. So verhält es sich bei dem von N. in der zwischen ihm und B. anhängigen Privatanklagesache am 24. Febr. 1865 geleisteten Reinigungseid. Man möchte nicht so schlechthin, mit den Verfassern des vorigen Urtheils behaupten, daß sich N. durch Leistung des Eides von einer „Geldstrafe“ befreit habe; die Strafe konnte nach Art. 239 des StGB.'s ebensowohl eine Gefängnißstrafe sein und der erkennende Richter hatte in dem Bescheide, Bl. des Fasc. O, noch keine Entscheidung hierüber ertheilt. Gewiß ist dagegen, daß der Reinigungseid nicht ohne Einfluß auf den Kostenpunkt bleiben konnte, und hierüber hat sich auch der Bescheid ausgesprochen. Allein nach dem bereits oben am Schlusse des Abschn. A. der Entscheidungsgründe, Bemerkten, hat man vollen Grund, anzunehmen, daß N.'n nur mißverstandenes Ehrgefühl, nur das Verlangen, B.'n gegenüber, in der Privatanklagesache um keinen Preis der unterliegende Theil zu sein, zum Meineide bewogen habe, und man ist zu glauben berechtigt, daß, wenn es sich von der Erreichung dieses Ziels nur irgend hätte trennen lassen, es N.'n auf den geringfügigen Kosten-

betrug nicht angekommen, daß dieser ebensowenig wie eine etwaige Geldstrafe ein Beweggrund zu Leistung eines Meineides für ihn gewesen sein würde. Eine solche, ganz außerhalb der subjectiven Absicht des Schwörenden liegende und nur von der Erreichung des beabsichtigten Zwecks füglich nicht trennbare, pecuniäre Nebenleistung erscheint nicht geeignet, die Anwendung des Erschwerungsgrundes im Art. 222 des StGB.'s zu vermitteln; führen doch die allgemeinen Motiven zum Cap. 8 des II. Theils des StGB.'s,

Krug, Commentar 2c. 2 Aufl. Abth. II., S. 112 fg.,

ganz ausdrücklich den Reinigungseid in Straffachen, soweit solcher noch statthaft, als Beispiel für die minder strafbaren Fälle des Meineides auf, solche nämlich, denen weder eine gewinnsüchtige Absicht, noch die Absicht, Andern zu schaden, zu Grunde liege. Wollte man den Einfluß eines gegen besseres Wissen geleisteten Reinigungseides auf den Kostenpunkt schlechterdings, und ohne Berücksichtigung der subjectiven Auffassung des Schwörenden, hierher beziehen, so müßte eben jeder Reinigungseid in Straffachen, wenn er ein Meineid ist, dem Art. 222 des StGB.'s unterstellt werden. Denn, wer einen Reinigungseid leistet und für diesen Fall klagfrei gesprochen wird, muß zugleich der Verbindlichkeit zur Kostenabstattung, im Allgemeinen wenigstens, enthoben werden. Es fallen aber nur solche Fälle des gegen die Wahrheit geleisteten Reinigungseides zugleich unter Art. 222 des StGB.'s, rücksichtlich deren die Absicht einer erkannten Geldstrafe, oder der Kostenbezahlung, als einer pecuniären Belastung, auszuweichen, bei dem Schwörenden zur Eidesleistung wenigstens mitgewirkt hat; in Betreff des Motivs, welches N.'n zu Leistung eines Meineides bestimmte, war aber solches nicht anzunehmen.

27.

Ueber das Verhältniß von §. 51 fg. der Gesindeordnung vom 10. Jan. 1835 zu Art. 239 des StGB.'s.

Erk. vom 13. Oct. 1865. no. 1057/1026.

Wenn B.'s Sachwalter für seinen Machtgeber um deswillen Nichtigkeitsbeschwerde eingewendet hat, weil gegen denselben Art. 239 des StGB.'s zur Anwendung gebracht und dessen Handlungsweise nicht

nach §. 51, 52 der Gefindeordnung für straflos erklärt worden, so kann über die Unerheblichkeit dieses Rechtsmittels kein begründeter Zweifel obwalten. Die Ausdrücke: „Dieb, Spitzbube“ sind ganz gewiß keine bloßen Scheltworte, und wenn man den Ausdruck: „faules Luder“ für ein solches erklären wollte, so würde es wieder an jeder Feststellung in der Richtung gebrechen, daß H. B.'n durch Trägheit zu einer solchen Bezeichnung Veranlassung gegeben habe. Ganz unrichtig ist der Bl. aufgestellte Satz, daß durch §. 52 der Ges. Ordn. jeder Herrschaft, ihren Dienstleuten gegenüber, bei sonst injuriösen Ausdrücken, ein für allemal die Absicht und der Wille, zu beleidigen, abgesprochen worden sei, was dahin führen soll, daß von Anwendung des Art. 239 des StGB.'s auf das Verhalten der Herrschaften gegen ihre Dienstleute niemals die Rede sein könne. Kein Gesetzgeber könnte und würde die Ehre der dienenden Classe in einer solchen Weise der Willkür der Dienstherrschaften Preis geben wollen, und auch §. 52 der Ges. Ordn. vom 10. Januar 1835 besagt etwas dieser Art durchaus nicht. Es sollen nur solche Ausdrücke oder Handlungen, welche zwischen andern Personen als Zeichen der Geringschätzung anerkannt sind, gegen die Herrschaft noch nicht die Vermuthung begründen, daß sie die Ehre des Gesindes habe kränken wollen; allein es leidet diese Gesetzesstelle nicht Anwendung auf ehrenrührige, namentlich die Ehrlichkeit des Gesindes betreffende Beschuldigungen, und es können selbst bloße geringschätzende Aeußerungen oder Handlungen der Herrschaft Gegenstand eines Strafverfahrens werden, wenn die Vermuthung, daß damit die Ehre des Gesindes gekränkt werden sollen, noch in anderer Weise als durch die betreffende Aeußerung oder Handlung selbst begründet wird. Ueber die Nichtanwendbarkeit der in der Ges. Ordn. §. 51 fg. enthaltenen Vorschriften auf einen Fall der gegenwärtig vorliegenden Art hat sich das OAG. bereits ausgesprochen.

Allgem. Gerichtszeitung Bd. V. S. 407 fg. und

Annalen Bd. III. S. 442, Bd. VIII. S. 82.

Als „im öffentlichen Dienst angestellte Personen“ im Sinne des Art. 246 Abschn. 2 des StGB.'s sind auch die Beamten einer nicht im Eigenthume des Staats be-

findlichen concessionirten Eisenbahn anzusehen, (vergl. noch Annalen, N. F. Bd. I. S. 8).

Verordn. vom 16. Octbr. 1865. no. 1101/1031.

Es kann bloß um deswillen, weil die Albertsbahn nicht im Eigenthume des Staats, sondern in dem einer Actiengesellschaft sich befindet, keineswegs, wie Seiten der Beschwerdeführer geschehen, der Satz aufgestellt werden, daß einem Schaffner dieser Bahn bei seinen dienstlichen Verrichtungen widerfahrene Beleidigungen nicht auch für ihn, vom Directorio der Albertsbahn, als seinen amtlichen Vorgesetzten, nach Art. 246 des StGB.'s mit der Privatanklage verfolgt werden könnten, indem die Beamten dieser Bahn nicht als im öffentlichen, sondern in einem Privatdienste angestellte Personen anzusehen seien. Es unterliegt im Gegentheile keinem erheblichen Zweifel, daß die Beamten einer — wie die Albertsbahn mittels Decrets vom 26. Januar 1854, Ges. Samml. v. d. J. S. 29 fg. — vom Staate concessionirten und bestätigten, durch ein Actienunternehmen begründeten Eisenbahn, welche dem Gebrauche des Publicums in vollem Umfange offen steht, im öffentlichen Dienste angestellt seien, wie denn z. B. auch bei Ausübung der durch Verordnung vom 13. Aug. 1856 geregelten Bahn- und Betriebs-Polizei auf den Eisenbahnen im Königreiche Sachsen, ferner im Art. 16 des Gesetzes, die Beschädigung von Eisenbahnen zc. betreffend vom 11. Aug. 1855, zwischen Beamten der Staats- und der concessionirten, einer Actiengesellschaft gehörigen Privatbahnen kein Unterschied gemacht, und in letzterer Gesetzesstelle der Directoren der Privatbahnen nur aus einem ganz andern, hierher nicht gehörigen Grunde besonders gedacht wird.

Krug, Commentar zc. 2. Aufl. S. 309.

29.

Unter den in Art. 302 und 350 des StGB.'s erwähnten Seitenverwandten sind auch solche zu verstehen, deren verwandtschaftliches Verhältniß nicht allenthalben auf ehelicher Zeugung beruht.

Erk. vom 4. Octbr. 1865, no. 986/985.

Auf die rechtliche Beurtheilung des Falles ist nach Ansicht des OAG. das persönliche Verhältniß, welches zwischen dem Krämer B. und

dem Angeklagten B. stattfindet, von wesentlichem Einfluß. Der verstorbene Vater des außerehelich erzeugten Angeklagten B. war ein Bruder des Vaters des Krämers B. Hiernach sind die Letzteren und der Angeklagte B. Seitenverwandte im vierten Grade. Dem steht auch der Umstand nicht entgegen, daß der Angeschuldigte B. außer der Ehe erzeugt worden ist. Denn während der Schwägerschaft jederzeit eine legitime Ehe zu Grunde liegen muß, wird die Blutsverwandtschaft sowohl durch eheliche, als durch außereheliche Zeugung begründet, indem der Begriff der Blutsverwandtschaft weiter etwas nicht erfordert, als Abstammung der betreffenden Personen entweder von einander oder von demselben Dritten. Nun enthält aber der von der Entfremdung handelnde Art. 302 des StGB.'s die Vorschrift, daß, wenn Diebstähle unter Seitenverwandten bis mit dem vierten Grade verübt worden sind, dieselben nur auf Antrag untersucht und nach den in gedachtem Artikel angegebenen mildereren Strafbestimmungen geahndet werden sollen. Da diese Vorschrift ganz allgemein gehalten ist, so muß angenommen werden, daß durch dieselbe auch solche Fälle eines Collateral-Verhältnisses getroffen werden, in denen letzterem auf der einen oder auch auf beiden Seiten außereheliche Zeugung zu Grunde liegt. In gleicher Weise ist übrigens auch ein anderer Artikel des Strafgesetzbuchs, in welchem von Seitenverwandten die Rede ist, auszulegen. Es ist dies der Art. 350, welcher die Ueberschrift trägt: „Unzucht zwischen Seitenverwandten und Verschwägerten.“ In diesem Artikel werden „voll- und halbbürtige Geschwister“ erwähnt, und es müssen hierunter, da der Artikel diesfalls nicht unterscheidet, sowohl eheliche, als außereheliche Geschwister verstanden werden.

Zu der Strafprozeßordnung.

9.

In einem Falle der in Art. 327 Abs. 3 der StPD. gedachten Art hängt es keineswegs von der Genehmigung des Angeklagten ab, ob seine in der Voruntersuchung

erstatteten Aussagen, zum Zwecke der Beweisführung gegen ihn, vorgelesen werden können.

Erk. vom 13. Septbr. 1865, no. 950/908.

Der Bertheidiger des Angeklagten Th. hat zwar dagegen keine Einwendungen erhoben, daß gegen seinen Defendenden, seines fortgesetzten ungeziemenden Benehmens wegen, das im Art. 327 Abs. 3 der StPD. vorgezeichnete Verfahren zur Anwendung gebracht worden ist; da jedoch das Gericht im Verlaufe der Verhandlung, die von dem Angeklagten in der Voruntersuchung erstatteten Aussagen hat vorlesen lassen, so stützt er die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde darauf, daß solches ohne Genehmigung seines Defendenden geschehen sei. Dieser Ansicht hat aber nicht beigetreten werden können, denn die im 3. Absätze des Art. 327 der StPD. enthaltene Bestimmung, nach welcher unter den dabei erwähnten Voraussetzungen die Verhandlung auch in Abwesenheit des Angeschuldigten mit dem Erfolge fortgesetzt und beendet werden kann, daß das in seiner Abwesenheit Verhandelte in Bezug auf ihn dieselbe Wirkung hat, als ob er gegenwärtig gewesen wäre, enthält offenbar eine wesentliche Abweichung von dem der StPD. zu Grunde liegenden, in Art. 5 derselben aufgestellten Principe der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit, und das durch dieselbe begründete Ausnahmeverfahren kann daher auch selbstverständlich nicht, wie dies der Bertheidiger Th.'s gethan, wegen einer Verletzung dieses Princips, insoweit solches durch die gedachte Bestimmung eben eine gesetzliche Einschränkung erlitten hat, und unter Bezugnahme auf solche Vorschriften der StPD. als nichtig angefochten werden, deren Anwendung nur durch die Gegenwart des Inculpaten in der Hauptverhandlung bedingt ist, und durch dessen Abwesenheit von selbst ausgeschlossen wird.

Wie nun aber hiernach einerseits bei Verhandlungen, welche nach Art. 327 Abs. 3 der StPD. in Abwesenheit des Angeschuldigten abgehalten werden, davon, daß die Bornahme irgend einer gerichtlichen Handlung von der Genehmigung des Angeklagten abhängig zu machen sei, der Natur der Sache nach nicht die Rede sein kann, so folgt andererseits daraus, daß für den in dem angezogenen Artikel bezeichneten Fall dem Gerichte das Befugniß, die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten fortzustellen und zu Ende zu führen, ganz im Allgemeinen

eingerräumt worden von selbst, daß das Gericht bei der Beweisaufnahme alle vorhandenen Beweismittel benutzen und zu diesem Behuf namentlich auch die von dem Angeeschuldigten in der Voruntersuchung erstatteten Aussagen zur Vorlesung bringen darf, wie dies rücksichtlich der in dieser Beziehung nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilenden, in Art. 317 und 318 der StPD. erwähnten Fälle auch bereits von dem OAG. bei anderer Gelegenheit

Annalen, VIII. Bd. S. 34

Allgemeine Ger.-Zeit. VIII. Jahrg. S. 220,
ausgesprochen worden ist.

Es bedurfte hierzu nicht allein keiner besonderen Ermächtigung in den betreffenden Artikeln des StGB.'s, sondern es würde im Gegentheile in denselben das Zurückgehen auf die früheren Aussagen des Angeklagten und deren Vorlesen mit ausdrücklichen Worten haben ausgeschlossen werden müssen, wenn es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte, bei dem Verfahren gegen Abwesende eine so wesentliche Beschränkung in der Benutzung der Beweismittel, die das weitere Verfahren oft ganz erfolglos machen, und namentlich in dem Falle des Art. 327 Abs. 3 der StPD. dem Angeklagten lediglich in Folge seines ungebührlichen und widerspenstigen Verhaltens eine weit vortheilhaftere und günstigere Stellung, als andern Angeeschuldigten gewähren würde, eintreten zu lassen. Die Unzulässigkeit der Folgerungen, welche der Verteidiger Th.'s aus den Bestimmungen der Artikel 280 und 326 der StPD. zu Rechtfertigung seiner Meinung zu ziehen versucht hat, ergibt sich aus dem, was oben bemerkt worden, von selbst; es kann jedoch nicht unerwähnt gelassen werden, daß die Behauptung, daß, wenn der in der Hauptverhandlung gegenwärtige Angeklagte die Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen verweigere, der Vorsitzende des Gerichts die von demselben in der Voruntersuchung erstatteten Aussagen nur mit seiner Genehmigung vorlesen dürfe, auch an sich eine völlig unrichtige ist, da das dem Vorsitzenden im 2. Abs. des Art. 280 zugestandene Befugniß unstreitig auch das Recht in sich begreift, einen Angeklagten, der in der Hauptverhandlung die Beantwortung von Fragen verweigert, die er in der Voruntersuchung beantwortet hat, seine früheren Aussagen zur Erklärung vorzuhalten und dieselben zu diesem Zwecke vorlesen zu lassen und einem Angeklagten offenbar nicht gestattet sein kann, in der Haupt-

verhandlung die Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen zu verweigern und gleichzeitig auch das Vorlesen seiner früheren Aussagen durch Widerspruch zu verhindern, während sich der im Art. 326 Abs. 1 und 2 der StPD. gedachte Fall von dem gegenwärtigen ganz wesentlich dadurch unterscheidet, daß in dem ersteren die Verhandlung überhaupt nur im Einverständnisse und mit Genehmigung des erkrankten Angeeschuldigten in dessen Abwesenheit fortgestellt werden kann, außerdem aber vertagt werden muß.

10.

Ne bis in idem. Art. 386 im Schlusssatze der StPD.

Erk. vom 13. April 1865, no. 1033/1021.

Gegen den durch ein Erkenntniß des Spruchkriegsgerichts wegen Nothzucht beschränkt klagfrei gesprochenen vormaligen Soldaten S. wurde späterhin, auf Anzeige der angeblich Genothzüchtigten, vom BG. zu A. eine Untersuchung wegen Nöthigung eingeleitet, welcher die nämlichen Thatsachen zu Grunde lagen, die den Gegenstand der kriegsgerichtlichen Untersuchung wegen Nothzucht gebildet hatten. Indem nun das DAG. das vom BG. gesprochene Straferkenntniß, im Verfolge des Rechtsmittels des Bertheidigers, als nichtig aufhob, bemerkte dasselbe zu Begründung dieser Entscheidung unter andern Folgendes: Weit entfernt, zu verkennen, daß das Denunciationsrecht des antragsberechtigten Verletzten möglichst zu wahren und daß hiervon namentlich in allen denjenigen Fällen auszugehen ist, in welchen die Thatsachen, welche ein Antragsvergehen bildeten, noch nicht consumirt wurden durch die auf ein Amtswegen zu verfolgendes Verbrechen bezügliche staatsanwaltliche Anklage, hat doch das DAG. den gegenwärtigen Fall als einen Fall der letzteren Art nicht anzusehen vermocht.

Das DAG. hält dabei das Denunciationsrecht des antragsberechtigten Verletzten insonderheit für alle Fälle aufrecht, in welchen der Thatbestand des geringeren Antragsverbrechens nur zufällig nach der concreten Gestaltung des Falles in dem Thatbestande des Amtswegen zu verfolgenden schwereren Verbrechens aufgeht — also bei ideeller Concurrenz und daher z. B. bei Ehebruch, der Nothzucht oder dem Inceste gegenüber — kann aber dagegen nicht einräumen, daß in der Regel das

Nämliche zu gelten habe in Fällen, in welchen der Thatbestand des geringeren Antragsverbrechens schon begrifflich in dem Thatbestande des Amtswegen zu verfolgenden schwereren Verbrechens mit enthalten ist. Nur bei ganz besonderer Gestaltung eines Falles der letzteren Art würde ausnahmsweise die geschehene Freisprechung wegen des letzteren der nachträglichen Denunciation aus dem Gesichtspunkte des Antragsverbrechens nicht entgegenstehen.

In allen Fällen ruht aber der Schwerpunkt schlechterdings auf der Frage, ob die den Thatbestand des geringeren Verbrechens ausmachenden Thatfachen noch nicht consumirt wurden, und wo solches geschah, fällt das nachträgliche Denunciationsrecht hinweg.

Und letzteres ist im gegenwärtigen Falle, soweit man dabei den Gesichtspunkt der Nöthigung in's Auge faßt, — und nur dieses letztere Verbrechen ist nach Bl. Act. Nr. 73 neben den daselbst überdies besonders namhaft gemachten Vergehen der Körperverletzung und der thätlichen Beleidigung als denunciirt anzusehen — schlechterdings bereits im vollsten Umfange geschehen; ja es läßt sich auch behaupten, daß Solches vorliegenden Falles gar nicht zu umgehen war, da jede Nothzucht gewissermaßen eine qualificirte Nöthigung ist und daher die Begriffsmerkmale einer solchen an sich schon mit einschließt, hierüber aber auch die sonstige besondere Gestaltung des Falles es geradezu zu einer Nothwendigkeit erhob, alle diejenigen Thatfachen zu consumiren, welche überhaupt dafür herbeigezogen werden konnten, daß H., um die verehel. St. zu Duldung von etwas Unsitlichem zu bestimmen, Gewalt angewendet habe. Hiermit sind aber gleichzeitig alle Requisite des Art. 201 des StGB.'s gedeckt und es will nicht einleuchten, wie das Bez.=Ger. bei dieser Sachlage, und wenn schon in dem spruchkriegsgerichtlichen Erkenntnisse ganz ausdrücklich darauf hingewiesen ist, wie es alle diese Thatfachen für erwiesen ansehe, letztere noch als unconsumirt und als solche beurtheilen wollen, über welche eine Entscheidung noch nicht vorliege. Ueber sie ist bereits entschieden, sie sind vollständig consumirt und ihre nochmalige Benutzung verstößt gegen den überhaupt nicht zu restrictiv zu interpretirenden Grundsatz: ne bis in idem.

Würde man dieser Auffassung durch eine Berufung auf den im Gerichtsjaale Jahrg. 1863 S. 161 fg. anzutreffenden Aufsatz und insbesondere auf die daselbst angezogene Entscheidung des OAG. entgegen-

treten wollen, so wäre dem einzuhalten, daß die der zuletztgedachten Entscheidung zu Grunde gelegenen Thatsachen eine völlig abweichende Beurtheilung schon um deswillen erheischen, weil in dem fraglichen Falle das Criterium der Gewalt und daher das Verbrechen der Nothzucht überhaupt gleich anfänglich nicht indicirt war, demnächst aber auch überhaupt nicht — als wovon jener Aufsatz ausgegangen zu sein scheint — eingeräumt werden kann, daß das Verbrechen der Nothzucht, eben so wie von einer Nöthigung, auch unzertrennbar sei von einem strafbaren Angriffe auf die Schaamhaftigkeit. Vielmehr sind Combinationen wohl denkbar, bei denen die Strafbarkeit eines solchen Angriffs, in Hinblick auf die insoweit vorgelegene Einwilligung und Connivenz der, erst durch den Eintritt der Gewalt und durch die mit dieser verbundene, weitergehende Absicht zum Widerspruche und zu ernstlicher Gegenwehr provocirten Frauensperson völlig hinwegfällt.

Handels- und Wechselrecht.

6.

Wesen der Differenzgeschäfte.

II. Sen.-Erk. vom 2. April 1865, no. 100/160.

Daraus, daß die sogenannten Differenzgeschäfte größtentheils in die Form von Lieferungskäufen eingekleidet werden, erwächst noch keine Vermuthung dafür, daß jedes Geschäft, das sich in der Form eines Lieferungskaufes darstellt, ein Differenzgeschäft sein müsse. Eben so wenig werden ursprüngliche Lieferungs- und Verkaufsgeschäfte und Einkaufscommissionen zu Differenzgeschäften dadurch, daß der Commissionär seinem Committenten das Mehr des Einkaufspreises gegen den Verkaufspreis als Differenz in Ansatz bringt, statt in ausführlicher Berechnung den Erlös beim Verkaufe und den Verlag beim Einkaufe zu beziffern und hieraus das Resultat zu ziehen oder dem Committenten es zu ziehen zu überlassen. Es kommt vielmehr, um ein solches Geschäft als Differenzgeschäft zu behandeln, Alles darauf an, ob die Contrahenten gleich Anfangs dahin übereingekommen sind, daß die proponirten Käufe und Verkäufe in Wirklichkeit nicht effectuirt werden sollen, sondern nur

der eine Theil dem andern Theile dasjenige herauszuzahlen, beziehentlich zu vergüten habe, was bei wirklicher Effectuirung des Geschäfts sich als Gewinn oder beziehentlich als Verlust herausgestellt haben würde.

Auf das Vorhandensein eines solchen ursprünglichen Uebereinkommens hat Beklagter direct sich nicht bezogen, und, wenn er es nur folgerungsweise aus den in der Klage enthaltenen Thatfachen behaupten will, so konnte ihm aus den oben angegebenen Gründen nicht beigepflichtet werden.

7.

„Drei Monate dato“ hat als eine dem in der A D W D. Art. 4 unter 4 beispielsweise gegebenen Ausdrucke „nach dato“ gleichbedeutende Bezeichnung der Zahlungszeit zu gelten.

II. Sen.-Erf. v. 24. Jan. 1865, no. 926/877 v. 1864.

[Der Satz wurde unter Bestätigung des Urthels zweiter Instanz — A G. Zwickau — wo wiederum auf den ähnlichen Vorgang: Annalen Bd. III. S. 249 verwiesen war, ausgesprochen.]

8.

Verzugszinsen können beim eigenen Wechsel, abgesehen vom Regreßfalle, dem Aussteller gegenüber an sich nur nach Höhe von 5 % in Ansatz gebracht werden.

II. Sen.-Erf. v. 24. Jan. 1865, no. 926/877 v. 1864.

[Das eben dahingehende reformatorische Urthel des A G.'s Zwickau wurde bestätigt.]

Nekrolog Alexander Ferdinand Immanuel Pechwell's.

Alexander Ferdinand Immanuel Pechwell, geboren zu Dresden den 15. September 1808 — Sohn des als Maler damals geschätzten Inspectors der Königlichen Gemäldegallerie, August Pechwell — empfing seine Gymnasialbildung von Michaelis 1820 bis Ostern 1829 auf der Schule zum heiligen Kreuze. Mit letzterem Zeitpunkte begann er das Studium der Rechtswissenschaft auf der Universität Leipzig und beendete solches binnen des damals üblichen Triennium zu Ostern 1832. Nachdem er, in die Praxis durch den Acceß bei dem Justizamte Dresden eingeführt, Approbation seiner Advocatenspecimina erlangt, jedoch noch bis Ende October 1836 theils in vorgedachtem, theils in dem Justizamte Gröllenburg zu Tharandt als Protocollant für den Staatsdienst sich ferner vorbereitet, wurde ihm daselbst mit dem 1. November desselben Jahres das öffentliche Amt eines Viceactuars übertragen. In dieser Stellung empfahl er sich durch Gewandtheit und Fleiß den oberen Behörden dergestalt, daß er 1840 zum Secretär bei dem Appellationsgerichte zu Dresden berufen wurde, welche Stellung er vom 1. April des gedachten Jahres bis zum 1. August 1847 bekleidete. Die besondere Zufriedenheit seiner Vorgesetzten mit seinen Leistungen, namentlich die Empfehlungen seines damaligen Chefs, des Appellationsgerichtspräsidenten Meißner, verschafften ihm die Auszeichnung, daß ihm Ende September 1845 die Probeschriften zu Erlangung eines selbstständigen Richteramtes im Staatsdienste

vorgelegt wurden. Nach deren Approbation am 8. September 1846 erfolgte mit dem 1. August 1847 seine Ernennung zum Assessor bei dem Appellationsgerichte Zwickau, in welches er im Mai 1851 als Rath einrückte. Die während seines Secretariats bei dem Appellationsgerichte Dresden gesammelten reichen Erfahrungen auf dem Gebiete des Eherechts fanden hier insofern eine besondere Anerkennung, als ihm 1853 die Leitung der Ehesachen und das Directorium im Ehesenate übertragen ward. In seine Vaterstadt kehrte er den 1. April 1860 als Oberappellationsrath zurück. Allein ein tieferes Körperleiden, augenscheinlich die Folge langjähriger Fesselung an den Schreibetisch, unterbrach hier wiederholt seine den Collegialgeschäften in den Civilsenaten förderliche Thätigkeit. Nachdem er im Sommer 1865 — vielleicht für einen günstigen Erfolg zu spät — in dem Hochgebirge Bayerns Stärkung seiner angegriffenen Gesundheit gesucht, auch Ende October seine Dicasterialthätigkeit wieder begonnen, entriß am 11. December 1865 der Tod den sorgsamem Familienvater den Seinen und den pflichtgetreuen Collegen dem obersten Gerichtshofe.

Die Annalen verdanken ihm zwei gediegene Abhandlungen aus dem Gebiete des Eherechts: „Zwei Fragen, die Gestattung der anderweiten Verhehlung für den schuldigen Theil betreffend,“ — an der Spitze des IV. Bandes — und: „Ist der Eherichter ermächtigt, bei einer wegen Ehebruchs erhobenen Ehescheidungsklage dem Kläger bei Verlust seines Klagrechts die Stellung des Strafantrags gegen den Beklagten innerhalb einer kürzeren, als der durch das Gesetz vom 3. April 1838 geordneten Frist mittelst Erkenntnisses aufzugeben?“ — im VIII. Bande S. 49 fg.

Der Beisetzung seiner irdischen Hülle auf dem Trinitatiskirchhofe am Vormittage des 14. Decembers beizuwohnen waren der Präsident des Collegii und die Mehrzahl der Mitglieder in Folge Collision der Beerdigungsstunde und der Sessionszeit verhindert. Es richtete deshalb der Präsident, wirklicher Geheimer Rath Dr. von Langenn, Namens des Collegii an die Wittwe das nachfolgende Beileidsschreiben:

„Euer Hochwohlgeboren haben einen schweren Verlust erlitten, an dem der Gerichtshof des Oberappellationsgerichts

aufrichtigen Theil nimmt. Gern hätten die Mitglieder des Oberappellationsgerichts ihr Mitgefühl an dem Hingange des geschätzten Collegen durch Anwesenheit bei der Beisetzung zu erkennen gegeben, wenn die Stunde der letzteren in die Geschäfte des Collegii nicht zu sehr eingreifend gewesen wäre.

„Der Gerichtshof wird gewiß des geschiedenen Collegen stets mit Achtung und Anerkennung gedenken und namentlich sich daran erinnern, wie der verewigte Colleague auch bei den schweren Leiden, womit Gottes Rathschluß ihn prüfte, soviel nur immer möglich, seinen Geschäften mit Treue oblag.

„Möge der Herr des Lebens und des Todes, Sie, sehr geehrte Frau, und Ihre Familie trösten und stärken und den Sonnenblick seiner Gnade auf Sie Alle scheinen lassen. Ich spreche dies in meinem und im Namen des Collegii mitfühlend aus.

Dresden, am 13. Decbr. 1865.“

Präjudizien.

Handelsrecht.

9.

Depot von Creditpapieren.

II. Sen.-Erf. vom 21. April 1865. no. 140/159.

Kläger behauptet, daß die von ihm angestellte Klage als *actio depositi*, welche das behauptete Befugniß des Beklagten, die ihm vom Kläger übergebenen Creditpapiere zu retiniren, beziehentlich soweit er den Betrag der ausgelosten Papiere und die Zinsen derselben erhoben, mit seinen angeblichen Gegenforderungen aufzurechnen, von selbst ausschließe, deshalb aufzufassen sei, weil Beklagter zufolge des Klagvorbringens den Depôt gedachter Papiere für Rechnung Klägers zugestanden habe. Nun kann aber ein Vertrag nur dann als *Depositcontract* angesehen werden, wenn die Sache nicht bloß zum Zwecke der Aufbewahrung dem Andern übergeben, sondern auch von diesem die fremde Sache in keiner andern Absicht, als dieselbe aufzubewahren, und künftig dem Deponenten oder dessen Stellvertreter zurückzugeben, übernommen worden ist. Durch diesen wesentlichen Zweck, welcher dem Hinterlegungsvertrage zu Grunde liegen muß, unterscheidet sich dieser Contract von vielen andern Verträgen, bei welchen die dem Andern übergebene Sache zwar zu verwahren ist, diese *custodia* aber nur als Neben Zweck des eingegangenen Vertrags erscheint, z. B. beim Mandat, Commodat, Pfandvertrag u. s. w. Denn in diesen Fällen ist nicht die *actio depositi*,

sondern die Klage aus demjenigen Vertrage, aus welchem die Aufbewahrungspflicht folgt, anzustellen.

Glück, Commentar Th. XV. S. 142 flg.

Aus diesen Gründen kann aus dem bloßen Geständnisse des Beklagten, daß er Creditpapiere des Klägers aufbewahre oder in Verwahrung habe, mit Sicherheit die Natur des zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht erkannt werden. Hierzu kommt, daß im kaufmännischen Verkehre die Bezeichnung „Depôt von Creditpapieren“ nicht nur von dem factischen Inhaben fremder Papiere, sondern insbesondere auch von solchen Creditpapieren, welche zu Sicherung von Handelsforderungen als Pfand gegeben werden (den s. g. Versatz „Depôt“ oder Deckungsgeschäft)

Bender, Verkehr mit Staatspapieren §. 101 flg.

Thöl, Handelsrecht §. 110, nota 1.

Brinckmann, Handelsrecht §. 131 S. 510 flg.

gebraucht zu werden pflegt. Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob zufolge der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen die Aufbewahrungspflicht des Beklagten als Hauptzweck des eingegangenen Vertrags, oder als Nebenzweck eines andern vom Depositcontracte verschiedenen Vertrags anzusehen ist. In der vorliegenden Klage hat Kläger selbst angeführt, daß er mit dem Beklagten seit dem Jahre 1853 in laufender Rechnung gestanden, indem Beklagter die ihm zum Ankaufe von Actien, Leistung von Einzahlungen auf solche und Einlösung von Tratten vom Kläger ertheilten Aufträge ausgeführt habe, und auf diese Weise in den Besitz der bezeichneten Creditpapiere gelangt sei. Nach dieser Darstellung aber läßt sich nicht bezweifeln, daß Beklagter die fraglichen Papiere nicht in Folge eines Deposit-, sondern eines Mandatscontracts in Verwahrung erhalten und genommen hat.

10.

Feststellung des Börsenpreises eines Papiers durch Sensalattest.

II. Sen.-Erk. vom 20. April 1865. no. 775/941 von 1864.

Die Beantwortung der Frage, wie sich der Preis einer marktgängigen Waare zu einem bestimmten der Vergangenheit angehörigem Zeit-

punkte und an einem bestimmten Orte gestaltet habe, mit andern Worten der Markt- oder Börsenpreis, welchen jene Waare zu dieser Zeit und an diesem Orte gehabt habe, bestimmt sich zunächst und in der Regel nach den Geschäften, welche über Waaren von derselben Gattung abgeschlossen und nach den Kaufpreisen, welche dabei verlangt und bewilligt worden sind.

Thöl, Handelsrecht §. 64 ed. IV.

Die hierzu erforderlichen speciellen Wahrnehmungen lassen sich nur bei einer Person voraussetzen, welche zufolge ihrer amtlichen Stellung die Gelegenheit und Veranlassung, sich eine erschöpfende Kenntniß jener thatsächlichen Vorgänge zu verschaffen, gehabt hat und auch die zur richtigen Auffassung und Beurtheilung derselben nöthige Fachkenntniß besitzt.

Anlangend nun die Beweiskraft der bei diesem Beweise benutzten Zeugnisse sub F., G., H. und J., so kommen bei der gegenwärtigen Entscheidung nur noch die Mäklerattestate sub H. und J. in Betracht. Der Ansicht der vorigen Instanz, daß zwar die formelle Beweiskraft dieser beiden Urkunden, welche mindestens in Ansehung der Urkunde J. (dem vorschriftsmäßig vollzogenen Attestate eines Leipziger vereideten Wechsel-*sals*) nach dem für den vorliegenden Rechtsstreit noch maßgebenden Gesetze vom 21. Septbr. 1833 sub Nr. I Abs. 3 keinem Zweifel unterlag — anzuerkennen, deren Inhalt aber nicht geeignet sei, die vom Beklagten nachzuweisenden Courspreise der fraglichen Effecten in rechtliche Gewißheit zu setzen, hat man sich nicht minder anzuschließen gehabt. Den sachgemäßen Gründen ist mit Rücksicht auf die Deduction des Beklagten nur noch Folgendes beizufügen.

A. Die Beweisurkunde H. ist das Zeugniß eines vereideten Wechsel-Fonds- und Geldmäcklers zu Berlin, dessen amtliche Eigenschaft als solcher in dem Beglaubigungsattest des Stadtgerichts bestätigt wird. Nach Inhalt dieses Zeugnisses findet für Darmstädter Zettelbankactien und Darmstädter Bankactien an der Berliner Börse keine amtliche Coursnotirung statt; es folgt daraus allerdings, daß für diese Effecten ein festbestimmter, ohne Weiteres als maßgebend zu betrachtender Börsenpreis an der gedachten Börse nicht existirt.

Nun kann man zwar dem Beklagten zugeben, daß es nicht unbedingt erforderlich gewesen sei, einen derartigen amtlich notirten und öffentlich bekannt gemachten Börsenpreis zu constatiren. Die eigentlich

zu beweisende Behauptung bestand vielmehr (wie die Rationen der vorigen Instanz bereits andeuten) auch hinsichtlich der eben bezeichneten Actien, darin, daß dieselben an den angezeigten Stichtagen für die von Beklagtem beanspruchten Preise in Berlin abzusetzen gewesen wären und dieser Beweis hätte sich noch auf andere Weise führen lassen, als durch den Nachweis eines unter öffentlicher Autorität festgestellten Börsenpreises, oder einer von verpflichteten Sachverständigen bewirkten Coursnotirung, welche nach kaufmännischen Grundsätzen im Zweifel als zuverlässig und den wirklichen Verhältnissen entsprechend anerkannt werden. So wie aber der Beklagte thatsächliche Umstände anderer Art, aus denen der erkennende Richter wenigstens die Schlußfolgerung ziehen könnte, daß ein Verkauf jener Effecten für die behaupteten Preise wirklich zu erzielen gewesen sei, gar nicht angegeben, sondern seinen Beweis Art. 53, 54 lediglich auf das Bestehen gewisser Course an der Berliner Börse gerichtet hat, eben so liefert auch das Zeugniß sub H. keinen Beweis, daß und welche einzelnen Geschäfte an diesen Tagen über Effecten der obgedachten Gattung in Berlin abgeschlossen und welche Preise dabei verwilligt worden sind. Es beschränkt sich vielmehr der Aussteller desselben auf die Versicherung, daß nach den von ihm gesammelten Coursnotizen und nach seinem besten Wissen und sorgfältiger Erkundigung die Durchschnittspreise sich in dem gedachten Maasse gestellt hätten. Mit Recht vermißt hierbei die vorige Instanz die speciellere Angabe der thatsächlichen Unterlagen, auf welche dieser Ausspruch, der sich lediglich als ein Urtheil des Sachverständigen über damalige Verkehrsverhältnisse betrachten läßt, gegründet worden ist. Der Einwand des Beklagten, daß der Aussteller des Zeugnisses den gleichen Weg eingeschlagen habe, welcher auch bei der Aufstellung der amtlichen Courszettel befolgt werde, ist nicht erheblich. Allerdings wird anzunehmen sein, daß die letztern auf Grund der von den verpflichteten Mäklern und Sensalen erstatteten Anzeigen ausgeworfen werde.

Thöl, Handelsrecht §. 64 ed. IV.

Ein Verfahren dieser Art ist in §. 42 der Leipziger Mäklerordnung ausdrücklich vorgezeichnet und soll auch an der Berliner Börse stattfinden. Einerseits ist aber zu berücksichtigen, daß die Feststellung eines amtlich und unter öffentlicher Autorität notirten Courspreises auf den Angaben sämmtlicher Mäkler über die von ihnen oder unter ihrer Mit-

wirkung abgeschlossenen Kaufgeschäfte beruht, während der Aussteller des Zeugnisses H. sich nur auf die durch ihn gesammelten Coursnotizen bezieht, seinen Ausspruch also allein, und auf Grund thatsächlicher Umstände abgiebt, von denen sich nicht ersehen läßt, inwieweit sie erschöpfender Art und von dem Sachverständigen selbst in zuverlässiger Weise wahrgenommen worden sind. Andererseits ist es bei jener amtlichen Coursnotirung die öffentliche Autorität, welche zugleich die Präsumtion für die Richtigkeit der Notirungen begründet, so daß es an sich und abgesehen von der Möglichkeit eines Gegenbeweises nur der Constatirung der notirten Börsenpreise bedarf. Von dieser müssen die bei der betreffenden Börse in Pflicht stehenden Mäkler officielle Kenntniß haben, weil sie unter ihrer wesentlichen eigenen Mitwirkung ermittelt werden und deshalb erscheint ein hierüber von ihnen ausgestelltes Zeugniß als vollkommen glaubwürdig. Auch der fernere Einwand des Beklagten, daß die Frage, ob der Experte seinen Ausspruch gehörig begründet habe, der Cognition des Richters entzogen sei, weil diese Prüfung eine besondere Fachkenntniß erfordere, ist in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen. Der Beweis durch Sachverständige beruht allerdings auf dem Grundgedanken, daß der Richter, als solcher, die Fachkenntnisse und Erfahrungen nicht besitzt, welche im gegebenen Falle zur richtigen Beurtheilung gewisser Gegenstände, Thatsachen oder Verhältnisse nothwendig sind. Ist aber auch der erkennende Richter nicht befugt, darüber zu entscheiden, ob der Experte die ihm vorgelegten Fragen nach richtigen Grundsätzen seiner Kunst oder Wissenschaft und mit richtiger Anwendung derselben auf den vorliegenden Fall beantwortet habe, so kommt ihm doch in Bezug auf die Glaubwürdigkeit und die Beweiskraft des Gutachtens vom prozessualen Standpunkte aus die Prüfung der Frage immerhin zu, ob der Experte seinen Ausspruch motivirt und wie er denselben zu begründen gesucht hat. Die logische Richtigkeit der aus gewissen Thatsachen gezogenen Schlußfolgerungen zu untersuchen, liegt eben so gewiß im Kreise der richterlichen Thätigkeit, als die Beurtheilung der Frage, ob die factischen Prämissen des Gutachtens als wahr hingenommen werden können, oder nicht. Es ist schon bemerkt gemacht worden, daß sich das Bestehen und die Höhe eines Markt- oder Börsenpreises eben nur aus den Geschäftsabschlüssen entnehmen und folgern läßt, welche zu einer bestimmten Zeit und an einer bestimmten Stelle vorgekommen

sind. Diese Geschäftsabschlüsse sind Thatsachen, wenn es auch zur richtigen Auffassung ihres Inhaltes und Gegenstandes einer besonderen Fachbildung bedürfen mag. Um also beurtheilen zu können, ob das Zeugniß sub H. hinsichtlich der thatsächlichen Unterlagen auf einer sicheren Basis beruhe, und eine richtige Schlußfolgerung enthalte, hätte es einer näheren speciellen Angabe der dem Experten zu Gebote gestandenen Erkenntnißquellen bedurft.

B. Das Zeugniß sub J. ist von einem Leipziger Wechselsensal ausgestellt. Nach Inhalt desselben hat am betreffenden Tage ein Umsatz in Meininger Creditactien gar nicht stattgefunden, es hat also auch ein Börsenpreis, wie solcher nach §. 42 der Leipziger Mäklerordnung festzustellen und als maafgebend anzunehmen ist, für diesen Tag gar nicht ermittelt und festgestellt werden können. Was der Aussteller sonst noch bestätigt, zerfällt, wie schon die erste Instanz bemerkt, in die zwei Sätze: a) daß an jenem Tage der Berliner Cours der gedachten Creditactien 83 % excl. Zinsen gewesen und b) deren Courswerth in Leipzig dem Berliner Cours analog anzunehmen sei. Von dem Berliner Coursverhältnisse kann ein Leipziger Wechselsensal bei der Ausübung seiner amtlichen Functionen mehr oder weniger zuverlässige Kenntniß erlangen, die Controlirung und Feststellung derselben gehört aber nicht zu denjenigen unmittelbar in seinen Geschäftskreis fallenden Handlungen, über die er beweiskräftige Attestate im Sinne des §. I. des Gesetzes vom 21. September 1833 (und nunmehr §. 8 des Einführ.-Gesetzes zum allgem. deutschen HGB. vom 30. October 1861) auszustellen hat. Der Leipziger Wechselsensal würde hinsichtlich auswärtiger Börsen in der Regel nur als ein gewöhnlicher sachverständiger Zeuge zu behandeln und dessen Befragung an die Formen der Zeugenabhörnung gebunden sein. Anlangend den zweiten Satz, so hat der Zeugnißaussteller dabei das Bestehen einer seinen Ausspruch bestätigenden Usance an der Leipziger Börse nicht einmal direct behauptet, es kann also unerörtert bleiben, ob dieser Umstand durch das schriftliche Zeugniß eines Mäklers überhaupt bewiesen werden könnte. In seiner vorliegenden Fassung giebt das Zeugniß sub J. gar keine Auskunft darüber, weshalb und wie die analoge Anwendung der Berliner Course eintreten solle, wenn an der Leipziger Börse kein Umsatz gewesen ist. Soll mit der bezüglichen Bemerkung gesagt sein, daß die Betheiligten eintretenden Falls

die an einem gewissen Tage abzuwickelnden Geschäfte nach Berliner Course regulirt haben würden, wenn an diesem Tage ein Cours an der Leipziger Börse nicht notirt worden, so wäre dies eben nur eine, der factischen Begründung entbehrende Ansicht des Ausstellers, welche keine Beweiskraft beanspruchen könnte. Dabei darf aber auch nicht unbeachtet bleiben, daß es zwar, wie bereits ausgeführt worden ist, keines besonderen Beweises dafür bedurfte, daß die fraglichen Effecten um die erweislich bestandenen Courspreise wirklich zu verkaufen gewesen wären, sobald nur das Bestehen dieser Courspreise dargethan werden konnte, daß aber die Präsumtion, welche das Bestehen eines Markt- oder Börsenpreises für die Verkäuflichkeit einer marktgängigen Waare begründet, mit Erfolg nicht geltend gemacht werden kann, wenn sich ergibt, daß an diesem Tage ein solcher Preis deshalb nicht festgestellt worden ist, weil kein Umsatz in der betreffenden Waarengattung stattgefunden hat. Denn diese Präsumtion beruht eben auf der Vorstellung, daß der Marktpreis sich allererst aus dem thatsächlich stattgefundenen Umsatz, durch Angebot und Einkauf, herausbildet. Endlich ist auch hier die Bemerkung zu wiederholen, daß der Beklagte seinen Beweis in Art. 96 nur auf das Bestehen von Courspreisen, nicht auf andere Thatsachen gerichtet hat, welche darauf hinweisen, daß der Absatz der Meininger Creditactien am Stichtage für die behaupteten Preise erfolgt sein würde.

11.

Zur Lehre von dem Kauf nach Probe. — Art. 340 § 1 B. G. B.
Einfluß von Irrthum und Betrug — B. G. B. §. 95, 833,
835, 837, 838, 843.

II. Sen.-Erf. vom 14. März 1865. no. 110/75.

Wenn Kläger der Meinung sind, daß in der Weigerung des Beklagten, den geforderten Kaufpreis zu bezahlen und die ihm zugesendete Waare zu behalten, bloß eine exceptio redhibitoria liege, welche der Beklagte zu beweisen gehabt habe, so vermag das O. A. G. diese Auffassung des prozessualischen Standpunktes der Sache wenigstens in dieser Allgemeinheit nicht zu theilen, wie sich aus Nachstehendem ergeben wird.

1) Der in der Klage beschriebene Kauf ist, wie die Kläger selbst als zweifellos bezeichnen und noch gegenwärtig besonders betonen, ein

Kauf nach Probe oder Muster, bei welchem insofern eine species verkauft worden ist, als die bestellten 10 Ballen Kaffee von einem bestimmten, bereits im Besitze der Kläger befindlichen Vorrath geliefert werden sollten. Nach der auf alle Fälle des Kaufes nach Probe sich beziehenden Vorschrift im 340. Artikel des allgem. deutschen Handelsges.-Buchs ist dieser Kauf ein unbedingter, und die Bezugnahme auf die Probe enthält eine Zusage (ein dictum et promissum) des Verkäufers, welche denselben dafür einzustehen verpflichtet, daß die Waare der Probe oder dem Muster gemäß sei;

vergl. Thöl, Handelsrecht, §. 72 ed. 10 Bd. I. S. 439 flg.,

Auerbach, Handelsgesetz, II. Abth. S. 104 flg.

Die Zurücklassung der Probe in den Händen des Käufers kann in Bezug auf die Prüfung und den Beweis der probemäßigen Beschaffenheit von Einfluß werden, gehört aber nicht zum Wesen eines Kaufes nach Probe. Eben daraus nun, daß in dem Kaufe nach Probe ein dictum et promissum des Verkäufers zu Gunsten des Käufers enthalten ist, welches dem ersteren die Verpflichtung auferlegt, Waare von einer bestimmten Beschaffenheit zu liefern, und aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß bei gegenseitigen Verträgen der Kläger die ihm zukommende Leistung nur dann zu beanspruchen berechtigt ist, wenn er seinerseits den Vertrag gehörig erfüllt hat, oder, soweit dies noch zulässig, zu erfüllen bereit und im Stande ist, folgt, daß der Beweis der Probemäßigkeit dem Verkäufer obliegt und daß zur Begründung einer Klage auf Bezahlung des Kaufpreises in der Regel das Anführen der probemäßigen Lieferung gehört. Die Anwendung dieses Grundsatzes, welchen das D. A. G. bisher constant befolgt hat;

vergl. Annalen I, S. 551,

ist auch durch das H. G. B. nicht ausgeschlossen worden, welches über die Beweislast bei dem Kaufe nach Probe keine besondere Bestimmung enthält, die Beantwortung der auf diese bezüglichen Fragen vielmehr den Prozeßgesetzen jedes einzelnen Staates überlassen hat, obwohl bei der Berathung des Art. 340 die Richtigkeit jenes Grundsatzes im allgemeinen nicht bezweifelt worden ist.

vergl. Auerbach, a. a. O. S. 108 flg.

Die Kläger, welche auch selbst davon ausgegangen sind, daß ihnen der Beweis der Probemäßigkeit obliege, haben zu diesem Behufe weiter

etwas nicht geführt, als daß die dem Beklagten zugesendeten 10 Ballen Kaffee, von demselben größeren Vorrathe Rio-Kaffee herrühren, von welchem auch die Probe und zwar ohne Wahl ausgehoben worden sei. Diese Behauptung hat die erste Instanz für genügend erachtet und demzufolge auf das Relatum erkannt, weil sich in diesem Falle mit Grunde nicht bezweifeln lasse, daß die Waare der Probe entsprochen habe, wenn zumal diese letztere ohne Wahl herausgenommen worden sei. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Es bedarf kaum der besonderen Erwähnung, daß auf diese Weise die Probemäßigkeit der Waare nicht direct, sondern vermittelst einer Schlußfolgerung aus anderen Thatsachen erwiesen werden würde. Soll nun bei einer Eidesklage ein Beweis durch Schlußfolgerungen überhaupt berücksichtigt werden können, so müssen wenigstens die Thatsachen, auf welche die Schlußfolgerung gegründet worden ist, mit der für den Eidesantrag nöthigen Bestimmtheit angeführt und auch an sich so concludent sein, daß es keiner weiteren Beweismittel und auch keines Legateides bedarf, um die eigentlich zu beweisende Behauptung in rechtliche Gewißheit zu setzen.

Die von der ersten Instanz angewendete Schlußfolgerung würde überhaupt nur dann einigen Anspruch auf logische Schärfe und Sicherheit haben, wenn ihr Vordersatz, daß der große Vorrath von gefärbten Rio-Kaffee, welcher für die Kläger in Harburg gelagert, von durchaus gleicher Qualität gewesen sei, bewiesen oder keines Beweises bedürftig wäre. Diese in der Klage nicht einmal speciell angeführte, überdies aber auch für den Gebrauch des Eidesantrags nicht wohl geeignete Thatsache hätte aber in alle Wege, wenn sie als Grundlage einer sicheren Schlußfolge dienen sollte, dargethan werden müssen. Eine factische Präsumtion kann weder für, noch gegen die Gleichartigkeit statuiert werden, weil es gänzlich an dem Nachweise von Thatsachen gebricht, welche dieselbe begründen könnten. Es kommt aber auch noch ein anderer Grund hinzu. Gesezt, es wäre jener ganze Vorrath von Rio-Kaffee im allgemeinen von gleicher Beschaffenheit — z. B. von derselben Plantage und der nämlichen Jahresernte gewesen — so liegt es doch in der Natur der Sache, daß, zumal bei einer größeren Quantität Kaffee, die einzelnen Bohnen ihrer Farbe, ihrem äußeren Ansehen und ihrer inneren Beschaffenheit nach nicht durchweg gleich, sondern verschieden, theils mehr, theils minder gut sind. Nächst der Gattung und der Gleichmäßigkeit

der Farbe ist es also namentlich auch das Verhältniß, in welchem die Zahl der geringeren zu den besseren Bohnen steht, durch welches sich die Qualität der Waare im Ganzen bestimmt. Es bedarf keiner besonderen Fachkenntnisse, um zu wissen, daß, wenn von einer großen Quantität Kaffee, mag nun dieselbe in Ballen oder Säcken verpackt, oder, wie kaum zu präsumiren wäre, in unverpacktem Zustande aufgespeichert gewesen sein, eine kleine Partie Bohnen, sei es auch auf das Gerathewohl, als Probe herausgenommen wird, diese Probe sich in den ebenbemerkten Beziehungen anders gestalten und eine andere Qualität der Waare indiciren kann, als die ist, welche die letztere in einem größeren von demselben Vorrathe herrührenden Quantum besitzt. Der Beklagte hatte ein Recht zu verlangen, daß die behandelte Quantität Kaffee im Ganzen so ausfiel, wie sie nach der Probe ausfallen mußte, und diesem Rechte wird dadurch allein nicht genügt, daß der Verkäufer beweist, daß die Waare von demselben Vorrath entnommen worden ist, von dem auch die Probe herrührt;

Heise und Cropp, Abhandl. Bd. I. S. 219, 220.

Der besondere Nachweis, daß die Waare der dem Beklagten vorgewiesenen Probe gemäß sei, konnte mithin den Klägern nicht erspart werden, und wenn man selbst zugeben könnte, daß nach der Argumentation der ersten Instanz eine gewisse factische Wahrscheinlichkeit dafür obwalte, daß die gelieferten 10 Ballen der Probe objectiv entsprochen hätten, so würde der Klage damit immer nicht aufgeholfen werden, weil dieselbe im Hauptwerke auf den Eid gestellt worden ist, demnach aber, den gegenwärtig bestehenden Prozeßgesetzen gegenüber, bloße Wahrscheinlichkeitsgründe bei der Entscheidung der Sache nicht berücksichtigt werden könnten. Die Klage ist daher schon deshalb unschlüssig, weil sie auf einem Kaufe nach Probe beruht und die Kläger die geläugnete Probenmäßigkeit der Waare in schlüssiger Weise nicht behauptet haben.

Es sind aber auch

2) die von der vorigen Instanz entwickelten Abweisungsgründe im Wesentlichen nicht zu mißbilligen gewesen. Es kann nämlich der Meinung der Kläger, als wenn im vorliegenden Falle schon der Beweis der objectiv gleichen Beschaffenheit der Waare und der Probe genügen müsse, nicht beigepflichtet werden, weil der gelieferte Kaffee nach der eigenen Angabe der Kläger künstlich gefärbt gewesen ist. Wie die Kläger selbst

anerkennen, ist bei dem Kaffee die natürliche Farbe der Bohne von wesentlichem Einfluß auf die Qualität und die Verkäuflichkeit dieser Waare. Selbst die Gründe, aus welchen nach dem Zugeständnisse der Kläger die Färbung der Bohne zu geschehen pflegt, weisen ganz unverkennbar auf eine Täuschung des Käufers in Betreff der natürlichen Farbe hin, welche ebensowohl dem Wiederverkäufer, als dem Consumenten gegenüber stattfindet. Wäre es auch begründet, wie Kläger behaupten, daß gefärbter Kaffee eine im Handel vorkommende marktgängige Waare sei, so würde dies immer keine Rückwirkung auf die juristische Beurtheilung jener Manipulation äußern, welche ihren Charakter als widerrechtliche Täuschung nur etwa dann unter den Contrahenten des Kaufes verlieren würde, wenn der Kaffee ausdrücklich als gefärbte Waare zum Kaufe angesetzt oder verlangt worden wäre.

Die Kläger haben nun, wie bemerkt, selbst angeführt, daß der gesammte Vorrath Rio-Kaffee, welcher dazumal in Harburg für sie gelagert, künstlich gefärbt gewesen, daß sie also auch dem Beklagten gefärbten Kaffee geliefert haben. Daß dieser Kaffee dem Beklagten von ihrem Bevollmächtigten ausdrücklich als gefärbter zum Ankaufe offerirt worden sei, ist in der Klage ebensowenig behauptet, als daß der Beklagte die künstliche Färbung schon in der Probe entdeckt, demohngeachtet aber seine Bestellung auf gefärbten Kaffee gemacht habe. Die Kläger meinen aber, der Beklagte habe dies aus der Probe erkennen müssen und erkennen sollen; das Unterlassen einer sorgfältigen Besichtigung und Untersuchung der Probe sei eine grobe Fahrlässigkeit und der Irrthum, welcher in dessen Folge stattgefunden habe, ein nicht entschuldbarer. Hiergegen ist aber Folgendes zu erinnern.

Der Handel nach Probe erfolgt, im Sinne des A.D.H.G.B.'s, nicht im Interesse des Verkäufers, sondern im Interesse des Käufers; dies ergiebt sich schon daraus, daß in der Bezugnahme auf die Probe eine den Verkäufer verpflichtende Zusage liegen soll.

Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, daß möglicherweise die Probe eine Waare von so geringer Qualität indiciren könne, daß sie nicht einmal als empfangbares Mittelgut passiren würde. Denn auch derjenige, welchem eine so geringe Waare zum Kaufe offerirt wird, hat immer ein Interesse daran, daß dieselbe nicht noch geringer als die Probe, nach deren Qualität der Preis bestimmt worden ist, ausfalle.

Schon diese Erwägung führt zu dem Satze, daß die Vorzeigung einer Probe nicht dazu dienen soll, dem Verkäufer einen Vortheil auf Kosten des Käufers zu verschaffen, daß mithin auch der Verkäufer nicht berechtigt ist zu verlangen, daß der Käufer die ihm vorgewiesene Probe mit besonderer Vorsicht und Genauigkeit prüfe. Selbst abgesehen von dem Falle einer Täuschung ist es nicht erforderlich, daß der Käufer die Probe mit dem Auge des Kenners mustere, noch weniger, daß er die Probe in Bezug auf solche Eigenschaften der Waare untersuche, deren Ermittlung besondere Experimente voraussetzt. Nur wegen solcher später entdeckter Fehler, welche bei der Besichtigung der Probe ohne grobe Nachlässigkeit nicht übersehen werden konnten, würde die Abnahme einer dieser Probe objectiv entsprechenden Waare nicht mehr verweigert werden können.

T h ö l, Handelsrecht §. 72.

Ist dagegen der Irrthum über die Beschaffenheit der Probe durch eine Täuschung von Seiten des Verkäufers hervorgebracht worden, so kann diesem gegenüber überhaupt nichts darauf ankommen, ob der Irrthum durch eine sorgfältigere Untersuchung hätte vermieden werden können, oder nicht. Daß nun der Beklagte die künstliche Färbung bei der Besichtigung der Probe wirklich entdeckt habe, läßt sich, auch wenn man annimmt, daß die Probe künstlich gefärbt gewesen, offenbar nicht voraussetzen, es mußte vielmehr, wie in voriger Instanz geschehen, bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden, daß sich der Beklagte in Bezug auf die Farbe des bestellten Kaffees in einem durch die künstliche Färbung der Bohne erzeugten Irrthume befunden habe. Sowohl nach gemeinem Rechte, als nach den Vorschriften des in der Deduction der Kläger als Beleg für die Richtigkeit ihrer Ansicht angezogenen bürgerlichen Gesetzbuchs (§. 833, 835) würde der in der künstlichen Färbung liegende dolus als ein solcher, der sich auf wesentliche Eigenschaften des Gegenstandes bezieht und den Beklagten zum Abschluß des Vertrags inducirt hat, zu betrachten sein und der Beklagte deshalb zu Rescission des Geschäftes berechtigt erscheinen.

A r n d t's, Pandecten, §. 237.

Siebenhaar, Commentar, Bd. I S. 121 flg., Bd. II S. 108, 109. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, läßt sich allerdings sagen, daß dem Beklagten eine exceptio zur Seite stehe, welche nach den eigenen Angaben der Kläger keines besondern Beweises bedurfte.

3) Wollte man endlich mit den Klägern annehmen, daß der gefärbte Kaffee eine marktgängige Waare sei, welche als eine besondere Sorte von geringerer Qualität im Handel aufstrete und damit den Vorwurf der Täuschung für beseitigt ansehen, so würde die Klage, wenn auch aus einer anderen Rücksicht, so doch nicht minder un schlüssig sein. Denn in diesem Falle brauchte sich der Beklagte als Käufer die Lieferung dieser besonderen Sorte nur dann gefallen zu lassen, wenn er diese geringere Sorte gekauft hätte. Die Bestellung dieser geringeren Sorte soll jedoch Inhalts der Klage nicht mit ausdrücklichen Worten, sondern thatsächlich, nämlich dadurch erfolgt sein, daß eine gefärbte Probe vorgezeigt und nach dieser Probe bestellt worden sei. Wäre nun auch zuzugeben, daß sich aus der Benutzung einer solchen Probe auf den Willen des Verkäufers, gefärbten Kaffee zu verkaufen, schließen lassen, so fehlt es doch an einer übereinstimmenden thatsächlichen Willenserklärung des Beklagten, so lange nicht erwiesen ist, daß derselbe die Färbung der Probe erkannt und dennoch die Bestellung nach dieser Probe erklärt hat. Der hierbei in Betracht kommende Irrthum ist daher ein sogenannter uneigentlicher, bei welchem es an dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten über den eigentlichen Gegenstand des Vertrags gefehlt hat und bei welchem überhaupt auf die Entschuldbarkeit des Irrthums nach gemeinem Rechte sowohl als nach den Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuchs etwas nicht ankommt.

Savigny, System des röm. Rechts, Bd. III. §. 116 S. 111 bis 115.

Bürgerl. Gesetzbuch, §. 95 u. §§. 837, 838, 843.

Siebenhaar, Commentar, Bd. I S. 121 flg., Bd. II S. 110 flg.

Dieser Fall darf nicht mit dem in der Deductionsschrift der Kläger besprochenen Falle verwechselt werden, wenn sich bei sonst allenthalben, namentlich auch in Betreff des Gegenstandes, vorhandener übereinstimmender Willenserklärung, der Empfänger bloß über solche Eigenschaften dieses Gegenstandes in einem Irrthume befunden hat, deren Mangel zwar den Werth des letzteren vermindert, aber die Identität der Sache nicht in Frage stellt.

12.

Zur Lehre von der Competenz der Handelsgerichte. —
 §. 8 der Ausf.-Verordn. vom 30. Decbr. 1861. —
 Geltung der HGB. von 1682.

II. Sen.-Erf. vom 7. April 1865. no. 889/867 von 1864.

Kläger hat die Bl. ersichtliche Klage gegen Beklagte vor dem Handelsgericht Leipzig deshalb erhoben, weil von ihm der Beklagten am 15. October 1845 zu einer Zeit, zu welcher dieselbe mit Bewilligung ihres Ehemannes und für eigne Rechnung eine Mode- und Tapissiererei-Waarenhandlung unter der Firma: „L. B.“ zu L. betrieben hat, auf ihr Ansuchen eine Magdeburg-Leipziger Eisenbahnactie Lit. A. nebst dazu gehörigen Dividendenscheinen dargeliehen worden ist. Die Beklagte hat rechtzeitig die Einrede des unzuständigen Gerichts vorgeschützt und dieselbe durch das Anführen zu begründen gesucht, daß sie theils schon seit dem Jahre 1846 ihr Handelsgeschäft aufgegeben habe und jetzt als Privatfrau in L. wohne, theils die in der Klage erwähnte Actie nicht zum Handelsbetrieb, sondern zu Unterstützung ihrer Eltern verwendet worden sei.

Der Ansicht der beiden vorigen Instanzen, daß die nur gedachte exceptio fori incompetentis unbeachtlich sei, vermag das OLG. aus folgenden Gründen nicht beizupflichten.

1.

Die R. S. Ausführungsverordnung zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuche vom 30. December 1861 hat durch die Bestimmung in §. 8 unter 1:

Vor die Handelsgerichte gehören Ansprüche gegen Kaufleute (Art. 4 des HGB.'s) aus Handelsgeschäften (Art. 271 bis 276 des HGB.'s.)

für die Zuständigkeit der Handelsgerichte in Rechtsstreitigkeiten über Handelsgeschäfte sehr enge Grenzen gezogen, indem sie die Competenz der Handelsgerichte von einer doppelten Voraussetzung abhängig macht, nämlich daß der geklagte Anspruch gegen einen Kaufmann gerichtet sei und aus einem Handelsgeschäft herrühre. Zugleich läßt die gedachte Verordnung durch die erfolgte Hinweisung auf die allegirten Artikel 4

resp. 271—276 des HGB.'s keinen Zweifel darüber entstehen, in welchem Sinne die Ausdrücke: „Kaufmann“ und „Handelsgeschäfte“ bei Beurtheilung der Kompetenzfrage aufzufassen sind. Es bilden daher die sächsischen Handelsgerichte nicht einen Causalgerichtsstand für Ansprüche aus Handelsgeschäften schlechterdings in ähnlicher Weise, wie solches im §. 8 unter 2 derselben Ausführungsverordnung aus Wechselln und kaufmännischen Anweisungen vorgeschrieben worden ist, vielmehr wird zu Begründung der handelsgerichtlichen Kompetenz außer dem Nachweise, daß der Anspruch aus einem Handelsgeschäfte im Sinne der Art. 271 bis 276 des HGB.'s originäre, der fernere Nachweis erfordert, daß der Beklagte Kaufmann im Sinne des Art. 4 des HGB.'s sei, mithin Handelsgeschäfte gewerbmäßig betreibe. Mit Hinblick auf das letztere gesetzliche Requisite erscheinen die Handelsgerichte, wenn man von den übrigen ihnen in §. 8 unter 2—11 derselben Ausführungsverordnung zugewiesenen Geschäften absieht, nach ihrer jetzigen Organisation als Sondergerichte für Kaufleute für den Fall, daß sie aus Handelsgeschäften in Anspruch genommen werden. Im Zweifel erlischt nun die Kompetenz der Landesgerichte der vorliegenden Art, wenn der Beklagte zu der Zeit der Klagerhebung demjenigen Stand, zu dessen Gunsten ein besonderes exremtes Forum eingeführt worden ist, anzugehören aufgehört hat. Bei der engen Fassung, welche dem oftgedachten §. 8 unter 1 der Ausführungsverordnung gegeben worden ist, und welche von den weiter gehenden Vorschriften der Einführungsgesetze der meisten übrigen deutschen Staaten in Betreff der Zuständigkeit der Handelsgerichte über Ansprüche aus Handelsgeschäften abweicht,

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I §. 45, Note 7
S. 363 flg.

hat das OAG. bereits früher beim Rechtsprechen

Annalen, Bd. VIII S. 347 flg.

die Ansicht befolgt, daß Handelsgerichte zur Entscheidung über Ansprüche aus Handelsgeschäften nur dann zuständig sind, wenn der Beklagte zur Zeit der Klageanstellung wirklich noch Kaufmann ist, mithin Ansprüche aus Handelsgeschäften gegen einen gewesenen Kaufmann, selbst wenn er zu dem Zeitpunkte, wo das Rechtsverhältniß begründet worden ist, diese Eigenschaft besessen und solche erst in der Zwischenzeit bis zur Klagerhebung verloren hat, nicht vor dem Handelsgerichte, sondern vor dem

gewöhnlichen Richter zu verfolgen sind. Da nun Kläger in der Klage lediglich auf einen Handelsbetrieb der Beklagten im Jahre 1845 und den folgenden Jahren sich bezogen, und deren Behauptung, daß sie ihr Handelsgeschäft längst aufgegeben habe, nirgends bestritten hat, so hat man den Umstand, daß Beklagte zur Zeit der Klageanstellung nicht mehr Handelsfrau gewesen sei, als liquid ansehen müssen.

2.

Bis zu dem Zeitpunkte, zu welchem die oftgedachte Ausführungsverordnung vom 30. December 1861 in Kraft getreten ist, hat man bei Beurtheilung der Competenz des Handelsgerichts zu Leipzig sobald nur der geklagte Anspruch auf Rechtsgeschäften, welche nach §§. 2 und 3 der Leipziger Handelsger. Ordnung vom Jahre 1862 der Zuständigkeit des genannten Handelsgerichts zugewiesen sind, beruhte, auf den Umstand, ob Beklagter zur Zeit der Klageerhebung noch Handelsgeschäfte treibe oder nicht, kein Gewicht gelegt, da §. 8 der erwähnten Handelsger. Ordn. die ausdrückliche Bestimmung enthält, daß

Handelsfrauen nicht allein, so lange sie noch Handlung treiben, sondern auch, da die Sache aus einer von ihr hierbevor geführten, nachgehends aber aufgegebenen Handlung herrührt zc.

vor dem Handelsgerichte verklagt werden dürfen, und aus §§. 2 und 3 derselben HGD. folgt, daß gleiche Grundsätze in Betreff aller Kaufleute ohne Rücksicht des Geschlechts gelten.

Annalen, Bd. II S. 246 flg.,

Zeitschrift für Rechtspfl. u. Verw. N. F., Bd. XIX S. 541 flg.

Die gedachten Bestimmungen, auf welche die erste Instanz Behufs der Zurückweisung der Einrede des unzuständigen Gerichts Bezug genommen hat, sind nach der Ansicht des OAG.'s durch die Ausführungsverordnung zum HGB. vom 30. December 1861 aufgehoben worden. Wie nämlich aus dem Schlusse des §. 8 der gedachten Ausführungsverordnung hervorgeht, sind die für die Zuständigkeit des Handelsgerichts zu L. in der Leipziger HGD. vom 21. December 1862 ertheilten Vorschriften einer genauen Prüfung unterworfen, diejenigen speciellen Vorschriften derselben, welche fernerhin noch Gültigkeit behalten sollen, einzeln aufgeführt, alle übrigen aber durch die neueren in der Ausführungsverordnung selbst ertheilten Bestimmungen mit dem Bemerken für erledigt

erklärt worden, daß letztere auch für das Handelsgericht zu Leipzig gelten sollen. Hierbei kann darauf, daß in dem Schlußsatz des §. 8 der Ausführungsverordnung nur die §§. II und III der Leipziger HGD. erwähnt worden sind, ein Gewicht nicht gelegt werden, da die Absicht des Gesetzgebers, wie aus diesem Schlußsatze in Verbindung mit §. 11 derselben Ausführ.-Verordn. hervorgeht, dahin gegangen ist, lediglich die Vorschriften der HGD. über die Competenz, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben worden, aufzuheben, die Bestimmungen der HGD. über Prozeßverfahren aber aufrecht zu erhalten, ferner die §§. II und III der HGD. auf den Umfang der Zuständigkeit des L. Handelsgerichts sich beziehen, und die oben speciell angezogene Vorschrift in Betreff der Handelsfrauen, welche neben andern rein processualen Bestimmungen in §. VIII enthalten ist, als eine Erläuterung des §. II erscheint, welche mit der Aufhebung des letzteren Paragraphen von selbst ihre Wirksamkeit verloren hat.

Uebrigens hat Beklagte an Entscheidung der Frage, ob sie vor dem Handelsgericht zu L. oder vor ihrem ordentlichen Richter zu belangen sei, ein wesentliches Interesse, da die vom L. er Handelsgerichte gefällten verurtheilenden Erkenntnisse mittelst Anlegung der Personalhaft vollstreckt werden dürfen.

3.

Da aus vorstehenden Gründen die Einrede der Beklagten schon deshalb, weil sie zur Zeit der Klageanstellung nicht als Handelsfrau anzusehen ist, Beachtung verdient, so bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob in der Darleihung einer Eisenbahnactie im Zweifel der Abschluß eines Handelsgeschäfts zu erblicken sei.

Civilrecht.

21.

Precarium, superficies oder servitus?*)

II. Sen.-Erf. vom 28. April 1865. no. 146/186.

Ein Precarium, als welches hinsichtlich der zeitherigen Benutzung des vom Kläger beanspruchten Areals derselbe das zwischen seinen und der Beklagten Besitzvorfahren Statt gehabte Verhältniß charakterisiren will, läßt sich daraus nicht folgern, daß der Vorbesitzer Kläger dem der Beklagten auf dessen bittliches Ansuchen die Bebauung des in Frage stehenden Flächenraumes gestattet hat. Bitte ist nur die Form, in welche sich der zuerst ausgesprochene Vertragswille einkleidet und sie führt zum Vertrag, wenn der entsprechende Vertragswille von der andern Seite hinzutritt und der auf dem Wege der Bitte eingeleitete Vertragsabschluß ist ebenso bindend, wie jeder andere. Das wesentliche Merkmal des precarium ist die meistens in der Form des Vorbehaltes des Widerrufs ausgedrückte Abhängigkeit des Bestehens des Verhältnisses von der Willführ des einen Theiles. Da aber an und für sich betrachtet jedes als Vertragsverhältniß erscheinende Rechtsverhältniß als ein auf beiderseitigem Vertragswillen beruhendes und mithin auch nur durch beiderseitigen Dissens lösbares anzusehen ist, so bedarf es, um das behauptete precarium zu beweisen, der Bezugnahme auf ausdrücklich vorbehaltenen Widerruf oder auf solche Thatsachen, durch welche beim Eingehen des Verhältnisses der eine Theil oder beide das Recht ohne Rücksicht auf den Willen des andern Theils beliebig auf den vorherigen Zustand zurückzugreifen, und die zu Gunsten des andern über sich genommene Beschränkung der eigenen Rechtsphäre wiederum aufzuheben, sich gesichert haben. Nun hat Kläger weder auf einen ausdrücklich ausgesprochenen Vorbehalt des Widerrufs Bezug genommen, noch auch Thatsachen für sich angeführt, aus denen ein stillschweigender gefolgert werden könnte. Im Gegentheil deutet, wie auch schon die vorigen Instanzen bemerkt haben, der Zweck der gestatteten Handlung selbst darauf hin, daß die

*) Man vergl. außer dem im Text angezogenen §. 661 des BGB's (Baurecht betr.) die §§. 190 und 583 und die Motive dazu — Siebenhaar, Comm. Bd. I. S. 196 und 406.

Fortdauer des Zustandes nicht von der Willkühr des klägerischen Vorbesizers hat abhängig sein sollen, es könne höchstens mit Rücksicht auf die Natur des Vertragsgegenstandes in Frage kommen, ob die Gestattung der Benutzung des Areals nach dem Willen des ursprünglich contrahirenden Besitzvorfahrers Klägers soweit auszudehnen gewesen, daß den Besitzern des Grundstücks der Beklagten das Befugniß habe zugestanden werden sollen, das Bauwerk nach seinem dereinstigen Verfall zu erneuern oder den Verfall durch Reparaturbauten zu verhindern, oder ob die Gestattung des Aufbaues eben nur auf diesen Aufbau und die Dauer seines Bestehens gegeben gewesen sei.

Die Frage, welche Classe von dinglichen Rechten Beklagte als Besitzerin eines auf Klägers Areal aufgebauten Häusertheiles zu beanspruchen habe, ob ein superficiarisches Recht oder ein servitutisches, erscheint nicht unzweifelhaft, es hat sich aber das OAG. der Ansicht voriger Instanz angeschlossen.

Das römische Recht erwähnt als Object superficiarischen Rechts nur solche unbewegliche Sachen, welche als selbstständige Gegenstände des Verkehrs betrachtet werden, getrennt von andern aus dem Eigenthume des Einen in das eines Andern übergehn können. In der Regel sind dies Gebäude oder Complexe von Gebäuden, *superficiae aedes* L. 2. D. de superfic. (43. 18.) *praedium superficiarium* L. 10. D. famil. ercisc. (10. 2.) L. 16. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7.) *superficia insula* L. 12. §. 3. D. de Publ. i. r. a. (6. 2.) L. 9. §. 4. D. de damno inf. (39. 2.) *tabernae, quae in solo publico sunt* L. 32. D. de contrah. emt. (18. 1.) eines Gebäudetheiles als *superficies*, der aber allerdings auch ein selbstständiges Ganzes bildet, eines *coenaculum, quod supra aedes sit, quas possideo* erwähnt L. 3. §. 7. D. uti possid. (43. 17.). Bei einer *Superficies* in diesem Sinne, die Gegenstand der Verpfändung ebenso wie jeder andern Veräußerung sein kann, erscheint allerdings die Anwendung der über Grundstücke und die Form der Veräußerung und Verpfändung bestehenden Vorschriften vollkommen angemessen, wenn auch bis zur Einführung des bürgerl. Gesetzbuchs, welches §. 661 ausdrückliche Bestimmungen deshalb enthält, besondere gesetzliche Anweisungen darüber nicht bestanden, vielmehr die Nothwendigkeit der Intabulation nur aus dem Wesen der Sache hergeleitet werden konnte, wie denn auch

Heyne, Commentar über das Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher zc. betr.

bei Deduction der Nothwendigkeit des Eintrags der superficies in das Grund- und Hypothekenbuch Th. I. S. 74 flg., Th. II. S. 177 flg. immer nur solche Gegenstände eines superficiarischen Rechts vor Augen hat, welche selbstständig Object des Verkehrs sein können.

Dergleichen selbstständige Objecte sind nun aber im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht in Frage, sondern es handelt sich nur um Theile von Gebäuden, die nach ihrem hauptsächlichlichen Complex auf dem Grund und Boden ihres Eigenthümers stehen. Ein Verhältniß dieser Art aber zeigt offenbar die größte Aehnlichkeit mit dem Servitutibus praediorum urbanorum, namentlich der servitus tigni immittendi, moeniani immittendi, projiciendi und dergleichen, welche im römischen Rechte L. 20. pr. D. de serv. praed. urb. (8. 2.) als servitutes, quae in superficie consistunt bezeichnet werden. Daß aber bei solchen, den Character von Servituten nicht minder als den der Superficies an sich tragenden Berechtigungen auf fremdem Grund und Boden, die, wie gedacht, vor dem Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuchs nicht auf bestimmter Gesetzesvorschrift beruhende Verpflichtung des Berechtigten, sich den Erwerb des Rechts durch Herbeiführung des Eintrags im Grundbuche zu sichern, eine so unbezweifelte sei, daß das Recht ohne Eintrag in das Grundbuch nicht habe entstehen und rechtlich fortbestehen können, ist eine Annahme, der es an hinreichenden Gründen gebricht.

22.

Welche Klagen stehen dem Ehemanne zu, um die Frau, welche sich, seiner Behauptung nach, zur Ungebühr, einen Hypothekeneintrag auf seinem Grundstücke verschafft hat, zur Löschung zu nöthigen, nachdem er das Grundstück an einen Dritten veräußert hat? — B. G. B. §§. 321, 397.

II. Sen.=Erf. v. 2. März 1865. no. 74/43. *)

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß Beklagter auf die Folien der in der Klage näher bezeichneten, damals im Eigenthume des

*) Durch Erkenntniß des dritten Senats im Sept. 1865 bestätigt.

Klägers ihres Ehemannes, befindlich gewesenen Immobilien außer einer, jetzt nicht bestrittenen Summe von 1864 Thalern auch noch einen ferneren Betrag von 550 Thalern als eheweibliche Matrien in Gemäßheit der Bestimmung in §. 38 sub 1 des vormaligen Hypothekengesetzes vom 6. November 1843, also vermöge des gesetzlichen Rechtstitels hat eintragen lassen. Der Kläger, welcher die gedachten Grundstücke inmittelst verkauft hat, gesteht von diesen 550 Thalern nur die Summe von 100 Thalern zu und verneint, daß ihm die Beklagte außer diesem den Werth ihrer Ausstattung repräsentirenden Betrage und jenen 1864 Thalern ein Mehreres an beweglichen Vermögen inferirt habe.

Das Petikum der vorliegenden Klage und Dasjenige, was der Kläger über die Verbindlichkeit der Beklagten, in die Auszahlung der von dem Käufer der also verpfändeten Grundstücke angeblich innebehaltenen Kaufgelder einzuwilligen, bemerkt, ist allerdings nicht ganz klar und zum Theil auch nicht ganz richtig. Da nämlich der Kläger selbst gar nicht bestreitet, daß er das Eigenthum dieser Grundstücke auf den Käufer derselben übertragen habe, so ist er, wie die vorigen Instanzen mit Recht bemerken, nicht mehr im Stande, die Negatorienklage wegen Löschung der bestrittenen Hypothek gegen die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Pfandgläubigerin anzustellen. Denn die Negatorienklage ist nach der richtigen, auch in §. 321 flg. des bürgerl. Gesetzbuchs adoptirten Ansicht eine auf dem Eigenthume als Klaggrund beruhende und gegen partielle Eingriffe in das Eigenthumsrecht des Klägers gerichtete Klage;

Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 289.

und wenn auch die bisherige Praxis in der analogen Anwendung der gemeinrechtlichen actio negatoria auf andere Rechtsverhältnisse dinglicher und dem ähnlicher Art nicht allzu bedenklich gewesen ist, so kann diese Klage, welche ihrer rechtlichen Natur und Begründung zufolge zu den Realklagen gehört, doch wenigstens zum Schutze rein persönlicher Ansprüche nicht angestellt werden. Insoweit übrigens das Petikum der vorliegenden Klage auf Anerkennung einer sogenannten natürlichen Freiheit gerichtet sein soll, würde es auch bei der Negatorienklage nicht passend sein, weil diese nicht auf der Präsumtion der natürlichen Freiheit, womit nur die negative Seite des Eigenthums bezeichnet wird, sondern auf dem positiven Rechte des Eigenthums selbst beruht.

Das cumulativ gestellte Petitum auf Einwilligung der Beklagten in die Auszahlung der vom Käufer innegehaltenen 450 Thaler, welches man der Lage der Sache und der Erklärung Bl. zufolge nur von einer Zahlung an den Kläger verstehen kann, würde zwar nicht unzulässig aber überflüssig sein, wenn die Beklagte verurtheilt werden sollte, die Löschung der Hypothek wegen der streitigen 450 Thaler geschehen zu lassen, indem, wenigstens nach Inhalt der gegenwärtigen Klage, das Bestehen dieser Hypothek als der einzige Grund zu betrachten ist, weshalb der Käufer die Auszahlung jener 450 Thaler an den Kläger beanstandet hat. Zum Gegenstand eines alternativen und selbstständigen Klaggesuches aber, wie solche der Kläger neuerdings darzustellen sucht, würde sich die geforderte Einwilligung nicht eignen. Denn die Beklagte konnte diese Einwilligung ertheilen, ohne damit ihre Hypothek und ihre Ansprüche an den Kläger und den jeweiligen Eigenthümer der Pfandgrundstücke aufzugeben. Als der hauptsächliche Gegenstand der Klage muß also die im Petitum ausdrücklich erwähnte Löschung der Hypothek betrachtet werden, und es fragt sich daher, ob die Klage auf Löschung dieser Hypothek gerechtfertigt erscheine, obgleich der Kläger sich weder darauf, daß der Eigenthümer der verpfändeten Immobilien, noch darauf, daß ihm etwa eine persönliche Zusage von der Beklagten ertheilt worden sei, zu beziehen vermocht hat?

Das OLG. hat diese Frage aus nachstehenden Gründen bejahen zu sollen geglaubt.

Zuvörderst ist in Bezug auf die thatsächlichen Angaben des Klägers zu bemerken, daß das Anführen „es seien bei dem Verkaufe der Pfandgrundstücke dem Käufer auf die Kaufgelder auch die fraglichen 550 Thlr. in An- und Abrechnung gebracht und von demselben innegehalten worden“ zwar nicht ganz präcis gefaßt ist, daß aber dasselbe im Zweifel nicht so aufgefaßt werden konnte, als habe damit gesagt werden sollen, es sei dem Käufer die Verpflichtung auferlegt worden, jene 550 Thaler als eine bestehende Schuld für Rechnung des Verkäufers an die Beklagte als Gläubigerin abzuführen. Daß eine — den Bestimmungen in §. 90 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 und §. 432 des bürgerl. Gesetzbuchs entsprechende — Uebereinkunft dieser Art nicht habe behauptet werden sollen, geht schon daraus hervor, daß Kläger aus den in der Klage vorgetragenen Thatfachen die Folgerung zieht, daß die

Beklagte verpflichtet sei, in die Auszahlung der innebehaltenen Kaufgelder an ihn, den Kläger, einzuwilligen. Die Klage hätte ganz anders substantiirt sein müssen, wenn der Kläger eine solche Ueberweisung der Matenhypothek in Anrechnung auf die unbezahlten Kaufgelder hätte zugestehen, und gleichwohl sein dermaliges Petitum auf unentgeltliche Löschung dieses Pfandrechtes aufrecht erhalten wollen. Erwägt man dagegen, daß der Kläger das fragliche Einbringen mindestens nach Höhe eines Betrags von 450 Thaler ausdrücklich bestreitet, und daß die lediglich auf dem gesetzlichen Rechtsgrunde beruhende Hypothek der Ehefrau sich nur als eine Cautionshypothek charakterisirt, so erscheint es völlig gerechtfertigt, in den Angaben der Klage die Behauptung zu finden, daß der Käufer mit seiner, des Klägers, Zustimmung eine Summe von 550 Thalern innebehalten habe, um sich wegen der Ansprüche zu decken, welche die Beklagte in Folge der noch ungelöschten Hypothek gegen ihn, als dritten Eigenthümer der Pfandgrundstücke, erheben könnte.

Daß in diesem Falle der Kläger an der Löschung der Hypothek ein wesentliches vermögensrechtliches Interesse habe, ist klar; er würde es aber auch dann haben, wenn der Käufer eine solche Sicherstellung nicht verlangt und erhalten hätte, weil er schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen außer dem Falle einer entgegenstehenden Vereinbarung seinem Abkäufer für die Beseitigung der auf den verkauften Grundstücken haftenden Hypotheken aufkommen müßte. Aus diesem Grunde hat man auch den Beweis der obgedachten pot. lit. cont. 7. 8. verneinten, in anderer Beziehung aber von der Beklagten für sich angezogenen Angaben Bl. zur Begründung des auf Hypothekenlöschung gerichteten Anspruchs nicht für erforderlich erachtet.

Wäre dem Ehemanne, um die Löschung einer Hypothek, welche nach §. 38 sub 1 des Hypothekengesetzes auf einseitigen Antrag der Ehefrau bestellt worden ist, herbeizuführen, nur die Negatorienklage vergönnt, so würde sich derselbe der Ehefrau gegenüber, welche auf Grund des Gesetzes (vermöge des gesetzlichen Rechtstitels) dieses Pfandrecht erlangt, ohne daß es dazu eines Nachweises über die Existenz und den Geldwerth ihres beweglichen Vermögens bedarf, in einer sehr mißlichen Lage befinden. Er würde, um sich die Füglichkeit der negatorischen Klage zu erhalten, von einer, nach Befinden vortheilhaften, Veräußerung des

Pfandgrundstückes, welche nach §. 73 des Hypothekengesetzes dem Besitzer eines mit Hypotheken belasteten Grundstückes freistehen soll, absehen, oder sich mit dem Käufer über die Fortstellung dieser Klage in seinem Interesse vereinbaren müssen, und dazu möchte sich der letztere in den meisten Fällen kaum verstehen. Wollte man aber einwenden, daß dem Ehemanne ebenso wie jedem andern der §. 38 sub 2—4 gedachten Schuldner, unabhängig von dem Eigenthume der verpfändeten Grundstücke, die Anstellung einer persönlichen Provocationsklage freistehet, so wäre dagegen zu erinnern, daß die provocatio ex lege diffamari nach dermaligem Prozeßrechte im besten Falle nur den Erfolg haben könnte, daß dem Provocaten entweder deshalb, weil der Provocant von der Hauptklage entbunden und losgezählt oder deshalb, weil die Hauptklage nicht rechtzeitig eingereicht oder wiederholt in der angebrachte Maße abgewiesen worden ist, rücksichtlich seiner Forderung ein ewiges Stillschweigen auferlegt würde;

Biener, Systema Proc. §. 303.

Bekanntmachung des OAG. vom 30. October 1847 (Gesetz- und Verordn.-Bl. 1848, S. 1.)

In keinem von allen diesen Fällen würde die im Haupt- oder Provocationsprozesse ertheilte Entscheidung die Löschung der Hypothek im Wege des Vollstreckungsverfahrens zur unmittelbaren Folge haben; diese Löschung würde vielmehr, unter Zugrundelegung eines solchen Judicates, erst besonders erstritten werden müssen, und die Statthastigkeit einer hierauf gerichteten Klage sehr in Frage gestellt werden können, wenn die Löschung der Hypothek außer dem Falle besonderer Zusage nur vom Eigenthümer als solchem und nicht auch kraft einer persönlichen Klage durchgesetzt werden könnte.

Es läßt sich wohl zugeben, daß die Vorschriften in §. 42 des vormaligen Hypothekengesetzes, welche für die Prüfung der gegenwärtigen Klage noch maßgebend sind, ihre nächste Anwendung auf den Fall finden, wenn der Widersprechende, also hier der Ehemann, noch Eigenthümer des mit der Hypothek belasteten Grundstückes und somit in der Lage ist, seinen Widerspruch mit der actio negatoria auszuführen. Allein die Füglichkeit, diesen Widerspruch auch durch Anstellung einer anderen Klage zur Geltung zu bringen, ist durch den §. nicht ausgeschlossen. Derselbe enthält vielmehr in Verbindung mit §. 38 (vor-

letztes Alinea) das viel allgemeinere Princip, daß die Eintragung der auf den gesetzlichen Rechtsgründen beruhenden Pfandrechte (und des Auszuges) durch keinen Widerspruch gehindert werden solle, daß aber dem Widersprechenden freistehen solle, seine Einwendungen „rechtlich“ auszuführen, um sodann die Löschung suchen zu können, sowie daß der Eintrag der Maltenhypothek insbesondere an und für sich in Bezug auf die Beweislast im Prozesse keine Aenderung bewirken soll. Diese Vorschriften, welche theils auf einer richtigen Auffassung des Zweckes der hierbei in Frage stehenden dinglichen Rechte, theils und rücksichtlich der in §. 38 1—4 und §. 39 gedachten Hypotheken auch auf einer billigen Berücksichtigung der Rechtslage des Schuldners, gegenüber einer gewissen Gläubigern zugesprochenen Begünstigung beruhen, sind im Wesentlichen auch in §. 397 des bürgerl. Gesetzbuchs aufgenommen worden. Und wenn auch in dem letzteren von dem Widerspruche des „Eigenthümers“ die Rede ist, während man unter dem allgemeineren Ausdrucke „der Widersprechende“ im §. 42 des Hypothekengesetzes auch noch dritte Personen verstehen könnte, so wird doch auch durch den Inhalt und Zweck des §. 397 cit. die Ausführung des dem Eigenthümer zur Seite stehenden Widerspruchsrechts nicht auf seine Besitzzeit und die Möglichkeit, während dieser die Negatorienklage zu benutzen, beschränkt. Und in der That läßt sich auch die Zulässigkeit einer persönlichen Klage des vormaligen Eigenthümers, gegen welchen der gesetzliche Rechtsgrund zur Hypothekenbestellung ausgeübt worden ist, ohne Schwierigkeiten nachweisen. Die Bestellung einer Hypothek auf einseitigen Antrag des Gläubigers, insbesondere der Ehefrau wegen ihres beweglichen Einbringens, an den Immobilien der Schuldner, resp. des Ehemannes, äußert sich allerdings zunächst und unmittelbar in einer Beschränkung des Eigenthums und begründet demnach die Anstellung der Negatorienklage zur Abwendung eines solchen Eingriffs in das Eigenthum des Klägers. Insofern aber die Immobilien eben nur einen Bestandtheil des Gesamtvermögens einer Person bilden, enthält die Bestellung dieses Pfandrechts mittelbar eine Beeinträchtigung dieses Vermögens und einen Eingriff in das Rechtsgebiet des Eigenthümers überhaupt, deren nachtheilige Folgen, wie gezeigt, über das Wesentliche einer bloßen Eigenthumsstörung und die Besitzzeit des Schuldners hinausgreifen. Zur Abwendung derartiger Nachtheile, nach Befinden Er-

faß der dem Eigenthümer zugezogenen Vermögensverluste, muß dem letzteren, neben der dinglichen, auch eine persönliche Klage zugestanden werden, deren er sich auch nach Aufgabe des Eigenthumes an dem Pfandgrundstücke bedienen darf, und welche sich schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung zum Schadenersatz um so mehr rechtfertigt, als die Bestellung des Pfandrechts erst durch eine eigene Handlung des Beklagten (oder beziehentlich seiner gesetzlichen Vertreter) veranlaßt werden muß. Es läßt sich aber eine persönliche Klage auf Löschung auch aus dem besondern Gesichtspunkte einer *condictio sine causa* betrachten und aufrecht erhalten. Denn der Gegenstand einer *Condictio* kann eine dem Beklagten bestellte Hypothek sein; der Inhaber dieser Hypothek ist der vermeintliche Gläubiger des Klägers, und daß der letztere nicht mehr Eigenthümer der *res obligata* ist, hindert die Statthaftigkeit der *Condictio* nicht, weil sein Interesse zunächst gegen den Inhaber der Hypothek gerichtet ist und gerichtet sein muß. So wenig man also Bedenken tragen würde, z. B. dem Ehemanne, welcher nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks ist, eine *Provocationsklage* gegen die Ehefrau zu gestatten, und demselben, wenn er in Folge der letzteren eine Entscheidung des oben gedachten Inhalts erlangt hat, auch einen Anspruch auf Löschung des Pfandrechts zuzugestehen, eben so gewiß ist eine persönliche Klage zulässig, welche denselben Zweck auf kürzerem Wege erreichen läßt. Daß auch bei einer solchen persönlichen Klage die Beweislast den Gläubiger trifft, folgt einerseits aus den allgemeinen Regeln über die Beweislast, andererseits aus dem Wesen der betreffenden Pfandrechte, als *Cautionshypotheken*, die zwar in ihrer Entstehung als *Realrechte* unbedingte, in ihrer Fortdauer und endlichen Wirksamkeit aber durch das erweisliche Bestehen der sicherzustellenden Forderung bedingt sind. Gegen die vorstehend entwickelte Ansicht ist auch nicht einzuwenden, daß der Pfandgläubiger einer wiederholten Klageanstellung, z. B. die Ehefrau einer persönlichen Klage des Ehemannes und einer dinglichen Klage des Eigenthümers ausgesetzt werde. Denn, wollte man auch diese Möglichkeit zugeben, so würde doch immer die hiermit verbundene Belästigung nicht zu der Annahme führen, daß der Schuldner in der selbstständigen Verfolgung seiner Ansprüche behindert und von der Willkühr des neuen Eigenthümers abhängig gemacht werden müßte. Auch die vorige Instanz hat die Statthaftigkeit einer

persönlichen Klage auf Löschung anscheinend nicht verneinen wollen, aber das Anführen Klägers in Bezug auf sein fortdauerndes vermögensrechtliches Interesse an dieser Löschung für unzureichend gehalten. In dieser Beziehung ist das Nöthige aber bereits oben erörtert worden.

Aus diesen Gründen ist die Klage aufrecht zu erhalten und auf Beweis des exceptivischen Vorbringens, nämlich der Illatenforderung der Beklagten, insoweit diese streitig, erkannt worden. Beachtenswerth würde auch die Ausflucht gewesen sein, daß Kläger beim Verkaufe seiner Grundstücke die fraglichen 550 Thaler dem Käufer als eine wirkliche Schuld zu künftiger Bezahlung an die Beklagte überwiesen hätte, namentlich dann, wenn die letztere bei dieser Vereinbarung selbst concurrirt und die Zusage des Käufers acceptirt hätte. Allein auf solche Vorgänge hat sich Beklagte im Exceptionssaze gar nicht bezogen, und dieselben auch später nicht als eine ihrerseits behauptete Thatsache, sondern als Folgerung aus Klägers Anführen aufgestellt, welches aber, wie gezeigt, von einem Abkommen dieser Art nicht zu verstehen war.

23.

Der Eintrag einer Hypothek nach §. 38 sub 1 des Hyp.-Ges. vom 6. November 1843 — BGB. §. 390 — kann nicht wegen Immobilienbesizes der Ehefrau, ingleichen nicht ohne Weiteres wegen derselben zuständiger Forderungen an Dritte gesucht werden.

II. Sen.-Erk. vom 27. April 1865. no. 204/174.

In Art. 12—14 ist nur angeführt, daß die Beklagte bei ihrer Verheirathung mit dem Kläger ein Grundstück eigenthümlich besessen habe, dessen Werth sie mit Berücksichtigung einer Hypothekenschuld, auf 2900 Thaler veranschlagen zu können glaubt. Wegen dieses Grundstücks würde die Beklagte nicht berechtigt gewesen sein, sich eine Hypothek an den Immobilien ihres Ehemannes eintragen zu lassen, da nach §. 38 sub 1 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 (vergl. auch §. 390 des bürg. Ges.=B's) der Ehefrau ein gesetzlicher Rechtstitel auf Erwerbung einer solchen Hypothek nur wegen ihres beweglichen, zu diesem Ende in einer bestimmten Geldsumme auszudrückenden Einbringens zustand.

Hinsichtlich der Forderungen, welche die Beklagte ihrem Ehemanne eingebracht haben will, kann die Frage, ob ihr Anführen in formell unstatthafter Weise vom Beweisthema abweiche, auf sich beruhen, da dieses Anführen ohnedies un schlüssig ist. Zunächst nämlich enthält die Angabe „daß der Beklagten zur Zeit ihrer Verheirathung mit dem Kläger (am 7. Mai 1859) eine Darlehnsforderung von einem gewissen Betrage an eine hierbei namhaft gemachte Person zugestanden habe“, nur ein für den Eidesantrag nicht geeignetes Urtheil ohne die zur Prüfung desselben erforderlichen thatsächlichen Unterlagen. Denn die factische Behauptung, daß die Beklagte die betreffenden Summen den in den Artikeln benannten Personen als Darlehne ausgezahlt habe, läßt sich in jener Angabe um so weniger finden, als die Beklagte Erbin ihres ersten Ehemannes geworden ist, mithin der Fall, daß Forderungen des letzteren erbchaftsweise auf sie übergegangen seien, durchaus nicht ausgeschlossen ist. Ferner ist, wenn es sich um die Illation außenstehender Forderungen der Ehefrau an dritte Personen handelt, der Ausdruck „ein- und zugebracht“ zu allgemein, weil sich, zumal in Mangel aller näheren Auskunft über diese Forderungen, nicht ersehen läßt, worin das Factum der Illation bestanden haben soll, und ob der Kläger im Stande gewesen oder durch irgend eine Handlung seiner Ehefrau in den Stand gesetzt worden sei, die ihm angeblich inferirten Forderungen ohne Concurrency seiner Ehefrau einzuziehen. Endlich können aber auch außenstehende Forderungen der Ehefrau an dritte Personen nicht unbedingt zu dem beweglichen Vermögen gerechnet werden, wegen dessen die Ehefrau nach §. 38 sub I des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 einen gesetzlichen Rechtstitel auf Hypothekenbestellung genoß. Denn die Hypothek, welche sich die Ehefrau nach der in diesem §. enthaltenen und in §. 390 des bürg. Ges.-Buchs im Wesentlichen unverändert beibehaltenen Bestimmung kraft des Gesetzes auf die Immobilien ihres Ehemannes eintragen lassen konnte, soll zur Sicherung ihres Anspruchs auf künftige Restitution desjenigen Vermögens dienen, über welches der Ehemann bei der Ausübung seines Nutznießungs- und Verwaltungsrechtes nach bereits geschehener Illation, auch ohne Concurrency der Ehefrau, rechtlich oder doch wenigstens factisch disponiren kann. Zur Sicherstellung der dem Ehemanne inferirten Forderungen dürfen diese gesetzlichen Dispositionen ebensowenig benutzt werden, als zur Sicher-

stellung solcher Ansprüche der Ehefrau, welche ihre Rechtfertigung nur in einem Versehen oder einer Nachlässigkeit des Ehemannes in der Art und Weise der Verwaltung des eheweiblichen Vermögens, z. B. einer Fahrlässigkeit in Bezug auf die ihm überlassene Einziehung unsicherer Außenstände finden würden. So lange also der Ehemann die Forderungen noch nicht eingezogen und den Betrag derselben an sich genommen hat, und sofern sich derselbe auch nicht einmal in der Lage befindet, diese Forderungen ohne Concurrenz der Ehefrau einheben und einlagen zu können, ist auch die letztere noch nicht berechtigt, dieser Außenstände halber eine Hypothek an den Immobilien des Ehemannes sich bestellen zu lassen.

Siebenhaar, Commentar zum bürg. Ges.-B. §. 390 und 1677
Bd. I. S. 326 und Bd. III. S. 63 flg.

24.

Der Erwerber eines Nachlasses, wozu hypothekarische Forderungen gehören, bedarf, um Dritten gegenüber in Bezug auf letztere dinglich legitimirt zu sein, der Um-
schreibung — Hypoth.-Ges. v. 6. Nov. 1843 §. 84, 186. —
BGB. §. 438, 2287.

II. Sen.-Erf. vom 6. April 1865. no. 191/144.

Kläger, welcher sich zu seiner Legitimation als Inhaber der Bl. berechneten hypothekarischen Forderung auf das gerichtliche Zeugniß bezogen hat, wonach ihm die Erben des ursprünglichen Gläubigers den gesammten Nachlaß des Letzteren zur activen und passiven Vertretung überwiesen haben, bestreitet zwar den von den vorigen Instanzen geltend gemachten, auf der Bestimmung in §. 84 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1823 beruhenden Rechtsgrundsatz, daß die Abtretung einer hypothekarischen Forderung gegen dritte Personen sowohl als gegen den abgetretenen Schuldner erst durch die Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche rechtliche Wirksamkeit erlange, nicht im Allgemeinen, behauptet jedoch, daß auf den vorliegenden Fall die in §. 186 des angezogenen Gesetzes enthaltene Ausnahmebestimmung Anwendung leiden müsse, da ihm der gesammte Nachlaß des ursprünglich Forderungsberechtigten überwiesen worden sei. Dieser Ansicht hat

man jedoch auch in gegenwärtiger Instanz nicht beizutreten vermocht. Denn die gedachte Gesetzstelle erklärt ihrem klaren Wortlaute zufolge nur die Eintragung der Erben des Gläubigers selbst als Inhaber der Forderung dann für unnöthig, wenn diese ohne Dazwischentreten einer Cession insgesammt über dieselbe durch Abtretung weiter verfügen, so daß ein Zwischeneintrag sogar in dem Falle erfolgen muß, wenn von mehreren Miterben einer zugleich mit über die ihm von den übrigen Erben abgetretenen Forderungsantheile weiter disponiren will.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XVIII,
S. 85.

Siegmann, das S. Grund- u. Hypothekenrecht S. 318 flg.

Keineswegs aber gewährt jene Bestimmung irgend ein Anhalten dafür, daß die von den Erben an einen Dritten bewirkte Abtretung ohne Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche rechtliche Wirksamkeit erlangen könne. Kläger scheint nun zwar der Meinung zu sein, daß er in Folge der Uebernahme des gesammten Nachlasses des ursprünglichen Gläubigers dessen Erben in jeder Hinsicht rechtlich gleichstehe; dies ist jedoch keineswegs der Fall. Denn einestheils kann, wie er selbst andeutet, das eigentliche Erbrecht einem Dritten nicht abgetreten werden,

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts Bd. III, §. 170,
S. 366.

Sintenis, das praktisch = gemeine Civilrecht, Bd. III, §. 206,
S. 699.

und behält deshalb die Ueberlassung einer Erbschaft Seiten der Erben an einen Dritten immer die rechtliche Natur eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, worauf sich die mehrgedachte Vorschrift in §. 186 des Hypothekengesetzes nicht bezieht, anderntheils handelt es sich hier um eine specielle Bestimmung des sächsischen Rechts in Betreff der Erwerbung hypothekarischer Forderungen durch Cession, gegen welche die vom Kläger angezogenen römisch = rechtlichen Bestimmungen, welche den Uebergang der dem Erblasser zuständig gewesenen Klagen auf den Erbschaftskäufer im Allgemeinen betreffen, nicht geltend gemacht werden können.

25.

Anwendung des Satzes: daß Grunddienstbarkeiten weder dem Rechte noch der Ausübung nach von dem herrschenden Grundstücke getrennt und auf ein anderes Grundstück übertragen werden können (BGB. §. 536), in dem Falle, wo ein durch Brand zerstörtes Mühlengrundstück, dem die Benutzung einer fremden Wasserkraft zugestanden, auf einer anderen area wieder aufgebaut ist. — Brandvers.=Ges. v. 14. Nov. 1835.

§. 75 — Gegenleistung, BGB. §. 523. — Reallast?

II. Sen.=Erf. v. 6. April 1865. no. 166/133.

In dem Vertrage Bl. hat der damalige Vorbesitzer des Beklagten ausdrücklich erklärt: „daß er derjenigen Lohmühle, welche jetzt im Besitze Sch.'s (des ältern) sei und neben dessen Wohnhause im Bacherviertel liege, das Wasser aus dem Mühlgraben, welcher seine Mühle treibe, allwöchentlich auf einen Tag unentgeltlich überlassen wolle, so daß nunmehr hierüber ein ausdrückliches Recht und zwar nicht für die Person, sondern die Sache gewonnen werde.“ Nach dieser Erklärung ist anzunehmen, daß die Absicht der Betheiligten darauf gerichtet gewesen sei, dem Grundstücke, auf welchem sich dazumal die Sch.'sche Mühle befand, ein Befugniß einzuräumen. Denn unter der Sache, für welche ein Recht gewonnen werden sollte, kann dem Zusammenhange nach nicht, wie der Kläger Bl. zu behaupten versucht, der Betrieb eines Gewerbes und das hierzu erforderliche Gebäude in abstracto, sondern lediglich das damals vorhandene und zu diesem Betriebe bestimmte Grundstück im Ganzen verstanden werden. Der Einwand des Beklagten, daß sich das Bett des Mühlgrabens nicht, wenigstens nicht in seiner ganzen Ausdehnung in Beklagten's Eigenthume befinde, und dem letzteren, insoweit dies nicht der Fall, selbst nur eine Servitut der Wasserleitung zustehet, welche nach dem Satze *servitus servitutis esse non potest* nicht Gegenstand einer anderweiten Servitutenbestellung sein könne, würde schon deshalb unerheblich sein, weil mindestens die Wasserkraft, welche vermittelt dieses Mühlgrabens dem Grundstücke des Beklagten zugeführt wird, als eine Zubehörung dieses Grundstücks, die dem Vater Klägers

angeblich eingeräumte Mitbenutzung mithin als eine diesem Grundstück auferlegte Servitut zu betrachten wäre. Auch die Stipulation einer Gegenleistung ist mit dem Wesen einer Servitut schon nach dem bisherigen Rechte

vergl. auch §. 523 des bürgerl. Gesetzbuchs und Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 383.

nicht unvereinbar. Im vorliegenden Falle sollte aber die von Klägers Vater übernommene Leistung nur in der antheiligen Uebertragung der Kosten bestehen, welche die Instandhaltung der für die beiderseitige Benutzung der Wasserkraft nöthigen Vorrichtungen erfordern würde, und von dieser Seite betrachtet erscheint der zugesicherte Kostenbeitrag nicht als eine Gegenleistung, ein Aequivalent für die Ausübung der Servitut, sondern nur als Gegenstand einer infolge der Servitutenbestellung besonders übernommenen Verpflichtung. Demnach steht auch in diesen Beziehungen der Auffassung des streitigen Befugnisses als einer Grunddienstbarkeit kein Bedenken entgegen und der Kläger hat auch selbst, im Eingange des Klagpetitum und im Verfahren, diesen Gesichtspunkt angenommen. Daraus folgt aber, daß der Schlüssigkeit der Klage als Confessorienklage schon die Erwägung entgegensteht, daß der Kläger nicht als Eigenthümer des herrschenden, also desjenigen Grundstücks, für welches die vertragmäßige Servitut erworben worden sein soll, aufgetreten ist. Denn die Lohmühle, welche der Kläger eigenthümlich besitzt, ist, wie der Inhalt der Klage lehrt, nicht die in dem Vertrage vom 11. December 1832 beschriebene, sondern ein nach dem im Jahre 1856 stattgefundenen Brande neu und auf einer andern area errichtetes Gebäude. Ob das völlige Abbrennen des ehemaligen Lohmühlengebäudes unter den vorliegenden Umständen einem Untergange des fundus dominans gleich zu achten und die streitige Servitut auf diese Weise gänzlich erloschen oder auf der alten area haften geblieben sei, kann jetzt auf sich beruhen, da sie nicht für diese area beansprucht, vom Kläger auch in der vorliegenden Klage nicht behauptet worden ist, daß er der Eigenthümer dieser area sei. Dermalen genügt schon der Hinweis darauf, daß eine Grunddienstbarkeit von dem Grundstücke, dem sie bestellt worden ist, nicht willkürlich getrennt und auf ein anderes Grundstück als neuen fundus dominans übertragen werden darf.

Windscheid, Pandecten Bd. I. §. 209. Nr. 7. S. 534.

Auß diesem letzteren Grunde ist auch die Bl. der Klage angedeutete Er-
 führung nicht weiter zu beachten gewesen, da vermittelt einer vor dem ge-
 dachten Brande von Klägers Vater und dessen Vorfahren im Besitze
 jenes älteren Lohmühlengrundstücks vollendeten Erführung doch nur
 diesem Grundstücke ein Recht erworben worden sein würde. Für das
 gegenwärtig in Klägers Eigenthum befindliche, erst nach dem Jahre
 1856 in dieser Eigenschaft entstandene Lohmühlengrundstück aber hätte
 eine Erführung überhaupt erst angefangen, aber noch bei weitem nicht
 vollendet werden können. Auch darauf vermag sich der Kläger nicht
 mit Erfolg zu berufen, daß ihm nach diesem Brande durch die competente
 Verwaltungsbehörde eine andere Stelle zum Wiederaufbau seiner Loh-
 mühle angewiesen worden sei. Denn wenn auch der Bestimmung in
 §. 75 des Brandversicherungsgesetzes vom 14. Nov. 1835 zufolge eine
 Anordnung dieser Art im öffentlichen Interesse getroffen werden konnte,
 so läßt sich doch ohne nähere Darlegung der örtlichen Verhältnisse und
 ohne Kenntniß der Gründe, aus welchen die Verlegung der Baustelle
 beschlossen worden ist, nicht einmal ermessen, ob die letztere als eine
 unvermeidliche Maaßregel zu betrachten sei. Wäre sie dies aber auch
 wirklich gewesen, so würde doch, in Mangel einer positiven gesetzlichen
 Bestimmung, welche das erwähnte Gesetz nicht enthält, die Anordnung
 der Behörde, in deren Befolgung der Aufbau der gegenwärtigen Loh-
 mühle auf einer andern von Klägers Vater hierzu besonders acquirirten
 area bewirkt worden ist, den Kläger nicht ohne Weiteres berechtigen,
 eine dem früheren Grundstücke eingeräumte oder für dieses erworbene
 Servitut für das neue Grundstück zu beanspruchen.

Der einseitige Vorbehalt, den sich Klägers Vater den Behörden
 gegenüber gestellt haben soll, ist für den Eigenthümer des dienenden
 Grundstücks unverbindlich, es hätte vielmehr der Erstere, den Vor-
 schriften des Gesetzes vom 14. Nov. 1835 gegenüber, bei jener Behörde
 darauf antragen sollen, daß vermittelt einer Verhandlung mit dem
 Letzteren die Benutzung der fraglichen Wasserkraft auch für die neu zu
 errichtende Mühle zugesichert werde.

Wollte man aber das streitige Befugniß aus dem Gesichtspunkte
 einer deutsch-rechtlichen Reallast beurtheilen, so würde damit, wie die
 vorige Instanz richtig bemerkt, immer noch kein Grund für die Schlüssig-
 keit der Klage gewonnen sein. Denn auch bei dieser Auffassung würde,

wenn das berechtigte Subject ein Grundstück gewesen wäre, nicht die in Klägers Eigenthum befindliche, sondern lediglich jene ältere Lohmühle als das berechtigte Grundstück anzusehen sein. Hätte aber dem Vater des Klägers die streitige Befugniß für seine Person und zum Betriebe seines Gewerbes zugestanden, so würde Klägers Suchen schon deshalb un begründet erscheinen, weil es wenigstens für jetzt an jeder Angabe darüber fehlt, daß und wie das persönliche Recht seines Vaters, wenn es überhaupt ein übertragbares und nicht an die Person und die Lebenszeit des Berechtigten gebunden war, auf ihn übergegangen sei. Dieser letztere Grund gilt auch, wenn man das erwähnte Befugniß als eine persönliche, insbesondere als eine sogenannte irreguläre Grunddienstbarkeit behandeln wollte.

26.

Begründung der Beweisklage in Betreff des Verjährungserwerbs discontinueller Befugnisse. —

BGB. §. 581.

II. Sen.-Erf. vom 11. April 1865. no. 24/99.

Die vom Beklagten gegen das vorige Erkenntniß erhobenen Einwendungen gehen im wesentlichen wieder dahin, daß die erhobene Klage um deswillen in der angebrachten Maasse abzuweisen sei, weil zu dem Verjährungserwerbe discontinueller Befugnisse, welche nach den Bedürfnissen des berechtigten Grundstücks jährlich ausgeübt werden könnten, in der Regel einmalige alljährliche Besitzausübung innerhalb der Verjährungszeit erfordert werde, Kläger aber in der Klage bei dem Bl. behaupteten Erwerbe der fraglichen Fahrgerechtigkeit mittelst Verjährung auf eine solche sich nicht speciell berufen habe. Man hat dem aber aus den in voriger Instanz zur Widerlegung dieser Ansicht angeführten Gründen auch gegenwärtig nicht beizutreten gehabt. Denn ganz abgesehen von der Frage, ob jene Voraussetzung bezüglich des in Anspruch genommenen Befugnisses nach allen Richtungen hin für nöthig zu achten sein würde, erscheint es, da das diesfallige Klagvorbringen auf Beweis gestellt ist, ganz unbedenklich, die nähere Begründung jener Besitzausübung der künftigen Beweisführung zu überlassen. Zu einem andern Resultate würde ebensowenig zu gelangen sein, wenn der vorliegende

Fall, wie jedoch mit Hinsicht auf die Vorschrift in §. 8 der Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863 bei der Beschaffenheit der Klagebehauptungen nicht anzunehmen,

Siebenhaar, Commentar, Bd. I S. 10.

nach den Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuchs namentlich in §. 581 zu beurtheilen wäre, indem auch dann das gedachte Anführen als ausreichend zu betrachten sein würde, dem Kläger den Beweis desselben aufzuerlegen.

27.

Casueller Untergang des Pachtobjects. —
BGB. §. 870, 1213.

II. Sen.-Erf. vom 20. April 1865. no. 938/945 von 1864.

Der von der vorigen Instanz (AG. Dresden) als maßgebend für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites aufgestellte Grundsatz, daß der casuelle Untergang der verpachteten Sache in ihrem für den Vertrag wesentlichen Bestandtheile den Pächter von der Verpflichtung zu Bezahlung des Pachtzinses befreie, ist nach Ansicht der jetzigen Instanz eben so dem älteren Rechte entsprechend, wie er auch in dem seit dem 1. März 1865 in Kraft getretenen bürgerl. Gesetzbuch f. d. Rgr. Sachsen §. 870, verb. mit §. 1213 Aufnahme und Anerkennung gefunden hat. Es besteht diese Befreiung des Pächters von der Gegenleistung in dem vorausgesetzten Falle unabhängig von dessen Rechte, solchenfalls auch die Aufhebung des Vertrags zu verlangen, durch dessen Geltendmachung dem Verpächter die ihm außerdem zustehende Füglichkeit entzogen wird, an Stelle des untergegangenen Objects ein gleich geeignetes zu offeriren &c.

Dies vorausgeschickt kam es für die Entscheidung der Frage, ob Klägerm einen Anspruch auf das vertragsmäßige Pachtgeld auch noch über den 10. August 1863, an welchem Tage zufolge seines eigenen Anführens in der Klage das dem Beklagten mit verpachtete Wohnhaus durch einen Blitzstrahl gänzlich eingeäschert worden, hinaus zuzugestehen sei, darauf an, ob das niedergebrannte Wohnhaus als wesentlicher Bestandtheil des zwischen Klägerm und Beklagtem eingegangenen Pachtvertrags zu betrachten gewesen, indem darüber kein Zweifel ist, daß Kläger

bis zu Anstellung der Klage (im November 1863), mittelst welcher er seinerseits auf den Grund der eingetretenen cassatorischen Clausel Auflösung des Vertrages gefordert, wonach er also von einer Fortsetzung des Pachtens auf die ursprünglich festgesetzte Zeit selbst ganz abstrahirt hat, dem Beklagten eine andere zu Ausübung seiner Pachtbefugnisse geeignete Localität an Stelle des abgebrannten Wohnhauses nicht dargeboten hat. In der Beantwortung dieser Frage hat man sich nun aber der — verneinenden — Ansicht der vorigen Instanz ebenfalls anzuschließen und den diesfalls angeführten Gründen beizutreten gehabt. Was vom Kläger hiergegen eingewendet worden, ist offenbar unerheblich. Denn wenn auch im Pachtcontracte die auf des Klägers Gute haftende „Brauschank- und Gastgerechtigkeit“ als Object des Pachtvertrags im Allgemeinen aufgeführt worden, so waren doch zu Ausübung dieses Befugnisses eben die in der Klage aufgeführten Localitäten bestimmt und erforderlich und es leuchtet von selbst ein, daß, wenn in dem mitverpachteten, aber am 10. August niedergebrannten Wohnhause, sich unter andern die Schänkstube, der Tanzsaal, der Boden über der Malztenne und die Malztenne befunden, von der Füglichkeit der Ausübung der „Brauschank- und Gastgerechtigkeit“ für den Beklagten so lange nicht weiter die Rede sein konnte, als das Wohnhaus mit den betreffenden Localitäten nicht wiederum aufgebaut und dem Beklagten übergeben worden war.

Allerdings sind nun zwar auch dem Beklagten, wie dieser zum 2. Einlass.-Punkte eingeräumt hat, noch das Brauhaus mit Keller und Pferdestall, welches vom Brande nicht mit betroffen worden, sowie etwas Gartenland, Wiese und Feld von geringem Umfange gleichzeitig zur Benutzung mit überlassen worden. Allein wenn der wesentliche Gegenstand des Pachtvertrags die Brauschank- und Gastgerechtigkeit war, wie Kläger selbst anführt, und diese Befugnisse nicht ausgeübt werden konnten, ohne das Wohnhaus nebst den darin befindlichen resp. auch die Benutzung des Brauhauses zum Brauen bedingenden Localitäten, so folgt von selbst, daß Kläger nicht berechtigt erachtet werden kann, nach eingetretene Unterergange des Wohnhauses das contractlich bedungene Pachtgeld noch ferner bloß deshalb in Anspruch zu nehmen, weil einige nebensächlich mit dem wesentlichen Pachtobjecte dem Beklagten zur Benutzung überlassene Gegenstände von dem oßbemerkten Brande nicht mit

berührt worden. Der Auffassung, daß der Untergang des Wohnhauses, sobald man dieses, wie gezeigtermaßen geschehen muß, als den wesentlichen Bestandtheil des Pachtobjectes anzusehen hat, dem Beklagten bloß zu Remissionsprüchen berechtigt haben würde, deren Begründung und Quantificirung seine Sache gewesen wäre, kann man nicht beipflichten, vielmehr würde es dem Kläger obgelegen haben, wenn er aus der dem Beklagten etwa zur Last fallenden widerrechtlichen Vorenthaltung der obenbemerkten, in die Verpachtung mit eingeschlossenem Nebensachen einen Schädensanspruch ableiten wollte, dies speciell zu begründen, was nicht geschehen ist.

Nun will man zwar auch nicht für ausgeschlossen erachten, daß dem Kläger, namentlich wenn sein Anführen, daß Beklagter die mitverpachteten Feldgrundstücke fortwährend auch noch nach dem 10. August 1863 benutzt und dem Kläger vorenthalten habe, begründet sein sollte, unter Umständen Ansprüche an den Beklagten auf einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtzinses als Entschädigung noch über den in der vorigen Instanz angenommenen Zeitpunkt des 10. August 1863 hinauszustehen oder demselben sonst Schädensprüche erwachsen sein können; aber in dem gegenwärtigen Prozesse hat man, da es an allen näheren factischen Unterlagen für die Annahme der Existenz sowohl als für die Höhe derartiger Ansprüche fehlt, diesfalls zur Entscheidung darüber nicht gelangen können.

28.

Verpflichtung des Bestellers zu Bezahlung des Accord= quanti je nach Verhältniß der abgelieferten Arbeit, wenn die Gegenleistung nach Maaß, Zahl, Gewicht &c.

bedungen — Retentionsrecht? — BGB. §. 1246

— §. 767 flg.

II. Sen.=Erf. vom 7. April 1865. no. 163/148.

Die Parteien sind einverstanden, daß Beklagter den Klägern, welche unter der Firma: S. C. L. & Co. in U. eine Maschinen-Kämmerei besitzen und betreiben, im Jahre 1863 in 5 einzelnen Partien 16,939 Zollpfund rohe Schafwolle mit dem Auftrage, dieselbe für das vereinbarte Kämmlohn von $5\frac{1}{4}$ Ngr. für das gekämmte Pfund Zug zu ver-

kämmen, übersendet, daß hierauf Kläger ebenfalls in 5 Partieen 6880 Pfund Zug an den Beklagten zu den Bl. gedachten Zeiten abgeliefert haben und daß Beklagter den Klägern für diese 6880 gekämmten Pfunde Zug ein Kämmlohn von 1220 Thlr. 22 Ngr. 5 Pf. schuldig geworden ist. Beklagter bestreitet daher seine Verpflichtung, den Klägern das nur gedachte Kämmlohn für den abgelieferten Zug zu bezahlen, nicht, hält sich jedoch für berechtigt, die Zahlung der libellirten Kämmlohne so lange zurückzuhalten, als nicht Kläger außer den abgelieferten 6880 Pfund Zug fernerweit mindestens 1000 Pfund Zug und wenigstens 1000 Pfund Wollabgänge, welche Kläger aus der ihnen zum Verkämmen übergebenen rohen Schafwolle gewonnen haben müßten, nachgesendet hätten. Nach der Ansicht des OAG.'s ist jedoch Beklagter nicht befugt, das Lohn für das empfangene Quantum bis zu Lieferung des angeblich von den Klägern zurückbehaltenen Quanti zu retiniren.

Da bei dem Verdingungsvertrage der bedungene Lohn für die übernommene Arbeit in der Regel im Ganzen als s. g. Accordsquantum bestimmt wird, so ist derselbe im Zweifel erst nach vollständiger Verrichtung der Arbeit zu entrichten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz tritt jedoch ein, wenn der Lohn nach der Arbeitszeit oder nach Theilen der zu liefernden Arbeit, mithin nach Zahl, Maaß oder Gewicht festgesetzt worden ist, indem solchenfalls der Conductor verlangen kann, daß der Locator den Theil der Arbeit, welcher vollendet worden ist, sich zu messen und zuwiegen lasse, und nach Verhältniß der einzelnen abgelieferten Quantitäten bezahle, die etwaige Säumniß des Conductor aber in der Ablieferung einzelner Stücke den Locator nicht von der Verpflichtung, die gelieferten und angenommenen Arbeiten nach den bedungenen Sätzen sofort zu bezahlen, befreit, sondern demselben nur das Recht gewährt, Nachlieferung des Fehlenden und Ersatz des ihm durch den partiellen Verzug in der Ablieferung verursachten Schadens zu verlangen.

l. 30 §. 3, l. 36 D. loc. cond.

Sintenis, pract. Civilrecht, 2. Aufl. Bd. II. §. 118 nota 159 u. 160, S. 672 flg.

Diese vom OAG. zeither beim Rechtsprechen befolgten

Zeitschrift für Rechtspf. u. Verw., N. F. Bd. XIV S. 479 flg.

u. Bd. XVII S. 49 flg.,

und in §. 1246 des inzwischen in Kraft getretenen bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen anerkannten Grundsätze leiden in vorliegendem Falle Anwendung, weil nicht nur das Kämmlohn nach Pfunden des aus der gelieferten Schafswolle zu fertigenden Zugs ausgeworfen worden ist, sondern auch Beklagter einerseits die zum Verkämmen bestimmte rohe Schafswolle in einzelnen Posten an die Kläger abgeliefert, andererseits den daraus gefertigten Zug ebenfalls in einzelnen Posten von Klägern angenommen hat, sonach das Einverständnis der Parteien, daß die aus der rohen Schafswolle gefertigte Waare in einzelnen Partien abgeliefert und bezahlt werde, zur Genüge constatirt ist.

Aus diesen Gründen hat den Klägern nicht, wie Beklagter behauptet, zu Begründung des erhobenen Anspruchs auf Zahlung des bedungenen Lohnes für die gelieferte und angenommene Arbeit die Bezugnahme und der Nachweis obgelegen, daß sie die ganze Arbeit des Verkämmens der Schafswolle vollendet, und nebst dem Rest des Materials (dem Wollabgang) an Beklagten abgeliefert haben. Ebenso wenig kann dem Beklagten gestattet werden, das von den Klägern verdiente Lohn für die abgelieferten Quantitäten Zug wegen seiner angeblichen Ansprüche auf Nachlieferung fehlender Quantitäten Zug und Wollabgänge zu retiniren, indem Beklagter diese Ansprüche, soweit er sich damit fortzukommen getraut, besonders an- und auszuführen hat. Es liegt daher gegenwärtig keine Veranlassung vor, auf die Fragen näher einzugehen, ob Kläger über die Verwendung des ihnen zum Verkämmen übergebenen Rohmaterials im Rechnungsprozesse Rechenschaft zu geben, oder auf welche sonstige Weise Beklagter seine Ansprüche auf Nachlieferung geltend zu machen und in Gewißheit zu setzen hat.

Die vorige Instanz ist deshalb zu einer abweichenden Ansicht gelangt, weil sie die vom Beklagten vorgeschützte Ausflucht nicht sowohl *exceptio retentionis*, sondern vielmehr als *exceptio compensationis* aufgefaßt hat. Dieser Ansicht steht jedoch nach dem Dafürhalten des OAG.'s entgegen, daß Beklagtem zunächst nur ein Anspruch auf Nachlieferung des angeblich aus dem Rohmaterial gefertigten Mehrbetrags an Zug und Wollabgängen zusteht, Beklagter selbst nur diesen Anspruch gemacht und sich nicht darauf bezogen hat, daß die Kläger sich außer Stand gesetzt haben, dem Anspruche auf Naturallieferung eintretenden Falles zu genügen. Insbesondere ist die Behauptung Beklagtens, daß

Kläger den fehlenden Betrag in ihren Nutzen verwendet haben, nicht als Thatsache, sondern wie sich aus dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Sätzen ergibt, als eine aus der zeither unterlassenen Nachlieferung abgeleitete Schlußfolgerung aufgestellt worden. Hierzu kommt, daß Beklagter den Werth der angeblich von den Klägern zurückbehaltenen 1000 Pfund Zug nicht angegeben hat, so daß die Höhe der für den Beklagten für den Fall der Unmöglichkeit der Naturallieferung entstehenden Geldforderung sich nicht beurtheilen läßt.

29.

Erledigung der Conventionalstrafe durch vorbehaltlose
Annahme der Leistung. — BGB. §. 1429.

II. Sen.-Erk. vom 24. April 1865. no. 120/172.

Die vorige Instanz (AG. Zwickau) hat die erhobene Klage, soweit sie die mitgeforderte Conventionalstrafe betrifft, um deswillen in der angebrachten Maasse abgewiesen, weil eine Conventionalstrafe, wenn sie für den Fall bedungen worden, daß eine Leistung nicht zur rechten Zeit werde bewirkt werden, von dem Berechtigten dann nicht weiter gefordert werden könne, wenn er die Leistung, der eingetretenen Verspätigung ungeachtet, ohne Vorbehalt annehme, im vorliegenden Falle aber sowohl aus der Klage selbst, als auch aus der unternommenen Beweisführung zum ewigen Gedächtniß hervorgehe, daß Kläger das von dem Beklagten erbaute Gasometerbassin übernommen und bereits einige Zeit benutzt, die Leistung also angenommen habe, darauf aber, daß er hierbei wegen der angeblich verwirkten Conventionalstrafe einen Vorbehalt sich gemacht, von ihm nicht Bezug genommen worden sei.

Nun ist zwar, soviel die hier einschlagende Rechtsfrage betrifft, zwischen den Lehrern des gemeinen Rechts darüber Verschiedenheit der Meinungen vorhanden, ob es der Stellung eines Vorbehalts in Betreff der an sich verwirkten Conventionalstrafe zur Sicherung des diesfalligen Anspruchs bei Annahme der Hauptleistung auch dann bedürfe, wenn die Strafe in Gemäßheit vertragsmäßiger Bestimmungen neben der Hauptleistung gefordert werden kann, indem Einige, wie z. B.

Fritz, Erläuterung zc., Bd. II S. 318,

die Nothwendigkeit eines derartigen Vorbehalts bestreiten, Andere dagegen, wie z. B.

Berger, oecon. jur. lib. III, lit. I. th. IV not. 3.

Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. I. S. 251 bei not. h.

Wolf, Lehre von der Mora, S. 222.

Sintenis, Civilrecht, Bd. II. §. 88 S. 118,

davon ausgehen, daß in der, namentlich vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Leistung ein stillschweigender Verzicht auf die Buße zu erblicken sei. Allein die Praxis hat sich mehr der letzteren Ansicht zugeneigt,

Höpfner, Beiträge zur civilgerichtl. Praxis, Bd. II. S. 5, und das OAG. hat derselben sich ebenfalls angeschlossen, wie sie denn auch in das bürgerl. Gesetzbuch §. 1429 übergegangen ist.

Civilprozeß und Concurß.

10.

Benutzung eines vom Beklagten zugestandenen Klagegrundes an Stelle des in der Klage vorgetragenen von Jenem verneinten.

II. Sen.-Erf. vom 14. März 1865. no. 141/73. *)

Auch das OAG. ist der Meinung, daß in solchen Fällen, wo der Beklagte das thatsächliche Fundament, worauf die Klage beruht, zwar geleugnet, mit seinem Leugnen jedoch eine selbstständige Sachdarstellung verbunden hat, welche an und für sich betrachtet nach den einschlagenden rechtlichen Grundsätzen den Anspruch Klägers in gleicherweise zu begründen geeignet ist, wie dies bei dem von dem Kläger behaupteten Sachverhältnisse der Fall sein würde, der erkennende Richter die eigenen Angaben des Beklagten als geeignete Unterlagen für eine sofortige, oder doch durch Nachlassung eines Ausfluchtßbeweises noch bedingte Beurtheilung

*) Das Factische des Falles ist gegen die Mitte der im Text gegebenen Rationen referirt.

des Beklagten der Klagbitte gemäß wenigstens dann zu benutzen unbehindert ist, wenn dasjenige, was von dem Beklagten neben dem Leugnen des eigentlichen Klaggrundes zu Ablehnung der an sich aus seinen Geständnissen folgenden Obligation seiner Rechtsverteidigung halber exceptivisch vorgebracht worden, so beschaffen ist, daß es eine Verpflichtung seinerseits, sie möge auf einem Grunde beruhen, welcher es sei, elidiren würde und daneben mit der erforderlichen Deutlichkeit sich übersehen läßt, daß der Beklagte, auch wenn er das von dem Kläger geltend gemachte Klagfundament eingeräumt hätte, gegen dieses Letztere nicht anders als geschehen, sich vertheidigt haben würde. Dieser Satz, welcher freilich, wie sich von selbst versteht, nur mit höchster Vorsicht angewendet werden kann und von welchem die vorige Instanz mit Recht bei Entscheidung im vorliegenden Prozesse ausgegangen ist, empfiehlt sich nicht allein, wie an der angegebenen Stelle mit Recht schon hervorgehoben worden, dadurch, daß durch Anwendung desselben unter sonst dazu geeigneten Verhältnissen einer unnöthigen Häufung von Prozessen vorgebeugt wird. Es läßt sich vielmehr zu dessen rein prozessualer Rechtfertigung auch noch überdies anführen, daß der erkennende Richter, obwohl er, nach der dem Deutschen, wie dem Sächsischen Prozesse zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime, den Parteien factisches Prozeßmaterial nicht suppeditiren darf, doch andererseits ebenso befugt, wie sogar verbunden ist, die von den Parteien selbst vorgebrachten Thatfachen nach ihrem rechtlichen Gewichte selbstständig zu prüfen und ohne an die rechtliche Auffassung der Parteien gebunden zu sein, die daraus sich ergebenden Rechtsfolgerungen auszusprechen, es müßte denn ausnahmsweise vorliegen, daß eine Partei gewisse von dem Gegner vorgebrachte thatsächliche Momente, obwohl dieselben ihr andernfalls zum Vortheil gereichen würden, nicht geltend machen wollen.

Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilprozeß, S. 12 flg.

Nun weichen, soviel den vorliegenden Fall anlangt, die Auslassungen der Parteien — bei sonstigem Einverständnis über das Wesentliche — nur insoweit von einander ab, als klägerischer Seits behauptet worden ist, daß die Leipziger Stadtoobligation, welche Beklagter verkauft zu haben einräumt, von der verw. M. der verstorbenen Mutter seiner Pflegbefohlenen, als sie noch in väterlicher Gewalt Beklagten sich befand, geschenkt worden sei und daß Beklagter gedachtes Werthspapier in der

letzteren Namen von der M. übergeben erhalten habe, während Beklagter, indem dies bei den Einl.-Punkten 1, 2, 5 unter Annahme des diesfalls angetragenen Eides von ihm geleugnet worden ist, besage Bl. unter 2 wörtlich dahin sich ausgelassen hat: „der in der Klage erwähnte Schuldschein über 1000 Thlr. sei von der verw. M. nicht seiner genannten Tochter, sondern ihm geschenkt worden, später aber habe er sothanen Schein seiner Tochter geschenkt.“

Wenn nun, angenommen dieses letztere Anführen beruhte in Wahrheit, aus den bereits in voriger Instanz Bl. entwickelten Gründen Beklagter den Erlös des von ihm nachmals verkauften Papiers, soweit dies noch nicht geschehen seiner Tochter beim Austritte aus der väterlichen Gewalt herauszugeben, eintretendenfalls von Zeit erhobener Klage an den Rückstand mit fünf Procent zu verzinsen, ebenso gewiß gehalten war, als er dieses unter der Voraussetzung, der Sachverhalt sei so, wie ihn Kläger angiebt, beschaffen, thun müßte, hiernächst Beklagter, wie zu dessen Einwendungen zu bemerken, sich selbst in der That nach seinen Auslassungen Bl. unter 3 hierunter fortdauernd für verpflichtet angesehen hat, nur daß er seiner Verpflichtung durch vollständige Zahlung genügt haben will, so beruht — soviel liegt auf der Hand — der Grund der Irrung materiell betrachtet nach Lage der Sache, nicht sowohl darin, zu untersuchen, welchergestalt Beklagter obligat geworden sei, als auf der Frage, ob derselbe noch jetzt obligat sei oder nicht. Beklagter hat daher darüber, daß die vorige Instanz, anstatt die Entscheidung der Sache von dem in erster Instanz ihm nachgelassenen delatum (durch welches zwar der jetzige Prozeß zu seinen Gunsten entschieden worden, nicht aber der Gegenstand des Streites zum Austrage gebracht werden würde) abhängig zu machen, ihm den Beweis seiner Zahlungsausflucht auferlegt hat, sich zu beschweren keinen genügenden Grund, am allerwenigsten ist abzusehen, wiefern die angefochtene Entscheidung, wie er Bl. meint, mit dem Grundsatz negans non excipit etc. in Widerspruch treten solle, da wie gedacht vermöge der besonderen Lage der Sache die Entscheidung nicht von dem angetragenen Eide abhängig zu machen und die Sache so zu beurtheilen war, als ob Beklagter des Grundes der Klage geständig gewesen wäre, wenn dies formell betrachtet, auch nicht der Fall ist.

11.

„Daß Beklagte eine Waare durch ihren Ehemann bestellt habe,“ eignet sich nicht für den Eidesantrag.

II. Sen.-Erf. vom 7. März 1865. no. 126/54.

Das Anführen des Klägers, daß die Beklagte die in der Klagebeifuge gedachten Weine durch ihren Ehemann bestellt habe, ist für den gebrauchten Eidesantrag ungeeignet, weil es sich nur als ein Urtheil ohne factische Unterlagen darstellt. Die Beklagte würde nur dann als die Mitcontrahentin des Klägers und die Käuferin dieser Weine zu betrachten sein, wenn ihr Ehemann nicht bloß zur Eingehung derartiger Verträge im Allgemeinen oder für den besondern Fall von ihr beauftragt gewesen wäre, sondern wenn er auch die Bestellung bei dem Kläger und beziehentlich dessen Reisenden im Namen seiner Ehefrau bewirkt hätte. Ist das letztere nicht geschehen, so würde der Umstand allein, daß der Ehemann eine Generalvollmacht von seiner Ehefrau gehabt, auf Grund deren er rechtsverbindlicher Weise ein Geschäft in deren Namen hätte abschließen können, die Beklagte noch nicht als die Käuferin jener Weine erscheinen lassen. Nun kann zwar die ausdrückliche Erklärung, daß man im Namen einer dritten, bei dem Abschlusse des Vertrages persönlich nicht mit anwesenden Person contrahiren wolle, entbehrlich sein, wenn nach den Verhältnissen des einzelnen Falles angenommen werden kann, daß beide Contrahenten gewußt haben oder wissen mußten, daß der Vertrag im Namen dieser dritten Person abgeschlossen werden solle; auf derartige besondere Verhältnisse hat sich aber der Kläger nicht berufen. Denn die Generalvollmacht, welche die Beklagte ihrem Ehemann erteilt hat, und der Umstand, daß die bestellten Waaren für das Restaurationsgeschäft der Beklagten benutzbar gewesen wären, konnten den Kläger und dessen Reisenden nicht ohne Weiteres zu der Voraussetzung berechtigen, daß die Bestellung nur im Namen und für Rechnung der Beklagten geschehe.

12.

Eidesantrag über den Inhalt von Urkunden.

II. Sen.-Erf. vom 21. April 1865. no. 100/160.

Der Satz, daß über den Inhalt schriftlicher Erklärungen Eidesantrag nicht zulässig sei, ist nur dann richtig, wenn der Inhalt der

Schriften nicht wörtlich oder wenn er in einer Weise angegeben wird, daß angenommen werden kann, es sei der Gedanke, der schriftlich ausgedrückt worden, nicht vollständig wiedergegeben. Dies ist aber hinsichtlich des in der Klage angegebenen Inhalts der zwischen den Parteien gewechselten Briefe nicht der Fall und es mußte daher die Entscheidung der Sache wesentlich von der Leistung oder Nichtleistung der über den Inhalt der gegenseitigen schriftlichen Erklärungen angetragenen, theils zurückgegebenen, theils angenommenen Eide abhängig gemacht werden.

13.

Rückständiges Liedlohn verliert sein Privilegium im Concurs, wenn dasselbe in eine verzinsliche Darlehnschuld umgewandelt ist.

II. Sen.-Erf. vom 26. Jan. 1865. no. 866/883 von 1864.

Die das Liedlohn betreffenden Vorschriften der älteren und der erläuterten Proz. Ordn. tit XLII §. 5 sind vermöge ihres Charakters als besondere gesetzliche Begünstigungen streng zu erklären, mithin auf solche Forderungen nicht anzuwenden, welche ihre ursprüngliche Qualität als Liedlohn im Sinne des Gesetzes verloren haben. Dies ist aber dann der Fall, wenn durch Abkommen der Parteien der Anspruch auf Liedlohn in eine Darlehnsforderung umgewandelt und deren Verzinsung stipulirt worden ist. In einem solchen Vorgange hat der Gerichtsbrauch in analoger Anwendung der auf die Erbegelder bezüglichen Dispositionen der Decis. 7 v. J. 1861 stets eine Novation erblickt;

Griebner, Discurs, ad tit. XLII §. 5 sub v, „die letzten drei Jahre,“

Curtius, Handbuch, Th. IV §. 1658 not. d)

und die abweichende Ansicht von Reinhard, Ordnung der Gläubiger §. 84 flg. in der Praxis keinen Eingang gefunden. Nun hat aber in dem vorliegenden Falle der Liquidant W. von dem Cridar sich einen Schuldschein ausstellen lassen, in welchem nicht nur der bis dahin rückständige Theil seiner Forderung an 400 Thlr. ausdrücklich als Darlehn bezeichnet, sondern auch die Verbindlichkeit zu dessen Verzinsung Seiten des Cridars anerkannt ist.

Ueber die Competenz der Medicinalbehörden zu Feststellung ärztlicher Liquidationen in dem Falle ihrer Einziehung im Prozeßwege.

Von Dr. Pöschmann.

Im Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrg. 1865 S. 425 flg. ist unter der Ueberschrift: Wem liegt die Feststellung ärztlicher Gebühren ob und nach welchen Grundsätzen hat dieselbe zu erfolgen? das Referat eines Prozeßes gegeben, welches zwar in Bezug auf die Feststellung im concreten Falle viele Details und das Resultat enthält, daß das OLG. die definitive Feststellung der eingeklagten ärztlichen Liquidation von der obersten Medicinalbehörde erbeten, erhalten und seiner Entscheidung zum Grunde gelegt hat, jedoch eine in juristischer Hinsicht interessante Competenzfrage nicht klar legt.

Ueber Letztere mag daher Folgendes bemerkt werden.

Dr. H. klagte gegen C. J. eine ärztliche Liquidation von beiläufig 453 Thlr. 25 Ngr. für mit Begleitung der Kranken an mehrere Badeorte verbundene ärztliche Behandlung während eines etwa 5 monatlichen Zeitraums ein. Der speciellen Liquidation war das mit Officialiegel versehene Zeugniß des am Orte des Prozeßes fungirenden Bezirksarztes beigefügt, „daß die darin enthaltenen Ansätze“ — im Wesentlichen — „den einschlagenden Positionen zc. der in Sachsen gültigen Gebührentaxe für ärztliche Privatpraxis entsprechen.“

Beklagte bemängelte die bezirksärztliche Feststellung namentlich auch unter Hinweis auf die vorerwähnte Gebührentaxe*), das Prozeßgericht theilte die Ausstellungen dem Bezirksarzte mit, und dieser hielt seine Feststellung unter eingehender Motivirung aufrecht.

Die erste Instanz gelangte theils in vorausgesetzter Leistung eines Relateides — über die Zahl der Krankenbesuche — zur Verurtheilung, theils aus Gründen, welche nicht allein die factische Fundirung der gemachten Ansätze, sondern auch deren Passirlichkeit, beziehentlich unter Anwendung jener Gebührentaxe und Auslegung derselben, betrafen, zur Abweisung in der angebrachten Maaße.

Auf Appellation beider Theile gedieh die Sache an das Bezirksappellationsgericht und dieses erachtete, in Anhalt an eine Provocation der Beklagten auf anderweite Feststellung der Liquidation durch die höhere Medicinalbehörde im ersten Verfahren, eine Communication mit der betreffenden Kreisdirection für angezeigt. Allein letztere lehnte eine instanzmäßige Entscheidung ab, unter Bezugnahme darauf, daß weder eine gesetzliche Taxe für die Bemühungen der Aerzte erster Classe, noch eine Vorschrift existire, welche die Liquidationen derselben einer Feststellung von Seiten der Medicinalbehörde unterwerfe, sowie unter dem Hinweise auf die Bestimmung in §. 10 der dem Gesetze über die Organisation der untern Medicinalbehörden vom 30. Juli 1836 beigegebene Instruction der Bezirksärzte — G. S. S. 183 flg. — in Betracht, daß danach Dr. S. die Feststellungsbemerkung, sowie das Gutachten nicht in seiner Eigenschaft als Bezirksarzt, als Medicinalbehörde erster Instanz, sondern lediglich als Gerichtsarzt abgegeben habe, ebendeshalb aber die betreffenden Auslassungen

*) Diese ist unter dem 1. Juli 1845 vom Ministerium des Innern den Kreisdirectionen und von diesen den Bezirksärzten mit der Anweisung zugefertigt worden, daß sie sich die darin enthaltenen Taxbestimmungen, so oft sie von einer öffentlichen Behörde zur Prüfung und Feststellung einer ärztlichen oder wundärztlichen Liquidation requirirt werden, zum Anhalten dienen zu lassen hätten und abgedruckt bei: Funke, Polizeigesetze, Bd. V. S. 486 flg.

desselben nicht als Entschliebung einer Verwaltungsbehörde, sondern als Gutachten eines verpflichteten Sachverständigen anzusehen seien, über welches der Kreisdirection eine instanzmäßige Entschliebung nicht zustehe.

Das Appellationsgericht bestätigte nunmehr im Wesentlichen unter Billigung der vorigen Rationen.

Gegen dieses Urtheil appellirte nunmehr nur noch Kläger und es gelangte die Sache zum OAG.

Letzteres hatte sich zu vergegenwärtigen, daß, war die Ansicht der Kreisdirection zutreffend, sonach also der Gerichtsarzt nur als sachverständiger Gehülfe des Spruchrichters anzusehen, ein Eingehen des Letzteren nicht bloß auf die nackten factischen Unterlagen, z. B. also darauf, was schlechthin an Bemühungen zugestanden sei oder noch des Beweises bedürfe, sondern auch darauf zulässig erscheinen mußte, ob das Gutachten ein an sich genügend motivirtes, beziehentlich nach processualen Grundsätzen hinreichend fundirtes sei; daß dagegen, enthielt die bezirksärztliche Feststellung eine verwaltungsinstanztliche Entschliebung, die Cognition über Bedenken und Einwendungen der letzteren Art nicht der oberen richterlichen, sondern der oberen Verwaltungsbehörde zustand. Diese Alternative war um so gewichtiger, als bei der beifälligen Begutachtung der Liquidation Seiten des Bezirksarztes theils Grundsätze, welche nicht mit dürren Worten in der beregten Taxordnung ausgesprochen waren, angerufen, theils aber auch Umstände benutzt worden waren, welche, wie die persönlichen Verhältnisse der Parteien, namentlich der Umfang der Praxis des Klägers — ein bei Beurtheilung der Angemessenheit geforderter Vergütung wegen des Versäumnisses an sonstigem Verdienste während der Reisen, offenbar nicht unwesentlicher Umstand, worüber dem Bezirksarzte officielle Wissenschaft beiwohnen mußte — außerhalb des in den Parteischriften gegebenen und nach der gewählten Prozeßform zu erlangenden Materials lagen.

Das OAG. befand die Auffassung der Kreisdirection nicht so zweifelsfrei, daß auf dem von den früheren Instanzen befolgten Wege ohne Weiteres vorzuschreiten gewesen wäre, sowohl — in Betracht, daß, wenn man selbst der ersteren beizutreten gehabt

hätte, doch noch die Frage offen blieb: ob nicht die obere Medicinalbehörde sich in der Lage zu erachten habe, auf Anlangen des Richters ein Superarbitrium zu ertheilen, — für angemessen mit dem Ministerium des Innern in Communication zu treten. Letzteres sprach sich nun im Wesentlichen dahin aus, daß zwar eine gesetzliche Gebührentaxe für die ärztliche Privatpraxis in Sachsen zur Zeit nicht bestehe, daß dagegen der Gerichtsarzt, insofern er sich nach §. 10 der obbezogenen Instruction auf Requisition einer Gerichts- oder Polizeibehörde der Prüfung und da nöthig Ermäßigung der von Medicinalpersonen mit Einschluß der Apotheken liquidirten Kosten unterziehe, materiell zwar als Sachverständiger wirke, formell aber in der ihm unzweifelhaft beizuhabenden Eigenschaft als behördliches Organ, als verpflichteter Medicinalbeamter auftrete, welcher in seiner diesfalligen Thätigkeit den oberen Verwaltungsbehörden, zu deren Ressort die Medicinalangelegenheiten gehören, unterstellt und beziehentlich verantwortlich sei, daß daher im concreten Falle das Feststellungsdecret des Gerichtsarztes, Bezirksarzt Dr. S., sowie dessen motivirte Rückäußerung allerdings den Character einer amtlichen Entschließung an sich trage und demzufolge auch auf anderweiten Antrag der zuständigen richterlichen Behörden der Cognition der nächstvorgesezten höheren Medicinalbehörden zu unterliegen habe. Das Ministerium eröffnete schließlich dem DAG. seine Geneigtheit, entweder die Kreisdirection anzuweisen, sich der im zweitinstanzlichen Stadium des vorliegenden Rechtsstreites abgelehnten Cognition in der Sache nachträglich zu unterziehen, oder auch einem Antrage auf anderweite Prüfung und Begutachtung der klägerischen Gebührenforderung sogleich selbst zu entsprechen.

Dem DAG. erschien die letztere Modalität als die nach Lage der Sache zu bevorzugende, indem dadurch der Parallelismus des Instanzenzugs, welcher ein Zurückgreifen auf die zweite Justizinstanz unthunlich erachten ließ, gewahrt werde und erbat sich daher Prüfung und Feststellung der eingeklagten Liquidation, soweit deren Positionen noch in lite waren, Seiten des gedachten Ministerii.

Nachdem nun Letzteres dem diesfälligen Anlangen nach vorgängiger Vortragserstattung Seiten der betreffenden Kreisdirection entsprochen hatte*), sprach das OAG. unter Zugrundelegung der von der obersten Medicinalbehörde ertheilten Feststellung, — welche eine bis auf einige ganz geringfügige Positionen dem Kläger beifällige war — im Hauptwerke reformatorisch auf weitere Beurtheilung der Beklagten, theils pure, theils in vorausgesetzter Leistung eines den Umfang gewisser Mühwaltungen betreffenden Relati.

Beklagte beschritt gegen dieses Urthel — II. Sen.-Erf. vom

*) Vortrag, wie Recommunicat, das Materielle der Sache betreffend, sind im Wochenblatte a. a. D. S. 432 flg. mitgetheilt. Aus denselben ergeben sich folgende Erläuterungen zu der in voriger Note angezogenen Tagordnung.

- 1) Zu Pos. 3. — Für Versäumniß resp. Meilengebühren bei Reisen ist an sich ein Satz von 5 Thlrn. per Tag ausgeworfen. Dr. S. hatte nun für achtundzwanzigtägige Abwesenheit und Behandlung auf einer von der Beklagten verlangten Reise nach Hamburg, Frankfurt, Aschaffenburg, Bamberg, Carlsbad, Leipzig, Carlsbad und retour nach Leipzig außer 140 Thlr. für Behandlung und Reise noch 166 Thlr. 15 Ngr. Meilengebühren liquidirt. Unter den vorwaltenden Umständen — längere Dauer der Abwesenheit des insbesondere als Geburtshelfer viel beschäftigten Klägers vom Berufsorte günstige Vermögensverhältnisse der Beklagten — erachtete die Kreisdirection, wie das Ministerium den Anspruch von zusammen etwa 11 Thlr. per Tag für einen nicht unangemessenen, damit jedoch, Klägern angehend, die Consultationen honorirt, welche er während der Reise mit auswärtigen Aerzten abgehalten.
- 2) Zu Pos. 11. Obwohl der Ansatz für dritte Besuche an demselben Tage an sich einer besonderen Begründung bedarf, so befand man doch hier die vom Kläger mit zusammen 2 Thlrn. angesetzten drei dritte Besuche durch die Umstände motivirt.
- 3) Zu Pos. 13. Dr. S. hatte unter anderen 19 Conferenzen mit dem Geh.-Med.-Rath Dr. W. zu Leipzig à 1 Thlr. 10 Ngr. in Anrechnung gebracht. Die Medicinalbehörden befanden, daß Kläger zu deren Vornahme eines besonderen Auftrags der Beklagten an sich nicht bedurft habe, vielmehr ohne Weiteres, wenn er wegen der Schwere der Krankheit es für nöthig hielt, dazu zu verschreiten befugt, ja sogar verpflichtet war und erachteten für die erste Consultation einen Ansatz von 1 Thlr. 10 Ngr. für die übrigen von je 20 Ngr. für angemessen und dem Kläger passirlich.

10. Aug. 1865, no. 464/381 die vierte Instanz; allein der
Leiterungs-Senat — III. Sen. = Erf. vom 30. December 1865,
no. 60/58 confirmirte.

Schließlich ist noch zu gedenken, daß die hier mitgetheilten
Competenzverhältnisse durch die Verordnung, die Errichtung eines
Landesmedicinalcollegii betr. vom 12. April 1865 (G. Bl. S. 115 flg.)
eine Abänderung nicht erlitten haben, indem nach §. 7 die Cog-
nition über zur oberen Leitung und Verwaltung des Medicinal-
wesens gehörige Geschäfte — nach wie vor — bei dem Ministerium
des Innern unmittelbar besorgt werden, nur daß Letzteres An-
gelegenheiten der laufenden Verwaltung an das Medicinalcollegium
zur technischen Vorbereitung und sachverständigen Begutachtung
überweisen kann.

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

Präjudizien.

Handels- und Wechselrecht.

13.

Art. 133 des A. D. H. G. B.'s schließt nicht aus, daß in Gemäßheit einer betreffenden Bestimmung des Societätsvertrags zwischen zwei Gesellschaftern bei Auflösung der Gesellschaft durch Ableben eines Socius dem Andern das Geschäft käuflich zu überlassen ist.

III. Sen.-Verordn. vom 30. Decbr. 1865. no. 287.

Die Schwierigkeiten, welche die Auseinandersetzung und Befriedigung der einzelnen Mitglieder einer aufgelösten Handelsgesellschaft mittelst förmlicher Liquidation herbeizuführen pflegt, werden auf die einfachste Weise durch ein Uebereinkommen der Betheiligten beseitigt, in welchen das Geschäft nebst allen Activen und Passiven an Einen der Gesellschafter zur Fortführung desselben unter der bisherigen Firma für dessen alleinige Rechnung gegen Abfindung der übrigen Gesellschafter überlassen und auf diese Weise das zeither von einer offenen Handelsgesellschaft geführte Geschäft in eine Einzelhandlung umgewandelt wird. Hierauf gerichtete Verabredungen werden häufig gleich anfangs bei Eingehung der Societät im Gesellschaftsvertrage, oder vor oder nach der Auflösung mittelst sogenannter Separationsverträge getroffen. Namentlich findet sich häufig in Gesellschaftsverträgen zwischen zweien Socien die Bestimmung, daß es nach dem Ableben des Einen derselben dem

Anderen freistehen soll, binnen einer gewissen Zeit nach dem Todestage sich zu erklären, ob er das Geschäft auf Grund einer unter Zuziehung der Erben oder deren Vertreter aufzunehmenden Bilanz für seine alleinige Rechnung übernehmen will. Ja, es kann in dieser Hinsicht sogar vorher vereinbart sein, daß die Abrechnung und Auseinandersetzung mit den Erben auf Grund der letzten Bilanz vor dem Sterbefalle geschehen, und den Erben ohne Rücksicht auf den seitdem etwa ferner erzielten Reingewinn nur das Guthaben ihres Erblassers zufolge dieser Bilanz verabsolgt werden soll.

Auerbach, das Gesellschaftswesen, S. 108 flg.,

Treitschke, Gewerbgesellschaft, §. 84 S. 218 verb. mit S. 217.

Der Ansicht der vorigen Instanz, daß dergleichen Vereinbarungen, Inhalts deren das gemeinsame Geschäft resp. das Gesellschaftsvermögen nach erfolgter Auflösung ohne vorherige Liquidation auf einen einzelnen socius übergeht, zufolge der Bestimmungen der Art. 123 unter Nr. 2, Art. 133 und 119 des A.D.H.G.B.'s für unzulässig zu achten seien, vermag das D.A.G. nicht beizupflichten. Denn Art. 123 unter 2 stellt theils den allgemeinen Grundsatz auf, daß die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst werde, theils beantwortet derselbe die Controverse des gemeinen Rechts, ob vertragsmäßig den überlebenden Gesellschaftern die Verpflichtung, die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Socius fortzusetzen, auferlegt werden könne, im bejahenden Sinne berührt aber die jetzt vorliegende Frage nicht, ob eine Veräußerung des Antheils an dem Geschäft Seiten des einen Socius für seinen Todesfall an den überlebenden Gesellschafter gestattet sei, indem die Zulässigkeit einer solchen Veräußerung schon in den Vorschriften der Art. 22, 23 und 24, nach welchen Jeder, der ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbrecht erwirbt, dasselbe mit der bisherigen Firma fortführen darf, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen, gesetzlich anerkannt wird.

von Hahn, Commentar, Th. I. S. 71 flg. u. S. 75 §. 2.

Ferner schließt die in Art. 133 aufgestellte Regel, daß nach Auflösung der Gesellschaft außer dem Falle des Concursets die Liquidation erfolgt, ein Abkommen der betheiligten Gesellschafter beziehentlich deren Erben dahin nicht aus, daß statt der Liquidation eine Veräußerung des

ganzen Geschäfts an einen Mitgesellschafter oder an einen Dritten vorgenommen werde.

von Hahn, a. a. O. S. 314.

Auch ist die Bestimmung im Art. 119 nicht aus Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger, sondern aus Rücksicht auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander getroffen worden,

von Hahn, a. a. O. S. 302 flg.,

weshalb auch den Gläubigern einer aufgelösten Gesellschaft das Recht, die Liquidation zu verlangen, und deshalb der käuflichen Ueberlassung der Gesellschaftsantheile des einen oder mehrerer Gesellschafter an einen zeitlichen Socius ohne vorherige Liquidation zu widersprechen nicht zugestanden werden kann,

von Hahn, a. a. O. S. 314 §. 2 am Ende,

zumal die veräußernden und ausscheidenden Gesellschafter den Gläubigern wegen der Societätsschulden innerhalb der in Art. 146 geordneten Verjährungsfrist haften. Endlich kann aus dem Umstand, daß bei den Nürnberger Conferenzberathungen in zweiter Lesung die Aufnahme einer Bestimmung dahin, daß die Vorschriften in Art. 127—131 über das Ausscheiden und die Ausschließung von Gesellschaftern und deren rechtliche Folgen, so wie über die Auseinandersetzung wegen des Gesellschaftsvermögens auch in dem Falle Anwendung finden sollen, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, durch Majoritätsbeschluß abgelehnt worden ist, ein Argument für die Ansicht der vorigen Instanz nicht entnommen werden, indem es nunmehr und ungeachtet dieser Ablehnung bei den zeither befolgten Rechtsgrundsätzen bewendet. Nach diesen aber sind Verabredungen, nach welchen bei dem Ausscheiden des einen Gesellschafter das Geschäft von dem andern Socius fortgesetzt werden soll, gestattet. In Folge einer solchen im Gesellschaftsvertrage oder später getroffenen Verabredung begeben sich der Ausscheidende beziehentlich dessen Erben im Voraus des Rechts auf Liquidation und reale Theilung des Geschäftsvermögens, indem die Austretenden bloß fordern können, daß der Uebernehmer des Geschäfts ihnen ihre Antheile an dem Gesellschaftsvermögen nach dem wahren Werth abkaufe und diesen in der bedungenen Maaße baar bezahle. Ist eine solche Vereinigung getroffen worden, so treten daher an die Stelle der Realisirung ihrer Geschäftsantheile mittelst Liquidation die vertragsmäßigen Rechte

gegen den neuen Geschäftsinhaber dergestalt, daß dem Verlangen der Erben auf Vornahme der Liquidation die exceptio doli entgegensteht.

Treitschke, a. a. D. S. 218.

von Hahn, a. a. D. S. 330 flg.

Endemann, deutsch. Handelsr., S. 229 III.

In dem zwischen dem Erblasser der Impetranten und dem Impetraten am 1. Febr. 1863 abgeschlossenen Societätsvertrage ist in §. 10 verabredet worden, daß wenn Einer der beiden Gesellschafter während der auf zehn Jahre berechneten Societät versterbe, die Gesellschaft mit dem Ablaufe desjenigen (vom 1. April bis 1. April) laufenden Societätsjahres, in welchem der Todesfall eintrete, von selbst aufhöre, dem Ueberlebenden jedoch das Recht zustehe, das Geschäft für seine alleinige Rechnung und unter der alten Firma fortzusetzen und zu diesem Behufe das Geschäft für denjenigen Preis, welchen die bei Beendigung der Societät aufzunehmende Inventur ergiebt, zu übernehmen, dafern er binnen vier Wochen nach dem Tode des zuerst Verstorbenen, wie ihm bei Verlust dieses Rechts obliege, sich schriftlich zu Uebernahme des Geschäfts unter den in dem Gesellschaftsvertrage festgesetzten Bedingungen bereit erklärt. Da nun der Erblasser der Impetranten am 14. Mai 1864 verstorben ist, und die Impetranten selbst am 1. Juni 1865 unter Ueberreichung des oftgedachten Gesellschaftsvertrags vor Gericht erklärt haben, daß das Gesellschaftsjahr, von dem in §. 10 die Rede sei, mit dem 1. April 1865 abgelaufen, ferner daß Impetrat G. brieflich und zur rechten Zeit die Erklärung, für seine alleinige Rechnung das Geschäft fortzusetzen, abgegeben, daß sie, die Impetranten, dagegen nichts einzuwenden haben und die Genehmigung dazu ertheilen wollten, daß Impetrat das Geschäft unter der bisherigen Firma fortsetze und ihr, der Impetranten, Austritt aus dem Geschäft auf der Inhaberrubrik des betreffenden Folium im Handelsregister eingetragen werde, so hat Impetrat den Anspruch auf käufliche Ueberlassung des Geschäfts Seiten der Impetranten ausreichend bescheinigt. Denn die Gründe, aus welchen die Impetranten die obige Erklärung vom 1. Juni 1865 zu widerrufen versucht haben, können dormalen, wo es sich lediglich darum handelt, ob dem Antrage der Impetranten auf Einleitung der Liquidation beziehentlich Sequestration im Verordnungswege stattzugeben sei, nicht in Betracht gelangen, da jene Erklärung mindestens als außergerichtliches Zugeständniß, daß Impetrat

die Erklärung wegen Uebernahme des Geschäfts rechtzeitig abgegeben habe, aufzufassen ist, die Angabe, daß dieses Zugeständniß auf einem factischen Irrthume beruhe, weder speciell motivirt, noch bescheinigt worden ist, ferner Impetranten nach ihrem Zugeständnisse von der Bilanz unter D. bereits am 9. Mai 1863 Kenntniß erlangt, und durch die Abgabe der Erklärung vom 1. Juni 1865 auf ein etwaiges Recht, die Aufhebung der Societät und die Liquidation auf Grund der Bestimmung in §. 11 des Societätscontracts zu verlangen, stillschweigend verzichtet haben, hauptsächlich aber die Frage, ob Impetranten ein ausreichender Rechtsgrund zur Seite steht, die käufliche Ueberlassung ihrer Gesellschaftsantheile an den Impetranten ungeachtet der liquiden Verabredung im Gesellschaftsvertrage und des Zugeständnisses vom 1. Juni 1865 zu verweigern, nicht gegenwärtig, sondern nach Befinden im Ordinarprozeße zu verhandeln ist.

Aus diesen Gründen hat man der Entscheidung in der Verordnung Bl., daß die Liquidation des unter der Firma G. & D. in G. bestehenden Fabrikgeschäfts einzuleiten sei, nicht beizutreten vermocht, vielmehr angeordnet, daß das gedachte Fabrikgeschäft dem Impetranten zur Fortführung ausgeantwortet werde. Selbstverständlich bleiben neben dieser Anordnung die Vorschriften §. 10 des Societätscontracts, soweit sie sich auf die Aufnahme der Schlußinventur, die Concurrency der Erben hierbei, und die Befugniß der letzteren beziehen auf so lange, bis ihre Befriedigung erfolgt ist, durch einen gemeinschaftlich zu bestellenden Bevollmächtigten die Bücher der Handlung einzusehen und die Vorlegung jährlicher Inventuren zu verlangen, so wie in dem im Schlusse des §. 10 gedachten Falle die sofortige Herauszahlung ihres ganzen Guthabens in unzertrennter Summe zu fordern, in Kraft.

14.

Wechselfaustellung Seiten einer Ehefrau. — Genehmigung des Ehemannes aus der Mitvollziehung geschlossen, auch wenn letzterer vor der Ehefrau unterschrieben. — Verschleierte Bürgschaft?

II. Sen.-Erf. vom 2. Mai 1865. no. 77/189.

Schon zeither hat das OAG. in Fällen, wie der vorliegende, wo eine gemeinschaftlich von Ehemann und Ehefrau ausgestellte Schuld=

urkunde an erster Stelle von dem Ehemanne und sodann erst von der Ehefrau unterschrieben worden, kein Bedenken, den ehemännlichen Beitritt zu dem Geschäfte als liquid anzunehmen, getragen und darauf, ob die Unterschrift des Ehemannes vor der der Ehefrau befindlich, oder, wie Beklagter solches für nöthig erachtet wissen will, erst hinter derselben gestanden, keinen Unterschied gesetzt.

Mit Recht ist übrigens auch von der ersten Instanz der Einwand des Beklagten, daß der Mitvollziehung des fraglichen Wechsels Seiten der Erblasserin seiner Tuendin eine illegale, eheweibliche Bürgschaft zu Grunde liege, als illiquid im vorliegenden Executivprozeße unbeachtet gelassen und zur besonderen Ausführung oder Widerklage verwiesen worden. Zwar ist es richtig, daß, wenn mehrere Personen ein Schuldbekennniß gemeinschaftlich ausgestellt haben, jede derselben an sich nur zu ihrem — im Zweifel gleichem — Antheile als zahlungspflichtig zu gelten hat und daß daher, wenn Ehemann und Ehefrau gemeinschaftlich ein Schuldbekennniß ausgestellt haben, in welchem sie sich solidarisch zur Zahlung verpflichtet, die Ehefrau in Bezug auf die eine Hälfte der Schuld als den präsumtiven Antheil des Ehemannes sich als Bürgin darstellen, aus dieser Verbürgung aber ohne Hinzutritt der gesetzlichen Förmlichkeit nicht verpflichtet zu erachten sein würde.

Mandat vom 6. November 1828 über die Verbürgungen der Frauenspersonen, §. 7.

Allein es beruht dies eben nur auf der Voraussetzung, daß in Betreff dieser einen Hälfte eine Prinzipalverpflichtung des Ehemannes als vorhanden anzunehmen ist, wie es z. B. zweifelsohne der Fall sein würde, wenn das Schuldbekennniß sich auf ein gemeinschaftlich aufgenommenes Darlehn bezöge. Allein im vorliegenden Falle, wo es sich von einer gemeinschaftlich übernommenen Wechselverpflichtung durch Ausstellung einer Wechselurkunde handelt, trifft diese Voraussetzung nicht zu. Denn wie überhaupt die wechselfähige Verpflichtung nur auf dem rein formalen Schriftenvertrage beruht, bei welchem es nicht darauf, ob und welches Schuldverhältniß zwischen Wechselgeber und Wechselnehmer bestanden hat, sondern zunächst auf die Wechselfähigkeit, — welche auch einer Ehefrau, welche keine Handelsfrau ist, unter Beitritt des Ehemannes beizohnt — und die strenge Beobachtung der für den Wechselverkehr vorgezeichneten formellen Bestimmungen ankommt,

Zeitschrift für Rechtspflege 2c., N. F. Bd. XX, S. 245 No. 145, so läßt sich namentlich auch aus einer Wechselurkunde, wie die an sich ganz formrichtige Bl., gar nicht ersehen, welchem der mehreren Aussteller ganz oder theilweise die Prinzipalverpflichtung zu dessen Einlösung obliegt, oder welcher nur accessorisch und beziehentlich intercessorisch sich verpflichtet hat, und es ist eben so leicht denkbar, daß der Ehemann der Erblasserin der Tuendin Beklagten der von dieser in ihrem alleinigen Interesse übernommenen Wechselverpflichtung nur intercessorisch beigetreten sei, als umgekehrt. Es hat demnach lediglich die nach Art. 98 sub 10 auch für eigne Wechsel geltende Vorschrift in Art. 81 der A.D.W.D. maßgebend sein können, wonach jeder Mitunterzeichner eines Wechsels in solidum verhaftet sein soll.

15.

In der Trassirung des Ehemannes auf die Ehefrau liegt die Genehmigung des Acceptes. — Verschleierte Bürgschaft? — Verfahren.

II. Sen.-Erf. vom 18. Mai 1865. no. 319/244.

Der wiederholt vorgebrachte Einwand der Beklagten, daß in einem Geschäft wie das vorliegend fragliche, wo die Ehefrau die von ihrem Ehemanne auf sie gezogenen Wechsel acceptirt hat, offenbar eine eheweibliche Verbürgung liege, ist auch nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz nicht begründet. Zwar ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß auf diese Weise eine eheweibliche Bürgschaft vermittelt worden sein kann, allein liquid ist es jedenfalls nicht, vielmehr würde die Form des Geschäfts eher und zunächst darauf schließen lassen, daß die Ehefrau die Prinzipalverpflichtete sei, wenn überhaupt bei dem rein formalen Schriftenvertrage, auf welchem die wechselfähige Verpflichtung beruht, zu untersuchen wäre, ob und welches Schuldverhältniß unter den Wechselinteressenten bestanden hat.

Ebensowenig von Belang erscheint die Behauptung der Beklagten, daß es an dem Nachweise der Genehmigung ihres Ehemannes zu dem von ihr bewirkten Accepte fehle, welche damit motivirt werden soll, daß ihr Ehemann nicht zum Wechselverhör vorgeladen worden sei, und daher auch dessen Mitunterschrift unter dem Accepte nicht als recognos-

cirt angesehen werden könne. Denn abgesehen von der Frage, ob nicht die Recognition auch der ehemännlichen Unterschrift in der von der Beklagten im Allgemeinen bewirkten Anerkennung liegt, zumal sie in dieser Hinsicht keinen Einwand erhoben und sich nicht zur Diffession erboten hat, wie ihrerseits hätte geschehen müssen, wenn man die ehemännliche Beitrittserklärung zum Accepte als pars integrans der desfalligen Urkunden betrachten wollte, so würde jedenfalls schon in der That, daß der Ehemann der Beklagten die betreffenden Wechsel auf diese gezogen hat, sich dessen Einwilligung dazu, daß Beklagte solche acceptire, mit ausreichender Bestimmtheit aussprechen und es daher eines weiteren Nachweises der Genehmigung desselben gar nicht bedürfen.

Wochenblatt f. merk. Rechtsf., Jahrg. 1857 S. 77 flg.

Daß übrigens die Mitvorladung des Ehemannes der Beklagten zum Wechselverhöre und der Beitritt desselben zu den von der Beklagten in diesem Termine abgegebenen Erklärungen nicht erforderlich war, ist bereits von der vorigen Instanz unter Bezug auf die in der Zeitschrift für Rechtspflege etc., N. F. Bd. 20 S. 111 mitgetheilte Entscheidung des OAG.'s mit Recht bemerkt worden.

16.

Zur Lehre von der Wirkung und Benutzbarkeit eines Blanco-Giro's. — Art. 13 der A D W D.

II. Sen.-Erf. vom 31. Aug. 1865. no. 470/440.

Das Blanco-Giro, wie solches im Wechselverkehre Aufnahme und durch die bestehende Gesetzgebung Anerkennung gefunden hat, ist allerdings in der Regel für die Sachlegitimation des jedesmaligen Wechselinhabers, welcher auf solches sich bezieht, als ausreichend zu betrachten und zwar wie die vorige Instanz ganz richtig schon bemerkt und ausgeführt hat, gleichviel ob es auf Seiten dessen, welcher den Wechsel in seiner Hand hat, um Geltendmachung des auf solchem beruhenden Anspruchs gegen den Acceptanten, oder aber um Regreßnahme gegen den Aussteller oder die Giranten sich handelt. Hierbei kommt auch, wie man hinzufügen will, an sich darauf nichts an, ob in einem einzelnen gegebenen Falle das Blanco-Giro gleich Anfangs für den Wechselinhaber, der auf selbiges sich stützt, oder für eine andere Person bestimmt war.

Denn nach Art. 13 der A.D.W.D. hat Derjenige, welcher den Wechsel unmittelbar von dem Urheber des Blancoindossaments erhalten, die Wahl, ob er den Wechsel mit oder ohne Ausfüllung des Letztern auf seinen Namen weiter begeben, oder ob er das Blancoindossament gleich mit dem Namen des neuen Nehmers ausfüllen, oder endlich ob er den Wechsel ohne weiteres Indossament, überhaupt ohne jedwede Beurkundung seines Zwischenbesizes, durch einfache Uebergabe an den neuen Abnehmer übertragen will. Insonderheit wird die zuletzt bezeichnete Manipulation, deren Zulässigkeit aus der Natur des Blanco-Giro's, welches den Wechsel zu einem Inhaberpapier macht, von selbst sich ergibt, aus verschiedenen practischen Gründen häufig angewendet und sie gestattet, wenn sie nach dem Willen der Interessenten Platz ergreift, während sie dem zeitherigen Inhaber den Vortheil bietet, daß er seinerseits ganz aus dem Wechselverbande ausscheidet,

Brauer, die allgem. deutsche Wechselordnung. Bemerk. zu Art. 13

S. 52, 2. Ausg.,

dem Abnehmer ohne Weiteres, das auf dem Wechsel befindliche Giro im Blanco auf sich zu beziehen,

Brauer a. a. D.,

Bluntschli, allgem. deutsche Wechselordnung. Bemerk. zu Art. 13

S. 44,

Hoffmann, ausführl. Erläuterung der allgem. deutschen Wechselordnung, §. 18 S. 244,

Renaud, Lehrb. des gem. deutsch. Wechselrechts, §. 54 S. 105,

vergl. auch

Annalen des D.A.G., Bd. III. S. 418,

Zeitschr. f. Rechtspf. 2c., N. F. Bd. XV. S. 378,

wie sie denn andererseits aus gleichem Grunde dem früheren Inhaber die Füglichkeit nicht entzieht, unter sonst geeigneten Voraussetzungen später an die Stelle seines Abnehmers wieder einzutreten und die auf dem Blanco-Giro beruhenden Rechte wiederum für sich zur Geltung zu bringen, als welches namentlich für den Fall des Regresses von großer Wichtigkeit für ihn werden kann.

Allein freilich dürfen, wenn ein Blancoindossament in Verbindung mit der bloßen Innehabung des Wechsels allein schon für die Sachlegitimation des Inhabers entscheiden soll, nicht etwa aus dem Wechsel

selbst hervorgehende oder liquide Umstände vorliegen, welche gegen den Inhaber des Papiers und für die Berechtigung eines Dritten eine rechtliche Vermuthung zu begründen geeignet sind. Eine solche Rechtsvermuthung begreift nun aber in der That in dem vorliegenden Falle gegen den Kläger insofern Platz, als unmittelbar hinter dem auf der fraglichen Tratte stehenden Giro in Blanco der Beklagten, auf Grund dessen Kläger von den Letzteren in deren Eigenschaft als Aussteller und beziehentlich Remittenten Remboursleistung fordert, ein ausgefülltes Giro sich befindet, nach Ausweise dessen gedachtes Papier vor dessen Verfall von Moriz M. an die Privatbank in G. begeben worden ist. Denn hiernach erscheint nach Maafgabe des Wechsels selbst gegenwärtig, um so gewisser lediglich die gedachte Privatbank auf Grund des gedachten Blancoindossaments legitimirt, als dann, wenn auf ein Blanco-Giro ein weiteres Indossament folgt, nach Art. 36 der A.D.W.D. angenommen werden soll, daß der Aussteller des Letzteren, — was hier M. M. war — den Wechsel durch das Blancoindossament erworben habe, nun aber nach Ausweis des Wechsels verbunden mit dem Inhalte der Protesturkunde, der Wechsel zwar von der genannten Privatbank an die Disconto-Gesellschaft zu B. weiter girirt und nach dessen Verfall von Letzterer dem Bezogenen resp. dem Domiciliaten zur Zahlung vorgelegt worden ist, inzwischen das auf gedachte Disconto-Gesellschaft gestellte Giro dormalen sich durchstrichen findet und demzufolge, da nach fernerer Vorschrift in Art. 36 der A.D.W.D. ausgestrichene Indossamente bei Prüfung der Legitimation als nicht geschrieben anzusehen sind, die Annahme, daß die genannten letzten Inhaber remboursirt worden sind, gerechtfertigt erscheint. Sei dem indessen wie ihm wolle, auf alle Fälle tritt vermöge des auf dem Wechsel noch undurchstrichen vorhandenen Giro's M. M.'s und der für Letzteren streitenden gesetzlichen Vermuthung, daß er und Niemand anders vorher den Wechsel durch das oftgedachte Blancoindossament der Beklagten erworben habe, der Sachverhalt, wie er nach dem Wechsel sich darstellt, in entschiedenem Conflict mit dem Verlangen des Klägers. Es wäre daher Klägers Sache gewesen, wenn er, so wie geschehen, jenes Blancoindossament auf sich bezogen wissen und zu seinem Gunsten zur Geltung bringen wollte, vor allem die ihm hierunter entgegenstehende praesumptio juris in geeigneter Weise zu elidiren. Die von demselben dem entgegen vertheidigte und auch jetzt noch festgehaltene Ansicht, als ob unter allen Umständen

und ohne Rücksicht auf die concrete Sachlage lediglich die Innehabung des Wechsels zu Gunsten dessen entscheide, welcher ein auf demselben befindliches Blancoindossament für sich anzieht, letzteres daher seinem Wesen nach jede Erörterung sowohl über die Zeit, zu welcher es auf den Wechsel gekommen, als darüber, für wem es nach der ursprünglichen Absicht des Indossanten bestimmt gewesen sei, ohne Unterschied ausschließe, ist wenigstens in dieser Allgemeinheit keineswegs richtig und es beruht offenbar auf einem Mißverständnisse, wenn Kläger zu deren Begründung auf die mehrfach von ihm angezogene

in der Zeitschrift für Rechtspf. 2c., N. F. Bd. XV. S. 37 abgedruckte Entscheidung des OAG.'s, welche oben in anderer Beziehung schon Erwähnung gefunden hat, sich berufen will. Denn wie aus dem angezogenen Präjudize hervorgeht und die bezüglichen Prozeßacten in Sachen Sch. und H., welche zu demselben Veranlassung gegeben und gegenwärtig dem Verspruche beiliegen, noch specieller nachweisen, war der damals entschiedene Streitfall ein von dem jetzt vorliegenden sehr verschiedener.

Ganz abgesehen nämlich davon, daß dort eine von dem Inhaber des Wechsels gegen den Acceptanten unmittelbar angestellte Wechselklage vorlag, während es im vorliegenden Falle um eine Regreßklage gegen die Aussteller und Remittenten sich handelt — ein Fall, der noch besondere Erwägungen im Sinne Art. 16 der Wechselordnung unter Umständen zu veranlassen geeignet ist, dergleichen dem Acceptanten gegenüber nicht Platz ergreifen — so war die dortige Sachlage zunächst schon insofern eine von der jetzigen verschiedene, als dort hinter dem unverletzten Blanco-Giro des Ausstellers und Remittenten, auf welches Kläger seinen Anspruch fundirte, nur ausgestrichene Indossamente auf dem betreffenden Wechsel sich vorfanden, mithin, da ausgestrichene Indossamente, wie gedacht, bei Prüfung der Legitimation nicht zu beachten sind, nicht das mindeste Bedenken entgegenstand, warum Kläger auf Grund des vorhandenen Blanco-Giro's zur Klagerhebung nicht für legitimirt hätte angesehen werden sollen. Offenbar völlig ungeeignet erscheint dagegen der von dem Kläger, welchem dieser sehr wesentliche Unterschied auch nicht entgangen zu sein scheint, versuchte Einwurf, es habe ja, da er im Besitze des Wechsels war, nur in seiner Macht gelegen und stehe ihm noch jetzt frei, das seinem Anspruche für hinderlich geachtete M.'sche Giro

zu durchstreichen. Denn, so lange dieses, wie die Acten ausweisen, noch nicht geschehen ist, hat der Richter den Fall so, wie er wirklich ist, nicht wie er sich anders gestaltet haben könnte, zu betrachten. Dagegen liegt die Frage, wie die Sache zu beurtheilen sein würde, wenn mehrgedachtes Giro durchstrichen wäre, beziehentlich von dem Kläger ausgestrichen worden wäre, ebensowenig vor, wie jetzt darüber zu entscheiden ist, welchen Erfolg es haben würde, wenn Kläger künftig noch jene Durchstreichung bewirken sollte, in welcher letzteren Beziehung man nur noch bemerken will, daß die Bestimmung in Art. 55 der ADWD., wonach jeder Indossant, der einen seiner Nachmänner befriedigt hat, sein eignes und seiner Nachmänner Indossament auszustreichen berechtigt sein soll, eben nur auf Indossanten, in welcher Eigenschaft Kläger nach Ausweise des Wechsels nicht concurrirt hat, sich bezieht und lediglich den dort gedachten Fall betrifft.

Nach dem allen konnte das Suchen Klägers der Abweisung *refusis expensis* nicht entgehen.

17.

Zu Art. 95 der ADWD.

II. Sen.-Erf. vom 24. Aug. 1865. no. 495/421.

Der Kläger hat die von ihm gegen den Beklagten erhobene Wechselklage lediglich durch das Vorbringen zu begründen gesucht, daß Beklagter den Wechsel als angeblicher Generalbevollmächtigter seines Vaters acceptirt, der letztere aber Zahlung nicht geleistet und zugleich eidlich abgelehnt habe, daß Beklagter von ihm mit Auftrag zur Acceptation des gedachten Wechsels versehen worden sei. Allein diese Anführungen reichen offenbar nicht hin, um den gegenwärtig geklagten Anspruch als gehörig substantiirt erscheinen zu lassen.

Allerdings schreibt Art. 95 der ADWD. vor, daß Derjenige, welcher eine Wechselklärung als Bevollmächtigter eines Andern unterzeichne, ohne dazu Vollmacht zu haben, persönlich in gleicher Weise hafte, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre. Diese Bestimmung ist indessen, wie schon die vorige Instanz hervorgehoben, und auch das OAG. in den dort allegirten, in den Annalen Bd. III. S. 412 flg. abgedruckten Entschei-

dungsgründen bereits früher anerkannt hat, nur materiell-rechtlicher Natur, sie begründet nicht die unmittelbare Vertragsverbindlichkeit des falsus procurator und sie behandelt nicht die rein prozeßrechtliche Frage der Beweislast hinsichtlich der die Anwendung des angezogenen Artikels bedingenden thatsächlichen Voraussetzungen. Diese Beweislast fällt aber nach allgemeinen prozeßualen Grundsätzen dem klagenden Theile zu, und es mußte daher auch im vorliegenden Falle Kläger anführen und, da er den Weg des Wechselprozesses gewählt hat, urkundlich nachweisen, daß Beklagter keinen genügenden Auftrag gehabt habe, den erwähnten Wechsel für seinen Vater zu acceptiren. Nun fehlt es aber überhaupt an einem derartigen Anführen Klägers und wenn schon der Letztere in dem abgehaltenen Verhörstermine auf das zwischen ihm und dem Vater des Beklagten ergangene Actenheft unter Nr. $\frac{242}{I}$ sich bezogen hat, so

reicht doch auch der Inhalt dieses Actenstücks nicht hin, um den Umstand, daß Beklagter bei Acceptation des fraglichen Wechsels für seinen Vater ohne Auftrag gehandelt habe, sofort in Liquidität zu setzen. Denn aus dem angezogenen Fascikel geht zwar hervor, daß der Vater des Beklagten sich zur eidlichen Diffession des gedachten Wechsels erboten und einen Eid dahin geleistet hat, daß er diesen Wechsel beim Accept nicht selbst unterschrieben habe, derselbe auch nicht mit seinem, D. des Letzteren, Wissen und Willen durch einen Anderen beim Accept mit seinem Namen unterschrieben worden sei. Allein hierdurch ist immer dem Beklagten gegenüber noch nicht ohne Weiteres in rechtliche Gewißheit gesetzt, daß derselbe, als er den erwähnten Wechsel als Generalbevollmächtigter seines Vaters acceptirte, ohne diesfalligen Auftrag gehandelt habe, da das, was zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten verhandelt worden ist, dem Letzteren nicht präjudiciren kann. Nun hat zwar der Beklagte selbst im vorliegenden Rechtsstreit zugestanden, daß er von seinem Vater Auftrag zur Acceptation des Wechsels in dessen Namen nicht gehabt, daß er vielmehr den Wechsel in dem Glauben, er sei als Generalbevollmächtigter seines Vaters dazu berechtigt, acceptirt habe. Allein dieses Geständniß kann, wie schon von der vorigen Instanz bemerkt worden, nicht dazu benutzt werden, um die in dem Klagvorbringen enthaltenen Lücken zu ergänzen, und wollte man daher auch davon ausgehen, daß die Generalvollmacht mit Rücksicht darauf, daß in ihr ein

specieller Auftrag zur Ausstellung oder Acceptation von Wechselurkunden nicht enthalten ist, den Beklagten nicht ermächtigt habe, das fragliche Accept für seinen Vater zu vollziehen, so bleibt doch immer die jetzt vorliegende Wechselklage mangelhaft und es konnte daher dieselbe der Abweisung nicht entgehen.

Civilprozeß und Concurß.

14.

Ueber die anticipirte recognitio per testes.

II. Sen.-Erf. v. 11. Mai 1865. no. 924/929 von 1864.

Kläger hat sich des Beweises durch Zeugen nicht nur in Betreff des mündlichen Kaufabschlusses, sondern auch beim 37. und 38. Beweisartikel neben der im Original producirten Beweisurkunde VII in Betreff des Klaganführens, daß der Erblasser der Beklagten mit dem Inhalte der gedachten Urkunde, nachdem ihm solche in der Urschrift vorgelegt worden, gegen den Kläger sein Einverständniß erklärt habe, bedient. Zweifelhaft ist nun, in welcher Maaße in Fällen der vorliegenden Art, in welchen im Beweise sowohl Recognition einer Beweisurkunde gefordert, als auch zum Nachweise der Richtigkeit derselben Urkunde Zeugen benannt worden sind, und der letztere Beweis bis zu einem Erfüllungseide geführt worden ist, zu erkennen sei. Die erste Instanz hat angenommen, daß Beklagte zu Diffession der Beweisurkunde VII, zu welcher sie sich erboten, nicht gelassen werden könne, vielmehr die Entscheidung lediglich von Leistung des dem Kläger aufgelegten Erfüllungseides abhängig zu machen sei. Dagegen hat die zweite Instanz zunächst der Beklagten den Diffessionseid in Betreff der Beweisurkunde VII und erst nach Leistung desselben dem Kläger die Leistung des Erfüllungseides auferlegt. Man hat weder der Ansicht der ersten noch der zweiten Instanz beizutreten vermocht.

1.

In einer im Jahre 1842 gefällten, in der Zeitschrift für Rechtspflege 2c., N. F. Bd. V. S. 215

erwähnten Entscheidung des OAG.'s ist ausgesprochen worden, daß es unzulässig sei, die Recognition eines Documents bei dem Beweise fordern und zugleich dessen Richtigkeit durch Zeugen beweisen zu wollen, weil die eidlichen Zeugenaussagen mit dem von dem Producten geleisteten Diffessionseid in Widerspruch treten könnten, und dieser Fall dem völlig gleich zu achten sei, wo über die nämliche Thatsache der Eid angetragen und zugleich Denomination von Zeugen erfolgt sei. Bei anderweiter Erwägung hat man Bedenken getragen, diese Ansicht bei der vorliegenden Entscheidung zu Grunde zu legen. Denn der aus der Analogie der verbotenen Cumulation des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln entlehnte Grund ist deshalb ausgeschlossen, weil nach der richtigern Ansicht der Diffessionseid nicht als ein angetragener, sondern als ein von den Gesetzen für einen gewissen Fall besonders angeordneter, dem Reinigungseide nahe kommender Legaleid anzusehen ist.

Gottschalk, sel. disc. for. tom. I. c. 19 p. 208, 209.

Biener, syst. proc. §. 150 ed. nov.

Hiernächst ist aber auch Behufs der Abwendung der angebotenen eidlichen Ablehnung einer beim Beweise im ordentlichen Prozesse producirten Urkunde die Denomination von Zeugen, welche entweder bei der Unterzeichnung der Urkunde gegenwärtig gewesen oder das außergerichtliche Geständniß des Producten, daß er dieselbe unterschriftlich vollzogen habe, angehört haben, in Sachsen nicht nur nicht verboten, sondern in der APD. tit. XXV §. 4 der EPD. ad tit. XXV ausdrücklich nachgelassen. Wenn dieser Beweis voll oder bis zu einem suppletorium erbracht und in letzterem Falle der Erfüllungseid vom Producenten geleistet wird, so ist der Zweck der unternommenen recognitio per testes — die Abwendung der Diffession — dergestalt erreicht, daß der Product zur eidlichen Ablehnung der Urkunde nicht zugelassen werden kann. Ist dagegen der Zeugenbeweis verfehlt, oder nicht einmal bis zu einem Erfüllungseide gelungen, so ist auf den Diffessionseid zu erkennen, und die Frage, ob das Document vom Producten unterzeichnet sei, von diesem Eide abhängig zu machen.

Kind, quaest. for. tom. III. c. 59 ed. 2.

Biener, syst. proc. §. 153 not. 8 ed. nov.

Zeitschr. f. Rechtspf. 2c., N. F. Bd. V. S. 210.

Hieraus folgt, daß in der Benennung von Zeugen Behufs des Nachweises der Richtigkeit einer producirten Urkunde ein Verzicht auf das Recht des Producenten, vom Producten Recognition oder Diffession der Urkunde zu fordern, nicht gefunden werden kann, vielmehr die Cumulation des Zeugenbeweises mit dem Urkundenbeweise, falls ersterer gelingt, nur dahin führt, daß Product zur Diffession nicht zu admit- tiren ist.

Ebensowenig ist darauf ein Gewicht zu legen, daß die s. g. recognitio per testes in der Regel nicht einen Theil des Hauptbeweises, sondern ein selbstständiges Incidentverfahren bildet, welches eintritt, wenn der Product sich im Productionsverfahren zur Diffession erboten und der Producent Behufs der Abwendung derselben Zeugen benannt hat. Denn die Anticipation der recognitio per testes und deren Verbindung mit dem Hauptbeweise ist in den Gesetzen nicht verboten, und sogar in Fällen der vorliegenden Art, in welchen die später im Beweise producirte Urkunde bereits der Klage beigelegt und vom Gegner die Unterschrift derselben geleugnet worden ist, zweckmäßig, da auf diese Weise ein wiederholtes Beweisverfahren und der hiermit verbundene Zeit- und Kostenaufwand vermieden wird.

2.

Aus vorstehenden Gründen ist derjenige Theil des Beweises, bei welchem Behufs des Nachweises der Richtigkeit und Richtigkeit der producirten Beweisurkunde VII Zeugen benannt worden sind, nach Analogie einer anticipirten recognitio per testes zu beurtheilen, welche zu dem Zwecke unternommen worden ist, um die eidliche Ablehnung derselben Urkunde Seiten der Beklagten möglichst abzuwenden. Will Producent diesen Zweck erreichen, so muß er den ihm nachgelassenen Erfüllungseid leisten, indem erst unter dieser Voraussetzung Beklagte zur Diffession nicht zugelassen werden kann. Sollte Kläger dagegen das Suppletorium nicht schwören, so verzichtet er dergestalt stillschweigend auf die Vortheile, welche der unternommene Zeugenbeweis, soweit er sich auf die Beweisurkunde VII bezieht, bewirkt hat, daß die Entscheidung lediglich von dem Diffessionseide abhängig zu machen ist. Die vorstehend entwickelte Ansicht, daß, falls die recognitio per testes bis zu einem Erfüllungseide gelungen ist, die Entscheidung zunächst von Leistung dieses Eides ab-

hängt, und erst wenn letzterer nicht geschworen wird, Beklagter der Diffessionseid aufzulegen ist, gewährt zugleich den Vortheil, daß nicht gleichzeitig auf Eide, deren Inhalt sich widerspricht, zu erkennen ist.

15.

Ueber Marginalatteste zu der Executivklage in Betreff der gerichtskundigen Passivlegitimation.

III. Sen.-Erf. vom 18. April 1863. no. 12/12. *)

Kläger hat in der erhobenen Executivklage lediglich Recognition des der Klage zu Grunde gelegten mit dem Erblasser der Beklagten abgeschlossenen Miethvertrags gefordert, in Betreff desjenigen Theils des Klaganführens aber, welcher sich auf die passive Sachlegitimation bezieht, weder Urkunden beigebracht und der Klage beigelegt, noch Einlassung und Antwort gefordert, vielmehr an das Prozeßgericht das Gesuch gestellt, daß dasselbe zunächst die Richtigkeit des die passive Sachlegitimation betreffenden Passus der Klage durch Marginalattest bescheinige. Nun ist zwar das erbetene Attest vom Prozeßgericht ertheilt worden, es läßt sich jedoch die Zeit der Ausfertigung desselben nicht ersehen, da das Zeugniß mit einem Datum nicht versehen ist, und weder in der Ladung zum Güte- und Rechtstermine einer Zufertigung desselben, noch in dem Protokolle über den gedachten Termin der erfolgten Production des Marginalattestes erwähnt worden ist. Nur soviel steht fest, daß das fragliche Marginalzeugniß vor Abfassung des ersten Erkenntnisses zu den Acten gekommen ist.

Die zweite Instanz hat die Klage in der angebrachten Maaße abgewiesen, weil dem Kläger, nachdem er über die Passivlegitimation des Eidesantrags sich nicht bedient, obgelegen habe, ein Zeugniß der competenten Nachlaßbehörde, daß Beklagte alleinige Erbin ihres Ehemannes geworden sei, der Klage beizufügen, auf schriftliche Zufertigung desselben an die Beklagte mit der an letztere zu erlassenden Vorladung zum Güte- und Rechtstermine anzutragen und das Original in dem gedachten Ter-

*) Es wurde das II. Sen.-Erf. vom 27. Novbr. 1862, no. 651/671 bestätigt.

mine zu produciren. Dagegen hat die dritte Instanz die Passivlegitimation durch das beigebrachte Marginalattest für erwiesen angesehen und die Beklagte dem Klaggeseuche gemäß verurtheilt.

Das OAG. hat bei anderweiter Erwägung der Entscheidung der dritten Instanz seine Zustimmung nicht versagen können.

An und für sich mag nicht bezweifelt werden, daß in Betreff der Art und Weise, wie die Sachlegitimation im Executivprozesse in rechtliche Gewißheit zu setzen ist, zwischen der activen und passiven Sachlegitimation ein wesentlicher Unterschied stattfindet. Denn zufolge der ausdrücklichen Vorschrift des §. 7 des Anhangs der GPD. kann lediglich in Betreff der Activlegitimation, falls sich hierbei ein Mangel findet, auf Beibringung besserer Legitimation erkannt werden, wogegen rückfichtlich der Passivlegitimation in derselben Gesetzstelle vorgeschrieben ist, daß, wenn wider Erben executive geklagt wird, und dieser Umstand aus richtigen Urkunden nicht in continenti nachgewiesen werden kann, auf Einlassung und Antwort das Petitum mitzurichten, und falls Beklagter, daß er Erbe sei, verneinen würde, diesfalls auf Beweis und Gegenbeweis zu interloquiren sei. Obwohl nun Kläger diesen, in den Gesetzen vorgeschriebenen Weg nicht eingeschlagen hat, so kann doch nunmehr und nachdem das erbetene Marginalattest im ersten Verfahren beigebracht worden ist, die Art und Weise, wie Kläger die passive Sachlegitimation in rechtliche Gewißheit zu setzen versucht hat, die Abweisung der Klage in der angebrachten Maasse deshalb nicht rechtfertigen, weil es sich im vorliegenden Falle um eine Thatsache handelt, welche als gerichtsnotorisch anzusehen ist. Zu den gerichtskundigen Thatsachen sind nämlich diejenigen zu rechnen, welche dem Richter als solchem officiell als absolute Wahrheit bekannt sind, ohne daß es dazu äußerer, von den Partheien herbeizuschaffender Beweismittel bedarf, namentlich also Thatsachen, welche sich als Product der vom Richter selbst ausgegangenen Amtshandlungen darstellen, ohne Unterschied ob diese Amtshandlungen vom Richter in seiner Eigenschaft als Prozeßbehörde, oder in seiner gleichzeitigen Stellung als Vormundschaft-, Nachlaß- oder Grund- und Hypothekenrichter officiell vollzogen worden sind.

Siegmann, in den Annalen des OAG.'s, Bd. III. S. 360 flg. Diese Thatsachen gelten, sobald deren Gerichtskundigkeit durch das competente Prozeßgericht bezeugt wird, dergestalt als notorisch und unleug-

bar, daß sie eines weiteren Beweises nicht bedürfen und vom Gegner ohne Chifane nicht abgeleugnet werden können.

Wegel, ordentlicher Civilprozeß, §. 20 S. 114 flg.

Gensler, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. I. S. 258 flg.

Auch ist die Bezugnahme auf die Gerichtsnotorietät weder als eine förmliche Beweisführung anzusehen, noch sind die schriftlichen Unterlagen, von welchen der Richter möglicher Weise vor Ertheilung des Urtheiles Einsicht nimmt, als Beweismittel zu induciren und dem Gegner zur Recognition vorzulegen, vielmehr genügt es, wenn die Gerichtskundigkeit der fraglichen Thatsache noch vor Abfassung des Erkenntnisses in Gewißheit versetzt wird.

Siegmann, a. a. D. S. 361 u. 362.

Indem nun Kläger in der Klage um Ertheilung eines gerichtlichen Marginalattestes zu Bescheinigung des Klagenführens, daß die Beklagte die alleinige Erbin ihres am 6. März 1851 ohne Testament verstorbenen Ehemannes C. J. W. sei, und den ehemännlichen Nachlaß zur Vertretung übernommen habe, auf Grund der vor dem Prozeßgerichte ergangenen Acten gebeten hat, ist die Klage, soweit sie auf die Passivlegitimation sich bezieht, auf Gerichtsnotorietät gestützt worden. Dieses Verfahren ist zulässig, da im vorliegenden Falle der Prozeßrichter zugleich Nachlaßbehörde ist, in letzterer Eigenschaft aber zu Ausstellung von Zeugnissen über die in der Klage angeführten Thatsachen, soweit sie sich aus den angezogenen vor ihm verhandelten Nachlaßacten ergeben, berechtigt ist. Nun hing zwar die Entscheidung der Frage, ob die angeführte Thatsache gerichtskundig und mithin das erbetene Zeugniß zu ertheilen sei, vom pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts ab, weshalb Kläger, welcher für Ausstellung des Zeugnisses vor angestellter Klage nicht Sorge getragen hat, sich der Gefahr aussetzte, daß er mit seinem Suchen in der angelegenen Maasse abgewiesen werde, wenn das Gericht Bedenken getragen hätte, das Marginalzeugniß zu ertheilen. Nachdem jedoch das Zeugniß in der erbetenen Weise gegeben worden ist, ist dem Mangel der sofortigen Bescheinigung der Passivlegitimation bei Einreichung der Klage abgeholfen worden, indem es förmlicher Beweisführung wegen der Bezugnahme auf die im Laufe des Verfahrens in rechtliche Gewißheit gesetzte Gerichtsnotorietät nicht bedurfte. Ueberdies hat die Beklagte die Richtigkeit des Marginalattestes nicht nur nicht bestritten, sondern

fogar ausdrücklich zugestanden, indem der Einwand der Beklagten, daß die Identität des Ausstellers des Miethvertrags mit ihrem in A. wohnhaft gewesenen Ehemanne nicht nachgewiesen sei, offenbar unerheblich ist, da die Uebereinstimmung der Vor- und Zunamen, sowie der Firma zumal bei der unmittelbaren Nähe der beiden Ortschaften: Stadt Ch. und Schloß Ch. einen Zweifel über die Identität nicht aufkommen läßt.

Endlich findet die Ansicht des OAG.'s, daß die passive Sachlegitimation, falls sich deren Richtigkeit aus den vor dem Prozeßgerichte ergangenen Acten ergibt, zu den gerichtsfundigen Thatsachen, welche durch Marginalattest in Gewißheit gesetzt werden können, zu rechnen ist, in dem Verbote der C.P.D. ad tit. XVI §. 2 solche Thatsachen zu leugnen, welche unleugbar sind oder wohl gar in notorietate beruhen, Unterstützung. Auch wird in §. 7 des Anhangs der C.P.D. die Sachlegitimation nur als ein Nebenpunkt behandelt und nachgelassen, die Wahrheit derselben in continenti durch richtige Urkunden nachzuweisen, und falls diese Bescheinigung nicht beigebracht werden kann, den Legitimationspunkt auf Beweis zu stellen, wobei der Gesetzgeber für den Fall, daß auf Beweis und Gegenbeweis erkannt worden sein, später sich jedoch herausstellen sollte, daß der Beklagte der Wahrheit zuwider seine Eigenschaft als Erbe in Abrede gestellt habe, besondere Strafen androht.

16.

Zur Lehre vom Executionsprozeß.

II. Sen. - Erk. vom 10. Aug. 1865. no. 404/387. *)

Es würde dem OAG. unbedenklich erschienen sein, ein Erkenntniß dahin lautend, daß das gegen Beklagte eingeleitete Hülfungsverfahren fort-

*) Werden im Executionsprozesse nach Erlaß der Executionsaufgabe (§. 89 flg. des Ges.) vom Beklagten Einwendungen fristmäßig vorgebracht, welche nicht sofort verwerflich erscheinen und dem zu Folge ein Verfahren nach §. 94 flg. veranlassen, jedoch dabei entweder an sich oder in Folge Diffessionseides des Klägers für unerheblich befunden, so ist dies mittelst Bescheides (§. 95) auszusprechen. Dies geschieht am zweckmäßigsten dahin: „daß“ — aus namhaft zu machenden Gründen unerheblichen — „Einwendens ungeachtet das Hülfungsverfahren fortzustellen sei.“ Eine andere ebenfalls nicht unangemessene Formel wählte das OAG. Leipzig in dem im Wochenbl. f.

zustellen sei, zu bestätigen. Allein zur Zeit ist, wie von den Parteien übersehen worden zu sein scheint, auf Fortstellung des Executionsverfahrens gar nicht erkannt, es enthält vielmehr das erste Erkenntniß, das in zweiter Instanz bestätigt worden, nur die Verurtheilung Beklagter zur Zahlung des Schuldbetrags, bietet mithin dem Kläger nur eine Unterlage für neue Executionsanträge. Da aber diese Entscheidung für Beklagte eine günstigere ist, als das Erkenntniß auf Fortstellung des Hilfsverfahrens gewesen sein würde, so konnte in Ermangelung rechtzeitiger Anträge Klägers eine Berichtigung der Formel der Verurtheilung auf ein Rechtsmittel der Beklagten nicht vorgenommen werden.

17.

Der Kläger im Urkundenprozeße hat, wenn er im Laufe der Wiederklagsache Kenntnißnahme der höheren Instanz von Bestandtheilen der Reconventionsacten in seinem Interesse erachtet, beglaubigte Abschriften aus solchen beizubringen.

II. Sen.-Verordn. vom 24. Jan. 1865. no. 926/877 von 1864.

18.

Eröffnet der Gemeinschuldner nach Ausbruch des Creditwesens ein neues Geschäft, so kann dessen Bestand

m. Rechtsf. 1845, S. 70 no. 25 mitgetheilten Rechtsfalle. Nach eingetretener Rechtskraft ist sodann — ohne neue Hilfsauflage — auf Klägers Antrag zur Vollstreckung der Hülfe zu verschreiten (Wochenbl. a. a. D. S. 69. — Ofterloh, summarische Prozesse, III. Aufl. S. 44 S. 130). — Wegen der Rechtskraft ist jedoch §. 2 des Ges. zu vergleichen und zu erwägen, daß der Schluß des §. 96 im allgemeinen auf den ersten Abschnitt des Gesetzes verweist, also auch dessen Eingang: „Wenn die Rechtskraft eingetreten“, im Sinne des §. 2 auszulegen ist. In dem im Text berührten Rechtsfalle hatte das Prozeßgericht bei unerheblich befundenem Einwande nicht auf „Fortstellung des Hilfsverfahrens“ gesprochen, sondern Beklagte in Bezahlung des Liquidicondemnirt. Das OLG. zog aus der wider Klägern eingetretenen Rechtskraft dieses Bescheides die Folgerung, daß nunmehr dem Hilfsacte eine anderweite Hilfsauflage in Gemäßheit §. 9 flg. des Gesetzes vorauszu-gehen habe.

nicht ohne Weiteres von der Gläubigerschaft zur Masse gezogen werden.

III. Sen.=Verordn. v. 13. Jan. 1866. no. 314 v. 1865.

Soviel ist unbestritten, daß nach deutschem und sächsischem Rechte alle übertragbaren Vermögensrechte des Schuldners in dem Augenblicke der Concurseröffnung auf die Gläubigerschaft übergehen. Allein hiermit ist die Frage noch nicht beantwortet, ob und in wie weit die Gläubigerschaft ein Recht an demjenigen Vermögen habe, welches der Schuldner erst während der Dauer des Concurfes erwirbt. Ein Gesetz, welches hierunter eine allgemeine Vorschrift ausspräche, existirt, wenigstens in Sachsen, nicht, nur soviel ist durch die Decision 25 v. J. 1746 ausdrücklich entschieden, daß die Gläubigerschaft eine dem Schuldner während der Dauer des Concurfes angefallene Erbschaft sich zuzueignen berechtigt ist und daß dem Gemeinschuldner nicht einmal der Pflichttheil von denen entzogen werden darf, welche ihm denselben zu hinterlassen schuldig waren. Nun hat die Praxis allerdings die Decision nicht bloß auf Erbschaften, sondern überhaupt auf alles Das bezogen, was dem Gemeinschuldner während der Dauer des Concurfes titulo lucrativo zufällt, ja man hat hie und da den obigen Grundsatz auch hinsichtlich dessen angewendet, was der Gemeinschuldner während des Concurfes durch einen lästigen Rechtstitel erworben hatte; hiermit geht man aber offenbar zu weit; man übersieht, daß durch den Ausbruch des Concurfes der Gemeinschuldner zu einem bonis interdictus nicht in dem Sinne wird, daß er während der Dauer des Creditwesens nicht irgend einen Erwerbszweig ergreifen und keine Verbindlichkeiten contrahiren könnte. Beides ist ihm unverwehrt; er kann also auch Handel treiben und wegen einer ihm während des Concurfes erwachsenen Forderung gegen seinen Schuldner Klage erheben,

Wochenbl. für merkwl. Rechtsfälle Bd. VII. S. 149., Bd. IX. S. 437 flg.

Güntner, Concurf der Gläubiger S. 51,

denn immer liegt ihm auch nach Eröffnung des formellen Concurfes und während der Dauer desselben die Verbindlichkeit ob, für seinen und seiner Familie Unterhalt zu sorgen und selbstverständlich muß er zu diesem Behufe auf einen zulässigen Erwerbszweig Bedacht nehmen. Was er

auf solche Weise erwirbt, kann daher nicht so ohne Weiteres als zur Concurßmasse gehörig betrachtet werden, und selbst in der, dem Schuldner in der Regel zustehenden Wohlthat der Competenz (beneficium ne egeat) liegt es, daß ein Anspruch der Creditorschafft auf den während des Concurßes in Folge der Geschäftsthätigkeit des Gemeinschuldners Seitens desselben eingetretenen Vermögenserwerb keinesfalls weiter statthaft erscheinen kann, als dieser Erwerb von einiger Bedeutung ist und die gewöhnlichen Lebensbedürfnisse des Schuldners und seiner Familie übersteigt.

Wochenblatt f. merkwl. Rechtsf. Bd. IX. S. 438.

Günther a. a. D.

Obwohl nun, was den vorliegenden Fall betrifft, bei dem Appellanten B., zu dessen Vermögen von dem Ger. = Amte im Bez. = Ger. A. zu Ausgang des Jahres 1864 ein zur Zeit noch nicht beendeter Concurß eröffnet worden war, in M., wohin derselbe nachher sich gewendet und wo er wieder Handel getrieben, ein auf ungefähr 600 Thaler abgeschätztes Waarenlager sich vorgefunden und in Beschlag genommen worden, so fehlt es doch — selbst ganz abgesehen von der Frage, welchen Anspruch die neuen Gläubiger B.'s, zu denen auch der Mitappellant D. gehört, auf Berücksichtigung ihres Interesses haben dürften — für jetzt wenigstens noch an allen Unterlagen, um auch nur einigermaßen bemessen zu können, ob und in wie weit zufolge der obigen Grundsätze der Concurß als berechtigt anzusehen sei, dieses Waarenlager sowie etwaige neuentstandene Forderungen des Gemeinschuldners zur Concurßmasse zu ziehen.

Das Oberappellationsgericht hat daher Bedenken getragen, die Eingang gedachten Berufungen als unbegründet zu verwerfen, vielmehr hat Man die Weigerung des Ger. = Amtes im Bez. = Ger. zu M., der ergangenen Requisition der B.'schen Concurßbehörde, des Ger. = Amtes im Bez. = Ger. zu A., und dem diesfalligen Anträgen des B.'schen Gütervertreter's Folge zu geben, mindestens noch zur Zeit und so lange der Anspruch des Concurßes auf die fraglichen Werthsubjecte nicht im Proceßwege ausgeführt ist und durch rechtskräftige Entscheidung Anerkennung gefunden hat, für gerechtfertigt zu achten gehabt.

Civilrecht.

30.

Benutzungsrecht des Miteigenthümers. — BGB.

§. 330, 331.

II. Sen.-Erf. v. 11. Mai 1865. no. 246/229.

Kläger und Beklagte sind darüber einverstanden, daß sich die im Flurbuch für L. mit Nr. 79 bezeichnete Kies- und Sandgrube in ihrem und der W. H. gemeinschaftlichen Eigenthume befinde und ebenso herrscht zwischen ihnen Einverständnis darüber, daß ein Jeder von ihnen seinen Bedarf an Kies und Sand aus derselben zu entnehmen berechtigt ist, Kläger findet sich jedoch in seinem Rechte als Miteigenthümer dadurch verletzt, daß der Beklagte, wie derselbe bei Einl. Punkt 22 auch zugiebt, das auf diesem Grundstücke wachsende Gras durch seine Schafe abweiden lasse, und keineswegs mit Unrecht. Denn das zwischen den Parteien stattfindende Verhältniß des Miteigenthums bringt es mit sich, daß die einzelnen Miteigenthümer in der willkürlichen Benutzung und dem Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache beschränkt sind und daß daher auch die Art der Benutzung derselben nicht von dem Einzelnen nach Belieben vorgenommen werden darf, sondern von dem gemeinschaftlichen Beschlusse sämtlicher Betheiligter abhängig ist.

Sintenis a. a. O. §. 122, S. 724.

Bürg. Ges.-B. §. 330, 331.

Siebenhaar, Commentar Bd. I. S. 295.

Es kann daher auch dem Beklagten nicht das Recht zugestanden werden, das gemeinschaftliche Grundstück gegen den Willen eines oder mehrerer der Miteigenthümer als Weide zu benutzen und er war deshalb, da er sich auf eine ihm in dieser Beziehung zustehende vertragsmäßige oder sonstige Berechtigung nicht bezogen hat, unter Abänderung der vorigen Entscheidung zu verurtheilen, sich dieser rechtswidrigen Benutzung für die Zukunft zu enthalten und dem Kläger die ihm etwa zugezogenen erweislichen Schäden zu ersetzen.

31.

Bei dem Beweise der Ersizung discontinueller Servituten bedarf es nicht des speciellen Nachweises des

animus possidendi in Bezug auf die einzelnen Besitzacte. — BGB. §. 581 flg.

II. Sen.-Erf. v. 11. Mai 1865. no. 911/918 v. 1864.

An und für sich ist als ein nothwendiges Erforderniß des Erwerbes einer Grunddienstbarkeit, welche zu jeder Zeit oder in regelmäßig wiederkehrenden Zeiträumen ausgeübt werden kann, durch erwerbende Verjährung anzusehen, daß der Verjährende die einzelnen Besitzacte in der Meinung eines ihm zustehenden Rechts vorgenommen habe. Völlig verschieden von diesem materiellen Grundsatz ist jedoch die Frage, was derjenige, dem der Beweis der Ersitzung einer discontinuellen Servitut auferlegt worden ist, beibringen müsse, um dem Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der Verjährende die Besitzacte in der Absicht, ein Recht auszuüben, vorgenommen habe. Nun entzieht sich die bloße Absicht, als ein factum internum, der directen Beweisführung, da kein Gesetz vorschreibt, daß der Verjährende bei jedem einzelnen Besitzacte gegen den Besitzer des verpflichteten Grundstücks oder gegen Zeugen sich darüber, in welcher Absicht er die Besitzhandlung vornehme, erkläre. Ebenso wenig wird in der Regel aus der Art und Weise, wie der angeblich Berechtigte den Besitzact vornimmt, die Meinung, in welcher derselbe gehandelt hat, mit voller Sicherheit sich erkennen lassen. In Uebereinstimmung mit mehreren Rechtslehrern des gemeinen Rechts

Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. IV. S. 94, not. 32.

hat daher das OAG. beim Rechtssprechen constant die Ansicht befolgt, daß der Beweisführer des speciellen Nachweises, daß die Besitzhandlungen, aus welchen er das beanspruchte discontinuuelle Befugniß ableitet, jedes Mal mit dem animus possidendi verbunden gewesen seien, überhoben ist, sobald er in rechtliche Gewißheit setzt, daß er die Dienstbarkeit während einer vollen Verjährungsperiode ausgeübt habe.

32.

Die Klage aus einem Vertrage ist in der Regel auf directe Vertragserfüllung und nur ausnahmsweise auf Schadenersatz zu richten. — §. 761 des BGB.'s.

II. Sen.-Erf. v. 9. Mai 1865. no. 272, 218.

Allerdings hat das OAG.

Zeitschrift für Rechtspflege u. N. J. Bd. XIV. S. 515.

Bd. XV. S. 71.

Annalen, Bd. I. S. 19, Bd. IV. S. 102 u. 469, Bd. V. S. 49, seit geraumer Zeit, wenn auch nur unter gewissen in den Nationen der vorigen Instanz richtig hervorgehobenen Beschränkungen, den Grundsatz befolgt, daß eine Klage auf Erfüllung eines Vertrags oder auf eine Leistung, obschon der Beklagte an sich rechtlich dazu gehalten sein würde, doch dann nicht weiter zulässig sei, wenn aus den besonderen Umständen des Falles klar erhelle, daß diese Erfüllung oder Leistung ohne freiwillige Mitwirkung Dritter unmöglich sei; man hat in solchen Fällen nur einen Anspruch auf das *id quod interest* gestattet und den Grundsatz namentlich auch da angewendet, wo es sich um Verschaffung des Eigenthums an Immobilien handelte, über welche zu disponiren der Verpflichtete nicht mehr in der Lage war.

Neuerdings hat man sich veranlaßt gesehen, die gedachte Frage, welche in Sachsen wenigstens immer noch als eine controverse anzusehen war, anderweit in Erwägung zu ziehen und man ist nun um so mehr dahin gelangt, jenes Princip im Allgemeinen aufzugeben, als — auch abgesehen von den nicht unerheblichen Gründen, mit welchen dasselbe schon seither von seinen Gegnern bekämpft wurde — man sich hat überzeugen müssen, daß man, wollte man noch fernerhin daran festhalten, mit den Bestimmungen des inmittelst erschienenen und in Kraft getretenen bürgerlichen Gesetzbuches geradezu in Widerspruch gerathen würde.

Nach diesem (vergl. S. 144) ist die Klagbarkeit der Rechte die Regel; es kann also, soweit nicht ein Anderes in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt ist, jedes Recht mittelst Anrufung richterlicher Hülfe geltend gemacht werden; und dem entsprechend ist unter Anderem in §. 761 festgesetzt, daß die Klage auf Erfüllung einer Forderung auf den eigentlichen Gegenstand der Forderung, selbst wenn diese auf eine persönliche, in einem Thun bestehende Leistung gerichtet ist, gehn soll, auf Schadenersatz aber nur unter den Voraussetzungen geklagt werden kann, welche einen Anspruch darauf besonders begründen.

Hier ist also, ohne Rücksicht darauf, ob es zur Erfüllung der freiwilligen Mitwirkung Dritter bedürfe oder nicht, als Regel festgestellt, daß die Klage auf Erfüllung sowie die Beurtheilung direct auf den Gegenstand der Forderung zu richten, dagegen die Klage auf Schadenersatz an Stelle der Klage auf Erfüllung nur in den Fällen, wo die

Gesetze eine solche ausdrücklich zulassen, statthast sei, keineswegs aber von dem bloßen Belieben des Gläubigers abhängen. Hiermit ist die Streitfrage für Sachsen in einem, mit der seither vom OAG. befolgten Ansicht nicht weiter vereinbaren Sinne entschieden,

Siebenhaar, Commentar zum BGB. Bd. II. S. 66 flg. (zu §. 761.)

und es werden nun, wenn es in derartigen Fällen zur Hülfsvollstreckung kommt, lediglich die Bestimmungen des Executionsgesetzes vom 28. Febr. 1838 §. 70 flg. zur Richtschnur zu dienen haben, nach diesen wird unter Umständen allerdings — freilich nur erst in der Executionsinstanz — es geschehen können, daß der Gläubiger nun berechtigt erscheint, den Anspruch auf Erfüllung in den auf Entschädigung zu verwandeln.

33.

Zu §. 1017 sub 5 des BGB.'s. — §. 1 sub 5 des Ges. vom 23. Juli 1846. — Fällt unter die diesfalls geordnete kurze Verjährung die Forderung für Herleihung von Rüstmaterial Seiten der Maurermeister?

II. Sen.-Erf. v. 2. Januar 1866. no. 742/724 v. 1865.

Anlangend die bei dem 2ten Klagpunkte geforderte Gebühr für Leihen eines Zimmergerüsts, rücksichtlich deren Beklagter wiederholt behauptet, daß der Anspruch darauf verjährt sei, so hat man bei einer nochmaligen Erwägung der einschlagenden rechtlichen Bestimmungen der Meinung der vorigen Instanz, daß dem diesfalligen Anspruche die Einrede der Verjährung nicht entgegenstehe, lediglich beizutreten gehabt.

Daß Beklagtem für dessen Ansicht die Bestimmung in §. 1 sub 1 des Gesetzes wegen Einführung einer kurzen Verjährungsfrist für gewisse Forderungen vom 23. Juli 1846 nicht zur Seite stehe, kann, da hier nur von Forderungen der Handwerker für Waaren und Arbeiten ihres Geschäftes die Rede ist, einem erheblichen Zweifel kaum unterliegen, wie denn auch Beklagter selbst auf diese Bestimmung sich nicht weiter gestützt hat. Es kann sich vielmehr nur fragen, ob mit Rücksicht auf die Vorschrift in §. 1 sub 5 des nämlichen Gesetzes, wonach die Forderungen derer, welche bewegliche Sachen verleihen, wegen des Leihgeldes für den Gebrauch derselben der kurzen Verjährung unterliegen

sollen, eine Verjährung des obigen Anspruchs anzunehmen sei, und diese Frage ist zu verneinen.

Die angezogene gesetzliche Bestimmung besagt nämlich keineswegs, daß der Anspruch auf Leihgeld für den Gebrauch einer beweglichen Sache schlechthin und ohne Unterschied der kurzen Verjährung unterworfen sei, sondern sie bezieht sich überhaupt nur auf die Leihgeldforderungen solcher Personen, welche aus dem Verleihen beweglicher Sachen ein Geschäft, ein Gewerbe machen. Dieß ergibt sich nicht nur daraus, daß wenn die gedachte Bestimmung jene weitere Bedeutung hätte haben sollen, solche kürzer dahin zu fassen gewesen sein würde,

„Forderungen wegen des Leihgeldes für den Gebrauch beweglicher Sachen“,

während die Worte:

„Forderungen Derer, welche bewegliche Sachen verleihen“

offenbar darauf hinweisen, daß nur an die Leihgeldforderungen einer besonderen Classe von Personen, die Classe derer, welche bewegliche Sachen zu verleihen pflegen, gedacht worden, sondern es erhellt auch aus dem zur Erläuterung beigelegten Beispiele der Inhaber von Leihbibliotheken, dessen es, wenn das Gesetz jede Leihgebühr der kurzen Verjährung hätte unterwerfen wollen, überhaupt gar nicht bedurft haben würde, sowie daraus, daß das bürgerliche Gesetzbuch, welches in §. 1017 mit geringen Abweichungen die Vorschriften von §. 1 des Gesetzes vom 23. Juli 1846, wiederholt, sub 5 ausdrücklich nur von Leihgeldforderungen derer, welche bewegliche Sachen gewerbmäßig verleihen, redet.

Nun hat zwar Beklagter behauptet, daß die Maurermeister das Verleihen von Zimmergerüsten in der That als Gewerbe betrieben. Allein, wenn dies auch vielleicht bei einzelnen derselben der Fall sein mag, so wird es doch schwerlich die Regel bilden und unter allen Umständen läßt sich nicht sagen, daß es notorisch sei oder in der Natur der Sache liege.

Da nun ferner Beklagter darauf, daß gerade Kläger das Verleihen von Zimmergerüsten gewerbmäßig betreibt, sich nirgends bezogen, gegen die Annahme eines derartigen Gewerbebetriebes bei Klägern auch der Umstand spricht, daß derselbe in der Klage gesagt, Beklagter habe ihn im Jahre 1857 ersucht, aus den Holzvorräthen, welche er damals zufällig besessen, das erforderliche Rüstmaterial herzugeben, so konnte die

Einrede der Verjährung, welche übrigens einem Ansprüche gegenüber vorgeschützt worden, welcher für sich allein nur eine causa minuta bildet, keine Berücksichtigung finden. Am wenigsten aber lag für das OAG. eine Veranlassung vor, eine Befragung von Sachverständigen anzuordnen und so gewisser Maassen seinerseits einen Beweis für Beklagten zu führen.

Zu dem Strafgesetzbuche zc.

30.

Fortgesetztes Verbrechen, vergl. Art. 78 in Verb. mit Art. 77 des StGB.

Erk. vom 25. Septbr. 1865 no. 835/940.

Daß es bei dem Bl. anzutreffenden Beschlusse, mittelst dessen das Bez.-Ger. den Antrag des Staatsanwalts auf unmittelbare Vorladung ernannten W.'s zur Hauptverhandlung wegen Unzuständigkeit abgelehnt hat, nicht zu lassen, es ist vielmehr die Zuständigkeit des Bez.-Ger. zu Einleitung und Fortstellung der wider W. in Betreff der ihm beigegebenen Betrügereien im Gesamtbetrage von 53 Thlr. 3 Ngr. 9 Pf. für begründet anzuerkennen, in Betracht, daß nach der von W. bei Ausführung der in Rede stehenden einzelnen Betrügereien beobachteten Handlungsweise die Annahme allerdings begründet erscheint, daß diese einzelnen Handlungen insgesammt als Ausfluß eines von ihm gleich bei oder als bald nach erfolgter Uebernahme des von M. erhaltenen Auftrags zu Vertretung seiner Person für gewisse ihm übertragene Besorgungen beim Baue eines abgebrannten Mühlengebäudes zu L. gefaßten Entschlusses als ein Ganzes, als ein durch fortgesetzte Lohnverkürzungen der Arbeiter oder durch dauernde Mehrforderungen, dem Arbeitgeber M. gegenüber, auszuführender Betrug angesehen werden müssen, indem einerseits W. gleich vom Anfange der bezeichneten Geschäftsführung an eine Stellung thatsächlich sich schuf und ohne weitere Berechtigung sich anmaakte, die ihn den übrigen Arbeitern, ingleichen M.'n gegenüber scheinbar berechnigte, während dieses Baues den Arbeitern weniger Lohn auszuzahlen,

als M. für dieselben bewilligt hatte, oder M.'n mehr Geld abzuverlangen, als er, B., den Arbeitern auszahlte, andrerseits dieser Betrug überhaupt nur dann Aussicht auf Gelingen hatte, wenn B. während der ganzen Dauer des Baues fort und fort gleichmäßig handelte und seine betrügerische Handlungsweise unausgesetzt innehielt, weshalb denn auch nothwendig angenommen werden muß, daß der Angeschuldigte vom Anfang an die Absicht gehabt habe, während des ganzen Baues in derselben Weise zu handeln.

31.

Anwendung des Art. 243 des StGB.'s auf wiederholte gegenseitige Beleidigungen, insonderheit auf durch die Presse verübte Beleidigungen. (Vergl. auch Annalen Bd. VII. S. 281 Bd. VIII. S. 452.)

Erf. vom 18. Oct. 1865. no. 1048/1041.

Es ist an sich zwar ganz richtig, daß der zuerst Beleidigte durch die sofortige Erwiderung der ihm widerfahrenen Beleidigung zunächst nur des Rechts verlustig wird, auf Bestrafung dieser, seiner Erwiderung vorausgegangenen Beleidigung anzutragen, daß derselbe dagegen an der Stellung eines Strafantrags wegen einer ihm hierauf zugefügten anderweiten Ehrenkränkung durch die Bestimmung im zweiten Absätze des Art. 243 des StGB.'s nicht behindert wird; es gilt dies jedoch nur von solchen neuen Beleidigungen, die sich als völlig selbstständige von den früheren absondern lassen und man würde unstreitig zu weit gehen, wenn man in dessen Folge alle einzelne, bei einem ununterbrochen fortgesetzten Wortwechsel oder bei einer stattgefundenen Schlägerei gegenseitig vorgekommene, Verbal- oder Realinjurien ihrer Reihenfolge nach genau gegeneinander abwägen, in einzelne Gruppen zerlegen und sodann jede auf die Erwiderung einer wörtlichen oder thätlichen Beleidigung unmittelbar erfolgte anderweite Beleidigung als eine strafbare *retorsio retorsionis* ansehen wollte.

Ein solches Verfahren würde dem Sinne und der Tendenz des Art. 243 des StGB.'s., dessen Anwendung gerade in Fällen der nur erwähnten Art sich als ganz besonders zweckmäßig erweist, durchaus nicht entsprechen; und es erscheint daher auch vollständig gerechtfertigt, wenn man die sämtlichen Injurien, welche sich zwei oder mehrere

Personen im Verlaufe eines und desselben ununterbrochen zwischen ihnen fortgesetzten Streites gegenseitig zugefügt haben, als ein Ganzes betrachtet und vom Gesichtspunkte sich gegenüberstehender fortgesetzter Vergehen auffaßt, die unter der im Art. 243 des StGB.'s erwähnten Voraussetzung im Allgemeinen gegeneinander aufzuheben und sonach straflos zu lassen sind.

Annalen VIII. Bd. pag. 452.

Sind nun aber die Vorschriften des Art. 243 des StGB.'s überhaupt, wie dies auch von dem OAG. bereits wiederholt ausgesprochen worden ist, unter gewissen durch die Natur der Preßvergehen nothwendig bedingten Modificationen des Erfordernisses der „sofortigen Erwiderung“ auch auf durch die Presse verübten Beleidigungen auszu dehnen, so müssen die im Vorstehenden erwähnten Grundsätze consequenter Weise auch bei der rechtlichen Beurtheilung eines in der Presse ununterbrochen und unter dem fortdauernden Einflusse derselben Gemüthsaufrregung fortgeführten Streits zur Geltung gelangen und es liegt kein genügender Grund vor, dieselben hier nur auf die erste Beleidigung und deren sofortige Erwiderung zu beschränken.

32.

Zur Auslegung von Art. 278 unter 1b und 2 des StGB.'s.

Erk. v. 23. October 1865. no. 1052/1036.

Nachdem der Criminalsenat des OAG.'s in einer abgehaltenen Plenarsitzung beschlossen hatte, den bisher von ihm befolgten Grundsatz daß in dem Falle, in welchem es der Dieb nicht auf das verschlossene Behältniß selbst, sondern nur auf die darin befindlichen Effecten abgesehen hat, der Diebstahl ohne Unterscheidung, ob die gewaltsame oder künstliche Eröffnung des Behältnisses noch innerhalb der Räume, welchen es entnommen worden, oder erst außerhalb derselben erfolgt sei, nach Art. 278 unter 1b und 2 des StGB.'s zu beurtheilen,

zu verlassen und vielmehr davon auszugehen:

daß ein Dieb, dessen Aneignungsabsicht nur auf den Inhalt des verschlossenen Behältnisses gegangen, durch die gewaltsame oder künstliche Eröffnung des letztern nur dann eines nach Art. 278

unter 1b und 2 zu ahndenden Diebstahls sich schuldig mache, wenn diese Eröffnung noch am Orte der That oder wenigstens noch in dessen nächster Umgebung erfolgte, wobei zwar die Beantwortung der Frage, was annoch als „nächste Umgebung“ anzusehn sei, der Entscheidung des concreten Falls überlassen bleiben, in Fällen jedoch, in welchen die nächste Umgebung eines Gebäudes festzustellen ist, hierunter mindestens noch der dazu gehörige geschlossene Hofraum im Sinne des Schlusssatzes des Art. 278 gerechnet werden solle,

so wurde bei der demnächst von der vorschriftsmäßigen Richterzahl ausgegangenen Entscheidung eines Straffalls, welchem die Thatsache zu Grunde lag, daß der Angeklagte B. einen auf dem Packbrette eines Wagens gestandnen, mit mehren Stricken daselbst festgebundenen, verschlossenen Koffer mittels der Durchschneidung der Stricke entwendet, solchen auf ein benachbartes Feld getragen, erbrochen und eines Theils seines Inhalts beraubt hatte, in den Entscheidungsgründen zu dem in der Ueberschrift angezogenen Erkenntnisse Folgendes gesagt:

Wenn der fragliche Diebstahl von der vorigen Instanz als ein ausgezeichneteter im Sinne des 278ten Artikels des StGB.'s deshalb angesehen worden ist, weil der Angeschuldigte, wie als erwiesen angesehen worden, um sich in den Besitz des fraglichen Koffers und seines Inhaltes zu setzen, die Stricke durchschnitten hat, mit welchen der Koffer an dem Packbrette eines Wagens befestigt gewesen ist; so hat dieser Ansicht nicht beigetreten werden können.

Denn wenn auch der Verschluß eines Behältnisses im Sinne von Art. 278 des StGB.'s unter 1b und 2, durch Umschnüren desselben mit Stricken wohl hergestellt werden kann, so muß doch dabei vorausgesetzt werden, daß das Anlegen der Stricke dazu bestimmt und geeignet sei, das Behältniß zu verschließen, dessen Inhalt gegen fremde Eingriffe zu sichern.

Annalen des OAG.'s Bd. IV. S. 156, 425. Bd. VII. S. 271.
Im vorliegenden Falle ist nun nach der Feststellung Bl. der fragliche Koffer mittelst des daran befindlichen Schlosses verschlossen, mit Stricken aber nur am Wagen festgebunden gewesen und wenn auch angenommen werden darf, daß dieses Festbinden nicht blos, um das Herabfallen des Koffers während des Fahrens abzuwenden, sondern auch in der Absicht,

um die Entwendung des Koffers zu verhindern, vorgenommen worden sei, so ist dadurch immer nicht ein Verschließen des Koffers, wie solches Art. 278 des StGB.'s voraussetzt, bewirkt worden. Des Beseitigens von Vorrichtungen aber, mittelst deren ein Gegenstand, um seine Entwendung zu verhindern, an einem andern Gegenstande befestigt ist, gedenkt der angezogene Art. des StGB.'s überhaupt nicht, auch müßte eine analoge Anwendung der auf das Erbrechen verschlossener Behältnisse sich beziehenden Strafbestimmungen auf Fälle der vorliegenden Art in hohem Grade bedenklich fallen.

Dagegen würde, da der fragliche Koffer verschlossen gewesen, auch nach Lage der Sache die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Angeeschuldigte diesen Umstand vorausgesehen, und schon von Hause aus nicht sowohl die Entwendung des Koffers, als vielmehr das Erbrechen desselben und die Zueignung des Inhaltes beabsichtigt habe, nach der vom OAG. wiederholt

Annalen Bd. I. S. 269, 509; Bd. II. S. 260; Bd. III. S. 103;

Bd. IV. S. 66, 156; Bd. VI. S. 34.

ausgesprochenen Ansicht, der fragliche Diebstahl als nach Art. 278 1b ausgezeichnet, aber nach Art. 273 auch nur insoweit, als der Dieb nach dem Erbrechen des Koffers dessen Inhalt wirklich an sich genommen, als vollendet, bezüglich der in dem bereits erbrochenen Koffer zurückgebliebenen Sachen aber nach Art. 279 des StGB.'s als bis zum beendeten Versuche vorgeschritten anzusehen gewesen sein.

Das OAG. ist jedoch bei, zunächst in voller Versammlung seines Criminalsenates erfolgter fernerweiter Erwägung der einschlagenden Fragen zu dem Beschlusse gelangt, in dem zeither befolgten Grundsatz, daß ein Diebstahl, bei dessen Ausführung der Dieb ein verschlossenes Behältniß, nicht um dieses selbst, sondern um nach vorheriger Beseitigung des Verschlusses dessen Inhalt sich anzueignen, aus fremder Inhabung an sich genommen hat, auch in dem Falle, wenn die Eröffnung des Behältnisses an einem andern Orte, als dem der Aufbewahrung erfolgt ist, als ein ausgezeichneteter, demgemäß aber auch erst mit der Eröffnung des Behältnisses und der Aneignung des Inhaltes als vollendet anzusehen sei, eine wesentliche Modification eintreten zu lassen.

Es handelt sich hierbei vorzugsweise um Festsetzung des Zeitpunktes, mit welchem anzunehmen ist, daß der Dieb, wie nach Art. 273 des

StGB.'s zur Vollendung des einfachen ebenso wohl wie des ausgezeichneten Diebstahls gehört, die Sache, welche er zu stehlen beabsichtigt, an sich genommen hat.

Dieser Zeitpunkt tritt, wenn es um einen nach Art. 278 des StGB.'s unter 1b und 2 ausgezeichneten Diebstahl sich handelt, jedenfalls erst dann ein, wenn der Dieb, dessen Absicht auf Entwendung des Inhaltes eines verschlossenen Behältnisses gerichtet ist, dieses Behältniß mittelst Erbrechung oder Diebsinstrumentes geöffnet und den Inhalt an sich genommen hat, während es, so lange das letztere noch nicht geschehen ist, unter Berücksichtigung der Vorschrift des 279ten Art. des StGB.'s nur um beendeten oder unbeendeten Versuch eines ausgezeichneten Diebstahls sich handeln kann.

Zweifelhaft aber wird die angeregte Frage dann, wenn der Dieb zwar in der Absicht, ein verschlossenes Behältniß in der angegebenen Weise zu öffnen, aber ohne diese Oeffnung noch ins Werk zu setzen, das Behältniß selbst der Inhabung des Berechtigten entzogen hat.

Hierbei treten zwei Erwägungen sich gegenüber, auf der einen Seite die, daß es offenbar gegen den Sinn und die Absicht des Gesetzes verstoßen würde, wenn man jede, nur zum Behufe leichterer und ungefährdeterer Eröffnung erfolgte Entfernung eines verschlossenen Behältnisses von seinem Aufbewahrungsorte als ein der Vollendung des Diebstahls begründendes Ansichnehmen des Inhaltes ansehen wollte, auf der andern Seite aber die, daß die Ansicht, die Entwendung des Inhaltes eines verschlossenen Behältnisses könne unbedingt und namentlich auch dann, wenn der Dieb das Behältniß bereits fremder Inhabung gänzlich entzogen und in Sicherheit gebracht hat, so lange, als die von Hause aus beabsichtigte Eröffnung des Behältnisses und das unmittelbare Ansichnehmen des Inhalts nicht erfolgt ist, als vollendet noch nicht angesehen werden, mit den allgemeinen Grundsätzen über Versuch und Vollendung der Verbrechen nicht in Einklang gebracht werden kann.

Um zu einer beiden Erwägungen entsprechenden Beantwortung der vorliegenden Frage zu gelangen, muß man davon ausgehen, daß — eben so, wie von Demjenigen, welchem ein verschlossenes Behältniß zur Aufbewahrung anvertraut ist, angenommen wird, daß er auch in der Inhabung des Inhaltes sich befinde

Annalen des OAG.'s Bd. III. S. 102,

— auch schon durch die Entwendung eines verschlossenen Behältnisses, wenn sie in der Absicht, dessen Inhalt sich zuzueignen, erfolgt, die Ansichnahme des Inhaltes ausgeführt werden kann.

Der Umstand, daß der Dieb schon von Hause aus davon, daß das betreffende Behältniß verschlossen sei, Kenntniß gehabt und die Beseitigung dieses Verschlusses beabsichtigt hat, kann hiergegen nicht geltend gemacht werden, denn sobald überhaupt den Umständen nach die Entwendung des Behältnisses als ein in der Absicht der Zueignung ausgeführtes Ansichnehmen der Sache sich darstellt, tritt die später noch vorgenommene, wenn auch schon früher beabsichtigte, Eröffnung des Behältnisses außer Beziehung zu der Ausführung des bereits mit der Ansichnahme des Behältnisses vollendeten, aber auch nur einfachen Diebstahls. Sie ist nicht mehr das Mittel zur Entwendung, sondern nur ein weiteres Vorgehen zur Verfügung über den bereits entwendeten Gegenstand. Berechtigen dagegen die thatsächlichen Verhältnisse zu der Annahme, daß der Dieb durch das Ansichnehmen eines verschlossenen Behältnisses, auf dessen Inhalt sein Absehen gerichtet war, eine Zueignung des Inhaltes noch gar nicht ins Werk gesetzt, sondern nur eine die Ermöglichung oder Erleichterung der Zueignung mittelst Beseitigung des Verschlusses bezweckende Handlung ausgeführt habe, so fällt allerdings diese Eröffnung noch mit der Ausführung des Diebstahls zusammen, der somit als ausgezeichneteter, beziehentlich als Versuch eines solchen, sich darstellt.

Die Beantwortung der Frage, ob der eine oder der andere der hier vorgesehenen Fälle vorliege, wird je nach den thatsächlichen Feststellungen der Untersuchung erfolgen müssen, als Regel nimmt jedoch das OAG. an, daß die Entwendung eines verschlossenen Behältnisses in der Absicht, dessen Inhalt sich zuzueignen, als vollendeter einfacher Diebstahl dann anzusehn ist, wenn der Dieb das Behältniß, schon vor der Eröffnung, der fremden Inhabung bereits gänzlich, auch in dem so gleich zu erwähnenden weiteren Sinne, entzogen hat, daß aber dagegen die Entwendung des Inhaltes eines verschlossenen Behältnisses als ausgezeichneteter Diebstahl beziehentlich als Versuch eines solchen dann zu gelten hat, wenn zum Behufe derselben die Eröffnung des Behältnisses in der im 278sten Art. des StGB.'s angegebenen Weise, noch innerhalb des von dem Inhaber bewohnten Gebäudes oder der nächsten Umgebun-

gen desselben erfolgt ist, oder hat erfolgen sollen. Nach den hier aufgestellten Grundsätzen ist bei Abfassung des gegenwärtigen Erkenntnisses der oben unter I. aufgeführte Diebstahl lediglich als ein einfacher, aber auch, da der Angeschuldigte ohne Zweifel den fraglichen Koffer mit seinem gesammten Inhalte in der Absicht der Zueignung an sich genommen hat, bezüglich des Gesamtwertes des Koffers und seines Inhaltes als ein vollendeter anzusehen gewesen.

33.

Nicht beendigter Versuch bei einem, nach Art. 278 unter 3 des StGB.'s ausgezeichneten Diebstahle, vergl. Art. 279 des StGB.'s.

Erk. vom 30. October 1865. no. 1150/1081.

Das OLG. hat sich zu einer Herabsetzung der gegen Rr. in dem vorigen Erkenntnisse, wegen versuchten ausgezeichneten Diebstahls, ausgesprochenen Strafe deshalb bewogen gefunden, weil aus dem Auffinden des mehrerwähnten Absatzflecks in der Nähe des Fensters innerhalb der Kammer zwar soviel, daß Inculpat mindestens schon mit dem einen Fuße in der Kammer gewesen, nicht aber auch weiter noch, daß das Einsteigen von ihm vollständig bewerkstelligt worden, gefolgert werden kann, letzteres auch von den S.'schen Eheleuten selbst, auf Grund eigener und unmittelbarer Wahrnehmungen, nicht hat behauptet werden können, die desfallige Unvollständigkeit des Beweises aber, obschon sie nicht, wie der Bertheidiger R.'s meint, der Annahme des Versuchs eines qualificirten Diebstahls überhaupt entgegensteht, doch nothwendig dahin führen mußte, daß der Angeklagte nicht, wie Bl. geschehen, eines beendigten, sondern — vergl. Art. 279 des StGB.'s — nur eines nicht beendigten Versuchs für überwiesen angesehen werden konnte, und nun, wenn auch die gegen den Angeklagten angewendeten besonderen Bestimmungen im zweiten Satze des Art. 301 des StGB.'s jet. Art. 278 auf beide Arten des Versuchs sich beziehen, dennoch, auch bei Anwendung dieser Bestimmungen, innerhalb des Strafmaasses der Unterschied zwischen dem beendigten und dem nicht beendigten Versuche nicht ganz unberücksichtigt gelassen werden darf.

34.

Inwiefern eine Taschenuhr dem Hausrathe nach Art. 306 des StGB.'s beizuzählen sei?

Erk. vom 15. Novbr. 1865. no. 1152/1141.

Die Behauptung des Vertheidigers, daß auf den vorliegenden böswilligen Bankrott Art. 306 des StGB.'s anzuwenden gewesen wäre, ist unhaltbar. Dieser Artikel würde nur dann Platz zu greifen haben, wenn man die erwähnte Taschenuhr als einen zu R.'s Hausrathe gehörig gewesenen Gegenstande betrachten könnte. Nach dem Sprachgebrauche muß nun aber die Frage, ob Taschenuhren zu den Hausrathsgegenständen zu rechnen seien, im Allgemeinen verneint werden. Nur unter ganz besonderen Umständen kann es wenigstens fraglich werden, ob eine Taschenuhr zu dem Hausrathe gehöre, nämlich dann, wenn eine Taschenuhr fortwährend in einer Wohnung zu dem Zwecke, die daselbst fehlende Stubenuhr zu ersetzen, sich befindet. Ein derartiges Verhältniß liegt aber in gegenwärtigem Falle nicht vor.

35.

Ueber die Bedeutung des Wortes „unbescholten“ in Art. 318 und 356 des StGB.'s.

Verordn. vom 13. Novbr. 1865. no. 1159/1128.

Unzweifelhaft ist es, daß, wenn im Art. 318 — ebenso wie im Art. 356 — des StGB.'s der „unbescholtenen“ Frauenspersonen Erwähnung geschieht, diese Unbescholtenheit sich lediglich auf die Geschlechtschre beziehe, ingleichen, daß Frauenspersonen der im Art. 354 des StGB.'s gedachten Art den unbescholtenen unbedingt nicht beizuzählen seien. Streitig ist zwischen dem Bezirksgerichte und dem Staatsanwalte zu L. nur, ob schon das, gewöhnlich durch die Geburt eines Kindes herbeigeführte, Kundwerden eines von der betreffenden Frauensperson außer der Ehe gepflogenen Beischlafs dieselbe zu einer nicht mehr unbescholtenen Person im Sinne des Gesetzes mache, oder ob alle Frauenspersonen als unbescholtene anzusehen seien, so lange sie sich noch keiner unter die Strafbestimmung des Art. 354 des StGB.'s fallenden Handlung schuldig gemacht haben. Das OLG., eingedenk der von ihm in

einem früheren Falle ertheilten, in den Annalen Bd. VII S. 28, sowie in der allgem. Ger.-Zeit Bd. VII. S. 392 abgedruckten Entscheidung, beharret im Wesentlichen bei solcher, obschon zugleich zugegeben werden kann, daß es wohl, auch neben dem des Art. 354 des StGB.'s, einzelne besondere Fälle geben könne, in denen eine Frauensperson als unbescholten im Sinne von Art. 318 und 356 des StGB.'s nicht weiter zu gelten habe, z. B. wenn dieselbe, ohne, daß ihr gerade ein Vergehen nach Art. 354 des StGB.'s nachzuweisen ist, eine größere Anzahl unehelicher Kinder, nicht im Concubinate mit einem Manne, sondern von verschiedenen Männern geboren hat. Ueberhaupt erachtet man die Frage wegen der Unbescholtenheit mehr für eine factische, je nach Beschaffenheit der Umstände des concreten Falles zu beantwortende, und kann sich insonderheit mit der Ansicht des Bezirksgerichts zu L., wonach der Umstand allein, daß die hier als Verletzte aufgetretene Frauensperson früher von ihrem, inzwischen verstorbenen Geliebten ein Kind geboren hat, sie des Anspruchs auf Unbescholtenheit berauben und über die Nichtanwendbarkeit des Art. 318 des StGB.'s entscheiden soll, nicht einverstanden erklären.

Man erachtet diese Ansicht für zu rigoros. Ein solcher vereinzelter Schwängerungsfall, dem überdies oft ein ertheiltes Eheversprechen, dessen Erfüllung nur durch des Schwängerers frühen Tod vereitelt wurde, zur Entschuldigung gereicht, mag die Geschwängerte wohl vor dem Richterstuhle einer strengen Moral, nicht aber in dem Sinne zu einer bescholtenen Person machen, daß es damit für immer unmöglich würde, sie dem Schutze des Gesetzes gegen Verbrechen der im Art. 318 und 356 des StGB.'s gedachten Art zu unterstellen. Dies ist wohl auch niemals der Wille der Factoren der Gesetzgebung bei Erlassung des Gesetzes vom 8. Febr. 1834, des CrGB.'s vom 30. März 1838 und des StGB.'s vom 11. Aug. 1855 gewesen; Man hat von dem Schutze der betreffenden Strafbestimmungen offenbar nur solche Frauenspersonen ausschließen wollen, deren bisheriger, eine habituelle Neigung zur Unzucht bekundender Lebenswandel der Tüchtigkeit einer Verführung zur Unzucht entgegentritt; dies läßt sich aber von einer nur erst einmal Geschwängerten noch keineswegs behaupten, welche vielleicht nur als Opfer ihrer Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit gefallen ist. Die bloße Erwähnung des „Schutzes der Unschuld“ in der ständischen Schrift,

§. 454 Bd. III Abth. I der Landtagsacten von 1833/1834 liefert für das Gegentheil dieser Annahme noch keinen Beweis, diese Worte sollen nur einen Hauptgesichtspunkt andeuten, nicht aber von dem Schutze gegen die fraglichen Verbrechen alle andere Frauenspersonen, als Jungfrauen, ausschließen. Man vermag ferner auch nicht, die Ansicht v. Wächter's zu theilen, der in seinen Abhandlungen aus dem Strafrechte Bd. I S. 376 das „unbescholten“ im §. 22 unter 2 des Gesetzes vom 8. Febr. 1834 auf das „unverleumdet“ der peinl. OD. von 1532 Art. 118 flg. zurückführen und von dieser Bezeichnung Bd. I S. 27 jede Frauensperson ausschließen will, von welcher im Publico bekannt sei, daß sie sich außerehelich einem Manne hingegeben habe. Abgesehen davon, daß über die Bedeutung des „unverleumdet“ in der peinlichen Gerichtsordnung sehr verschiedene Ansichten herrschen, und die v. Wächter'sche strenge Auslegung von vielen Rechtslehrern nicht getheilt wird, liegt doch auch selbst für den Fall, daß Man jene Auslegung als dem Sinne der Carolina entsprechend zu befinden hätte, ein zu großer Unterschied in den einschlagenden Begriffen der damaligen und der Jetztzeit, um das „unbescholten“ der neueren Gesetzgebungen in dem Sinne des „unverleumdet“ der peinl. Gerichtsordnung von 1532 aufzufassen. Eine Gesetzgebung, welche das früher mit weltlichen und kirchlichen Strafen geahndete stuprum für straflos erklärte, kann den Begriff des „Unbescholtenseins“ kaum in der strengen Bedeutung haben auffassen wollen, welche v. Wächter ihm beilegt; nur gewerbmäßige Unzucht und eine mehrfache Wiederholung unzüchtigen Verkehrs mit verschiedenen Mannspersonen kann hier den Maaßstab für Annahme des Zustands der Bescholtenheit abgeben.

36.

Ueber die Anwendung und Auslegung von §. 28 des Gesetzes, die Angelegenheiten der Presse betr., vom 14. März 1851.

Verordn. vom 27. Novbr. 1865. no. 1224/1176.

Es kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß der Inhalt der in Frage befangenen Druckschrift: „Armes Frankreich“, gegen deren Verfasser u. Veranlassung zu Einleitung einer Untersuchung bieten

würde, und hat daher auch das Bezirksgericht Bl. ausgesprochen, daß aus den daselbst angeführten Gründen die von der Polizeibehörde provisorisch verfügte Beschlagnahme dieser Druckschrift vorläufig für begründet zu erachten, und von dieser provisorischen Beschlagnahme nach §. 17 der Verordnung vom 15. März 1851 der Kreisdirection zu L. Anzeige zu erstatten sei.

Wenn nun aber der Staatsanwalt die Behauptung aufgestellt hat, es sei im vorliegenden Falle, ungeachtet ein Individuum als Verfasser, Verbreiter &c. nicht zur Verantwortung gezogen werden könne, dennoch von der Justizbehörde über die Confiscation und Vernichtung der vorgefundenen Exemplare jener Druckschrift zu erkennen, so kann diesem Verlangen nicht beigegeben werden, es ist vielmehr der von dem Bezirksgerichte ausgesprochenen Ansicht beizupflichten, daß nur dann, wenn gegen eine bestimmte Person wegen ihrer Betheiligung bei Abfassung, Herstellung oder Verbreitung der Schrift eine Anklage hat gerichtet und die Einleitung einer Untersuchung hat verfügt werden können, nebenbei jene Confiscation und Vernichtung mit auszusprechen sei.

Die Bestimmung in §. 28 des Preßgesetzes vom 14. März 1851 (Ges. = u. Verordn. = Bl. v. J. 1851 S. 68 flg.), auf welche sowohl das Bezirksgericht als der Staatsanwalt sich berufen haben, und die allerdings entscheidend ist, läßt eine andere Erklärung, als die von dem Bezirksgerichte erfolgte, nicht zu.

Die hier einschlagenden Worte sind: „Wird der Inhalt eines Preßerzeugnisses von dem zuständigen Untersuchungsgerichte bei Einsicht desselben als verbrecherisch befunden, so hat dasselbe von Amtswegen vorläufig die Beschlagnahme dieses Preßerzeugnisses, so wie der zu dessen Herstellung bestimmten Platten und Formen zu verfügen. Ergiebt sich in Verfolg der einzuleitenden Untersuchung, daß der Inhalt eines solchen Preßerzeugnisses wirklich den Thatbestand einer strafbaren Handlung bildet, so ist die Confiscation und Vernichtung aller vorgefundenen Exemplare, so wie die Vernichtung der zur Herstellung derselben bestimmten Platten und Formen im Haupterkennnisse mit auszusprechen.“

Hieraus ergiebt sich von selbst, daß die Justizbehörde über die Confiscation und Vernichtung nur dann mit zu erkennen hat, wenn überhaupt ein Haupterkennniß gegen den Verfasser, Verbreiter &c. abzufassen ist. Bei nicht stattfindender Untersuchung gegen ein Individuum geschieht

daß weitere Verfahren mit den in Beschlag genommenen Exemplaren, auch wenn diese Beschlagnahme von der Justizbehörde ausgegangen sein sollte, von der Verwaltungsbehörde, an welche diese Exemplare sodann abzugeben sind.

In solcher Weise ist auch, und zwar unter Einverständnis der Ministerien der Justiz und des Innern, wie aus einer bei *Funke*, die Polizeigesetze und Verordnungen des R. Sachsen, Bd. V unter d. S. 461 angezogenen Verordnung sich ergibt, Seiten der Behörden constant verfahren worden, bis durch die Verordnung vom 29. Januar 1855 der Bundesbeschluß vom 6. Juli 1854 bekannt gemacht und in §. 21 jener Verordnung (Ges. = u. Verordn. = Bl. v. J. 1855 S. 26) festgesetzt wurde, daß auch in dem Falle auf Unterdrückung oder Vernichtung einer Druckschrift strafbaren Inhalts zu erkennen sei, in welchem die Verurtheilung einer strafbaren Person nicht damit verbunden, überhaupt eine Person, gegen welche eine Anklage gerichtet werden könne, nicht gegeben sei.

Es wurde hierdurch das frühere Verfahren abgeändert, und in der Weise entschieden, wie es eben der Staatsanwalt gegenwärtig verlangt; allein jener Bundesbeschluß und jene Verordnung dazu ist durch die Verordnung vom 30. März 1865 (Ges. = u. Verordn. = Bl. v. J. 1865 S. 141 flg.) für den Bereich des Königr. Sachsen wieder außer Wirksamkeit gesetzt, und es ist angeordnet worden, daß nunmehr lediglich den Vorschriften des Preßgesetzes vom 14. März 1851 und der zu Ausführung dieses Gesetzes erlassenen Verordnung nachzugehen sei.

Es steht mithin zur Zeit Alles in derselben Lage, wie vor der Publication jenes Bundesbeschlusses.

Wenn der Staatsanwalt behaupten will, durch die gedachte Bestimmung des Bundesbeschlusses sei in Sachsen in der obgedachten Beziehung etwas Neues gar nicht eingeführt worden, es könne daher jene Aufhebung desfalls keinen Einfluß äußern, so ist dies eben nur eine, mit demjenigen, was bereits oben erwähnt worden, im Widerspruche stehende Behauptung, die am wenigsten dadurch gerechtfertigt werden kann, daß die Justizbehörde über den strafrechtlichen Charakter eines Preßerzeugnisses cognoscirt habe, und daß einer vorläufigen Beschlagnahme ein Definitivum folgen müsse.

Aus Beidem folgt keineswegs, daß die Justizbehörde „in allen Fällen über die Confiscation und Vernichtung von Schriften strafbaren

Inhalts erkennen müsse. Die Justizbehörde hat vielmehr, sobald ein Haupterkenntniß in Betreff eines Individuums nicht abzufassen ist, die Sache an die Verwaltungsbehörde abzugeben, und diese hat sodann die ihr nothwendig erscheinenden Verfügungen zu treffen und nach Befinden das Provisorium in ein Definitivum umzuwandeln.

Zu der Strafprozeßordnung.

11.

Die im Art. 311 der StPD. enthaltene Vorschrift, daß das Protokoll über die einem Erkenntnisse vorausgegangene Verhandlung noch vor der Fällung des Erkenntnisses vorzulesen sei, ist für eine wesentliche anzusehen.

Erk. vom 27. Septbr. 1865. no. 887/961.

Die Cassation des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses nebst der demselben vorausgegangenen Verhandlung ist lediglich aus dem formellen, vom Angeschuldigten geltend gemachten Grunde erfolgt, daß das Protokoll, wie aus dessen Fassung nicht anders abgenommen werden kann, am Schlusse der Verhandlung und vor Berathung und Abfassung des darauf publicirten Urtheils nicht vorgelesen worden ist.

Damit ist aber der ausdrücklichen Vorschrift in Art. 311 Abs. 1 der StPD. entgegengehandelt worden, welche verlangt, daß das Protokoll über eine Verhandlung, soweit es sich auf dieselbe bis zur Fällung des Erkenntnisses bezieht, noch vor der letzteren in der Sitzung selbst, vorgelesen und von den Mitgliedern des Gerichts, dem Staatsanwalte und dem Bertheidiger unterzeichnet werden soll.

Diese Vorschrift ist aber für eine wesentliche zu betrachten gewesen, da bei Nichtbeachtung derselben keine Garantie dafür vorhanden ist, daß dem erkennenden Gericht bei der Berathung und Beschlußfassung der gesetzlich für erforderlich geachtete urkundliche Nachweis über die Verhandlung und über die im Laufe derselben abgegebenen Erklärungen vorgelegen habe.

Einige Bemerkungen zu Abschnitt IV der provisorischen Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865*).

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter zc. Siegmann.

§. 6.

Ueber die Beweismittel, deren sich der Antragsteller bedienen kann, um die nach den Verhältnissen des einzelnen Falles erforderliche Bescheinigung zu führen, enthält weder das Gesetz vom 6. November 1843 noch die G.D. eine Bestimmung. Denn die in Bezug auf die Vormerkung (§. 51 jenes Gesetzes und §. 404 des BGB.'s) bestehende Vorschrift, daß bei dieser die Bescheinigung der Forderung und des Rechtsgrundes zur Eintragung durch unverdächtige öffentliche oder Privaturkunden geführt werden muß, ist nicht auf Verwahrungen, welche unter die §§. 218, 219 der G.D., §§. 147 und 148 des Hyp.-Ges. fallen, auszudehnen¹⁾. Es ist daher bei diesen Verwahrungen nach

*) Fortsetzung der S. 175 abgebrochenen Abhandlung.

¹⁾ Anderer Meinung war anfangs Heyne, Commentar I. S. 156 und II. S. 58, indem er die Vorschrift in §. 51 des Hyp.-Ges. über die Bescheinigung bei Vormerkungen auch auf die, dem Systeme der Ingrossation vorzugsweise eigenen Verwahrungen (§. 24, 25, 147 des Hyp.-Ges.) angewendet wissen wollte. Später, in seinen Erörterungen aus dem Grund- und Hypothekenrechte S. 76 flg., ist er jedoch von dieser Ansicht abgegangen und hat sich insbesondere dafür entschieden, daß bei Verwahrungen jeder Art (mit Ausnahme der Vormerkung) auch die Zeugenbescheinigung zulässig sei.

denselben Grundsätzen zu verfahren, welche, und zwar schon vor dem Hypotheken-Gesetze²⁾, bei Arrest- und Inhibitionsgesuchen, überhaupt in der sächs. Praxis, angewendet zu werden pflegten.

Ausgeschlossen als Bescheinigungsmittel bei Verwahrungen ist der Eidesantrag. Hierüber besteht in der sächs. Praxis kein Zweifel und kann auch nicht füglich bestehen. Der allgemeine Rechtfertigungsgrund für provisorische Sicherheitsmaassregeln liegt darin, daß der Rechtsschutz, welchen der Staat gewähren soll, sich nicht bloß in der formalen Anerkennung des bestrittenen Rechtes durch den Ausspruch des erkennenden Richters, sondern auch in der Realisirung dieses Rechtes äußern soll. Die Vollziehung des Richterspruchs gehört dem Stadium der Executionsinstanz im Prozesse an, mit welcher, wie bekannt ist, nicht angefangen werden soll; aber die Möglichkeit der künftigen Vollstreckung kann, durch äußere Umstände, welche ihren Grund in den persönlichen und Vermögensverhältnissen der Betheiligten haben, in Frage gestellt werden. Wo daher die Befürchtung eintritt, daß durch Umstände dieser Art die künftige Ausführung einer richterlichen Sentenz verhindert, oder wesentlich erschwert werden würde, ist eine vom Richter zu verfügende, den Verhältnissen entsprechende Sicherheitsmaassregel, insbesondere die Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über einzelne Vermögensobjecte, auf welche der Gläubiger direct oder auch nur in ihrer Eigenschaft als Befriedigungsmittel Anspruch macht, an ihrer richtigen Stelle, damit das Recht „nicht bloß erkannt, sondern auch realisirt werde“³⁾.

Daß neben den Umständen, die jene Befürchtung begründen, auch die Existenz eines Anspruchs, dessen Anerkennung im Rechtswege erstritten werden soll, vorläufig bescheinigt werden muß, ist natürlich, allein die förmliche Erörterung und Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses selbst liegt außer dem Bereiche des unbestimmten summarischen Verfahrens, welches bei Arrest-

²⁾ Käuffer, über die Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren in Civilrechtsachen §. 20 n. 69 und Zusätze S. 155.

³⁾ Gönnner, Handbuch des gemeinen deutschen Processes, Bd. IV. S. 318 flg.

und Inhibitionsgesuchen aller Art stattfindet, und außer dem Zwecke der letzteren selbst. Dies gilt namentlich auch von den Verwahrungen, welche zur Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch bestimmt sind. Denn die Beschlußfassung über die Statthaftigkeit dieser provisorischen Sicherungsmaaßregel ist sowohl nach dem älteren, wie nach dem neuesten Rechte der G.D. der Competenz der Grund- und Hypothekenbehörden zugewiesen worden, welchen nach §. 89 der G.D. (§. 130 des Hyp.-Ges.) nur die Ausübung der nichtstreitigen Rechtspflege zusteht, und deren Resolutionen, auch wenn sie in den höheren Instanzen bestätigt worden sind, den im Prozesse erkennenden Richter nicht präjudiciren sollen. Der Eidesantrag als Beweismittel ist aber dazu bestimmt, die Wahrheit oder Unwahrheit streitiger Thatsachen unter den Parteien formell festzustellen und schon aus diesem Grunde eignet sich derselbe nicht zu einer bloß vorläufigen Bescheinigung des streitigen Anspruchs d. h. der Thatsachen, auf welche dieser Anspruch basirt worden ist. Hierzu kommt, daß nach sächs. Prozeßrechten die Ableistung eines Haupteides nur auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung oder eines vor dem Prozeßrichter abgeschlossenen Compromisses erfolgen kann⁴⁾, während, wie schon erwähnt, bei Verwahrungen, über welche die Grund- und Hypothekenbehörde als solche zu cognosciren hat, weder ein bestimmt geregeltes Prozeßverfahren mit gesetzlich angeordneten Fristen, binnen welcher sich der Gegner über angetragene Eide zu erklären verbunden wäre, noch eine Entscheidung durch Erkenntniß stattfindet⁵⁾. Theils aus diesen, dem formellen Rechte angehörigen Gründen, theils aber auch deshalb, weil zum Behufe einer außergewöhnlichen Sicherheitsmaaßregel die Mitwirkung der Gegenpartei nicht beansprucht

⁴⁾ Osterloh, bürgerl. Prozeß, §. 258 not. 19, Bd. II. S. 221, 4. Ausg.; Siebenhaar, Commentar zu §. 1427, Bd. II. S. 329; Annalen Bd. V., S. 510.

⁵⁾ Auch bei andern Arrest- oder Inhibitionsgesuchen wird die Ertheilung richterlichen Erkenntnisses nach vorgängiger Anberaumung eines Inrotulationstermins nur als eine seltene Ausnahme von der Regel, förmliche Beweisführung aber niemals angeordnet werden.

werden kann, ist der Eidesantrag auch bezüglich solcher That-
sachen unstatthaft, welche nur dazu dienen sollen, eine Gefahr
des Verlustes oder erheblicher Erschwerung der Rechtshilfe er-
kennen zu lassen.

Es geschieht nicht selten, daß bei dem Gesuch um Eintra-
gung einer Verwahrung, welche zur Sicherstellung eines Rechtes
oder einer Forderung dienen sollen, wegen dieses Rechtes oder
dieser Forderung bereits eine Klage angestellt worden ist, oder
gleichzeitig angestellt wird, welche ihrem thatsächlichen Inhalte
nach auf Eidesantrag beruht.

Inwiefern nun die Grundsätze des gemeinen Rechts über
die Unveräußerlichkeit der *res litigiosae* bei Verwahrungen,
welche in das Grund- und Hypothekenbuch gehören, dormalen
noch zur practischen Anwendung gelangen können, wird später
(S. 8) zu untersuchen sein. Soviel ist aber gewiß, und darüber
stimmen auch gegenwärtig die Ansichten der sächs. Gerichtshöfe
überein, daß diese Grundsätze nicht auf persönliche Klagen anzu-
wenden sind, und zwar auch dann nicht, wenn damit ein An-
spruch auf die Sache selbst, insbesondere ein Anspruch auf die
Erwerbung des Eigenthums oder anderer Rechte an Grund-
stücken (ein Rechtsgrund zur Eintragung) verfolgt wird, z. B.
ein Anspruch auf käufliche Uebertragung des Eigenthums, Be-
stellung einer bedungenen Hypothek u. s. w.⁶⁾

Die Einreichung einer persönlichen, auf den Eidesantrag
beruhenden Klage kann m. E. in keinem Falle die erforderliche
Bescheinigung des sicherzustellenden Rechtes vertreten; indessen ist
diese Ansicht nicht unbestritten, man hat vielmehr je nach dem
Stande des betreffenden Rechtsstreites einen Unterschied machen
zu sollen gemeint.

Daß die Anstellung einer Gewissensklage keine Bescheinigung
gewährt, wenn sich der Beklagte über den angetragenen Eid

⁶⁾ Anderer Meinung war in diesem Falle früher das AG. zu Leipzig;
neuere Verordnungen dieses Gerichtshofes berechtigen aber zu der Annahme,
daß derselbe der oben aufgestellten Ansicht, welche das OAG. constant be-
folgt hat, beigetreten sei; vergl. auch von Langenn, in dessen und Ro-
ri's Erörterungen, Bd. II. S. 183 flg.; Annalen Bd. II. S. 52.

noch nicht auszusprechen gehabt, oder denselben bereits ausdrücklich oder thatsächlich acceptirt hat, wird m. W. allgemein angenommen⁷⁾ und ist auch nicht zu bezweifeln, gleichviel ob auf den angenommenen Eid bereits erkannt worden oder nicht. Man pflegt in den letzteren beiden Fällen als Grund dafür anzugeben, daß eine Vermuthung dafür streite, daß der angenommene Eid auch wirklich geleistet werde. Dieser Grund ist aber m. E. kein ganz durchschlagender; nicht sowohl eine, jedenfalls nur factische, in einzelnen Fällen noch dazu sehr problematische Wahrscheinlichkeit der Eidesableistung, sondern die Erwägung, daß ohne Hinzutritt besonderer Umstände weder auf die Leistung, noch auf die Nichtleistung eines Eides mit Sicherheit gerechnet werden kann, der Anspruch des Klägers also, bis sich diese Frage entscheidet, noch gar keinen positiven Stützpunkt hat, dürfte jene Ansicht als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Hinsichtlich des Falles dagegen, wenn der angetragene Eid zurückgegeben, dem Kläger also von dem Beflagten überlassen worden ist, die Richtigkeit seiner thatsächlichen Angaben durch seine eigene Eidesleistung in rechtliche Gewißheit zu setzen, ist man der Meinung gewesen, daß eine weitere Bescheinigung dieser Angaben für die Zwecke der Verwahrung entbehrlich sei⁸⁾. Dies hat auch das OAG. in einer älteren Entscheidung vom 16. November 1853⁹⁾ ausgesprochen, jedoch nur mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des damaligen Falles. Es stehen auch jener Ansicht, als Regel aufgestellt, nicht unerhebliche Bedenken entgegen. Ist nämlich kein oder wenigstens noch kein rechtskräftiges Erkenntniß über den angetragenen und referirten Eid ergangen, so ist vor Allem die Frage noch offen, ob die Schlüssigkeit der Klage und die Statthastigkeit des Eidesantrags anzuerkennen und die Entscheidung in der Hauptsache

⁷⁾ Osterloh, die summarischen Prozesse, §. 12. S. 31 n. 15. 3. Ausg.

⁸⁾ Osterloh, a. a. D.

⁹⁾ Vergl. Ackermanns Rechtsfälle Bd. IV. S. 77. Die Entscheidung betraf die Statthastigkeit einer Paßverkümmerung gegen einen Ausländer, der einem Staate angehörte, mit welchem keine Convention wegen gegenseitiger Rechtshilfe bestand.

von der Leistung des referirten Eides abhängig zu machen sei. Auf diese Frage bei der Beschlußfassung über eine bloß provisorische Sicherheitsmaaßregel sich einzulassen ist wenigstens dann bedenklich, wenn dieselbe nicht ohne ein tieferes Eingehen auf die juristische Beurtheilung des streitigen Rechtsverhältnisses beantwortet werden kann. Aber selbst in dem Falle, wenn die Schlüssigkeit der Gewissensklage außer Zweifel erscheint oder bereits durch eine richterliche Entscheidung anerkannt und für den Fall der Leistung des Relatum eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen worden ist, kann, wenigstens der Regel nach, die Forderung noch nicht in der für die Statthastigkeit der Verwahrung erforderlichen Maasse für bescheinigt angesehen werden. Es liegt dies in der Natur und dem Wesen der Eidesdelation als Beweismittel. Der Eidesantrag an und für sich allein liefert noch keinen Beweisgrund für die Wahrheit der Thatfachen, deren Beweis auf diesem Wege geführt werden soll; erst durch die Leistung des angetragenen Eides kann formelle rechtliche Gewißheit in Betreff der Wahrheit oder Unwahrheit dieser Thatfachen erlangt werden, während bei anderen Beweismitteln, insbesondere Zeugen und Urkunden, schon der Inhalt der Zeugenaussage und die Existenz und der Inhalt der Niederschrift einen Beweisgrund abgeben, dessen Tragweite nicht bloß der im Hauptprozesse erkennende Richter, sondern auch die Grund- und Hypothekenbehörde bei der Beschlußfassung ermessen und für ihre Zwecke benutzen kann. Bis zur Ableistung des angetragenen und referirten Eides könnte also wiederum nur von einer factischen Wahrscheinlichkeit dafür die Rede sein, daß der Kläger seinen Anspruch mit dem gewählten Beweismittel auch wirklich darthun werde, und diese Wahrscheinlichkeit kann unter Umständen selbst eine mehr oder weniger entfernte sein. Man hat nun auch bei dem referirten Eide die Voraussetzung, daß derselbe abgeleistet werde, geltend gemacht, um in dem Antrage und der Zurückgabe des Eides ein Bescheinigungsmoment zu finden. Allein diese Voraussetzung mag wohl als ein, ob schon nicht als der ausschließliche Grund für die bekannte Urthelspraxis, nach welcher in *causis arduis* nur auf den Fall

der Eidesleistung erkannt zu werden pflegt, hingenommen werden, sie ist aber nicht sicher genug, um dem mehr oder minder wahrscheinlichen Erfolg dieser Beweisführung dieselbe Bedeutung, wie einer wirklichen, wenn auch nur summarisch geführten Bescheinigung zu verleihen, weil die Ableistung sowohl eines zurückgegebenen, als eines angenommenen Eides aus den verschiedensten Gründen unterbleiben kann. In diesen Erwägungen hat auch das OAG. in der neueren Zeit in einem, zu seiner Entscheidung gelangten Falle, in Uebereinstimmung mit dem OAG. zu Dresden sich dahin ausgesprochen, daß die Anstellung einer Gewissensklage selbst dann nicht zur Bescheinigung einer Protestation genüge, wenn der Eid referirt und auf denselben rechtskräftig erkannt worden sei¹⁰⁾. Indessen ist dies nur die Regel; denn bei dem Zutritt besonderer Umstände kann allerdings die Wahrscheinlichkeit, daß ein, zumal dem Kläger bereits rechtskräftig zuerkanntes Relatum geleistet werde, so zunehmen, daß diese vermehrte Wahrscheinlichkeit als Bescheinigung gelten kann. In dieser Beziehung wird nicht selten die Haltung, welche der Beklagte in seiner Einlassung beobachtet hat, von Einfluß werden können. Ueber die Zulässigkeit der Zeugenbescheinigung sind die Meinungen immer noch getheilt, indessen hat sich die sächsische Praxis wenigstens im Allgemeinen für dieselbe entschieden. Insbesondere ist dies auch von dem OAG. und zwar bis auf die neueste Zeit geschehen¹¹⁾. Die Form der Zeugenabklärung ist, wie das ganze Verfahren in Protestationssachen, summarisch. Ueber die Frage, ob und inwieweit die Vorschriften in §§. 17—21 der Civilprozeßnovelle vom 30. December 1861 auf die Abklärung von Zeugen in derartigen Sachen anzuwenden seien, ist schon an einer andern

¹⁰⁾ Verordnung vom 30. Januar 1864 in Sachen Hornauerin c/a. Sommerbrodt. Reg. III. no. 14.

¹¹⁾ Vgl. Annalen Bd. II. S. 133. Bd. V. S. 530 und die im Wochenblatt f. merkwürdige Rechtsfälle v. J. 1846 S. 27, 1847 S. 395, 1853 S. 407 abgedruckten Entscheidungsgründe, ingl. Heyne, Erörterungen S. 76 und in der Zeitschrift f. Rechtspflege zc. Bd. VII. S. 44; Räußer a. a. D.; Ofterloh, summarische Prozesse §. 12. no. 15. S. 31.

Stelle dieser Zeitschrift (V. 530 flg.) gehandelt worden. Man darf sich auf die dortige Ausführung beziehen, beifügend, daß nach den Erfahrungen, welche der III. Senat des OAG.'s bisher zu machen Gelegenheit gehabt hat, die Untergerichte verschiedene Ansichten befolgt, theils nämlich diese Vorschriften in geeigneter Weise angewendet, theils das alte Verfahren beibehalten haben. Gegen das Letztere sind wohl mitunter von den Parteien Ausstellungen erhoben worden, allein das OAG. hat sich, in Mangel specieller gesetzlicher Bestimmung, nicht bewegen finden können, die Beobachtung der in der Novelle über die Zeugenabklärung im Civilprozeße ertheilten Vorschriften für eine wesentliche Form bei der summarischen Zeugenbescheinigung von Arrestgesuchen und Protestationen zu erklären¹²⁾. So oft aber jene Vorschriften auf diesen Fall der Zeugenbescheinigung angewendet worden sind, hat sich deren Anwendung als ganz zweckmäßig bewährt, so daß sich dieselbe als Regel nach wie vor empfehlen läßt. Mindestens sollte, wenn nicht gerade Gefahr im Verzuge ist, der Gegner von der bevorstehenden Abklärung der Zeugen in Kenntniß gesetzt und ihm dabei freigestellt werden, Umstände zu bezeichnen, über die er die Zeugen mit befragt wissen wolle. Legaleide sind bei dieser Bescheinigung jedoch nicht statthaft, aber auch ein nach der gewöhnlichen Terminologie voller Beweis, durch mindestens zwei classische Zeugen nicht erforderlich.

Sachverständige werden bei dieser Art der Bescheinigung seltener angewendet; indessen ist in geeigneten Fällen, deren Benennung und summarische Befragung nicht unzulässig und nach Befinden ganz zweckmäßig, wie z. B. wenn es sich bei dem Nachweise der Gefahr des Verlustes um den Werth der noch im Eigenthume des Schuldners befindlichen, aber mit Schulden belasteten Grundstücke handelt u. s. w.

In Bezug auf den Gebrauch von Urkunden, dessen Zulässigkeit außer allem Zweifel ist, sei nur bemerkt, daß auch an

¹²⁾ Dies wurde noch neuerdings in Sachen Leonhardt c/a Leonhardt, Verordn. III. Senat vom 2. December 1865, no. 271 Reg. ausgesprochen.

sich unverdächtige, d. h. ihrer äußeren Form nach beweisfähige Privaturkunden, welche von der Gegenpartei noch nicht recognoscirt worden sind, für die bei einer Verwahrung erforderliche Bescheinigung um so gewisser genügen, als auf Grund einer solchen Urkunde nach §. 404 des BGB.'s auch eine Vormerkung eingetragen werden kann. Es müssen aber die zur Bescheinigung benutzten Urkunden bei der Grund- und Hypothekenbehörde im Original, oder wenn es öffentliche, beziehentlich gerichtlich recognoscirte Documente sind, wenigstens in genügend beglaubigten Abschriften eingereicht werden.

§. 7.

Es ist die Frage entstanden, ob bei Verwahrungen dem Impetraten eine Gegenbescheinigung und die Bescheinigung von Ausflüchten nachzulassen sei? Da, wie schon bemerkt, das Verfahren, welches zur Begründung einer bloß provisorischen Sicherheitsmaaßregel stattfindet, nicht dazu dienen soll, das streitige Rechtsverhältniß in allen seinen einzelnen Theilen und Beziehungen vollständig zu erörtern und, wenn auch nur vorläufig, darüber zu entscheiden, so muß es als genügend für die Verfügung der erbetenen Sicherungsmaaßregel — hier also die Eintragung der angemeldeten Verwahrung — betrachtet werden, wenn der Antragsteller die Existenz seines Anspruchs und wo dies nöthig ist, die Gefahr des Verlustes oder erschwerter Rechtshilfe bescheinigt hat; peremptorische Ausflüchte können hierbei nicht Gegenstand einer eingehenderen Prüfung und Bescheinigung und nur dann berücksichtigt werden, wenn die Thatsachen, auf welche sie gegründet worden, liquid oder eingeräumt und so beschaffen sind, daß die Beurtheilung ihrer Schlüssigkeit und Relevanz keinem besonderen Zweifel unterliegt. Eine directe Gegenbescheinigung, namentlich die Benennung und Abhörnung von Gegenbescheinigungszeugen, wenn die Bescheinigung selbst durch Zeugen geführt worden ist, kann nicht für unbedingt unstatthaft erachtet werden, wenn auch die Grund- und Hypothekenbehörde möglichst darauf zu sehen hat, daß dabei ein gewisses Maas eingehalten

und das Bescheinigungsverfahren nicht unnützer Weise in die Länge gezogen wird.

Das OAG. hat eine solche Gegenbescheinigung in einem, neuerlich zu seiner Cognition gelangten Falle, wo die Löschung einer, in Folge der geführten Zeugenbescheinigung bereits eingetragenen Verwahrung beantragt wurde, für zulässig erklärt¹³⁾.

§. 8.

Das BGB. behandelt zwar (in §. 223) die Wirkung, welche den verschiedenen Arten der daselbst gedachten Veräußerungsverbote in Bezug auf die Richtigkeit der verbotswidrigen Veräußerung zukommen soll, hat aber absichtlich¹⁴⁾ darüber, inwieweit die res litigiosae einem Veräußerungsverbote unterliegen sollen, nicht entschieden, diese Entscheidung vielmehr und somit auch die Begriffsbestimmung der res litigiosae den Prozeßgesetzen überlassen. Wie sich die zu erwartende Civilprozeßordnung in dieser Frage dem bisherigen Rechte und der Praxis gegenüber verhalten wird, läßt sich jetzt noch nicht bestimmt beurtheilen, da, wie bekannt, der bereits veröffentlichte Entwurf einer solchen, möglicherweise mit manchen Modificationen, der ständischen Berathung noch zu unterliegen hat. Sowohl in Bezug auf das bisherige Recht, als hinsichtlich der Bestimmungen, welche man über den Einfluß der Litigiosität einer Sache auf das Veräußerungsbefugniß des Besitzers von der zukünftigen Prozeßgesetzgebung zu erwarten hat, ist die Frage nicht unberechtigt, welcher Einfluß dem Ingrossationsysteme auf den Fortbestand und die practische Anwendbarkeit des gemeinrechtlichen auf der Litigiosität basirenden Veräußerungsverbotes bei streitigen Immobilien in Hinblick auf die Nothwendigkeit und Statthastigkeit einer Verwahrung beizulegen sei?

Da, wie schon gesagt, das BGB. (§. 223) zwar gesetzliche

¹³⁾ Verord. III. Sen. in Sachen Köppler c/a Köpplers Erben, vom 15. August 1865 Reg. 173. Die Abhörnung der Zeugen wurde in dieser Sache nur deshalb nicht angeordnet, weil die Thatsachen, worüber sie befragt werden sollten, irrelevant waren.

¹⁴⁾ Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 211 flg.

und richterliche Veräußerungsverbote mit der Wirkung, daß eine diesen Verboten zuwiderlaufende Veräußerung nichtig ist, kennt, aber keinen Ausspruch darüber enthält, ob die Litigiosität den Eintritt eines gesetzlichen oder den Erlaß eines richterlichen Veräußerungsverbotes begründen soll, so wird man bei der Beantwortung dieser Frage zur Zeit noch auf die Beurtheilung zurückgehen müssen, welche die gemeinrechtlichen Grundsätze über den Einfluß der Litigiosität auf die Dispositionsbefugnisse der Parteien in der Praxis gefunden haben. Es liegt außer den Grenzen dieser Besprechung, die Lehre von der Litigiosität in ihrer geschichtlichen Entstehung und Entwicklung zu verfolgen; für das gegenwärtige Recht und die dermalige Praxis wird man jedenfalls die Vorschriften Justinians in der Const. 4. C. de litig. 8, 37 und der Novelle 112, cap. 1 als die hauptsächlichsten Quellen zu betrachten haben und diese betreffen bekanntlich sowohl die Abtretung einer schon rechtshängig gewordenen Klage, als die Veräußerung der streitigen Sache durch den Beklagten, welcher sie besitzt¹⁵⁾.

Man ist zwar allgemein damit einverstanden, daß die in der angezogenen c. 4, für die Veräußerung einer streitigen Sache durch den besitzenden Beklagten angedrohten Strafen, ihre Anwendbarkeit verloren haben und es gilt dies insbesondere auch für Sachsen; dagegen ist die fortdauernde Anwendbarkeit der Veräußerungsverbote selbst mannichfach und schon von den ältern sächsischen Practikern bestritten worden¹⁶⁾. Indessen läßt

¹⁵⁾ Ueber das vorjustinianische Recht und die bekannte Streitfrage, ob schon nach diesem bei der Eigenthumsklage ein den besitzenden Beklagten betreffendes, gesetzliches Veräußerungsverbot wegen Litigiosität der Streitsache bestanden habe, oder bloß für den Kläger, vergl. Schmid, de litig. rer. alienat. ex jure antejust. Jenae 1840; Bangerow, Pandecten, §. 160 sub V. Bd. I. S. 253 flg. 7. Ausg.; Sintenis, Civilr. Bd. I. §. 33. no. 14 und besonders Bachofen, auserwählte Lehren des röm. Civilrechts no. II. und Francke, Cregetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione, Göttingen 1864, S. 30 flg.

¹⁶⁾ Carpzov, def. for. P. I. c. 32. def. 23; Leyser, med. VII. spec. 518; Winkler, opuscula minora, Vol. I. pag. 359 und auch noch Curtius, Civilrecht, §. 1365 n. e. Th. IV. Abth. 1. S. 9. 3. Ausg.; Berger, (oekonom.

sich ein allgemeiner Gerichtsbrauch, vermöge dessen dieses Veräußerungsverbot gänzlich abrogirt worden wäre, weder gemeinrechtlich noch insbesondere für das sächs. Recht nachweisen¹⁷⁾. Abgesehen von dem Verbote der Abtretung klagbar gemachter Ansprüche, welches schon vor dem Erscheinen des BGB.'s in der sächs. Praxis nicht mehr angewendet¹⁸⁾ und in Uebereinstimmung hiermit durch §. 964 des BGB.'s definitiv aufgehoben worden ist, und abgesehen von den bereits erwähnten Strafbestimmungen, ist das in der angez. c. 4. C. enthaltene, den besitzenden Beklagten betreffende Veräußerungsverbot auch bei uns nicht außer Gebrauch gesetzt und eine gewisse praktische Anwendbarkeit desselben von älteren und von den meisten neueren sächsischen Schriftstellern anerkannt und resp. nachgewiesen worden¹⁹⁾.

Angehend nun die Lehre des gemeinen Rechtes von der Unveräußerlichkeit der *res litigiosae*, so darf man es zwar als zweifellos und gegenwärtig auch als unbestritten betrachten, daß das römische in der const. 4 cit. in Betreff des Beklagten ausgesprochene Veräußerungsverbot sich nicht auf persönliche, die Herausgabe einer Sache betreffende Klagen bezogen habe; dagegen besteht aber noch heutigen Tages eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob dasselbe nur bei Anstellung der Eigenthumsklagen oder auch bei anderen, auf die Herausgabe einer Sache gerichteten dinglichen Klagen eingetreten sei. Die meisten Schrift-

juris, Lib. III. tit. V. th. V. n. 22) auf dessen Autorität man sich hierbei ebenfalls bezieht, bestreitet die Anwendbarkeit des angez. c. 4. C. nur in Bezug auf die Cession klagbar gemachter Forderungen.

¹⁷⁾ Vergl. Sintenis, Civilrecht §. 33. S. 330 flg.; Bangerow a. a. D. S. 2 sub n. 7; Pagenstecher, die Lehre vom Eigenthum, Abth. I. §. 10 S. 92; Spangenberg, im Archiv f. civil. Praxis, Bd. IX. S. 406 flg.

¹⁸⁾ Vergl. Berger, a. a. D. und Leyser, med. VII. sp. 518, I; Carpzov, resp. Lib. I., resp. 102 n. 6; Annalen VI. S. 53; Siebenhaar, Commentar, Bd. II. S. 161.

¹⁹⁾ Vergl. Pfotenhauer, doct. proc. §. 209; Biener, syst. proc. §. 259; Heyne, Commentar, II. S. 58; Osterloh, B. Proz. §. 223. Bd. II. S. 50; derselbe, summar. Prozesse, §. 12. n. 6. §. 13. S. 29 und 37 und namentlich von Langen n. c., Erörter. II., S. 181 flg.

steller^{20a)} beschränken dasselbe mit mehr oder weniger Bestimmtheit auf die eigentlichen Realklagen, bei welchen über das Eigenthum der im Besitze des Beklagten befindlichen Sache gestritten wird, namentlich also die vindication und die publicische Klage, und diese Ansicht findet auch ihre genügende Begründung darin, daß Justinian um die Zweifel, welche über den Begriff der res litigiosae und die Anwendung des in dieser Beziehung bestehenden Veräußerungsverbots ein für allemal zu entscheiden, (ut extra controversiam sit, quas res litigiosas vocari conveniat) eine Definition der res litigiosae in der nov. 112 c. 1 gegeben hat, welche dahin geht „sancimus ut litigiosa res dicatur et intelligatur res mobilis, vel immobilis, vel se movens de cuius dominio inter actorem et reum quaestio movetur vel per iudicalem insinuationem, vel per oblatas Imperatori preces iudicique insinuatatas et per eum adversario actoris notas factas“ (πραγμα κινητὸν ἢ ἀκίνητον, ἢ αὐτοκίνητον, οὗτινος περὶ δεσποτείας ζήτησις μεταξύ τοῦ ἐνάγοντος καὶ ἐναγομένου κινεῖται etc.) womit also nur die als Gegenstand einer Eigenthumsklage in Anspruch genommenen, beweglichen oder unbeweglichen im Besitze des Beklagten befindlichen Sachen als von jenem direct auf der Litigiosität beruhenden Veräußerungsverbote betroffenen bezeichnet werden^{20b)}. Ob, ohnerachtet dieser an sich klaren Bestimmung, welche eben dazu dienen sollte, die bis-

^{20a)} Vergl. hierzu: Glück, Commentar, III. §. 236b. S. 345 flg.; Savigny, System d. röm. Rechts, Bd. VI. §. 256. S. 8; Bangerow, Pandecten, §. 160 sub V. S. 255 flg. (ed. VII.); Sintenis, Civilrecht, §. 33. S. 329; Windscheid, Pandecten, §. 125, S. 307; Wächter, Erört., Heft 3. S. 105. 114; Spangenberg, im Archiv f. civil. Praxis IX. S. 406 flg.; Franke a. a. D. S. 48 flg.

^{20b)} Ueber die Gründe und den Zweck dieses Verbotes, dem vindicanten die Realexecution gegen den Käufer zu sichern und die Erziehung auszu-schließen, vgl. Franke a. a. D. S. 45 flg. Die Folgen, welche das zu Gunsten des Klägers eingeführte Veräußerungsverbot auf das Verhältniß des Beklagten zu dem, welcher die Streitsache von demselben erworben hat, äußert, sind hier nicht zu erörtern gewesen. Man vergl. aber dazu §. 794 des BGB.'s u. Siebenhaar, Commentar, Bd. 1, S. 211 flg. und Bd. 2, S. 88.

herigen „leges et constitutiones de litigiosis“ zu erklären und die obgedachten Zweifel zu entscheiden, eine analoge Anwendung des justinianischen Veräußerungsverbots auf die hypothekarische Klage (als vindicatio pignoris) bei der Specialverpfändung statthaft sei²¹⁾, ist mindestens zweifelhaft, jedenfalls aber ist dieses Verbot weder auf die Servituten-Klage, noch auf die possessorischen Rechtsmittel auszudehnen²²⁾. Die Bestimmungen der l. 5 D. de hered. pet., welche zu der Annahme Veranlassung gegeben haben, daß nach römischem Rechte auch durch Anstellung der Erbschaftsklage wegen einzelner Erbschaftssachen eine Litigiosität der Streitfache entstehe²³⁾, sind, wie Francke a. a. D. §. 18 flg. ausführlich nachgewiesen hat, von einem gesetzlichen Veräußerungsverbote, namentlich im Sinne der c. 4 C. de litig. nicht zu verstehen. Die Erbschaft als Begriffsganzes bleibt, auch wenn einzelne dazu gehörige Sachen von dem Besitzer veräußert werden! Das auf besondere Rücksichten beruhende Veräußerungsverbot bei der actio communi dividundo und familiae heriscundae endlich (l. 1 in f. C. Comm. div. 3, 37, l. 13, l. 25 §. 6 D. Fam. herc. 10, 2) dürfte wohl dormalen keine praktische Bedeutung mehr haben, und gehört jedenfalls nicht in den Bereich der vorgedachten c. 4 C. und der nov. 112.

Die sächsischen Schriftsteller haben sich nun auch und zwar

²¹⁾ Verneint wird dies unter A. von Glück, Commentar a. a. D.; Windscheid, §. 125. n. 3.; Francke, a. a. D. S. 44.; dagegen von Pagenstecher, Lehre vom Eigenthum, Abth. I. §. 10. S. 94 bejaht und von Sintenis, Civilrecht, §. 33. n. 11 als wahrscheinlich bezeichnet.

²²⁾ Vgl. Windscheid, a. a. D. n. 3.; Francke, a. a. D. S. 55.; Sintenis, a. a. D. §. 33. n. 11; die Behauptung Bayers, Vorträge, S. 316, daß nach canonischem Rechte auch possessorische Klagen hierher gehörten, scheint in der dafür angezogenen Entscheidung c. 4. X. ut pend. lite nihil innov. II. 16. keine zureichende Unterstützung zu finden, wenn man den ganzen c. 3. 4. X. 2. 16. und c. 10. X. de const. I. 2. umständlicher referirten Fall berücksichtigt. Ueberhaupt geben die unter der Rubrik „ut pendente lite nihil innovetur“ enthaltenen kirchenrechtlichen Details (cap. 3. 4. X. 2. 16. und c. 10 X. II. 2., c. 1. 2. Clem. II. 5. und cap. 1. 2. VI.^{to} (2. 8.) kein für diese Fragen besonders benutzbares Material.

²³⁾ Schweppe, röm. Privatrecht, §. 162a. Bd. I S. 362; Sintenis a. a. D. §. 33. n. 11.

schon seit älterer Zeit der Ansicht zugewendet, daß das den Besitzer der *res litigiosa* betreffende Veräußerungsverbot nur auf die eigentlichen Realklagen, bei welchen über das Eigenthum einer Sache gestritten werde, zu beziehen sei, und diese Ansicht, welche auch das OAG. wiederholt ausgesprochen hat, kann man ohne Bedenken als diejenige bezeichnen, welche in unserer bisherigen Praxis die Oberhand behalten hat und wohl auch bei dem obengedachten Entwurfe einer Prozeßordnung als die in der bisherigen Praxis herrschende anerkannt worden ist²⁴⁾. Nach diesen Prämissen ist für den eigentlichen Zweck der vorliegenden Abhandlung Folgendes zu bemerken.

Wollte man überhaupt der Ansicht beipflichten, daß das Veräußerungsverbot des römischen Rechts auch bei der hypothekarischen, auf die Herausgabe eines Specialpfandes gerichteten Klage eingetreten, daß also auch durch die Rechtsanhängigkeit dieser Klage die geforderte Pfandsache litigiös gestellt worden sei, so würde dies wenigstens für das sächsische Recht nicht, beziehentlich nicht mehr behauptet werden können. Denn das Faustpfand hatte schon nach dem älteren Rechte (C.P.D. tit. 44, §. 2) im Wesentlichen nur die Eigenschaft eines qualificirten Retentionsrechtes. Diese Eigenschaft ist ihm auch nach §. 466, 474 des BGB.'s geblieben, es steht also dem Faustpfandgläubiger überhaupt gar keine dingliche Klage auf Herausgabe des

²⁴⁾ Carpzov, def. for. P. I. c. 32. def. 22. Derselbe resp. Lib. I. resp. 102. n. 4. Lib. IV. resp. 10. n. 20; Berger, oeconomia jur. Lib. III. tit. V. th. V. n. 18; Curtius, Civilrecht, Bd. II. Abth. 1. §. 598. und n. k. S. 268. 4. Ausg.; v. Langenn, Erört., II. S. 181. Dabei wurde zwischen dem *dominium directum* und *utile* nicht unterschieden; diese Frage ist jetzt unpractisch, weil das BGB. den Unterschied zwischen dem *dominium directum* und *utile* nicht kennt (vgl. §. 226 und Siebenhaar, Commentar, 1. S. 218. Der Entwurf der Civ. P. O. §. 1152. bestimmt: „Wird wegen einer Sache eine auf ein Recht an der Sache gegründete Klage erhoben und ist die prozeßeinleitende Verfügung auf dieselbe an den Beklagten erlassen, so bedarf es, wenn nur ein Veräußerungsverbot beantragt wird, hierzu der Bescheinigung weder des Anspruchs noch einer Gefahr des Verlustes.“ Ob dieses Verbot bei Strafe der Nichtigkeit zu erlassen sei (vgl. §. 223 des BGB.'s) ist nicht zu ersehen.

Pfandes gegen den dritten Besitzer des letzteren, sondern es stehen ihm (vgl. §. 208 des BGB.'s) nur possessorisches Rechtsmittel zu. Bei Pfandrechten an Grundstücken aber ist der Hypothekengläubiger schon nach §. 80 des Hyp.-Ges. und nunmehr auch nach §. 424 des BGB.'s nicht mehr berechtigt, den Besitz, sondern nur seine Befriedigung aus dem verpfändeten Grundstücke, durch Zwangsversteigerung oder Sequestration des letztern mittelst der hypothekarischen Klage zu beanspruchen, und dem Eigenthümer des Pfandgrundstücks ist, wie schon bei einer andern Gelegenheit (§. 4) erwähnt wurde, die Veräußerung dieses Grundstücks in der neueren Gesetzgebung sogar ausdrücklich gestattet.

Dagegen ist, und zwar von bewährten Schriftstellern des sächsischen Prozeß- und Hypothekenrechts²⁵⁾ die Meinung ausgesprochen worden, daß, wenn ein Grundstück mittelst einer Realklage in Anspruch genommen und die Behändigung dieser Klage bescheinigt worden sei, die Grundsätze von der res litigiosa auch dem Gesetze vom 6. November gegenüber, wenigstens dergestalt in Wirksamkeit treten, daß ohne weitere Bescheinigung als die der Klagebehändigung, ein Widerspruch (Verwahrung) des Klägers gegen die Veräußerung des streitigen Grundstücks, oder zu gleichem Zwecke eine Bemerkung über das Bestehen des Rechtsstreits in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragen sei. Dieser Ansicht dürfte jedoch nicht so unbedingt beizupflichten sein, wenn man an dem Satze festhält, daß das gemeinrechtliche Veräußerungsverbot in Betreff der res litigiosae nicht bei persönlichen, die Herausgabe und den Erwerb einer Sache betreffende und auch nicht bei solchen dinglichen Klagen, welche nicht das Eigenthum, sondern nur Rechte an fremden Sachen zum Gegenstande haben, gegolten hat.

So lange noch in Sachsen nach Maaßgabe der Dec. 1 v. J. 1746 neben dem vollen (f. g.) bürgerlichen, durch die gerichtliche Beleihung oder Zuschreibung (Allodialinvestitur) be-

²⁵⁾ Heyne, Commentar, Bd. II. S. 58; Ofterloh, summar. Proz. §. 13. n. 6.

gründeten, auch noch ein f. g. natürliches Eigenthum an Grundstücken bestand, worunter man vermittelt einer dem älteren röm. Rechte entlehnten Analogie das Verhältniß dessen bezeichnete, welcher ein Grundstück im guten Glauben und zufolge eines gültigen Rechtsgrundes besaß²⁶⁾; so lange ferner das Eigenthum an Grundstücken noch durch die Ersizung, bei welcher die neuere Praxis nicht einmal den Nachweis eines speciellen Rechtstitels verlangte²⁷⁾, erworben und der Nachweis der Ersizung unter geeigneten Umständen selbst gegen den noch in der Lehn stehenden Besitzer mit Erfolg zu führen war, konnte allerdings das römische Veräußerungsverbot der *res litigiosae* in seiner oben erwähnten, modifizirten Gestaltung auch bei Grundstücken über deren Eigenthum gestritten ward, noch praktisch anwendbar und von Nutzen sein. Denn obgleich der beliehene Besitzer seinerseits keine besondere Sicherstellung gegen einer Veräußerung oder Verpfändung des streitigen Grundstücks bedurfte, weil ohne Zustimmung und Mitwirkung auch die Grund- und Hypothekenbehörden jener Zeit, wollten sie ordnungsmäßig verfahren, weder eine Beleihung vornehmen, noch Consens zu einer Verpfändung ertheilen durften²⁸⁾; so konnte doch, ebendeshalb, weil schon nach damaligem Rechte (*dec. LXI v. J. 1661*) der beliehene Eigenthümer als derjenige anzusehen war, welchem die rechtliche Disposition über das Grundstück zustehe, der f. g. natürliche Eigenthümer, welcher sich in der Lage befand, als rechtmäßiger Besitzer die Publicische Klage, oder, nach vollendeter Ersizung, die *Vindication*, und zwar selbst gegen den bloß formell noch in der Lehn stehenden Besitzer anzustellen, die *Litigiosität* des betreffenden Grundstücks geltend machen, um zu mehrerer Sicherheit seiner Rechtsverfolgung entweder ein Veräußerungsverbot auszubringen, oder eine Protestation (Verwahrung) bei der Grund-

²⁶⁾ Vgl. hierüber *Haubold*, *Privatrecht*, §. 187; *von Langenn* in den *Annalen*, Bd. I. S. 403 flg.

²⁷⁾ Bekanntmachung des *DAO.* vom 6. August 1836 n. II. (*Ges.= und B.=Bl.* 1836, S. 270.)

²⁸⁾ Vgl. *Curtius*, *Civilrecht*, §. 541 und *not. b.* S. 59 flg.

und Hypothekenbehörde einzulegen²⁹⁾. Das Ausbringen eines Veräußerungsverbots, welches der persönliche Richter des Verpflichteten zu erlassen hat, war nicht geeignet, ein besonders wirksames Schutzmittel gegen eine dem Kläger nachtheilige Verfügung des Beflagten abzugeben, weil es den außergerichtlichen Abschluß eines Veräußerungs- oder Verpfändungsvertrags überhaupt gar nicht, und die Bestätigung eines solchen und die Beleihung einer dritten Person mit dem litigösen Grundstück oder die Bestellung von Pfandrechten an einem solchen nur dann, wenn der *index rei sitae* rechtzeitige Kenntniß davon erlangt hatte, factisch verhindern, die rechtliche Ungültigkeit der Veräußerung des streitigen Grundstücks und der vorbemerkten gerichtlichen Handlungen aber, insofern sie nicht schon von Rechts wegen eingetreten wäre, deshalb nicht zur Folge haben konnte, weil es auch bis jetzt noch an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, daß und in welchen Fällen der Richter im Interesse einzelner Gläubiger und Berechtigten ein Veräußerungsverbot mit dem Präjudiz und dem Erfolg der Nichtigkeit verbotswidriger Verfügungen erlassen dürfe³⁰⁾. Zweckmäßiger dagegen war die Verwahrung, weil durch diese die Mitwirkung der Grund- und Hypothekenbehörde bei einer dem sicherzustellenden Rechte des Klägers zuwiderlaufenden Verfügung mit mehr Sicherheit bestandet und auf diese Weise dem Kläger die Nothwendigkeit, erst noch die Nichtigkeit einer solchen Verfügung gegen eine dritte Person auszuführen erspart wurde.

Wesentlich anders haben sich aber die Verhältnisse schon durch das Gesetz vom 6. November 1843 gestaltet, welches bekanntlich das System der Ingrossation befolgt. Mit diesem ist der Fortbestand jenes Unterschieds zwischen bürgerlichem und natürlichem Eigenthum und seiner rechtlichen Consequenzen unvereinbar. Die Bestimmung in §. 6 des obigen Gesetzes, „daß an die Stelle der gerichtlichen Confirmation der Veräußerungsverträge und der Allodialbeleihung (Verreichung, Zuschreibung)

²⁹⁾ Curtius a. a. D. n. c. S. 159.

³⁰⁾ Osterloh, summar. Prozesse, §. 12. not. 7. S. 29.

mit allen Wirkungen und Erfordernissen derselben die Eintragung des neuen Besitzers in das Grund- und Hypothekenbuch trete, ist nicht so zu verstehen, als wenn das Gesetz in dieser Eintragung nur eine neue, anstatt der bisherigen Form gegeben, an der Sache selbst aber etwas Wesentliches nicht geändert hätte. Die Eintragung des neuen Besitzers (richtiger, des Erwerbers als Eigenthümer des erworbenen Grundstücks) umfaßt allerdings auch alle diejenigen Wirkungen, welche vordem jenen gerichtlichen Handlungen zukam, sie ist aber insofern etwas Anderes und weit mehr, als nach den Bestimmungen in §§. 2, 5 des Hyp.-Ges. das Eigenthum an Grundstücken nur durch die Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche erworben und nach §. 4 bis zur Eintragung selbst nur ein Rechtsgrund, also ein persönlicher Anspruch auf Erlangung des Eigenthums selbst durch Eintragung im Grund- und Hypothekenbuche erlangt werden kann. Durch die Bestimmung in §. 28 desselben Gesetzes ferner, daß gegen ein im Grund- und Hypothekenbuche eingetragenes Recht eine Verjährung weder angefangen, noch vollendet werden kann, wurde zugleich und in Uebereinstimmung mit den Fundamentalsätzen der §§. 2, 4, 5 die Ersizung als Eigenthumserwerb bei Immobilien für die Zukunft ausgeschlossen. Zwar könnte es nach dem §. 1 der AB. vom 15. Februar 1844 so scheinen, als wäre die Ersizung wenigstens noch als ein Rechtstitel (Rechtsgrund) zur Erlangung des Eigenthums im Sinne von §. 4 des Gesetzes wirksam; allein dieser §. der AB. läßt auch noch eine andere, mit den Prinzipien und den speciellen Vorschriften selbst weniger in Widerspruch tretende, als die Auffassung zu, daß das natürliche Eigenthum und die Bestimmungen der dec. 1 v. J. 1746 über die Ersizung von Immobilien in also modificirter Weise fortbestehen sollten³¹⁾. Mit dem Wegfall der Ersizungen als Eigenthumserwerb bei Grundstücken und gemäß der Bestimmungen in §§. 2, 4, 5 des a. G. mußte also schon nach diesem Gesetze die Publicische Klage bei Immobilien als aufgehoben betrachtet werden.

³¹⁾ Siebenhaar, in der Zeitschrift für Rechtspflege zc., Bd. IV. S. 118 flg. und mein Commentar S. 37.

Noch consequenter ist aber hierbei das System der Ingressation im BGB. gewahrt worden. Nach §§. 276, 277, 279 nämlich kann das Eigenthum an Grundstücken ohne Ausnahme nur durch die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erworben werden; diese setzt einen Rechtsgrund zur Eintragung voraus und die Ersizung gewährt diesen Rechtsgrund nicht. Dem zufolge ist auch nach §. 325 die Publicische Klage des gemeinen Rechts, welche auf der Fiction einer vollendeten Ersizung beruht, nur noch für bewegliche Sachen beibehalten worden³²⁾.

Es bleibt also nach dem Wegfall der Publicischen Klage und der wesentlich veränderten Natur der hypothekarischen Klage bei Grundstücken nur die Vindication übrig, bei welcher die Anwendung des Justinianischen, zu Gunsten des Vindicanten ausgesprochenen Veräußerungsverbotes, sei es nun unmittelbar, oder wenigstens als Grund für die Eintragung einer Verwahrung gegen die Veräußerung oder Verpfändung des streitigen Grundstücks, noch in Frage gelangen könnte. Zur Anstellung der Vindication ist nach den oben entwickelten Principien des neueren Grund- und Hypothekenrechtes und nach der speciellen Vorschrift in §. 302 des BGB.'s lediglich Derjenige berechtigt, welcher als Eigenthümer des streitigen Grundstücks in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen ist. Dieser bedarf aber zu seiner Sicherstellung gegen Veräußerung oder Verpfändung dieses Grundstücks durch den besitzenden Beklagten weder eines gesetzlichen oder richterlichen Veräußerungsverbotes, noch der Eintragung einer Verwahrung, oder einer, das Bestehen eines Rechtsstreites constatirenden Bemerkung in das Grund- und Hypothekenbuch. Denn eine Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken oder eine Beschränkung desselben mit Pfandrechten und Reallasten hängt entweder a) von dem Privatwillen des Eigenthümers selbst, oder b) von dem Eintritt eines gesetzlichen Rechtsgrundes oder c) einer richterlichen Entscheidung ab. In Fällen sub a) und c) ist die Concurrrenz, beziehungsweise die Zustimmung oder das rechtliche Gehör des Vindicanten als des

³²⁾ Siebenhaar, Commentar I. S. 257. 291.

eingetragenen Eigenthümers nothwendig, bevor Rechte der gedachten Art durch Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch entstehen können; in den Fällen sub b), bei denen es sich überhaupt nicht um eine Veräußerung im engern Sinne mit Uebertragung des Eigenthums auf eine dritte Person handelt (vgl. §§. 38, 39, 40, 41 des Hyp.-Ges. und §§. 390, 395 des BGB.'s), kann die Eintragung nur vermöge eines gegen den eingetragenen Eigenthümer vorhandenen gesetzlichen Rechtsgrundes erfolgen, wenn aber dieser Rechtsgrund existirt, auch weder von dem Eigenthümer selbst, noch von dritter Person verhindert werden. Erwägt man insbesondere, daß eine Verwahrung nur eben dazu dienen soll, den Eigenthümer eines Grundstücks (beziehentlich den Inhaber einer eingetragenen Forderung) von einer freiwilligen Verfügung über diese oder jenes abzuhalten, so würde es sonderbar erscheinen müssen, wenn sich derselbe durch eine solche Verwahrung vor seinen eigenen Handlungen schützen wollte. Der Vertrag, welchen der Besitzer des vindicirten Grundstücks vor Beendigung des Rechtsstreites über eine Veräußerung oder Verpfändung dieses Grundstücks mit einer dritten Person etwa abschließen könnte, verpflichtet den Eigenthümer schon nach dem allgemeinen Grundsatz des Obligationenrechts, daß Verträge nur diejenigen binden, welche dieselben mit einander abgeschlossen haben, nicht, er bedarf daher auch insoweit zu seiner Sicherstellung keines besonderen Veräußerungsverbotes, während die Rechtsverbindlichkeit eines solchen, ohne Zustimmung des Eigenthümers von dem Beflagten abgeschlossenen Vertrags³³⁾ unter den Contrahenten selbst, den ersteren nicht kümmert. Gegen

³³⁾ Vgl. hierzu in Bezug auf das gemeine Recht: Bangerow, a. a. O. §. 295. Das BGB. §. 794 enthält in Betreff der Verträge, welche auf die Veräußerung von Sachen gerichtet sind, die einem gesetzlichen, oder nach Maafgabe der Gesetze vom Gerichte unter Androhung der Nichtigkeit erlassen, oder durch einen letzten Willen zu Gunsten eines Dritten angeordnet, oder in einem Vertrag mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung festgesetzten Veräußerungsverbote unterliegen, die Bestimmung, daß sie nichtig sein sollen. Vgl. Siebenhaar, Commentar zu §. 794. Bd. II, §. 88.

die prozessualischen Folgen, welche die Aufgabe des Besitzes im Laufe des Vindicationsprozesses für den Kläger zu äußern vermöchte, würde eine Verwahrung oder Vormerkung im Grund- und Hypothekenbuche nichts helfen, weil dieselbe die factische Besitzübertragung nicht verhindert; ebensowenig würde dies durch ein Verbot der Veräußerung erreicht werden, welches nur die rechtliche Seite der Sache trifft. In dieser Beziehung giebt es andere und wirksamere Institute, welche, wenigstens in ihrer weiteren formellen Ausbildung, dem Prozeßrechte angehören. Man kann hier auf die Vorschriften in §. 304 des BGB.'s mit der Bemerkung hinweisen, daß die Entscheidung der Frage, ob der gegen den früheren Besitzer eingeleitete Prozeß vermittelt eines Reassumtionsverfahrens, gegen denjenigen fortgesetzt werden könne, welcher den Besitz des vindicirten Grundstücks im Laufe des Rechtsstreits unmittelbar oder mittelbar von dem Beklagten erworben hat, dem Prozeßrechte anheim fällt.

Tritt aber endlich der Fall ein, daß der besitzende Beklagte das Grundstück dergestalt übel bewirthschaftet, daß eine Deterioration desselben zu befürchten steht, so ist eine Sicherung des Klägers gegen ein derartiges Gebahren ebenfalls nicht durch conservatorisches Eintragen in das Grund- und Hypothekenbuch, sondern nur durch Anlegung einer Sequestration oder Anwendung anderer, zu diesem Zwecke dienlicher inhibitorischer Maaßregeln zu erreichen, für deren Zulässigkeit es aber nicht sowohl auf die bereits erfolgte Anstellung einer Vindication, sondern auf das, aus dem Grundbuche jederzeit erweisliche Eigenthum des Klägers und die Bescheinigung des unpfleglichen Gebahrens ankommt.

Andererseits kann nach den oben entwickelten Grundsätzen des neueren Rechtes die Anstellung einer Klage, welche nur den Zweck hat, einen Rechtsgrund auf Erwerbung des Eigenthums an einem Grundstücke gegen den eingetragenen Eigenthümer auszuführen, eine Litigiosität dieses Grundstücks im Sinne des gemeinen Rechtes deshalb nicht begründen, weil ja selbst der rechtmäßige und redliche Besitzer die Publicische Klage nicht mehr hat, die gegen den Eigenthümer angestellte Klage also immer nur

einen persönlichen Anspruch auf Abtretung des Eigenthums verfolgen wird, bei welcher schon nach röm. Rechte die Litigiosität mit ihren Folgen nicht eintrat.

Die Bestimmungen des röm. Rechts (l. 5. D. de hered. petitione 5. 1.) über die vom Erbschaftsbesitzer vor und nach Anstellung der Erbschaftsklage vorgenommene Veräußerung einzelner, zum Nachlasse gehöriger Gegenstände fallen, wie bereits erwähnt, nicht unter die speciell auf der Litigiosität beruhenden, gemeinrechtlichen Veräußerungsverbote. Indessen möge auch hier, in Bezug auf die Zweckmäßigkeit einer Verwahrung gegen die Veräußerung oder Verpfändung erbchaftlicher Immobilien Folgendes bemerkt werden. Die Erbschaftsklage kann, nach der mit dem gemeinen Rechte übereinstimmenden Vorschrift in §. 2292 des BGB.'s³⁴⁾ auch gegen denjenigen angestellt werden, welcher dem Erben eine einzelne, zur Erbschaft gehörige Sache, also beispielsweise ein bis zum Tode des Erblassers in dessen Eigenthum befindlich gewesenes Grundstück, entweder, weil er sich selbst ein Erbrecht zuschreibt, oder ohne Behauptung eines Rechtsgrundes vorenthält; allein auch in diesem Falle wird bei Anstellung der hereditatis petitio der Bestimmung und dem Zwecke dieser Klage gemäß, nicht über das Eigenthum als Recht an dieser Sache, sondern über das Erbrecht gestritten, in Folge dessen der Kläger den Nachlaß als Gesamtjache vindiciren, insoweit auch die einzelnen Bestandtheile derselben dem, welcher sie pro herede vel pro possessore possidet, abfordern kann.

Nach den Principien des Ingrossationssystems ist ein Grundstück, als dessen Eigenthümer der Erblasser noch nicht eingetragen worden, welches aber infolge eines, zur Erwerbung des Eigenthums geeigneten Rechtsgrundes (§. 277 des BGB.'s) in seinen Besitz gelangt ist, zwar in gewissen Beziehungen als zur Erbschaft gehörig zu betrachten, der Erbe erlangt aber in diesem Falle durch den Antritt der ihm deferirten Erbschaft weder das Eigenthum, noch einen in seinem Erbrecht liegenden Rechtsgrund zur Eintragung, sondern bloß den Rechtsgrund, welcher seinem

³⁴⁾ Vgl. Siebenhaar, Commentar III. S. 305 flg.

Erblaffer gegen den eingetragenen Eigenthümer zugestanden hat und zur Sicherstellung dieses, nur zur Anstellung einer persönlichen Klage gegen den letztern geeigneten Rechtes, würde eine Verwahrung im Sinne des §. 218 der G.D. an ihrer richtigen Stelle sein. Ist dagegen der Erblaffer bei seinem Tode noch Eigenthümer des Grundstücks gewesen, so gewährt nach §§. 277 und 2286 des B.G.B.'s das Erbrecht dem Erben auch erst einen Rechtsgrund zur Erwerbung des Eigenthums durch seine Eintragung als Eigenthümer des erbchaftlichen Immobile. Hat er diese bereits erlangt, so bedarf er keiner besondern Sicherstellung mehr gegen Veräußerungsverträge, welche der Inhaber des Grundstücks unbefugter Weise mit dritten Personen abschließen könnte. Ist dagegen die Eintragung eines neuen Eigenthümers noch nicht erfolgt und die Eintragung des Erben als solchen etwa deshalb beanstandet worden, weil ein Anderer dessen Erbrecht bestritten und der Eintragung widersprochen hat, so wird schon der Umstand, daß in diesem Falle ein streitiges Rechtsverhältniß vorliegt und zur Kenntniß der Grund- und Hypothekenbehörde gelangt, genügen, um nach §. 89 der G.D. bis zur Entscheidung dieses Rechtsstreites durch den zuständigen Richter jede definitive Eintragung bei der Grund- und Hypothekenbehörde zu verhindern. Sollte gleichwohl, wie unter Umständen wohl möglich wäre, ein conservatorischer Eintrag (§. 89 der G.D.) also eine Verwahrung nöthig werden, so würde auch in diesen Fällen nur die in §. 218 der G.D. erwähnte Art der Verwahrungen einzutreten haben.

Stimmt man dem bisher Ausgeführten bei, so ist es ganz erklärlich, daß weder das Hypothekengesetz noch die G.D. die Bestimmung enthält, daß das Bestehen eines Rechtsstreites von amtshalber (wie die Concurseröffnung und die allgemeinen Veräußerungsverbote) oder auf Antrag des Klägers im Grundbuche zu verlautbaren sei, und daß bei den Verwahrungen, welche dazu dienen sollen, ein zur Eintragung geeignetes Recht sicher zu stellen, in §. 147 des Hyp.-Ges. und §. 218 der G.D. ohne Unterschied und Ausnahme, die Bescheinigung des betreffenden Rechtsgrundes gefordert wird.

Hierbei muß indessen noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß zur Zeit noch ein exceptioneller und transitorischer Zustand hinsichtlich derjenigen Grundstücke besteht, welche noch kein Folium im Grund- und Hypothekenbuche erhalten haben, bei denen also die Grundsätze des Ingrossationssystems und die hierauf beruhenden gesetzlichen Vorschriften noch nicht in ihrem vollen Umfange anwendbar sind. Bekanntlich waren nämlich durch §. 153 des Hyp.-Ges. die Staats- und geistlichen Güter, sowie die Gemeindegrundstücke (unter gewissen Voraussetzungen) von der Aufnahme in die Grund- und Hypothekenbücher dispensirt worden, und obwohl das BGB. diese Ausnahme, wie sich nicht bloß aus der ganz allgemeinen Fassung des §. selbst, sondern auch aus den Motiven³⁵⁾ desselben klar ergibt, aufhebt, so ist doch die, allerdings mit Schwierigkeiten mannichfacher Art verbundene vollständige Ausführung dieses §. durch die Bestimmung §. 7 des Einführungsgesetzes vom 9. Januar 1865 noch in ziemlich weite Ferne gerückt. Hinsichtlich der noch nicht in die Grund- und Hypothekenbücher aufgenommenen Staatsgeistlichen- und Gemeindegüter wird also bis zu dem Zeitpunkte, wo sie ihre Folien erlangt haben, die Eigenthumsfrage namentlich auch mit Rücksicht auf eine vor dem Eintritt des BGB.'s vollendete Ersizung, noch nach dem älteren, vor diesem Gesetzbuche und beziehentlich dem Hypothekengesetze bestandenen Rechte beurtheilt werden müssen, woraus folgt, daß bei solchen Grundstücken nicht bloß die vindication, sondern auch die publicische Klage noch statthaft ist. Demnach kann man auch bei diesen Grundstücken der Litigiosität der Streitsache ihre frühere praktische Bedeutung noch zugestehen und der Anstellung der vindication- oder publicischen Klage wenigstens die Wirkung nicht absprechen, daß zufolge derselben eine Verwahrung gegen die Veräußerung und Verpfändung des streitigen Grundstücks auch ohne weitere Bescheinigung als begründet erscheinen mag. Nur kann, weil für diese Grundstücke noch kein Folium besteht, auch von einem Eintrage der Verwahrung in das Grund- und Hypothekenbuch

³⁵⁾ Siebenhaar, Commentar I. S. 257.

nicht die Rede sein³⁶⁾, es würde vielmehr die letztere, wie das früher geschah, bloß in den Acten der Grund- und Hypothekenbehörde zur Berücksichtigung annotirt werden müssen. Der praktische Nutzen einer solchen schon durch die Klagbehändigung gerechtfertigten Verwahrung zeigt sich insbesondere darin, daß außerdem, wenn die befürchtete Veräußerung eintreten und infolge derselben ein Folium für das betreffende Grundstück angelegt werden sollte, eine gegen den auf diesem Folium als Eigenthümer des Grundstücks eingetragenen Dritten gerichtete Verwahrung nach §. 218 der G.D. zu beurtheilen und deshalb der Anspruch selbst erst noch zu bescheinigen sein würde. Zu Erläuterung dessen möge hier nur die Bemerkung noch beigelegt werden, daß nach §. 153 des Hyp.-Ges. bei der ersten Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher nur solche Staatsgüter, geistliche Güter und Gemeindegrundstücke von der Aufnahme in die Grund- und Hypothekenbücher befreit waren, auf denen weder Hypotheken noch andere in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragende dingliche Rechte hafteten und daß, wenn dergleichen Rechte späterhin daran bestellt werden würden, die Anlegung von Folien dafür erfolgen sollte. An dieser letzteren Bestimmung ist auch durch den §. 7 des Einführungsgesetzes m. E. etwas nicht geändert, namentlich also nicht etwa anzunehmen, daß, wenn jetzt, nach dem Eintritt des BGB.'s, ein solches, bisher noch unbelastetes und deshalb im Grund- und Hypothekenbuch noch mit keinem Folium versehenes Grundstück veräußert oder mit einem Pfandrechte belastet werden sollte, der Uebergang des Eigenthums oder die Entstehung des Pfandrechtes noch wie früher durch Confirmation und Beleihung oder beziehentlich Consensertheilung erfolgen könnte³⁷⁾.

(Fortsetzung folgt.)

³⁶⁾ Diese giebt nämlich (nach §. 153 des Hyp.-Ges.) keinen Anlaß zur Anlegung eines Folium.

³⁷⁾ Heyne, Commentar II. S. 79 und die daselbst abgedruckten Motiven zu §. 153 des Hyp.-Ges. Heyne ist (S. 80 n. *) der Meinung, daß von der Anlegung des Folium abgesehen werden könne, wenn ein solches

Grundstück ohne Belastung desselben mit dinglichen Rechten, welche des Eintrags bedürfen, wiederum an den Staat, die Kirche oder eine politische Gemeinde veräußert werde. Ähnlich hat sich auch das K. Ministerium der Justiz in einer Verordnung vom 24. August 1860, Zeitschrift für Rechtspflege zc. Bd. XXI. S. 472 ausgesprochen. Ob man dieser Ansicht dem BGB. und dem §. 7 des Einführungsgesetzes gegenüber noch beizupflichten haben würde, soll hier nicht weitläufiger erörtert werden. Gewiß ist, daß jetzt die Anlegung des Folium erfolgen muß, wenn sie vom Adquirenten beantragt wird, auch möge, für den entgegengesetzten Fall, darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Inkrafttretung der Vorschriften des BGB.'s über den Erwerb des Eigenthums an Immobilien durch §. 7 des Einführ.-Ges. in Betreff der hier fraglichen Grundstücke nicht suspendirt worden sind, mithin bezüglich derselben künftighin weder eine Beleihung noch eine Ersetzung stattfinden kann; denn nur bei der ersten Anlegung der Folien für solche Grundstücke, die sich bisher im Besitze des Staates, der Kirche und Gemeinden befunden haben, soll die Eigenthumsfrage in Betreff ihrer bisherigen Besitzer nach altem Rechte beurtheilt werden; Specialmotive S. 666. Wie sollte also gegenwärtig das Eigenthum von dem Adquirenten anders als durch Anlegung des Folium und Eintragung des letzteren als Eigenthümer erworben werden, wenn dieser Erwerb bezweckt und gewollt wird?

Uebrigens ist noch zu erwähnen, daß, wenn die Anlegung eines Foliums für ein derartiges Grundstück sich aus den im Texte angegebenen Gründen erforderlich macht, nicht erst ein Folienentwurf anzufertigen und rücksichtlich desselben das bei Anlegung der Bücher vorgeschriebene Verfahren zu beobachten ist.

Bergl. Verordnung des Just.-Min. vom 15. December 1854, Zeitschrift f. Rechtspflege zc. Bd. XIX. S. 34.

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

37.

Ueber die Anrechnung der von einem Gefangenen in einem Krankenhause zugebrachten Zeit auf die Strafhaft. (Art. 17, 20 des StGB., §. 82 der Ausführungsverordnung.)

Verordn. v. 20. Decbr. 1865. no. 1337/1270.

Die Resolution des BG. zu C., daß L.'n die in dem Stadtfranken-
hause zu C. zugebrachte Zeit auf die von ihm zu verbüßende Gefäng-
nißstrafe in Anrechnung zu bringen, würde nur dann als gerechtfertigt
zu betrachten sein, wenn in dem gedachten Stadtfrankenhanse Einrich-
tungen beständen, denen zufolge L., während der Kur seiner Krankheit,
als Gefangener und nicht bloß, gleich jedem andern Kranken, als
Berpflegter zu betrachten wäre. Dies ist aber nach der — auch in
dem erstatteten Berichte zur Genüge für richtig anerkannten — Aus-
lassung des StA. nicht der Fall; es gebührt also, hinsichtlich des Aufent-
halts L.'s im Krankenhause, an dem Erfordernisse der Beraubung der
persönlichen Freiheit, ohne welches jener Aufenthalt als gefängliche Haft
nicht gelten kann. Wenn L. nicht wenigstens einen Theil seiner Strafe
im Gerichtsgefängnisse verbüßt hätte, vielmehr der ihm auf die Strafe
angerechnete Aufenthalt im Krankenhause seine ganze Strafzeit erschöpfte,
so würde, wenn es sich künftig einmal um die Ahndung des Rückfalls
handeln sollte, kaum eine Gerichtsbehörde geneigt sein können, den

Aufenthalt im Krankenhause, unter den hier obwaltenden Verhältnissen, als Vollstreckung der erkannten Gefängnißstrafe gelten zu lassen.

38.

Ueber die Stellvertretung des Besitzers bei dem im Art. 151 des StGB.'s gedachten Verbrechen der Störung des Hausfriedens.

Berordn. vom 8. Decbr. 1865. no. 1171/1222.

Soll ein Hausfriedensbruch gegen einen Andern, als den Wohnungsinhaber u. s. w. selbst begangen werden, so ist dazu schlechterdings erforderlich, nicht nur, daß Jener dabei seinerseits die Absicht hatte, in Stellvertretung des Wohnungsinhabers u. s. w. zu handeln und dessen Hausrecht zu wahren, sondern auch, daß er diesen Schutz des Hausrechts, wenn auch nicht gerade im ausdrücklichen Auftrage des Wohnungsinhabers u. s. w., doch mindestens unter Verhältnissen sich angelegen sein ließ, welche die Annahme zulassen, daß letzterer auf ihn für den fraglichen Fall oder wenigstens für ähnliche Fälle das Befugniß, ihn in Ansehung des Hausrechts zu vertreten, übertragen haben wollte.

Beide Voraussetzungen liegen jedoch gegenwärtig nicht vor. Als H. in der Nacht vom 23/24. Sept. in die N.'sche Unterstube einstieg, geschah selbiges in Gesellschaft der H., und wenn nicht in deren erklärtem Einverständnisse, doch jedenfalls ohne ihren Widerspruch. Erst als die Trunkenheit H.'s zu Ungehörigkeiten und Ausschreitungen führte, welche auf die H. selbst einen widerlichen Eindruck und in ihr die Befürchtung rege machen mochten, daß bei weitem Ausschreitungen die nächtliche Zusammenkunft dem Dienstherrn B. nicht verborgen bleiben werde, erließ sie an H. die Aufforderung, sich zu entfernen. Die H. handelte daher hierbei wenigstens in der Hauptsache zu Wahrung des eigenen Interesse und nicht in der Absicht, ihren Dienstherrn zu vertreten. Sie selbst war es, welche vorher gegen dessen präsumtiven Willen und gegen dessen Interesse die nächtliche Zusammenkunft möglich gemacht hatte, und es galt ihr offenbar zunächst, diesen eignen Fehltritt wieder gut zu machen.

Ebensowenig aber waren Ort, Zeit und dienstliche Stellung der H. von der Art, um davon ausgehen zu können, daß ihr eine Stellvertretung habe übertragen werden wollen. Sie selbst hatte zur Nachtzeit in der in

Rede stehenden Unterstube Nichts zu verrichten, was zu Erfüllung ihrer Pflichten gehörte; es konnte daher auch gar nicht in dem Willen ihres Dienstherrn liegen, sie als Hüterin dieser Räumlichkeit beurtheilt zu sehen; er selbst würde sie sogar muthmaasslich daraus fortgewiesen haben, sobald er Kenntniß genommen haben würde von den Ungehörigkeiten, welche ohne Zuthun der H. überhaupt ausgeschlossen gewesen wären.

Diese Auffassung steht auch in vollem Einklange mit der in der allgem. Ger.-Zeit. Bd. IX, Seite 219 abgedruckten Entscheidung des OAG.'s, auf welche der St.-Anw. zu Unterstützung seiner abweichenden Ansicht Bezug nimmt. Denn sowie überhaupt dort nur von erwachsenen Angehörigen dessen, welchem das Hausrecht zusteht und demnach von solchen Personen die Rede ist, denen verwandtschaftliche Verhältnisse schon der Natur der Sache nach einen gewissen Antheil zuweisen an der fraglichen Vertretung, so kommt noch hinzu, daß es sich bei jener Entscheidung um die Ehefrau eines Gasthausbesizers und deren Stellvertretungsrecht und mithin um eine Persönlichkeit handelte, welche in der Regel an den Berechtigungen und Verpflichtungen bei Aufnahme und Bedienung von Gästen Theil nimmt.

39.

Bei Production einer gefälschten Urkunde Seiten einer der Parteien im Civilproceß leidet der Gesichtspunkt, daß der Proceßrichter selbst der Getäuschte (Art. 284 flg. des StGB.'s und Erl.-Ges. v. 15. Juli 1858) sei, nicht Anwendung.

Berordn. vom 13. Decbr. 1865. no. 1210/1157.

Wider H. ist die Anschuldigung erhoben worden, daß derselbe ein von J. ausgestelltes Blanquet eigenmächtig in der Weise ausgefüllt habe, daß er über den Namen J.'s ein, angeblich ihm H.'n gegenüber abgelegtes, auf eine Summe von 500 Thalern lautendes, Schuldbekennniß nebst Zahlungsversprechen gebracht, und es steht weiter noch fest, daß der Angeschuldigte aus dem in Frage befangenen, der Anschuldigung nach von ihm gefälschten, Documente später gegen J. eine Executivklage beim Ger.-Amte B. eingereicht hat, in deren Folge der Beklagte auf Grund der Recognition seiner Namensunterschrift zu Bezahlung der geforderten

500 Thaler verurtheilt und mit seiner Einrede, daß die gedachte Schuldverschreibung auf dem betreffenden Papier zu der Zeit, als er seinen Namen auf dasselbe geschrieben, noch gar nicht gestanden habe, den Prozeßgesetzen gemäß, zur Widerklage verwiesen worden ist. Daß sich nun H. durch die vorgedachte Handlungsweise, die Wahrheit derselben vorausgesetzt, unter allen Umständen einer Fälschung nach Art. 311 des StGB.'s schuldig gemacht haben würde, läßt sich nicht bestreiten, und ist auch von keiner Seite bestritten worden; die Frage, um deren Beantwortung es sich gegenwärtig handelt, ist vielmehr lediglich die, ob sich H. — die Fälschung als erwiesen angesehen — durch den Gebrauch, welchen er dem Obigen nach von der gefälschten Urkunde gemacht hat, eines nach Art. 285 sub 1a des StGB.'s zu beurtheilenden ausgezeichneten Betrugs schuldig gemacht? wie solches von dem St.-Anwalt behauptet, von dem Bez.-Ger. jedoch verneint worden ist.

Nach den Vorschriften des älteren, vor dem Erscheinen des StGB.'s geltenden Rechts, würde es eines Eingehens auf diese Frage um deswillen gar nicht bedurft haben, weil der Begriff der Fälschung nach Art. 247, 248, 249 des Crim.-GB.'s ein weit ausgedehnterer war und in allen Fällen, in denen das Falsificat zu irgend einem rechtswidrigen Zwecke benutzt und der beabsichtigte Erfolg erreicht worden war, die im Art. 248 und im zweiten Absätze des Art. 249 angedrohten härteren Strafen der Fälschung eintreten. Hat nun aber auch der Begriff dieses Verbrechens durch die Bestimmungen des Art. 311 des StGB.'s eine sehr wesentliche Einschränkung erhalten, so ergiebt sich doch aus dem klaren Inhalte derselben, daß die Strafvorschriften des Art. 311 ebenfalls auch dann, wenn von gefälschten Urkunden Gebrauch gemacht und der beabsichtigte Erfolg erreicht worden, so lange in Anwendung zu bringen sind, als der Gebrauch solcher Täuschungsmittel nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht, oder dadurch wenigstens ein anderes Vergehen verübt worden, das, wenn auch mit keiner höheren, doch — vergl. Art. 302 jet., Art. 278 und Art. 285 sub 1a jet., Art. 278 sub a des StGB.'s — mit einer solchen Strafe bedroht ist, bei deren Feststellung die Fälschung schon mit berücksichtigt worden ist.

Zu denjenigen schwereren Verbrechen, in welche eine Fälschung übergehen kann, gehört nun zunächst und hauptsächlich der ausgezeichnete Betrug nach Art. 285 sub 1a des StGB.'s; es reicht jedoch hierbei nach

dem, was im Vorstehenden bemerkt worden, keineswegs aus, daß das Falsificat zu Erreichung eines widerrechtlichen Vortheils benutzt worden, sondern es muß auch nach Art. 284 des StGB.'s verbunden mit dem Erläuterungsgesetze vom 15. Juli 1858 nothwendig durch den Gebrauch desselben Jemand getäuscht, und hierdurch ein rechtswidriger Vortheil zum Nachtheile eines Andern erlangt, oder solches doch wenigstens versucht worden sein, und dies wird dann auch in der Regel angenommen werden können, wenn die gefälschte Urkunde nicht Demjenigen, dessen Namen gemißbraucht worden, sondern dritten Personen gegenüber, zu dem bemerkten Zwecke producirt und gebraucht worden ist. In dem vorliegenden Falle hat aber H. aus dem gedachten Documente Denjenigen selbst, dessen Unterschrift dasselbe trägt, in Anspruch genommen, und daß dieser durch die Production des Documents nicht getäuscht, eine Täuschung desselben von dem Angeschuldigten auch gar nicht beabsichtigt werden konnte, darüber kann, wenn schon sich Fälle denken lassen, in denen selbst Derjenige, welcher eine Urkunde unterzeichnet haben soll, bezüglich deren Richtigkeit getäuscht werden kann, doch unter den hier vorliegenden Umständen ein Zweifel nicht obwalten.

Der Staatsanwalt hat sich nun auch in der That zu Unterstützung seines Strafantrags gegen H. weder auf eine Täuschung B.'s, noch auf eine Täuschung A.'s bezogen, sondern den Prozeßrichter als denjenigen bezeichnet, der durch die Production der gefälschten Urkunde von H. in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachtheile der Gegenpartei getäuscht worden sei.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Der Begriff einer Täuschung in der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes ist offenbar weit umfassender, als der im Art. 284 des StGB.'s festgestellte, an gewisse Merkmale gebundene Begriff einer betrügerischen Täuschung und es genügt daher auch zu der Annahme eines Betrugs nicht, daß irgend eine Täuschung im weiteren Sinne des Worts vorgekommen, die mit der Erlangung eines widerrechtlichen Vortheils in eine gewisse Verbindung gebracht werden kann, sondern die Absicht des Betrügers muß ganz bestimmt dahin gegangen sein, eine dritte Person durch eine Täuschung der in Art. 284 des StGB.'s näher bezeichneten Art in einen Irrthum zu versetzen, um sich dadurch einen rechtswidrigen Vortheil zum Nachtheile des Getäuschten oder eines Anderen zu verschaffen.

Läßt sich nun aber auch nicht behaupten, daß ein Richter in seiner Eigenschaft als solcher und bei Verwaltung seines richterlichen Amtes — wie z. B. in Hypotheken- oder Vormundschaftssachen — in der nur gedachten Weise und zu dem oben angegebenen Zwecke niemals getäuscht werden können, so ist doch die Stellung des Prozeßrichters in einem Civilprozeße, den vor ihm streitenden Parteien gegenüber, eine solche, daß eine Täuschung desselben im Sinne des Art. 284 des StGB.'s durch unwahre Angaben der Parteien unter sich und gegen einander für ausgeschlossen erachtet werden muß. Denn muß man einer Seits zugeben, daß keine der in einem Rechtsstreite sich gegenüberstehenden Parteien von der anderen mit Recht erwarten kann, daß dieselbe nichts Unwahres vorbringen und nichts Wahres in Abrede stellen werde, so kann man auch anderer Seits nicht sagen, daß durch derartige wahrheitswidrige Anführungen der einen Partei gegen die andere, auf welche auch nicht einmal die Strafbestimmungen des Art. 229 des StGB.'s Anwendung leiden, ein Recht des Prozeßrichters auf Wahrheit verletzt werde.

Der Letztere befindet sich überhaupt gar nicht in der Lage, den einseitigen Angaben der Parteien ein Vertrauen schenken zu müssen, in welchem er getäuscht werden könnte, solche Angaben haben vielmehr in der Regel processualische Folgen und können für sich allein auf die Willensrichtung und Entscheidung des Richters keinen wesentlichen und maafgebenden Einfluß ausüben. Steht jedoch hiernach, wie dies auch von dem Staatsanwalte nicht bestritten zu werden scheint, einmal so viel fest, daß wahrheitswidrige Behauptungen, welche die eine Partei in einem Civilprozeße der andern gegenüber, sei es nun um einen unbegründeten Anspruch zu verfolgen, oder sich einer Verbindlichkeit zu entziehen, aufstellt, ohne dabei eine Täuschung des Gegners beabsichtigen zu können, nicht deshalb, weil sie, wie gar nicht anders geschehen konnte, vor Gericht angebracht worden, als betrügerische Täuschungen des Prozeßrichters angesehen werden können, so folgt hieraus weiter von selbst, daß dieselben auch dadurch, daß sich die betreffende Partei zu deren Nachweise einer gefälschten Urkunde bedient, nicht in das Verbrechen des ausgezeichneten Betrugs übergehen können, und daß auch ebensowenig in dem mit einer Täuschung des Gegners nicht verbundenen Gebrauche der gefälschten Urkunde schon für sich allein und abgesehen von der unwahren Behauptung, die durch dieselbe bewiesen werden soll, ein gegen den Prozeßrichter

versuchter oder verübter Betrug lediglich aus dem Grunde erblickt werden kann, weil der Producent der Urkunde demselben nicht eröffnet hat, daß dieselbe gefälscht sei, sondern dieselbe für eine ächte ausgegeben hat.

Zu einer solchen Eröffnung war der Producent, dem Obigen nach, nicht verbunden, und es bleibt daher auch in einem Falle dieser Art, sowohl der Gegenpartei als dem Richter gegenüber, eben nur das Verbrechen der Fälschung als ein ebenso für sich bestehendes Verbrechen übrig, wie es auch der Meineid und die Anstiftung zum Meineide oder zu einer wahrheitswidrigen Aussage vor Gericht in allen Fällen ist, in welchen eine Prozeßpartei den Nachweis einer unwahren Thatsache durch deren eidliche Bestärkung oder durch falsche Zeugen-Aussagen führt.

An diesen im Vorstehenden erwähnten allgemeinen Grundsätzen kann auch durch die besondere Prozeßart etwas nicht geändert werden und es kann daher auch die dem Angeklagten H. zur Last fallende Fälschung offenbar nicht bloß deshalb als ausgezeichneteter Betrug betrachtet werden, weil H. sich der gefälschten Urkunde nicht im ordentlichen Prozesse, sondern im Executiv-Prozesse bedient hat, nach der Natur dieses Prozesses aber der Beklagte nicht zur sofortigen *diffessio quoad contenta* gelassen werden konnte, sondern zur Ausführung seiner Ausflüchte mittelst der Wiederklage verwiesen werden mußte; es kann vielmehr im Gegentheile gerade im Executiv- und im Wechselprozesse

Allgem. Gerichtszeit. Bd. VI, S. 273,

davon, daß der Proceßrichter durch unwahre Angaben der Parteien über das eigentliche Sachverhältniß und durch Verschweigen der Wahrheit betrügerisch getäuscht worden, um so weniger die Rede sein, als hier die Beurtheilung des Beklagten lediglich durch die Recognition der Namensunterschrift bedingt wird, der Richter hierbei den Inhalt der Urkunde nur insoweit, als es sich um die Frage handelt, ob derselbe an sich geeignet erscheint, den erhobenen Anspruch zu rechtfertigen, einer Prüfung zu unterwerfen, keineswegs aber zu erörtern und darüber zu entscheiden hat, ob dieser Inhalt der Wahrheit entspricht.

Wird nun aber in dem Urkundenproceße über die die *contenta* der Urkunde betreffenden illiquiden Einwendungen des Beklagten überhaupt gar nicht mit entschieden, bleibt vielmehr die Wahrheit oder Unwahrheit derselben bei der Entscheidung in dieser Prozeßart ganz dahingestellt, so kann auch nach dieser Richtung hin keine Täuschung des Richters vor-

kommen und noch viel weniger kann man, bei erfolgtem Auerkenntnisse der betreffenden Unterschrift, behaupten, daß der Richter nicht durch dieses, sondern durch eine Täuschung der vorgedachten Art zur Verurtheilung des Beklagten bestimmt worden sei.

Schließlich mag nur noch bemerkt werden, daß den Gründen*), aus denen das Bezirksgericht in dem gegenwärtigen Falle auch nicht zu der Annahme einer Erpressung gelangt ist, ebenfalls beizupflichten ist, und daß es eines noch weiteren Eingehens auf diesen Punkt hier schon deshalb nicht bedarf, weil auch der St.-Anwalt seinen Strafantrag auf dieses Verbrechen gar nicht gerichtet hat.

40.

Fall eines nicht rechtswidrigen Zwecks unter Verhältnissen des Art. 311 des StGB.'s.

Erk. vom 13. Decbr. 1865. no. 1194/1242.

Weil als erwiesen anzusehen ist, daß M. lediglich aus Anlaß dessen, daß eins der sein Arbeitsbuch bildenden Blätter sich gelockert gehabt, so wie lediglich aus Besorgniß dessen, daß dieses Blatt sonst völlig verloren gehen möchte, selbiges herausgerissen und dessen geschriebenen Inhalt auf ein anderes Blatt übertragen hat, in diesem Gebahren aber eine criminalrechtlich strafbare Fälschung nicht erblickt werden kann, da der dabei verfolgte Zweck offenbar kein rechtswidriger gewesen, der Angeschuldigte vielmehr dabei in guter Absicht gehandelt und nur in der Wahl der Mittel, den von ihm befürchteten Verlust abzuwenden, sich vergriffen hat 2c.

*) „Hiernächst aber auch die Annahme einer Erpressung ausgeschlossen erscheint, da zum Thatbestand derselben nach Art. 282 des StGB.'s erforderlich ist, daß der Verbrecher gegen den Verletzten Drohungen angewendet habe, die Anwendung von solchen aber im vorliegenden Falle gar nicht indicirt erscheint, indem H. vielmehr von dem ihm formell zuständig gewesenen Klagrecht Gebrauch gemacht hat und hierin eine Bedrohung im Sinne des Art. 282 nicht zu befinden ist.“

41.

Ueber die Folgen aus der Natur der Winkelschriftstelleri, als eines Collectivvergehens. — StGB. Art. 339.

Erk. vom 20. Decbr. 1865. no. 1225/1273.

Das Vergehen der Winkelschriftstelleri besteht nach Inhalte des Art. 339 des StGB.'s darin, daß sich jemand der Function eines Sachwalters anmaßt, insoweit er, ohne von Staatswegen hierzu erlangte Berechtigung, Schriften für Andere fertigt, welche zur Einreichung bei einer Behörde bestimmt sind und deren zweckmäßige Abfassung Rechtskenntnisse voraussetzt, und ist mit Strafe bedroht wegen der dem Publikum aus der Handlungsweise solcher unberufenen, ungeprüften und deshalb auch unzuverlässigen Rathgeber erwachsenden Gefahren. Diese angemaaßte Geschäftsführung ist daher das, was der Gesetzgeber durch Androhung von Strafen verpönt, und deshalb gehört auch die Winkelschriftstelleri, gleich wie die Medicafteri, zu den sogenannten Collectivvergehen, bei denen die gesammte gesetzwidrige Handlungsweise eines Angeeschuldigten als ein Vergehen in Betracht kommt, die einzelnen Fälle aber, in denen sie zu Tage getreten ist, nicht als einzelne gesonderte Vergehen, wegen deren etwa eine Einsatzstrafe für den schwersten Fall und eine Zusatzstrafe für die concurrirenden geringeren Fälle ausgeworfen werden müßte, sondern nur als Fortsetzung eines und desselben Vergehens angesehen werden können, und daher lediglich auf Abmessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaasses Einfluß zu äußern geeignet sind.

Daraus folgt aber unbedingt, daß, wenn jemand wegen Winkelschriftstelleri bestraft worden ist, einzelne vor der Bestrafung vorgekommene Fälle dieser gesetzwidrigen Handlungsweise, wenn sie auch erst später zur Kenntniß des Untersuchungsgerichts gelangen, nicht Veranlassung zu einem nochmaligen Strafverfahren geben können, ohne den Fundamentalsatz, daß niemand wegen des nämlichen Vergehens mehrmals gestraft werden soll, zu verletzen. Höchstens ließe sich eine derartige Untersuchungsführung nach der Richtung hin denken, damit rechtlich darüber entschieden werden könnte, ob etwa die früher erkannte Strafe nach den neuerlich erfolgten Ermittlungen einer Erhöhung bedürftig erschiene. Allein dies wäre nur im Wege der Wiederaufnahme der

früheren Untersuchung denkbar, einer solchen aber steht die bestimmte Vorschrift in Art. 386 unter 4 der StPD. entgegen, welche es ausdrücklich verbietet, eine Untersuchung wieder aufzunehmen, wenn es sich nur um die Wahl einer höheren Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaafes handelt.

Zu der Strafprozeßordnung.

12.

Der dem Staatsanwalte nach Art. 379, Abs. 1 der StPD. eingeräumte Einspruch findet auch bei nach Art. 47 der StPD. an den Einzelrichter verwiesenen Sachen Anwendung.

Erk. vom 23. Octbr. 1865. no. 1115/1058.

Der Verfasser der Schrift Bl. stellt die Behauptung auf, der dem St.-Anw. im Art. 379, Abs. 1 der StPD. zugestandene Einspruch könne nur in eigentlichen Einzelrichtersachen, keineswegs aber auch dann Platz ergreifen, wenn ein an sich bezirksgerichtliches Verbrechen nach Art. 47 der StPD. an den Einzelrichter verwiesen worden sei. Da der jetzigen Untersuchungssache eine solche Verweisung zu Grunde liegt, so folgert er hieraus die Nichtberechtigung des St.-Anw. zu Erhebung des Einspruchs Bl. Abgesehen nun davon, daß das vom St.-Anw. angewendete Rechtsmittel in der That eben kein Einspruch, sondern eine Nichtigkeitsbeschwerde ist, deren Gebrauch dem St.-Anw. zu bestreiten, von dem Verfasser der Vorstellung Bl. nicht unternommen wird, so würde auch jener Ansicht selbst dann nicht beizutreten sein, wenn hier ein wirklicher Einspruch, wegen unangemessener Straffeststellung innerhalb des gesetzlichen Strafraums, vorläge. Bei der Art und Weise der Regulirung der Zuständigkeit zwischen den Bezirksgerichten und Einzelrichtern in Art. 44 flg. der StPD. war eine Vorschrift, wie die im Art. 47 enthaltene, geradezu eine Nothwendigkeit; dieselbe hat sich auch in der Praxis bewährt und verdient durchaus nicht die dafür Bl. gewählte Bezeichnung. Nun wird aber eine nach Art. 47 der StPD. dem Einzelrichter zugewiesene, an sich bezirksgerichtliche Untersuchungssache, ihrer

processualischen Behandlung nach, ganz zur Einzelrichtersache, und es wäre daher in der That nicht abzusehen, mit welchem Rechte man dem St.-Anw. den ihm in dergleichen Sachen nach Art. 379, Abs. 1 der StPD. ganz ohne Beschränkung verwilligten Einspruch gerade in den nach Art. 47 an den Einzelrichter verwiesenen Sachen entziehen wollte. In gewisser Hinsicht äußert freilich auch das an den Einzelrichter verwiesene bezirksgerichtliche Verbrechen noch immer Wirkungen als solches, insonderheit bei Kompetenzstreitigkeiten,

Allgemeine Ger.-Zeit. Bd. IX, S. 63 flg. und

Annalen, Bd. VIII, S. 393 flg.,

allein, hieraus folgt gar nichts bezüglich der processualen Behandlung solcher Verbrechen, welche eben keine andere, als die der an sich vor dem Einzelrichter gehörigen Verbrechen ist, und aus deren Systeme nicht willkürlich einzelne Vorschriften, wie die über den Einspruch des St.-Anw. nach Art. 379, Abs. 1 der StPD. bestehende, entfernt werden dürfen. Der Umstand allein, daß, wenn das bezirksgerichtliche Verbrechen an den Einzelrichter nicht verwiesen worden wäre, der St.-Anw. das nachmalige Erkenntniß des Bezirksamts nicht mit einer Berufung würde anfechten können, um, innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens, eine härtere Beurtheilung des Verbrechens zu erlangen, kann unmöglich dazu führen, in nach Art. 47 der StPD. verwiesenen bezirksgerichtlichen Sachen den Einspruch des St.-Anw. auszuschließen; der Fall ist eben, zufolge der vom Gesetzgeber im Art. 47 der StPD. getroffenen besonderen Festsetzung, nicht derselbe, und das dem St.-Anw. gegen einzelrichterliche Entscheidungen, ohne Ausschluß der in nach Art. 47 der StPD. an den Einzelrichter verwiesenen Untersuchungen zu ertheilenden, im Art. 379 der StPD. verwilligte Rechtsmittel hat überdies einen guten, auf bezirksgerichtliche Entscheidungen nicht in gleicher Maße anwendbaren Grund,

Schwarze, Commentar 2c. Abth. II, S. 195.

Die mangelnde Unterzeichnung eines nach dem Gesetze vom 3. Juli 1840 aufgenommenen Protocolls durch Denjenigen, welcher die Verhandlung ge-

leitet, kann nachgeholt werden. Art. 130 flg. der StPD. und Annalen Bd. VII, S. 237 flg.

Berordn. vom 31. Jan. 1866. no. 21/47.

Es mag nicht bezweifelt werden, daß die im Schluffage von §. 3 des Gesetzes vom 3. Juli 1840 enthaltene, in der Bekanntmachung vom 7. Januar 1845 wiederholte Vorschrift nicht so ausgelegt werden könne, daß, wenn eine Registratur der hier fraglichen Art ohne die Unterzeichnung Seiten derjenigen richterlichen Person, welche im Eingange als die Verhandlung leitende aufgeführt worden, überhaupt angetroffen wird, diese Registratur unter allen Umständen als ungültig betrachtet werden müsse. Eine solche Unterzeichnung kann auch nachgeholt werden, vorausgesetzt nur, daß der betreffende Richter sich seiner Betheiligung bei der fraglichen Verhandlung entsinnt und durch nachträgliche Unterzeichnung des Protokolls die Richtigkeit des Inhalts desselben bestätigt.

14.

In einem Falle des Art. 349 unter II 2, in Verbindung mit Art. 377 der StPD. steht weder dem Staatsanwalte Einspruch, neben der Richtigkeitsbeschwerde, *electiv* zu, noch kann das Bezirksgericht über einen unter diesen Umständen eingewendeten Einspruch, als über einen solchen, entscheiden.

Erk. vom 23. Decbr. 1865. no. 1115/1058.

In dem Gerichtsamtsbescheide Bl. ist wider die S.'schen Eheleute, gegen welche, zufolge der vorausgeschickten thatsächlichen Feststellung, der Art. 154, Abs. 2, Satz 2 des StGB.'s zur Anwendung gebracht wurde, auf eine resp. vier- und zweitägige Gefängnißstrafe erkannt worden. Bei dieser Straffeststellung hatte das Gerichtsam zu J. unter das in der angewendeten Gesetzesstelle bestimmte niedrigste Strafmaaß erkannt, denn, da Arbeitshausstrafe nach Art. 32, Abs. 1 des StGB.'s nicht unter vier Monaten erkannt werden soll, und nach Art. 154, Abs. 2 Satz 2 des StGB.'s, anstatt der zuvor angedrohten Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe, nur Gefängnißstrafe von gleicher Dauer erkannt werden kann, so liegt hierin ganz unzweideutig der Ausspruch, daß auf Gefängnißstrafe unter vier Monaten, im Falle der Anwendung dieser

Gesetzesvorschrift, nicht erkannt werden dürfe. Unter solchen Umständen war der St.-Anw. nach Art. 349 unter II, 2 und Art. 377, Abs. 2 der StPD. vollkommen berechtigt, Nichtigkeitsbeschwerde gegen den gerichtsamlichen Bescheid einzuwenden; er hat auch in der That aus dem erwähnten Grunde, wobei er auf Krugs Commentar 2c. Abth. II, S. 45, Note 6 Bezug nimmt, ein Rechtsmittel tempestiv eingewendet, solches aber „Einspruch“ genannt. Da dem St.-Anw. das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der ihm nach Art. 379, Abs. 1 der StPD. gewährte Einspruch keineswegs etwa electiv zu Gebote stehen, der Einspruch vielmehr, wie schon aus dem im Art. 379 gebrauchten Worte „Strafabmessung“ erhellet, von welcher nur innerhalb der gesetzlichen Strafgrößen die Rede sein kann, wenn er auf die Beschaffenheit der erkannten Strafe sich bezieht, nur deren unangemessene Feststellung innerhalb des gesetzlichen Strafraums zum Gegenstande haben kann, so hätte der St.-Anw. auf sein Rechtsmittel beschieden werden sollen, daß die gewählte Bezeichnung eine irrthümliche, der Einspruch daher als Nichtigkeitsbeschwerde zu behandeln und demgemäß an das OAG. Bericht zu erstatten sei. Dies ist aber nicht geschehen, vielmehr hat das Bezirksgericht zu B., wie über den von der verehel. B. so auch über den vom St.-Anw. erhobenen Einspruch, als über einen wirklichen Einspruch, verhandelt und schließlich, unter Anerkennung des Umstands, daß das Gerichtsam zu F. unter das geringste im Art. 154, Abs. 2 des StGB.'s nachgelassene Strafmaaß erkannt habe, reformatorisch dahin entschieden, daß beide Sch.'sche Eheleute mit je viermonatiger Gefängnißstrafe zu belegen seien. Die hiergegen von dem Bevollmächtigten der Sch.'schen Eheleute eingewendete Nichtigkeitsbeschwerde berührt wenigstens zuletzt noch den Punkt, auf welchen es ankommt; denn die Haupttrichtung der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ist, wie später nachgewiesen werden soll, eine verfehlte. Mit Recht beantragt der gedachte Sachwalter eine Cassation des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses in Betreff seiner Constituenten; es mußte nach Art. 385, Abs. 1 der StPD. dieses und das ganze Verfahren der zweiten Instanz, soweit solche die Sch.'schen Eheleute betreffen, cassirt werden, denn das Bezirksgericht zu B. hat unzulässigerweise über eine Nichtigkeitsbeschwerde, oder, was gleichviel ist, über einen, in der That als Nichtigkeitsbeschwerde zu betrachtenden Einspruch verhandelt und entschieden, während die Entscheidung über Nich-

tigkeitsbeschwerden ausschließlich dem OAG. zugewiesen ist. Unrichtig ist freilich der weitere Antrag des Sachwalters der Sch.'schen Eheleute, wonach nunmehr der Gerichtsamtsbescheid wiederhergestellt werden soll; das bezirksgerichtliche Erkenntniß konnte nur cassirt werden, wenn der Einspruch, seiner materiellen Begründung zufolge, als Nichtigkeitsbeschwerde angesehen wurde; die Consequenz erfordert nun aber auch, daß diese tempestiv eingewendete und begründete Nichtigkeitsbeschwerde — deren irrthümliche Bezeichnung als Einspruch nach Art. 90, Abs. 3 der StPD. unschädlich ist — von dem OAG., als der hierzu competenten Behörde, geprüft wurde, und diese Prüfung führte eben zu der Aufhebung des Bescheids und zur Anordnung einer anderweiten erstinstanzlichen Entscheidung. Bei einer gleichen thatsächlichen Feststellung geht solcher- gestalt für die Sch.'schen Eheleute allerdings die Frucht der von ihnen eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde verloren; es kann aber eben nicht auf halbem Wege stehn geblieben, und, wie Bl. begehrt wird, nur das den Sch.'schen Eheleuten lästige Erkenntniß der zweiten Instanz beseitigt werden, während doch auch gegen den, das angewendete Strafgesetz verletzenden Bescheid eine begründete, ob auch irrigerweise als Einspruch bezeichnete, Nichtigkeitsbeschwerde des St.-Anw. zur Entscheidung vorliegt. Zu einer bloßen unnöthigen Weitläufigkeit würde es geführt haben, hätte man die Entscheidung über das Rechtsmittel für jetzt noch aussetzen und erst eine besondere Berichterstattung hierüber anordnen wollen, ist doch auch des St.-Anw. Rechtsmittel den Sch.'schen Eheleuten bereits gehörig bekannt gemacht worden.

15.

Gegen eine Strafverfügung nach Art. 368 der StPD. steht dem Staatsanwalte, unter sonst geeigneten Umständen, Nichtigkeitsbeschwerde binnen zehntägiger Frist von erlangter Kenntniß zu.

Erk. vom 20. Novbr. 1865. no. 1190/1159.

Da die Staatsanwaltschaft nach Art. 20 der StPD den Beruf hat, darüber zu wachen, daß Niemand der durch eine strafbare Handlung verwirkten Ahndung entgehe, so wie, daß die Untersuchung allenthalben den gesetzmäßigen Gang einhalte, insbesondere auch nach Art. 349 unter

II, 2 ihrer Wachsamkeit überwiesen worden ist, zu verhindern, daß die Gerichte ohne Anführung eines gesetzlichen Grundes auf eine geringere als die in der angewendeten Gesetzesstelle nachgelassene Strafart oder unter das in derselben bestimmte niedrigste Strafmaaß erkennen, diese Verpflichtung auch nach Ausweis von Art. 377 flg. der StPB. in zur einzelrichterlichen Kompetenz gehörigen Strafsachen keineswegs beschränkt, vielmehr in mancher Hinsicht noch erweitert worden ist, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß die vom St.-Anw. eingewendete, auf derartige Gründe gestützte Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine in Kraft einer Entscheidung erlassene Strafverfügung für zulässig angesehen werden muß.

Daß dieselbe nicht als versäumt angesehen werden kann, obwohl die dem Angeschuldigten auferlegte Strafe von demselben theilweise bereits verbüßt worden ist, liegt auf der Hand, da die Einwendungsfrist dem St.-Anw. doch nur von Zeit der erlangten Kenntniß von der erlassenen Strafverfügung an laufen kann, diese aber hier richtig inne gehalten worden ist. Sollte diese Frist auch für den St.-Anw. von Zeit der Zufertigung der Strafverfügung an den Angeschuldigten laufen, so würden die Strafverfügungen, von denen der Staatsanwalt Inhalts des Erläuterungsgesetzes vom 25. Septbr. 1861, Nr. XXVII, Zusatz 2 nicht speciell benachrichtigt werden soll, nahezu thatsächlich als Seiten des St.-Anw. unanfechtbar anzusehen sein, was bei dem Mangel eines in keiner Weise hierzu nöthigenden oder sonst erkennbaren Grundes der Wille des Gesetzgebers nicht gewesen sein kann, mindestens eines bestimmten und deutlichen Ausdrucks im Gesetze bedurft haben würde.

16.

Die Erlassung einer Strafverfügung nach Art. 22 des FStG. in Verbindung mit Art. 368 der StPD. wird durch Vernehmung des Angeschuldigten ausgeschlossen.

Erf. vom 20. Novbr. 1865. no. 1190/1159.

Nach Art. 368 der StPD. ist dem Richter nur dann die Erlassung einer derartigen Verfügung, mittelst welcher die Strafe ohne weitere Untersuchung festgesetzt wird, gestattet, wenn eine glaubhafte Anzeige vorliegt und keine sonstigen Bedenken entgegenstehen und läßt hierbei die Verordnung vom 7. Mai 1858, §. 1, Abs. 2 dem Richter nur noch

nach, vor Erlaß dieser Strafverfügung eine Befragung des Denuncianten Behufs der Erledigung von Bedenken oder der Vervollständigung der Anzeige vorzunehmen. Dadurch wird aber deutlich ausgesprochen, daß eine Strafverfügung nur dann erlassen werden dürfe, wenn eine glaubhafte Anschuldigung so plan vorliegt, daß die Strafe auf Grund dieser, wenn auch auf Erfordern des Gerichts vorerst vervollständigten oder näher erläuterten, Anzeige festgesetzt werden kann, ohne daß es einer weiteren Untersuchung bedarf, namentlich keine vorgängige Vernehmung des Angeschuldigten expedirt zu werden braucht.

Hat nun aber das Gerichtsam St. eine Vernehmung des angeschuldigten R. für erforderlich gehalten und diese expedirt, so erledigte sich dadurch auch die rechtliche Möglichkeit, annoch auf den Erlaß einer Strafverfügung und dadurch wieder auf die Wahl einer Geldstrafe anstatt der gesetzlich verwirkten Gefängnißstrafe zurückzukommen, und das Gerichtsam verhing daher dadurch, daß es dies ohne gesetzliche Befugniß dennoch that, eine Nichtigkeit, welche die Cassation der an die Stelle eines Bescheids getretenen Strafverfügung nach sich ziehen mußte.

17.

Ueber den Umfang des im Art. 375 der StPD nachgelassenen Legaleids.

Erk. vom 27. Octbr. 1865. no. 1100/1076.

Zu bemerken ist, daß das OAG. die Auferlegung eines Bestärkungs- oder Reinigungseides nach Art. 375, Abs. 1 der StPD. nicht allein auch dann, wenn dadurch nur ein zum thatsächlichen Beweise der gerügten Ehrverletzung betreffender Nebenumstand in Gewißheit gesetzt werden soll,

Annalen Bd. I, S. 284, Nr. 25,
sondern überhaupt rücksichtlich aller solcher Thatsachen für zulässig erachtet, von deren Constatirung die Entscheidung der Frage abhängig ist, ob eine strafbare Verleumdung oder Beleidigung vorliegt oder nicht?

18.

Die im Art. 375, Abs. 1 der StPD. enthaltene Vorschrift ist auf Privatanklagesachen wegen

Beleidigung oder Verleumdung einzu- schränken.

Erk. vom 7. Febr. 1866. no. 116/73.

Dem Bescheide des Gerichtsamts zu B., durch welchen die im Art. 375, Abs. 1 der StPD. enthaltene Vorschrift bei dem vorliegenden, nach Art. 31 der StPD. der Privatanklage entzogenen, Verbrechen thätlicher Angriffe auf die Schamhaftigkeit (Art. 244 des StGB.'s) zur Anwendung gebracht worden, steht zwar allerdings eine frühere Entscheidung des OAG.'s

Annalen Bd. VII, S. 36 flg.

zur Seite. Es hat sich jedoch das OAG., bei anderweiter Erwägung der Sache, der von dem St.-Anw. aufgestellten entgegengesetzten Ansicht und zwar namentlich um deswillen zugewendet, weil die Worte des Art. 375 „oder des Privatanklägers“ eine deutliche, zugleich durch die Worte „einer Beleidigung oder Verleumdung“ unterstützte Beschränkung der fraglichen Vorschrift auf Privatanklagesachen enthalten, diese Beschränkung auch in der Natur der gedachten Gattung von Untersuchungssachen einen zu ihrer Rechtfertigung geeigneten Grund findet, und mit der Festhaltung dieser den Worten und dem Sinne des Gesetzes entsprechenden Grenze von selbst eine sichere Basis für die Zurückweisung aller auf Ausdehnung der Vorschrift des Art. 375, Abs. 1 der StPD. gerichteten, vom OAG.,

Schwarze, die StPD., S. 266, Aufl. 3, mehrfach gemißbilligten Versuche gewonnen wird, ohne daß in dem Art. 244 des StGB.'s ein bedenklicher Ausnahmefall jene Basis zu erschüttern drohte.

19.

Zur Auslegung von Art. 376 der StPD.

Erk. vom 6. Decbr. 1865. no. 1266/1210.

Nach der Ansicht des OAG. ist die Vorschrift des Art. 376 der StPD. keineswegs auf die nur seltner vorkommenden Fälle, in denen ein Einzelrichter in einer Injurienfache nach Art. 364 der StPD. einen Termin anberaumt hat, zu beschränken, sondern auf alle Verhandlungen über angezeigte Beleidigungen und Verleumdungen, mögen dieselben

nun von einem Gerichtsamte oder in Folge eines eingewendeten Einspruchs oder in Gemäßheit der Bestimmungen des Art. 58 der StPD. von dem Bezirksgerichte vorgenommen werden, zu beziehen; denn der Grund der betreffenden Vorschrift liegt offenbar lediglich in der besonderen Beschaffenheit der in Frage befangenen Vergehen, die eine öffentliche Verhandlung derselben vor dritten unbetheiligten Personen gegen den Willen der Beleidigten weder zweckmäßig noch nothwendig erscheinen läßt. Dieser Grund tritt aber gerade bei den Verhandlungen vor einem Bezirksgericht noch mehr hervor, als bei denen vor dem Einzelrichter, von dessen Ermessen es abhängt, ob er überhaupt in derartigen Untersuchungen einen Termin nach Art. 364 flg. der StPD. ansetzen will oder nicht, und die ganz allgemein gehaltene und nach Art. 380, Abs. 2 der StPD. auch auf das Verfahren des Bezirksgerichts Anwendung leidende Vorschrift des Art. 7 der StPD. spricht ebenfalls dafür, daß die betreffende Disposition des Art. 376 der StPD. in dem vorgedachten weiteren Sinne aufzufassen ist.

Handelsrecht.

18.

Die Klage wider „N. N., als Inhaber der Firma K. & Co.“ wird durch ein Firmenzeugniß un schlüssig, wonach N. N. nicht Inhaber, sondern nur Procurist der Firma K. & Co. ist.

II. Sen.-Erf. vom 24. Aug. 1865. no. 392/425.

Die vorliegende Klage ist nach Ausweis des Ueberreichungsschreibens sowie des Rubrum gegen den Beklagten „als Inhaber der Firma J. M. in Dresden“ gerichtet. Da dies mit rechtlicher Nothwendigkeit voraussetzt, daß das libellirte Kaufgeschäft in einer Weise abgeschlossen worden, welche geeignet gewesen ist, die gedachte Firma verbindlich zu machen, so kann das Anführen der Klage, „Beklagter habe die Waaren bei der Klägerin bestellt“, nicht wie Letzterer will, dahin verstanden werden, es habe der Beklagte die Bestellung mit der ausgesprochenen oder erkennbaren Absicht, für seine Person zu contrahiren, gemacht; denn es

wäre dann nicht abzusehen, wie Klägerin dazu komme, die persönliche Verbindlichkeit des Beklagten der gedachten Firma, als deren Inhaber Beklagter ja eben belangt wird, aufzuerlegen. Denkbar bleibt zwar, daß Beklagter nebeneinander die Firma und sich für seine Person verpflichtet habe und ebenso ist nicht ausgeschlossen, daß Beklagter, wenn er auch für die Firma contrahirt, doch für seine Person verbindlich geworden sei. Allein in dem einen wie in dem anderen Falle müssen doch bestimmte Thatfachen vorliegen, welche eine concurrirende beziehentlich subsidiäre Verbindlichkeit des Beklagten ergeben (A. D. H. G. B. Art. 52 und 55) und von solchen enthält die Klage nichts. Zudem ist aber auch aus derselben nicht einmal zu entnehmen, daß Beklagter durch die Empfangnahme beziehentlich Verwendung der Waare persönlich verbindlich geworden sei, im Gegentheil läßt die Rechnung keine andere als die Auslegung zu, daß die Waare an die Firma J. M. in D., obwohl unter Beifügung des Namens des Beklagten — möglicher Weise mit der Absicht der Bezeichnung des Letzteren als Firmeninhaber — abgesendet worden sei. Es bedarf aber keiner ausführlichen Darlegung, daß der Beklagte, wenn er die also ihm zugegangene, für die Firma von ihm bestellte Waare angenommen und für die Letztere verwendet haben sollte — und so kann die Behauptung in Klageabschn. 10, Beklagter habe die Waare in seinem (d. h. in dem unter der Firma J. M. zu D. bestehenden, vermeintlich ihm zugehörigen) Geschäfte verwendet, nur verstanden werden — dadurch allein weder ex emto noch ex dolo haftbar geworden sein würde, hierzu vielmehr eine genauere thatsächliche Begründung erforderlich gewesen wäre.

Geht man aber nach dem Allen davon aus, daß aus dem streitigen Kaufgeschäfte, wie es in der vorliegenden Klage dargestellt ist, zunächst nicht der Beklagte persönlich, sondern der Inhaber der oftgedachten Firma verpflichtet erscheint, so ist auch die Bl. gemachte Ausstellung gegen die Beweiskraft des handelsgerichtlichen Zeugnisses offenbar unzutreffend. Um den Beklagten aus jenem Handel ohne Weiteres für seine Person in Anspruch nehmen zu können, hätte Klägerin anzuführen und zu beweisen gehabt, daß derselbe als alleiniger oder Mitinhaber der Firma für die Verbindlichkeiten der Letzteren aufzukommen habe, keineswegs lag es dem Beklagten ob, das Gegentheil behufs seiner Befreiung von der ihm angesonnenen Verbindlichkeit darzuthun. Wollte

man daher auch durch das vorerwähnte Zeugniß den Beweis der Behauptung, daß Beklagter in Wahrheit nicht Procurist, sondern Eigenthümer des die Firma J. M. führenden Handelsgeschäfts, der bezeugte Eintrag mithin wahrheitswidrig und unwirksam sei, nicht schlechthin für ausgeschlossen erachten, so kann doch von Nachlassung diesfalligen Beweises für die Klägerin nicht die Rede sein, weil das durchgängig auf Eid gestellte Klaganführen weder an sich die Füglichkeit der Beweisverstattung darbietet, noch dazu geeignete Unterlagen enthält, im Gegentheile aus den Herauslassungen Bl. hervorgeht, daß Klägerin die bestimmte Behauptung, es sei Beklagter Inhaber oder Mitinhaber der oben genannten Firma, nicht einmal aufzustellen vermocht hat.

19.

Retentionsrecht nach Art. 313 flg. des HGB's.

II. Sen.-Erl. vom 13. Juni 1865. no. 323/286.

Nach Art. 313 und 314 des ADHGB's hat der Kaufmann wegen der fälligen und, wenn über das Vermögen seines Schuldners der Conkurs eröffnet worden ist, sogar wegen der nicht fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an allen beweglichen Sachen des Schuldners, die mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinen Gewahrsam hat oder sonst noch in der Lage ist, darüber zu verfügen.

Ein derartiger Fall, wo der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht der angegebenen Art auszuüben befugt ist, liegt nun aber hier vor. Nach des Klägers eignem Anführen in der Klage nämlich ist nicht nur der Beklagte Kaufmann, sondern es ist auch der Gemeinschuldner, welchen Kläger selbst als Mehlhändler bezeichnet hat, in dieser Eigenschaft dem Handelsstand beizuzählen. Es ist ferner diejenige Münzsammlung, deren Ausantwortung der Kläger gegenwärtig fordert, dem Beklagten zur Sicherstellung eines Darlehns, welches er dem Gemeinschuldner gewährt und über das ihm dieser eine Wechselverschreibung ausgestellt, von dem gedachten Darlehnsempfänger als Faustpfand übergeben worden und hiernach eines Theils mit Rücksicht auf die in Art. 273 und 274

des HGB.'s enthaltenen Bestimmungen davon auszugehen, daß die Forderung, zu deren Sicherstellung Beklagter die gedachte Münzsammlung pfandweise übergeben erhalten, aus einem zwischen dem Beklagten und dem Gemeinschuldner geschlossenen Handelsgeschäft hergerührt habe, andern Theils aber ist auch anzunehmen, daß die in Rede stehende Münzsammlung auf Grund eines Handelsgeschäfts in den Besitz des Beklagten gelangt sei, und zwar, wie sich aus dem Act der Verpfändung ohne Weiteres ergibt, mit dem ausdrücklichen Willen des Gemeinschuldners.

Bei dieser Lage der Sache und da der Conkurs zu des Letzteren Vermögen nach Ausweis des von dem Kläger beigebrachten Pflichtscheins erst unter dem 3. Jan. 1863, mithin längere Zeit nach dem Eintritt der Wirksamkeit des angezogenen Gesetzbuchs, eröffnet worden ist, konnte daher Kläger in Hinblick darauf, daß die vorerwähnten factischen Umstände sämmtlich in Liquidität beruhen, die Ausantwortung des dem Beklagten von dem Gemeinschuldner übergebenen Faustpfandes nur unter der Voraussetzung beanspruchen, daß er in seiner Klage selbst entweder sich darauf beruft, daß Beklagter wegen der Forderung, zu deren Sicherung jenes Pfand bestellt worden, bereits vollständig befriedigt sei, oder daß er auf Momente Bezug nahm, durch welche das gedachte Retentionsrecht ausgeschlossen wurde. Ein derartiges Anführen ist jedoch in der Klage nicht enthalten.

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

42.

Fall des fortgesetzten Verbrechens bei der Inbrandsteckung eines eignen Gebäudes, welche zugleich in der Absicht, eine Mobiliar-Assicuranzgesellschaft zu betrügen, unternommen worden ist, Art. 78 Abs. 1 Satz 2 des StGB.'s.

Erkenntn. v. 12. Januar 1866 no. 1117/1321.

Die Inbrandsteckung eignen Gebäude wird nur dann zum Criminalverbrechen, dafern sie in rechtswidriger Absicht geschieht. H. verfolgte eine solche nach zweierlei Richtungen hin; ihm war es um Erlangung der Immobiliebrandcassenentschädigung nicht minder aber auch um eine Bereicherung an der Mobiliar-Brandschädenvergütung zu thun. Beide Zwecke hatte er gleichzeitig im Auge. Um letztern zu erreichen, genügte zwar die Brandlegung nicht, vielmehr bedurfte es überdies noch anderer positiver Handlungen, um zum Ziele zu gelangen; indessen standen letztere mit dem Acte der Brandlegung in so engem Zusammenhange, daß nicht nur dieser für sie die Vorbereitung bildete, sondern, daß sogar ohne selbigen der Betrug geradezu unausführbar gewesen sein würde. Und andererseits war es auch hinwiederum erst diese Betrugsabsicht, welche, beziehentlich im Verein mit der Absicht sub 3 (Erlangung der Immobiliebrandcassenentschädigung) den Act der Brandlegung zu einem criminell strafbaren machte. Die Mobiliar- und Immobiliebrandcassenvergütungsgelder bildeten hiernach das abgegrenzte Object, um dessen Erlangung es

H.'n beim Acte der Brandlegung zu thun war und bestand dabei rücksichtlich dieser beiden Arten von Vergütungsgeldern nur der Unterschied, daß H. um seine gewinnsüchtige Absicht bezüglich der Mobiliarschadenvergütung zu erreichen, nothwendig hatte, dem Acte der Brandlegung noch einen weiteren Schritt folgen zu lassen. Die Bornahme des ersteren und letzteren stand jedoch dabei in einer derartigen engen Beziehung, daß auch der Vorsatz, jenen letzteren Schritt zu thun, schon einen integrierenden Bestandtheil bildete des Entschlusses, dessen nächstes Resultat die Brandlegung war. Letztere wie jener entfloßen daher einem einheitlichen Entschlusse.

Hiernach allenthalben waren mithin die Verbrechen H.'s als Fortsetzung eines und desselben Verbrechens zu behandeln dergestalt, daß man den Gesichtspunkt des Betrugs (vergl. Art. 284, Art. 285 sub 3, Artikel 276 sub 3 des StGB.'s) nur bei Abmessung der von dem Angeklagten auf Grund des Art. 210 Abs. 1 des StGB.'s für verwirkt zu erachtenden Strafe zu berücksichtigen hatte. (Art. 73 des StGB.'s).

43.

Zurücknahme des Strafantrags; zu Art. 106 Abs. 1, 2 des StGB.'s.

Erk. vom 9. Febr. 1866. no. 1320/1366.

Bei dieser Sachlage muß die erfolgte Zurücknahme des bereits bei Beginn der Untersuchung Seiten T.'s gestellten Strafantrags ihre Wirkung äußern. Fällt sie nämlich auch in die Zeit nach Abfassung und Publication des gerichtsamtlichen Straferkenntnisses und mithin in eine Zeit, zu welcher nach Art. 106 Abs. 1 des StGB.'s in der Regel eine Rücknahme eines Strafantrags nicht mehr erfolgen kann, so kommt doch in Erwägung, daß jene gesetzliche Bestimmung, ihrem Sinne nach, nur so aufgefaßt werden kann, daß die bereits erfolgte Abfassung eines Straferkenntnisses eine Antragszurücknahme nur dann nicht mehr gestattet, dafern dem Straferkenntnisse der fragliche Antrag zur Basis diene, dergestalt, daß ohne selbigen auf das Vergehen, wegen dessen auf Strafe erkannt worden ist, überhaupt nicht hätte zugekommen werden können.

Annalen Bd. VI, S. 83.

Und ein Fall der letzteren Art liegt gegenwärtig nicht vor; vielmehr er-

folgte die Untersuchungseinleitung und der Verspruch der Sache lediglich auf Grund des Amtswegen zu verfolgenden Vergehens des Art. 171 sub 1 des StGB.'s, und demnach ohne alle Rücksicht auf den gestellten Strafantrag.

Wollte man aber gegen die Rücknahme des letzteren geltend machen, daß selbige von der Uebernahme der Kosten seitens des Privatangeklagten abhängig gemacht worden und demnach keine unbedingte gewesen sei (Art. 106 Abs. 2 des StGB.'s), so kommt hiergegen in Erwägung, daß nicht nur schon der Vormund des Angeklagten seine Bereitschaft zu Uebernahme dieser Bedingung erklärt, sondern auch bereits die Obervormundschaftsbehörde, welche gleichzeitig das competente Untersuchungsgericht ist, das obervormundschaftliche Decret zu Berichtigung der Kosten ertheilt hat. In einem Falle solcher Art, in welchem mithin das Untersuchungsgericht bereits im Besitze der fraglichen Geldmittel sich befindet und demnach auch nicht erst genöthigt wird, die Erfüllung der Bedingung abzuwarten, läßt sich nicht davon sprechen, daß die Zurücknahme überhaupt noch eine bedingte im Sinne des Art. 106 des StGB.'s gewesen.

44.

Zur Anwendung von Art. 77 des StGB.'s auf staatsgefährliche Schmähungen, Art. 128 des StGB.'s.

Erk. vom 20. Decbr. 1865. no. 1283/1274.

Die Vorschrift des Art. 77 des StGB.'s, daß bei einem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in einer Handlung zwar nur auf die durch das schwerste dieser Verbrechen verwirkte Strafe erkannt, bei deren Feststellung aber innerhalb des Strafmaasses darauf Rücksicht genommen werden soll, daß durch dieselbe Handlung zugleich auch noch ein anderes minder schweres Verbrechen begangen worden, leidet nach der klaren und ausdrücklichen Bestimmung im zweiten Satze des gedachten Artikels dann keine Anwendung, wenn das schwerere Verbrechen schon seinem Begriffe nach das leichtere in sich enthält.

Nun kann aber darüber, daß Schmähungen gegen Behörden, welche nach Art. 128 sub b. des StGB.'s zu beurtheilen und zu bestrafen sind, schon ihrem Begriffe nach auch Beleidigungen der betreffenden Behörden und zwar solche Beleidigungen enthalten, bei denen die im Artikel 241

sub b. und c. des StGB.'s erwähnten Erschwerungsgründe eintreten, nicht der mindeste Zweifel obwalten und es ergibt sich hieraus von selbst, daß die in dem angefochtenen Erkenntniße ausgesprochene Erhöhung der nach Art. 128 sub b. des StGB.'s für verwirkt erachteten Strafe wegen ideell concurrirender Beleidigungen auf einer völlig unrichtigen Anwendung des Art. 77 des StGB.'s beruht.

45.

Ueber die Erfordernisse des im Art. 171 unter 1 des StGB.'s gedachten „hinterlistigen Anfalls“.

Erk. vom 9. Febr. 1866. no. 1320/1366.

Das mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtene Erkenntniß enthält für die Anwendung des Art. 171 unter 1 des StGB.'s nur den einen Satz:

daß T. nicht in der Lage gewesen, gegen den plötzlichen, ihm widerfahrenen Anfall sich zu vertheidigen.

Ganz abgesehen davon, daß hiermit nicht füglich in Einklang zu bringen ist, wenn die erste Instanz zu Motivirung dessen, warum T. in dieser Lage sich nicht befunden haben soll, ausdrücklich noch auf dessen Angabe Bl. und mithin zugleich auf dessen daselbst zu lesende Auslassung sich bezieht:

er habe in der Meinung gestanden, G., welcher doch wissen müssen, daß er seine Mütze habe, werde ihm nachkommen und sich seine Mütze holen!

so ist doch jedenfalls hierdurch mehr nicht ausgesprochen, als daß den Verletzten der Angriff völlig unvorbereitet und unerwartet traf. Dies reicht aber zu Annahme eines hinterlistigen Anfalls nicht aus. Um diese zu rechtfertigen, tritt das Verhältniß und die verbrecherische Willensrichtung des Angreifers in den Vordergrund. Nicht der Umstand, daß man einen Wehrlosen und einen auf irgend einen Angriff nicht Vorbereiteten plötzlich angreift, macht einen derartigen Angriff ohne Weiteres zu einem Anfall der im Art. 171 sub 1 des StGB.'s gedachten Art, vielmehr muß dazu noch die Hinterlist des Angreifers kommen. So wie aber — als wofür auch die Art. 187, 194, sowie die Art. 182, 318 des StGB.'s Analogieen bieten — jede List und jede Arglist, auf Seiten dessen, welchem eine solche beigemessen werden soll, vorausgesetzt, daß es in der Be-

rechnung desselben gelegen, den Anderen in eine gewisse Täuschung zu versetzen, oder mindestens in einer solchen zu erhalten, und daß es daher in seinem Plane lag, aus der Unbekanntschaft des Anderen, mit den wahren Verhältnissen Nutzen zu ziehen, so gehört auch zur Annahme eines hinterlistigen Anfalls, wenn auch nicht gerade der Nachweis dessen, daß der Angreifer besondere, die Bertheidigung unmöglich machende oder wenigstens wesentlich erschwerende, Veranstaltungen getroffen habe, so doch mindestens der Nachweis, daß derselbe die Lage, in welcher sich der Bedrohte nun einmal gerade befand und in welcher ihm jeder Angriff unvorberichtet und unerwartet kommen mußte, geflissentlich und mit Vorbedacht als eine zu seinem Beginnen besonders günstige Gelegenheit auswählte und benutzte.

In sehr vielen Fällen werden allerdings beide Momente zusammenfallen und man wird zumeist das Richtige treffen, dafern man daraus, daß der Angriff in einer für den Verletzten völlig unerwarteten Weise und unter Umständen, wo er sich eines Angriffs nicht füglich versehen konnte, erfolgte, auch ein sehr gewichtiges Anzeichen dafür entnimmt, daß der Angreifer diese Lage richtig auffaßte und geflissentlich ausbeutete: indessen ein Fall dieser Art liegt gegenwärtig nicht vor. Wenigstens würde es um so bedenklicher fallen, in der oben hervorgehobenen thatsächlichen Feststellung auch die Constatirung des zuletzt gedachten subjectiven Moments zu erblicken, als zugleich constatirt ist, daß G. bei der fraglichen Gelegenheit in einem durch den Genuß geistiger Getränke aufgeregten Zustande sich befand und seiner Leidenschaft so wenig irgend eine Fessel anlegte, daß er auch kurz vorher H. n bei ihrer gegenseitigen Balgerei mehrere Messerstiche, und zwar offenbar ohne jedwede Berechnung und Planmäßigkeit, versetzte.

46.

Ueber Verzeihung des Ehebruchs, Art. 264 des StGB.'s.

Erk. vom 16. Febr. 1866. no. 1104/1101.

Der Ehemann W. hat dem Ehebrecher D. unumwunden erklärt, daß er den von letzterem mit seiner Ehefrau begangenen Ehebruch nicht zur Bestrafung anzeigen, und denselben sonach verzeihen wolle, wenn er von D. eine Summe von 100 Thlr. ausgezahlt erhalte. Da nun unter

der im Art. 264 des StGB.'s als Strafausschließungsgrund erwähnten Verzeihung unstreitig eine Verzeihung im eherechtlichen Sinne d. h. eine solche zu verstehen ist, in Folge deren der unschuldige Ehegatte des Rechts verlustig wird, die Trennung der Ehe zu beantragen,

Allgem. Gerichtszeitung 2. Jahrgang S. 259

bei einer Verzeihung des Ehebruchs in diesem Sinne aber nach der mit dem älteren Rechte — Decis. 39 v. J. 1746 — im Wesentlichen übereinstimmenden Vorschrift des BGB.'s §. 1721 darauf, ob dieselbe eine bedingte oder unbedingte ist, etwas nicht ankommt, dafern sie nur nicht an eine Bedingung geknüpft ist, welche bloß die Wiederherstellung und Erhaltung der ehelichen Eintracht bezweckt, so würde die obgedachte Erklärung W.'s selbst dann, wenn man in derselben nur eine bedingte Verzeihung erblicken könnte, doch seinem Strafantrage ganz offenbar entgegenstehen. Bei der Beschaffenheit der dem Obigen nach von dem Ankläger W. gestellten, mit dem Zwecke der Ehe in gar keinem Zusammenhange stehenden, den guten Sitten widerstrebenden und hiernach völlig unstatthafter Bedingung kann man aber auch nicht einmal sagen, daß W. den Ehebruch nur bedingungsweise verziehen habe, seine obgedachte Erklärung enthält vielmehr eine ausdrückliche und unbedingte Verzeihung dieses Vergehens. Denn er hat durch dieselbe deutlich zu erkennen gegeben, daß er die ihm widerfahrene Schmach als solche nicht empfinde, daß ihn auch die Verletzung der ehelichen Treue, deren sich seine Ehefrau gegen ihn schuldig gemacht, an sich nicht abhalte, die Ehe mit derselben fortzusetzen, sondern daß er den von der Angeklagten begangenen Fehltritt nur dazu benutzen wolle, sich einen Vermögensvortheil von dem Mitschuldigen derselben zu verschaffen.

Es kommt nun aber auch noch hinzu, daß W. innerhalb eines Jahres nach erlangter Kenntniß des Ehebruchs und überhaupt bis jetzt auf Scheidung der Ehe nicht geklagt hat, diese Unterlassung aber nach §. 1720 des BGB.'s ebenfalls als eine, wenn auch nur stillschweigende Verzeihung gilt, und zwar

Siebenhaar, Commentar zum BGB. III. Bd. S. 85 zu §. 1720 auch dann, wenn der Ehebruch tempestiv zur Bestrafung bei dem Criminalgerichte angezeigt worden ist.

47.

Wiefern Einsteigen oder Uebersteigen innerhalb eines Gebäudes unter Art. 278 sub 3 des StGB.'s falle?

Erk. vom 29. Januar 1866. no. 1310/1342.

Es nimmt zwar das OAG. nicht an, daß die Fassung der in Artikel 278 sub 3 des StGB.'s erwähnten Auszeichnung des Einsteigens in ein Gebäude unbedingt alles und jedes Einsteigen oder Uebersteigen im Innern eines Gebäudes ausschließe und so zu interpretiren sei, als ob ein solches Ein- oder Uebersteigen des Diebes innerhalb eines Gebäudes und sobald nicht dadurch auch der Eingang in das Gebäude durch die äußere Umfassung desselben bewirkt wurde, unter keinen Verhältnissen die Annahme eines ausgezeichneten Diebstahls begründe, allein man hat immer daran festzuhalten gehabt, daß mindestens ein für sich bestehender abgeschlossener Raum des Gebäudes vorhanden gewesen sein müsse, in welchen der Dieb durch Einsteigen oder Uebersteigen gelangt ist.

Als einen solchen für sich bestehenden Raum wird man füglich jede in einem größeren Hause befindliche von den übrigen Theilen des Hauses abgeschlossene Etage oder sonst räumlich in sich abgeschlossene Wohnung ansehen können, nicht aber, wie im vorliegenden Falle, einen innerhalb desselben Gebäudes befindlichen von einem Stalle nur durch einen übersteigbaren Lattenzaun getrennten, für die Zwecke der weiterhin angrenzenden Scheune benutzten Raum, und deshalb ist auch der vorliegende in der Tenne der M.'schen Scheune ausgeführte Diebstahl als ein einfacher anzusehen gewesen.

48.

Versuch des Falschmünzens, Art. 323 des StGB.'s vergl. Annalen, N. F. Bd. I, S. 113 no. 19.

Erk. vom 26. Febr. 1866 no. 187/136.

Es steht soviel thatsächlich fest, daß der angeklagte St. den Photographen Br. aufgefordert hat, österreichische Zehnguldenbanknoten nach dem von ihm mitgebrachten und vorgewiesenen Muster mittels der Photographie nachzubilden, und daß er dies in der Absicht gethan habe, die nachgemachten Banknoten, nach deren Erlangung als ächte auszugeben.

Es hat in dem gegenwärtigen Falle von einem speciellen Eingehen auf die Fragen, ob die vorgedachte, in verbrecherischer Absicht bewirkte Bestellung von Falsificaten, wenn dieselbe ganz allein vorläge, schon an sich einen strafbaren Versuch des Falschmünzens oder nur eine vorbereitende Handlung enthalten würde, ob aber nicht auch bei der Annahme einer bloßen Vorbereitungshandlung den Inculpaten doch immerhin gleichzeitig auch eine erfolglos gebliebene Anstiftung B.'s zur Beihülfe an dem Verbrechen des Falschmünzens zur Last gelegt werden müßte? um deswillen abgesehen werden können, weil das OAG. weiter auch noch, in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz für vollständig erwiesen angesehen hat, daß sich Inculpat die dem Zeugen B. als das Bild, dessen photographische Nachbildung er wünsche, vorgezeigte Zehnguldenbanknote unmittelbar vorher und wenn nicht erst an demselben Tage, doch längstens Tags vorher lediglich zu dem Behufe angeschafft hat, damit dieselbe als Muster zu der von ihm beabsichtigten Anfertigung falschen Papiergelds von dem Photographen benutzt werden solle, und die Anschaffung eines solchen Musters nach der von dem OAG.

Annalen, N. F. I. Bd., S. 113 no. 19.

bereits bei anderer Gelegenheit ausgesprochenen Ansicht, von welcher wieder abzugehen, dasselbe durch die von St.'s Bertheidiger unter völliger Nichtbeachtung der speciellen Vorschrift im ersten Satze des Art. 323 des StGB.'s vorgebrachten unerheblichen Einwendungen nicht hat bewogen werden können, der Anschaffung von Werkzeugen zum Zwecke des Falschmünzens völlig gleichstehe, mithin nach Art. 323 des StGB.'s ebenfalls schon als nicht beendigter Versuch dieses Verbrechens anzusehen ist, daß hiernach aber alles das, was Inculpat dem Obigen nach weiter noch gethan, in dem erstgerichtlichen Erkenntnisse mit Recht nur als ein auf die weitere, mit der Anschaffung der Banknote bereits begonnene, Ausführung des beschlossenen Verbrechens gerichtetes fortgesetztes Vorschreiten innerhalb der Gränzen des nicht beendigten Versuchs betrachtet worden ist.

49.

Zu Auslegung der im Art. 352 des StGB.'s enthaltenen Worte „unter Mißbrauch ihrer Amtsgewalt“ inson-

Derheit bei dem Verhältnisse des Untersuchungs-
richters.

Erk. vom 22. Januar 1866. no. 1245/1335.

Das OAG. hat zu bemerken, daß in der Stellung des Untersuchungsrichters zu den in Untersuchungs- oder Strafhast befindlichen weiblichen Gefangenen die Gewalt des erstern über letztere, als von seinem Auftreten gar nicht trennbar, zu deutlich ausgeprägt ist, um, bei dem durch klare Worte oder unzweideutige Handlungen erfolgten Ansinnen der Gestattung des Beischlafs, erst noch ausdrückliche Bedrohungen oder Versprechungen zu erheischen; der Mißbrauch der Amtsgewalt liegt, solchen Gefangenen gegenüber, in dem Verlangen des Untersuchungsrichters selbst, wogegen allerdings bei entfernteren Beziehungen zwischen einem Beamten der zweiten der im Art. 352 des StGB.'s gedachten Categorien von Beamten und der Gemißbrauchten, der Nachweis des Mißbrauchs der Amtsgewalt Erforderniß ist. Auch Artikel 304 des CrGB.'s verlangte in dieser Beziehung zum Thatbestande des Verbrechens nur, daß der richterliche Beamte mit den ihm untergebenen Gefangenen Unzucht getrieben habe, fand also in seiner Stellung als Beamter zu dem ihm untergebenen Gefangenen das Criterium des Mißbrauchs anvertrauter Gewalt, und erwähnte des Verhältnisses des Mißbrauchs der anvertrauten Gewalt bloß zum Behuf der Abwägung des Strafmaafes.

50.

Ueber Deffentlichkeit bei Verletzung der Sittlichkeit,
Art. 360 des StGB.'s.

Erk. vom 28. Febr. 1866. no. 133/143.

Man kann zwar wohl dem BG. in der Annahme beipflichten, daß der bei Anwendung des Art. 360 des StGB.'s in Frage kommende Begriff der Deffentlichkeit in Uebereinstimmung mit der im Art. 125 Abs. 2 des StGB.'s gegebene Bestimmung aufzufassen sei; es gehört aber, nach der zuleztangezogenen Gesetzesvorschrift, um einer Mittheilung die Eigenschaft als einer öffentlichen zu benehmen, dazu nicht nur, daß sie an einzelne, durch geschäftliche, häusliche oder freundschaftliche Verhältnisse verbundene Personen gerichtet sein, sondern zugleich auch, daß sie sich, mit Hinsicht auf diese Verhältnisse, sowie auf Ort, Zeit und Art und Weise

der Mittheilung, als eine vertraute und private darstellen muß. Wendet man diese Begriffsbestimmung auf öffentliche Verletzung der Sittlichkeit durch unzüchtige Handlungen an, so ist, von dem hier nicht vorliegenden Falle abgesehen, daß die unzüchtige Handlung an einem öffentlichen oder überhaupt an einem dem Blicke fremder Personen leicht ausgesetzten Orte begangen wurde,

Annalen, Bd. VIII, S. 118,

Allgem. Gerichtszeit. Bd. VII, S. 354,

das Erforderniß der Oeffentlichkeit unbedingt dann vorhanden, wenn die betreffende Handlung in Gegenwart mindestens einer Person vorgenommen wurde, welche mit dem Verbrecher durch die obgedachten Verhältnisse nicht verbunden war, oder wenn, insofern eine solche Verbindung an und für sich stattfand, der Begriff der Vertraulichkeit fehlt, worunter nicht etwa nur eine gewisse Vertraulichkeit im Allgemeinen, sondern Vertraulichkeit bezüglich des vorgenommenen unzüchtigen Gebahrens, also eine bereits durch Wort oder That bekundete Gleichheit der Gesinnung verstanden werden muß, die dem Angeschuldigten hinreichenden Grund zu der Ansicht bot, daß er die Anwesenheit dieser Person bei seinem unzüchtigen Gebahren gar nicht in Anschlag zu bringen habe.

51.

Zu dem, in Art. 10 unter 1 des Forst- u. Gesezes vom 11. Aug. 1855 erwähnten, **Laufenlassen** des Viehs gehört mehr, als die bloße Thatsache, daß das Vieh auf ein fremdes Grundstück **gelaufen** sei.

Erk. vom 16. Febr. 1866. no. 1360/1373.

In Bezug auf den Angeschuldigten F. ist in dem angefochtenen Bescheide mehr nicht festgestellt zu befinden, als, daß ihm diejenigen sieben Stück Vieh gehört haben, welche bei der in Rede stehenden Gelegenheit auf das H.'sche Nachbarfeld gelaufen sind. Dies reicht augenfällig zu Anwendung des Art. 10 Nr. 1 des angezogenen Forststrafgesetzes nicht aus. Letzteres verlangt vielmehr das Treiben oder Laufenlassen Seiten des Angeschuldigten und daher mindestens soviel, daß selbiger seine Pflicht, die zu Verhütung eines Vorkommnisses der fraglichen Art erforderlichen Maaßregeln zu treffen, verabsäumt habe.

Annalen des OAG., Bd IV, S. 265.

Nach dieser Richtung hin aber ist gegen den Angeschuldigten F., zufolge der Fassung des Bescheids, irgend Etwas nicht erwiesen, vielmehr möchte man sogar aus demjenigen, was Bl. betreffs der Tochter desselben ausgesprochen worden, im Gegentheil entnehmen, daß der angefochtene Bescheid deren Vater von dem Vorwurfe jedweder Nachlässigkeit frei spreche.

Zu der Strafprozeßordnung.

20.

Ueber den Einfluß der von dem Angeklagten bewirkten Wahl eines anderweiten Bertheidigers auf die Kostenübertragung aus der Staatscasse, Art. 39, Abs. 1 und Art. 409, Abs. 3 unter no. 3 der StPD. (vergl. Annalen, Bd. IV, S. 268 flg.)

Verordn. v. 14. März 1866. no. 285/210.

Wenn auch der Angeklagte G. zu der erfolgten amtlichen Beiordnung des Adv. G. als Bertheidiger später seine ausdrückliche Zustimmung ertheilt, und damit die Wahl dieses Bertheidigers zu der seinigen gemacht hatte, so gestattet doch Art. 39, Abs. 1 der StPD. dem Angeschuldigten, selbst die von ihm getroffene Wahl eines Bertheidigers jederzeit, insofern dadurch das Verfahren nicht aufgehoben wird, abändern zu können.

Es enthält nun aber zugleich Art. 409, Abs. 3 unter Nr. 3 der StPD. die Bestimmung, daß der durch eine solche Abänderung der Wahl des Bertheidigers entstandene Mehraufwand, wenn überhaupt die Bertheidigung eine nothwendige war, von der Uebertragung aus der Staatscasse ausgenommen sei. Hat solchenfalls der später erwählte Bertheidiger die Bertheidigung geführt, der zuerst gewählt wurde, bevor ihm die Zurücknahme seiner Wahl bekannt wurde, Bemühungen gehabt, für welche er, nach den Vorschriften der Taxordnung Bezahlung zu fordern, berechtigt ist, so erscheint es, nach dem angezogenen Art. 409 der StPD. klar, daß beide Sachwalter wegen ihrer Kostenforderung, aus der Staatscasse nicht Befriedigung erhalten können. Es fragt sich also, welcher hiervon ausgeschlossen und mit seinem Anspruche lediglich an den Angeschuldigten selbst gewiesen werden soll, dafern nicht, was in analoger

Anwendung von §. 58 der Taxordnung geschehen könnte, beide Bertheidiger über das Verhältniß ihrer Forderungen zur Staatscasse in geeigneter Weise sich geeinigt haben. Das Gericht kann nun, unter solchen Umständen, bloß denjenigen Bertheidiger als zur Forderung an die Staatscasse berechtigt anerkennen, welcher, als der vom Angeschuldigten zuletzt Gewählte, die Bertheidigung wirklich geführt hat. Es ist weder zulässig, dem Angeschuldigten die ihm — wenn dadurch das Verfahren nicht aufgehalten wird — gesetzlich zustehende Wahl eines anderen Bertheidigers dadurch abzuschneiden, daß Man jenen bedeutet, die Abänderung der getroffenen Wahl könne vor nachgewiesener Deckung der Kosten des erstgewählten Bertheidigers nicht gestattet werden, noch ließe es sich rechtfertigen, den zweiten Bertheidiger nöthigen zu wollen, die Kosten des ersten von seinen Defensionalien zu decken. Es ist also ein anderer Ausweg, als der vom OAG. in diesem Falle bereits eingeschlagene,

Annalen, Bd. IV, S. 268,

nicht wohl möglich, wenn schon Man durchaus nicht verkennt, daß hierin für den erstgewählten Bertheidiger eine Härte liege. Es steht aber zu deren Beseitigung den richterlichen Behörden ein Ausweg eben nicht offen. Die von dem Adv. G. angedeutete Modalität einer wenigstens theilweisen Befriedigung auch des ersten Bertheidigers aus der Staatscasse, erscheint nicht zulässig. Die von den einzelnen Bertheidigern angesetzten Defensionalien können nur je als ein Ganzes in Obacht genommen und es kann nicht gestattet werden, dem ersten Bertheidiger mindestens Ansätze für solche Bemühungen, welche der zweite nicht gehabt oder überhaupt nicht für nöthig befunden hatte, als aus der Staatscasse restituirbar passiren zu lassen. Nur die Kosten eines Bertheidigers können aus der Staatscasse Befriedigung erhalten; Alles also, was den Betrag der Defensionalien dieses Einen Bertheidigers übersteigt, fällt unter den im Art. 409 der StPD. erwähnten Mehraufwand, ohne daß man die Liquidationen beider Bertheidiger zusammen halten und aus der des ersteren Dasjenige für aus der Staatscasse restituirbar erklären dürfte, was in der Liquidation des später Gewählten zufällig nicht ebenfalls angesetzt ist. Eine Ausnahme hiervon könnte höchstens insoweit gemacht werden, als etwa der spätere Bertheidiger gewisse Anträge des ersteren ohne Weiteres zu den seinigen gemacht hat,

deren Aufstellung und Begründung ihm also erspart worden ist; hinsichtlich solcher Arbeiten des ersten Bertheidigers ließe sich sagen, daß sie, durch die Bezugnahme darauf Seiten des zweiten Bertheidigers, einen integrierenden Theil des letzten, aus der Staatscasse zu honorirenden Bertheidigungswerks bilden. Uebrigens war, bei Feststellung der einzelnen Ansätze der Kostenberechnung, nach §. 74 der Tagordnung, von andern Grundsätzen auszugehen, als wenn Adv. G. die Bertheidigung für G. wirklich geführt hätte; es läßt sich daher auch schon um deswillen nicht die vorgeschlagene Vermischung der Liquidationen beider Bertheidiger zur Ausführung bringen.

21.

Zu Art. 117, Abs. 3, und Art. 243, Abs. 3, der StPD. wegen der, auf gestellte Anträge, vom Gerichte zu ertheilenden Bescheidungen.

Erk. vom 14. Febr. 1866. no. 111/94

Die von dem Privatankläger gegen den gerichtsamtl. Bescheid erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gründet sich darauf, daß ihm wegen des bereits in der Privatanklage selbst gestellten, von dem Untersuchungsgerichte nicht gewährten Antrags auf eidliche Abhörnung des als Zeugen benannten und abgehörten Rechtsanwalts R. eine abfällige Bescheidung nicht ertheilt, dadurch aber der Bestimmung in Art. 370, 358, und 117, Abs. 3, der StPD. — denen noch Art. 243, Abs. 3, der StPD. hätte beigefügt werden können — entgegengehandelt worden sei. Gegen dieses Rechtsmittel gelangt zunächst, unter allen Verhältnissen, in Betracht, daß jede etwaige Verletzung der angezogenen Vorschriften der StPD. Seiten des Untersuchungsgerichts durch die, unter den im Art. 362 der StPD. vorausgesetzten Umständen erfolgte Bekanntmachung des Actenschlusses, durch Vorlegung der Acten an des Privatanklägers Sachwalter, sowie endlich dadurch sanirt worden ist, daß in der Eingabe Bl. eben dieser Sachwalter von dem in den Acten angeführten, auf Sch. Denunciation gegen R. gestützten Grunde der Nichtvereidung des Adv. R. offenbar Notiz genommen und solchen besprochen hat, ohne einen besondern Antrag auf Nachholung dieser Vereidung zu stellen, was ihm ebenso, wie die jetzt angeführten Zeugen zu

benennen, völlig unbenommen war. Unter solchen Umständen konnte sich das Gerichtsam zu N. füglich für überhoben achten, den Privatankläger über ein Sachverhältniß aufzuklären, von welchem dessen Sachwalter durch Einsichtnahme in die Acten bereits vollständige Kenntniß erlangt haben mußte und wirklich erlangt hatte. Hierzu kommt aber noch, daß man es im vorliegenden Falle mit einer Privatanklagesache wegen Verleumdung zu thun hat, bei welcher, nach Art. 375 der StPD. der Richter befugt ist, die Entscheidung über den thatsächlichen Beweis von einem Eide des Angeschuldigten oder Privatanklägers abhängig zu machen, ein Befugniß, von welchem das Gerichtsam zu N. durch Auflegung eines Reinigungseides in der That Gebrauch gemacht hat. Die Bestimmung im Art. 375 der StPD. bringt es aber mit sich, daß die definitive Beschlußfassung über die Vereidung oder Nichtvereidung abgehörter Zeugen der Erwägung des erkennenden Richters bei der Bescheidsabfassung selbst vorbehalten bleibt, und wenn man also die Vorschrift im Art. 117, Abs. 3, und Art. 243, Abs. 3, der StPD. nichts desto weniger genau innehalten will, würde sich der Privatankläger, der um eidliche Abhörnung eines Zeugen gebeten hat, mit einer Bescheidung des Inhalts zufrieden stellen müssen, daß über seinen Antrag bei der Bescheidsabfassung selbst mit entschieden werden werde. Es bedarf aber einer solchen rein formellen Bescheidung überhaupt dann nicht, wenn es bloß Anträgen gilt, welche in einem Privatanklageschreiben, insonderheit um dem Art. 374 der StPD. eine Basis zu gewähren, vorsorglich gestellt, und, wegen ihres ungewissen Erfolgs, oft unnütz angehäuft werden, und hinsichtlich deren es eben in der Natur der Sache liegt, daß sie durch den Gang der Untersuchung, namentlich durch die Beschaffenheit der von den genannten Zeugen erstatteten Ausfagen oder sonstige actenmäßige Erhebungen, die wesentlichsten Veränderungen, selbst nach des Antragstellers eigener Auffassung, erleiden müssen. Zwar hat die im Art. 117, Abs. 3, und Art. 243, Abs. 3, der StPD. enthaltene Vorschrift ihre volle Anwendbarkeit mit Recht dann zu beanspruchen, wenn es sich um einen, im Laufe der Untersuchung zu dem Zwecke der Beweisführung gestellten speciellen Antrag handelt, über dessen Erheblichkeit oder Unerheblichkeit, nach dem Stande der Sache, ein bestimmtes Urtheil sich fällen läßt; es ist aber nicht als in dem Sinne der angezogenen Stellen der StPD. liegend zu betrachten, daß eine Nichtigkeit schon um

deswillen anzunehmen sei, weil sich schließlich findet, daß das Untersuchungsgericht auf irgend einen der in der Privatanklage bloß vorsorglich erhobenen, nach Umständen durch den Gang der Untersuchung selbst völlig erledigten Anträge nicht noch die ausdrückliche Bescheidung, daß solcher als erledigt oder überflüssig zu betrachten, ertheilt habe. Die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Formverletzungen soll zwar die wesentlichen Formen des Verfahrens, welche überdies keineswegs ohne Einfluß auf die materiellen Ergebnisse der Beweiserhebung sind, wahren, sie soll aber nicht ändern, hiervon verschiedenen Zwecken dienstbar sein.

22.

Ueber das Verfahren bei Zeugenabhörungen, Art. 219 flg. der StPD., und wiefern einzelne diesfallige Vorschriften für wesentlich im Sinne von Art. 349 unter I. 1 der StPD. zu achten seien?

Erk. vom 14. Febr. 1866. no. 1341/1372.

Die Angeschuldigten wollen eine Nichtigkeit des Verfahrens daraus ableiten

1) daß die als Zeugen befragten Gebrüder M. nicht getrennt abgehört,

2) daß selbige bei ihrer Abhörnung nicht nach Art. 220 der StPD. admonirt,

3) daß einem Jeden von ihnen vor der Vereidung seine Aussage in Gegenwart des Anderen vorgelesen und

4) daß mit ihrer gemeinschaftlichen Vereidung verfahren worden.

Ihr Rechtsmittel stützt sich mithin auf Art. 377, in Verbindung mit Art. 349, sub I, 1 der StPD. und könnte daher nur unter der Voraussetzung für begründet gelten, dafern zu behaupten wäre, daß das angegriffene Verfahren gegen eine proceßrechtliche Vorschrift verstoßen habe, welche, wenn sie auch nicht die ausdrückliche Androhung der Strafe der Nichtigkeit enthalte, doch mindestens für wesentlich zu achten sei.

Legt man diesen Maasstab an das angewendete Rechtsmittel, so stellt sich selbiges betreffs der

zu 3 und 4

gedachten Punkte ohne Weiteres als unbegründet dar, da es überhaupt an irgend einer Proceßvorschrift gebricht, deren Verletzung behauptet werden könnte. Der Art. 226 der StPD., welcher allein bezüglich dieser beiden Punkte maßgebend werden könnte (vgl. Art. 361 der StPD.) enthält darüber, ob mehrere Zeugen ihre Aussagen gleichzeitig vorgelesen erhalten und vereidet werden dürfen, eine Bestimmung nicht, und sollte man dem Verfahren bei der Hauptverhandlung eine Analogie entleihen wollen, so würde man vergeblich nach einem derartigen Verbote suchen, zumal dort eine gemeinschaftliche Vereidung von Zeugen keineswegs für unzulässig erachtet (Gerichtszeit. Bd. I, S. 429), übrigens aber, soweit es sich solchenfalls gleichzeitig um den Schlußsatz des Abs. 2 des Art. 282 der StPD. handelt, es sogar hierbei die Regel bilden wird, daß der gemeinschaftlichen Vereidung mehrerer Zeugen das Vorlesen des ganzen Protokolls, oder beziehentlich der die bezüglichen Zeugenaussagen enthaltenden Theile desselben vorangeht, ohne daß dabei nur der betreffende Deponent gegenwärtig bliebe.

Ebenso unbegründet sind aber die übrigen Beschwerdepunkte. Bei ihnen fehlt es zwar an proceßrechtlichen Vorschriften nicht, deren Verletzung behauptet worden, indessen letztere enthalten nicht nur keine ausdrückliche Androhung der Strafe der Nichtigkeit, sondern sie würden auch überdies, soweit sie überhaupt auf den vorliegenden Fall paßten, gegenwärtig nicht für wesentliche im Sinne der StPD. zu erachten sein.

Anlangend zunächst die Ausstellung

zu 2,

daß die Gebrüder M. bei ihrer Abhörnung nicht in der in Art. 220 der StPD. vorgeschriebenen Weise vermahnt worden seien, so ist vor Allem hervorzuheben, wie sich dies augenfällig nur auf die Vorgänge Bl. zu beziehen vermag, da die über die erste Befragung der genannten Zeugen aufgenommenen Protokolle ausdrücklich bescheinigen, wie selbige legal admonirt worden seien. Läßt man aber demnächst selbst ganz dahingestellt, ob es nicht überhaupt bedenklich fallen müßte, Confrontationen und Vorhalte der ebendasselbst, sowie Bl. gedachten Art, betreffs ihrer formellen Behandlung, im Allgemeinen ohne Weiteres den Zeugenabhörnungen im engeren Sinne völlig gleichzustellen, so erfordert doch jedenfalls der Art. 220 der StPD. keineswegs, daß der Zeuge bei seiner jedesmaligen Abhörnung in der daselbst vorgeschriebenen Maße

ermahnt werde, vielmehr genügt offenbar die einmalige Admonition bei seiner ersten Abhörung. Und diesem Requisite ist genügt. Daß Fälle vorkommen können, welche den Richter zu einer Wiederholung der Admonition veranlassen möchten, ist dabei nicht zu bestreiten. Hierüber hat jedenfalls dessen eigenes Ermessen zu entscheiden, welches niemals mittels eines Rechtsmittels angegriffen werden kann. (Art. 85, Abs. 5 der StPD.) Uebrigens hat sogar der Gesetzgeber Aehnliches betreffs der jedenfalls nicht minder wichtigen Admonition an den Angeschuldigten in Art. 168, Abs. 1 der StPD. ausdrücklich ausgesprochen.

In gleichem Maße unbegründet ist endlich

zu 1,

die daraus entlehnte Beschwerde, daß die Gebrüder M. bei dem Vorgange Bl. nicht getrennt befragt worden seien.

Es ist hierbei auf Art. 219, Abs. 1 der StPD. Bezug genommen worden, jedoch offenbar ohne alle Berechtigung.

Die gerügte Maßnahme des Gerichts fällt überhaupt unter diese Bestimmung nicht. Im gegenwärtigen Falle sind die Gebr. M., nachdem ein Jeder von ihnen bereits getrennt von dem Andern über den in Rede stehenden Vorgang abgehört worden war, späterhin gemeinsam an Gerichtsstelle gefordert worden, um gleichzeitig mit den Angeschuldigten ins Gegenverhör gezogen zu werden, und, ehe letzteres begonnen hat, nur noch mit der gemeinschaftlichen Versicherung der Wahrheit ihrer bisherigen Aussagen, unter übereinstimmender Ergänzung der letzteren in einem den objectiven Thatbestand betreffenden Punkte, hervorgetreten. Wie dieser Act gegen die Vorschrift des Art. 219, Abs. 1 der StPD. verstoßen soll, will nicht einleuchten. Das gemeinsame Erfordern der Gebr. M., behufs ihrer gleichzeitigen Confrontation mit den Angeschuldigten, fand jedenfalls in Art. 223, Abs. 1, verbunden mit Art. 172, Abs. 2 der StPD. seine Rechtfertigung, und es empfahl sich sogar als zweckmäßig, daß die Zeugen, vor Beginn des Gegenverhörs, durch Vorhaltung der abweichenden Angaben der Angeschuldigten, Gelegenheit erhielten, die Richtigkeit ihrer eigenen Auslassungen vorerst nochmals selbst zu controliren. Wenn sie aber dabei, sei es zu einer übereinstimmenden oder zu einer von einander abweichenden resp. ergänzenden Angabe Veranlassung nahmen, so geschah damit offenbar nicht mehr, als was geschehen sein würde, dafern der Richter diesen Act in die Form

einer nach Abs. 3 des Art. 223 der StPD. zulässigen Gegenüberstellung der Zeugen unter sich gekleidet hätte. Diese letztere Bestimmung ist es auch, welche es überhaupt bedenklich erscheinen lassen würde, den Art. 219, Abs. 1 der StPD. nicht auf die erste Abhörnung der Zeugen, dafern selbige nur vollständig war, beschränken zu wollen. Bei letzterer soll der Zeuge bereits eine zusammenhängende, resp. durch weitere Befragung ergänzte Erzählung über den Gegenstand seines Zeugnisses gegeben haben (Art. 222, Abs. 1 der StPD.) und sobald letzteres geschehen ist, schwindet überhaupt die Befürchtung, daß derselbe weiterhin durch das Zusammentreffen mit anderen Zeugen, oder mit dem Angeschuldigten in der getreuen Wiedergabe seiner eigenen Wahrnehmungen beirrt werden könnte, dergestalt, daß der Gesetzgeber kein Bedenken getragen hat, den für die Confrontationen geeigneten Zeitpunkt völlig dem Ermessen des Richters zu überlassen.

Von ganz gleichen Grundsätzen gehen auch die das Verfahren bei der Hauptverhandlung betreffenden Bestimmungen aus, ja jene sind in diesen noch schärfer ausgeprägt ausgesprochen, da, wenn schon auch in diesem Stadium die Abhörnung jedes Zeugen einzeln erfolgen soll (Art. 282, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 284, Abs. 1 der StPD.) doch nach Inhalt der übrigen hierher gehörigen Vorschriften vorausgesetzt, resp. gestattet wird, daß schon die Abhörnung späterer Zeugen in Gegenwart der früheren erfolgt und daß sie insgesammt mitwirken zu Beseitigung etwa von ihnen selbst bemerkter Abweichungen und Widersprüche in ihren gegenseitigen Auslassungen (Art. 284, Abs. 2, Art. 285, Abs. 1 und 3 der StPD.).

Bei dieser Sachlage bedarf es nicht einmal eines näheren Eingehens darauf, daß selbst dann, wenn die gerügte Maafnahme an sich unter die Bestimmung des Art. 219, Abs. 1 der StPD. fiel, doch die Vernachlässigung dieser Vorschrift vorliegenden Falls nicht als eine wesentliche zu erachten gewesen sein und daher auch nicht zu einer Cassation geführt haben würde.

Schwarze, Commentar, 1. Ausg., Abtheil. 1, S. 163, sub Nr. 2.

Nur soviel mag zu dessen Begründung hinzugefügt werden, daß nicht nur die Gebrüder M. sowohl bei der Confrontation als auch bei ihren späteren, gesondert veranstalteten Befragungen die vollständigste

Gelegenheit zu Beseitigung etwaiger, durch eine gemeinsame Abhörung hervorgerufener Irrthümer gehabt haben würden, sondern daß auch ihre Aussagen wenigstens zur Zeit nicht die entfernteste Veranlassung gegeben haben zu der Vermuthung, als ob sie sich solcher Irrthümer in der That schuldig gemacht und überhaupt bei Erstattung ihrer Aussagen gegenseitig beeinflusst hätten.

23.

Ueber die Unterlassung der Befolgung der im Art. 260, Abs. 4 der StPD. enthaltenen Vorschrift wegen Zustellung einer Abschrift des Beweismittelverzeichnisses an den Angeklagten.

Erk. vom 16. Febr. 1866. no. 139/106.

Die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde war, als unbegründet, zu verwerfen. Dieselbe stützt sich auf die allerdings durch den Acteninhalt bestätigte Thatsache, daß es unterlassen worden, dem Angeklagten in Nachgehung der Vorschrift des Art. 260, Abs. 4 der StPD. eine Abschrift der Zeugenliste zuzustellen. Allein so wenig sich verkennen läßt, daß die Verabsäumung dieser Vorschrift unter Umständen zu einer Cassation der betreffenden Verhandlung führen kann und daß daher ein Untersuchungsgericht der pünktlichen Beachtung dieser Vorschrift sich niemals entziehen sollte, so wenig läßt sich doch auch andererseits einräumen, daß vorliegenden Falls durch Verabsäumung der letzteren die Verletzung einer für wesentlich zu erachtenden Vorschrift verhängen worden wäre. Dem Angeklagten ist der Inhalt der Zeugenliste rechtzeitig bekannt gemacht worden und ihr Inhalt war ein so wenig complicirter, daß es seinem Gedächtnisse nicht zu viel zugemuthet war, die fraglichen Namen darin festzuhalten. Ueberdies erhielt auch sein gesetzlicher Vertreter eine Abschrift der Zeugenliste zugefertigt und befand sich daher jedenfalls dieser in der Lage, alle Rechte seines Defendenden zu wahren. Endlich aber ergiebt sich auch aus dem Laufe der Verhandlung Etwas nicht, was zu der Annahme berechtigte, es sei dem Angeklagten durch Vorenthaltung der Zeugenlistenabschrift sein Recht auf Vertheidigung irgendwie verkümmert worden.

24.

Nachdem eine Strafverfügung in Gemäßheit von Art. 368 der StPD. vorausgegangen, bedarf es, wenn es noch zu Einleitung des regelmäßigen Verfahrens kommt, nicht erst der nach Art. 358 der StPD. zu fassenden Entschliebung und deren Bekanntmachung.

Erf. vom 16. Febr. 1866. no. 1360/1373.

Die gemachte Ausstellung erledigt sich durch die Erwägung, daß an die Angeeschuldigten, bevor das gewöhnliche Untersuchungsverfahren wider sie eingeleitet wurde, legale Strafverfügungen erlassen worden waren und daß mithin gegen sie bereits eine Maaßregel verfügt wurde, durch welche unzweideutig ausgesprochen wird, daß der Richter die erhobene Anschuldigung für so glaubhaft und fundirt hält, um vor der Hand, und bevor nicht ausdrücklich Einwendungen erhoben werden, sogar alle weiteren Ermittlungen für überflüssig zu erachten und die sofortige Verurtheilung verfügen zu können. Der Erlaß einer Strafverfügung schließt für den Angeeschuldigten den Beschluß der Untersuchungseinleitung um so gewisser in sich ein, als nach Art. 368 der StPD. ausdrücklich verordnet wird, wie eine „solche ohne weitere Untersuchung“ (Abs. 1) erlassen und wie im Falle dagegen erhobener Einwendungen — nicht etwa erst „wegen Einleitung der Untersuchung Entschliebung gefaßt“ (Art. 358 der StPD.) d. h. nicht etwa erst die Frage, ob nunmehr überhaupt Untersuchung einzuleiten sei, aufgeworfen, vielmehr — ohne Weiteres „das regelmäßige Verfahren eingeleitet“ werden soll (Art. 368, Abs. 2 der StPD.).

25.

Wiederaufnahme der Untersuchung nach Art. 386 unter 4 der StPD. ist bei Körperverletzung aus Unbedachtsamkeit (Art. 175 des StGB.'s) ausgeschlossen.

Erf. vom 14. Febr. 1866. no. 37/95.

Der Angeklagte H. war wegen einer der H. aus Unbedachtsamkeit zugefügten, damals als geringfügig sich darstellenden, Körperverletzung

nach Art. 175, in Verb. mit Art. 167, unter 3 des StGB.'s zu Gefängnißstrafe verurtheilt worden. In späterer Zeit erst offenbarte sich, daß die der H. zugefügte Beschädigung einen solchen Nachtheil für deren Gesundheit zur Folge gehabt habe, zu dessen Beseitigung keine gegründete Aussicht vorhanden sei. Dem nunmehr von dem Staatsanwalte nach Art. 386, unter 4 der StPD. erhobenen Antrage auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens, gab das OAG. aus folgenden Gründen nicht statt: Die StPD. gestattet zwar in dem vom Staatsanwalte zu Rechtfertigung seines Gesuchs angezogenen Art. 386, unter 4, die Wiederaufnahme eines beendigten Strafverfahrens zum Nachtheile des Angeschuldigten unter anderen dann, wenn sich neue Thatsachen ergeben, aus welchen hervorgeht, daß die Handlung desselben nach einem härteren Strafgesetze oder einem höheren gesetzlichen Strafsätze zu beurtheilen gewesen wäre, als dies vorher geschehen konnte, allein dieser Fall liegt nach Ansicht des OAG. hier nicht vor.

Denn obwohl in Art. 167 des StGB.'s die Strafen für vorsätzlich zugefügte Körperverletzungen, je nach der Schwere der letzteren, unter 1, 2 und 3 nach drei verschiedenen Sätzen angedroht worden sind, so daß hier ein Wiederaufnahmegesuch für statthaft anzusehen gewesen sein würde, wenn nach Beendigung eines Strafverfahrens wegen einer leichteren, der Vorschrift sub 3 jenes Artikels unterzustellenden, vorsätzlichen Körperverletzung, sich ergeben hätte, daß diese Verletzung in Wahrheit den Charakter einer unter 1 oder 2 erwähnten schwereren an sich trüge, so enthält doch das Gesetz in Art. 175, Abs. 2 des StGB.'s keineswegs eine ähnliche feste Norm in Betreff der Strafen für aus Unbedachtsamkeit zugefügte Körperverletzungen, sondern nur die allgemeine Anordnung, daß derartige Strafen nach dem Verhältnisse der auf vorsätzliche Körperverletzungen gesetzten Strafen abgestuft werden sollen, und bestimmt zugleich, welche Strafen als die höchsten angesehen werden sollen, die bei Bestrafung von aus Unbedachtsamkeit zugefügten Körperverletzungen, je nach der Schwere der letzteren, erkannt werden dürfen.

Dadurch hat aber die allegirte Strafbestimmung hinsichtlich der Verletzungen schwererer Art, im Gegensatze zu denen leichter Art, noch nicht den Charakter eines härteren Strafgesetzes angenommen, und ebensowenig kann man sagen, daß hiernach die aus Unbedachtsamkeit zugefügten Körperverletzungen schwererer Art nach einem höheren gesetz-

lichen Strassafe beurtheilt werden sollen, als dergleichen Verletzungen der leichteren Art; denn es ermangelt eine Vorschrift über die in den schwereren Fällen einzuhaltende niedrigste Strafgränze, unter welche in Fällen der schwereren Art nicht herunter gegangen werden dürfe.

Wie nun unter diesen Umständen und nach der facultativen Fassung des Gesetzes dem Strafrichter gestattet ist, bei Bestrafung von aus Unbedachtsamkeit zugefügten Körperverletzungen der schwersten Art bis auf das niedrigste Maaß der Strafe einer aus Unbedachtsamkeit zugefügten Verletzung der leichtesten Art herabzugehen, die Ermächtigung des Richters aber, in Fällen schwererer Verletzung die Maximalstrafgränze für die Bestrafung von geringeren Verletzungen zu überschreiten, daran etwas zu ändern nicht vermag, so enthält die Strafbestimmung in Art. 175 Abs. 2 des StGB.'s in Wirklichkeit lediglich einen Strassatz für alle aus Unbedachtsamkeit zugefügte Körperverletzungen, nur daß sie, wie gedacht, den Richter ermächtigt, nicht aber verpflichtet, in Fällen schwererer Verletzung die Maximalstrafgränze bis zu einer gewissen Höhe zu überschreiten, so daß die Wahl einer höheren Strafe wegen der Schwere der Verletzung immer nur als eine solche angesehen werden kann, die nach richterlichem Ermessen innerhalb des gesetzlichen Strafmaasses erfolgt.

Zu dem Zwecke aber, um eine Erhöhung der gewählten Strafe innerhalb dieses Strafmaasses herbeizuführen, soll die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach der klaren Bestimmung in Art. 386 unter 4 der StSD. nicht eintreten, und es mußte deshalb der vom Staatsanwalte gestellte Antrag zurückgewiesen werden.

Handels- und Wechselrecht.

20.

Der Handlungsreisende ist i. B. nicht berechtigt, Zahlungsermisse in solchen Geschäften zu ertheilen, die nicht durch ihn selbst vermittelt sind — HGB. Art. 49*).

A.

II. Sen.-Erk. vom 21. Septbr. 1865. no. 526/507.

Das OAG. hat kein Bedenken finden können, der Ansicht voriger

*) Das Erkenntniß, dessen Rationen, soweit hierher gehörig, oben sub A. mitgetheilt sind, wurde durch III. Sen.-Erk. vom 3. Febr. 1866 no. 64/61 von 1865, dessen Rationen sub B. folgen, bestätigt.

Instanz darin beizutreten, daß ein Handlungsreisender im Zweifelsfalle nicht berechtigt sei, Zahlungsremisse in solchen Geschäften zu ertheilen, die nicht durch ihn selbst vermittelt worden sind und erscheint es jedenfalls der Schlußbestimmung im 49. Art. des HGB.'s entsprechend anzunehmen, daß bei Abfassung des Gesetzes von der Ansicht ausgegangen worden, daß die Gewährung von Remissen ganz im Allgemeinen und ohne Unterschied, ob die Geschäfte, auf welche der Remiß sich bezieht, von dem Handlungsreisenden selbst abgeschlossen worden oder nicht, in der präsumtiven Ermächtigung Handlungsreisender nicht liege. Die am Schlusse des 49. Art. hervorgehobenen Acte sind nicht bloß beispielsweise genannt. Augenscheinlich haben dabei solche Ermächtigungen bezeichnet werden sollen, bei denen es vermöge der in ihnen liegenden Verfügung über Vermögensrechte des Geschäftsherrn zweifelhaft erscheinen konnte, ob der Geschäftsherr das Dispositionsbefugniß in diesem Umfange dem Reisenden habe übertragen wollen und es läßt sich daher von der Gestattung dieser Dispositionen der Schluß auf die Gestattung noch ungleich weiter greifender in keiner Weise rechtfertigen, im Gegentheil ist anzunehmen, daß durch die speciell benannten Verfügungen die äußerste Grenze der präsumtiven Ermächtigung der Handlungsreisenden habe angedeutet werden sollen.

B.

Die zweite und dritte Instanz stimmen in der Ansicht überein, daß ein Handlungsreisender im Zweifelsfalle nicht berechtigt sei, Zahlungsremisse in den durch ihn selbst nicht vermittelten Geschäften zu ertheilen, und daß daher die von dem Beklagten vorgeschützte, von dem Kläger bereits in seiner Klage eingeräumte Behauptung, es sei ihm, dem Beklagten, von dem Sohn und Handelsreisenden des Klägers, Fr. A. Sch., über die in der Klage erwähnten Schuldposten eine Generalquittung ausgestellt worden, dem Suchen des Klägers an sich nicht entgegenstehe. Dieser Meinung hat man auch bei nochmaliger Erwägung der Sache sich anzuschließen gehabt.

Nach den in Sachsen bis zum Eintritt der Wirksamkeit des ADHG.B.'s in der Praxis und namentlich auch von dem DAG. befolgten Grundsätzen

Zeitschrift für Rechtspflege 2c. N. F. Bd. XIV, S. 362,
Annalen, Bd. VIII, S. 171,

wurde angenommen, daß selbst solche Reisediener, welche wirklich in den Diensten eines bestimmten Handelshauses stehen und in beständigem Auftrag desselben reisen (sogenannte eigene Reisende), in der ihnen beizulegenden Eigenschaft als Intitoren, nur in Betreff der zwischen ihnen selbst und fremden Waaren-Käufern abgeschlossenen Geschäfte zur Vornahme aller auf Letztere sich beziehenden Handlungen, namentlich zur Empfangnahme von Zahlungen aus solchen Geschäften und zur Quittungsleistung darüber als von ihrem Prinzipal ermächtigt zu betrachten seien.

Wäre daher die vorliegende Sache nach dem früheren Recht zu beurtheilen gewesen, so würde, da aus den Acten nicht erhellt, daß die in der Klage erwähnten Geschäfte durch den obgenannten Sohn Klägers als eignen Reisenden des Letzteren ermittelt worden seien, das Zugeständniß, daß dem Beklagten von dem genannten Sohn des Klägers eine die Verzichtleistung der klägerischen Firma auf alle weiteren Ansprüche enthaltende Generalquittung ausgestellt worden sei, dem Suchen des Klägers nicht ohne Weiteres entgegengestanden haben.

Nun fällt zwar die am 22. October 1864 erfolgte Ausfertigung gedachter Generalquittung unter die Herrschaft des A. D. H. G. B. 's. Allein wenn auch hiernach das Letztere bei Beurtheilung der Sache zur Anwendung zu bringen ist, so gelangt man doch auch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu keinem anderen Resultate. Das angezogene Gesetzbuch bestimmt in Art. 47, auf welche Geschäfte und Rechtshandlungen die Vollmacht eines Handlungsbevollmächtigten sich erstrecke und verfügt dann in Art. 49, daß die Vorschriften des 47. Art. auch auf solche Handlungsbevollmächtigte Anwendung zu finden hätten, welche ihr Prinzipal als Handlungsreisende zu Geschäften an auswärtigen Orten verwende, indem es zugleich hinzufügt, daß derartige Handlungsbevollmächtigte insbesondere für ermächtigt zu achten seien, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen. Hieraus ergiebt sich nun zunächst, daß nicht jeder Handlungsreisende zu Vornahme der in Art. 47 erwähnten Geschäfte und Rechtshandlungen befugt ist, sondern nur derjenige, welcher als Handlungsbevollmächtigter sich darstellt, und als Letzteren würde man wieder nur den sogenannten eignen Reisenden in dem obangegebenen Sinne, nicht aber auch selbstständige Mandatare, Agenten, Provisionsreisende oder auch

solche, die das Geschäft betreiben, für verschiedene Häuser zu reisen, oder auch diejenigen Bevollmächtigten, welche zur Bornahme eines einzelnen Geschäfts ausgesendet worden, zu betrachten haben. Diese Letzteren sollten insgesammt nach dem bei der Nürnberger Conferenz über den angezogenen Artikel Verhandelten durch diesen Artikel nicht betroffen werden und die Frage, welche andern Reisenden, außer den reisenden Handlungsbevollmächtigten, etwa noch zum Geldempfang 2c. befugt seien, offen bleiben.

Conferenz=Protokolle über die 550. Sitzung, S. 4517. flg.

Wenn man aber auch im vorliegenden Falle davon ausgehen wollte, es sei der genannte Sohn des Klägers des Letzteren eigener Reisender und demnach dessen Handlungsbevollmächtigter gewesen, so fragt sich doch dann weiter, ob er auch in dieser Eigenschaft befugt gewesen sei, eine Generalquittung des oben erwähnten Inhalts mit der Wirkung, daß Kläger selbige ohne Weiteres gegen sich gelten zu lassen habe, auszustellen, da, wie schon bemerkt worden, aus den Acten nicht hervorgeht, daß Klägers Sohn die in der Klage aufgeführten Geschäfte vermittelt habe. In dem angezogenen Artikel 49 wird nun die Frage, ob ein Handlungsbevollmächtigter, welchen sein Prinzipal als Handlungsreisenden zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet, ermächtigt sei, die in Artikel 47 gedachten Rechtshandlungen auch in Bezug auf solche Geschäfte vorzunehmen, welche er nicht selbst vermittelt hat, zwar direct nicht entschieden, wohl aber deuten die Schlußworte des Artikels „dieselben gelten insbesondere für ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen“, darauf hin, daß die Absicht des Gesetzes dahin gegangen sei, es solle die den Handlungsreisenden der gedachten Art eingeräumte Befugniß auf Verkäufe, die sie nicht selbst abgeschlossen, nicht erstreckt werden. Denn hätte man derartigen Handlungsreisenden die Ermächtigung geben wollen, auch aus Verkäufen, welche ein Vorgänger von ihnen oder ihr Prinzipal selbst abgeschlossen, den Kaufpreis einzuziehen oder dafür Gestundung zu ertheilen, so würde nicht abzusehen sein, warum man in dem Gesetze selbst nur die geringere und beschränktere Ermächtigung, welche sich lediglich auf die von dem betreffenden Handlungsreisenden selbst abgeschlossenen Verkäufe bezieht, noch ganz besonders hervorgehoben habe, da es doch solchenfalls viel näher gelegen hätte, ganz im Allgemeinen zu bestimmen, daß solche Handlungsreisende zur Einziehung von Geldern für ihren Prinzipal, be-

ziehentlich zur Ertheilung von Zahlungsfristen ermächtigt seien. Eben aber weil Letzteres nicht ausgesprochen worden ist, und weil man für nothwendig erachtet hat, des beschränkteren Befugnisses noch besonders zu gedenken, scheint die Annahme gerechtfertigt zu sein, daß man die erwähnte Ermächtigung der Handlungsreisenden nicht noch weiter habe ausdehnen und auf durch Dritte abgeschlossene Verkäufe erstrecken wollen, daß vielmehr das speciell aufgeführte Befugniß das Maximum der den gedachten Handlungsreisenden zugebilligten Ermächtigungen habe bilden und nur insofern habe exemplificativ sein sollen, als das, wozu ein solcher Reisender sonst etwa noch für berechtigt zu achten wäre, in die durch jenes Maximum gesteckte Grenze fallen würde. Uebrigens würde sich auch selbst dann, wenn man in dieser Beziehung einer anderen Ansicht folgen wollte, noch haben fragen lassen, ob ein Remiß einer dem Prinzipal zustehenden Forderung überhaupt zu denjenigen Rechtshandlungen würde gezählt werden dürfen, die ein selbst zu Einziehung von Kaufpreisen aus den von dritten Personen abgeschlossenen Verkäufen für befugt zu achtender Handlungsreisender für seinen Prinzipal vornehmen könnte.

Hätte man aber auch selbst auf den Wortlaut des Art. 49 weniger Gewicht zu legen und davon auszugehen, es sei dem gedachten Artikel eine ungenaue und wenig glückliche Fassung, welche die eigentliche Absicht des Gesetzgebers nicht hinreichend deutlich ausdrücke, gegeben worden und es habe in den Schlußworten desselben in der That nur ein die Schlußfolgerung aus dem Gegensatz nicht zulassendes Beispiel enthalten sein sollen, eine Ansicht, die von einigen Rechtslehrern mit Rücksicht auf die angezogenen Conferenzprotokolle S. 4517 allerdings getheilt wird,

von Hahn, Commentar zu dem ADHGB., Bd. I, S. 133,

Auerbach, das neue HG., S. 72,

Makower, das ADHGB. S. 50 not. 15^b,

während Andere

Roch, ADHGB., S. 157 not. 75,

die entgegengesetzte Meinung befolgen, so würde man doch auch auf diesem Wege nur zu dem Resultate zu gelangen, daß die Frage, ob reisende Handlungsbevollmächtigte aus den nicht von ihnen selbst abgeschlossenen Verkäufen Gelder einzuziehen, beziehentlich Zahlungsfristen zu bewilligen befugt seien, eine offene geblieben sei und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beantwortet werden müsse; nach diesem aber würde, wie schon oben

bemerkt worden, anzunehmen sein, daß auch der eigne Reisende im Zweifel nur in Bezug auf die von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte zur Empfangnahme von Zahlungen zc. berechtigt sei, indem die bei den erwähnten Conferenzen — vergl. Protokoll 4517 — aufgestellte Behauptung, es sei die Uebung, daß der Reisende die Zahlung auch für die von seinem Vorgänger abgeschlossenen Geschäfte einziehe, die verbreitetere, wenigstens für Sachsen nicht als zutreffend angesehen werden kann.

21.

Ueber die Natur der Handelsgesellschaft — HGB. Art. 85 flg. — Auslagen zc. eines Socius zu Gunsten der Gesellschaft. HGB. Art. 93.

II. Sen.-Erl. vom 14. Sept. 1865. no. 537/494.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß die Beklagten R. G. F. und R. H. B. mit einander den der Klage abschriftlich beigefügten Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben und das von Ersterem außer dem in §. 2 desselben auf 800 Thlr. festgesetzten Einlagecapitale im Monat Februar 1864 die Summe von 300 Thlr. in zwei Posten als Vorschuß in die Gesellschaftscasse eingezahlt worden ist. Hierüber behauptet Kläger, welcher als Cessionar des genannten F. auftritt, daß dieser die in der Rechnung unter c. angegebenen Verläge an Miethzins, Arbeitslöhnen zc. für das gemeinsam betriebene Geschäft bestritten habe und fordert dem gemäß von beiden Beklagten solidarisch den Betrag von 522 Thlr. 10 Ngr. nebst Zinsen zu 5%, von den Bl. näher angegebenen Zeitpuncten an. Die Entscheidung wegen der zuletzt erwähnten Ansprüche ist in dem Bl. bestätigten Bescheide erster Instanz von dem dem Kläger über Einl. Punct 6 flg. zurückgegebenen Eide abhängig gemacht und für den Fall der Leistung dieses sowie des über die die behauptete Cession referirten Eides zwar nicht die geforderte solidarische Verurtheilung der Beklagten, wohl aber die Verurtheilung der unter der Firma F. und B. bestehenden Handelsgesellschaft in die obige Summe ausgesprochen worden. Es hat auch der Mitbeklagte B., von welchem der Rechtsstreit nach der vom Mitbeklagten F. ausdrücklich erklärten Unterwerfung unter das Klaggesuch allein noch fortgestellt wird, weitere Einwendungen gegen die von den vorigen Instanzen angenommene

Schlüssigkeit der Klage, soweit sie die specificirten Verläge betrifft, nicht erhoben, jedoch die Abweisung derselben aus dem Grunde beantragt, weil es sich hier um einen Anspruch des einen Gesellschafters an den andern handele, welcher innerhalb der Societät und so lange das Gesellschaftsvermögen nicht getheilt sei, mit Erfolg nicht geltend gemacht werden könne.

Dieser Ansicht hat man jedoch in ihrer Allgemeinheit nicht beizutreten vermocht. Faßt man zunächst die einschlagenden Vorschriften des gemeinen Rechts ins Auge, so sprechen dieselben ausdrücklich dem Gesellschafter, welcher aus seinen Privatmitteln für Gesellschaftszwecke Gelder verausgabt und hergeliehen hat, das Recht zu, deren Ersatz von den übrigen Gesellschaftern zu verlangen, ohne eine Beschränkung dahin beizufügen, daß dieses Recht erst nach Auflösung der Societät in Wirksamkeit trete, vielmehr wird ausdrücklich anerkannt, daß die actio pro socio auch während der Dauer des Societätsverhältnisses angestellt werden dürfe.

l. 65, §. 15, Dig. pro socio (XVII, 2).

Allerdings könnte dieselbe nicht, wie im vorliegenden Falle geschehen, auf die ganze Forderung gerichtet werden, da ein Theil derselben allemal den Kläger, welcher als Mitglied der Gesellschaft auch verhältnißmäßig zu den Gesellschaftsschulden beizutragen gehalten ist, treffen müßte,

l. 67, pr. Dig. pro socio (XVII, 2),

Treitschke, die Gewerbe-gesellschaft, §. 20^b, S. 48,

Endemann, Handelsrecht, §. 39, n. 8, S. 188,

und es würde daher, wenn diese Bestimmungen im vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringen gewesen wären, die erhobene Klage nur in Ansehung der Hälfte der geforderten Summe als statthaft anzusehen gewesen sein, da der Umstand, daß gegenwärtig ein Cessionar des forderungsberechtigten Gesellschafters als Kläger aufgetreten ist, an dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse etwas nicht zu ändern vermag.

Anderß gestaltet sich jedoch die rechtliche Beurtheilung der Sache, wenn man, wie hier zu geschehen hat, derselben die Vorschriften des A. D. H. G. B.'s zum Grunde legt. Dasselbe bestimmt zwar in Art. 93, daß für die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, demselben die Gesellschaft verhaftet sei; es stellt aber zugleich in

Art. 92 den Grundsatz auf, daß ein Gesellschafter nicht verpflichtet ist, seine Einlage über den vertragmäßigen Betrag zu erhöhen. Hiernach erscheint es mindestens als zweifelhaft, ob dem einzelnen Gesellschafter, welcher Aufwendung zu Gesellschaftszwecken gemacht hat, gestattet sei, die übrigen Gesellschafter für ihre Person während des Bestehens des Gesellschaftsverhältnisses auf Erstattung dieser Auslagen in rechtlichen Anspruch zu nehmen, da eine Durchführung der Klage gegen die Einzelnen und eine Verurtheilung derselben leicht dahin führen könnte, daß sie zur Befriedigung des Klägers aus ihrem Privatvermögen und sonach thatsächlich zur Erhöhung ihrer Einlagen genöthigt würden und ob deshalb nicht vielmehr anzunehmen sei, daß dergleichen Regreßforderungen des einen Gesellschafters an die übrigen, soweit sie gegen deren Personen gerichtet sind und wegen derselben auch das Privatvermögen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder in Anspruch genommen werden soll, erst nach Auflösung der Gesellschaft bei der Liquidation derselben geltend gemacht werden dürfen.

von Hahn, Commentar zc., Bd. I, S. 217, 285, 311.

Im gegenwärtigen Falle kann jedoch dahingestellt bleiben, welches Gewicht den vorstehend angedeuteten Bedenken beizulegen sei, da die erhobene Klage, soweit sie die solidarische Verurtheilung der beiden Beklagten bezweckt, bereits von der ersten Instanz in den Entscheidungsgründen ausdrücklich als unstatthaft bezeichnet worden ist, mithin, da Kläger gegen dieses Erkenntniß ein Rechtsmittel nicht eingewendet hat, in diesem Punkte gegen ihn Rechtskraft vorliegt und nur auf die Berufung des Mitbeklagten B. noch in Frage kommen kann, ob den vorigen Instanzen darin, daß sie die von den Beklagten errichtete Handelsgesellschaft zur Bezahlung der geklagten Forderung verurtheilt haben, beizutreten sei.

Der genannte Mitbeklagte sucht zwar zu bestreiten, daß eine solche Verurtheilung der gedachten Handelsgesellschaft überhaupt zulässig sei, da eine Handelsgesellschaft nicht als eine moralische Person angesehen werden könne, allein mit Unrecht. Denn wenn auch nach römischem Rechte die Mitglieder einer societas einem Dritten gegenüber lediglich als einzelne oder als Mehrheit von einzelnen Persönlichkeiten in Betracht kommen konnten, da der abgeschlossene Societätsvertrag nur zwischen den Contrahenten selbst rechtliche Wirkungen zu äußern ver-

mochte, so verhält es sich doch nach dem heutigen, seit Einführung des ADHG.B.'s geltenden Rechte anders. Zwar ist die in neuerer Zeit von manchen Seiten aufgestellte Ansicht, daß der offenen Handelsgesellschaft der Character einer juristischen Persönlichkeit beizulegen sei, bei der Abfassung des erwähnten Gesetzbuchs nicht zur Geltung gelangt und den hier einschlagenden Dispositionen desselben nicht zum Grunde gelegt worden,

Luz, Protokolle 2c., Bd. I, S. 155, 158, 176, 276,

v. Hahn, Commentar 2c., Bd. I, S. 273, 310,

Endemann, a. a. D., §. 35, S. 167,

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. IV, S. 255, allein demungeachtet erhält es eine Anzahl von Bestimmungen, welche offenbar auf der Auffassung beruhen, daß die im Gesellschaftsfond befindlichen Vermögenstheile auch Dritten gegenüber ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder abgesondertes Ganze bilden, woran materiell das Eigenthums- und Dispositionsrecht nicht den einzelnen Mitgliedern unmittelbar zusteht, sondern welches nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags nur zu gesellschaftlichen Zwecken verwendet werden soll, und worüber nur die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Mitglieder Dritten gegenüber wirksam disponiren dürfen.

Art. 91, 111, 114, 119—122 des ADHG.B.'s und §. 11 des Einführungsges. vom 30. Oct. 1861,

v. Hahn, a. a. D., S. 268 flg., 273, 276, 296, 297,

Endemann, a. a. D., §. 38, S. 185,

Dies führt aber — obgleich die Aufnahme einer dahin lautenden ausdrücklichen Disposition in das HGB. abgelehnt worden ist,

Protokolle, S. 276,

doch auf Grund der vorerwähnten speciellen Bestimmungen zu der Annahme, daß die Gesellschaft als solche ihr eigenes, von dem der Einzelnen getrenntes Vermögen besitzt, für welches selbständig Rechte erworben und Verbindlichkeiten eingegangen werden können und demgemäß auch zu der weiteren Folgerung, daß die Gesellschaft als solche, mit Bezug auf ihr Gesellschaftsvermögen, in rechtlichen Anspruch genommen werden kann.

Geht man aber hiervon bei der Beurtheilung der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaft, wie sie sich nach den Bestimmungen des HGB.'s

darstellt, aus, so liegt auch kein ausreichender Grund vor, die Klage gegen die Gesellschaft unter deren Firma nur dann für zulässig zu achten, wenn sie von dritten, außerhalb derselben stehenden Personen angestellt wird, sondern es muß dies auch in den Fällen stattfinden, wo einer der Gesellschafter dem Gesellschaftsfond als Gläubiger gegenübersteht, da auch ihm gegenüber das Gesellschaftsvermögen insofern ein fremdes ist, als ihm eine Verfügung darüber für seine eigene Person nicht zusteht, und demnach ein Rechtsverhältniß, bei welchem der eine Theil gegen den andern Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, vollkommen denkbar ist.

v. Hahn, a. a. D., S. 300, 301, 310, 311.

Kann hiernach der Gesellschafter wegen eines derartigen Anspruchs seine Rechte an das Gesellschaftsvermögen ebenso wie jeder andere Gesellschaftsgläubiger geltend machen, so ist er auch befugt, die Bezahlung seiner Forderung aus der Gesellschaftscasse ganz zu verlangen, ohne — wie dies bei einer Klage gegen die einzelnen Gesellschafter geschehen müßte — die ihn treffende Rate von der Gesellschaftsschuld abzuziehen und es ergibt sich hieraus zugleich weiter, daß er seinen Anspruch in seinem ganzen Umfange an einen Dritten mit rechtlicher Wirkung abtreten darf.

Im vorliegenden Falle hat nun zwar Kläger seine Klage nicht gegen die unter der Firma B. und F. bestehende Handelsgesellschaft, sondern gegen die Beklagten als einzelne Gesellschafter gerichtet und deren solidarische Verurtheilung beantragt, es konnte jedoch die von den vorigen Instanzen bereits rechtskräftig ausgesprochene Unstatthaftigkeit dieses Klaggesuchs nicht zur gänzlichen Abweisung des Klägers führen, da sich dasselbe nach dem Vorstehend Bemerkten in einem geringeren Umfange als sachgemäß darstellt, nämlich unter der Beschränkung, daß der Kläger seine Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen, an welchem jedoch den Beklagten wiederum gewisse Rechte zustehen, verlangen könne. Es ist daher von den vorigen Entscheidungen mit Recht eine dahin gehende Verurtheilung ausgesprochen worden. Wenn aber die von der ersten Instanz gewählte Form der Verurtheilung in der aus dem jetzigen Erkenntnisse ersichtlichen Maße modificirt worden ist, so beruht dies darauf, daß einestheils die erhobene Klage gegen die Personen der Beklagten, von denen jedoch, nachdem zwischen dem Mitbeklagten F. und dem Kläger das Bl. ersichtliche Abkommen getroffen worden, nur der Mitbeklagte B. den Rechtsstreit fortgestellt hat, gerichtet ist, an-

derntheils aus den Acten nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, daß dieser sich thatsächlich im Besitze von Gesellschaftsvermögen befinde und so- nach in seiner Eigenschaft als Gesellschafter angehalten werden könne, zur Befriedigung des Klägers aus diesem Vermögen thätig mitzuwirken. Es erschien daher, um etwaigen künftigen Weiterungen in dieser Rich- tung vorzubeugen, angemessen, die Verurtheilung des genannten Mit- beklagten nur darauf zu richten, daß er die Befriedigung des Klägers aus dem Gesellschaftsvermögen geschehen zu lassen habe.

22.

„Im Zweifel“ in Art. 274 HGB. — Art. 277. — Reten- tionsrecht nach Art. 313 flg.

II. Sen.-Erf. vom 2. Nov. 1865. no. 592/594 *).

Abgesehen davon, daß die Worte „im Zweifel“, deren Art. 274 des HGB.'s sich bedient, nicht bloß auf solche Fälle sich beziehe, in welchen ein Zweifel wirklich ausgesprochen wird oder zu Tage tritt, son- dern im Allgemeinen anzeigen, daß bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen sei, daß alle von einem Kaufmanne geschlossene Verträge als zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörig anzusehen seien, hat sich Kläger bloß mit der Begründung der Behauptung beschäftigt, daß das Darlehnsgeschäft, zu dessen Abwicklung der Gemeinschuldner dem Be- klagten die jetzt reclamirten Waaren überliefert hat, auf des Beklagten Seite als Handelsgeschäft nicht angesehen werden könne. Daß ein Gleiches auch auf Seiten des Gemeinschuldners der Fall sei, ist nachzu- weisen nicht versucht worden und bei diesem ergreift daher die Ver- muthung Platz, daß er das beim Beklagten entnommene Darlehn zum Betriebe seines Handelsgewerbes aufgenommen habe. Dies allein reicht aber nach Art. 277 des HGB.'s schon hin, um das Geschäft als Han- delsgeschäft für beide Theile nach den Vorschriften des HGB.'s beurthei- len zu lassen und also gegen den Kläger auch die Bestimmungen der

*) Die Klage des Curator honorum war gegen einen Darlehnsgläubiger des Eridars auf Herausgabe gewisser, dem Eridar zuständig gewesener, Waaren zur Masse gerichtet und wurde in den Instanzen conform abge- wiesen.

Art. 313 flg., wie in der vorigen Instanz geschehen, zur Anwendung zu bringen.

Daß Beklagter auf das ihm auf Grund der angezogenen gesetzlichen Bestimmung zustehende Retentionsrecht nicht ausdrücklich Bezug genommen hat, hindert den erkennenden Richter nicht, dasselbe anzuerkennen; thatsächlich macht es Beklagter durch Verweigerung der Herausgabe der Waare geltend und bei Prüfung der Berechtigung zu dieser Verweigerung ist der Richter nicht an die Argumentationen der Parteien gebunden.

23.

Gewinnlose der K. S. Landeslotterie sind öffentliche auf den Inhaber gestellte Werthpapiere (BGB. §. 297.) Bei deren vindication als „gestohlene“ trifft den Verlustträger die Beweislast — Interpretation des Art. 307 des A. D. H. G. B.'s. — Art. 306 — 308 H. G. B. — §. 17 des Einf.-Ges. v. 30. Decbr. 1861.

II. Sen.-Erk. v. 26. Juni 1865. no. 255/253.

Wenn Kläger

1.

der von den vorigen Instanzen genommenen Auffassung, daß die in Frage stehenden Gewinnlose als Papiere au porteur zu betrachten seien, unter Bezugnahme auf §. 297 des BGB.'s, entgegenzutreten versucht und schon mit Rücksicht auf diesen das Festhalten an der vom D. A. G. in der Rechtsache

Zeitschrift für Rechtspflege etc., N. F. Bd. XVII, S. 321 flg.

jedoch auch später, z. B.

Annalen, Bd. IV, S. 507,

vergl. auch

Siebenhaar, Commentar, Bd. II, S. 194 zu §. 1045,

ausgesprochenen Ansicht, daß Loose, namentlich aber Gewinnlose der K. S. Landeslotterie als eigentliche Inhaberpapiere zu behandeln seien, für unthunlich erachtet, so ist ihm zunächst einzuhalten, daß die Vorgänge, welche zu dem vorliegenden Prozesse Anlaß gegeben haben, eben so wie dessen Verlauf bis mit Publication des Urtheils zweiter Instanz

in die Zeit vor dem Inkrafttreten des gedachten Gesetzbuchs fallen, und somit für Entscheidung der Sache das vor Letzterem gültige Recht maßgebend ist.

Siebenhaar, Commentar, Bd. I, S. 24.

Es kann aber auch, wenn man hierunter eine andere Meinung befolgen wollte, nicht einmal zugegeben werden, daß Loose der hier in Frage befangenen Art als öffentliche Werthpapiere im Sinne des §. 297 nach dessen Tenor nicht angesehen werden könnten. Gewinnlose sind offenbar an sich Werthpapiere. Ob sie vom Staate selbst oder nur mit dessen Genehmigung ausgestellt seien, ist nach dem Tenor des §. 297 ebenfalls indifferent. Eben so kommt darauf Etwas nicht an, welchem Rechtsgeschäfte diese Papiere ihre Entstehung verdanken und es stehen auf Kauf basirende Gewinnlose der Landeslotterie sicher auf gleicher Stufe, wie auf einem Darlehn fußende Loose der s. g. Lotterieanlehen.

Der Vergleich mit den Sparkassenbüchern paßt deshalb nicht, weil in diesen der Gläubiger genannt ist, solche also unter den Begriff sogenannter uneigentlicher Inhaberpapiere

Siebenhaar, Commentar, Bd. II, S. 195, zu §. 1048 fallen.

Eben so ist es

2.

nicht zutreffend, wenn Kläger annimmt, daß für Anwendung des Art. 307 des A.D.H.G.B.'s jeder Zeit wenigstens ein Kaufmann concurriren müsse, da dann statt der Wortfassung

nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe zc.
diese

von einem Kaufmanne nicht in dessen Handelsbetriebe erforderlich wäre. Hiernach kommt darauf Etwas nicht an, ob Lotteriellecteure an sich als Kaufleute zu gelten haben, oder nicht.

Weiter fällt

3.

§. 17 des Einführungsgesetzes vom 30. December 1861 allerdings unter die in Art. 308 des H.G.B.'s gedachten „günstigeren Bestimmungen“.

Man hat nämlich §. 16 jenes Gesetzes mit, und dabei zu berücksichtigen, daß eben durch letzteren §. in Bezug auf Vindication die gegen das H.G.B. Art. 306, 307 in gewisser Beziehung günstigere

Bestimmung des Gesetzes vom 7. Juni 1846, §. 5, aufrecht erhalten werden soll;

Motiven zum Gesetz, Landtags-Acten 1860/61, I. Abth., IV. Bd., S. 151 flg.

Mittheil., II. Kammer, Bd. IV, S. 3668.

Es hat also in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, das Princip jenes §. 5 — Präsuntion des rechtmäßigen Besitzes, mit der Wirkung, daß den Verlustträger die Beweislast trifft — neben dem Handelsgesetzbuche aufrecht zu erhalten und es empfiehlt sich, wenn selbst darüber ein Zweifel entstehen könnte, ob diese Absicht klare Aussprache gefunden habe, die bejahende Antwort um so mehr, als dadurch die Rechtscontinuität zwischen dem älteren Rechte vor dem Handelsgesetzbuche und dem des bürgerlichen Gesetzbuchs gewahrt ist.

24.

Zur Lehre vom f. g. Consignationsgeschäft. — Beweislast bei Nichteinhaltung des Limitum. — HGB. Art. 363. — Vorschuß?

II. Sen.-Erf. vom 29. Septbr. 1865. no. 479/528.

Die vorigen Instanzen beurtheilen mit Recht das f. g. Consignationsgeschäft als Verkaufscommission. Allein zunächst kann man der vorigen Instanz darin nicht beipflichten, daß sie die Vorschüsse als Darlehne bezeichnet, welche — ganz unabhängig von dem Ergebnisse des Vertriebes der committirten Waare — zurückgezahlt werden müssen. Das OAG. hat sich bereits in einem früheren Falle

Annalen, Bd. IV, S. 105,

dahin ausgesprochen, daß diese Vorschüsse, unter Verhältnissen der vorliegenden Art, nicht als Darlehn, sondern als vorschußweise Zahlungen zu betrachten seien.

Dahingestellt nun zc. so nimmt das OAG. an, daß der Commissionär, um zur Condictio solcher Vorschüsse überhaupt — condictio ob causam datorum, nicht aber certi ex mutuo — zu gelangen, eine vollständige Rechnung legen und im Minimum die Limiten so lange vertreten müsse, als er nicht beweisen könne, daß der Verkauf unter dem Limitum, welches der Facturapreis zuzüglich der dem Commissionär be-

kannten Transportspesen, Zölle zc. bildet, ein gerechtfertigter gewesen, oder die Waare als unverkäuflich und unverkauft zur Disposition stellte, ingleichen, daß sich zwar die Behauptung des Committenten, es habe der Commissionär, ungeachtet das Limitum erreicht worden, in schuldvoller Weise zu billig verkauft, lediglich als ein der Beweislast des Committenten anheimfallender Schädensanspruch darstellen würde, dagegen das Limitum in dem obenbezeichneten Sinne eine liquide Einrede gegen die Condition so lange begründet, als nicht der Commissionär replicando den Verkauf unter dem Limitum rechtfertigt, sei es nun, daß man diese Einrede als eine vorläufige exceptio compensationis mit einem bis zur Differenz des Limitum und des Erlöses liquiden Betrage betrachtet, oder nur die Existenz eines Retentionsrechtes des Committenten an dem eventuellen Ertrage der Condition bis zu Rechtfertigung der Differenz annimmt.

Daß nun das Handelsgesetzbuch, indem es in Art. 363 in der Vertheilung der Beweislast die vorentwickelten Grundsätze befolgt, etwas Neues gebe, läßt sich durch die Bl. bezogenen Schriftsteller, von denen übrigens jedenfalls Treitschke, als im Sinne des HGB.'s sich aussprechend, auffassen läßt, nicht beweisen, wogegen, was die Praxis anlangt, außer auf das oben bezogene Präjudiz des gegenwärtig erkennenden Gerichtshofs, insbesondere auch auf das von voriger Instanz selbst angeführte Präjudiz des OAG.'s zu Lübeck

Seuffert's Archiv, Bd. XIII, S. 66, Nr. 52, zu verweisen ist; und das OAG. hat umsoweniger Anlaß, von jener bereits vor Erlaß des HGB.'s aufgestellten Ansicht abzugehen, als eben nunmehr die Rechtscontinuität in diesem Sinne durch das HGB. gewahrt ist.

Es fragt sich also, ob aus der Klage und beziehentlich aus deren Beifügen ein Limitum erhelle. Dies mit der ersten Instanz zu bejahen, trägt aber das OAG. umsoweniger Bedenken, als ein dem Verkaufskommissionär vom Committenten bei Uebersendung der Waare angezeigter Preis im Zweifel eben nur die Normirung eines Limitum bezweckt, folglich Kläger, wollte er in keiner Weise an ein Limitum gebunden sein, sich dies ausdrücklich ausbedingen mußte, hiernach die Deduction Bl. nicht nöthig ist, um die Existenz eines Limitum zu beweisen, sondern nur dazu führt, zu belegen, daß die Zusicherung bestmöglichen Verkaufs

nicht etwa als ein solches Ausbedingniß aufgefaßt werden könne, hiernach aber das „bestmöglichst“ eben nur besagt, was aus dem Commissionsvertrage in der Regel an sich folgt, daß nämlich der Commissionär das Limitum nicht zum Nachtheil des Committenten, z. B. als Selbstkäufer ausbeuten durfte.

Auch in dieser Beziehung kann durch eine Verweisung auf das mehrfach bezogene Präjudiz

Annalen, Bd. IV, S. 105,

belegt werden, daß das OAG. dieselbe Auffassung wie hier bereits früher zur Aussprache gebracht hat.

25.

Factische Ratihabition eines Vertragsverhältnisses, welches für den einen Contrahenten zur Zeit der Eingehung wegen Unmündigkeit ein *negotium claudicans* war, durch dessen Fortsetzung nach erlangter Volljährigkeit kann nicht auf dabei in Frage kommende Wechselclauseln bezogen werden. — *Locus regit actum*.

II. Sen.-Erf. v. 24. Aug. 1865. no. 422/417

Auch nach der Ansicht des OAG.'s kann es einen irgendwie begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß der besagte der Klagbeifuge unter A. unter dem 26. September 1862 zwischen den Parteien und zwar auf Seiten des Beklagten zu B., seinem damaligen Wohnorte abgeschlossene Vertrag, weil Beklagter zur Zeit des Abschlusses preussischer Unterthan und nach den in Preußen gültigen Gesetzen damals noch minderjährig gewesen ist, ein Altersvormund desselben aber dabei nicht concurrirt hat, als ein an und für sich betrachtet den Beklagten nicht bindendes, also ihm gegenüber nichtiges Rechtsgeschäft — *negotium claudicans* — anzusehen ist, indem die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen desjenigen Staats, dessen Unterthan sie ist, beurtheilt werden muß und diese Regel nur dann und insoweit eine Ausnahme erleidet, als die Verpflichtung eines Ausländers aus einer im Inlande vorgenommenen Handlung in Frage gelangt und somit der Grundsatz „*locus regit actum*“ Platz ergreift.

So gewiß hiernach — und diese Grundsätze beruhen nicht erst auf

den Bestimmungen in §. 7 und 8 des BGB.'s, sondern sind auch schon vorher wenigstens von dem OAG. als die richtigen betrachtet und befolgt worden,

Siebenhaar, Commentar zu dem bürgerl. Ges.-Buche, zu §. 7 und 8, S. 33 flg.,

Wochenblatt für merkwl. Rechtsfälle, Jahrg. 1859, S. 44 flg., Jahrg. 1861, S. 68 flg.,

Zeitschrift f. Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XI, S. 401 flg.,

Annalen des OAG.'s Bd. VII, S. 462 flg.,

— Beklagter, da es auf seiner Seite um eine in seinem eigenen Vaterlande eingegangene Verbindlichkeit sich gehandelt hat, rücksichtlich deren es gleichgültig erscheint, ob sie dort oder im Inlande zu erfüllen war,

Siebenhaar a. a. D., S. 40,

berechtigt gewesen ist, die Erfüllung des Vertrags zu verweigern, so wenig war er doch selbstverständlich auf der andern Seite behindert, denselben als bindend für sich zu betrachten, und er that dieses mit rechtsverbindlicher Wirkung, wenn er das in beschränkt handlungsfähigem Zustande eingegangene Vertragsverhältniß, auch nach der Zeit seiner nach preussischem Rechte eingetretenen Volljährigkeit, im Inlande fortgesetzt hat, was offenbar dadurch geschehen ist, daß er zufolge seiner Geständnisse in den Anmerkungen zu den Einlass.-Punkten 14 und 22 auch nach dem 26. December 1862, an welchem Tage er seine Volljährigkeit auch nach preussischem Rechte erreicht hatte, und bis zu seinem am 5. September 1863 erfolgten Austritt auf der Bühne Klägers Rollen übernommen und gespielt und dafür nach dem im Contracte normirten Betrage monatlich eine Gage sich hat auszahlen lassen. Denn ein derartiges Verhalten beurfundet eben so gewiß volles Einverständnis mit den Bestimmungen des Vertrags auf seiner Seite, wie es zugleich eine thatsächliche Ratihabition des letzteren involvirt und zwar des Vertrags in seiner Gesamtheit; am wenigsten ist abzusehen, warum es zu einer auf concludenten Handlungen beruhenden Ratihabition, als welche sonach vorliegt, wie Beklagter einwendet, auch noch überdies, soviel die Rechtsbeständigkeit des Vertrags im Allgemeinen anlangt, einer schriftlichen Genehmigung bedurft habe.

Richtig freilich — und dies führt auf die Appellation des Klägers — ist der nurgedachte Einwand des Beklagten, soweit die diesem

angefonnene Zahlung der libellirten Conventionalstrafe nach Wechselrecht in Frage gelangt, da, wie bereits die vorige Instanz mit Recht hervorgehoben hat, die Uebernahme einer Verbindlichkeit bei Wechselhaft nach Maaßgabe §. 6, verb. mit §. 4 und 5 des Gesetzes vom 7. Juni 1849, mit Erfolge nur schriftlich oder mündlich zu Protokoll erklärt werden kann, der Mangel einer so beschaffenen Ratihabitions-handlung aber augenscheinlich nicht durch die bei Abschluß des Vertrags erfolgte schriftliche Vollziehung der die Wechselclausel enthaltenden Contraktsurkunde ersetzt werden kann.

Soweit die Klagbitte auf Verurtheilung nach Wechselrecht gerichtet, ist daher die Klage allerdings mit Recht abgewiesen worden.

26.

Abweisung der Wechselregreßklage aus einem Dato-Wechsel mit Correctur in dem Tage der Ausstellung. — A D W D. Art. 46.

II. Sen. - Erk. vom 15. Aug. 1865. no. 329/391.

Ein Schriftstück, wenn es, wie dem Urkundenprozeße überhaupt, so speciell dem Wechselprozeße als geeignete Unterlage dienen soll, muß ein schon seiner äußeren Form nach vollständig unverdächtiges sein, insonderheit darf dasselbe, soviel seinen Inhalt betrifft, in keinem für die rechtliche Beurtheilung relevanten Theile Correcturen enthalten. Diesem Erfordernisse nun aber entspricht der hier in Rede stehende Wechsel insofern nicht, als derselbe in Betreff des Tages seiner Ausstellung, also darüber, ob der 6. Juli oder der 16. Juli als der richtige Ausstellungstag zu gelten habe, ein sicheres Anhalten zu bieten durchaus nicht geeignet erscheint. Denn ganz zu geschweigen der schon bei der Ziffer 6 ersichtlichen Correctur, von welcher man absehen will, da die Parteien über die Richtigkeit dieses Zahlzeichens einverstanden sind, so ist offenbar die dem letzteren vorangehende Ziffer 1 erst später und zwar anscheinend von einer andern Hand und mit anderer Tinte intercalirt worden. Es kann dieses zwar, wie recht wohl gedenkbar ist, im Einverständnisse der ursprünglichen Wechselinteressenten gleich Anfangs bei Ausstellung des Wechsels oder doch ehe und bevor derselbe von dem Bezogenen acceptirt wurde, geschehen sein, und in diesem Falle wäre die Abänderung

eine gleichgültige. Allein ebensogut ist es möglich, daß dieselbe erst nach der Zeit der Annahme oder vielleicht noch später, nach Befinden also erst nach dem 24. August 1864, von welchem Tage das Indossament der Beklagten herrührt, ganz willkürlich von der Hand eines hierzu nicht Berechtigten bewirkt worden sein kann. Wie nun auf den Tag der Wechsellausstellung, wenigstens bei sogenannten Dato-Wechseln, insofern alles ankommt, als nach diesem die Verfallzeit sich richtet, so erscheint für den vorliegenden Fall die Frage, wenn und von wem die fragliche Umänderung vor sich gegangen sei, um so gewisser von der höchsten Bedeutung, als dann, wenn solche in unbefugter Weise geschehen, und der 6. Juli der richtige Ausstellungstag wäre, der drei Monate a dato zahlbare Wechsel bereits am 6. October fällig ward, folglich nach Maafgabe §. 41 der A.D.W. spätestens am 8. dess. Mts. zur Zahlung zu präsentiren resp. zu protestiren war und — da dieses nicht geschehen ist — präjudicirt wäre. Die nurgedachte Ungewißheit des richtigen Ausstellungstages, welche hiernach die rechtliche Beurtheilung der Sache zu einer ganz unsichern macht, wird aber, wie ferner nicht außer Acht bleiben darf, durch die weitere Betrachtung des Wechsels selbst insofern nur noch vermehrt, als die auf ihm zu lesenden, offenbar von verschiedenen Personen herrührenden Bemerkungen: „16. October“ und „p. 6. October c.“, welche offenbar den Verfalltag bezeichnen sollen, an die Hand geben, daß während des Laufes des Wechsels der Verfalltag von verschiedenen Personen verschieden berechnet worden sein muß, daß insonderheit zu der Zeit, wo die zuletztgedachte Notiz darauf gebracht worden ist, der Wechsel noch den 6. Juli als Ausstellungstag getragen haben muß, wie denn in der That auch schon bei Gelegenheit der Präsentation des Wechsels in dem Geschäftslocale des Nothadressaten S. L. nach Ausweis der Protesturkunde Seiten der genannten Firma Zahlung zu Ehren ihres eigenen in tergo des Wechsels ersichtlichen Giro darum abgelehnt worden ist, weil L. nicht bestimmt wisse, ob das beregte Giro seine richtige Unterschrift enthalte, indem ein derartiger Wechsel per 16. October nicht durch seine Bücher gegangen sei.

Ebenso haben denn auch in dem vorliegenden Prozesse die Beklagten Recognoscibilität des Wechsels unter der Behauptung bestritten, daß als Ausstellungstag desselben zu der Zeit, wo sie auf solchen ihr Giro gebracht, resp. denselben an den Kläger übersendet hätten, der

6. Juli in dem Wechsel gestanden hätte, daher Letzterer insoweit erst nachmals geändert, resp. gefälscht worden sein müsse.

Sei dem indessen wie ihm wolle, — und die Behauptung der Beklagten findet allerdings noch überdies, wie nicht wohl bestritten werden mag, in dem Inhalte der von ihnen producirten Handlungsbücher, wo überall gleichmäßig ein per 6. October 1864 in Berlin zahlbarer Wechsel im Belaufe von 400 Thln., dagegen keiner dergleichen, welcher per 16. October 1864 zahlbar, eingetragen sich findet, eine nicht unwesentliche Unterstützung — in jedem Falle ermangelt der ostgedachte Wechsel schon seiner äußeren Form nach augenscheinlich derjenigen Integrität, welche das erste und wesentlichste Erforderniß eines documentum garantigiatum ist und Man hat daher darauf hin, dem Antrage der Beklagten gemäß, die Klage in der geschenehen Maaße *refusis expensis* abzuweisen nicht das mindeste Bedenken gefunden.

27.

Acceptation einer Tratte Seiten einer anderen Person als des Bezogenen ist als solche wirkungslos und kann als Intervention i. S. wenigstens vom Aussteller nicht geltend gemacht werden. — A. D. W. D. Art. 21 flg. 57 flg. 81.

II. Sen.-Erl. v. 14. Septbr. 1865. no. 534/490.

Man hatte zunächst der vorigen Instanz darin beizustimmen, daß aus den von den Parteien abgegebenen, im anderweiten Verhörstermine wiederholten Erklärungen mit Gewißheit hervorgehe, daß das auf dem der vorliegenden Klage zum Grunde liegenden Wechsel ersichtliche, mit „F. B.“ unterzeichnete Accept nicht von dem Bezogenen, dem Gutsbesitzer „C. F. B.“, sondern von dessen Sohne, dem gegenwärtigen Beklagten, ausgestellt worden sei, eine Annahme, welcher nicht nur vom Kläger nicht widersprochen worden ist, sondern welche auch in den vom Prozeßgericht als gerichtskundig bezeichneten Umständen noch weitere Bestätigung findet. Es hängt daher die Entscheidung der Sache zunächst von der Beantwortung der Frage ab, ob die von einem Dritten (Nicht-Bezogenen) auf einen gezogenen Wechsel gesetzte Acceptationserklärung dem Aussteller gegenüber auch dann eine wechselmäßige Haftung desselben begründe, wenn ein Accept des Bezogenen nicht hinzugekommen ist. Diese Frage hat Man

jedoch ebenfalls in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz verneinend zu beantworten gehabt.

Schon nach dem älteren Wechselrecht galt der Grundsatz, daß ordentlicher Acceptant eines Wechsels (im Gegensatz zum Intervenienten) nur der Bezogene sein könne,

Treitschke, Encyclopädie des Wechselrechts, Bd. I, S. 47 und 244, und es läßt sich nicht annehmen, daß hieran durch die Bestimmungen der ADWD. etwas geändert worden sei. Die in dem V. Abschnitte derselben enthaltenen Dispositionen über die Annahme der Wechsel beziehen sich der Wortfassung nach lediglich auf den Bezogenen, womit auch die des ersten Absatzes des 16. Art., in welchem ebenfalls der Bezogene als derjenige bezeichnet wird, gegen den der Inhaber eines erst nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist indossirten Wechsels die Rechte aus einem etwaigen Accepte erlangt, in Uebereinstimmung steht. Hiervon enthält der vom Kläger zur Begründung seiner entgegengesetzten Behauptung angezogene zweite Absatz des Art. 22 keine Abweichung, da, wie sich aus dem unmittelbaren Zusammenhange dieses Satzes mit dem vorhergehenden ergibt, unter dem in dem ersteren gebrauchten Ausdrucke Acceptant nur der Bezogene, welcher acceptirt hat, zu verstehen ist. Insbesondere aber giebt Art. 23 dem Aussteller eines Wechsels nur gegen den Bezogenen, welcher acceptirt hat, nicht aber gegen eine dritte Person, welche anstatt desselben eine Annahmeerklärung auf den Wechsel gebracht hat, einen wechselfähigen Anspruch, es kann daher auch im gegenwärtigen Falle, vom Kläger ein Klagrecht wider den Beklagten aus der Bestimmung dieses Artikels der ADWD. nicht abgeleitet werden.

Die entgegengesetzte Ansicht hat man zwar durch die Bezugnahme darauf zu rechtfertigen gesucht, daß nach allgemeinen, aus der rechtlichen Natur der durch das Accept erzeugten Wechselverbindlichkeit geschöpften Rechtsgründen der Annahme einer solchen Verbindlichkeit auf Seiten eines Nichtbezogenen ebensowenig etwas entgegenstehe, als irgend eine positive Bestimmung des angezogenen Gesetzes das Gegentheil ausspreche,

Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. IV, S. 46 flg., allein nach der Ansicht des OAG.'s reicht dies nicht aus, um eine Gleichstellung des von einem Dritten ohne Zutritt des Bezogenen geleisteten Accepts mit dem des Letzteren als zulässig erscheinen zu lassen. Denn wenn sich auch zugeben läßt, daß eine derartige gesetzliche Bestimmung,

wenn sie existirte, mit den in der A.D.W.D. angenommenen Prinzipien nicht in Widerspruch stehen würde, so muß es doch mit Rücksicht auf die rein formale Natur des aus dem Wechselgeschäft entspringenden Rechtsverhältnisses schon an sich bedenklich fallen, rechtliche Wirkungen, welche das Gesetz gewissen in einer bestimmten vorgeschriebenen Form abgegebenen Erklärungen der beteiligten beilegt, auch dann auf andere Fälle, welche von der fraglichen Disposition nicht getroffen werden, zu übertragen, wenn sich nicht aus dem Zusammenhange der letzteren mit anderen Bestimmungen oder aus dem sonstigen Inhalte des Gesetzes mit Zuverlässigkeit ergibt, daß eine solche Anwendung im Sinne und in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe. Im gegenwärtigen Falle dürfte aber die Annahme, daß der Gesetzgeber dem Accepte eines Dritten dem Aussteller gegenüber ganz die nämlichen rechtlichen Wirkungen wie dem eines Bezogenen habe beilegen wollen, um so weniger als gerechtfertigt erscheinen, als die im Art. 23 der W.D. zu Gunsten des Ausstellers getroffene Bestimmung keineswegs als eine solche allgemein anerkannt ist, welche mit Nothwendigkeit aus dem Wesen des Wechselverkehrs sich ergibt,

Treitschke a. a. O., Bd. II, S. 474 flg.

Renaud, Wechselrecht §. 39,

Hoffmann, Erläuterung zc. §. 13, S. 85, §. 32, S. 313 flg.,

Archiv für Wechselrecht, Bd. VI, S. 113 flg. 139 flg.,

und sich daher schon aus diesem Grunde zu einer ausdehnenden Anwendung nicht füglich eignet.

Nun ist zwar nach Art. 81 des angezogenen Gesetzes die wechselrechtliche Verpflichtung aus der Annahme eines gezogenen Wechsels nicht unter allen Umständen allein auf den Bezogenen beschränkt; allein diese Bestimmung setzt nach ihrem klaren Wortlaute voraus, daß die betreffende Annahmeerklärung sowohl von dem Bezogenen als auch noch von einer anderen Person unterzeichnet worden sei, da nur in diesem Falle, nicht aber dann, wenn das Accept von einer dritten Person allein ausgestellt ist, von einer Mitunterzeichnung als Acceptant die Rede sein kann. Es ist daher auch in denjenigen Fällen, in welchen die hier streitige Frage zur Entscheidung der Gerichtshöfe gelangt ist, wenigstens in der größeren Mehrzahl derselben, ein derartiges Accept für unwirksam erklärt worden.

Neues Archiv für Handelsrecht Bd. IV, S. 44,

Borchardt, die A.D.W.D. zc. 4. Aufl. S. 126, Zus. 240.

Dem Vorstehenden zufolge kann es sich bei der Beurtheilung der wechselfmäßigen Bedeutung eines solchen Accepts nur noch fragen, ob dasselbe als eine wechselrechtliche Intervention angesehen werden dürfe. Die vorige Instanz hat dies für den vorliegenden Fall deshalb verneint, weil die Ehrenannahme stets einen nothleidenden Wechsel voraussetze, ein solcher aber nicht vorliege. Dies entspricht allerdings den Grundsätzen des älteren Wechselrechts,

Ben der, Grundsätze des deutschen Wechselrechts 1. Abth. §. 375, S. 639,

Treitschke a. a. D., Bd. I, S. 518, 579,

Renaud a. a. D., §. 71, S. 180,

allein obgleich in den meisten Fällen eine Ehrenannahme nur in Folge der vom Bezogenen verweigerten Annahme des Wechsels und nachdem bereits ein Protest Mangels Annahme aufgenommen worden, geleistet zu werden pflegt, so erfordert doch die ADWD. zur Rechtswirksamkeit einer solchen an sich das Vorhandensein eines Regreß- oder Protestfalls nicht,

Hoffmann a. a. D., §. 62, S. 430 und §. 64, S. 442, sondern stellt es in Art. 57 nur in die Willkür des Inhabers, ob er die Ehrenannahme einer auf dem Wechsel nicht als Nothadresse benannten Person zulassen wolle oder nicht. Es würde daher der Umstand, daß eine Verweigerung der Annahme des Wechsels Seiten des Bezogenen nicht stattgefunden hat, die rechtliche Möglichkeit, daß das Accept eines Dritten als Intervention betrachtet werde, nicht ausschließen, vielmehr spricht für diese Ansicht jedenfalls die Erwägung, daß ein nichtbezogener Acceptant, welcher auf einen auf eine andere Person gezogenen Wechsel eine Annahmeerklärung bringt, dadurch jedenfalls die Absicht zu erkennen giebt, eine wechselfmäßige Verbindlichkeit zur Einlösung desselben zu übernehmen, eine solche Erklärung aber den übrigen bei dem Wechselgeschäft beteiligten Personen gegenüber nur dann als rechtlich wirkungslos angesehen werden könnte, wenn ihre Verlautbarung entweder in einer durch wechselrechtliche Bestimmungen für formwidrig und zur Begründung einer Verbindlichkeit für ungeeignet erklärten Art und Weise erfolgt wäre, oder ihrer Gültigkeit allgemeine Rechtsgrundsätze entgegenstünden. Sobald dies jedoch nicht der Fall wäre, so würde sie nach allgemeinen, auch im Wechselrecht keineswegs ausgeschlossenen Rechtsregeln als dasjenige, was

sie nach der Absicht der Contrahenten sein soll, insoweit aufrecht erhalten werden müssen, als die einschlagenden besonderen gesetzlichen Vorschriften solches gestatten, mithin, da etwas anderes mit den Vorschriften der Wechselordnung nicht vereinbar sein würde, als eine Intervention der in Artikel 57 bezeichneten Art. Allerdings kann diese Auffassung im vorliegenden Falle dem Kläger nicht zu statten kommen, da, wie bereits von der vorigen Instanz bemerkt worden, in Gemäßheit Art. 59 als derjenige, zu dessen Gunsten intervenirt worden, der Aussteller, mithin hier der Kläger selbst, angesehen werden muß und daher dem Beklagten nach Artikel 63 in Bezug auf das an den Kläger in Folge der übernommenen Intervention Gezahlte ein sofortiges Rückforderungsrecht zustehen würde, dieser Umstand aber nach der in

l. 173, §. 3 Dig. de diversis reg. jur. (L. 17), ausgesprochenen Rechtsregel der Berurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der geklagten Forderung entgegensteht.

28.

Die Aufhebung der Bestimmung des Ges. vom 7. Juni 1849, den Schuldarrest zc. betr., §. 16 durch die Wechselnovelle vom 10. März 1864 no. III ist nicht auf Fälle zu beziehen, wo die Wechselfaustellung vor dem Inkrafttreten der Novelle erfolgte.

II. Sen.-Erf. vom 7. Novbr. 1865. no. 620/605.

Die Wiederherstellung des Bescheides erster Instanz, durch welchen der Antrag des Klägers auf Anlegung der Wechselhaft wider den Beklagten als unstatthaft abgewiesen worden ist, beruht auf folgenden Erwägungen:

Man ist mit der vorigen Instanz darin einverstanden, daß, wie dies auch bereits in einer früheren Entscheidung des OAG.'s

Annalen II, S. 422, ausgesprochen worden ist, die Anwendung der Personalhaft nicht als ein unmittelbarer Gegenstand des Wechselvertrags betrachtet werden kann. Es ist auch die Fügigkeit, den Schuldner zur Erfüllung seiner wechselmäßigen Verpflichtungen durch Anlegung des Personalarrests zu zwingen, wenigstens im Sinne der ADWD. weder als ein wesentliches Erforder-

niß, noch als der eigentliche Zweck dieses Vertrags aufzufassen und deshalb der *f. g. rigor cambialis* nicht in die Begriffsbestimmung des Wechsels aufzunehmen. Beides ergibt sich schon daraus ganz klar, daß Art. 2 der *ADWD.* zwischen wechsel- und wechselarrestfähigen Personen unterscheidet und auch den ersteren die Fähigkeit beilegt, sich nach Wechselrechte zu verpflichten. Die Anwendung des Personalarrests ist also, wie bereits oben angedeutet worden, nur ein Mittel, den Wechselschuldner zur Erfüllung seiner wechselfähigen Verbindlichkeiten im Rechtswege durch den Richter anhalten zu lassen, welches in seiner ursprünglichen Entstehung nicht bloß bei wechselfähigen, sondern auch bei anderen Forderungen und namentlich von den Handelsgerichten bei kaufmännischen Forderungen aller Art benutzt wurde.

Biener, *Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte; Entstehung und Ausbildung des Wechsels* 2c. 3 A., S. 76 und Anhang, S. 147 flg. Bd. I,

Einert, *das Wechselrecht*, S. 15 flg.,

Hofmann, *Wechselordnung*, §. 7, S. 50,

Renaud, *Lehrbuch des Wechselrechts*, §. 19—21 S. 43 flg.

Bluntschli, *die deutsche Wechselordnung*, Art. 2, S. 18 flg.

Auch nach den gegenwärtig in Sachsen bestehenden Prozeßgesetzen ist der Personalarrest, die sog. *executio in personam*, kein ausschließliches Privilegium des Wechsels; denn neben der Wechselhaft besteht noch die in §. 10 des Gesetzes vom 7. Juni 1849 erwähnte Schuldhaft, in den nach der Leipziger *HGD.* (vor dem dasigen Handelsgerichte) zu verhandelnden Prozessen, und der in §. 1 des obgedachten und in §. 71 bb. des *Executionsgesetzes* vom 28. Februar 1838 für gewisse Fälle der Verurtheilung des Beklagten angeordnete Gefängnißzwang. Als ein dem Wechsel eigenthümliches Executionsmittel erscheint indeß der Wechselarrest insofern, als die Personalhaft (wenn man von den in §. 71 bb. des *Executionsgesetzes* gedachten Fällen absieht) überhaupt kein allgemeiner, sondern ein nur für gewisse Personen oder Schuldverhältnisse bestimmter Executionsact ist.

Faßt man den Wechselarrest von dieser prozessualischen Seite auf, so ist es auch richtig, daß die hierüber bestehenden Vorschriften den Prozeßgesetzen, und somit dem öffentlichen Rechte angehören, welches der Disposition der Privaten entzogen ist, insoweit nicht die Gesetze selbst dem

Privatwillen der Parteien diese Disposition überlassen. Aber auch der erkennende und der prozessleitende Richter dürfen die Personalhaft als executivisches Zwangsmittel nur in den Fällen und innerhalb der Grenzen anordnen und anwenden, in welchen sie ein positives Gesetz dazu autorisirt.

Hieraus folgt für die Anwendung neuer, die Wechselhaft betreffender Gesetze auf ältere Wechselverpflichtungen, daß, wenn die Zulässigkeit des Wechselarrests als Executionsmittel durch ein neues Gesetz beschränkt worden ist, die Personalhaft gegen den Wechselschuldner nicht mehr angewendet werden kann, wenn dieselbe im gegebenen Falle zwar nach dem älteren Rechte, unter dessen Herrschaft die Wechselverbindlichkeit entstanden ist, statthaft gewesen wäre, nach dem neuen Gesetze aber nicht statthaft ist. Hiernach könnte es auf dem ersten Anblick so erscheinen, als müsse consequenter Weise die Anwendbarkeit eines neuen Gesetzes über die Wechselhaft auf ältere Wechselverbindlichkeiten auch im umgekehrten Falle, wenn das neue in dieser Beziehung strenger als das ältere Recht ist, anerkannt werden. Allein zwischen diesen beiden Fällen besteht der wesentliche Unterschied, daß in jenem der Richter eine Maaßregel anwenden würde, welche unter den hier vorausgesetzten Verhältnissen, nach den bestehenden Gesetzen nicht mehr zulässig wäre, mithin aller gesetzlichen Begründung entbehrte, während in diesem es sich nur darum handelt, ob das neue Gesetz schon deshalb, weil es ein Prozeßgesetz ist, auf ein früher und unter der Herrschaft anderer gesetzlicher Bestimmungen entstandenes Rechtsverhältniß angewendet werden kann. So wenig man nun die Regel, daß Prozeßgesetze auch auf die gerichtliche Verfolgung früher entstandener Forderungen und selbst auf bereits anhängige Prozesse anzuwenden sind, sofern nicht letzterenfalls bereits ein formelles Recht für die Parteien begründet worden ist, bezweifeln will, und so gewiß daran festzuhalten ist, daß der Wechselarrest in seiner prozessualischen Beziehung die Eigenschaft eines Executionsmittels hat, so besteht doch zwischen dem Wechselarrest und der, wie oben bemerkt worden ist, auch in andern Fällen zu gleichen Zwecken zulässigen Schuldhaft insofern ein, gerade für die Entscheidung des vorliegenden Falles wichtiger Unterschied, als diese Schuldhaft, gleich anderen Executionsacten, auf unmittelbaren gesetzlichen Vorschriften beruht, während der erstere eine auf dem Privatwillen einer wechselarrestfähigen Person beruhende Unterwerfung unter die Wechsel-

haft voraussetzt. Dieser Unterschied ist auch in dem Gesetze vom 7. Juni 1849 über den Schuldarrest und den Wechselprozeß, welches, insoweit nicht einzelne Vorschriften desselben durch das Gesetz vom 10. März 1864 abgeändert worden, noch dermalen in Geltung besteht, deutlich bezeichnet worden, indem es in §. 1 desselben heißt, daß der Schuldarrest, außer den Fällen, auf welche sich das Gesetz vom 28. Februar 1838 beziehe, stattfinde, entweder a. in Gefolge einer vorausgegangenen Unterwerfung unter denselben — Wechselhaft — oder b. ohne diese, als ein für gewisse Schuldverhältnisse gesetzlich geordnetes Executionsmittel (§. 10 des gedachten Gesetzes). In allen anderen Fällen hat schon die Existenz einer privatrechtlichen Verpflichtung, ohne daß es hierzu noch besonderer Willenserklärung des Schuldners bedarf, die Folge, daß der Schuldner durch die gesetzlich geordneten Zwangsmittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit angehalten werden kann, mögen nun diese (im Sinne des §. 1 b.) gesetzlichen Executionsmittel allgemeiner Natur sein und sich nur je nach der objectiven Beschaffenheit der schuldigen Leistung verschiedenartiger gestalten, oder mögen dieselben (wie die in §. 10 gedachte Schuldhaft) nur auf eine gewisse Classe von Personen und Schuldverhältnissen berechnet sein. Für die Zulässigkeit der Wechselhaft als Executionsmittel aber erfordert das Gesetz in §. 1 a. eine Unterwerfung, einen in den Bereich des Vertrags fallenden besonderen Willensact der Parteien, für dessen Giltigkeit es überdieß in §§. 2 flg. die Beobachtung bestimmter Formen erheischt. Hierauf besteht die, übrigens auch von der vorigen Instanz mit Recht betonte vertragsmäßige Seite der Wechselhaft als Executionsmittel; es genügt bei derselben nicht der Wille, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, mit dem Bewußtsein, daß die Gesetze, auch ohne Zuthun der Parteien, für jede privatrechtliche Verpflichtung geeignete Executionsmittel an die Hand geben, sondern es muß auch der Wille, sich einem durch außergewöhnliche Mittel verstärkten, Executionszwange zu fügen, durch die in der vorschriftsmäßigen Form bewirkte Unterwerfung unter die Wechselhaft noch besonders erkennbar geworden sein. Der prozessuale, dem öffentlichen Rechte angehörige Charakter der Wechselhaft wird durch diese Auffassung keineswegs verdrängt; die Wechselhaft bleibt, ihrem Zwecke gemäß, ein durch die Prozeßgesetze anerkanntes, dem Prozeßrechte angehöriges Executionsmittel und deshalb sind auch die Voraussetzungen, der Umfang und die Modalität der Anwendung dieses

Zwangsmittels der Disposition der Privaten dergestalt entzogen, daß sie sich demselben nur innerhalb der prozeßgesetzlich festgestellten Grenzen unterwerfen können, und auf dieser Vorstellung beruht unter andern auch die Bestimmung in §. 28 des Gesetzes vom 7. Juni 1849, daß Niemand auf die Wohlthaten des Gesetzes — die zu Gunsten der Wechselschuldner eingeführten Beschränkungen der Wechselhaft — verzichten kann. Das vertragsmäßige Element aber liegt in der auf Privatwillen beruhenden Unterwerfung, von welcher der Eintritt der die Personalhaft als executivisches Zwangsmittel betreffenden Prozeßgesetze abhängt. Dieses vertragsmäßige Element hat nun, nach der Meinung des OAG., für die Beantwortung der vorliegenden Streitfrage eine größere, als die ihm von der vorigen Instanz beigelegte Tragweite. — Sowie nämlich für den Inhalt eines Vertrags überhaupt und für die Bemessung der Leistungen, welche den eigentlichen und vermögensrechtlichen Gegenstand dieses Vertrags bilden, die beim Abschlusse desselben bestehenden Gesetze und der ausdrückliche oder präsumtive Wille, sich nach und innerhalb der Grenzen dieser Gesetze zu verpflichten, die maassgebenden Factoren sind, eben so müssen auch bei einer auf Privatwillen beruhenden Unterwerfung unter die Wechselhaft als ein zu Gunsten des Wechselgläubigers eingeführtes besonderes Zwangsmittel, die Gesetze, welche zur Zeit der hierauf bezüglichen Erklärung über die Zulässigkeit der Personalexecution in Wechselsachen, deren Bedingung und Umfang gegolten haben, zur Entscheidungsnorm über die Wechselarrestfähigkeit des Schuldners dienen. Der Wille des Wechselschuldners, welcher sich durch die Eingehung eines Wechselvertrags in Betreff des rigor cambialis kund giebt, geht nur dahin, daß er sich der Wechselhaft als Executionsmittel unterwerfe, wenn und insoweit dies als solches nach den gerade bestehenden Gesetzen statthast ist; eine weiter gehende Verpflichtung würde, aus den oben entwickelten Gründen, nicht einmal als rechtlich wirksam betrachtet werden können. Der Gläubiger erlangt also durch die Unterwerfungserklärung des Schuldners auch nur unter dieser Voraussetzung und Beschränkung ein Recht, jenes besondere Executionsmittel für sich in Anspruch zu nehmen. War bei der Eingehung des Wechselvertrages der Schuldner überhaupt nur wechsel- aber nicht auch wechselarrestfähig, so kann in der Ausstellung eines formrichtigen Wechsels die Erklärung, daß er sich auch der Personalhaft unterwerfe, überhaupt nicht gefunden werden, und es treten alsdann in Betreff der

Execution die Vorschriften in §. 46 flg. des angezogenen Gesetzes ein; war aber seine Wechselarrestfähigkeit nach damaligem Rechte eine beschränkte, so muß diese Beschränkung auch in dem Falle berücksichtigt werden, wenn dieselbe inmittelst durch ein neues Gesetz aufgehoben und diesem nicht etwa von dem Gesetzgeber selbst die rückwirkende Kraft beigelegt worden ist. Denn ohne diese besondere, von dem Gesetzgeber selbst ausgehende Ermächtigung würde der Richter, wenn er den durch das neue Gesetz verschärften rigor cambialis gegen den Schuldner einer früher entstandenen Wechselforderung anwenden wollte, unbefugter Weise in einen bereits festgestellten Rechtszustand eingreifen und dem Gläubiger einen Anspruch zugestehen, welchen er nach dem bei der Entstehung seiner Forderung geltenden Rechte durch die Unterwerfung seines Schuldners unter die Wechselhaft nicht erlangen konnte.

Nach diesen, zwar nicht unbestrittenen, aber auch von verschiedenen Schriftstellern des neueren Wechselrechts

Bluntschli a. a. D., S. 22,

Brauer, Wechselordnung, S. 30,

Hofmann a. a. D., S. 176 §. 5,

Renaud a. a. D., S. 47,

vertheidigten Grundsätzen konnte im vorliegenden Falle der Antrag des Klägers auf Anlegung der Personalhaft gegen den Beklagten nicht für statthaft erachtet werden. Denn der betreffende Wechsel ist zu einer Zeit ausgestellt, wo die Bestimmung in §. 16 des Gesetzes vom 4. Juni 1849, zufolge deren der Wechselarrest im Allgemeinen nur so lange als Executionsmittel statthaft war, bis der Schuldner das 70. Altersjahr angetreten hatte, noch bestand. Diese auf allgemeinen Humanitätsrücksichten gegen den Schuldner beruhende Beschränkung ist allerdings durch das Gesetz vom 10. März 1864 sub no. III, aber ohne rückwirkende Kraft, aufgehoben worden; allein aus den obenentwickelten Grundsätzen kann diese neuere Bestimmung den Kläger nicht berechtigen, den Wechselarrest als Executionsmittel gegen den Beklagten zu beantragen, welcher, wie außer allem Zweifel beruht, bei Anstellung der vorliegenden Klage das 70. Altersjahr bereits angetreten hatte. Es kommt aber auch noch hinzu, daß nach dem Bl. in beglaubigter Abschrift anzutreffenden, bereits producirten und anerkannten Militärabschied als liquid zu betrachten ist, daß Beklagter schon bei Ausstellung jenes Wechsels nach damaligem Rechte

nicht mehr wechselarrestfähig war, mithin seine Wechselbürgschaft überhaupt nur nach den Grundsätzen, welche über die von wechsel- aber nicht wechselarrestfähigen Personen ausgestellten Wechsel gelten, zu beurtheilen war.

Sonach wäre dem Gesetz vom 10. März 1864, sub III nur dann nachzugehen gewesen, wenn nach dessen Erscheinen ein neuer Wechselvertrag in Betreff derselben Forderung eingegangen worden wäre.

Civilprozeß und Concurß.

19.

Die Bestimmung der Erl.-Proz.-Ordn. ad tit. V, §. 9 wegen Erstattung der Kosten der zurückgenommenen Klage vor anderweiter Einlassung des Beklagten auf die neue, findet auch im Executionsprozeße Anwendung.

II. Sen.-Erl. vom 22. Febr. 1866. no. 57/52.

Die vorigen Instanzen stimmen in der Ansicht überein, daß die für den ordentlichen Prozeß gegebenen Vorschriften, so weit nicht etwas Anderes durch ausdrückliche Bestimmung oder durch die Eigenthümlichkeit der betreffenden Prozeßgattung geboten ist, auch auf die summarischen Prozeßgattungen in Anwendung zu bringen sind. Es folgt daraus von selbst, daß die Bestimmung der Erl.-Proz.-Ordn. ad tit. V, §. 9 hinsichtlich der Verbindlichkeit zur Kostenerstattung im Falle der renunciatio litis auf den Executionsprozeß nicht schon um deswillen als unanwendbar zu betrachten ist, weil sie zunächst auf den Ordinarprozeß sich bezieht. Das OAG. stimmt dem vollkommen bei und gelangt in Conformität mit der ersten Instanz zu der Folgerung, daß dem Fortgange des auf Klägers Antrag eingeleiteten Executionsverfahrens die vorgedachte Bestimmung allerdings entgegenrete. Denn Kläger hat bei Stellung des vorgedachten Antrags die nach Ausweis der Beilageacten erhobene, mit der gegenwärtigen im Wesentlichen und, abgesehen von der Herabsetzung des petirten Betrags, dem Grunde und Gegenstande nach ganz gleich-

artige Executionsklage zurückgenommen, ohne die Unkosten des Vorprozesses dem Beklagten erstattet zu haben oder auch nur zu deren Erstattung sich zu erbieten und Beklagter hat der Fortstellung der jetzigen Klage unter Berufung auf die vorerwähnte Disposition der Erl. = Proz. = Ordn. ausdrücklich widersprochen. Wenn die zweite Instanz die von der ersten Instanz aus dieser Disposition abgeleiteten rechtlichen Consequenzen aus dem Grunde nicht getheilt hat, weil sie das, was die Erl. = Proz. = Ordn. ad tit. V, §. 9 verordnet, nach dem Wortlaute wie nach der ratio legis mit den Eigenthümlichkeiten des Executionsprozesses für unvereinbar erachtet, so hat man den diesfalligen Erwägungen in jetziger Instanz ein durchschlagendes Gewicht beizulegen nicht vermocht.

Der Wortlaut der Bestimmung, daß Kläger die sämtlichen Unkosten zu erstatten angehalten werden solle, „ehe Beklagter auf die neue Klage sich einlässet“, weist nicht nothwendig auf die im Executionsprozeß allerdings nicht vorkommende Einlassung und Antwort auf die Klage hin, sondern umfaßt, wie auch die erste Instanz angenommen hat, die rechtliche Vertheidigung der beklagten Partei wider den erhobenen Anspruch im weiteren, nicht bloß die Klagbeantwortung im Sinne der Prozeßordnung tit. XVI, sondern auch das Vorschützen von Exceptionen im Sinne der Prozeßordnung tit. XI, überhaupt die Vertheidigung durch ein den Anspruch beseitigendes oder hemmendes rechtliches Moment begreifenden Umfange; der Begriff der Einlassung erhält eine erweiterte Bedeutung in ähnlicher Weise, wie im römischen Rechte der Begriff der exceptio nicht selten mit dem Begriff der defensio zusammenfällt.

l. 56 D. de cond. indeb.

l. 18 §. 2 D. de probat.; l. 22 D. d. except. et praeser.

Wegell, System des ordentl. Civilprozesses §. 17, S. 135.

In dieser weiteren Bedeutung wird auch in der Erl. = Proz. = Ordn. ad tit. VI, §. 1 bestimmt, daß der Conventionskläger in der Reconventionsfache sich weiter einzulassen nicht schuldig sei, bis Beklagter der Convention sich entbrochen habe, was im Hinblick auf das verschiedenartige Zeitverhältniß der Widerklage zur Hauptklage, je nachdem erstere vor, gleichzeitig oder nach der Letzteren anhängig wird, auf die Verbindlichkeit zur Einlassung und Antwort in der Reconvention nicht beschränkt sein kann und von dem Gerichtsbrauche auch darauf nicht beschränkt wird,

Zeitschrift f. Rechtspflege u., N. F., Bd. V, S. 174, Nr. 11,

vielmehr die Vertheidigung des Widerbeklagten gegen die Widerklage auch nach bereits erfolgter Klagebeantwortung mit umfaßt. - Zu seiner rechtlichen Vertheidigung ist aber dem Beklagten auch für den Executionsprozeß durch das Gesetz vom 28. Februar 1838, §. 91 ausreichende Gelegenheit gegeben und es liegt daher nach der Ansicht des O.A.G. kein Grund vor, den Executionsprozeß durch den Wortlaut der fraglichen Gesetzstelle für ausgeschlossen zu achten.

Ebensowenig kann man diese Ausschließung der ratio legis für entsprechend ansehen, obschon man mit der zweiten Instanz einverstanden ist, daß der Zweck des Gesetzes dahin gehe, den Beklagten gegen Chicanen Klägers und daraus etwa entspringende Verluste durch eine Bestimmung zu schützen, die ihn der Nothwendigkeit überhebt, Kosten zu seiner Vertheidigung gegen die neue Klage aufzuwenden, bevor er wegen des durch frühere grundlose Klagerhebung verursachten vergeblichen Kostenaufwandes entschädigt ist. Denn die zu Begründung des Executionsprozesses erforderliche Liquidität des geklagten Anspruchs, auf welche Bl. Gewicht gelegt wird, schließt die Möglichkeit einer Chicane durch wiederholte Anstellung und Zurücknahme des Executionsantrags und somit die diesfallige Benachtheiligung des Beklagten durch Häufung von Prozeßkosten um so weniger aus, als das Vorhandensein jener Liquidität immer Sache der richterlichen Beurtheilung und eine irrige, dem Beklagten ungünstige Auffassung der beigebrachten urkundlichen Unterlagen nicht so undenkbar bleibt, daß die Möglichkeit des Zusammentreffens von Umständen, durch welche Beklagter der Absicht des Gesetzgebers zuwider in eine nachtheilige Lage gebracht wird, für prinzipiell ausgeschlossen erachtet werden mag. Wenn die zweite Instanz noch auf die dem Beklagten gebotene Fügigkeit der Compensation der zu erstattenden Prozeßkosten mit der eingeklagten Forderung hinweist, so erscheint dies da nicht durchgreifend, wo ein zur Compensation mit der Kostenforderung rechtlich ungeeigneter Anspruch im Executionsprozesse geltend gemacht ist, trifft aber auch außerhalb dieses Falls dann nicht zu, wenn der geklagte Geldanspruch, seiner formellen urkundlichen Begründung ungeachtet, doch materiell unbegründet, mithin der Beklagte gar nicht in der Lage ist, seines Kostenanspruchs halber compensando sich wirklich bezahlt zu machen. Das Gesetz geht offenbar von der Ansicht aus, daß der Kläger durch die Zurücknahme seiner früheren Klage deren Grundlosigkeit still-

schweigend selbst anerkannt und deshalb den Beklagten wegen des ihm hierdurch nutzlos verursachten Kostenaufwandes ohne alle Rücksicht auf die merita causae und auf die etwaige Veranlassung zu der renunciatio litis zu entschädigen habe, bevor er denselben in einen neuen Prozeß verwickelt. Die Erwägungen, welche hierbei leitend erscheinen, treffen den Executionsprozeß nicht weniger als den Ordinarprozeß und darin liegt nach der Ansicht des OLG. für den erkennenden Richter die ausreichende Ermächtigung, die gesetzliche Vorschrift in ihrer Allgemeinheit und ohne eine Beschränkung anzuwenden, welche nicht auf die von dem Gesetzgeber als maßgebend erachtete Thatsache der Renunciation, sondern auf eine aus der Beschaffenheit des von der Renunciation betroffenen Gegenstandes entlehnten Grund, den durch die beigebrachten Urkunden erregten Anschein rechtlicher Begründung des Anspruchs, gestützt ist.

Die Frage endlich, ob Beklagter auf das ihm durch das Gesetz zugestandene Recht unter allen Umständen und insbesondere auch dann sich berufen dürfe, wenn er selbst die Kostenerstattung Seiten des Klägers durch sein Verhalten beziehentlich durch unterlassene Angabe und Specification des zu erstattenden Betrags hindert oder unmöglich macht, liegt gegenwärtig nicht vor. Kläger, welcher aus den beiliegenden Acten des Vorprozesses über den Betrag der dem Beklagten dadurch verursachten Kosten genügend unterrichtet war, hat sich zu dem Ersatze dieses Betrags keineswegs bereit gezeigt, vielmehr dessen sogar entschieden geweigert, wie dies daraus erhellet, daß er das im Vorprozesse ergriffene, den Kostenpunkt betreffende Rechtsmittel ungeachtet der inzwischen eingereichten anderweiten Executionsklage fortgestellt und aufrecht erhalten hat. Noch abgesehen davon, ob nicht der von dem Beklagten erhobene Einwand der Litispandez unter diesen Umständen an sich schon der Einleitung des neuen Prozesses entgegengestanden habe, kann mithin Kläger sich nicht darauf beziehen, daß er der von dem Beklagten unterlassenen Specificirung halber außer Stande gewesen sei, seiner Verpflichtung in Gemäßheit der Erl.-Proz.-Ordn. ad tit. V, §. 9 zu genügen.

Aus den vorstehend entwickelten Gründen erscheint es gerechtfertigt, wenn die erste Instanz auf Sistirung des eingeleiteten Executionsverfahrens bis nach erfolgtem Nachweise der Berichtigung des dem Beklagten zu erstattenden Kostenaufwandes erkannt hat, indem es sich von selbst versteht, daß Klägerm unbenommen bleibt, etwaiger, diesen Nach-

weiß vereitelnder oder verzögernder Tergiversation des Beklagten durch geeignete Anträge bei dem Prozeßgericht beziehentlich unter dessen Mitwirkung zu begegnen. Mit Erstattung der in erster Instanz erwachsenen Prozeßkosten aber den Kläger zu verschonen, lag kein Grund vor, da die Unstatthaftigkeit des Bl. gestellten Antrags auf der ihm zur Last fallenden Nichtbeachtung einer gesetzlichen Verpflichtung beruht.

20.

Ueber Rechtskraft der Entscheidungsgründe in Bezug auf die Schlüssigkeit einer Klage.

II. Erf. vom 19. September 1865. no. 104/369*).

Entscheidungsgründe unterliegen bekanntlich insoweit, als sie die Unterlage für den im Urtheil selbst enthaltenen Ausspruch bilden, mit diesem letzteren selbst der Rechtskraft und es gilt dieses namentlich auch von denjenigen Gründen der Entscheidung, welche bestimmt sind, die Abweisung einer Klage in der angebrachten Maße zu motiviren, dergestalt, daß einerseits eine neue Klage nur dann und insoweit aufrecht erhalten werden kann, als die Mängel einer früheren, welche zur Abweisung Veranlassung gaben, in der neuen Klage beseitigt worden sind, andererseits aber unter dieser Voraussetzung das Schicksal der neuen Klage ohne Weiteres als gesichert betrachtet werden muß, daher insonderheit in diesem letzteren Falle Beklagter mit solchen Einwendungen gegen die Schlüssigkeit, welche von ihm schon gegen die vorige Klage vorgebracht, in der früheren Entscheidung aber ausdrücklich reprobirt worden waren, nicht weiter zu hören ist. Nach diesen Grundsätzen, welche in der sächsischen Praxis feststehen, wenigstens von dem OAG. seit langer Zeit constant befolgt worden,

Zeitschrift für Rechtspflege etc., N. F., Bd. VI, S. 202 flg. Bd. IX, S. 131, 409,

Annalen des OAG.'s, Bd. I, S. 237,

erscheint es zweifellos, daß die Mehrzahl der in dem gegenwärtigen Prozesse von den Beklagten erhobenen Ausstellungen gegen die Schlüssigkeit

*) Der Vorprozeß — beiläufig eine Executivklagsache — ist in diesen Annalen Bd. V, S. 71 flg. mitgetheilt.

des Klagevorbringens schon vermöge der in Folge des besagte der Beilage-Acten ergangenen Erkenntnisses hierunter den Beklagten entgegenstehenden Rechtskraft als erledigt betrachtet werden müssen.

21.

Wie ist die Ladung an eine Ehefrau einzurichten und zu behändigen?

II. Sen.-Erf. vom 15. Septbr 1865. no. 488/472.

Das OGA. würde keinen Grund gegen die Zulässigkeit eines Contumacialerkenntnisses darin gefunden haben, daß die Ladung der Beklagten zum Güte- und Rechtstermine die Aufforderung, daß Beklagte cum marito zu erscheinen habe, nicht enthält, noch auch darin, daß die Behändigung dieser Ladung nur an die Beklagte und nicht auch an deren Ehemann erfolgt zu sein scheint; denn das Erstere ist in den Prozeßgesetzen nicht ausdrücklich vorgeschrieben und deshalb nicht nothwendig, weil, insofern Ehefrauen zu gerichtlichen Handlungen des Beitritts ihrer Ehemänner in der Regel bedürfen, in der Vorladung der Ehefrau die Aufforderung, mit dem Ehemanne zu erscheinen, selbstverständlich mit enthalten ist; soviel aber das letztere betrifft, wenn auch in dem Falle, in welchem der Ehemann überhaupt keine Kenntniß von der Ladung erlangt hat, ein Bekenntniß der Ehefrau in contumaciam so wenig rechtlichen Erfolg haben kann, als irgend ein anderes ohne Beitritt des Ehemannes abgelegtes prozessualisches Zugeständniß, so spricht doch eine sehr starke factische Präsumtion dafür, daß der Ehemann nicht ohne Kenntniß von einem Rechtsstreite sei, der wider seine mit ihm zusammenlebende Ehefrau erhoben worden, und so lange daher nicht von Seiten der Ehefrau behauptet wird, daß der Ehemann durch Unkenntniß vom Rechtsstreite abgehalten worden sei, zur Wahrung ihrer Gerechtsame die erforderlichen Schritte zu thun — was nach der Aeußerung Bl. im vorliegenden Falle kaum geschehen zu können scheint — kann also die Behändigung der Ladung, auch wenn sie nur an die beklagte Ehefrau geschieht, selbst zu Begründung einer Contumacialentscheidung ausreichen, was wohl um so weniger einem begründeten Zweifel unterliegt, als eine gegen einen Ehegatten gerichtete Vorladung, wenn dieselbe in Abwesenheit des Geladenen seiner Ehegattin in seiner Wohnung behündigt

wird, für vollkommen legal gilt — Erl.-Proz.-Ordn. §. 2, ad tit. IV — ohne daß es des Nachweises bedarf, daß der geladene Ehegatte durch den die Ladung empfangenden von der erfolgten Vorladung in Kenntniß gesetzt worden ist.

22.

Ueber Kirchenmatrikeln und deren Beweiskraft.

II. Sen.-Erl. vom 1. Septbr. 1865. no. 423/957 von 1864.

Als vorzügliches Beweismittel für die rechtliche Existenz des von dem Provocanten in Anspruch genommenen Zehntbefugnisses kommen die drei als Beweisdocumente K. a., L. a., M. a. inducirten Kirchenmatrikeln von B. aus den Jahren 1556, 1575 und 1617 in Betracht. Bei der Beurtheilung der formellen und materiellen Beweiskraft derselben darf die Art und Weise, wie in Sachsen die Kirchenmatrikeln im 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts abgefaßt worden sind, nicht außer Berücksichtigung bleiben. Als bald nach Einführung der Kirchenreformation sind nämlich 1539 und in den folgenden Jahren, sowie später in den Jahren 1555 und flg. 1574 und flg. und 1617 und flg. allgemeine Kirchenvisitationen abgehalten worden. Den zu Vornahme der letzteren bestellten landesherrlichen Commissarien sind besondere Instruktionen ertheilt und ist ihnen in denselben unter andern die Verpflichtung auferlegt worden, den speciellen Bestand des Vermögens und Einkommens der Kirchen, sowie der Pfarr- und Schulstellen nebst den diesfalligen Prästationen der Parochianen zu constatiren, den Befund in Verzeichnisse zu bringen und letztere zur vorgesezten Consistorialbehörde zur Aufbewahrung einzureichen. Es bestehen daher die Matrikeln nicht aus den von den Commissarien aufgenommenen Original-Protokollen über die mit den betheiligten Collatoren, Parochianen u. s. w. gepflogenen Verhandlungen, sondern aus den auf Grund der letzteren gefertigten übersichtlichen Verzeichnissen des Vermögens der Kirchen-, Pfarr- und Schulstellen, welche von den Kirchenvisitatoren an die Consistorialbehörde eingesendet worden sind, und in den Originalien noch jetzt in dem Archive des k. Ministerii des Cultus beziehentlich in Duplicaten bei den Kreisdirectionen oder Superintendenten aufbewahrt werden. Den nur gedachten unter dem Namen von Matrikeln aufgenommenen offiziellen Ver-

zeichnissen aus den Jahren 1555 flg. 1575 flg. und 1617 flg. hat man, dafern nicht besondere erhebliche Bedenken gegen die Echtheit oder legale Abfassung aus den producirten Urkunden sich ergeben, jeder Zeit unter Billigung des Gesetzgebers (cfr. Resol. grav. v. J. 1775) die Eigenschaft rechtsgültiger officieller Urkunden und statutarischer Regulative für die Localkirchenverfassung und die kirchlichen Prästationen der Eingepfarrten desjenigen Kirchspiels, auf welches sich die Matrikeln beziehen, beigelegt.

Weber, Kirchenrecht Bd. II, S. 512 flg. Ausg. 2,

Gottschalk, disc. for. Tom. III, cap. 24, pag. 316 sq. ed. 2.

In der vorliegenden Matrikel vom Jahre 1556 wird unter Bezugnahme auf eine ältere anscheinend nicht mehr vorhandene Matrikel (die Matrikeln v. J. 1540 sind mit wenigen Ausnahmen abhanden gekommen, oder cassirt worden (vergl. Weber a. a. O. S. 513) das dem Pfarrlehn B. auf den Rittergutsfeldern zustehende Zehntbefugniß, zwar nicht mit denselben genauen Angaben der territorialen Begrenzung desselben, wie sich solche in den späteren Matrikeln v. J. 1575 und 1617 vorfinden, wohl aber in einer Weise erwähnt, welche mit den zuletztgedachten späteren Matrikeln im Einklange steht. Die Echtheit der Beweisurkunde K. a der Matrikel von B. v. J. 1556, ist nach der Ansicht des OAG. ausreichend dargethan, weil theils zufolge des Zeugnisses des k. Ministerii des Cultus und öffentlichen Unterrichts der als Beweisurkunde K. inducirte Visitations- und Matrikelband des Meißenschen Kreises v. J. 1556 — in welchem die B.'er Matrikel von demselben Jahre einverleibt ist — sich im Archive des vormaligen Kirchenraths und Oberconsistorii befunden hat, mit diesem Archive bei Errichtung des nur gedachten Ministerii in dessen Archiv übergegangen, und aus demselben auf Ansuchen des Prozeßgerichts edirt worden ist, theils Inhalts des im Eingange der Beweisurkunde H. des in demselben Archive aufbewahrten Visitations- und Matrikelbandes des Gebirgischen Kreises v. J. 1555 (Beweisurkunde H. a) die daselbst namentlich genannten Commissarien zu Bornahme einer christlichen Visitation im Meißenschen und Gebirgischen Kreise angewiesen worden sind, und in dieser Instruction außer mehreren andern von voriger Instanz hervorgehobenen wichtigen Stellen am Schlusse die Anordnung, daß die Commissarien „alle ihre Handlungen in eigentliche Verzeichnisse zur landesherrlichen Canzlei mit genugsamen Bericht“ einsenden

sollen, enthalten ist. Hierzu kommen die unter aa. bis ff. zusammengestellten Beweismomente, aus welchen die Abfassung der Beweisurkunden K. und K. a im Jahre 1556 durch die daselbst verordneten Kirchenvisitationen hervorgeht.

Was hiernächst die Beweisurkunde L. a, die B.'er Matrikel v. J. 1575 anlangt, welche in der Urkunde L. dem Matrikelbande von D. v. J. 1575, eingeheset ist, und für die vorliegende Entscheidung die hauptsächlichliche Grundlage bildet, so läßt sich die Echtheit derselben nach der Ansicht des OAG. nicht bestreiten. Denn abgesehen von dem Gutachten der Sachverständigen, nach welchem die gedachte Urkunde im achten Jahrzehent des 16. Jahrhunderts abgefaßt worden ist, hat sich nicht nur die Beweisurkunde L. und die darin befindliche Matrikel von B. v. J. 1575 fortwährend im Archive des vormaligen Oberconsistorii und nach dessen Auflösung im Archive der Kreisdirection zu L. befunden, sondern es ist auch die Urkunde L. a als die wirkliche Matrikel von B. von der vorgesetzten Consistorialbehörde angesehen worden, wie die in art. prob. 90 bis 98 erwähnten Vorgänge aus den Jahren 1588, 1608, 1615 und 1617 nachweisen, indem die gedachte Behörde die in den genannten Artikeln speciell angeführten Verhandlungen, welche theils auf die gedachte Matrikel ausdrücklich Bezug nehmen, theils sich an dieselbe unmittelbar anschließen, in den Matrikelband L. als integrirenden Bestandtheil derselben aufgenommen und einverleibt hat. Auch ergibt sich aus dem Inhalte der Beweisurkunde L. a selbst, daß dieselbe im Jahre 1575 von den damals bestellten Kirchenvisitatoren aufgenommen worden ist, wie die Bew.-Art. 43 flg. speciell nachweisen und von voriger Instanz mit Recht hervorgehoben worden ist.

Was endlich die Beweisurkunden M. und M. a, den Matrikelband von D. von 1617 und die in demselben eingehesete Matrikel von B. von demselben Jahre, betrifft, so spricht für deren Echtheit nicht nur deren ununterbrochene Affervation bei der vorgesetzten Consistorialbehörde und das Gutachten der Sachverständigen, sondern auch die von der ersten Instanz unter i. zusammengestellten Momente. Gegen die Richtigkeit der von voriger Instanz aufgestellten, aus dem in der Urkunde M. a gebrauchten und im 33. Gegenbew.-Art. gerügten Ausdrücke: „mein antecessor“ abgeleiteten Folgerung, daß das Document M. a nicht sowohl eine wirkliche Matrikel, sondern ein von dem Pfarrer zu B. als Unter-

lage für die Visitation angefertigtes Verzeichniß enthalte, welches als solches der öffentlichen Autorität entbehre, ergeben sich deshalb erhebliche Zweifel, weil durch den nurgedachten von voriger Instanz hervorgehobenen Zweifel keineswegs ausgeschlossen ist, daß das gedachte vom Pfarrer gefertigte Verzeichniß, wie es bei den älteren Kirchenvisitationen zu geschehen pflegte,

Weber a. a. D. S. 516,

von den im Jahre 1617 bestellten Kirchen-Visitatoren wirklich als Unterlage bei der Visitation der Pfarochie B. benutzt, geprüft und nachdem dasselbe richtig befunden, bei der vorgesetzten Consistorialbehörde eingereicht worden ist. Man kann jedoch hiervon absehen, weil die Angaben über das Zehntbefugniß des Provocanten in der Beweisurkunde M. a fast wörtlich mit der Matrifel v. J. 1575 übereinstimmen und soweit sie abweichen auf dieselben bei der Entscheidung zu Unkunsten des Provocaten ein hauptsächliches Gewicht nicht gelegt worden ist.

23.

Ueber „unmittelbares Sachinteresse“ eines Zeugen. Hat ein solches der Mäkler bei einem Prozesse wegen Erfüllung eines von ihm vermittelten Kaufes?

II. Sen.-Erk. vom 13. Juni 1865. no. 295/299.

Es können die Aussagen des Beweiszeugen F., welcher der Kaufsverhandlung von Anfang bis Ende beigewohnt und die factischen Angaben der Producenten in allen wesentlichen Puncten bestätigt hat, nicht unberücksichtigt bleiben. Die vorige Instanz hat diesen Zeugen als einen relativ unzulässigen betrachtet, weil er als Unterhändler und wegen des ihm von dem Kläger und der Mitklägerin für die Vermittlung des vorliegenden Kaufes zugesicherten Proxenicum ein unmittelbares Interesse am Gelingen des Beweises habe und deshalb als Zeuge in eigener Sache zu betrachten sei. Dieser Ansicht hat man sich aber nicht anschließen vermocht. Die Regel, daß ein Zeuge, welcher ein unmittelbares Interesse an dem Ausgange des Processes hat, ein relativ unzulässiger Zeuge sei, beruht auch im Sächs. Prozeßrechte nicht auf einer speciellen, particularrechtlichen Bestimmung, sondern im wesentlichen auf zwei Stellen des römischen Rechtes,

l. 10 D. de testibus, 22, 5. „Nullus idoneus testis in re sua intelligitur“,

l. 10 C. de testibus, 4, 20. Omnibus in re propria dicendi testimonium facultatem jura submoverunt,

denn die Stelle des canonischen Rechtes c. 4 de test. et attestat. 2, 20 und der §. 3 des Jgftn. Reichs-Abschieds v. J. 1654, auf welche man sich hierbei ebenfalls mit berufen hat, enthalten keine jene Regel direct bestätigende Bestimmung. Die obgedachten Aussprüche des römischen Rechts sind nämlich in der Theorie und Praxis, unter Zuhilfnahme der in der l. 1 §. 11 D. quando appell. sit. 49, 4, freilich nur in Hinblick auf die Appellationsfristen gegebenen Definition einer causa propria, dahin ausgelegt worden, daß nicht bloß derjenige, welcher den Prozeß selbst führt, sondern auch eine dritte, bei der Prozeßführung als Partei nicht betheiligte Person als testis in causa propria (relativ) unzulässig sei, sobald sie ein unmittelbares Interesse an dem Ausgange des Prozesses habe, und es soll auch mit diesen Bemerkungen die Richtigkeit der Regel im allgemeinen nicht bestritten werden; allein, wenn ein vermögensrechtliches Interesse des Zeugen an dem Ausgange eines Prozesses, in dem er nicht selbst eine Parteirolle oder die Vertretung einer der prozeßführenden Parteien übernommen hat, als ein unbedingter Grund für die relative Unzulässigkeit desselben gelten soll, so muß dieses Interesse nicht nur klar vorliegen, sondern es muß auch wirklich ein unmittelbares, das heißt, es muß so beschaffen sein, daß der Ausgang des Prozesses direct und ohne Dazwischenkunft anderer Umstände einen Einfluß auf die Vermögensverhältnisse des Zeugen äußert, wie dies z. B. bei den von dem Vertreter einer universitas und im Namen dieser geführten Prozesse rücksichtlich der physischen Mitglieder der letzteren unter gewissen Voraussetzungen geschehen kann. Das Interesse, welches dem Zeugen an dem Gelingen des gegenwärtigen Beweises und den dadurch bedingten Resultaten des vorliegenden Prozesses zugeschrieben werden kann, besteht darin, daß ihm eine dem Petitum der Klage entsprechende Entscheidung bei der Ausführung seines Anspruchs auf das ihm zugesagte Progeneticum zu Statten kommen könnte, dafern er zu einer diesfälligen Klageanstellung zu verschreiten, und infolge derselben den Beweis zu führen hätte, daß der fragliche Kauf zum Abschluß gediehen sei. In Bezug auf die Frage, ob ihm das Progeneticum zugesagt und ob dasselbe auch durch Ermittlung einer

Käuferin in der Person der Beklagten deservirt worden sei, konnte sich der Zeuge 2 von dem Erfolge seiner Aussage und der Entscheidung des jetzigen Rechtsstreites ebensowenig einen besonderen Vortheil versprechen, als er bei einem für den Producenten ungünstigen Ausgang dieses Rechtsstreites behindert gewesen wäre, seine Forderung gegen den Kläger und die Mitklägerin selbstständig geltend zu machen und dieselbe, auch rücksichtlich des Kaufabschlusses, auf andere Weise, durch gesetzlich zulässige Beweismittel darzuthun. Demnach erscheint bewandten Umständen nach das Sachinteresse des Zeugen nur als ein mittelbares, und zwar ein solches, bei welchem die allgemeine Frage entsteht, ob ein Zeuge deshalb unzulässig, oder nur mehr oder minder verdächtig sei, weil er sich über Thatsachen und Verhältnisse aussprechen soll, die auch für ihn ein vermögensrechtliches, aber mit dem Streitgegenstande nicht zusammenfallendes und von der Entscheidung des Prozesses, indem er Zeugniß ablegen soll, formell unabhängiges Interesse haben. In Fällen dieser Art, wo es nur darauf ankommt, ob dem Zeugen soviel sittlicher Halt und Selbstverleugnung zugetraut werden darf, daß er die Wahrheit nicht verschweigt, um sich die Aussicht auf pecuniäre Vortheile zu sichern, ist, nach den vom OAG. schon anderwärts,

Annalen I, S. 453,

entwickelten Grundsätzen, nächst der Persönlichkeit und der bürgerlichen Stellung des Zeugen, auch die Beschaffenheit und der Umfang seines Sachinteresses als maassgebend zu betrachten und es muß dabei mehr, als von älteren Schriftstellern geschehen ist, auf die eidliche Verpflichtung des Zeugen Gewicht gelegt werden. Nur ein nahe liegender und verhältnißmäßig erheblicher Vortheil oder Nachtheil, welchen der Zeuge sich versprechen oder für sich befürchten könnte, würde bei einem unbescholtenen, einer vernünftigen und gewissenhaften Ueberlegung fähigen Zeugen die Besorgniß begründen können, daß er bei der Abwägung dieses Sachinteresses gegen die Folgen einer Verletzung seiner Eidespflicht, sich zu der letzteren entschließen oder sich unwillkürlich dazu verleiten lassen könnte. Der geringe Betrag des fraglichen Progeneticum, dessen Bezahlung übrigens dem Zeugen, der sich selbst kein Interesse an dem Ausgange des Prozesses beilegt, gar nicht verweigert werden zu sollen scheint, rechtfertigt diese Besorgniß nicht. Da sonach der Zeuge 2 an sich nur als ein verdächtiger zu betrachten ist, dessen subjective Glaubwürdigkeit aber durch

die Bestimmtheit und Specialität seiner Aussagen, welche mit denen des classischen Zeugen 1 ganz in Einklang stehen, und sich den letzteren ergänzend anschließen, nicht unwesentlich erhöht wird, so hat man sich zur Wiederherstellung des in erster Instanz erkannten Erfüllungseides bestimmt gefunden.

24.

Zur Lehre von dem Beweise durch Sachverständige.

II. Sen.-Erf. v. 8. Aug. 1865. no. 278/371.

Die Gutachten der Sachverständigen weichen nun allerdings insofern wesentlich von einander ab, als der Sachverständige des Klägers die Angaben des Letzteren in Art 22 flg. im Wesentlichen bestätigt, die beiden übrigen Experten dagegen sich dahin ausgesprochen haben, daß die vom Kläger behaupteten Nachtheile nicht für bewiesen, beziehungsweise nicht einmal für wahrscheinlich erachtet werden könnten, es blieb mithin zunächst die Frage zu erörtern, wie sich der erkennende Richter bei einer derartigen Meinungsverschiedenheit unter präsumtiv gleich befähigten und glaubwürdigen Experten selbst zu verhalten habe? Die dermalen bestehenden sächs. Prozeßgesetze, welche die Lehre vom Beweise durch Sachverständige überhaupt so gut wie gar nicht ausgebildet haben, enthalten auch über diese, in der Theorie nicht unbestrittene Frage keine specielle Entscheidung, weshalb die Beantwortung derselben nach allgemeinen, auf dem Wesen und Zwecke des Beweises durch Sachverständige beruhenden Grundsätzen erfolgen muß. Dem Beweise durch Sachverständige liegt der Gedanke zu Grunde, daß der erkennende Richter als solcher nicht befähigt ist, über Gegenstände zu entscheiden, deren richtige Auffassung und Beurtheilung eine besondere, außer dem Bereiche der richterlichen Thätigkeit liegende Sachkenntniß und Erfahrung erfordert. Wollte man selbst in gewissen Fällen dem Richter diese besondere Sachkenntniß für seine Person zutrauen, so würde er doch kraft seines richterlichen Amtes formell nicht berechtigt sein, diese Sachkenntniß zu einer selbstständigen Entscheidung zu benutzen. Er bedarf mithin zur Bervollständigung seines eigenen Urtheils oder zur Begründung seiner Entscheidung des Ausspruchs sachkundiger Personen, welche in dieser Eigenschaft entweder nur als Gehülfen des richterlichen Urtheils, oder bei einer Beweisführung durch Sachverständige, als Beweismittel auftreten

und in diesem Falle gleich jedem andern gesetzlich statthafsten Beweismittel zu dem Zwecke dienen, den erkennenden Richter von der Richtigkeit der zu beweisenden Behauptungen zu überzeugen. Hieraus folgt aber zugleich, daß bei einer Meinungsverschiedenheit unter den Sachverständigen selbst der erkennende Richter nicht berechtigt sein kann, die innere Glaubwürdigkeit der verschiedenen Gutachten nach den Regeln der Wissenschaft, der Kunst oder des Gewerbes, auf welchen sie beruhen oder beruhen sollen, einer selbstständigen Prüfung zu unterwerfen und sich darüber in entscheidender Weise auszusprechen, ob und welchem dieser Gutachten wegen seiner besseren Motivirung der Vorzug vor dem andern zu geben sei. Denn, wollte man den erkennenden Richter eine solche Berechtigung beilegen, so würde man demselben, im Widerspruche mit der Grundidee einer Beweisführung durch Experten die besondere Fachkenntniß, deren er entbehren soll, gerade in einer höheren Potenz zuschreiben, indem man ihn zum Schiedsrichter über einen unter den Fachmännern selbst entstandenen Meinungsstreit beriefe. Die richterliche Prüfung der Gutachten selbst wird sich daher, wenigstens der Regel nach, darauf zu beschränken haben, ob die Sachverständigen die ihnen vorgelegten Fragen vom prozeßrechtlichen Standpunkte richtig aufgefaßt haben, ob ihr Gutachten auf richtigen und actenmäßigen thatsächlichen Unterlagen beruht und ob dasselbe den allgemeinen Regeln der Logik entspricht. Bei nur quantitativen Angaben, (Werthschätzungen in Gelde) bietet sich einer Verschiedenheit der Taren in der arithmetischen Berechnung des Durchschnittsbetrages ein (bereits im römischen Rechte anempfohlenes) Auskunftsmittel dar, bei welchem den Aussprüchen aller Experten die möglichste Rechnung getragen und der Wahrheit am nächsten gerückt werden kann; bei wirklichen Gutachten — qualitativen Bestimmungen — ist dieser Ausweg nicht möglich, weil sich bei diesen immer entschiedene Alternativen entgegenstehen. Nach der Ansicht des OAG.'s

Annales V, 40, und VII, 268.

ist daher, wenn die Verschiedenheit der Aussprüche auf der Verschiedenheit der Ansichten über wissenschaftliche oder technische Fragen beruht, für die eine oder die andere Meinung aber eine Mehrheit der Stimmen vorhanden ist, in der Regel und namentlich dann dem Ausspruche der Majorität nachzugehen, wenn die Sachverständigen ihre Aussprüche

allerseits gehörig zu begründen und zu motiviren bemüht gewesen sind. In wiefern der gänzliche, aus formellen Gründen durch nochmalige Befragung der Sachverständigen nicht zu hebende Mangel einer solchen Motivirung den erkennenden Richter dazu berechtigen würde, den unmotivirten Ausspruch außer Berücksichtigung zu lassen und welchen Einfluß dies auf das Verhalten des Richters bei der Endentscheidung haben könnte, braucht hier nicht erörtert zu werden, weil die Gutachten der von Beklagtem und dem Prozeßgerichte erwählten Sachverständigen einer ausführlichen wissenschaftlichen Motivirung nicht entbehren und für den nicht fachkundigen Leser bei ihrer Präcision faßlicher erscheinen, als das von der Sache ferner liegenden Betrachtungen nicht ganz freie Gutachten des klägerischen Experten. Wenn aber der Kläger in seiner dermaligen Deduction gegen die Berücksichtigung des Majoritätsgutachtens den Einwand erhebt, daß bei diesem Verfahren die Entscheidung der Sache eigentlich in die Hand des vom Prozeßgerichte erwählten Sachverständigen gelegt werde, und wenn er infolge dessen, nach Analogie des Instanzenzugs bei richterlichen Entscheidungen, den Antrag auf Einholung eines Superarbitriums auf Grund nochmaliger Localbesichtigung für gerechtfertigt hält, so übersieht er dabei, daß bei einem Beweise durch Sachverständige die sämtlichen Experten als Beweismittel auftreten, bei deren Benutzung die beweispflichtige Partei an die formalen Vorschriften der Beweisführung gebunden ist. Nicht der vom Richter ernannte Sachverständige, sondern der erkennende Richter hat darüber zu entscheiden, ob die Ergebnisse dieser Beweisführung, also die Aussprüche der Sachverständigen, einen hinlänglichen Beweisgrund liefern, mithin auch darüber, welchen Einfluß die Verschiedenheit der von den Sachverständigen über denselben Gegenstand ertheilten Aussprüche, nach den über die Collision der Beweismittel geltenden Grundsätzen, auf das Gelingen des Beweises äußert. Ein Antrag auf nochmalige Localbesichtigung, welche den Zweck hätte, neues thatsächliches Material für die Ertheilung eines Superarbitriums zu beschaffen, würde, zumal nach der Erklärung des Klägers in dem bereits abgehaltenen Localtermine, offenbar verspätet sein. Ebenso ist die Einholung eines Superarbitriums, insofern sie zu einer Vervollständigung des Beweises durch Befragung anderer, als der früher bereits benannten Sachverständigen dienen soll, theils weil sie erst nach Ablauf der Beweisfrist und Schlusse der Be-

weisaufnahme in Antrag gestellt, theils aber auch, weil der Beweis durch Sachverständige im Civilprozeße nicht durch Einholung collegialischer Gutachten, sondern, wo dies nach den Verhältnissen ausführbar ist, durch Benennung und Abhörnung sachverständiger Personen bei dem Prozeßgerichte geführt wird, formell unstatthaft. Von Amtshalber aber hätte sich der erkennende Richter etwa nur dann veranlaßt finden können, zu seiner eignen Instruction und Belehrung ein Gutachten einzuholen, wenn die ihm vorliegenden Gutachten der im Prozeße regelrecht benannten und befragten Experten in irgend einer Beziehung einer besondern Erläuterung und Aufklärung behufs ihres richtigen Verständnisses bedurft, sowie nach Befinden, wenn die Richtigkeit eines Ausspruchs auch von dem nicht fachkundigen Leser hätte bezweifelt werden müssen. Dazu war aber im vorliegenden Falle gar keine Veranlassung geboten. Insbesondere möge in dieser Beziehung noch bemerkt werden, daß, wenn der Sachverständige des Gerichts theils nach dem dermaligen Stande der Wissenschaft und Erfahrung, theils wegen der Mangelhaftigkeit der vorhandenen Unterlagen sich nicht kategorisch für die Unschädlichkeit der fraglichen Anlage und der sich beim Betriebe derselben entwickelnden Dämpfe auszusprechen vermocht hat, dieser Umstand die Glaubwürdigkeit seines Gutachtens im Uebrigen nicht beeinträchtigen kann, daß es im Gegentheil nur von der Gewissenhaftigkeit desselben zeugt, wenn er bei der, auch dem Laien erkennbaren Dürftigkeit des ihm gebotenen Materials, nur soviel behauptet hat, als er auf Grund dieser Unterlagen und nach den Regeln seiner Wissenschaft und der bei der Ausübung der letzteren gemachten Erfahrung unbedenklich aussprechen zu dürfen geglaubt hat. In Bezug auf das Mißlingen des Beweises ist es aber im Wesentlichen gleichgültig, ob die Majorität der Sachverständigen die absolute Unschädlichkeit der fraglichen Gewerbsanlage behauptet, oder ob sie sich nur dahin bestimmt ausgesprochen hat, daß die vom Kläger erstatteten Angaben nicht für bewiesen und nicht einmal für wahrscheinlich erachtet werden könnten. Ein also urtheilender Sachverständiger darf in alle Wege nicht auf gleiche Linie mit einem testis nescius gestellt werden; denn dieser kann über die zu bezeugende Thatsache überhaupt gar nichts angeben, jener beantwortet die ihm vorgelegte Frage und spricht sich nach der ihm in seiner Wissenschaft oder Kunst zu Gebote stehenden Erkenntnißquelle direct darüber aus, ob die Be-

hauptung der Beweispflichtigen Partei wahr sei, oder ob die Wahrheit derselben nicht anerkannt werden könne.

25.

Zur Lehre von der Provocationsklage.

II. Sen.-Erf. vom 1. Sept. 1865. no. 447/457.

Mit der vorigen Instanz (AG. Zwickau) stimmt Man überein, daß in der genugsam bescheinigten Auslassung der Provocatin:

„daß sie von ihrem verstorbenen Bruder, dem Ehemanne der Provocatin, auch etwas Ausstattung habe erhalten sollen, aber nicht habe bekommen können“,

bei der Allgemeinheit und Unbestimmtheit derselben nicht schlechterdings eine wirkliche Diffamation oder die Behauptung der Provocatin, daß ihr an ihren verstorbenen Bruder ein Anspruch auf Gewährung einer Ausstattung zugestanden habe, gefunden werden kann, da weder auf irgend einen Rechtstitel Bezug genommen, noch die bestimmte Behauptung, daß der Erblasser der Provocatin seiner Schwester, der Provocatin, eine Ausstattung zu gewähren gehabt habe, aufgestellt worden, mithin nicht ausgeschlossen ist, daß die Provocatin durch jene Aeußerung nur habe andeuten wollen, daß sie von der Liberalität des Verstorbenen die Gewährung einer Ausstattung gehofft und erwartet habe, jedoch in dieser Hoffnung getäuscht worden sei.

26.

Die Provocationsklage ex lege diffamari setzt die Behauptung eines civilrechtlichen Anspruchs voraus.

II. Sen.-Erf. v. 26. Juni 1865. no. 373 350*).

Das OAG. hat der vorigen Instanz darin beizupflichten, daß die Klagbeifuge A eine den Provocanten zur Provocation berechtigende

*) Der Obermüller implorirte das competente Gerichtsammt in Betreff der ihm obliegenden Verbindlichkeit zu Räumung seines Mühlwasserfließes nach der Richtung hin, daß der Untermüller an zwei oder drei von ihm (Ersterem) zu bestimmenden Tagen sein Abfallwehr ziehen müsse, damit er sein Fließ räumen könne. Der Untermüller gründete hierauf eine Provocationsklage gegen den Obermüller. Die I^{ma} condemnirte. Allein die II^{da} (AG. Budisfin) wies die Provocation in der angebrachten Maaße ab und das OAG. confirmirte.

Diffamation nicht enthält, weil daraus nicht erkennbar ist, daß Provocat sich eines Civilanspruchs in Bezug auf Provocanten oder dessen Grundstück berühmt habe.

Wenn Provocant hiergegen Verschiedenes erinnert, so ist ihm zunächst einzuhalten, daß er die bezügliche Bemerkung offenbar mißverstanden hat, da hier als Requisit:

Das Vorhandensein eines auf speciellen Rechtstitel beruhenden, mithin weiterer Ausführung im Civilprozeße bedürfenden Befugnisses

hingestellt wird, Provocant dagegen annimmt, es sei das Erforderniß dahin präcisirt worden,

daß der Berühmende ein auf besonderen Rechtstiteln beruhendes, mithin einer weiteren Ausführung nicht bedürftendes Befugniß behaupte.

Daß aber Provocat wirklich nicht auf einen Civilrechtstitel bei dem Antrage sich gestützt habe, erhellt am deutlichsten daraus, daß er die entsprechende Bezeigung Provocantens bei der ihm, dem Provocaten, obliegenden Reinigung des Mühlwasserfließes als eine „selbstverständliche“ bezeichnet und mit Utilitätsgründen in Bezug auf den gewählten Zeitpunkt gerechtfertigt, also jene eben nicht als auf einem Privatrecht beruhend, sondern als Etwas in Anspruch nimmt, was ohne Anrufung eines Privatrechtstitels aus der Natur der Sache als Vorbedingung der Coexistenz zweier oder mehrerer Subjecte folgt, und demnach von dem Gerichtsamte K. nicht als richterliches Organ, sondern als Verwaltungsbehörde, als Polizeiobrigkeit in Obacht zu nehmen ist. Man kann daher von den Bl. gedachten, von voriger Instanz des weiteren berührten processualen Vorschriften des Amtspatents vom 18. August 1727 gänzlich absehen und hat in Bezug auf die Bemerkung, daß letzteres etwas nicht enthalte, was ihn der Willkühr Provocantens preisgebe, nur zu gedenken, wie die Frage, ob das Anlangen Provocantens ein allenthalben sachgemäßes gewesen, eben zur Competenz der implorirten Verwaltungsbehörde gehört.

Man setze den Fall, daß die Keller einer Reihe neben einander in gleichem Niveau liegender Häuser durch eine Ueberschwemmung mit Wasser gefüllt seien, und nun die Verwaltungsbehörde zu Begegnung der aus dem längeren Verbleiben des Wassers in den Kellerräumen

voraussetzlich entspringenden allgemeinen Gesundheitsnachtheile das Auspumpen der letzteren den Besitzern aufgegeben habe. Würde nun ein zu alsbaldiger Befolgung dieser Anweisung bereiter, bei Saumsal der anderen, jenem Injuncte nachkommen wollen, so würde er sich dadurch der Natur der Sache nach dieser Arbeit zugleich für die Nachbarn unterziehen, was ihm offenbar nicht zuzumuthen ist. Wenn er daher zur Behörde geht und sagt, ich bin bereit, dem obrigkeitlichen Injuncte nachzukommen, allein ich würde prägravirt sein, wenn nicht die Nachbarn zu gleicher Befolgung angehalten werden, so beantragt er dieß offenbar nicht auf Grund eines Privatrechtstitels, sondern auf Grund der natürlichen Verhältnisse, welche bei der Ausführung administrativer Vorschriften maassgebend werden und es ist eben der Antrag etwas Weiteres nicht als eine Vorstellung bei der Behörde, daß diese ihre Anordnung in Bezug auf einen Punkt der Ausführung, nämlich die Gleichzeitigkeit weiter präcisire. Was diese hierauf zu thun gemeint ist, ist Sache der administrativen Erwägung, nicht aber Gegenstand civilrechtlicher Competenz.

27.

Auch der curator bonorum hat als Kläger einen Kosten-
vorstand zu bestellen.

II. Sen.-Erl. vom 2. Nov. 1865. no. 519/600.

Das OAG. stimmt mit der vorigen Instanz (BG. Zwickau) darin überein, daß der curator bonorum als Kläger zu Bestellung eines Kostenvorstandes in der Regel verbunden ist. Denn die Gläubigerschaft kann als ein corpus im Sinne der Erl.-Prozeßordn. ad Tit. XIII, § 1 nicht gelten, weil die Existenz ihrer Persönlichkeit ihrem Zwecke nach eine vorübergehende ist und daher der Grund nicht zutrifft, aus welchem wirkliche corpora und universitates die Befreiung genießen.

Griebner, Discurs ad h. l. s. v. „Ganze corpora.“

Anlangend aber die Höhe der Caution, so erscheint auch dem OAG. die von voriger Instanz arbitrirte Summe der 50 Thlr. bei der Beschaffenheit des vorliegenden Rechtsstreites keineswegs als eine unangemessene.

Ueber Verzugszinsen beim Nachforderungsrechte.

II. Sen.-Erf. vom 19. Septbr. 1865. no. 104/369.

Kläger haben, wie von beiden vorigen Instanzen mit Recht schon erinnert worden ist, einer Zuviehforderung allerdings in sofern sich schuldig gemacht und thun dies noch, als sie von dem verbliebenen Capitalrückstande schon vom 2. April 1827 an fernere Zinsen zu fünfen vom Hundert verlangen. Daß und warum von dem angegebenen Zeitpunkte ab desfalls nicht etwa noch Vertragszinsen in Frage gelangen, welchenfalls mindestens die Bestimmung in §. 17 des geschärften Bankerottirmandats nicht den Klägern entgegenstehen würde,

Zeitschrift für Rechtspflege 2c. N. F. Bd. XXIII, S. 254 flg., ist bereits in voriger Instanz ausreichend nachgewiesen worden und es bedarf umsoweniger einer besonderen Rechtfertigung dieses Ausspruchs, als Kläger Vertragszinsen selbst nicht in Anspruch genommen, vielmehr der Klagebitte zufolge ausdrücklich Zinsen des Verzugs verlangt und nach ihrer neuerlich abgegebenen Erklärung ganz geflissentlich so und nicht anders ihr Petitum gestellt haben. Verzugszinsen aber ohne Weiteres von dem angegebenen Zeitpunkte zu fordern, waren dieselben auch nach der Ansicht des OAG.'s nicht befugt und zwar selbst abgesehen von der schon angezogenen Bestimmung des Bankerottirmandats, welche im Falle eines vorausgegangenen pacti remissorii den Gemeinschuldner nur das ihm remittirte Quantum „sonder einiges Interesse“ nachzuzahlen für schuldig erachtet und dieses auch in dem Falle so gehalten wissen will, wenn der Concurß wirklich ausgebrochen und nach dessen Beendigung der debitor ad meliorem fortunam gelangt ist. Denn selbst wenn man die hierin liegende Restriction des Nachforderungsrechts auf den Capitalrückstand, obwohl dieselbe wie gedacht, zunächst nur den Fall eines gerichtlichen Accords oder eigentlichen pacti plurium und beziehentlich den der regulären Beendigung eines Creditwesens vorausgesetzt, auf den Fall eines freiwilligen Vergleichs, wie solcher gegenwärtig vorliegt, nicht ausdehnen wollte, und das OAG. hat allerdings im Gegensatze zu der von Gottschalk disc. for. Tom. III c. XVII pag. 218, vertretenen Ansicht, so wie von der nach dessen Zeugnisse von dem vor-

maligen Landesappellationsgerichte befolgten Meinung, in früherer Zeit, gegen die Zulässigkeit einer derartigen extensiven Anwendung sich entschieden,

Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrg. 1848, S. 264,

Zeitschrift für Rechtspflege 2c. N. F. Bd. VIII, S. 452 flg.,

so liegt so viel wenigstens auf der Hand, daß das Recht auf Verzugszinsen wie in jedem anderen, so auch in vorliegendem Falle, von den Klägern besonders begründet werden mußte. Dieses um so gewisser, als bekanntlich ein im Concurse des Schuldners nicht voll befriedigter Gläubiger Nachzahlung des ungedeckt gebliebenen Theils seiner Forderung nur dann und insoweit verlangen kann, als der frühere Schuldner zu besserem Vermögen gelangt ist, und wenn daher erst mit dem Eintritte einer entsprechenden Vermögensverbesserung für den Gläubiger *actio nata* vorhanden ist, so auch, wie hieraus von selbst folgt, von einem Verzuge auf Seiten des Schuldners allererst von dem Zeitpunkte die Rede sein kann, wo die vorangegebenen factischen Voraussetzungen eingetreten sind und der Gläubiger durch eine geeignete Interpellation von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat.

Gottschalk l. cit. pag. 218.

Fraglich konnte in dieser Beziehung nur noch sein, ob, da Kläger auf eine frühere ihrerseits unter geeigneten Voraussetzungen bewirkte außergerichtliche Mahnung sich selbst nicht bezogen haben, nicht vielleicht eine ausreichender Interpellationsakt zu deren Gunsten erblickt werden müsse in dem, wiewohl mißlungenen, Versuche, welcher besage der Beilageacten schon im Jahre 1857 von den Klägern gemacht worden ist, ihren Anspruch im Wege des Executionsprozesses zur Geltung zu bringen, und wenn dies nicht, in der Inhalts der schon mehrfach angezogenen Beilageacten später im Jahre 1858 erfolgten, wie gedacht, ebenfalls resultatlos gebliebenen Anstellung einer Klage im Ordinarprozesse: eine Frage, deren bejahende Beantwortung dazu führen müßte, daß den Klägern nach Befinden mindestens von einem früheren Zeitpunkte als von Anstellung der jetzt vorliegenden Klage an Verzugszinsen zuzubilligen wären und welche, wenn sie auch klägerischer Seits nicht angeregt worden ist, bei der Allgemeinheit der zweiten Appellationsbeschwerde der Kläger nicht umgangen werden durfte.

Allein, so wie die Sache liegt, hat Man weder den einen noch den

andern jener prozessualischen Vorgänge als einen solchen zu betrachten, welcher für die Beklagten von dem Zeitpunkte ab, wo sie von dem Verlangen der Kläger Kenntniß erlangten, einen Verzug begründen konnte. Denn eine Mahnung, gerichtliche wie außergerichtliche, wenn sie den Schuldner in moram setzen soll, muß nicht allein auf eine solche Weise geschehen, daß die Forderung, um deren Erfüllung es sich handelt, überhaupt erkennbar ist, sondern es muß auch, wenn Verzug rücksichtlich ihrer eintreten soll, die Summe der Forderung feststehen oder wenigstens nach den von dem Gläubiger zu gebenden Unterlagen unschwer feststellen lassen, indem der Schuldner keine Verpflichtung hat, eine quantitativ unbestimmte Leistung, zu der er aufgefördert wird, erst selbst zu ermitteln, dies vielmehr Sache des Gläubigers ist.

S i n t e n i s, das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, §. 92 unter 3, 4 und Anm. 74, S. 207, 1. Ausgabe.

Beklagte konnten daher durch einen oder den andern der bezeichneten Vorprozesse anderergestalt nicht in moram solvendi versetzt werden, als wenn Kläger schon damals auf geeignete, zu Feststellung ihrer Schuldverbindlichkeit auch in quanto ausreichende Momente, wie solche jetzt vorliegen, sich bezogen hätten, was indessen, wie aus den einschlagenden Voracten erhellt, nicht geschehen ist.

Civilrecht.

34.

Collision der Gesetze — BGB. § 6 flg.

II. Sen.-Erk. vom 1. Febr. 1866. no. 29/17.

Der Anspruch auf Ersatz des durch einseitigen Rücktritt von einem Eheverlöbniße dem andern Theile entzogenen Gewinnes ist durch die Vorschrift in § 52 und § 53 des Gesetzes sub. C. vom 28. Januar 1835, welche in der Bestimmung des BGB.'s § 1580 verglichen mit § 1581 auch auf eine für den Fall des Rücktritts bedungene Leistung erstreckt worden ist, klar und ausdrücklich für unstatthaft erklärt. Daß die vorliegende Klage den Zweck verfolgt, in der Verurtheilung der Beklagten zu Herauszahlung einer, dem vierten Theile ihres Vermögens gleichkommenden Summe von 7500 Thlr. einen Ersatz für diejenigen Vortheile

zu erlangen, welche Kläger bei Vollziehung der Ehe mit der Beklagten durch Illation ihres Vermögens gehabt haben würde und welche ihm durch den Rücktritt der Letzteren von dem abgeschlossenen Eheverlöbniß entzogen worden sind, haben die vorigen Instanzen ohne Widerspruch Klägers angenommen und es ist an dieser Annahme um so unbedenklicher festzuhalten, als die Klage in der Richtung eines Anspruchs auf Ersatz des dem Kläger durch die Verlöbnißauflösung entstandenen wirklichen Schadens nicht substantiirt ist und es sogar an jeder Andeutung dieser Tendenz Seiten Klägers fehlt. Wie zweifellos daher — wären die Parteien Staatsangehörige des Königreich Sachsen — die Abweisung der erhobenen Klage sein würde, so glaubt doch Kläger hiergegen mit Erfolg sich darauf berufen zu können, daß das in Rede stehende Verlöbniß von den Parteien im Großherzogthume Mecklenburg-Schwerin, dessen Staatsangehörige die Beklagte zu jener Zeit gewesen, abgeschlossen worden und daß in der Gesetzgebung des genannten Staates nach Maaßgabe der als Klagbeifuge A beigebrachten gesetzlichen Normen der vorliegende Anspruch sanctionirt sei. Allein — die Existenz und rechtliche Geltung der nurgedachten gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt und angenommen selbst, daß die Beklagte, was nach dem Klagvorbringen zweifelhaft bleibt, ihrem Anführen in der Anmerkung zu Einl. Pkt. 4 zufolge nicht in Abrede stelle, die Staatsangehörigkeit ihres dem mecklenburgischen Staatsverbände angehörigen Ehemannes noch jetzt zutheilen — ist das DAG. in Uebereinstimmung mit den vorigen Instanzen der Meinung, daß in den vom Kläger geltend gemachten besonderen Umständen kein Grund für Aufrechthaltung der vorliegenden Klage in Gemäßheit der mecklenburgischen Gesetzgebung zu erblicken sei.

Die Ansicht, es habe der Richter, obwohl im Allgemeinen nur zu der Befolgung und Anwendung der Gesetze seines Staates verpflichtet, doch in gewissen Fällen auch die von denselben abweichende ausländische Gesetzgebung zu berücksichtigen und diese zur Grundlage für seine Entscheidung zu nehmen, beruht bekanntlich auf der Idee einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der Culturstaaten, die unbeschadet der selbstständigen Gesetzgebungs- und Justizbefugnisse des einzelnen Staates, die Berücksichtigung desjenigen Rechtsgebietes verlangt, welchem das in Frage stehende concrete Rechtsverhältniß angehört.

v. Savigny, System des heut. Röm. Rechts, Bd. VIII, S. 25 flg.
 v. Wächter im Archive f. civilist. Praxis, Bd. XXIV, S. 240 flg.
 Dies kann jedoch nicht dazu führen, daß der Richter die Gesetze des Auslandes auch insoweit zur Richtschnur zu nehmen habe, daß er durch seine Entscheidung sich in directen Widerspruch mit den Gesetzen des Inlandes zu setzen genöthigt wäre. Denn in diesem Falle würde der Gesetzgebung des Auslandes eine über die Grenzen ihres Gebietes hinausgreifende Wirksamkeit zugestanden werden, die weder mit der Selbstständigkeit des Staates, in welchem sie zur Anwendung kommen soll, vereinbar, noch durch die Idee der völkerrechtlichen Gemeinschaft im Rechtsverkehre gerechtfertigt wäre, im Gegentheile, die völkerrechtliche Gleichberechtigung der einzelnen Staaten in ein willkürliches Subjectionverhältniß verkehren würde.

Einen Anspruch, welcher auf einer durch die Gesetze des Inlandes reprobirten Verbindlichkeit beruht, oder durch jene für unklagbar erklärt ist, hat daher der Richter nicht als statthaft oder klagbar anzuerkennen, selbst wenn das Gesetz des fremden Staates, in welchem der Anspruch zur Entstehung gelangt ist, etwas Anderes bestimmen sollte, während er umgekehrt das Gesetz des Inlandes auch auf solche Rechtsverhältnisse in Anwendung zu bringen berechtigt ist, welche im Widerspruche mit jenem von der ausländischen Gesetzgebung für unklagbar oder rechtlich unwirksam erklärt sind.

In dieser Maasse hat bereits früher das DAB. in Fällen der Collision inländischer und ausländischer Gesetzgebung in Bezug auf die privatrechtlichen Folgen sowohl der außerehelichen Schwängerung
 Annalen Bd. II, S. 526 flg.

als der Verletzung von Autorrechten durch Nachdruck

Wochenblatt f. merkwl. Rechtsfälle, Jahrg. 1855, S. 309 flg.,
 sub 2.

sich ausgesprochen.

Selbstverständlich ist jedoch in diesen und anderen Fällen der Collision da, wo bestehende Staatsverträge nicht schon an sich etwas Anderes mit sich bringen, jedesmal in concreto zu untersuchen, ob es dem Sinne und Geiste des betreffenden inländischen Gesetzes entspreche, daß es unbedingt und ohne Unterschied, ob das fragliche Rechtsverhältniß im Inlande oder Auslande entstanden und ob dabei ein Ausländer

betheiligte sei oder nicht, in Anwendung gebracht werde. Nur darf man hierbei nicht, wie Kläger meint, eine ausdrückliche Vorschrift darüber verlangen, daß in der einschlagenden Rechtsmaterie das Gesetz des Inlandes ausschließlich und ohne die vorerwähnte Unterscheidung angewendet werde, in Ermangelung einer solchen Vorschrift aber für die im Auslande existent gewordenen Rechtsverhältnisse nicht gelte. Es kommt nicht bloß auf den diesfalligen Wortlaut, sondern auch auf den Geist und die Tendenz des betreffenden Gesetzes an. Wenn das im Eingange angezogene Gesetz bestimmt, daß ein Eheverlöbniß, unter was für Umständen oder Bedingungen es gegeben worden, keine rechtliche Verbindlichkeit zur Vollziehung der Ehe nach sich ziehe, und daß auch demjenigen Theile, welcher nach den bisherigen Grundsätzen einen Anspruch auf Vollziehung der Ehe hatte, eine Klage auf Ersatz des (durch Nichtvollziehung der Ehe) entgangenen Gewinnes nicht zustehen, so ist damit klar und deutlich ausgesprochen, daß der Gesetzgeber eine Klage der nurgedachten Tendenz verwerfe, und eine Verbindlichkeit des anderen Theiles zu dem Ersatze des durch seinen Rücktritt vom Verlöbniße dem Gegner entzogenen Gewinnes als rechtlich bestehende oder wirksame nicht anerkenne. Die nach dem bürgerlichen Gesetzbuche § 144 nicht weiter aufzuwerfende Frage, ob damit nur die Existenz einer obligatio civilis, unbeschadet etwaiger obligatio naturalis, verneint sei, kann ganz dahingestellt bleiben, da gegenwärtig die Consequenzen einer natürlichen Verbindlichkeit nicht in Betracht kommen, sondern es sich eben nur um die Existenz des beanspruchten Klagrechts handelt. Soviel ist aber für sich klar, daß in dem Geiste und Wesen jener gesetzlichen Bestimmungen kein Anhalt für die Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern gegeben ist, vielmehr derselben die Erwägung entgegensteht, daß der Gesetzgeber mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er einen für widerrechtlich und unklagbar erklärten Anspruch doch für einen rechtsgültigen erachte und unter seinen Schutz nehmen wollte, dafern nur der Kläger auf ein Gesetz des Auslandes sich zu beziehen vermöchte, das von der entgegengesetzten Anschauung ausginge. Selbst wenn dies, wie jedoch nach der Ansicht des OAG.'s keineswegs der Fall, nach der Fassung des mehrerwähnten Gesetzes noch zweifelhaft erscheinen könnte, würde doch zu dem Nachtheile Klägers zu

entscheiden sein, weil der Richter im Zweifelsfalle sich stets an die Gesetze seines Staats zu halten hat.

Die vorstehend entwickelten Grundsätze stimmen, wie schon die zweite Instanz gezeigt hat, nicht nur mit der Ansicht bewährter Rechtslehrer, sondern auch mit den Vorschriften des BGB.'s § 6 flg. überein. Es bedarf nur eines Blickes auf die Letzteren, um die Unerheblichkeit des diesfalligen Einwandes zu erkennen.

Nachdem in § 6 die Anwendung der inländischen Gesetze im Inlande als Regel aufgestellt ist, werden in § 7—18 die nicht schon aus dem öffentlichen Rechte und aus Staatsverträgen fließenden Ausnahmen entwickelt, in welchen Abweichungen von der aufgestellten Regel zulässig sind. Sie enthalten die Ausführung des Prinzips, daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet, welchem das betreffende Rechtsverhältniß angehört, zu ermitteln und danach die Anwendung der verschiedenen Territorialrechte auf den einzelnen Fall zu bestimmen sei. Je nach der Verschiedenheit des zu beurtheilenden Gegenstandes, ob es sich um die Handlungsfähigkeit einer Person, oder um die Form von Rechtsgeschäften, oder um Rechtsverhältnisse, welche aus der Ehe, der väterlichen Gewalt u. s. w. fließen, handelt, ist danach die Frage, ob der erkennende Richter bei der Entscheidung die Gesetze des Inlandes oder des Auslandes zur Richtschnur zu nehmen habe, zu beantworten. Auch ist in § 18 der Willkür der Parteien bei Bestimmung derjenigen inländischen oder ausländischen Gesetze, denen sie sich in Beziehung auf ihr Rechtsverhältniß unterwerfen wollen, unter gewissen Beschränkungen Raum gegeben. Für alle die Fälle aber, in welchen das Recht des Inlandes und Auslandes collidirt, ist sodann in § 19 ein allgemeines Princip aufgestellt, das, wie Kläger übersehen hat, auch in der dort angezogenen Stelle des Commentars zum BGB. Bd. I, S. 31 besonders hervorgehoben wird. Die Anwendung ausländischer Gesetze, auch wenn sie an sich den zuvor entwickelten Grundsätzen zufolge zulässig sein würde, fällt doch immer dann weg, wenn sie durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder dem Zwecke, d. h. nach dem ausdrücklichen Wortlaute oder dem Geiste derselben ausgeschlossen ist.

Die Vorschriften des BGB.'s befinden sich folglich mit den schon

zeither vom OAG. befolgten Grundsätzen des im vorliegenden Falle maassgebenden älteren Rechts im Einklange. Die Bemerkung Bl., daß die Befolgung dieser Grundsätze eine Rechtsverletzung Klägers enthalten würde, insofern die Parteien durch Abschluß des Eheverlöbnisses in Mecklenburg den dortigen Gesetzen, mithin auch den daraus resultirenden rechtlichen Folgen sich freiwillig unterworfen haben, ist offenbar unerheblich. Nicht die Frage, ob die Parteien durch den Vertragsabschluß in mecklenburgischem Gebiete ein Recht auf den Schutz der dasigen Gesetzgebung den dortigen Behörden gegenüber erlangt haben, liegt hier vor, vielmehr handelt es sich jetzt nur darum, ob sie durch ihre Vertragsverhandlung die Gerichte des Königreichs Sachsen zu einer der Gesetzgebung dieses Staates widerstreitenden Entscheidung zu nöthigen vermögen. Dies ist aber um so unbedenklicher zu verneinen, als ein ausdrückliches Compromiß der Parteien auf ausschließliche Anwendung der Gesetzgebung des Staates, in welchem das Verlöbniß geschlossen worden, weder behauptet ist, noch, selbst wenn es vorläge, dem oben Bemerkten zufolge den sächsischen Richter so ohne Weiteres zur Beiseitesetzung der Gesetze seines Staates verpflichten würde. Endlich ist, soviel die Berufung auf einen zwischen dem Königreiche Sachsen und dem Großherzogthum Mecklenburg angeblich bestehenden Staatsvertrag zu Gewährung gegenseitiger Rechtshülfe anlangt, nur noch zu bemerken, daß das mittels Verordnung vom 16. Januar 1865 publicirte Gesetz, die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu gewährende Rechtshülfe betreffend, welches Kläger dabei anscheinend vor Augen hat, noch abgesehen davon, daß es zunächst nur die Vollstreckbarkeit der in anderen deutschen Bundesstaaten erlassenen Erkenntnisse beziehentlich gerichtlich befundeten Vergleiche und Anerkenntnisse betrifft, nach Vorschrift der Publicationsverordnung sub I nur unter der zur Zeit unerwiesenen Voraussetzung der Reciprocität vom Kläger für sich angezogen werden könnte.

Die vorige Entscheidung war demnach durchgängig zu bestätigen.

35.

Zur Lehre von der Gesamtsache. — Theilweise Rücknahme einer von mehreren zugleich verkauften Sachen

gestattet nicht einen Schluß auf Auflösung des ganzen Kaufs. — BGB. §§ 62 flg., 106, 1000.

II. Sen.-Erf. vom 29. Aug. 1865. no. 356/439.

Der Beklagte kommt auf die Behauptung zurück, daß er schon infolge der nach dem Zugeständnisse der Kläger stattgefundenen Zurücknahme der mitverkauften Typen befugt sei, den libellirten Kauf seinem ganzen Umfange nach, also auch in Betreff der miterkauften Druckbogen für wieder aufgehoben zu erklären. In dieser Beziehung hat man aber der Ansicht der vorigen Instanz beizupflichten und den erschöpfenden und sachgemäßen Gründen unter 1, nur Folgendes noch beizufügen gehabt:

Zuförderst läßt sich die von dem Beklagten behauptete Zusammengehörigkeit der in der Klagbeifuge B. gedachten Gegenstände, Druckbogen und Typen, aus der Beschaffenheit dieser Kaufsobjecte und dem muthmaßlichen Zweck der Erwerbung nicht so ohne Weiteres folgern. Daß nach Beklagens eigener Behauptung zu p. 1. c. 5. bereits vollendete Druckwerk und die zu dessen Drucke verwendeten Typen standen nicht in einem solchen Verhältnisse zu einander, daß Beides zusammen als ein Inbegriff von Sachen, welche im Verkehre unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung begriffen und als ein Ganzes behandelt werden, mithin als eine Gesamtsache zu betrachten wäre; es sind auch die Typen, mit denen der Druck besorgt worden, keine Zubehörung des fertigen Druckwerkes, sondern nur ein Mittel, durch dessen Gebrauch das letztere als ein für sich bestehender Gegenstand des Verkehrs hervorgebracht worden ist. Der Beklagte scheint bei seiner Ausführung das Interesse, welches er bei der Fortsetzung des von den Klägern bereits in Angriff genommenen, aber später wieder aufgegebenen Sammelwerkes an dem Besitze der Druckbogen und der gedachten Typen zum Behufe der Erzielung einer gleichmäßigen äußeren Ausstattung gehabt haben mag, mit der in der natürlichen Beschaffenheit und der gegenseitigen Beziehung verschiedener Sachen zu einanderliegenden Zusammengehörigkeit zu verwechseln. Die Acquisition der Typen war aber kein unbedingtes Erforderniß für die Fortsetzung des Unternehmens und noch weniger für die Benutzung des bereits vollendeten Druckwerkes im allgemeinen, sie war nur eines von den zur Erreichung seiner Zwecke geeigneten Hülfsmitteln und wenn sich auch in dem Interesse, welches der Beklagte aus diesem Grunde an dem Besitze jener Typen

gehabt haben kann, das Motiv findet, weshalb er dieselben zugleich mit den fertigen Druckemplaren der Bl. gedachten Uebersetzung erkaufte hat, so ist doch dieses für den Verkäufer ganz indifferente Motiv nicht geeignet, die der Argumentation des Beklagten zu Grunde liegende Meinung, daß Beides, Druckbogen und Typen, eine Gesamtsache gebildet hätten, zu rechtfertigen; denn ein bloßes Motiv ohne juridisch greifbaren Ausdruck bleibt bloß eine innere Tendenz und ist nicht das Object richterlicher Beurtheilung.

Nun würde man zwar zugeben, daß eine Mehrzahl einzelner Sachen, welche an sich weder eine Gesamtsache ausmachen, noch in dem Verhältnisse einer Zubehörigkeit zu einander stehen, die eine oder die andere dieser Eigenschaften unter geeigneten Umständen durch den besonderen Vertragswillen der Contrahenten annehmen können. Die Voraussetzung einer solchen Willensrichtung würde jedoch im vorliegenden Falle zunächst dann ausgeschlossen erscheinen, wenn, wie die Kläger behaupten, für die Druckemplare und die Typen gesonderte Kaufsumme verabredet worden wären; denn gerade aus dieser gesonderten Behandlung der Druckemplare auf der einen und der Typen auf der anderen Seite würde sich fundgeben, daß die Contrahenten diese Gegenstände nicht als ein Ganzes sondern als zwei besondere für sich bestehende Veräußerungsobjecte betrachtet hätten. Aber auch die von dem Beklagten betonte Festsetzung eines Gesamtkaufpreises ist an und für sich allein noch kein entscheidendes Merkmal dafür, daß die Betheiligten an sich verschiedene Kaufsobjecte als ein Ganzes, eine Gesamtsache aufgefaßt und behandelt haben. Es ist bekannt, daß bei dem Mengekaufe eine größere oder geringere Anzahl einzelner Sachen, die in gar keiner besonderen Gebrauchsbeziehung zu einander stehen, für einen Aversionalpreis veräußert werden, dessen Stipulation auf ganz anderen Rücksichten, als der Idee einer Gesamtsache beruht. Sollte man aber selbst für den gegenwärtigen Fall die Präsumtion gelten lassen, daß bei der Verabredung eines Gesamtpreises die für diesen veräußerten Gegenstände beim Abschlusse des Vertrages von den Contrahenten als eine Gesamtsache behandelt worden seien, so würde doch auch in diesem Falle durch die Zurückgabe der Typen an die Kläger, der Vertrag in Ansehung der Druckbogen nicht ohne Weiteres für aufgehoben, oder Beklagter zu einer einseitigen Wiederaufhebung desselben für berechtigt angesehen werden können. Denn selbst der Käufer

einer wirklichen Gesamtsache ist ohne allen Zweifel befugt, die einzelnen Stücke, welche er als Bestandtheile der Gesamtsache erworben hat, aus diesem Verbande auszuschneiden und dieselben, sei es nun an eine dritte Person, oder an den früheren Verkäufer selbst, vermittelt eines neuen, auf freier Uebereinkunft beruhenden Rechtsgeschäftes zu veräußern. Haben, wie der Beklagte selbst angiebt, die Kläger nach Abschluß des in der Klage geschilderten Kaufes über Druckeremplare und Typen und nach dem sie dem Beklagten diese Kaufsobjecte unter Creditirung der Kaufsumme bereits übergeben, gegen den letzteren den Wunsch ausgesprochen, daß er ihnen die gelieferten Typen wieder zurückgeben möge, so liegt darin, wie die vorige Instanz ganz mit Recht bemerkt hat, das Anerbieten eines neuen Rechtsgeschäftes, dessen Acceptation und Ausführung von der freien Entschließung des Beklagten abhing. Von einer theilweisen Wiederaufhebung des früheren Kaufes durch einen bloßen *contrarius consensus* konnte, gleichviel ob gesonderte Preise bedungen waren oder nicht, schon deshalb keine Rede sein, weil nach gemeinschaftlichen, auch durch das Handelsgesetzbuch nicht aufgehobenen und im bürgerlichen Gesetzbuche anerkannten Grundsätzen,

von Keller, Pandecten § 273 sub IV, S. 528,

Arndts Pandecten S. 267, S. 438,

§ 106 und 1000 des BGB.'s und

Siebenhaar, Commentar, Bd. I, S. 132 und Bd. II, S. 176, ein Vertrag zwar so lange, als derselbe weder ganz noch theilweise erfüllt worden ist, durch die bloße Erklärung des *contrarius consensus*, späterhin aber bloß durch einen neuen Vertrag wieder aufgehoben werden kann, durch welchen, insofern dabei eine Rückerstattung eintreten soll, neue Forderungen begründet werden. Sind gesonderte Kaufpreise stipulirt worden, so darf man allerdings voraussetzen, daß die Contrahenten rücksichtlich der mit verkauften Typen beabsichtigt haben, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen, vermöge dessen der Beklagte, mit Wegfall seiner Verpflichtung zur Bezahlung des für diese Typen bedungenen und noch nicht abgeführten Kaufpreises, zur Zurückgabe der letzteren verpflichtet sein sollte; jedenfalls aber würden durch die Vereinbarung besonderer Kaufpreise die Kaufsobjecte selbst dergestalt von einander geschieden worden sein, daß die Zurückgabe des einen die Verbindlichkeit des Käufers zur Bezahlung des vollen Kaufpreises für das andere nicht hätte

beeinflussen können. Ist dagegen ein Gesamtpreis ausgemacht worden, so enthält auch nach der Auffassung des OAG.'s jenes Anerbieten nur den Vorschlag, einen Rückveräußerungsvertrag in Betreff der Typen mit einander abzuschließen, wobei der Kläger wegen der präsumtiven Entgeltlichkeit dieses neuen Rechtsgeschäftes, dem Beklagten für die ihm überlassenen Typen eine angemessene Vergütung zu gewähren hatte. Auf die rechtliche Natur dieser neuen, von dem früheren Kaufe unabhängigen Veräußerung ist es ohne Einfluß, daß der neue Erwerber mit der Person des früheren Verkäufers identisch ist.

Man würde übrigens im Wesentlichen zu demselben Resultate gelangen, wenn man auch für den Fall der Verabredung eines Gesamtpreises in der auf Antrag der Kläger erfolgten Zurückgabe der Typen einen Vertrag über die theilweise Wiederaufhebung des früheren Kaufes erblicken wollte. Daß es, selbst wenn bei diesem die zurückbegehrten Typen als Bestandtheile einer Gesamtsache zum Verkaufe gelangt wären, von der Willkür des Beklagten abgehängt hätte, dieselben allein und ohne die Druckeremplare zu veräußern, ist bereits oben erwähnt worden. Wie nun einer solchen Trennung weder ein factisches, noch ein rechtliches Hinderniß entgegenstand, so läßt sich auch, insbesondere auf Seiten der Kläger, die Absicht, den früheren Vertrag auch rücksichtlich der Druckeremplare aufzuheben, nicht und selbst auf Seiten des Beklagten umsoweniger präsumiren, als, wie gezeigt, der Besitz der Typen nicht einmal ein nothwendiges Erforderniß für die Fortsetzung des ganzen Unternehmens war. Wollte Beklagter auf den Vorschlag der Kläger, ihnen die Typen zurückzugeben, nicht oder nur unter der Bedingung eingehen, daß Kläger auch die Druckeremplare zurücknehmen, so hätte er dies vor der Ablieferung der ersteren gegen der Kläger Mandatar B. erklären müssen.

Aus diesen Erwägungen folgt, daß die behauptete Stipulation gesonderter Preise nur in Bezug auf die Höhe, nicht in Bezug auf die rechtliche Existenz der klägerischen Forderung von Einfluß ist.

36.

Eigenthumserwerb an anstehenden Hölzern? — B.G.B.

§§ 197, 211 flg., 217 flg., 285, 410.

II. Sen.-Erf. vom 1. Juni 1865. no. 171/132.

Zufolge ihrer Erklärung mag Klägerin selbst nicht bestreiten, daß

die Grundsätze, auf welche die vorigen Instanzen ihre Entscheidungen gestützt haben, mit dem gemeinen Rechte, bezüglich dessen man noch auf
 § 31, 32 J. de rer. div. et qual. (2, 1),
 fr. 7, § 13, fr. 9, pr. fr. 26, § 2 D. de acquir. rer. domin. (41, 1)
 fr. 44 D. de rei vindic. (6, 1)
 fr. 40 D. de act. emt. & vend. (19, 1)

verweisen will, im Einklange stehen; sie ist aber der Meinung, daß im deutschen, namentlich im neueren sächs. Rechte abweichende Grundsätze zur Geltung gekommen seien und daß nach diesen es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen könne, daß, die Wahrheit der in der Klage aufgestellten thatsächlichen Anführungen vorausgesetzt, sie an dem zum Gegenstande ihres Vindicationsanspruchs gemachten anstehenden Hölzern Besitz und Eigenthum erworben habe. Hierin ist ihr jedoch nicht beizustimmen. Das deutsche und sächs. Recht haben an den betreffenden gemeinschaftlichen Bestimmungen etwas irgend Wesentliches nicht geändert,

Wernher, Obs. for. P. VIII. Obs. 432, pag. 706 sq.

Hommels Erbsonder. und Pertin. Reg. s. v. „Baum“,

Curtius, Handb. § 409,

insbesondere enthält auch das neue BGB. in der fraglichen Richtung keine wesentlich abweichenden Bestimmungen; auch nach diesem sind Bäume und Pflanzen, welche Wurzel gefast haben, Bestandtheile des Grundstücks, so lange sie nicht von dem Boden getrennt sind (§ 285); dieselben sind, so lange das Letztere nicht geschehen ist, dem Besitze und der Disposition des Eigenthümers nicht entzogen. (Vergl. § 197, 211 flg. 217 flg.)

Selbst angenommen aber, daß eine Uebergabe des fraglichen Holzbestandes in der in der Klage angegebenen Weise, nämlich durch das bloße Hinzeigen auf die erkauften Hölzer am Standorte derselben, verbunden mit der gegenseitigen Erklärung, daß hiermit die Hölzer übergeben, beziehentlich übernommen würden, mit rechtlicher Wirkung habe erfolgen können, so würde doch, im vorliegenden Falle wenigstens, dem nicht so sein. Nach § 2 der von Klägerin selbst in der Klage angezogenen Kaufsurkunde hatte H. bei Abschluß des Kaufcontracts sich den Rückkauf des veräußerten Holzbestandes bis zum 1. Januar 1864 vorbehalten und nur erst für den Fall, wenn er dieses Rückkaufsrecht bis dahin nicht ausgeübt haben sollte, der Klägerin das Recht zugestanden, das Holz am

1. Januar 1864 schlagen zu lassen. Hieraus ergibt sich ganz klar, daß der Verkäufer bei der behaupteten Hinweisung und Erklärung den zur Erwerbung des Besizes Seitens der Klägerin erforderlichen Willen, schon jetzt den Besitz am Holzbestande aufzugeben und die Klägerin ohne Weiteres in ein solches Verhältniß zu demselben zu setzen, daß sie nun beliebig auf ihn einwirken und fremde Einwirkung davon abhalten könne, gar nicht gehabt hat und gehabt haben kann, daß vielmehr die Meinung der Contrahenten dahin gegangen ist, daß erst dann, wenn H. von dem vorbehaltenen Rückkaufsrechte keinen Gebrauch gemacht haben werde, Klägerin habe berechtigt sein sollen, sich thatsächlich durch Niederschlagung des Holzbestandes in dessen Besitz zu setzen.

Nun ist noch vor Eintritt des gedachten Zeitpunktes, des 1. Januar 1864, zu des Verkäufers Vermögen der Concurse ausgebrochen und es haben zu dieser Zeit die Hölzer noch angestanden. Dem Concurse gegenüber aber konnte Klägerin auf Grund jenes Vertrages, durch welchen sie nur einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums erlangt hatte, den Anspruch auf Ueberlassung des noch gar nicht in ihren Besitz gekommenen Holzbestandes nicht mehr geltend machen; einem derartigen Anspruche würden die, im Wesentlichen auch in das BGB. § 410 flg. übergegangenen Vorschriften des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 § 52 entgegenstehen; es ist ihr aber unbenommen gewesen, den ihr aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages erwachsenen Schaden, das id quod interest, bei dem H.'schen Creditwesen zu liquidiren.

37.

Ueber die Anlage des Beweises einer wegen Belästigung eines Grundstückes durch sogen. schädliche Immissionen
— BGB. § 358 — erhobenen Klage.

II. Sen.-Erkenntn. vom 8. August 1865. no. 278/371.

Der Beweis des Klägers ist schon in seiner Anlage mangelhaft. Wenn die Behauptung, daß eine Gewerbsanlage der vorliegenden Gattung durch Rauch oder Dämpfe, welche sich bei dem Betriebe derselben entwickeln und der atmosphärischen Luft mittheilen, für die benachbarten Grundstücke und deren Bewohner Nachtheil bringe, dargethan werden soll, so kann dies nicht füglich anders, als vermittelt einer Beweisfüh-

rung durch Sachverständige geschehen, während die Angaben dritter, nicht sachverständiger Personen nur insoweit, als dieselben das Gebiet sinnlicher Wahrnehmung nicht überschreiten und entweder ein factisches Material für die Begutachtung der Sachverständigen gewähren, oder die Aussprüche der letzteren mit thatsächlich gemachten Erfahrungen unterstützen, einen wesentlichen Einfluß gewinnen werden. Bei dem Gebrauche der Sachverständigen als Beweismittel hat nun der Producent insbesondere dafür Sorge zu tragen, daß den ersteren die zur Abgabe eines bestimmten und erschöpfenden Gutachtens erforderlichen factischen Unterlagen geboten und, nach Befinden, auch diejenigen besonderen Vorbereitungen und Veranstaltungen getroffen werden, deren die Sachverständigen zu einer gründlichen Beantwortung der ihnen vorgelegten Fragen bedürfen. In der Regel also wird in derartigen Fällen eine, unter Zuziehung und beziehentlich Mitwirkung der Experten selbst zu veranstaltende Localbesichtigung erfolgen müssen, welche sich aber nicht auf eine Beschreibung der Dertlichkeit im allgemeinen beschränken darf, sondern auf eine specielle Untersuchung und Erörterung aller einzelnen, etwa in Betracht zu ziehenden Verhältnisse erstrecken muß. Der Kläger hat auch seinen Beweis und zwar ausschließlich auf den Ausspruch Sachverständiger und Augenschein gegründet; allein die Art. 22 — 24, bei welchen er sich neben dem Anspruche von Sachverständigen „auf Augenschein“, also auf gerichtliche Besichtigung als Beweismittel bezogen hat, enthalten nur die allgemeine, im Wege der bloßen Besichtigung und richterlichen Wahrnehmung überhaupt nicht zu constatirende Behauptung, daß die Nähe der den Beklagten zugehörigen Zündhölzlerfabrik durch die sich aus derselben verbreitenden schädlichen Phosphordämpfe dem Grundstücke des Klägers einen außerordentlichen und ungewöhnlichen Schaden bereite, weil diese Dämpfe sowohl die Gesundheit der Bewohner seines Grundstücks gefährdeten, als auch das Gedeihen der Pflanzen verhindernen und zerstörten. Die Beantwortung dieser Fragen mußte, wie dies auch weiterhin, Art. 25 flg., geschehen, lediglich den Sachverständigen auf Grund ihrer an Ort und Stelle angestellten Beobachtungen überlassen werden, zu diesem Behufe aber und um zugleich für die abzugebenden Gutachten eine formell feste Basis zu gewinnen, wäre die Localbesichtigung selbst auf die örtlichen und natürlichen Verhältnisse der beiderseitigen Grundstücke, auf den Umfang und die Einrichtung des Geschäftsbetriebs

in der Fabrik der Beklagten, sowie auch darauf zu richten gewesen, ob sich auf den benachbarten Grundstücken sichtbare Spuren eines verderblichen Einflusses jener Dämpfe wahrnehmen ließen. Auf diese und ähnliche Erörterungen hat der Kläger seine Beweisartikeln nicht gerichtet, und es würde sich auch fragen, in wiefern dieselben bei der weit vorgerückten Jahreszeit, in welcher es zu Abhaltung des Localtermins gekommen ist, noch mit Erfolg hätten eingeleitet werden können. Der Kläger hat aber auch in diesem Termine hierauf bezügliche Anträge nicht vorgebracht, im Gegentheil erklärt, daß der bei Art. 22, 23, 24 beantragte Augenschein nicht das Prozeßgericht angehen solle, sondern lediglich für die Sachverständigen gelte. Demnach ist auch von einer speciellen Besichtigung und Erörterung der localen Verhältnisse durch den Prozeßrichter gänzlich abgesehen und es sind nur den Sachverständigen die in den Beweisschriften erwähnten Räumlichkeiten ganz im Allgemeinen zu ihrer weiteren Orientirung angewiesen worden.

Insoweit, wie sich späterhin allerdings gezeigt hat, die von den Beklagten und dem Prozeßgerichte ernannten beiden Sachverständigen die ihnen dargebotenen Unterlagen für ungenügend erachtet haben, um sich mit absoluter Bestimmtheit über die ihnen vorgelegten Fragen auszusprechen, insonderheit aber die Angaben des Klägers zu bestätigen, muß der Nachtheil, welcher sich daraus für die Beweisführung des Klägers ergeben hat, theils der mangelhaften Anlage der letzteren, theils wohl auch der in den Verhältnissen liegenden Schwierigkeit, diese Unterlagen in vollständigster Weise zu gewinnen, zugeschrieben werden.

38.

Wie kommt der Auszugsberechtigte in Bezug auf sein Wahlrecht, Naturallieferung oder Geldäquivalent zu fordern in Verzug? — B. G. B. § 1169.

II. Sen.-Erf. v. 18. Mai 1865. no. 212/247.

Was die Frage betrifft, ob Klägerin, wenn sie nicht sofort bei Verfallzeit der Leistungen, sondern allererst bei Uebergabe der Berechnung an Beklagten statt der Naturalleistungen Geld gefordert und dadurch von dem ihr theils nach den Feststellungen bei Constituirung des Auszugs zuständigen, theils aus Beklagten's Verzuge erwachsenen Wahl-

rechte Gebrauch gemacht, dieses Wahlrechts verlustig gegangen sei, so kommt in Betracht, daß Klägerin, deren Auszug mit Wohnungsauszuge verbunden ist, von der also im Zweifel angenommen werden muß, daß sie im auszugspflichtigen Grundstücke wohnt, zu beanspruchen hatte, daß Beklagter die Auszugsgegenstände ihr brachte, und daß sie also berechtigt war, zu verlangen, daß Beklagter, bevor er den Auszug gewährte, an sie die Anfrage stellte, in welcher Weise, ob durch Leistung in Natur oder durch Zahlung der Preise sie ihre Befriedigung verlange, und daß mithin vor einer solchen Frage oder Aufforderung, wie sie auch nach dem 31. der Rechtsätze vom 2. October 1839 vorausgesetzt und mit ausdrücklichen Worten § 1169 des BGB.'s erfordert wird, ein Verzug ihrerseits, welcher den Verlust des Wahlrechts nach sich ziehen können, nicht eintrat. Dazu kommt noch, daß Beklagter selbst nicht behauptet, gewählt zu haben, bevor Klägerin das Anverlangen auf Gewährung des Geldwerthes an ihn gerichtet.

39.

Verjährungserwerb von Dienstbarkeiten an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke. — BGB. § 571, 577.

II. Sen.-Erf. v. 29. Sept. 1865. no. 549/525.

Wenn auch die rechtliche Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen ist, daß an solchen im Miteigenthume der Betheiligten befindlichen Grundstücken von einem Einzelnen derselben für ein anderes ihm gehöriges Grundstück ein Servitut erworben werde, so ist doch hierzu, wenn es sich um einen Erwerb durch Verjährung handelt, Seiten des Verjährenden der Beweis erforderlich, daß er die Besitzhandlungen, auf welche er diesen Erwerb gründet, in der Meinung und Absicht, um das Miteigenthum der Uebrigen zu beschränken, ausgeübt habe, und sich aus denselben erkennen lasse, daß sie nicht bloß Ausfluß des Miteigenthums an den Gemeindegundstücken seien.

Wochenblatt für merkwl. Rechtsfälle v. J. 1851, S. 139; v. J. 1852, S. 376; v. J. 1853, S. 100.

Hierauf haben aber die Beklagten ihren Beweis nicht mitgerichtet, derselbe würde daher unter der oben angegebenen Voraussetzung schon aus

diesem Grunde für mißlungen zu achten gewesen sein, da von der von den Beweiszeugen erwähnten Theilung der Gemeindegrundstücke an bis zur Klageanstellung die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen war.

40.

Einigung der Handelnden über Sache und Preis ist so lange die Verhandlungen über Specialitäten schweben im Zweifel nur eine vorläufige. — BGB. § 783.

II. Sen.-Erf. v. 14. Sept. 1865. no. 468/486.

Wie das OAG. wiederholt z. B.

Annalen Bd. I, S. 126

ausgesprochen hat, liegt in einer Vereinbarung der handelnden Personen über Sache und Preis wenigstens dann noch nicht das entscheidende Criterium des vollendeten Vertragswillens, wenn außer diesen, für jeden Kaufvertrag wesentlichen, Gegenständen auch noch andere Specialitäten in den Kreis der Verhandlung gezogen worden sind, rücksichtlich deren eine übereinstimmende Willenserklärung nicht erfolgt ist. Fehlt es in diesem Falle an einem Acte der Willenserklärung, aus dem sich erkennen läßt, daß die Betheiligten ohnerachtet dieses Mangels den Vertrag für definitiv abgeschlossen angesehen haben, so ist die Verhandlung im Ganzen noch nicht über die Grenzen unverbindlicher Tractaten hinausgegangen, und das Einverständnis über einzelne, selbst wesentliche Punkte erscheint alsdann nur als ein vorläufiges und hypothetisches.

Nach diesen Grundsätzen, welche auch das BGB. adoptirt hat,

Siebenhaar, Commentar zum BGB., § 783, Bd. 2, S. 80 flg.

kommt in Bezug auf die Frage, ob nach Maßgabe der zur richterlichen Beurtheilung vorliegenden Thatfachen der Vertrag zu seiner Perfection gelangt sei, oder nicht, auf den größeren oder geringeren Geldwerth der Leistungen, über welchen sich die Betheiligten nicht vereinigen können, etwas Wesentliches nicht an. Indessen sind im vorliegenden Falle die Bl. angeführten Differenzpunkte an sich nicht ohne Bedeutung, sie betreffen auch nicht bloß außerwesentliche Nebenbestimmungen, sondern unmittelbar das Kaufsobject selbst, insofern es sich nach Beklagten's Angabe darum gehandelt hat, ob die Käufer für die Summe von

13000 Thalern außer den Grundstücken sammt Beilaß auch die Erndte des Jahres 1864 und gewisse Weinvorräthe und Mobilien mit erhalten sollten. An einem Acte, einer Handlung oder Erklärung, aus der sich ergeben könnte, daß ohnerachtet dieser Differenzpunkte, doch noch und mit Aufgabe der letzteren, ein Kauf zur Perfection gelangt sei, fehlt es gänzlich, wenn die Angaben des Beklagten hinsichtlich des Angeldes und Handschlags sich bewahrheiten sollten, und wenn es richtig ist, daß sogar die Fortsetzung der Verhandlungen ausdrücklich aufgeschoben worden ist.

Der Kläger irrt also, wenn er glaubt, es hänge nur von seiner Willkür ab, den vom Beklagten eingeräumten Thatsachen die rechtliche Eigenschaft eines perfecten Kaufes zu verleihen, wenn er auf die Gewährung der Bl. gedachten Gegenstände verzichten wolle.

41.

Einer von mehreren Käufern einer Sache kann nicht antheilige Vertragserfüllung fordern. — BGB. § 1099.

II. Sen.-Erk. v. 14. Sept. 1865. no. 468/486.

Es würde nach der in ähnlichen Fällen von dem OAG. schon bisher befolgten und in der Vorschrift des BGB.'s § 1099 anerkannten Rechtsansicht, der Kläger, wenn er diese Grundstücke in Gemeinschaft mit noch anderen Personen erkaufte hätte, nicht berechtigt sein, die antheilige Erfüllung des Kaufes zu fordern. Es würde vielmehr in diesem Falle der Klage des einzelnen Käufers die sogenannte exceptio plurium litis consortium entgegenstehen, infolge deren eine Abweisung dieser Klage in der angebrachten Maße oder, was im Resultate auf das Nämliche hinauskommt, eine Entbindung des Beklagten von der gegenwärtigen Klage einzutreten gehabt hätte.

Annalen, Bd. I, S. 450 und Bd. VI, S. 22.

Siebenhaar, Commentar zum BGB., § 663, S. 8 und § 1099, S. 215, Bd. 2.

42.

Zur Lehre vom Auszuge. — Auszugswohnung. — Wiederherstellung nach einem Brande. — Entschädigung wegen Nichtgewährung einer solchen in der früheren Gestalt. — BGB. § 1172.

II. Sen.-Erf. v. 29. Sept. 1865. no. 525/521.

Wie bereits im Vorprozesse bemerkt worden ist, tritt nach dem Wiederaufbaue eines durch den Brand vernichteten Gebäudes der Wohnungsauszug, welcher auf dem letzteren gehaftet, in der vor dem Brande bestandenen Art, also namentlich auch rücksichtlich der dem Auszügler zukommenden Localitäten, in dem früheren Umfange wieder ein und der Auszügler ist auch berechtigt, zu verlangen, daß ihm der Auszugsträger diese Wohnung wiederherstelle und künftighin gewähre,

Bekanntmachung des OAG.'s, einige Rechtsätze in Beziehung auf den Auszug betr., vom 2. October 1839, § 17.

Nach diesem Grundsätze, welchen auch das BGB. § 1172 anerkennt und nach den diesfalligen Bestimmungen der ihrem ganzen Inhalte nach zugestandenen Kaufsurkunde sub B hatte sich die verw. F. unter andern Auszugsgebühren auch „die Oberstube sammt Kammer“ zur Wohnung und zum Aufenthalt für ihre Person sowie freies Kochen, Waschen und Backen u. dgl. bei Käufers vorgerichtetem Holze reservirt. Wenn es nun in Wahrheit beruht, wie behauptet worden ist, daß der Beklagte der Erblasserin der Klägerinnen nach dem zu Michaelis 1854 beendigten Wiederaufbau seiner niedergebrannten Gebäude anstatt der ihr gebührenden Oberstube nebst Kammer nur eine Kammer über dem Mühlgebäude zu ihrer Benutzung angeboten, sich auch auf ausdrückliches Verlangen der Auszüglerin entschieden (also, wie dem Zusammenhange nach anzunehmen ist, auch ausdrücklich) geweigert hat, ihr die gebührende oder auch eine andere angemessene Wohnung im Gute zu gewähren, so ist derselbe mit der Erfüllung seiner Verpflichtung dergestalt in Verzug gerathen, daß die Auszüglerin nach § 17 a. E. der angezogenen Bekanntmachung befugt war, sich ein anderes angemessenes Unterkommen zu beschaffen und den Ersatz des für dieses aus ihren Mitteln bestrittenen Aufwandes zu beanspruchen.

43.

Interpretation einer Pachtclausel, daß der Pächter den im Pachtgrundstück gewonnenen Dünger nicht verkaufen dürfe zc. — BGB. § 1205.

II. Sen.-Erf. v. 1. Juni 1865. no. 306/271.

Was die Ausflucht sub 2 betrifft, so steht anzunehmen, daß die Contrahenten bei Festsetzung der Bestimmung in § 18 des Contractes

der Pächter solle nicht befugt sein, das von ihm producirte Stroh und den im Gasthose gewonnenen Dünger zu verkaufen, überhaupt anderswie zu verwenden als in die von ihm mit erpachteten Feldgrundstücke,

zunächst von der Ansicht ausgegangen sind, daß der durch die Bewirthschaftung der dem Beklagten verpachteten Grundstücke gewonnene Dünger, mit Einschluß des in den Gastställen durch eingestelltes fremdes Vieh zu gewinnenden, nicht mehr betrage, als bei einer rationellen Bewirthschaftung jener Grundstücke in dieselben sich verwenden lasse. Insoweit hat also Beklagter durch jene Vertragsclausel unbedingt vinculirt werden sollen. Nun konnte allerdings der Fall eintreten, daß der auf die bemerkte Weise gewonnene Dünger nicht oder doch nur nothdürftig für den erwähnten Bedarf ausreichte und daß deshalb oder auch nur Behufs der Haltung eines größeren Viehstandes, als an sich der Ertrag der erpachteten Grundstücke gestattet, Beklagter sich genöthigt oder veranlaßt sah, Futter hinzuzukaufen oder anderweit Grundstücke zu erpachten und solche vom Gasthose aus mit zu bewirthschaften, so daß nun die Masse des im letzteren gewonnenen Düngers sich vermehrte. Allein daß auch in diesen Fällen Beklagter unbedingt habe verbindlich sein sollen, das so an Dünger gewonnene Mehr mit in die der Klägerin abgepachteten Feldgrundstücke zu verwenden, läßt umsoweniger sich annehmen, als bei Festsetzung jener Vertragsbestimmung die Absicht unmöglich dahin gegangen sein kann, Beklagten zu verpflichten, daß er mehr Dünger in die erpachteten Grundstücke verwende, als bei einer rationellen Bewirthschaftung dieser Grundstücke gewonnen und in dieselben verwendet werden könne, und daß er, wenn der Betrag des im Gasthofsgrundstücke

vorhanden gewesenen Düngers über dieses Maaß hinausgehen sollte, über dieses Mehr nicht anderweit verfügen dürfe.

Es wird also, wenn Beklagter im Beweise ausführt, daß er mit Hülfe des aus anderweit erpachteten Grundstücken gewonnenen oder auch hinzugekauften Futters einen größeren Viehstand gehalten und in dessen Folge auch mehr Dünger producirt habe, als bei rationeller Bewirthschaftung der Gasthofsgrundstücke allein möglich gewesen sein würde und wenn der solchergestalt mehrgewonnene Dünger mindestens soviel betragen hat, als von Beklagtem geständlich anderweit verwendet worden ist, von einer Beeinträchtigung der Klägerin und von einer Contravention gegen die mehrgedachte Vertragsclausel allerdings nicht weiter die Rede sein können.

44.

Ein Proxenicum für Zuweisung eines Käufers hat als verdient zu gelten, wenn auch der vom Proxeneten zugewiesene Kaufliebhaber den Kauf nicht allein, sondern mit einem Mitkäufer abschließt. — BGB. § 1254 flg.

II. Sen.-Erf. v. 24. Aug. 1865. no. 437/417.

Wenn auch Kläger in seiner Klage nicht darauf sich berufen hat, daß der Bl. genannte P. durch ihn von der Verkäuflichkeit des dem Beklagten zugehörig gewesenen Guts in Kenntniß gesetzt worden sei, wenn auch Kläger vielmehr selbst anführt, es habe P. durch L. von den zwischen diesem und dem Beklagten angeknüpften Kaufsverhandlungen Wissenschaft erhalten, so ist das doch auf die Beurtheilung der Schlüssigkeit der erhobenen Klage ohne weiteren Einfluß. Hat nämlich der Kläger, wie er solches behauptet, L.'n von der Verkäuflichkeit des gedachten Guts unterrichtet und hat er dadurch zu dem zwischen L. und dem Beklagten erfolgten Kaufsabschluß Veranlassung gegeben, so kommt an sich darauf etwas weiter nicht an, daß L. seinerseits das erwähnte Grundstück nicht allein, sondern in Gemeinschaft mit P. gekauft hat. Denn immerhin würde Kläger Derjenige gewesen sein, welcher durch die von ihm L.'n gegenüber entwickelte Thätigkeit den Kaufsabschluß herbeiführte und der Anspruch, den er hierdurch auf Gewährung des ihm von dem Beklagten angeblich für die Vermittelung eines Kaufes über des Letzteren Gut er-

warb, kann dadurch, daß L. P.'en als Mitkäufer sich betheiligen ließ, um so weniger in Frage gestellt werden, als Kläger gar nicht in der Lage war, die Mitbetheiligung P.'s zu verhindern.

45.

Zur Lehre von der pauperies. — Eigene Verschuldung des Verletzten. — BGB. § 1562.

II. Sen. = Erf. vom 9. Mai 1865. no. 168/215.

Es ist durch die Zeugenaussagen nicht nur constatirt worden, daß der von dem Erblasser der Beklagten im Jahre 1859 bejessene Bullen bis zu dem in der Klage erwähnten Vorfall keineswegs von Natur einen wilden und böartigen Character an den Tag gelegt habe, und den Personen, welche mit ihm zu thun gehabt, an sich, und wenn selbige ihn nicht geneckt und gereizt, nicht gefährlich gewesen sei, sondern es ist auch durch die gedachten Zeugendepositionen bestätigt worden, daß die Klägerin den Bullen durch ihr Verhalten vor dem fraglichen Vorfall wiederholt beunruhigt und gereizt habe. Nun ist zwar nicht nachgewiesen, daß die Klägerin auch an dem Tage des erwähnten Vorfalls und unmittelbar vor dem letzteren etwas, wodurch die Bullen hätte gereizt werden können, gethan habe. Allein man hat der vorigen Instanz darin beizutreten, daß immerhin ein sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden sei, daß die Klägerin, hätte sie nicht durch ihr ganzes vorheriges Verhalten den Bullen gegen sich aufgereizt, einem Anfälle desselben nicht würde ausgesetzt gewesen sein. Da nun nach den hier zur Anwendung gelangenden Rechtsgrundsätzen der Anspruch des durch ein Thier Beschädigten auf Ersatz des angerichteten Schadens dann ausgeschlossen erscheint, wenn der Beschädigte den Schaden durch seine eigne Handlungsweise veranlaßte, so kann auch im vorliegenden Falle die von der Klägerin geltend gemachte Forderung schon um deswillen nicht für begründet angesehen werden, weil eben nach dem Vorbemerkten anzunehmen ist, daß die Klägerin von dem Schaden, dessen Ersatz sie verlangt, nur durch ihr eignes Verschulden betroffen worden sei &c.

Man geht daher keinesfalls zu weit, wenn man zwischen dem aufreizenden Verhalten der Klägerin gegen den Bullen und dessen Angriff auf Erstere einen Zusammenhang statuirt und in jenem Verhalten die

Ursache findet, daß der Bulle die Klägerin angefallen habe, zumal da es Erfahrungssache ist, daß Thiere gegen solche Personen, welche sie durch Necken und Mißhandeln wiederholt aufreizen, eine auch über den einzelnen Moment fortdauernde Abneigung fassen und dieser bei vorkommender Gelegenheit einen ihrer Natur entsprechenden Ausdruck geben.

46.

Die Ehefrau kann die Verbindlichkeit den Ehemann zu alimentiren durch Vertrag übernehmen — §. 1634, 1637, 1692 des B.G.B.'s.

II. Sen.-Erk. vom 18. Aug. 1865. no. 377/411.

Das O.A.G. hat dem Grunde, aus welchem die vorige Instanz zur Abweisung der Intervenientin gelangt ist, weil nämlich ein Vertrag der Bl. ersichtlichen Art, wonach diese die Alimentation ihres Ehemannes gegen Abtretung der hier in Frage stehenden, mit Beschlag belegten Zinsen übernommen, als mit dem Wesen einer christlichen und vernünftigen Ehe als völlig unvereinbar erscheine, demgemäß aber jener Vertrag rechtlich ungültig sei, nicht beipflichten können.

Daß nämlich die Ehefrau dem verarmten Ehemann in dem Falle des Besizes geeigneter Mittel zu alimentiren habe, ist ein vordem bestehender, übrigens in § 1637 des B.G.B.'s ausdrücklich anerkannter Grundsatz, und es kann daher auch nicht etwa aus den dem § 1692 des B.G.B.'s zu Grunde liegenden Principien gefolgert werden, daß es sich hier um Aufhebung wesentlich persönlicher Rechtsverhältnisse des Ehegatten handele.

Ein Vertrag der vorliegenden Art würde, zwischen der Beklagten Ehemann und einem Dritten abgeschlossen, an sich völlig unbedenklich sein, und es liegt nach dem Vorbemerkten auch kein Grund vor, hierunter Etwas Anderes anzunehmen.

Inwiefern der Vertrag zum Präjudize der Gläubiger des Ehemannes gereiche, tangirt selbstverständlich das öffentliche Recht, auf welches Bl. Bezug genommen ist, nicht. Man ist daher bei Beurtheilung des Streitfalles lediglich an die gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätze gewiesen.

Gültigkeit der Uebernahme der Schulden eines Ehemannes Seiten der Ehefrau in einem Falle, wo sie dafür einen Gegensatz erhalten. — BGB. § 1650 flg.

II. Sen.-Erf. v. 19. Mai 1865. no. 220/251.

Ob das zwischen der Beflagten und dem Abwesenheitsvormunde ihres Ehemannes geschlossene Geschäft die Uebernahme des Immobilien- und Mobilien-Besitzthums des Ehemannes gegen die Verpflichtung, die von diesem letzteren contrahirten oder nach Befinden übernommenen Schulden zu bezahlen, nach seinem ganzen Umfange unter den Begriff eines Kaufs zu bringen sei, was Beflagte deshalb bestreitet, weil nur für einen gewissen Theil des Ueberlassenen, das Immoblie, eine Kaufsumme benannt worden, ist nicht von wesentlichem Einflusse, weil daraus, daß es kein Kauf sei, noch nicht folgen würde, daß es eine Verbürgung enthalte, worauf gerade Alles ankommt. Es liegt aber auch in Wirklichkeit ein Kauf nicht vor. Man hat zu unterscheiden zwischen dem aus formalen Gründen erforderlichen, der Grund- und Hypothekenbehörde vorgelegten Kaufaufsätze, in welchem nur eine auf das Grundstück gerichtete Kaufsumme angegeben ist, und dem Geschäft im ganzen Umfange, welches die Ueberlassung des ganzen Bestandes an Immobilien und Mobilien gegen zur Zeit zwar vielleicht unbekannte, deshalb aber nicht unbestimmte Gegenleistungen in sich begreift und bei welchen die Zahlung des Kaufpreises, eben diese Gegenleistungen, auf Anweisung des Verläufers an dritte erfolgen soll. Hiernächst hat Beflagte aus dem Geschäft mindestens den Vortheil erlangt, des Beweises für die Richtigkeit des edirten Vermögensverzeichnisses und insonders der von ihr angegebenen Höhe ihres Einbringens überhoben zu sein, und daß sie, wenn sie nicht in Wahrheit so viel ihrem abwesenden Ehemann inferirt haben sollte, als sie behauptet, einen erheblichen Verlust zu erleiden haben werde, geht wenigstens aus den bei den Acten bekannt gewordenen Thatsachen nicht hervor, im Gegentheil würde, wenn man zu den in dem Status der Passiven angeführten Posten die Post von 25 Thlrn. und die jetzt geklagte Forderung von 162 Thlrn. 23 Ngr. hinzurechnet, eine Gesamtschuld von 2301 Thlr. 3 Ngr. erhalten werden, welcher außer dem Kaufpreise

für das Haus an 2125 Thlr. der Taxwerth des Mobiliars mit 72 Thlrn. gegenübersteht, so daß nur eine Differenz von wenig über 100 Thlr. in Frage kommt, immer vorausgesetzt, daß die Beklagte im Stande wäre, das behauptete Einbringen nach der angegebenen Höhe zu beweisen. Es ermangelt daher sogar an der Wahrscheinlichkeit, daß aus dem angefochtenen Geschäfte für die Beklagte ein wirklicher Vermögensnachtheil erwachsen sei. Dadurch endlich, daß Beklagte bei Abschluß des Geschäfts zugleich das Beste ihres abwesenden Ehemannes im Auge gehabt und den Zweck verfolgt, demselben die Rückkehr in seine Heimath zu erleichtern, wird das Geschäft nicht ohne Weiteres in eine Verbürgung für den Ehemann umgewandelt.

48.

Zur Lehre von der Societät. — BGB. § 1359, 1366.

II. Sen.-Erf. v. 28. Sept. 1865. no. 518/522*).

Mit Recht hat die zweite Instanz den Gesichtspunkt des Societätsvertrages der rechtlichen Beurtheilung zu Grunde gelegt. Es entspricht dies, wie schon erwähnt ist, dem gemeinen Rechte, welches die Vereinigung zu einem mit gemeinschaftlichen Mitteln zu erreichenden gemeinsamen Zwecke unter den Begriff der societas stellt, wenn auch der Zweck des Vertrags nicht in einer vermögensrechtlichen Erwerbung (societas quaestuarialia) besteht, sondern auf die Erreichung anderer Endziele, welche die Contrahenten gemeinsam als Gegenstand ihres Interesse betrachten (sog. societas simplex) gerichtet ist.

Glück, Erläut. der Pandecten Th. XV, S. 371,

Schweppé, röm. Privatrecht, Bd. III, S. 242 flg.

von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts Bd. II, S. 220 flg.

*) Der sogen. Nachat-Prozeß zwischen der Commun Leipzig und dem Sächsischen Staatsfiscus war durch einen „Hauptvergleich“ beendet, wonach Letzterer bis zu Tilgung der von Ersterer contrahirten Schulden u. a. jährliche Beiträge zu leisten hatte. Wegen der letzten Rate, deren es zu dem vertragsmäßigen Zwecken in der bis dahin pro Jahr vereinbarten Höhe nicht bedurfte, entstanden Differenzen, welche die II^{da} (AG Leipzig) wie das OAG nach den Grundsätzen über societas beurtheilte.

von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. III,
S. 920 flg., 3. Auflage,

Curtius, Handbuch § 1485, Th. IV, S. 172 flg.

Auch das BGB. § 1359 verb. mit § 1366 setzt das Wesen des Gesellschaftsvertrags nur darauf, daß die Vereinigung zu einem durch Beiträge der einzelnen zu erreichenden Zweck erfolge und dadurch eine das Vermögen betreffende Gemeinschaft begründet werde, ohne das Gesellschaftsverhältniß für solche Vereinigungen auszuschließen, welche nicht auf gemeinschaftlichen Erwerb gerichtet sind. Der Einwand Klägers, daß hier weder die auf Abschluß eines Societätsvertrags gerichtete Absicht der Contrahenten, noch ein gemeinschaftlicher Zweck des Vertrags als vorhanden anzusehen sei, wird in der letzteren Beziehung sofort durch die unbefangene Betrachtung der Bestimmungen in § 4, 6—8 des Vergleichs widerlegt, welche darüber keinen Zweifel lassen, daß die Tilgung der französischen Kriegsschuld der Stadt Leipzig, für welche die von beiden Theilen zugesagten Beiträge ausschließlich verwendet werden sollen, den gemeinschaftlichen Zweck der Contrahenten bildet. Damit ist aber zugleich die in Frage gestellte Absicht der Contrahenten um so gewisser gegeben, als es zu Eingehung der Societät der ausdrücklichen Erklärung der darauf gerichteten Absicht nicht bedarf, vielmehr das Societätsverhältniß auch durch concludente Handlungen eingegangen werden kann

l. 4, pr. D. pro socio,

und die Willensäußerungen der Contrahenten sowie die von ihnen zu Erreichung des gemeinsamen Zwecks vereinbarten Maassnahmen (vergl. u. A. § 8) das Bewußtsein der gegenseitigen rechtlichen Beziehungen des Gesellschaftsverhältnisses unzweideutig ausdrücken. Ein Fall der in l. 44 D. pr. socio erwähnten Art, in welchem nach der Beschaffenheit des Gegenstandes und der Vereinbarung allerdings der Zweifel entstehen konnte, ob die actio pro socio oder die aestimatoria praescriptis verbis actio (l. 1. pr. D. de aestimator.) begründet sei, liegt hier in alle Wege nicht vor.

Einige Bemerkungen zu Abschnitt IV der provisorischen Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865*).

Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter zc. Siegmann.

§ 9.

Eine besondere, nur bei Gelddarlehen zulässige Art der Verwahrung wird in § 77 des Hyp.=Ges. unter der Ueberschrift: „Einrede des nicht gezahlten Geldes“ behandelt. Der § lautet:

„Wenn aber eine Forderung in einem Gelddarlehne besteht und in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden ist, bevor noch die Auszahlung des Darlehns an den Schuldner wirklich erfolgt war, so sichert eine vor Ablauf der nächsten dreißig Tage nach gescheneher Eintragung der Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch angebrachte und in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene Protestation dem Schuldner den Gebrauch der Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen denjenigen dritten Inhaber, welcher letztere innerhalb jener dreißig Tage an sich gebracht hat.

Die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Einrede ist übrigens nach den darüber bestehenden Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen.“

Dieser § verdankte, wie die Motive zu demselben aussprechen, seine Entstehung einer Rücksicht auf den praktischen Geschäftsverkehr. Weil, bemerkten die Motive, es bei der Aufnahme von Gelddarlehen gegen Bestellung einer Hypothek sehr ge-

*) Fortsetzung der S. 315 abgebrochenen Abhandlung.

wöhnlich und bei öffentlichen Büchern wegen der Priorität, welche ein anderer Gläubiger inzwischen erlangen könnte, fast nothwendig für den Darleiher sei, daß vorerst die Sicherheit desselben durch Eintragung der Darlehnsforderung in das Grund- und Hypothekenbuch hergestellt und für den Gläubiger der Hypothekenbrief ausgefertigt werde, ehe die Auszahlung des Darlehns erfolge, so müsse dem Schuldner, der bei der nahe bevorstehenden Auszahlung dem Darleiher Mißtrauen zu zeigen, zum Wenigsten unschicklich finden würde, noch eine kurze Frist vergönnt werden, während deren er der Auszahlung harren könne, ohne daß er Gefahr laufe durch eine inzwischen von dem Gläubiger etwa vorzunehmende Cession der Forderung an einen Dritten, vermöge der Deffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs, um den Gebrauch der Einrede des nicht gezahlten Geldes zu kommen¹⁾.

Die sog. *exceptio non numeratae pecuniae* hat ihre besondere particularrechtliche Bedeutung nach der *Devis. nov.* 23 durch das BGB. verloren²⁾; sie besteht aber noch anderen Einreden gleich, welche gegen die obligatorische Kraft von Willensäußerungen gerichtet sind; sie kann daher gegen den flagenden Gläubiger als *exceptio doli* und zwar, da nach dem BGB. die *causa obligationis* auch beim Darlehn nicht in der *res*, sondern in dem *consensus* liegt, und die Auszahlung des Darlehns demgemäß nur die Erfüllung des durch den *Consensus perfecten* Darlehnsvertrags von Seiten des Darleihers enthält, insbesondere als *exceptio non ad impleti contractus* (vgl. § 860 des BGB.'s) auftreten. Es kann aber auch der Schuldner die Erfüllung des Vertrages durch Auszahlung des bedungenen Dar-

¹⁾ Diese Motive sind in Heyne's Commentar S. 318 abgedruckt. Uebrigens ist es nicht bloß die Priorität, sondern auch die Entstehung der Hypothek, welche durch unvorhergesehene Ereignisse verhindert werden kann, weshalb ein vorsichtiger Gläubiger das Darlehn nicht gern vor der Eintragung seiner Forderung auszahlen wird. Ist diese aber erfolgt, wovon er sich durch Einsehen des Buches überzeugen kann, so braucht er die Ausfertigung des Hypothekenbriefs nicht erst noch zu erwarten.

²⁾ Siebenhaar, Commentar, Bd. I. S. 161, Bd. II. S. 204.

lehns, oder nach Befinden die Zurückgabe der Urkunde und Löschung der Hypothek im Wege der Klageanstellung (im letzteren Falle vermittelt einer Condition) beanspruchen. Demnach hatte die Vorschrift in § 77 des Hyp.-Ges. (wenn man von dem auf die besonderen Verhältnisse der *exceptio non numeratae pecuniae* nach älterem Rechte bezüglichen Schlusssatz absieht) ihre praktische Bedeutung nicht verloren; denn auch das BGB. hält das Princip der Oeffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher fest, vermöge dessen in der Regel derjenige, welcher im guten Glauben eine in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragene Forderung erworben hat, den Einwand des Schuldners, daß ihm das eingetragene Darlehn von seinem ursprünglichen Gläubiger nicht oder nur theilweise ausgezahlt worden sei, nicht anzuerkennen braucht. In dessen Erwägung ist auch, mit Ausnahme jenes Schlusssatzes, die Bestimmung des § 77 fast wörtlich in § 220 der GD. übergegangen. Es hat durch diese Bestimmung, jedoch nur für den besondern Fall des Gelddarlehns, das Princip der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs eine gewisse Beschränkung erfahren. Der Erborger soll aus den schon erwähnten praktischen Gründen während eines zur Abwicklung des Darlehnsgeschäfts genügenden Zeitraums durch den Grundsatz der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nicht gehindert werden, die sog. Einrede des nicht gezahlten Geldes (in ihrer nunmehrigen Bedeutung) auch gegen den dritten Inhaber der bereits eingetragenen Forderung geltend zu machen, wenn dieser die letztere noch innerhalb der gedachten Frist an sich gebracht hat. Es mußte aber dabei das erwähnte Princip dadurch möglichst gewahrt werden, daß ein Zeitpunkt festgesetzt wurde, mit welchem dasselbe dergestalt zu seiner vollen Wirksamkeit gelangt, daß für die Folgezeit auch die Einrede des nicht gezahlten Geldes gegen den gutgläubigen dritten Inhaber nur noch mit Hilfe einer Bewahrung gesichert werden kann, welche indeß, je nachdem sie gegen jeden oder nur gegen denjenigen gerichtet ist, welcher das Darlehn innerhalb der festgesetzten dreißigtägigen Frist erworben

hat, an verschiedene Erfordernisse gebunden ist³⁾. Mit Rücksicht auf diese Tendenz der fraglichen Bestimmung lassen sich folgende Sätze aufstellen:

- 1) Der Erborger eines Gelddarlehns kann gegen Denjenigen, welcher die eingetragene Darlehnsforderung innerhalb der ersten dreißig Tage an sich gebracht hat, von der Einrede des nicht gezahlten Geldes innerhalb dieser Frist auch dann mit Erfolg Gebrauch machen, wenn er eine Verwahrung nach § 220 der G.D. noch nicht angemeldet hat⁴⁾. Dies wird zwar in den §§ 77 des Hyp.-Ges. und 220 der G.D. nicht mit ausdrücklichen Worten gesagt, folgt aber daraus von selbst, daß dem Schuldner gestattet ist, sich die Einrede des nicht gezahlten Geldes bis zum Ablauf gedachter Frist durch Anmeldung einer Verwahrung zu sichern und zwar ohne Unterschied, ob die Forderung zur Zeit dieser Anmeldung bereits abgetreten worden ist, oder nicht.
- 2) Nach Ablauf der festgesetzten Frist ist die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch gegen Denjenigen, welcher die Forderung innerhalb der gedachten Frist erworben hat, vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs nur in dem Falle gesichert, wenn eine Verwahrung rechtzeitig angemeldet und eingetragen worden ist.
- 3) Die Verwahrung, welche die §§ 77 des Hyp.-Ges. und 220 der G.D. dem Erborger freistellen, unterscheidet sich von den in §§ 147, 148 des Hyp.-Ges. und §§ 218, 219 der G.D. behandelten Verwahrungen dadurch, daß sie bei fristmäßiger Anmeldung ohne alle Bescheinigung berücksichtigt und eingetragen werden muß, aber auch nur gegen Denjenigen wirksam ist, welcher die Darlehnsforderung innerhalb der gedachten Frist erworben hat.

³⁾ Heyne's Commentar, Bd. I S. 318 flg; mein Grund- und Hypothekenrecht S. 202 und die daselbst erwähnten, die Veränderung in der Fassung des § 77 des Hyp.-Ges. betreffenden ständischen Verhandlungen.

⁴⁾ Heyne, Commentar, S. 321 und mein Grund- und Hypothekenrecht, S. 204.

Man würde aber beide §§ zu eng auslegen, wenn man annehmen wollte, daß eine solche fristmäßig angemeldete Verwahrung nur gegen Denjenigen wirke, welcher die Forderung innerhalb der ersten dreißig Tage von dem Darleiber selbst, und nicht auch gegen Denjenigen gelte, welcher dieselbe noch vor Ablauf solcher Frist aus der zweiten oder dritten Hand an sich gebracht habe. Sowohl der Zweck der ganzen Bestimmung, als die Worte „gegen denjenigen dritten Inhaber zc.“ welche keine Beschränkung auf die erste Uebertragung enthalten, und deren Schwerpunkt lediglich in der Zeit der Abtretung liegt, begründen den Satz, daß die hier fragliche Verwahrung ihre Wirksamkeit gegen Jeden äußert, der die Forderung innerhalb der dreißig Tage an sich gebracht.

- 4) In den Motiven zu § 77 des Hyp.-Ges. wird auf die Möglichkeit einer alsbald nach der Eintragung der Darlehnsforderung und noch vor der Auszahlung des Darlehnes vorzunehmenden Cession, und die Machinationen des Darleihers verwiesen, welchen der Schuldner hierbei ausgesetzt sein könnte, wenn ihm nicht das im § erwähnte Schutzmittel gegeben werde. Der Fall der Cession ist aber nicht der einzige, sondern nur der am nächsten liegende und deshalb als Beispiel gewählt, auf welchen die Gesetzgebung reflectirt hat. Denn für den Schuldner ist es, wenn er im Vertrauen auf die Redlichkeit des Darleihers die Eintragung des Darlehns vor der Auszahlung desselben hat geschehen lassen, ohne wesentliche Bedeutung, aus welchem Rechtsgrunde die eingetragene Forderung auf eine dritte Person übergeht. Die Folgen der Oeffentlichkeit würden ihn, wenn sie nicht hier einer gewissen Beschränkung unterworfen worden wären, eben so hart treffen können, wenn die Forderung nicht in Folge eines Abtretungsvertrags, sondern aus andern Rechtsgründen auf einen Dritten im Sinne des neueren Hypothekenrechts gelangt wäre. Auch beschränkt sich die Vorschrift beider §§ (77 und 220) ihrem Wortlaute nach,

nicht auf Denjenigen, welcher die Forderung durch Cession, sondern sie geht auf den dritten Inhaber, der sie innerhalb der dreißig Tage an sich gebracht hat. Bei der allgemeinen Bedeutung dieser Worte verbunden mit der, wie mir scheint, auch allgemeineren Tendenz der Gesetzgebung selbst, ist unter dem dritten Inhaber Jeder zu verstehen, auf welchen die Darlehnsforderung aus irgend einem Rechtsgrunde, Vertrag, letztem Willen, rechtskräftiger Entscheidung, mittelbar oder unmittelbar vom Darleiher aus übertragen worden ist. Auch die Fälle einer Verpfändung, und einer Hülfsvollstreckung, welche ohnedies in gewisser Beziehung als eventuelle Cessionen gelten, dürfen m. E. nicht ausgeschlossen werden, weil auch in diesen Fällen dem Pfand- oder Hülfsgläubiger der Grundsatz der Oeffentlichkeit ebenso, wie dem Cessionar zur Seite steht.

5) Die §§ sprechen von dem dritten Inhaber, welcher die Forderung innerhalb jener dreißig Tage an sich gebracht hat, nicht von dem, welcher innerhalb der letzteren als Inhaber eingetragen worden ist. Diese Ausdrucksweise ist m. E. mit Absicht gewählt worden, um anzudeuten, daß es hierbei nicht auf die Zeit der Eintragung, sondern auf die, aus dem Allegate der Urkunden im Forderungseintrage erkennbare Zeit der Erwerbung ankommt. Nur auf diese darf es ankommen, wenn die Vorschrift der §§ ihren Zweck erreichen soll; denn sonst würde einer fristmäßig eingetragenen Verwahrung ihre Wirksamkeit durch eine willkürliche Beanstandung des Gesuchs um Eintragung, und selbst durch eine unverschuldete Verzögerung der letzteren, entzogen werden können. Es liegt auch keine Unbilligkeit gegen der Erwerber darin, wenn man den Zeitpunkt der Erwerbung als den maßgebenden aufstellt, weil derselbe nach der Vorschrift der betreffenden §§ wissen muß, daß er innerhalb der ersten dreißig Tage die in einen Gelddarlehn bestehende Forderung noch nicht mit voller Sicherheit an sich bringen kann, er mag also, wenn ihm in Betreff der Einrede des nicht

gezahlten Geldes Bedenken beigegeben, die Erwerbung einstweilen noch beanstanden oder sonst geeignete Maaßregeln, z. B. eine Aognitionserklärung des Schuldners erfordern. Nur in dem unter Nr. 4 mit erwähnten Falle der Hilfspollstreckung muß die Zeit der Eintragung des dritten Inhabers entscheiden, da hier der Erwerb mit der Eintragung zusammenfällt, bis dahin also noch nicht einmal ein Rechtsgrund zu letzterer besteht.

- 6) Der § 220 der O.D. spricht ferner ebenso wie der § 77 des Hyp.-Ges. von einer „innerhalb der nächsten dreißig Tage angebrachten und eingetragenen“ Verwahrung. Es fragt sich daher, ob Beides, Anbringen und Eintragen innerhalb dieser Frist erfolgt sein muß, oder ob schon die fristmäßige Anmeldung genügt, um der Verwahrung die ihr zugedachte Wirksamkeit zu verschaffen. Ich glaube, das Letztere ohne Bedenken bejahen zu sollen. Die dreißigtägige Frist muß nothwendig ihre festen Anfangs- und Endpunkte haben, und diese sind, wie Heyne⁵⁾ mit Recht annimmt, der Tag an welchem eine Darlehnsforderung eingetragen worden ist und der von diesem ab gerechnete dreißigste Tag Nachmittags fünf Uhr. Bis dahin muß der Schuldner noch befugt sein, die Verwahrung zum Eintrag anzumelden. Denn außerdem würde er die Frist nicht vollständig benutzen können, welche er nach der Intention des Gesetzgebers „zum Abwarten“ genießen soll, und von der man in den Motiven zu § 77 des Hyp.-Ges. angenommen hat, daß sie ausreichen werde, wenn das Darlehnsgeschäft nur einigermaßen in Ordnung gehe. Es würde aber auch andernfalls gänzlich an einem festen Termin fehlen, bis zu welchem die Anmeldung erfolgt sein müßte, um die Grund- und Hypothekenbehörden dafür, daß die Eintragung noch bis Nachmittags fünf Uhr des letzten Fristtages geschehe, verantwortlich zu machen; nicht zu gedenken endlich, daß es alsdann auch noch einer be-

⁵⁾ Commentar, S. 322.

sondern Vorkehrung dafür bedürfte, um nachzuweisen, daß die Eintragung vor Ablauf dieser Tagesstunde bewirkt worden sei; denn aus dem Eintrage der Verwahrung ist dieß nicht zu erkennen. Da übrigens die hier in Frage stehende Verwahrung, ohne alle Bescheinigung, sofort eingetragen werden kann, so wird dieselbe, auch wenn sie erst am letzten Fristtage angemeldet werden sollte, doch immer noch an diesem, oder mindestens am folgenden Tage, eingetragen werden können, und letzterenfalls schon durch das Datum des am Schlusse des Eintrags allegirten Gesuchs und durch die Grund- Hypothekenacten die fristmäßige Anmeldung documentirt werden.

Sollte es daher vorkommen, daß innerhalb der dreißigtägigen Frist die Darlehnsforderung cedirt, aber auch eine Verwahrung nach § 220 angebracht worden wäre und wegen Kürze der Zeit weder die Cession noch die Verwahrung vor Ablauf dieser Frist hätte zur Eintragung gebracht werden können, so würde in Consequenz der vorstehend sub 5 und 6 entwickelten Sätze die Grund- und Hypothekenbehörde beide Eintragungen und zwar zunächst die der Verwahrung, nach Ablauf der gedachten Frist vorzunehmen haben, und es würde auch in diesem Falle der Verwahrung die ihr nach § 220 zukommende Wirkung nicht zu versagen sein.

- 7) Nach Ablauf der dreißigtägigen Frist kann sich der Schuldner auch wegen der Einrede des nicht gezahlten Geldes noch immer und so lange nicht die Forderung an eine dritte Person übergegangen ist, durch eine Verwahrung sichern. Diese ist aber nicht nach dem § 220, sondern, sowohl in Bezug auf ihre Wirksamkeit, als rücksichtlich ihrer Erfordernisse nach den über die Verwahrung im Allgemeinen geltenden Vorschriften (§§ 143 des BGB.'s und 218, 219 der GD.) zu beurtheilen. Dabei würde indeß die Bescheinigung des Umstandes, daß die Auszahlung des Darlehns erst noch zu erwarten sei, genügen, weil die Gefahr des Verlustes der Einrede und der Er-

schwerung der Rechtshilfe schon aus der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs folgt.

- 8) Die Regel, daß die Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs ihre Wirksamkeit nicht unter den handelnden Personen selbst und deren Universalsuccessoren äußert, ist durch die Disposition in §. 77 des Hyp.-Ges. und § 220 der G.D. nicht aufgehoben, ebensowenig der Grundsatz, daß der Dritte sich nur dann, wenn er im guten Glauben befindlich gewesen, auf die Publicität des Buchs berufen kann. Der Erborger eines Gelddarlehns braucht also keine Verwahrung, um sich den Einwand, daß das Darlehn noch nicht ausgezahlt worden sei, gegen den Darleiher oder dessen Erben zu sichern; er bedarf dieser Verwahrung auch nicht gegen die Gläubigerschaft im Concurse desselben, weil diese, wenn man auch die Concursgläubiger nach heutigem Concursrechte nicht als Universalsuccessoren des Gemeinschuldners ansehen mag, doch das übertragbare Vermögen des Gemeinschuldners nicht infolge einer, ihrerseits im Vertrauen auf den Inhalt des Grund- und Hypothekenbuchs vorgenommenen Handlung erwirbt, auch nicht als Inhaberin der dem Creditar zustehenden Forderungen einzutragen ist. Ferner kann der Erborger eines Gelddarlehns jenen Einwand gegen jeden dritten Inhaber des Darlehns geltend machen, welcher sich zur Zeit seiner Eintragung nicht im guten Glauben befunden, d. h. Kenntniß davon erlangt gehabt hat, daß das Darlehn noch nicht ausgezahlt worden sei. Insbesondere aber bedarf es keiner Verwahrung gegen Denjenigen, welcher das Darlehn innerhalb der dreißig Tage erworben hat, wenn (was freilich nur selten vorkommen wird) der Schuldner bereits vor Ablauf dieser Frist die Behauptung des nicht gezahlten Geldes gerichtlich, im Wege der Klage oder der Ausflucht gegen ihn geltend gemacht hat. Zweckmäßig wird die Eintragung einer Verwahrung nach § 220 jedoch auch hier sein, wegen der Möglichkeit einer ferneren Abtretung vor Ablauf derselben Frist.

9) Es kann wohl selbstverständlich genannt werden, daß sich der Schuldner eines Gelddarlehnes der Verwahrung im Sinne des § 220 auch dann bedienen kann, wenn die Auszahlung des Darlehnes zum Theil erfolgt, zum Theil noch rückständig ist, und daß seine Verwahrung in diesem Falle rüchfichtlich des Nichtgezahlten ganz nach den bisher entwickelten Grundsätzen zu behandeln ist.

§ 10.

Wie bereits früher erwähnt worden ist, gehört die Beschlußfassung über Verwahrungen und Vormerkungen — ohnbeschadet der Vorschrift in § 89 der G. O. zur Competenz der Grund- und Hypothekenbehörden⁶⁾, weil es sich bei deren Eintragung oder Löschung nur um den provisorischen Schutz, nicht um Bestellung oder Aufhebung von Rechten handelt. Ob diese Behörden auch befugt seien, die Löschung einer bereits eingetragenen Verwahrung zu decretiren und auszuführen, ist vordem mitunter bezweifelt worden. Wie aber schon früher das O. A. G. sich auch in dieser Beziehung, und zwar aus dem eben ange deuteten Grunde, für die Competenz der Grund- und Hypothekenbehörde entschieden hat, so ist auch durch die hiermit übereinstimmende Disposition in § 222 der G. O. jeder Zweifel hierüber für die Zukunft gehoben.

Angehend ferner das „Verfahren bei Verwahrungen“, so gehört dasselbe, wie gleichfalls schon früher bemerkt worden, dem unbestimmten summarischen Prozesse, dem sog. Arrestprozeße, in seiner dermaligen Gestaltung an⁷⁾. Die wenigen specielleren

⁶⁾ Diese sind: 1) bei Gütern, welche den Appellationsgerichten zu Dresden und Budissin als Lehnshöfen zugewiesen sind diese Gerichtshöfe, 2) bei den von den Receßherrschaften des Hauses Schönburg dependirenden Ackerlehnen die Gesamtcanzlei der Fürsten und Grafen Herren von Schönburg, 3) bei allen andern Grundstücken das Gerichtsamt, in dessen Jurisdictionbezirk sie liegen. Befinden sich die zu einem geschlossenen Complexe gehörigen Parzellen in verschiedenen Gerichtsbezirken, so ist das Gerichtsamt, in dessen Grund- und Hypothekenbuche das Hauptfolium geführt wird, das competente. Vgl. Verordnung vom 14. Mai 1836, Nr. 2 und G. O. §§ 84, 110 flg. 130.

⁷⁾ Osterloh, die summarischen Prozesse, 3. Ausg., §§ 12, 13, 14, S. 28 flg.

Vorschriften über jenes Verfahren sind theils in der Verordnung vom 14. Mai 1836, über die Appellationen gegen das Verfahren in Civilrechtsfachen, theils in der Verordnung vom 9. April 1836, die Anwendung einiger Bestimmungen in den Gesetzen vom 28. Januar 1835 zc. betr. (Gesetz- und Ver.-Bl. 1836, S. 93, 85) enthalten, und deren weitere Ausbildung bisher der Praxis überlassen geblieben⁸⁾. Die Verordnung vom 14. Mai 1836 bezieht sich nur auf das Verfahren bei Appellationen gegen Entschließungen der Untergerichte und diese Entschließungen selbst und bestimmt sub Nr. 2 in Betreff der zur Competenz der Grund- und Hypothekenbehörden gehörigen Verwahrungen, daß die zuständige Grund- und Hypothekenbehörde, wenn gegen Veräußerung oder Verpfändung eines Grundstücks appellirt worden, gleichviel, ob die Appellation bedingt oder unbedingt eingewendet, oder mit einer Protestation verbunden sei, oder nicht, über die Statthaftigkeit des Antrages oder Widerspruchs selbstständige Entschließung zu fassen habe. Von dieser Entschließung soll dem Schuldner und denjenigen Personen, welche ein dem Gerichte bekanntes Interesse daran haben, Nachricht ertheilt, und wenn sich die mit dem Antrage verbundene oder sonst auf denselben sich beziehende Appellation durch den gefaßten Beschluß nicht erledigt hat, bei dieser Notification dem Appellanten zugleich eröffnet werden, daß auf die Appellation, wenn sie nicht binnen acht Tagen zurückgenommen worden, nach Ablauf dieser Frist Bericht zu erstatten sei.

Bei der practischen Anwendung dieser Vorschriften, welche ganz unbedenklich auch auf solche Verwahrungen auszudehnen sind, die sich auf eingetragene Forderungen beziehen, ist aber noch die Vorschrift in § 192 der G.D. über die Benachrichtigung der Passivbetheiligten in Obacht zu nehmen, auch zu berücksichtigen, daß bei der ungesäumten Rechtshilfe, welche den Grund- und Hypothekenbehörden in § 95 der G.D. zur Pflicht gemacht wird,

⁸⁾ Die Erfahrungen, welche der III. Sen. des OAG.'s noch immer zu machen Gelegenheit hat, lassen eine genauere Darstellung dieses Verfahrens nicht überflüssig erscheinen.

die in § 2a der obigen Verordnung festgesetzte vierzehntägige Frist zur Beschlußfassung und Benachrichtigung der Interessenten nicht füglich in Anspruch genommen werden kann.

Gewöhnlich wird mit dem Antrage auf Eintragung einer Verwahrung auch eine eventuelle, gegen die Abschlagung desselben gerichtete Appellation verbunden. In diesem Falle hat also die Grund- und Hypothekenbehörde selbst die Statthaftigkeit der Verwahrung an sich, von den im ersten Theile dieser Abhandlung gegebenen Gesichtspunkten aus, sowie Dasjenige, was zur Bescheinigung beizubringen war und vom Antragsteller beigebracht worden ist, zu prüfen und hierüber ihren Beschluß zu fassen. Dieser kann natürlich, je nach den Umständen, verschiedenartig ausfallen. So ist z. B. bei einer an sich unstatthaften oder unnöthigen Verwahrung oder bei einer Verwahrung wegen Ansprüchen, zu deren Bescheinigung gar keine oder nur ungenügende Bescheinigungsmittel beigebracht worden, der Anbringer sogleich abfällig zu bescheiden, auf die Eventual-Berufung ein Berichtsabgangstermin anzuberaumen und, wie die Verordnung vorschreibt, beiden Parteien von dem gefaßten Beschlusse, schicklicher Weise unter wenigstens kürzlicher Angabe der Gründe, Nachricht zu geben. Die Verordnung vom 14. Mai 1836 erwähnt zwar sub Nr. 2b nur den Appellanten als denjenigen, welcher von der bevorstehenden Berichtsersatzung benachrichtigt werden soll. Da aber, Inhalts derselben Stelle, auch in dem Falle, wenn sich die mit dem Antrag verbundene Berufung durch den Beschluß der Unterbehörde nicht erledigt hat, beide Theile von diesem Beschlusse in Kenntniß gesetzt werden sollen, so ist es allgemein gebräuchlich und ganz in der Ordnung, daß auch der Berichtsabgangstermin beiden Theilen bekannt gemacht wird. Denn da die Vorschriften des Mand. vom 13. März 1822 §§ 25—29 über Appellationen gegen Erkenntnisse nach § 6 der Verordnung vom 9. April 1836 bei Appellationen gegen das Verfahren nicht angewendet werden sollen, so muß dem Appellaten auf andere Weise, als durch Zufertigung der Appellation zur Widerlegung, die Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen vor der Entscheidung

zweiter Instanz gegeben werden. Diese Benachrichtigung beider Theile von dem Berichtsabgangstermine ist übrigens auch bei den auf derselben ratio legis beruhenden allgemeinen Vorschriften sub Nr. 1 der Verordnung vom 14. Mai 1836, in Betreff der Appellationen gegen richterliche Entschlüsse, ausdrücklich vorgeschrieben⁹⁾. Findet dagegen die Grund- und Hypothekenbehörde bei Prüfung des Anbringers, daß die Verwahrung thatsächlich begründet und bereits durch das zu diesem Behufe beigebrachte Material (z. B. Urkunden, Acten) hinreichend bescheinigt, also zum Eintrage reif ist, so hat sie nach der angezogenen Verordnung und mit Beachtung der Vorschrift in § 192 der G. D. ohne vorherige Benachrichtigung des Gegners die Eintragung vorzunehmen und hierauf beide Theile von derselben zu benachrichtigen. Daß dem Impetranten das Anbringen des Impetranten sammt Beifügen abschriftlich zugefertigt werde, ist in beiden Fällen nicht nöthig. Es genügt vielmehr, wenn derselbe in der an ihn zu erlassenden Verfügung von dem Inhalte und dem Zwecke dieses Anbringens mit in Kenntniß gesetzt wird. Durch die gewierige Resolution der Grund- und Hypothekenbehörde und die Eintragung der Verwahrung erledigt sich die eventuell eingewendete Appellation, welche auch nicht etwa dadurch, wie man sich ausdrückt, wieder auflebt, daß der Gegner die Zulässigkeit der Eintragung bestreitet und, wie sehr oft geschieht, gegen dieselbe seinerseits appellirt. Glaubt der Gegner die eingetragene Verwahrung mit Erfolg anfechten und deren Unstatthaftigkeit nachweisen zu können, so besteht der richtige Weg zu diesem Ziele in einem Antrag auf Löschung, gegen dessen Zurückweisung dann ebenso wie gegen die Abweisung einer Verwahrung, nach Befinden schon eventuell, Berufung eingewendet werden kann. Auch in diesem letzteren Falle sind die Vorschriften der Verordnung vom 14. Mai 1836 sub Nr. 1 und 2 über die Selbstständigkeit der Untergerichte in ihrer Beschlußfassung maßgebend. Die Grund- und Hypotheken-

⁹⁾ Käuffer, über die Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren, §§ 18, 19, S. 33 flg.

behörde kann also, wenn sie den Löschantrag begründet findet, nach Maaßgabe der Vorschrift in § 222 der G.D. die Löschung decretiren, muß aber nach Inhalt desselben § den Ausbringer der Verwahrung unter Gestattung einer angemessenen (etwa Stägigen) Erklärungsfrist von ihrem Beschlusse benachrichtigen und darf den letzteren erst ausführen, wenn innerhalb dieser Frist kein Widerspruch erfolgt, oder, wenn dies geschehen, der Widerspruch beseitigt ist. Die Benachrichtigung beider Parteien von dem gefaßten Beschlusse, es möge derselbe ausgefallen sein wie er wolle, sowie eventuell vom Tage der Berichterstattung, ist auch hier erforderlich. Erfolgt ein Widerspruch gegen die von der Grund- und Hypothekenbehörde decretirte Löschung, welcher, wenn er die letztere hindern soll, mit einer Appellation zu verbinden ist, so hat die Grund- und Hypothekenbehörde anderweit Entschließung zu fassen, und dabei und rücksichtlich der Berichtserstattung, wie oben angegeben, zu verfahren^{10a)}.

Sollte dagegen, bevor die Grund- und Hypothekenbehörde über die Eintragung oder Zurückweisung einer Verwahrung zu einer definitiven Entschließung gelangen kann, erst noch die erforderliche Bescheinigung beizuschaffen sein, so wird sich die Erstere zunächst mit den zu diesem Behufe gestellten Anträgen zu beschäftigen, die Herbeiziehung von Acten, Abhörnung von Zeugen, Befragung Sachverständiger u. s. w. anzuordnen haben. Rüksichtlich des Verfahrens bei der Zeugenbescheinigung ist schon oben § 6 das Nöthige gesagt worden und hier nur zu wiederholen, daß mindestens, und wenn nicht Gefahr im Verzuge, die Gegenpartei von dem Beschlusse und dem Tage der Zeugenabhörnung vorher in Kenntniß zu setzen und ihr die Einreichung schriftlicher Fraspunkte für die Zeugen zu überlassen

^{10a)} Obwohl eine Appellation gegen die bereits erfolgte Eintragung einer Verwahrung streng genommen nicht zu berücksichtigen wäre, so werden doch in der Praxis die Worte, deren sich der Appellant bedient, nicht gedrückt, sondern eine so formulirte Berufung als das, was sie der Sache nach sein soll, nämlich als ein Antrag auf Löschung mit Eventualberufung, behandelt.

ist. Nach erfolgter Bescheinigungsaufnahme ist sodann der definitive Beschluß über die Eintragung oder Zurückweisung zu fassen und dabei der Verordnung vom 14. Mai 1836 sub 2 und dem vorstehend Ausgeführten gemäß zu verfahren.

Bisher hat man zunächst den bei Verwahrungen in Grund- und Hypothekenangelegenheiten gewöhnlicheren Fall der Eventualberufung betrachtet. Aber auch bei Berufungen, welche gegen eine bereits gefaßte, aber noch nicht ausgeführte Resolution, z. B. die bereits decretirte Abweisung einer Verwahrung, oder eines Antrags auf Löschung einer eingetragenen Verwahrung oder eines die Bescheinigung betreffenden Gesuchs zc. eingewendet werden, tritt im Wesentlichen das nämliche Verfahren ein, obgleich dies in § 1 und 2 der Verordnung vom 14. Mai 1836 in Betreff der sub 2 gedachten Berufungen nicht gerade mit ausdrücklichen Worten gesagt ist^{10b)}. Denn auch in dem Falle, wenn das Rechtsmittel gegen eine bereits gefaßte und den Parteien publicirte aber noch nicht zur endlichen Ausführung gelangte Resolution geht, ist die Grund- und Hypothekenbehörde formell unbehindert, ihre Resolution (welche nicht in Rechtskraft übergeht) abzuändern und wenn sie sich von der Zulässigkeit des Gesuches noch überzeugt, diesem zu entsprechen und dadurch die Appellation zur Erledigung zu bringen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn mit einer solchen Appellation zugleich die Angabe neuer Thatsachen oder Bescheinigungsmittel verbunden worden ist; die Beschlußfassung über diese gehört nach dermaligem Rechte nicht etwa zur Competenz des *judex ad quem*, sondern um so gewisser zur Competenz der Grund- und Hypothekenbehörde, als in derartigen Angaben und den damit verbundenen Anträgen etwas Anderes nicht, als eine Wiederholung und Vervollständigung des ursprünglichen zur Cognition derselben Behörde gehörigen Anbringens liegt. Es tritt also auch bei der hierdurch bedingten anderweiten Cognition der Letzteren die nämliche Selbstständigkeit der Beschlußfassung ein, als wenn diese Thatsachen und

^{10b)} Käuffer, a. a. O. § 18, S. 33.

Bescheinigungsmittel gleich Anfangs angeführt und resp. bezeichnet worden wären.

Nach § 221 der G.D. ebenso wie nach § 149 des Hyp.-Ges. soll, wenn eine Appellation gegen einen abfälligen Beschluß über den Antrag auf Eintragung einer Verwahrung eingewendet oder mit dem Antrage auf Eintragung dieser Verwahrung vorsorglich wider einen abschläglichen Beschluß verbunden worden ist, diese Appellation (sofern sie nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Dispositionen unzulässig ist) im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen, nach Bestätigung des abfälligen Beschlusses aber amtswegen gelöscht werden. Zu bemerken ist hierzu in Betreff der Verwahrungen nur Folgendes:

Die Vorschrift bezieht sich bloß auf Appellationen, welche die nach gesuchte Eintragung einer Verwahrung betreffen und gegen die abfällige Beschließung der Grund- und Hypothekenbehörde gerichtet sind. Durch einen beifälligen Beschluß und die in dessen Folge bewirkte Eintragung der Verwahrung erledigt sich, wie oben bemerkt, die Berufung des Antragstellers, also kann von einer Verlautbarung derselben im Grund- und Hypothekenbuche nicht die Rede sein. Eine von dem Impetraten gegen Abweisung seines Antrags auf Löschung gerichtete Appellation ist nicht einzutragen, ebensowenig eine Appellation des Impetranten gegen die Entscheidung zweiter Instanz, wenn diese auf ein Rechtsmittel des Impetraten reformatorisch entschieden und die Löschung einer schon eingetragenen Protestation angeordnet haben sollte.

In beiden Fällen würde nämlich die Eintragung einer solchen Berufung im Grund- und Hypothekenbuche keinen Zweck haben, weil die einmal eingetragene Verwahrung so lange ungelöscht im Buche stehen bleiben muß, bis rechtskräftig auf deren Löschung entschieden worden ist. Ein Verlautbarung der in dieser Beziehung noch obschwebenden Differenz aber gehört nicht in das Grund- und Hypothekenbuch.

Die Eintragung einer vom Ausbringer eingewendeten Berufung ist nicht, wie zuweilen geschieht, so:

„Protestation und Appellation des N. N. gegen Veräußerung und Verpfändung zc.“ zu fassen, weil auf diese Weise auch die zurückgewiesene Verwahrung im Grund- und Hypothekenbuche mit verlautbart werden würde, und wenigstens bei Einsicht des Buchs ohne gleichzeitige Prüfung der Acten der Zweifel entstehen könnte, ob die Verwahrung habe berücksichtigt und eingetragen werden sollen, oder nicht. Es wird vielmehr, wenn die Eintragung der Appellation nach § 221 der G.D. zu erfolgen hat, dieselbe etwa mit folgenden Worten:

„Appellation des N. N. wider Abschlagung seines Antrags auf Eintragung einer Verwahrung gegen die Veräußerung und Verpfändung des Grundstücks, zur Sicherstellung eines Kaufrechts zc.“ zu bewirken sein.

Die Löschung der Appellation erfolgt von amtswegen aber erst, wenn der abfällige Beschluß bestätigt worden ist. Die Bestätigung muß rechtskräftig ausgesprochen worden sein, mithin kann sie nicht erfolgen, so lange dem Appellanten noch ein formell zulässiges Rechtsmittel zusteht. Ist letzteres nicht der Fall, so mag allerdings die Frage entstehen, ob nicht nach Maaßgabe der Bestimmung in § 2 des Executionsgesetzes vom 28. Februar 1838 die angeordnete Löschung sogleich und noch vor Ablauf des Decendium vorgenommen werden könne. Für die bejahende Beantwortung dieser Frage — welche nicht blos wenn es sich um Löschung einer in den obern Instanzen rejicirten Appellation im Grund- und Hypothekenbuch, sondern auch in dem Falle, wenn es sich um die angeordnete Löschung einer Verwahrung handelt, von practischem Interesse ist — ließe sich anführen, daß nach § 30 des Gesetzes vom 28. Januar 1835 sub B im Verordnungswege eine der Rechtskraft und der Vollstreckung fähige Entscheidung ertheilt werden kann, und daß mithin eine analoge Anwendung des § 2 des Executionsgesetzes auf die Ausführung und Vollstreckung dessen gestattet sei, was durch eine solche Entscheidung direct angeordnet worden ist, oder auch ohne diese directe Anordnung, geleglichen Anweisungen zufolge,

geschehen muß. Auch würde es in practischer Beziehung recht wünschenswerth sein, wenn eine in allen oder doch in letzter Instanz für unstatthaft erklärte Verwahrung baldthunlichst in allen ihren Consequenzen beseitigt werden könnte. Gleichwohl aber scheint es mir, zumal vom Standpunkte und bei der Verantwortlichkeit der Grund- und Hypothekenbehörde, bedenklich, eine exceptionelle Gesetzesvorschrift über den Fall auszudehnen, welchen das Gesetz ausdrücklich und bestimmt gekennzeichnet hat. Mit Rücksicht auf den exceptionellen Character jener Vorschrift hat sich ja auch die sächs. Praxis bekanntlich dahin entschieden, daß dieselbe nicht auf Beweisinterlocute anzuwenden sei. Ist aber die Bestätigung der abfälligen Resolution rechtskräftig erfolgt, so kann die § 221 angeordnete Löschung der Appellation nicht etwa durch eine gegen diese, also scheinbar gegen einen neuen Act der Grund- und Hypothekenbehörde gerichtete Berufung gehindert werden. Denn die Löschung ist eine unmittelbare und selbstverständliche Folge der rechtskräftigen Entscheidung und es würde sich deshalb eine derartige Berufung der Sache nach in eine nöchmalige, formell unzulässige oder unstatthafte Berufung gegen diese Entscheidung auflösen, auf welche die Grund- und Hypothekenbehörde nach § 34 des Gesetzes vom 28. Januar 1835 B keinen Bericht zu erstatten, sondern den Appellanten einfach mit seinem Rechtsmittel abzuweisen und die Löschung ohnerachtet desselben der rechtskräftigen Verordnung entsprechend, vorzunehmen hätte¹¹⁾.

§ 11.

Der Instanzenzug bei Appellationen gegen das Verfahren in Verwahrungsfällen richtet sich nach den Vorschriften in §§

¹¹⁾ Vgl. mein Grund- und Hypothekenrecht, S. 282. Was hier von einer Berufung gegen die Löschung der Appellation gesagt worden ist, würde auch von Appellationen gegen die Ausführung directer und weniger formeller rechtskräftiger Anordnungen gelten, z. B. Eintragung oder Löschung einer Verwahrung. Von dem Falle neuer, mit Berufung verbundener Anträge wird später die Rede sein.

30—34 des Gesetzes B vom 28. Januar 1835 und § 10 des Erläuterungsgesetzes vom 13. Januar 1838. Das Nähere darüber ist in diesen Annalen Bd. IV, S. 241 flg. nachzulesen und hier nur das Eine nochmals hervorzuheben, daß nach der von dem OAG. festgehaltenen Ansicht, gegen eine von Diesem in dritter Instanz ertheilte Verordnung unter allen Umständen eine nochmalige Appellation formell unzulässig ist.

Ueber das Verfahren bei Appellationen gegen die im Verordnungswege ergehenden Entscheidungen der zweiten Instanz werden folgende Bemerkungen nicht überflüssig erscheinen.

Die Publication der Verordnungen (sowohl zweiter als dritter Instanz) erfolgt in der Regel durch abschriftliche Zufertigung derselben an die Parteien mit dem Beisatze, daß dieselbe in Kraft der Bekanntmachung geschehe, oder auch mündlich auf Bestellung der Parteien oder ihrer legitimirten Sachwalter an Gerichtsstelle. Schriftliche Vorladung zur Publication an Gerichtsstelle ist zulässig, wird aber selten angewendet und ist auch wegen des Zeitverlustes nicht anzuempfehlen. Bei der schriftlichen Zufertigung ist bisher der Beisatz, daß sie in Kraft der Bekanntmachung erfolge, für nöthig erachtet worden, um Contumaz zu begründen.

In § 22, 23, 24 des Gesetzes B vom 28. Januar 1835 ist bestimmt, daß bei Appellationen gegen Erkenntnisse erster und zweiter Instanz den Vorschriften in §§ 25—29 des Mandats vom 13. März 1822 nachzugehen sei.

In § 6 der schon erwähnten Verordnung vom 9. April 1836 ist aber erläuterungsweise ausgesprochen, daß diese Bestimmung sich bloß auf Appellationen gegen Erkenntnisse im Civilproceß beziehen, mithin nicht anwendbar sei auf Appellationen gegen das Verfahren und Berufungen in Disciplinar- und Justizverwaltungssachen, bei welchen das § 26 des Mandats von 1822 für die An- und Ausführung der Appellationsbeschwerden und deren Refutation vorgeschriebene Verfahren nach dem Zusammenhange des Gesetzes (des Mandats von 1822) und nach der darüber in dem unterm 1. Mai 1830 an die vormalige Oberamtsregierung zu Budissin erlassenen Rescripte

ausdrücklich ausgesprochenen Ansicht, keine Anwendung finden solle. Es geht aus diesem § der Verordnung vom 9. April 1836 selbst hervor, daß nicht sämtliche in §§ 25—29, sondern nur einzelne und namentlich die in § 26 des angezogenen Mandats enthaltenen Vorschriften bei Appellationen gegen das Verfahren in Civilsachen außer aller Anwendung bleiben sollen. Es gilt also auch bei diesen Appellationen die Vorschrift, daß die Einwendung eines Rechtsmittels gegen eine Verordnung der zweiten Instanz an die zehntägige Frist (vgl. auch § 30 des Ges. B vom 28. Jan. 1835) gebunden ist; daß diese Frist bis Nachmittags 5 Uhr des Tages läuft, an welchem sie zu Ende geht und daß die Appellation in einer schriftlichen Schedul oder mündlich zu Protocoll erklärt werden kann. Ebenso hat der Appellant die Gründe, aus welchen er sich für beschwert erachtet, anzugeben, obwohl an die Form, in welcher dies geschieht, keine sehr strengen Anforderungen gestellt zu werden pflegen. Endlich besteht auch in Bezug auf die Form der Berichtserstattung keine wesentliche Abweichung von den Bestimmungen in §§ 27, 28 des Mandats, und es mag dabei nur bemerkt werden, daß die Untergerichte nicht selten von dem Befugnisse Gebrauch machen, ihre Resolutionen im Berichte zu motiviren, was in keinem Falle gemißbilligt werden kann.

Dagegen findet das in § 29 des Mandats erwähnte Justificationsverfahren bei Berufungen gegen die im Berordnungswege ertheilten Entscheidungen gar nicht statt und eben so unstatthaft ist es, wie gleichwohl noch oft geschieht, bei Appellationen gegen eine Verordnung der zweiten Instanz die Vorschriften in § 26 des angezogenen Mandats über die Fristen der Deductions- und Refutationschriften, über die Einreichung der Appellationsschedul und der Deduction in doppelten Exemplaren und die Zufertigung der Duplicate dieser Schriften zur Widerlegung binnen 14 Tagen an den Appellaten bei diesen Appellationen anzuwenden. Ein specielle Bestimmung, wie es an Stelle dessen bis zur Berichtserstattung gehalten werden soll, ist weder in der Verordnung vom 9. April 1836 noch in der Verordnung vom 14. Mai 1836, welche sich nur

auf Appellationen gegen die Resolution der Untergerichte bezieht, gegeben worden. Die meisten Gerichte befolgen aber dabei die bei dem OAG. schon seit längerer Zeit bestehende und consequent festgehaltene Ansicht, nach welcher das Gericht einen Termin zur Berichtserstattung (mit angemessener, etwa acht- bis höchstens vierzehntägiger Frist) anzuberaumen und diesen Termin beiden Theilen schriftlich oder mündlich bekannt zu machen hat. Dabei ist zwar der Appellat zugleich von der Einwendung des Rechtsmittels in Kenntniß zu setzen, es bedarf jedoch der abschriftlichen Mittheilung der Schedul oder des über die Appellation aufgenommenen Protocolles nicht¹²⁾. Bis zu dem anberaumten Termine steht es dann beiden Theilen frei, schriftliche Vorstellungen einzureichen, welche aber dem Gegner nicht zuzufertigen sind. Die Nothwendigkeit einer Benachrichtigung der Gegenpartei von dem Berichtsabgangstermine ist mitunter bestritten worden, weil es in dieser Beziehung an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt. Es folgt aber die Nothwendigkeit der Benachrichtigung beider Theile schon aus dem allgemeiproceßrechtlichen Grundsatz, daß keine die Parteirechte berührende Entscheidung, ohne beiden Theilen rechtliches Gehör geschenkt zu haben, ertheilt werden soll. Dieselbe Rücksicht liegt auch der obenerwähnten Vorschrift sub Nr. 1 der Verordnung vom 14. Mai 1836 zu Grunde, nach welcher bei einer Appellation gegen die Entschließung des Untergerichts der Berichtsabgang beiden Theilen notificirt werden soll, und deren analoge Anwendung auf Appellationen gegen die Entscheidung zweiter Instanz ganz unbedingt gerechtfertigt erscheint. Das OAG. pflegt daher auch bei dem Mangel einer gehörigen Bekanntmachung des Berichtsabgangstermins an den Appellaten nur dann von einer interlocutorischen Anordnung auf Nachholung dieser Notification abzusehen, wenn die Entscheidung der vorigen

¹²⁾ Das OAG. erfordert ebensowohl bei diesen, als bei den abschriftlichen Zufertigungen legale Insinuation, und wenn diese durch die Post erfolgen soll, gehörige Beobachtung der Verordnung vom 1. October 1846, §§ 2 flg. (Gesetz- und B.-Bl. S. 306 flg.)

Instanz auf das eingewendete Rechtsmittel allenthalben bestätigt werden muß, somit also der Appellant kein sachliches Interesse daran hat, daß ihm nachträglich noch die Gelegenheit gegeben werde, die Unerheblichkeit dieses Rechtsmittels auch seinerseits zu deduciren.

Eine weitere Folge des Umstandes, daß die Vorschriften in § 26 des Mandates von 1822 bei Appellationen gegen das Verfahren nicht eintreten sollen, besteht auch darin, daß der Appellant nicht befugt ist, sich in einer rechtzeitig eingereichten Schedul oder bei einer zu Protocoll erklärten Appellation die Anführung noch mehrerer Beschwerden vorzubehalten. Der Appellant hat also die Punkte der Entscheidung, durch welche er sich für beschwert erachtet, entweder sogleich bei der Interposition seines Rechtsmittels oder doch wenigstens innerhalb des Decendiums vollständig anzuzeigen. Das Unterlassen dieser Vorsicht kann die völlige Erfolglosigkeit des Rechtsmittels zur Folge haben, wenn die innerhalb des Decendium eingereichte Appellationsschedul aus Versehen nur einzelne Punkte der Entscheidung als Beschwerden bezeichnet, gegen die allein z. B. wegen Geringsfügigkeit des Objects dieser Beschwerden ein Rechtsmittel formell nicht mehr zulässig ist.

Schließlich möge noch erwähnt werden, daß die Vorschriften in § 34 des Gesetzes vom 28. Januar 1835 sub B und der Ministerialverordnung vom 11. Januar 1844 auch bei Appellationen gegen das Verfahren in Civilsachen gelten¹³⁾.

Es kommt, wie schon bei anderer Gelegenheit bemerkt, nicht selten vor, daß der Appellant bei der Ausführung seines Rechtsmittels neue Thatsachen oder Bescheinigungsmittel zur Unterstützung seines Antrags vorbringt. Geschieht dies erst in der dritten Instanz, so darf nach § 17 des Gesetzes vom 28. Jan. 1835 sub B das OAG. keine Rücksicht auf dieselben nehmen, weil den Betheiligten nicht beide vorigen Instanzen entzogen

¹³⁾ Näheres über die formelle Zulässigkeit dieser Berufungen (§ 30 flg.) des Ges. vom 28. Jan. 1835 B und des Erläut.-Ges. vom 13. Jan. 1838 § 10, s. in diesen Annalen Bd. IV, S. 241 flg.

werden sollen. Es wird daher in diesen Fällen ohne Rücksicht auf die nova entschieden, und der Appellant in Betreff dieser nova an die Entschliebung der ersten, und wenn diese etwa bereits Beschluß gefaßt hat, an die Entscheidung der zweiten Instanz verwiesen. Unrichtig ist die Meinung, daß das Unterge-richt durch die Einwendung des noch unerledigten Rechtsmittels an der eigenen Beschlußfassung über dergleichen neue Thatfachen und Beweismittel und die damit verbundenen Anträge schlecht-hin verhindert werde und dieselbe dem Richter dritter Instanz zu überlassen habe. Denn die Vorschrift des älteren Rechts, daß sich der Unterrichter nach Einwendung einer Appellation gegen sein Verfahren jeder weiteren Cognition zu enthalten habe, besteht in dieser Allgemeinheit nicht mehr¹⁴⁾. Darüber jedoch, ob derselbe diese Beschliebung sofort und noch vor der Berichtserstattung zu fassen und auszuführen, oder damit bis zum Eingange der zu erwartenden Entscheidung des OAG's anzustehen habe, läßt sich keine absolute Regel aufstellen, es hängt dies von dem pflichtmäßigen Ermessen des Unterrichters ab, welcher dabei die Verhältnisse des einzelnen Falles, namentlich aber die Frage zu erwägen haben wird, ob sich ohne besonderen Aufenthalt eine Entschliebung fassen und ausführen läßt, durch welche sich das zur Berichtserstattung ausgesetzte Rechtsmittel erledigen könnte. Man denke sich den Fall, daß eine Verwahrung aus dem Grunde, weil der Anspruch noch unbescheinigt gewesen, abgewiesen worden wäre, und der Antragssteller erneuerte seinen Antrag in dritter Instanz unter Beibringung einer Urkunde, durch welche die Forderung vollständig bescheinigt würde. Hier würden sich durch den sofort gefaßten und ausgeführten Beschluß der Berücksichtigung und Eintragung der Verwahrung die noch offene Appellation soweit erledigen, daß es nur noch der formellen Beseitigung derselben durch ihre unter solchen Umständen wohl zu erwartende Zurücknahme bedürfte¹⁵⁾.

¹⁴⁾ Vgl. hierzu diese Annalen, Bd. IV, S. 251.

¹⁵⁾ Sind dagegen in dritter Instanz, nicht sowohl eigentliche nova im

Das Nämliche gilt auch, wenn neue Thatfachen und Beweismittel vor der Berichtserstattung an die zweite Instanz angezeigt werden, nur mit dem Unterschiede, daß, weil sich der citirte § 17 nur auf die dritte Instanz bezieht, der Richter zweiter Instanz nicht unbedingt behindert ist, diese nova auch bei seiner Entscheidung mit zu berücksichtigen, insofern sie hierzu geeignet sind und es nicht nach den Verhältnissen des Falles angemessen erscheint, den Instanzenzug in seinem vollsten Umfange Platz greifen zu lassen.

II. Die Vormerkung und das dabei zu beobachtende Verfahren.

§ 12.

Die Bestimmungen, welche die G.D. in §§ 141, 142, 216, 217, 218, 221, 222¹⁶⁾ über die Vormerkung betreffen, enthalten theils (§§ 141, 142) die Form und die Stelle der bezüglichen Einträge im Grund- und Hypothekenbuche, theils (§§ 216, 217, 218, 221, 222) das Verfahren bei der Eintragung und Löschung der Vormerkung. Die Form, in welcher eine Forderung im Grund- und Hypothekenbuche vorgemerkt und später wirklich eingetragen wird, ist bekannt; das Verfahren bei der Eintragung und Löschung einer Vormerkung dagegen ist, wenn man davon absieht, daß die zum Eintragen erforderliche Bescheinigung lediglich durch Urkunden erfolgen kann, welche hier jederzeit in den Originalen, oder wenn es öffentliche sein sollten, in von der Behörde, welche sie ausgestellt hat, beglaubigten Abschriften producirt werden müssen, dasselbe, wie bei den

obigen Sinne, sondern nur solche Umstände vorgebracht worden, welche dazu dienen sollen, den in dieser Instanz entscheidenden Richter in der Beurtheilung des bereits vorhandenen Materials zu unterstützen, so ist diesem Richter die Erörterung derselben zu überlassen und beziehentlich zu erwarten, ob er zu seiner eigenen Instruction die etwa beantragten Erörterungen anordnen wird.

¹⁶⁾ Vgl. hierzu die correspondirenden Bestimmungen in §§ 137, 147, 149, 183 des Gesetzes vom 6. November 1843 und §§ 21, 38, 65, 66 der Ausführungsverordnung vom 15. Februar 1844.

Verwahrungen, namentlich also auch in Bezug auf die gegen Abschlagung eines Gesuchs um Eintragung oder Löschung einer Vormerkung eingewendeten Appellationen. Die nach § 221 der G.D. in das Grund- und Hypothekenbuch einzutragende Appellation wird ihre Stelle in der dritten Rubrik finden müssen, während sie bei Verwahrungen gegen die Veräußerung und Verpfändung eines Grundstücks in die zweite Rubrik gehört. Eine der Vormerkung eigenthümliche Bestimmung enthalten nur die §§ 216, 217, zu welchen § 407 des BGB.'s und § 137 des Hypothekengesetzes in Verbindung mit § 38 der Ausführungsverordnung vom 15. Febr. 1844 verglichen werden mögen.

Die civilrechtlichen Vorschriften über das Wesen, die Erfordernisse und die Wirkung der Vormerkung, sind in §§ 404 bis 407 des BGB.'s enthalten. Es darf hierbei auf das in Siebenhaar's Commentar, Bd. I, S. 334 und in meinem Grund- und Hypothekenrechte S. 160 Ausgeführte verwiesen und nur auf Folgendes noch besonders aufmerksam gemacht werden.

Die Vorschriften des BGB.'s weichen von denen des Hypothekengesetzes §§ 51 und 88 darin ab:

- a) daß in § 404 des BGB.'s auch unverdächtige Privat-urkunden als ein geeignetes Bescheinigungsmittel ausdrücklich bezeichnet werden;
- b) daß anstatt der in § 51 des Hyp.-Ges. zu lesenden Worte: „wegen eines das Wesen der Handlung nicht betreffenden Mangels“ in § 404 des BGB.'s die Worte: „wegen eines das Wesen der Forderung und des Rechtsgrundes nicht betreffenden Mangels oder Hindernisses“ gebraucht worden sind;
- c) daß nach § 404 des BGB.'s der Antrag auf Eintragung einer Forderung zugleich als Antrag auf Vormerkung gilt, die letztere also ohne besonderen Antrag vorgenommen werden kann, wenn der nachgesuchten förmlichen Eintragung ein außerwesentlicher Mangel entgegensteht;
- d) daß in § 406 des BGB.'s ausdrücklich und bestimmter als in § 88 des Hyp.-Ges. gesagt worden ist, „daß der später

eingetragene Eigenthümer des Grundstücks, wenn er dasselbe auf andere Weise als durch Zwangsversteigerung erworben hat, sich nach erfolgter Beseitigung des Mangels oder Hindernisses die förmliche Eintragung der vorgemerkten Forderung gefallen lassen muß“.

Es ist zu behaupten, daß die sub a und d erwähnten Vorschriften des BGB.'s nur eine Anerkennung dessen enthalten, was auch schon nach den citirten §§ des Hyp.-Ges. anzunehmen war, sowie denn auch in der ad b. hervorgehobene Stelle des § 404 nur ein bestimmterer, anstatt eines weniger bestimmten Ausdrucks gewählt worden ist. Neu ist aber die Vorschrift sub c. welche einem wiederholt wahrgenommenen practischen Bedürfnisse abhilft.

Die Vormerkung ist auch nach dem Rechte des BGB.'s nur eine besondere Art der Verwahrung¹⁷⁾. Der § 51 des Hyp.-Ges. legt ihr diese Eigenschaft ausdrücklich bei, und das BGB. hat insoweit etwas Anderes nicht bestimmt. Die Vormerkung begründet also, wie schon an einer früheren Stelle (§ 1) bemerkt gemacht worden ist, noch kein dingliches Recht, sie sichert aber der vorgemerkten Forderung nicht bloß ihre Stelle in der Reihenfolge der Hypotheken, sondern auch, und zwar mindestens eben so wirksam und mit weniger Belästigung für den Schuldner, als eine gewöhnliche Verwahrung gegen die Verpfändung des Grundstücks, den Erwerb des Pfandrechtes selbst gegen Jeden, welcher nach erfolgter Eintragung der Vormerkung auf andere Weise als durch Zwangsversteigerung das Grundstück erworben hat, und als dessen Eigenthümer eingetragen worden ist. Dieser muß, nach Beseitigung des Mangels oder Hindernisses, die förmliche Eintragung der vorgemerkten Forderung geschehen lassen, und es kann in diesem Falle nach § 406 des BGB.'s ebensowenig als nach § 88 des Hyp.-Ges. einem Zweifel unterliegen, daß, wenn die förmliche Eintragung erfolgt ist, der Inhaber der Forderung alle Rechte eines Hypothekengläubigers als solcher genießt und daß ihm nament-

¹⁷⁾ Vgl. mein Grund- und Hyp.-Recht S. 160 flg.

lich die hypothekariſche Klage auf Befriedigung aus der Subſtanz und den Nutzungen des Grundstücks auch gegen den neuen Eigenthümer und deſſen Rechtsnachfolger im Eigenthume des verpfändeten Grundstücks zuſteht. Perſönlich haftet jedoch der neue Eigenthümer nur dann, wenn er ſich dazu nach Maaßgabe der Vorſchrift in § 432 des BGB.'s — oder vielleicht durch eine noch weitergehende ausdrückliche Verabredung — verpflichtet hat.

Aus der oben sub d. wörtlich mitgetheilten Faſſung des § 406 folgt zugleich, daß die Vormerkung ihre Wirkſamkeit verliert, wenn, bevor die förmliche Eintragung geſchehen konnte, das Grundstück zwanqsweiſe verſteigert worden iſt. Das Nämliche gilt nach § 408, wenn vor der förmlichen Eintragung inſolge der Concurſeröffnung oder aus einem andern Grunde ein allgemeines Veräußerungsverbot eingetragen worden iſt. Das BGB. weicht hier in Betreff des Concurſes von § 51 des Hyp.-Geſ. nur darin ab, daß nicht der Ausbruch des Concurſes (das Decret des Concurſrichters auf Eröffnung des formellen Concurſes) ſondern richtiger die Eintragung des in Concurſfällen nach § 223 der GD. zu verlautbarenden Veräußerungsverbots als das Ereigniß angenommen worden iſt, bis wohin die förmliche Eintragung noch mit Erfolg geſchehen kann^{18a)}. Die Eintragung eines auf andern Gründen, als der Eröffnung des formellen Concurſes beruhenden Veräußerungsverbotes, wird zwar in § 51 des Hyp.-Geſ. nicht erwähnt, es verſteht ſich aber von ſelbſt (vgl. § 16, sub 7 des Hyp.-Geſ.), daß jedes allgemeine, die Diſpoſition des Eigenthümers aufhebende Verbot die Wirkſamkeit der Vormerkung auch nach dem bisherigen Rechte excluſiv müſſe^{18b)}.

Da die Vormerkung dem vorgemerkten Gläubiger die Priorität ſeiner Forderung ſichert, ſo kann dieſelbe den Eintrag anderer Forderungen nicht hindern, wie dies bei einer nach

^{18a)} Siebenhaar a. a. O. S. 336.

^{18b)} Wird das Veräußerungsverbot, ohne daß es zur Concurſeröffnung oder Zwangsverſteigerung kommt, gelöſcht, ſo tritt die Vormerkung wieder in ihre Geltung.

§ 218 der G.D. zur Sicherstellung eines Rechtsgrundes auf Erwerbung der Hypothek eingewendeten Verwahrung gegen die Verpfändung des Grundstücks allerdings, jedoch nur rücksichtlich der in das Gebiet freiwilliger Disposition fallenden Hypothekenbestellung der Fall ist. Ebenowenig verhindert sie eine freiwillige Veräußerung des Grundstücks, da, wie bemerkt, bei dieser der neue Eigenthümer den förmlichen Eintrag geschehen lassen muß.

Neben der Sicherheit, welche die Vormerkung nach diesen Seiten hin dem vorgemerkten Gläubiger bietet, gewährt sie ihm aber auch noch den Vortheil, daß er nicht, wie dies bei einer Verwahrung gegen Veräußerung und Verpfändung des Grundstücks geschehen kann, durch die Eintragung einer Hypothek aus gesetzlichen Rechtsgründen, seiner Priorität verlustig werden kann.

§ 13.

Der § 82 des Hyp.-Ges. bestimmte, daß auch der Rechtstitel zur Erlangung einer Hypothek, jedoch nicht ohne gleichzeitige Abtretung der Forderung selbst, von dem Gläubiger nach dem Betrage der ganzen Forderung oder eines Theiles derselben an Andere abgetreten werden könne. Der Cessionar würde also durch die Abtretung einer mit dem Rechtsgrund auf Hypothekenbestellung versehenen Forderung berechtigt, zu verlangen, daß er direct als Inhaber der Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werde.

Das BGB., welches die civilrechtlichen Vorschriften des Gesetzes vom 6. November 1843 mit verhältnißmäßig wenig Abänderungen aufgenommen hat, enthält zwar eine, dem obigen § 82 wörtlich gleichlautende Bestimmung nicht; es ist aber m. E. nicht zu bezweifeln, daß auch nach den Vorschriften des BGB.'s als Regel der Grundsatz besteht, daß der Rechtsgrund zur Erwerbung einer Hypothek mit der Forderung selbst abgetreten werden kann.

Es ergibt sich dies bei einer näheren Betrachtung der §§ 386, 954 und 969 des BGB.'s.

Der § 954 schreibt vor, daß mit einer Forderung auch die Nebenrechte, welche zu ihrer Sicherheit dienen oder sonst

dazu gehören, ohne Weiteres als abgetreten zu betrachten sind, vorbehaltlich der Vorschriften über den Uebergang der hypothekarijchen Forderungen in §§ 437—439. Unter den hier erwähnten Nebenrechten, welche ohne Weiteres, also ohne daß die Abtretung ausdrücklich auf dieselben erstreckt zu werden braucht, auf den Cessionar der Forderung übergehen, hat man sich solche zu denken, welche bei der Cession der Forderung als Accessorien der letzteren bereits bestanden, wie z. B. ein bereits bestelltes Faustpfandrecht oder eine durch die Eintragung der Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch bereits zur Entstehung gelangte Hypothek. Nur ist rücksichtlich der Abtretung hypothekarijcher Forderungen zu bemerken, daß die Abtretung, gleichviel aus welchen Gründen sie erfolgt ist, nur einen Rechtsgrund zur Umschreibung der Forderung auf den Namen des neuen Gläubigers gewährt, das Forderungsrecht selbst und die wegen desselben bestehende Hypothek aber erst mit und durch diese Umschreibung auf denselben übergehen¹⁹⁾. Diesen Rechtsgrund erlangt aber nach §§ 386 und 954 der Cessionar durch die Abtretung einer in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragenen Forderung auch dann, wenn bei der Abtretung das Pfandrecht nicht besonders mit erwähnt worden ist²⁰⁾. Dagegen bestimmt der Schlußsatz des § 969: „Ein bloßer Rechtsgrund zu Erwerbung von Nebenrechten, welcher dem abtretenden Gläubiger zukam, kann von dem neuen Gläubiger nicht geltend gemacht werden“. Das GB. unterscheidet also rücksichtlich der Frage, welche Befugnisse des Cedenten mit der Abtretung einer Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen, augenscheinlich zwischen bereits bestehenden Nebenrechten, auf die sich, wie bemerkt, der § 954 bezieht, und Rechtsgründen, welche

¹⁹⁾ Siebenhaar, Commentar Bd. I, S. 349 zu § 438 des BGB.'s.

²⁰⁾ Vergl. Siebenhaar a. a. O. zu § 971, S. 165. Wird eine eingetragene Forderung mit der ausdrücklichen Erklärung, die Hypothek nicht mit übertragen zu wollen, abgetreten, so gilt diese Erklärung nach § 456 des BGB.'s als ein Verzicht auf die Hypothek, welcher nach § 455, im Fall der Annahme, dem Hypothekenschuldner einen Rechtsgrund auf Löschung gewährt.

dem Cedenten auf Erwerbung solcher Nebenrechte zustehen. Daß sich der Schlußsatz des § 969 vornehmlich auf Rechtsgründe zur Erwerbung von Hypotheken beziehe, ist nicht zu bezweifeln, es könnte aber dabei die Frage entstehen, einmal, ob er nur auf diese Rechtsgründe, und ob er auf alle oder nur auf gewisse Rechtsgründe zur Erlangung einer Hypothek anzuwenden, und dann, inwiefern durch denselben die Cessibilität bloßer Rechtsgründe auf Erwerbung von Nebenrechten ausgeschlossen worden sei? Bei der Revision des Entwurfs zu BGB. wurde bemerkt²¹⁾, daß bei solchen Forderungen, zu deren Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch ein gesetzlicher Rechtsgrund (§ 390 flg.) des BGB.'s bestehe, durch die Cession der Forderung der Rechtsgrund, so lange nur erst ein solcher vorhanden, die Eintragung selbst aber in Folge desselben noch nicht geschehen sei, auf den Cessionar nicht übergehen könne, weil in diesem Falle das den Vorzug der Forderung bedingende Hypothekenrecht in der Person des Cedenten zur Zeit der Abtretung noch nicht begründet gewesen". Dieser Satz sollte in dem obenbemerkten Schlußsatz des § 969 seinen Ausdruck finden.

Hiernach könnte es auf den ersten Anblick so scheinen, als ob sich der letztere eben nur auf die gesetzlichen Rechtsgründe zur Erlangung einer Hypothek beziehen, und mit andern Worten nur den Ausspruch enthalten solle „der neue Gläubiger ist nicht befugt, einen dem Cedenten zukommenden gesetzlichen Rechtsgrund auf Erwerbung einer Hypothek wegen der abgetretenen Forderung geltend zu machen". Hätte dies in der Absicht der Gesetzgebung gelegen, so würde man bei der sorgfältigen und präzisen Terminologie des BGB.'s diese oder eine ähnliche, aber nicht die viel weiter greifende Fassung gewählt haben, welche nach ihrem klaren Wortlaute Rechtsgründe zur Erwerbung von Nebenrechten aller Art in sich begreift.

In der That aber läßt sich auch bei aufmerksamer Betrachtung nicht verkennen, daß die Erwähnung der gesetzlichen Rechtsgründe bei der Berathung nur beispielsweise erfolgt ist, der

²¹⁾ Sitzungsprotocoll Nr. 138, S. 8 flg.

Saß aber, welcher zum gesetzlichen Ausdrucke gebracht werden sollte, darin bestand, daß ohne Weiteres nur solche Nebenrechte auf den neuen Gläubiger übergangen, welche zur Zeit der Cession in der Person des Cedenten bereits bestanden und nicht bloß von demselben hätten erworben werden können. Denn die Erwägung, zufolge deren man annahm, daß ein gesetzlicher Rechtsgrund auf Hypothekenbestellung, welchen der Cedent für seine Person gehabt aber noch nicht benutzt habe, von dem Cessionar nicht geltend gemacht werden könne, „daß, so lange die Forderung noch nicht eingetragen sei, das den Vorzug bedingende hypothekarische Recht noch nicht bestehe“ ist in ihrer principiellen Bedeutung keine diesem Falle besonderer, sondern tritt bei allen Rechtsgründen auf Bestellung von Nebenrechten, und namentlich bei allen auf Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch bestehenden Rechtsgründen gleichmäßig ein, wenn es auch neben diesen noch einen andern Grund giebt, weshalb in gewissen Fällen der Cessionar den seinem Cedenten zukommenden gesetzlichen Rechtsgrund weder ohne Weiteres geltend machen, noch selbst durch besondere Abtretungserklärung erwerben kann. So aufgefaßt bildet der Schlusssatz des § 969 zugleich den Gegensatz zu § 964, welcher auf diese Weise seine fester bestimmte Abgrenzung gewinnt.

Wenn aber auch nach dieser Auffassung des § 969 anzunehmen ist, daß bei der Abtretung einer Forderung, rücksichtlich deren der Cedent zur Zeit der Cession nur erst einen, gleichviel ob auf einer unmittelbaren Gesetzesvorschrift, oder auf Privatwillen, oder auf richterlicher Entscheidung beruhenden Rechtsgrund zur Erwerbung von Nebenrechten besaß, der neue Gläubiger nicht ohne Weiteres diesen Rechtsgrund auch für sich geltend machen kann, so ist doch damit noch keineswegs gesagt, daß bloße Rechtsgründe der gedachten Art schlechthin und ohne allen Unterschied nicht cessibel seien; der § 969 enthält eine hierauf gerichtete Vorschrift weder seinem Wortlaute, noch seinem Zwecke nach; denn er ist nicht dazu bestimmt, die Forderungen und Rechte anzugeben, welche Gegenstand einer Cession sein können. Die hierauf bezüglichen Vorschriften sind vielmehr in

den §§ 964 bis 966 des BGB.'s enthalten. Nach diesen würde aber in Betreff der Rechtsgründe zu Erwerbung einer Hypothek ein Unterschied zu machen sein. Beruht der Rechtsgrund auf einem Vertrag (§ 1441 des BGB.'s) oder auf letztwilliger Verfügung, so würde sich kein Grund angeben lassen, weshalb nicht der Gläubiger zugleich mit der Forderung auf sein damit in nächster Verbindung stehendes Recht auf die Bestellung der Hypothek an ein und dieselbe dritte Person abtreten dürfte. Mit den gesetzlichen Rechtsgründen, welche dem bisherigen Gläubiger zur Seite stehen, verhält es sich zum Theil anders.

Das gewissen Gläubigern für ihre Person nach §§ 390 bis 393 des BGB.'s zustehende Recht, sich wegen ihrer dort erwähneter Forderungen eine Hypothek eintragen zu lassen, enthält ein diesen Gläubigern aus besonderen Rücksichten gewährtes Privilegium, welches nicht willkürlich von der Person des Gläubigers und den Verhältnissen, auf welche dasselbe berechnet ist, abgelöst und auf andere Personen und Verhältnisse übertragen werden kann. Die Abtretung dieser gesetzlichen Rechtsgründe wurde auch schon nach dem Hypothekengesetze²²⁾ für unzulässig erachtet und ist es nicht minder nach § 966 des BGB.'s, wie sich dies auch theils aus den oben mitgetheilten Verhandlungen bei der Revision des GB.'s, theils daraus ergibt, daß der gesetzliche Rechtsgrund der Ehefrau nicht einmal auf deren Erben übergeht²³⁾. Dagegen sind der auf rechtskräftiger Entscheidung (vgl. § 395) beruhende und der an die Stelle der ehemals üblichen Hilfsvollstreckungsacte getretene Rechtsgrund (§ 394 des BGB.'s) der Abtretung fähig, da nach § 964 auch flagbar gemachte Forderungen in jedem Stadium des Processes gültigerweise abgetreten werden können. Aus eben diesem Grunde ist m. E. selbst anzunehmen, daß in den letztgedachten beiden Fällen der neue Gläubiger den Prozeß ohne eine besondere Abtretung der prozessualischen Befugnisse des Cedenten fortstellen und die Eintragung der Hypothek im Wege des Vollstreckungsverfahrens

²²⁾ Annalen, Bd. I, S. 115 flg.

²³⁾ Siebenhaar Commentar Bd. I, S. 326.

erlangen kann. Dem Allen zufolge ist m. E. der Schlußsatz des § 969 so zu verstehen, daß mit Ausnahme der in §§ 390 bis 393 gedachten, gesetzlichen Rechtsgründe, jeder Rechtsgrund zur Erlangung einer Hypothek mit der Forderung zugleich abgetreten werden kann, daß aber, abgesehen von der durch die Fortstellung eines Prozesses zu erlangenden Hypothek, das vom Cedenten erworbene Recht auf die Bestellung der Hypothek besonders mit abgetreten werden muß²⁴⁾.

Von selbst ergibt sich hieraus, daß eine bereits vorgemerkte Forderung ebenfalls und zwar zugleich mit dem Rechtsgrunde zur Hypothek abgetreten werden kann, und daß durch eine solche Abtretung auch die Sicherheitsbefugnisse, welche die Vormerkung begründet, auf den neuen Gläubiger übergehen. Es wird aber selbst zu behaupten sein, daß bei einer bereits vorgemerkten Forderung die Vorschriften des § 954 eintreten, so daß es hier einer speciellen Abtretung des Rechtsgrundes nicht einmal bedarf. Denn obschon die Vormerkung noch kein dingliches Recht, sondern nur eine Sicherheit für dessen künftige Entstehung und Rangstellung gewähren soll, ist doch der abgetretenen Forderung schon dadurch, daß der Rechtsgrund zu ihrer Eintragung provisorisch im Grund- und Hypothekenbuch verlautbart und demselben auf diese Weise auch dritten Personen gegenüber eine gewisse Wirksamkeit beigelegt worden ist, ihre besondere objective Qualifikation verliehen worden.

Dagegen kann die Abtretung einer vorgemerkten Forderung nicht Gegenstand einer besondern Verlautbarung im Grund- und Hypothekenbuche werden. Eine solche hat vielmehr erst dann, wenn die förmliche Eintragung der Forderung erfolgt, und zwar mit dieser zugleich und so zu geschehen, daß die Forderung auf den Namen des neuen Gläubigers unter Allegat der Abtretungsurkunde eingetragen wird. Wollte man, bevor noch die förmliche Eintragung erfolgen kann, die Abtretung der vorgemerkten Forderung in das Grund- und Hypothekenbuch einzeichnen, so würde dies, weil die Vormerkung selbst nur eine

²⁴⁾ Sintenis, Anleitung zc. S. 269.

Art der Verwahrung ist, der Sache nach auch nichts anderes, als eine Vormerkung der Cession hinauskommen, welche weder nach dem bisherigen Rechte, noch nach den Vorschriften des BGB.'s und der G.D. als statthast erscheint. Bedarf also der Cessionar einer bereits vorgemerkten, mithin gegen Dritte bereits gesicherten Forderung, noch eine weitere Sicherstellung gegen eine vertragswidrige anderweite Verfügung seines Cedenten, so kann er sich zu diesem Behufe nur einer nach § 218 zu beurtheilenden Verwahrung bedienen, welche, wenn den sonstigen Erfordernissen einer solchen Genüge geschehen ist, unbedenklich in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen werden kann, da sie eine Forderung betrifft, welche im Grund- und Hypothekenbuche wenigstens vorläufig bereits verlaublich worden ist.

Schließlich kann noch Erwähnung finden, daß die Vorschriften in §§ 419, 420 und 423 des BGB.'s über die Zustimmung der hypothekarischen Gläubiger zu der Abtrennung und Hinzuschlagung von Grundstücken analog auf die Gläubiger bloß vorgemerkter Forderungen anzuwenden sind. Denn einerseits gewährt ihnen nach den Vorschriften in § 406 des BGB.'s die Vormerkung das Recht, im Falle freiwilliger Veräußerung auch dem neuen Eigenthümer gegenüber die vorgemerkte Forderung auf das gesammte ihnen verpfändete Grundstück förmlich eintragen zu lassen, und dieses Recht darf ihnen durch eine Dismembration dieses Grundstücks oder eine Consolidation mit anderen Immobilien nicht entzogen oder geschmälert werden, anderntheils aber können diese Gläubiger nicht mehr beanspruchen, als sie zu beanspruchen hätten, wenn ihre Forderung bereits förmlich eingetragen wäre.

Präjudizien.

Zu dem Strafgesetzbuche.

52.

Die Anwendung des Art. 176 des StGB.'s wird nicht durch jede, bei Ausübung des Züchtigungsrechts unterlaufende, sondern nur durch eine vermöge der Ueberschreitung des Züchtigungsrechts herbeigeführte Körperverletzung begründet.

Erk. vom 12. März 1866. no. 277/201.

Nach der Fassung des Bescheids Bl. muß Man annehmen, es sei das Ger.-Amt zu C. von der Ansicht ausgegangen, daß das Vorhandensein einer Körperverletzung, selbst der geringfügigsten Art, ohne Weiteres die Ueberschreitung des gesetzlich bestehenden Züchtigungsrechts begründe, bei dessen Ausübung sie dem Gezüchtigten zugesügt wurde. Diese Ansicht über Auslegung des Art. 176 des StGB.'s ist eine unrichtige; das in dessen Anfangsworten gebrauchte Wort: „Körperverletzung“ wird durch den Zusatz, „welche durch Ueberschreitung eines gesetzlich bestehenden Züchtigungsrechts zugesügt worden sind“, limitirt, so, daß nicht jede bei Ausübung des Züchtigungsrechts unterlaufende, sondern nur eine durch Ueberschreitung des Züchtigungsrechts herbeigeführte Körperverletzung nach Art. 176 des StGB.'s der gesetzlichen Ahndung unterliegt; die allgemeiner lautende Ueberschrift des gedachten Artikels ist, eben als solche, nicht für maassgebend zu betrachten. Bei der im Art. 166 des StGB.'s gegebenen Begriffsbestimmung über

Körperverletzung würde die Ausübung eines gesetzlich zustehenden Züchtigungsrechts ohne einen gewissen Grad von Körperverletzung oft kaum erfolgen können, zumal doch auch die Züchtigung einen Eindruck auf den Gezüchtigten hervorbringen soll. Hiernach konnte der Lehrer C. um deswillen allein mit einem Verweise nach Art. 176 des StGB.'s nicht belegt werden, weil dem gezüchtigten Knaben durch die Züchtigung eine Körperverletzung nach Art. 167 unter 3 des StGB.'s erwachsen sei, es mußte vielmehr, um eine Entscheidung der gedachten Art zu rechtfertigen, überdies noch festgestellt werden, daß, nach der Beschaffenheit der fraglichen Körperverletzung, eine Ueberschreitung des Züchtigungsrechts anzunehmen sei. Es war demnach, in Folge der eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerde, der auf einer unrichtigen Gesetzanwendung beruhende Bescheid als nichtig aufzuheben.

53.

Ueber „Inhabung“ im Sinne von Art. 272 und 287 des StGB.'s.

Erk. vom 26. März 1866. no. 325/282

Indem der bei dem Angeschuldigten M. zur Untermiethen wohnende W., an einem Decemberabende des vorigen Jahres, seinen Rock, in dessen Brusttasche eine in graues Papier eingeschlagene Geldsumme von beiläufig 60 Thalern sich befand, in der, von M.'n und seinem Untermiether gemeinschaftlich benutzten Wohnstube über die Lehne eines Stuhls hängte und später seine Schlafstelle aufsuchte, befand sich dieser Rock, mit seinem Inhalte, fortwährend in W.'s Gewahrsam und wenn das Geldpaket aus der Brusttasche heraus und auf die Diele der Stube gefallen sein sollte, so war auch dieses, vermöge der bestehenden Untermiethen, immer noch in seinem Gewahrsam. Hat nun M. am nächsten Morgen, bevor noch W. aufgestanden war, das Paket von der Diele aufgehoben und, nachdem er sich von dessen Inhalte überzeugt, dasselbe in der Absicht der Aneignung an sich genommen, so nahm er solches aus fremder Inhabung an sich und entwendete es, vgl. Art. 272 des StGB.'s. Unrichtig ist des Staatsanwalts Einwand Bl. Abgesehen von der Unverständlichkeit des Bl. niedergeschriebenen Anführens, welches dadurch ergänzt werden zu müssen scheint, daß W. in der Nacht

aufgestanden, in die Stube gegangen sei, in seine Rocktasche gegriffen und das Geldpaket in solcher vermißt habe, kommt auch darauf, ob W. nach dieser Durchsuchung, oder beim Aufwachen in der Nacht überhaupt nicht wußte, wo nun eigentlich sein Geld eben jetzt sich befinde? gar nichts an; das Geldpaket befand sich, vermöge des zwischen ihm und M.'n bestehenden Miethverhältnisses, thatsächlich in seinem Gewahrsame, und solchenfalls geht der Besitz dadurch nicht verloren, daß man die Sache nicht sogleich aufzufinden weiß (vgl. B. G. B. § 213), der Gewahrsam erscheint vielmehr hier als Repräsentant der Inhabung.

Eine an dem Gelde W.'s von M.'n verübte, nach Art. 289 unter 2 des St. G. B.'s zu beurtheilende Unterschlagung ist nur eventuell angenommen worden; nach Ansicht des O. A. G.'s wird es, insofern nicht ein anderes thatsächliches Verhältniß behauptet und erwiesen werden sollte, allerdings zu dieser Eventualität um deswillen nicht kommen können, weil M.'s Handlungsweise als Diebstahl aufzufassen ist; jedenfalls aber kann sich M. durch diese bloß eventuelle Verweisung mit Grunde nicht für beschwert erachten. Gesezten Falles, die Mitbenutzung der Wohnstube wäre in W.'s Untermiethen nicht mit begriffen gewesen und M. hätte nur geduldet, daß W. seinen Rock in der von ihm sich vorbehaltenen Wohnstube ausgezogen und über Nacht zurückgelassen hätte, so würde schon hierdurch ein Verhältniß begründet worden sein, welches die Anwendung von Art. 289 unter 2, nicht aber von Art. 289 unter 3 des St. G. B.'s auf M.'s nachmaliges Gebahren erheischte.

Schließlich ist zu bemerken, daß, wenn M. zu glauben scheint, es könne behufs der Anwendung von Art. 289 unter 3 oder Art. 291 des St. G. B.'s irgend Etwas darauf aufkommen, ob er das Packet mit W.'s Gelde im ersten Augenblicke noch in der Meinung, es sei ein unnützes, zum Feueranzünden verwendbares Papier, von der Diele emporgenommen habe, derselbe sich im Irrthume befindet. Der Umstand, daß Jemand einen fremden Gegenstand nur eben erst in die Hand nimmt, um sich zu überzeugen, was oder von welcher Beschaffenheit er eigentlich sei, bringt überhaupt keine Inhabung im Sinne des Art. 287 des St. G. B.'s zu Wege, die, im Falle der Aneignung, ohne Weiteres den Diebstahl ausschließt und nur noch einer Unterschlagung Raum böte, am wenigsten aber wäre einzusehen, wie hieraus eine Unterschlagung nach Art. 289 unter 3 oder gar eine Fundunterschlagung nach Art. 291 des

StGB.'s hervorgehen sollte. Hätte M., was er freilich gar nicht behauptet, das fremde Geldpaket in der, nach Lage der Sache, ganz angemessenen Absicht einstweilen an sich genommen, um, sobald seine Untermiether aufgestanden sein würden, solches dem Eigenthümer zurückzugeben, und wäre er, nachdem er das Paket in dieser Absicht eine, ob auch nur kurze, Zeit lang bei sich verwahrt, der Versuchung, es sich selbst anzueignen, unterlegen, so würde sich solchenfalls wohl eine bloße Unterschlagung, immerhin aber keine derartige behaupten lassen, die, beim Mangel eines Strafantrags, straflos zu bleiben hätte.

54.

Zu den Worten des Art. 280 des StGB.'s „mit gefährlichen Werkzeugen oder mit Waffen **versehen**“.

Erk. vom 16. März 1866. no. 124/229.

Es steht thatsächlich fest, daß der Angeschuldigte G. am Abende des 1. Decbr. 1865 bei der Rückkehr von der Arbeit nach seiner Wohnung ein Stück Holz von 2 Ellen Länge und $1\frac{1}{2}$ Zoll Stärke gefunden, solches, um es als Feuerholz zu verwenden, an sich genommen, demnächst unterwegs noch einen Wäschdiebstahl ausgeführt hat, hierbei aber bemerkt und verfolgt, auch zuletzt ergriffen worden ist, nachdem er bei der Verfolgung zuerst jenes Stück Holz verloren, später aber auch die entwendete Wäsche weggeworfen hatte. Die vorige Instanz hat nun zwar anerkannt, daß G. weder bei der Ansichnahme jenes als Knittel oder Klöppel bezeichneten Stückes Holz die Absicht gehabt, dasselbe während der Ausführung eines späteren Diebstahls bei sich zu führen, um Andere, die ihn dabei betreffen könnten, damit einzuschüchtern oder gegen selbige sich zur Wehre zu setzen, noch auch, daß derselbe diese Absicht etwa später noch gefaßt, noch endlich, daß G. bei der That oder auf der Flucht von dem Knittel irgendwie Gebrauch gemacht habe, sie hat aber dessenungeachtet für den vorliegenden Fall die Anwendung der Strafbestimmung in Art. 280 Abs. 1 des StGB.'s für anwendbar erachtet, weil thatsächlich der Angeklagte jenes Stück Holz während Verübung des Wäschdiebstahls bei sich hatte, dieser Knittel in der Hand eines Menschen und gegen Menschen geführt wohl geeignet gewesen sei, gefährliche Verletzungen beizubringen, der Knittel als Werkzeug, das zu

Ausführung des Diebstahls bestimmt gewesen, in keiner Weise anzusehen sei, auch der Angeklagte die gefährdende Eigenschaft jenes Stückes Holz nicht habe verkennen können.

Nun stimmt zwar das OLG. der vorigen Instanz darin bei, daß das Motiv der höheren Bestrafung des in Art. 280 des StGB.'s erwähnten bewaffneten Diebstahls hauptsächlich in dem objectiven Momente der Gefährdung des Bestohlenen oder des den Dieb dabei betreffenden und gegen ihn einschreitenden Dritten zu suchen sei, allein dadurch wird nicht jedwede Frage nach der Absicht ausgeschlossen, in welcher der Dieb eine Waffe oder ein als solche anzusehendes Werkzeug zur Zeit des Diebstahls bei sich führte.

Die Worte des Gesetzes: Hat der Dieb sich mit gefährlichen Werkzeugen oder mit Waffen versehen &c. sind keineswegs für gleichbedeutend zu erachten mit einem nur thatsächlichen Besizhaben jener Werkzeuge. Dieses letztere muß immer in einer gewissen Beziehung zu dem beabsichtigten Diebstahle stehen, wenn auch der Dieb diese Absicht allererst während der Ausführung des eigentlichen Diebstahlsacts gefaßt hat.

Liegt aber eine ganz unverfängliche Absicht vor, in welcher der Dieb einen Gegenstand vor Begehung eines Diebstahls an sich genommen hat, welcher als gefährliches Werkzeug hätte benutzt werden können, und der Dieb hat auch keinen Gebrauch bei Ausführung des nachfolgenden Vergehens oder bei seiner Verfolgung &c. davon gemacht, so kann der Beweis des Umstandes, daß der Dieb eventuell sich jenes Werkzeugs bei Ausführung des Diebstahls habe bedienen wollen, nicht präsumirt und ebensowenig darin gefunden werden, daß sich der Dieb nach der Beschaffenheit jenes Gegenstandes hätte sagen können, daß er damit im Stande gewesen wäre, sich gegen Denjenigen, der ihn bei Ausführung des Diebstahls betroffen oder ihm hindernd in den Weg treten würde, zur Wehre zu setzen.

Gleich wie der spätere Gebrauch eines gefährlichen Werkzeugs unter Umständen einen Rückschluß auf die bei der Ansichnahme desselben gehegte Absicht gestattet, so weist auch das entschiedene Unterlassen jeden Gebrauchs eines solchen von Seiten des Diebes darauf hin, daß der Dieb sich entweder der gefährdenden Eigenschaft seines in unverfänglicher Absicht bei sich führenden Werkzeugs gar nicht bewußt geworden

ist, oder daß er geflissentlich diese Eigenschaft seines Werkzeugs nicht benutzen wollte.

In keinem dieser Fälle läßt sich behaupten, daß ein Dieb mit jenem Gegenstande sich zum Zwecke der Ausführung des später verübten Diebstahls versehen habe.

55.

Der bei Anwendung von Art. 300 Abs. 1 des StGB.'s von dem OAG. bereits mehrfach ausgesprochene Satz, daß die in den österreichischen Staaten bestehende Strafe des „schweren Kerkers“ zum Mindesten der Arbeitshausstrafe gleich zu achten sei (vgl. Annalen Bd. VII, S. 234), wurde, unter Bezugnahme auf die Bestimmungen in den §§ 12, 14, 16 flg. und 27 des österreichischen Strafgesetzbuchs vom 27. Mai 1852, wiederholt angenommen.

Erk. vom 7. März 1866. no. 274/179.

Zu der Strafprozeßordnung.

26.

Die im Art. 44 unter Nr. 4 der StPD. festgesetzte Competenz des Einzelrichters zur Untersuchungsführung wegen des im Art. 357 des StGB.'s gedachten Verbrechens ändert sich dadurch nicht, daß dieses Verbrechen unter den in Art. 349 bis mit Art. 354 des StGB.'s erwähnten Verhältnissen verübt worden ist.

Berordn. vom 9. März 1866. no. 256/183.

Das dem Angeschuldigten zur Last gelegte Vergehen ist das in Art. 357 des StGB.'s erwähnte Vergehen der widernatürlichen Unzucht, in Verbindung mit Mißbrauch einer gesetzlichen Autorität, Art. 352 des StGB.'s, und hat das O. A. im B. G. E., unter Billigung des B. G.'s, dieses Vergehen als ein solches angesehen, welches der bezirksgericht-

lichen Kompetenz angehört. Die Untersuchung und Bestrafung des Vergehens der widernatürlichen Unzucht ist aber nach Art. 44 unter 4 der StPD. ausnahmslos dem Einzelrichter zugewiesen, daher aber der bezirksgerichtlichen Zuständigkeit entzogen.

Nun enthält zwar Art. 357 des StGB.'s die Bestimmung, daß, wenn dieses Vergehen unter den in Art. 349 bis 354 erwähnten Verhältnissen verübt worden sei, auch die dort angedrohten Strafen eintreten sollen, soweit dieselben höher sind, und es ist auch nicht zu bezweifeln, daß im vorliegenden Falle Verhältnisse der in Art. 352 des StGB.'s gedachten Art vorliegen, allein dadurch ändert sich nur weder die Natur des Vergehens noch die Zuständigkeit der Behörde. Eines Theils nimmt nämlich die widernatürliche Unzucht unter Mißbrauch einer gesetzlichen Autorität nicht deshalb den Charakter einer unter gleichem Mißbrauche mittelst Beischlafs verübten Unzucht an, weil sie mit denselben Strafen bedroht ist, wie die letztere, andern Theils hat die Höhe der angedrohten Strafe an sich überhaupt keinen Einfluß auf die Kompetenz der verschiedenen Behörden, und am allerwenigsten kann die Beziehung auf eine Analogie der über Bestrafung der unerlaubten Selbsthülfe bestehenden Kompetenzbestimmungen von irgend welcher Bedeutung sein, weil die StPD. in Art. 44 bei der Selbsthülfe, Art. 247, wie in Betreff des Hausfriedensbruchs, Art. 151, und der Ruppelei, Art. 356 des StGB.'s, mit ausdrücklichen Worten die leichteren Fälle dem Einzelrichter, die schwereren aber dem Bezirksgericht zugewiesen hat und daher jedenfalls die nämliche Bestimmung in Betreff der widernatürlichen Unzucht und anderer Vergehen getroffen haben würde, wenn es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, die den Einzelgerichten zur Bestrafung überwiesenen Vergehen in ihren schwereren Gestaltungen jederzeit durch die Bezirksgerichte in erster Instanz untersuchen und bestrafen zu lassen.

Handels- und Wechselrecht.

29.

Ueber kaufmännische „Agenten“. — Die Bezeichnung einer Mittelsperson als eines Agenten qualificirt dieselbe nicht als einen Bevollmächtigten. — HGB. Art. 47, 272, 298, 360. — Eidesantrag.

II. Sen.-Erk. vom 19. Octbr. 1865. no. 553/573.

Durch die Bezeichnung: „Agent“ oder „Handelsagent“ wird ein bestimmter genau begrenzter Begriff nicht ausgedrückt, vielmehr wird nach dem zeitherigen Sprachgebrauch die gedachte Bezeichnung auf ganz verschiedene Kategorien von Nebenpersonen, welche im kaufmännischen Verkehre thätig sind, angewendet, und zwar nicht nur auf

1) Personen, welche keine Vollmacht zum Abschluß eines Geschäfts haben, sondern nur angewiesen sind, für ein Handelshaus Geschäfte einzuleiten und zu vermitteln, sondern auch auf

2) Personen, welche bevollmächtigt sind, Geschäfte für den Auftraggeber und in dessen Namen abzuschließen, indem man zuweilen sowohl

a) die in Art. 298 des HGB.'s gedachten Handlungsbevollmächtigten, welche nicht im Handelsetablissement des Principals angestellt sind, als auch

b) Handlungsgehülfen im Sinne des Art. 47, zumal wenn dieselben an einem von dem Handelsetablissement entfernten Orte fungiren,

als „Agenten“ zu bezeichnen pflegt, ja diesen Ausdruck selbst

3) auf Commissionäre anwendet, welche zwar für einen Andern, aber im eigenen Namen, Handelsgeschäfte abschließen;

von Hahn, Commentar Bd. I, S. 156 flg.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Th. I, § 55, S. 471, nota 14.

Bei den Nürnberger Conferenzberathungen ist der Antrag, Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Handelsagenten in das HGB. aufzunehmen, abgelehnt worden, weil man sich überzeugt hat, daß mit diesem Worte kein fester Begriff ausgedrückt werde, mithin die Erlassung positiver Bestimmungen unmöglich sei.

von Hahn a. a. O. S. 155.

Gleichwohl weist die Vorschrift des Art. 272 unter 4 des HGB.'s, „daß die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen, wenn sie gewerbmäÙig betrieben werden, als Handelsgeschäfte anzusehen seien“, auf die oben unter 1 und 2 a gedachten Kategorien von Agenten, insoweit letztere selbstständig und gewerbmäÙig die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für fremde Rechnung und im fremden Namen betreiben, hin. Denn in der angezogenen Gesetzstelle werden durch das disjunctive „oder“ diejenigen Personen, welche gewerbmäÙig fremde Handelsgeschäfte vermitteln, von denen, welche dieselben zufolge eines von ihnen betriebenen Gewerbes abschließen, unterschieden. Da nun in derselben Gesetzstelle die amtlichen Geschäfte der HandelsmäÙler von den daselbst erwähnten Handelsgeschäften ausgenommen sind, und die Geschäfte der oben unter 3 gedachten Commissionäre, welche im eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers gewerbmäÙig Handelsgeschäfte schließen (Art. 360), bereits in Art. 272 unter 3 des HGB.'s als Handelsgeschäfte aufgeführt werden, so umfaßt die Vorschrift des Art. 272 unter 4 die gewöhnlich mit dem Namen „Agenten“ bezeichneten Personen, welche selbstständig und gewerbmäÙig, aber weder als amtlich bestellte HandelsmäÙler noch als Commissionäre, für fremde Rechnung und im fremden Namen Handelsgeschäfte als Vermittler vermitteln oder als Bevollmächtigte abschließen.

Goldschmidt, Handbuch 2c., Th. I, S. 471 flg.

Im vorliegenden Rechtsstreite führen Kläger selbst an, daß sie den in der Klage erwähnten Kaufvertrag über die Bl. verzeichneten Quantitäten baumwollenes Garn nicht mit dem Beklagten, sondern mit dem Kaufmann F. M., welcher zur Zeit des Kaufabschlusses als alleiniger Inhaber der Firma M. & Co. im Handelsregister der Stadt B. eingetragen gewesen sei und in B. gewohnt habe, abgeschlossen haben, indem sie bemerken, daß sich Beklagter des genannten M. als Verkaufssagenten

bedient und letzterer sich bei ihnen als Agent des Beklagten eingeführt habe. Bei Beantwortung der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob der gedachte Agent als Vermittler oder Bevollmächtigter des Beklagten anzusehen sei, ist von folgendem Gesichtspunkte auszugehen.

Kaufleute und Fabrikanten bedienen sich behufs des Absatzes ihrer Waaren außerhalb des Orts ihres Etablissements in gleicher Weise, wie sie beim Platzhandel die Vermittelung der amtlich bestellten Makler in Anspruch nehmen, vorzugsweise solcher Personen, welche gewerbmäßig sich damit beschäftigen, gegen Gewährung einer Provision oder nach Befinden eines festen Gehalts von einem gewissen bestimmten Mittelpunkte aus (Handelsagenten) oder umherreisende (Provisionsreisende) fremde Handelsgeschäfte zu vermitteln, ohne zu den Auftraggebern in ein Dienst- oder Abhängigkeitsverhältniß zu treten. Der ihnen ertheilte Auftrag geht im Zweifel dahin, die Waaren des Auftraggebers unter den ihnen aufgegebenen Bedingungen beziehentlich unter Mittheilung der ihnen übergebenen Proben und Muster zum Verkaufe anzubieten, eingehende Bestellungen anzunehmen und dieselben dem Auftraggeber zu übermitteln. Der letztere wird jedoch durch diese Mittheilung zu Realisirung der Bestellungen nicht verpflichtet, weil derselbe durch die Annahme eines Verkaufsagenten zunächst nur die Absicht, die Verbindung mit der alten Kundschaft zu erhalten und neue Kunden zu erlangen, zu erkennen giebt, keineswegs aber auf das Verfügungsrecht über seine Waare dergestalt verzichtet, daß er zu Ausführung jeder ihm vom Agenten übermittelten Offerte verpflichtet wird, zumal wenn man berücksichtigt, daß ein Kaufmann oder Fabrikant, der sich in der Regel mehrerer an verschiedenen Orten wohnhafter Verkaufsagenten bedient, nicht im Stande ist, im Voraus den Umfang der eingehenden Bestellungen, und ob dieselben seinem Lagervorrath entsprechen, zu ermessen, oder dem Agenten alle diejenigen Personen, mit welchen er keine Geschäftsverbindung wünscht, zu bezeichnen. Im Zweifel ist daher der Verkaufsagent nicht zu einem definitiven Kaufabschlusse, sondern lediglich zu Annahme von Bestellungen unter den ihm aufgegebenen Kaufbedingungen ermächtigt, so daß der Handel nicht mit dem Augenblicke, wo der Agent die Bestellung annimmt, sondern erst mit dem Zeitpunkte, zu welchem der Auftraggeber die Bestellung realisiert oder deren Ausführung zusagt, zu Stande kommt.

Moties in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. II,
S. 218 flg.

Zufolge der vorstehenden Grundsätze aber, welche das OAG. schon früher
beim Rechtssprechen befolgt hat,

Annalen Bd. VIII, S. 171.

ist in der bloßen Annahme eines Verkaufsagenten irgend ein Moment,
aus welchem auf Bestellung desselben als Bevollmächtigter zu Abschlie-
ßung von Handelsgeschäften mit Sicherheit geschlossen werden könnte,
nicht zu finden, weshalb im vorliegenden Falle den Klägern behufs der
schlüssigen Begründung des geklagten Anspruchs oblag, auf Thatfachen
sich zu beziehen, aus welchen die Bevollmächtigung des in der Klage ge-
nannten M. Seiten des Beklagten hervorgeht. Dieser Verpflichtung
sind jedoch Kläger nicht nachgekommen. Denn das Klagvorbringen:
„Beklagter habe durch seinen Verkaufsagenten M. zu limitirten Preisen
Verkäufe über Baumwollengarn in seinem, des Beklagtem, Namen mit
der Kundschaft abschließen lassen“, ist für den gebrauchten Eidesantrag
zu allgemein, da das erwähnte: „abschließen lassen“ nicht nothwendig
auf eine vorausgegangene specielle Bevollmächtigung bezogen werden
muß, sondern ebensowohl auf eine bloße Ermächtigung zu einer ver-
mittelnden Thätigkeit bezogen werden kann. Noch irrelevanter ist das
fernere Klaganföhren, daß Beklagter die von M. abgeschlossenen Käufe
in der Weise ausgeführt habe, daß er den betreffenden Käufern die ge-
kauften Garne direct und unter Beifügung von unter seiner Firma aus-
gestellten Verkaufszrechnungen übermittelt, dem Agenten selbst aber eine
Provision gewährt habe, da aus diesem Vorbringen nur soviel folgt,
daß Beklagter früher bei seinem Agenten eingegangene und von dem-
selben angenommene Bestellungen durch Ausführung derselben nach-
träglich genehmigt habe.

30.

Kauf nach Probe. — Vorlegung von Proben Behufs
Orientirung des Kauflustigen über die Qualität der
Fabrikate des Verkäufers. — Dispositionsstellung. —

HGB. Art. 337, 340, 347.

II. Sen.-Erf. vom 1. Septbr. 1865. no. 316/336.

1.

Die erste Instanz hat den Inhalts der Klage zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufcontract als einen Handel nach Probe angesehen und die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen, weil sich Kläger in der Klage darauf, daß das dem Beklagten gelieferte Mehl der Probe entsprochen habe, zu beziehen nicht vermocht habe. Nun kann aber nach der vom OAG. wiederholt ausgesprochenen Ansicht

Zeitschrift für Rechtspflege 2c. N. F., Bd. XX, S. 155 flg.,
Bd. XXVI, S. 153 flg.

Annalen des OAG. Bd. VIII, S. 351 flg.
ein „Handel nach Probe“ nur dann angenommen werden, wenn der Kauf auf Grund einer vorgelegten Probe dergestalt abgeschlossen worden ist, daß der Verkäufer sich verpflichtet hat, eine dieser Probe entsprechende Waare zu liefern. Aus der vom Beklagten eingeräumten Sachdarstellung in der Klage, auf welche die erste Instanz lediglich ihre entgegengesetzte Ansicht gestützt hat, ergiebt sich jedoch nur soviel, daß vom Kläger dem Beklagten auf dessen Verlangen Proben zu dem Zwecke vorgelegt worden sind, damit letzterer in Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob er mit dem Kläger in Geschäftsverbindung trete. Denn diese Absicht Beklagten ist in dem im Eingange der Klage erwähnten, gegen Mitte Juli 1864 geschriebenen Briefe, in welchem Beklagter den Kläger um Uebersendung von Proben Griesler Auszugsmehls zu dem Zwecke gebeten hat, um eventuell Bestellungen hierauf zu machen, ausdrücklich ausgesprochen. Nachdem nun vom Kläger dergleichen Proben am 18. Juli 1864 übersendet worden sind, hat Beklagter in der Klagbeilage A — einem Briefe vom 25. Juli 1864 — unter dem Bemerken, daß er mit der Qualität des klägerischen Griesler Auszugsmehls befriedigt sei, um Mittheilung des billigsten Preises bei Parthien von 30 bis 50 Centnern gebeten und auf die briefliche Anzeige Klägers vom 26. Juli 1864, daß er für den Centner Griesler-Auszug feinsten und bester Qualität $4\frac{2}{3}$ Thlr. fordere, mittelst Briefs vom 27. Juli 1864 sechszig Centner Griesler-Auszugsmehl feinsten und bester Qualität bestellt. Zufolge dieser Sachdarstellung hat Beklagter nicht eine von den verschiedenen ihm übersendeten Proben ausgewählt und verlangt, daß Kläger ihm Waare, welche dieser auserwählten bestimmten Probe ent-

spreche, sende, sondern sich begnügt, im Allgemeinen 60 Centner „Griesler-Auszugsmehl feinsten und bester Qualität“ zu bestellen, so daß die erbetene Vorlegung der Proben lediglich zum Zwecke der Orientirung des Käufers über die Beschaffenheit der Waare des Verkäufers erfolgt (vgl. Art. 337 des HGB.'s) und nicht ein Handel nach Probe im Sinne des Art. 340 des HGB.'s, sondern ein gewöhnlicher Kaufvertrag, bei welchem jedoch eine bestimmte Sorte Griesler-Auszugsmehls als Kaufsobject bezeichnet worden, abgeschlossen worden ist.

Da aus vorstehenden Gründen nach der Ansicht des OLG.'s ein Handel nach Probe nicht vorliegt, so bedarf es keines Eingehens auf die von der ersten Instanz verneinten Frage, ob der Käufer bei einem Handel gedachter Art von der in Art. 374 des HGB.'s erwähnten Verpflichtung, die Waare sofort nach Empfang zu prüfen und eventuell zur Disposition zu stellen, befreit sei.

2.

Die zweite Instanz hat die Klage in der angebrachten Maße abgewiesen, weil sich Kläger darauf, daß er seinerseits den Kaufvertrag persönlich erfüllt, in der Klage nicht bezogen habe. Nun mag allerdings nicht bezweifelt werden, daß im vorliegenden Falle, wo Griesler-Auszugsmehl feinsten und bester Qualität bestellt worden ist, der Kläger die Waare nicht von bloßer mittlerer Art und Güte, sondern in feinsten und bester Qualität zu liefern und daß solches geschehen sei, zu beweisen hat. Dieses Beweises bedarf es jedoch zur Zeit nicht, weil Kläger gleichzeitig in der Klage behauptet hat, daß Beklagter die Waare, obwohl er dieselbe bereits am 30. Juli 1864 in Empfang genommen, nicht rechtzeitig untersucht und zur Disposition gestellt habe. Denn beruht dieses Anführen in Wahrheit, so hat Beklagter nach Art. 347 des HGB.'s stillschweigend sein Einverständnis, daß die Lieferung der Waare vertragsmäßig erfolgt sei, erklärt und kann der Beweis Seiten des Klägers, daß letzterer das Mehl in der bedungenen Qualität gesendet habe, nicht weiter verlangen. Nun ist Beklagter nicht nur des Klagenführens, daß er das erkaufte Mehl am 30. Juli 1864 erhalten und in Empfang genommen habe, wegen unterlassener Einlassung und Antwort hierauf für überführt zu achten, sondern auch geständig, daß er dasselbe erst am 9. August 1864 dem Kläger zur Disposition gestellt habe. Diese erst

am 10. Tage bewirkte Anzeige erscheint mit Hinblick auf die Vorschrift des Art. 347, daß der Käufer die ihm von einem andern Orte übersendete Waare ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig ergiebt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen hat, verspätet, sofern nicht Beklagter darzuthun vermag, daß es sich im vorliegenden Falle um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht sogleich erkennbar gewesen seien. Da nun Beklagter behauptet hat, daß seine Mehle sich nach der Ansicht und dem Gefühle nicht erkennen ließen, vielmehr die Beschaffenheit derselben erst nach dem Verbacken beurtheilt werden könne, so daß er, Beklagter, erst nach dem Verbacken habe wahrnehmen können, daß die ihm vom Kläger gelieferte Waare nicht Griesler-Auszugsmehl feinsten und besten Qualität, sondern ordinäres Mehl von weit geringerer Qualität sei, so ist zunächst auf Beweis dieses als Ausflucht zu behandelnden Vorbringens zu erkennen, indem nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann, daß die Qualität des gelieferten Mehls bei der sofortigen ordnungsmäßigen Untersuchung durch bloßen Angenschein nicht zu erkennen sei, vielmehr von Beklagtem das Gegentheil in rechtliche Gewißheit zu setzen ist. Beklagter hat daher in dem ihm nachgelassenen Beweise, daß er das erkaufte Mehl dem Kläger rechtzeitig zur Disposition gestellt habe, nicht nur darzuthun, daß die Dispositionsstellung am 9. August 1864 erfolgt sei, sondern namentlich auch zu erweisen, daß bei sofortigem ordnungsmäßigem Besicht des übersendeten Mehls nach der Empfangnahme die Qualität desselben nicht erkennbar gewesen sein würde.

Aus diesen Gründen ist die Entscheidung der Sache von dem vorstehenden Ausfluchtbeweise abhängig zu machen, indem Beklagter, falls er diesen Beweis der rechtzeitigen Beanstandung der Waare führt, von der vorliegenden Klage zu entbinden und loszuzählen ist*).

*) § 860 des BGB.'s war auf den vorliegenden vor dessen Inkraftsetzung liegenden Fall nicht anwendbar.

31.

Ueber das Wahlrecht in Gemäßheit Art. 355, 357
des HGB.'s.

II. Sen.-Erk. v. 1. Juni 1865. no. 320'279.

Man hat die dem vorigen Erkenntnisse zum Grunde liegende Ansicht, daß der Schlüssigkeit des auf Schadenersatz gerichteten Klagvorbringens der Umstand, daß Kläger geständigermaßen den Beklagten nach Ablauf der Lieferungszeit zur Vertragserfüllung habe auffordern lassen, entgegenstehe, nicht zu theilen vermocht. Denn die hier einschlagenden Bestimmungen des angezogenen Gesetzbuchs, welche die rechtlichen Folgen des Verzugs bei Lieferungsgeschäften betreffen (Art. 355, 357), räumen dem Käufer dem sich in Verzug befindenden Verkäufer gegenüber die Wahl ein, ob er die Erfüllung des Vertrags oder anstatt deren Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern wolle, ohne ihm in Ansehung der Ausübung dieses Wahlrechts eine weitere Beschränkung aufzuerlegen, als daß er, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem andern Contrahenten anzuzeigen habe. Hiernach geht zwar der Käufer, welcher diese Anzeige rechtzeitig zu bewirken unterlassen hat, seines Wahlrechts insoweit verlustig, daß er nunmehr lediglich auf die Forderung von Schadenersatz, beziehentlich das Recht, vom Vertrage gänzlich zurückzutreten, beschränkt ist, dagegen enthält das Gesetzbuch keine Anordnung dahin, daß der Lieferungsberechtigte auch die Forderung auf Schadenersatz nicht weiter solle geltend machen dürfen, wenn er dies nicht innerhalb einer gewissen Frist dem Gegentheil angezeigt habe, oder daß er, wenn er nach dem Ablaufe der Lieferungszeit die Erfüllung vom Verkäufer noch vergeblich zu erlangen versuchte, nunmehr den Schadenanspruch nicht mehr solle geltend machen dürfen. In der That wäre auch zu einer solchen Bestimmung eine genügende Veranlassung kaum vorhanden gewesen, indem zwar die dem Käufer in Betreff des Anspruchs auf Erfüllung auferlegte Beschränkung auf der Absicht beruht, dem Nichtsäumigen nicht allzugroße Vortheile auf Kosten des Säumigen zu gewähren, insbesondere demselben nicht die Möglichkeit zu gewähren, auf die Gefahr des Letzteren

hin noch über die Lieferungszeit hinaus mit dem Lieferungsgegenstande zu speculiren,

Luz, Protocolle Th. III, S. 1412.

wogegen die Gleichheit der beiderseitigen Rechte offenbar beeinträchtigt worden sein würde, wenn man dem Käufer, welcher dem säumigen Verkäufer die reelle Erfüllung noch nachträglich gestattete, dieselbe aber nicht zu erlangen vermochte, die sofortige Geltendmachung seines Anspruchs auf Schadenersatz im Rechtswege hätte versagen wollen. Nun hat zwar die vorige Instanz die Abweisung der auf die Preisdifferenz gerichteten Klage darauf gestützt, daß die vom Kläger nach seinem Anführen nach Ablaufe der Lieferungszeit an den Beklagten gerichtete Aufforderung zur Vertragserfüllung eine Ausübung des ihm zugestandenen Wahlrechts enthalte und er nach gemeinrechtlichen Grundsätzen von der einmal getroffenen Wahl nicht wieder zurückgehen könne, allein eines Theils ist die Richtigkeit dieses Grundsatzes keineswegs unbestritten und würde sich fragen, ob nicht vielmehr dem Gläubiger in derartigen Fällen das Wahlrecht bis zur Litiscontestation zustehe;

von Bangerow, Lehrbuch der Pandecten Bd. III, § 569, S. 19 flg.

Siebenhaar, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. II, S. 33.

andern Theils ist diese Aufforderung vom Kläger keineswegs unverzüglich, sondern erst unter dem 25. Febr. 1864, also beinahe zwei Monate nach Ablauf der Lieferungszeit an den Beklagten gerichtet worden, zu einem Zeitpunkte, wo er nach Art. 357 Abs. 1 des A.D.H.G.B.'s des Rechtes, die nachträgliche Leistung der Lieferung zu verlangen, bereits verlustig gegangen war. Es mußte daher schon aus diesem Grunde bedenklich fallen, jene der rechtlichen Begründung entbehrende Aufforderung als die Ausübung eines insoweit gar nicht mehr existent gewesenen Wahlrechts anzusehen und derselben die Wirkung beizulegen, daß, obschon der Beklagte ihr nicht Folge geleistet und seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, doch nunmehr das Klagrecht des Klägers auf Schadenersatz dadurch ausgeschlossen worden sei, zumal diesem solchenfalls, wie die vorige Instanz selbst nicht verkennet, die Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem geklagten Vertrage zum Mindesten wesentlich erschwert werden würde.

32.

Fixirung des Präsentationstages bei einem auf bestimmte Zeit nach Sicht gestellten ohne Datum acceptirten Wechsels nach dem Termine einer an sich intempfestiven Klagerhebung. — A. D. W. D. Art. 20.

II. Sen. = Erf. v. 27. Oct. 1865. no. 598/592.

Von der vorigen Instanz ist das Suchen Klägers, insoweit es auf Bezahlung der in dem obenerwähnten Wechsel unter C. verschriebenen Summe von 1000 Thalern c. a. gerichtet, in der angebrachten Maße abgewiesen und dieser Ausspruch vornehmlich darauf gestützt worden, daß jener Wechsel, da er auf eine bestimmte Frist (einen Monat) nach Sicht laute, den Beklagten in der im Art. 91 der A. D. W. D. vorgezeichneten Modalität anderweit zur Zahlung vorzulegen und nur erst, wenn diese anderweite Präsentation erfolglos geblieben, zu Anstellung einer auf Zahlung gerichteten Klage zu verschreiten gewesen wäre, diesen Desideren auch durch Dasjenige, was von dem Kläger bei dem Prozeßgericht beantragt und hierauf von diesem in Expedition gesetzt worden sei, nicht habe Abhilfe geleistet werden können.

Nun hat jedoch der fragliche Wechsel, wie aus der auf demselben befindlichen Acceptationserklärung erhellt, den Bezogenen dem verklagten Handelshause, bereits zur Annahme vorgelegen und wenn schon der gedachte Accept kein Datum enthält und daher ein Anhalten zur Fixirung der Verfallzeit nicht gewährt, so bedarf es doch, um diese Lücke zu ergänzen, nach der Ansicht der gegenwärtigen Instanz nicht erst einer anderweiten in Gemäßheit des oben angezogenen Artikels zu veranstaltenden förmlichen Präsentation des Wechsels, vielmehr ist es, da von dem im Art. 44 als Regel aufgestellten Grundsatz, wornach die durch den Accept begründete Wechselverbindlichkeit eine unbedingte, nicht von der Beobachtung gewisser wechselrechtlicher Solemnitäten abhängige ist, die auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lautenden Wechsel zufolge Art. 20 keine Ausnahme machen, vollkommen zureichend, wenn nur überhaupt auf eine dem Urkundenprozeße entsprechende Weise der Tag, von welchem ab die in dem Wechsel vorgezeichnete einmonatige Frist zu

laufen angefangen habe, beigebracht wird. Mag daher auch die auf den Antrag des Klägers behufs der Feststellung des Verfalltages von dem Prozeßgericht am 1. Juni 1865 vorgenommene Vorlegung des Wechsels an die Beklagten an einem andern als an dem in Art. 91 bezeichneten Orte, nämlich an Gerichtsstelle erfolgt sein, so läßt sich doch hieraus kein Grund entnehmen, welcher der Beachtlichkeit des solchergestalt auf den 1. Juni 1865 festgestellten Anfangspunktes der in dem Wechsel vorgezeichneten Frist entgegenstände. Nur konnte in zu Recht bestehender Weise nicht schon an diesem Tage (wie gleichwohl geschehen) das vorschriftmäßige Wechselverhör abgehalten, vielmehr mußte zuvor erst der Ablauf jener Frist abgewartet werden. Denn erst mit dem Eintritt der Fälligkeit des Wechsels kommt der Wechselschuldner in die Lage, vollständig übersehen zu können, ob und welche seine Wechselverbindlichkeit etwa wiederaufhebende oder solche beschränkende Rechtsgründe ihm zur Seite stehen und somit kann auch an denselben ohne Schmälerung des ihm zustehenden Vertheidigungsrechtes nur erst in einem auf die Zeit nach Verfall des Wechsels angeetzten Wechselverhör die in § 39 des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselprozeß vom 7. Juni 1849 im Betreff der Vorschütung der Einreden vorgeschriebene peremptorische Aufforderung mit rechtlicher Wirkung gerichtet werden. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, kann daher nach dermaliger Sachlage die angestellte Klage insoweit ihr der Wechsel unter C. zur Stütze dient, allerdings nur als eine Klage auf Anerkennung eines erst künftig geltend zu machenden Rechts angesehen und, da eine derartige Klage, wie bereits von der vorigen Instanz gezeigt worden, im Wechselprozesse unstatthaft ist, nicht aufrecht erhalten werden.

33.

„Angabe des Kalendertages“ in Art. 88 no. 4 der
A D W O.

II. Sen. = Erf. v. 20. Oct. 1865. no. 590/579.

Die Behauptung der Beklagten, daß die Protesturkunde B insofern formwidrig abgefaßt sei, als darin nicht angegeben zu befinden, daß der 1. September 1862 — der Tag, an welchen jener Urkunde zufolge der der Klage zu Grunde gelegte Wechsel dem Domiciliaten zur Zahlung vorge-

legt worden — auf einen Werktag gefallen sei, erscheint als völlig grundlos. Denn abgesehen davon, daß die in dem nur angezogenen Documente enthaltene Zeitangabe bei einer Vergleichung derselben mit dem einschlagenden Kalender ein ausreichendes Mittel zur Beantwortung der Frage, ob die Bornahme obgedachter Handlung an einem Wochentage im engeren Sinne dieses Wortes stattgefunden habe, oder nicht, an die Hand giebt und die Beklagten zufolge Bl. selbst nicht in Zweifel ziehen, daß der 1. September 1862 nicht auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, sondern auf einen Werktag, einen Montag gefallen sei, so kann auch unter dem in Art. 88 no. 4 der A D W O. gebrauchten Ausdrucke: „Angabe des Kalendertags“ nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht füglich etwas Anderes als die Bezeichnung des Tages, um den es sich im concreten Falle handelt, nach der Zahl, unter welcher dieser Tag als Monatstag im Kalender aufgeführt ist, verstanden werden.

34.

Ueber den Ort der Protestaufnahme 2c. — A D W O.

Art. 91.

II. Sen -Erf. v. 15. Aug. 1865. no. 329/391.

Den beiden vorigen Instanzen war unbedenklich darin beizutreten, daß der von den Beklagten versuchte Einwand, die der Klage zu Grunde liegende Protesturkunde leide insofern an einem Mangel, als darin weder obrigkeitlich noch notariell beglaubigt sei, daß der Acceptant D. A. kein Geschäftslocal habe, als ein unerheblicher bezeichnet werden muß. Die Frage nämlich, an welchem Orte in einem gegebenen Falle bei nicht erlangter Zahlung bei Verlust des Regresses Protest erhoben werden müsse, — ob in der Wohnung des Wechselschuldners, oder in dessen Geschäftslocale? — erlangt, wie Beklagte gänzlich übersehen zu haben scheinen, überhaupt nur in dem Falle, wenn der Wechselschuldner persönlich vergebens aufgesucht worden ist und dieserhalb ebensowenig Zahlung wie eine sonstige Erklärung von demselben hat erlangt werden können, ihre Bedeutung. Ist dagegen der zur Zahlung Verpflichtete, wie dies besage des Protestes der Fall gewesen, an dem Zahlungsorte in dem Locale, wo er aufgesucht ward, persönlich angetroffen worden, so daß ihm daselbst der Wechsel, so wie geschehen, hat vorgelegt werden

können, so muß bei nicht bewirkter Zahlung diese Thatsache allein schon um so gewisser ausreichen, als der Zweck des Protestes kein anderer ist, als urkundlich nachzuweisen, daß die Zahlung von dem Schuldner ohne Erfolg gefordert worden sei, dieser Zweck aber auch dann erreicht wird, wenn der Schuldner an einem andern Orte, als in seinem eigentlichen Geschäftslocale, die Zahlung ablehnt.

Borchardt, die Allgemeine Deutsche Wechselordnung zu Art. 91, Zusatz 628 und not. 502, S. 421, 4. Ausg.

Ueberhaupt aber hat Der, welcher von einer Person eine wechselfähige Leistung verlangt, dieselbe zunächst in ihrer Wohnung aufzusuchen und diese Regel erleidet nur in dem Falle eine Ausnahme im Sinne des § 91 der ADWO., wenn bekannt oder doch wenigstens vorauszusetzen ist, daß die betreffende Person ein von ihrer Wohnung getrenntes Geschäftslocal besitzt.

Brauer, die Allgemeine Deutsche Wechselordnung zu § 91, Bemerk. 1, S. 147.

Wie nun aber, daß der obengenannte Acceptant N. neben der im Wechsel selbst seinem Namen beigefügten Wohnung in B. „Michaeliskirchstraße Nr. 11“ allwo, wie gedacht, er persönlich auch angetroffen und der Protest erhoben worden ist, noch ein besonderes Geschäftslocal habe, weder präsumirt werden kann, noch auch von dem Beklagten selbst behauptet worden ist, so würde auch, selbst wenn dieses der Fall und N. in seiner bezeichneten Wohnung nicht, wie gedacht, angetroffen worden wäre, die letztere immer als der Ort, wo der Wechselprotest zu erfolgen hatte, haben gelten müssen, weil durch den, wie gedacht, der Adresse desselben auf dem Wechsel hinzugefügten Zusatz dieser Ort nach dem hierdurch ausdrücklich erklärten Willen der Interessenten als derjenige, wo die Zahlung erfolgen sollte — als vereinbarte Zahlstelle — bezeichnet worden ist.

Borchardt a. a. O., Zusatz 633 und 635, S. 424 flg.

Dort und nirgends anders mußte daher Zahlung von dem Kläger gesucht und eintretenden Falles protestirt werden und es würde deshalb sich fragen lassen, ob, dafern N. daselbst nicht anzutreffen gewesen, die Protestaufnahme an einem andern Orte überhaupt zulässig gewesen sein würde.

Civilprozeß und Concurß.

29.

Die Bestimmung in Art. 449 der Strafprozeßordnung vom 11. Aug. 1855, das Präjudiz der Beurtheilung in der Criminalsache für die Civilklage auf Entschädigung zc. betreffend kann nicht auf Fälle angewendet werden, wo die Untersuchung nach anderen Grundsätzen als denen der StPD. geführt ist. — Kann das neue Gesetz als Willensäußerung des Gesetzgebers für Abänderung der früheren Spruchpraxis maßgebend werden? — BGB. § 1483 flg. *)

II. Sen.-Erk. v. 18. Mai 1865. no. 216/240.

Die Klägerin meint, die frühere Praxis, daß die Untersuchungsacten und die Entscheidung des Untersuchungsrichters dem Verletzten bei der Ausführung seiner civilrechtlichen Ansprüche gegen den Angeeschuldigten von der Verbindlichkeit zur förmlichen Beweisführung, wenigstens im ordentlichen Prozesse, nicht befreie, beruhe nur auf einer Rechtsansicht, welche die Spruchbehörden auch ohne Dazwischenkunft einer gesetzlichen Bestimmung aufzugeben berechtigt gewesen seien; aus diesem Grunde müsse auch die Bestimmung in Art. 449 der StPD. vom 11. August 1855 als ein allgemeiner civilprozeßrechtlicher Grundsatz angesehen werden, welcher bei Gelegenheit dieses neuen Gesetzes aber nicht bedingt durch dasselbe ausgesprochen worden sei. Die Richtigkeit der Prämisse kann insofern zugegeben werden, als die Frage, welcher Einfluß den Ergebnissen der Untersuchung und dem Inhalte eines Straferkenntnisses auf die Beweispflicht des Beschädigten bei der Ausführung seiner Ersatz- oder Entschädigungsansprüche im Civilprozeße beizulegen sei, bis zu dem Erscheinen der Strafprozeßordnung vom 11. August 1855 eine durch kein speciellcs Gesetz entschiedene Streitfrage war, welche sich die sächs. Spruchbehörden nach allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen zu beantworten hatten. Die Praxis,

*) Man vergl. die Vorbemerkung zu dem betr. Abschnitte in Siebenhaar's Commentar zc. Bd. II, S. 347.

welche sich auf diese Weise gebildet, beruht also allerdings auf der Gleichförmigkeit der Ansichten, welche die Spruchbehörden bei der Entscheidung dieser Controverse befolgt haben. Nicht also, wie mit der Prämisse, verhält es sich mit der Richtigkeit der von der Klägerin darauf gegründeten Schlussfolgerung. Der Gesetzgeber konnte sich aus legislativen Gründen bewogen finden, eine von der bisherigen Praxis abweichende Entscheidung der gedachten Streitfrage im Wege des Gesetzes zu ertheilen, er hätte aber aus denselben Rücksichten auch ein bereits bestehendes mit der Ansicht der Praxis conformes Gesetz aufheben oder abändern können, es führt also die Erwägung, daß die früher bestandene Spruchpraxis nicht auf einem speciellen Gesetze, sondern auf einer Rechtsansicht beruhte, nicht zu der Annahme, daß durch den angezogenen Artikel der StPD. ein im Sinne der Klägerin allgemeiner prozeßrechtlicher Grundsatz habe ausgesprochen werden sollen. Es kommt vielmehr darauf an, ob aus dem Inhalt des fraglichen Artikels, aus dem Verhältnisse, in welchem derselbe zu dem Gesetze in seiner Gesamtheit steht und aus den Motiven des Gesetzgebers der Wille des Letzteren, eine solche allgemeine Regel zu geben, und dadurch zugleich eine bisher wenigstens in der Theorie noch bestandene Streitfrage auch im Wege der Gesetzgebung zu entscheiden, erkennbar sei. Dieß ist aber auch nach dem Dafürhalten der gegenwärtigen Instanz nicht der Fall. Zuvörderst nämlich ist zu erwägen, daß Gesetze, welche dazu bestimmt sind, besondere Verhältnisse und Rechtsmaterien zu ordnen, in der Regel nur solche Bestimmungen enthalten sollen, welche sich unmittelbar auf den eigentlichen Zweck und Vorwurf des Gesetzes beziehen. Die StPD. vom 11. Aug. 1855, zufolge deren das Verfahren in Strafsachen eine wesentliche und principielle Umgestaltung erfahren hat, enthält in dessen Folge eine vollständige und systematische Zusammenstellung der Vorschriften, welche künftighin beim Strafverfahren gelten sollen, es lag also an sich außer ihrem Zwecke, sich auf die Entscheidung solcher Streitfragen einzulassen, welche dem Civilprozeße angehören und unter die Lehre von der Beweispflicht und der Beweisführung im Civilprozeße fallen. Wenn gleichwohl der in das System der StPD. mit aufgenommene Art. 449 einige Bestimmungen enthält, welche die obige Frage direct berühren, so erklärt sich dies durch den mittelbaren Zusammenhang, welcher

zwischen den strafrechtlichen und civilrechtlichen Folgen des Verbrechens besteht, und die Vorschriften, welche mit Rücksicht auf diesen innern Zusammenhang die StPD. Abth. VII, § 434 flg. über den Anschluß des Beschädigten an das Strafverfahren enthält. In diesem Theile der StPD. hat der Art. 449 seine Stelle gefunden und wenn man auch dabei noch über die Grenzen dieses Anschlußverfahrens hinausgegangen ist und im 3. Absatz dieses Artikels ausdrücklich ausgesprochen hat, daß es in Bezug auf die Geltung der im 1. und 2. Absatz erteilten Vorschriften keinen Unterschied machen soll, ob sich der Beschädigte dem Strafverfahren angeschlossen hat oder nicht, so kann dies immer noch nicht zu der Annahme führen, daß dieser § eine allgemeine, von den übrigen Bestimmungen der StPD. unabhängige civilprozeßrechtliche Regel bilde. Hätte dies in der Meinung des Gesetzgebers gelegen, so wäre es wie in andern Fällen z. B. § 33 des Gewerbegesetzes vom 15. October 1861, im Gesetze selbst ausdrücklich auszusprechen oder doch in der Publicationsverordnung anzuführen gewesen. Und daß in der That dem § 449 der StPD. diese allgemeine Bedeutung auch von den Factoren der Gesetzgebung nicht beigelegt, vielmehr davon ausgegangen worden ist, daß derselbe als integrirendes Glied der StPD. als eines einheitlichen Ganzen nur in den Fällen anzuwenden sei, wo die Untersuchung nach den Vorschriften der letzteren geführt werden müsse, läßt sich daraus erkennen, daß in § 12 flg. der Bl. angezogenen Verordnung diejenigen Bestimmungen der StPD., welche in den Schönburg'schen Receßherrschaften auch ohne gleichzeitige Einführung des neuen Strafverfahrens im Ganzen gelten sollten, speciell bezeichnet sind und hierbei der Art. 449 nicht mit aufgeführt wird. Das gleiche Verhältniß tritt nun auch in Bezug auf den wörtlich gleichlautenden § 409 der Milit.-StPD. ein, und es mag hierbei nur darauf noch verwiesen werden, daß diese wörtliche Wiederholung überflüssig und jedenfalls schon eine Bemerkung, daß es bei den Vorschriften des Art. 449 bewende, genügend gewesen sein würde, wenn man die Ansicht gehabt hätte, daß diese Vorschriften eine allgemeine Regel enthielten, bei der auf die Form des Strafverfahrens, auf welches sich die Entscheidung des Untersuchungsrichters gründe, etwas Wesentliches nicht ankomme.

Auch die Wortfassung des Art. 449 und § 409 gewährt, wie bereits in voriger Instanz bemerkt worden ist, keine Berechtigung zu der

Annahme, daß sich dieselben auch auf Entscheidungen beziehen sollten, welche nicht nach den Vorschriften der neuen StPD. eingeleitet und beziehentlich fortgestellt worden; denn es ist daselbst immer nur auf solche Erkenntnisse Bezug genommen worden, von denen in diesen Gesetzen die Rede ist. Dazu kommt aber auch noch, daß sowohl in der Verordnung vom 13. August 1855, wegen Publication der StPD., sub Nr. III—V, als nach der Verordnung wegen Publication der Milit.=StPD. 2c. vom 26. April 1862 §§ 3—5 ausdrücklich und ohne Ausnahme in Betreff einzelner Artikel oder Paragraphen bestimmt worden ist, daß diese neuen Gesetze mit dem hierzu bestimmten Tage in Kraft treten und nicht auf solche Untersuchungen angewendet werden sollen, in welchen vor diesem Tage ein Enderkenntniß bereits abgefaßt oder die Acten zur Einholung eines solchen versendet worden seien.

Hierzu allenthalben fehlte es auch nicht an geeigneten Motiven. Denn es läßt sich nicht behaupten, daß das frühere Verfahren in Untersuchungssachen dem Angeeschuldigten in Bezug auf die Erforschung materieller Wahrheit, insbesondere auch beim Indicienbeweise, größere und sicherere Garantien geboten habe als das gegenwärtige, im Gegentheil muß man voranstellen, daß das neue Verfahren an sich und nach der Ueberzeugung des Gesetzgebers ein zu diesem Zwecke geeigneteres sei, und daß es deshalb, auch selbst abgesehen von dem Falle eines Anschlußverfahrens um so unbedenklicher erschienen sei, der vom Untersuchungsrichter ertheilten Entscheidung einen maafgebenden Einfluß auf die Verfolgung der privatrechtlichen Ansprüche des Beschädigten vor dem Civilrichter einzuräumen.

Endlich gewähren auch die dem Art. 449 beigegebenen Motiven (vergl. Annalen IV, S. 434 flg.) kein Anhalten dafür, daß der Gesetzgeber die obige Streitfrage zu entscheiden beabsichtigt, oder daß derselbe die in der bisherigen Praxis befolgten Grundsätze gemißbilligt habe; es geht aus denselben gerade nur so viel hervor, daß man eine, mit der Reform des Strafverfahrens in Verbindung stehende neue gesetzliche Bestimmung treffen wollte, welche ohne den Rechten des Angeeschuldigten in materieller Hinsicht zu nahe zu treten, eines Theils dem Beschädigten die Verfolgung seiner privatrechtlichen Ansprüche erleichtern, anderntheils die allerdings nicht wünschenswerthe, nach der bisherigen Gesetzgebung

aber mögliche Collision zwischen den Entscheidungen der Criminal- und Civilgerichte beseitigen sollte.

Wie daher die Vorschriften des Art. 449 beziehentlich § 409 der neuen StPD. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind, weil die vor dem competenten Kriegsgerichte wider den Beklagten geführte Untersuchung vor der Publication der Milit.-StPD. bereits vollständig zu Ende geführt war, so hat Man auch keine Veranlassung gefunden, von der Ansicht abzugehen, welche früherhin in der sächsischen Praxis und namentlich auch von dem OAG. constant befolgt worden ist. Dies hätte nur geschehen können, wenn bei nochmaliger Prüfung dieselbe für unbegründet oder die dagegen erhobenen Bedenken für überwiegend anzuerkennen gewesen wären. Dies ist aber nicht der Fall, es erscheint vielmehr jene Ansicht als eine nach damaligen Verhältnissen vollkommen begründete.

Die Richtergewalt im Staate ist allerdings nur eine, aber die Ausübung derselben ist unter die verschiedenen Gerichtsbehörden des Landes dergestalt vertheilt, daß nicht bloß jeder Richter in dem ihm zugewiesenen Ressort selbstständig und unabhängig von dem andern zu handeln und zu entscheiden hat, sondern auch die Behandlung der Sachen nach verschiedenen Principien und in verschiedenen Formen zu erfolgen hat. Bei dieser Selbstständigkeit der einzelnen richterlichen Behörden, bei der principiellen Verschiedenheit, welche zwischen dem Civil- und Criminalprozeß besteht, konnte sich der im Civilprozeß erkennende Richter — so lange nicht eine Ausnahme von dieser Regel gesetzlich festgestellt worden — an die Auffassung des Untersuchungsrichters nicht für gebunden erachten und die auf formell anders gestalteten Unterlagen beruhende Entscheidung des letzteren konnte für den ersteren und für die Parteien selbst nicht die Bedeutung einer *res judicata* im civil- und prozeßrechtlichen Sinne gewinnen. Aus diesen allgemeinen Betrachtungen und mit Berücksichtigung der für die Beweislast und die Beweisführung im Civilprozeße bestehenden Vorschriften ergiebt sich von selbst, in welchem Verhältniß ohne eine solche Vorschrift, wie sie die neuere Strafprozeßgesetzgebung gebracht hat, die Ergebnisse einer, mit dem klagbar gemachten Privatanspruch connexen Untersuchung zu der Verfolgung dieses Anspruchs im Wege des Civilprozesses stehen müssen. Die Ergebnisse der Untersuchung, wie sich dieselben in den Untersuchungs-

acten darstellen, haben alsdann nur die Eigenschaft eines Beweisgrundes für die Wahrheit der Thatfachen, deren Beweis der betreffenden Partei im Civilprozeß obliegen würde; über die Tragweite dieses Beweisgrundes hat sich der Civilrichter, unter Berücksichtigung des Einflusses, den formelle Abweichungen in der Beweisaufnahme etwa äußern können, selbstständig zu fassen. Die Untersuchungsacten dagegen bilden das Beweismittel, durch welches die factischen Ergebnisse der Untersuchung nachgewiesen werden, sie fallen daher unter den allgemeinen Begriff der Beweisurkunden, auf welche der erkennende Richter im Civilprozeße, nur wenn sie formrichtig und rechtzeitig benutzt worden sind, Rücksicht nehmen kann. Im Ordinarprozeße ist bekanntlich die förmliche Beweisführung einem besonderen Stadium des Prozeßes zugewiesen; die formale Benutzung der vorhandenen Beweismittel hat regelmäßig erst in diesem Stadium zu geschehen und der Richter soll erst in der Definitivsentenz und nachdem auch der Gegenpartei die Füglichkeit, ihre Rechte im Gegenbeweise wahrzunehmen, geboten gewesen, auf den Inhalt und die materielle Beweisraft der durch die formrichtige Benutzung der Beweismittel erlangten Beweisgründe näher eingehen. Die Härte, welche man in der Nothwendigkeit der nochmaligen Beweisführung gefunden hat, und die Unzuträglichkeit einer etwaigen Collision der Entscheidungen kann den erkennenden Richter zu einer andern, als der den Prozeßgesetzen entsprechenden Beurtheilung nicht bestimmen, wenn sich auch, wie bemerkt, der Gesetzgeber bei der Reform des Strafverfahrens und mit Rücksicht auf diese bewogen finden durfte, eine diesen Uebelständen abhelfende gesetzliche Vorschrift für die Zukunft zu ertheilen. Im Uebrigen ist aber auch jene vermeintliche Härte in der That nicht in dem Maße vorhanden, wie man dieselbe zu schildern versucht hat. Denn, wie das OAG. in ähnlichen Fällen schon früher

Wochenblatt für merkwl. Rechtsf., 1859, S. 207 flg.

ausgesprochen hat, bleibt es dem Beschädigten unbenommen, sich unter formrichtiger Benutzung der Untersuchungsacten auf die letzteren bei seinem Beweise zu beziehen und selbst dann, wenn eben nur ein solches wiederholtes Vorführen des Untersuchungsmaterials, ohne eine den Civilprozeßgesetzen entsprechende nochmalige Abhörnung von Zeugen und Sachverständigen oder Production von Privaturkunden — welche Maaßregeln indeß aus Vorsicht immerhin sehr rathsam und anzuempfehlen

sind — stattgefunden haben sollte, beruht es auf der pflichtgemäßen Erwägung des erkennenden Richters, welche Tragweite er nach Lage der Sache dem Untersuchungsmaterial für den Zweck des Beweises im Civilprozeße namentlich dann beilegen will, wenn ein Gegenbeweis gar nicht oder ohne Erfolg unternommen worden ist.

30.

Einholung eines Superarbitrium Seiten des Richters
beim Beweise durch Sachverständige.

II. Sen.-Erf. v. 5. Oct. 1865. no. 566,540.

Die Bedenken des Beklagten gegen die formelle Statthaftigkeit der Einholung eines Superarbitrium sind nicht begründet. Die sächsischen Prozeßgesetze enthalten, wenn man von den für die Behandlung ganz geringer Civilansprüche in § 29 des angezogenen Gesetzes vom 16. Mai 1839 ertheilten Vorschriften absieht, gar keine speciellen Bestimmungen über den Beweis durch Sachverständige und insbesondere die Frage, wie der Richter, welcher nicht selbst als Sachverständiger und consequenter Weise noch weniger als Schiedsrichter unter den Sachverständigen selbst auftreten soll, bei einer Collision der von verschiedenen Experten abgegebenen Gutachten sich zu verhalten habe. Bei wirklichen Gutachten (qualitativen Bestimmungen), bei denen sich (im Gegensatze zu bloßen Werthschätzungen quantitativen Bestimmungen) immer entschiedene Alternativen entgegenstehen, wird im Falle einer Meinungsverschiedenheit unter den Experten selbst, welche sich auf die nach den besondern Regeln ihrer Kunst oder Wissenschaft zu beantwortenden Fragen bezieht, in der Regel der übereinstimmende Ausspruch einer Mehrheit von Sachverständigen vom Richter zu befolgen sein,

Annalen VII, S. 268.

bei eingetretener Stimmengleichheit aber, welche sich füglich nur in dem Falle herausstellen kann, wenn die Zahl der von den Parteien erwählten Sachverständigen nicht gehörig vertheilt oder die Bestellung eines Obmannes unterblieben ist, kann sich der erkennende Richter wohl in der Lage befinden, nach Analogie der in der Erl.-Proz.-Ordn. §§ 1 und 2 ad Tit. XXVIII anzutreffenden Bestimmungen ein Superarbitrium

zur Aufklärung und Vervollständigung seines eigenen Urtheils einzuholen. Das gleiche Befugniß steht ihm aber auch dann zu, wenn er der Beihilfe eines Sachverständigen zum richtigen Verständnisse der ihm vorgetragenen Gutachten insbesondere auch zur richtigen Erkenntniß der Punkte, in welchen diese Gutachten von einander abweichen, bedarf. Schon von diesem Standpunkte aus war im vorliegenden Falle die Einholung des Superarbitrium vollkommen und um so mehr gerechtfertigt, als in Betreff der Gattung und Beschaffenheit der Krankheit, mit welcher die streitige Kuh beim Abschlusse des Kaufs behaftet gewesen sein soll, die Ansichten der von Beklagtem denominirten Sachverständigen gerade von dem Ausspruche desjenigen Experten abweichen, welcher die Kuh kurz nach dem Handel nicht bloß gesehen, sondern auch ärztlich behandelt hat. Dazu kommt, daß der Beklagte, dessen Gegenbeweis sich in dieser Beziehung im Wesentlichen auf eine anderweitige Befragung Sachverständiger über die schon beim Beweise und anläßlich der zu diesem überreichten Fragepunkte begutachteten Umstände beschränkt, durch den Wechsel in der Person des einen der von ihm benutzten Sachverständigen in Betreff der hauptsächlich, der ärztlichen Beurtheilung unterliegenden Fragen eine personelle Mehrzahl der Stimmen erlangt hat, und daß die Rechtsungleichheit, welche in Folge dieser Veränderung entstanden ist, am Schicklichsten durch die, überdieß schon in der Verordnung Bl. in Mangel der Bestellung eines Obmanns vorbehaltene Einholung eines Superarbitriums auszugleichen war.

31.

Der Lauf der Nothfristen für das Hauptverfahren hängt nicht von Ausantwortung erbetener Abschriften von Zeugenabhörungsprotocollen ab. — Zu § 22 der Prozeßnovelle vom 30. December 1861 und § 12 der Ausf.-Verordn. dazu.

II. Sen. = Erf. vom 6. Oct. 1865. no. 458/545.

Das OAG. pflichtet der in den vorigen Entscheidungsgründen (AG. Zwickau) entwickelten Ansicht bei, daß die Ausantwortung der von einer Partei nach Anberaumung des Termins zum Antritt des

Hauptverfahrens verlangten Abschriften der Zeugenabhörungsprotocolle, eine essentielle Voraussetzung, von welcher der Lauf des Hauptverfahrens abhinge, nicht bildet. Denn wenn auch in § 12 der Verordnung zu Ausführung des Gesetzes vom 30. December 1861, die Abfürzung und Vereinfachung des bürgerlichen Proceßverfahrens betr. vom 30. December 1861 angeordnet worden ist, daß Abschriften der Protocolle über die Zeugenabhörung den Parteien auf Verlangen zu jeder Zeit, auch schon vor dem Termin zur Antretung des Hauptverfahrens, mit möglichster Beschleunigung auszuantworten seien, so ist doch damit nicht zugleich ausgesprochen, daß die Absetzung des Hauptverfahrens, zu dessen Antretung nach § 22 des angezogenen Gesetzes ein Termin anzuberaumen ist, nicht eher stattfinden habe, als bis den Parteien die verlangten Abschriften ausgeantwortet seien. Vielmehr ist in § 12 der allegirten Ausführungsverordnung ausdrücklich bestimmt, daß die Nothfrist für die Salvationschrift mit dem auf den Termin zur Antretung des Hauptverfahrens folgenden Tage, die Nothfrist für die Exceptionschrift aber mit dem ersten Tage nach dem Ablaufe der für die Salvationschrift angeordneten Frist beginne. Hiernach hat jede Partei die ihr verstattete Schrift unbedingt innerhalb der festgesetzten Nothfrist einzubringen und wie es ihr gegen das Versäumniß an letzterer nicht zur Entschuldigung gereicht, daß sie von dem Proceßgericht die begehrten Abschriften der Zeugenabhörungsprotocolle gar nicht oder nicht rechtzeitig erhalten habe, es vielmehr solchenfalls ihre Sache ist, das zu Bearbeitung des Hauptverfahrens aus den erwähnten Protocollen zu entnehmende Material durch Einsicht der Originalprotocolle sich zu verschaffen, so kann sie auch nicht verlangen, daß für den Fall der verzögerten Ausantwortung der gedachten Abschriften die Abfassung der Definitivsentenz trotz des Ablaufs der zum Hauptverfahren geordneten Nothfristen ausgesetzt werde.

32.

Das den Ehefrauen in der Dec. IV von 1661 ertheilte prozessuale beneficium restitutionis in integrum ist nicht auf Fälle des Versäumnisses beziehentlich der in § 55 des

Execut. = Ges. vom 28. Februar 1838 geordneten Frist aus-
zudehnen.

II. Sen.-Erf. v. 20. Oct. 1865. no. 476/455.

Die Entscheidung über die Versäumnißfrage hängt lediglich davon ab, ob der Intervenientin auf Grund der Dec. IV von 1661 die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auf welche sie sich berufen hat, zuzubilligen sei. Dies ist aber in jetziger Instanz zu verneinen gewesen.

Die angezogene Decision handelt dem Wortlaute nach nur von dem Versäumnisse der Ehefrau an der ihr zur Beweisung ihres Einbringens bestimmten Frist, betrifft mithin den Fall der repetitio dotis, in welchen die Ehefrau der Regel nach nur dem Ehemanne oder dessen Erben beziehentlich seinen Concursgläubigern gegenüber kommen kann.

Zwar hat ein constanter Gerichtsbrauch im Hinblick auf die in dem Gesetze ausgesprochene Motive der diesfalligen Begünstigung der Ehefrau ihre Gleichstellung mit den Minderjährigen und Communen — die Begünstigung bekanntlich auch auf andere Versäumnisse, als die der Beweisfrist, ausgedehnt. Allein eine durchgängige Gleichstellung der Ehefrauen mit den Unmündigen, die allerdings im Sinne der Verfasser der Consultationen gelegen zu haben scheint, hat, wie von Gottschalk sel. disc. for. cap. tom. I. no. XXII. p. 227 sq. gezeigt worden ist, in den Sächsischen Gesetzen keinen Eingang gefunden, sie liegt auch unbezweifelt nicht im Geiste der vorgedachten Dec. IV., die sicher nicht auf den speciellen Fall der Versäumniß am Beweise des Einbringens sich beschränkt haben würde, wenn sie wirklich davon ausgegangen wäre, daß die Eheweiber in allen Versäumnißfällen gleich den Unmündigen zu behandeln seien. In einem Falle der vorliegenden Art fehlt nun aber zu der Anwendung der Decision gerade die wesentliche Bedingung, das Verhältniß der Ehefrau bei der repetitio dotis. Die Interventionsklägerin fordert hier gar nicht die dem verklagten Ehemanne ein und zugebrachten Gegenstände zurück, die vielmehr den gesetzlichen Rechten des Letzteren, das vollständige Gelingen der Reclamation vorausgesetzt, nach wie vor unterworfen bleiben, da weder behauptet, noch aus den einschlagenden Umständen ohne Weiteres zu folgern ist, daß die Lage der Sache von der Art sei, um die Klägerin zu der Zurückforderung der dos

in bestehender Ehe berechtigen zu können, — eine Frage, über welche ohnehin nicht ohne rechtliches Gehör des bei dem jetzigen Interventionsstreite unbetheiligt gebliebenen Ehemannes entschieden werden dürfte. Klägerin beabsichtigt nur, den Angriffen eines Gläubigers des Ehemannes die ihr angeblich eigenthümlich zugehörigen Gegenstände in gleicher Weise, wie jeder Dritte, dessen Sachen in der Detention des ausgepfändeten Schuldners betroffen und mit Beschlag belegt worden sind, zu entziehen und der zufällige Umstand, daß diese Gegenstände von ihr dem Beklagten ein- und zugebracht worden sind, vermag in ihrer Rechtslage so wenig etwas zu ändern, daß letztere offenbar ganz dieselbe bleiben würde, wenn auch jene Gegenstände zu dem, den ehemännlichen Rechten des Beklagten ganz entzogenen Sondervermögen der Ehefrau gehören sollten. Daß die Ehefrau, eben weil sie ihr Vermögen mit Ausnahme des Receptzienguts der Innehabung des Ehemannes überlassen muß, der Gefahr einer Collision mit dessen Gläubigern gerade besonders ausgesetzt bleibt, ist zwar richtig, jedoch kein ausreichender Grund, sie günstiger zu stellen, als jeden Dritten, der gleich ihr genöthigt ist, innerhalb der gesetzlichen Frist von erlangter Kenntniß der erfolgten Beschlagnahme an die zur Sicherung seines Eigenthums erforderlichen Schritte zu thun, wenn er sich gegen den Verlust seiner Rechte durch die Execution schützen will.

Die von Gottschalk l. l. p. 231 angeführten älteren Präjudicien weisen übrigens nur nach, daß der Gerichtsbrauch das *beneficium restitutionis in integrum* gegen Versäumnisse der *uxor dotem vel parapherna repetens*, wenn schon nicht bloß im Prozesse mit dem Ehemanne, doch auch nur dessen Concurse gegenüber, mithin in solchen Fällen zugestanden habe, in welchen die Ehefrau wirklich ihr Einbringen als solches zurückfordert. Eben so verhält es sich mit den von der ersten Instanz angezogenen Präjudizien neuerer Zeit. Ein Gerichtsbrauch, welcher die Vorschriften der Decision auch auf den in dem Gesetze vom 28. Febr. 1838 § 55 bestimmten Fall erstreckt hätte, ist aus ihnen nicht zu erweisen und eben so wenig dem OAG. sonst bekannt. Es würde dem auch die Erwägung theils des rechtlichen Charakters der Decision, die als Ausnahmebestimmung in keinem Falle über den erkennbaren Gegenstand und Zweck hinaus ausgedehnt werden darf, theils der Tendenz und des Geistes des Executionsgesetzes entgegenstehen, dessen auf

schnelle Rechtshülfe für den siegreichen Kläger und auf Beseitigung aller Hemmnisse eines schleunigen summarischen Verfahrens gerichtete Wirksamkeit offenbar wesentlich bedroht werden würde, wenn in den bekanntlich am häufigsten vorkommenden Fällen der § 55, bei Reclamationen der Ehefrauen ausgepfändeter Schuldner, durch die Zulassung des beneficium restitutionis in integrum wider alle diesfalls denkbaren Versäumnisse den kurzen Fristbestimmungen des Gesetzes und überhaupt dem vorgeschriebenen prompten Gange der Execution offenbar ein nicht geringes Hinderniß bereiten würde.

Civilrecht.

49.

Derjenige, auf dessen Namen ein Sparkassenbuch ausgefertigt ist, ist i. B. zur Vindication gegen den dritten Inhaber berechtigt. — Man vergl. BGB. § 295 flg. und § 1048.

II. Sen.-Erf. v. 12. October 1865. no. 532/562.

Wie das OAG. bereits früher

Annalen 2c. Bd. V. S. 51.

ausgesprochen, sind Sparkassenbücher als eigentliche Inhaberpapiere nicht zu betrachten und es ist daher derjenige, auf dessen Namen ein derartiges Buch ausgestellt worden, so lange als dessen Eigenthümer anzusehen, bis das Gegentheil nachgewiesen wird.

Deshalb erscheint auch derjenige, auf dessen Namen ein Sparkassenbuch von der Verwaltung der betreffenden Sparkasse ausgefertigt worden, berechtigt, Kraft seines Eigenthumsrechts an dem Buche das letztere von jedem dritten Besitzer zu vindiciren und will der Letztere behaupten, daß er seiner Seits Eigenthümer geworden sei, oder daß ihm sonst das Recht zustehe, die Herausgabe des Buchs zu verweigern, so hat er diejenigen thatsächlichen Momente, auf welche er seinen Anspruch auf das Buch gründen zu können vermeint, darzulegen und auszuführen.

Das nämliche vindicationsrecht steht aber selbstverständlich auch dem Universalerben Desjenigen zu, auf dessen Namen das betreffende Sparkassenbuch ausgestellt wurde.

50.

Die exceptio rei venditae et traditae, beziehentlich doli kann analog auch der Negatorienklage gegenüber zum Schutze einer Servitut geltend gemacht werden. —

BGB. § 321 flg. 568.

II. Sen.-Erk. v. 8. Septbr. 1865. no. 491/477.

Mit der Bl. zu lesenden Negatorienklage bezweckt Kläger als Eigenthümer der sogen. Clausmühle und der dazu gehörigen Parzellen Nr. 129. 130. 131. 134 und 135 des Flurbezirks D. Schutz in der Freiheit seines Eigenthums gegen die Störungen des Beklagten, welcher als Besitzer des das Kloster genannten Vorwerks sich des Rechtes angemast haben soll, auf einem über die vorgedachten Parzellen führenden Privatwege mit Wagen und Geschirren zu fahren und sein Vieh darüber zu treiben.

Die ihm schuldgegebene Anmaßung des vorbezeichneten Rechts und im Wesentlichen auch die als Turbativact bezeichnete Ausübung desselben hat Beklagter eingeräumt, daneben jedoch zu Ablehnung des erhobenen Anspruchs excipiendo behauptet, daß

1) er die beanspruchte Wegegerechtigkeit vermöge onerosen Vertrags und Uebergabe erworben habe und

2) daß Kläger durch Ablehnung der Erfüllung dieses Vertrags hinterlistig handeln würde, mithin keinen Anspruch auf Rechtsschutz habe.

Wie die Bl. gegebene weitläufige Darstellung der Verhandlungen ergibt, welche über die Erwerbung des sogen. Klostervorwerks Seiten des Beklagten zwischen diesem und dem damaligen Eigenthümer des Ersteren, K., angeblich im Monat April 1856 gepflogen worden sind — und zwar unter Concurrrenz des jetzigen Klägers, welcher schon vorher mit K.'n einen Kaufcontract über besagtes Vorwerk um den Preis von 6700 Thlr. abgeschlossen gehabt hat — soll Kläger sein Kaufrecht auf das Klostergrundstück für 7300 Thlr. an den Beklagten abgetreten und ihm mit Rücksicht auf ein von demselben geäußertes Bedenken, daß er nur kaufen könne, wenn ihm, dem Beklagten, auf die obere, von der

Buschmühle aus jenseits der Clausmühle liegende Hälfte des Grundstücks vom Besitzer der Letzteren ein Weg über die dazwischen liegenden Grundstücke eingeräumt werde, zugleich versprochen haben, ihm zu verschaffen, daß Beklagter und seine Nachbesitzer, so lange sie auf der oberen Hälfte des Klosters kein Gebäude zur Bewirthschaftung desselben bauen und haben würden, auf die obere Hälfte des Klosters denselben Weg zum Gehen, Fahren und Viehtreiben, welchen der Vorbesitzer des Klosters, S., gegen Revers benutzt habe, in der Bl. näher beschriebenen Maße haben sollten. Die betreffenden Verträge sind, nach Beklagters weiterem Anführen, in dieser Maße am 26. April beziehentlich im Monat Juni 1856 vollzogen worden, da aber Kläger damals nicht Eigenthümer der Clausmühle gewesen, welche vielmehr der zu jener Zeit noch minderjährigen Ehefrau desselben gehört, hat Kläger vorläufig in seiner Eigenschaft als ehelicher Administrator der Clausmühle den Vertrag über die Wegeservitut mit dem Beklagten abgeschlossen und demselben versprochen, die Genehmigung der Ehefrau, sobald sie volljährig sein werde, nachzubringen und zu verschaffen. Den Kaufpreis, von welchem Kläger selbst 300 Thlr. in Empfang genommen, will Beklagter vollständig bezahlt, das erkaufte Klostergrundstück Ende April 1856 in Besitz genommen, auch seitdem bis kurze Zeit vor der Klaganstellung die gedachte Servitut unter Klägers und seiner Ehefrau Augen frei und ungestört ausgeübt haben. Hierauf in Verbindung mit dem Umstande, daß Kläger durch einen mit seiner Ehefrau abgeschlossenen Kauf Nachbesitzer der Clausmühle geworden und noch sei, gründet Beklagter die Behauptung, daß Kläger die Servitut anerkennen müsse, die er zu verschaffen versprochen habe.

Die vorigen Instanzen haben diese Behauptung unbegründet befunden und zwar die erste Instanz aus dem Grunde, weil der Ehemann weder vermöge seines Nutznießungs- und Verwaltungsrechts noch Kraft mandati praesumpti befugt sei, onerose Verträge ohne Zustimmung der Ehefrau mit verbindlicher Wirkung in Bezug auf die Substanz ihres Vermögens abzuschließen, dadurch aber, daß der Ehemann später Nachbesitzer des Grundstückes geworden, der von Anfang an ungültige Vertrag nicht convalesciren könne. Die zweite Instanz dagegen hat die Entscheidung erster Instanz bestätigt, weil eine Dienstbarkeit an den jetzt dem Kläger gehörigen Grundstücken zum Besten der oberen Hälfte des dem Beklagten gehörigen sog. Klostergrundstücks noch nicht bestellt

sei, und Beklagter daher der gegen ihn erhobenen dinglichen Klage nicht ein ihm an den in Klägers Eigenthum sich befindenden Grundstücken zustehendes dingliches Recht entgegenzusetzen vermöge, ein Vertrag über die Verschaffung einer derartigen Dienstbarkeit aber den Beklagten nicht wider die vorliegende Klage schützen könne, sondern von ihm besonders auszuführen sei. In jetziger Instanz ist man zu einer abweichenden rechtlichen Auffassung gelangt.

Daß die Ansicht erster Instanz in der ausgesprochenen Allgemeinheit nicht richtig ist, und insbesondere in Bezug auf die von dem Ehe-
manne an sich ungültige Veräußerung des fundus dotalis eine Beschränkung dann erleidet, wenn der Ehemann später das Eigenthum des Letzteren erwirbt, hat schon Beklagter Bl. richtig ausgeführt. Die *exceptio rei venditae et traditae* des römischen Rechts findet gerade in den Fällen einer an sich unwirksamen Seiten des Nichteigenthümers unternommenen Veräußerung statt, wenn der Veräußernde das nachmals erworbene Eigenthumsrecht dazu benutzen will, die Ungültigkeit der Veräußerung gegen seinen Mitcontrahenten geltend zu machen und ihm die veräußerte und übergebene Sache mit der *rei vindicatio* wieder abzufordern:

l. 1. pr. l. 2 D. de exc. rei vend. et trad. (21, 3.)

die Veräußerung selbst bleibt allerdings nach strengem Rechte ungültig, allein es würde der *bona fides* des Vertrags widerstreiten, wenn man dem Veräußerer selbst gestatten wollte, daraus Nutzen zu ziehen und deshalb steht ihm die aus dem Veräußerungsvertrage entspringende *Exceptio* entgegen. Im gegenwärtigen Falle liegt allerdings keine *rei vindicatio*, sondern eine *actio negatoria* vor, auch handelt es sich nicht um Veräußerung einer körperlichen Sache, sondern eines der Uebergabe im eigentlichen Sinne nicht fähigen Rechtes, des dem Kläger aus dem Kaufvortrage mit K. erworbenen persönlichen Rechtes auf das Klostergrundstück sowie der in unmittelbare Verbindung damit von den Contrahenten angeblich gebrachten Dienstbarkeit deren gegen Gewährung des bedungenen Kaufpreises mit zugesagte Verschaffung nicht außerhalb der rechtlichen Natur des Veräußerungsvertrags liegt. Allein wenn man erwägt, daß die Negatorienklage zu Abwendung partieller Beschränkung des Eigenthums bestimmt ist, — eine Ansicht, die auch das BGB. § 321

Motiven zu § 332 — 335 des Entwurfs S. 683

theilt — daß ferner der Grund und Zweck der Exception in dem die gegenseitige bona fides der Contrahenten bedingenden Wesen des Vertrags, nicht in dem zufälligen Gegenstande desselben, der eben so gut in einer körperlichen als in einer unkörperlichen Sache, einem Rechte, bestehen kann, beruht, daß endlich die sogenannte quasi traditio des veräußerten Rechts, auf welche Beklagter sich ausdrücklich berufen hat, die Absicht des Verkäufers, den Vertrag als für ihn verbindend anzuerkennen, nicht weniger deutlich und bestimmt ausdrückt, als die traditio der verkauften res corporalis, so erscheint die exceptio rei venditae et traditae, mag sie auch ursprünglich nur zum Schutze des bonitarischen Eigenthums eingeführt und selbst nach der weiteren Ausbildung des späteren Rechts • bloß der rei vindicatio gegenüber aus den Rechtsquellen nachzuweisen sein, auch auf den Fall analog anwendbar, wenn Derjenige, welchem der Nichteigenthümer eine Realservitut an einem Grundstücke bestellt hat, sich zum Schutze gegen die vom Besteller auf Grund später erworbenen Eigenthums erhobene Negatorienklage auf den vorausgegangenen Vertrag beruft. Am wenigsten dürfte diese analoge Anwendung der heutigen Rechtsanschauung widerstreiten, wie denn auch das BGB., ob schon es,

Motiven zu § 330 und 331 des Entwurfs S. 683,

der exceptio rei venditae et traditae zunächst nur der Eigenthumsklage gegenüber gedenkt, doch in § 570 a. E. in Beziehung auf das Miteigenthumsverhältniß von der in § 568 aufgestellten Regel, daß eine Grunddienstbarkeit nur von dem Eigenthümer des Grundstücks, welches dienstbar werden soll, bestellt werden kann, eine Ausnahme macht, die den Schluß rechtfertigt, daß auch außerhalb des Miteigenthumsverhältnisses die vom Nichteigenthümer bestellte Dienstbarkeit zur vollen Wirksamkeit komme, wenn der Besteller später das Eigenthum des dienenden Grundstücks erwirbt (Siebenhaar, Comment. zum BGB. zu § 568, Th. I. S. 400).

Man kann aber auch ganz dahingestellt lassen, ob die von dem Beklagten vorgeschützte Ausflucht in der oben sub 2 bemerkten Richtung speciell als exceptio rei venditae et traditae im Sinne des römischen Rechts und nicht vielmehr als exceptio doli im weiteren Sinne aufzufassen sei; denn ihrem Grunde und Zwecke nach sind beide Exceptionen

identisch und die Eigenthümlichkeit der Ersteren, vermöge deren sie auch den Singularsuccessoren, des Käufers und Verkäufers zukommt beziehentlich entgegensteht,

l. 3. pr. § 1. D. tit. cit.

schlägt hier nicht ein, weil die streitenden Theile beiderseits die ursprünglichen Contrahenten sind, mithin es nur darauf ankommt, ob der unter ihnen abgeschlossene Vertrag dem Beklagten wirklich ein Recht auf die in Streite befangene Dienstbarkeit gewährt. Dies ist aber nach der Ansicht jetziger Instanz zu bejahen, wenn wirklich Kläger sich verpflichtet hat, dem Beklagten für sich und seine Nachbesitzer die Bl. beschriebene Servitut, deren Identität mit der jetzt streitigen unter den Partheien außer Zweifel ist, zu verschaffen. Denn diese Verpflichtung involvirt nicht nur die Verbindlichkeit Klägers, seiner Seits Alles zu thun, was erforderlich ist, um den Beklagten und dessen Nachbesitzern das stipulirte Recht zu gewähren, sondern umfaßt zugleich das Einstehen für den Erfolg dieser Bemühungen

§. 3 J. de inutil. stipul., verb. „quod si effecturum se“, et cet.

Das angebliche weitere Versprechen Klägers, die Genehmigung des abgeschlossenen Vertrags Seiten seiner Ehefrau, sobald sie volljährig sein werde, nachzubringen und zu verschaffen, ist nicht als Aufhebung oder Beschränkung des vorausgegangenen Versprechens zu betrachten, sondern enthält bloß eine specielle, durch die Minderjährigkeit der Eigenthümerin des dienstbar werdenden Grundstücks bedingte Consequenz desselben, die offenbar gerade darauf berechnet ist, den factischen Genuß des Rechtes, welchen Kläger dem Beklagten zu gewähren im Stande war und angeblich sofort gewährt hat, zu einem rechtlich begründeten, unanfechtbaren zu erheben, mithin den Kläger seiner anfänglichen Verpflichtung in keiner Beziehung enthebt. Nun erscheint zwar die Leistung, zu welcher Kläger sich verpflichtet hat, an sich so beschaffen, daß derselbe zu deren Erfüllung ohne freiwillige Mitwirkung einer dritten Person, der Eigenthümerin des der Dienstbarkeit zu unterwerfenden Grundstücks, außer Stande ist. Es wird jedoch der von dem OAG. zeither befolgte Grundsatz, daß in solchen Fällen an die Stelle des Anspruchs auf die in obligatione befindliche Leistung selbst oder auf sog. Naturalerfüllung des Vertrags, der Anspruch auf das quod interest trete, hier einflußlos, weil dadurch, daß Kläger den Civilbesitz des fraglichen Grundstücks

erlangt hat, die Nothwendigkeit der Mitwirkung einer dritten Person in Wegfall gekommen ist. Nach der hierdurch herbeigeführten Veränderung der anfänglichen Lage der Sache ist mindestens bis zum Nachweise des Gegentheils die Annahme gerechtfertigt, daß Kläger im Stande sei, die dem Beklagten zugesicherte Dienstbarkeit dem Vertrage gemäß in rechtlich unanfechtbarer Maaße zu gewähren, ohne daß es dazu der Genehmigung oder Mitwirkung seiner Ehefrau oder sonst einer dritten Person bedarf. Ist auch der Zeitpunkt, zu welchem Kläger in diese Lage gekommen, von dem Beklagten nicht angeführt worden, so bleibt doch die unter anderen Umständen wenigstens für den Schädenspunkt wichtige Frage, von welchem Momente an Beklagter hiernach als berechtigter Quasibesitzer des streitigen Rechts anzusehen gewesen sei, hier schon deshalb irrelevant, weil Vergütung der durch zeitherige unberechtigte Ausübung des Befugnisses verursachten Schäden, ganz abgesehen davon, ob Kläger ein diesfalliger Anspruch zustehen würde, nicht mit gefordert ist, vielmehr die hauptsächliche Klagbitte nur auf Verurtheilung des Beklagten in (künftige) Enthaltung der unternommenen Dienstbarkeitsacte bei 20 Thaler Strafe für jeden Uebertretungsfall geht. Diesem Klaggesuche steht aber die aus dem vorausgegangenen Vertrage abgeleitete *exceptio doli* entschieden entgegen; denn die vertragsmäßige Verbindlichkeit Klägers, die Servitut zu verschaffen, schließt doch zum Mindesten jede Zuwiderhandlung gegen die übernommene Verbindlichkeit aus, eine solche Zuwiderhandlung liegt aber unstreitig darin, daß Kläger mittels der erhobenen Klage dem Beklagten das Recht zu entziehen sucht, das er ihm zu verschaffen versprochen, auch angeblich factisch bereits eingeräumt hat, wobei übrigens ganz dahingestellt bleiben kann, ob es des Letzteren schlechthin bedurft und nicht vielmehr genügt habe, wenn Beklagter ohne Zuthun Klägers in den fehlerfreien Quasibesitz dieses Rechtes gelangt wäre.

arg. l. 1. § 5. D. de exc. rei vend. & trad.

Das Bedenken, daß Beklagter gegen die dingliche Klage sich nicht auf die Zuständigkeit des persönlichen Rechts aus dem Vertrage berufen dürfe, vielmehr auf dessen Verschaffung besonders zu klagen habe, erledigt sich durch die Erwägung, daß die Verbindlichkeit zu der Verschaffung durch den nach der Beschaffenheit des vorliegenden Ordinarprozesses statthaften Beweis des *exceptivischen* Vorbringens in rechtliche

Gewißheit gesetzt wird. Kläger kann aber solchenfalls nicht weiter für berechtigt erachtet werden, dem Beklagten ein Recht zu bestreiten, daß er selbst ihm zu gewähren, erweislich verbunden ist; sein an sich formell begründetes Klagrecht wird durch die liquide exceptio doli elidirt. Man kann auch nicht sagen, daß Kläger, dem die Ausführung seiner etwaigen Einwendungen gegen die Gültigkeit und Wirksamkeit des excipirten Vertrags im Gegenbeweise offen steht, durch die prozessualische Verbindung der beiderseitigen Ansprüche, die ihrem Grunde und Gegenstande nach in einem inneren Zusammenhange stehen, irgend beeinträchtigt werde, wohl aber durfte andererseits Beklagter mit Grund sich dadurch beschwert erachten, daß ihm gegen die Regel in l. 156. § 1. D. reg. jur. zwar ein Klagrecht nicht aber eine Exception auf Grund des behaupteten Vertrags zugestanden werden soll.

Endlich wird aber auch die Frage, ob die vorgeschützte exceptio doli als bloß persönliche der erhobenen Realklage mit Erfolg entgegengesetzt werden könne, hier, wie schon oben erwähnt, dadurch einflußlos, daß der Kläger selbst zugleich der persönlich Verpflichtete ist und die Wirksamkeit dieser Verpflichtung seinen etwaigen Singularsuccessoren gegenüber

Frankle im Archiv f. civil. Praxis Bd. XVI, S. 428 flg.

gar nicht in Betracht kommt. Ob der Beklagte, wenn er die exceptivisch behaupteten Verhandlungen nachzuweisen vermag, auf ein ihm bereits erworbenes Dienstbarkeitsbefugniß sich zu berufen, wie oben sub 1 geschehen, berechtigt gewesen sei oder nicht, bedarf keiner näheren Prüfung: schon in der sub 2 gedachten Richtung schlägt der Beweis der excipirten Thatsachen durch.

Aus diesen Gründen hat man in der geschehenen Maaße zu reformiren gehabt.

51.

Ueber Bestellung einer Servitut durch Vertrag — B G B.
§§ 574. 857.

II. Sen.-Erf. vom 24. Oct. 1865. no. 583/572.

Aus dem Documente sub C. erhellt, daß Klägers Vater und Besitzvorgänger J. G. F. mit Beklagens Besitzvorgänger J. G. M. unter

dem 20. December 1823 wegen eines bis dahin streitig gewesenen Weges eine Uebereinkunft getroffen hat, welche wörtlich dahin lautet:

„Es gestattet der nunmehrige Besitzer des vormals L.'schen Gutes (J. G. F.) für sich und seine Nachbesitzer benanntem M. diesen Weg zu allen und jeden Zeiten ungehindert als seinen eigenen zu befahren, wogegen M. an den jedesmaligen Besitzer des Hauptgutes ein jährliches Aversional-Quantum von Einem Thaler, allemal zu Michaeli, zu entrichten hat, es ist aber M. auch gehalten, diesen Weg in fahrbaren Zustand zu setzen, so wie auch die Brücke über die Pleißbach und das Thor an der Gemeinde hinter J. G. F.'s Scheune auf seine alleinigen Kosten zu unterhalten.“

Daß der Weg, auf welchen die so eben mitgetheilte Uebereinkunft sich bezieht, mit dem gegenwärtig in Frage befangenen identisch sei, beruht, wie schon bemerkt, auf Klägers eigener Behauptung in den Gegenbeweisartikeln 7 und 15^a, welcher sich Beklagter confirmirt hat. Es meint aber Kläger, daß durch die beregte Uebereinkunft dem genannten M. nur für seine Person eine Servitut erworben worden sei und bestreitet daher, daß das dem Letzteren eingeräumte Befugniß ohne Weiteres auch seinen Besiznachfolgern zu Gute kommen könne. Erwägt man indessen, daß J. G. F. ausdrücklich für sich und seine Nachbesitzer und zwar für seine Nachbesitzer ohne alle Beschränkung auf eine gewisse Zeit mit M. contrahirt hat, daß ferner M.'n durch den Vertrag verstattet worden ist, den fraglichen Weg zu allen und jeden Zeiten und als seinen eigenen zu befahren, so muß man allerdings zu der Ueberzeugung gelangen, daß es sich bis zum Nachweise des Gegentheils bei der obigen Uebereinkunft nicht darum, M.'n bloß für dessen Person, sondern vielmehr darum, dessen Grundstücke ein Recht einzuräumen, gehandelt habe, als woraus wieder ganz von selbst folgt, daß die Geltendmachung des damals eingeräumten Befugnisses auch den Besiznachfolgern M.'s nicht versagt werden dürfe. Ja man kann sogar noch weiter gehen, und behaupten, daß der Uebergang des ganzen Befugnisses auf die Besiznachfolger selbst dann würde statuirt werden müssen, wenn J. nicht ausdrücklich erklärt hätte, daß er zugleich für seine Nachfolger paciscire. Es bestimmt nämlich das neue BGB. für das Königreich Sachsen in § 857

„Bezieht sich ein Vertrag auf ein Grundstück, so berechtigt und verpflichtet derselbe diejenigen nicht, welche, ohne Rechtsnachfolger der

vertragschließenden Personen zu sein, das Grundstück erwerben, ausgenommen, wenn unmittelbar durch den Vertrag Rechte an der Sache begründet worden sind, oder wenn es sich um Rechte handelt, welche sich zur Eintragung in das Grundbuch eignen und wirklich eingetragen worden sind.“

und zu denjenigen Rechten an Sachen, welche wenigstens dann, wenn die Absicht der Betheiligten auf die sofortige Entstehung derselben gerichtet ist, unmittelbar durch Vertrag zur Existenz gelangen, gehören nach § 574 des nämlichen Gesetzbuchs auch die Servituten.

Daß nun bei der Uebereinkunft vom 20. December 1823 die Absicht der Contrahenten auf die sofortige Entstehung einer Servitut gerichtet gewesen, kann nach deren Fassung einem Zweifel nicht unterliegen und die Anwendung der allegirten Vorschriften des B.G.B.'s auf den vorliegenden Fall erscheint um deswillen unbedenklich, weil anlangend den § 857 derselbe, wie dies Kläger selbst sagt, im Grunde nur dasjenige Recht, welches schon bisher gegolten hat, wiedergiebt, anlangend aber den § 574, solcher nur die Entscheidung einer Rechtsfrage enthält, welche bis dahin streitig war und diese Rechtsfrage noch dazu so entscheidet, wie dies die Theorie des gemeinen Rechts schon längst gethan hatte.

Wenn Kläger noch ein Gewicht darauf gelegt wissen will, daß bei dem osterwähnten Vertrage der Besiznachfolger M.'s nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen, so ist dies nicht richtig. Im Gegentheile hätte, wenn die Meinung dahin gegangen wäre, M.'n bloß für dessen Person ein Recht einzuräumen, dies besonders ausgesprochen werden müssen.

52.

Zur Lehre von der Haftung des Dienstherrn in Folge f. g. gefährlicher Aufträge — B.G.B. § 1236 *).

II. Sen.-Erf. vom 1. Sept. 1865. no. 209/203.

Inhalts der Klage ist der bei Beklagtem am 6. October 1863 als Brenner in Dienst getretene Erblasser der Kläger, J. K., dadurch verunglückt, daß am 29. dess. M. beim Quetschen von Malz auf der

*) Vergl. Annalen Bd. II. S. 21. Bd. V. S. 272.

Quetschmaschine eine seiner Hände von dem Rammrade der gedachten Maschine erfaßt, verwundet, und R., obwohl sofort ärztliche Hilfe angewendet worden, in Folge dieser Verwundung am 14. November 1863 verstorben ist. Die Kläger fordern mittelst der vorliegenden actio ex lege Aquilia utilis Alimente für sie, die hinterlassene Wittve und den unmündigen Sohn des Verstorbenen, indem sie dem Beklagten zur Last legen, daß er den Tod ihres Erblassers in Folge der ihm übertragenen gefährlichen Arbeit verursacht habe. Der Ansicht der beiden vorigen Instanzen, daß die Klage ausreichend schlüssig begründet sei, hat das OAG. aus folgenden Gründen beizustimmen nicht vermocht.

1.

Auf Rittergütern und anderen größeren landwirthschaftlichen Grundstücken sind häufig Brauereien und Brennereien angelegt, indem letztere hauptsächlich dazu dienen, die auf den Grundstücken gewonnenen Früchte an Ort und Stelle behufs Erzeugung von Bier und Branntwein zu verarbeiten und die Rückstände der verarbeiteten Stoffe als Futter, Dünger &c. zum Nutzen des Gutes zu verwenden. Da der Betrieb von Brauereien und Brennereien technische Kenntnisse voraussetzt, welche bei dem Eigenthümer des Gutes als Landwirth in der Regel nicht vorausgesetzt werden können, so pflegen von dem letzteren besondere mit dem Gewerbsbetriebe von Brauereien und Brennereien vertraute Personen angestellt zu werden, welche im Allgemeinen den Auftrag erhalten, den Betrieb dieser Gewerbsbranchen zu leiten und zu besorgen, und alle Arbeiten zu verrichten, welche behufs der Gewinnung eines guten Biers und Branntweins nach den für diese Branchen bestehenden technischen Grundsätzen erforderlich sind. Die auf größeren Gütern angestellten Brauer und Brenner nehmen daher auch mit Rücksicht auf die ihnen übertragene selbstständige Leitung einer besonderen Gewerbsbranche und die bei ihnen vorausgesetzten Fachkenntnisse in derselben einer Seits eine weit unabhängigere Stellung ein, als das gewöhnliche landwirthschaftliche Gesinde, anderer Seits ist aber der Umfang der ihnen obliegenden Pflichten größer, da sie diejenige Sorgfalt und Aufmerksamkeit, welche der ihnen anvertraute Geschäftsbetrieb nach den für denselben bestehenden technischen Grundsätzen erfordert, anzuwenden haben.

Nach der Klagdarstellung ist der Erblasser der Kläger zu denjenigen Gewerbetreibenden zu rechnen, welchen der selbstständige Betrieb der Brennerei des Beklagten übertragen worden ist, indem derselbe von dem Beklagten als Besitzer des Ritterguts H., als Brenner angenommen worden ist und als solcher vom 5. October 1863 an die zu dem Brennereibetriebe des Beklagten erforderlichen Arbeiten, wie solche einem Brenner obliegen, auf dem Rittergute H. besorgt hat. Auch wird in der Klage selbst angeführt, daß er zu den einem Brenner obliegenden Arbeiten unter Anderen die Zurichtung der zu vermaisenden Früchte, insbesondere das Quetschen des hierbei zu verwendenden Malzes auf einer besonderen die Malzquetsche genannten Maschine gehört.

2.

Die Kläger gehen von der Ansicht aus, daß die Ursache zu dem ihren Erblasser betroffenen Unglücksfall in der Construction derjenigen Malzquetsche zu finden sei, welche in der Zeit vom 5. October 1863 bis 30. desselben Mon. auf dem Rittergute H. gestanden, und auf welcher ihr Erblasser am zuletztgedachten Tage das Quetschen von Malz vorgenommen habe, indem die gedachte Maschine mit einem Kammrade versehen sei, welches bei Benutzung derselben in Bewegung gesetzt werde, mit großer Geschwindigkeit sich drehe und für die Person, welche die Maschine zu besorgen hat, gefahrdrohend sei, da dieselbe während der Arbeit des Quetschens in der unmittelbaren Nähe des Kammrades handthieren und zugleich auf die sonstige Besorgung der Maschine dergestalt ihre Aufmerksamkeit richten müsse, daß sie nicht im Stande sei, bei Bedienung der Maschine zugleich unausgesetzt auf das Kammrad zu achten und vor der von demselben ihr drohenden Gefahr gehörig sich in Acht zu nehmen. Die Kläger bezeichnen die Construction der Quetschmaschine Beklagten's deshalb als fehlerhaft, weil allenthalben bei Quetschmaschinen der gedachten Art das Kammrad durch einen Verschlag verbaut und hierdurch die Gefahr der Verletzung der damit beschäftigten Personen beseitigt zu werden pflege. Die Kläger legen daher dem Beklagten eine grobe Fahrlässigkeit zur Last, weil er die Quetschmaschine aufgestellt habe, ohne das Kammrad mit einem Verschlage zu versehen. Nach Ansicht des OLG. reicht das vorstehende Klaganführen zu Begründung des erhobenen Schädenspruchs nicht aus.

Denn Inhalts der Klage hat das Quetschen von Malz auf der Quetschmaschine zu den Dienstverrichtungen des Erblässers der Kläger gehört. Nachdem derselbe die Function eines Brenners übernommen hatte, war Beklagter zu der Annahme berechtigt, daß derselbe sein Fach verstehe, mit der Construction der Quetschmaschine vertraut sei, und die nöthigen Kenntnisse sich verschafft habe, um mit dergleichen, falls bei deren Bedienung nicht mit der größten Aufmerksamkeit verfahren wird, schon an und für sich mehr oder minder Gefahr drohenden Maschinen umzugehen. Man muß daher voraussetzen, daß der Erblasser der Kläger zu der Beurtheilung, ob die ihm zum Quetschen angewiesene Maschine dergestalt construirt, daß er im Stande sei, dieselbe zu besorgen, ohne sich und Andern zu schaden, befähigt gewesen sei.

Sollte er nun bei der vorgenommenen Besichtigung und Prüfung die Ueberzeugung gewonnen haben, daß die Construction der Maschine für ihn gefahrbringend sei, so lag ihm ob, seinen Dienstherrn, den Beklagten, hierauf aufmerksam zu machen und die Anbringung eines Verschlags vor dem Kammrade oder sonstige Maaßregeln behufs der Abwendung der Gefahr in Vorschlag zu bringen. Der Erblasser der Kläger hat diese oder ähnliche Sicherheitsmaaßregeln gänzlich unterlassen, vielmehr ohne speciellen Auftrag des Beklagten und lediglich zufolge der ihm als Brenner im Allgemeinen übertragenen Function sich dem Quetschen von Malz auf der vorhandenen Quetschmaschine in dem Selbstvertrauen, daß er ausreichende Geschicklichkeit besitze, um mit einer Maschine, wie solche in Beklagten's Brennerei aufgestellt gewesen, umzugehen, unterzogen. Hat sich derselbe hierbei geirrt, oder vor Vornahme der Arbeit an der Maschine vielleicht gar nicht geprüft, ob die ihm aufgetragene Verrichtung seinen Kräften und Fähigkeiten entspreche, so hat er den sich zugezogenen Unglücksfall selbst verschuldet.

3.

Die vorige Instanz hat zu Bertheidigung der entgegengesetzten Ansicht sich auf den Grundsatz bezogen, daß derjenige, welcher eine für Andere gefahrdrohende Anlage auf seinem Grundstücke herstellt, dafür Sorge tragen müsse, daß die geeigneten Vorsichtsmaaßregeln getroffen werden, um Schaden abzuwenden, indem sie hieraus folgert, daß wer sich zu Besorgung seines Gewerbes solcher Maschinen bedient, welche für

die Personen, die in deren Nähe kommen, und mit denselben beschäftigt sind, gefährlich werden können, die nöthigen Vorkehrungen, so weit es ohne Gefährdung des Zwecks der Maschinen geschehen könne, treffen müsse, um solchem Schaden vorzubeugen. Allein abgesehen davon, daß Beklagter nach Ausweis der Acten, das Gewerbe des Branntweinbrennens nicht selbst betrieben, sondern durch den hierzu von ihm angenommenen Erblasser der Kläger hat betreiben lassen, mithin dem letzteren zunächst obgelegen haben würde, auf die Gefährlichkeit der Maschine seinen Dienstherrn aufmerksam zu machen, würde dem Beklagten eine Verschuldung nach Befinden nur dann beigemessen werden können, wenn er Kenntniß davon, daß die von ihm aufgestellte Maschine fehlerhaft gebaut und deren Betrieb für den von ihm angenommenen Brenner lebensgefährlich sei, gehabt habe. So weit nun eine solche Kenntniß Beklagten in der Klage behauptet wird, ist die letztere ungenügend substantiirt. Denn weder aus dem Umstande, daß Beklagter früher Brennerien, in welchen das Rammrad der Quetschmaschine verbaut gewesen, besessen, noch aus der wiederholten Besichtigung der jetzt in Rede stehenden Maschine Seiten Beklagten folgt, daß letzterer ausreichende technische Kenntnisse gehabt habe, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß der Betrieb der Maschine Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Erblassers der Kläger, als des von ihm für die Bedienung der Maschine angestellten Brenners, in dem in der Klage geschilderten Umfange bringen werde, zumal letzterer selbst Einwendungen gegen die Maschine nicht erhoben hat. Ebenso wenig kann eine solche Kenntniß Beklagten von der Gefährlichkeit der Maschine aus dem Umstande, daß im Jahre 1862 ein als Brenner in Beklagten's Diensten gestandener Knecht bei Besorgung der ostdgedachten Maschine vom Rammrade erfaßt worden sei, ohne Weiteres abgeleitet werden, da aus der Klage nicht zu ersehen ist, ob die Construction der Maschine oder die Ungeschicklichkeit des zur Besorgung derselben verwandten Knechts die Veranlassung zu dem damaligen Unfalle gegeben hat.

4.

Die vorige Instanz hat eine fernere Verschuldung Beklagten in dem Klageanföhren erblickt, daß im Sommer 1863, und noch vor dem Dienstantritt des Erblassers der Kläger das einzige Fenster, welches der

als Aufstellungsort der Quetschmaschine dienende Bodenraum enthält, mit Feldfrüchten dergestalt versehen worden sei, daß fast gar kein Licht habe hereindringen können, und die Quetschmaschine ganz im Dunkeln gestanden habe. Abgesehen nun davon, daß in der Klage nicht einmal behauptet wird, daß Beklagter die Verziehung des Fensters angeordnet habe, so würde in dem Umstande allein, daß Beklagter von diesem Verziehen bei der wiederholten Besichtigung des Bodenraums Kenntniß erlangt, gleichwohl die Entfernung der Früchte vom Fenster nicht anbefohlen habe, eine zum Schadenersatz verpflichtende Fahrlässigkeit nicht gefunden werden können, da es vom Ermessen des Erblassers der Kläger abhing, die ihm übertragenen Geschäfte und insbesondere das Quetschen des Malzes zu den hierzu geeigneten Zeiten vorzunehmen. Wenn daher Letzterer zufolge eigener Entschließung das Quetschen des Malzes am 29. October besorgt hat, so lag ihm vor Bornahme dieser Arbeit ob, zu prüfen und zu untersuchen, ob das Local genügend erhellt sei oder nicht. Fand er hierbei, daß die vorstehenden Feldfrüchte das Eindringen der Lichtstrahlen verhinderten, so war er ebensowohl berechtigt als verpflichtet, entweder die Feldfrüchte selbst zu entfernen oder bei dem Beklagten die Wegschaffung derselben zu beantragen.

Aus diesen Gründen kann das OAG. aus den in der Klage angeführten Thatfachen eine solche Verschuldung des Beklagten, welche ihn wegen des in der Klage erwähnten Unfalls zum Schadenersatz verpflichte, nicht entnehmen, indem sich nach der Klagdarstellung das Unglück, welches den Erblasser der Kläger betroffen hat, entweder als eine Folge des Mangels an der nöthigen Vorsicht und Aufmerksamkeit, mit welcher derselbe die ihm übertragene Function als Brenner besorgt hat, oder als ein casus fortuitus darstellt. Es ist daher das Suchen der Kläger unter Verurtheilung der letzteren zu Erstattung der Prozeßkosten in dem angebrachten Maaße abgewiesen worden.

53.

Zur Lehre von der Schuldübernahme. — B.G.B. § 1402 flg.
— Gegenleistung?

II. Sen.-Erf. v. 1. Sept. 1865. no. 420/456.

Das OAG. trägt kein Bedenken, die besprochene Uebernahme gewisser Schulden des Ehemanns Seiten der Ehefrau als eine Schuld-

übernahme im Sinne des § 1402 des B.G.B., welcher neues nicht enthält,

Siebenhaar, Commentar, Bd. II, S. 321, ad h. §.

zu betrachten. In einem solchen Falle liegt ein definitives, nicht ein eventuelles Geschäft vor, wenn dem Schuldübernehmer vom Schuldner dafür eine Gegenleistung gewährt wird. Der Gesichtspunkt des nackten Mandates hat schon das gegen sich, daß der Erstere im Zweifel nicht zurücktreten kann. Käme derselbe seiner Verpflichtung gegen den Schuldner nicht nach, so würde er nicht ohne Weiteres die Gegenleistung zurückfordern, sondern nur auf Vertragserfüllung klagen können. Besteht also die Gegenleistung in zu diesem Zwecke zu Eigenthum zu übergebenden Sachen, so wird letzteres im Zweifel mit der Uebergabe auf den Schuldübernehmer übergegangen sein.

54.

Lotteriegewinn einer Ehefrau. — B.G.B. § 1655.

II. Sen.-Erf. v. 27. Oct. 1865. no. 586/590.

Es ist das entscheidende Moment, weshalb der Ehefrau der Gewinn auf ein von ihr gespieltes Lotterielos zuzusprechen ist, zufolge der l. 6. C. si quis alteri 4. 50. darin zu finden, daß sie in ihrem Namen und auf ihre Rechnung mit der Lotteriestalt contrahirt und das Los erkaufte hat, wogegen völlig einflußlos ist, ob sie von ihrem eigenen Gelde, oder, wie Inhalts der von den Klägern angezogenen Präjudizien im

Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle, Jahrg. 1843, S. 413,

Annalen des O.A.G.'s Bd. II, S. 159

geschehen, mit Geldern des Ehemannes das Los erkaufte und dieses Kaufgeschäft mit oder ohne Genehmigung des Ehemannes vorgenommen hat. Die Vorschrift der nurgedachten l. 6. C. si quis alteri ist im § 1655 des B.G.B.'s durch die Worte: „Vermögen, welches die Ehefrau — während der Ehe erwirbt“ wiederholt worden.

Siebenhaar, Commentar, Th. III, S. 52.

55.

Ueber Rückforderung von Dotalsachen nach Auflösung

Annalen, Neue Folge I. Bd.

33

der Ehe. — BGB. § 1687 flg. — Compensation nach § 988 des BGB.'s.

II. Sen.-Erf. v. 5. Oct. 1865. no. 231/278.

Mittelfst der vorliegenden Klage fordert die Klägerin, welche mit dem Beklagten in der Zeit vom 30. Mai 1844 bis 16. Januar 1864 verheirathet gewesen ist, nach rechtskräftig geschiedener Ehe ihr Mobilien einbringen zurück, indem sie unter I. unter 50 Nummern diejenigen Dotalsachen, welche sie als vertretbare bezeichnet, von den übrigen unter II. bei 143 verschiedenen Nummern aufgeführten nicht vertretbaren, angeblich inferirten beweglichen Gegenständen trennt.

Die vorige Instanz hat lediglich die unter I. bei den Nummern 1 bis mit 40 genannten Sachen als fungible angesehen und demgemäß Beklagten unter Nachlassung des Delati, soweit sich dieser Eid auf die nurgedachten Gegenstände bezieht, verurtheilt, dieselben in gleicher Quantität und Qualität an die Klägerin zurückzugeben, oder nach seiner Wahl den in der Executionsinstanz durch Sach- und Wirthschaftsverständige festzustellenden Werth, den diese Sachen im Mai 1844 (zur Zeit der Illation) gehabt haben, jedoch nicht mehr als bei jeder einzelnen der angegebenen Nummern angesetzt ist, der Klägerin zu erstatten. Dagegen sind von voriger Instanz die unter den Nummern 41 bis mit 46 verzeichneten Kleidungsstücke, ingleichen die ebendasselbst unter den Nummern 47 bis mit 50 aufgeführten Kühe und Hühner nicht, wie die Klägerin beantragt hat, als res fungibiles, sondern als res non fungibiles behandelt worden, wie sich daraus ergibt, daß Beklagter nicht zu Gewährung gleicher Gegenstände, oder des Werths zur Zeit der Illation, sondern in Betreff der Kleider und des Federviehs lediglich zu Rückgabe derselben in Natur und zwar in dem Zustande, wie sich solche nach einem ordnungsgemäßen Gebrauche bei Auflösung der Ehe befunden haben, sowie rücksichtlich der inferirten Kühe in Erstattung des Erlöses, welchen Beklagter bei dem Verkaufe derselben erlangt hat, verurtheilt worden ist. Da die Klägerin sich bei der zuletzt erwähnten Entscheidung beruhigt hat, und die Ausstellungen des Beklagten gegen die Schlüssigkeit des Klagvorbringens in Betreff der unter I. Nr. 1 bis mit 40 aufgeführten vertretbaren Gegenstände aus später zu erwähnenden Gründen als unbeachtlich sich darstellen, so kommen dormalen hauptsächlich diejenigen Beschwerden des Beklagten in Betracht, welche sich auf die von voriger Instanz als nicht

vertretbar bezeichneten Mobilien und auf die vom Beklagten vorgeschützten Ausflüchte beziehen. In Bezug auf erstere ist Folgendes zu bemerken:

I.

Der Ehemann hat die nicht vertretbaren Dotalsachen, soweit ihm solche nicht nach einem Anschlage (*aestimatio venditionis causa*) übergeben worden sind, nach aufgelöster Ehe nur insoweit, als sie zum angegebenen Zeitpunkte vorhanden und in dem Zustande, wie solche zu dieser Zeit beschaffen sind, zurückzugeben, indem die Ehefrau die Gefahr zu tragen hat, wenn die Sachen während des Bestehens der Ehe durch Zufall oder durch ordnungsgemäßen Gebrauch, oder sonst ohne eine vom Ehemanne zu vertretende Verschuldung zu Grunde gegangen, oder in verschlechterten Zustand gerathen sind, der Ehemann aber nur haftet, wenn er durch eine ihm zuzurechnende Verschuldung oder durch Unterlassung desjenigen Fleißes, welchen er in eigener Angelegenheit anzuwenden pflegt, die Verschlechterung oder den Untergang der Sachen herbeigeführt hat.

l. 11. D. de jure dotium 23. 3.

l. 18. § 1. l. 25. § 1. D. soluto matrim. 24. 3.

l. 21. C. de jure dot. 5. 12.

Glück, Commentar, Thl. 25, S. 26 flg.; Th. 27, S. 331 flg.

Unterholzner, Schuldverhältnisse, Bd. II, S. 464.

Im vorliegenden Prozesse werden die vorstehenden Vorschriften an und für sich nicht bestritten, wohl aber handelt es sich um die Prozeßfragen,

- 1) ob zu Begründung der Klage, mittelst welcher eine Ehefrau die Rückgabe inferirter nicht vertretbarer Mobilien in Natur fordert, die Bezugnahme auf das *factum illationis* genügt, oder die Klägerin außerdem anführen muß, daß die Sachen zur Zeit der Auflösung der Ehe annoch vorhanden gewesen seien,
- 2) in welcher Weise der Ehemann die Ausflucht, daß die geforderte Rückgabe nicht vertretbarer Dotalsachen wegen deren Untergangs in Folge ununterbrochenen Gebrauchs u. s. w. unmöglich geworden sei, zu begründen und zu beweisen habe, und
- 3) ob der Ehemann, welcher die ihm von der Ehefrau zugebrachten nicht vertretbaren beweglichen Sachen, insbesondere Haus- und Wirthschaftsgeräthe, während der Ehe vermöge des ihm gesetzlich

zustehenden Nießbrauchsgebrauch hat, und nach beendigter Ehe in verschlechtertem Zustande zurückgiebt, nachweisen müsse, daß die Verschlechterung ohne sein Verschulden eingetreten sei.

Bei Feststellung dieser Prozeßfragen sind zwar die eingangserwähnten materiellen Grundsätze über die Rückgewähr nicht vertretbarer Dotalsachen von Bedeutung, sie reichen jedoch für sich allein zu Beantwortung derselben nicht aus, vielmehr ist hierbei nach der Ansicht des OAG.'s von folgenden Grundsätzen auszugehen:

1.

Für Lösung der zuerstgedachten Beweisfrage ist die Vorfrage entscheidend, ob die auf Rückgabe nicht fungibler Dotalsachen gerichtete Klage als eine dingliche oder persönliche anzusehen ist, da es bei dinglichen Klagen zu Begründung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache gehört, daß der Beklagte in dem zur Restitution nöthigen factischen Verhältnisse zur Sache steht, mithin Kläger beweisen muß, daß das factische Verhältniß noch besteht, oder durch dolus des Beklagten aufgehoben worden sei, während bei persönlichen Klagen die Aufhebung des factischen Verhältnisses nur als Befreiungsgrund in Betracht kommt, so daß zur Begründung der Klage die Bezugnahme auf die Entstehung des obligatorischen Verhältnisses genügt und Beklagter, welcher die Unmöglichkeit der Rückgabe behauptet, beweisen muß, daß das factische Verhältniß aufgehoben, und dies ohne seine Schuld geschehen sei.

M o m m s e n , die Unmöglichkeit der Leistung, S. 44, 45.

Die auf Rückgewähr des eheweiblichen Einbringens gerichtete Klage — *actio de dote* — ist eine persönliche Klage, wie aus der geschichtlichen Entstehung derselben erhellt. Denn während das ältere römische Recht zwei Dotalklagen unterschied, und zwar die *actio ex stipulatu*, eine vererbliche *actio stricti juris*, welche die Stipulation der Rückgabe voraussetzte, und die *actio de dote* oder *rei uxoriae*, welche *actio bonae fidei* war und nur der Frau oder deren Vater, nicht dem Erben zustand, hob Justinian diesen Unterschied auf, indem er die *actio ex stipulatu* in eine *actio bonae fidei* verwandelte, die Eigenthümlichkeiten der *rei uxoriae actio* in Wegfall brachte und anordnete, daß das Recht auf Zurückforderung des Einbringens sich von selbst verstehe und so angesehen werden solle, als wenn eine vertragsmäßige Festsetzung der Restitution erfolgt wäre.

l. unica C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa 5, 13.

Unterholzner, Schuldverhältnisse, Thl. 2, § 550 flg., S. 436 flg., insbes. S. 442.

Arnolds Pandecten, § 410, Anmerk. 2.

Außerdem hat Justinian der Ehefrau das Recht gegeben, die noch vorhandenen Dotalsachen ohne Unterschied, ob sie mit oder ohne Schätzung inferirt worden, sofort nach Auflösung der Ehe mit der Eigenthumsklage in Anspruch zu nehmen.

l. 30 C. de jure dot. 5, 12.

Man kann von der Controverse des gemeinen Rechts, ob die Ehefrau die rei vindicatio gegen ihren Ehemann selbst dann, wenn er nicht in Insolvenz sich befindet, anstellen dürfe.

Sintenis, Civilrecht, Th. III, § 133, not. 12, S. 39 und 40 ed. 2.

Unterholzner, a. a. D. Th. II, S. 418

sowie von der ferneren Frage, ob nicht der Ehefrau nach den Grundsätzen des sächs. Rechts, nach welchem dem Ehemanne an der dos, soweit sie nicht in vertretbaren Sachen besteht, nur ein gesetzliches Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht und nicht das Eigenthum zusteht, das Recht einzuräumen sei, die bei Auflösung der Ehe vorhandenen Dotalsachen von ihrem Ehemanne mittelst der Eigenthumsklage zurückzufordern, absehen, da im bejahenden Falle nur soviel feststehen würde, daß der Ehefrau bei Rückforderung der dos ein doppeltes Rechtsmittel und zwar die gewöhnliche persönliche Dotalklage — die actio de dote — und die rei vindicatio offenstehe, indem ihr die erstere Klage auch nach sächs. Rechte nicht versagt werden kann,

Sachsenspiegel, Buch 3, art. 47:

„Wird ein Weib mit Recht von ihrem Manne geschieden, so soll man ihr wieder lassen und geben, was sie zu ihrem Manne gebracht hat“.

Mandat vom 31. Januar 1829, die Allodialerbfolge betr., § 77,

„daß der Wittwe ihr Einbringen aus dem ehemännlichen Nachlasse zurückzugeben sei“.

Die vorliegende Klage stellt sich nun als persönliche Klage dar, da die Klägerin zu Begründung des Anspruchs auf Naturalrückgabe der unter

II. verzeichneten nicht vertretbaren Sachen lediglich auf die Thatfache der Eingehung der Ehe und der Illation Bezug genommen hat. Nun hat zwar die Klägerin am Schlusse der Klage angeführt, daß, wie sie nicht anders wisse, glaube und dafürhalte, Beklagter die geforderten Gegenstände noch in seinem Besitze habe, verwende und benutze. Allein schon die unbestimmte Fassung dieses Vorbringens weist darauf hin, daß dasselbe lediglich den Zweck hat, eine vom Beklagten vorzuschüßende Ausflucht wegen Untergangs der inferirten Sachen im Voraus zu verneinen, mithin der Klägerin die Absicht, eine Eigenthumsklage anzustellen, und in Betreff des Umstands, daß die Sachen bei Auflösung der Ehe annoch in Natur vorhanden und im Besitze des Beklagten gewesen seien, die Beweislast zu übernehmen, fern gelegen hat.

In Uebereinstimmung mit den vorstehend entwickelten Grundsätzen hat das vormalige AG. in einem im Jahre 1834 gefällten, in den

Mittheilungen des voigtländ. jurist. Vereins, Heft 5, S. 31 flg. angezogenen Erkenntnisse ausgesprochen, daß die auf Rückgabe bestimmter Gegenstände gerichteten Personalklagen und insbesondere die Dotalklagen schon dann fundirt seien, wenn darin das Rechtsverhältniß, aus welchem der Beklagte die Sache auf eine widerrufliche Weise erhalten hat, dargestellt wird, indem der Fortbesitz der Sache bei Beklagtem in der Regel präsumirt werde, dadurch aber der Beklagte, welcher sich auf den Untergang der geforderten Sache bezieht, genöthigt sei, das Ereigniß, wodurch er aus dem Besitze gekommen ist, excipiendo anzugeben und Umstände anzuführen und zu beweisen, welche ihr von der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache beziehentlich Ersatz des Werths der nicht mehr vorhandenen, befreien.

2.

Aus diesen Gründen stellt sich die Behauptung des verklagten Ehemannes, daß die reclamirten nicht fungiblen Dotalsachen während der Ehe untergegangen seien, als Ausflucht dar. Um diese Ausflucht zu begründen, genügt in der Regel die Bezugnahme auf den Umstand allein, daß die Sachen nicht mehr vorhanden sind, nicht, vielmehr hat der Ehemann zugleich anzuführen und nachzuweisen, wie der Untergang der Sachen herbeigeführt worden ist. Die Beantwortung der Frage aber, ob das angeführte Ereigniß, welches den Untergang der Sache veranlaßt

hat, als ein Zufall anzusehen und den Beklagten wegen der Nichtrückgabe entschuldige, ist in jedem einzelnen Falle Sache der richterlichen Beurtheilung, da sich durch Regeln nicht feststellen läßt, was in den verschiedenen, factisch ganz abweichend sich gestaltenden Fällen als eine bloße zufällige oder verschuldete Unmöglichkeit der Leistung zu betrachten sei, sondern von der Beurtheilung der besonderen Fälle abhängt.

Weber, Beweisführung § 25, ed. 3, S. 141,

Fuchs im Archive für civil. Praxis Bd. XXXIV, S. 114.

Borst, über die Beweislast § 81, ed. 2, S. 105,

Mommson, a. a. D. § 20, S. 228 flg. insbes. S. 236 flg.,

Gerau, über die Beweispflicht bei dem Ersatze des Werths von
Dotal Sachen in der Zeitschrift für prakt. Rechtswissenschaft
Bd. V, S. 202 flg. S. 507 flg.

Die vorstehenden Grundsätze haben übrigens in dem erst nach Publication des vorigen Erkenntnisses in Kraft getretenen und daher auf vorliegenden Rechtsfall nicht in Anwendung zu bringenden BGB. für d. Königr. Sachsen § 1009 verb. mit §§ 731, 732, 1655 gesetzliche Anerkennung gefunden.

Siebenhaar, Commentar Thl. II, S. 50 und 179, Thl. III, S. 51.

Beklagter hat in den Anmerkungen zu pet. lit. cont. 191—193 angeführt, daß die in dem Verzeichnisse unter den Nummern 2, 3, 4 aufgeführten thönernen Milchäse, Sahnkrüge und Buttertöpfe, soweit er deren Illation bei pet. lit. cont. 119, 120, 122 zugestanden hat, ferner

der Schubkarren	sub Nr. 24,
das Jauchensaß	= = 27,
die zwei geflochtenen Wagenkörbe	= = 31,
die eine der Leitern	= = 33,
zwei Schüttgabeln	= = 35,
fünf Scheunensiebe	= = 40,
die wollne Roße	= = 57,
zwei Tragbänder	= = 123 und
die Handmangel	= = 125,

während des Bestehens der Ehe in Folge des ordnungsmäßigen Gebrauchs zu Grunde gegangen seien, indem sie zerbrochen, zerrissen, zerfallen seien und die Bruchstücke von den Holzgeräthen Nr. 24, 27, 31, 33, 35 und

125 als Feuerholz verwendet, die wollene Decke Nr. 57 aber von der Klägerin als Lumpen weggeworfen worden sei.

Ferner

zwei von den unter Nr. 14 aufgeführten vier Kuhgeschirren mit Lederkumnten zerrissen und das brauchbare Leder hiervon zur Ausbesserung der zwei noch vorhandenen, sowie anderer Ledergeschirre verwendet, endlich daß das eine der beiden Grabscheite Nr. 47 im Herbst 1858, als die Klägerin bei ihm, Beklagtem, gewohnt habe, aus seinem Gehöfte gestohlen worden sei.

Ferner hat Beklagter in den Anmerkungen zu pet. lit. cont. 259 a. und b., 178 a. und 190 die Ausflucht vorgeschützt, daß die Klägerin nicht nur das eine der bei pet. lit. cont. 159 a. eingeräumten sechs Gebett Betten Nr. 70 im Jahre 1858 eigenmächtig an den Dorfwächter verkauft und den Kaufpreis weder an den Beklagten abgegeben, noch dem Betrage nach angezeigt, sondern auch die unter Nr. 78 und 110 aufgeführten Sachen bei ihrem Wegzuge aus Beklagten's Gute an sich genommen habe, endlich, daß die beiden unter Nr. 122 aufgeführten Waschleinen (den Rückempfang der dritten hat Klägerin eingeräumt) schon zu der Zeit, wo die Klägerin aus seinem Gute weggezogen sei, nicht mehr vorhanden gewesen seien, indem nicht er, sondern lediglich die Klägerin, welche die Wäsche und Waschleinen unter ihrer Aufsicht gehabt, angeben könne, wohin diese Waschleinen gekommen seien.

Ueber dieses nurgedachte exceptivische Vorbringen hat Beklagter den Eid angetragen, welcher von der Klägerin ausdrücklich angenommen worden ist. Die vorige Instanz hat auf Beweis der nurgedachten Ausflucht erkannt, indem sie von der Ansicht ausgegangen ist, daß der Beklagte nachzuweisen habe, daß die bezeichneten Ausstattungsgegenstände ohne seine, Beklagten's, Verschuldung zu Grunde gegangen seien, die zu Begründung der Ausfluchte vorgebrachten Thatfachen aber wenigstens theilweise nicht speciell genug dargelegt worden seien, um auf ein Delatum erkennen zu können. Dieser Entscheidung vermag man nicht beizupflichten.

a.

Die unter II. verzeichneten nicht vertretbaren Gegenstände bestehen in einer Menge von Haus-, Küchen- und Wirthschaftsgeräthen, Meubles,

Wäsche, Betten und andere Sachen, wie sie die Ehefrau eines Landwirths ihrem Ehemanne unter dem Namen einer Ausstattung in minderm oder größerem Umfange einzubringen pflegt. Dem Ehemanne steht das gesetzliche Befugniß zu, diese ihm von der Ehefrau zugebrachten nicht fungiblen beweglichen Sachen, soweit sie nicht zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, zu gebrauchen und zu benutzen. Nun vermindert aber schon der Zeitablauf an sich den Werth dieser Sachen, selbst wenn sie nicht in Benutzung genommen werden, weil in Folge des Veralterns die Stoffe, mechanische Construction u. s. w. sich verschlechtern. Noch weit mehr aber führt nach Naturgesetzen der fortdauernde ordnungsgemäße Gebrauch einer Sache eine Werthverminderung und endlich Werthlosigkeit mit sich, indem die Sachen durch den fortdauernden Gebrauch abgenutzt beziehentlich zur Benutzung untauglich werden, sich in ihre Bestandtheile auflösen und nur die Grundstoffe, aus welchen sie bestehen, übrig bleiben. In gleicher Weise wie bei den in dotem gegebenen nicht zum Schlachten bestimmten Thieren, z. B. Pferden, das Absterben derselben, so ist auch bei anderen nicht vertretbaren beweglichen Dotal Sachen der Untergang derselben in Folge fortgesetzten berechtigten Gebrauchs als ein Naturereigniß anzusehen, welches so lange als ein vom Ehemanne nicht zu vertretender Zufall gilt, als nicht die Ehefrau anführt und nachweist, daß der Ehemann dieses Naturereigniß durch eine Verschuldung herbeigeführt habe. Namentlich kann im vorliegenden Falle, wo der Beklagte das ihm gesetzlich zustehende Nießbrauchsrecht während einer zwanzigjährigen Ehe ausgeübt hat, nicht auffallen, daß während dieses langen Zeitraums die vom Beklagten angeführten im Verhältniß zu den übrigen sämtlich der Abnutzung im hohen Grade unterworfenen Ausstattungsgegenständen wenig zahlreichen Sachen durch den fortdauernden Gebrauch untergegangen seien. Unter diesen Umständen genügt zu Begründung der vorgeschützten Exception das Anführen und der Nachweis, daß die Sachen in Folge des ordnungsmäßigen Gebrauchs zu Grunde gegangen seien, ohne daß dem Beklagten der specielle Nachweis, auf welche Weise ohne sein Verschulden die einzelnen in Gebrauch genommenen Sachen nach und nach sich verändert haben, und endlich werthlos geworden sind, angesonnen werden kann, da in einem so langen Zeitraume selbst ein völlig ordnungsgemäß ausgeübtes Nutzungsrecht die Folgen der Abnutzung nicht abwenden kann.

Pufendorf, observ. jur. Tom. I obs. § 17 sq.

Bieneri, opuscula Vol. II pag. 196,

Gera u. a. D. S. 210 flg.,

Sintenis, Civilr. § 132 nota 12, Bd. 3, S. 15 ed. 2.

Aus diesen Gründen hat man in Beachtung der IV. Appellationsbeschwerde des Beklagten auf das Delatum über die Ausflucht, soweit sie auf den Untergang der in der Eidesnotul unter 3 b. des vorstehenden Urtheils gedachten Gegenstände in Folge langjährigen Gebrauchs sich bezieht, erkannt, indem man sich in der Eidesnotul zur Bezeichnung des Untergangs der erwähnten Art der Ausdrücke „vernützen“ und „verbrauchen“ bedient hat, da das zweite Wort nicht bloß von fungiblen Sachen, die zum Verbrauch bestimmt sind, und durch den Gebrauch sogleich und auf einmal verzehrt werden, sondern auch von nicht fungibeln Sachen, welche durch Abnutzung ihren Werth gänzlich verlieren, gebraucht wird, der Ausdruck „vernützen“ aber vorzugsweise die Bedeutung hat: völlig abnützen, durch langen Gebrauch ganz verzehren und unbrauchbar gemacht werden.

Adelung, Wörterbuch Bd. IV, S. 1102.

Den Eidesantrag selbst hat man für zulässig angesehen, da der Verbrauch oder Untergang einer Sache in Folge eines langjährigen Gebrauchs als eine Thatfache sich darstellt, deren Beurtheilung in Betreff der hier in Frage kommenden Gegenstände besondere technische Kenntnisse nicht voraussetzt.

b.

Die in der Klage unter II. bei Nr. 2, 3, 4 und 122 erwähnten Topfgeschirre und Waschleinen gehören zu denjenigen Ausstattungsgegenständen, welche die Ehefrau als Vorsteherin der Hauswirthschaft aufzubewahren oder wenigstens zu beaufsichtigen pflegt. Es reicht daher die Behauptung des Beklagten, daß diese Gegenstände schon zu der Zeit, zu welcher die Klägerin das Gut Beklagens verlassen habe, nicht mehr vorhanden gewesen seien, ausnahmsweise zu Abwendung des Anspruchs auf Naturalrückgabe aus, da die Thatfache der Illation bei Gegenständen der vorliegenden Art den Mitgebrauch Seiten der Ehefrau und die Benutzung der inferirten Sachen bei der ihr obliegenden Leitung des Hauswesens in keiner Weise ausschließt,

Pufendorf l. c. § 13,

mithin präsumtiv nicht Beklagter, sondern lediglich die Klägerin im Stande ist, über die Art und Weise, wie diese Topfgeschirre und Wascheleinen während des ehelichen Zusammenlebens mit Beklagten abhandelt gekommen und untergegangen, Auskunft zu ertheilen. Man hat daher in Betreff dieser Gegenstände das Delatum nur darauf gerichtet, daß dieselben in Beklagten's Gute zu der Zeit, als die Klägerin dasselbe verlassen habe, vorhanden gewesen seien.

c.

Ferner ist die Ausflucht Beklagten's, daß das eine der beiden Grab-scheite unter II. Nr. 47 im Herbst 1858 aus Beklagten's Gehöfte gestohlen worden sei und daß die Klägerin das eine der Betten Nr. 70 verkauft, die unter II. bei den Nummern 78 und 110 aufgeführten Gegenstände aber bei ihrem Wegzuge aus Beklagten's Gute an sich genommen habe, für den gebrauchten Eidesantrag ausreichend begründet. Denn der durch den Diebstahl erlittene Verlust trifft die Klägerin als Eigenthümerin, indem die Aufstellung eines Grab-scheites, als eines land-wirthschaftlichen Geräthes, im Gutsgehöfte dem Beklagten als eine Verschuldung nicht ohne Weiteres zur Last gelegt werden kann. Nicht minder hat die Klägerin durch den Verkauf und die Ansichnahme und Fortschaffung der oben gedachten Sachen die Unmöglichkeit der Naturalrückgabe Seiten des Beklagten herbeigeführt. Auch kommt hierbei darauf, ob die Klägerin das Bette mit Zustimmung ihres Ehemannes oder eigenmächtig verkauft, ingleichen ob sie das Kaufgeld erhoben und an Beklagten abgeliefert habe, etwas nicht an, da die Klägerin nicht den Erlös, sondern das Bette in Natur gefordert hat.

Uebrigens hat man im Urthel zufolge der bestehenden Spruchpraxis zunächst nur die Folgen ausgesprochen, welche eintreten, wenn die Klägerin den ihr im Urthel unter 3 a. und b. auferlegten Eid schwört. Sollte daher die Klägerin diese Eide ganz oder theilweise nicht leisten, so wird anderweit zu erkennen sein.

3.

Beklagter hat in der Anmerkung zu pet. l. c. 191—193 angezeigt, daß zur Zeit der Auflösung der Ehe in Folge des fortgesetzten Gebrauchs von dem unter Nr. 13 aufgeführten Wirthschaftswagen mit Kasten und Ernteleitern nur noch zwei Räder, der Kasten und die Leitern übrig gewesen, auch die unter II. bei Nr. 114 gedachte Käsebank von Holz zer-

brochen gewesen sei, indem sich Beklagter gleichzeitig erboten hat, die noch vorhandenen zwei Räder, Kasten und Leitern des Wagens, so wie die zerbrochenen Stücke der Käsebank an die Klägerin auszuhändigen. Die vorige Instanz hat auf Beweis dieser Ausflucht erkannt. Nach der Ansicht des OAG.'s bedarf es jedoch weder eines Beweises, noch der Leistung des über dieses Vorbringen angetragenen und angenommenen Eides. Denn wie bereits oben unter 2 a. erwähnt worden, ist der Ehemann gesetzlich berechtigt, die ihm inferirten nicht fungiblen Ausstattungsgegenstände zu benutzen. Da nun die Abnutzung und die hierdurch herbeigeführte Werthverminderung der in des Ehemannes Gebrauch befindlichen beweglichen Dotalsachen eine unvermeidliche regelmäßige Folge des Gebrauchsrechts ist, so genügt der Ehemann, wie jeder Usufructuar, der Restitutionspflicht, wenn er die nicht vertretbaren Sachen in dem Zustande, in welchem sie sich bei Beendigung des Nießbrauchs befinden, zurückgibt.

l. 1 pr. l. 9 § 3 D. usufr. quemadmodum caveat. 7, 9,

Glück, Commentar Tbl. IX, S. 470 flg.

Auch ist dem Ehemanne das Recht, die ihm inferirten nicht vertretbaren Sachen in dem durch den regelmäßigen Gebrauch eingetretenen verschlechterten Zustande, wie sie bei Auflösung der Ehe beschaffen sind, zurückzugeben, in l. 11 de jure dotium 23, 3 durch die Worte: „sane et deteriorem reddere poterit“ ohne alle Beschränkung eingeräumt worden, indem er lediglich dafür einzustehen hat, daß die Sachen nicht auf eine sonstige mit dem ordnungsmäßigen Gebrauche nicht in Verbindung stehende und ihm als Verschuldung oder als culpa in concreto anzurechnende Weise deteriorirt werden. Hieraus folgt, daß der Ehemann wegen der in Folge der regelmäßigen Benutzung entstandenen Verschlechterung nicht haftet, sondern ein weiteres thatsächliches Moment hinzukommen muß, um ihn wegen der eingetretenen Deterioration verantwortlich zu machen. Dieser besondere Entstehungsgrund der nur ausnahmsweise eintretenden Verpflichtung des Ehemannes zum Ersatze der Werthverminderung bildet hiernach in jedem concreten Falle das Fundament des Ersatzanspruchs und muß, so bald die Frage streitig wird, ob die Werthverminderung die Folge des ordnungsmäßigen Gebrauchs Seiten des Ehemannes oder einer von ihm zu vertretenden Verschuldung ist, von der Ehefrau speciell angeführt und bewiesen werden.

Gerau a. a. D. S. 211 flg.

Aus diesen Gründen kann sich die Klägerin nicht entbrechen, den unter II. bei den Nummern 13 und 14 erwähnten Wagen und die Käsebank in dem von Beklagtem angezeigten verschlechterten Zustande, welcher einem theilweisen Untergange nahe kommt, anzunehmen, wobei ihr jedoch, falls sie, wie bis jetzt nicht geschehen ist, die eingetretene Verschlechterung einer Verschuldung des Beklagten beimessen sollte, unbenommen bleibt, ihre etwaigen Schädensprüche mittelst besonderer Klage an- und auszuführen.

II.

Die Klägerin hat angeführt, daß sie ihrem Ehemanne unter andern die unter den Nummern 41—46 aufgeführten Kleidungsstücke und zwar 1 Duzend Mannshemden, 1 Mannspelz, 1 Tuchmantel, 2 schwarze Tuchwesten, 2 Paar Mannstiefeln und 1 Paar Pantoffeln ein- und zugebracht habe. Von der nach gemeinem Rechte controversen

Glück, Commentar Thl. IX, S. 174 flg. und 392 flg., in § 624 des BGB.'s entschiedenen Rechtsfrage, ob Kleidungsstücke zu den vertretbaren oder nicht vertretbaren Sachen zu zählen seien, ist abzusehen, da bereits zu Gunsten des Beklagten rechtskräftig feststeht, daß letzterer die oftgedachten Kleidungsstücke nicht in gleicher Quantität und Qualität, beziehentlich nach dem Werthe, den sie zur Zeit der Illation gehabt, sondern nur in dem Zustande, in welchem sie sich nach einem ordnungsgemäßen Gebrauche bei Auflösung der Ehe befunden haben, zurückzugewähren hat. Dem auf Rückgabe dieser Sachen gerichteten Suchen der Klägerin steht jedoch entgegen, daß aus der Klage nicht zu ersehen ist, ob der Tuchmantel und die Pantoffeln zum Gebrauche einer Manns- oder Frauensperson bestimmt gewesen seien, dieser Umstand aber deshalb von Einfluß ist, weil der Ehemann für weibliche Kleidungsstücke, selbst wenn sie in dotem gegeben worden sind, in der Regel nicht haftet.

l. 10 pr. D. de jure dot. 23, 3.

Hierzu kommt aber, daß die Klägerin in der Klage selbst eingeräumt hat, daß die sämtlichen sub I aufgeführten Gegenstände und mithin auch die darunter begriffenen Kleider Nr. 41—46 dergestalt verwendet und verbraucht worden, daß sie jetzt nicht mehr vorhanden seien. Unter diesen Umständen ist Beklagter völlig außer Stande, der Verurtheilung Bl. unter 3. diese Kleider in Natur und in dem Zustande, wie sie sich bei

Auflösung der Ehe befunden haben, zurückzugeben, zu genügen. Auf die Frage aber, ob Klägerin anstatt der Naturalrückgabe eine Geldentschädigung für die nicht mehr vorhandenen Kleider fordern dürfe, ist gegenwärtig nicht einzugehen, weil die Klägerin weder den Werth dieser Kleider zur Zeit des Verlusts derselben angezeigt und ihren Anspruch auf eine Geldentschädigung gerichtet, noch Thatsachen angeführt hat, vermöge deren Beklagter zu Vergütung des Geldwerths verpflichtet sei.

Man hat daher den Anspruch der Klägerin, soweit er sich auf die nurgedachten Bekleidungsgegenstände bezieht, in Verfolg der dritten Appellationsbeschwerde des Beklagten in der angebrachten Maasse abgewiesen. Dagegen hat man die Frage, ob das Suchen der Klägerin in Betreff des unter I. bei Nr. 50 gedachten Federviehes schlüssig sei, schon deshalb auf sich beruhen lassen, weil insoweit Beklagter eine specielle Beschwerde nicht aufgestellt hat, so daß dahin gestellt bleiben kann, ob nicht auf inferirtes Federvieh die Grundsätze über Nießbrauch an rebus fungibilibus anzuwenden seien, und ob mithin nicht die vorige Entscheidung, soweit sie die Hühner unter I. Nr. 50 betrifft, lediglich zu Gunsten des Beklagten gereiche.

III.

Beklagter ist von voriger Instanz der Illation des in der Klage unter II. Nr. 74 gedachten Duzends Tischtücher, von welchen die Klägerin die Hälfte zurückerhalten hat, wegen fehlerhafter Einlassung bei pet. lit. c. 162 und 163, welche nicht auf Tisch-, sondern auf Taschentücher gerichtet worden sind, für geständig und überführt erachtet worden. Da durch das gerichtliche Zeugniß Bl. constatirt wird, daß in der vom Gericht dem Beklagten zugefertigten Abschrift der Klage unter Nr. 74 ein Duzend leinene Taschentücher aufgeführt sind, so steht fest, daß Beklagtem bis jetzt keine Gelegenheit geboten worden ist, sich über die bei Nr. 74 geforderten Tischtücher zu erklären. Mit Rücksicht auf den höchst geringen Werth, den diese Tischtücher haben sollen, ist auf Kosten des Prozeßgerichts, welchem das hierunter verhangene Versehen zur Last fällt, nach Maafgabe des Bagatellgesetzes vom 16. Mai 1839 ein Verhandlungstermin anzuberaumen und unter Berücksichtigung der Vorschriften dieses Gesetzes über den Anspruch der Klägerin auf Restitution der geforderten 6 Stück Tischtücher zunächst in erster Instanz zu entscheiden.

IV.

Die vorige Instanz hat die Eide in Betreff der Illation nicht gleichmäßig geförmelt. Denn während das Delatum bezüglich eines Unterbettes lediglich auf die Uebergabe und Empfangnahme gerichtet worden ist, sind die Eide Bl. auf der 1. und 2. Zeile zugleich auf die Thatsache erstreckt worden, daß die Klägerin die in den zuletztgedachten Eidesnotuln erwähnten Gegenstände bei ihrer Verheirathung in das Gut des Beklagten zu S. gebracht habe. In Beachtung der VI. Beschwerde des Beklagten ist der zuletztgedachte Passus der Eidesnotuln in Wegfall gestellt worden, da unter den in der Klage erwähnten Ausstattungsgegenständen viele Effecten sich befinden, welche zum weiblichen Gebrauche dienen und bei denen daher aus dem bloßen Factum des Transports derselben in des Beklagten Gut nicht ohne Weiteres die Absicht, solche dem Ehemanne als dos zu inferiren, angenommen werden kann.

Sintenis a. a. D. Thl. III, S. 15 ed. 2.

Dagegen hat man den zweiten Eid nicht bloß, wie Bl. auf der dritten Zeile geschehen ist, auf die Uebergabe der Sachen Seiten der Klägerin, sondern auch auf die Empfangnahme derselben Seiten des Beklagten gerichtet, indem diese Sachen für inferirt angesehen werden müssen, sobald der Beklagte dieselben als einen Bestandtheil des seiner Administration und Nutznießung unterworfenen eheweiblichen Vermögens in Empfang und an sich oder in Besitz genommen hat.

V.

Was endlich die nach Höhe von 350 Thlrn. vorgeschützte Ausflucht der Gegenforderung anlangt, so bescheidet sich Beklagter, daß dieselbe insoweit nicht in Betracht kommt, als die Klägerin Naturalrückgabe der nicht vertretbaren Sachen gefordert hat, und in Betreff der vertretbaren Sachen die Entscheidung von einem Delateide abhängig gemacht hat. Dagegen erscheint der Antrag Beklagten, daß ihm der Beweis der nurgedachten Ausflucht dem Anspruche der Klägerin auf die in der Klage unter I. bei Nr. 1 bis mit 40 geforderten vertretbaren Sachen gegenüber, soweit diese Gegenstände von ihm zugestanden worden sind, nachgelassen werde, ausreichend begründet, weil ihm das Wahlrecht zusteht, ob er diese Sachen in gleicher Qualität und Quantität oder nach dem Taxwerthe,

den sie zur Zeit der Illation gehabt haben, zurückgewähren wolle, und bei alternativen Forderungen die Compensation zulässig ist, wenn der in Anspruch genommene Schuldner die Wahl hat und einen compensablen Gegenstand wählt.

Krug, Compensation § 46,

Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd I, S. 561.

Auch ist der gedachte Grundsatz in den Motiven zu § 988 des BGB.'s anerkannt worden.

Siebenhaar, Commentar Thl. II, S. 172.

Die vorige Instanz hat die Compensationsausflucht deshalb für unzulässig gehalten, weil Beklagter sich zur Zeit noch nicht unbedingt zur Vergütung in Geld erboten habe, mithin die Gleichartigkeit beider Forderungen fehle. Nach der Ansicht des OAG.'s ist jedoch schon in der Vorschüzung der Ausflucht der Gegenforderung stillschweigend die Erklärung des Beklagten, daß er die Geldentschädigung wähle, und auf dieselbe die angemeldete Gegenforderung in Aufrechnung bringen wolle, enthalten, so daß es einer ausdrücklichen Erklärung über die Ausübung des Wahlrechts, wie sie nachträglich Bl. abgegeben worden ist, bei Vorschüzung der Exception selbst nicht bedurft hat.

Personalveränderungen.

(Vgl. oben S. 97.)

In Folge Ablebens des Oberappellationsrathes Alexander Ferdinand Immanuel Pechwell (vgl. oben S. 193) ist der Appellationsrath zu Leipzig Dr. Christian Theodor Tauchnitz von Sr. Majestät dem Könige zum Oberappellationsrath ernannt und am 1. Mai 1866 in das Collegium eingewiesen, hier aber dem Civilsenate zugetheilt worden.

Präjudizien.

Civilrecht.

56.

Zu § 1631 des B.G.B.'s. — Das Recht des Ehemannes von seiner Frau Gehorsam zu fordern, ist auch nach fruchtlos wider dieselbe eingeleiteten Zwangsverfahren nicht aufgehoben.

III. Sen.-Verordn. v. 24. Febr. 1866 no. 18.

Das O.A.G. erachtet in Uebereinstimmung mit den beiden vorigen Instanzen den Widerspruch des Impetraten gegen die von der Impetrantin bei der Polizeibehörde beantragte Ausstellung eines Reisepasses in das Ausland für begründet. Denn das dem Ehemanne sowohl nach

Glück, Commentar, Theil 24, S. 382 flg.

als Sächsischem Rechte (§ 1631 des B.G.B.'s) zustehende Recht, von seiner Ehefrau Gehorsam zu verlangen, äußert in allen Angelegenheiten, welche auf den rein persönlichen Beziehungen der Ehegatten zu einander beruhen, z. B. bei Streitigkeiten über Leitung des Hauswesens, Erziehung der Kinder, einzelne von der Ehefrau vorzunehmende Handlungen u. s. w. dergestalt Wirkung, daß der Ehemann durch seine Stimme den Ausschlag zu geben und die Handlungen der Ehefrau zweckmäßig zu leiten hat.

Motive zu § 1631 in Siebenhaar's Commentar Th. III, S. 36. Hieraus ergiebt sich zugleich die Unrichtigkeit der Ansicht der Impetrantin, daß die der Ehefrau in § 1631 auferlegte Verpflichtung zum Ge-

horsam gegen den Ehemann nur eine sittliche des civilrechtlichen Charakters entbehrende Pflicht enthalte, indem vielmehr der Ehemann befugt ist, den Anspruch auf Gehorsam Seiten der Ehefrau, da nöthig zwangsweise, wider letztere zur Geltung zu bringen. Anderer Seits muß aber auch der Ehemann bei Ausübung des gedachten Rechts sich innerhalb der Schranken halten, welche durch den Zweck der Ehe und sonst durch ein vernünftiges Ermessen geboten sind, weshalb der Ehefrau das Befugniß nicht versagt werden kann, bei dem competenten Gericht Beschwerde zu führen, wenn der Ehemann von dem ihm gesetzlich eingeräumten Rechte, auf Gehorsam Seiten der Frau aus bloßer Willkür oder Chikane Gebrauch macht. Streitigkeiten, welche in Folge einer solchen Beschwerde entstehen, sind in der Regel summarisch zu erörtern und zu entscheiden, indem es sich hierbei lediglich um Schlichtung einer Differenz über eine die Ehegatten unmittelbar berührende Angelegenheit, nicht um die richterliche Supplirung des Consenses zu einem von der Ehefrau mit dritten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte im Sinne des § 1644 des B.G.B.'s handelt. Im vorliegenden Falle bestreitet nun Impetrantin das Recht des Impetraten, der von ihr beabsichtigten Reise in das Ausland zu widersprechen, aus dem Grunde, weil in dem vorausgegangenen Eheprozeße das Zwangsverfahren wider sie vollständig durchgeführt worden sei. Dieser Grund ist jedoch ungenügend, weil Impetrat, als der unschuldige Theil, von dem Befugnisse, deswegen die Trennung der Ehe vom Bande zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht hat, mithin auch die Ehe mit der von derselben abhängigen Verpflichtung der Impetrantin zum Gehorsam zwischen den Parteien fortbesteht. Denn wenn auch dem Impetraten nach Erschöpfung des gesetzlichen Zwangsverfahrens ein weiteres Mittel, die Rückkehr der Impetrantin in seine Behausung zu erzwingen, nicht gegeben ist, so ist er doch im Zweifel befugt, der Ausführung von Maafregeln Seiten der Frau, mittelst deren letztere ihren Aufenthalt auf kürzere oder längere Zeit in das Ausland zu verlegen beabsichtigt, zu widersprechen. Wollte die Impetrantin den Widerspruch des Impetraten als nicht begründet anfechten, so hätte ihr obgelegen, die Nothwendigkeit beziehentlich den Zweck der Reise anzuzeigen, oder nachzuweisen, daß der Ehemann bei Beantwortung der Frage, ob sie im Inlande oder Auslande lebe, irgend ein rechtliches Interesse nicht habe. Das O.A.G. hat daher die eingangsgedachte Be-

rufung verworfen, es ist auch Impetrantin dem Impetraten die durch das Rechtsmittel verursachten Kosten zu erstatten verbunden.

57.

Ueber nützliche Verwendungen auf das eheweibliche Grundstück — §. 1688 verb. mit §§. 616 und 316 des B. G. B.'s.

II. Sen.-Erk v. 27. Juni 1865 no 341/356.

Hinsichtlich des Bl. berechneten Bauaufwandes kann es auf sich beruhen, ob nach Lage der Sache die Errichtung eines neuen Seitengebäudes im Zweifel als eine wenigstens nützliche Verwendung in das Gut der Beklagten betrachtet werden könne. Denn giebt man dies auch zu, so würde der Kläger den Aufwand für die Herstellung dieses Gebäudes doch nur insoweit, als dadurch der Werth des Gutes zur Zeit seiner Herausgabe erhöht worden, und wenn solche Verwendungen von dem Eigenthümer selbst nach seinen Verhältnissen hätten gemacht werden können, zu beanspruchen haben,

l. 38. D. de rei vind. 6. 1.

l. 5. §. 3. l. 14. §. 1. D. de imp. in res dot. 25. 1.

l. 79. D. de V. S. 50. 16.

Windscheid, Pandecten §. 195. S. 493,

vergl. auch § 1688 in Verbind. mit §§ 616 und 316 des B. G. B.'s.

Ob nach diesem Grundsatz ein Zweifel angenommen werden dürfe, daß die Summe der auf den Bau verwendeten Kosten den richtigen Betrag der zu restituirenden *impensae utiles repräsentire*, ist eine *quaestio facti*, bei welcher die Zeit der Restitution nicht außer Betracht bleiben kann. Umsomehr ist aber der Ansicht der vorigen Instanz darin beizustimmen, daß auch der Ersatz nützlicher Verwendungen erst bei der Beendigung des Nießbrauchs und der Zurückgabe der demselben unterworfenen Sache zu erfolgen habe, indem bis dahin der Usufructuar die angebrachten Verbesserungen selbst noch inne hat und zu seinem eigenen Vortheil benutzt. Die bloße Genehmigung einer nützlichen Verwendung als solcher würde in Bezug auf die Zeit der Erstattung keinen Einfluß äußern, obschon sie nach Befinden der Umstände in Bezug auf das Quantum der zu restituirenden Kosten in Berücksichtigung gelangen

könnte. Nach dem wegen anderer Forderungen geltend gemachten Grundsatz, daß an sich zulässige Verträge in der Regel auch zwischen Ehegatten mit voller Rechtswirkung abgeschlossen werden können, würde sich vielleicht eine andere Auffassung rechtfertigen lassen, wenn der Kläger den Bau des fraglichen Seitengebäudes in speciellm und ausdrücklichem Auftrage der Beklagten ausgeführt hätte. Allein der Abschluß eines solchen förmlichen Mandatvertrages ist in der Klage nicht mit der nöthigen Bestimmtheit behauptet worden. Denn der „ausdrückliche“ Wunsch der Beklagten, dessen der Kläger gedenkt, kann ebensowohl in der gelegentlichen Aeußerung der Beklagten, daß es zweckmäßig und wünschenswerth sei, wenn der Kläger als Verwalter und Nießbraucher ihres Vermögens eine solche Verwendung vornehme, als in einem in die äußere Form der Bitte eingekleideten, wirklichen Mandate bestanden haben, bei dem übrigens noch eine genauere Bezeichnung der Grenzen des Auftrages und somit der Maasstab dafür, inwieweit die Forderung des Klägers unter die *actio mandati contraria* fielen, zu vermissen sein würde.

58.

Ueber Verträge zwischen Eheleuten in Bezug auf Alimente. — *Causa turpis?* — B.G.B. §. 1692.

II. Sen.-Erf. vom 22. Sept. 1865 no. 550/512 *).

Man ist mit der conformen Ansicht der vorigen Instanzen über die Statthastigkeit der Klage einverstanden und kann insbesondere dem Beklagten darin nicht beistimmen, daß in den von ihm Inhalt der Klage beifuge B. übernommenen Leistungen eine Bereicherung der Klägerin zu erblicken sei. Mit Recht haben die vorigen Instanzen darauf hingewiesen, daß in der gedachten Urkunde nach der hier in Frage kommenden Seite hin nur die gesetzliche Pflicht des Beklagten zu Versorgung der

*) Differenzen zwischen vermögenden Eheleuten hatten zu einer Denunciation der Ehefrau gegen den Ehemann wegen Mißhandlungen geführt. Es kam zwischen ihnen eine Aussöhnung zu Stande, wobei insbesondere der Mann der Frau zu Abschneidung weiterer Irrungen ein Kleidergeld versprochen hatte. Letzteres wurde von der Frau eingeklagt und die Klage in den Instanzen für schlüssig befunden.

Klägerin mit dem erforderlichen Kleidungsbedarfe und zwar in einer Weise geordnet worden ist, die nach dem, was die Acten über die Vermögens- und Standes-Verhältnisse der Parteien ergeben, keineswegs zu dem Nachtheile des Beklagten gereicht, vielmehr eine voraussehbare sogar mäßige Abfindung der Klägerin rücksichtlich jenes Bedarfs enthält. Eine nothwendige Consequenz der gedachten Vereinbarung ist es, daß einer Seits zwar Klägerin, um das von dem Beklagten verwilligte jährliche Abfindungsquantum beanspruchen zu können, nicht erst ihren wirklichen Kleidungsbedarf speciell darzulegen und nachzuweisen braucht, anderer Seits aber auch Beklagter nicht gehalten ist, selbst für den Fall effectiv größeren Bedarfs mehr als dieses Abfindungsquantum zu gewähren, und es erscheint daher ungerechtfertigt, dies als eine zum einseitigen Vortheile der Klägerin gereichende Stipulation zu betrachten, wie Beklagter will. Daß demnächst eine Vereinbarung, durch welche Eheleute in bestehender Ehe die gesetzliche Alimentationspflicht in der hier fraglichen, bekanntlich nicht ungewöhnlichen Weise, modificiren, mit dem Wesen der Ehe nicht in Widerspruch stehe und auch vom Standpunkte des BGB.'s §. 1692 aus nicht zu beanstanden sei, bedarf keiner ausführlichen Darlegung, wie denn das OLG. noch neuerlich (in Interventionsachen Barthin c/a Schmidt no. 411/377 der Civ.-Rgst. von 1865) einen Vertrag, mittelst dessen die Ehefrau gegen entsprechende Ueberlassung gewisser Vermögensnutzungen die Alimentation des Ehemannes übernommen hat, von dem, der vorangezogenen Vorschrift des BGB.'s zu Grunde liegenden Gesichtspunkte des öffentlichen Rechts aus nicht für principiell unstatthaft oder unwirksam erachtet hat. Liegt aber in dem Gegenstande der Vereinbarung selbst nichts, was auf eine turpis vel injusta causa bezogen werden könnte, drückt im Gegentheil der abgeschlossene Vertrag seiner ganzen Tendenz wie den einzelnen Bestimmungen nach den löblichen Zweck aus, das eheliche Verhältniß der Parteien durch Beseitigung aller Ursachen des zeitherigen Zerwürfnisses zu befestigen und gegen künftige Störungen zu sichern, so kann auch in der rechtlichen Auffassung dadurch, daß der Anlaß dazu durch einen von der Klägerin gestellten Antrag auf Einleitung der Untersuchung wegen von dem Beklagten zugefügten Mißhandlungen gegeben worden ist, mindestens so lange nichts geändert werden, als unerwiesen ist, — und in den Acten liegt für diesen Nachweis nicht das Mindeste vor — daß die

dem Antrage zu Grunde liegende Beschuldigung grundlos oder widerrechtlicher Weise dazu benutzt worden sei, einen an sich nicht widerrechtlichen Zweck zu erreichen. Von der Verletzung des öffentlichen Interesse an der Bestrafung der fraglichen Gesetzübertretung kann bei der Beschaffenheit des in Frage befangenen Antragsverbrechens nicht die Rede sein und etwas Unsittliches oder die allgemeinen Begriffe von Ehrbarkeit Verlegendes ist darin nicht zu befinden, daß die Ehefrau zu dem Absehen von der Bestrafung des Ehemannes sich durch die Rücksicht auf Verheißungen desselben bestimmen läßt, die nur zu Erhaltung und Befestigung des ehelichen Friedens dienen sollen.

59.

Ueber das Gewicht der im BGB. § 1868, 1869 aufgestellten Vermuthung für Alimentation des außerehelichen Kindes Seiten der Mutter, beziehentlich ihres Ehemannes.

II. Sen.-Erf. v. 18. Aug. 1865 no. 414/408.

Den Gründen, aus welchen von der vorigen Instanz der vom Kläger und der Mitklägerin erhobene Anspruch auf Gewährung von Alimentern für das von der letzteren außer der Ehe geborne Kind zurückgewiesen worden ist, hat Man nur beitreten können, da sie auf der vom OAG. bereits vielfach ausgesprochenen Rechtsansicht beruhen, daß sowohl die Mutter eines außerehelichen Kindes als dritte Person die Gewährung der gesetzlichen Alimentergelder von dem außerehelichen Vater nur in Folge einer negotiorum gestio fordern können und daß, wenn die Mutter des Kindes verheirathet sei, deren Ehemanne die Vermuthung zur Seite stehe, daß er während der Ehe den Unterhalt desselben bestritten habe,

Zeitschrift für Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XVI. Seite 157, 328, ein Satz, welcher auch den in §§ 1868, 1869 des BGB.'s enthaltenen Vorschriften zum Grunde liegt.

Daß aber diese Vermuthung durch Beibringung von Thatsachen, aus denen sich das Gegentheil ergibt, wieder aufgehoben werden könne, bedarf keines besonderen Nachweises und eben so gewiß ist es, daß

solchenfalls der Ehemann der Geschwächten seinen Anspruch auf dergleichen Alimente durch Anführung hierzu geeigneter factischer Umstände speciell begründen müßte. Im vorliegenden Falle ist nun durch das Zugeständniß des Klägers vollständig in Liquidität gesetzt, daß das Kind der Mitklägerin, für welches Alimente gefordert werden, nicht von ihm unterhalten worden sei, und eben so wenig kann nach der in der Klage und sonst in den Acten enthaltenen Auslassungen des Klägers angenommen werden, daß er oder die wegen der zukünftigen Alimente als Mitklägerin aufgetretene Ehefrau desselben die künftige Alimentation dieses Kindes übernehmen wolle oder werde. Der sich hieraus ergebenden unzureichenden Begründung des fraglichen Anspruchs wird auch keineswegs, wie bereits dargethan worden, durch das zwischen der Mitklägerin und der bisherigen Ernährerin des Kindes bestehende nahe verwandtschaftliche Verhältniß, auf welches Kläger Bezug genommen haben, abgeholfen, da eine dahin gehende Vermuthung, daß die Mutter der Mitklägerin dieser oder dem Kläger mit Ansprüchen, welche ihr an den Beklagten erwachsen seien, ein Geschenk machen wollen, gänzlich unstatthaft sein würde.

Da aber die Klage in dieser Beziehung aller thatsächlichen Begründung entbehrt, so kann auch nach bekannten processualischen Grundsätzen davon, den Klägern, wie sie beantragen, die nachträgliche Beibringung derartiger, von ihnen nicht einmal mit Bestimmtheit aufgestellter Behauptungen zu gestatten, nicht die Rede sein.

60.

Die frühere subsidiäre Alimentationsklage wider die Eltern des Schwängerers ist beseitigt. — BGB. § 1874; § 21 der Publ.-B. vom 2. Jan. 1863.

II. Sen.-Erf. v. 15. Decbr. 1865 no. 719/699.

Man hatte der vorigen Instanz (AG. Dresden) darin beizutreten, daß dem Suchen der Klägerin wenigstens in Ansehung der auf die Zeit vom 1. März 1865 abgeforderten Alimentenbeiträge die Bestimmungen des gegenwärtig geltenden Rechts entgegenstehen. Das BGB. kennt die subsidiäre Verbindlichkeit der Eltern des Vaters eines außerehelichen Kindes zu dessen Unterhaltung, wie eine solche bisher nach den Vor-

schriften der 28. Decision vom 2. Juli 1746 und des Mandats einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betr. vom 12. Novbr. 1828, § 6, bestand, nicht, indem es in § 1874 zwar verfügt, daß zwischen dem außerehelichen Kinde, so wie seiner Mutter und seinen Verwandten von mütterlicher Seite alle Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei einem ehelichen Kinde, insbesondere auch rückfichtlich der Unterhaltungspflicht beständen, dagegen aber der subsidiären Alimentationsverbindlichkeit der Eltern des außerehelichen Schwängerers nicht gedenkt. Es erwähnen auch die speciellen Motiven zu gedachter Paragraphe (§ 1907 des Entwurfs) ausdrücklich, daß man die subsidiäre Alimentationsverbindlichkeit der Eltern des außerehelichen Schwängerers weggelassen habe.

Sonach könnte sich nur fragen, ob im vorliegenden Falle das frühere Recht noch um deswillen zur Anwendung zu bringen sei, weil die Geburt des Kindes der Klägerin bereits am 31. Januar 1863, mithin längere Zeit vor dem Beginn der Wirksamkeit des BGB.'s erfolgt und die Behändigung der Ladung auf die erhobene Klage an die Beklagte ebenfalls noch vor letztgedachtem Zeitpunkte geschehen ist.

Man hatte jedoch auch diese Frage in Uebereinstimmung mit der vorigen Instanz zu verneinen. Allerdings ist der Grund der Verbindlichkeit des außerehelichen Vaters zur Alimentation des von ihm außer der Ehe erzeugten Kindes vielfach bestritten,

Busch im Archiv für civilist. Praxis, Bd. XXIII. S. 216 flg., allein unter den verschiedenen Meinungen, welche hierüber hervorgetreten sind, hat auch nach der Ansicht des OAG.'s diejenige am Meisten für sich, welche die erwähnte Verpflichtung des außerehelichen Vaters auf die durch die Vaterschaft entstehende Verwandtschaft und mithin auf ein Familienverhältniß zurückführt, und auch dem bisher in Sachsen gültig gewesenen Rechte ist diese Anschauung nicht fremd, wie sich schon daraus ergibt, daß nach ihm auch die Ascendenten des Schwängerers unter Umständen als alimentationspflichtig betrachtet werden. Nicht minder liegt diese Auffassung dem BGB. zu Grunde.

Siebenhaar, Commentar Bd. I. S. 18 und in der Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIX. S. 130.

Geht man aber hiervon aus, so hat man auch, wie schon von der vorigen Instanz ausgeführt worden, die dormalen geltende Gesetzgebung

von dem Zeitpunkte ihres Inkrafttretens auf alle Ansprüche anzuwenden, welche aus einem Verhältniß der oberrwähnten Art ihren Ursprung herleiten und zwar selbst dann, wenn das fragliche Verhältniß schon vor dem gedachten Zeitpunkte begründet wurde, dafern diese Ansprüche nur überhaupt solche sind, daß es einer Entscheidung über dieselben noch bedarf. Denn wenn das neue Gesetz einem gewissen zwischen zwei Personen bestehenden persönlichen Verhältniß den Charakter eines Familienverhältnisses, der ihm bis dahin innewohnte, entzieht, fällt mit dem Moment, wo dieses geschah, also mit dem Zeitpunkte der Wirksamkeit des neuen Gesetzes, auch die Wirkung weg, welche das betreffende Verhältniß in rechtlicher Beziehung bis dahin äußern konnte und handelt es sich daher um Ansprüche, welche ein solches Verhältniß als ein bisher anerkanntes Rechtsinstitut vorher erzeugen konnte, so erscheint deren Geltendmachung von selbst ausgeschlossen, sobald das fragliche Verhältniß als ein zur Erzeugung von Rechten und Verbindlichkeiten geeignetes Rechtsinstitut zu existiren aufhört, indem mit dem Erlöschen des Daseins des Letzteren auch die Rechte und Verpflichtungen aufhören, welche nur in der Existenz des fraglichen Rechtsinstituts ihre Entstehung finden konnten. Dieser Grundsatz findet sich auch in § 21 der Publicationsverordnung vom 2. Januar 1863 ausdrücklich ausgesprochen, und wenn schon dort nur der Alimentationsansprüche der außerehelichen Kinder gegen ihren außerehelichen Vater gedacht ist, so hat doch das der dort getroffenen Bestimmung zu Grunde liegende Princip auch auf diejenigen Alimentationsansprüche Anwendung zu finden, welche nach dem früheren Recht dem außerehelichen Kinde gegen die Ascendenten seines außerehelichen Vaters zustanden. Hiergegen kann sich auch Klägerin nicht auf § 2 des BGB.'s berufen. Denn auch in dieser Paragraphe ist die rückwirkende Kraft des Gesetzes für die Fälle gewahrt, in denen nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift oder nach der bei richtiger Auslegung des Gesetzes sich ergebenden Absicht des Gesetzgebers dem Gesetz rückwirkende Kraft beizubehalten soll, und wo dieses der Fall ist, müssen auch Handlungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes vorgenommen wurden, ganz so unter Letzteres subsumirt werden, als wenn sie unter dieses selbst gefallen wären.

61.

Ueber die Wirksamkeit einer vom Erblasser geordneten Testamentsanerkennungsfrist. — Zu vgl. BGB. § 2264.

II. Sen.-Erf. vom 7. Decbr. 1865. no. 646/677.

Die Vorschrift in § 5 des von dem Vater und Erblasser der Partheien errichteten Testaments enthält eine klare und bestimmte Aeußerung der Willensmeinung des Testirers, daß die von ihm eingesetzten Erben binnen einer von Publication des Testaments an zu rechnenden sechswöchentlichen Frist bei Vermeidung der Beschränkung auf den Pflichttheil „diese seine letztwilligen Anordnungen allenthalben als unbedingt rechtsverbindlich erkennen sollen“. Die rechtliche Zulässigkeit einer derartigen Bestimmung, welche ausdrücklich das Pflichttheilsrecht der eingesetzten Erben anerkennt und nur den den Pflichttheil übersteigenden Betrag des Erbtheils von der gestellten Bedingung abhängig macht, ist bekannnten Rechten nach außer Zweifel, auch von den Beklagten selbst nicht bezweifelt worden. Ebensowenig kann aber darüber ein Zweifel obwalten, daß nach dem Wortlaute und Sinne der Erklärung die Erben, wie die zweite Instanz hervorhebt, irgend etwas in der gesetzten Frist thun, d. h. eine positive Thätigkeit entwickeln müssen, um ihren Willen, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers im Testamente allenthalben als unbedingt rechtsverbindlich anzuerkennen, unzweideutig zu erkennen zu geben.

62.

Ueber Anrechnung von Zuwendungen an die Kinder in den Pflichttheil von deren Kindern, als Enkel des Testators. — BGB. § 2566 flg.

II. Sen.-Erf. v. 30. Novbr. 1865 no. 650/631.

Die zur Entscheidung vorliegende Frage, ob der von dem Kläger vertretene Enkel der verstorbenen M. K. verehel. gewesene Sch. in den ihm aus dem Nachlaß der Letzteren gebührende Pflichttheil diejenigen Zuwendungen an Mithülfe und Ausstattung sich einrechnen lassen müsse, welche seiner vor der Erblasserin mit Tode abgegangenen Mutter, wenn sie zur Succession gelangt wäre, in ihren Pflichttheil einzurechnen

gewesen wären, würde in ihrer Beantwortung, wenn sie lediglich nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts zu erfolgen hätte, nach dem schon von der vorigen Instanz Bemerkten, allerdings als zweifelhaft sich darstellen. Das OAG. stimmt aber mit den Verfassern des vorigen Urtheils (AG. Leipzig) darin überein, daß jene Frage im Sächs. Recht als entschieden zu betrachten und zwar zu bejahen sei. Das Mandat, die Grundsätze der gesetzlichen Allodialerbfolge zc. betreffend, vom 31. Januar 1829 bestimmt nämlich in § 56 zunächst, wie viel der Pflichttheil der leiblichen Descendenten und Ascendenten in den einzelnen Fällen zu betragen habe und verfügt dann weiter, daß, wenn ein Kind vor dem Erblasser mit Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben sei, diese Letzteren ebenso wie bei der gesetzlichen Erbfolge an des Ersteren Stelle zu treten hätten, deshalb aber auch bei der Berechnung des Pflichttheils ohne Rücksicht auf ihre Anzahl, jedes Mal nur für eine Person anzusehen seien. Das angezogene Gesetz hat mithin ausdrücklich den Grundsatz adoptirt, daß auch in Bezug auf den Pflichttheil entferntere Abkömmlinge ebenso wie bei der Intestaterbfolge die Person ihres zwischen ihnen und dem Erblasser gestanden habenden verstorbenen Ascendenten repräsentiren und mit diesem Repräsentationsverhältniß erscheint der Grund, welcher nach gemeinem Recht gegen die Verpflichtung des entfernteren Descendenten von dem Erblasser zugewendet und von demselben bei Ausmittelung des ihm gebührenden Pflichttheils einzurechnen gewesenem Vermögen hauptsächlich geltend zu machen ist, daß nämlich dem entfernteren Abkömmling ein eignes von dem Erbrecht seines näheren Ascendenten unabhängiges Erbrecht an dem Nachlaß seines entfernteren Ascendenten zustehe, als beseitigt. Es erbt vielmehr der entferntere Descendent, wenn er seinem entfernteren Ascendenten testamentarisch nach Höhe des ihm zukommenden Pflichttheils succedirt, nach den nämlichen Grundsätzen, wie er jenem Ascendenten ab intestato succediren würde, nämlich als Repräsentant seines näheren Ascendenten und ebensogut, wie er bei eingetretener Intestaterbfolge die von dem Letzteren zu conferirenden Beträge einzuwerfen haben würde, hat er auch bei der testamentarischen Erbfolge in den Pflichttheil in diesen sich das einrechnen zu lassen, was seinem näheren Ascendenten, wäre er zur Succession berufen worden, in den Pflichttheil einzurechnen gewesen wäre. Dieses Repräsentationsverhältniß, welches übrigens in dem

BGB. § 2566 ebenfalls Anerkennung gefunden, entspricht auch der Auffassung des deutschen Rechts, nach welchem die Einwerfung der Ausstattung an die Stelle der älteren deutschrechtlichen Abschiebung der Kinder getreten ist,

Siegel, deutsches Erbrecht § 44. not. 510,

Witte, Preuß. Erbrecht S. 231, 232,

und es beruht auf der Voraussetzung, daß der Erblasser durch Gewährung von Vorempfängnissen an ein Kind, nicht die Erbtheile seiner übrigen Kinder habe abmindern wollen, daß er vielmehr derartige Vorempfängnisse dem betreffenden Kinde auf dessen künftiges Erbtheil gewährt habe und davon ausgegangen sei, daß sie bei der künftigen Erbtheilung, es möge nun die dereinstige Succession nach Stämmen oder nach Köpfen erfolgen, auszugleichen seien.

Ist es nun, wie schon bemerkt worden, an sich zweifellos, daß die Mutter des von dem Kläger vertretenen Unmündigen dann, wenn sie die Erblasserin überlebt und beerbt hätte, in ihren Pflichttheil die von der Letzteren ihr bei ihrer Verheirathung zugesagte Mithülfe und die ihr gewährte Ausstattung in ihren Pflichttheil sich einrechnen zu lassen gehabt hätte, so muß auch der genannte Unmündige die gedachten Vorempfängnisse seiner Mutter auf seinen Pflichttheil sich einrechnen lassen, dafern nicht ganz besondere Gründe vorliegen sollten, welche ihn von dieser Verpflichtung befreien würden.

63.

Ueber die Verbindlichkeiten der Gewerkschaften und Gesellschaften zu Deckung von Bergschulden, nach älterem und oem Rechte des Berggesetzes vom 22. Mai 1851.

II. Sen.-Erk. v. 30. Novbr. 1865 no. 609/651.

Nach den bis zu Emanirung des Gesetzes vom 22. Mai 1851 unbestrittenen Grundsätzen des Bergprivatrechts,

Freiesleben, der Staat und der Bergbau § 25. S. 126 flg., insbesondere Anmerkung 2. S. 130 flg.

galt bei den zum Zwecke des Bergbetriebes gebildeten Genossenschaften, Gewerkschaften sowohl als Gesellschaften bei Eigenlöhnerzechen, die

Haftung des Einzelnen in ähnlicher Weise, wie bei den Theilhabern von Actiengesellschaften als auf seinen Antheil beschränkt, dergestalt, daß einer Seits der einzelne Genosse nur zu und aus diesem Antheile, nicht persönlich und aus seinem sonstigen Vermögen, den übrigen Genossen, wie den Gläubigern der Genossenschaft gegenüber haftete, mithin durch Aufgebung seines antheiligen Rechtes sich seiner Verbindlichkeit gegen die Grubengläubiger entziehen konnte, anderer Seits aber auch in der Regel das Vermögen der Genossenschaft zunächst nur für die im Namen der Letzteren und im Interesse der Grube contrahirten sogenannten Bergschulden in Anspruch genommen werden konnte, woraus mittelbar folgte, daß eine in diese Kategorie gehörige Schuldforderung durch ihre Bevorzugung vor anderen, nicht zu den Bergschulden zu rechnenden Forderungen gewissermaßen eine Realsicherheit hatte.

In dem Gesetze vom 22. Mai 1851 ist dieses Rechtsverhältniß, soviel die als Gewerkschaften im Sinne des Gesetzes zu betrachtenden Genossenschaften anlangt, im Wesentlichen unverändert geblieben (vergl. § 23 — 27, 69 — 72). Dagegen ist in Ansehung der Gesellschaften in § 30 bestimmt, daß für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse derselben der unter ihnen bestehende Vertrag und in dessen Ermangelung die allgemeinen Grundsätze des Gesellschaftsvertrags maßgebend sein sollen, daß aber für Verbindlichkeiten, welche aus dem Betriebe ihres Bergbaues erwachsen sind, die Gesellen dritten Personen gegenüber, außerhalb des Falles ausdrücklicher solidarischer Verpflichtung, nur zu ihren Antheilen haften. Nimmt man nun auch, wie die Beklagte thut, an, daß hiernach die Haftung der einzelnen Gesellen nicht mehr auf den Antheil am gemeinsamen Berggebäude beschränkt, sondern zugleich in eine, ihr übriges Vermögen mit umfassende, obschon pro rata dieses Antheils zu bemessende übergegangen ist, so folgt doch daraus immer nur eine Erweiterung ihrer Verpflichtung, d. h. sie haften nicht mehr bloß mit ihrem Antheile an dem Vermögen der Gesellschaft, die Rechte der Berggläubiger an diesem aber erscheinen dadurch an sich keineswegs beschränkter, als sie nach bisherigem Rechte waren. Auf eine solche Beschränkung aber würde es hinauskommen, wenn man mit der Beklagten annehmen wollte, daß der einzelne Theilhaber der Gesellschaft seinen Antheil durch dessen Uebertragung an einen Dritten ohne Zustimmung des Gläubigers der Haftung für die Bergschuld ohne Weiteres

entziehen und die gewissermaßen reale Verbindlichkeit in eine rein persönliche umwandeln könnte, die denkbarer Weise nur eine ungenügende der bisherigen keineswegs gleichkommende Sicherheit darbietet. Der Gläubiger wäre dann in eine nachtheiligeren Lage, als bei dem präsumtiv ungünstigsten Falle der Auflässigkeit des Berggebäudes versetzt, in welchem ihm das Gesetz vom 22. Mai 1851, § 69 flg. nicht nur durch öffentliche Bekanntmachung Gelegenheit zu Wahrnehmung seiner Rechte giebt, sondern auch Befriedigung aus dem Erlöse des Bergwerkseigenthums zuspricht. Daß unter den diesfalls prioritätisch zu befriedigenden Ansprüchen § 71 sub 3 nur die nach Abschnitt VII an die Stolle zu entrichtenden Geldleistungen erwähnt werden, schließt noch nicht die Berücksichtigung der dreijährigen von der Production zu stürzen gewesenen Rückstände des Stollenneuntels aus, wenn man erwägt, daß insofern der Stöllner nicht deshalb als Separant aufzutreten berechtigt ist, sein Anspruch der Natur der Sache nach in den Anspruch auf Geldentschädigung übergeht, mithin den Character einer aus dem Erlöse des Bergwerkseigenthums zu befriedigenden Bergschuld im Sinne des Gesetzes nicht, wie Beklagter meint, verliert. Ein Grund, aus welchem der Gläubiger im Falle der Veräußerung einzelner Antheile eines Berggebäudes unter Umständen sogar schlimmer gestellt sein sollte, als beim Concourse oder bei der Unzulänglichkeit des Bergwerkseigenthums, ist nicht abzusehen, und man darf nur die Eventualität berücksichtigen, daß der Gläubiger seiner Forderung halber an das Bergwerkseigenthum nur zu den Antheilen der in unverändertem Verhältnisse gebliebenen Gesellen sich halten dürfe, an die in andere Hände übergegangenen Antheile aber keinen Anspruch habe, vielmehr diesfalls lediglich die persönlich verpflichteten Vorgänge verklagen könne, um die den Begriff der Bergschuld im zeitherigen Sinne aufhebenden oder doch wesentlich umgestaltenden Consequenzen, zu welchen die von der Beklagten vertheidigte Ansicht über den Einfluß des Wechsels in den Personen der Theilhaber auf die Schulden der Genossenschaft führen würde, zu erkennen und die daraus sich ergebenden Bedenken gegen die Richtigkeit ihrer Auffassung des mehr angezogenen Gesetzes zu würdigen.

64.

Interpretation der Fischordnung auf der Saale, Unstrut und Elster vom 31. Juli 1560 im Vergleich mit den späteren Fischordnungen vom 29. Juli 1657 und 2. Novbr. 1711 in Bezug auf die danach zum Fischen Berechtigten.

II. Sen.-Erf. v. 17. Novbr. 1865 no. 542/629.

Beklagte leiten ein gesetzliches Befugniß zum Fischen in ihrer Eigenschaft als angeessene Einwohner zu Pl. aus der Fischordnung auf der Saale, Unstrut und Elster vom 31. Juli 1560 (C. A. C. III. Tom. II. pag. 302 flg.) und zwar aus dem mit der Ueberschrift: „Wem zu Fischen nachgelassen“ versehenen Abschnitte ab, in welchem sich folgende Verfügung findet:

„In den gemeinen Wässern und Fischlachen soll Niemand denn diejenigen, so zu den Gemeinden der Städte, Flecken oder Dörfer gehörig und ein geessener Hauswirth sei, oder ob es sonst Jemand von seines Gutsbesizung oder von Erbgerichtigkeit wegen von alweg befugt genüßen und gar kein Hausgenosse, lediger Geselle noch Fremder zum Fischen Zug haben.“

Bei Auslegung dieser Bestimmung in Man von folgenden Gesichtspunkten ausgegangen. Im deutschen und Sächsischen Rechte hat der Grundsatz des Römischen Rechts, daß die Fischerei Jedem deshalb freistehe, weil Fische ebenso wie die der Jagd und dem Vogelfang unterliegenden ungezähmten Thiere zu den herrenlosen Sachen, die dem, welcher sich ihrer zuerst bemächtigt, zufallen, zu zählen seien, keine Aufnahme gefunden, vielmehr ist nach jetzigem Rechte zwischen Privatgewässern und öffentlichen Flüssen zu unterscheiden, indem in ersteren im Zweifel die Eigenthümer derjenigen Grundstücke, über oder durch welche die Fischwässer laufen, in letzteren der Landesherr oder die von diesem ihre Rechte ableiten, zum Fischen berechtigt sind.

Gesterding, Lehre vom Eigenthume § 15 S. 81 flg.

Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. II. S. 281 flg.

Annalen des DAB.'s Bd. VI. S. 70 flg.

Die Fischerei selbst aber als Gewerbe ist ohne Unterschied, ob sie in öffentlichen oder in Privatgewässern ausgeübt wird, der landesherrlichen

Oberaufsicht unterworfen und deshalb in Sachsen schon seit dem sechszehnten Jahrhundert durch besondere, theils auf gewisse Flüsse sich beschränkende, theils allgemeine Fischordnungen, welche hauptsächlich die Aufrechterhaltung einer pfleglichen Fischwirthschaft bezwecken, geregelt worden.

Haubold, Sächs. Privatrecht § 230.

Auch die von den Beklagten angezogene Fischordnung vom 31. Juli 1560 ist lediglich als ein Polizeigesetz aufzufassen, welches keineswegs das Recht zum Fischen allen angeessenen Einwohnern der an oder in der Nähe der Saale, Unstrut und Elster gelegenen Städte, Flecken und Dörfer eingeräumt, sondern ein Gegentheil das zeither den Stadt- und Landgemeinden vermöge eines Privatrechtstitels erworbene Befugniß zum Fischen durch die Vorschrift beschränkt hat, daß dieses Recht nicht von den sämtlichen Mitgliedern dieser Gemeinden, sondern nur von den angeessenen Hauswirthen in denselben ausgeübt werden soll. Die Ansicht der Beklagten, daß durch die oftgedachte Fischordnung zu Gunsten aller angeessenen Mitglieder der Stadt- und Landgemeinden die freie Ausübung der Fischerei in ähnlicher Weise, wie sie das Römische Recht kennt, in Sachsen in Betreff der in der Fischordnung genannten Flüsse eingeführt worden sei, ist deshalb irrig, weil die Worte der eingangserwähnten Disposition: „von alweg befugt“ sich nicht bloß auf Diejenigen, welche sonst vermöge ihrer Besitzungen, oder wegen Erbgerechtigkeit zum Fischen berechtigt sind, sondern auch auf die Gemeinden der Städte, Flecken und Dörfer beziehen, so daß der Gesetzgeber das den nurgedachten Gemeinden schon zeither zugestandene Fischereibefugniß nur insoweit anerkannt hat, als es von den geessenen Hauswirthen, nicht aber von anderen Mitgliedern derselben, ausgeübt wird. Nach der Ansicht des OAG.'s sind nun aber unter den geessenen Hauswirthen nur die Besitzer solcher bewohnter Grundstücke zu verstehen, welche schon zur Zeit der Erlassung der Fischordnung vom Jahre 1560 bestanden haben. Beklagte können sich aber auf die oft gedachte Vorschrift der Fischordnung vom 31. Juli 1560 nicht berufen, weil sie darauf, daß ihre Häuser schon damals existirt, sich nicht bezogen haben, vielmehr aus dem gerichtlichen Zeugnisse hervorgeht, daß Beklagte zu der sogenannten Alt- oder Nachbargemeinde Pl. nicht gehören.

Könnte man aber selbst der Ansicht der Beklagten, daß die Fisch-

ordnung vom 31. Juli 1560 eine gesetzliche Bestimmung dahin enthalte, daß alle angesessenen Einwohner von Pl., ohne Rücksicht darauf, ob ihre Häuser schon zur Zeit der Publication jener Fischordnung existirt haben und ob sie zur Alt- oder bloß zur politischen Gemeinde Pl. gehören oder nicht, in der Elster fischen dürften, beitreten, so würde doch ein solches allgemeines Befugniß zum Fischen durch die späteren Fischordnungen vom 29. Juli 1657 und vom 2. Novbr. 1711 (C. A. II. pag. 673 flg. und 687 flg.) aufgehoben worden sein; denn in beiden Fischordnungen, welche sich auf die Ausübung der Fischerei im Allgemeinen und ohne Beschränkung auf gewisse Gewässer beziehen, findet sich übereinstimmend folgende Disposition:

Vors Andere ordnen und wollen wir, so viel die Bäche und Fischwasser, darinnen die Communen, es seien Bürger- oder Bauersleute, so der Fischerei berechtigt, anlangt, daß alsbald nach dato in allen und jeden Dörfern, darinnen ermeldete Communen sämmtlich zu fischen haben, des Fischens sich niemand unterfangen solle, er sei denn des Orts und Dorfes Einwohner begütert und besessen und daß er alsda das gemeine Recht halte, diese und sonst niemand sollen berechtigt sein, sich dieses Fischens zu gebrauchen.

Denn zufolge dieser Vorschrift darf bei solchen Gemeinden, welche zum Fischen berechtigt sind, die Fischerei nicht von allen Gemeindegliedern, sondern nur von denjenigen Angesehenen, welche „das gemeine Recht halten“, d. h. „das Nachbarrecht genießen“, ausgeübt werden.

Da nun Beklagte zu demjenigen Vereine der angesessenen Einwohner zu Pl., welche unter dem Namen: Nachbar- oder Altgemeinde zu der gemeinsamen Benutzung gewisser Grundstücke oder Gerechtsame berechtigt sind, nicht gehören, auch dieselben darauf, daß sie Adjacenten des Flusses seien, sich nicht berufen und in dieser Eigenschaft ein Recht zum Fischen nicht prätendirt haben, so kann von der Frage ganz abgesehen werden, ob die eingangserwähnte Disposition der Fischordnung vom 31. Juli 1560 nunmehr und nachdem die Elster durch den Befehl vom 7. October 1800 § 2 und das Generale vom 8. Mai 1811 § 3 für einen öffentlichen Fluß erklärt worden, für aufgehoben zu achten sei.

65.

Zur Lehre vom Fischereiregal.

II. Sen.-Erf. v. 5. Decbr. 1865 no. 734/669.

Die Ausübung der Fischerei in den öffentlichen Flüssen, zu denen der Muldenfluß gezählt wird *) § 1 gehört dem Landesherrn

H a u b o l d , Lehrbuch 2c. § 230.

C u r t i u s , Handbuch 2c. Th. II. §. 510.

und wenn also auch das Areal des Flußbettes eines dieser Gewässer vom Staatsfiscus auf Privaten oder Gemeinden übergegangen sein sollte, so würde in einem solchen Uebergange des Eigenthums immer noch nicht der Uebergang der Fischereigerechtigkeit enthalten sein müssen, es würde vielmehr immer noch der Bezugnahme auf einen besonderen Rechtstitel für den Besitz der Fischereigerechtigkeit bedürfen.

Es liegt demnach in dem unerlaubten Fischen in dem einem Andern zugehörigen Theile eines öffentlichen Flusses keine Beeinträchtigung des Eigenthums am Areal, und daher ist auch der Schutz dieses Eigenthums dem unberechtigt Fischenden gegenüber nicht mit einer auf jenes Eigenthum basirten Negatorienklage herzustellen. Beeinträchtigt wird vielmehr durch das Fischen des Dritten nur die ausschließliche Fischereigerechtigkeit des Staates oder dessen, dem sie vom Staate verliehen worden ist.

Um also gegen die Beklagten negatorie vorgehen zu können, war die Bezugnahme auf ein Eigenthum am Muldenstromen nicht hinreichend, sondern es hätten Kläger, um ihre Klage gehörig zu begründen, darauf Bezug zu nehmen gehabt, daß ihnen auf Grund landesherrlicher Verleihung oder sonst das ausschließliche Recht der Befischung der fraglichen Stromstrecken zustehe und daß sie durch Beklagter eigenmächtiges Fischen in diesem ihrem Rechte beeinträchtigt würden.

*) Vgl. Annalen Bd. VI. S. 70.

Handels- und Wechselrecht.

35.

Prorogatio fori in Bezug auf an sich zur Competenz
der Handelsgerichte gehörige Sachen.

II. Sen.-Erf. v. 12. Decbr. 1865 no. 702/690.

Beklagter ist zunächst nochmals auf die Einrede des unzuständigen Gerichts zurückgekommen, indem er behauptet, daß er Kaufmann sei und daher vor dem Handelsgerichte im Bez.-Ger. 3. habe verklagt werden müssen. Es kann nun dahin gestellt bleiben, ob Beklagters Eigenschaft als Kaufmann aus den Acten mit genügender Bestimmtheit hervorgehe. Jedenfalls vermag die gedachte Einrede keine Berücksichtigung mehr zu finden. Denn Beklagter ist im Güte- und Rechtstermine durch seinen Sachwalter erschienen, ohne gegen den von Klägern gewählten Gerichtsstand irgend einen Einwand zu erheben. Er hat ferner ebenso das erste Verfahren mit Klägern abgesezt, ohne in dieser Richtung eine Ausstellung zu machen und es liegt daher auch nach Ansicht des OAG.'s unter allen Umständen eine stillschweigende prorogatio fori vor,

Annalen des OAG.'s Bd. III. S. 519, 520.

wie solche auch in Handelsger. Sachen zulässig ist.

Zeitschr. für Rechtspf. und Verw., N. F. Bd. XXVI. S. 243 flg.

36.

Die Zeugnisse der Commissionäre der Del- und Productenhandelsbörse zu Leipzig sind nicht öffentliche Urkunden.

— Zu Art. 66 — 84 des HGB.'s und § 7 des Einf.-Ges.

II. Sen.-Erf. v. 23. Novbr. 1865 no. 618/641.

Das OAG. hat sich bereits in einem früheren Falle dahin ausgesprochen, daß seiner Ansicht nach die Zeugnisse der Commissionäre an der Del- und Productenhandelsbörse zu L. als öffentliche Urkunden nicht anzusehen seien.

Zeitschrift für Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XVII. S. 337 flg.

Wochenbl. für merkwl. Rechtsf. Jahrg. 1858. S. 69 flg.

35*

Von dieser Ansicht, welche auch die vorige Instanz befolgt und näher ausgeführt hat, wieder abzugehen, liegt wenigstens zur Zeit eine genügende Veranlassung nicht vor und zwar um so weniger, als es den Klägern keineswegs gelungen ist, dieselbe zu widerlegen.

Das Gesetz vom 21. Sept. 1833 enthält, wie aus dessen Eingange deutlich hervorgeht, überhaupt nur Bestimmungen über die Beweiskraft der, von den in der Stadt L. nach der unter dem 7. März 1818 confirmirten, in der Beilage sub A. nebst einem Erläuterungsrescripte vom 5. November 1829 und einer Verordnung der Landesdirection vom 20. September 1832 abgedruckten Mäklerordnung angestellten verpflichteten Mäkler gehaltenen Bücher, ausgestellten Schlußzettel und Attestate.

Es läßt sich die Bestimmung sub I. dieses Gesetzes, wonach die Schlußzettel, Bücher und Attestate der in L. angestellten ordentlichen Mäkler unter gewissen Voraussetzungen als öffentliche, einer Recognition nicht bedürfende Urkunden völlige Beweiskraft haben sollen, auf die Schlußzettel, Bücher und Attestate anderer Mäkler ohne eine besondere, denselben eine gleiche Beweiskraft ertheilende Vorschrift nicht ausdehnen und zwar um so gewisser nicht, als jene Bestimmung im Gesetze selbst als eine singuläre dadurch sich gekennzeichnet findet, daß darin sub V. gesagt worden, inwiefern bei etwaniger Anstellung verpflichteter Mäkler zu Handelsgeschäften an anderen Orten Sachsens den Büchern, Schlußzetteln und Zeugnissen derselben eine gleiche Beweiskraft beizulegen sei, werde jedesmal von der administrativen Behörde in der dieshalb zu erlassenden Verordnung bestimmt werden.

Daß nun aber zu Gunsten der Commissionäre der Del- und Productenhandelsbörse zu L. aus dem Decrete vom 9. October 1848, so wie aus dem Decrete vom 7. April 1853 etwas nicht zu entnehmen sei, bedarf kaum erst eines näheren Nachweises. Denn es enthalten dieselben außer einer Bestätigung der Statuten der Delhandelsbörse vom 31. Aug. 1848, beziehentlich eines Nachtrags dazu, demzufolge letztere die Bezeichnung: „Del- und Productenhandelsbörse zu L.“ angenommen hat, nur noch die Bestimmung, daß den zu bestellenden Commissionären dieser Börse rücksichtlich der ihnen nach den Statuten überwiesenen Geschäfte und für den Umfang derselben die beantragte Exemption von § 22 der Mäklerordnung, wonach die verpflichteten Leipziger ordentlichen Wechsel-

und Waaren-Mäkler unter der § 19 gedachten Beschränkung das ausschließende Recht, erstere, alle im Handelsverkehre vorkommenden, einer Coursbestimmung fähigen Papiere und Effecten für Rechnung anderer zu verhandeln, und diesfallsige, so wie Geschäfte mit Gold- und Silberforten als Unterhändler gegen die Gebühr abzuschließen, letztere den Kauf- und Verkauf aller Arten Waaren für Andere ebenfalls gegen die Gebühr zu vermitteln und zu Stande zu bringen, haben sollen, bewilligt worden sei. Es besagen dieselben also darüber, ob den Büchern, Schlußzetteln und Zeugnissen der gedachten Commissionäre eine beweisende Kraft beizulegen sei, überhaupt gar nichts.

Nun meinen zwar Kläger, es habe in dieser Beziehung einer besonderen Bestimmung gar nicht erst bedurft, indem den Commissionären der Leipziger Del- und Productenhandelsbörse die Vorschriften bezüglich der Leipziger ordentlichen Mäkler schon von selbst zu Statten kommen müssen. Allein wie unrichtig dies ist, ergibt sich eines Theils aus dem schon oben erwähnten Eingange des Gesetzes vom 21. Septbr. 1833 andern Theils daraus, daß, wenn die Ansicht der Kläger richtig wäre, nicht abzusehen sein würde, weshalb es für nöthig erachtet worden, die fraglichen Commissionäre durch specielle Decrete von der Vorschrift in § 22 der Mäklerordnung zu erimiren.

Ebenso ungegründet ist die Behauptung der Kläger, daß die Del- und Productenhandelsbörse in Folge der Bestätigung ihrer Statuten durch das kgl. Ministerium des Innern zur juristischen Person erhoben worden und daß ihre Beamten als *personae publicae* zu betrachten seien, ebendeshalb aber *publicam fidem* genießen müßten. Denn eine juristische Persönlichkeit läßt sich bei einer Börse überhaupt gar nicht denken, und selbst wenn dies der Fall wäre, würde aus der Persönlichkeit für die Glaubwürdigkeit ihrer Beamten offenbar noch nichts folgen. Namentlich würde in der letzteren Beziehung bei ihren Commissionären auf eine etwaige Verpflichtung mittelst Handschlags an Eidesstatt an sich ohne Einfluß sein, wie schon aus der bereits angezogenen Bestimmung sub V. des Gesetzes vom 21. September 1833, wonach bei etwaniger Anstellung selbst verpflichteter Mäkler außerhalb Leipzig die administrative Behörde jedesmal erst festsetzen soll, inwiefern deren Büchern, Schlußzetteln und Zeugnissen Beweiskraft beizulegen sei, hervorgeht.

Durch § 8 des Gesetzes vom 30. Octbr. 1861, die Einführung des allgemeinen deutschen HGB.'s betreffend, sind nun zwar die Vorschriften sub I. bis V. des Gesetzes vom 21. September 1833 aufgehoben worden und dafür mit gewissen Zusätzen die Bestimmungen in Art. 77, 78 und 81 des HGB.'s getreten. Allein ganz abgesehen noch von der Frage, ob diese neuerlichen Bestimmungen auf den vorliegenden Fall überhaupt schon anzuwenden seien, wird durch solche auch für die Kläger etwas nicht gewonnen. Denn in § 7 des allegirten Einführungsgesetzes ist ausdrücklich gesagt, daß die Vorschriften in Art. 66 flg. nur auf diejenigen Mäkler Anwendung finden sollen, deren Schlußnoten und Büchern in einer von der Regierung bestätigten Mäkler- oder Börsenordnung Beweiskraft beigelegt sei, oder künftig werde beigelegt werden. Es ist also auch hier wieder anerkannt, daß den Schlußnoten und Büchern der Mäkler nicht schon von selbst eine beweisende Kraft zukomme. Daß aber den Büchern, Schlußnoten und Zeugnissen der Commissionäre der Del- und Productenhandelsbörse zu Leipzig in deren bestätigten Statuten Beweiskraft beigelegt worden sei, haben Kläger nicht einmal behauptet, weniger irgendwie nachgewiesen, wie gleichwohl ihnen zu thun obgelegen hätte, da die beregten Statuten in dem Gesetz- und Verordnungsblatte nicht zum Abdrucke gelangt sind.

37.

Ueber das Absonderungsrecht der Privatgläubiger eines Socius nach Art. 122 HGB., § 11 des Einf.-Ges. vom 30. Oct. 1861.

II. Sen.-Erk. v. 15. März 1866 no. 121/125.

Die Vorschriften in Art. 122 des ADHGB.'s und in § 11 des Einführungsgesetzes vom 30. Oct. 1861 haben offenbar das „Absonderungsrecht“, von welchem sie handeln, als ein Rechtsinstitut betrachtet, dessen Wesen und Wirkung keiner näheren Angabe bedarf, weil es auf einem nicht bloß particularrechtlichen, sondern allgemein feststehenden, juridisch-technischen Begriffe beruht. Im gemeinen Rechte kommt nun bekanntlich die separatio bonorum vornehmlich im Erbrechte vor (tit. D. de separationibus VLII, 6), um das Rechtsverhältniß zu bezeichnen, vermöge dessen die Gläubiger des Erblassers die Absonderung der Erb-

schaft von dem eignen Vermögen des Erben behufs ihrer Befriedigung aus der Ersteren zu verlangen berechtigt sind. Die Separation oder Absonderung erscheint hier gleichbedeutend mit der Ausscheidung der Vermögenstheile des Erblassers aus der durch die Vermischung derselben mit dem Vermögen des Erben entstehenden Masse zu dem Zwecke, den Erbschaftsgläubigern diejenige Befriedigung ihrer Forderungen zu sichern, auf die sie vermöge ihres Rechtsverhältnisses zum Erblasser Anspruch haben. Das Recht auf ihre Befriedigung geht der Natur der Sache nach soweit, als das ausgeschiedene Vermögen reicht und ist, im Verhältnisse zu dem Rechte der Gläubiger des Erben, ein ausschließliches; die Letzteren haben auf das ausgeschiedene Vermögen nur insoweit Anspruch, als davon nach Befriedigung der Ersteren etwas übrig bleibt (l. 1. § 17. D. tit. cit.) und bloß, wenn und soweit dies der Fall ist, kann man das Recht der Erbschaftsgläubiger zugleich als ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung bezeichnen, während außerdem der Fall einer Collision zwischen den separationsberechtigten und den nicht separationsberechtigten Gläubigern gar nicht eintreten kann. Daß in dieser Maasse das Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger auch in der Praxis der Sächs. Gerichte zeither aufgefaßt worden ist, hat bereits die zweite Instanz unter Berufung auf Reinhard, Ordnung der Gläubiger im Conkurs § 48 flg. bemerkt und es ist nur noch zu gedenken, daß das BGB. im V. Theile 4. Abth. 7. Abschn. nicht nur die Bezeichnung „Absonderungsrecht“, sondern auch, wie aus der Vergleichung der Vorschriften in § 2333 und 2340 hervorgeht, die gemeinrechtliche Bedeutung und Wirkung desselben beibehalten hat. Wenigstens der Sache nach kommt übrigens ein derartiges Absonderungsrecht gemeinrechtlich auch noch in einem der gegenwärtigen Frage näher liegenden Falle im Digestentitel de tributor. act. XIV. 4, vor, indem den Gläubigern des Hauskinds, welches mit dem peculium profectitium mehrere, beziehentlich verschiedenartige Handlungsgeschäfte (linteriam et sagariam negotiationem) betrieben hat, insofern sie in Beziehung auf ein bestimmtes Geschäft contrahirt haben, das Recht der abgesonderten Befriedigung aus der Masse dieses Geschäftes zugestanden wird, weil sie merci magis quam ipsi (negotiatori) crediderunt. Das Gesetz (l. 5. § 15. 16. tit. cit.) schreibt für diesen Fall vor, creditores separatim in tributum vocari, separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re mer-

ceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant, schließt mithin in Ansehung der betreffenden Vermögenstheile die Concurrenz anderer als der separationsberechtigten Gläubiger wenigstens so lange, bis diese vollständig befriedigt sind, aus, weil sie sonst einen Schaden erleiden würden, von welchem sie nicht betroffen werden sollen.

Wie nun schon hiernach unbedenklich von der Voraussetzung ausgegangen werden kann, daß man bei Abfassung des Art. 122 des A. D. H. G. B.'s das der particularrechtlichen Gesetzgebung anheimgegebene Absonderungsrecht der Privatgläubiger in Bezug auf das Privatvermögen nicht weniger als das den Gesellschaftsgläubigern eingeräumte Recht der abgesonderten Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen in demselben Sinne verstanden habe, welchen dem oben Bemerkten zufolge das gemeine Recht mit der separatio bonorum verbindet, so findet zum Ueberfluß diese Voraussetzung in dem Gange der Berathungen der zu Entwerfung des H. G. B.'s berufenen Commission vollständige Bestätigung. Man verweist hierunter auf die von zweiter Instanz gegebene Darstellung der einschlagenden Verhandlungen *) mit dem alleinigen

*) Die zweite Instanz hatte Folgendes bemerkt: Bei der Berathung der zu Feststellung des H. G. B.'s niedergesetzten Commission war zunächst zu der in Art. 110 des Entwurfs (Art. 122 des G. B.'s) enthaltenen Vorschrift, daß im Falle des Concursets der Gesellschaft die Gläubiger derselben nicht nur aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigt werden, sondern auch wegen des Ausfalles aus dem Privatvermögen der Gesellschaft weitere Befriedigung zu suchen befugt sein sollten, der Zusatz beantragt:

dagegen steht den Privatgläubigern der Gesellschaft ein Vorzugsrecht an dem Privatvermögen vor den Handlungsgläubigern zu.

Der von anderer Seite gestellte Antrag auf Wegfall dieses Zusatzes ward von einer Mehrheit von 12 gegen 2 Stimmen ausdrücklich abgelehnt und nur im Hinblick darauf, daß die in dem gedachten Zusatz behandelte Frage zu sehr mit den Concursetsgesetzen der einzelnen Länder zusammenhänge, als daß sie füglich im Handelsgesetzbuche selbst erledigt werden könne, wurde statt jenes Zusatzes in Art. 122 die Bestimmung aufgenommen, es bleibe den Landesgesetzen vorbehalten, zu bestimmen, ob und inwieweit den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben zustehen solle.

Diese Beschlüsse wurden gefaßt, obgleich man sich, wie die Protokolle (zu vgl. S. 4522 flg., insbesondere S. 4525) ausweisen, dabei vollkommen bewußt war, daß durch Aufnahme einer derartigen Bestimmung der Zweck,

Bemerken, daß der mit 12 gegen 2 Stimmen gefaßte Majoritätsbeschluß nicht auf die Ablehnung des in Betreff des Vorzugsrechts der Privatgläubiger vorgeschlagenen Amendements, sondern auf die Streichung der als Art. 110^a proponirten, mit dem ersten Abschnitte des Art. 122 des HGB.'s übereinstimmenden Vorschrift sich bezogen hat. Aus der gedachten Darstellung geht klar hervor, daß gegen die in Art. 110^a des letzten Entwurfs den Gesellschaftsgläubigern zugebilligte abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen unter anderen hauptsächlich die Rücksicht auf die daraus resultirende Benachtheiligung der Privatgläubiger eingewendet und zu Beseitigung dieses Einwandes zu Art. 110^a ein Zusatz des Inhalts vorgeschlagen worden ist, es stehe den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Vorzugsrecht an dem Privatvermögen vor den Handlungsgläubigern zu, daß weiter der vorgeschlagene Zusatz zwar nicht zur Aufnahme in das Gesetz gelangt ist, dies jedoch keineswegs deshalb, weil man mit dessen Inhalte nicht einverstanden gewesen, sondern lediglich aus dem formellen Grunde, weil die in dem Zusätze besprochene Frage zu sehr mit der Concurssgesetzgebung der einzelnen Länder zusammenhänge, als daß sie füglich hier erledigt werden könnte, daß endlich „statt dieses Zusatzes“, wie im Protokolle S. 4525 ausdrücklich bemerkt wird, diejenige Bestimmung, welche gegenwärtig den Schlusssatz des Art. 122 bildet, empfohlen und dieser Antrag hierauf mit großer Majorität angenommen worden ist. Streitig ist mithin die Frage gewesen, ob den Privatgläubigern in Bezug auf das Privat-

welchen man durch Einführung der Solidarität der Gesellschafter hätte erreichen wollen, für den Fall des Concursses möglicher Weise vereitelt werden würde, daß namentlich die Haftung der Gesellschafter mit ihrem gesammten Vermögen (vgl. Art. 112) dann, wenn die Societätsgläubiger wegen des bei der Vertheilung des Gesellschaftsfonds ungedeckt gebliebenen Theiles ihrer Forderungen nicht eher ein Recht auf Befriedigung hätten, als bis die sämmtlichen Privatgläubiger der Gesellschafter bezahlt seien, den größten Theil ihres Werthes verlieren müsse, und daß daher in allen Fällen, wo ein socius nur einen verhältnißmäßig kleinen Theil seines Vermögens in die Gesellschaft eingeschlossen und den größeren Theil desselben als Privatvermögen zurückbehalten habe, durch eine Bestimmung jenes Inhaltes die Vorschrift über einen separaten Handlungsfond, mit dem man den Credit der Gesellschafter habe befördern wollen, zu einem privilegium odiosum der Gesellschaftsgläubiger werden könnte &c.

vermögen ein Vorzugsrecht vor den Gesellschaftsgläubigern in derselben Maaße, wie in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen diesen vor jenen zugestanden werden solle und wenn man diese Frage, anstatt sie im Handelsgesetzbuche zu entscheiden, der Particulargesetzgebung überlassen hat, so kann dies einleuchtender Weise nicht, wie die Appellanten wollen, in der Meinung geschehen sein, daß die Particulargesetzgebung bloß in der Bestimmung, ob die Privatgläubiger zu gleichem Rechte mit den Handlungsgläubigern an dem Privatvermögen concurriren, freie Hand haben solle, weil dies den in Rede stehenden Zusatzantrag nicht, wie beabsichtigt, erledigt und überhaupt die streitige Frage gar nicht erschöpft haben würde, wie denn auch die Bedenken, welche gegen die Consequenz und Zweckmäßigkeit des im Schlusssatze des Art. 122 gemachten Vorbehaltes für die Landesgesetzgebung geltend gemacht worden sind,

Hahn, Commentar 1. Bd. S. 309 flg. gerade auf der Voraussetzung beruhen, daß damit den Privatgläubigern ein Vorzugsrecht am Privatvermögen gegenüber den Handlungsgläubigern gewährt und mittelbar den Letzteren die Vortheile der Bevorzugung in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen theilweise wieder entzogen werden.

Unter allen Umständen endlich kann darüber ein Zweifel nicht obwalten, daß die Sächs. Gesetzgebung in § 11 des Einführungsgesetzes das Absonderungsrecht der Privatgläubiger in Bezug auf das Privatvermögen in dem vorher entwickelten, dem gemeinrechtlichen Begriffe des Separationsrechts entsprechenden Sinne verstanden habe. Die speciellen Motiven

Landtagsmittheilungen 1860/61. II. Kammer, Bd. IV. S. 3654.

sprechen aus, es sei bei Annahme dieses Separationsrechts (der Gesellschaftsgläubiger), welches, obgleich aus der Natur der Sache zu rechtfertigen, doch als Privilegium des Handelsstandes sich darstelle, gerecht und billig erschienen, auch den Privatgläubigern eines Handelsgesellschafters ein Separationsrecht an dessen Privatvermögen einzuräumen, stellen mithin die abgesonderte Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dem Absonderungsrechte der Privatgläubiger völlig gleich und damit fallen alle an die verschiedene Ausdrucksweise des Art. 122 anknüpfenden

Behauptungen der Appellanten um so gewisser zusammen, als es außer allem Zweifel beruht, daß das Absonderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen im Sinne des gemeinrechtlichen Separationsrechts, mithin dahin aufzufassen ist, daß vermöge desselben die separationsberechtigten Gläubiger bis zu ihrer vollständigen Befriedigung die nicht separationsberechtigten (Privat-) Gläubiger vom Gesellschaftsvermögen ausschließen. Die Behauptung, es sei von dem Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in § 11 des Einführungsgesetzes nur hinsichtlich der Bestimmung, ob?, nicht auch bezüglich der weiteren Frage wie weit? den Gläubigern das Absonderungsrecht am Privatvermögen zustehen solle, Gebrauch gemacht worden, widerlegt sich hierdurch von selbst. Die Privatgläubiger haben in Bezug auf das Privatvermögen dieselben Befugnisse, welche das gemeine Recht den Erbschaftsgläubigern am Nachlasse ihres Schuldners zugestehet, und zwar Kraft des Gesetzes mithin ohne daß sie gleich diesen darauf besonders anzufragen genöthigt sind. Daß sie mit dem etwaigen Ausfalle ihrer Forderungen an den nach voller Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger etwa verbleibenden Ueberschuß des Gesellschaftsvermögens sich in gleicher Weise wie gemeinrechtlich die Gläubiger des Erben an den Ueberschuß der Erbschaft zu halten befugt seien, spricht weder das Handelsgesetzbuch noch das vorangezogene Einführungsgesetz aus, es bleibt dies auch für den vorliegenden Fall, in welchem volle Befriedigung der Privatgläubiger aus dem Privatvermögen in Aussicht steht, einflußlos. Dagegen können die Gesellschaftsgläubiger wegen des Ausfalls ihrer Forderungen zwar bei dem Privatvermögen ihre Befriedigung suchen, allein daß dieses ihr Recht sich auf den nach Befriedigung der Privatgläubiger verbleibenden Ueberschuß sothanen Vermögens beschränkt, bedarf nach dem bisher Ausgeführten keiner weiteren Darlegung.

Was die Appellanten außer den bereits berührten Einwendungen noch zu Unterstützung ihrer Beschwerden vorgebracht haben, stellt sich als unerheblich dar. Betrachtungen darüber, ob die Bestimmungen in § 11 des Einführungsgesetzes mit dem Interesse des Handelsstandes und mit der Idee der solidarischen Verpflichtung der Handlungsgesellschafter vereinbar seien, sind an sich der klaren gesetzlichen Disposition gegenüber nicht am Orte und soweit sie dazu dienen sollen, Bedenken gegen die von den Instanzen angenommene Auslegung und Anwendung

dieser Disposition zu erregen, nicht einmal zutreffend. Die solidarische Haftung der Handlungsgesellschafter enthält eine Eigenthümlichkeit in Bezug auf die Person der mehreren Verpflichteten, insofern jeder derselben nicht pro rata, sondern für den ganzen Betrag der Schuld haftet, nicht aber in Bezug auf die Vermögensobjecte, mit welchen der Einzelne für seine Schuldverbindlichkeit aufzukommen hat: im Zweifel und sofern nicht besondere vertragsmäßige oder gesetzliche Modificationen einschlagen, hat jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, und ohne Beschränkung auf einzelne Bestandtheile desselben dem Gläubiger aufzukommen und solidarisch verpflichtet, in diesem Sinne war daher bis zum Inslebentreten des A.D.H.G.B.'s der Handlungsgesellschafter seinen Privatgläubigern nicht weniger als seinen Handlungsgläubigern. Das Handelsgesetzbuch hat dies geändert, indem es entweder von der Idee der juristischen Persönlichkeit der Handlungsgesellschaft beeinflusst oder von der Absicht einer Begünstigung des Handelsverkehrs geleitet, eine Scheidung der einzelnen Vermögenstheile des Handlungsgesellschafters in Gesellschafts- und Privatvermögen eingeführt und auf das Erstere die Gesellschaftsgläubiger, mit Ausschluß der Privatgläubiger, ihrer Befriedigung halber angewiesen hat. An sich leitet die consequente Durchführung der hierbei zu Grunde liegenden Anschauung, daß der Gesellschaftsgläubiger in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen contrahire (*merci magis, quam ipsi credidit*) schon von selbst zu der Folgerung hin, daß der Privatgläubiger voraussetzlich in Beziehung auf das Privatvermögen contrahire, zum Mindesten kann es in keiner Weise als auffallend betrachtet werden, wenn die Sächs. Particulargesetzgebung diese Folgerung gezogen und demgemäß den Privatgläubigern ihrer Befriedigung halber vorzugsweise das Privatvermögen zugewiesen hat. Ob dadurch mittelbar die Gesellschaftsgläubiger ungünstiger gestellt werden, als es im Zwecke der verfügten Absonderung des Gesellschaftsvermögens gelegen hat, kann auf sich beruhen, jedenfalls würden die Privatgläubiger durch diese Absonderung wesentlich benachtheiligt werden, wenn sie nun auch bei dem Privatvermögen bloß als Gleichberechtigte mit den Gesellschaftsgläubigern concurriren dürften. Die billigmäßige Ausgleichung solcher Verkürzung aber ist es eben, welche das Einführungsgesetz beabsichtigt, und mit diesem Zwecke stehen dessen Bestimmungen in § 11 in der zeither dargelegten Auffassung vollkommen im Einflange.

Ausstellung eines Wechsels Seiten einer Ehefrau mit dem Ehemann ist i. Z. nicht Bürgschaft. — Um gegen eine als Handelsfrau prädicirte Ehefrau die executio in personam zu erlangen bedarf es im Wechselprozeß der sofortigen Liquidstellung der ersteren Qualität. —

Art. 2 der A D W D.

II. Sen.-Erf. v. 15. Decbr. 1865 no. 726/698.

Die von voriger Instanz (AG. Leipzig) genommene Ansicht, daß eine Ehefrau, welche mit ihrem Ehemanne zugleich einen Wechsel ausgestellt hat, sich auf die Vorschrift des § 7 des Mandats vom 6. Novbr. 1828 über Verbürgung von Frauenspersonen nicht beziehen könne, vielmehr nach Art. 81 verb. mit Art. 98 sub 10 der A D W D. für den ganzen Wechselbetrag solidarisch hafte, stimmt mit der vom OAG. beim Rechtsprechen befolgten Meinung überein.

Zeitschrift für Rechtspf. und Verw. N. F. Bd. XXVII. S. 62 flg. Hiernächst ist nicht zweifellos, ob in Fällen der vorliegenden Art, wo die Beklagte zwar nicht zur Zeit der Ausstellung des der Wechselklage zu Grunde gelegten Wechsels die Eigenschaft einer Handelsfrau gehabt, die letztere Eigenschaft jedoch zur Zeit der Klageanstellung erlangt hat, gegen die Beklagte auf Grund Art. 2 der A D W D. der Wechselarrest zu verhängen sei, indem die von den beiden vorigen Instanzen angenommene Meinung, daß bei Beurtheilung der Frage, ob eine Frau der Wechselhaft unterliege, lediglich auf den Zeitpunkt der Eingehung der Wechselverbindlichkeit zu sehen sei, von mehreren Rechtslehrern z. B.

Kunze, deutsches Wechselrecht § 26. S. 77.

Liebe, die A D W D. S. 40.

bestritten wird. Es bedarf jedoch keines näheren Eingehens auf die nurgedachte Rechtsfrage, weil der Kläger, welcher in der erhobenen Wechselklage die Vollstreckung der Wechselhaft gegen die verklagte Frauensperson beantragt, sofort durch Urkunden nachzuweisen hat, daß die Beklagte Handelsfrau sei, Kläger aber den letzteren Umstand urkundlich nicht dargethan, und dieser Mangel der Begründung der Wechselklage im vorliegenden Urkundenprozesse durch das Geständniß der Beklagten, daß sie jetzt Handelsfrau sei, nicht ergänzt werden kann.

Der Zahlungsort der Tratte — A D W D. Art. 4 no. 8 —
wird durch Veränderung des Wohnortes des Trassaten
nicht berührt.

II. Sen. = Erf. v. 22. Decbr. 1865 no. 701/713.

Nach Art. 4 unter 8 der A D W D. gilt der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort für den Wechsel, insofern nicht ein eigener Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Bezogenen. Im vorliegenden Fall ist aber auf dem den Acten im Original vorgehefteten Wechsel ein eigener Zahlungsort nicht angegeben, und dem Namen des Bezogenen die Ortsbezeichnung „in Gr. Zschachwitz“ beigefügt und es konnte daher gedachter Wechsel in Gr. dem Bezogenen präsentirt und, wenn Letzterer daselbst nicht anzutreffen war, ebenda Protest erhoben werden.

Hiernach erscheint für die Frage, wo der erwähnte Wechsel dem Bezogenen zu präsentiren gewesen, der Umstand, ob der Letztere inzwischen seinen Wohnort verlegt habe oder nicht, als einflußlos, indem Kläger auch für den Fall, daß eine Veränderung des Wohnorts des Bezogenen inzwischen stattgefunden, voraussetzen hatte, es werde der Bezogene zur Verfallzeit des Wechsels in dem Orte, welcher als Zahlungsort zu gelten hatte, anwesend sein und dort Zahlung leisten. Es war deshalb auch gleichgültig, ob der Kläger zur Verfallzeit des Wechsels von der inzwischen eingetretenen Veränderung des Wohnorts des Bezogenen Kenntniß hatte oder nicht.

Repertorium.

I. Aufsätze.

A. Abhandlungen.

Nummer.	Seite
I. Ueber die Bedeutung der speciellen Motiven zu dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs für Auslegung des letzteren. Von Böschmann.	1
II. Einige Bemerkungen zu Abschnitt IV. der provisorischen Gerichtsordnung vom 9. Januar 1865. Von Herrn Oberappellationsrath, Ritter zc. Siegmann.	145
Verhältniß des Grund- und Hypothekenrechts des BGB.'s zu dem des Gesetzes vom 6. November 1843	145
A. Die Verwahrung und das bei derselben zu beobachtende Verfahren	146
§ 1. GD. § 119 = Hyp.-G. § 24, Verhältniß von GD. § 219 = HG. § 148 zu § 119 GD.	146
Wirkung der eingetragenen Verw., BGB. § 143 = HG. § 25	147
Anwendbarkeit der Verw.	148
Verhältniß zur Vormerkung (protestatio pro conservando loco) welche theils daneben bestehen kann, theils dadurch ausgeschlossen wird, BGB. § 406 = HG. § 88	149
Beurtheilung der Zulässigkeit eines Eintrags, welcher nach der Verw. gesucht wird	150
Die Verw. schützt nur gegen Einträge auf Grund freiwilliger Dispositionen, also z. B. nicht gegen die einer auf gesetzlichem Rechtsgrunde (§§ 390--395 BGB. = HG. § 38, 40) beruhenden Hypothek oder eines als Reallast bestellten Auszugs (BGB. §§ 515, 516 = HG. § 41)	
BGB. § 397 = HG. § 42	151
Die Verw. schützt nicht gegen die Zwangsversteigerung.	152
Desgl. nicht gegen Hülfsvollstreckung (GD. § 147, 148)	152

Nummer.		Seite
	Normen für die Thätigkeit des Hyp.-Richters (GD. § 89)	152
	Bedeutung des § 95 ¹ , GD. = HG. § 134	153
	Collisionen von Anträgen auf Eintrag	154
	Desgl. von solchen und Verw. — Fall der Eventualap- pellation (GD. § 221 = HG. § 149)	155
	Ausnahme des § 95 ² , 90 = HG. § 135	156
§ 2.	Richterliche Prüfung der Begründung und Bescheinigung	156
	1) Verw. ist eintragbar nur gegen eintragbare Verfö- gungen, also nicht gegen Abbaurechte (GD. § 133 = HG. § 10) ohne besonderes Folium	157
	2) Verw. ist eintragbar nur wegen Ansprüche an den Eigenthümer oder eingetragenen Gläubiger oder deren Erben, z. B. nicht wegen solcher gegen den Ehemann als Usfructuar	157
	3) Die Verw. muß eine nothwendige sein, ist also aus- geschlossen insofern der Anspruch bereits durch Hypo- thek gesichert oder zu sichern	158
	4) Die Verw. darf dem Umfange nach nicht das Bedürf- niß überschreiten, Dismembrationsfall	159
§ 3.	GD. § 218 = HG. § 147. — Anwendung auf Löschungen	161
	actio suppletoria oder expletoria	162
	querela inofficiosae donationis — actio Pauliana	163
	Pacht- und Miethrecht — dingliche und persönliche Rechts- verhältnisse, welche nach GD. §§ 114 ⁵ , 133 ^{3 4} als Dis- positionsbeschränkungen eintragbar	164
§ 4.	GD. § 219 = § 148 erfordert neben der Bescheinigung der Forderung auch die der Gefahr des Verlustes zc.	165
	Doppelter Zweck der Verw. behufs Sicherstellung eines Hülfsobjects	166
	„Erschwerung der Rechtsverfolgung“	167
	gegen ins Ausland Ziehende	168
	gegen Ausländer	169
	für den Pfandgläubiger?	171
	Entziehung des Hülfsobjects	172
§ 5.	§ 219. Verw. zu Sicherstellung eines Absonderungs- rechtes (BGB. § 2333) der Erbschaftsgläubiger	173
	der Vermächtnißnehmer und Anwärter	174
III.	Fortsetzung	289
§ 6.	Bescheinigung, Beweismittel — Verhältniß zum Falle der Verwahrung	289
	Eidesantrag ausgeschlossen	290
	Anstellung der Klage bei delatum i. Z. unerheblich	292

Nummer.

Seite

desgl. beim relatum	293
Zeugen, zulässig, Form der Abhörung	295
Sachverständige, zulässig	296
Urkunden, Art der Benutzung	297
§ 7. Gegenbescheinigung u. A. zulässig	297
§ 8. Res litigiosa? (BGB. § 223)	298
L. 4, C. de litig. (8, 37) — Novelle 112 c. 1.	299
Erbschaftsklage, actio comm. div. — famil. hercisc.	302
actio hypothecaria, pignoratitia in rem	303
Eigentliche Realklagen — persönliche Klage?	304
publicische Klage, bei Grundstücken ausgeschlossen	305
Vindication?	308
Anträge auf Sequestration	310
Erbschaftsklage	311
Grundstücken ohne Folium	313
IV. Fortsetzung	433
§ 9. GD. § 220 = HG. § 77. Verw. zu Sicherung der f. g. Einrede des nicht gezahlten Geldes	433
Natur und Tendenz	434
Regeln für die Anwendung	436
§ 10. Löschung der Verw. — Verfahren	442
Eventualappellation	444
Appellation gegen die abfällige Resolution	447
Form der Einträge	448
Löschung der Appellation	449
§ 11. Instanzenzug bei Appellationen gegen das Verfahren in Verwahrungsfällen	450
B. Die Vormerkung und das dabei zu beobachtende Verfahren	456
§ 12. GD. §§ 141, 142, 216, 217, 218, 221, 222, (BGB. §§ 404—407) Differenzen zwischen BGB. und HG. §§ 51, 58.	457
Natur	458
Wirksamkeit, erledigt durch Zwangsversteigerung, Concurs, allgemeines Veräußerungsverbot	459
§ 13. Abtretung des Rechtstitels zu Erlangung einer Hypothek (HG. § 82) auch nach neuem Recht zulässig, wie aus BGB. §§ 386, 954, 969 folgbar	460
Nicht zulässig in Bezug auf gesetzliche Rechtstitel nach §§ 390—392 BGB.	464
Zulässig in Bezug auf solche nach §§ 394, 395, BGB.	464
Abtretung vorgemerakter Forderungen	465

Nummer.	Seite
Analoge Anwendung der Bestimmungen §§ 419, 420, 423 auf vorgemerkte Forderungen	466
V. Ueber die Competenz der Medicinalbehörden zu Feststellung ärztlicher Liquidationen in dem Falle ihrer Einziehung im Prozeßwege, von Böschmann	241
B. Miscellen.	
I. Nekrolog Karls von Salza und Lichtenau	94
II. Personalbestand des DNG.'s	97
III. Nekrolog Alexander Ferdinand Immanuel Pechwell's	193
IV. Nachtrag zu Nr. II	528

II. Gesetzregister.

Fischordnung, auf der Saale, Unstrut, Elster v. 31. Juli 1560, 543.	Brandvers.=Ges. vom 14. Novbr. 1835.	
Fischordnung zc. vom 29. Juli 1657, 543.	§ 75, 226.	
Decisio electoralis 4, v. 22. Juni 1661, 495.	Berordnung v. 9. April 1836, 443.	
Handelsgerichtsordnung vom 21. Decbr. 1682, 209.	Berordnung v. 14. Mai 1836, 443.	
Erl. Proz.=Ordn. v. 10. Jan. 1724. ad Tit. V. § 9, 387.	Gesetz über Organisation der untern Medicinalbehörden v. 30. Juli 1836. § 10, 242.	
- - XVII. § 1 flg. 171.	Executionsgesetz v. 28. Februar 1838.	
- - XXXIX. § 19, 83.	§.	Seite
- - LI. § 1, 168.	55,	495.
Anhang § 4, 85.	56 flg.	80.
Fischordnung zc. vom 2. Novbr. 1711, 543.	95,	266.
Decisio nov. 23, v. 2. Juli 1746, 434.	Criminalgesetzbuch v. 30. März 1838.	
Gesch. Banker.=Mand. v. 20. December 1766. § 20, 143.	Art. 171 bis	
Rescript v. 1. Mai 1830, 451.	= 181,	102.
Gesindeordnung v. 10. Jan. 1835. § 51 flg. 183.	= 177,	108.
	= 247 flg.	319.
	= 304,	345.
	Justizconvention mit Preußen v. 21. Decbr. 1839. § 27, 170.	

Gesetz v. 3. Juli 1840.

§ 3, 326.

Hypoth.-Ges. v. 6. Nov. 1843.

§. Seite

10, 157.

24, 146.

25, 147.

38, 151.

40 bis

42, 151.

51, 457.

77, 433.

82, 460.

88, 149, 457.

107, 46.

134, 153.

135, 156.

147, 161.

148, 146.

149, 155, 165.

Verordnung v. 11. Jan. 1844, 454.

Gesetz v. 22. Febr. 1844, 21.

Ausf.-Verordn. dazu v. dems. Tage.

Abschn. V. sub 7, 21.

Verordnung v. 1. Oct. 1846, 453.

Allgem. Deutsche Wechselordn.

v. 26. Nov. 1848.

Art. Seite

1, 251, 253, 373.

2, 557.

4⁴, 192.4⁸, 558.

13, 254.

20, 483.

46, 375.

57, 377.

78, 27.

81, 377.

88⁴, 484.

91, 558.

95, 258.

Gesetz v. 7. Juni 1849.

§. Seite

4 bis

6, 381.

16, 381.

Gesetz, die Angelegenheiten der Presse

betr. v. 14. März 1851.

§ 28, 285.

Berggesetz vom 22. Mai 1851.

§ 23 flg. 540.

§ 30, 540.

§ 69 flg. 540.

§ 71, 540.

Oesterr. Strafgesetzbuch vom

27. Mai 1852.

§ 12, 14, 16 flg. 183.

Verordnung v. 31. Mai 1855, 157.

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.

Artikel Seite

17, 316.

20, 316.

37, 106.

43, 99.

46, 106.

47, 99.

48, 107.

61, 13.

77, 275, 339.

78, 275, 337.

82, 177.

83, 177.

89, 176.

106, 338.

128, 339.

142, 177.

143, 177.

151, 6, 178, 317.

169, 7.

171, 340.

176, 467.

180, 179.

181, 100.

182, 180.

201, 180, 190.

206, 100.

208, 106.

210, 101, 338.

211, 105.

220, 101, 105.

222, 181.

239, 183.

240, 109.

243, 276.

246, 8, 184.

264, 341.

272, 468.

276, 111, 113.

278, 109, 277, 343.

279, 282.

280, 8, 470.

282, 10, 100, 181.

284, 11, 318.

286, 11.

287, 12, 110, 468.

289, 12, 110.

293, 13.

296, 112.

36*

Strafgesetzbuch v. 11. Aug. 1855.

Artikel	Seite
298,	112.
299,	116.
301,	282.
302,	185
306,	283.
311,	319, 323.
318,	101, 283.
323,	113, 343.
339,	324.
350,	385.
352,	344.
354,	283.
356,	283.
360,	345.
449,	487.

Strafprozeßordnung v. 11. Aug. 1855.

Artikel	Seite
7,	333.
39,	347.
44,	472.
47,	325.
85,	14.
90,	115.
117,	349.
130,	327.
219,	351.
220,	351.
223,	353.
226,	352.
243,	14, 349.
260,	355.
280,	188.
282,	354.
283,	116.
284,	354.
311,	288.
326,	188.
327,	186.
342,	15.
349,	17, 327.
351,	17.
358,	356.
361,	116.
368,	329, 330, 356.
375,	331.
376,	332.
377,	327.
379,	325.
386,	189, 356.
387,	17.
409,	347.

Strafprozeßordnung v. 11. Aug. 1855.

Artikel	Seite
416,	176.
421,	116.

Forststrafgesetz v. 11. Aug. 1855.

Art. 10,	346.
= 22,	330.

Gesetz, die Beschädigung von Eisenbahnen zc. betr. v. 11. Aug. 1855.

Art. 16,	185.
----------	------

Ausf.-Verordn. v. 31. Juli 1856 (zum StGB. zc.)

§ 82,	316.
-------	------

§ 84,	177.
-------	------

Ausf.-Verordn. (zum Forst-StGB.) v. 7. Mai 1858.

§ 1,	330.
------	------

Erläuter.-Gesetz (zum StGB.) vom 15. Juli 1858, 318.

Erläuter.-Gesetz v. 25. Sept. 1861. no VI. 110.

- XXIII.	115.
-----------------	------

- XXVII.	330.
-----------------	------

Gewerbegesetz v. 15. Oct. 1861.

§ 22 flg.	45, 140.
-----------	----------

Handelsgesetzbuch v. 30. Oct. 1861.

Art.	Seite
47,	474.
49,	358.
66 bis	
84,	547.
85 flg.	363.
93 flg.	363.
122,	550.
133,	247.
167,	18.
272,	474.
274,	368.
277,	368.
298,	474.
306 bis	
308,	369.
313 flg.	335, 368.
337,	477.
340,	202, 477.
355,	481.
357,	481.
360,	474.

Ausf.-Verordn. zum BGB. vom 30. Decbr. 1861.	Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863.	Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863.
§ 8, 209.	§.	Seite
Prozeß-Novelle v. 30. Decbr. 1861.	428,	171.
§ 15, 77.	432,	171, 459.
§ 17 flg. 295.	437 flg.	162, 461.
§ 22, 494.	438,	224.
Ausf.-Verordn. dazu v. 30. Dec. 1861, § 12, S. 494.	466,	303.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863.	474,	303.
§.	515 flg.	115.
2,	519,	46.
6 flg.	523,	226.
7,	536,	226.
8,	561,	48.
62,	568,	499.
95,	571,	422.
106,	574,	505.
143,	577,	422.
190,	581,	229, 270.
197,	583,	213.
201,	616,	531.
208,	646,	165.
209,	661,	213.
211,	761,	271.
213,	767 flg.	232.
217,	783,	423.
223,	794,	309.
224,	802,	49.
276 flg.	833,	202.
277 flg.	835,	202.
285,	837,	202.
295,	838,	202.
302,	843,	202.
316,	857,	505.
321,	860,	434.
330,	870,	230.
331,	899,	51.
358,	901,	51.
359,	954,	460, 465.
375,	964,	300, 460.
386,	966,	464.
388,	969,	460, 465.
390 flg.	982,	139.
397,	988,	514.
399 flg.	1000,	414.
401,	1017 ⁵ ,	49, 273.
404 flg.	1045,	369.
406,	1048,	498.
407,	1056 flg.	163.
410,	1067,	434.
419,	1099,	425.
424,	1169,	421.
	1172,	425.
	1187 flg.	49.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863.		Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Jan. 1863.	
§.	Seite	§.	Seite
1205,	426.	2287,	157, 224.
1213,	230.	2292,	311.
1224,	164.	2321,	68.
1236,	507.	2333,	173.
1246,	232.	2359,	70.
1254 flg.	52, 427.	2364,	70.
1339 flg.	54.	2370,	70.
1359 flg.	54, 431.	2514,	175.
1366,	431.	2566,	538.
1402 flg.	512.	2589,	162.
1429,	235.	2600,	162.
1436,	62.	2601,	162.
1441,	464.	2607,	163.
1483 flg.	487.	Publ.-Verordn. zum BGB. vom 2. Jan. 1863.	
1509 flg.	163.	§ 21, 533.	
1562,	428.	§ 27, 122, 127.	
1580,	408.	Wechselnovelle v. 10. März 1864.	
1595,	117, 119, 121.	§ III. 381.	
1631,	529.	Einf.-Ges. zum BGB. v. 9. Jan. 1865.	
1634,	429.	§ 7, S. 313.	
1637,	429.	Gerichtsordnung, provisorische, v. 9. Jan. 1865.	
1650 flg.	140, 430.	§.	Seite
1655,	513.	89,	153, 291, 442.
1683,	158.	95,	153 flg., 443.
1687 flg.	514.	114,	164, 175.
1688,	531.	119,	146.
1692,	429, 532.	133,	157, 164.
1714,	122.	141 flg.	456.
1715,	122.	147 flg.	152.
1720,	129, 342.	192,	443, 445.
1721,	342.	216,	457.
1722,	124.	217 flg.	456 flg.
1731,	125, 126.	218,	148, 155, 157, 161, 175, 289, 312, 314, 436, 459.
1736,	127, 128, 130.	219,	147, 155, 161, 165, 173.
1737,	129.	220,	435.
1742,	130.	221,	155, 448, 456.
1743,	122.	222,	442, 446, 456.
1745,	126.	223,	459.
1754 flg.	132, 133.	Gesetz v. 16. Jan. 1865, die Rechts- hilfe betr.	
1757 flg.	133, 134.	§ 10, S. 170.	
1856,	63.	Verordnung, die Errichtung eines Landesmedicinalcollegii betr. vom 12. April 1865.	
1868,	534.	§ 7, S. 246.	
1869,	534.		
1874,	535.		
2155,	65.		
2166,	65.		
2264,	538.		
2286 flg.	157, 162.		

III. Sach- und Wortregister.

- Abbaurecht, Verwahrung gegen Veräußerung zc. wenn eintragbar? 157.
- Absonderungsrecht, des Erbschaftsgläubigers, Sicherung durch Verwahrung, 173.
- , des Vermächtnisnehmers und Anwärter's, 174.
- , der Privatgläubiger eines Socius in Bezug auf dessen Privatvermögen, 551.
- Abtretung, des Rechtstitels zur Erwerbung einer Hypothek, 460.
- Accord, s. Verdingungsvertrag.
- Actiengesellschaft, zur „Vermehrung oder Verminderung des Betriebscapitals“ gehört nicht jede Darlehnsaufnahme Seiten des Directorii, 136.
- Actio communi dividundo, ob sie rem litigiosam mache? 302.
- de partu agnoscendo, 63.
- expletoria oder suppletoria s. Pflichttheilserben.
- familiae herciscundae, ob sie rem litigiosam mache? 302.
- hypothecaria, ob sie rem litigiosam mache? 303.
- negatoria, s. Negatorienklage.
- Pauliana, Sicherung ihres Zwecks durch Verwahrung, 163.
- pignoratitia, in rem? 303.
- Publiciana, bei Grundstücken ausgeschlossen, 305.
- Agenten, kaufmännische, 474.
- Alimentation, des außerehelichen Kindes, die Vermuthung für die Mutter cessirt, wenn solche verheirathet, 534.
- Alimentation, des Ehemannes durch die Ehefrau kann vertragsmäßig übernommen werden, 533.
- Alimentationsklage, subsidiare wider die Eltern des Schwängerers, ist nach dem BGB. weggefallen, 535.
- Alimente, im Eheprozeße, von wann an? 133.
- , —, im Fall des Zwangsverfahrens, 134.
- Anerkennungsklage, der Mutter gegen den ehelichen Vater, 63.
- * Anträge, unterbliebene Bescheidung darauf, s. Nichtigkeitsbeschwerde.
- Anwartschaft, Sicherung durch Verwahrung, 165.
- Appellationen, gegen das Verfahren, Instanzenzug, 450.
- Arrest, s. Ausländer und Gerichtsstand.
- Arrestprozeß, s. Prozeß.
- Arztlohn, Feststellung, s. Competenz.
- Aufrechnung, bei Rückforderung der dos, 514.
- Ausländer, Sicherung der Rechtsverfolgung gegen A., 169.
- Auszugsberechtigter, wie kommt er in Bezug auf sein Wahlrecht zc. in Verzug? 421.
- Auszugswohnung, Gestaltung der Verhältnisse wenn solche durch Brand zerstört, 425.
- * Bedrohung, mit Fortstellung einer bereits eingeleiteten Untersuchung, 10.

- * Bedrohung, setzt Nachteile voraus, die der Bedrohende durch eignes Handeln herbeiführen kann, 100.
- * Behältnisse, verschlossene, nach Art. 278 unter l. b. des StGB. 109.
- * —, ausgezeichneter Diebstahl durch Eröffnung verschlossener B. 277. (Ort der Eröffnung.)
- * Beleidigung, Verhältniß des Art. 239, StGB. zu § 51 flg. der Gefindeordnung vom 10. Januar 1835, 183.
- * —, der Behörden und staatsgefährliche Schmähungen, 339.
- * —, s. a. Retorsion.
- Beschädigung, durch Thiere, eigene Verschuldung, 428.
- Bescheinigung, der Einreden, in dritter Instanz nachgelassen, 87.
- Besitz, Erwerb durch *constitutum possessorium*, 29.
- , s. a. Rechtsbesitz.
- Betrug, beim Kaufe, 202.
- * Betrug, gegen den Bürgen durch den Gläubiger u. Schuldner, 11.
- * —, wiefern der Prozeßrichter als „der Getäuschte“ zu betrachten, 318.
- * —, und Inbrandsteckung des eignen Gebäudes als fortges. Verbr. 337.
- * Bevollmächtigter, s. Rechtsmittel.
- * Beweisaufnahme durch das OAG., Umfang derselben, 15.
- Beweislast, bei Vindication von Inhaberpapieren als „gestohlene“, 369.
- , bei Nichteinhaltung des Limitum beim Consignationsgeschäft, 371.
- * Beweismittelverzeichnis, unterlassene Zustellung desselben an den Angeklagten, 355.
- Börsenpreis, eines Creditpapiers, 197.
- * Brandstiftung, die Vorschrift wegen deren Vollendung ist auf culpase Br. nicht anwendbar, 105.
- * —, s. a. Inbrandsteckung eigener Gebäude.
- Bürgerliches Gesetzbuch, s. Gesetzbuch.
- Bürgschaft, der Ehefrau, s. Ehefrau und Wechsel etc.
- Casus, s. Zufall.
- Causa turpis, s. Ehefrau.
- Clausula cassatoria, s. Rechtsverwirkung.
- Collation, s. Einwerfung.
- * Collectivvergehn, Folge hiervon bei Winkelschriftstellerei, 324.
- Collision, der Gesetze in Bezug auf durch das inländische Gesetz reprobirte Forderungen, 408.
- Commanditgesellschaft, Stipulationen der persönlich haftenden Mitglieder zu eigenem Nutzen, 18.
- Commissionäre, der Del- und Productenhandelsbörse zu Leipzig, deren Zeugnisse sind nicht öffentliche Urkunden, 547.
- Commissionsgeschäft, s. Consignationsgeschäft.
- * Commissionsgeschäfte, s. Unterschlagung.
- Compensation s. Aufrechnung.
- Competenz, s. Zuständigkeit.
- * Competenz des Einzelrichters wegen des im Art. 357 des StGB. bezeichneten Verbrechens, 472.
- Concurs, der Bestand eines vom Cridar nach Ausbruch des C. eröffneten neuen Geschäfts, kann nicht ohne Weiteres zur Masse gezogen werden, 266.
- , gegen den C. kann der Kauf anstehender Hölzer nur liquidando geltend gemacht werden, 418.
- , Verzugszinsen beim Nachforderungsrecht? 406.
- , der Cur. bon. hat Kostenvorstand zu bestellen, 405.
- , Liedlohn verliert die Priorität durch Verwandlung in Darlehn, 240.
- , Vindication nach § 20 des gesch. Bank-Mand. steht nicht dem Einkaufscommissionair zu, 143.
- , s. a. Absonderungsrecht.
- Consignationsgeschäft, Beweislast bei Nichteinhaltung des Limitum, 371.
- Constitutum possessorium, 29.
- Conventionalstrafe, erledigt durch vorbehaltlose Annahme der Leistung, 235.
- Creditpapiere, Depôt, 196.

Creditpapiere, Feststellung des Börsenpreises durch Senjalatteft, 197.

* Darlehn, dessen Erpressung ist als Nöthigung zu beurtheilen, 180.
Depôt, von Creditpapieren, 196.

Dictum et promissum, inwieweit liegt ein solches in Erklärungen gegen einen Dritten in Gegenwart des Mitcontrahenten, 51.

* Diebstahl, nach Art. 272, 276 StGB. an fremdem, in einem Berstecke auf eignem Grunde u. Boden aufgefundenen Holze, 110.

* —, an Preiselbeerkräutig, 113.

* —, oder Unterschlagung? 468.

* —, ausgezeichnet, durch Eröffnung verschlossener Behältnisse, 277. (Ort der Eröffnung.)

* —, nicht beendigter Versuch eines ausgezeichneten D. durch Einsteigen, 282.

Dienstbarkeit, an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke, wie durch Verjährung zu erwerben? 422.

Dienstbarkeit, persönliche (BGB. § 646), Sicherung durch Verwahrung, 165.

Dienstmiethe, Haftung des Dienstherrn für gefährliche Aufträge, 507.

Differenzgeschäfte, deren Wesen, 191.

Dos, Rückforderung von Dotalsachen, 514.

—, s. a. Ehefrau.

Dünger, Clausel wegen dessen Nichtverkaufs Seiten des Pächters, 426.

Eheannullation, wegen Syphilis, 117.

—, wegen relativer Impotenz, 119.

—, wegen übelriechenden Athems, 121.

* Ehebruch, Verzeihung gegen Entgelt, 341.

Ehefrau, kann die Verbindlichkeit den Ehemann zu alimentiren durch Vertrag übernehmen, 429, 532.

—, ist dem Manne auch nach von ihr überstandnem Zwangsverfahren Gehorsam schuldig, 529.

Ehefrau, Bürgschaft, formlose, für den Ehemann, 140.

—, nützliche Verwendungen auf das eheweibliche Grundstück, 531.

—, Einbringens Hypothek, nicht wegen Immobilien, 223, — ob wegen Forderungen an Dritte? 223.

—, processuales beneficium restit. i. i. nach Dec. 4. v. 1661 nicht auf Interventionsprozesse nach § 55 des Exec.-Ges. anwendbar, 495.

—, Klage des Ehemannes wegen zur Angehörigkeit erlangten Hypothekeneintrags u., 215.

—, Ladung der E. wie einzurichten? 392.

—, Lotteriegewinne, 513.

—, Rückforderung von Dotalsachen nach Auflösung der Ehe, 513.

—, Uebnahme von Schulden des Ehemannes gegen Entschädigung, nicht Bürgschaft, 430.

—, s. a. Wechsellausstellung u. Wechselprozeß.

Eheprozeß, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen processualen Versäumnisses des Sachwalters, 136.

Ehescheidung, wegen Ehebruchs in unzurechnungsfähigem Zustande unzulässig, 122.

—, wegen Geisteskrankheit? 122.

—, wegen versuchten Ehebruchs unzulässig, 122.

—, wegen Ehebruchs, Beweis, Benutzung des Straferkenntnisses wegen versuchten E.'s, 122.

—, wegen Ehebruchs durch die Einrede der Compensation erledigt, 124.

—, —, ausgeschlossen wenn der Grund der E. wegen bösslicher Verlassung liquid, 135.

—, wegen Verweigerung der ehelichen Pflicht, derselben muß das Zwangsverfahren vorausgehen, 125.

—, wegen Mißhandlungen, — gesundheitsgefährliche? 127, 130.

—, —, nach bedingter Verzeihung älterer, 128.

—, —, Leistung der ehelichen Pflicht ob Verzeihung? 129.

—, — körperlicher Beschaffenheit der Ehefrau auf deren Antrag, 130.

- Eheverlöbniß**, Schadenersatz wegen Nichtvollziehung der Ehe? 408.
- * **Eid**, Umfang des im Art. 375 der StPD. nachgelassenen, 331.
- * —, Beschränkung des im Art. 375 StPD. nachgelassenen auf Beleidigungen u. Verleumdungen, 331.
- Eidesantrag**, beim gemischten Executivprozeß, 85.
- , „daß Beklagte eine Waare durch ihren Ehemann bestellt habe“ ungeeignet, 239.
- , über Inhalt von Urkunden, 239.
- , „Beklagter habe durch seinen Verkaufsagenten M. Verkäufe zc. abschließen lassen“, für den E. zu allgemein, 477.
- Eigenthum**, Erwerb des E.'s an anstehenden Hölzern? 417.
- Eigenthumsklage**, in Bezug auf Immobilien, Verhältniß bei der Verwahrung, 308.
- Einkaufscommissionär**, s. Concurs.
- Einrede**, Bescheinigung in dritter Instanz nachgelassen, 87.
- * **Einspruch**, des Staatsanwalts nach Art. 379, Abs. 1 StPD. findet auch bei nach Art. 47 verwiesenen Sachen statt, 325.
- * —, wenn solcher dem Staatsanwalte nicht zusteht, 327.
- * **Einsteigen oder Uebersteigen** innerhalb eines Gebäudes, 343.
- Einwerfung**, zur Lehre von der E., Pflichttheilsverletzung durch E.'s gebot, 70.
- * **Einzelrichter**, Competenz desselben wegen des im Art. 357 des StGB.'s bezeichneten Verbrechens, 472.
- Enkel**, inwiefern diese auf den Pflichttheil sich Zuwendungen an ihre vorverstorbenen Ascendenten anrechnen zu lassen haben, 538.
- Erbchaftsklage**, zur Lehre von der E., 68.
- , macht nicht rem litigiosam, 302.
- , Verwahrung zur Sicherung, 311.
- * **Ersatz**, Fall in welchem nicht Art. 296 sondern nur Art. 298 StGB. anzuwenden, 112.
- Ersizung**, s. Verjährung, erwerbende.
- Exceptio non numeratae pecuniae**, bei Hypotheken, 433.
- rei venditae et traditae, der Negatorienklage gegenüber, 499.
- Executionsprozeß**, Form des Erkenntnisses nach § 95 des Exec.-Ges., 266.
- , dabei findet die Bestimmung der Erl. Proz.-Ordn. ad Tit. V, § 9 wegen Erstattung der Kosten der zurückgenommenen Klage zc., Anwendung, 387.
- Executivklage**, siehe Marginalattest.
- Executivprozeß**, gemischter, Eidesantrag, 85.
- Expropriation**, s. Zwangsenteignung.
- * **Fälschung**, Fall des Mangels eines rechtswidrigen Zwecks, 323.
- * **Falschmünzen**, s. Versuch.
- Firma**, Inhaber — Procurist, siehe Klage.
- Fischerei**, wer ist dazu, beziehentlich nach älteren Fischordnungen berechtigt? 543.
- Fischereiregal**, in öffentlichen Flüssen, 546.
- * **Fischotter**, wenn deren Fang u. Aneignung als Wildddiebstahl nicht anzusehen, 12.
- * **Fortgesetztes Verbrechen**, Fall desselben, 275.
- * —, bei Inbrandsteckung des eignen Gebäudes und Betrug, 337.
- Forum**, s. Gerichtsstand.
- * **Gefährliches Instrument**, was darunter zu verstehen, 7.
- * **Gefängnißstrafe**, wiefern hierauf die in einem Krankenhause zugebrachte Zeit abzurechnen, 316.
- Gerichtsstand**, des Arrestes, 170, 172.
- , des Domicils und des actuellen Aufenthalts, 74.
- Gesamtsache**, theilweise Rücknahme einer von mehreren zugleich verkauften Sachen, läßt nicht auf Auflösung des ganzen Geschäfts schließen, 414.
- Geschäftsführung**, auftraglose zwischen Sociis, 54.

- Gesellschaft, zu Bezahlung von Schulden, 431.
 —, s. a. Handelsgesellschaft.
 Gesetz, neues, kann dasselbe als Willensäußerung des Gesetzgebers für Abänderung der früheren Spruchpraxis maßgebend werden? 487.
 Gesetze, deren Collision, 408.
 Gesetzbuch, bürgerliches, dessen Motiven und deren Geschichte und Bedeutung, 1.
 —, —, Verhältniß der Bestimmungen über Grund- und Hypothekenrecht zu dem Rechte des Gesetzes vom 6. Novbr. 1843, 145.
 —, —, rückwirkende Kraft? 535.
 —, —, s. a. Gesetz.
 * Gesinde, s. Beleidigung.
 Geständniß, eines anderen Klagegrundes, 236.
 * Gewerbmäßige Partirerei, die schenkungsweise Annahme gestohlenen Guts fällt hierunter nicht, 13.
 Gewinnloos, s. Landeslotterie.
 Grunddienstbarkeit, nicht auf ein anderes Grundstück übertragbar, 226.
 —, Bestellung durch Vertrag, 505.
 Grund- und Hypothekenbehörden, welche es sind? 442.
- Handelsgericht, Competenz, Gestaltung im Fall der Cession, 26.
 —, —, beim Darlehn? 209.
 —, —, schließt prorogatio fori nicht aus, 547.
 Handelsgesellschaft, deren Auflösung durch den Tod nicht nothwendig Liquidation zur Folge, 247.
 —, deren Natur, — Auslagen eines Socius zu Gunsten der Gesellschaft, 363.
 —, s. a. Absonderungsrecht.
 Handlungsreisender, inwiefern er Zahlungsremisse zu ertheilen ermächtigt? 358.
 Hauptverfahren, Lauf der Fristen von Ausantwortung von Zeugenprotocollabschriften unabhängig, 494.
 * Hausfriedensbruch, Stellung des Strafantrags dabei, 178.
 * Hausrath im Sinne des Art. 306 des StGB.'s. Ob eine Taschenuhr dahin zu rechnen, 283.
 * Hausrecht, Stellvertretung bei dessen Ausübung, 6, 317.
 Hereditatis petitio, siehe Erbschaftsklage.
 * Hinterlistiger Anfall, Erfordernisse desselben, 340.
 Hölzer, anstehende, Eigenthumserwerb daran? 417.
 Hülfsvollstreckung, in hypothekarische Forderungen, 79.
 Hypothek, Umschreibung erforderlich, wenn ein Richterbe einen Nachlaß erwirbt, wozu H. gehören, 224.
- Immissionen, schädliche, Einfluß des Gewerbegesetzes v. 15. October 1861, 45, 141.
 —, —, Anlage des Beweises einer Klage wegen dergleichen, 419.
 „Im Zweifel“ in Art. 274 StGB., 368.
 * Inbrandsteckung, eigener Gebäude aus Unbedachtsamkeit, unter welchen Voraussetzungen solche strafbar sei, 101.
 * —, und Betrug, als fortgesetztes Verbrechen, 337.
 Inhaberpapiere, Gewinnlose sind J., 369.
 —, bei der vindication von J. als „gestohlene“ trifft den Verlustträger die Beweislast, 369.
 —, Sparcassenbuch? 498.
 * Inhabung, im Sinne von Art. 272 und 287 StGB., 468.
 Instanzenzug, bei Appellationen gegen das Verfahren, 450.
 Irrthum, zur Lehre vom J. beim Kaufe, 202.
 Justizconventionen, 170.
- Kauf, Auflösung, inwiefern anzunehmen, bei Rücknahme einer mit anderen zugleich verkauften Sache? 414.
 —, nach Probe, 202.
 —, —, — Muster — Dispositionsstellung, 477.
 —, Perfection? 423.
 —, Vertragserfüllung kann nicht von einem von mehreren Käufern antheilig gefordert werden, 424.

Kauf, s. a. Lieferungskauf.

* Kerkerstrafe, österreichische, deren Geltung, 472.

Kind, eheliches, Klage auf Anerkennung gegen den Vater Seiten der Mutter, 63.

* Kinder, deren Bestrafung und hierbei vorkommende Rechtsmittel, 176.

* Körperverletzung aus Unbedachtsamkeit, s. Wiederaufnahme des StB.

* —, bei Ausübung des Züchtigungsrechts, 467.

Kirchenmatrikeln, Entstehung u. Beweiskraft, 393.

Klage, Unschlüssigkeit, wenn gegen N. N. als „Inhaber“ der Firma X. & Co. angestellt, sich ergiebt, daß N. N. nur Procurist derselben ist, 333.

—, auf Vertragserfüllung, s. diese.

—, auf Schadenersatz, s. Vertragserfüllung.

Klaggrund, Benutzung eines zugestandenem K. an Stelle des in der Klage enthaltenen verneinten, 236.

Kostenvorstand, hat der curator bonorum zu bestellen, 405.

* Krankenhaus, Abrechnung der daselbst zugebrachten Zeit auf Gefängnißstrafe, 316.

Ladung, der Ehefrau, wie einzurichten? 392.

Landeslotterie, Gewinnlose der L. sind öffentliche auf den Inhaber gestellte Werthpapiere, 369.

* Laufenlassen des Vieh's nach Art. 10 des JStrB., was darunter zu verstehen, 346.

Liedlohn, s. Concurſ.

Lex commissoria, s. Rechtsverwirkung.

Lieferungskauf, Wahlrecht in Gemäßheit Art. 355, 357 ÖGB., 481.

Litisreassumtion, wenn nöthig? 171.

Locus regit actum, 373.

Mäkler, hat solcher ein unmittelbares Sachinteresse bei einem Pro-

zeſſe aus einem von ihm vermittelten Kaufe? 396.

Mäklervertrag, was ist: einen Käufer verschaffen? 52.

—, s. a. Progeneticum.

Marginalattest, zur Executivklage in Betreff gerichtskundiger Passivlegitimation, 263.

* Meineid, Beschränkung des Erschwerungsgrundes im Art. 222 StGB., 181.

Mens testatoris, 64.

Miether, Verwahrung zu Sicherung des Miethrechts, 164.

Miethvertrag, mit einem später annoch zu vereinbarenden Miethpreise, 49.

* Mißbrauch der Amtsgewalt des Untersuchungsrichters, 344.

Miteigenthümer, dessen Benutzungsrecht, 270.

Miteigenthum, Servitutenerwerb des Miteigenthümers? 422.

* Mitschuldige, stehen dem Zeugen in Art. 387 no. 1 der StPD. gleich, 17.

Mora, s. Verzug.

Motiven, specielle zum ÖGB., deren Geschichte und Bedeutung, 1.

Nachdruck, was im Sinne des Gesetzes v. 22. Febr. 1844? 21.

—, s. a. Sachverständigen-Verein.

Nachforderungsrecht, Verzugszinsen? 406.

* Nachtragserkenntniß, bei vorliegender Anwendung von Art. 299 des StGB.'s in dem einen Untersuchungsfall, 116.

Negatorienklage, 43, 140.

—, gegen die Ehefrau wegen unrechtmäßiger Einbringenshypothek, 215.

—, analoge Anwendung der exceptio rei venditae et traditae, 499.

Negotium claudicans, 373.

Nekrolog, Carl's von Salza und Lichtenau, 94.

—, Alexander Ferdinand Immanuel Bechwell's, 194.

* Nichtigkeitsbeschwerde, zulässig wegen Verletzung der Vorschrift im Art. 311 der StPD. in Betreff der Protocollvorlesung, 288.

- * Wichtigkeitsbeschwerde, unzulässig wegen unterbliebener Confrontation, 14.
- * —, — wegen unterbliebener Bescheidung auf bereits in der Privatanklage gestellte Anträge wegen Actenvorlegung, 14, wegen Zeugenvereidung, 349.
- * —, — wegen Nichtbeachtung des Minderungsgrundes des Art. 90 des StGB.'s, wenn im Erk. das Alter des Angesch. nicht festgestellt worden, 17.
- * Nothzucht, s. Widerstand.
- O**berappellationsgericht, Personalbestand, 97, 528.
- O**bergutachten, beim Beweise durch Sachverständige, 493.
- * Öffentlicher Dienst, zu dem im ö. D. angestellten Personen gehören auch Kirchen- u. Schuldiener, 8, ferner Beamte einer nicht im Eigenthume des Staats befindlichen concessionirten Eisenbahn, 184.
- * Öffentlichkeit, Ausschluß derselben in dem Falle des Art. 376 StPD., 332.
- * —, bei Verletzung der Sittlichkeit, 345.
- O**el- und Productenhandelsbörse zu Leipzig, die Zeugnisse ihrer Commissionäre sind nicht öffentliche Urkunden, 547.
- P**achter, Verwahrung zur Sicherung des Pachtrechts, 164.
- P**achtobject, casueller Untergang, 230.
- P**achtvertrag, Interpretation der Claujel, daß der Pächter den Düngr nicht verkaufen dürfe, 426.
- * **P**artirerei, s. gewerbmäßige P.
- P**auperies, eigene Verschuldung des Verletzten, 428.
- P**fandgläubiger, Sicherung seiner Rechte durch Verwahrung? 171.
- P**flichttheil, Verletzung durch Einwerfungsgebot, 70.
- , entfernterer Descendanten, Einrechnung von Zuwendungen an deren Ascendenten, 538.
- P**flichttheilserbe, Sicherung seiner Ansprüche durch Verwahrung — Unterschied des alten und neuen Rechts, 162.
- P**ositus in conditione, an sit positus in dispositione? 64.
- P**räjudiz, der Criminalsache für den Civilprozeß, 487.
- P**recarium, Beweisvertheilung, 76.
- , Superficies oder Servitut? 213.
- * **P**reiselbeerkräutig, dessen Entwendung fällt unter Art. 276 flg. StGB., 113.
- * **P**resse, Auslegung von § 28 des Gesetzes vom 14. März 1851, 285. (Competenz der Justizbehörde.)
- * **P**rivatanklage wegen Beleidigung und Verleumdung, Beschränkung des im Art. 375 StPD. nachgelassenen Eides hierauf, 331.
- * **P**rozeßrichter, wiefern er bei Betrügereien der Parteien im Civilprozeße als der „Getäuschte“ zu betrachten, 318.
- P**rorogatio fori, auch bei Handelssgerichtssachen zulässig, 547.
- * **P**rotocol, Nachholung einer mangelnden Unterzeichnung, 326.
- P**rovocatio, ex lege diffamari gegen die Ehefrau wegen unberechtigter Einbringenshypothek, 215.
- P**rovocationsprozeß, ex lege diffamari, Fall zu unbestimmter Berühmung, 403.
- , —, —, nur wegen Berühmung civilrechtlicher Ansprüche, 403.
- , Erledigung durch Compromiß, 85.
- P**rogeneticum, gilt als verdient, wenn auch der zugewiesene Käufer nicht allein, sondern mit einem Mitkäufer abschließt, 427.
- P**rozeß, summarischer, bei Verwahrungen zc., 442.
- Q**uerela inofficiosae donationis, Verwahrung zu ihrer Sicherung, 163.
- R**achatsprozeß, 431.
- R**eallast? 226.
- R**echtsbesitz, Erhaltung durch Stellvertreter, 48.
- * **R**echtsmittel, Bedingung der Einwendung desselben durch einen Bevollmächtigten, 115.

- Rechtsgeschäft, hinfendes, 373.
 Rechtskraft, der Entscheidungsgründe in Bezug auf die Schlüssigkeit der Klage, 391.
 Rechtstitel, zum Erwerb einer Hypothek, cessibel, 460.
 Rechtsverfolgung, „Erschwerung der R.“, 167.
 Rechtsverwirkung, verabredete, nicht geltend zu machen wegen einer vom Berechtigten gebotenen Unterlassung des Verpflichteten, 62.
 Recognitio per testes, anticipirte, 260.
 * Registratur s. Protocoll.
 Remedium spolii, 33.
 Res litigiosa, deren Veräußerlichkeit? 298.
 Restitutio in integrum, s. Wiedereinsetzung.
 Retentionsrecht, s. Zurückbehaltungsrecht.
 * Retorsion bei wiederholten gegenseitigen, insonderheit durch die Presse verübten, Beleidigungen, 276.
 * Rückfall, bei Wiedersehlichkeit nach Art. 142 u. 143 StGB., 177.
- Sachverständige, Beweis durch S., 399.
 —, Superarbitrium, 493.
 Sachverständigen-Verein, Competenz der verschiedenen Sectionen des durch die NB. zum Ges. vom 22. Febr. 1844, V. sub 7 geordneten S.-V.'s, Collision ihrer Aussprüche, 21.
 Schadenersatz, s. Vertragserfüllung.
 Schädensprüche, Präjudiz der Criminalsache, 487.
 Schenkung, pflichtwidrige, Verwahrung zur Sicherung der quer. inoff. don., 163.
 * Schmähungen, staatsgefährliche, und Beleidigungen der Behörden, 339.
 Schuldchein, Rückgabe, wenn Präsumtion für Schuldtilgung begründend? 139.
 Schuldübernahme, Seiten einer Ehefrau, s. Ehefrau.
 —, Gegenleistung, 512.
 * Seitenverwandte, eheliche Zeugung ist in Fällen des Art. 302 und 350 StGB. kein Erforderniß, 185.
 Separatio a thoro et mensa, s. Trennung, von Tisch und Bett.
 Servitut, oder Superficies, oder Precarium? 213.
 —, s. Dienstbarkeit und Grunddienstbarkeit.
 Societät, siehe Gesellschaft und Handelsgesellschaft.
 Solennitas legalis, 77.
 Sparcassenbuch, Vindication, 498.
 Spolium, remedium spolii, 33.
 * Staatsanwalt, Einspruch desselben in nach Art. 47 StPD. verwiesenen Sachen, 325.
 * —, wenn ihm der Einspruch nach Art. 379 StPD. nicht zusteht, 327.
 * —, NB. desselben gegen eine Strafverfügung nach Art. 368 der StPD. 329.
 Stellvertreter, Erhaltung des Rechtsbesizes durch solche, 48.
 * Stellvertretung, bei Ausübung des Hausrechts, 6.
 * —, berechtigt bei Störung des Hausfriedens noch nicht zum Strafantrage, 178.
 * —, über StB. des Besitzers beim Verbrechen der Störung des Hausfriedens im Allgemeinen, 317.
 * Strafantrag, hierzu ist bei Störung des Hausfriedens der Stellvertreter des Hausherrn noch nicht berechtigt, 178.
 * —, dessen Zurücknahme nach Publication des Strafkenntnisses, 338.
 * Strafverfügung nach Art. 368 der StPD., s. Staatsanwalt.
 * —, durch Vernehmung des Angeeschuldigten ausgeschlossen, 330.
 * —, sobald solche vorausgegangen, bedarf es nicht noch der Entschließung wegen Untersuchungseinleitung, 356.
 Subhastation, nothwendige, siehe Zwangsversteigerung.
 Superarbitrium, beim Beweise durch Sachverständige, 493.
 Superficies, oder Precarium, oder Servitut, 213.
- Testamentsanerkennung s. r. i. f. t.

- Wirksamkeit einer vom Erblasser geordneten, 538.
- Trennung, von Tisch und Bett, 132, s. a. Alimente.
- Umschreibung, s. Hypothek.
- * Unbescholtenheit im Sinne von Art. 318 und 356 StGB., 283.
- * Unternehmungen mit unmöglichem Erfolge, insofern zugleich der Fall des Art. 47, Abs. 2 des StGB.'s einschlägt, 99.
- * Unterschlagung, durch den Besitz bereiter Mittel nicht unbedingt ausgeschlossen, 12.
- * —, in ihrer Anwendung auf Commissionsgeschäfte, 110.
- * —, oder Diebstahl? 468.
- * Untersuchungsrichter, Mißbrauch der Amtsgewalt desselben, 344.
- Veräußerungsverbot, allgemeines, 87.
- Verdingungsvertrag, ratenweise Zahlungen, beim B. nach Maß, Zahl, Gewicht &c., 232.
- * Vereidung der Zeugen in Einzelrichtersachen, s. Zeugen.
- Verjährung, erwerbende, discontinueller Befugnisse, 229.
- , —, —, dabei bedarf es nicht des speciellen Nachweises des animus posside di i. B. auf die einzelnen Besitzacte, 270.
- , — von Dienstbarkeiten an einem im Miteigenthume befindlichen Grundstücke? 422.
- , kurze, bei gewerbmäßiger Verleihung, 49.
- , —, ob solche dem Baumeister wegen Herleihung von Rüstzeug läuft? 273.
- Vermuthung, der Schuldtilgung aus Rückgabe des Schuldscheins, 139.
- * Veröffentlichung, wiefern schon hierin eine beschimpfende Form zu befinden, 109.
- * Versuch des Falschmünzens durch Anschaffung eines Musters, 113, 343.
- * —, nicht beendigter eines ausgezeichneten Diebstahls beim Einsteigen mit einem Fuße, 282.
- * Vertheidiger, Einfluß der Abänderung der Wahl des B. auf den Kostenpunkt, 347.
- Vertragserfüllung, darauf ist i. Z. die Klage direct zu richten; wenn auf Schadenersatz? 271.
- Verwahrung, in Hypothekensachen, 146, 289, 433, 562.
- * Verzeihung des Ehebruchs gegen Entgelt, 341.
- Verzug, des Auszugsberechtigten? 421.
- Verzugszinsen, beim Nachfordrungsrecht? 406.
- * Vollendung einer Brandstiftung aus Unbedachtsamkeit, s. Brandstiftung.
- Vorkaufsrecht, Sicherung durch Verwahrung, 165.
- * Vorlesung, in der Voruntersuchung erstatteter Aussagen des Angekl. in der Hauptverhandlung, im Falle des Art. 327 Abs. 3 der StPD. 186.
- * —, des Hauptverhandlungsprotocolls; die Vorschrift des Art. 311 der StPD. ist eine wesentliche, 288.
- Vormerkung, 149, 456, 563.
- Vorschuß, beim Consignationsgeschäft, 371.
- * Waffen, mit W., „versehen“, 8, 470.
- Wahlrecht, des Auszugsberechtigten, 421.
- , in Gemäßheit Art. 355 flg. StGB., 481.
- Wechsel, Acceptation Seiten einer andern Person als des Bezogenen ist wirkungslos, und kann auch i. Z. vom Aussteller nicht als Intervention geltend gemacht werden, 377.
- , auf Zeit nach Sicht, Fixirung des Präsentationstages bei nicht datirten Accepte nach den Termine einer intempestiven Klage, 483.
- , Blankogiro, Wirkung, und Benutzbarkeit, 254.
- , „drei Monat a dato“, Correctur im Ausstellungstage Grund der Abweisung der Wechselregreßklage, 375.
- , Personalhaft, Collision zwischen § 16 des Ges. vom 7. Juni 1849 und

- Wechselnovelle III. vom 10. März 1864, 381.
- , Protest, „Angabe des Kalendertages“ in Art. 88. no. 4., 484.
- , —, Ort der Aufnahme zc., 485.
- , Verjährung, „beginnt mit dem Tage des erhobenen Protestes“ in Art. 78, 27.
- , Verzugszinsen im Regreßwege, 192.
- , Zahlungsort, wird durch Veränderung des Wohnortes des Trasfaten nicht berührt, 558.
- , —, s. a. Protest.
- , Zahlungszeit „drei Monat dato“, 192.
- Wechsellausstellung Seiten einer Ehefrau — Genehmigung des Mannes wenn zu präsumiren? — verschleierte Bürgschaft? 251. 253. 357.
- Wechselclausel, bei einem negotium claudicans tritt nicht durch factische Ratihabition nach erlangter Volljährigkeit in Kraft, 373.
- Wechselerklärung, Haftung des die W. als Bevollmächtigter unterzeichnenden, nicht schon durch Diffession des angeblichen Mandans l'iquid, 258.
- Wechselproceß, um gegen eine als Handelsfrau prädicirte Ehefrau executio in personam zu erlangen, bedarf es im W. der sofortigen Liquidstellung jener Eigenschaft, 557.
- * W idernatürliche Unzucht, Umfang der Competenz des Einzelrichters, 472.
- * W iderseßlichkeit, die Fälle des Art. 142 und 143 nach Art. 83 des StGB. gleichartig, 177.
- * W iderstand, Ueberwindung des ernstlichen W. durch Gewalt, 179.
- * W ideraufnahme des Strafverfahrens, Fall des Schlusssatzes im Art. 386 StPD. (ne bis in idem.)
- * —, —, ausgeschlossen im Falle des Art. 386 unter 4 der StPD. bei Körperverletzung aus Unbedachtsamkeit, 356.
- , —, s. a. Mitschuldige.
- Wiedereinsetzung, in den vorigen Stand, nach dec. el. 4 hat die Ehefrau nicht in Interventionsprozessen nach § 55 des Exec.=Ges., 495.
- , —, —, im Eheprozeß wegen prozeßualer Säumnisse des Sachwalters, 136.
- Wiederklage, inwiefern dem Kläger Bervollständigung der Acten durch Abschriften aus der Convention obliegt? 267.
- * Winkelschriftstellerei, s. Collectivvergehen.
- Zeuge, unmittelbares Sachinteresse, — hat solches der Mäkler? 396.
- * Zeugen, auf deren Vereidung in Einzelrichtersachen bezieht sich die Vorschrift im Art. 283 Abs. 1 der StPD. nicht, 116.
- * Zeugenabhörungen, Verfahren dabei, 351.
- * Züchtigungsrecht, Körperverletzung bei Ausübung desselben, 467.
- Zufall, Untergang des Pachtobjects durch Z., 230.
- Zurückhaltungsrecht, beim Bindungsvertrage? 232.
- , nach Art. 313 flg. HGB. 335, 369.
- * Zurücknahme des Strafantrags, s. Strafantrag.
- Zuständigkeit, der Medicinalbehörden zu Feststellung ärztlicher Liquidationen, 241.
- , der Handelsgerichte, s. diesen.
- Zwangsenteignung, Entschädigung, Zeitpunkt, für welchen solche zu ermitteln, 72.
- Zwangsverfahren, Seiten der Ehefrau überstandenes, hebt deren Pflicht zum Gehorsam gegen den Ehemann nicht auf, 529.
- Zwangsversteigerung, Reparation eines Gesamtlitici nach Verhältniß der Einzelgebote, 83.
- , gültig wenn von mehreren Licitanten auch nur einer ein Gebot gethan, 83.
- , mit doppelten Licitis, 46.

Datum der Entleihung bitte hier einstempeln!

12. Mai 1999

III/9/280 JG 162/6/86

SLUB DRESDEN



3 0150693

Hist. Sax. R. 544.





