

zung der Bestimmungen und des Einflusses der 26sten Decision von der angelobten Schuldhaft der Const. 21. P. II. Nichts zu sagen, unerachtet er die Decision in 15 §§. aus dem römischen Rechte, dem Sachsenspiegel, der Const. 22. P. II., den älteren Decisionen, den Proceßordnungen und den Banqueroutiermandaten weitläufig genug rechtfertiget.

Es schweigen ferner die Banqueroutiermandate von 1766 und 1783 bei Aufnahme des Inhalts der gedachten 26sten Decision von 1746 in §. 13 gänzlich von der nach Const. 21. P. II. angelobten Schuldhaft, und sprechen nur von der Wechselhaft, und §. 19 von dem in der Const. 22. P. II. eingeführten Schuldthum.

Als dieser letztere durch das Mandat vom 15. Juni 1831 (Gesetzsamml. v. 1831, S. 121) aufgehoben wurde, lag es in der That dem Gesetzgeber sehr nahe, von der angelobten Schuldhaft zu sprechen und diese ausdrücklich zu erimiren, wenn man sie noch irgend als bestehend vorausgesetzt hätte. Allein es ist davon in dem gedachten Mandate auch nicht mit einer Andeutung die Rede.

An die Reihe der Gesetze, welche durch ihr Ignoriren der Const. 21. P. II. gegen das Fortbestehen derselben Zeugniß ablegen, schließt sich nun ein wichtigstes: die Verfassungsurkunde vom 4. September 1831. Dieselbe sichert in der bekannten Bestimmung §. 84²⁸⁾ den Ständen während des Landtages persönliche Unverletzlichkeit zu, mit Ausnahme der peinlichen Haft bei Ergreifung auf frischer That, und der Wechselhaft. Von der angelobten Haft nach der Const. 21. P. II. ist hier abermals nicht die Rede, unerachtet sie, hätte sie noch bestanden, unter den Ausnahmen mit aufzunehmen gewesen wäre.

Endlich liefert das Executionsgesetz vom 28. Februar 1838 den schlagendsten Beweis, daß man nach Aufhebung des Schuldthums nur noch zwei Arten der Schuldhaft bestehend glaubte, nämlich die Wechselhaft und die nach leipziger Particularrechte in Leipzig übliche Haft nach dortigem Handelsgerichtsbrauch. Das Executionsgesetz von 1838²⁹⁾ gehört zu denjenigen umfassenden Specialgesetzen, welche ihren Gegenstand systematisch behandeln und durch Aufnahme oder mindestens Beziehung aller dahin einschlagenden Bestimmungen erschöpfen wollen. Unerachtet nun dieses Gesetz §. 71, 75 und 90 von der persönlichen Haft, als gerichtlichem Zwangsmittel zu Leistung von Handlungen, welche von Andern nicht verrichtet werden können, übrigens §. 43 bis 80 von dem andern Vollstreckungsverfahren bei verweigerter Zahlung von Geldschulden und andern Leistungen in erschöpfender Vollständigkeit handelt, so enthält es doch über die durch Const. 21. P. II. den Gerichten anvertraute Vollstreckung der angelobten persönlichen Haft auch nicht ein Wort. Dagegen heißt es darin §. 42 mit klaren Worten: „An dem beim Handelsgericht üblichen Vollstreckungsverfahren, so wie an dem processualischen Verfahren in Wechselfachen wird durch dieses Gesetz Nichts geändert.“ Die ausgezeichneten Worte befanden sich im Regierungsentwurfe nicht. Die betreffende Stelle in §. 39 lautete vielmehr so: „An dem beim Handelsgericht zu Leipzig üblichen Vollstreckungsverfahren wird durch dieses Gesetz

28) Die §. 84 lautet: Die Stände genießen, sowohl in ihrer Gesammtheit, als einzeln, völlige Unverletzlichkeit der Person während der Dauer des Landtags. Daher darf insbesondere, außer dem Falle der Ergreifung auf frischer That bei einem begangenen peinlichen Verbrechen und dem Falle des Wechselverfahrens, kein Mitglied der Ständeversammlung während ihrer Dauer ——— verhaftet werden.

29) Gesetz, das Verfahren bei Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in privatrechtlichen Streitigkeiten und den Executionsproceß betr. Ges. und Verord. = Bl. v. J. 1838, S. 76 ff.

etwas nicht geändert“³⁰⁾. Wenn nun der Vorbehalt des Vollstreckungsverfahrens in Wechselfachen für so dringend geachtet wurde, daß er bei endlicher Redaction des Gesetzes noch eingeschoben wurde³¹⁾, während man das Vollstreckungsverfahren auf angelobte Schuldhaft abermals nicht berücksichtigte, so geht daraus unwidersprechlich hervor, daß die Gesetzgebung das Bestehen der letztern voraussetzen sich nicht für befugt, sondern durch ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht für abgeschafft hielt.

Dies bestätigen denn auch die Motive selbst, wenn sie sagen:

§. 245, der Schuldarrest vermöge der ältern Gesetzgebung (von 1572) sei außer Übung gekommen, obwohl zur Zeit auf legislativem Wege noch nicht aufgehoben;

§. 247, die Constitution (21. P. II.) sei im Gedächtniß des Publicums untergegangen; die Einführung und Handhabung des trocknen Wechsels habe die Gewohnheit erzeugt, daß man die Wechselform oder die Wechselclausel anwende, um sich dem Schuldarreste zu unterwerfen;

§. 249, das Gesetz (Const. 21. P. II.) gehöre zu den vergessenen, wenigstens außer Gebrauch gekommenen Theilen der ältern Gesetzgebung; die Gewohnheit habe der Gesetzgebung vorgearbeitet; da man sich gewöhnt habe, den Schuldarrest einzig mit der Wechselform oder mit Anwendung der Wechselclausel auszusprechen, so habe man auch bereits die Beschränkungen als maßgebend anerkannt, die in Hinsicht auf die Wechselfähigkeit eintreten;

§. 274, man habe sich im ganzen Umfange des Landes daran gewöhnt, die Unterwerfung unter den Schuldarrest durchgehend mit Anwendung der Wechselclausel oder geradezu mit der Form des trocknen Wechsels zu bewirken. Daher würden diese Unterwerfungen unter den Schuldarrest schon gegenwärtig nicht beachtet, außer wenn der Aussteller eine solche Person wäre, der man Wechselfähigkeit beilegte.

Aus allem Vorstehenden ergibt sich, daß die Const. 21. P. II. durch ein später entstandenes, von der Gesetzgebung stillschweigend anerkanntes und selbst von den Gerichten, mindestens in einzelnen Beziehungen, direct beachtetes Gewohnheitsrecht dem Wesen nach für bereits abgeschafft anzusehen ist. Unter diesen Umständen kann darauf Nichts weiter ankommen, daß gerichtliche Erkenntnisse, wodurch die Unverbindlichkeit der Const. 21. P. II. im Allgemeinen ausgesprochen worden ist, nicht nachgewiesen werden. Denn, wie v. Savigny und Puchta längst erörtert haben, „es liegt im Wesen des Rechtes selbst, nie in Gesetzen beschlossen werden zu können.“ Das Recht ist überall vor den Gesetzen selbst da und dieselbe Lebenskraft, welcher es seinen Ursprung verdankt, wirkt auch neben und nach den Gesetzen fort, dem gesetzlichen Recht die nothwendige Ergänzung, hie und da auch die innerlich nothwendige Umgestaltung schaffend. Wie je und je Gesetze aller Art, so sind auch die Constitutionen theilweise, ohne einen äußern Aufhebungsact, außer Übung gekommen und neue Rechtsnormen an ihre Stelle getreten.

Auch das Gewohnheitsrecht ist bindender Natur und ganz besonders dann, wenn die positive Gesetzgebung dasselbe, wie oben nachgewiesen worden ist, anerkennt, indem sie schweigt, wo sie reden sollte. In der Annahme der Wechselform und der Wechselclausel bei jeder Verpflichtung zur Schuldhaft, in der Anerkennung der daraus fließenden Beschränkungen Seiten des Gerichtsbrauchs liegt ein rechtliches Herkommen, dessen Fortsetzung bindend ist und die fernere Anwendung der Const. 21. P. II. unmöglich macht.

30) Landt. = Acten von 1836, I. Abth. 2. Bd. S. 515.

31) Ebendasselbst I. Abth. 3. B. S. 307 und 637.