

Zeitschrift

für

Französisches Civilrecht.

Sammlung

von

civilrechtlichen Entscheidungen der Deutschen, sowie der Französischen
und Belgischen Gerichte

mit kritischen und erläuternden Bemerkungen.

Abhandlungen und Literaturberichte.

Mitwirkung der Herren:

Geheimer Rath Dr. Renaud in Heidelberg;	D.-L.-Ger.-Präsident Bleibtren in Colmar;
D.-L.-G.-Sen.-Präf. v. Zöllner in Zweibrücken;	D.-L.-Ger.-Sen.-Präf. Vacano in Colmar;
Reichsgerichts-Rath Dr. Dreher in Leipzig;	Landgerichts-Präf. Nebel in Frankenthal.
D.-L.-G.-Rath Heinsheimer in Karlsruhe;	D.-L.-Gerichts-Rath Meurer in Colmar;
D.-L.-G.-Rath Dr. Creizenach in Darmstadt;	Professor Dr. Kohler in Würzburg;
Professor Dr. Schifner in Innsbruck;	Landgerichtsrath Breidhardt in Aachen
Rechtsanwalt Dr. M. Scherer in Mainz und Anderer.	

Herausgegeben von

Dr. Sigismund Buchelt,

Reichsgerichts-Rath in Leipzig.

Heft III. Band XII.

Manheim.

Druck und Verlag von J. Benzheimer.

1881.

Inhalts-Übersicht von Heft III. Bd. XII.

A. Abhandlungen.

VIII. Ueber den retrait successoral.

Art. 841. C. c.

(Von Herrn Dr. Alfred von Weinrich, Rechtsanwalt
in Mülhausen i. E.) 353
(Fortsetzung und Schluß von S. 351.)

IX. Die Lebensversicherung zu Gunsten dritter Personen. — Concurs des Versicherungsnehmers.

Von Herrn Cornelius David Advokat-Anwalt zu Frankenthal. . . 363

X. Ueber das Reichs Concursrecht in seiner Einwirkung auf das
Resolutionsrecht gemäß Art. 1183 und 1184 C. c. und die
Privilegien an Liegenschaften gemäß Art. 2103 und 2111 C. c.
(von Hrn. Oberlandesgerichts-Senats-Präsidenten von Böller zu Zweibrücken.) 366

XI. Die gerichtliche Hypothek des Code civil und die deutschen Justizgesetze.

Eine Erwiderung.

von Herrn Senatspräsident Petersen in Colmar. 386

XII. Der Zeugenbeweis des neuen Rechtes im Conflict mit den Beweisbestimmungen des französischen Rechtes.

Von Herrn Oberlandesgerichtsrath Croissant in Colmar. . 422

B. Reichsgerichtliche Entscheidungen, betreffend Rheinisches Recht.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Breidthard zu Aachen.)

I. Eigenthumsübergang beim Genuskaufe. 466

II. Gerichtliche Competenz.

Der Rechtsweg ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen Einspruch
handelt, den ein Privatier gegen einen Zwangsbefehl erhebt, welcher bezweckt,
von ihm die Seitens der Polizeibehörde zur Ausführung einer ihm gebotenen
aber verweigerten Leistung aufgewendeten Kosten einzuziehen. 470

A. Abhandlungen.

VIII. Ueber den retrait successoral.

Art. 841. C. c.

(Von Herrn Dr. Alfred von Weinrich, Rechtsanwalt
in Mülhausen i. G.)

(Fortsetzung und Schluß von S. 351.)

III. § 6. Art. der Ausübung.

1. Der retrait successoral wird ausgeübt durch Ersatz des von dem Cessionnar für die Erbschaft gezahlten Erwerbspreises oder, falls ein Tauschvertrag vorliegt, durch denjenigen des Werths des eingetauschten Objekts. Wie bei der Erbloomung¹⁾ ist jener auch hier für seine sämtlichen Auslagen schadlos zu halten und ihm der gesetzliche Zins von dem Tage an zu gewähren, an welchem die Zahlung des Kaufpreises an den Cedenten erfolgte.²⁾ Fand der Verkauf gegen eine Lebensrente statt, so muß der retrahirende Erbe dem Cessionnar alle Beträge ersetzen, welche dieser an den Bezugsberechtigten auch nach der Theilung des Nachlasses ausbezahlte. Dies ist m. G. die naturgemäße Lösung dieser vielbestrittenen Frage (§§ 5 Note 44 u. 45) und entspricht am meisten den Worten des Gesetzes (en lui remboursant le prix de la cession.)

2. Die Zahlung selbst anlangend, so fordert Art. 841 cit. keineswegs Hingabe des Kaufpreises bei Ausübung des Retrakt-

¹⁾ Pothier l. c. 280. Warnkönig v. Stein l. c. Nr. 243 pg. 574. Note 5.

²⁾ Wird allgemein angenommen, obgleich das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorschreibt. Daloz l. c. 1964. Demolombe l. c. 107. Laurent l. c. 378. Text u. Note 3 (pg. 299.)

rechtes, ebensowenig, als ein Realanerbieten.³⁾ Immerhin kanⁿ übrigens der Cessionnar, bevor er sich seiner Rechte am Nachlaß zu Gunsten des Retrahenten begibt, von diesem für die Zahlung irgendwelche Sicherheit verlangen.⁴⁾ Nach den Coutumes war bei der Erblosung im Falle nicht sofortiger Befriedigung des Verkäufers entweder eine offre réelle oder die Deponirung von Geldstücken an einem dritten Orte erforderlich.⁵⁾

3) Es bleibt hier noch die Frage zu untersuchen, welcher Kaufpreis in dem Falle zu ersetzen ist, wenn nämlich zwei oder mehrere Cessionen nach einander erfolgten. Bei Anwendung der *lex Anastasiana*⁶⁾ und der Erblosung⁷⁾ ist nur der Preis der ersten Cession zu zahlen und huldigt auch bezüglich des *retrait successoral* die herrschende Jurisprudenz dieser Ansicht,⁸⁾ wenngleich sich sehr gewichtige Stimmen dagegen erheben.⁹⁾ Nach dem Wortlaut des Art. 841 c. c. möchte man allerdings versucht sein, anzunehmen, daß der letzte Kaufpreis zu ersetzen wäre (*peut être écarté du partage, en lui remboursant le prix de la cession*) und soll gerade auch der letzte Cessionnar aus der Theilung entfernt werden. Diese Ansicht ist aber trotzdem nicht richtig. Von den Erben kann der Cessionnar dessen Recht am Nachlasse nur unter der Bedingung erwerben, daß die Miterben des Verkäufers dasselbe durch Zahlung des von ihm gegebenen Kauf-

³⁾ Dalloz l. c. 1977. Laurent l. c. 379; Diese Zeitschrift Bd. IX. pg. 586.

⁴⁾ Benoit *rêtr. succ.* 50.

⁵⁾ Pothier l. c. 346. Warnkönig u. Stein l. c. Nr. 243. 9.

⁶⁾ Arndts § 259. Windscheid § 333. — Die Frage ist übrigens für das gemeine Recht bestritten. A. M. Arnold praktische Erörterungen I. 13.

⁷⁾ Pothier l. c. 341.

⁸⁾ Aubry u. Rau cit. Text u. Note 20. Demolombe l. c. 111.

⁹⁾ Besançon 5. Juni 1857 (D. 1858 II. 111). Laurent l. c. 382.) Von diesem Schriftsteller wird hier ein Verzicht des Erben auf die Ausübung des Retraktrechts nach Maßgabe des ersten Kaufes supponirt. Allein eine derartige Annahme widerspricht dem Rechtsgrundsatz, daß ein Verzicht niemals vermuthet werden darf.

preises nicht wieder an sich ziehen. Seinerseits kann der Cessionnar dasselbe auch nur unter dieser Bedingung weiter übertragen. Es ist unmöglich, daß auf diesen dem Kaufobjekte selbst inhärenten Mangel weitere Cessionen irgendwelchen Einfluß ausüben können und darf daher jeder weitere Erwerber auch nur durch Zahlung des ersten Kaufpreises beseitigt werden.

IV. § 7. Wirkungen.

1. Bezüglich des Rechtsverhältnisses zwischen Retrahenten und Cessionnar bestehen dieselben darin, daß jener an Stelle von diesem tritt und letzterer so angesehen wird, als habe er niemals Rechte an der Erbschaft besessen. Der Retrakt ist jedoch kein neuer Kauf, weil, die Grundlage jedes Vertrags, der freie Wille der Parteien ausgeschlossen ist, sondern vielmehr eine gesetzliche Subrogation des Retrahenten in die Rechte des Cessionnars. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Der Retrahent participirt statt des Cessionnars an der Theilung des Nachlasses. Dies kann durch spätere Ereignisse nicht mehr geändert werden.¹⁾ Gelangt also z. B. derselbe später kraft eigenen Rechts zur Theilung, so erfolgt bezüglich des früher gegen ihn ausgeübten Retraktrechts ebensowenig eine restitutio in integrum, was übrigens bestritten wird,²⁾ als gegen ihn daselbe neuerdings geltend gemacht werden kann.

b. Alle Verfügungen des Cessionnars über den gekauften Erbschaftsantheil werden aufgehoben. Dies ergibt sich aber nicht aus Art. 883 C. c., wie vielfach angenommen wird,³⁾ sondern aus dem Wesen der Bedingung. Denn der Cessionnar, welcher die Erbschaft nur für den Fall erworben hat, daß keiner der Miterben das Retraktrecht ausübe, konnte auch Veräußerungen und Belastungen derselben nur mit dieser Wirkung vornehmen.

2. Vor Ausübung des Retraktrechts ist der Cessionnar jeden-

1) Demolombe l. c. 35. Aubry u. Rau l. c. Note 60 u. 61. Diese Zeitschrift Bd. V. pg. 704 ff. (Apellhof Colmar: 12. Juli und 6. Oktober 1874).

2) Dutru: partage 500.

3) Demolombe l. c. 144. Laurent l. c. 388.

falls bonae fidei possessor des Erbschaftsantheils und erwirbt in Folge dessen die Früchte desselben. Art. 549 Abs. C. c.⁴⁾ Anders verhält sich jedoch die Sache, nach dessen Ausübung. Zufolge einer Version⁵⁾ soll zwar der Cessionnar erst nach Bezahlung des ihm geschuldeten Kaufpreises zur Herausgabe jener verpflichtet sein. Dies ist aber vom Gesetze nicht vorgeschrieben und beruht daher auf Willkür. Allerdings darf der Retrahent die Früchte bezw. deren Werth auf die von ihm dem Cessionnar geschuldeten Zinsen anrechnen, da letzterer unmöglich beides ungeschmälert zu beanspruchen berechtigt ist.⁶⁾

3. Ueber die Frage, welche Wirkungen die Ausübung des Retraktrechts zwischen dem Cedenten und Cessionnar erzeugen, existiren zwei verschiedene Systeme. Nach dem einen würde auch hier der Retrahent vollständig an Stelle des Cedenten treten. Wie die diesem zustehenden Rechte, so würden auf ihn auch dessen Verpflichtungen übergehen und der Cessionnar wäre aus dem bestehenden Kaufverhältniß vollständig eliminirt.⁷⁾ Das andere System läßt nur bezüglich der Rechte am Nachlasse den Cessionnar durch den Retrahenten ersetzen, hingegen das Verhältniß zwischen jenen und dem Cedenten unberührt. Dieses System ist das herrschende⁸⁾ und m. E. mit Recht; weil, wie bereits erwähnt wurde, die Ausübung des Retraktrechts keinen neuen Vertrag darstellt. Es findet sich dasselbe nicht nur in vielen Coutumes⁹⁾, sondern es stimmt auch mit Pothier's Ansicht überein,¹⁰⁾ dessen Ideen be-

⁴⁾ Demolombe l. c. 137.

⁵⁾ Massé et Vergé Bd. IV. pg. 336. Bastia, 23. März 1835. (D. 1835 II. 58.)

⁶⁾ Demolombe l. c. 107.

⁷⁾ In der ältern Jurisprudenz huldigten dieser Theorie: Tiraqueau § 1 gl. 18 Nr. 21 und sein Schüler: Grimaudet, in der neuern namentlich: Labbé revue crit. de legisl. 1855 pg. 144 Nr. 7 ff. und Zacharia l. c. (VI. Aufl. Bd. II. pg. 505.)

⁸⁾ Brives-Cazes revue de legisl. et jurispr. 1851 pg. 69 ff. Aubry u. Rau l. c. Note 63. Demolombe l. c. 143. Laurent l. c. 389.

⁹⁾ Melun Art. 155. Auxerre Art. 175. Sens Art. 53.

¹⁰⁾ Retr. 300 und 427.; vergl. auch Dumoulin Cons. Par. § 20 gl. 8 Nr. 8.

kanntlich bei der Codification besondere Berücksichtigung fanden. Bestätigt wird es endlich noch durch das Gesetz selbst, worin von einer Aufhebung des früheren Vertrags durch Novation nichts erwähnt wird. Eine solche ist aber im Zweifel niemals zu vermuthen und ohne Hinzutritt des ersten Gläubigers überhaupt unzulässig.¹¹⁾

4. Besondere Schwierigkeiten bietet die Frage, ob die dem Cessionnar eingeräumten Termine dem Retrahenten zu Gute kommen. Schon im älteren Rechte war man über diesen Punkt keineswegs einig. Nach verschiedenen Coutumes soll dies der Fall sein, wenn der Retrahent Caution leistet. (vgl. diesen § Note 9), was durch die Autorität von Dumoulin¹²⁾ und Pothier¹³⁾ unterstützt wird. Andere Coutumes verlangen, ohne Rücksicht auf die gewährten Termine, Zahlung bezw. Anbieten des Kaufpreises von Seiten des Retrahenten binnen vierundzwanzig Stunden¹⁴⁾ Der Code civil enthält darüber keine Vorschriften und hat hier dessen Jurisprudenz die Ansichten Dumoulin's und Pothier's adoptirt,¹⁵⁾ weil im Falle sofortiger Zahlung der Retrahent ungünstiger gestellt werde, als der Cessionnar. Diese Ansicht läßt sich aber vom streng-juristischen Standpunkte aus nicht rechtfertigen. Man muß unterscheiden, ob als Kaufpreis eine bestimmte Summe geschuldet wird und die Termine lediglich eine Vergünstigung ent-

¹¹⁾ Brives Cazes l. c.

¹²⁾ Cons. Paris. § 20 gl. 8. Er rechtfertigt dies u. A. folgendermaßen: „s'il n'en (scil. du terme) jouissait pas, et qu'il fut obligé de payer comptant, ce que l'acheteur ne s'est obligé de payer, qu'au bout d'un certain terme, il achèterait plus cher, que l'acheteur, car le plus s'estime, non solum quantitate, sed et tempore.“ Dies ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, denn nicht immer sind gestundete Obligationen vortheilhafter und im Ganzen muß wegen des Zinsenlaufs hier mehr gezahlt werden, als bei sofortiger Erfüllung.

¹³⁾ Retr. 301 ff.

¹⁴⁾ Troyes Art. 161. Reims Art. 125; wie es scheint auch Paris Art. 134 und Orleans Art. 390.

¹⁵⁾ Aubry u. Rau l. c. i. f. Demolombe l. c. 145. Laurent l. c. 385. Letzterer verlangt keine Cautionleistung, weil das Gesetz solche nicht fordere. In diesem Sinne auch Dijon, 6. Dezember 1854. (D. 1854 I. 372.)

halten, welche der Cedent dem Cessionnar gewährte, oder derselbe in einer Lebensrente besteht. Im ersten Fall ist dieser auf einmal vom Retrahenten zu entrichten, im letztern nicht. Denn das Gewähren von Terminen erfolgt auf Grund des zwischen dem Cedenten und dem Cessionnar bestehenden Vertrags und kann daher, da das Rechtsverhältniß zwischen diesen beiden, wie ja auch die Jurisprudenz (s. diesen § Nr. 3) annimmt, den Retrahenten nicht berührt jenes nicht auf ihn Anwendung finden. Mit dem Fall, der durch Vertrag gewährten Stundung darf nicht verwechselt werden, wenn vom Cessionnar eine Lebensrente zu gewähren ist, da hier der Kaufpreis in einem unbestimmbaren Betrage besteht. Der Retrahent muß natürlich dann dem Cessionnar letztern erst mit dem jedesmaligen Fälligkeitstermin ersetzen, weil erst an diesem Zeitpunkte feststeht, ob der in dieser Form zu zahlende Kaufpreis auch wirklich geschuldet wird. Eine Cautionsleistung wird aber auch in diesem Falle vom Gesetze nicht verlangt.

C. Kritische Bemerkungen.

§ 8. Ueber den retrait successoral.

1. Ueber die Verwerflichkeit dieses Rechtsinstituts sind Doctrin und Jurisprudenz einig,¹⁾ indem dasselbe in der That einen unberechtigten Eingriff in die Freiheit des Vertragsschließens enthält.²⁾ Doch abgesehen hiervon ist der retrait successoral schon um des-

¹⁾ Zachariae l. c. Note 41. Aubry u. Rau l. c. Note 1. Demolombe l. c. 4. Laurent l. c. 341. Accolas: manuel du droit civil Bd. III pg. 272“ druckt dies in seiner prägnanten Art und Weise bei Besprechung der beiden Systeme über das Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionnar in Folge der Ausübung des Retraktrechts durch einen der Miterben von jenem (s. oben § 7. 3) also aus: „En réalité nous sommes dans une impasse, ces deux systemes ont raison, ce qui a tort c'est l'institution du retrait.“

²⁾ Vgl. insbesondere Laurent cit.: „Le retrait est une vraie expropriation de l'acheteur: on le force à céder son marché à l'héritier, qui exerce le retrait . . . Le retrait successoral est encore en opposition avec un autre principe de nos sociétés modernes, la liberté du commerce.“

wissen tadelnswerth, weil er sehr leicht umgangen werden kann. Betrügerische Manipulationen zum Zwecke seiner Ausschließung gehören keineswegs zu den Seltenheiten und der Fall, daß ein den wirklichen Kaufpreis übersteigender Betrag in dem Acte angegeben wird, kommt öfter vor, als man vermuthet.³⁾

2. Verschieden von der Unvereinbarkeit mit der Freiheit des Eigenthums und von der Unzweckmäßigkeit des retrait succensoral ist die Frage, ob nicht ihm doch am Ende ein zwar an sich richtiger, aber einseitiger und gerade deshalb unheilvoller Gedanke zu Grunde liegt. Die hauptsächlich für dessen Einführung bez. Aufnahme in den code civil angeführten Gründe,

³⁾ Ein besonders ärgerlicher Fall dieser Art spielte sich im Frühjahr 1879 vor dem Landgericht zu Mülhausen ab. Ein Bauernbursche H. verkaufte seinen Antheil am elterlichen Vermögen, welcher sich auf 3000 Frs. belief, an die Handelsleute Sch. und L. um den Betrag von 1000 Frs. Nachdem ihm die beiden eingeschärft hatten, daß, wenn sie zum Notar kämen, er nur: „Ja“ zu sagen brauche, gingen die Parteien dorthin und wurde daselbst ein Act aufgenommen, in welchem statt des verabredeten Preises von: 1000 Frs. ein solcher von 2500 Frs. angegeben wurde. Bei Abschluß des Vertrages erhielt H. von Sch. 100 und von L. 200 Frs. Nachdem jener nun innerhalb weniger Tage das Geld vergeudet hatte, verlangte er von Sch. den Rest. Dieser versprach ihm denselben zu geben, wenn er einen weitem Act unterschreibe, Sch. verabredete nun mit einem dritten Handelsmann B. „eine Scheincession“ und händigte diesem zur Simulirung der Auszahlung des Cessionspreises 650 Frs. ein, worauf die Handelsleute wie das in dieser Sache ergangene Urtheil sich ausdrückt, „den einen ganzen Tag im Triebe befindlichen H.“ abermals zu dem Notar führten. Dort wurde ein neuer Act gethätigt, worin H. den ihm angeblich noch geschuldeten Kaufpreisrest von 2200 Frs. an B. um 1800 Frs. cedirte. H. erklärte in dem Acte, daß er vor dessen Errichtung von jenem 1150 Frs. und während derselben 650 Frs. erhalten hätte, welche ihm B. in Gegenwart des Notars einhändigte. Anfangs verweigerte H. seine Unterschrift, weil ihm noch zu den 1000 Frs. 50 Frs. fehlten. (300 Frs. hatte er, wie erwähnt, bereits früher erhalten). Sobald ihm jedoch dieser Restbetrag von dem später dazu gekommenen L. gegeben worden war, erklärte er sich dazu bereit. Als nun einer seiner Miterben das Retraktrecht ausüben wollte, verlangten Sch. und L. 2500 Frs. Die Sache wurde entdeckt und jeder dieser beiden Handelsleute wegen obiger Manöver zu 18 Monaten Gefängniß und einer Geldstrafe von 1500 M. verurtheilt.

daß nämlich durch ihn das Eindringen Fremder in die Geheimnisse der Familie und Prozeßsituationen verhütet werden sollen, sind nun allerdings sehr schwach. Außer den „habgierigen Käufern“ können jene noch andere Fremde, wie z. B. die Gläubiger des Erben kennen lernen und es ist durchaus kein Grund vorhanden, hier einen höheren Grad von Verschwiegenheit anzunehmen, als dort. Thatsächlich werden Erbschaftskäufe sicher nicht deshalb abgeschlossen, um Familiengeheimnisse kennen zu lernen und auszuplaudern. Ebenso wenig werden solche Geschäfte aus Lust am Prozeßiren oder zum Zwecke des Hervorrufens von Streitigkeiten unter den Erben gemacht. Indes zeigt die Erfahrung, daß das Aufkaufen von Erbschaften häufig gewerbsmäßig betrieben wird und die Personen, welche sich damit befassen, gewöhnlich sich sehr gut auf ihren Vortheil verstehen, während andererseits die Verkäufer derselben — und damit auch in der Regel deren Miterben — meist den unteren Classen der Bevölkerung, hauptsächlich der ländlichen, angehören. Erstere benützen nun nicht selten ihre größere Ueberlegenheit in Geschäften, um die Letztern bei der Theilung selbst auf mancherlei Weise zu übervorthen. Diese Thatsache wurde, wenigstens von der ältern Jurisprudenz, gefühlt, nirgends aber zum deutlichen Ausdruck gebracht. So hat das in § 1 citirte arrêt von 1521 den *retrait successoral* zugelassen: „parceque le cessionnaire avait réchéré ce transport étant à cette fin allé sur les lieux.“⁴⁾ und sind die in § 1 Note 7 angeführten Worte *Servin's*: „s'appropriant les biens d'icelles (scilicet familles) en expropriant et venant les vrais héritiers parachat, qu'ils font de leur cohéritier à marché“ in dem gleichen Sinne zu deuten.⁵⁾ Diese Idee ist aber insofern eine einseitige, als sie übersieht, daß das Ziel bei der Theilung ein gutes Geschäft zu machen, ein ferneres ist, als dasjenige, durch den Kauf selbst zu profitiren. Es liegt klar zu Tage, daß der Speculant, zunächst wenigstens,

⁴⁾ Brillon I. c.

⁵⁾ Vgl. auch § 1 Note 16 in dieser Abhandlung den Hinweis von Chabot auf die in l. 22 cod. mand. 4 35 gebrauchten Worte: „alienis fortunis inliantes.“

den Vertrag nicht deshalb abschließt, um bei jener im Trüben zu fischen, umsoweniger, als er die Miterben seines Gewährsmannes, auf deren persönliche Eigenschaften es doch dabei zunächst ankommt, in der Regel nicht einmal kennt, als vielmehr um die Erbschaft um möglichst geringen Preis zu erwerben. Es sind also hier nicht so sehr diese, als der verkaufende Erbe bedroht. Letzterer wird aber durch den retrait successoral nicht nur nicht geschützt, sondern sogar in eine schlimmere Lage gebracht. Denn je größer das Risiko für den Käufer ist, den Vortheil, welchen er aus dem Geschäfte ziehen könnte zu verlieren, einen desto geringern Preis wird er zu zahlen gewillt sein.⁶⁾

§ 9. Ueber Erbschaftskäufe im Allgemeinen.

1. In der Regel wird der Erbe durch Geldbedürftigkeit zur Veräußerung seiner Rechte am Nachlaß bestimmt. Diese sind für ihn in dem erwähnten Falle, wenn sie nicht sofort realisirt werden können, als: „Wechsel auf die Zukunft“ unbrauchbar und haben nur dann einen Werth, wenn sich Jemand findet, der denselben, wenn auch unter der Valuta einlöst. Kennt der Speculant die Lage des Erben, so wird er daraus für sich Nutzen zu ziehen suchen und ihm für seine Rechte möglichst wenig geben. Dieser wird, wenn er auf andere Weise kein Geld bekommen kann, nun wieder seinerseits gern damit zufrieden sein. Bietet nun der landesübliche Zinsfuß gegenüber zahlungsunfähigen Individuen keine genügende Risikoprämie, kommt dazu noch ein schlechtes Hypothekengesetz, welches den öffentlichen Credit schädigt, verbunden mit ungünstigen Zeitverhältnissen, so werden gegebenen Falls jene häufiger zu diesem Mittel greifen. Daraus ergibt sich des Weitern der Zusammenhang dieser Geschäfte mit der Creditgesetzgebung, insbesondere den Wuchergesetzen. In Elsaß-Lothringen,

⁶⁾ Sehr richtig bemerkt Laurent l. c.: „Il est évident, que l'héritier vendra à des conditions desavantageuses à cause des risques et perils, que l'acheteur court d'être privé de son marché.“

wo diese Gesetze auch schon früher zu Recht bestanden¹⁾ und ein Hypothekenrecht gilt, das den wirthschaftlichen Anforderungen der Gegenwart nicht entspricht, kommen wohl auch deshalb Erbschaftskäufe so häufig vor und dürfte eine offizielle Statistik manche interessante Aufschlüsse in dieser Richtung bieten!

2. Gegenwärtig geht man damit um, im deutschen Reiche das höhere Zinsennehmen mit Strafe zu bedrohen und civilrechtliche Nachtheile daran zu knüpfen, und ist auch bereits eine diesbezügliche Vorlage dem Bundesrath unterbreitet worden.²⁾ Es soll hier weder die Zweckmäßigkeit derselben untersucht, noch sonstwie eine Kritik darüber geübt werden. Findet man aber an maßgebender Stelle als zweckentsprechend, ein solches Gesetz zu erlassen, dann dürfte es auch unumgänglich nothwendig erscheinen, diejenigen Geschäfte, welche eine Umgehung desselben enthalten und zu welchen gewiß auch das Aufkaufen von Erbschaften unter ihrem Werthe gehörte, mit hereinzuziehen. Gesähe dies nicht, dann wäre das Verbot des höheren Zinsnehmens in vielen Fällen illusorisch und würde dasjenige, was den Wucherern auf diesem Wege entginge, ihnen in reichlicherem Maße aus Erbschaftskäufen wieder zufließen. Die Gefahr ist hier eine viel größere, als dort, weil diese oftmals auf Ausbeutung der Noth und des Leichtsinns abzielenden Geschäfte unter der harmlosen Form des Kaufes geschlossen werden und darum nicht so nackt hervortreten, als wie das Darlehensgeben zu einem höhere, als dem landesüblichen Zinsfuß, sodann der Natur der Sache nach meist größere Beträge und nicht selten Immobilienwerthe in Betracht kommen!

¹⁾ Vgl. dar. das Nähere bei Foertsch und Leoni: „die in Elsaß-Lothringen in Geltung gebliebenen französischen Strafgesetze Bd. II pg. 227 flg. Das Reichsgesetz vom 14. Nov. 1867 über die Aufhebung der vertragsmäßigen Zinsbeschränkungen ist in Elsaß-Lothringen nicht eingeführt worden. Nur in Handelsfachen unterliegt die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen der freien Vereinbarung § 27 Einf.Ges. zum D.S.G.B., s. auch die Urtheile des Appellhofs Colmar vom 20. Mai und des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 7. September 1878 (Jur. Zeitschr. für C.L. Bd III pg. 440 und 334).

²⁾ Dieser Aufsatz wurde vor dem Erlaß des Reichsgesetzes betr. den Wucher vom 24. Mai 1880 geschrieben.

Es würde zu weit und über den Rahmen dieser Zeitschrift hinausführen in der vorliegenden Frage auf Details einzugehen — wie z. B. bis zu welchem Betrag des wirklichen Werthes Erbschaftskäufe zu verbieten wären, welche Folge sich an die Uebertretung eines solchen Verbotes knüpfen sollten u. s. w. und soll daher auch nur andeutungsweise als Schluß einer juristischen Abhandlung über das Retraktrecht des Erben auf die bei Cessionen von Erbschaften vorhandenen Gefahren aufmerksam gemacht worden sein. Unter keinen Umständen möge aber der den verkaufenden Erben so sehr schädigende *retrait successoral* gemeines Recht für Deutschland werden!

IX. Die Lebensversicherung zu Gunsten dritter Personen. — Concurſ des Versicherungsnehmers.

Von Herrn Cornelius David, Advokat-Anwalt zu Frankenthal.

Im römischen Rechte war der Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit sofortiger Rechtserwerbung für denselben unzulässig. *Neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat, posumus*, Ausnahmen wie die, daß man für den seiner Gewalt Unterworfenen Erwerbungen machen konnte, bestätigten nur die Regel. „Das moderne Selbstbewußtsein“, sagt Windscheid*), dem ich diese Bemerkungen entlehne, hat die Doctrin und Praxis über die Grenzen des alten Rechts hinausgeführt und wenn der berühmte Pandectist auch gerade nicht ein Gewohnheitsrecht im Sinne des Artikels 1121 des Code civil d. h. des Inhalts anerkennt, daß jeder Vertrag zu Gunsten eines Dritten, der, als Bedingung des Vertrages für sich selbst abgeschlossen wird, schlechthin gültig ist und dem Dritten ein unmittelbares Forderungsrecht gewährt, so wird doch die Gültigkeit eines solchen Vertrags in einer Reihe von Fällen heut

*) Lehrbuch des Pandectenrechts, 5. Auflage § 316, S. 213, 215 Anm. 15, 219.

zu Tage nicht mehr bestritten. Unter diesen Fällen wird die Lebensversicherung — gewiß als einer der hervorragendsten — genannt.

Das französische Recht hat dem modernen Rechtsbewußtsein in dem erwähnten Art. 1121 das klare Siegel aufgedrückt. Es hat den Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit sofortiger unmittelbarer Rechtserwerbung als gewöhnliches Vertragsgesetz behandelt. Man kann zu Gunsten eines Dritten ebenso gut als seiner selbst etwas bedingen, wenn es nur im Gefolge der Bedingung für sich selbst geschieht. Das Forderungsrecht des Dritten entspringt, unabhängig von seiner Annahme sofort dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage. Zwar ist es vor der erklärten Annahme bis zum Tode dessen, der den Vertrag geschlossen hat und nur bis zu dessen Tode*) widerruflich, aber es unterliegt deshalb nicht einer Suspensiv- sondern nur einer Resolutivbedingung und besteht, wenn es nicht widerrufen worden ist, unantastbar zu Recht. Für die Entstehung seines unmittelbaren Forderungsrecht unerheblich hat die Annahme durch den Dritten daher nur Bedeutung bezüglich der Möglichkeit des Widerrufs.**)

Der Weg zur Lösung der vielen Fragen des Versicherungswesens wäre vielleicht nicht so schwierig, wenn man sich immer von dem schlichten Wegweiser des Art. 1121 und der benigna juris interpretatione des Art. 1157 leiten ließe.

Das in dieser Zeitschrift XII. S. 61 flg. mitgetheilte scharfsinnige Urtheil des Oberlandesgericht Zweibrücken hat offenbar sich von dem Art. 1121 richtig leiten lassen, aber der Art. 1157 scheint dabei zu kurz gekommen zu sein. Es hat meines Bedünkens mit Unrecht den bis zum 1. October 1879 bestandenen Art. 548 des Code de commerce herangezogen, wornach die Frau gegen die Concursmasse nicht klagen kann, um die von ihrem Manne durch Ehevertrag gemachten freigebigen Verfügungen für sich geltend zu machen.

*) Demolombe X. N. 93 und XII N. 252 bezeichnet den Widerspruch als höchst persönliches Recht.

***) In der Eigenschaft des Gatten oder Vaters scheint auch nur das gesetzliche Mandat zur unwiderruflichen Annahme durch den Vertragsabschluß zu liegen. (Vgl. nachgewähntes Urtheil).

Wollte man sich auch von der *ratio legis* verleiten lassen, den Rechtsnachtheil des Art. 549 auf die freigebigen Verfügungen außerhalb des Ehevertrags auszudehnen, so dürfte doch 1., die Rechtsanschauung, als ob die Frau, zu deren Gunsten der Mann sich versichert hat, wenn sie von der Versicherungsgesellschaft Zahlung der Versicherungssumme begehrt, etwas von der Concurrsmasse des Mannes verlange, dem vorausgeschickten Gedankengange des Art. 1121 widerstreiten und

2., die Rechtsanschauung, welche die Lebensversicherung zu Gunsten der Frau und Kinder nur von dem Gesichtspuncte der freigebigen Verfügung betrachtet, nicht gerade so leicht hin anzunehmen sein.

In ersterer Beziehung kann darauf hingewiesen werden, daß der Dritte durch den Vertrag ein eigenes unmittelbares Forderungsrecht erwirbt. In letzterer Beziehung ist der Inhalt des Versicherungsvertrages zu Gunsten von Weib und Kind durch die Freigebigkeit, die darin liegen mag, keineswegs erschöpft. Hat ja der Art. 1121 irgend ein eigenes persönliches Interesse dessen, welcher den Vertrag zu Gunsten des Dritten abschließt, als Bedingung der Gültigkeit des Vertrags zur Voraussetzung. Das eigene Interesse und das Interesse des Dritten sind aber untheilbar in einander verschmolzen. Der Vater und Gatte hat gewiß ein tiefes, morales Interesse, die Hinterbliebenen für den Fall des eigenen Todes sicherzustellen. Er versichert Weib und Kind — zu seiner Beruhigung, um ohne Sorgen leben und ohne Befürchtung sterben zu können. Höchstens die bezahlten Prämien könnten als eigentliche Schenkung gelten, wenn sie nicht der Preis der erkauften Beruhigung wären.

Sobald man sich auf den Art. 1121 stützt, ist auch die Idee der bloßen Schenkung ausgeschlossen.

Nach den obigen Erörterungen dürften Zweifel über die Richtigkeit der Entscheidung wohl gestattet sein. Das Forderungsrecht der Frau-Holl war gemäß des Art. 1121 durch die beiden Versicherungsverträge begründet.

Holl als Gatte und Vater, hat durch den Vertragsabschluß für Frau und Kinder gültig angenommen. (Reichs-Oberhandels-

gericht 25. Febr. 1880). Er hatte vor seinem Tode wenigstens die Verfügung zu Gunsten von Frau und Kindern nicht widerrufen. Eine bloße freigebige Verfügung lag nicht vor. Die Frau hatte nach der Verfügung des Art. 1121 und nach der Interpretationsregel des Art. 1157, wornach der Vertrag auszulegen ist *potius ut valeat quam ut pereat* Anspruch auf beide Versicherungssummen, weil sie von der Masse nichts verlangt, sondern einen wohl erworbenen Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft besaß, der ihr durch unzulässige Dazwischenkunft der Concursmasse nicht entzogen werden konnte.

X. Ueber das Reichs-Concursrecht in seiner Einwirkung auf das Resolutionsrecht gemäß Art. 1183 und 1184 cc. cc. Code civil und die Privilegien an Liegenschaften gemäß Art. 2103 und 2111 ibidem.*)

(von Hrn. Oberlandesgerichts-Senats-Präsidenten von Böller zu Zweibrücken.)

Es ist bekannt, daß es vorerst nicht Aufgabe der Reichsjustizgesetzgebung war, das in den verschiedenen Ländern des deutschen Reiches geltende materielle Recht in bürgerlichen Rechtsfachen umzugestalten. Dieser Schlüsselstein an dem Baue der deutschen Rechts Einheit soll vielmehr erst durch die Schaffung eines Reichscivilgesetzbuches, wozu die vorbereitenden Schritte eingeleitet sind, eingefügt werden. Gleichwohl haben sich die neuen Justizgesetze in einzelnen Fällen des Eingriffs in das materielle Recht nicht entschlagen können. In ganz besonaers einschneidender Weise ist dies in dem Theile der Concursordnung (Buch I.) geschehen, welcher die Ueberschrift „Concursrecht“ trägt. Hierdurch werden alle in Deutschland bestehenden Civilgesetzgebungen mehr oder weniger berührt, keine aber mehr, als die französische

*) Die Abhandlung in dieser Zeitschr. XII. S. 293 flg. ist erst nach Eingang der obigen Abhandlung gedruckt worden.

Civilgesetzgebung, soweit dieselbe auf deutschem Reichsgebiete gesetzliche Geltung hat. Besonders sind es die Bestimmungen der §§. 12 und 21 der Concursordnung welche vorzugsweise diese Gesetzgebung im Auge haben und wichtige Rechtsgrundsätze derselben zwar nicht vollständig aufheben, aber doch, soweit sie eine Concursmasse berühren, in so wenig schonenender Weise auf die Seite setzen, daß die hiedurch beunruhigte Praxis alle Mühe hat, ihr gestörtes Gleichgewicht wieder zurückzugewinnen. Namentlich herrscht in Betreff der Einwirkung des Concursrechtes auf das den Vertragsparteien bei Nichterfüllung der Vertragsverpflichtungen zustehende Resolutionsrecht sowie auf die Privilegien an Liegenschaften eine bis zur Verwirrung führende Meinungsverschiedenheit, welche durch ein einfaches Verweisen auf die dem Entwurfe der Concursordnung zu Grunde liegenden Motive nicht gehoben werden kann, sondern zur Klärung einer eingehenden Betrachtung der maßgeblichen Rechtsprincipien und der Vielgestaltigkeit des einzelnen Falles erheischt.

In nachstehendem soll der Versuch gemacht werden, etwas zur Zurechtfindung auf dem in Frage stehenden schwierigen Gebiete beizutragen.

I.

Einwirkung des Concursrechtes auf das Resolutionsrecht gemäß Art. 1182 und 1184 cc. cc. Code civil.

Daß in einem Vertrage die Vereinbarung getroffen werden könne, daß wenn eine der Vertragsparteien ihren Vertragsverbindlichkeiten nicht nachkommen werde, der Gegenpartei der Rücktritt von dem Vertrage gestattet sein soll, ist, da der Vertrag unter den Parteien bezüglich allen unerlaubten Verabredungen Gesetz bildet, selbstverständlich. Die ausdrückliche Nebenverabredung, daß ein Vertrag durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten auflösend bedingt sein soll, (*pactum commissorium*) ist demnach wie allen übrigen Gesetzgebungen, auch nach französischen Civilrechte statthaft. Eine Eigenthümlichkeit des letzteren ist es aber, daß bei allen zweiseitigen Verträgen die obige Nebenverabredung als unter den Parteien stillschweigend vereinbart angenommen wird und besteht zwischen dem ausdrücklichen und

dem stillschweigenden pactum commissorium nur der Unterschied, daß die auflösende Wirkung der ersteren von Rechtswegen, dagegen die der letzteren nur unter gerichtlicher Mitwirkung eintritt. (Art. 1184 Code civil).

Der Grund dieser Vermuthung eines nicht ausgesprochenen Vertragswillens ist in der auf altfranzösischem Gewohnheitsrechte beruhenden Anschauung zu suchen, daß es unbillig sei, daß nachdem bei einem Theil die Leistung des andern Theils der Bestimmungsgrund zum Abschluß des Geschäfts gewesen sei, der leistende Theil an den Vertrag gebunden sein solle, während der andere Theil sich desselben thatsächlich entschlage. Diesen Billigkeitsgrund läßt jedoch § 21 der Concursordnung nicht gelten. Hier wird vielmehr das Hauptgewicht darauf gelegt, daß die Richterfüllung des Vertrags nicht den Vertrag aufhebt sondern nur zur Geltendmachung des Anspruchs auf Erfüllung Veranlassung gebe und daß die Frage, welchen Werth diesen Anspruch einer Concurssmasse gegenüber habe, sich nach Concursrecht entscheiden müsse. Es sei nun nicht einzusehen, weshalb einem Gläubiger, der dem Gemeinschuldner ein Darlehen gegeben habe, die Concurssmasse nur so viel zurückgebe, als sie biete, obwohl auch dieser Gläubiger seine Leistung aus dem Bestimmungsgrunde gegeben habe, daß er nach Art und Höhe dasselbe zurückerhalte, daß dagegen einem Gläubiger aus einem zweiseitigen Vertrage seine Leistung ganz zurückgewährt werden solle, aus keinem andern Grunde, als weil er ebensfalls für sie etwas anderes habe erhalten wollen; (Motive zu § 21 Seite 89 am Ende Hahn's Mat. Seite 105). Demgemäß könne der Theil, welcher vor der Concursöffnung bereits erfüllt habe, die Rückgabe seiner in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergangenen Leistung aus der Concurssmasse nicht aus dem Grunde verlangen, weil der andere Theil in Folge seiner Concursöffnung nicht habe erfüllen können, sondern müsse seine Leistung in der Concurssmasse belassen und sich für seine Forderung wegen Erfüllung oder Aufhebung des Vertrags mit der von der Concurssmasse gebotenen Dividende begnügen, soferne ihm nicht ein Anspruch auf abgefonderte Befriedigung zustehe.

So oft also zur Zeit der Concurseröffnung auf der einen Seite eine in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangene Leistung und auf der andern Seite ein obligatorischer Anspruch eines Gläubigers auf die rückständige Gegenleistung des Gemeinschuldners, welche in Folge der Eröffnung des Concursverfahrens nicht erfüllt werden kann, sich gegenüberstehen, ist § 21 der Concursordnung anwendbar. Treffen diese Voraussetzungen zusammen, so ist es völlig gleichgültig, ob das bezügliche Rechtsverhältniß auf einem einseitigen oder auf einem zweiseitigen Vertrage, auf einem zweiseitigen Vertrage mit ausdrücklichem oder stillschweigendem pactum commissorium oder endlich auf einem Vertrage, welcher Mobilien oder auf einem solchen, welcher Immobilien zum Gegenstande hat, beruht.

Was den ersten und letzten dieser soeben angedeuteten Punkte anlangt, so bedürfen dieselben keiner eingehenderen Begründung. Haben doch die Motive des Entwurfs der Concursordnung Seite 63 am Ende (Hahn's Mat. S. 84) ausdrücklich hervor, daß § 21 die Folgen ins Auge fasse, welche eine Einwirkung des Concursverfahrens auf zweiseitige sowohl als auf einseitige Verträge nach sich zieht. Und daß die Vorschrift des § 21 sowohl auf Mobilien als Immobilien Bezug hat, geht abgesehen davon, daß § 21 keinen Unterschied macht, schon aus § 1 der Concursordnung hervor, wornach das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört, die Concursmasse ausmacht.

Nicht minder aber ist es richtig, daß § 21 der Concursordnung alle Resolutionsrechte betrifft, mögen dieselben auf einem ausdrücklichen oder stillschweigenden pactum commissorium, das heißt also der Clausel beruhen, daß für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung seitens des einen Theils der Vertrag als auflösend bedingt gelten soll. Denn was nach dem Gesetze (Art. 1184 C. c.) als stillschweigender Bestandtheil eines jeden zweiseitigen Vertrags erklärt ist, hat nach Maßgabe des Art. 1125 C. c. dieselbe rechtliche Geltung unter den vertragsschließenden, als wenn sie dasselbe ausdrücklich vereinbart hätten,

und der einzige Unterschied zwischen dem stillschweigenden und dem ausdrücklichen pactum commissorium besteht, wie bereits oben erwähnt, nur darin, daß die auflösende Wirkung des ersteren von Rechts wegen das heißt von Vertrages wegen, dagegen die auflösende Wirkung des letzteren nur unter gerichtlicher Mithilfe und Aufsicht eintritt. Diese Verschiedenheit der Wirkung ist nun allerdings für die Frage, in weit § 21 der Concursordnung im einzelnen Falle Platz greife, hochbedeutungsvoll, indem sie für den allein den Ausschlag gebenden Gesichtspunct, ob zur Zeit der Concursöffnung auf der einen Seite eine in das Eigenthum des Concursschuldners übergegangene Leistung und auf der andern Seite ein obligatorischer Anspruch auf die Gegenleistung des Gemeinschuldners gegenüberstehen, welcher in Folge der Concursöffnung nicht erfüllt werden kann, geradezu entscheidend ist. Gesetzt es wäre zum Beispiel in einem Kaufvertrage ausdrücklich bedungen, daß wenn am zehnten Februar auf der einen oder der andere Seite nicht geleistet sei, der Vertrag als aufgelöst zu betrachten sei, so leuchtet es ein, daß dieser Vertrag durch § 21 der Concursordnung nicht betroffen wird, wenn gegen den säumigen Contrahenten das Concursverfahren am zwölften Februar eröffnet wird. Denn sollte auch der andere Contrahent an den Gemeinschuldner schon vor dem zehnten Februar geleistet haben, so war dieses auf Grund eines Vertrages geschehen, welcher in Folge der Nichtleistung des Gemeinschuldners am zehnten Februar vertragsgemäß als aufgelöst zu betrachten war und stellt sich demnach die Leistung des Gläubigers zur Zeit der Concursöffnung am zwölften Februar nicht als in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen dar. Dagegen würde derselbe Vertrag allerdings durch § 21 der Concursordnung betroffen werden, wenn die Concursöffnung am achten Februar stattgefunden und der Gläubiger bereits vor der Concursöffnung geleistet haben sollte. Denn dann wäre dessen Leistung schon zur Zeit der Concursöffnung vertragsmäßig in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangen gewesen, während der vertragsmäßige Anspruch des Gläubigers auf die bis zum 10. Februar zu bethätigende Gegenleistung des Gemeinschuldners in

Folge der am achten Februar stattgehabten Concurseröffnung unerfüllt geblieben ist.

Wäre dagegen in obigem Kaufvertrage für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtungen nicht ausdrücklich die Auflösung des Vertrages verabredet worden, so würde dieselbe im Falle der Nichterfüllung seitens des Gemeinschuldners nicht schon am 10. Februar von Rechtswegen eingetreten, sondern gemäß Art. 1184 C. c. erst noch auf gerichtlichem Wege herbeizuführen sein, was dann zur Folge haben müßte, daß wenn die Concurseröffnung nicht schon am achten, sondern erst am zwölften Februar stattgefunden, der Gläubiger aber schon am elften Februar die Auflösungsklage erhoben hätte und diese nach der Concurseröffnung später gerichtlich als begründet zugesprochen werden würde, indem dann vermöge der declarativen Natur und der auf den Tag der Klageerhebung rückwirkenden Kraft des Urtheils die Auflösung des Vertrags als vor der Concurseröffnung geschehen erachtet werden müßte, die Leistung des Gläubigers sonach nicht in das Eigenthum des Gemeinschuldners hätte übergehen können, womit die Anwendbarkeit des §. 21 der Concursordnung ausgeschlossen und die Verpflichtung der Concursmasse zur Rückgewähr der Leistung gegeben wäre.

Es möchte deßhalb nicht entfernt davon die Rede sein können, daß in allen Fällen des ausdrücklichen pactum commissorium die Anwendbarkeit des § 21 der Concursordnung und in allen Fällen des stillschweigenden pactum commissorium die Anwendbarkeit des § 21 feststünde, vielmehr kommt in einem wie in dem andern Falle alles darauf an, ob die Auflösung des Vertrages bereits vor der Concurseröffnung entweder eingetreten oder gerichtlich begehrt ist, oder ob die Auflösung des Vertrags wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen des Gemeinschuldners erst nach der Concurseröffnung vor sich gehen soll. Ersteren Falles steht § 21 der Concursordnung nicht im Wege, wohl aber letzterenfalls, indem § 21 die landesgesetzlich zulässige sei es von Rechtswegen eintretende oder gerichtlich auszusprechende Auflösung des Vertrags, soferne dieselbe auf die Nichterfüllung der Verpflichtungen seitens des Gemeinschuldners sich gründet,

mit sammt ihren rückwirkenden Folgen verhindert. Die in den Motiven zu § 21 des Entwurfs der Concursordnung erwähnte *clausula cassatoria* (Seite 91 Hahn Mat. Seite 106) ist also wenigstens dann kein untrügliches Deckungsmittel gegen die Einflüsse des § 21, wenn die Auflösung durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten, insbesondere durch die Nichtzahlung, welche ja ganz oder theilweise immer als Folge der Concursöffnung einzutreten pflegt, bedingt ist, sondern nur dann, wenn die Auflösung des Vertrags von dem Eintritte irgend eines andern, mit der Concursöffnung in keinem Zusammenhange stehenden Ereignisses, zum Beispiel von einem besseren Gebot in bestimmter Zeit, abhängig gemacht ist. Fälle der letzteren Art sind es offenbar, welche bei Erwähnung der *causula cassatoria* in den Motiven vorgezeichnet haben.

Hiernach wird man sich in der Praxis mit dem Gedanken vertraut machen müssen, daß die in Art. 954. 1183. 1184, 1654 — 1656 *cc. cc.* Code civil zum Ausdruck gekommenen Grundsätze, insoweit hiedurch eine Concursmasse berührt wird, durch die Bestimmungen des § 21 der Concursordnung eine reichsgesetzliche Einschränkung erfahren haben, welche ebensowenig wie durch Landesgesetz durch Privatübereinkommen ausgeschlossen werden kann. Der vertragsmäßige Vorbehalt des Eigenthums in einem Kaufvertrage bis zur gänzlichen Auszahlung des Kaufpreises würde freilich die Bestimmungen des § 21 zu Gunsten des Verkäufers unschädlich machen, aber lediglich deshalb, weil ein solcher Vorbehalt den Uebergang des Kaufobjects in das Eigenthum des Gemeinschuldners hindert und demnach eine der Voraussetzungen des § 21 ausschließt, keineswegs deshalb, weil letztere Gesetzesbestimmung wenn die thatsächlichen Voraussetzungen derselben gegeben sind, durch Uebereinkommen der Parteien aufgehoben werden könnte.*) Insbesondere würde eine ausdrückliche Uebereinkunft der Vertragsabschließenden, daß der Ver-

*) In Betreff der Unbrauchbarkeit des Auskunftsmittel der *reservatio domini* in den Gebietstheilen, in welchen das französische Civilgesetz gilt, kann auf die Ausführungen Seite 290 Bezug genommen werden.

trag im Falle der Eröffnung des Concurverfahrens über das Vermögen eines der Contrahenten als *ex tunc* aufgelöst angesehen werden solle, sich nichts weniger als geeignet erweisen, vor den Wirkungen des § 21 zu schützen, sondern im Gegentheil erst recht den in § 21 vorgesehenen Fall in sich schließen, nämlich daß die Aufhebung des Vertrags in Folge der Concurseröffnung eintritt, in welchem Falle gerade der andere Theil nicht berechtigt sein soll, die Rückgabe der in das Eigenthum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Concursmasse zu verlangen.

Nach die Clausel der resolutiven Wiederversteigerung gemäß Art. 202 bayer. Ausführungsgesetzes zur Civilproceßordnung und Concurordnung bietet keinen unbedingten Schutz gegen die Bestimmungen des § 21 der Concurordnung; denn gesetzt die in diesem Art. vorgeschriebene Zahlungsaufforderung des Gemeinschuldners wäre zur Zeit der Eröffnung des Concurverfahrens noch nicht an den Gemeinschuldner zugestellt worden, so würde nach Art. 1656 Code civil die Auflösung des Vertrags vor der Concurseröffnung noch nicht eingetreten und deshalb die Geltendmachung des Resolutionsrechtes durch § 21 der Concurordnung ausgeschlossen sein. War dagegen die Zustellung der Zahlungsaufforderung vor der Concurseröffnung bereits erfolgt so hängt die Entscheidung der Frage davon ab, ob nach der Ansicht der Contrahenten schon die Sommatio, oder erst der Ablauf der Sommatiofrist die auflösende Wirkung haben sollte. (man sehe auch Laurent Band 24 Nr. 344 ff. Zachariae-Buchelt § 356 Note 27).

Daß diese reichsgesetzlich geschaffene Rechtslage landesgesetzlich (in den Ausführungsgesetzen) nicht geändert werden konnte, bedarf keiner weiteren Ausführung und sind deßhalb alle von landesgesetzlichen Standpunkte etwa daran zu machenden Ausstellungen ohne irgend welchen practischen Werth.

Der Landesgesetzgebung war nach §§ 21 und 39 der Concurordnung nur noch in soweit Spielraum gelassen, als sie in den Fällen, in welchen der Gläubiger der Concursmasse gegenüber sein Resolutionsrecht einbüßt, demselben seinen etwaigen

Anspruch auf abge sonderte Befriedigung aus der Immobiliarmasse zu erhalten trachten konnte. Nur noch in dieser Richtung war die Landesgesetzgebung in der Lage, Vorkehrungen zu treffen, weil die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Absonderungsrecht in Betreff der Immobiliarconcursumasse gegeben sei, gemäß Art. 39 Abs. 2 der Concursumordnung in erster Linie zwar nach Reichsgesetz, in zweiter Linie aber auch nach Landesgesetz zu beantworten ist.

Allein auch der letztere Weg war der Landesgesetzgebung nicht vollständig freigelassen, denn das Reichsgesetz hatte in § 12 der Concursumordnung auch nach dieser Seite hin einschränkende Bestimmungen getroffen.

II.

Einwirkung des Concursumrechtes auf die Privilegien an Liegenschaften gemäß Art. 2103 und 2111. Code civil.

Der erwähnte § 12 der Concursumordnung bildet in diesem Betreff die maßgebliche Gesetzesbestimmung. Die Einwirkung der letzteren auf die Privilegien an Liegenschaften wird am besten an dem Privilegium reranschaulicht, welches in dem täglichen Verkehr die hervorragendste Rolle spielt, nämlich an dem Privilegium des Verkäufers an dem verkauften Grundstücke. Bekanntlich stehen dem Verkäufer eines Grundstückes nach seiner Wahl zwei aus dem Vertrage fließende Rechte zu, nämlich einmal das Recht von dem Vertrage mit der Wirkung, als wäre letzterer niemals abgeschlossen gewesen, zurückzutreten (Resolutionsrecht Art. 1654 ff. und 1183 ff. Code civil) und sodann der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gesichert durch ein Privilegium an dem verkauften Grundstücke (Art. 2103 Ziff 1. Code civil.)

Da nach Art. 1583 C. c. das Eigenthum an dem verkauften Grundstücke schon durch den bloßen Vertragsabschluß übergeht, so tritt, wie wir im voranstehenden Abschnitte gesehen haben, bei Eröffnung des Concursumverfahrens über das Vermögen des Käufers der Fall ein, daß der Verkäufer gemäß § 21 der Concursumordnung nicht mehr berechtigt ist, die Rückgabe des verkauften Grundstückes wegen Nichtzahlung des Kaufpreises aus

der Concurzmasse zu verlangen, wenn nicht schon vor der Concurseröffnung die Auflösung des Kaufvertrages, sei es von Rechts-(Vertrags) wegen eingetreten oder auf dem Klagewege gerichtlich geltend gemacht ist. Ist weder das eine noch das andere geschehen, so büßt der Verkäufer sein Resolutionsrecht an der Immobilienconcurzmasse ein und hat demnach die Eröffnung und Durchführung des Concurzverfahrens in Betreff der an der Immobilienconcurzmasse haftenden Resolutionsrechte förmlich purgirende Wirkung, so daß bei einer von dem Concurzverwalter gemäß § 116. Concurzordnung betriebenen Zwangsversteigerung Zustellungen nach Art. 67 der bayerischen Subhastationsordnung*) an den Verkäufer aus dem Grunde nicht gemacht zu werden brauchen und gemacht werden können, weil der Verkäufer nicht mehr resolutionsberechtigt ist, also kein Recht auf Zurücknahme des Grundstücks geltend machen, mithin auch nicht Befriedigung für den noch rückständigen Kaufpreis auf Grund des Art. 67 der Subhastationsordnung, sondern lediglich auf Grund seines Verkaufsprivilegs sofern dasselbe durch Einschreibung gewahrt ist verlangen kann.

Hiernach gebietet es dem Verkäufer die Vorsicht, sein Verkaufsprivilegium durch Transcription oder Einschreibung zu wahren. Allein hieran könnte er bei aller Vorsicht durch die Bestimmungen des § 12 der Concurzordnung, welche nach Eröffnung des Concurzverfahrens der Einschreibung von Vorzugsrechten an Gegenständen der Concurzmasse der Concurzgläubigern

*) Art 67 der bayer. Subhastationsordnung lautet: Jeder Gläubiger ist befugt, dem Versteigerungsbeamten denjenigen früheren Eigenthümer namhaft zu machen, welchem ein Recht auf Zurücknahme des der Zwangsversteigerung unterstellten Gegenstandes mittels Auflösung des Veräußerungsvertrags im Falle der Nichtberichtigung seines Guthabens zusteht.

Der namhaft gemachte Beteiligte ist bei Zustellung der Versteigerungsbekanntmachung ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß er binnen zwei Wochen nach der Zustellung bei dem Versteigerungsbeamten die Erklärung abzugeben habe, ob er sein Recht auf Zurücknahme geltend machen oder ob er sich begnügen wolle, aus dem durch die Versteigerung zu erzielenden Erlöse Befriedigung für sein noch rückständiges Guthaben zu empfangen, widrigenfalls letzteres angenommen würde.

gegenüber die rechtsverbindliche Kraft verjagt, verhindert werden. Gesetzt es würde gegen den Käufer eines Grundstückes sofort nach Vertragsabschluß das Concursverfahren eröffnet werden, so wäre der Verkäufer nicht mehr in der Lage, sein Verkaufsprivileg durch Einschreibung zu wahren, weil nach § 12 der Concursordnung dies mit rechtsverbindlicher Kraft den Concursgläubigern gegenüber nicht mehr geschehen könnte, und der Verkäufer, welcher nach Art. 1583 C. c. schon durch den bloßen Vertragsabschluß das Eigenthum an dem verkauften Grundstück dem Käufer übertragen, sonach im gegebenen Falle zu einem Gegenstande der Concursmasse gemacht hätte, würde, seines Resolutionsrechtes durch § 21 und seines Verkaufsprivilegs durch § 13 der Concursordnung beraubt, sich für seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises mit der bei dem Concursverfahren sich ergebenden Dividende begnügen müssen.

Die Härte dieser reichsgesetzlichen Consequenzen wurde in den Motiven zu § 12 des Entwurfs der Concursordnung (Seite 56 Hahn's Mat. S. 78) nicht unbemerkt gelassen und deßhalb den Landesgesetzgebungen, welchen ja nach wie vor zufolge § 39 der Concursordnung die legislatorische Befugniß zusteht, die Erfordernisse eines Absonderungsrechtes an der Immobilienconcurssmasse zu bestimmen, der Wink gegeben, daß diejenigen Privilegien bezüglich welcher dies für nöthig erachtet werde, landesgesetzlich in ihrer dinglichen Wirksamkeit von der Eintragung unabhängig erklärt und dadurch dem Einflusse des § 12 der Concursordnung entriickt werden könnten.

In Befolgung dieses Winkes hatte der ursprüngliche Bayerische Entwurf des Ausführungsgesetzes zur Civilproceß- und Concursordnung in Art. 201 die in Art. 2103 Ziffer 1 und 3 C. c. bezeichneten Vorzugsrechte von jeder Einschreibung in das Hypothekenbuch unabhängig erklärt, wobei in den Motiven noch besonders hervorgehoben wurde, daß die Wirkungen des § 12 der Concursordnung in Ansehung des Privilegiums des Miterben gemäß Art. 2103 Ziff. 3. C. c. noch weniger erträglich seien, als bei dem Privilegium des Verkäufers. Während nämlich der Verkäufer immerhin in der Lage sei, in der Aus-

wahl des Käufers, mit welchem er sich in den Verkauf einlasse, vorsichtig zu sein, sei das Verhältniß des Erben zum Miterben von dem Belieben des ersteren unabhängig und müsse sich derselbe nicht allein den kreditlosesten Miterben gefallen lassen, sondern auch wider Willen mit demselben zur Theilung schreiten sobald dieser es verlange. Es würde nun dem Grundsätze der Gleichstellung, auf welcher jede Theilung beruhe, geradezu zuwiderlaufen, wenn das die Gleichstellung sichernde Privilegium an den Erbschaftsliegenschaften durch den Umstand hinfällig werden könnte, daß unmittelbar nach dem Theilungsabschlusse gegen den Miterben, auf dessen Erbtheil das Privilegium ruhe das Concursverfahren eröffnet würde. Nach der bisherigen Gesetzgebung habe die Eintragung dieses Privilegiums, für welche in Gemäßheit des Art. 2109 des Civilgesetzbuches eine Frist von 60 Tagen vorgeschrieben sei, (wie überhaupt die Eintragung der Vorzugsrechte an Immobilien, wofür eine gesetzliche Frist besteht) auch nach Eröffnung des Concurses oder einer Beneficiarmasse wirksam noch vorgenommen werden können, während dies nunmehr gemäß § 12 der Concursordnung den Concursgläubigern gegenüber mit Rechtswirksamkeit nicht mehr geschehen könne.

Gegen diesen Art. 201 des ursprünglichen Bayerischen Entwurfs konnte man den nicht unbegründeten Vorwurf erheben, daß derselbe die Zahl der stillschweigenden Vorzugsrechte zum Nachtheile des so heilsamen Grundsatzes der Oeffentlichkeit des Hypothekenwesens ohne Noth vermehre.

In der That war auch ein so tiefgehender Eingriff in das Landesrecht, wie ihn Art. 201 des ursprünglichen Bayerischen Entwurfs enthält, zum Schutze gegen die mißlichen Einwirkungen der §§ 12 und 21 der Concursordnung auf die in Frage stehenden Privilegien nicht erforderlich.

Denn § 12 der Concursordnung schließt die Eintragung von Pfand-Hypotheken- und Vorzugsrechten nach der Concursöffnung nur den Concursgläubigern gegenüber, nicht aber überhaupt aus (man sehe die Begründung zu § 12 des Entwurfs der Concursordnung im drittlezten Absatz.) Die Realgläubiger des Gemeinschuldners sind als solche nicht Con-

cursgläubiger, da der Conkurs nur die persönlichen Gläubiger umfaßt (man sehe die Begründung zu § 3 des Entwurfs der Concursordnung am Ende des drittlezten Absatzes).

In welchem Rangverhältnisse die Realgläubiger zu anderen Realgläubigern des Gemeinschuldners stehen, bestimmt sich zufolge Absatz 2 des § 39 der Concursordnung nach den Landesgesetzen und in Ausübung dieser Seite ihres dinglichen Rechtes werden sie von den Wirkungen des Concurses — also auch nicht durch § 12 der Concursordnung — nicht betroffen (man sehe die Begründung zu § 3 des Entwurfs der Concursordnung am Anfange des viertlezten Absatzes).

In Bezug auf die Rangverhältnisse der Realgläubiger unter einander verbleibt es daher trotz der Bestimmungen des § 12 der Concursordnung bei dem geltenden Landesgesetze das heißt bei den Vorschriften der Art 2103, 2106, 2108, 2109, 2110, 2111 C. c. und zwar bei diesen Vorschriften allein, nachdem die bezüglichlichen landesgesetzlichen Concursbestimmungen (z. B. Art. 1222 der bayer. Civilprozeßordnung) durch die Reichsconcursordnung beseitigt sind. Die Vorzugsrechte nach Art. 2103 und 2111 C. c. können und müssen daher auch nach der Concursöffnung des Gemeinschuldners durch rechtzeitige Einschreibung gewahrt werden, wenn sie in dem Verhältnisse von Realgläubiger zu Realgläubiger wirksam werden sollen.

Da nun § 12 nur den Concursgläubigern des Gemeinschuldners gegenüber Wirksamkeit hat, so brauchte die Landesgesetzgebung nur den Concursgläubigern gegenüber die in Frage stehenden Privilegien von der Einschreibung in das Hypothekenbuch unabhängig zu erklären, um der mißlichen Einwirkung des § 12 auf das Landrecht in der gewünschten Weise zu begegnen.

So entstanden Art. 201 des bayerischen, § 24 des elsäß-lothringischen § 25 des badischen und Art 89 des Hessen-Darmstädtischen Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung und Concursordnung mit beinahe gleichlautendem Inhalte.

III.

Die Privilegien an Liegenschaften nach der durch Art. 201 des bayerischen Ausführungsgesetzes zur Civilproceßordnung und Concursordnung geschaffenen Rechtslage.

Art. 201 a. a. O. lautet folgendermaßen :

Die Vorzugsrechte an Liegenschaften, welche in den Art. 2103 und 2111 des pfälzischen Civilgesetzbuchs bezeichnet sind, haben den Gläubigern gegenüber, welchen an diesen Liegenschaften ein Vorzugsrecht oder ein Unterpfandsrecht nicht zusteht, auch ohne Einschreibung in das Hypothekenbuch Wirksamkeit.“

Gläubigern gegenüber welchen an diesen Liegenschaften ein Vorzugsrecht oder ein Unterpfandsrecht zusteht, das heißt Realgläubigern gegenüber bedürfen diese Privilegien allerdings der Einschreibung in das Hypothekenbuch, wie es das Landesgesetz vorschreibt, allein diese Einschreibung wird durch die Bestimmungen des § 12 der Concursordnung nicht betroffen und kann deshalb mit Rechtswirksamkeit auch noch nach der Eröffnung des Concursverfahrens soweit dies landesgesetzlich zulässig und erforderlich ist, genommen werden. Um übrigens zu diesen Realgläubigern gegenüber den Concursgläubigern zu zählen, müßte der Inhaber eines Privilegs zur Zeit der Concursöffnung sein Privileg bereits durch Conservirung rechtswirksam gemacht haben, indem er nach der Concursöffnung durch § 12 der Concursordnung an dieser Conservirung gehindert wäre. Indem nun Art. 201 die obigen Privilegien von der Einschreibung den Concursgläubigern gegenüber unabhängig erklärt, macht derselbe die Inhaber dieser Privilegien den Concursgläubigern gegenüber in allen Fällen zu Realgläubigern d. h. zu Gläubigern, welche auf Grund des § 39 der Concursordnung ihr Absonderungsrecht gegen die Concursmasse geltend machen können und dadurch in Betreff des Ranges ihres Anspruchs auf abgesonderte Befriedigung allen Einwirkungen des Concursrechtes entzogen und vielmehr lediglich den hierüber bestehenden landesgesetzlichen Bestimmungen unterworfen sind.

Das ist der Sinn der obigen von der Praxis vielfach un-

beachtet gelassenen oder mißdeuteten Gesetzesstelle, hinsichtlich welcher überdies noch bemerkenswerth ist, daß hiedurch die Privilegien gemäß Art. 2103 und 2111 C. c. nicht allein innerhalb des Concurverfahrens, sondern auch außerhalb desselben den Chirographorgläubigern des Gemeinschuldners gegenüber von jeder Eintragung in das Hypothekenbuch unabhängig geworden sind. (Man sehe auch die Bemerkungen zu § 24 des elsäß-lothringischen Seite 70, und zu § 25 des badischen Ausführungsgesetzes Bingner Seite 51 flg.)

Wie sich nun die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der einzelnen in Art 2103 und 2111 C. c. bezeichneten Privilegien in Folge den Bestimmungen des Art. 201 des bayer. Ausführungsgesetzes zur C. P. O. und C. O. gestalten, möge der Gegenstand der nunmehrigen Betrachtungen sein.

1) Das Verkaufsprivileg des Verkäufers gemäß Art. 2103 C. c. Ziffer 1.

Es läßt sich annehmen, daß das dem Verkäufer im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises zustehende Resolutionsrecht in den weitaus meisten Fällen in Folge der Einwirkung des § 21 der Concursordnung zu Verlust gehen wird.

In diesem Falle kann das Resolutionsrecht auch den Realgläubigern der Immobilienconcursmasse gegenüber nicht geltend gemacht werden, da die Immobilienmasse trotz der Absonderung noch Theil der Concursmasse ist, in welche dieselbe nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten, soweit ein Ueberschuß sich ergibt, zurückfließt und welche demnach den Bestimmungen des § 21 der C. O. zuwider nicht verkürzt werden darf. Wie bereits oben erwähnt, hat die Eröffnung und Durchführung des Concurverfahrens in Ansehung der an der Immobilienconcursmasse haftenden Resolutionsrechte unter den in § 21 der C. O. bezeichneten Voraussetzungen purgirende Wirkung. Hat der Verkäufer aber kein Recht auf Zurücknahme des verkauften Grundstückes mehr, so fällt auch natürlich die Anwendbarkeit des Art. 66 der bayer. Subhastationsordnung und damit das darin electiv zugelassene Befriedigungsrecht weg, welches nur das

Aequivalent des Rechtes auf Zurücknahme (des Resolutionsrechtes) bildet.

Dem Verkäufer verbleibt demnach bei Wegfall seines Resolutionsrechtes in Gemäßheit des § 21 der Concursordnung nur das Absonderungsrecht, welches ihm sein Verkaufsprivileg gewährt.

Dieses Absonderungsrecht, welches den Concursgläubigern gegenüber nach Maßgabe des Art. 201 des bayer. Ausführungsgesetzes zur C. P. und C. O. von der Einschreibung in das Hypothekenbuch unabhängig ist, geht ihm in Folge der Bestimmungen des § 12 der C. O. nicht verloren, selbst wenn dasselbe zur Zeit der Concursöffnung noch nicht conservirt sein sollte. Denn den Concursgläubigern gegenüber bedarf es nach Art. 201 C. c. dieser Conservirung nicht mehr - und den übrigen Realgläubigern gegenüber kann der Verkäufer die Conservirung trotz den Bestimmungen des § 12 der C. O. auch noch nach der Eröffnung des Concursverfahrens nachholen, nachdem die entgegenstehenden concursrechtlichen Bestimmungen in Art. 2146 Abs. 1. C. c. bereits durch Art. 1222 der Bayer. Civilproceßordnung und letzterer Art. wieder (anderwärts Art. 443 Code de commerce 1. Art. 448 des französ. Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838, § 722 der Badischen Civilproceßordnung) durch die Reichsconcursordnung beseitigt worden sind. Und zwar kann diese Conservirung, da sie an eine bestimmte Frist nicht gebunden ist, stattfinden bis zum Tage des Zuschlags (Art. 23 Abs. 3 der bayer. Subhastationsordnung), wenn es zu einer Zwangsversteigerung kommt oder bis zum Ablaufe der in Art. 834 C. d. proc. in den Gebietstheilen, wo die sogenannte obligatorische Transcription besteht, in den betreffenden Transcriptionsgesetzen bezeichneten Frist, wenn das betreffende Grundstück aus freier Hand verkauft wird. (man sehe § 122 Ziff. 1 C. O.)

Hiernach könnte bei rechtzeitiger Geltendmachung des Absonderungsrechtes gemäß Art. 201 des bayer. Ausführungsgesetzes zur C. P. und C. O. im Concursverfahren und bei entsprechender nachträglicher Wahrung des Verkaufsprivilegs den übrigen

Realgläubigern gegenüber die Verschmäniß der Einschreibung resp. Transcription zur Zeit der Eröffnung des Concurverfahrens dem Verkäufer keinen Nachtheil bringen. Daß man übrigens am Vorsichtigsten verfährt, wenn man in allen Fällen das Verkaufsprivileg sobald als möglich conservirt, bedarf keiner weiteren Ausführung.

2) Privileg gemäß Art. 2103 Ziff. 2 Code civil, ist weiter nichts als ein Verkaufsprivileg, welches auf dem Wege einer gesetzlichen Subrogation auf denjenigen übergeht, der das Geld zur Erwerbung des Grundstückes vorschießt, das in Betreff des Verkaufsprivilegs Bemerkte trifft daher auch vollständig auf das hier in Frage stehende Privileg zu.

3, und 4) das Privilegium des Miterben gemäß Art 2103 Ziff. 3 Code civil sowie das Privilegium der Erbschaftsgläubiger und Legatarien gemäß Art. 2111 ibid, sind hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit an Fristen gebunden, nämlich das erstere an eine Frist von 60 Tagen nach vollendeter Theilung, das letztere an eine Frist von sechs Monaten nach Eröffnung der Erbschaft, innerhalb welcher dieselben durch Einschreibung in das Hypothekenbuch gewahrt werden müssen.

Es versteht sich von selbst daß, wenn zur Zeit der Concurseröffnung die obigen Fristen bereits unbenützt verstrichen und in Folge dessen die obigen Privilegien schon vor der Concurseröffnung gemäß Art. 2113 C. c. zu einfachen Legalthypotheken herabgesunken wären, Art. 201 des bayer. Ausführungsgegesetzes nicht weiter angerufen werden könnte, um diese Legalthypotheken vor den Bestimmungen des § 12 der C. O. zu schützen. Wären dieselben daher vor der Concurseröffnung noch nicht in das Hypothekenbuch eingetragen, so würden sie in Folge der Concurseröffnung hinfällig werden.

Befinden sich dagegen diese Fristen zur Zeit der Concurseröffnung noch im Laufe, so kann und muß den übrigen Realgläubigern gegenüber die Eintragung dieser Privilegien nach der Concurseröffnung vorgenommen werden, da § 12 der C. O. die Realgläubiger nicht berührt und die Inhaber der fraglichen Privilegien in Folge der Bestimmungen des Art. 201 des bayer.

Ausführungsgesetzes den Concursgläubigern gegenüber sich trotz des § 12 der Concursordnung als Realgläubiger legitimiren können, das Rangverhältniß der Realgläubiger aber unter einander sich gemäß § 39 Abf. 2 der C. O. nach Landesrecht richtet.

Würden die zur Zeit der Concurseröffnung im Laufe begriﬀenen Conservirungsfristen den übrigen Realgläubigern gegenüber versäumt, so könnten die Inhaber der obigen Privilegien die letzteren den übrigen Realgläubigern gegenüber nicht mehr als Privilegien, wohl aber noch als Legalthypotheken gemäß Art. 2113 Code civil zur Geltung bringen.

In allen Fällen könnten sie aber den Chirographorgläubigern des Gemeinschuldners gegenüber ein rechtswirksames Vorzugsrecht auf Grund des Art. 201 C. c. geltend machen, in Folge dessen sie in der Reihe der Realgläubiger jedenfalls den letzten Rang einnehmen würden.

5 und 6) Die Privilegien des Architekten und des Darleihers des zu einem Baue verwendeten Geldes gemäß Art. 2103 Ziff. 4 und 5 spielen im Rechtsverkehre in Folge des Umstandes, daß davon wegen der schwierigen Erfüllung der Vorbedingungen im täglichen Leben so gut wie kein Gebrauch gemacht wird, eine so untergeordnete Rolle, daß ein weiteres Eingehen auf das Verhältniß des Art. 201 des bayer. N. G. zur C. P. und C. O. zu diesen Privilegien ohne practischen Werth wäre.

Nicht zu statten kommen die Bestimmungen des Art. 201 des bayer. Ausführungsgesetzes dem Schenkgeber für seine Ansprüche auf Erfüllung der Seitens des Schenknehmers übernommenen Verbindlichkeiten, indem eine überwiegende Jurisprudenz dem Schenkgeber für diese seine Ansprüche ein Privileg an dem geschenkten Grundstücke versagt.

Da nun wie bereits oben nachgewiesen auch das Resolutionsrecht, welches dem Schenkgeber bei Nichterfüllung der Verbindlichkeiten seitens des Schenknehmers in Gemäßheit des Art. 954 Code civil zusteht; unter die Bestimmungen des § 21 der C. O. fällt, und demnach zu Verlust geht, wenn einerseits der Schenkgeber das Eigenthum an den geschenkten Grundstücken schon vor

der Concurseröffnung an den Gemeinschuldner übertragen hat, — was in der Regel der Fall sein wird, weil nach Art 938. C. c. das Eigenthum davon schon durch den bloßen Vertragsabchluß auf den Schenknehmer übergehen — und anderseits die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Schenknehmers in Folge der Concurseröffnung eintritt, was inuner dann der Fall sein wird, wenn diese Verbindlichkeit in einer rückständigen zu Geld umwandelbaren oder bereits in Geld festgestellten Leistung, also in einer Zahlung und nicht in einer sogenannten höchst persönlichen Leistung des Gemeinschuldners besteht, so muß sich der Schenkgeber, wenn die Resolution der Schenkung nicht bereits schon vor Eröffnung des Concursverfahrens, sei es von Rechts- (Vertrags) wegen eingetreten, oder von ihm auf dem Klagewege begehrt sein sollte, gefallen lassen, daß die geschenkten Grundstücke in der Concursmasse verbleiben, wogegen er für seine Gegenansprüche nur die Concurzdividende bekommt, wobei sich diese Gegenansprüche wenn sie nicht schon von vorn herein in einer Geldforderung bestehen, in Folge Concurrechts ohne Zuthun des Schuldners in eine solche umwandelt. (Motive zu § 21 S. 89.) Hahn's Mat. S. 104.

Diesem Schicksale wird der Schenkgeber nur dann entgehen können, wenn die gemachte Schenkung in Wirklichkeit einen Verkauf bildet, in welchem Falle dem Schenkgeber ein Verkaufsprivilegium zur Seite steht. Zachariae-Puchelt § 263 Nr. 7 und Aubry und Ran zu demselben §. Anmerkung 16. Die durch die früheren Gebührenordnungen veranlaßte Unsitte, Rechtsgeschäfte mit Verkaufscharakter im Interesse der Gebührenerparung als Schenkungen zu bezeichnen, was namentlich bei onerosen Gutsübergaben von Eltern an die Kinder in Eheverträgen gang und gäbe war, kann sich daher an den Schenkgebern auf das Bitterste rächen, wenn die Rechtsprechung die betreffenden Geschäfte trotz ihrer nominellen Bezeichnung als Schenkungen nicht in ihrer Eigenschaft als Verkaufsgeschäfte anerkennen sollte.

In Zukunft wird es sich jedenfalls für die Contrahenten empfehlen, ein solches Geschäft eher einen Verkauf, als eine Schenkung zu nennen. Sollte aber eine Schenkung in Wirklich-

keit von den Contrahenten beabsichtigt sein, so wäre es Sache des Schenkgebers, sich gegen die aus § 21 der Concursordnung drohende Gefahr durch die Bestellung einer Specialhypothek auf die geschenkten Grundstücke für alle seine aus der Schenkung fließenden Ansprüche auf Gegenleistung Seitens des Schenknehmers sicher zu stellen, zu welchem Behufe die nicht in Geld festgesetzten Gegenleistungen in ihrem Abschätzungsbetrage auszuwerfen wären.

In einem Urtheile des R. Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 12. October 1880 kam ein nicht uninteressanter Fall zur Entscheidung, in welchem die Bestimmungen des § 21 in ihren Beziehungen zu einem Gemeinschuldner, welcher als dritter Erwerber geschenkter Grundstücke sich darstellte, ins Auge gefaßt wurden.*)

XI. Die gerichtliche Hypothek des Code civil und die deutschen Justizgesetze.

Eine Erwiderung.

von Herrn Senatspräsident Petersen in Colmar.

Die im eilften Band dieser Zeitschrift (S. 536 flg.) von mir gemachten Ausführungen haben nach zwei Richtungen hin Widerspruch erfahren. Gegen die Behauptung, daß der im Mahnverfahren erlassene Vollstreckungsbefehl Anspruch auf eine gerichtliche Hypothek gewähre, haben sich Senatspräsident von Zöller in Zweibrücken und Rechtsanwalt David in Frankenthal (Bd. XII. dieser Zeitschrift S. 125 flg. und 139 flg.) erklärt. Ersterer hat außerdem bestritten, daß durch die im Concursverfahren erfolgte Feststellung einer Forderung und Eintragung derselben in die Tabelle eine gerichtliche Hypothek begründet werde. Da die angeregten Fragen von großer practischer Bedeutung sind und die in den beiden Abhandlungen vorgebrachten Gründe mir nicht als stichhaltig erscheinen, will ich eine Widerlegung der gegen meine Auffassung gerichteten Ausführungen versuchen.

*) Wird im nächsten Hefte erscheinen.

I.

Begründet der Vollstreckungsbefehl eine Urtheilshypothek?

1.

Mit Herrn Senatspräsidenten von Zöllner befinde ich mich insoweit in Uebereinstimmung, als es sich um die im Code civil vorgesehenen Voraussetzungen der gerichtlichen Hypothek im Allgemeinen handelt. Derselbe legt die in Frankreich geltenden Grundsätze in derselben Weise dar, wie ich es gethan habe und hebt insbesondere hervor, es sei gleichgültig, ob der gerichtlichen Entscheidung, deren Vollzug durch die gerichtliche Hypothek gesichert werden solle, eine contradictorische Verhandlung vorausgegangen sei, oder nicht. Er legt auf die Form, in welcher die gerichtliche oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung ergeht, kein Gewicht und gibt ausdrücklich zu, daß auch solche Entscheidungen, welche nach französischem Recht nicht als Urtheile im engeren Sinne des Worts bezeichnet werden, insbesondere bloße Ordonnanzen, Exécutoires der Richtercommissäre und Strafbefehle eine gerichtliche Hypothek begründen.*) Entscheidend ist nach der Ansicht des Herrn von Zöllner nur, daß von einem Gerichte im engeren Sinne des Worts oder von einer Verwaltungsbehörde in einer „administrativ-kontentiösen“ Sache in Ausübung der streitigen Rechtspflege eine Entscheidung erlassen wurde, welche für die eine oder andere Partei eine Zahlungsverbindlichkeit begründet. Gegen keine dieser Aufstellungen wird von meiner Seite Widerspruch erhoben. Vielmehr gebe ich selbstverständlich zu, daß Verfügungen, welche nicht in das Gebiet der streitigen sondern in das der „freiwilligen Gerichtsbarkeit“ gehören, nicht als „jugements“ im Sinne des Art. 2123 Code civil angesehen werden können. Der Streit zwischen Herrn von Zöllner und mir hat hiernach bloß die Frage zum Gegenstand, ob die im Mahnverfahren erfolgende

*) Auf die Frage, ob und inwieweit auch die „Contraintes“ der Verwaltungsbehörden eine Hypothek mit sich führen, ist Herr von Zöllner nicht näher eingegangen. Dagegen spielt diese Frage in den Ausführungen von David eine große Rolle. Dieselbe soll deßhalb in Nr. 2 erörtert werden.

richterliche Thätigkeit der streitigen oder der nicht-streitigen Rechtspflege angehört. Bezüglich dieser Frage behaupte ich aber mit der größten Entschiedenheit, daß es sich bei dem Erlaß von Zahlbefehlen im Mahnverfahren und bei der Vollstreckbarerklärung derselben ganz ebenso um einen Akt der streitigen Gerichtsbarkeit handelt, als bei dem Erlaß eines Urtheils, das nach vorausgegangener mündlichen Verhandlung erlassen wird. Es besteht, was diesen Punct anbelangt, keinerlei Unterschied zwischen dem Verjämnißurtheil, das auf Grund einer Verjämung der mündlichen Verhandlung ergeht, und dem der Sache nach ein Verjämnißurtheil bildenden Vollstreckungsbefehl, der auf der Verjämung des Widerspruchs gegen den Zahlbefehl beruht. Zur Begründung seiner Auffassung nimmt von Zöller Bezug auf die dem Entwurf zur C.=P.=O. beigegebenen Motive, in welchen das Mahnverfahren damit gerechtfertigt wurde, daß für die große Zahl der vor die Gerichte gebrachten, unter den Parteien gar nicht streitigen Ansprüche ein einfacheres Verfahren nothwendig sei, bei dem von einer mündlichen Verhandlung ganz abgesehen werde. Aber derselbe übersieht ganz, daß es für den Begriff der „streitigen Gerichtsbarkeit“ oder „streitigen Rechtspflege“ gleichgültig ist, ob der vor Gericht gebrachte Anspruch streitig oder unbestritten ist, und daß Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses oder einer Verjämung ergehen, ebenso in das Gebiet der streitigen Rechtspflege gehören, wie diejenigen, in welchen über einen unter den Parteien bestrittenen Anspruch entschieden wird. Das Wesen der „nicht-streitigen“ oder „freiwilligen“ Gerichtsbarkeit wird in der Regel (v. z. B. Wezell, System des gemeinen Civilprocesses § 43) in der Weise bezeichnet, daß es sich dabei um die Befugniß der Gerichte handle, bei der Begründung neuer Rechtsverhältnisse mitzuwirken. Aber wenn auch bezüglich dieser Definition gestritten wird, so gehören jedenfalls alle diejenigen Fälle in das Gebiet der streitigen Rechtspflege in denen ein Gläubiger sich an die Gerichte wendet, um mit deren Hülfe wegen eines ihm zustehenden — bestrittenen oder unbestrittenen — Anspruchs Befriedigung zu erlangen. Es besteht allgemeine Uebereinstimmung darüber, daß es sich nicht bloß

dann um „streitige Gerichtsbarkeit“ handelt, wenn der Beklagte die Existenz des klägerischen Anspruchs bestreitet, sondern auch dann, wenn er die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit aus einem anderen Grunde, sei es auch nur wegen Mangels der erforderlichen Mittel unterläßt und der Kläger, weil er das was ihm gebührt, nicht erlangen kann, genöthigt ist, die gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen.*) Was das „Mahnverfahren“ der Reichs-Civilproceßordnung anbelangt, so kann ganz abgesehen von diesen aus der Natur der Sache abzuleitenden Gründen ein Zweifel nicht darüber bestehen, daß dieses Verfahren nicht dem Gebiet der „freiwilligen“ sondern dem der „streitigen Gerichtsbarkeit“ angehört. Die Reichsjustizgesetze befassen sich nämlich überhaupt nur mit der streitigen Rechtspflege, überlassen dagegen die Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten. Dies ist in § 2 des Einführungsge-

*) Vgl. hierzu: Wezel § 43; Renaud §§ 2 und 22; Urndts, Pandecten § 96; Hauser, die deutsche Gerichtsverfassung in seiner Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. IV. S. 48 flg. insbes. S. 53; Uebel in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilproceß Bd. I. S. 373 und 374; Schulze, das deutsche Concursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 136 flg. insbes. S. 144 flg.; Drechsler, Ueber die Begriffe „Civilproceß“ und „Rechtsstreit“ im Archiv für civilist. Praxis Bd. 62 S. 405 flg. insbes. S. 407, 416, 418 und 419 flg. Letzterer hebt an verschiedenen Stellen hervor, daß alle Rechtseinrichtungen zur zwangsweisen gerichtlichen Geltendmachung gestörter Privatinteressen dem Gebiet des Civilprocesses angehören und die Störung eines Rechtsverhältnisses nicht bloß dann vorliegt, wenn das wirksame Dasein eines Rechts geleugnet wird, sondern auch dann, wenn bei einem unbestrittenen Recht der thatsächliche Zustand dem Inhalt des Rechts gegen den Willen des Berechtigten widerspricht. Er stellt fest, daß man in Theorie und Praxis vor einem „Proceß“ nicht bloß bei streitigen Rechtshändeln, sondern auch dann spreche, wenn zur Realisirung eines anerkannten und unbestrittenen Rechts richterliche Hülfe beansprucht werde, und setzt ausführlich auseinander, daß das Mahnverfahren dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit angehöre und als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ im Sinne des § 13 G. V. G. anzusehen sei. Auch Hauser bemerkt (a. a. O. S 53) ausdrücklich, zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit werde keineswegs ein Streit unter den Parteien vorausgesetzt; vielmehr gehörten darunter auch Klagen auf Erfüllung unbestrittener Ansprüche, sowie die Verfolgung der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung und im Concursverfahren.

festes zum Gerichtsverfassungsgesetz ausdrücklich gesagt und es sind auch die Schriftsteller darüber einig, daß alle Materien, welche durch das Gerichtsverfassungsgesetz, die Civilproceßordnung, die Strafproceßordnung und die Concursordnung geregelt werden, insbesondere das Mahnverfahren, das Entmündigungs- und Aufgebots-Verfahren, das ganze Strafverfahren und das Concursverfahren nach deutschem Reichsrecht unter den Begriff der „streitigen Gerichtsbarkeit“ fallen. *) Wäre die Vorschrift dieses § nicht vorhanden, so müßte übrigens nach der Natur der Sache und der geschichtlichen Entwicklung des Mahn- oder Mandats-Verfahrens unter allen Umständen angenommen werden, daß dieses Verfahren nur eine besondere Art des streitigen Verfahrens, eine „Proceßart“ im Sinne des § 232 C.P.O. und zwar eine außerordentliche Proceßart bildet, welche mit Rücksicht auf die Natur der zu verhandelnden Streitfachen anders als das gewöhnliche oder ordentliche Verfahren geregelt ist. Das Mahnverfahren der Reichscivilproceßordnung stammt, wie alle demselben entsprechenden außerordentlichen Proceßarten der Landesgesetzgebungen, aus dem gemeinen deutschen Civilproceß; es schließt sich unmittelbar an das „bedingte Mandatsverfahren“ des gemeinen Rechts an; der Zahlbefehl, durch welchen das Verfahren eröffnet wird, entspricht dem gemeinrechtlichen „mandatum cum clausula“. Auch im gemeinen Proceß war das Verfahren mittels bedingten Zahlbefehls auf solche Ansprüche berechnet, gegen welche voraussichtlich ein Widerspruch nicht zu erwarten sei und es lag demselben die Erwägung zu Grunde, daß sich für derartige Ansprüche ein einfacheres Verfahren empfehle. Dieses fand man darin, daß sofort die dem erwarteten Zugeständniß entsprechende Entscheidung getroffen, dem Beklagten aber das Recht des Widerspruchs vorbehalten wurde. Dieses oder ein ähnliches Verfahren ist in fast

*) B. Keller, Commentar zum C.P.O. zu § 12, Anm. 1, 5 und 6; Strudmann — Koch zu Tit. II. C.P.O. Anm. 1 und zu §§ 12 und 13 desselben Aufl. II. S. 787—789; Siebenhaar, Civilproceß S. 596; von Sarwey Bd. II. S. 20 ff.; Endemann, der deutsche Civilproceß zu § 12. C. P. O. Bd. I. S. 60; Hauser a. a. O. S. 51 ff.; Drechsler a. a. O. S. 410 ff.; Fitting, der Reichscivilproceß § 2.

alle deutsche Proceßordnungen übergegangen und zwar ohne Unterschied, ob dieselben das schriftliche Verfahren beibehielten oder den Grundsatz der Mündlichkeit annahmen.*) Eine besondere Ausdehnung hat das Verfahren in Preußen erhalten, insofern dort in allen sogenannten Bagatellproceßes, d. h. bei allen Rechtsstreitigkeiten, bei welchen der Werth des Streitgegenstands 50 Th. nicht überstieg, nach Zulassung der Klage statt der Vorladung zu einem Termin ein Mandat erlassen werden mußte. Dasselbe bestimmte, was der Beklagte zu zahlen oder zu leisten habe und enthielt die Verwarnung, daß, wenn der Beklagte nicht innerhalb vierzehntägiger oder kürzerer Frist Widerspruch erhebe, das Mandat die Kraft eines Versäumnißurtheils erlangen und auf Antrag des Klägers ohne Weiteres vollstreckt werde.**)

Wo ein solches Mandatsverfahren bestand, wurde dasselbe in der Regel zur streitigen Gerichtsbarkeit gerechnet und als eine außerordentliche Form des Civilprocesses dem ordentlichen Verfahren an die Seite gestellt. Es konnte jedenfalls dort ein Zweifel über die Natur des Verfahrens nicht bestehen, wo über die geltend gemachten Ansprüche in der Form des Mandats wirklich entschieden wurde, derart, daß eine nochmalige Entscheidung ausgeschlossen war. Hinsichtlich des hannoverschen Mahnverfahrens, das durch ein Gesetz vom 27. Juli 1852 eingeführt wurde, sagte Leonhard allerdings, dasselbe sei kein eigentliches Proceßverfahren; in dem Zahlbefehl liege nur eine ernstliche Mahnung, den Gläubiger zu befriedigen und das Verfahren solle nur dazu dienen, die Sache in dieselbe Lage zu bringen, in welcher sie sich befinden würde, wenn bezüglich des Anspruchs eine öffentliche Urkunde mit der executorischen Clausel vom Gericht oder von einem Notar aufgenommen worden wäre. Da er fügte noch weiter bei, wenn man die Gerichtsbarkeit in streitige und freiwillige eitheile, gehöre das Mahnverfahren zur letzteren; es trage im Wesentlichen denselben Character wie das Vermittlungs-

*) Man vergleiche die Zusammenstellung in den Motiven zu §§ 581 — 596 des Entwurfs der C. P. O., Kortkampfsche Ausgabe S. 547.

**) B. Koch, preuß. Civilproceß Titel 26 S. 762.

und Edictal-Verfahren vor den Amtsgerichten.*) Aber das konnte Leonhard nur von dem hannöverschen Mahnverfahren sagen, in welchem eine Entscheidung über den Anspruch nicht erfolgte, sondern der Beklagte, der es unterlassen hatte, Widerspruch zu erheben, immer noch eine gerichtliche Entscheidung verlangen konnte. Wo im Mahnverfahren die Existenz des geltend gemachten Anspruchs durch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung festgestellt wird, muß diese als ein Act der streitigen Gerichtsbarkeit angesehen werden. In den Motiven zur C.P.O. ist denn auch die Verschiedenheit des in denselben angenommenen „Mahnverfahrens“ von dem des hannöv. Rechts scharf hervorgehoben und das Mahnverfahren als besondere Proceßart dem „ordentlichen“ Verfahren gegenüber gestellt worden.***) In der That läßt sich auch gegen die von allen Commentatoren***) getheilte Ansicht, nach welcher das Mahnverfahren lediglich eine besondere, mit Rücksicht auf die voraussichtlich unterbleibende Bestreitung einfacher gestaltete Proceßform ist, welche ebenso wie das regelmäßige Verfahren zur streitigen Rechtspflege gehört, kaum etwas Triftiges sagen. Der Umstand, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch vom Beklagten zugegeben oder bestritten wird, ist wie bereits erwähnt wurde, für die Unterscheidung zwischen streitiger und nicht-streitiger Rechtspflege gleichgültig. Es handelt sich immer um einen Act der streitigen Gerichtsbarkeit, wenn Jemand, weil er wegen eines ihm zustehenden Anspruchs Befriedigung nicht erlangen kann, die Hülfe des Gerichts nachsucht, um auf diese Weise die Erfüllung der dem Gegner obliegenden Verbindlichkeit zu erzwingen. Dieser Fall liegt aber, wenn der Gläubiger einen vollstreckbaren

*) Leonhard, Commentar zur hann. Proceßordnung (Justizverfahren des Königreichs Hannover Bd. II. S. 626 ff.

**) Motive a. a. O. S. 547. wo ausgeführt wird, daß die Zwangsvollstreckung als einziges Ziel des Verfahrens nicht genüge, sondern dasselbe zu einer definitiven (rechtskräftigen) Entscheidung über den Anspruch führen müsse, ferner S. 548, 549, 550.

***) Struckmann — Koch II. Aufl. S. 527; Wilmowski — Levy S. 471 ff.; Siebenhaar S. 596; Endemann Bd. III. S. 75; Hellmann Bd. II. S. 584.; Bülow, Commentar S. 424 und 427.

Zahlbefehl erwirkt, ebenso vor, als wenn er förmliche Klage erhebt und mittels deren ein contradictorisches oder Versäumnißurtheil zu erlangen sucht. In beiden Fällen ist es dem Gläubiger nicht um ein Vergleichsverfahren oder einen Sühneversuch, sondern lediglich darum zu thun, die Anerkennung seines Anspruchs durch das Gericht und damit ein Mittel zur Sicherstellung desselben und zum zwangsweisen Vorgehen gegen den Schuldner zu erhalten. Gehört die Rechtshülfe, welche die Gerichte den Gläubigern zum Zweck der Befriedigung ihrer vielleicht theoretisch unbestrittenen aber thatsächlich verletzten oder unerfüllt gebliebenen Ansprüche gewähren, in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, so kann nichts darauf ankommen, ob diese Rechtshülfe durch Erhebung einer Klage oder durch ein Gesuch um Erlaß eines Zahlbefehls nachgesucht wird, welchem das Gesetz dieselben Wirkungen beilegt wie einem gewöhnlichen Versäumnißurtheil. Auch wenn die C.P.D. nicht (in § 640) den Vollstreckungsbefehl dem Versäumnißurtheil ausdrücklich bezüglich seiner Wirkungen gleichgestellt hätte, müßte dies gelten, denn derselbe ist der Sache nach nichts Anderes als ein Urtheil. Ob zum Zweck der Anhörung des Beklagten Termin zu einer mündlichen Verhandlung bestimmt, oder ob dem Letzteren anheingegeben wird, seinen Widerspruch schriftlich oder zum Protocoll des Gerichtsschreibers zu erklären, kann einen Unterschied nicht bewirken, denn die streitige Rechtspflege kann auf dem Weg des schriftlichen, wie auf dem des mündlichen Verfahrens ausgeübt werden und die im schriftlichen Verfahren ergangenen Entscheidungen müssen ebenso wohl als Urtheile gelten, als wenn sie nach einer mündlichen Verhandlung erlassen worden wären. An sich wäre es ganz wohl denkbar, daß auch im gemeinen Proceß ungeachtet der Schriftlichkeit des Verfahrens das Institut der Urtheils-Hypothek eingeführt worden wäre, und in Baden ist die gerichtliche Hypothek viele Jahrzehnte lang an solche Urtheile geknüpft gewesen, welche auf Grund eines schriftlichen Verfahrens erlassen wurden. Es ist aber Niemand eingefallen, zu sagen, daß die Vorschrift des Art. 2123 C. c. in Baden keine Anwendung finden könne, weil ein anderes als das in Code de procédure vorgesehene Verfahren bestehe und keine

mündliche Verhandlung stattfindet. Auch das kann nicht maßgebend sein, daß in dem einem Fall die Entscheidung vorbehalten wird, bis der Beklagte seine Bertheidigung vorgebracht hat, während in anderen sofort eine bedingte Verurtheilung ergeht, welche der Beklagte durch einfachen Widerspruch beseitigen kann. Der Sache nach liegt auch im letzteren Falle ein Verfümmnißurtheil vor, denn es ist einerlei, ob die mündliche Verhandlung oder die Gelegenheit zu einer schriftlichen oder protocollarischen Erklärung des Widerspruchs veräußt wurde. Nach gemeinem Proceß mußte das „mandatum cum clausula“, gegen welches Widerspruch nicht erhoben wurde, ebenso gut als Urtheil gelten, wie die Entscheidung, welche auf Grund des Schriftenwechsels oder zufolge einer Unterlassung der Klagebeantwortung erlassen wurde, und es wäre, wenn dem gemeinen Recht die Urtheilshypothek bekannt wäre, dieselbe jedenfalls auch an die im Mandatsverfahren ergangenen Entscheidungen geknüpft worden. Warum soll dies anders sein, nachdem für das regelmäßige Verfahren der Grundsatz der Mündlichkeit angenommen, daneben aber für die voraussichtlich eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs nicht ergebenden Fälle von der hier zwecklosen mündlichen Verhandlung abgesehen und das gemeinrechtliche Mandatsverfahren in etwas veränderter Form beibehalten worden ist?

Nach diesen Ausführungen erscheint die Ansicht des Herrn von Zöller, als handle es sich bei dem Mahnverfahren nicht um Ausübung der streitigen Rechtspflege als unrichtig. Es ist hiernach die Auffassung als unhaltbar anzusehen, nach welcher dem Strafbefehl, sowie dem Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde die Wirkung der gerichtlichen Hypothek zukommen, dieselbe dagegen dem Vollstreckungsbefehl versagt sein soll. Herr von Zöller meint zwar, zwischen Strafbefehl und Vollstreckungsbefehl bestehe eine Aehnlichkeit bloß hinsichtlich einiger Aeußerlichkeiten; im Uebrigen sei eine Gleichheit des Charakters nicht vorhanden. Sieht man genauer zu, so ergibt sich aber, daß die beiden Einrichtungen auf ganz gleichen Grundgedanken ruhen und auch, soweit nicht die Verschiedenheit zwischen Civilrecht und Strafrecht einen Unterschied bewirkt, in gleicher Weise geregelt sind. Allerdings wird

der Strafbefehl nicht auf einseitiges Gesuch einer Partei, sondern auf Grund vorausgegangener materieller Würdigung erlassen. Dagegen hat bei Erlass und bei Vollstreckbarerklärung des Zahlbefehls der Richter nur zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Verfahrens vorliegen und muß die thatsächlichen Behauptungen der Partei in Ermanglung eines Widerspruchs als richtig annehmen. Aber diese Verschiedenheit hat nichts mit dem Unterschied zwischen streitiger und nicht-streitiger Gerichtsbarkeit zu thun, sondern hat ihren Grund in der verschiedenen Natur der Strafrechtspflege und der Civilgerichtsbarkeit. Sie tritt in derselben Weise hervor, wenn der Erlass förmlicher Urtheile im Verhandlungstermin in Frage steht. Auch dort hat der Strafrichter die Schuldfrage objectiv zu prüfen, während der Civilrichter, wenn der Beklagte nicht erscheint, die klägerischen Behauptungen als zugestanden ansehen, und falls dieselben die Klage rechtfertigen, Versäumnisurtheil erlassen muß. Sieht man hiervon ab, so trifft die Analogie zwischen Vollstreckungsbefehl und Strafbefehl vollständig zu. Auch bei diesem handelt es sich um ein einfacheres als das gewöhnliche Verfahren für solche Fälle, in welchen der Beschuldigte voraussichtlich bei der mündlichen Verhandlung nicht erscheinen, oder im Falle des Erscheinens seine Schuld ohne Weiteres zugestehen würde, und wird angenommen, derselbe werde sich der festgesetzten Strafe unterwerfen. Auch hier wird wie bei dem Mahnverfahren von einer mündlichen Verhandlung zunächst abgesehen und sofort entschieden, dem Beschuldigten aber Gelegenheit gegeben, gegen die ohne seine Anhörung erlassene Entscheidung Einspruch zu erheben und dadurch eine mündliche Verhandlung herbeizuführen. Auch der Strafbefehl erlangt endlich die Wirkung eines Urtheils, wenn der Einspruch versäumt wird; nur geht die Wirkung noch weiter als bei dem Zahlbefehl, insofern eine besondere Vollstreckbarerklärung nicht erfolgt und die Versäumung der Frist, innerhalb deren Widerspruch zu erheben ist, dem Strafbefehl sofort die Wirkung ein rechtskräftigen Urtheils verschafft. Das Verfahren mittels Strafbefehls wird denn auch in den Motiven zur St.P.O. zutreffend als „Mandatsverfahren

bezeichnet. Eine Unterscheidung zwischen den Wirkungen des Strafbefehls und des Vollstreckungsbefehls in Ansehung der gerichtlichen Hypothek kann hienach nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Legt man auf die Form der Entscheidung kein Gewicht, so muß man dem Vollstreckungsbefehl, der unzweifelhaft einen Act der streitigen Rechtspflege bildet, ebenso die Wirkung beilegen, daß er eine gerichtliche Hypothek begründet, wie dies hinsichtlich des Strafbefehls, den Executorien der Richterkommissäre und derjenigen Zwangsbefehle der Verwaltungsbehörden geschieht, welche eine richterliche Entscheidung enthalten. Will man dagegen die gerichtliche Hypothek nur an solche Entscheidungen knüpfen, welche in der Form von eigentlichen Urtheilen und nach mündlicher Verhandlung ergangen sind, so muß man diese Wirkung auch den Strafbefehlen und folgerichtiger Weise auch den Executorien und Zwangsbefehlen verjagen.

2.

Während von Zöller zugibt, daß auf die Form der Entscheidung, welche die gerichtliche Hypothek begründen soll, nichts ankommt, wird von anderen pfälzischen Juristen häufig die Ansicht aufgestellt, daß als Urtheile im Sinne des Art. 2123 C. e. nur die in öffentlicher Sitzung im ordentlichen Verfahren erlassenen gerichtlichen Entscheidungen angesehen werden könnten. Diesen Standpunct theilt auch Rechtsanwält David, der in seiner Abhandlung (S. 140 und 141) betont, es sei „an dem Urtheile wie es der bürgerliche Gesetzgeber gefannt und verstanden habe“ als eine Voraussetzung der gerichtlichen Hypothek festzuhalten. Er erklärt es für unmöglich, daß durch den „ohne Zeugen und vielleicht ohne Wissen des Schuldners erlassenen geheimen Vollstreckungsbefehl“ die sämtlichen Liegenschaften des Schuldners ergriffen und belastet werden sollten. Dieser Auffassung gegenüber kann ich mich im Allgemeinen auf meine früheren Ausführungen beziehen, nach welcher der Vollstreckungsbefehl auch ohne die Vorschrift des § 640 der C.P.D. als „jugement“ im Sinne der Art. 2117 und 2123 C. e. angesehen werden müßte, unter allen Umständen aber zufolge dieser Vorschrift diejenigen Wirkungen

haben muß, welche die Landesgesetzgebung an die Urtheile knüpft. Ich will aber, da die von mir bekämpfte Ansicht in der Pfalz noch sehr verbreitet ist, noch weitere Gründe zum Zweck der Widerlegung derselben vorbringen. Es besteht, wie es scheint, in weiten Kreisen die Auffassung, daß die gerichtliche Hypothek, von der die Art. 2117 und 2123 C. c. handeln, nur an solche Urtheile geknüpft werden sollte, welche in der im Code de procédure civile vorgeschriebenen Weise erlassen worden sind. Diese Ansicht erscheint aber als vollständig unhaltbar. Es spricht dagegen von vornherein der Umstand, daß, als der Code civil eingeführt wurde, der Code de procédure noch nicht beendet war, man also gar nicht mit Sicherheit bestimmen konnte, welche Procedurformen beschloßen werden würden. Aber ganz abgesehen davon ist die Annahme ausgeschlossen, daß die Hypothek, welche das bürgerliche Gesetzbuch an bestimmte gerichtliche Entscheidungen knüpft, nur unter der Voraussetzung bestehen soll, daß diese Entscheidung nach bestimmten Procedurformen erwirkt worden sind. Der Zweck, den der Gesetzgeber bei Einführung der Urtheilshypothek im Auge hatte, besteht unzweifelhaft darin, daß der Vollzug gerichtlicher Entscheidungen, durch welche das Bestehen einer Forderung anerkannt wird, durch die dem Gläubiger gestattete Einschreibung gesichert werden soll. Für diesen Zweck ist es aber gleichgültig, durch welches Verfahren, auf Grund welcher Beweismittel u. s. w. das Gericht zur Anerkennung der Forderung gelangt ist. Soweit processualische Vorschriften überhaupt in Betracht kommen, kann es sich nur darum handeln, ob die fragliche Entscheidung der zur Zeit der Erwirkung des Urtheils geltenden Proceßordnung entspricht und nach deren Vorschriften als eine der Rechtskraft fähige Entscheidung anzusehen ist. Dagegen kann der Umstand, ob das Verfahren den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit entspricht, ebensowenig von Bedeutung sein, wie die Fragen, in welcher Weise die Gerichte organisiert sind, welche Grundsätze bezüglich des Beweises gelten u. s. w. u. s. w. Durch Aenderungen des Verfahrens wird der in Art. 2123 C. c. aufgestellte Grundsatz nicht berührt. In Baden blieb derselbe in Kraft, obgleich nach den älteren Proceß-

ordnungen das Verfahren weder ein öffentliches noch ein mündliches war, und dasselbe wäre in Rheinpreußen, Rheinhessen und in der Pfalz geschehen, wenn dort nach der Wiedervereinigung dieser Provinzen mit Deutschland eine auf der Grundlage des schriftlichen Verfahrens aufgebaute Civilproceßordnung eingeführt worden wäre. Was von den Urtheilen gilt, welche im ordentlichen schriftlichen Verfahren auf Grund des Schriftenwechsels oder der Unterlassung der Klagebeantwortung ergingen, muß aber auch von den im Mandatsverfahren erlassenen, mit der Fähigkeit der Rechtskraft versehenen, Entscheidung gelten. Ebenso kann nichts darauf ankommen, ob das neben dem Mandats- oder Mahnverfahren bestehende ordentliche Verfahren ein mündliches oder schriftliches ist. Etwaige Zweifel über den Charakter des Vollstreckungsbefehls und dessen Gleichstellung mit den im gewöhnlichen Verfahren erlassenen Urtheil müßten übrigens unter allen Umständen durch die positive Bestimmung des Art. 640 C. P. D. beseitigt werden. Eine so bestimmte Vorschrift, welche zudem der inneren Natur des Vollstreckungsbefehls vollständig entspricht, kann man nicht durch die einfache Bemerkung beseitigen, es sei nicht anzunehmen, daß auf Grund eines geheimen, schriftlichen Verfahrens ein so tief in alle Verhältnisse eingreifendes Recht wie die gerichtliche Hypothek begründet nicht werden könne. Das vorgebrachte Bedenken verliert aber auch alle Bedeutung, wenn man der Sache auf den Grund geht. Zunächst hat der Anspruch auf eine gerichtliche Hypothek keine so einschneidenden Wirkungen, wie man es darstellt. Er gibt bloß das Recht auf Sicherung der Forderung und der Zwangsvollstreckung in die Liegenschaften des Schuldners. Durch Bezahlung des Gläubigers kann sich der Schuldner jeden Augenblick befreien; bleibt diese aus, so hat er auch ohne die Hypothek die Zwangsvollstreckung zu erwarten. Die eigenthümlichen Wirkungen der Urtheilshypothek des code civil bestehen darin, daß es dem Schuldner durch die Einschreibung unmöglich gemacht wird, seine Liegenschaften durch Verkauf der Zwangsvollstreckung zu entziehen, oder zum Nachtheil des Gläubigers mit anderen Hypotheken zu belasten und darin, daß sie ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern gewährt. Wenn man in dieser Einrichtung etwas besonders Auffallendes finden will,

so beruht dasselbe hauptsächlich darin, daß das Recht der Einschreibung schon vor Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung zusteht. Aber dieses Bedenken besteht in gleicher Weise bei dem gewöhnlichen contradictorischen oder Versäumnißurtheil wie bei dem Vollstreckungsbefehl. Man spricht zwar viel von dem „geheimen“ Charakter des letzteren. Aber soweit es sich um den Schuldner handelt, erlangt derselbe von den Anträgen des Gegners und der gerichtlichen Entscheidung in derselben Weise Kenntniß wie im ordentlichen Verfahren, und was dritte Personen anbelangt, so haben dieselben bei der gerichtlichen Hypothek ebensovienig Anspruch darauf, bei dem Zustandekommen des Titels zugezogen zu werden, als bei der vertragsmäßigen Verpfändung. Vielmehr besteht die Oeffentlichkeit, welche sie verlangen können, lediglich darin, daß die Einschreibung in allgemein zugänglichen Registern erfolgt. Auch kann man im Ernste kaum behaupten, daß die in öffentlicher Sitzung ergehende Verurtheilung, welche bei irgend einem der vielen deutschen Gerichte erfolgen kann, insbesondere der Erlaß eines Versäumniß- oder Prorogationsurtheils eine erhebliche Gewähr für das wirkliche Bekanntwerden der Hypothek geben. Was aber den von David hervorgehobenen Umstand anbelangt, daß die Urschrift des Versäumnißurtheils bei Gericht aufbewahrt, der Vollstreckungsbefehl dagegen dem Gläubiger ausgehändigt wird, so kann dadurch weder der Schuldner noch ein anderer Gläubiger beschädigt werden. Durch die Einschreibung allein kann der Gläubiger seinen Anspruch auf eine Hypothek nicht begründen; vielmehr muß er, wenn dieselbe bestritten wird, seinen Titel bester in einem Notariatsact, oder einem gewöhnlichen Urtheil oder einem Vollstreckungsbefehl, vorlegen. Wenn dem Gläubiger der Vollstreckungsbefehl verloren gehen sollte, würde er sonach allein davon Schaden haben.

Ich habe mich, um zu beweisen, daß nach französischem Recht zu dem „jugement“, von welchem in den Art. 2117 und 2123 C. c. gesprochen wird, nicht ein auf Grund förmlicher Ladung und mündlicher Verhandlung ergangenes Urtheil erforderlich ist, sondern jede in Ausübung der streitigen Rechtspflege ergangene gerichtliche Entscheidung genügt, durch welche die Existenz einer Forderung anerkannt wird und welche der Rechtskraft fähig ist,

schon früher auf die französische Doctrin und Gerichtspraxis berufen und kann mich auch heute wieder auf die mitgetheilte Literatur beziehen. Die französische Praxis hat, wie auch von Böller zugibt, niemals verlangt, daß die gerichtliche oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung, welche eine Urtheilshypothek begründen soll, in der Form eines gewöhnlichen Urtheils, wie es im ordentlichen Verfahren erlassen wird, ergehen oder daß derselben eine mündliche Verhandlung vorhergehen müsse. Ebenso wenig wird dies von einem anderen Schriftsteller gelehrt. Daß einfache Ordonnanzen und Executorien von Richtercommissären eine gerichtliche Hypothek begründen können, ist niemals bestritten worden. Aber auch die Thatsache, daß gewisse Zwangsbefehle (*contraintes*) von Verwaltungsbehörden Urtheilshypothek gewähren, läßt sich nicht bestreiten. Weder in dem von mir angezogenen Staatsrathsgutachten vom 15. Thermidor XII. noch sonstwo wird ein Unterschied gemacht, ob die Entscheidung der Verwaltungsbehörde, welche kraft der derselben zustehenden richterlichen Befugnisse erlassen wurde und für welche eine gerichtliche Hypothek beansprucht wird, auf Grund mündlicher Verhandlung und in einem Urtheil, oder ob sie in der Form der *contrainte* erlassen worden ist. Man hat sich zwar auf das Urtheil des Cassationshofs vom 28. Jan. 1878 berufen, nach welchem die Zwangsbefehle der Enregistrements-Beörden eine gerichtliche Hypothek nicht begründen sollen. Ebenso wurde auf ein Erkenntniß des Pariser Appellhofs vom 16. Dez. 1879 Bezug genommen, durch das entschieden wurde, daß auch die von der Verwaltung der indirecten Steuern erlassenen *contraintes* eine gerichtliche Hypothek nicht gewähren. Aber diese Urtheile sagen keineswegs das, was man durch sie beweisen will. In dem Cassationsurtheil vom 28. Januar 1828 (*Sirey Recueil* 3. 1828 S. 126) heißt es, daß kein Gesetz den *contraintes* der Enregistrements-Gennehmer die Wirkung der gerichtlichen Hypothek beilege und das Staatsrathsgutachten vom 16. Thermidor XII. sich nur auf Zwangsbefehle solcher Verwaltungen beziehe „*qui ont droit de décerner en qualité des juges*“. Es wurde der in Frage stehenden *contrainte* die Wirkung der gerichtlichen Hypothek versagt, weil die Enregistrements-

Verwaltung nicht in der Lage sei, die Existenz des von ihr erhobenen Anspruchs endgültig festzustellen, sondern wenn Widerspruch erhoben werde, lediglich die Gerichte zu entscheiden hätten. Bezüglich des für die entgegengesetzte Auffassung angerufenen Staatsrathsgutachtens vom 29. August 1811 wurde bemerkt, dasselbe entscheide nur zu Gunsten der Zollverwaltung. Von dieser Auffassung gehen auch die meisten andern Gerichte und diejenigen Schriftsteller aus, welche den Contraintes der Enregistrements-Verwaltung die Wirkung der gerichtlichen Hypothek verweigern. Es wird unterschieden zwischen contraintes, welche den Character von Urtheilen haben, d. h. eine Entscheidung über einen Anspruch enthalten und solchen, welche einfache „commandements“ oder „titres explicatifs“ der Verwaltung sind; es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß es nur auf die Natur der Forderung, nicht auf die Form der Verfügung ankomme*). Denjenigen contraintes von Verwaltungsbehörden, deren Wirksamkeit nicht durch die Anrufung der Gerichte beseitigt werden kann, wie z. B. den Zwangsbefehlen der Verwaltung der directen Steuern, wird von keiner Seite die Wirkung der gerichtlichen Hypothek versagt. Durch die neuerdings erfolgte Entscheidung des Pariser Appellhofs (Gazette des tribunaux 1879 vom 29. und 30. Dezember) ist an dem Stand der Streitfrage nichts geändert worden, da sich dieselbe auf solche contraintes bezieht, welche den Zwangsbefehlen der Enregistrementsverwaltung bezüglich ihrer Natur gleichstehen. Das Tribunal von Paris, dessen Urtheil unter Adoptirung der Gründe vom Appellhof — entgegen den Conclusionen des Generaladvokaten Chevrier — bestätigt wurde, wiederholte einfach die im Cassationsurtheil vom 28. Jan. 1828 enthaltenen Gründe, indem es ausführte, daß abgesehen von der Zollverwaltung, deren contraintes die Wirkung der gerichtlichen Hypothek durch das Staatsrathsgutachten vom Jahr 1811 ausdrücklich beigelegt sei, nur solche contraintes eine Hypothek gewährten: „que les administrateurs ont droit de decerner en qualité des juges, et sans que ces actes puissent être l'objet d'aucun litige devant ces tribunaux.“ Auch hier

*) B. 3. B. Dalloz Repertoire v^o Contrainte administratifs Nr. 23.

spielt also die Form der Entscheidung, welche nicht hindert, daß die contraintes der Verwaltung der directen Steuern, der Zollverwaltung u. s. w. Anspruch auf eine gerichtliche Hypothek geben, keine Rolle. Uebrigens ist noch hervorzuheben, daß der Appellhof in Lyon am 7. August 1829 (Sirey 1829 Bd. II. S. 339) bezüglich der contraintes der Verwaltung der indirecten Steuern im entgegengesetzten Sinne wie der Cassationshof entschieden hat, und daß es, da die Mehrzahl der Schriftsteller die mit den vorliegenden mit Gesetzeskraft versehenen Staatsrathsgutachten schwer zu vereinbarende Auffassung des Cassationshofs mit guten Gründen bekämpft, wohl möglich ist, daß dieser wenn die Frage nochmals an ihn gebracht wird anders entscheidet.*) Bemerkenswerth ist auch noch, daß von Seiten derer, welche die Richtigkeit des Cassationsurtheils vom Jahr 1828 bestreiten, in Frankreich mehrfach geltend gemacht worden ist, die contraintes der Enregistrementsverwaltung seien der Sache nach als Versäumnisurtheile anzusehen und hätten schon deßhalb Anspruch auf eine gerichtliche Hypothek, und daß dem gegenüber nur (und zwar mit Recht) darauf hingewiesen wurde, diese Eigenschaft komme den in Frage stehenden contraintes nicht zu, weil vor Erlaß derselben dem Schuldner keinerlei Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben worden sei.***) Dieser Umstand spricht für die Richtigkeit meiner Behauptung, daß wenn in Frankreich ein Mandatsverfahren eingeführt würde, den in demselben erlassenen Zahlbefehlen ebenso wie in Baden auch dann die Wirkung der gerichtlichen Hypothek beigelegt werden würde, wenn es an einer Vorschrift, wie sie § 640 C. P. O. enthält, fehlte.

*) Hinsichtlich des Standes der Streitfrage ist im Allgemeinen auf die Darlegung des Generaladvokaten Chevrier (Gazette des tribunaux a. a. D. S. 1268) zu verweisen. Am lebhaftesten wird die Entscheidung des Cassationshofs angefochten von Serrigny [traité de la compétence et de la procédure contentieuse administrative und Revue critique Bd. 9 S. 554] sowie von Paul Pont (privil. et hyp. Nr. 581, 582). Dem Cassationshof stimmen u. A. zu: Troplong priv. et hyp. Nr. 447 und Dalloz Rep. v^o contrainte admin. Nr. 23. und 24,

***) B. Gazette des tribunaux a. a. D. S. 1267.

3.

Der einzige sachliche Grund, den Senatspräsident von Zöller gegen die von mir behauptete Wirkung der Vollstreckungs-befehle vorbringt, besteht darin, daß dieselben nicht in Ausübung der streitigen Rechtspflege erlassen wurden. Derselbe beruft sich aber ferner auf die in der Pfalz angeblich unter Herrschaft der bayerischen Proceßordnung herrschenden Auffassung, sowie auf die Bestimmungen des badischen Ausführungsgesetzes zu den Reichsjustizgesetzen. Es muß deßhalb auch auf diese Ausführungen eingegangen werden.

Was die Berufung auf die Bestimmungen der bayer. Proceßordnung (Art. 553 — 568) anbelangt, so ist es richtig, daß nach der von mir vertretenen Ansicht der nach der bayer. P. O. erlassene Vollstreckungsbeschluß ebenso wie der Zahlbefehl oder das Liquidirkenntniß des badischen Mahnverfahrens, von denen noch später die Rede sein wird, Anspruch auf eine gerichtliche Urtheilshypothek gewährte. Aber ich kann nicht zugeben, daß diese Ansicht mit einer bestimmten in der Pfalz geltenden Rechtsauffassung in Widerspruch steht. Vielmehr behaupte ich, daß unter der Herrschaft der bayer. Proceßordnung die Frage, ob mit dem Vollstreckungsbeschluß eine gerichtliche Hypothek verbunden sei, niemals eingehender geprüft worden ist. Von dem Verfahren mittels bedingter Zahlbefehle ist meines Wissens in der Pfalz niemals Gebrauch gemacht worden, weil dasselbe bloß auf Forderungen bis zu 150 fl. Anwendung fand, die Gerichtsvollzieher, in deren Hand die Eintreibung von Forderungen in diesem Betrage hauptsächlich lag, kein Interesse daran hatten, von dem ihnen geläufigen und für sie vortheilhafteren Verfahren mittels Ladung abzugehen und auch sonst in der Pfalz das rechte Verständnis für die neue fremdartige Einrichtung fehlte. Da von dem Verfahren kein Gebrauch gemacht wurde, bestand auch keine Veranlassung, zu prüfen, welches die Wirkungen des Vollstreckungsbeschlusses seien und ob Art. 2123 Code civil auf denselben Anwendung finde. Jedenfalls wurde von keiner Seite die Aufmerksamkeit auf die Frage gelenkt und dieselbe deßhalb auch nicht genauer untersucht.

Wäre dies geschehen, so wäre man sicher schon damals zu dem-

Selben Ergebnis gekommen, zu dem die badischen Gerichte hinsichtlich der Wirkungen ihres Zahlbefehls gelangten. Jedenfalls müßte Herr von Zöller eigentlich der Ansicht sein, daß der Vollstreckungsbeschluß der bayer. P. O. eine gerichtliche Hypothek begründete, denn die Frage, ob derselbe in Ausübung der streitigen Rechtspflege erlassen wurde, auf welche nach dessen Auffassung Alles ankommt, muß nach der bayer. P. O. unzweifelhaft bejaht werden. Das Verfahren mittels bedingter Zahlbefehle ist in dem Gesetze selbst ebenso wie der Wechselproceß, dem es unmittelbar angereicht ist, als eine Art des „außerordentlichen Verfahrens“ bezeichnet; es wird in den Art. 559, 566 und 567 ausdrücklich dem „ordentlichen“ Proceßverfahren entgegengesetzt und auch von den Schriftstellern überall als eine außerordentliche Proceßart oder als ein Ausnahmeverfahren bezeichnet. Wernz, der (S. 517 ff.) ebenso verfährt, sagt auch ausdrücklich, der Vollstreckungsbeschluß solle, wie es bei den Verhandlungen ausgesprochen und den Principien des bedingten Mandatsprocesses entspreche, die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils haben und fügt noch bei, der Beschluß sei als ein auf einmalige Vorladung ergangenes Versäumnisurtheil zu betrachten, gegen welches weder Einspruch, noch ein sonstiges Rechtsmittel statfinde.*)

Viel wichtiger als die angebliche Uebereinstimmung der pfälzischen Juristen hinsichtlich der Vorschriften der bayerischen Pro-

*) Reichsgerichtsrath Wernz hält es übrigens auch für unzweifelhaft, daß der Vollstreckungsbehl der deutschen Civilproceßordnung eine gerichtliche Hypothek begründe. In einem Briefe, in dem er mir mittheilte, daß er meine Ansicht vollständig theile, bemerkte er, der Vollstreckungsbehl sei nichts Anderes als ein im außergewöhnlichen Verfahren ergangenes Versäumnisurtheil und es liege, da nach französischem Recht jede der Rechtskraft fähige richterliche Entscheidung ohne Rücksicht auf die Form, als „jugement“ im Sinne des Art. Code civil anzusehen sei, nicht der mindeste Grund vor, zwischen den im gewöhnlichen und dem außer im ordentlichen Verfahren erlassenen Versäumnisurtheilen zu unterscheiden. Dem fügte Wernz noch die treffende Bemerkung bei, wenn man nur solchen Urtheilen die Wirkung der gerichtlichen

ceßordnung ist die Stellung der badischen Gerichte und Gesetzgebung zu der Frage, denn Baden ist das einzige Land, in welchem schon vor Einführung der deutschen Civilproceßordnung neben dem Code civil ein Mandatsverfahren bestand, wie wir es jetzt unter dem Namen „Mahnverfahren“ in ganz Deutschland haben. Die badischen Gerichte haben schon unter der Herrschaft der Proceßordnung vom 31. Dez. 1831 den im Mandatsverfahren erlassenen bedingten Zahlbefehl als eine bedingte Verurtheilung angesehen und demselben, falls Widerspruch nicht erhoben wurde, die Wirkung der gerichtlichen Hypothek beigelegt. (B. Annalen der badischen Gerichte J. 1835 S. 83, Gredy Entscheidungen der Cassationshöfe Art. 2123 Nr. 2 S. 902). Auch unter dem späteren Proceßordnungen von 1851 und 1864 wurde dem sogenannten Liquidirerkennniß, durch welches das Gericht die Forderung des das Mandatsverfahren betreibenden Gläubigers der im Zahlbefehl erfolgten Androhung gemäß für zugestanden erklärte, wie einem gewöhnlichen Urtheil die Wirkung der gerichtlichen Hypothek beigelegt, obgleich eine mündliche Verhandlung hiebei nicht stattfand. Man war aber auch bei Berathung des Ausführungsgesetzes zu den Reichsjustizgesetzen allerseits darüber einig, daß der Vollstreckungsbefehl der deutschen Civilproceßordnung ebenso wie das erwähnte Liquidirerkennniß eine gerichtliche Hypothek mit sich führe und daß es eines gesetzgeberischen Actes bedürfe, um diese Wirkung auszuschließen.*)

Hypothek beilegen wolle, welche in der im Code de procédure vorgeschriebenen Form und in dem dort vorgesehenen Verfahren erlassen worden seien. bestehe eine gerichtliche Hypothek in Deutschland überhaupt nicht mehr, denn auch die im ordentlichen Verfahren nach der C. P. O. erlassenen Urtheile stünden unter ganz anderen Vorschriften als unter der Herrschaft des Code de procédure.

* In dem von der Commission der zweiten Kammer erstatteten Bericht, in welchem der von dieser Commission ausgehende Vorschlag, dem Vollstreckungsbefehl die Wirkung der gerichtlichen Hypothek zu entziehen, ausführlich begründet worden ist, wurde unter anderen gesagt: „In Baden haben die Liquidirerkennnisse auch in Hinsicht auf Landrechtssatz 2123. die Eigenschaft

Herr von Zöllner erkennt zwar die Bedeutung der badischen Vorgänge, welche ich mit vollstem Recht für meine Auffassung geltend gemacht habe, nicht an. Er bemerkt vielmehr, die badische

eines richterlichen Urtheils. Ohne Zweifel konnte bisher in Baden im Wege der Gesetzgebung diese Eigenschaft wieder aufgehoben werden und es wurden hiezu im Laufe der Zeiten verschiedene Anläufe genommen. Nach § 14 G. G. zur R. G. B. D. treten die proceßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft. Da nun L. R. G. 2123 keine proceßrechtliche Vorschrift ist, der § 640 R. G. B. D. dem Vollstreckungsbefehl die gleiche Wirksamkeit beilegt wie Baden einem Liquiderkennniß, ja sogar in Beziehung auf die vorläufige Vollstreckbarkeit noch eine stärkere, so müßte ohne Einschreiten der Landesgesetzgebung einem solchen Vollstreckungsbefehl ebenfalls die Kraft eines richterlichen Pfandrechts beigelegt werden.“ Der bekanntlich von Professor Renaud verfaßte Bericht der Commission der ersten Kammer, welche den Vorschlag der II. Kammer in Uebereinstimmung mit dem Präsidenten des Justizministeriums bekämpfte, sagte über die Frage: „Der L. R. G. 2123 verknüpft mit jedem Urtheil ein richterliches Unterpfandsrecht. Dieses Unterpfandsrecht kommt insbesondere auch den im Verfahren mit bedingten Zahlbefehlen nach § 641 der badischen P. D. ergehenden Liquiderkennnissen zu. Die R. G. B. D. kennt zwar diese Liquiderkennnisse nicht mehr; in dem an die Stelle des bezeichneten Verfahrens tretenden Mahnverfahren wird vielmehr, wenn gegen den Zahlbefehl rechtzeitig Widerspruch nicht erhoben wird, sofort ein Vollstreckungsbeschluß erlassen, aus welchem, und zwar in der Regel ohne daß es einer Vollstreckungsklausel bedarf, sofort Zwangsvollstreckung stattfindet. Allein diese Vollstreckungsbefehle enthalten sächlich zugleich den richterlichen Ausspruch über den betriebenen Anspruch denn sie sind einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumniß erlassenen Urtheile ausdrücklich gleichgestellt und schließen die Geltendmachung aller Einwendungen aus, welche den Anspruch selbst betreffen und deren Gründe nicht erst nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind. Es erscheint hienach zweifellos, daß die Vollstreckungsbefehle nicht bloß formell, sondern auch materiellrechtlich die Liquiderkennnisse ersetzen, daß diese Erkenntnisse in ihrem Inhalt enthalten sind und daß deßhalb den Vollstreckungsbefehlen das richterliche Urtheil in gleicher Weise zukommt, wie den Liquiderkennnissen. Dem gegenüber erscheint der Ausspruch, daß die Vollstreckungsbefehle ein richterliches Unterpfand nicht begründen sollen, als eine Neuerung des geltenden Unterpfandsrechts. Es handelt sich nicht um die Frage, ob den Vollstreckungsbefehlen die Wirkungen des Liquiderkennnisses beigelegt werden sollen; diese Wirkungen kommen ihnen von Rechtswegen zu und die vorgeschlagene Vorschrift will ihnen einen wesentlichen Theil davon nehmen.“ (S. Bingner, das badische Ausführungsgesetz S. 56 — 58.)

sche Landesgesetzgebung habe in richtiger Würdigung der nach französischem Recht hiefür maßgeblichen Gründe dem Vollstreckungsbefehle die Wirkung einer gerichtlichen Hypothek versagt. Auch macht er weiter geltend, wenn meine Auffassung richtig wäre und die Reichscivilproceßordnung die Absicht gehabt hätte, dem Vollstreckungsbefehl nach jeder Richtung, also auch nach der civilrechtlichen die Wirkungen eines Urtheils beizulegen, so hätte die badische Landesgesetzgebung diese Absicht nicht dadurch durchkreuzen können, daß sie dem Vollstreckungsbefehl die gerichtliche Hypothek verweigerte. Aber dessen Ausführungen erscheinen nicht als stichhaltig. Was den ersten Punct anbelangt, so erhellt die Bedeutung des Verfahrens der badischen Gesetzgebung — auf die Rechtsprechung der Gerichte läßt sich Herr von Zöllner nicht ein — zur Genüge aus den mitgetheilten Auszügen, aus den Commissionsverhandlungen, auf welche ich bereits in meiner ersten Abhandlung verwiesen habe, welche aber Herrn von Zöllner wohl nicht zugänglich war. Was aber die angebliche Unvereinbarkeit des badischen Vorgehens mit den von mir aufgestellten Sätzen betrifft, so beruht deren Annahme meines Erachtens auf einem Mißverständnisse. Niemand hat je behauptet, § 640 habe die Bedeutung, daß dem Vollstreckungsbefehl alle civilrechtlichen Wirkungen zukommen, welche irgend einem Urtheil oder einer bestimmten Classe von gerichtlichen Entscheidungen zukommen. Vielmehr kann dessen Sinn nur der sein, daß der Vollstreckungsbefehl als vorläufig vollstreckbares Verjämnißurtheil gilt, und daß er deßhalb diejenigen Wirkungen hat, welche den Urtheilen dieser Art, sei es durch die Reichsgesetzgebung, sei es durch die Landesgesetze in allgemeiner Weise beigelegt worden sind. Es ist selbstverständlich, daß diejenigen Wirkungen, welche nur einer bestimmten Classe von Urtheilen zukommen, nicht ohne Weiteres auf die Vollstreckungsbefehle übertragen werden können. Deßhalb kann, wenn die Landesgesetzgebung die Wirkung der gerichtlichen Hypothek nur an solche Urtheile knüpft, welche im ordentlichen Verfahren nach vorausgegangener Ladung ergangen sind, der Vollstreckungsbefehl ebensowenig eine gerichtliche Hypothek gewähren, als wenn solche nur für contradictorische Urtheile eingeräumt worden wäre. So gut die Landesgesetzgebung die gerichtliche Hypothek auf bestimmte

Arten von Urtheilen beschränken kann, darf sie auch einzelnen Gattungen von Urtheilen diese Wirkung verweigern. Sie hat z. B. unbestreitbar das Recht, die Hypothek allen Versäumnisurtheilen zu versagen, oder die Einschreibung erst vom Tage der Rechtskraft des Urtheils an zu gestatten. Das Reichsjustizamt hatte hienach weder Veranlassung noch war es berechtigt, der badischen Gesetzgebung in den Weg zu treten. Die Gesetzgebungsfactoren in Baden waren jedenfalls übereinstimmend der Meinung, daß sie berechtigt seien, dem Vollstreckungsbefehl die Wirkung der gerichtlichen Hypothek zu entziehen, obgleich dieselbe nach Art. 2123 Code civil an ihn geknüpft sei. Auch scheint das Reichsjustizamt diese Befugniß niemals bezweifelt zu haben. In dem Entwurf der badischen Regierung, welcher dem Reichsjustizamt vorgelegt wurde, war die Vorschrift des § 26 bad. Ausf. Ges. gar nicht enthalten.

Die Uebereinstimmung, welche sich in den badischen Kammermern bezüglich der hier erörterten Frage und insbesondere hinsichtlich der Tragweite des § 640 C. P. O. zeigte, scheint außerhalb der Pfalz allenthalben unter den Juristen zu bestehen. Wenigstens sind anderswo noch nirgends Zweifel hervorgetreten. In Rheinpreußen wurde die Frage, ob der Vollstreckungsbefehl eine Urtheilshypothek begründe, einmal im Briefkasten einer juristischen Zeitschrift gestellt und nachdem dieselbe bejaht worden war, von keiner Seite hiegegen Widerspruch erhoben. In Elsaß-Lothringen regte am 9. April 1880 Notar Kleinlaus im Landesauschuß die Frage an, wie es sich bezüglich der gerichtlichen Hypothek des Vollstreckungsbefehls verhalte und bemerkte, bisher sei allgemein angenommen werden, daß derselbe nach dem Code civil eine Hypothek mit sich führe; nun scheine es aber, daß in der bayerischen Pfalz die Frage bestritten werde, weshalb es nothwendig sei, die Frage gesetzlich zu regeln. Derselbe verlangte aber nicht etwa, daß nach dem Vorgange der badischen Gesetzgebung dem Vollstreckungsbefehl die Wirkung der gerichtlichen Hypothek entzogen werde, sondern forderte eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Vollstreckungsbefehl eine solche mit sich führe. Von Ministerialrath Hofeuss — einem

früheren Mitgliede des Reichsjustizantes — wurde zunächst hervorgehoben, daß seines Wissens die Frage nur in der bayerischen Pfalz einen Gegenstand des Streites bilde, wo man sich nicht an den Gedanken gewöhnen könne, daß etwas ein Urtheil sein und eine Urtheilshypothek begründen könne, was nicht auf mündliches Verfahren vor dem Richter ergehe. Sodann bemerkte derselbe, nach seiner persönlichen Auffassung sei es unzweifelhaft, daß der Vollstreckungsbefehl eine richterliche Hypothek mit sich führe; es folge dies aus § 640 C. P. O. „in Verbindung mit den Vorschriften des Code civil, hinsichtlich welcher die französische Jurisprudenz keinen Werth darauf lege, daß das „Urtheil“ welches eine Hypothek begründe, auf eine mündliche Verhandlung hin erfolgt sei.“ Weiter erklärte Ministerialrath Hojeus, man könne den Gegenstand der Jurisprudenz überlassen und meinte, jedenfalls liege keine Veranlassung für die Gesetzgebung vor, auszusprechen, daß der Vollstreckungsbefehl keine gerichtliche Hypothek mit sich führe. Eine dieser Ansicht entgegengesetzte Auffassung wurde weder im Landesausschuß noch später in der Presse geäußert und thatsächlich wird auf Grund der Vollstreckungsbefehle überall Einschreibung genommen. Auch sind alle Juristen, mit denen ich Gelegenheit hatte, zu verkehren, namentlich auch diejenigen welche aus der Pfalz stammen, der Meinung, die ich hier vertrete.*)

Ich will dieser Uebereinstimmung der Juristen in Rheinpreußen, Baden und Elsaß-Lothringen ein entscheidendes Gewicht nicht beilegen, da in einer solchen Frage sachliche Gründe allein entscheiden sollen. Aber jedenfalls hat diese Uebereinstimmung der außer der Pfalz lebenden Juristen, welche sich ihre Ansicht auf Grund genauerer Prüfung der Frage gebildet haben, und unter denen sich Autoritäten wie Renaud und Bernz befinden,

*) Auch in der von einer Commission angesehener elsass-lothringischer Juristen auf Anregung des früheren Oberpräsidenten von Möller herausgegebenen Sammlung der in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze wird in einer Anmerkung zu Art. 2123 Code civil (S. 160 Ann. 705) hervorgehoben, die in diesem Artikel vorgesehene gerichtliche Hypothek werde auch durch den im Mahnverfahren ergehenden Vollstreckungsbefehl begründet.

eine größere Bedeutung, als das angebliche Einverständniß, welches in der Pfalz darüber bestanden haben soll, daß der Vollstreckungsbeschluß der bayerischen Proceßordnung eine Hypothek nicht gewährt habe. Auch wenn dies in der Pfalz wirklich als selbstverständlich gegolten hätte, würde diese Auffassung lediglich darin ihren Grund gehabt haben, daß sich Niemand die Mühe nahm, die Frage gründlich zu prüfen. Die Stellung der pfälzischen Juristen zu dem in der bayer. Proceßordnung vorgesehenen Verfahren mittels bedingten Zahlbefehls ist nicht ohne Bedeutung für den jetzigen Streit. Für mich beruht dieselbe aber hauptsächlich darin, daß die vorgefaßte Meinung hinsichtlich der bayerischen Einrichtung die sonst unerklärliche Thatsache erklärt, daß man sich gerade in der Pfalz so gegen eine Auffassung stemmt, welche sonst überall die herrschende ist, ja fast als selbstverständlich gilt.

4.

Schließlich habe ich noch auf die Bemerkungen des Herrn von Zöllner einzugehen, durch welche ausgeführt wird, daß sich die Rechtsprechung im Zweifel für diejenige Ansicht zu entscheiden habe, welche den Interessen des Rechtsverkehrs am förderlichsten sei und deren Kern die Behauptung bildet, bei dem bedenklichen Charakter der gerichtlichen Hypothek empfehle es sich nicht, den Weg zu derselben allzu bequem zu machen, vielmehr sei möglichste Beschränkung derselben geboten. Ich will hier nicht näher auf die Frage der Zweckmäßigkeit der Urtheilshypothek eingehen, gegen welche sich allerdings manche Bedenken geltend machen lassen, sondern nur bemerken, daß die französische Einrichtung, welche wohl mit Einführung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich fallen wird, doch auch große Vortheile hat, welche man nicht übersehen darf. Im Landesauschuß von Elsaß-Lothringen wurde der Vorschlag, dem Vollstreckungsbefehl nöthigenfalls die Wirkung der gerichtlichen Hypothek ausdrücklich beizulegen, hauptsächlich damit begründet, daß der Gläubiger, wenn eine Hypothek bestehe, gegen den Schuldner Nachsicht üben und ihm bezüglich der Zahlung Zeit lassen könne, während er andernfalls genöthigt sei, das Vollstreckungsverfahren sofort durch-

zuföhren. Dieses Argument gilt aber auch für andere gerichtliche Entscheidungen, insbesondere für die gewöhnlichen Verschmägnißurtheile. Auf die Frage, ob die Einrichtung der Urtheilshypothek zu empfehlen ist, kommt es übrigens für die hier erörterte Frage gar nicht an, da die gerichtliche Hypothek einmal besteht und die Gläubiger von derselben naturgemäß in allen Fällen Gebrauch machen, in welchen sie ein Interesse daran haben, d. h. in denen der Schuldner Liegenschaften besitzt, welche für die Forderung des Gläubigers Sicherheit gewähren können. Wenn man es dahin bringen könnte, daß die pfälzischen Gerichte dem Vollstreckungsbefehl die Wirkung der gerichtlichen Hypothek versagen oder daß aus Angst vor derartigen Entscheidungen weniger Einschreibungen auf Grund von Vollstreckungsbefehlen bewirkt würden, als es anderswo der Fall ist, würde deßhalb die Zahl der Urtheilshypotheken erheblich geringer werden? Ich glaube dies keineswegs. Vielmehr scheint es mir klar, daß alle Gläubiger, denen es um eine gerichtliche Hypothek zu thun ist, wenn sie diese auf dem Weg des Mahnverfahrens nicht erlangen können, den Weg der Klage wählen und ein Verschmägnißurtheil erwirken werden. Damit wird aber die Absicht des Gesetzgebers vereitelt, der für Beitreibung unbestrittener Forderungen ein einfacheres und billigeres Verfahren gewähren wollte und es wird die Rechtshülfe für die Parteien erheblich vertheuert. Nicht nur betragen die an den Staat zu bezahlenden Gerichtskosten im ordentlichen Verfahren doppelt so viel als im Mahnverfahren, sondern es entstehen in demselben auch sonst mehr Kosten und müssen insbesondere bei allen Forderungen, welche mehr als 300 M. betragen, die sehr hohen Anwaltskosten vom Gläubiger getragen und schließlich vom Schuldner ersetzt werden. Diese enorme Vertheuerung der Proceßkosten -- bei Forderungen von höheren Beträgen wird die Erwirkung eines Verschmägnißurtheils mindestens viermal soviel kosten als die eines Vollstreckungsbefehls -- würde eine ganz erkleckliche, bald die Schuldner, bald die Gläubiger treffende Mehrbesteuerung für die Pfalz bilden, wenn es gelingen sollte, von der Benützung des Mahnverfahrens ab-

zuschrecken; man sollte deßhalb nicht leichten Herzens auf den Gebrauch dieser Einrichtung verzichten, oder von demselben ab-rathen. Die Rechtsanwälte, denen allerdings durch Wegfall der Versumnisurtheile ein erheblicher Theil ihres Einkommens ent-geht, werden selbst nicht verlangen, daß um ihres Vorthells hal-ber unnöthige Kosten gemacht werden. Sie werden vielmehr, so-bald sie die Ueberzeugung erlangt haben, daß der Vollstreckungs-befehl eine Hypothek gewährt, dessen Benützung empfehlen, zu-mal bei der Festsetzung ihrer Gebühren der Einfluß des Mahn-verfahrens schon berücksichtigt worden ist.*)

Daß mit dem Mahnverfahren und dem Vollstreckungsbefehl Mißbrauch getrieben werden kann, will ich nicht bestreiten. Aber ich meine, es sei nicht verständig, wegen der Möglichkeit eines Mißbrauchs ein an sich so wohlthatiges Institut, wie das Mahn-verfahren es ist, in seiner Wirksamkeit zu beschränken. Sodann scheint es vor allem darauf anzukommen, ob dieser Mißbrauch nicht auch im ordentlichen Verfahren möglich ist und ob dem-selben dadurch vorgebeugt werden kann, daß man dem Voll-streckungsbefehl die Wirkung der gerichtlichen Hypothek versagt. In Baden wurden die zur Begründung des § 26 Ausführungs-gesetzes vorgebrachten Behauptungen von der Commission der ersten Kammer als übertrieben bezeichnet und von dem Prasi-denten des Justizministeriums bekämpft. Aber wenn auch Alles wahr wäre, was im Commissionsbericht der zweiten Kammer be-hauptet worden ist, so würde es nach meiner Auffassung den in Baden gefaßten Beschluß nicht rechtfertigen.**)

*) Daß es sich bei dem Mahnverfahren um große Zahlen handelt, er-gibt die in den Motiven zur C. P. O. mitgetheilte Statistik. Nach derselben wurden in den sechs östlichen Provinzen Preußens und in Westphalen von den Bagatellsachen, welche mehr als 75% aller Civilprocee betrugten 57 $\frac{1}{2}$ % durch Mandat ohne Widerspruch erledigt. In Hannover betrugten die Zahl-befehle 78% aller Civilprocee. In Baden kam in den Jahren 1866 — 70 bei den Burgermeisteramtern auf 10 Zahlbefehle, bei den Gerichten auf 5 Zahlungsbefehle ein anderer Civilproceß.

***) Gegen die Auffassung der Mehrheit der zweiten Kammer fehlte es auch in der badischen Presse an Widerspruch nicht. Insbesondere wurde in

welche mit dem „Liquidirerkennntniß“ der badischen Proceßordnung vorgekommen sein sollen, sind bei keiner Urtheilsform ausgeschlossen. Wenn Jemand sich durch betrügerische Zusagen bestimmen läßt, auf die ihm zustehenden Vertheidigungsmittel zu verzichten, oder wenn er die für ihn bestimmten Zustellungen nicht erhält, oder wenn er es sich gefallen läßt, daß eine und dieselbe Forderung mehrmals geltend gemacht wird u. s. w., so kann er allerdings durch einen gewissenlosen Gläubiger benachtheiligt werden. Aber alle diese Dinge, welche übrigens nicht sehr häufig sind, können ebenso im gewöhnlichen Verfahren wie im Mahnverfahren vorkommen. Nach der C. P. O. besteht ein Unterschied zwischen dem Mahnverfahren und dem gewöhnlichen Veräumniß-Verfahren in Beziehung auf die Zahl der Zustellungen nicht. Den im ordentlichen Verfahren nothwendigen Zustellungen der Ladung und des Urtheils entspricht im Mahnverfahren die Zustellung des Zahlbefehls und Vollstreckungsbefehls. In dem einen, wie in dem anderen Verfahren kann der Schuldner nur dann mit den ihm zustehenden Vertheidigungsmitteln ausgeschlossen werden, wenn er zwei Zustellungen nicht erhält, oder sich bestimmen läßt, beiden eine Folge nicht zu geben. Es mag sein, daß im Anfang die Bevölkerung die Bedeutung des Zahlbefehls und Vollstreckungsbefehls nicht versteht; aber die Erkenntniß wird bald und in nun so höherem Grade alle Schichten der Bevölkerung durchdringen, je mehr von dem Mahnverfahren Gebrauch gemacht wird. Auch kann durch zweckmäßige Abfassung der Zahlbefehle und Vollstreckungsbefehle, beziehungsweise durch geeignete Formulare, in welchen die Androhung der Verurtheilung enthalten ist und die Urtheilsnatur des Vollstreckungsbefehl deutlich hervorgehoben wird, viel zur Erleichterung des Verständnisses geschehen. Es läßt sich übrigens auch — das muß am Schluß noch hervorgehoben werden — betrügerischen Ausbeutungen, wie

den Annalen der badischen Gerichte (Bd. 44 S. 239 ff.) gegen den Vorschlag dieser Kammer protestirt und bemerkt, wenn derselbe zur Annahme gelange, werde man das Gute wegwerfen, ohne das Schlimme zu beseitigen.

sie in Baden vorgekommen sein sollen, durch die Verjagung der Urtheilshypothek keineswegs vorbeugen, oder die Wirkung entziehen. Bei allen Benachtheiligungen der fraglichen Art besteht die Gefahr darin, daß der Schuldner wegen einer gar nicht oder nicht in der angegebenen Höhe bestehenden Forderung rechtskräftig verurtheilt wird, oder daß wegen eines und desselben Anspruchs mehrere rechtskräftige Verurtheilungen ergehen. Solange die Verurtheilungen nicht rechtskräftig geworden sind, ist die Gefahr noch abzuwenden und steht auch die Urtheilshypothek der Abwendung nicht im Wege. Ist die Rechtskraft eingetreten und hat der Schuldner keinerlei Mittel, sich gegen die Folgen der Verurtheilungen zu schützen, so muß er zahlen und hat, wenn er dies nicht thut, ob eine gerichtliche Hypothek besteht oder nicht, zu gewärtigen, daß die Forderung durch Zwangsvollstreckung beigegeben wird. Mehr kann ihm aber auch dann nicht geschehen, wenn das Urtheil, beziehungsweise der Vollstreckungsbefehl eine Hypothek mit sich führt. Durch Zahlung kann er sich jederzeit von der Schuld befreien und dann auch die Löschung der Hypothek verlangen. Der Umstand, ob dem mit einem rechtskräftigen Urtheil oder Vollstreckungsbefehl bewaffneten Gläubiger eine gerichtliche Hypothek zusteht, ist von großer Bedeutung für die übrigen Gläubiger, von geringer für den Schuldner, der unter allen Umständen zahlen muß, und dessen ganzes der Zwangsvollstreckung unterworfenen Vermögen für die Forderung haftet. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der badische Justizminister und die Commission der ersten badischen Kammer die Sachlage richtiger beurtheilt haben, als die Mehrheit der zweiten Kammer und daß die Landesgesetzgebungen von Preußen, Bayern, Elsaß Lothringen und Hessen wohl daran gethan haben, dem von Baden gegebenen Beispiel nicht zu folgen.*)

*) Es ist interessant, daß im Jahr 1864 die badische Regierung, welche früher schon die Abschaffung der Urtheilshypothek vorgeschlagen hatte, die Liquidirerkennnisse aufheben und das Verfahren mittels bedingter Zahlbefehle nur als Mittel zur Erlangung eines Vollstreckungstitel aufrechterhalten, dagegen die Möglichkeit, in diesem Verfahren ein rechtskräftiges Urtheil zu er-

II.

Feststellung im Concursverfahren.

Herr von Zöllner hat in seiner Abhandlung auch meine Behauptung bestritten, daß die im Concursverfahren erfolgende Eintragung der geltend gemachten Forderung in die Tabelle den Gläubigern in den Ländern französischen Rechts eine Hypothek gewähre. In dieser Beziehung macht er zunächst geltend, eine französisch = rechtliche Begründung dieser Behauptung werde gar nicht gegeben, und die Begründung aus der Reichsgesetzgebung genüge deßhalb nicht, weil nach dem Code civil eine bei Ausübung der streitigen Rechtspflege erlassene Entscheidung zur Begründung der gerichtlichen Hypothek erforderlich sei und weder das Rangordnungsverfahren noch das Fallimentsverfahren nach den Grundsätzen des französischen Rechts diesen Anforderungen genüge. Weiter stützt er sich darauf, daß § 180 C. D. für die Länder französischen Rechts, für welche er doch hauptsächlich wirken solle, gar keine Bedeutung haben würde, wenn schon die Feststellung nach § 133 Abf. 2 der C. D. eine

langen, beseitigen wollte. Auch in jener Zeit stand der Regierung die erste Kammer zur Seite. Die zweite Kammer setzte aber damals die Beibehaltung der Liquidirkenntnisse und der damit verbundenen Urtheilshypothek durch. Von den Gegnern der Regierung wurde hervorgehoben, die Liquidirkenntnisse hätten sich ungeachtet einzelner Mißbräuche als wohlthätig ja fast als unentbehrlich erwiesen und seien bei dem Volke, das sie nicht mehr entbehren wolle, sehr populär. In der zweiten Kammer wurde damals schon eine Bestimmung beantragt, nach welcher die Liquidirkenntnisse ein richterliches Pfandrecht nicht gewähren sollten. Der Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem bemerkt worden war, die Beibehaltung der Liquidirkenntnisse sei gerade mit Rücksicht auf die damit verbundene Urtheilshypothek erfolgt. (V. Stempf., bad. Prozeßordnung S. 157 — 164.) In Baden scheint man übrigens auch aus dem Grund gegen die Liquidirkenntnisse eingenommen gewesen zu sein, weil dieselben häufig dazu mißbraucht wurden, um sich auf diesem Wege für eine erst neu zu begründende Verbindlichkeit ohne große Kosten eine Hypothek zu verschaffen und auf diese Weise an den für vertragsmäßige Pfandbestellung zu bezahlenden Gebühren zu sparen. Nach der neuen Gebührenordnung würde ein solcher Mißbrauch wohl ohnedies in Wegfall gekommen sein. Jedenfalls ist derselbe in der Pfalz nicht zu befürchten.

gerichtliche Hypothek begründe. Beide Einwendungen erscheinen mir als unstichhaltig.

1.

Was den ersten Einwand betrifft, so wird dessen Kern durch die Behauptung gebildet, daß die Feststellung der Forderungen der anmeldenden Gläubiger im Concursverfahren selbst und die Eintragung derselben in die Tabelle nicht als eine Entscheidung angesehen werden könne, welche eine Verurtheilung oder den Keim einer solchen enthalte und welche in Ausübung der streitigen Rechtspflege erlassen worden sei. Da ich schon früher dargelegt habe, daß das Concursverfahren nach dem System der deutschen Justizgesetze nicht in das Gebiet der nicht streitigen, sondern in das der streitigen Rechtspflege gehört, kann ich mich auf diese Auseinandersetzung sowie auf § 2 des C. G. zum G. B. G. und die von mir (S. 388) citirten Schriftsteller berufen. Der Gesetzgeber hat zwar davon abgesehen, das Concursverfahren, wie es in vielen deutschen Ländern geschehen war, in der Civilproceßordnung zu regeln, was schon deßhalb unterbleiben mußte, weil auch das materielle Concursrecht in einheitlicher Weise geregelt werden sollte. Auch wurde in den dem Entwurf zur C. D. beigegebenen Motiven (Kortkampfsche Ausgabe S. 9 und 19) bemerkt, das Concursverfahren als solches sei kein Proceß, sondern eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Zahlungen einstellenden Schuldners mit seinen Gläubigern, welche Auseinandersetzung eine gewisse Aehnlichkeit habe mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma. Aber abgesehen davon, daß die Richtigkeit der in den Motiven ausgesprochenen Auffassung bestritten ist,*) kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die

*) Professor Schultze in Straßburg hat in seiner Schrift: „das deutsche Concursverfahren in seinen juristischen Grundlagen“ S. 136 ff. insbesondere S. 140 ff. sehr entschieden und mit guten Gründen die Ansicht verfochten, daß das Concursverfahren ein „Civilproceß“ im eigentlichen Sinne des Wortes sei. Auch Drechsler betont in der oben angeführten Abhandlung (S. 425 ff.) mehrfach den processualen Character des Concursverfahrens und rechnet den Concurs, wenn derselbe auch nicht mehr wie im gemeinen Proceß

Entscheidungen und sonstigen Verfügungen des Concursrichters nicht dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, sondern derselbe überall in Ausübung der streitigen Rechtspflege handelt. Abgesehen von der Vorschrift des § 2 des C. G. zum C. B. G. sprechen hierfür die Vorschriften der C. O. und die Natur des Verfahrens. Bei diesem handelt es sich lediglich um die gerichtliche Geltendmachung von Forderungen zum Zweck der Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, wenn auch die Art der Geltendmachung und der Befriedigung der Gläubiger mit Rücksicht auf die Unzahlfähigkeit des Schuldners und die Concurrenz unter den verschiedenen Gläubigern in besonderer Weise geregelt ist. Daß die Anmeldung der Forderung die Natur einer Klage gegen den Gemeinschuldner hat, ergibt sich schon aus § 13 C. O. nach welchem durch dieselbe die Verjährung unterbrochen wird. Es steht aber auch fest, daß die Feststellung der Forderung im Concursverfahren selbst und deren Eintragung in die Tabelle die nämliche Wirkung hat, wie ein im Falle der Bestreitung im „Specialproceß“ ergangenes Urtheil. Eine förmliche Verurtheilung enthält weder die Entscheidung im Specialproceß noch die Eintragung in die Tabelle; aber die eine wie die andere enthält eine Feststellung der Forderung, wie sie u. A. auf Grund der in Art. 231 C. B. O. vorgesehenen Anerkennungsklagen erfolgt, und die Feststellung in der Tabelle gilt nach § 133 Abs. 2 in derselben Weise als ein rechtskräftiges Urtheil, wie diejenige Entscheidung, welche im Falle der Bestreitung im Specialproceß ergeht. Solchen Feststellungsurtheilen kommt aber unbestritten die Wirkung zu, daß sie eine gerichtliche Hypothek begründen. Böller sucht zwar die Berufung auf § 133 Abs. 2 durch die Verweisung auf eine ähnliche Fassung in Art. 2052 Code civil zu beseitigen; aber die beiden Vorschriften sind sehr verschiedener Natur. Durch Art. 2052 soll

die Natur eines förmlichen Rechtsstreits, eines contradictorischen Verfahrens zur urtheilsmäßigen Feststellung von Ausprüchen habe, doch zu den „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Einföhrungsgesetze zu diesem Gesetzbuch und zur Civilproceßordnung.

dem Vergleich in Beziehung auf die äußeren Wirkungen, z. B. die Vollstreckbarkeit und die Anfechtbarkeit keineswegs die Eigenschaft eines Urtheils beigelegt, sondern es soll bloß gesagt werden, daß der Inhalt des Vergleichs die Parteien in ähnlicher Weise wie eine rechtskräftige richterliche Entscheidung binde und einer Erneuerung des beendigten Rechtsstreits gegenüber ebenso eine Einrede gewähre, wie es ein rechtskräftiges Urtheil thun würde. Es handelt sich bei demselben um eine bloße Analogie, welche die Art der dem Vergleich beigelegten Wirkung verdeutlichen soll. *) Dagegen hat § 133 Abs. 2 allerdings den Sinn, daß die Eintragung in die Tabelle in jeder Beziehung dieselben Wirkungen haben soll, wie die in einem förmlichen Rechtsstreit ergangene und rechtskräftig gewordene Entscheidung. Insbesondere begründet diese Eintragung einer künftigen gerichtlichen Bestreitung gegenüber die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Ungachtet der in § 133 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift kann zwar die im Concursverfahren erfolgte Feststellung einer Forderung eine gerichtliche Hypothek nicht begründen, wenn der Gemeinschuldner die Forderung ausdrücklich bestritten hat. In diesem Falle beschränkt sich die Wirkung der Feststellung auf die Concursgläubiger, beziehungsweise auf das zur Concursmasse gehörige Vermögen. Dem Gemeinschuldner gegenüber ist ebenso wenig etwas entschieden, als durch ein Urtheil, das in einem Specialproceß erging, an welchem derselbe nicht theilgenommen hat. Dem Gläubiger bleibt es in diesem Falle überlassen, nach Beendigung des Concurses wegen desjenigen Theiles seiner Forderung, für den er nicht befriedigt wurde, Klage zu erheben und ein Urtheil zu erwirken, auf Grund dessen ihm in den Ländern französischen Rechts eine gerichtliche Hypothek zusteht. Er ist aber auch zu einer solchen Klage unzweifelhaft berechtigt, während ihm, wenn der Gemeinschuldner seine Forderung anerkannt hat, eine Klage wohl nicht zusteht. Außer § 133 Abs. 2 kommt aber § 152 Abs. 2 C. O. in Betracht, nach welchem, wenn vom Gemeinschuldner, der sich gemäß § 129 über jede

*) Zachariä § 421; Aubry und Rau ebendasselbst.

einzelne Forderung zu erklären hat, Widerspruch nicht erhoben wurde, die Feststellung auch ihm gegenüber wirkt. In diesem § wird ausdrücklich nur gesagt, daß im Falle der Unterlassung der Bestreitung nach Aufhebung des Concurverfahrens aus der Eintragung in die Tabelle Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner stattfinde. Aber der Sinn der Vorschrift kann kein anderer sein, als daß in diesem Falle der Gläubiger ein besonderes Urtheil gegen den Gemeinschuldner nicht zu erwirken habe, sondern das ihm nach § 133 den Concursgläubigern gegenüber zustehende rechtskräftige Urtheil auch gegen den Gemeinschuldner wirke. Wie der Gläubiger auf Grund der Tabelle zur Zwangsvollstreckung schreiten kann, so muß er auch berechtigt sein, zur Sicherung derselben die Hypothekareinschreibung vornehmen zu lassen, auf welche jeder mit einem Urtheil versehene Gläubiger ein Recht hat. Wollte man die Bestimmung des § 152 Abs. 2 in beschränkterem Sinne auffassen, und der Tabelle die über die Befugniß zur Zwangsvollstreckung hinausgehenden Wirkungen des Urtheils dem Gemeinschuldner gegenüber versagen, so müßte man diesem auch das Recht einräumen, die Existenz der festgestellten Forderung zu bestreiten. Dies würde aber der Absicht des Gesetzgebers offenbar zuwiderlaufen und dem § 152 Abs. 2 die Wirkung, die er unzweifelhaft haben soll, entziehen. Man müßte dann auch dem Gläubiger das Recht einräumen, ungeachtet der Anerkennung seiner Forderung durch den Gemeinschuldner gegen denselben Klage zu erheben oder er käme in die Lage, eine Urtheils-Hypothek auch nach der Aufhebung des Concurverfahrens nicht mehr erwerben zu können, aber zusehen zu müssen, wie andere Gläubiger, deren Forderung vom Gemeinschuldner bestritten wurde, oder welche eine solche erst nach Beendigung des Concurverfahrens erworben haben, Urtheile erwirken.

2.

Den §§ 133 und 152 gegenüber beruft sich von Zöllner auf § 180 C. O., der nach seiner Ansicht dafür sprechen soll, daß die Eintragung in die Tabelle an sich eine gerichtliche Hypothek nicht gewähre. Mir scheint aber dieser § in entscheidender

Weise die Richtigkeit meiner Auffassung zu bestätigen. In demselben wird die Wirkung der im Concursverfahren erfolgten Feststellung für den Fall bestimmt, daß ein Zwangsvergleich zu Stande gekommen ist. Dessen Vorschrift bezieht sich aber nur auf diejenigen Leistungen aus dem Vergleich, welche noch nicht fällig sind. Es soll nach der Bestimmung des § die gerichtliche Hypothek, welche nach der Landesgesetzgebung an die Feststellung geknüpft ist, für den Fall des Zwangsvergleichs keine Wirkung haben, soweit die Leistungen aus dem Vergleich nicht fällig sind, und ein Arrestgrund nicht besteht. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Feststellung überhaupt Anspruch auf eine Urtheilshypothek gewährt; es soll aber dieser Anspruch für den Fall, daß ein Zwangsvergleich zu Stande kam und soweit es sich um noch nicht fällige Leistungen handelt, beschränkt werden. Auf die Fälle, in denen es nicht zu einem Zwangsvergleich kam, bezieht sich § 180 überhaupt nicht und ebenso hat es bei den allgemeinen Vorschriften sein Bewenden, soweit es sich um fällige Leistungen handelt. Die Vorschrift des § würde daher gegenstandslos sein, wenn die Feststellung einer Forderung im Concursverfahren überhaupt keine gerichtliche Hypothek gewährte, wie Herr von Zöllner behauptet. Oder man würde, wenn man annehmen wollte, daß § 180 unter bestimmten Voraussetzungen eine Urtheilshypothek gewähren will, zu dem auffallenden Ergebnis gelangen, daß wegen bereits fälliger Leistungen dem Gläubiger eine Urtheilshypothek überhaupt nicht zusteht. Herr von Zöllner beruft sich zunächst auf die Motive — und macht weiter geltend, es sei nicht einzusehen, wofür § 180 in den Ländern französischen Rechts noch gut sein solle, wenn schon die Eintragung in die Tabelle nach § 133 eine Hypothek begründen würde. Den Motiven, welche hier recht unvollständig sind und insbesondere darüber schweigen, daß die Vorschrift nur für noch nicht fällige Leistungen gilt, kann gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Was aber die letztere Bemerkung anbelangt, so verkennt meines Erachtens Herr von Zöllner die Bedeutung des § 180. Durch die in demselben enthaltene Vorschrift will der Gesetzgeber verhindern, daß sofort nach

Abschluß des Zwangsvergleichs jeder Gläubiger Einschreibung nehmen könne, um dadurch den übrigen Gläubigern hinsichtlich der eventuell in Betracht kommenden Hypothek zuvorzukommen, und daß dadurch dem Schuldner die Veräußerung der Grundstücke erschwert werde. (M. 426.) Er will die Einschreibung deshalb nur dann zulassen, wenn der Gemeinschuldner entweder schon mit der Zahlung im Rückstand ist, oder die Voraussetzungen eines dinglichen Arrests (§ 797 C. P. O.) vorliegen. Daß bei dieser Auffassung die Vorschrift für Länder des französischen Rechts ohne Bedeutung wäre, wenn schon die Feststellung eine gerichtliche Hypothek begründete, ist offenbar unrichtig. Uebrigens sind auch die meisten Commentatoren darüber einig, daß § 180 soweit es sich um fällige Leistungen handelt, keine Anwendung findet, vielmehr die Frage, ob wegen solcher eine gerichtliche Hypothek besteht sich einfach nach den Landesgesetzen richtet*.)

3.

Auch auf die hier erörterte Frage bezieht sich die Ausführung von Böller's, die Gerichte sollten gegen die von mir vertretene Ansicht entscheiden, weil die Sache mindestens zweifelhaft und seine Auffassung den Interessen des Rechtsverkehrs förderlicher sei. Aber hier treffen die für diese Behauptung vorgebrachten Gründe noch weniger zu als bei der Frage, ob der Vollstreckungsbefehl eine gerichtliche Hypothek begründe. Wenn Herr von Böller recht hätte, würde der Gläubiger, dessen Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt wurde, ungünstiger

*) Vgl. insbesondere: Hüllmann § 180 Bem. 2; von Bölderndorff §§. 179 ff. Bem. f. Bd. II. S. 530 ff. und Stieglitz S. 658. von Wilmonska (S. 311) und Wengler (S. 635) sagen nicht ausdrücklich, daß § 180 sich auf fällige Leistungen nicht beziehe, nehmen aber an, daß es bei dem Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen genüge, daß die Forderung fällig sei, oder ein Arrestgrund vorliege. Die Ansicht, daß wenn die Leistungen fällig seien, auch die Feststellung in der Tabelle eine gerichtliche Hypothek nicht gewähre, wird in der Sammlung für Elsaß-Lothringen von dem Bearbeiter der C. O. § 180 Anm. 31) als die der Motive dargestellt. Dagegen findet sich die richtige Ansicht dort bei Art. 2123 des bürgerlichen Gesetzbuchs (Anm. 705 S. 160) dargelegt.

gestellt sein, als derjenige, dessen Anspruch bestritten worden ist, und der dadurch veranlaßt wurde, gegen den Gemeinschuldner ein besonderes Urtheil zu erwirken. Ich kann aber nicht einsehen, wodurch eine solche Unterscheidung gerechtfertigt werden soll, und noch weniger zugeben, daß dieselbe den Interessen des Rechtsverkehrs förderlich sein würde. Nimmt man an, der Gläubiger, dessen Forderung im Concursverfahren festgestellt und zugleich vom Gemeinschuldner anerkannt wurde, sei in der Lage, dessen ungeachtet nochmals Klage zu erheben, so würde derselbe, falls man der Eintragung in die Tabelle die Wirkung der gerichtlichen Hypothek versagt, häufig genöthigt werden, lediglich um der Hypothek halber ein Urtheil zu erwirken. Es würden dadurch ihm und dem Schuldner unnöthige Kosten veranlaßt, was sicher nicht dem Geiste der §§ 133 und 152 C. D. entspricht. Aber viel schlimmer gestaltet sich für ihn die Sache, wenn man, wie es wohl geschehen muß, dem in die Tabelle eingetragenen Gläubiger das Recht versagt, ungeachtet der bereits erlangten Feststellung und Anerkennung noch Klage gegen den Schuldner zu erheben. In diesem Fall würde die Ansicht von Zöllner's dahin führen, daß der Gläubiger, obgleich er seine Forderung in der im Gesetz vorgeschriebenen Weise geltend machte und dieselbe auch nach § 10 C. D. nur auf dem Wege der Anmeldung geltend machen konnte, lediglich deshalb, weil seine Forderung von keiner Seite bestritten wurde, zu einer Urtheilshypothek überhaupt nicht gelangen kann. Dagegen würden andere Gläubiger eine solche allerdings erwerben können und es würden die Liegenschaften, welche der Gemeinschuldner nach Aufhebung des Concursverfahrens erwirbt, ohne Weiteres von den bestehenden Urtheilshypotheken ergriffen.

Auch die letzteren Ausführungen des Herrn von Zöllner erscheinen hienach als unstichhaltig. Ich glaube somit, die von mir aufgestellten Behauptungen allen Einwendungen gegenüber gerechtfertigt zu haben.

XII. Der Zeugenbeweis des neuen Rechtes im Conflict mit den Beweisbestimmungen des französischen Rechtes.

Von Herrn Oberlandesgerichtsrath Croissant in Colmar.

Die deutsche C. P. O. stellt den Grundsatz der richterlichen freien Beweiswürdigung auf; sie läßt überdies alle zur Herstellung der processualen Wahrheit tauglichen Beweismittel zu. Auch die französische C. P. O. hat die künstliche Beweistheorie über Bord geworfen, sie beschränkt dagegen die Beweismittel, indem sie den Zeugenbeweis zum Nachweise solcher Rechtsgeschäfte, welche den Werth von 150 frcs. übersteigen, ausschließt. Dieser Ausschluß erstreckt sich aber nicht auf alle Rechtsverhältnisse von einem höheren als dem genannten Werthe, sondern — was schon hier mit Nachdruck hervorzuheben ist — bloß auf Rechtsgeschäfte, d. h. auf juristische Thatfachen (faits juridiques), im Gegensatze von einfachen Thatfachen. Einfache Thatfachen müssen immer durch Zeugen nachgewiesen werden können und es kann daher keine Gesetzgebung geben, welche den Zeugenbeweis zum Nachweise solcher Thatfachen ausschließt oder beschränkt. Wenn ich Jemanden eine Summe Geldes auf die Hand zähle, so nehme ich eine einfache Handlung vor und die aus ihr resultirende Thatfache ist eine einfache, welche, wenn sie in dieser ihrer Beziehungslosigkeit zu einem Vertragswillen zur Quelle eines Rechts werden sollte, durch Zeugen nachgewiesen werden kann, wie hoch sich auch der Anspruch belaufen mag. Geschieht aber die Hingabe des Geldes, um als Darlehen, zur Zahlung meiner eigenen oder einer fremden Schuld, als Geschenk, als Draufgeld u. s. w. zu dienen, so wird meine Handlung zur Rechtshandlung, die aus ihr resultirende Thatfache zur rechtlichen Thatfache, welche, wenn ich aus ihr Rechte ableiten will, nur in dem oben erwähnten beschränkten Sinne durch Zeugen nachgewiesen werden kann. Der Grund, warum die französische Gesetzgebung den Zeugenbeweis beschränkt, liegt nicht sowohl in dem Mißtrauen, welches sie der Wahrheitsliebe der Zeugen entgegenträgt, als in dem Zweifel an der Fähigkeit der Zeugen, juristische Thatfachen

richtig aufzufassen und nach mehr oder weniger langen Zeiträumen sicher wiederzugeben. Die Thatsache der Hingabe einer Geldsumme kann jeder mit gesunden Sinnen begabte Mensch richtig erfassen und muß sie erfassen können; die rechtliche Thatsache, daß die Hingabe des Geldes zum Zwecke eines Rechtsgeschäfts erfolgte, muß er nicht erfassen können, denn die rechtlichen Beziehungen, in welche die Contrahenten zu einander getreten, können sich vor, während und nach den Handlung vollzogen haben; sie können sich, weil sie auf inneren Vorgängen beruhen, überhaupt in einer Weise vollziehen, daß sie der Wahrnehmung eines Dritten vollständig verborgen bleiben; aber selbst dann, wenn sie richtig erfaßt werden, wie leicht kann sich das Bild von dem Wahrgenommenen im Laufe der Zeit im Gedächtnisse trüben und verwischen!

Indem die französische Gesetzgebung den Zeugenbeweis in dieser Weise beschränkt, ist sie weit entfernt, der freien Beweiswürdigung des Richters Schranken zu setzen; denn die freie Beweiswürdigung besteht in der dem Richter gebotenen Möglichkeit, bei Beurtheilung des ihm vorliegenden Beweismaterials seiner Ueberzeugung, seiner individuellen Logik, seiner persönlichen Intelligenz den freiesten Spielraum zu lassen, die künstliche Beweistheorie aber besteht in dem dem Richter zugesügten Zwange, trotz seiner innersten Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache, dieselbe als unwahr oder theilweise wahr zu halten. Da es nach der Natur des Civilprocesses in der Willkür der Parteien liegt, dem Richter diejenigen Beweismittel vorzulegen, welche sie ihm zu bieten für gut finden, der Richter sich also mit dem dargebotenen Maße von Licht begnügen muß, ohne selbst die Initiative zur Erforschung des objectiv wahren Sachverhalts ergreifen zu dürfen, so kann von einem Eingriffe in die freie Beweiswürdigung des Richters dann nicht die Rede sein, wenn das Gesetz den Parteien den Gebrauch eines Beweismittels verbietet, auf welches sie ohnehin verzichten können.

Das französische Beweismittelsystem hat zur naturgemäßen Folge, daß sich die Contrahenten in der Regel bei Abschluß der Verbindlichkeiten, nicht aber bei Tilgung derselben der schriftlichen

Aufzeichnung bedienen, weil die Rückgabe oder Vernichtung des bei Entstehung des Rechtsgeschäftes geschaffenen Schuldtitels den Beweis der Tilgung in sich trägt; das Beweismittelsystem der deutschen C. P. O. dagegen bringt es mit sich, daß die Contrahenten sich hauptsächlich bei Tilgung der Schuld um einen Schriftenbeweis umsehen, denn nur die Urkunde bietet eine sichere und dauernde Waffe gegen den in den Händen des Gläubigers allezeit paraten Zeugenbeweis, welcher bei der Zahlung weder vernichtet noch zurückgegeben werden kann. In dem ersten Systeme tritt der Schuldschein, in dem letzteren die Quittung in den Vordergrund des Rechtslebens. Wie sich aber beim Uebergange von dem ersteren Systeme zum zweiten die Dinge gestalten können, mag folgendes Beispiel zeigen.

Der Privatmann Nehmer hat in Straßburg am 1. October 1874 bei dem Rentner Geber ein Darlehen von 1000 M. angenommen; wiewohl vollgiltige Zeugen zugegen waren, war doch die Ausstellung eines Schuldscheines unerläßlich, weil im Falle der Klage der Act des Darlehens durch Zeugen nicht nachgewiesen werden konnte. Am 1. Januar 1875 hat der Schuldner außer Gegenwart von Zeugen die Schuld ausgezahlt, den Schuldschein zurückgehalten und vernichtet. Eine Quittung ließ er sich nicht geben, weil er durch den Rückempfang des Schuldscheins gegen jede Gefahr, zur nochmaligen Zahlung verurtheilt zu werden, geschützt war; denn weil der Gläubiger nach damaliger Gesetzgebung den Beweis durch Zeugen nicht führen durfte, den Schuldschein aber nicht mehr besaß, sah sich der Schuldner des Beweises der Zahlung überhoben, stand überdies unter dem Schutze des Art. 1282 C. c., wonach die freiwillige Herausgabe des Schuldscheins den Beweis der Zahlung bildet. Am 1. October 1879 erhob nun Geber Klage auf Zahlung des vor 5 Jahren gegebenen, aber auch getilgten Darlehens und benannte zum Beweise über die Thatsache des Darlehens die dabei zugegen gewesenen Zeugen. Die Frage ist: ob auf diesen Beweis erkannt werden durfte, mit anderen Worten: ob das durch das neue Gesetz eingeführte Beweismittel auf ein

Rechtsgeschäft anwendbar ist, welches unter der Herrschaft des Art 1341 des französischen Civilgesetzbuches geschlossen wurde?

Wird die Frage bejaht, so kann der Beklagte dem Schicksale der Verurtheilung zur nochmaligen Zahlung nicht entgehen, weil Kläger wirklich Zeugen zu produciren vermag, welche mit bestem Gewissen die Thatfache des Darlehens bewahrheiten können, von der Tilgung aber nichts wissen, während dem Beklagten jeder Beweis für die Thatfache der Zahlung abgeht. Auf diese Weise würde dem Beklagten ein schreiendes Unrecht geschehen, und dieses Unrecht hätte seinen Grund einzig und allein in der Anwendung des neuen Beweismittelsystems auf das alte Rechtsgeschäft; denn es wäre nicht möglich, einerseits, wenn die alten Beweismittel zur Anwendung kämen, weil in diesem Falle der Zeugenbeweis ausgeschlossen wäre, andererseits, wenn das Rechtsgeschäft und der Proceß unter der Herrschaft des neuen Gesetzes entstanden wäre, weil in diesem Falle der Beklagte schon bei Aufnahme des Darlehens gewußt hätte, daß es durch Zeugen nachgewiesen werden kann, mithin in den Stand gesetzt gewesen wäre, sich den Beweis der Zahlung zu verschaffen. Eine Verurtheilung zur nochmaligen Zahlung wäre im letzteren Falle nur dann möglich, wenn entweder von Seiten des Klägers wahrheitswidrige Zeugen producirt werden würden, oder wenn der Beklagte versäumt hätte, für den Beweis der Zahlung zu sorgen; wenn dagegen die neuen Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte Anwendung finden dürften, so würde eine Verurtheilung zur nochmaligen Zahlung selbst dann erzielt werden können, wenn der Kläger wahrheitsgetreue Zeugen producirt und der Beklagte sich keine Versäumniß zu Schulden kommen ließ, woraus hervorgeht, daß das zugefügte Unrecht nicht in der Gesetzgebung an und für sich, sondern in der Handhabung der Gesetzgebung durch den Richter, welcher dem neuen Gesetze eine rückwirkende Kraft beilegt, seinen Grund hat. Eine Versäumniß läßt es sich ja nicht nennen, wenn der Beklagte sich bei Rückzahlung des Darlehens keine Quittung geben ließ, denn dies war damals nicht nöthig, der Beklagte konnte auch nicht ahnen, daß fünf Jahre später ein Gesetz ins Leben tritt, welches das Beweissystem än-

dert, wie denn überhaupt, um mit Savigny zu sprechen, der, welcher im Vertrauen auf das bestehende Gesetz seine Rechtsgeschäfte einrichtet, keinen Tadel verdient, indem er das künftige Gesetz nicht vorhersehen und beachten konnte. (Novelle 22 cap. 1 de nuptiis, l. 29. C. 6. 23, l. 65. C. 10. 31., l. 18. C. 4. 20).

Die Bejahung der Frage nimmt aber geradezu einen beängstigenden Charakter an, wenn man bedenkt, welch' unzählige Darlehen auf den Gebieten des rheinischen Rechts seit 30 Jahren mittelst Rückgabe des Schuldscheines ihre Erledigung gefunden haben, und welche Rechtsunsicherheit besteht, wenn jeder, der innerhalb dieses Zeitraums einmal ein Darlehen aufgenommen und es redlich zurückgezahlt hat, nochmaliger Zahlung gewärtig sein muß. Sollte er selbst den zurückgehaltenen Schuldschein noch besitzen, so wäre er der Gefahr einer Verurtheilung immer noch nicht überhoben, denn welche Beweiskraft kann ein Schriftstück haben, welches von dem beweispflichtigen Schuldner selbst herrührt und ebendeshwegen von ihm jederzeit hergestellt werden kann? Wenn das französische Gesetz den Schuldner, welcher den Schuldschein zurückempfangen hat, schützt, so geschieht es nicht sowohl deswegen, weil er im Besitze des Schuldscheines ist, als deswegen, weil der angebliche Gläubiger nicht im Besitze dieses Schuldscheines ist. Wollte man annehmen, daß der Besitz des Schuldscheines allein die Zahlung beweist, so könnte es zum Beweise des Darlehens selbst gar nicht kommen und die gegenwärtige Frage wäre somit schon gelöst, weil ja der Schuldner, so oft der Kläger den Schuldschein nicht hat, den angeblich zurückempfangenen und von ihm unterschriebenen Schuldschein in der Regel produciren kann, sei es, daß es der wirklich zurückempfangene ist, sei es, daß er zum Zwecke der Production von dem Beklagten hergestellt wurde. Würde man dagegen von ihm verlangen, daß er neben der Production des Schuldscheines noch die Thatsache des Zurückgebens beweise, so würde man ihm den Beweis der Zahlung selbst aufgeben, den er eben in der Regel nicht erbringen kann.

So tief die Frage auch in das Leben eingreift, so wurde sie bis jetzt meines Wissens noch nicht gerichtlich entschieden; sie

wird aber sicher auftauchen und nicht eher verschwinden, als bis das Reichsgericht zu Leipzig, wie ehemals bei gleicher Veranlassung der Cassationshof zu Paris, das letzte Wort gesprochen hat. Auch die juristische Litteratur hat der Frage seither nur wenig Aufmerksamkeit geschenkt; mir wenigstens sind nur zwei Abhandlungen (Buchelt's Zeitschrift f. franz. Recht, Bd. 11 S. 166 flg. und S. 530 flg.) zu Gesicht gekommen, welche sich mit ihr beschäftigen. Der Verfasser der ersten Abhandlung, Herr Dr. Scherer, findet in der Anwendung neuer Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte eine unzulässige Rückwirkung; er stützt seine Ansicht hauptsächlich auf das Argument, daß die Vorschriften des franz. Rechtes, welche den Zeugenbeweis beschränken, wenigstens nach franz. Recht materiell-rechtlicher Natur seien, und daß Theorie und Praxis auf den Ländergebieten des französischen Rechts einstimmt und consequent an dieser Theorie festhalten.

Der Verfasser des zweiten Aufsatzes, Herr Rechtsanwalt Dr. David, nimmt genau den entgegengesetzten Standpunkt ein; er ist ganz überrascht von der Ansicht des Herrn Dr. Scherer und hätte eine solche schlechthin für unmöglich gehalten, wenn er sie nicht schwarz auf weiß in Buchelt's Zeitschrift gelesen hätte; sich berufend auf Cassalle, acceptirt er blos dessen Resultate, ohne sich mit seinen Argumenten in Einklang zu versetzen und findet die Anwendung der alten Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte mit der „Forderung eines neuen Zeitalters, auch im Civilproceß die Wahrheit an das Licht zu ziehen“, unvereinbar; mit einer höflichen Verbeugung an Savigny und den „Coryphäen des franz. Rechts“ vorübergehend, stellt er den Ansichten dieser Autoren das zermalmende Argument: quid multa? entgegen, um die Behauptung aufzustellen, daß ja die Frage im Grunde klar und unzweideutig in dem positiven Gesetze, nämlich in § 14 des Einführungs-Gesetzes zur C.P.O., welcher die beschränkenden Vorschriften des franz. Rechtes über die Beweismittel aufhebt, ein für allemal entschieden sei. Dagegen ist einzuwenden, daß die Frage genau da anfängt, wo sie für Herrn Dr. David aufhört, denn die Frage ist die: ob § 14 des Einführungs-Gesetzes,

indem er den Art. 1341 des C. e. aufhebt, rückwirkende Kraft äußert?

Es soll nun die Ansicht des Herrn Dr. Scherer sowohl nach allgemeinen Principien als nach denen des franz. Rechts begründet und schließlich gezeigt werden, daß auch die G.P.O. und speciell das Einführungs-Gesetz jenen Principien nicht feindlich gegenübersteht.

I. Nach allgemeinen Principien.

Die etwas ungläubige Frage des Hrn. Dr. David, „ob man dem Richter noch 30 Jahre lang und, wenn die Verjährung unterbrochen wird, sogar ewig zumuthen kann, die zerbrochenen Fesseln wieder zusammen zu schmieden und anzulegen in allen Fällen, wo es sich um Beurtheilung eines vor dem 1. October 1879 abgeschlossenen Rechtsgeschäftes handelt“, ist ohne Bedenken dahin zu beantworten, daß es durchaus nicht unter der Würde des Richteramtes liegt, tief in den Schacht vergangener Jahrhunderte hinabzusteigen, wenn es gilt, zu erforschen, was unter den Parteien Rechtens ist, denn höher als der Richter steht das Recht. Uebrigens ist nicht recht ersichtlich, was die Phrase von den zerbrochenen Fesseln hier überhaupt bedeuten soll. Die freie Beweisstheorie steht ja absolut nicht in Frage. Im Gegentheil die dem Richter in dem §. 259 der G.P.O. zur Pflicht gemachte „souveräne Erforschung und Würdigung des Sachverhalts“ auf Grund der Verhandlung und des gegebenen Beweismaterials soll ihm auch in denjenigen Processen, welche alte Rechtsverhältnisse zum Gegenstande haben, ungeschmälert zugestanden werden, zumal sie ihm durch die außer Kraft gesetzte franz. Civilproceßordnung bereits zugestanden war. Wenn aber verlangt wird, daß bei Beurtheilung gewisser alter Rechtsgeschäfte der Zeugenbeweis ausgeschlossen bleibe, weil er zur Zeit der Entstehung des Rechtsgeschäfts nicht zulässig war und eben deswegen nicht für geeignet befunden wird, jenes Licht über den Sachverhalt zu verbreiten, welches die Parteien gesonnen waren, dem Richter zu geben, so wird doch deswegen dem Richter nicht die Zwangsjacke einer überlebten Beweisstheorie angelegt und kann nicht, wie dies Herr Dr. David thut, von einem „Dualismus der Dienstbarkeit und Frei-

heit des Richters“ gesprochen werden. Oder sollte mit der unbeschränkten Zulassung des Zeugenbeweises allein schon die Aera der richterlichen Freiheit begonnen haben? Aber es ist ja der Zeugenbeweis keine Erfindung des neuen Zeitalters, er ist im Gegentheile so alt als das positive Recht und herrscht gerade da am uneingeschränktesten, wo das Volk auf der niedersten Bildungsstufe steht, während er an Bedeutung verliert, je mehr die Civilisation wächst und die Parteien in den Stand setzt, ihre Vereinbarungen in die sicherere schriftliche Form zu kleiden. Die Behauptung, daß der Richter sich in die Beweismittel hineinfinden muß, welche zur Zeit des Vertragsabschlusses zulässig waren, wird gerade von Lassalle, dem Gewährsmanne des Herrn Dr. David, auf das Schärfste betont, indem er (Theorie der erworbenen Rechte Band I. pag. 141. Anm.) sagt: „Erscheint auch der Beweis dem Richter nach seinen jetzigen Urtheilsnormen nicht mehr als eine Wahrheit begründend, so können doch die Parteien innerhalb der Privatrechtssphäre, weil und soweit sie hier über das Object des Rechtsverhältnisses selbst willkürlich transigiren können, mit derselben giltigen und für den Richter verbindlichen Willkür bestimmen, was für sie eine Wahrheit oder derselben gleichstehende Wirksamkeit begründen soll.“

Die ausschließliche Anwendung der alten Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte verlegt daher weder den Geist des Jahrhunderts, noch die Würde des Richters, kann auch nicht als Frevel an der processualen Wahrheit betrachtet werden; es steht daher nur noch zu untersuchen, ob die Parteien auch darauf ein erworbenes Recht haben. Die eben citirte Stelle Lassalle's läßt sich mit Zug dahin vervollständigen, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des Vertrags immer ausdrücklich oder stillschweigend über das, was für sie eine Wahrheit begründen soll, Vereinbarung treffen. Denn die Rechte, welche sie aus dem Vertrage erwerben, haben für sie nur einen Werth, insoweit sie dieselben auf dem Klagewege erzwingen können; um sie erzwingen zu können, müssen sie in der Lage sein, sie zu beweisen. „Die Klage,“ sagt Thering (Geist des römischen Rechts Band III. pag. 240) „ist das Kriterium der Privatrechte. Wo die Klage anfängt,

unausführbar zu werden, hört die Möglichkeit des civilrechtlichen Schutzes auf, unausführbar aber wird sie bei dem Punkte, wo die Bedingungen — die Möglichkeit des civilproceßualischen Beweises — wegfallen.“

Nun gibt das Gesetz die Formen an die Hand, in denen die Verträge beweisfähig werden; die Contrahenten wählen die Formen, um sich die Möglichkeit, die aus dem Vertrage erworbenen Rechte zu realisiren, zu sichern; sie müssen diese Formen wählen, denn nur mit ihnen können sie ihre Rechte beweisen. Indem sie diese Formen wählen, machen sie die Bestimmungen des Gesetzes zu ihren eigenen Willensbestimmungen, d. h. sie schließen die Vorschriften des Gesetzes über die Beweismittel als Bedingung in das Vertragsverhältniß ein. Wer bei Ausnahme eines Darlehens einen Schuldschein ausstellt, macht sich damit nicht erst verbindlich, das Darlehen zurückzuzahlen, denn die civilrechtliche Verbindlichkeit ist schon mit dem Consens eingetreten, sondern er verpflichtet sich, den Schuldschein, das vom Gesetze an die Hand gegebene Beweismittel, als beweiskräftig gegen sich anzuerkennen und nur unter dieser Bedingung hat der Gläubiger das Darlehen gegeben. Der Schuldner verpflichtet sich aber weiter, die Beweisraft des Schuldscheins so lange anzuerkennen, als das Schuldverhältniß schwebt, wenn auch das Gesetz, aus welchem das Beweismittel entliehen ist, inzwischen außer Kraft gesetzt worden sein sollte; er muß sich hierzu verpflichten, weil der Gläubiger seinen Beweis und mit diesem sein Recht nicht von der Lebensdauer eines Gesetzes abhängig machen kann. Wer hiernach aus einem Vertrage Rechte erworben hat, hat mit diesem Rechte auch ein Recht auf die zur Zeit des Vertrags zulässigen Beweismittel erworben; er behält dieses Recht, auch wenn ein späteres Gesetz diesen Beweismitteln die beweisende Kraft versagt; würde das spätere Gesetz den frühern Beweismitteln die beweisende Kraft auch in Beziehung auf den frühern Vertrag entziehen können, so würde es dem Contrahenten mit dem Beweise das Recht selbst entziehen und den Willen der Contrahenten denaturiren. Ein solches Gesetz wäre, um den gelindesten Ausdruck Benjamin Constant's zu gebrauchen, „kein Gesetz,“ oder

nach dem Ausspruche des Kaisers Anastasius eine den frühern Rechtshandlungen des Contrahenten zugefügte Kränkung (*contumeliae*.)

Den Inhalt der erwähnten Bedingung des Vertrags bilden die Beweisvorschriften des Gesetzes; aber nicht des Gesetzes an und für sich, also nicht auch eines späteren Gesetzes, sondern bloß des actuellen Gesetzes. Indem nämlich die Contrahenten die Beweisvorschriften des actuellen Gesetzes zu ihren eigenen Willensbestimmungen machen, schaffen sie sich ein specielles, für die Dauer des Vertragsverhältnisses bestimmtes Gesetz, welches, losgelöst vom generellen Gesetze, dieses überlebt und nach dem bekannten Rechtsaxiom auch jedem spätern generellen Gesetze, welches andre Beweisvorschriften erläßt, widersteht. Die Contrahenten können die Beweisvorschriften des zur Zeit des Vertrags giltigen Gesetzes nicht ausschließen, denn diese sind im öffentlichen Interesse gegeben; wohl aber können sie die Beweisvorschriften eines künftigen Gesetzes ausschließen, obgleich auch diese im öffentlichen Interesse gegeben sind, denn eine Aenderung in der Anschauung des Gesetzgebers über das, was als im öffentlichen Interesse liegend zu erachten ist, bildet keinen Grund, Rechte, welche aus einem frühern, ebenfalls im öffentlichen Interesse erlassenen Gesetze erworben sind, zu verletzen. Die Wahrheit dieses Satzes leuchtet sofort ein, wenn man sie an einem analogen Falle prüft. In der franz. Gesetzgebung konnte bis zum Jahre 1855 eine Ehefrau ihren Gläubiger gültig mittelst eines Privatactes in ihre Legalhypothek subrogiren; das Transcriptionsgesetz vom Jahre 1855 schrieb nun aber als Bedingung der Giltigkeit der Subrogation die authentische Verbriefung vor und zwar aus öffentlichem Interesse; daß auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes die früher mittelst Privatactes errichteten Subrogationen ihre Giltigkeit nicht verloren, wird nicht bezweifelt werden. Der Schutz der erworbenen Rechte ist das höchste öffentliche Interesse; auf ihm ruht alle Rechtsordnung.

Die Contrahenten haben aber nicht nur das Recht, die Beweisvorschriften eines spätern Gesetzes auszuschließen, sondern auch ein vitales rechtliches Interesse, es zu thun. Was zunächst

denjenigen, welcher Rechte aus dem Vertrage ableitet, also den Gläubiger, betrifft, so erstreckt sich sein Interesse auf die Erhaltung der zur Zeit des Vertrags zulässigen Beweismittel; müßte er nämlich fürchten, daß ihm durch den von seinem Willen unabhängigen Zufall einer Gesetzesänderung sein Beweis und mit diesem sein Klagerrecht entzogen werden könnte, so würde für ihn ein Bestimmungsgrund, einen Vertrag einzugehen, nicht mehr vorliegen: wo die Gewißheit, das Recht aus dem Vertrage erzwingen zu können, fehlt, da tritt an die Stelle des Vertrags das Spiel. Was sodann denjenigen, gegen welchen Rechte aus dem Vertrage abgeleitet werden, also den Schuldner, anlangt, so erstreckt sich sein Interesse auf die Fernhaltung jeder beweiserleichternden Vorschrift eines spätern Gesetzes. Denn mit Rücksicht auf die Beweismittel, welche dem Gläubiger zur Zeit des Vertrags zu Gebote standen, wählte der Schuldner seine den Gegenbeweis bezweckenden Beweismittel sowohl in Ansehung des Abschlusses, als auch in Ansehung der Tilgung der Verbindlichkeit; jeder Zuwachs von Beweismittel würde das Gleichgewicht zum Nachtheile des Schuldners stören. Wäre es dem Gläubiger gestattet, mittelst des neu eingeführten Beweismittels des Zeugenbeweises zu beweisen, daß neben dem schriftlichen Vertrage noch mündliche Verabredungen getroffen wurden, so wäre der Schuldner getäuscht; denn mit Rücksicht darauf, daß diese Verabredungen durch Zeugen nicht nachgewiesen werden können, hat er es unterlassen, in dem Actenstücke ausdrücklich zu verbriefen, daß die mündlichen Verabredungen zurückgenommen oder in den schriftlichen aufgegangen sind. Wäre es ferner dem Gläubiger gestattet, in Anwendung des durch ein neues Gesetz eingeführten Zeugenbeweises nachzuweisen, daß er dem Schuldner uner der Herrschaft des frühern Gesetzes, welches für dieses Rechtsgechäft nur den Urkundenbeweis zuließ, ein Darlehen gegeben, so wäre wieder der Schuldner getäuscht; denn mit Rücksicht darauf, daß das Darlehen nicht durch Zeugen erwiesen werden darf, begnügte er sich mit dem Rückempfang der ausgestellten Schuldburkunde; der Gläubiger hätte in diesem Falle einen doppelten Beweis und, da der Beweis dem Rechte gleichsteht, ein doppeltes Recht auf

Rückzahlung des Darlehens: der erste Beweis wurde ihm nämlich vom Schuldner gegeben und, nachdem dieser durch Zahlung des Darlehens consummirt war, gibt ihm der Richter unter Anwendung des Gesetzes, welches das neue Beweismittel einführt, einen nochmaligen Beweis und mit diesem einen nochmaligen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens. Unter einer solchen Gesetzesanwendung würde die Rechtsicherheit nur noch eine Fabel, das Gesetz selbst, wie Toullier sich ausdrückt, eine dem Schuldner gelegte Schlinge (*un piège tendu au débiteur*) sein. Die seitherigen Ausführungen ergeben also:

Hätte ein späteres beweisbeschränkendes Gesetz die Wirkung die zur Zeit des Vertrags zulässig gewesenem Beweismittel außer Kraft zu setzen, so würde es demjenigen Contrahenten, welcher Rechte aus dem Vertrage ableitet, seinen Beweis und mit diesem seine Rechte selber entziehen; hätte umgekehrt ein späteres beweis erleichterndes Gesetz die Wirkung, daß mit dem neuen eingeführten Beweismittel ein früherer Vertrag bewiesen werden kann, so würde es demjenigen, welcher aus dem Vertrage Rechte ableitet, einen doppelten Beweis und damit ein doppeltes Recht geben, in beiden Fällen aber wäre der Vertragswille verletzt, weil dem Gesetze unstatthafter Weise rückwirkende Kraft beigelegt wird.

Eben weil die Parteien ein erworbenes Recht besitzen, daß ausschließlich die zur Zeit des Vertrags gültigen Beweismittel gegen sie in Anwendung kommen, so ist es eine natürliche Folge, daß ein neueingeführtes, früher nicht zulässig gewesenem, Beweismittel, so tüchtig es an und für sich auch sei und so sehr es geeignet sein mag, die unter der Herrschaft des neuen Gesetzes entstandenen Verträge an's Licht zu bringen, völlig ungeeignet ist, die Wahrheit herzustellen, welche die Parteien unter den frühern Gesetze vereinbart haben, es wird im Gegentheil den Vertragswillen entweder gar nicht oder geradezu falsch wiedergeben: Wahrheit ist nur das in den Vertrag eingeschlossene Recht. Eine Schuldurkunde, welche unter der Herrschaft eines Gesetzes, das den Urkundenbeweis ausschließt, ausgestellt wurde, ist ein ebenso ungefährliches, als juristisch werthloses Schriftstück, eine Spielerei,

welcher die Vermuthung der Ernsthaftigkeit schlechtthin abgeht; denn würde der Unterzeichner der Urkunde sich ernsthaft verpflichten wollen, so würde er eine gesetzlich verbindende Form wählen, indem er dies aber nicht that, gab er zu erkennen, daß er sich nicht verbinden wollte. Würde nun ein späteres Gesetz, welches den Urkundenbeweis einführt, nunmehr auch unter dieser dem früheren Gesetze entstandenen Urkunde Beweiskraft beilegen können, so wäre der Wille des Ausstellers denaturirt, die gewollte Wahrheit geradezu auf den Kopf gestellt; denn nach dem alten Rechte bewies die Urkunde wohl, daß der Aussteller zur Zeit ihrer Errichtung gelebt hat, daß er sich aber rechtlich verbinden wollte, gewiß nicht. Nur das Bewußtsein und der Wille des Individuums, daß das Schriftstück als Beweismittel dienen kann und soll, haucht ihm die beweisende Kraft ein, ohne diesen Willen bleibt es ein beschriebenes Papier. In gleicher Weise verhält es sich mit dem Zeugenbeweise: unter der Herrschaft eines Gesetzes, welches dieses Beweismittel ausschließt, sind Zeugen schlechtthin untauglich, die rechtlichen Vorgänge unter den Contrahenten zu erfassen; indem die Contrahenten sich die Zeugen nicht als Beweismittel denken und nicht in das Vertragsverhältniß einschließen, handeln sie so, als ob diese nicht gegenwärtig wären; wissend, daß das, was sie sprechen, sie nicht bindet, daß nur beweisende Kraft hat, was schriftlich verbrieft wird, wägen sie ihre Worte nicht so ab, wie sie es thun würden, wenn sie das Bewußtsein hätten, daß ihnen die Aussagen der anwesenden Personen einstens als Beweise entgegentreten werden. Wenn Steine reden könnten, hätte sich die Weltgeschichte anders zugetragen.

Es ist ganz gleichgültig, aus welchem Grunde eine Gesetzgebung den Zeugenbeweis in Ansehung juristischer Thatfachen ausschließt; sobald sie es thut, erklärt sie damit, daß Zeugenaussagen bei Rechtsgeschäften nicht processuale Wahrheit begründend sein sollen, sie ertheilt gleichzeitig allen unter ihrer Herrschaft lebenden Individuen Generalquittung darüber, daß sie andern Individuen, wenn diese nicht Schuldscheine von ihnen in Händen haben, nichts schulden und diese Generalquittung dauert fort bis zum letzten Athemzuge des Gesetzes. Wer unter der

Herrschaft dieses Gesetzes contrahirt, unterwirft sich seinem Willen und, indem er die Willensbestimmungen des Gesetzes zu seinen eigenen macht, erklärt er selber, daß dieser Vertrag niemals durch Zeugen erwiesen werden kann; wenn er nun gleichwohl unter diesem oder einem späteren Gesetze den Zeugenbeweis führen will, so geräth er mit sich selbst in Widerspruch, denn sein in den Vertrag eingeschlossener Wille ging ja dahin, daß durch Zeugen das behauptete Recht niemals wahr gemacht werden kann.

Wenn gleich aber auch das behauptete Recht durch Zeugenbeweis nicht bewahrheitet werden darf, so folgt daraus nicht, daß es schlechthin oder auch nur processualisch unwahr sein muß, sondern es folgt nur daraus, daß der Gläubiger, indem er sich keinen Urkundenbeweis ausgestellt ließ, es dem guten Willen und dem Gewissen seines Schuldners anheimstellen wollte, ob dieser die eingegangene Verbindlichkeit wahr halten will, daß er also sich auf die Rechtschaffenheit seines Schuldners verlassen hat. Daher die Zulässigkeit des freiwilligen und des mittelst Eidesdelation erzwungenen gerichtlichen Geständnisses, eines allerdings nur uneigentlichen Beweismittels, welches die Contrahenten zur Zeit des Vertrags kannten und deswegen bei Regulirung der Beweisfrage mit in Rechnung zogen. Indem aber der Gläubiger dadurch, daß er die schriftliche Abfassung des Vertrages unterließ, die Realisirbarkeit seines Rechts lediglich von dem freiwilligen oder erzwungenen Geständnisse seines Schuldners abhängig machte, schloß er wieder jedes andere, zur Zeit des Vertrages vom Gesetze nicht zugelassene Beweismittel, also auch den Zeugenbeweis aus, denn würde er sich desselben dennoch bedienen dürfen, so würde er dem Schuldner die vertragsmäßig überlassene Wahl, zu gestehen oder nicht zu gestehen, worauf dieser ein Recht erworben hat, wieder entziehen.

Ganz anders gestaltet sich die seither behandelte Frage, wenn es sich nicht um den Nachweis juristischer, sondern um den Nachweis einfacher Thatfachen handelt. Wenn ich in der Vergangenheit durch das schuldvolle Factum eines Dritten Schaden erlitten habe, so muß ich die Thatfache der Beschädigung durch alle zur Zeit des Processes zulässigen, wenn auch durch ein, der Thatfache

nachgängiges beweiserleichterndes Gesetz zugelassenen Beweismittel nachweisen können, also auch durch Zeugenbeweis, welcher zur Zeit der That ein gesetzliches Beweismittel nicht war; denn mein Prozeßgegner kann sich nicht auf einen Vertrag berufen, in welchem die damals nicht zulässigen Beweismittel ausgeschlossen worden wären, da ja ein Vertrag überhaupt nicht geschlossen wurde und ich meine Rechte aus einem Vertrage, also einer juristischen Thatsache nicht ableite. Sämmtliche Gründe, welche beim Beweise von Verträgen gegen die neuen Beweismittel sprechen, treffen also hier nicht zu: ein Recht des Beklagten ist nicht verletzt, denn er hat keines erworben; sein Wille wird nicht denaturirt, denn er durfte zur Zeit seiner That den Willen, nur die damaligen Beweismittel gegen sich gelten zu lassen, nicht haben; die processuale Wahrheit leidet auch keinen Schaden, kann vielmehr nur gewinnen, wenn alle möglichen Beweismittel erschöpft werden, welche dazu dienen können, den Richter über eine Thatsache aufzuklären, welche lediglich nach ihrer objectiven, von keinem Vertragswillen angehauchten Erscheinung zu beurtheilen ist.

Was sich, nicht hervorgerufen durch einen Vertragswillen, in der Welt zuträgt, spiegelt sich nicht in einer Urkunde ab. Urkunden sind für Verträge und sonstige einen Rechtswillen bezeugende Dispositionen; Begebenheiten werden, insoweit aus ihnen nach dem Gesetze Rechte abgeleitet werden können, durch Zeugen und alle sonstigen künstlichen Beweismittel erwiesen. Der Chronist ist Zeuge; die Geschichte baut sich aus Zeugenaussagen auf; was der Geschichtschreiber Urkunde nennt, ist keine Urkunde im gesetzlichen Sinne, es ist ein künstliches Beweismittel, aus dem er Schlüsse zieht.

Dieselben Grundsätze, welche die örtlichen Grenzen der Gesetze bestimmen, sind auch im Großen und Ganzen maßgebend bei Regulirung ihrer zeitlichen Grenzen: Dort ist es die Formel: *locus regit actum*, hier die Formel: *tempus regit actum*, welche das Terrain beherrscht. Nach Savigny hat sogar die letztere Formel noch womöglich eine größere innere Berechtigung, als die erstere, weil die Parteien bei der Wahl der örtlichen Grenzen noch gewissermaßen einen freien Spielraum haben, wäh-

rend sie der Collision zeitlicher Grenzen schlechtthin machtlos gegenüberstehen. Daß nun aber beim Conflict der örtlichen Grenzen die Formel: *locus regit actum* ganz und voll auf die Beweismittel anzuwenden ist, darüber herrscht kaum eine Meinungsverschiedenheit und es kann daher ohne Gefahr auf begründeten Widerspruch zu stoßen, folgende These als richtig aufgestellt werden:

Wer in Straßburg am 1. October 1880 eine Klage auf Zahlung eines Darlehens von 1000 M. erhebt, welches er am 1. Juli 1880 in Paris gegeben haben will, ist nicht zulässig, die rechtliche Thatsache des Darlehens durch Zeugen nachzuweisen, wiewohl der Zeugenbeweis, wenn das Darlehen in Deutschland gegeben worden wäre, ganz ohne Frage zugelassen werden müßte, Es ist sicher überflüssig, ein weiteres Wort über die Richtigkeit dieses Satzes zu verlieren, dagegen dürfte auf die ganze Jurisprudenz in Deutschland wie anderwärts hingewiesen werden. Besonders sei erwähnt: Demangeat-Foelix tome 1 Nr. 233, namentlich das dort angeführte Urtheil von Cöln vom 17. Februar 1821; Bar, Internationales Privatrecht, pag. 453. Anmerk. 3, wiewohl sich der Verfasser in dieser Frage nicht ganz klar ist; endlich folgende Stelle aus Dalloz, Rep. m. obligations Nr. 4633 : *pour décider si la preuve testimoniale est admissible, il faut considérer la loi du lieu du contrat et non celle du pays, où l'instance est pendante.*

Die hier vertheidigte Ansicht, daß in der Anwendung von durch ein neues Gesetz eingeführten Beweismitteln auf frühere Rechtsgeschäfte eine unzulässige Rückwirkung des Gesetzes liege, gleichviel ob die neuen Beweismittel den Beweis erschweren oder erleichtern, wird so ziemlich von allen deutschen Schriftstellern älterer und neuerer Zeit, soweit sie sich mit der Frage beschäftigten, getheilt; besonders erwähnt seien: v. Savigny, Bornemann Bergmann und Strube. Daß die Beweismittel materielrechtlicher Natur sind, wurde auch auf dem deutschen Juristentage, ohne Widerspruch hervorzurufen, behauptet (3. deutscher Juristentage II. Band pag. 544) und selbst in den Motiven des Entwurfs der C.P.O. zu §. 245 nicht verneint.

Lassalle kann nach seiner ganzen geistigen Veranlagung nicht im Verdachte besonderer Voreingenommenheit für erworbene Rechte stehen: nichtsdestoweniger gibt er nicht nur zu, sondern vertheidigt sogar mit all' seinem Scharfsinne, daß ein Recht auf die zur Zeit des Vertrags zulässigen Beweismittel erworben wird, mithin die Beweismittel dem materiellen Rechtsgebiete angehören. Er stellt an die Spitze seiner Theorie über die erworbenen Rechte das Grundprincip, daß kein Gesetz rückwirken darf, welches ein Individuum durch die Vermittlung seiner Willensaction trifft, daß dagegen jedes Gesetz rückwirken dürfe, welches das Individuum ohne Dazwischentunft eines solchen freiwilligen Actes trifft. Ausgehend von diesem Satze, dessen allgemeine Richtigkeit unbedingt zugestanden wird, sagt er (pag. 140.): „Die Beweiskraft, die der bestimmten Form einer individuellen Handlung nach dem Gesetze beivohnt, ist ein von dem Individuum, das diese Handlung vornahm, freiwillig Geseztes und somit Erworbenes; das Individuum wählte diese Form der Handlung, weil sie nach dem Gesetze bereits genügte, den Beweis zu erbringen, und würde andernfalls eine andere Form gewählt haben. Hier kann man allerdings die Fiction anwenden, daß die Individuen beim Contract auch über die Zulässigkeit der zur Zeit zulässigen gesetzlichen Beweismittel contrahiren.“ Er bildet diesen Gedanken weiter aus, indem er (pag. 142) hinzufügt, daß der Contrahent durch die damals beweisfähige Form, die er für seine Handlung wählte, diese Beweisfähigkeit als einen Theil der Handlung bildend zu einem Erworbenen gemacht habe. Uebergehend jedoch zur Frage, wie sich neue, durch ein späteres Gesetz eingeführte, Beweismittel zu früheren Rechtsgeschäften verhalten, findet er in der Anwendung dieser neuen Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte eine unstatthafte Rückwirkung der Gesetze nicht, indem er annimmt, daß eine Willensaction, welche das neue Beweismittel ausgeschlossen hätte, nicht vorliegt; er übersieht dabei, daß die Contrahenten, wie nachgewiesen, nur unter der Bedingung, daß die zur Zeit zulässigen Beweismitteln allein für sie wahrheitbegründend sein sollen, den Vertrag eingingen und eingehen konnten, mithin die Bestimmung des Gesetzes, welche den Zeugenbeweis ausschloß,

vermittelst ihrer Willensaction zu einem Theil ihrer Handlung machten und demnach den Zeugenbeweis vertragsmäßig für alle Zeiten ausschlossen. Laffalle führt zur Vertheidigung dieser seiner These eine Reihe Argumente in's Feld, die aber alle mehr oder weniger erkennen lassen, daß er sich über den begrifflichen Unterschied zwischen juristischen und einfachen Thatfachen nicht klar ist, sich in dem Proceßgange, in welchem der Rechtsgedanke nach practischer Verwirklichung ringt, nur spärlich auskennt, auch in den Regeln über die Beweislast nicht sonderlich bewandert ist. Indem er von der richtigen Voraussetzung ausgeht, daß von Anwendung der neuen Beweismittel nur dann die Rede sein kann, wenn die Contrahenten die frühern Beweismittel nicht in Gebrauch genommen haben, begreift er nicht recht, daß im Grunde doch nur derjenige, welcher Rechte aus dem Vertrage herleiten will, also der Gläubiger, ein Interesse daran hat, das Beweismittel zu ergreifen, daß aber derjenige, gegen welchen aus dem Vertrage Rechte abgeleitet werden, kein Interesse daran hat, daß sich der Gläubiger der gegebenen Beweismittel bemächtigt. Nur weil er sich der Wahrheit dieses Satzes nicht bewußt ist, kam er (pag. 142) fragen: „Denn woher sollte der Contrahent das Recht erworben haben, sich durch keine andere Beweismittel beweisen zu lassen, als durch die zur Zeit des Rechtsgeschäftes gesetzlich zulässigen, die er aber noch dazu damals nicht ergriff und in individuelle Handlungen verwandelte, die also umsomehr blieben, was sie waren: bloße gesetzliche Bestimmungen?“ Wer ist denn dieser Contrahent? Gläubiger oder Schuldner? Nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner läßt sich beweisen, aber eben, weil dem Schuldner bewiesen werden muß, hat er nicht die Beweismittel zu ergreifen, sondern der Gläubiger; oder kann man demjenigen, welchem weiter nichts zur Last liegt, als daß er zur Zeit des früheren Gesetzes gelebt hat, zumuthen, daß er sich von allen seinen Coaven eine schriftliche Bescheinigung ausstellen lasse, daß er ihnen nichts schutde? Sache des Gläubigers war es, den durch das Gesetz an die Hand gegebenen Beweis zu ergreifen; hat er dies veräußert, so hat er sicher dadurch kein Recht auf das neue Beweismittel erworben. Sobald Laffalle die Beweislast

richtig erfaßt, kommt er auch zu richtigen Consequenzen, wie dies aus folgendem, seiner eben angeführten Frage unmittelbar vorausgehenden Sage hervorgeht: „Wenn der Contrahent keine Handlung wählte, die nach dem damaligen Gesetze beweisfähig war, so hat er keinen Beweis seiner Handlung erworben, er hat nun kein erworbenes Recht auf Beweis.“ Er hätte nun folgerichtig weiter schließen müssen, daß ebendeshwegen der Gläubiger auch kein Recht auf das neue Beweismittel hat, aber, anstatt dies zu thun, verirrt er sich zu seiner erwähnten Frage.

Den Schwerpunkt seiner Beweisführung legt Laffalle auf folgendes Argumentenpaar, welches er auf das Beispiel stützt, daß unter der Herrschaft des Art. 1341 c. c. ein den Betrag von 150 frcs. übersteigendes Darlehen gegeben, während die Klage unter der Herrschaft eines späteren Gesetzes, welches den Zeugenbeweis unbeschränkt zuläßt, angestellt worden ist:

1. (pag. 148) „Leugnet der Beklagte den ganzen mündlichen Darlehens-Contract, so kann er nicht einwenden, daß ihm eine individuelle Handlung denaturirt werde. Denn er behauptet dann eben, gar nicht gehandelt also auch nichts ausgeschlossen zu haben. Hier also, wo es sich um das geleugnete Dasein eines Contractes überhaupt handelt, wird die Formel vom Gesetz zur Zeit des Vertrages schlechthin sinnlos und unverwendbar. Ihre Anwendung würde nur zeigen, wie der Formelkram sogar den richtigen Gedanken tödtet, aus welchem die Formel hervorging.“

Und doch ist die Formel: „tempus regit actum“ noch niemals richtiger angewendet worden, als gerade in dem Fall, wo der Beklagte das Darlehen schlechthin leugnet, auf der andern Seite aber wurde der Vorwurf der Formelkrämerei, so richtig es ja auch ist, daß unter dem Fallbeile der Formel schon so manches gute Recht hat bluten müssen, noch niemals an einem ungelegenerem Orte erhoben, als hier, wo ihn Laffalle einem Merlin, Touillier, Durantou, Bergmann und Savigny an den Kopf wirft. Laffalle argumentirt nämlich, daß, wenn der Beklagte das Darlehen überhaupt leugnet, Beweismittel auch nicht ausgeschlossen worden sein können. Würde er sein Argument in seinen Consequenzen verfolgt haben, so wäre er zu folgendem Cretenfischen

Cirkelschlüsse gelangt: Wenn der Beklagte behauptet, kein Darlehen empfangen zu haben, so hat er auch keinen Vertrag eingegangen; hat er keinen Vertrag eingegangen, so hat er auch das Beweismittel des Zeugenbeweises nicht ausgeschlossen; hat er den Zeugenbeweis nicht ausgeschlossen, so darf der Kläger zum Zeugenbeweise zugelassen werden; führt der Kläger den Zeugenbeweis, so ist es wahr, daß ein Darlehens-Vertrag eingegangen worden ist; ist er aber eingegangen worden, so hat der Beklagte den Zeugenbeweis ausgeschlossen, also darf auch der Kläger den Zeugenbeweis nicht führen u. s. w. Zu diesem wunderlichen Schlüsse konnte Cassalle nur gelangen, weil er die Basis nicht kannte, auf welcher nach processualischem Rechte die Frage der Zulassung des Zeugenbeweises entschieden werden muß. Bevor nämlich der Kläger den Beweis des Darlehens führt, behauptet er, ein Darlehen gegeben zu haben. Zwischen dieser Behauptung und der Beweisführung spielt die Frage der Zulassung des Beweises. Wenn nun der Kläger behauptet, ein Darlehen gegeben zu haben, so behauptet er auch, mit dem Beklagten einen Darlehens-Vertrag geschlossen zu haben; damit gibt er aber nun auch zu, daß der Beklagte den Zeugenbeweis ausgeschlossen hat, und muß auf Grund seiner eigenen Behauptung mit seinem Antrage auf Zulassung zum Zeugenbeweis abgewiesen werden. Hätte Cassalle, wie dies nach dem Prozeßgange geschehen muß, die Frage der Zulassung zum Zeugenbeweise auf der Basis der Behauptung des Klägers, anstatt auf der Basis der Exception des Beklagten in's Auge gefaßt, so hätte er finden müssen, daß nicht die Formel vom Gesetze zur Zeit des Vertrags, sondern sein oben angeführtes Grundprincip hier falsch und geisttödtend angewendet worden ist.

2. (pag. 149). „Eine Denaturirung der individuellen Handlung würde nur dann vorliegen, wenn das Individuum behauptete, es sei von vornherein bei seiner Handlung seine besondere Absicht gewesen, sie hinterher ableugnen zu können, und zu diesem Zwecke habe es damals den schriftlichen Beweis unterlassen Dieser Einwand aber kann nicht erhoben werden, weil er den eigenen dolus excipiren würde.“

Wenn Laffalle unterstellt, es könne einen Beklagten geben, welcher excipirt, er habe zwar das Darlehen erhalten, aber, um es ableugnen zu können, keinen Schuldschein ausgestellt, so hat er gewiß von den juristischen Kenntnissen des Rechtsbeistandes, der den Beklagten vertritt, eine recht üble Meinung, da eine in dieser Form erhobene Einrede das nackte Geständniß der Schuld wäre, welches die Frage der Zulässigkeit des Zeugenbeweises gar nicht aufkommen ließe, eine Einrede, welche niemals ernsthaft gemeint sein könnte. Dagegen ist proceßualisch denkbar die Einrede des Beklagten, daß er zwar das Darlehen erhalten, aber im Einverständnis mit dem Kläger die Ausstellung eines Schuldscheines unterlassen habe; eine solche Einrede muß aber durchaus nicht unmoralisch sein, da Gründe der verschiedensten Art, z. B. der Grund, daß der Schuldner Gläubiger des Gläubigers war, unter den Contrahenten für die Nichtausstellung eines Schriftenbeweises bestimmend gewesen sein konnten.

Da Laffalle, wenn auch fast der einzige, doch ein sehr gewichtiger Gegner der hier vertretenen Ansicht ist, so muß man sich der Mühe unterziehen, ihm bis zu seinen letzten Irrgängen zu folgen. Indem er nämlich die Richtigkeit seiner These an der Gegenfälligkeit der Rechtsgeschäfte, welche gesetzlich zu ihrer Rechtsgiltigkeit einer gewissen Form bedürfen, zu denjenigen, welche der Schriftlichkeit bloß qua Beweismittel bedürfen, nachzuweisen sucht, stellt er (pag. 151 ff. und 337 ff.) auf: „Bei Rechtsgeschäften der ersten Art sei, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht gewählt wurde, weder Geständniß noch Eidesdelation zulässig; hier sei der Contrahent censirt, er habe, indem er die gesetzliche Form nicht einhielt, sich nicht civilrechtlich, sondern nur naturaliter verpflichten wollen; bei Rechtsgeschäften der zweiten Art dagegen sei, obgleich sie der Schriftlichkeit entbehren, doch Geständniß und Eid zulässig, woraus folge, daß sich der Contrahent civilrechtlich verpflichtet habe und sich nicht über Unrecht beklagen könne, wenn ihm die Wahrheit der Verpflichtung durch alle zur Zeit des Prozeßes zulässigen Beweismittel nachgewiesen werde.“ Nun können allerdings die Rechtsgeschäfte der ersten Art weder durch Geständniß noch Eid er-

wiesen werden, denn sie sind eben radicaliter nichtig; gerade deswegen können sie aber überhaupt durch kein Beweismittel nachgewiesen werden, denn frustra probatur quod probare non relevat. Wer unter der französischen Gesetzgebung eine Schenkung macht, ohne sie in die authentische Form zu kleiden, begeht einen nichtigen Akt, der ebensowenig durch freiwilliges oder erzwungenes Geständniß, als durch eine Privaturkunde, welche doch gewiß ein classisches Beweismittel ist, erwiesen werden kann. Unrichtig ist aber die Unterstellung Laffalle's, daß der Contrahent sich nicht verpflichten wollte; im Gegentheil er wollte sich verpflichten, aber der Einzelwille des Contrahenten hat sich gebrochen an dem durch das Gesetz dargestellten Gesamtwillen; unrichtig ist ferner, daß der Contrahent naturaliter verpflichtet wäre, denn er ist überhaupt nicht verpflichtet. Die Rechtsgeschäfte der zweiten Art, welche der Schriftlichkeit bloß des Beweises willen bedürfen, können durch Eid und Geständniß erwiesen werden, aber dies ist nicht der Grund, warum sie civilrechtlich verbindlich sind, sondern umgekehrt: weil sie civilrechtlich verbindlich sind, sind sie durch Eid und Geständniß nachweisbar. Civilrechtlich verbindlich sind überhaupt alle Rechtsgeschäfte, welche nicht nichtig sind. Die Gegensätzlichkeit beider Arten von Rechtsgeschäften charakterisirt sich, wie folgt: die Rechtsgeschäfte der ersteren Art sind, wenn die gesetzliche Form nicht beobachtet wurde, nichtig; die der zweiten Art sind, wenn sie der Schriftlichkeit ermangeln, unerwiesen; die erstern können durch gar kein Beweismittel, die zweiten durch alle, zur Zeit des Vertrags zulässigen, also auch durch Geständniß und Eid erwiesen werden.

Nun läßt sich aber nicht absehen, wozu Laffalle eines solchen Apparates von Argumenten bedurfte, um die obligatorische Natur der Rechtsgeschäfte der zweiten Art nachzuweisen. Kein Mensch bezweifelt, daß ein Darlehen verbindlich ist, wengleich kein Schuldschein ausgestellt wurde, die Frage ist aber die, ob es außer durch Geständniß und Eid auch noch durch andere zur Zeit des Vertrags nicht zulässig gewesene Beweismittel erwiesen werden darf. Diese Frage beantwortet sich aber nicht aus der

obligatorischen Natur des Darlehensvertrages, denn dieser fängt erst an, obligatorisch zu werden, wenn er erwiesen ist.

Ueberhaupt franken die Argumentationen Laffalle's an einem fatalen hysteron proteron; denn er geht regelmäßig in seinen Beispielen von der Voraussetzung aus, daß ein Darlehen gegeben oder überhaupt eine civile Verpflichtung eingegangen worden sei, während er unterstellen müßte, daß das Darlehen behauptet werde; da findet er es nun begreiflicher Weise nicht recht, daß man gegen die Herstellung der Thatfache durch alle möglichen Beweise Schwierigkeiten erheben soll, dagegen denkt er sich nicht den Fall, daß Jemand die Erfüllung einer Verbindlichkeit einflagt, welche niemals eingegangen wurde; daher ist nach Laffalle's Theorie der Beklagte, welcher sich wirklich nicht verpflichtet hat, geradezu recht- und schutzlos, denn er kann sich selbstverständlich auf keinen Vertrag, also auch darauf nicht berufen, daß er zur Zeit des angeblichen Vertrages die vom Gesetze verfügte Ausschließung des Zeugenbeweises verfeinigt habe. Wo Laffalle lediglich mit den Gesetzen der Logik zu operiren hat, urtheilt er correct; wo er aber, wie in der hier vorliegenden Frage, die Lösung des Problems auf rein juristischem Gebiete suchen muß, da irrt er im Nebel herum. Und doch findet sich nach Herrn Dr. David „unzweifelhaft“ das Beste, was über die Frage gesagt und geschrieben worden ist, in Laffalle's Theorie der erworbenen Rechte!

Uebrigens stellt sich Herr Dr. David durchaus nicht auf den Boden der Laffalle'schen Argumentationen: nach ihm ist „untergebens keine Handlung einer Person, keine gegenseitige Willenserklärung, sondern der Beweis in Frage;“ also etwas anderes ist der Vertrag, etwas anderes der Beweis; mittelst dieser schmerzhaften Trennung von Vertrag und Beweis tritt nun aber Herr Dr. David geradezu in offenen Gegensatz zu der Theorie Laffalle's, „daß die Individuen beim Contract auch über die Zulässigkeit der zur Zeit gesetzlich zulässigen Beweismittel contrahiren und die gesetzlich beweisfähige Form, als einen Theil ihrer Handlung bildend, zu einem Erworbenen machen.“ Ohne nur den Versuch zu machen, von dem Laffalle'schen Grundprincip aus die

Frage in's Auge zu fassen, begründet Herr Dr. David seine Ansicht ausschließlich mit dem auf die Herstellung der vollen Wahrheit des Rechtsverhältnisses gerichteten Beweiszwede, welcher durch die beweis erleichternden Beweismittel des neuen Gesetzes doch wohl am besten erreicht werden müsse. Nun soll ja die Leuchtkraft der neuen Beweismittel nicht bestritten werden; aber sie erstreckt sich doch bloß auf die Rechtsgeschäfte, welche unter ihrer Herrschaft abgeschlossen wurden. Wie es mit der Wahrheit beschaffen ist, welche neue Beweismittel über alte Rechtsgeschäfte verbreiten, wurde ja gezeigt; das Licht dieser Beweismittel erreicht die letztern nicht. In Ansehung juristischer Thatfachen können als Erkenntnißquelle nur die von den Partheien vereinbarten, also gewollten Beweismittel dienen, denn das Willensmoment beherrscht im Vertrage Recht und Beweis. Wenn der Beklagte das Klagefundament zugesteht, so ist es wahr, wenn auch die objektive Wahrheit trauernd ihr Antlitz von ihrer irdischen Schwester abwendet. Ingleichen ist Wahrheit, was die übrigen zur Zeit des Vertrags zulässigen und eben deswegen von den Contrahenten gewollten Beweismittel als solche ergaben.

Es ist überhaupt eine Täuschung, zu glauben, daß die von der jeweiligen Gesetzgebung getroffene Auswahl in den Beweismitteln auf die Herstellung der Wahrheit juristischer Thatfachen von irgend einem Einfluß wäre, daß es also Beweismittel von mehr und Beweismittel von weniger Wahrheit erzeugender Kraft geben könnte. Wenn heute die Gesetzgebung unter Ausschließung aller jetzt vorhandenen Beweismittel bloß das Kernholz in Ansehung solcher Thatfachen als Beweismittel gelten ließe, so würden die Contrahenten dasselbe ergreifen, ihren Bedürfnissen adaptiren und mittelst desselben die vereinbarte Wahrheit zwar mit größerer Mühe, aber mit derselben Treue, fixiren, wie sie es mittelst der Beweismittel der seitherigen Gesetzgebung gethan haben. Die Contrahenten bedürfen irgend einer Form, durch welche sie ihre Vereinbarungen beweisfähig machen, und welche sie, als einen Theil ihrer Handlung bildend, in den Vertrag einschließen; sei diese Form auch noch so beengend und ihre Ergreifung auch mit noch so vielen Schwierigkeiten verbunden, so finden sie Mittel und

Wege, um mittelst derselben dem Vertragswillen den passenden Ausdruck zu geben; der tiefere Grund, warum in der gesetzlichen Beschränkung des Zeugenbeweises keine Beeinträchtigung der freien Beweiswürdigung gefunden werden darf, besteht daher darin, daß ja die gesetzlich zulässigen Beweismittel, in welche die Contrahenten den Vertrag einkleiden und einkleiden müssen, dem Richter die vereinbarte Wahrheit ganz und ungeschmälert offenbaren und es außer den gesetzlichen Beweismitteln gar keine Hilfsmittel geben kann, mittelst deren er die Wahrheit besser erfahren könnte. Mit noch viel weniger Recht läßt sich aber von einem Eingriffe in die freie Beweiswürdigung dann reden, wenn dem Richter die Anwendung erst neu eingeführter, zur Zeit des Vertrags nicht zulässig gewesener Beweismittel bestritten wird, denn diese sind ja in Beziehung auf diesen Vertrag überhaupt keine Beweismittel; er muß sich dieselben selber versagen, weil er wissen muß, daß diese Beweismittel, weil sie nicht in den Vertrag eingeschlossen sind, die Wahrheit gar nicht wiedergeben können, er muß sie als unzulässig zurückweisen, nicht weil sie ungesetzlich, sondern weil sie untauglich sind, die Vertragswahrheit herzustellen.

Die Güte eines Proceßgesetzes zeigt sich an dem Grade von Freiheit, welche dem Richter bei Beurtheilung des gesammten Sachverhaltes nach Maßgabe der Verhandlung und des Beweismaterials zu Gebote gestellt wird, vorausgesetzt, daß durch die dem Richter gemachte Auflage, sein Urtheil mit Entscheidungsgründen zu versehen, auf der andern Seite auch der Willkür heilsame Schranken gesetzt werden. Die freie Beweiswürdigung stellt an und für sich schon hohe Forderungen an die Intelligenz des Richters; je uneingeschränkter die Beweismittel, um so höher steigen die Anforderungen. Wenn auch der Zeugenbeweis an und für sich an Kraft dem Schriftenbeweise gleich steht, so ist er doch unsicherer und unzuverlässiger als dieser; es ist deshalb schwieriger, das Wahrheit erzeugende Moment in ihm zu finden. Eine Gesetzgebung, welche den Zeugenbeweis beschränkt, stellt geringere Anforderungen an die Intelligenz des Richters, erleichtert ihm seine Aufgabe. Indem die deutsche C.P.O. neben

der freien Beweiswürdigung alle denkbaren Beweismittel zuläßt, zollt sie der Intelligenz des deutschen Richters den höchsten Tribut; hätte sie aber den Zeugenbeweis beschränkt, so wäre zwar die freie Beweiswürdigung davon unberührt geblieben, aber der Bequemlichkeit des Richters größerer Spielraum gegeben. Wenn de lege ferenda die Frage nach Auswahl von Beweismitteln in Ansehung juristischer Thatfachen zu prüfen ist, so hat dies lediglich von dem Gesichtspuncte des jeweiligen Culturzustandes einerseits und des wünschenswerthen Maßes von Leichtigkeit und Raschheit im Proceßgange andererseits zu geschehen. Bei zurückgebliebener Cultur läßt sich der Zeugenbeweis nicht umgehen, da die Vorbedingungen für die schriftliche Abfassung der Verträge mehr oder minder fehlen; dagegen ist der Bildungsgrad der deutschen Nation soweit vorge schritten, daß er ein gutes Stück Beschränkung des Zeugenbeweises vertragen könnte; dies gilt selbst für Handelsfachen, nachdem in der Handelswelt sich der löbliche Gebrauch schriftlicher in Correspondenzform gehaltener Abmachungen in der neuern Zeit allenthalben eingebürgert hat. In Handelsfachen ist, was der Wechsel im Verkehr, beschränkter Zeugenbeweis im Proceßgange.

Die Vortheile, welche eine die richtigen Grenzen einhaltende Beschränkung des Zeugenbeweises mit sich bringt, bestehen nicht nur darin, daß ein großer Theil von Processen im Reime erstickt, sondern auch darin, daß ein anderer großer Theil vereinfacht, verkürzt und verwohlfeilt wird, ohne daß die processualische Wahrheit dabei den geringsten Schaden erleide und eine Gesetzgebung, welche sich dieser Aufgabe unterzieht, würde dem Rechts- und Verkehrsleben eine unschätzbare Wohlthat erzeugen. Indem das preußische Landrecht die schriftliche Abfassung von Verträgen über 50 Thaler bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt, versucht es ebenfalls dem Zeugenbeweise engere Grenzen zu ziehen, aber diese Bestimmung steht an gesetzgeberischem Werthe tief unter der Einrichtung, welche den Zeugenbeweis für gewisse Rechtsgeschäfte ganz ausschließt: denn zum Ersten beeinträchtigt sie die Vertragsfreiheit, indem sie die Perfection des Rechtsgeschäftes nicht von dem Consense der Partheien, sondern von der

Herstellung der äußerlichen Form abhängig macht; zum Zweiten tritt sie der Einwurzelung des Grundsatzes von Treue und Glauben im Rechtsleben hinderlich entgegen, indem sie nicht, wie dies bei Beschränkung des Zeugenbeweises geschehen kann, dem Gläubiger die Wahl läßt, entweder die vom Gesetze zur Beweisfähigkeit seines Rechtes vorgeschriebenen Formen zu ergreifen, oder an das Manneswort und Gewissen seines Schuldners zu appelliren; endlich ist der Abbruch, den sie dem Zeugenbeweise thut, nur von verschwindender Bedeutung, indem sie den Akt selbst unter die Einwirkung des Beweismittelsystems der C.Pr.O. stellt, mithin den Zeugenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde soweit zuläßt, als es unter diesem Systeme geschehen kann.

Herr Dr. David erkennt mit Lassalle an, daß das Recht auf die zur Zeit des Vertrags zulässigen Beweismittel erworben werde; folgerichtig hätte er nun auch den Beweismitteln die materiellrechtliche Natur zuerkennen müssen; nichtsdestoweniger weist er im Widerspruche mit Lassalle, auch mit sich selbst, die Beweisgesetze dem formellen Rechtsgebiete zu; er beruft sich hier auf Uebel's Commentar der C.Pr.O., welcher (Band II. S. 355) hervorgehoben, „daß die Theorien von der materiellen Natur der französischen Beweisbestimmungen in der Justizcommission des Reichstags wohl begründetem Widerspruche verfallen seien.“ Widerspruch hat nun in der That diese Theorie in der Sitzung genannter Commission vom 14. Februar 1876 (pag. 642 der Protocolle) erfahren, das ihm von Herrn Uebel gegebene Epitheton: „wohlbegründet“ jedoch dürfte nicht gerade wohlverdient sein; da übrigens die Verhandlungen jener Sitzung für gegenwärtige Frage von eingreifender Bedeutung sind, wie dies später, wenn sie vom Standpunkte der C.Pr.O. und des Einführ.-Gesetzes betrachtet werden wird, mehr hervortritt, so muß auf dieselben etwas näher eingegangen werden.

Der Reichstagsabgeordnete Reichensperger beantragte bekanntlich die Aufrechterhaltung der französisch rechtlichen Beweisbestimmungen und begründete den Antrag mit ihrer materiellrechtlichen Natur und dem durch sie bedingten Eingriffe in das französische Civilrecht. Damit war nun der Antrag nicht gerechtfertigt und

es hätten die Gegner des Antrags sich füglich auf den Einwand beschränken können, daß ein solcher Eingriff, wenn er auch gegeben sei, zur Sache gar nichts verschlage, da auch ein Prozeßgesetz materiellrechtliche Bestimmungen treffen dürfe, das französische Civilgesetz übrigens in Deutschland ohnehin auf dem Aussterbe=Stat stehe. Allein sie griffen den Antrag von seiner meritorischen Seite an und führten aus, daß mit der Beibehaltung der französischen Beweisbestimmungen die freie Beweisstheorie, welche die C.P.O. auf den Schild erhoben, in Frage gestellt, ein erheblicher Theil der C.P.O. zu Gunsten einiger Partikularrechte beseitigt und damit die Rechtseinheit gestört werde, im Uebrigen die Beweisbestimmungen überhaupt nicht materiellrechtliche Vorschriften, sondern lediglich civilproccessualischer Natur seien.

Welche Bewandniß es mit dem Einwande hat, daß die Beschränkung der Beweismittel in die freie Beweismüdigung eingreife, darüber ist kein Wort mehr zu verlieren. Die Mitglieder der Commission, welche mit dem französischen Rechte vertraut sind, hätten übrigens wissen müssen, daß der Geist, aus welchem die französische C.P.O. hervorging, den Gedanken des Richters nicht in Fesseln schlagen wollte. Aus der Bemerkung des Herrn Dr. Lasker, „daß durch die Annahme des Antrags der überaus wichtige Grundsatz des freien Beweises unterbrochen werde,“ läßt sich übrigens schließen, daß auch er sich des begrifflichen Unterschieds zwischen einfachen und juristischen Thatfachen nicht klar bewußt war. Wichtig ist es ja, daß ein Kläger, welcher vom Zeugenbeweise darüber ausgeschlossen wird, daß ihm aus der Handlung eines Dritten ein Schaden, gleichviel von welcher Höhe erwuchs, in seinem freien Beweise beschränkt wäre, allein eine solche Beschränkung kennen die französischen Beweisbestimmungen nicht. Eine Gesetzgebung, welche lediglich ob nequitiam hominum oder wegen Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises denselben selbst da ausschließen würde, wo der Beweispflichtige den Beweis auf eine andere Weise gar nicht herstellen kann, würde denselben nicht nur des Beweises berauben, sondern ihn geradezu rechtslos machen, der richterlichen Intelligenz aber ein bedenkliches Armuthszeugniß

ausstellen. Jedermann hat ein Recht, sich gegen eine Gesetzgebung zu beschweren, welche ihm irgend ein taugliches Beweismittel zum Nachweise einfacher Thatfachen entzieht, ein solcher Gesetzgebungsact wäre der schwerste Eingriff in die Privatrechtssphäre; aber Niemand hat ein Recht, sich gegen eine Gesetzgebung zu beschweren, welche ihm zum Nachweise juristischer Thatfachen dieses oder jenes Beweismittel entzieht, denn die übrigen vom Gesetze zugelassenen Beweismittel setzen ihn ausreichend in den Stand, den Vertragswillen zu fixiren. Was insbesondere den Zeugenbeweis betrifft, so kann eine Beschränkung desselben kaum eine nennenswerthe Belästigung mit sich führen, da die Urkunde in der Regel häufiger und leichter zu haben ist, als Zeugen. Ist die Belästigung nicht weit eingreifender, wenn das Gesetz die Rechtsgiltigkeit des Vertrags an gewisse Formen knüpft? Aber es würde bei Annahme des Reichensperger'schen Antrags auch nicht, wie Herr Dr. Lasker meinte, irgend ein Paragraph der C.P.D. auf irgend einem Gebiete Deutschlands außer Thätigkeit gesetzt worden sein, da die französischen Beweisgesetze den Zeugenbeweis ja nicht schlechthin, sondern nur in einzelnen Fällen, wenn es sich um juristische Thatfachen handelt, ausschließen. Sobald der Richter den Beweisbeschluß erlassen hat, sei es auf Grund der C.P.D., welche ihn in allen Fällen zuläßt, sei es auf Grund der französischen Beweisgesetze, welche ihn in dem concreten Falle zulassen, so treten die Formen der C.P.D. über die Beweisaufnahme in dem einen wie in dem andern Falle gleichmäßig in Function.

Daß die Beweisbestimmungen nicht, wie die Herrn Dr. Grimm, Dr. Lasker und von Amberg — Herr von Puttkamer allein fand den Grund der französischen Beweisbestimmungen in materiellrechtlichen oder auch fisciatischen Gesichtspunkten — behaupteten, formeller, sondern eminent materieller Natur sind, ist thatsam nachgewiesen. Es ist aber hier der Ort, diesen bloß nach allgemeinen Principien geführten Beweis noch speciell an den eigenen Vorschriften der C.P.D. zu führen.

Wer, nicht vertraut mit der juristischen Technik, den Text des § 381 der C.P.D. liest, welcher sagt, daß Urkunden, sofern

sie von den Ausstellern unterschrieben sind, vollen Beweis dafür begründen, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind, könnte versucht sein, über die Gesetzgebungskunst, welche es für nothwendig erachtet, eine so vulgäre Wahrheit als Rechtsatz aufzustellen, bedenklich den Kopf zu schütteln; denn, wird er sich fragen, ist es denn möglich, daß Erklärungen, welche ein ausgewachsener Mensch von gesunden Sinnen ohne physische oder intellectuelle Nothigung als seine eigenen Erklärungen geschrieben und unterschrieben oder jedenfalls unterschrieben hat, nicht seine Erklärungen sein können? Und doch ist die Vorschrift des § 381 eine gesetzgeberische Nothwendigkeit, denn kraft dieser Vorschrift wird das beschriebene Papier ein rechtliches Gebilde, ein Beweismittel, welches fortan nur noch des Willenshauches der Vertragsparteien harret, um als Werthzeichen eines erworbenen Rechts in die Verkehrswelt einzutreten. Nicht, um der Logik des Richters mit einer Wahrheit zu Hilfe zu kommen, die sonnenklar vor Augen liegt, sondern um der Urkunde den Stempel als gesetzlich zugelassenes Beweismittel aufzudrücken, um mit Gesetzeskraft auszusprechen, daß die von dem Aussteller unterzeichneten Erklärungen unter den im § gegebenen Voraussetzungen nicht nur von ihm abgegeben, sondern in rechtsverbindlicher Weise abgegeben sind, ist die Vorschrift gegeben und mußte gegeben werden; denn ohne sie — wie wüßte der Richter, ob der Unterzeichner der Erklärung sich civilrechtlich verbinden oder bloß eine stylistische Studie machen wollte? Ohne sie — welche Sicherheit hätte der Contrahent, daß die zu seinen Gunsten ausgestellte Urkunde vom Richter als für den Aussteller rechtsverbindlich anerkannt werden muß? Mit ihr weiß der Richter, daß er die Urkunde nach den Rechtsgrundsätzen über Beweismittel beurtheilen und anwenden muß; mit ihr erhält der Contrahent die Sicherheit, daß der Richter, wenn er ihm eine in den Vorschriften des § 381 gehaltene Urkunde seines Schuldners vorlegt, die in derselben enthaltenen Erklärungen als von seinem Schuldner abgegeben ansehen und die daraus sich ergebenden rechtlichen Folgerungen ziehen muß. Dem Gesetze nachgängig kommt der Vertrag (daher kann es auch nicht auf frühere vor seiner Geburt

entstandene Verträge zurückwirken;) nach dem Gesetze richtet sich auch der Vertrag. Weil das Gesetz an die Wahrheit der Thatfache, daß der Aussteller die Erklärung unterzeichnet hat, die Folgerung knüpft, daß nunmehr die Erklärung als von dem Aussteller abgegeben zu betrachten ist, läßt sich der Gläubiger gegen Hingabe eines Darlehens von dem Schuldner die Erklärung, ihm das Darlehen zu schulden, ausstellen und unterzeichnen, der Richter aber muß die beurkundete Erklärung als bewiesen annehmen, nicht, weil er sie für wahr hält, sondern weil der Gläubiger aus dem Gesetze ein Recht auf die Wahrheit der Erklärung erworben hat. Bevor der Richter den § 381 anwendet, haben ihn bereits die Contrahenten angewendet; da das Gesetz die Wahrheit einer Thatfache an eine Bedingung knüpft, so haben sie die Bedingung erfüllt und demgemäß die Thatfache selbst zur Wahrheit, d. h. zu ihrem Rechte erhoben. Wenn die Sache zum Richter gelangt, so spielt die Frage der Wahrheit gar keine Rolle mehr, weshalb die freie richterliche Beweiswürdigung auch keine Beschränkung erfahren kann; der Richter hat nur zu untersuchen, ob die Bedingungen des Gesetzes erfüllt, d. h. die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen von dem Schuldner unterschrieben sind; sind sie erfüllt, so hat er das vom Gesetze an ihre Erfüllung geknüpfte Recht an- und zuzuerkennen; der Richter ist also lediglich an das Gesetz gebunden, eine Unterordnung unter das Gesetz beinträchtigt aber die Freiheit des Richters nicht. Daher ist die Vorschrift des § 381 auch keine Beweisregel, sondern ein Rechtsatz: sie ist keine Beweisregel, denn die Beweisregel wendet sich unmittelbar an den Richter und fällt seiner Logik bei Erforschung der Wahrheit einer Thatfache in die Zügel, während sich die Vorschrift des § 381 unmittelbar an die Vertragsparteien wendet und diesen Bedingungen vorschreibt, unter welchen ihnen das Gesetz eine Wahrheit garantirt, so daß, nachdem durch die Contrahenten die Wahrheit in Recht verwandelt ist, sich die Frage nicht mehr von dem Gesichtspuncte der Wahrheit, sondern des Rechts vor dem Richter präsentirt; sie ist ein Rechtsatz, denn sie begründet Rechte; indem sie der Contrahent ergreift, erwirbt er Rechte; ein Rechtsatz, der den Erwerb von Rechten begründet.

ist aber von eminent materiellrechtlicher Natur; daher ist es schlechthin nicht denkbar, daß ein späteres Gesetz, welches den § 381 aufhebt, dem Gläubiger, der sich im Vertrauen auf die Verheißung dieses § eine seinem Willen entsprechende Urkunde geben ließ, dieser Urkunde die Beweisraft und mit dieser dem Gläubiger sein Recht entziehen kann. Um aber das Unrecht, welches in einer solchen spätern Gesetzesbestimmung liegt, in seiner ganzen Mächtigkeit zu sehen, bedarf es bloß eines nähern Eingehens auf den tiefern Sinn des 381 der C.P.O. Er sagt nemlich: „wer disponible Gelder hat, um sie verzinslich anzulegen oder sonst in der Lage ist, sich Jemanden zu verpflichten, möge dies nur ruhig thun; wenn er die Vorsicht gebraucht, sich von seinem Schuldner eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, worin dieser seine Verpflichtung anerkennt, so sei der Richter angewiesen, diese Verpflichtung für obligatorisch und executorisch zu erklären und die Vollstreckungsorgane seien bereit, ihn unter Anwendung aller Machtmittel, die dem Staate zur Verfügung stehen, aus dem gesammten Vermögen seines Schuldners zu befriedigen, sodaß, wenn er doch zu Schaden kommen sollte, er es lediglich seiner eigenen Unvorsichtigkeit, sich einen insolventen Schuldner gewählt zu haben, zuzuschreiben habe.“ Und eine solche Verheißung sollte ein späteres Gesetz zurücknehmen können, ohne daß das gesammte Gefüge der staatlichen Ordnung auseinander ginge? — Wäre das Gesetz, welches die Verheißung gab, nicht eine Schlinge, welche hier dem Gläubiger gestellt ist? Gleichwie die Vorschrift des § 381 gehört aber auch die des § 380 382 und 383 der C.P.O. dem materiellen Rechte an. Auch sie constituiren Beweismittel; indem die Parteien sie ergreifen, d. h. die vom Gesetze gesetzte Bedingung, unter welcher eine Thatsache oder Vorgang processualisch wahr sein soll, erfüllen, machen sie die Thatsache oder den Vorgang wahr und erwerben damit das Recht, daß auch der Richter sie als wahr hinnehmen muß. Auch diese Vorschriften sind keine Beweisregeln, sondern rechtsbegründende Sätze, denn sie veranlassen den Richter nicht zur Untersuchung der Wahrheit einer Thatsache, sondern des Rechtes der Parteien. Auch die Vorschrift des § 261 der C.P.O. ist ein Rechtsatz, mithin von eminent

materiellrechtlicher Natur, denn, nachdem der Beklagte gestanden hat, ist dem Kläger ein Recht erworben; er ist eben deßhalb auch keine Beweisregel und weder eine wirkliche, noch, wie die Commentatoren sich ausdrücken, eine scheinbare Ausnahme vom Principe der freien Beweiswürdigung. Im Gegentheile, wäre es dem Richter gestattet, trotz des abgelegten Geständnisses noch die Frage der Wahrheit zu untersuchen, so wäre dies eine Bevormundung der Parteien, ein Eingriff in die Vertragsfreiheit. Was ist nun aber die Urkunde anders als ein Geständniß? Der § 381 der C.P.O. drückt weiter nichts, als den Gedanken aus: wer einen Schuldschein ausstellt, bekennt sich als Schuldner, ist Schuldner und muß als solcher behandelt werden. Wer daher, obwohl ihm das Gesetz die Wahl läßt, einen Schuldschein zu unterschreiben oder es nicht zu thun, es doch thut, freiwillig mit Bewußtsein, bei voller Dispositionsfähigkeit thut — denn nur beim Vorhandensein dieser Requisite ist er und der Richter gebunden — der kann doch den Richter, welcher berufen ist, über die Frage zu entscheiden, nicht mit seiner Ueberzeugung und seiner Logik in's Gedränge bringen. Alle die genannten Vorschriften der C.P.O. sind Rechtsätze, keine Beweisregeln, und nur, wenn man das Princip der freien Beweiswürdigung mit der bevormundenden Inquisitionsmaxime, welche in verschiedenen deutschen Particularrechten niemals vollständig überwunden wurde, auf gleiche Linie stellt, wären sie ein Eingriff in diese Maxime aber dann ein sehr heilsamer; freilich, vom Standpunkte einer solchen Maxime aus wären auch alle Beweisbestimmungen Proceßnormen, auf welche ein Recht nicht erworben werden kann. Da sich schwer verneinen läßt, daß alle Beweismittel derselben rechtlichen Natur sind, nunmehr aber an einzelnen Beweismitteln der C.P.O. die materiellrechtliche Natur nachgewiesen wurde, so wird wohl der Nachweis, daß alle Beweismittel diese Natur besitzen, als erbracht angesehen werden müssen. Nun begründete Herr v. Amberg seine Ansicht, daß die französisch rechtlichen Bestimmungen über den Zeugenbeweis nicht materiellrechtlicher Natur seien, noch überdies damit, daß sonst das Gesetz den Beweis durch Eid nicht zugelassen hätte; aber dieses Argument ist nicht recht faßbar, sollte

es jedoch in dem Boden der Lassalle'schen Theorie wurzeln, so dürfte ihm dieser Boden durch die obige Kritik des Lassalle'schen Systems entzogen sein.

Es steht ja dem Gesetzgeber frei, die Beweisbestimmungen, sei es, daß sie bloß die Beweisaufnahme, sei es, daß sie die Beweismittel behandeln, proceßrechtliche Vorschriften zu nennen; auch kann er gewichtige Gründe haben, die materiellrechtliche Seite der Beweisbestimmungen im Proceßrechte selbst zu normiren: am Wesen der Sache wird aber damit nichts geändert. Die in der Justizcommission zu Tage getretenen Rechtsanschauungen sind übrigens nicht auch die Rechtsanschauungen des Gesetzgebers selbst, schon um deswillen nicht, weil sie nicht unwidersprochen blieben: nichtsdestoweniger liegt es in der Natur der Sache, daß jene Anschauungen auf die Interpretationen des Gesetzes einen überwältigenden Einfluß üben. Dies zeigt nicht nur die zahlreiche aus ihnen herausgewachsene Literatur im Allgemeinen, sondern insbesondere auch die Ausführungen des Herrn Dr. David, welcher, gestützt auf den starken Rückhalt, den ihm die Commissionsverhandlungen bieten, in der gegentheiligen Ansicht des Herrn Dr. Scherer geradezu eine Rechtsverirrung erblickt, welche einem Juristen nur in einer sehr unglücklichen Stunde seines Lebens begegnen kann. Nur das hohe Ansehen, welches den bei Berathung eines Gesetzes gefallenen Aeußerungen naturgemäß beizohnt, mag es denn auch erklärlich machen, daß der hier gemachte Versuch, den Beweismitteln ihre materiellrechtliche Natur zu wahren, eine Ausdehnung genommen hat, welche unter andern Verhältnissen bei der Einfachheit der Frage schlechthin unerlaubt wäre. Im Uebrigen dürfte an diesem Orte auch der Gedanke angebracht sein, daß bei der künftigen Berathung des deutschen Civilgesetzes im Reichstage einer Verweisung des Entwurfs zur Commissionsberathung schwerwiegende Bedenken entgegenstehen. Die Wahlen zum Reichstage vollziehen sich nach der politischen Parteistellung des Candidaten und auch die Zusammensetzung der Commissionen geschieht vom Standpuncte der Partei, nicht nach dem gesetzgeberischen Berufe der Reichstagsmitglieder. Man kann Parlamentarier und Jurist sein; um aber

auch der Schöpfer eines Civilgesetzbuches zu sein, muß man in der Rechtswissenschaft jene Höhe erklimmen haben, von der aus man das gesammte Gebiet des Rechts zu überschauen vermag. Es war ein glücklicher Zufall, daß bei Abfassung des franz. Civilgesetzes sich zur rechten Zeit die rechten Männer am rechten Orte zusammenfanden und unter dieser seltenen Constellation kam ein Werk zu Stande, dessen plastische Gestaltung heute noch die Welt in Erstaunen versetzt: es wäre zu bedauern, wenn das im Werden begriffene deutsche Gesetzgebungswerk, welchem die deutsche Nation mit Sehnsucht entgegensieht, durch Commissionsberathungen an seiner Einheitlichkeit Schaden leiden müßte.

II. Nach französischem Rechte.

Die aufgeworfene Frage begreift bloß die Beweisbestimmungen, soweit sie auf Zulassung von Beweismitteln zielen; sie hebt aus den Beweismitteln des neuen Rechts bloß den Zeugenbeweis heraus, sie betrachtet diesen nur in seiner Anwendung auf juristische Thatfachen und zwar nur auf solche juristische Thatfachen, welche auf dem Gebiete des französischen Rechtsgebiet vor dem 1. October 1879 entstanden sind, andere verwandte Fragen, nur streifend oder gänzlich bei Seite lassend. Auf den übrigen deutschen Rechtsgebieten tritt die Frage in dieser Gestalt nicht auf; dort hat sich auf gesetzgeberischem Wege eine principielle Aenderung in Zulassung von Beweismitteln meines Wissens noch nicht vollzogen, d. h. es wurden weder früher gesetzlich zulässig gewesene Beweismittel als solche aufgehoben, noch neue, nicht zulässig gewesene eingeführt, weshalb auch ein practisches Bedürfniß, die rechtliche Natur der Beweismittel zu untersuchen, niemals an die Wissenschaft oder Rechtsprechung herangetreten ist. Wenn aber einmal in der deutschen Gesetzgebung der Gedanke reift, den Zeugenbeweis für gewisse Rechtsgeschäfte auszuschließen, dann wird die Frage nach der rechtlichen Natur der Beweismittel, welche heute bloß local auftritt, das gesammte Rechtsgebiet der C.P.O. ergreifen, aber auch bald wird alsdann die Theorie von der formellen Natur der Beweismittel vor dem lauten Rufe des verletzten Rechts, daß die Anwendung des neuen, den Zeugenbe-

weis beschränkenden Gesetzes auf Rechtsgeschäfte, welche unter der Herrschaft der den Zeugenbeweis unbeschränkt zulassenden deutschen Civilproceßordnung abgeschlossen wurden, diese Rechtsgeschäfte beweislos, die Berechtigten aber rechtlos stelle, verstummten. In Frankreich wurde durch die Ordonnanz von Moulins aus dem Jahre 1655 der Zeugenbeweis, welcher bis dahin unbeschränkt zugelassen war, für Werthsachen über 100 frcs. sowie gegen den Inhalt von Urkunden ausgeschlossen und damit der Grundsatz: „lettres passent témoins“ zum Gesetze erhoben. Dieselbe Bestimmung ging in die Ordonnanz von 1667 (Titel XX Art. 2) über. Nach diesen eingreifenden Neuerungen trat sofort die Frage auf, ob nunmehr die neuen Beweisbestimmungen auch auf die Rechtsgeschäfte des älteren Rechtes anwendbar seien und die Wissenschaft lehrte und die Rechtsprechung entschied, daß die Frage zu verneinen sei, weil die Anwendung des neuen Gesetzes auf frühere Rechtsgeschäfte in erworbene Rechte eingreifen würde. Bei Abfassung der Napoleon'schen Gesetze war demnach die Frage nach der rechtlichen Natur der Beweismittel ein völlig überwundener Standpunkt; daher kam es, daß man die Beweisbestimmungen, welche in den erwähnten Ordonnanzen, also im Proceßrechte, behandelt waren, in das Civilgesetzbuch aufnahm; man traf jedoch eine Aenderung in so fern, als man nicht mehr für Beträge über 100 frcs., sondern bloß für solche über 150 frcs. die Schriftlichkeit qua Beweismittel vorschrieb. Nun trat die Frage in entgegengesetzter Richtung auf: es handelte sich nemlich darum, ob auf Verträge von 100—150 frcs., welche unter der Ordonnanz von 1667 zu Stande gekommen waren, die neuen beweiserleichternden, oder die alten beweisbeschränkenden Bestimmungen anwendbar seien. Die Frage präsentirte sich also genau in derselben Fassung, in welcher sie sich heute beim Uebergange aus den Beweisvorschriften des franz. Rechts in die der Civilproceßordnung darstellt. Mittelft Erkenntnisses vom 22. März 1810 entschied der Cassationshof zu Paris, daß nicht die Vorschriften des Civilgesetzes, sondern die Vorschriften der Ordonnanz von 1667 anwendbar seien, weil die Beweisbestimmungen dem materiellen Rechte angehören und die Anwendung des neuen

Rechts auf frühere Rechtsgeschäfte den Art. 2 C. c., welcher dem Richter die rückwirkende Anwendung der Gesetze verbietet, verletzten würde.

Es beruht also nicht auf Zufall, auch nicht auf einem Mißverständnisse irgend welcher Art, sondern auf reiflicher Ueberlegung und gemachten Erfahrungen, daß die franz. Gesetzgebung die Materie über die Beweismittel im Civilrechte behandelt hat; daß sie ihren Beweisvorschriften rechtsbegründende Kraft beilegte, geht aber auch aus Wort und Geist der einzelnen Bestimmungen unzweideutig hervor: so ist in Art. 1341 C. c., welcher den Zeugenbeweis für Rechtsgeschäfte über 150 frcs. ausschließt, implicite der Gedanke ausgesprochen, daß, wer für solche Rechtsgeschäfte eine Urkunde nicht besitzt, — von Geständniß und Eid abgesehen — beweislos ist. Diesen Gedanken schafft jene Gesetzgebung aber an einer andern Stelle zu einer förmlichen Rechtsvermuthung um, indem sie in Art. 1282 C. c. bestimmt, daß die freiwillige Zurückgabe des unter Privatunterschrift ausgestellten Titels den Beweis der Zahlung in sich schließt, also den Rechtsfaz aufstellt: Wer den Beweis aus der Hand gibt, gibt das Recht aus der Hand. Daß diese Bestimmung materiellrechtlicher Natur ist, wird von Niemanden bestritten; sie begründet also Rechte und steht demnach auch heute noch Jedem zur Seite, gegen welchen aus Rechtsgeschäften, die unter dem alten Rechte entstanden sind, geklagt wird. Wie kann nun aber der Kläger zum Zeugenbeweise über die Entstehung des Rechtsgeschäftes zugelassen werden, wenn der Beklagte diese Rechtsvermuthung und mit ihr den Beweis der Zahlung in der Tasche hat? Die Commentatoren schließen aus § 16 des C.G., daß die Rechtsvermuthung des Art. 1282 C. c. noch heute zu Recht besteht und der Wortlaut dieses § scheint dies zu beistätigen; wäre diese Ansicht richtig, dann würde sie das eben entwickelte Argument noch bestärken; da aber diese Vermuthung nur in ein Beweismittelsystem paßt, welches — von Eid und Geständniß abgesehen — den Urkundenbeweis als ausschließliches Beweismittel kennt, so dürfte sie unter dem heutigen Rechte nur noch den Werth eines Erinnerungszeichens haben, daß auf den deutschen Gebieten des franz. Rechts ehemals beschränkter Zeugen-

beweis herrschte. Die Berufung auf das römische Recht, welches dieselbe Rechtsvermuthung aufstellte (L. 2 § 1. D. 2. 14), obwohl Urkunden- und Zeugenbeweis nebeneinander functionirten, dürfte nicht zutreffen, da dort der Urkundenbeweis in der Regel den Zeugenbeweis in sich schloß (L. 17 C. 4. 2), mit dem Urkundenbeweise mithin auch der Zeugenbeweis außer Hand gegeben war.

Auch Wissenschaft und Rechtsprechung haben seit Einführung des franz. Civilgesetzes dessen Beweisvorschriften als dem materiellen Rechte angehörend betrachtet und behandelt; sie ließen sich auf tiefere Untersuchung der rechtlichen Natur der Beweismittel nicht ein, weil in ihren Augen die Frage schon vor dem Civilgesetze entgiltig entschieden war. Was insbesondere die Wissenschaft betrifft, so unterscheidet sie genau die Form, in welcher die Beweisführung vor dem Gerichte vor sich geht, von den Beweismitteln; die erstere unterwirft sie dem Gesetze zur Zeit des Processes, die letzteren dem Gesetze des Vertragsabschlusses und faßt diesen Gedanken in einer der folgenden Formeln zusammen: 1., *les modes de preuve sont régis par la loi qui était en vigueur lors du contrat. C'est un droit conventionnel qu'une loi nouvelle ne peut modifier que pour l'avenir*; 2., *La question de savoir si une obligation, une convention peut être prouvée par témoins est une question de droit et non de forme qui doit être décidée d'après les lois en vigueur au temps où l'obligation s'est formée.* Die erstere findet sich in Laurent (Principes de droit civil I. I. p. 279) und nennt das Recht auf die Beweismittel ein vereinbartes, die zweite in Dalloz (Oblig. Nr. 4632) und weist die Frage in das materielle, nicht in das formelle Rechtsgebiet. Da so ziemlich alle französischen Autoren in diesen Formeln übereinstimmen, so bedarf es weiterer Citate nicht; hervorzuheben aber ist Zachariae deswegen, weil er (Band I pag. 72, Note 5) im gleichen Sinne ergangene rheinische Urtheile und unter diesen solche citirt, welche noch einen Schritt weiter gehend, nach seiner Ansicht mit Recht die Gesetze des Vertrags sogar auf die Zeugenfähigkeit ausdehnen.

Was sodann die Rechtsprechung anlangt, in welcher der ge-

gesetzgeberische Gedanke seinen correctesten Ausdruck findet, so war der Cassationshof zu Paris seit 1806 sieben Mal in der Lage, sich über die Frage auszusprechen, und erkannte jedesmal zu Recht (18. Nov. 1806, 22. März 1822, 9. April 1811, 8. Mai 1811, 17. Nov. 1829, 16. August 1831, 23. Mai 1832), daß das Gesetz zur Zeit des Vertrags und nur dieses Gesetz für die Anwendung der Beweismittel maßgebend sei. Der Cassationshof zu Brüssel entschied mit Urtheil vom 16. März 1850 in gleichem Sinne.

Ungeachtet solcher fast ein Jahrhundert dauernder Einmüthigkeit von Wissenschaft und Rechtsprechung in Auslegung des Gesetzes dürfte die Vertheidigung der entgegengesetzten Ansicht mindestens sehr gewagt erscheinen. Nun ist aber die behandelte Frage lediglich nach franz. Rechte zu beurtheilen und, da der Sinn des Gesetzes unzweifelhaft ist, auch, wie Cassalle richtig sagt, jedes Individuum das erworbenste Recht darauf hat, daß das, was einmal den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, auch für es, dieses Individuum, da sei, so hat Jedermann das wohl-erworbenste Recht darauf, daß ihm sein unter der Herrschaft des franz. Gesetzes geschlossener Vertrag nur mit den zur Zeit des Vertrags zulässigen Beweismitteln nachgewiesen werde.

III. Vom Standpuncte der deutschen C.P.O. und des Einführungsgesetzes.

Nach allgemeinen und französischrechtlichen Grundsätzen ergreifen die Proceßformen alle ihnen unterstellten Rechtsgeschäfte, gleichviel, wann diese entstanden sind; eine Rückwirkung liegt hier niemals vor, denn, da Niemand ein Recht auf die Proceßformen erwerben kann, so greift auch die Anwendung der neuen Formen auf alte Rechtsgeschäfte nicht in erworbene Rechte ein; das Kriterium der Rückwirkung aber ist der Eingriff in erworbene Rechte. Beweisgesetze hingegen ergreifen nur diejenigen Rechtsgeschäfte, welche unter ihrer Herrschaft entstanden sind; hier liegt eine Rückwirkung vor, wenn man sie auf solche Rechtsgeschäfte anwendet, welche unter frühern Beweisgesetzen entstanden sind, denn, da ein Recht auf die frühern Beweisgesetze erworben war, so würde die

Anwendung des neuen Gesetzes in erworbene Rechte eingreifen. Nun verbietet aber Art. 2 C. c. dem Richter, Gesetze rückwirkend anzuwenden. Es fehlt zwar nicht an juristischen Schriftstellern, welche sogar dem Gesetzgeber das Recht absprechen, Gesetze mit rückwirkender Kraft zu erlassen; jedoch dieser extremen Ansicht kann nicht das Wort geredet, es muß vielmehr nicht nur der verfassunggebenden, sondern auch der gesetzgebenden Gewalt dieses Recht unbedingt eingeräumt werden. Allein hat der Gesetzgeber der C. P. O. seinen Beweisbestimmungen wirklich rückwirkende Kraft beigelegt? Indem er die C. P. O. in dem Geltungsbereiche des franzöf. Rechts einführte, stand er auf dem Boden dieses Rechts, war mithin ebenfalls dem Art. 2 C. c. unterworfen; um die Beweisbestimmungen rückwirken zu lassen, mußte er in Beziehung auf diese Bestimmungen den Art. 2 C. c. aufheben, mit andern Worten: er mußte ausdrücklich sagen, daß die Beweisbestimmungen rückwirken sollen. Der Satz, daß es einer ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzes bedarf, um ihm rückwirkende Kraft beizulegen, ist nicht neu; er findet sich in l. 7. C. 1. 14. und lautet: „leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.“ Er findet sich in verschiedenen andern Gesetzen des alten Rechts vor und nach dieser Constitution; er ist ein in der Natur der Sache begründeter, allgemein gültiger Rechtsatz. Es sollen an das Requisite der Ausdrücklichkeit dieser Erklärung keine übertriebene oder pedantische Anforderungen gestellt; soviel muß jedoch verlangt werden, daß der Gesetzgeber in irgend einer unzweideutigen Form seinen Willen, das Gesetz mit rückwirkender Kraft zu bekleiden, Ausdruck gegeben hat, und man wird mehr oder weniger geneigt sein, diesen Willen als vorhanden anzunehmen, je mehr oder je weniger sich Motive denken lassen, welche ihn dazu bestimmt haben konnten. Immerhin müssen die Motive, wenn es sich darum handelt, in erworbene Privatrechte einzugreifen, einigermaßen zwingender Natur sein, also im öffentlichen Interesse ihre Begründung haben. Es wäre ein Zeichen von erschlafftem Rechtsgefühl eines Zeitalters, wenn der Gesetzgeber so leichtthin, ohne

Noth, um einer Laune, einer Einbildung willen schonungslos in die Privatrechtssphäre eingreifen wollte. Lagen nun aber bei Einführung der Justizgesetze so gewichtige Gründe vor, um die Rückwirkung der Beweisbestimmungen zu rechtfertigen? Es handelte sich ja nicht um die deutsche Einheit, sondern bloß um die Einheit des Civilprocesses, aber selbst diese wäre, wie nachgewiesen wurde, sogar dann nicht in Frage gestellt, wenn der Reichensperger'sche Antrag angenommen worden wäre, viel weniger dann, wenn nur vorübergehend und hie und da der Schatten des abgeschiedenen Rechts in das neue hineinragt. Obgleich sich also Motive nicht finden lassen, so muß immerhin noch untersucht werden, ob nicht der Gesetzgeber dennoch, sei es auch mit Hintansetzung der den erworbenen Rechten schuldigen Rücksicht, den Willen, den Beweisbestimmungen rückwirkende Kraft beizulegen, an den Tag gelegt hat, und es müßten hierüber entweder die Gesetzesverhandlungen oder der Gesetzestext Auskunft geben.

Was die erstern betrifft, so bejagen allerdings die Motive des Entwurfs, wie schon oben angedeutet, daß die französischen Beweisbestimmungen selbst dann fallen müßten, wenn damit ein Eingriff in das materielle Recht verbunden wäre. Wollten sie aber, indem sie in der gedachten Unterstellung den Eingriff in das materielle Recht begründeten, nunmehr auch den Eingriff in Privatrechte, welche aus diesem materiellen Rechte erworben waren, befürworten? Den Motiven lag nichts ferner, als eine solche Absicht, denn wenn man den Entwurf eines Gesetzes motivirt, so hat man dessen Wirkung für die Zukunft, nicht für die Vergangenheit im Auge; sollte man überhaupt in letzterer Beziehung Verfügung treffen wollen, so trifft man sie in den transitorischen Bestimmungen. Auch die Verhandlungen der Justizcommission vom 14. Februar 1876 beweisen nicht für, sondern gegen den Willen des Gesetzgebers, die Beweisbestimmungen mit rückwirkender Kraft zu bekleiden: es wurde bereits ausgeführt, daß die Rechtsanschauung, welche dort zur Geltung kam, nicht die des Gesetzgebers ist; gesetzt aber, sie wäre von allen Factoren der Gesetzgebung getheilt worden, so würde bloß soviel folgen, daß man die Beweismittel für Proceßformen hielt, auf die ein

Recht nicht erworben werde, deren Anwendung auf frühere Rechtsgeschäfte daher eine unstatthafte Rückwirkung und damit einen Eingriff in erworbene Rechte nicht in sich schließe. Wenn man aber geglaubt hat, daß mit der Anwendung von Beweisvorschriften eine Rückwirkung des Gesetzes gar nicht erreicht werden kann, so konnte auch der Wille, das Gesetz rückwirken zu lassen, nicht vorhanden sein. Die Absicht, dem Gesetze eine solche Wirkung zu geben, setzt das Bewußtsein des Gesetzgebers voraus, daß mit der Anwendung des neuen Gesetzes auf alte Rechtsgeschäfte ein Eingriff in erworbene Rechte verbunden sei; da dieses Bewußtsein nicht vorhanden war, auch wegen der in der Justizcommission zur Geltung gelangten Rechtsanschauung nicht vorhanden sein konnte, so fehlen die Voraussetzungen einer Absicht und nur auf die Absicht des Gesetzgebers kommt es ja an.

Was sodann den Gesetzestext selbst betrifft, so führt die Civilprozeßordnung, welche hier in erster Linie in Betracht kommt, den Zeugenbeweis nicht, wie sie es mit dem Urkundenbeweise thut, als Beweismittel ein, sondern sie setzt ihn, als in den einzelnen Particularrechten vorhanden voraus oder überläßt es dem Einführungsgesetze, die Frage der Zulassung des Zeugenbeweises als Beweismittel, also seine materiellrechtliche Seite zu ordnen; da sie sich in Beziehung auf den Zeugenbeweis darauf beschränkt, processualische Vorschriften über die Beweisaufnahme zu geben, so kann in ihr nach Willensäußerungen des Gesetzgebers, dessen Anwendung auf frühere, unter andern Gesetzen geschlossene Vorträge auszudehnen, nicht einmal gesucht werden.

Geht man nun aber auf das Einführungsgesetz über, so verfügt § 3, daß die C.P.D. auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, Anwendung findet; da aber mit dieser Verfügung lediglich gesagt werden will, daß vom 1. October 1879 an alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den Formen der C.P.D. instruiert und zu Ende geführt werden sollen, wie dies bei Einführung der franz. Civilprozeßordnung durch Art. 1041 dieses Gesetzes in ausführlicheren Worten bestimmt wurde, da ferner § 3 des Einf.=Gesetzes nicht einmal eine Andeutung gibt, daß das Beweismittelsystem der

C.P.D. auch die Rechtsgeschäfte des ältern Rechts treffen soll, so läßt sich aus der Fassung dieses § auf den Willen des Gesetzgebers, seinen Beweisbestimmungen rückwirkende Kraft zu geben, ein Argument schlechthin nicht ableiten. Erübrigt nur noch der § 14 des Einf.-Gesetzes, welcher allerdings klar und bündig die Beweisbestimmungen des franz. Rechts, mithin auch den Art. 1341 c. c., der den Zeugenbeweis beschränkt, aufhebt. Wollte man aber aus der nackten Aufhebung der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen in der Weise des Herrn Dr. David schließen, daß nun auch die neuen Beweismittel alte Rechtsgeschäfte ergreifen, so müßte im Grunde jedes neue Gesetz, welches ein altes aufhebt, mit der Verfügung der Aufhebung auch die Rückwirkung des neuen anordnen. Wer zählt die Gesetze alle, durch welche frühere Gesetze aufgehoben wurden? Wären mit der Aufhebung der alten Gesetze auch ihre Wirkungen aufgehoben, so hätten sich Rechte niemals consolidiren können. Jedes Gesetz, welches seine Rückwirkung nicht ausdrücklich verfügt, gilt aber als mit der aus Art. 2 C. c. hergenommenen stillschweigenden Clausel versehen: „soweit nicht erworbene Rechte auf dem Spiele stehen“, und diese Clausel wohnt auch dem § 14 des Einf.-Gesetzes inne, weil er nicht ausdrücklich die Rückwirkung der neuen Beweismittel angeordnet. Auch das franz. Civilgesetzbuch hatte sein Einführungs-gesetz, nemlich das Gesetz vom 30. Ventose Jahr XII, dessen Art. 7 genau so, wie § 14 des C.-G. zur C.P.D., die frühern Gesetze, also auch die frühern Beweisgesetze aufhob, und doch ist es der Wissenschaft und der Rechtsprechung niemals in den Sinn gekommen, die neuen Beweismittel auf alte Rechtsgeschäfte anzuwenden, das Argument aber: „weil der Art. 7 des Ventose-Gesetzes die frühern Beweisvorschriften aufhebt, darum müssen die neuen Beweisvorschriften auf alte Rechtsgeschäfte Anwendung finden“, wurde geradezu für — unmöglich gehalten.

Die Annahme des Reichensperger'schen Antrags hätte zur Folge gehabt, daß auch die Rechtsgeschäfte, welche nach dem 1. October 1879 errichtet werden, den französischrechtlichen Beweisbestimmungen unterliegen; nachdem aber dieser Antrag abgelehnt worden ist, so bildet der 1. October 1879 die Grenzscheide

zwischen dem Wirkungsgebiete des alten und des neuen Beweismittelsystems: das alte System beherrscht die Rechtsgeschäfte, welche bis zu dem genannten Zeitpunkte geschlossen wurden, das neue beherrscht die Rechtsgeschäfte, welche seit diesem Zeitpunkte abgeschlossen werden. Vielleicht legt man Gewicht darauf, daß der § 14 der C.P.O., wie dies aus dem Zusammenhange der Eingangsbestimmung des § mit seiner Ziffer 2 allerdings hervorgeht, die französisch-rechtlichen Beweisbestimmungen mit dem Ausdrucke „proceßrechtliche Vorschriften“ bezeichnet und folgert hieraus, daß der Gesetzgeber sie wirklich, wie dies in der Commissionssitzung vom 14. Februar 1876 von einzelnen Mitgliedern geschehen ist, als Proceßformen angesehen wissen will, unter deren unmittelbaren Einwirkung alle Rechtsgeschäfte, also auch die alten stehen müßten; allein aus der Bezeichnung der Beweisgesetze als Proceßvorschriften, so unwissenschaftlich sie auch ist, folgt noch nicht, daß der Gesetzgeber den Beweismitteln die rechtliche Natur bloßer Proceßformen beilegen, noch viel weniger, daß er auch den alten Beweismitteln die materiellrechtliche Natur versagen wollte. Uebrigens wäre dies auch gleichgiltig, da auch der Gesetzgeber den Gesetzen der Natur und der Logik unterworfen ist und es nicht in seiner Macht hat, die rechtliche Natur eines Rechtsinstitutes zu ändern; wollte er auch den Beweismitteln die materiellrechtliche Natur nehmen: tamen usque recurret.

Würde aber auch der Gesetzgeber mittelst eines Machtspruches decretiren wollen: von nun an seien Beweismittel bloß Proceßformen, auf welche Niemand mehr ein Recht erwerbe und unter welche sich alle Rechtsgeschäfte ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung beugen müssen, so würde er, da mit der Fähigkeit Rechte auf Beweismittel zu erwerben, auch die Fähigkeit, Rechte selbst zu erwerben, wegfielen, die Auflösung des Rechtszustandes überhaupt proclamiren.

B. Reichsgerichtliche Entscheidungen, betreffend Rheinisches Recht.

(Mitgetheilt von Herrn Landgerichtsrath Breidthardt zu Aachen.)

I. Eigenthumsübergang. — Tradition. — Genuskauf-
Handelswaaren. Spediteur. Begriff der gestohlenen und
verlorenen Sachen. — Anwendung fremden Rechts.

Art. 1138, 1315, 1583, 1585, 1612, 2268, 2279, cod. civ. — Art.
306, 308, S.G.B.

(II. Civilsenat. Art. vom 7. Mai 1880. In Sachen e. Sauer Sauren-
bach.)

Die Firma „Batty Frères“ in Smyrna verkaufte an die
Parteien je 200 Kisten Rosinen der gleichen Qualität, welche
sie im Februar 1878 für Rechnung und Gefahr der Käufer an
diese absendete. Die für Saurenbach bestimmten 200 Kisten
waren mit G. S. gezeichnet und wogen bei Ankunft 6429 Kilg.,
die für Sauer bestimmten 200 Kisten trugen das Zeichen B. F. A.
und wogen bei Ankunft 6066 Kilg. — Beide Connossemente
waren an Albert Simon in Köln gesendet worden, der sie gegen
Honorirung der an seine Order gestellten Tratten den Käufern
auszuhändigen hatte. Es fand eine Verwechslung statt. Jeder
der Käufer bezog in Folge dessen die für den andern bestimmten
Kisten, obgleich er die seiner eigenen Sendung entsprechende
Zahlung geleistet hatte. — Darauf Klage des Saurenbach gegen
Sauer vor dem Handelsgerichte zu Köln auf Herausgabe der
ihm eigenthümlich zugehörigen, von Sauer ohne Recht in Besitz
genommenen Kisten Rosinen, sowie auf Schadensersatzleistung
unter der Erklärung, daß die dem Beklagten gehörigen 200 Kisten

zu seiner Verfügung im Freihafen zu Cöln lagerten. -- Das Handelsgericht wies am 25. April 1878 die Klage ab. Auf Berufung des Klägers verurtheilte der Appellhof den Beklagten, nachdem Kläger zwischenzeitlich im Einverständnisse mit dem Beklagten die für diesen bestimmten 200 Kisten in Empfang genommen hatte, zur Zahlung von 98 M. 30 Pf. mit Zinsen, welcher Betrag unbestritten den dem Kläger zu leistenden Ersatz ergab. Der vom Beklagten ergriffene Cassationsrecurs wurde darauf gestützt, daß a) der Begriff der gestohlenen und verlorenen Sachen unstatthafter Weise auch auf Waaren ausgedehnt worden, welche in Folge Irrthums beim Transporte dem Eigenthümer entzogen worden seien; b) das Eigenthum des Klägers als festgestellt nicht gelten könne, theils weil ein Genuskauf vorliege, mithin Tradition nöthig gewesen wäre, theils, weil überhaupt das einheimische Recht nicht zur Anwendung kommen könne, sondern das in Smyrna geltende, theils endlich, weil das Eigenthum der an Kläger fakturirten Sendung von diesem erst durch Einlösung des an Order gestellten Connossements habe erlangt werden können. Die Verwerfung des Recurses erfolgte aus folgenden Gründen:

„Anlangend die Klage, es sei Art. 1593 C. civ. verletzt, weil Kläger nicht als Eigenthümer der von ihm vindicirten Waare hätte angesehen werden dürfen, so sei nach den Grundsätzen des franz. Rechts (Art. 1138. 1583, C. civ.) zur Uebertragung des Eigenthums eine Tradition entbehrlich; es genüge der bezügliche, entweder ausdrücklich erklärte oder nach den Umständen zu präsumirende Vertragswille, diese Uebertragung zu bewirken, und zwar sowohl unter den Contrahenten selbst, als Dritten gegenüber, letzteres vorbehaltlich den Bestimmungen über Transcription bei Immobilien. Das Gesetz habe zwar bei seinen bezüglichen Bestimmungen zunächst nur den Fall im Auge, wo bestimmte einzelne Sachen Gegenstand des Vertrages bildeten, seine Principien fänden jedoch auch bei Sachen, die nur generell bestimmt seien, also insbesondere beim Genuskaufe Anwendung, und zwar vom Zeitpuncte an, wo die Individualisirung des Vertragsgegenstandes im Sinne des Vertrages stattgefunden habe

(§. Art. 1585 C. c.) Was insbesondere den Fall betreffe, wo eine Handelswaare auswärts bestellt und vom Verkäufer dem Besteller zugesendet werde, so habe in Frankreich von jeher der bereits von Casaregis (disc. 39, Cr. 51) aufgestellte handelsrechtliche Grundsatz Geltung gehabt, daß regelmäßig mit der Uebergabe der Waare an den zur Beförderung derselben an den Käufer beauftragten Spediteur oder Frachtführer das Eigenthum der Waare auf den Käufer übergeht, wie dies insbesondere auch bei Berathung des Artikels 100, Code de com. im Staatsrathe anerkannt worden sei (Locré, esprit du Code de com. t. I. p. 302). Dabei habe man nicht etwa nur den Fall vor Augen gehabt, wo Spediteur oder Frachtführer vom Käufer selbst bezeichnet seien, sondern vorzugsweise den gewöhnlichen Fall, wo der Verkäufer im präsumtiven Auftrage des Käufers diese Personen wähle. Man habe angenommen, durch Uebergabe der Waare an den auch in letzterem Falle als Mandatar des Käufers zu betrachtenden Spediteur oder Frachtführer vollziehe sich die Tradition, wie dies auch jetzt noch Seitens derjenigen Schriftsteller angenommen werde, welche zum Uebergange des Eigenthums Dritten gegenüber Tradition verlangten, z. B. von Massé, droit com. t. III, Nr. 1598. — c. f. Preuß. Landrecht, Theil I, Tit. 11, § 128, 129. —

Die Sachlage sei allerdings im vorliegenden Falle insofern eigenartig gestaltet, als das Conossement an die Order des Commissionärs Simon in Köln gestellt gewesen, der es an den Kläger nur nach Acceptation der auf ihn gezogenen Tratte habe ausliefern dürfen. Hierin könne jedoch ganz wohl nur eine Ausübung des nach Art. 1612 Cod. civ. dem Verkäufer zustehenden Rechts, die Waare bis zur Zahlung des Preises zurückzuhalten, welches die Annahme eines bereits erworbenen Eigenthums nicht ausschließen würde, gefunden werde.

Wollte man auch in diesem Vorgange einen vorläufigen Vorbehalt des Eigenthums erblicken, so wäre doch nur zu folgern, es sei das Eigenthum der Waare nicht bereits vom Zeitpunkte der Abladung in Smyrna an auf den Kläger übergegangen, während mit dem Augenblicke, wo dieser die Bedingung

für Aushändigung des Connossements erfüllt gehabt, also berechtigt gewesen, Connossement und somit die Waare selbst zu verlangen, alle Voraussetzungen zum Uebergange des Eigenthums vorgelegen hätten, nämlich einerseits der Wille des Verkäufers, die in der Factura bezeichnete Waare in Eigenthum zu übertragen, und andererseits der Wille des Käufers, diese Waare sich übertragen zu lassen. Es würde folglich jedenfalls in diesem Zeitpunkte das Eigenthum auf Kläger übergegangen sein. Dabei komme es auch nicht darauf an, ob das richtige Connossement und somit die richtige Waare ausgeliefert worden oder nicht, da nicht die Tradition als solche, sondern der Vertragswille den Uebergang des Eigenthums bewirkt habe, wie dann zum Beispiel beim Specieskaufe kein Zweifel bestehen könne, daß es für den Eigenthumsübergang belanglos sei, wann ein solcher Gegenstand überliefert worden sei. Das Instanzgericht habe sonach ohne Rechtsirrtum angenommen, Kläger sei Eigenthümer der in Frage stehenden Waare geworden. — Auch habe untergebens das in Smyrna geltende Recht nicht angewendet zu werden brauchen, da nicht behauptet worden, daß dasselbe in der fraglichen Beziehung vom französischen abweicht, und indem der Richter befugt sei, im Zweifel davon auszugehen, daß das fremde Recht mit dem einheimischen übereinstimmt. Ganz abgesehen davon, daß bei der Unterstellung, es sei der Zeitpunkt, wo Auslieferung des Connossements habe verlangt werden können, entscheidend, die für den Eigenthumsübergang maßgebenden Vorgängen in Cöln, somit im Gebiete des französischen Rechts, stattgefunden hätten. — Auch seien die Bestimmungen der Art. 306 und 308 H.G.B. nicht anwendbar, da Beklagter diejenige Waare, deren Herausgabe Kläger verlangt, nicht gekauft, sie ihm vielmehr nur aus Irrthum überliefert worden sei. Der Satz des Art. 2279 Cod. civ. „en fait de meubles la possession vaut titre“ sei dem droit coutumier entnommen, in welchem der germanische Grundsatz: „Hand aus Hand wahren“ Geltung behalten hätte. Im Sinne letzteren Grundsatzes habe das ältere Recht eine Ausnahme gemacht in allen Fällen, wo durch ein vom Willen des Eigenthümers unabhängiges Ereigniß die Sache aus

seinem Gewahrsam gekommen sei (Pothier, coutume d'Orleans, t. XVI, p. 192). In diesem Sinne sei auch die Ausnahme, welche Art. 2279 cit. für: „choses perdues ou volées“ mache, im Wesentlichen aufzufassen, namentlich aber der Ausdruck: „perdues“ nicht in engerer, sondern in weiterer Bedeutung zu verstehen, wonach er der Regel nach alle Fälle umfasse, wo Jemand ohne seinen Willen den Besitz der Sache verloren habe. In dieser Weise ziehe z. B. Toullier, t. XI, p. 323 auf den Fall, wo eine Waare deshalb zu Verlust gehe, weil sie vom Absender oder Spediteur falsch adressirt gewesen, unter fragliche Ausnahme, und bestrebe kein Bedenken, dieser Ansicht, welche auch den Fall der Verwechslung treffe, beizupflichten. Die Klage der Verletzungen von Artikel 1315 und 2268 Cod. civ. seien gegenstandslos, da es auf den Beweis des guten Glaubens auf Seite des Beklagten nicht ankomme.“

II. Polizeiliche Verfügung. — Kosten. — Gerichtliche Competenz.

Der Rechtsweg ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen Einspruch handelt, den ein Privater gegen einen Zwangsbefehl erhebt, welcher bezweckt, von ihm die seitens der Polizeibehörde zur Ausführung einer ihm gebotenen, aber verweigerten Leistung aufgewendeten Kosten einzuziehen. — Ressort-Reglement vom 20. Juli 1818, §§ 16—19, 20. Ges. vom 11. Mai 1842, §§ 1—5; Ges. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, §§ 1, 20. Ges. vom 26. Dezember 1808. —

Erk. vom 21. Mai 1880, II. Civ.-S. Gemeinde Ottweiler gegen Friedrich.

Die Gebäulichkeiten des Bierbrauers Friedrich und anderer Personen liegen zu Ottweiler am Abhange eines Berges. Im Sommer 1875 geriethen die Erdmassen der Bergwand in Bewegung und da hierdurch Gefahr für Menschen und Gebäude entstand, so wurde dem Friedrich durch Verfügungen des Bürgermeisters vom 4., 13. August und 10. Sept. ejusd. aufgegeben, Befestigungsanlagen auf seinem Eigenthum zu machen, nament-

lich einen Strebepfeiler am Eingange seines Kellers anzu-
bringen, mit der Androhung, daß im Unterlassungsfalle die Aus-
führung auf seine Kosten erfolgen werde. Letztere fand, da Frie-
drich der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachkam, durch
einen Sachverständigen statt, und es wurde der erstandene Kosten-
betrag mit 309 M. 54 Pfg. durch den Erhebungsbeamten, Ein-
nehmer Bettingen zu Ottweiler von ihm eingefordert. Hiergegen
erhob Friedrich, unter Vorladung der Gemeinde Ottweiler zum
Landgerichte Saarbrücken, am 7. Dezember 1875 Einspruch, und
beantragte, die Zahlungsaufforderung und die zwischenzeitlich ge-
schehene Pfändung aufzuheben und der Oppositiu jede weitere
Execution zu untersagen unter Verurtheilung derselben in die
Kosten. Der Einspruch wurde darauf gegründet, daß kein exe-
cutorischer Titel vorliege, und daß für ihn keine Verbindlichkeit
zur Bezahlung des geforderten Betrages bestehe, da er keine
Handlung vorgenommen habe, die den fraglichen Bau veranlaßt
hätte. Seitens der Oppositiu wurde beantragt, den Einspruch
wegen Incompetenz der Gerichte zu verwerfen, und eventuell den-
selben für unbegründet zu erklären. In ersterer Beziehung wurde
geltend gemacht, daß es sich hier um eine polizeiliche Anordnung
handle, deren Ausführung auf dem Eigenthum des Opponenten
durch die öffentliche Sicherheit geboten und unaufschiebbar gewesen
sei. Der § 20 des Gef. vom 11. März 1850 gebe der Polizei-
Behörde die Befugniß, ihre Anordnungen auf Kosten des Nicht-
Folge-Leistenden zur Ausführung zu bringen, und dagegen sei der
Rechtsweg unzulässig. Daß den Opponenten in Beziehung auf
den Erdrutsch kein Verschulden treffe, darauf komme es hier nicht
an. Das Landgericht erkannte durch Urtheil vom 4. Januar
1877 unter Verwerfung des geltend gemachten Incompetenz-
Einwandes im Sinne der Anträge des Opponenten, indem es
ermog, daß der § 20 des Polizei-Verwaltungs-gesetzes die Frage
über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht entscheide, für diese
vielmehr die Verordnung vom 26. Dezember 1808 und das Ge-
setz vom 11. Mai 1842, resp. für die Rheinprovinz das Ressort-
Reglement vom 20. Juli 1818 maßgebend seien, daß hier, wo
es sich lediglich um die Kostenfrage handle, die gerichtliche Cog-

nition nach § 4 des Ges. vom 11. Mai 1842 gegründet erscheine, zur Sache aber eine Verpflichtung des Opponenten, die streitigen Kosten zu tragen, nicht angenommen werden könne. Auf die eingelegte Berufung der Opposita verwarf der Appellhof zu Köln am 17. Juni 1879 unter Reformation des erstinstanzlichen Urtheils den Einspruch wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges. Der hiergegen von Friedrich ergriffene Cassationsrecurs wurde durch Erkenntniß des Reichsgerichts vom 21. Mai 1880 zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt:

„Es handle sich untergebens um den Einspruch gegen die administrative Einziehung von Kosten, welche durch die Ausführung der von Friedrich nicht befolgten Polizei-Verordnung entstanden seien. Dem gegenüber sei es nicht statthaft gewesen, bei Begründung des Recurses von der Behauptung auszugehen, daß hier lediglich ein Anspruch der Gemeinde Ottweiler ex negotiorum gestione vorliege, der ja von vorn herein nur im Wege der Klage geltend gemacht werden könne.

Die Polizeibehörden seien nach § 20 des Ges. vom 11. März 1850 berechtigt, ihre Verfügungen durch Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel, namentlich auch durch Ausführung ihrer Anordnungen auf Kosten des Nicht-Folge-Leistenden zum Vollzuge zu bringen.

Nach Sinn und Absicht des § 20 cit. gehöre auch die Einziehung dieser Kosten zu den polizeilichen Attributionen, und habe es daher einer Bezugnahme in dem Urtheile II. Instanz auf den § 18 des Ressortreglements, welchen der Cassationskläger mit Unrecht auf das Gebiet der Finanz-Angelegenheiten beschränken wolle, nicht bedurft, cf. § 48 der Verordnung vom 26. Dezember 1808.

Nach § 19 des Ressortreglements und § 1 des Ges. vom 11. Mai 1842 sei gegen polizeiliche Verfügungen und das dabei beobachtete Verfahren der Recurs an die Gerichte nur dann zulässig, wenn die Verletzung eines zum Privat-Eigenthum gehörenden Rechtes unter den näheren Bestimmungen des zuletzt genannten Gesetzes in Frage kommen. Es laufe aber offensichtlich dem Gesetze zuwider, wenn der Cassationskläger hier, wo es sich um die

Zulässigkeit des Rechtsweges handle, die Verfügung der Behörde und deren Ausführung trennen und nur der ersteren einen polizeilichen Charakter beilegen, letztere dagegen als lediglich einen privatrechtlichen Anspruch begründend gelten lassen wolle. Es erscheine hierbei auch namentlich inconsequent, daß die Recurschrift in der Verhängung einer Executiv-Geldstrafe eine Fortsetzung der polizeilichen Verfügung erblicken zu können meine, ein Gleiches aber bezüglich des hier fraglichen Modus der Execution nicht anerkenne. Die Voraussetzungen des § 4 des Ges. vom 11. Mai 1842 lägen hier nicht vor. Nach § 5 a. a. O. bleibe es dem Cassationskläger vorbehalten, seines etwaigen Klagerechts aus Absatz 2 desselben § gegen die Gemeinde als solche vor Gericht zu verfolgen.“

III. Stillschweigender Vertrag. — Drittbefitzer. — Entschädigungsklage. — Unterdrückung einer öffentlichen, zum Anbauen bestimmten Straße.

Steht den Besitzern von Gebäuden, die an Straßen, auch an unbebauten Straßen grenzen, in der Unterstellung eines zwischen ihnen und der Stadtgemeinde bestehenden stillschweigenden Vertrages, das Recht der Benutzung der Straße als ein erworbenes Recht zu, so daß Veränderungen an der Straße, durch welche jenem Rechte Eintrag geschieht, nur gegen Entschädigung vorgenommen werden dürfen? Ist die desfallige Entschädigungsklage auch gegen den Dritterwerb zulässig? II. Civ.-S. Erf. vom 16. Januar 1880.

(Brambach gegen Rheinische Eisenbahngesellschaft.)

Der Bauführer Adolf Brambach zu Bonn ist Eigenthümer eines Grundstücks, gelegen in der Gemeinde Bonn an der sog. Heer- und Chrusstraße, die von Bonn nach Enderich führend, an dem Brambach'schen Grundstück bis zum Jahre 1870 über die rheinische Eisenbahn wegging. In dem genannten Jahre legte die Eisenbahnverwaltung an dieser Stelle einen Güterbahnhof an und hob dabei nach erwirkter Genehmigung der Regierung sowie im Einverständnisse mit der Stadt Bonn, der sie die

betreffende Begeſtrecken abgekauft hatte, den Uebergang über die Bahn auf, ſo daß der nach Bonn liegende Theil der beſagten Straße mit dem auf der Endenicher Seite der Bahn liegenden Theile keinen Zuſammenhang mehr hatte. Brambach, hierdurch in ſeinen Rechten ſich verletzt findend, erhob zum Landgerichte Bonn gegen die Eiſenbahngesellſchaft Klage auf Zahlung von 3600 Thaler als Entſchädigung für die Entwerthung, die ſein Grundſtück durch den Verkauf der früher an demſelben vorüberführenden und jetzt abgeſchnittenen ſtädtiſchen Straße an die rheiniſche Eiſenbahngesellſchaft erlitten habe. Dieſer Entſchädigungsanſpruch wurde auf die Annahme eines ſtillschweigenden Vertrages zwiſchen der die Straße herſtellenden Stadtgemeinde und den anstoßenden Grundeigenthümern geſtützt. Durch Urtheil vom 19. März 1872 ließ das Landgericht den Kläger zum Expertenbeweiſe über die Höhe der behaupteten Werthverminderung des Grundſtückes zu. Die Eiſenbahngesellſchaft appellirte und beſtritt den klägeriſchen Anſpruch aus thatſächlichen und rechtlichen Gründen. Brambach beantragte Verwerfung der Berufung und offerirte äußerſt ſubſidiariſch zuſätzlich zu dem in I. Inſtanz verordneten Beweiſe den Beweiſ durch Schriften und Zeugen darüber:

„daß der Heerweg oder die Gyrusſtraße eine öffentliche zum Anbauen beſtimmte Straße der Stadt Bonn ſei und im Jahre 1870 zur Zeit der Expropriation geweſen ſei.“

Durch Urtheil vom 19. Februar 1879 wies der Rheinische Appellhof den Kläger mit dem angegebenen Klageanſpruche ab, indem erwogen wurde:

„Da die fragliche Heerſtraße ein zur Stadtgemeinde Bonn gehörender, außerhalb der Stadt Bonn gelegener Gemeindeweg ſei, ſo ſei die genannte Gemeinde berechtigt geweſen, über denſelben nach Gutdünken zu verfügen, inſofern ihr nicht das beſondere Privatrecht Dritter entgegenſtehe. Appellat habe ein ſolches Recht auf Erhaltung der Heerſtraße nicht geltend gemacht. Aus ſeiner Beweiſarticulation ſei nicht erſichtlich, ob das Bebauen der Heerſtraße nur ein Project der Stadtgemeinde, oder

ob die Straße zum Anbaxen vollständig ausgelegt gewesen sei. Aber selbst wenn auch das Letztere geschehen sein möchte, so würde doch, so lange die Straße noch nicht bebaut sei, von einem erworbenen Rechte auf unveränderte Erhaltung derselben, dessen Schmälerung zum Schadensersatz berechtigen könnte, nicht die Rede sein könne, indem vielmehr der Gemeinde bis dahin Kraft ihres Eigenthumsrechtes die Befugniß zu jeglicher Disposition darüber zugestanden werden müsse.“

Der rechtzeitig und formgerecht von Brambach erhobene Casuationsrecurs wurde vom Reichsgericht durch Erkenntniß vom 16. Januar 1880 zurückgewiesen.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Das von Brambach behauptete stillschweigende Vertragsverhältniß zwischen der die aufgehobene Straße herstellenden Gemeinde und ihm als Adjacenten der Straße habe nicht schon durch die einseitige Herstellung der Straße von Seiten der Gemeinde, sondern erst durch daraufhin von den anstoßenden Grundeigenthümern vorgenommenen Bauhandlungen entstehen können. Kläger habe nicht behauptet, solche Handlungen vorgenommen zu haben. Ueberdieß habe eine etwaige Verletzung eines solchen stillschweigenden Vertrages höchstens eine Schadensersatzklage gegen die Stadtgemeinde als anderen Vertragstheil, keineswegs aber unmittelbar gegen den dritten Erwerber einer früheren Gemeindestraße begründen könne.“

IV. Auflösung eines Vertrags wegen Nichterfüllung. —
Berechtigung zur Verweigerung der Annahme des angebotenen Verkaufsgegenstandes. Wesentliche und unwesentliche Vertragsverletzungen.

„Sowohl betreffs der Auflösung eines Vertrags auf Grund von Artikel 1184 C. c. als betreffs der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Fällen, wo Erfüllung nicht mehr möglich

ist, muß zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsverletzungen unterschieden werden.

Nicht jeder ganz unbedeutende Mangel der Erfüllung giebt das Recht, den Vertrag selbst aufzuheben oder die Erfüllung desselben zu verweigern, vielmehr ist auch hier, ähnlich wie in dem vom Gesetze besonders geregeltem Falle des Artikels 1336, zu prüfen, ob anzunehmen, es sei in der That eine Bedingung des Vertrags nicht erfüllt, d. h. es würde der betreffende Contractant den Vertrag nicht geschlossen haben, wenn er diesen Mangel der Erfüllung hätte voraussehen können, da, wenn diese Frage zu verneinen ist, der Vertrag an sich bleibt und nur von Schadensersatz beziehungsweise Preisminderung die Rede sein kann.

Wenn daher beispielsweise A. contractlich es übernommen hat, dem B. innerhalb einer bestimmten Frist eine gewisse Quantität Waare zu einem festen Preisfasse zu liefern, und A. zugleich die Verpflichtung eingegangen ist, während der limitirten Lieferungszeit in einem näher bezeichneten Districte die gleiche Waare nicht in den Handel zu bringen und für Lieferung bis dahin in diesem Bezirke nicht zu verkaufen, so liegt keine wesentliche Vertragsverletzung vor, und ist B. nicht berechtigt, die Annahme der offerirten Waare zu verweigern und von dem Vertrage abzugehen, wenn A. dieselbe Waare an Personen außerhalb dieses Bezirkes verkauft hat, selbst wenn er Anlaß hatte, zu vermuthen, jene Personen würden die Waare im Bezirke selbst wiederverkaufen, da ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen der directen Concurrrenz einer Fabrik selbst und der Concurrrenz von Abkäufern derselben, welche selbstverständlich entsprechend höhere Preise fordern müssen. Dabei ist es auch unerheblich, wenn auf Anweisung dieser auswärtigen Käufer, vorausgesetzt, daß sie dies im Ernste, nicht etwa bloß vorgeschobene Personen waren, die Fabrik selbst die Waare an diejenigen innerhalb des Bezirkes wohnhaften Personen, welchen sie weiterverkauft war, versendet, da sie nicht befugt war, solches zu verweigern.“

So entschied unter Cassirung eines Urtheils des Appellhofes zu Köln vom 23. Juli 1878 das Reichsgericht am 20.

Januar 1880 in Sachen der Chemischen Fabrik zu Hochfeld gegen die Firma Vorster und Grüneberg zu Cöln et conc. II. Civil-Senat.

V. Lieferungsvertrag. Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts.
— Weigerung der Annahme wegen theilweiser vertragswidriger Lieferung.

II. Civ.-S. Erk. vom 25. November 1879. (Köllermann und Potthof gegen Raspe.)

Raspe hatte vertragsmäßig von der Handlung Köllermann und Potthof während der ersten 6 Monate 1876 monatlich 25 Waggon Kohlen der Beche H., welche Kohlen bester Qualität, sog. Schmiedekohlen sein sollten, käuflich zu empfangen. Raspe hatte die ihm für den Monat Januar 1876 demnach gelieferten Kohlen abgenommen, danach aber die Empfangnahme weiterer Sendungen geweigert und eine ihm für Februar zugesandten Doppelwaggon zur Disposition gestellt. Darauf Klage der Handlung K. und P. zum Handelsgerichte Elberfeld gegen K. mit dem Antrage, den K. zur Abnahme von 23 Waggon Kohlen, die ihm noch für den Monat Februar zu liefern gewesen wären, und von je 25 Waggon als für die Monate März bis Juni zu liefern, und zur Zahlung des Preises dieser 123 Waggon in der vertragmäßigen Höhe von 5340 M. zu verurtheilen. Beklagter bestritt die Klage, weil die gelieferten Kohlen der vereinbarten Qualität nicht entsprechend gewesen seien.

Das Handelsgericht ließ den Beklagten zu dem Beweise zu:

„daß die gelieferten Kohlen von geringerer Qualität, als Schmiedekohlen seien,“ erklärte demnächst diesen Beweis für erbracht und wies die Klage kostenfällig ab.

Berufung und Cassationsrecurs wurden verworfen. In den Gründen wird ausgeführt, daß, weil die vertragswidrige Beschaffenheit der zurückgewiesenen Februarlieferung als erwiesen, resp. fest-

gestellt anzusehen sei, und es hiernach hinsichtlich dieser Lieferungsrate an einem gehörigen Angebote der Lieferung fehle, die Einheitlichkeit des Lieferungsvertrages es mit sich bringe, daß mit dem Ausbleiben dieser Rate die Verpflichtung des R. zu der den Gegenstand der angestellten Klage bildenden Empfangnahme der späteren Raten wegfällig geworden sei.

VI. Haftpflicht der Eisenbahn. — Eigenes Verschulden des Getödteten.

Ges. vom 6. Juni 1871, §§ 1, 6.

Erk. vom 21. Mai 1880. Wittve Fassbender gegen Cöln-Mindener-Eisenbahn-Gesellschaft.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Die Eisenbahn-Gesellschaft ist nicht Haftpflichtig, und liegt eigenes Verschulden des Verunglückten im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, beziehungsweise eine grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Verunglückte es an demjenigen Grade von Aufmerksamkeit und Vorsicht, welche von Jedem bei Vor- nahme seiner Handlungen vorausgesetzt werden darf, hat fehlen lassen und hierdurch der Unfall verursacht worden ist, z. B. wenn der Verunglückte, als er zum Zwecke des Abhängens zweier Wagen auf das Geleise getreten war, einem ausdrücklichen Ver- bote zuwider sofort der Locomotive das Signal zum Vorziehen gegeben hat, bevor er sich aus seiner Stellung entfernt hatte, beziehentlich während er sich noch zwischen den Wagen befand und dadurch nothwendigerweise von dem sofort in Bewegung ge- setzten Zuge überfahren werden mußte.“

VII. Grenzmauer. — Gemeinschaftlichkeit. — Wechsel des Eigenthums. — Erstattungspflicht des Nachbars.

Art. 544, 552—554, 653, 661, 1101, 1108, 2232, Cod. civ.

II. Civ.-S. Erf. vom 11. Juni 1880. — Koch gegen Borgstette.

Der Zimmermeister Koch zu Barmen hatte im Jahre 1874 bei Gelegenheit des Neubaus seines zu Barmen an der Sedanstraße gelegenen Wohnhauses Nr. 43' dessen südliche Giebelwand aus massivem Ziegel-Mauerwerk mit einem angeblichen Kostenaufwande von 1474 M. 40 Pf. zur Hälfte auf Nachbar-Eigenthum errichtet. Demnächst war von dem verstorbenen Baumeister Ende an diese Giebelwand angebaut und das Balkenwerk darin eingelegt worden. Bei einer Licitation vom 10. April 1876 hatte der Anstreicher Bergstette zu Barmen das Haus des Ende, welches erst im Ziegel-Rohbau fertig gestellt gewesen, erworben, das Balkenwerk in jener Wand belassen, dieselbe verputzt und seine Ofenrohre in den darin befindlichen Kamin eingeführt. Unter der Behauptung, daß Borgstette durch die bezeichnete Handlungsweise die Absicht an den Tag gelegt habe, von dem ihm gesetzlich zustehenden Rechte, die Gemeinschaftlichkeit der fraglichen Giebelwand, welche allerdings zur Hälfte auf dem Grund und Boden desselben, aber auf seine, des Koch alleinigen Kosten errichtet worden, zu erwerben, Gebrauch zu machen, klagte Koch gegen Borgstette beim Landgerichte Elberfeld, und verlangte, daß Letzterer ihm die Hälfte der Baukosten der Giebelwand ersetze. Dabei wurde noch bemerkt, daß bei der Licitation vom 10. April 1876 ausdrücklich stipulirt worden sei, daß der Ansteigerer, soviel das Miteigenthum der Giebelwand angehe, auf eigener Gefahr ohne Regreßanspruch erwerbe.

Der Beklagte excipirte, daß dem Kläger nur ein persönlicher Anspruch gegen seinen Rechtsvorgänger Ende resp. dessen Erben, nicht aber eine Forderung gegen ihn, Verklagten zustehe, der lediglich Dritterwerber des Nachbargrundstücks, auf welchem zur Hälfte die fragliche Giebelwand stehe, sei und eine Verpflichtung bezüglich der Kosten niemals übernommen habe. Durch Urtheil vom 8. Januar 1879 erkannte das Landgericht die Erstattungs-

pflicht des Verklagten im Princip an und verordnete eine Expertise über die bestrittene Mitbenutzung der fraglichen Mauer und die Höhe des Werthes derselben. In den Erwägungsgründen heißt es:

„S. E. daß nach der Bestimmung des Art. 661 C. c. eine Grenzmauer nicht schon durch die bloße Thatsache der Mitbenutzung seitens des Nachbarn gemeinschaftlich wird, sondern erst durch die Zahlung des halben Werthes derselben an den bisherigen Alleineigenthümer; daß Verklagter nicht behauptet, daß Letzteres geschehen sei; daß durch die Thatsache der Mitbenutzung also lediglich die Absicht, die Mauer gemeinschaftlich zu machen, bekundet wird, und daher auch Verklagter, sei es, daß er die von seinem Rechtsvorgänger geschaffene Thatsache der Mitbenutzung lediglich weiter fortgesetzt, sei es, daß er selbst die Mauer in Mitbenutzung genommen, verpflichtet erscheint, dem Kläger den halben Werth der von ihm benutzten Mauer zu ersetzen; daß es auch gleichgiltig ist, ob die Mauer vom Kläger auf gemeinschaftlichen Grund und Boden erbaut worden ist, da dieselbe hierdurch noch nicht gemeinschaftliches Eigenthum beider Parteien wurde, vielmehr Verklagter nur das Recht gehabt hätte, Reduction der Mauer auf die gesetzliche Dicke für den auf seinem Grund und Boden stehenden Theil zu verlangen; daß Verklagter übrigens nur den halben Werth der Mauer, insoweit er sie in Mitbenutzung genommen, nicht aber die halben Herstellungskosten zu ersetzen hat.“

Auf Grund des erstatteten Expertengutachtens, welches dahin ging, daß die ganze fragliche Mauer dem Grundstücke des Verklagten diene und einen Werth von 1370 M. 54 Pf. haben, wurde Verklagter durch Erkenntniß vom 22. Juni 1879 zur Zahlung der Hälfte des genannten Betrages — 685 M. 27 Pf. — an den Kläger, unter Auferlegung von $\frac{5}{6}$ der Prozeßkosten, verurtheilt. Der gegen die beiden landgerichtlichen Entscheidungen vom Verklagten eingelegte Cassationsrecurs wurde vom Reichsgericht am 11. Juni 1880 verworfen, der Verklagte und Cassationskläger in die gesetzliche Succumbenzstrafe sowie in die Kosten der Cassationsinstanz, festgesetzt, ausschließlich der für die Urtheils-

ausfertigung entstehenden Kosten, auf 127 M. 45 Pfg., verurtheilt. Stempelgebühr 1 M. 50 Pfg.

Aus den Erkenntnißgründen heben wir folgende Sätze hervor:

„Die Vorschrift des Art. 661 Cod. civ. haben allerdings eine Grenzmauer zum Gegenstande, das derselben zu Grunde liegende Prinzip greife aber auch in Fällen der vorliegenden Art Platz. Es finde nach dem, was thatsächlich feststehe, hier der Art. 663 loc cit. Anwendung, und habe somit der Cassationsverklagte den Nachbar zwingen können, eine gemeinschaftliche Scheidewauer zwischen den respectiven Grundstücken auf beiderseitige Kosten zu errichten. Derselbe sei dadurch, daß er die Mauer ohne vorherige Verständigung mit dem Nachbar hergestellt, seines Anspruches auf Erstattung des natürlichen Kosten-Antheils um so weniger verlustig geworden, als von dem Cassationskläger und dessen Rechtsvorgänger dadurch, daß sie die Mauer in Mitbenutzung genommen hätten, die Errichtung derselben nachträglich genehmigt worden sei. Hiernach habe die Thatsache allein, daß die Mauer zur Hälfte auf dem zu seinem Hause gehörigen Grund und Boden erbaut sei, den Cassationskläger nicht berechtigen gekonnt, diese letztere als eine gemeinschaftliche in Anspruch zu nehmen, cf. Art. 660, C. c. — Derselbe könne sich ebensowenig auf die Präsuntion des Art. 653 berufen, da unbestritten die Gemeinschaftlichkeit jener Mauer bisher nicht erworben worden sei. Der vom Cassationskläger angerufene Satz; solo cedit, quod solo conjunctum est entscheide nicht die Entschädigungsfrage, Art. 553—555, C. civ. —, vielmehr gälten bezüglich derselben auch hier, wo es sich von einer gemeinschaftlichen Mauer handle, besondere gesetzliche Regeln. Nach dem Ausgeführten, stehe die eigene, durch die fortgesetzte Benutzung der fraglichen Mauer und thatsächliche Beanspruchung des Miteigenthums an derselben begründete Ersatz-Verbindlichkeit des Cassationsklägers in Frage, von der derselbe sich dadurch nicht befreien könne, daß er den Cassationsverklagten an den Vorbesitzer, resp. dessen Erben verweise.“ —

VIII. Natur des Conto-Currents. — Novation. — Umfang der Haftpflicht des Bürgen.

Das Conto-Current schließt seiner untheilbaren Natur nach die Anwendung der civilrechtlichen Imputations- und Compensationsregeln aus, indem die beiderseitigen Leistungen nicht als für sich bestehende Forderungen beziehungsweise Abschlagszahlungen, sondern nur mit Rücksicht auf das Gesamtergebniß der laufenden Rechnung in Betracht kommen, woraus folgt, daß in dem Falle, wo der Conto-Current eine Schuld des einen Contrahenten nachweist, dieselbe, sowie die Verpflichtung des Bürgen durch die Fortführung der Schuld in dem Conto-Current nicht ohne weiteres erlöscht, sondern nur dann insoweit als getilgt zu erachten ist, wenn sie durch das Gesamtergebniß der Rechnung oder der ihm vorausgegangenen Rechnungsabschlüsse eine Herabminderung erfahren hat. — Eine Novation der Saldi ist aus dem präsumtiven Willen der im Conto-Current-Verkehr stehenden Personen nicht herleitbar.

II. Civ.-Sen. — Erk. vom 25. Juni 1880. Flügel gegen Firma Albert Simon u. Comp.

Die Commanditgesellschaft in Firma Albert Simon u. Comp. zu Köln hatte dem Kaufmann Merschheim zu Embten einen Credit zum Betrage von 5000 Thlr. eröffnet, für welchen nebst Zinsen von Carl Flügel zu Worringen, um gedachte Gesellschaft gegen jeden Verlust und Ausfall zu sichern, welcher ihr aus der besagten Verbindung „jetzt und die Zukunft“, wie es in dem ausgestellten Scheine heißt, erwachsen könnte, eine Solidargarantie übernommen war. Mittelft Schreibens vom 5. Januar 1875 kündigte die Gesellschaft A. Simon dem Merschheim die Geschäftsverbindung, wovon sie durch Brief vom 25. desj. M. dem Bürgen Mittheilung machte. Merschheim schuldete damals der Gesellschaft einen Betrag von 15035 M. 75 Pfg. — Gleichwohl wurde der geschäftliche Verkehr zwischen beiden noch bis zum 29. November 1876 fortgesetzt, und weist das Conto-Current einen Schlußsaldo von 15815 M. zu Lasten des Merschheim auf. Am 25. Januar 1877 belangte die Gesellschaft den Bürgen Flügel, da der Hauptschuldner nach Amerika geflüchtet und das ganze Guthaben von A. Simon u. Comp. in Ausfall gekommen war, zum Handelsgerichte in Köln, um sich auf Grund des Bürg-Scheines und des mitgetheilten Conto-Currents zur Zahlung von 15000 M. nebst Zinsen zu 6% seit 29. November 1876 verurtheilen zu hören. Flügel glaubte, für den Saldo nicht haftbar zu

sein und trug auf Abweisung der Klage an, weil er für die seit der Kündigung vom Januar 1875 fortgesetzte Geschäfts-Verbindung mit Merschheim keine Bürgschaft geleistet habe, und der Saldo vom 1. Januar 1875, für welchen er habe aufkommen müssen, durch das Conto-Current gegangen und mit dem Größeren seit jener Zeit von Merschheim geleisteten Zahlungen längst gedeckt sei, Art. 1256, Cod. c. — Durch Urtheil vom 26. April 1877 erkannte das Handels-Gericht nach dem Klageantrage. Auf die Berufung des Flügel hob zwar das Oberlandesgericht Cöln am 23. October 1879 das erste Urtheil wegen Incompetenz des Handelsgerichts auf, erkannte aber unter Evocation des Fonds zur Sache selbst übereinstimmend mit demselben und nahm insbesondere auch an, daß unter den verbürgten Zinsen diejenigen zu verstehen seien, welche M. Simon u. Comp. dem Hauptschuldner gegenüber zu fordern hätten.

Der von Flügel ergriffene Cassationsrecurs wurde vom Reichsgericht am 25. Juni 1880 verworfen. In den Gründen wird ausgeführt: „Flügel habe unbestritten bis zur Summe von 15000 M. nebst Zinsen die solidarische Garantie übernommen, und habe Ausweise des vorliegenden Contocurrents am Tage der Kündigung des Creditverhältnisses (5. Januar 1875) die Schuld des Merschheim etwas mehr als 15000 M. betragen. Flügel sei hiernach zur Zahlung der garantirten Summen verpflichtet gewesen, insofern nicht etwa die Schuld des M. durch den später mit der Firma Simon u. Comp. fortgesetzten Geschäftsverkehr getilgt oder doch vermindert worden sei. Eine solche Minderung sei aber nach der thatächlichen Feststellung des Instanzrichters nicht eingetreten, die Schuld habe sich vielmehr unter Berechnung von Zinsen und Provision vergrößert.

Die Annahme des Flügel, daß der fragliche Saldo, da er als erster Rechnungsposten in die folgende Geschäfts-Periode übergegangen, mit dem Abchlusse derselben und der Anerkennung des neuen Saldos eine Novation erlitten habe, und dadurch er, der lediglich als Bürge hafte, befreit sei, beruhe auf Rechtsirrhum und einer unrichtigen Auffassung des Saldo-Vertrags im Conto-Current-Verkehr. Das durch die Berechnung der beiderseitigen

Credit- respective Debit-Posten festgestellte Ergebnis der jedesmaligen Rechnungs-Periode bilde den Saldo, der, wenn er anerkannt sei, eine auf selbstständigen Fundamenten beruhende Forderung darstelle. Ein solcher Saldo verliere auch dann seine Bedeutung nicht, wenn derselbe nicht berichtet, sondern auf neue Rechnung vorgetragen werde. Der Saldo-Vortrag lasse sich mit den übrigen Conto-Current-Posten, die von vornherein keinerlei selbstständigen Charakter hätten, grundsätzlich nicht gleichstellen. Für die Novation der Saldi könne man sich nicht auf den vermuthlichen Willen der im Conto-Current-Verkehre stehenden Parteien berufen. Die Bestimmungen der Art. 1253—1256 Cod. civ. fänden untergebens keine Anwendung, da im Conto-Current-Verhältnisse die geleisteten Zahlungen nicht als selbstständige, nach den gewöhnlichen Regeln zu imputirende Posten in Betracht kämen, vielmehr in der Vergleichung des beiderseitigen Credit und Debit und dem daraus resultirenden Saldo der laufenden Rechnungs-Periode aufgingen.“

IX. Manzel der Begründung des Urtheils. Dauer eines Versicherungsvertrages. — Erlöschen des Versicherungsverhältnisses in Folge Wegfalles des Versicherungsobjectes. Aufhebung eines Vertrages. — Rechtlicher Werth einer dem Agenten gemachten Anzeige.

II. Civ.-S. Erk. vom 29. Juni 1880.

National-Vieh-Versicherungs-Gesellschaft zu Kassel gegen Streppel.

Zufolge Antrages vom 13. Januar 1874 hatte Streppel bei der auf Gegenseitigkeit beruhenden National-Vieh-Versicherungs-Gesellschaft zu Cassel 3 Pferde im Werthe von 2100 M. auf 5 Jahre, vom 1. Januar 1874 an gerechnet, versichert. Da Streppel die Prämie für das Jahr 1875 zu entrichten verweigerte, so erhob die Gesellschaft, gestützt auf § 22 und 32 ihrer Statuten, Klage gegen denselben auf Zahlung der Maximal-Prämie von 10% jährlich für die Dauer der Versicherungszeit. Beklagter excipirte,

daß er dem Agenten der Gesellschaft, S. zu H. von vornherein erklärt habe, daß er die Pferde nur auf 1 Jahr — 1874 — versichere, und daß er bei demselben, als er ihm eine Police zugeschickt, worin von einer 5jährigen Versicherung die Rede gewesen, sofort reklamirt und betont habe, daß er die Police nur für 1 Jahr anerkenne. Für dieses Jahr habe also lediglich die Versicherung bestanden. Letztere habe aber auch deshalb mit dem 1. Januar 1875 ihr Ende erreicht, weil bereits im Laufe des Jahres 1874 die fraglichen Pferde von ihm verkauft und seitdem Pferde nicht mehr gehalten worden seien. Von dem Verkaufe der Pferde habe er dem Agenten S. Mittheilung gemacht und dieser habe seinerseits davon die Subdirektion der Gesellschaft zu Köln in Kenntniß gesetzt.

Zum Beweise der vorgebrachten Einwendungen wurde der Zeugenbeweis erboten.

Die Gesellschaft replicirte: die übereinstimmend mit dem Versicherungs-Antrage auf 5 Jahre lautende Police habe Verklagter ohne Widerspruch eingelöst, auch nicht innerhalb der im § 15 Abs. 2 der Statuten bestimmten Frist dagegen reclamirt. Seine jetzigen, übrigens durchaus bestrittenen Einwendungen seien daher jedenfalls verspätet. Der behauptete Verkauf der Pferde sei unerheblich, weil er die nach § 16 der Statuten vorgeschriebene Anzeige an die Direction unterlassen habe; eine etwaige Mittheilung an den Agenten oder die Subdirection, sei werthlos und werde bestritten.

Das Landgericht erkannte am 10. November 1876 nach dem Klageantrage.

Auf die Berufung des Verklagten wurde durch Erkenntniß des Appellhofes zu Köln vom 10. Mai 1879 das Urtheil a quo theilweise reformirt und der Gesellschaft auf Grund des § 22 der Statuten nur die Maximalzuschußprämie pro 1874 und die Maximalprämie pro 1875 und 1876 zugesprochen. In den Gründen heißt es:

„Bei Versicherungsverträgen bilde die Police das für das Vertragsverhältniß maßgebende Schriftstück sowohl für als gegen den Versicherten und sei daher auch Annahme und Einlösung

durch denselben entscheidend, solange nicht eine Aenderung durch das zuständige Organ, untergebens die Direction, eingetreten sei. Dem gegenüber müßten die unter Beweis gestellten Erklärungen des Agenten als unerheblich erachtet werden. Auf Grund der unbestrittenen Thatsache, daß Streppel sich geweigert habe, die für das Jahr 1875 erfallene Prämie zu zahlen, sei die Gesellschaft nach § 22 der Statuten berechtigt gewesen, den Maximal-Satz von 10% jährlich für die ganze Versicherungsdauer einzuklagen. Der letzteren Bestimmung könne indessen nur für diejenige Zeit Bedeutung und rechtliche Wirksamkeit beigelegt werden, während welcher thatsächlich das Versicherungsverhältniß dauere. Streppel habe im Jahre 1876 durch Anwaltsact, mithin in einer den Bestimmungen der Police genügenden Form, der Gesellschaft mitgetheilt gehabt, daß er die sämtlichen versicherten Pferde bereits im Jahre 1874 veräußert habe und keines derselben mehr besitze und habe mit dem Wegfall des Versicherungsobjectes von der Zeit dieser Anzeige an auch das Versicherungsverhältniß sein Ende erreicht. Die im Jahre 1874 dem Agenten S. angeblich gemachte Anzeige vom Besitz-Wechsel sei zwar erheblich, indessen wegen Höhe des Objectes durch Zeugen nicht nachweisbar.“ Die Gesellschaft erhob gegen diese Entscheidung, soweit ihr die Maximal-Prämie pro 1877 und 1878 aberkannt worden, den Cassationsrecurs und rügte 1) Verletzung des Art. 141 Cod. de pr. civ., und des Art. 7 des Ges. vom 20. April 1810 wegen „défaut de motifs“, 2) Verletzung der Art. 6, 1134, 1135, 1234, 1302, 1303, 1845 Cod. civ., sowie der gemeinrechtlichen Grundsätze über die bindende Kraft der Verträge. Die Veräußerung des Versicherungs-Objectes sei, so wurde ausgeführt, dem Wegfall, dem Untergange nicht gleichzustellen und hebe das Versicherungsverhältniß nicht auf. Das Reichsgericht sprach am 29. Juni 1880, unter Vernichtung des Urtheils II. Instanz, der Gesellschaft auch die geforderten Prämienbeträge pro 1877 und 1878 zu.

Aus den Erkenntnißgründen:

„Den Appellationsrichter treffe zunächst die Rüge, daß er keine Annahme, welche mit der Anzeige von der Veräußerung des

versicherten Object's den Versicherungs-Vertrag erlöschen lasse, in keiner Weise motivirt habe.

Diese Annahme stehe auch mit den allgemeinen Grundsätzen über die Aufhebung der Verträge nicht im Einklange. Der § 16, Abs. 3 der Statuten bestimmt, daß im Falle bei Versicherungen, die auf längere Zeit, als die Dauer eines Jahres geschlossen seien, während dieser Zeit eine Verringerung des Viehstandes oder dessen Werthes eintrete, die Versicherungssumme dem Viehstande entsprechend ermäßigt werden könne, vorausgesetzt, daß die Umschreibung der Police 14 Tage vor Ablauf des respectiven Versicherungs-Jahres nachgesucht werde. Abgesehen von der Frage, ob aus dieser Stipulation ein unbedingtes Recht des Versicherten und zwar auch auf das völlige Erlöschen der Versicherung herzu-
leiten sei, mangle es jedenfalls untergebens an den Voraussetzungen derselben. Die behauptete Anzeige an den Agenten sei, wenn man auch eine solche Anzeige als der Gesellschaft gegenüber wirksam gelten lassen wollte, durch Zeugenbeweis wegen Unzulässigkeit desselben nicht feststellbar. Die Mittheilung in einem Anwaltsacte, welche erst im Laufe des Processes während des Jahres 1876 erfolgt sei, entspreche nicht den Anforderungen des § 16 der Statuten.“

X.

Miteigenthum.

Zum Nachweise des nach Art. 2229 Cod. civ. für die Er-
fizierung erforderlichen unzweideutigen Besitzstandes sind solche Be-
sitzhandlungen, die, wenn auch animo domini vorgenommen, doch
schon aus dem Miteigenthum sich erklären und begründen, nicht
ausreichend, vielmehr solche Handlungen nothwendig, die schon in
ihrer äußeren Thatsächlichkeit jeden Miteigenthumsbesitz negiren
und jede Ausübung des Gegners ausschließen, da nur in Folge
solcher Handlungen der Gegner in die rechtliche Nothwendigkeit
versetzt werden kann, zur Vertheidigung des von ihm behaupteten
gleichen Rechts die vom Gesetze gestatteten resp. gegebenen Mittel
zu ergreifen. —

Für den dem Beklagten obliegenden Gegenbeweis genügt der Nachweis, daß er von dem streitigen, durch Kläger als Alleineigenthum in Anspruch genommenen Grundstücke nach wie vor den durch dessen natürliche Beschaffenheit gestatteten und das eigene Bedürfniß geforderten Gebrauch gemacht hat, da die desfalligen Handlungen sich als Miteigenthumshandlungen charakterisiren und die von dem Kläger zu erweisende Ausschließlichkeit seines Besitzes widerlegen.“

So entschied das Reichsgericht, II. Civ.=S. am 27. Januar 1880 in Sachen Wiesel gegen Emmerich.

XI. Vieh-Versicherungs-Vertrag. Wegfall der Möglichkeit des Eintritts des zu ersetzenden Schadens. — Erlöschen des Vertrages.

Wenn das Statut einer Vieh-Versicherungs-Gesellschaft eine Bestimmung des Inhalts getroffen hat:

„Die Versicherung gilt vom Tage des Ablaufs der Police resp. Prolongation auf gleiche Zeit verlängert wenn nicht 3 Wochen vor derselben eine schriftliche Kündigung von dem Versicherten der Direction direct behändigt oder von letzterer an den Versicherten erlassen oder zur Post gegeben ist.“

so hat die während des Laufes einer abgeschlossenen Versicherung erfolgte und dem Agenten angezeigte Veräußerung des Versicherungsobjectes ohne Anschaffung eines Ersatzes und der dadurch stattgefundene Eintritt der Unmöglichkeit des schädigenden Ereignisses von Rechtswegen die Aufhebung des Vertrags nicht dergestalt zur Folge, daß nunmehr eine nachherige Prolongation der Versicherung rechtlich ausgeschlossen sei, indem der Abschluß eines Versicherungsvertrages durch die Möglichkeit des Eintritts des zu ersetzenden Schadens nicht bedingt ist. Dies erhellt schon aus den im Art. 789 H.G.B. über die Seeversicherungsverträge

gegebenen Bestimmungen, welche aus dem Wesen eines Versicherungsvertrags entnommen sind. Erf. 19. Dezember 1879 der National-Viehversicherungsgesellschaft zu Cassel gegen Schmitten.

XII. Die Veräußerung von Kirchen-, Pfarr- und Kloster-Immobilien ist nach wie vor an die staatliche Genehmigung geknüpft. *Condictio indebiti*.

Königl. Fiskus c. Röckerath und Dahlen II. Civ. S. Erf. 13. Januar 1880.

Jakob Dahlen, ohne Geschäft zu Cöln wohnhaft, hatte ein dem früheren Ursulinerinnen-Kloster zu Cöln gehöriges, bei Ehrenfeld gelegenes Grundstück für den jährlichen Preis von 248 M. in Pacht. Durch Notariatsakt vom 25. Mai 1875 wurde letzteres mit noch anderen Grundstücken an Dr. Röckerath zu Cöln verkauft. Nach Mittheilung des Kaufvertrages und geschehener Sommation zahlte Dahlen im Januar 1876 den am 11. Novbr. 1875 erfallenen Pachtbetrag an Röckerath. — Inmittlest nahm in Gemäßheit des § 4 des Gesetzes 31. Mai 1875 der beauftragte staatliche Commissar das Vermögen der aufgelösten Niederlassung der Ursulinerinnen, darunter auch das fragliche Pachtstück in Verwahrung und Verwaltung, wobei Dahlen unter Androhung der administrativen Execution angewiesen wurde, das Pachtgeld an die Reg. Haupt-Kasse zu zahlen, da der an Röckerath geschehene Verkauf des Grundstücks Mangels der gesetzlich erforderlichen Genehmigung der Regierung ungültig sei. Dahlen zahlte darauf, belangte aber am 19. Juni 1876 der Röckerath beim ehemaligen Friedensgerichte Nr. I, zu Cöln auf Rückzahlung des Betrages von 248 M.

Das Friedensgericht erkannte am 16. September 1876 dem Klageantrage gemäß. Röckerath appellirte und suchte darzuthun daß die Voraussetzungen der vorgestellten *condictio indebiti* fehlten. In Folge Streitverkündung des Dahlen intervenirte die Kgl.

Regierung zu Cöln als Vertreterin des Fiscus in die Sache, plaidirte zu Gunsten des streitigen Anspruches, und schob subsidiarisch dem Röckerath den Entscheidungseid über die von ihr behauptete Simulation des Kaufvertrages vom 25. Mai 1875 zu.

Durch Erkenntniß vom 19. Februar 1878 nahm das Kgl. Landgericht zu Cöln die Intervention als zulässig an und verstattete im Uebrigen den Röckerath zur Ableistung des ihm deferirten Eides; indem es den fraglichen Verkauf als in rechtsgültiger Weise stattgefunden erachtete. Nach Ableistung des Eides wies das Landgericht am 22. October 1879 die angestellte Klage als unbegründet ab.

Gegen beide landgerichtliche Erkenntnisse erhob der Kgl. Fiscus den Cassationsrecurs zum Kgl. Obertribunale. Durch Urtheil vom 13. Januar 1880 vernichtete das Reichsgericht beide Erkenntnisse II. Instanz und stellte das Urtheil I. Instanz wieder her, und zwar in contumaciam gegen den Cassationsverklagten Dahlen, welcher keine Erwiderungsschrift eingereicht hatte:

Gründe:

J. E., daß unbestritten das Ursulinerinen-Kloster, dessen Grundeigenthum hier in Frage steht, der durch den Consular-Beschluß vom 20. Prairiae X. über die geistlichen Orden und Congregationen verhängten Säcularisation nicht anheimgefallen, das Vermögen desselben aber den damals bestehenden Vorschriften gemäß in die Verwaltung der städtischen Armen-Commission zu Cöln übergegangen ist;

daß sodann durch die Cab-Ordre vom 10. December 1836 dem genannten Kloster die Verwaltung seines Vermögens und zwar, wie es ausdrücklich darin heißt „unter der Aufsicht des Erzbischofs und der Oberaufsicht der Kgl. Regierung“ zurückgegeben wurde;

daß diese Cab-Ordre, welche das Specialgesetz für die Rechtsstellung des Klosters bildet, sich über die Grundsätze, welche bei der Oberaufsicht der Regierung maßgebend sein sollen, nicht näher ausspricht, indeß mit Rücksicht darauf, daß die Cab-Ordre die landrechtliche Gesetzgebung im Auge gehabt hat, das in der

Rheinprovinz geltende französische Recht auch den Klöstern eine staatlich anerkannte Existenz nicht einräumte, nur angenommen werden kann, daß dieselbe die Vermögensverwaltung des fraglichen Klosters den bezüglichlichen Bestimmungen des Allg. Landrechts hat unterworfen wollen und unterworfen hat;

daß dem insbesondere nicht entgegensteht, daß die fraglichen Bestimmungen für die Rheinprovinz nicht publicirt worden sind, da es für den gegenwärtigen Einzelfall einer solchen Publication nicht bedurfte, der Cassations-Verklagte Röckerath auch nicht behauptet, daß etwa von jenen abweichende gesetzliche Vorschriften in der genannten Provinz bestanden hätten;

daß nun die §§ 949, 952, Theil II. Tit. 11 des Allg. L.R. die Bestimmung enthalten, daß die Klöster, was ihr rechtliches Verhältniß zum Staate betrifft, den Kirchengesellschaften im Princip gleichgestellt sein sollen, der § 960 loc-cit. sodann speciell für die Veräußerung von unbeweglichen Gütern derselben die staatliche Genehmigung fordert;

daß, soviel die Kirchen- und Pfarr-Immobilien betrifft, deren Veräußerung auch in der Rheinprovinz sowohl nach französischem Recht — Decret 30. Dezember 1809, Art. 62 — Decret 6. November 1815, Art. 8. — als nach den späteren auf dem Landrechte beruhenden Bestimmungen — Cab.-Ordre 24. Januar 1838 — an die staatliche Genehmigung geknüpft war — Hermans, Cultus-Gesetze III. pag. 803 —;

daß aus alledem folgt, daß ein Gleiches auch bezüglich des Immobiliars des fraglichen Klosters gelten mußte;

i. E., daß dieser Rechtszustand durch den Artikel 15 der Preussischen Verfassungsurkunde 31. Januar 1850 eine Aenderung nicht erlitten hat;

daß, was den Art. 15 cit. betrifft, der den allg. Grundsatz ausspricht, daß die evangelische und die römisch katholische Kirche ihre Angelegenheiten selbstständig ordnet und verwaltet, und im Besitz und Genuß der für ihre Cultus-Zwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds verbleibt, mit der Rechtsprechung des früheren Preussischen Obertribunals davon auszugehen ist,

daß dieser Artikel, wie man ihn auch sonst auffassen möge, die hier in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen, welche die Genehmigung des Staates zu Veräußerungen betreffen, nicht unmittelbar aufgehoben hat — Entsch. des Obert., Band 44, S. 194, Urtheil 14. Mai 1877;

daß von einer solchen Aufhebung um so weniger die Rede sein kann, als der vorliegende Fall unter der Herrschaft des Gesetzes 5. April 1873 steht, durch welches der bezogene Artikel den Zusatz: „bleibt aber den Staatsgesetzen und der gesetzlich verordneten Aufsicht des Staates unterworfen“, erhalten hat;

daß dieses Gesetz, wie sich aus dem Berichte der Commission des Abgeordneten-Hauses, von welcher der unverändert angenommene Entwurf desselben herrührt, ergibt, auch in den Verhandlungen mehrfach ausgesprochen ist, nicht den Zweck hatte, einen neuen Rechtsboden für die in Angriff genommene kirchliche Gesetzgebung zu schaffen, vielmehr den richtigen Sinn der fraglichen Verfassungs-Artikel — 15, 18 — gegen irrige Auslegungen declaratorisch feststellen wollte, hierfür auch die Fassung des Zusatzes entscheidend spricht, — Abgeordnetenhaus, Verhandlungen 1872, 1873, Band IV, S. 603, 607, 608 —; Hinrichius Kirchengesetze, 1873, Einleitung XXIX. und XXXV. folg. —

Schulze, Preuß. Staatsrecht, II, S. 700 seq.

J. E., daß nach Vorstehenden feststeht, daß der an Dr. Röckerath geschene Verkauf des fraglichen Klostergrundstücks der Genehmigung der Kgl. Regierung bedurfte;

daß Mangels dieser Genehmigung der geschlossene Vertrag der Rechtsbeständigkeit entbehrt, und die auf Grund desselben an Röckerath geleistete Pachtzahlung als ein indebitum sich darstellt, dessen Erstattung von Dahlen mit Recht gefordert worden ist.

XIII. Frachtführer. — Entschuldigungsbeweis.

Art. 395, H.G.B.

Wenn der vom Frachtführer auf Zahlung der entstandenen Fracht gerichtlich belangte Absender eine Gegenforderung reconveniendo und compensando wegen Gewicht=Manco bei Ablieferung des Frachtgutes geltend macht, so ist nach Art. 395 H.G.B. diese Gegenforderung nicht von einem dem Absender obliegenden Beweise eines Verschuldens des Frachtführers abhängig zu machen, vielmehr, sofern die Höhe feststeht, für begründet zu erachten, sofern der Frachtführer den im Art. 395 cit. gedachten Entschuldigungsbeweis nicht zu erbringen vermag. So entschied das Reichsgericht am 11. November 1879 in Sachen Kappel gegen Casperi unter Vernichtung eines Urtheils des Handelsgerichts zu Köln vom 21. November 1878.

XV. Cession. — Nebenabrede zwischen Cessionar und einem Dritten wegen des Eigenthumsübergangs.

Beweislast (Art. 1315. C. c.)

„Wenn B. dem A. wegen eines von Letzterem dem Ersteren verkauften Hauses einen rückständigen Kaufpreis schuldet und später C. dem B. eine Cession zustellen läßt, inhalts deren der A. den Restkaufpreis an C. übertragen und sich zur Empfangnahme der Cessions=Valuta bekannt hat, die Cession an C. aber in Wirklichkeit zur Deckung einer Forderung des D., eines Sohnes des C., gegen A. mit Genehmigung des D. in der Art geschehen ist, daß C. aus der ihm cedirten Forderung seiner Zeit zur Entlastung des A. die Abtragung der Forderung des D. bewirken, oder mit anderen Worten, daß die aus der Cession sich begriffsmäßig ergebenden Rechte, also insbesondere das Eigenthum der cedirten Forderung auf C. übergehen, dieser aber nach besonderer Nebenabrede verpflichtet sein sollte, den cedirten Ausstand für Rechnung des D. einzuziehen, und zwar so, daß C. das Empfangene

an D. zur Liberirung des Cedanten A. auszusahlen hatte, so ist ein derartiges Uebereinkommen vollkommen rechtswirksam und der Cedent nicht befugt, den durch die Cession und deren Signification an den cedirten Schuldner bewirkten Uebergang des Eigenthums der Forderung an C. zu bestreiten, da es für den Cedenten ganz gleichgültig sein mußte, ob C. für eigene Rechnung oder für Rechnung seines Sohnes contrahirt und das Verhältniß zwischen C. und D. den Cedenten A. in keiner Weise berührt. Die Behauptung, es seien die Grundsätze der Beweislast (Art. 1315, Cod. civ.) verletzt, weil dem C. nicht der Nachweis des Erwerbes der Forderung auferlegt worden, entbehrt der Begründung, da der Cessionsact in Verbindung mit dessen Signification diesen Beweis bietet. Der Umstand, daß die Cessionsvaluta in anderer Weise, als der Cessionsact besagt, berichtet wurde, resp. berichtet werden sollte, ändert daran Nichts."

So entschied das Reichsgericht am 4. November 1879 in Sachen des Königl. Preuß. Fiskus gegen Müdeß und Eheleute Streit, unter Verwerfung des gegen die Urtheile des Appellhofes zu Köln vom 31. Juli 1873 und 22. Oktober 1878 erhobenen Cassationsrecurses.

XV. Während des Transports entstandenes Gewichtsmanco. — Ersatzpflicht des Frachtführers. — Entschuldigungsbeveis. Lefage.

Wenn während des Transports eines Frachtgutes ein Gewichtsmanco entstanden ist, so hängt die Ersatzpflicht des Frachtführers nach Art. 395 H.G.B. von dem Nachweise eines Verschuldens desselben nicht ab, vielmehr bedarf es gegenüber dem Seitens des Frachtführers geltend gemachten Haftbefreiungsgrunde, daß das Gewichtsmanco durch eine in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Guts eingetretene Lefage entstanden sei, nach Art. 424, Abs. 2, H.G.B. in Verbindung mit § 67, N. 1 des Eisenbahn-Betriebsreglement 11. Mai 1874 nur des vom

Klagenden Empfänger zu führenden Nachweises, daß das Manco nicht aus einer solchen Leckage entstanden sei.

Da eine Eisenbahngesellschaft in Bezug auf ihren Geschäftsbetrieb als Kaufmann anzusehen ist, die geschäftlichen Schriftstücke eines Kaufmannes aber einen integrierenden Bestandtheil seiner Buchführung bilden, so kann eine Eisenbahn-Gesellschaft zur Vorlegung des geforderten Berichts ihrer Güterexpedition unter Präjudiz angehalten werden. Weigert die Eisenbahngesellschaft die Vorlegung der Recherche Acten, so hat sie die Schlüsse gegen sich gelten zu lassen, welche das Gericht aus ihrer Renitenz zieht. Das Gericht kann demgemäß nach Art. 37, H.G.B. die Wahrheit der Behauptung des klagenden Empfängers, daß das während des Transports entstandenen Manco durch Beraubung herbeigeführt worden, und daß der verweigerte Bericht diejenigen thatsächlichen Feststellungen enthalte, welche die Richtigkeit dieser Behauptung und damit die Richtigkeit der Angabe, daß das Manco nicht durch eine Leckage in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Frachtgutes entstanden, zu erweisen geeignet seien, als festgestellt annehmen, da ein anderer Grund der Renitenz der Eisenbahn als der, daß der Inhalt des Berichts der Güterexpedition gegen sie spreche, nicht abzusehen ist.

Wenn in einem Falle der gedachten Art über die Höhe des zu leistenden Ersatzes kein Streit besteht, so bleiben die Bestimmungen des Art. 427 H.G.B. und der § 68 des Betriebs-Reglements außer Betracht und kommt es demnach auf den Beweis einer bösslichen Handlungsweise der Eisenbahngesellschaft oder ihrer Leute nicht an.“

Erk. 25. November 1879 in Sachen der Bergisch-Märkischen Eisenbahngesellschaft gegen die Spar- und Consumgesellschaft zu Elberfeld.“

XVI. Actio Pauliana. — Dritterwerber. — Guter Glaube.

Die Vernichtung eines mit dem Falliten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts wirkt auf Grund des § 445 des Ges. 9. Mai 1859 nicht unbedingt gegen den späteren gutgläubigen Ersteher.

Erk. II. Civ. S. 9. Dezember 1879 in Sachen Frinken gegen Kausch u. Conf.

Durch Notariatact vom 16. September 1874 verkauften die Eheleute August Bedder sen. zu Mettmann ihrem Sohn August Bedder jr. ein daselbst gelegenes Wohnhaus für 6450 Thaler. Laut Notariatactes vom 23. October 1874 nahm der Ankäufer von Kaufmann M. zu Köln ein Darlehen im Betrage von 4000 Thaler auf, zu dessen Sicherung er Hypothek auf dem verkauften Hause bestellte. Diese Hypothek wurde am 28. October 1874 inscribirt.

Am 4. December 1874 cedirte M. diese Hypothek an die Rentnerin Frinken zu Uerdingen. Diese Cession wurde am 14. December 1874 in's Hypothekenbuch eingetragen. Durch Gerichtsbeschluß vom 12. December 1874 wurde August Bedder senior fallit erklärt und den Zeitpunkt des Ausbruchs des Falliments auf 26. Juni 1874 fixirt. Am 4. Mai 1877 erhob Kausch als provisorischer Syndik dieses Falliments gegen August Bedder jr. Klage auf Vernichtung des Kaufvertrages vom 16. September 1874. Durch Urtheil vom 10. October 1877 annullirte das Landgericht Elberfeld den Kaufvertrag und verordnete die Löschung der zu Gunsten des Käufers beim Hypothekenamt erfolgten Transcription. Inmittelst hatte die Rentnerin Frinken gegen Bedder jr. das Subhastationsverfahren bezüglich des fraglichen Hauses eingeleitet und für den 13. November 1877 Licitationstermin erwirkt. Obwohl der Syndik der Frinken am 12. November 1877 von dem landgerichtlichen Urtheile Kenntniß gab und gegen die Licitation opponirte, bestand die Extrahentin doch auf Fortsetzung der Versteigerung und wurde so das Haus dem Bauunternehmer Kriegel für 17800 M. zugeschlagen. Darauf klagte am 22. November 1877 der Syndik beim Landgerichte Elberfeld gegen die Frinken, den Bedder jr. und den Ansteigerer Kriegel

und beantragte, den im Vicitationsstermine wiederholten Einspruch resp. den Anspruch auf das Eigenthum des subhastirten Hauses für gerechtfertigt zu erklären, demgemäß den Zuschlag zu verrichten oder doch der Fallitmasse gegenüber für wirkungslos und die Fallitmasse als Eigenthümerin des Hauses zu erklären, die Frinken kostenfällig zum Schadensersatze zu verurtheilen, und sie auch zur Löschung der zu ihren Gunsten bewirkten Eintragung schuldig zu erklären. Durch Urtheil vom 14. Mai 1868 erkannte das Landgericht dem Klageantrage gemäß. In den Gründen ist insbesondere ausgeführt, es sei die Behauptung der Verklagten, daß das dargeliehene Geld zum Vortheile der Fallitmasse verwendet worden, ohne Belang, da dieser Umstand den Darleihern nur Anlaß geben könnte, ihre bezüglichen Ansprüche im Fallimentsverfahren geltend zu machen. Die von der Rentnerin Frinken eingelegte Berufung wurde vom Appellhose zu Cöln am 22. Februar 1879 verworfen, indem er annahm, daß die im § 445 des Ges. 9. Mai 1859 angedrohte Nichtigkeit eine absolute sei und die Vernichtung eines mit dem Falliten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unbedingt auch gegen den gutgläubigen Dritterwerber wirke.

Unter Cassation dieses Urtheils hat das Reichsgericht am 9. December 1879 die Klage abgewiesen und den im Vicitationstermin erhobenen Einspruch für unbegründet erklärt.

Die Motive besagen:

J. E., was zunächst die allgemeine Grundsätze über Anfechtung von Rechtshandlungen zum Betrage der Gläubiger betrifft:

daß das ältere franz. Recht, in Uebereinstimmung mit den Principien des römischen Rechts, von dem Grundsätze ausging, die actio Pauliana richte sich, soweit es sich um Anfechtung oneroser Rechtsgeschäfte handle nur gegen den Betrug, schade also nur demjenigen, der Betrug geübt, nicht aber demjenigen, der in gutem Glauben gehandelt habe. (L. 9, Dig. quae in fraudem creditorum), hieraus aber die Folgerung sich ergab, daß dieser Klage Wirkung gegen den gutgläubigen dritten Erwerber versagt war und es sich bei derselben nicht um ein unbedingt ex tunc

wirkende Rescission oder Resolut, vielmehr nur um eine persönliche, zum Vortheile des Gläubigers und zum Nachtheile des bösgläubigen Contrahenten wirkende Anfechtungsklage handelt;

daß durch die alleg. Bestimmung des Art. 1167 Code civ. an diesen Principien nichts geändert werden sollte, und ebenso, wie unbestritten anzunehmen ist, bei onerosen Geschäften müsse auch jetzt noch der Gegencontrahent von der Absicht des Schuldners Kenntniß gehabt haben, obgleich Artikel 1167 dies nicht verlangt, auch die weitere Folgerung berechtigt erscheint es sei überhaupt der Anfechtungsklage des Art. 1167 Wirkung gegen gutgläubige Erwerber versagt;

i. E., daß Artikel 445 des Ges. 9. Mai 1859 ebenso wie der völlig gleichlautende Artikel 447 des franz. Ges. 28. Mai 1838 auf dem allgemeinen Principe des Art. 1167 Cod. civ. beruht, welches nur, mit Rücksicht auf die durch den Fallimentszustand geschaffene besondere Lage dahin modificirt und verschärft wird, daß

1. schon die Kenntniß der Zahlungseinstellung, d. h. das thatsächlichen Fallimentszustandes genügt, die betrügerische Absicht zu begründen, und daß

2. eine Gefährde schon in der Erlangung eines Vorzugs vor anderen Gläubigern zu finden ist;

daß diese Modificationen das Wesen der paulianischen Klage nicht berühren, daher kein Grund vorliegt, anzunehmen, man habe die diese Klage beherrschenden allgemeinen Principien verlassen und eine absolute Nichtigkeit schaffen wollen, zufolge deren unter dem bösen Glauben des ersten Erwerbers alle späteren gutgläubigen Erwerber zu leiden hätten;

daß die Absicht einer solchen Neuerung nicht blos daraus, daß der Ausdruck „nichtig erklären“ gebraucht wurde, gefolgert werden kann, da dieser Ausdruck keineswegs nothwendig eine absolute, nach allen Richtungen wirkende Nichtigkeit bezeichnet, vielmehr die Frage, welche Wirkung einer angedrohten Nichtigkeit zu kommen, hauptsächlich nach Natur und Zweck der in Frage stehenden Bestimmung zu entscheiden ist;

daß übrigens die Theorie, nach welcher in Fällen, wo das Gesetz für die Anfechtung von Rechtsgeschäften auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbers maßgebendes Gewicht legt, nicht bloß beim ersten, sondern auch bei allen folgenden Erwerber der gute oder böse Glaube Ausschlag gebend ist, insbesondere auch in der inneren Natur des betreffenden Klagerichts seine Begründung findet, indem es höchst unbillig und inconsequent wäre, dem guten Glauben beim ersten Erwerber zu schützen, bei den späteren Erwerbern aber schutzlos zu lassen, und das nämliche Rechtsgeschäft, welches, direct mit dem Gemeinschuldner geschlossen gültig wäre, zu vernichten, weil es sich bloß indirect auf eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners gründet, obgleich in letzterem Falle der Erwerber der Regel nach viel entschuldbarer ist, als im ersteren Falle;

daß daher alle neue Concursordnungen, insbesondere auch die deutsche, § 30, den gutgläubigen späteren Erwerber in gleicher Weise, wie den ersten Erwerber schützen und in der französischen Doctrin mit Recht anerkannt ist, Artikel 447 des Ges. 28. Mai 1838 finde auf spätern Erwerber nur Anwendung, wenn auch bei ihnen der Dolus, welchen Art. 447 verlangt, nämlich Kenntniß der Zahlungseinstellung zur Zeit ihres Erwerbes vorgelegen habe;

daß um soweniger Bedenken obwalten kann, auch den Artikel 445 C. c. in diesem dem Geiste des franz. Rechts entsprechenden Sinne zu verstehen, als in den Motiven des betreffenden Gesetzesentwurfes bei Vorlage desselben in der Kammer und im Commissionsberichte betont ist, es seien die auf die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften bezüglichen Bestimmungen des Entwurfs zur Herbeiführung wünschenswerther Rechtseinheit in Einklang gebracht mit den bezüglichen Principien der preuß. Concursordnung vom 8. Mai 1855, Aenderungen aber nur soweit gemacht, als es der Geist der rheinischen Gesetzgebung erheiße;

daß die preuß. Conc. O. aber vom Principe, daß die späteren gutgläubigen Erwerber zu schützen seien, ausgeht (§ 109) und hieraus wenigstens soviel zu folgern ist, es könne der Wille des

Gesetzes einer Auslegung wie die vorbezeichnete, falls sie dem Geiste des rheinischen Rechts entspricht, nicht im Wege stehen;

i. E. zur Sache,

daß sowohl die Schuld- und Pfandverschreibungsurkunde vom 23. October 1874, wie die Cession vom 4. December 1874 als onerose Rechtsgeschäfte zu betrachten sind;

daß nicht behauptet ist, Meumann und die Rentnerin Frinken hätten, der Erstere bei Erwerb der Hypothek, die Letztere bei Erwerb der durch die Hypothek gesicherten Forderung, Kenntniß davon gehabt, daß Wedder senior, als er am 16. September 1874 sein Haus an seinen Sohn verkaufte, seine Zahlungen eingestellt gehabt;

daß daher nach erörterten Principien die Richtigerklärung des besagten Hauskaufes, auch wenn sie Wedder jr. gegenüber vollständig begründet war, eine Wirkung auf die in gutem Glauben gemachte Erwerbung der Rentnerin Frinken nicht zu äußern vermag.“

XVII. Irrthum über den Vertragsgegenstand. — Beweis.

Nach Art. 1109, 1110, Cod. civ. ist jeder Vertrag hinfällig, wenn unter den Vertragsschließenden bei Abschluß des Vertrags ein Irrthum über den Vertragsgegenstand bestanden hat. Daher wird auch die Vereinbarung, durch welche jeder eine Theil bekundet, mit dem anderen Theile vollständig abgerechnet und von demselben nichts mehr zu fordern zu haben, durch den Nachweis, daß bei dem Abschlusse dieser Vereinbarung die Existenz gewisser Schuldposten irrtümlich außer Acht geblieben sei und die Absicht der Abquittung auf diese Posten sich nicht erstreckt habe, hinsichtlich dieser Posten entkräftet. — Der im Wege der Replik gegen die Einrede der Abquittung geltend gemachte Irrthum ist sonach zu berücksichtigen und der darüber offerirte Beweis erheblich und nachzulassen.“

Vorstehenden Rechtsgrundsatz hat das Reichsgericht am 25. November 1879 in Sachen Feldhaus g. Simson aufgestellt, unter Vernichtung eines Urtheils des Handelsgerichts Cöln 13. Juni 1878.

XVIII. Begriff einer bösslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung gemäß Art. 427 Art. 2, Handelsgesetzbuches.

II. Civ. S. Orl. 5. December 1879.

Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft gegen Handlung Engels Söhne zu Remscheid.

Der Bergisch-Märkischen Bahnverwaltung war ein für die Handlung Engels Söhne zu Remscheid bestimmtes Collo Bauchsägen zur Beförderung übergeben worden. Das Collo ist auf dem Transport verloren gegangen. Die Handlung Engels Söhne verlangten den Faturawerth mit 31 M. 50 Pf. ersetzt. Die Eisenbahnverwaltung wollte nur den Normalwerth des verlorenen Guts mit 18 M. erstatten. Sie führte aus, daß das Collo auf der Station D. der Köln-Mindener Bahn angekommen und dort nach der Erklärung der Vektoren die Weiterverladung in einem bezeichneten Waggon bewirkt worden, daß dieser Waggon verschlossen und mit unverletzten Plomben auf der Station der Berg. M. Bahn zu M. eingetroffen, daselbst aber das Collo nicht zum Güterschuppen gelangt und spurlos verschwunden geblieben sei, daß ein Anspruch auf Ersatz des vollen Werthes gemäß Art. 427 H.G.B. und § 68 des Betriebs-Reglements der Begründung entbehre, da der Frachtbrief eine Werthdeclaration nicht enthalten habe und eine bössliche Handlungsweise als Ursache des Verlustes nicht behauptet werde. — Das Handelsgericht zu Barmen verurtheilte die Eisenbahn-Gesellschaft am 21. Februar 1879 dem Klage-Antrage gemäß, indem es die Handlungsweise der Bahnverwaltung als eine bössliche ansah und die Beschränkung der Haft derselben auf den Ersatz des Normalwerthes für aus-

geschlossen erachtete. Der hiergegen Seitens der Eisenbahngesellschaft eingelegte Cassationsrecurs wurde vom Reichsgericht für begründet erklärt, das erstinstanzliche Urtheil verurtheilt und der Klägerin nur der Normalwerth mit 18 M. zugesprochen.

Aus den Gründen:

Da eine Werthdeclaration nicht in Frage stehe, so könne der Anspruch auf Ersatz des vollen Werthes gemäß Art. 427, Abs. 2, H.G.B. in Verbindung mit § 68 Abs. 2 des Betriebsreglements nur darauf gegründet werden, daß der Verlust in Folge einer bösslichen Handlungsweise der Bahnverwaltung oder ihrer Leute entstanden sei,

Die Annahmen des I. Richters, daß das fragliche Verhalten der Bahnverwaltung als ein bössliches anzusehen sei, stelle sich nicht dar als eine thatsächliche Feststellung dieser Eigenschaft, sondern vielmehr nur als eine juristische Charakterisirung des zunächst fraglichen, nach seinen konkreten Umständen thatsächlich festgestellten Verhaltens, nämlich daß

„Die Bahnverwaltung seit Jahren eine solche Beaufsichtigung der ihr anvertrauten Frachtgüter geschehen lasse, welche nicht geeignet sei, Beraubungen und Entwendungen von Frachtgütern durch Dritte zu verhindern.“

Die Richtigkeit dieser Annahme unterlege daher der Nachprüfung seitens des Cassationsrichters. Der Ausdruck „bössliche Handlungsweise“ umfasse begrifflich sowie auch nach dem bei der Berathung des H.G.B. festgehaltenen Auffassungen neben dem Dolus nicht auch allgemein die grobe Fahrlässigkeit, sondern nur denjenigen Frevelmuth, welcher sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewusst sei.

Zwar könne sich ein solches frevelmuthiges Verhalten ebensowohl in einem Unterlassen pflichtmäßigen Handelns, wie in einem positiven Thun äußern, die vorliegende Feststellung reiche aber nicht aus, um einen Frevelmuth der Bahnverwaltung anzunehmen zu lassen, und könne es sonach nur beim Ersatze des Normalwerthes sein Bewenden haben.“

XIX. Gerichtsvollzieher. — Verantwortlichkeit für die in Besitz genommenen Pfandobjecte.

„Wenn der pfändende Gerichtsvollzieher nach Bestellung eines Hüters die gepfändeten Gegenstände, anstatt sie dem Hüter zu belasten, zu sich in seine Wohnung nimmt und so mittelst Besiznahme des Pfandobjectes in seinen Gewahrsam sich selbst an die Stelle des Hüters setzt, so nimmt er auch alle im Wesen der Stellung eines Hüters liegenden, in dem Art. 1962, 1137 Code civ. vorgesehenen Verpflichtungen auf sich, und zwar nicht etwa nur dem Hüter, sondern allen Personen gegenüber, deren Interesse durch die Herausnahme des Pfandes aus der tatsächlichen Vorforge des Hüters gefährdet wurden, und die demnach eine ihre Stelle vertretende Fürsorge des Gerichtsvollziehers beanspruchen konnte. In Folge der Besiznahme des Pfandobjectes verbleibt auch die volle Verantwortlichkeit des Gerichtsvollziehers, wenn die Beschädigungen von andern Personen ausgegangen sind, die zu den Verwahrungsorten Zugang hatten.“ So entschied das Reichsgericht, II. Senat, unter Verwerfung des gegen ein Urtheil des Landgerichts Elberfeld vom 22. November 1878 eingelegten Cassationsrecurses, am 9. December 1879 in Sachen Thomas geg. Döpfer. —

XX. Rechnungsempfänger. Stillschweigende Genehmigung der erhaltenen Rechnung.

„Eine Verpflichtung, sich über eine zugesandte Rechnung im Falle ihrer Nichtgenehmigung zu erklären, ist nicht ausschließlich durch das Bestehen und die Fortsetzung eines Contocurrentverkehrs bedingt, sondern kann auch in andern Fällen aus den concreten Umständen, den Grundsätzen des guten Glaubens entsprechend begründet sein.“

II. Civ. S., Grk. 9. December 1879 in Sachen Knoop gg. Neumann. —

XXI. Regulirung der Höchfluth = Verhältniſſe eines Stromes durch die Bezirks = Regierung als Landespolizei = Behörde. — Schadenbringende Eisenbahn = Anlagen, die auf landespolizeilicher Anordnung beruhen. — Eingriff in nachbarliche — Privatrechte. — Schadensersatz = Anspruch. — Recht auf die Fortdauer des vor den Gerichts = tungen der Eisenbahn bestandenen Zustandes.

II. Civil G., Erf. 28. Mai 1880. Stadtgemeinde Neuß gg. Berg. Märkische Eisenbahn = Gesellschaft.

Die Bergisch Märkische Eisenbahngesellschaft hat in den Jahren 1868 ff. die Verbindungsbahn zwischen Düsseldorf und Neuß mit einer festen Rheinbrücke angelegt. Seit dieser Anlage ist der Stadtgemeinde Neuß zugehöriges Areal von circa 730 Morgen, theils Wiesen, theils Ackerland, welches sich zwischen dem Rhein und der Stadt Neuß ausdehnt, auf allen 4 Seiten von Dämmen umschlossen, dem Nordkanal = Damm, dem Erftkanal = Damm, dem Eisenbahn = Damm und dem Leitdeich, der von der Spitze des erstgenannten bis an das Ende der neu = erbauten Fluthbrücke am Rhein entlang sich hinzieht. Der Leitdeich, sowie der Eisenbahndamm sind von der Berg. Märk. Eisenbahngesellschaft angelegt, welche auch den Erftkanal = Damm erhöht hat. Dieses System von Dämmen hat bei dem von der Kgl. Regierung zu Düsseldorf angeordneten Geschlossenhalten aller Schleußen und Durchlässe bei Hochwasser die vollständige Abhaltung des letzteren von dem eingedeichten Terrain, dem sog. Polder, zur Folge.

Auf diese Thatsachen stützte die Stadt Neuß der zum Zwecke der fraglichen Anlagen eine Anzahl Grundstücke expropriirt waren, und die deshalb den Rechtsweg gegen die Eisenbahngesellschaft beschritten hatte, verschiedene Schadensansprüche. Dieselbe forderte Entschädigung dafür, I. daß die von der Eisenbahngesellschaft gemachten Anlagen verhinderten, daß das Wasser des Rheins, wie das früher zeitweise geschehen, ihre Grundstücke überschwemme, und denselben durch Zurücklassung des Schlammes

Dünger zuführe, in Folge dessen der Ertrag sich vermindert habe und der Werth verringert sei, II. dafür, daß die Eisenbahngesellschaft den Damm längst der Erst erhöht und die Schleußen in denselben, die dazu gedient, das Wasser der Erst nach Bedürfniß in den Polder zu leiten, resp. davon abfließen zu lassen, geschlossen habe. Die den Wiesen vortheilhafte Bewässerung sei nun nicht mehr möglich und dadurch die Ertragsfähigkeit derselben sehr beeinträchtigt. —

Die Eisenbahngesellschaft beantragte Zurückweisung der geltend gemachten Ansprüche. Sie führte aus, daß die Ueberschwemmungen, welche bei einer bestimmten Pegel-Höhe eingetreten seien dem fraglichen Terrain großen Schaden zugefügt hätten, namentlich stellenweise der Boden abgespült und Sand aufgetrieben sei. Uebrigens könne auch gegenwärtig noch bei einer entsprechenden Wasser-Höhe durch die Oeffnungen des Eisenbahndammes, die nur einstweilen geschlossen worden, der Polder überschwemmt werden.

Jedenfalls werde aber die vermeintliche Beeinträchtigung durch den Vortheil des Deichschutzes ausgeglichen, der namentlich dem Ackerlande, welches mehr als die Hälfte des Eigenthums der Stadt Neuß ausmache, zu Gute kommen. Was die Erhöhung des Erstdeiches angehe, so sei dadurch der Stadt Neuß nicht der mindeste Schaden zugefügt. Die Schleußen hätten nicht den Zweck, das Wasser nach Belieben auf die Wiesen einzulassen, sondern dienten nur dazu, das übergetretene Hochwasser aus den niedrigen Lagen wiederabzuführen. Die Ertragsfähigkeit und der Werth der Wiesen habe keinerlei Einbuße erlitten.

Durch Urtheil vom 21. Juni 1874 verordnete das Landgericht zu Düsseldorf eine Expertise darüber:

„Ob die Anlagen der Eisenbahngesellschaft verhindere, daß das Wasser des Rheines und des Erst-Kanals auf den sog. Polder resp. das fragliche Terrain der Stadt Neuß trete, ob die Ueberschwemmung desselben den Grundstücken vortheilhaft oder schädlich gewesen, ob namentlich früher theilweise Versandung und Ausspül-

ung stattgefunden, ob letztere Uebelstände in Folge der Eisenbahn-Anlagen jetzt beseitigt seien, zu welcher Geldsumme eventuell die Entwerthung des Polders anzuschlagen sei?“

Die Eisenbahngesellschaft appellirte und machte nunmehr geltend, daß es sich untergebens nicht um eine nach den Grundsätzen über Vorfluths-Verhältnisse oder über widerrechtliche Schadenszufügungen zum Ersatze verpflichtende Anlage handele, sondern lediglich um eine im öffentlichen Interesse nicht bloß concessionirte, sondern landespolizeilich angeordnete Regulirung der Hochfluths-Verhältnisse im Inundationsgebiete des Rheinstromes, in Folge deren ein angeblich mit den früheren häufigen Ueberschwemmungen verbundener Vortheil cessire. Auf solche Vortheile habe Niemand rechtlichen Anspruch. Dieselben seien precärer Natur, nämlich von der Fortdauer der Hochfluth-Profile des Stromes, welche der Staat als Wächter der öffentlichen Interessen zu reguliren habe, abhängig. —

Die Stadt Neuß entgegnete, daß es sich hier nicht um eine im öffentlichen Interesse getroffene Maßregel, sondern um eine lediglich das Privat-Interesse der Eisenbahn berührende Anlage handle. Diese allein habe auch den Leitdeich auf ihre Kosten zu erhalten und zu unterhalten. Concession der Regierung beseitige nicht die aus den Gesetzen über Expropriation folgende Entschädigungspflicht. Durch die Anlegung des Eisenbahndammes werde der Polder von der fruchtbringenden Ueberschwemmung abgeschnitten und gerade das nützliche Wasser abgehalten. Allerdings möge der Stadt Neuß kein Privatrecht auf die Ueberschwemmungen in dem Sinne zugestanden haben, als sie gerichtlich nicht erzwingen könne, daß der Rhein die Ueberschwemmung mache, sie habe aber ein Privatrecht auf ungestörten Besitz ihres Privateigenthums überhaupt und mit den ihm von der Natur gewährten Vortheilen. Sie, die Stadt Neuß sei expropriirt von der Eisenbahngesellschaft, letztere also entschädigungspflichtig und dazu gehöre der Ersatz des Minderwerthes der Restflächen.

Die Stadt Neuß beantragte hiernach Verwerfung der Be-

rufung und ferner — nöthigenfalls auf Incidentberufung — Erweiterung der Expertise darüber:

„ob nicht durch die Anlagen der Eisenbahn veranlaßt werde, daß das zeitweise auftretende Grundwasser langsamer ablaufe und sich verlaufe, und welche Entschädigung dafür, ihr gebühre?

welcher Nachtheil für dieselbe dadurch entstehe, daß in ihrem Interesse, die Schleußen im städtischen Deiche geschlossen gehalten werden mußten und wie hoch dieser Nachtheil in Geld anzuschlagen sei?“

Durch Urtheil vom 24. Mai 1879 wies der Appellhof zu Köln die Entscheidungsansprüche der Stadt Neuß wegen Entwerthung ihres im sog. Polder gelegene Wiesen und Ackerlandes durch Abschließen des Polders als ungerechtfertigt zurück. In den Gründen wird ausgeführt:

„Die von der Eisenbahn vorgenommene Anlegung des Leitdeiches und Erhöhung des Erst-Canaldammes resp. die hierdurch in Verbindung mit der Bahn und dem Nordcanal bewirkte Eindeichung des ganzen Polders sei nach dem vorliegenden Berichte der Regierung zu Düsseldorf vom 12. Februar 1869 von dieser letzteren als Landespolizeibehörde behufs Regulirung der Hochfluthverhältnisse des Rheinstromes, sowie zum Schutze des im Polder gelegenen Culturlandes gegen die Verwüstungen des Hochwassers angeordnet worden. Andererseits seien die zeitweise Ueberschwemmungen mit Rheinwasser, welche früher dem im Polder eingeschlossenen Wiesen- und Ackercomplexe der Stadt Neuß fruchtbaren Schlammboden zugeführt haben sollten, lediglich zufällige, von der Natur gebotene Vorthteile, auf welche der Stadt Neuß ein Recht niemals zugestanden habe. Daher würde, wenn derselbe derartige Vorthteile durch die gegnerischen, von der zuständigen Behörde im Interesse nicht bloß der Bahn, sondern sämtlicher Grundstücke des Polders angeordneten Bauten entzogen sein sollten, hierdurch eine Entschädigungsverbindlichkeit der Eisenbahn, abgesehen von dem untergebens nicht anwendbaren Artikel 640 Code civil, weder aus Art. 1382 Code civil, noch sonstwie begründet sein, u. s. w.“ —

Der hiergegen von der Stadt Neuß ergriffene Cassationsrecurs wurde am 28. Mai 1880 verworfen.

Die Motive lauten:

J. E., daß die Begründung des streitigen Anspruchs voraussetzt, daß durch die Anlagen der Cassationsverklagten ein zu Gunsten der Cassationsklägerin bestehender rechtlicher Zustand verlegt sei;

daß diese Voraussetzung nicht vorliegt;

daß zufolge gesetzlicher Bestimmungen die öffentlichen Flüsse im Eigenthum des Staates stehen und die Königl. Regierung zu Düsseldorf als Landes-Polizei-Behörde berechtigt war, die Hochfluth-Verhältnisse des Rheines auf der hier fraglichen Strecke unter Berücksichtigung der verschiedenen, dabei in Betracht kommenden örtlichen Interessen zu reguliren;

daß nach der thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters die fraglichen Deich- resp. Damm-Anlage von der genannten Regierung zu jenem Zwecke und zwar nicht bloß im Interesse der Bahn, sondern zum Schutze des ganzen im Polder gelegenen Culturlandes, wozu auch die Grundstücke der Cassationsklägerin gehören, angeordnet worden ist, dem gegenüber aber von einem Rechte der letzteren auf die Fortdauer des früheren Zustandes nicht die Rede sein kann;

daß der Appellationsrichter weiter ohne Rechtsirrhum davon ausgeht, daß die zeitweisen Ueberschwemmungen mit Rheinwasser, welche den im Polder eingeschlossenen Wiesen der Cassationsklägerin fruchtbaren Schlamm Boden zugeführt haben sollen, als zufällige, durch Naturereignisse bewirkte Vortheile anzusehen sind;

daß bezüglich dieser daher die Annahme, daß es sich um ein Recht des Privateigenthums handle, begrifflich ausgeschlossen erscheint, wie denn auch der Artikel 684 Cod. civ. hier keine Anwendung findet;

daß, wenn demnach der Appellationsrichter angenommen hat, daß der Cassationsklägerin für die Entziehung jener Ueberschwemmungen ein Schadensersatz-Anspruch gegen die Cassationsverklagte nicht zustehet, damit weder die Artikel 1382 und 1384

Cod. civ., noch sonst eine der in der Recurschrift hervorgehobenen Gesetzes-Bestimmungen verletzt worden;

J. C., daß der Appellationsrichter den Entschädigungsanspruch der auf die behauptete Stauung des Grundwassers gestützt war, als nicht substantiirt zurückgewiesen hat, weil es an jeder bestimmten thatfächlichen Articulation, welche als Grundlage für eine Schadens-Ermittelung dienen könne, hier mangle, die Klüge der Recurschrift aber, daß das angegriffene Erkenntniß rechtsirrhümlich annahm, daß die Ersakpflicht hier auf den positiven Schaden mit Ausschluß des *lucrum cessans* zu beschränken sei, aus der bezüglichen Erwägung sich nicht begründen läßt;

daß, wenn der Appellationsrichter endlich erwägt, daß die Beschwerde bezüglich der Schließung der Durchlässe im Erstdeiche durch das bisherige, d. h. das im Vorhergehenden betreffs der Stauung des Grundwassers Ausgeführte sich erledige, derselbe hierbei thatfächlich davon ausgeht, daß durch jene Schließung gerade der behauptete Nachtheil der Stauung herbeigeführt werde, daher, was in dieser Beziehung gesagt worden, auch hier Platz greife, und dem gegenüber die Klüge der Recurschrift, daß ein Mangel an Begründung vorliege, weil der fragliche Beweisatz eine selbstständige Bedeutung habe, daher auch vom Appellationsrichter selbstständig zu beurtheilen gewesen sei, der erforderlichen näheren Motivirung entbehrt.“ —

XXII. Eisenbahn. — Frachtgeschäft. — Transport in unbedeckten Wagen.

Die reglementsmäßige Ausschließung der Haftpflicht der Eisenbahnen für die mit dem Transport in unbedeckten Wagen verbundene Gefahr wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Bahn freiwillig einen bedeckten Wagen zum Transport verwendet. —

II. Civ. S., Erf. 18. Nov. 1879 in Sachen Cahn gegen Rheinische Eisenbahngesellschaft.

Die Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft übernahm mit Frachtbrief vom 17. Juli 1875 für den Kaufmann Cahn in Cöln den

Transport von 50 Säcken Weizenmehl von Neuß nach Cöln. Bei der Ankunft stellte sich heraus, daß das Frachtgut zum Theil durchnäßt und beschädigt war. Die demnächst von Cahn gegen die Eisenbahngesellschaft angestellte Schadensklage wurde darauf gestützt, daß der Schaden durch die schlechte Beschaffenheit des Waggons herbeigeführt worden, welcher auch gleich nach dem Unfall außer Dienst gestellt worden sei. Die Beklagte excipirte: „daß Mehl zu denjenigen Gütern gehöre, welche nach dem Tarif in unbedeckten Wagen transportirt werden dürften, daß Kläger in dem Frachtbriefe die Verwendung eines bedeckten Waggons nicht verlangt habe, weshalb sie gemäß Art. 424, Nr. 1 H. G. B. und § 67, Nr. 3 des Betriebsreglements nicht für die Gefahr hafte, welche mit dem Transport in unbedeckten Wagen verbunden sei. Zu dieser Gefahr gehöre auch das Naßwerden in Folge Regens.“ — Das Handelsgericht Cöln ließ durch Interlocut vom 27. Septbr. 1876 den Kläger zu dem offerirten Beweise darüber zu:

„daß der fragliche Wagen ganz defect gewesen sei, den Regen durchgelassen habe und von der Beklagten bald nachher außer Dienst gestellt worden sei.“

In den Gründen wird betont, daß, wenn auch die Beklagte reglementsmäßig für die mit dem Transport in unbedeckten Wagen verbundene Gefahr nicht hafte, sie doch nicht frei sei von der Haft für die Gefahr des Naßwerdens der in unbedeckten Wagen transportirten Güter, vielmehr, in welcher Weise auch der Transport geschehe, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren habe, und daß sie deshalb gehalten gewesen sei, wie es auch ihrerseits zu geschehen pflege, das fragliche Mehl durch eine Wagendecke gegen die Einflüsse der Witterung zu schützen.

Auf Grund der stattgehabten Beweiserhebungen wurde die Beklagte am 23. Jan. 1879 der Klage gemäß verurtheilt. Das Reichsgericht vernichtete auf eingelegten Cassationsrecurs dieses Urtheil und wies die Klage ab, indem es erwog:

„S. E., daß der fragliche Schaden durch das Eindringen von Feuchtigkeit in das Frachtgut entstanden ist; daß in dem Frachtvertrage nach der Feststellung des Vorbescheides vom 27.

September 1876 bedungen, resp. gemäß § 67. Nr. 2 des Betriebsreglements als bedungen anzusehen ist, daß die Bahnverwaltung befugt sei, das Frachtgut in unbedeckten Wagen zu transportiren und für den, aus der mit dem Transport verbundenen Gefahr entstandenen Schaden gemäß Art. 424, Nr. 1, H. G. B. nicht hafte;

daß zu der mit dem Transport in unbedeckten Wagen verbundenen Gefahr auch das Eindringen von Feuchtigkeit aus der Atmosphäre gehört;

daß der gedachte Vorbescheid von der rechtlichen Annahme ausgeht, die Bahnverwaltung sei vermöge der ihr obliegenden Sorgfalt verpflichtet gewesen, das Frachtgut auch bei dem Transport in unbedeckten Wagen gegen die Einflüsse der Witterung durch eine Decke zu schützen;

daß aber eben darin, daß die Bahnverwaltung befugt war, das Gut in unbedeckten Wagen zu transportiren und für den aus der Gefahr dieser Transportart entstandenen Schaden nicht verhaftet war, zugleich enthalten ist, daß ihr eine Verpflichtung für die Abwendung dieser Gefahr zu sorgen, nicht oblag;

daß aus der Feststellung des angefochtenen Erkenntnisses sich ergibt, daß der Transport in einem bedeckten Wagen erfolgt ist;

daß zwar der Wortlaut des Art. 424, Nr. 1 H. G. B. und ebenso derjenige des § 67, Nr. 2 des Betr. Regl. nur den Fall trifft, daß die Güter nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedeckten Wagen transportirt werden, daß aber, weil derjenige, welcher einen Anderen ohne Verpflichtung etwas leistet, für die Mängel seiner Leistung ohne Hinzutritt eines anderweitigen Verpflichtungsgrundes nicht verhaftet sein kann, der daselbst zugelassenen Haftbefreiungsgrund auch auf den Fall erstreckt werden muß, daß die in bedeckten Wagen transportirten Güter nach Vereinbarung mit dem Absender in unbedeckten Wagen transportirt werden dürften;

daß, da der geltend gemachte Schaden durch das Eindringen von Feuchtigkeit aus der Atmosphäre entstanden sein kann, gemäß Abs. 2 des Art. 424 bis zum Beweise des Gegentheils

vermuthet werden muß, daß derselbe aus dieser Gefahr wirklich entstanden ist;

daß somit der Kläger zur Begründung seines Ersatzanspruchs entweder die Entstehung des Schadens aus einer anderen Ursache oder gemäß Art. 424, Abj. 3 ein ursächliches Verschulden der Bahnverwaltung oder ihrer Leute zu erweisen hatte;

daß das angefochtene Erkenntniß zwar aus den aufgenommenen Beweisen entnimmt, daß der Schaden durch eine Schuld der Beklagten entstanden sei, diese Annahme aber gründet auf die alternative Feststellung, daß das Gut verladen sei entweder in einem nassen Wagen oder in einem defecten Wagen, der das Wasser durchgelassen habe und daß der zweite Theil dieser Alternative nach den Umständen des Falls von einer schadhaften Beschaffenheit der Wagendecke zu verstehen ist;

daß, da die Bahnverwaltung nicht verpflichtet war, für eine Bedeckung des Frachtgutes zu sorgen, ihr auch der Umstand, daß der von ihr zu dem Transport verwendete Wagen in Folge der Schadhaftheit seiner Decke gegen die Einflüsse der Witterung keinen genügenden Schutz gewährt hat, nicht als Verschulden angerechnet werden kann;

daß die jetzige Ausführung des Klägers und Cassationsbeklagten, daß durch die Schadhaftheit der Decke eine Vergrößerung der mit dem Transporte in unbedeckten Wagen verknüpften Gefahren herbeigeführt worden sei, in den festgestellten Beweisergebnissen keine Bestätigung findet;

daß hiernach das angefochtene Erkenntniß auch dadurch, daß es den Klageanspruch durch die zweite Alternative seiner Feststellung für begründet erachtet, gegen die angeführten Bestimmungen des Art. 424 H. G. B. verstößt; daß dasselbe somit zu vernichten ist;

J. G. zur Sache selbst:

daß bei dem vorliegenden alternativen Beweisergebnisse, da die eine Alternative desselben zu der Begründung des Klageanspruchs nicht ausreicht, der dem Kläger obliegende Beweis überhaupt verfehlt ist.“

XXIII. Verjährung. — Strafthat. — Civilklage. —

Wenn die im Civilwege erhobene Schadensklage keine andere selbständige Grundlage hat und haben kann, als den Thatbestand des Vergehens, so ist nach Art. XII. § 1 des Einf. Ges. zum Preuß. Strafgesetzbuche von 1851 die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung schlechthin ausgeschlossen. Ist daher eine strafrechtliche Verfolgung durch den Ablauf der im § 67 St. G. B. bestimmten Verjährungsfrist nicht mehr zulässig, so ist auch die Civilklage verjährt.

Erk. 7. Jan. 1880, II. Civ. S. in Sachen S. gg. Dr. K.

In dem gegebenen Falle war die auf Betreiben der Staatsanwaltschaft gegen Dr. S. wegen fahrlässiger Verursachung der syphilitischen Vergiftung des 9^{1/2} Jahre alten Sohnes des S. gelegentlich dessen Impfung durch rechtskräftigen Beschluß der Rathskammer eingestellt und demnächst v. S. gestützt auf dasselbe Sachverhältniß, die Civilklage gegen Dr. S. auf Ersatz der aufgewendeten Curkosten erhoben werden. —

C. Badische Jurisprudenz.

XXXII—XL. mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinsheimer
in Karlsruhe.)

XXXII. Ehenichtigkeit wegen Irrthums in der Person.

(Schwangerschaft der Braut Seitens eines andern Mannes.)

L.N.S. 180 Abf. 2.

(Urtheil des Oberlandesgerichts I. Civ.-Sen. v. 26. Mai 1880 in Sachen
R. gegen R.)

„Ueber die Auslegung des Art. 180 Abf. 2 des C. c., d. h. über die Frage, was unter dem hier genannten Irrthum in der Person zu verstehen sei, herrscht in Frankreich sehr viel Streit. Sicher ist zunächst nur so viel, daß das französische Recht auch hier, wie in anderen einschlägigen Materien, die von dem badischen Gesetzgeber an einzelnen Stellen insbesondere in § 10 der Eheordnung vom 15. Juli 1807*) festgehaltene Unterscheidung des römischen Rechts zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht angenommen hat, so daß es in dieser Beziehung auf die Art des Irrthums über die Person weiter nicht ankommt, und dieselbe nur eine nicht rechtliche, sondern bloß factische Bedeutung unter Umständen rücksichtlich der hier streitigen Frage haben kann, welche unten noch zur Sprache gebracht werden wird. Im Allgemeinen lassen sich die Ausleger der fraglichen Gesetzesbestimmung in zwei Klassen unterscheiden,

*) Aufgehoben durch das Gesetz vom 21. Dezember 1869 über Standes-
beurkundung.

Vgl. über die frühere Praxis Annalen der badischen Gerichte XIII
281, XXVI. 84, XXXV. 370. XLI. 8.

von denen die eine Zachariä Bd. III. § 467. S. 60 Note 3. Buchelt Zeitschrift II. S. 439 IX. S. 337—375 und vor Allem wieder neuerdings Laurent II. Nr. 290—298 unter l'erreur dans la personne des Art. 180 nur den Irrthum über die physische Person, die andern aber vorzugsweise Marcadé Art. 180 III. IV. V. Demolombe II. pag. 148 unter l'erreur dans la personne l'erreur sur les qualités principales et essentielles versteht. Aubry u. Rau V § 462 Note 6 wollen zwar den von dem Gesetze gebrauchten Ausdruck einerseits über den bloßen Irrthum hinsichtlich der physischen Person ausdehnen, anderseits aber wieder auf den Irrthum über die personne civile ou sociale beschränken. Zu dieser Einschränkung liegt aber, wenn überhaupt die ausdehnende Gesetzesauslegung gerechtfertigt ist, jedenfalls kein Grund vor, denn es leuchtet ohne Weiteres ein, daß der Irrthum eines Eheschließenden über gewisse bei dem anderen Etheil nothwendiger Weise vorausgesetzte Eigenschaften das Wesen der Ehe wird ebenso oder sogar noch vielmehr gefährden und in Frage stellen können, als ein Irrthum über den bürgerlichen Stand oder die soziale Lebensstellung des anderen Etheils, was insbesondere von dem hier in Frage stehenden Irrthum gilt.

Die Ansicht der genannten zweiten Klasse theilen insbesondere auch Behaghel Landrecht I. S. 156, Stabel Institut. S. 60, der Letztere mit den Worten, daß ein Ehegatte, der in den gerechten Voraussetzungen über die Eigenschaft der Person schwer getäuscht worden ist, nicht zur Fortsetzung der Ehe verurtheilt sein dürfe, daß aber die Grenze dieser Voraussetzung auf solche Eigenschaften beschränkt werden müsse, deren Mangel jeden sittlichen und ehrenhaften Menschen von der Einwilligung zur Ehe abgehalten haben würde, oder den Zweck der Ehe geradezu vereitle, ferner Annalen 35 S. 372—374, während nach Annalen 41 Seite 8 fgde. unter dem Irrthum in der Person nur der Irrthum über die physische, oder bürgerliche Person, oder zugleich über beide, verstanden werden soll.

Allgemein wird dabei anerkannt, daß die Discussionen über die Absicht des Gesetzgebers kein genügendes Licht für die zu entscheidende Frage verbreiten.

Der Gerichtshof hat sich nach Erwägung der für die beiden großen Klassen von Ansichten sprechenden Gründe der von Marcadé und Demolombe vorzugsweise begründeten Ansicht angeschlossen und bezieht sich im Allgemeinen auf deren Ausführungen.

Die Beschränkung auf die physische Person bei dem Irrthum des Art. 180 C. c. würde zur nothwendigen Voraussetzung die Annahme der Möglichkeit haben, daß derselbe Gesetzgeber, welcher durch eine neue Regelung der Form der Eheabschließung den Irrthum über die physische Person, welcher bei der Eheabschließung des früheren französischen Rechts durch Stellvertretung so leicht vorkommen konnte und so vielfach vorkam, nahezu zur faktischen Unmöglichkeit gemacht hat, sich auf die Wiederholung einer Vorschrift des früheren Rechts, deren Voraussetzung grade die leicht eintretende Möglichkeit des Irrthums über die physische Person ist, lediglich beschränkte.

Das ältere französische Recht stand auf dem Boden des canonischen Rechts, welches die Auflösung der Ehe nicht wegen Irrthums in den persönlichen Eigenschaften, sondern nur wegen Irrthums über die Identität (und den freien Stand) der Person zuläßt. Hat sich der französische Gesetzgeber auch bezüglich der von ihm normirten Ehehindernisse meistens an das ältere Recht angeschlossen, so ließ sich derselbe doch, wie z. B. die Zulassung der Ehescheidung aus bestimmter Ursache und auf wechselseitige Einwilligung, überhaupt die Wahrung des bürgerlichen Characters der Ehe beweist (Zachariä III. § 450), bei Gestaltung der Ehegesetzgebung von viel freieren, den Bedürfnissen des modernen Lebens sich anschließenden Anschauungen leiten.

Es kann von diesem Gesetzgeber sicherlich nicht unterstellt werden, daß er in der hier zu entscheidenden Frage lediglich eine Wiederholung des — von ihm zu dem durch seine Gesetzgebung selbst des factischen Bodens beraubten — canonischen Rechtes beabsichtigt, und alle jene Gesichtspuncte, welche in der fraglichen Richtung trotz des entgegenstehenden Wortlautes des canonischen Rechts sich in der Rechtsprechung des gemeinen Rechts Anerkennung errungen haben (Seuffert Archiv VI. S. 282—284. X

Nr. 175. XII. Nr. 36. XVI. Nr. 51), als von seiner Berücksichtigung ausgeschlossen erachtet hätte, obgleich sie, wie die Discussionen zeigen, nicht unbeachtet blieben und nur eine specielle gesetzliche Würdigung nicht erfahren haben.

Es muß hiernach (vgl. L.R.S. 4a) der Ausspruch Brauers Bd. V. 1 405. S. 154) in der Lage der streitigen Frage wohl gerechtfertigt erscheinen, daß der Code Napoléon die vernichtende Wirkung des Irrthums auf die Ehe angenommen, ihre nähere Bestimmung aber aus der Natur der Sache zu finden, dem Richter überlassen habe. Diese Ansicht führt, wie der in ähnlicher Allgemeinheit dastehende L.R.S. 231 und die erwähnte Rechtsprechung des gemeinen Rechts beweist, keineswegs das Prinzip richterlicher Willkür in das Rechtsleben ein.

Der Wortlaut des Gesetzes steht einer ausdehnenden Auslegung, nicht entgegen; derselbe gibt nicht zu erkennen, daß der Gesetzgeber mit seiner Bestimmung nur einen Irrthum, der sich auf die ganze Person erstreckte, treffen wollte. Der Gesetzgeber kann an der fraglichen Stelle an die Person nur in ihrer Beziehung zur Ehe, um deren Aufrechterhaltung oder Annullirung es sich ja handelt, gedacht haben.

Die Person besteht aber aus einer Summe von physischen und geistigen (moralischen) Eigenschaften, von denen einzelne für das Wesen der Ehe von solcher Wichtigkeit sich darstellen, daß ihr Mangel, indem er die Erreichung des Zweckes der Ehe zur Unmöglichkeit macht, auch das Wesen der Ehe im einzelnen Falle gar nicht zur Existenz gelangen läßt. Sowie die Ehe eine gewisse physische und geistige (moralische) Integrität absolut nothwendig voraussetzt, kann auch beim Mangel der entsprechenden physischen und geistigen Eigenschaften schlechterdings nicht unterstellt werden, daß der eine Theil, welcher dem andern das Wesen der Ehe zu erfüllen befähigt und bereit ist, diesen anderen Theil zur Ehe genommen hätte, wenn er gewußt hätte, daß diesem die Fähigkeit zur gleichen Erfüllung abgeht. Es handelt sich hier nicht um einen Irrthum in den Motiven des Eheschlusses, sondern über das Wesen der Sache in der beiderseits entgegenzubringenden und gegenseitig auszutauschenden ganzen Persönlichkeit-

Ein Irrthum in Betreff solcher zum Wesen der Ehe gehörender Eigenschaften des anderen Eheheils muß daher in der Sprache des L.R.G. 180 Absatz 2 ebenfalls als Irrthum in der Person erscheinen. Die Auslegung, welche als solchen nur den Irrthum über den bürgerlichen Stand noch anerkennen will, führt zu dem unannehmbaren Ergebnisse, daß sie die Ungültigkeit der Ehe wegen physischer oder moralischer Mängel versagen muß, welche für die Erreichung des Ehezweckes unendlich gewichtiger sein können, als das Fehlen des unterstellten bürgerlichen Standes.

Betrachtet man nun den von dem Kläger geltend gemachten Ungültigkeitsgrund unter dem rechtlichen Gesichtspuncte, wie ihn die hier adoptirte Auffassung des Gesetzes mit sich bringt, so muß derselbe, wie dies auch in dem gemeinen Rechte der Fall ist, durch den L.R.G. 180 als gerechtfertigt erachtet werden. Abgesehen davon, daß in dem von dem Kläger behaupteten Falle der physische Zweck der Ehe in der Erzielung ehelicher Nachkommenschaft, wenigstens bis nach der Niederkunft der Ehegattin, unmöglich ist, widerspricht es dem moralischen Wesen der Ehe und deren Heiligkeit, daß ein Mann, welcher in der vorliegenden Art von dem anderen Theile getäuscht worden ist, zur Fortsetzung der Ehe mit diesem gezwungen sein solle, während doch sicherlich jeder sittliche und ehrenhafte Mann, wenn er gewußt hätte, daß seine Braut von einem Dritten schwanger ist, mit dieser Person die Ehe nicht eingegangen hätte. Es ist unmöglich, daß bei einem solchen Verhältnisse jene das ganze Leben der Ehegatten durchdringende physische und geistige Gemeinschaft ihrer Person eintrete, in welcher schon das römische Recht das Wesen der Ehe erkannt hat. Die bezügliche positive Vorschrift der Eheordnung erscheint als eine richtige Folgerung aus demselben auch von dem französischen Gesetzgeber angenommenen und nur im Allgemeinen ausgesprochenen Principe und ist daher auch jetzt noch, nachdem die Eheordnung die Gesetzeskraft verloren hat, von hohem Werthe für die Auslegung und Anwendung der streitigen Gesetzesstelle; daß sich auf diese derjenige nicht berufen kann, der beim Eheabschlusse gewußt hat, daß seine Braut von einem Dritten schwanger ist, versteht sich von selbst; dasselbe muß aber auch von dem-

jenigen gelten, der zu erkennen gibt, daß er auf den fraglichen Umstand keinen Werth legt, daß er ihn nicht abhalten werde, dennoch die Ehe mit der betreffenden Frauensperson einzugehen; denn die Parteien sind auch hier, wie in den Verträgen überhaupt, soweit es sich nicht um eine absolute im öffentlichen Interesse des Staats aufgestellte Nichtigkeit handelt, berechtigt, den Kreis ihrer Anforderungen an den andern Eheheil weiter oder enger zu ziehen, und sie können sich nicht als verlegt erklären, daß bei diesem Mängel vorhanden sind, von denen sie zu erkennen gegeben haben, daß sie denselben einen Einfluß auf ihre Willensentschließung rücksichtlich des Eheabschlusses mit der bestimmten Person nicht einräumen.“

XXXIII. Väterliche Vermögensverwaltung.

Der Vater als Vermögensverwalter ist nicht Vormund und trifft insbesondere das gesetzliche Pfandrecht des L.R.G. 2121 nicht zu.

L.R.G. 389.

Zeitschrift I. 354. III. 10,

(Urtheil des Oberlandesgerichts III. Civ.-Sen. vom 2. Juli 1880: i. S. Mez geg. Kurz.).

„Die herrschende Ansicht der neuern Ausleger des französischen Civilrechts geht dahin, daß der Vater, welcher nach L.R.G. 389 während bestehender Ehe Verwalter alles Vermögens ist, welches seinen minderjährigen Kindern zugehört, nicht als Vormund zu betrachten, daher auch nicht allen für die Verwaltung eines Vormunds festgesetzten Beschränkung unterworfen ist. Der Umstand, daß der L.R.G. 389 sich in dem Abschnitte mit der Gesammtüberschrift: „von der Vormundschaft der Eltern“ befindet, kann um so weniger für eine gegentheilige Ansicht von Erheblichkeit sein, als der folgende L.R.G. 390 bestimmt, daß im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten die Vormundschaft über die minderjährigen Kinder dem überlebenden Ehegatten kraft Gesetzes zufällt; wäre der Ehemann schon zuvor Vormund gewesen, so könnte ihm die

Vormundschaft nicht erst nach dem Tode der Frau zu fallen. Die Meinungsverschiedenheiten der Interpretatoren drehen sich hauptsächlich nur um die Frage, in wie weit die Bestimmungen über die Vermögeverwaltung eines Vormunds auf die Verwaltung durch den Vater analog anzuwenden sind.

(Vergl. die ausführliche Aufzählung der Literatur in Buchelt's Zeitschrift I. S. 354 ff.)

Aber selbst diejenigen neueren Schriftsteller, welche in der Beschränkung der freien Verwaltung des Vaters am weitesten gehen (wie Behaghel bad. bürgerl. Recht S. 191), schließen doch die Anwendbarkeit des Unterpfandsrechts des L.R.S. 2121 auf die Verwaltung des Vaters während Lebzeiten seiner Ehefrau aus. Die singulären und für dritte Gläubiger gefährlichen Bestimmungen über Unterpfandsrechte, welche keines Eintrags bedürfen (L.R.S. 2135) sind strictissimae interpretationis und können keine analoge Ausdehnung finden.

Daß auch die Absicht der badischen Gesetzgebung bei der Fassung des Art. VIII. des I. Einf. Edicts zum Landrecht nur dahin ging, das Rücksetzungsrecht der Eltern über das 18. Lebensjahr der Kinder zu erstrecken, aber keineswegs in der Eigenschaft des das Vermögen verwaltenden Vaters eine Aenderung eintreten zu lassen, unterliegt keinem Zweifel und kann auf den gebrauchten Ausdruck „vormundschaftliche Verwaltung“ kein Gewicht gelegt werden, da solcher offenbar nur mit Rücksicht auf die bereits oben berührte Analogie zur Anwendung kam.

Damit stimmt auch die Praxis der badischen Gerichte und Verwaltungsbehörden überein; wäre der Vater wirklicher Vormund, so müßte auch ein Gegenvormund bestellt werden, was jedoch (abgesehen von einem tutor ad hoc in gewissen Collisionsfällen) bei Lebzeiten der Ehefrau nicht geschieht.“

Der Gesetzgeber fand während bestehender Ehe in der zu unterzustellenden Liebe beider Elterntheile gegen die Kinder eine genügende Garantie. Buchelt Zeitschrift III S. 10 ff.*)

XXXIV. Zur Auslegung des L.R.S. 663.

(Urtheil des Oberlandesgerichts II Civ.-Sen. vom 15. Juni 1880. i. S. Bohrmann geg. Feudenheim.)

„L.R.S. 663 bezieht sich ausschließlich auf Städte und Vorstädte, und ist wie auch die Entscheidungsgründe des Untergerichts ausführen, demgemäß auf Orte, denen eine dieser beiden Eigenschaften nicht zukommt, nicht auszudehnen. Vgl. Laurent VII Nr. 498. Es entstände sonach die Frage, ob Feudenheim als Stadt, bezw. Vorstadt zu betrachten ist, oder nicht.

Während in Frankreich das öffentliche Recht einen Unterschied zwischen Stadt- und Landgemeinden nicht statuiert hat, und es deßhalb, nach der Mehrzahl der Schriftsteller, in jedem einzelnen Falle Sache der richterlichen Beurtheilung ist, zu entscheiden, ob ein Ort als Stadt, bezw. Vorstadt im Sinne des Art. 663 anzusehen sei, oder nicht, (Laurent, VII Nr. 497. Aubry & Rau, II, § 200. Duranton, V Nr. 319. Demolombe, XI. Nr. 378 Zachariae-Puchelt, § 240) ist in den deutschen Staaten, und so auch in Baden, der Unterschied zwischen Stadt und Dorf nicht bloß ein sprachbegrifflicher, sondern ein in langer historischer Entwickelung entstandener, im jetzigen öffentlichen Recht noch nicht aufgegebener und darum heutzutage noch gesetzlicher Unterschied.

Es ist zwar speciell in der badischen Gemeindeverfassung, wie sie heute besteht, die staatsrechtliche Trennung der Gemeinden in Stadt- und Landgemeinden, obwohl sie in § 1 der Gem.-Ord. noch aufrecht erhalten ist, von kaum kennbarer Tragweite, (Wielandt, bad. Gem. R. Ziff. 2 zu § 1 der Gem.-Ord.) und es mußte sich daher fragen, ob auf diesen rechtlich und thatsächlich fast bedeutungslosen Unterschied im Sinne des Gesetzgebers abzuheben ist, wenn es sich um die Anwendung des L. R. S. 663 im einzelnen Falle handelt. — Diese Frage wäre schwerlich zu bejahen.

Der Gesetzgeber hat muthmaßlich einen andern, und zwar durchgreifenderen Unterschied zwischen den verschiedenen Ortschaften im Auge gehabt, als die erwähnte, nur noch auf einzelnen zu-

Sammenhangslosen Puncten beruhende Eintheilung unserer jetzigen Gemeindeverfassung in Stadt- und Landgemeinden.

Welcher Art dieser Unterschied ist, ergibt sich aus den Motiven, die den Gesetzgeber zu der Bestimmung des Art. 663 veranlaßten. Sie ist, wie die oben citirten Schriftsteller übereinstimmend annehmen, mit Rücksicht darauf getroffen, daß in denjenigen Orten, in welchen, wie es im Allgemeinen in Städten und Vorstädten im Gegensatz zu Landorten der Fall ist, die Bevölkerung in größerer Zahl und dichter zusammengedrängt wohnt, und wo zugleich, in Folge einer entwickelten gewerblichen oder Handelsthätigkeit der Bevölkerung, gegenüber der überwiegend landwirthschaftlichen Beschäftigung in Landorten, ein größerer Werth an beweglichen Gütern sich findet, die Gefahren für die Sicherheit des Eigenthums sich steigern, dieses letztere somit größeren Schutzes bedarf.

Dieses Schutzbedürfniß ist aber keineswegs untrennbar mit der Eigenschaft als Stadt oder Vorstadt im heutigen öffentlich rechtlichen Sinn verbunden wie es andererseits auch bei einer größeren, dicht bevölkerten, oder eine Anzahl gewerbliche oder commercielle Niederlassungen besitzenden Gemeinde, welche den Namen Dorf trägt, vorhanden sein kann. Der Gesetzgeber will mit den Worten „Stadt“ und „Vorstadt“ dem Richter nur einen Fingerzeig geben, in welchen Fällen er die das Eigenthumsrecht beschränkende Bestimmung des L. R. S. 663 anzuwenden habe. Sie ist nun allerdings stricte zu interpretiren; für diese Auslegung kann aber wohl nicht mehr jene Eintheilung entscheidend sein, die auf einer allmählig bedeutungslos gewordenen öffentlich rechtlichen Unterscheidung beruht; vielmehr muß die Entscheidung dieser Frage, wie in Frankreich seit Geltung des C. N., so auch jetzt bei uns dem richterlichen Ermessen nach den obigen Gesichtspuncten anheimgestellt bleiben.“

XXXV. Handgeschenk. Einwurfspflicht.

In der Hingabe eines Handgeschenkts liegt noch keine Befreiung von der Einwurfspflicht. L. R. S. 843.

(Urtheil des Oberlandesgerichts II. Civ.-Sen. vom 5. März 1880: i. S. Hauck gegen Rostock.)

„Da sich der Beklagte im Besitz der fraglichen Papiere befindet und dieser als Titel gilt, so schützt ihn an und für sich die Bestimmung des L.R.S. 2279 mit allen ihren Wirkungen; es wäre daher allerdings, soferne nicht die Einwurfspflicht in Frage käme, — Sache der Kläger, zu beweisen, daß der Beklagte durch ein besonderes obligatorisches Verhältniß, oder durch eine unrechte That in den Besitz der Staatspapiere gelangt sei. Allein im gegenwärtigen Falle bedarf es dieses Beweises nicht. Die Schenkung ist ein Titel, welcher den Beklagten zur Einwerfung des Geschenktens verpflichtet. L.R.S. 843. Es ist daher die Nachweisung eines andern Titels, welcher ihm die nämliche Pflicht auferlegt, nicht weiter nöthig, vielmehr kömmt lediglich die vom Beklagten geltend gemachte Einwurfsfreiheit in Betracht. Nun geht der Vektore von der Ansicht aus, daß, da ihm der Erblasser die Staatspapiere als ein Handgeschenk überlassen habe, schon aus der Hingabe desselben die Absicht des Schenkgebers abgeleitet werden müsse, daß die Schenkung unter Befreiung von der Einwurfspflicht gegeben worden sei; diese Ansicht ist jedoch im Gesetze nicht begründet. Daß ein Handgeschenk vorliegt, muß zwar nach den Umständen, wie sie behauptet wurden, angenommen werden, und es ist der Ansicht des Unterrichters, daß die Größe der Summe ein solches ausschließe, nicht beizupflichten, da diese den Charakter des Geschenktes zu ändern nicht geeignet ist. (Troplong des donations, Nr. 1042. Demolombe X Nr. 56. 58.)

Handgeschenke unterliegen aber, abgesehen von der Form allen übrigen Regeln der Schenkungen überhaupt, und daher auch der Einwerfung, es sei denn, daß der Schenkgeber den Schenknehmer ausdrücklich oder stillschweigend von der Einwurfspflicht befreit habe.

Zachariae, Frz. Civilrecht § 631. Aubry & Rau VI. Bd. § 632 a. E. Troplong C. c. Nr. 685.

Nach der Bestimmung des L.R.G. 843 geht das Gesetz von der Unterstellung aus, daß der Erblasser, indem er einem Verwandten eine Schenkung gibt, ihn nicht vor den Miterben habe begünstigen wollen; es bedarf daher einer ausdrücklichen Erklärung oder besonderer Umstände, aus denen mit Sicherheit gefolgert werden kann, daß die Schenkung als ein Voraus außer dem Erbtheil des Empfängers gegeben worden sei. Da nun solche Umstände nicht angeführt wurden, oder erkennbar sind, so ist mit Recht dem Beklagten der Beweis der Behauptung der Einwurfsfreiheit aufgegeben worden.“

XXXVI. Strafe der Verheimlichung nach L.R.G. 792. 1477.

Es wird hierzu gefordert, daß der Erbe oder Gemeinschaftsgenosse in bösem Glauben und in der Absicht, seine Miterben oder die Erben des verstorbenen Ehegatten zu benachtheiligen, gehandelt hat.

In diesem Sinne hat das Oberlandesgericht wiederholt entschieden.

Vgl. Annalen der Gerichte XLVI. 50. 131.

XXXVII. Verbotener Erbvertrag.

L.R.G. 1130 Abs. 2.

Bei der Aufnahme in das betreffende Spital hatte der Rechtsvorfahre der Kläger erklärt, er trete dem Spital seine Pension bis zum Betrage von M. 140 jährlich ab ermächtige die Verwaltung zu deren Erhebung und sei damit einverstanden, daß im Falle seines Absterbens im Spital alle seine dort befindliche Habe dem Spitalfond verbleibe und die Beerdigungskosten aus seinem Nachlasse bestritten werden. Nach seinem Tode verlangten die Kläger als die gesetzlichen Erben die Herausgabe des Nachlasses und das Spital wurde zu dessen Herausgabe in beiden Rechtszügen verurtheilt.

Aus den Gründen des Oberlandesgerichts I. Civ.-Sen. vom 5. Juni 1880.

„Zunächst kann darüber kein Zweifel bestehen, daß die oben herausgehobene Erklärung weder eine Schenkung noch eine letztwillige Verfügung enthält, sondern einen Theil des onerosen Vertrags bildet, welchem sie am Schlusse beigefügt ist, und eine weitere Gegenleistung für die übernommene Verpflegung gewähren will. In dieser Auffassung sind sich auch die beiderseitigen Vertreter begegnet und betrifft ihre Meinungsverschiedenheit nur die Frage, ob die erwähnte Vertragsverbindlichkeit gültig und wirksam sei oder nicht. Abgesehen von dem rechtlichen Bedenken, welche gegen diese Vertragsbestimmung aus L.R.S. 1129 und aus L.R.S. 1174 entnommen werden könnten, erscheint dieselbe als unzweifelhaft ungültig und wirkungslos zu Folge der Bestimmung des L.R.S. 1130 Abs. 2, wornach Niemand irgend einen Vertrag über noch unangefallene Erbschaften schließen kann. Dieses Verbot trifft nicht bloß die Verträge über die Verlassenschaft eines Dritten, sondern auch die Verträge, welche den Nachlaß des einen oder des andern Contrahenten, eine Quote desselben oder ein einzelnes Stück daraus zum unmittelbaren Gegenstand haben. Renaud im Magazin für bad. Rechtspflege I. Bd. S. 184. Stabel, Institutionen S. 324. Aubry u. Rau, IV. § 344 S. 318. Demolombe XXIV. Nr. 324. Sirey, 1859, I. 836; 1874 I. 350. Annalen XIV. Beibl. 5. S. 17.

Indem sich der Erblasser damit einverstanden erklärte, daß im Falle seines Absterbens im Spital alle seine dort befindliche Habe dem Spitalfonde verbleibe, hat er nicht über einen gegenwärtigen Besitz, sondern über einen Theil seines dereinstigen Nachlasses verfügt und fällt deßhalb das Geding als ein Erbvertrag unter das Verbot des L.R.S. 1130 Abs. 2. Vgl. L.R.S. 1600. 943.“

XXXVIII. Mehrheit von Rechtsgeschäften im Gegenseitige zu einer zusammengesetzten Verbindlichkeit.

(Urtheil des Oberlandesgerichts I. Civ.-Sen. vom 3. Juni 1880. i. S. Scheffold gegen Mügg u. Deler.)

„Es wurden zwei verschiedene Gegenstände zu ganz verschiedenen Preisen verkauft und in einem solchen Falle liegen sowohl nach römischem, als auch nach französischem Rechte zwei verschiedene von einander unabhängige Rechtsgeschäfte vor, bei welchen sich die Contrahenten zu verschiedenen Leistungen und Gegenleistungen verpflichten und bei welchen, wenn sie auch in einem Acte abgeschlossen worden sein sollten, der Grundsatz der Untheilbarkeit zwischen Gläubiger und Schuldner keine Anwendung findet, weil jedes Geschäft als ein für sich abgeschlossenes zu betrachten ist, während, wenn die Käufe unter Bedingung eines Gesamtpreises abgeschlossen worden wären, beide nur ein untheilbares Ganzes bilden würden und eine sogenannte zusammengesetzte Verbindlichkeit vorliegen würde. Unterholzner, Vertragsverb. I. Nr. 99. Windscheid II. § 255. L. 29. 86. D. de verb. obl. 45. 1. Demolombe Bd. XIII. Nr. 28. 29. Laurent Principes Bd. XVII. Nr. 224.

Die Folge davon ist, daß jede einzelne Verbindlichkeit für sich eingeklagt werden kann, daß also im vorliegenden Fall der Verkäufer die Zahlung der gelieferten einen Sorte Waizen vom Käufer verlangen kann, obgleich er die ebenfalls verkaufte andere Sorte noch nicht geliefert hat, und ohne daß ihm der Käufer die Einrede entgegensetzen könnte, daß es sich um eine untheilbare Verbindlichkeit seitens des Verkäufers handle (L.R.S. 1220) und daß er sich die theilweise Erfüllung so lange nicht gefallen zu lassen und den Kaufpreis für den einen Waizen nicht zu zahlen brauche, bis Verkäufer auch den mitverkauften Waizen ebenfalls geliefert habe (L.R.S. 1244).

Allerdings bleibt es den Parteien überlassen, den Vertrag in der Weise abzuschließen, daß beide Käufe nur ein Rechtsge-

Schäft bilden und ein Kaufvertrag durch den andern bedingt ist, so daß die Erfüllung des einen von der des andern nicht getrennt werden darf, und weder der eine noch der andere Contrahent sich theilweise Erfüllung aufdringen zu lassen braucht. Eine derartige Uebereinkunft muß aber mit bestimmten Worten gefaßt sein, oder die Absicht der Contrahenten klar aus den Umständen hervorgehen.“

XXXIX. Versuch der Compensation mit einer nach Richtigkeit und Umfang bestrittenen Gegenforderung. *)

Urtheil des Oberlandesgerichts II, Civ.-Sen. vom 12. März 1880; i. S. Moos gegen Schultheis.

„Die widersprochene Entschädigungsforderung, welche der liquiden Forderung des Klägers wettschlagend gegenüber gestellt wird, ist von der Art, daß sie zu ihrer Liquidstellung noch weitläufiger Beweisverhandlungen bedürfte. In solchen Fällen aber, wo die Richtigkeit und der Umfang einer Gegenforderung bestritten und nicht leicht zu ermitteln ist, während die Forderung, welche compensirt werden soll, in jeder Beziehung außer Zweifel steht, ist es mit dem Grundsatz der Wettschlagung, daß beide Forderungen gleich liquid sein sollen, und mit dem Geiste des Prozeßrechtes nicht vereinbar, die Entscheidung über die feststehende Forderung in so lange auszusetzen, bis nach längeren Verhandlungen auch über die bestrittene Gegenforderung entschieden werden kann. Es erscheint dann vielmehr die Verweisung der illiquiden Forderung zum besondern Austrag geboten, und zwar um so mehr, wenn, wie im vorliegenden Fall, die Einrede eine Entschädigungsforderung zum Gegenstand hat, welche noch nicht einmal genügend begründet, in quali et quanto widersprochen ist, und von welcher mithin in jeder Richtung, von einer sofortigen

*) Vgl. R.C.P.D. § 136. Abf. 2.

Liquidität oder leichten Liquidmachung nicht die Rede sein kann. (Stabel, Instit. § 157. Zachariae-Puchelt § 326. Anm. 4 u. 5 und die dort angeführte Literatur. Annalen Jahrg. III. S. 281. XXXVIII. S. 140 ff.)

XL. Vermögensabsonderung.

(Urtheil des O.L.G. II. Civ.-Sen. v. 20. Januar 1880 i. S. Adolf gegen Dörfer.

„L.R.S. 217 stellt allgemein den Grundsatz auf, daß eine Frau, selbst wenn sie in völliger Güterabsonderung lebt, ohne daß ihr Ehemann zu dem Rechtsgeschäft selbst mitwirke, oder schriftlich darein willige, nicht schenken, veräußern, oder verpfänden dürfe. Die Einwilligung kann jedoch auch mündlich ertheilt werden, die Schriftlichkeit ist kein absolut wesentliches Erforderniß, es sollte damit nur der Ausschluß des Zeugenbeweises festgestellt werden. Demolombe II. S. 297 Nr. 193. Von jenem allgemeinen Grundsätze werden in L.R.S. 1449 Ausnahmen gestattet, wonach die Frau, welche Vermögensabsonderung erwirkt hat, in die freie Verwaltung ihres Vermögens zurücktritt, und, wie Absatz 2 besagt, über ihre fahrende Habe verfügen und sie veräußern kann. Dieser Absatz 2 soll aber der herrschenden Ansicht nach der Ehefrau kein weiteres Recht einräumen, als die in Absatz 1 gestattete Vermögensverwaltung; es soll damit nur gesagt werden, daß die im Vermögen abge sonderte Frau zum Zwecke der Verwaltung ihres Vermögens über ihre fahrende Habe soll verfügen, sie veräußern dürfen. Unter „Verfügen“ ist auch die Uebnahme von Verbindlichkeiten zum Zwecke der Vermögensverwaltung inbegriffen, soweit jene durch die fahrende Habe zu decken sind, und somit in zweiter Reihe wieder zur Veräußerung fahrender Habe führen können. (Zacharia-Puchelt III. S. 276 Anm. 54 S. 279 Anm. 63. Aubry u. Rau, Band V. § 516. Nr. 56 u. 77. Marcadé, V. ad art. 1449 Nr. III.“

III. Beseitigung einer städtischen Straße.

Entsteht dadurch ein Entschädigungsanspruch? 473

IV. Nichterfüllung eines Vertrages. 475

V. Weigerung der Annahme wegen theilweise vertragswidriger
Erfüllung eines Lieferungsvertrages 477VI. Haftpflicht der Eisenbahn. Eigenes Verschulden des
Getödteten. 478VII. Grenzmauer. — Gemeinschaftlichkeit. — Wechsel des
Eigenthums. — Erstattungspflicht des Nachbarn . . . 479

VIII. Conto-Current. Bürge.

Das Conto-Current schließt seiner untheilbaren Natur nach die Anwen-
dung der civilrechtlichen Imputations- und Compensationeregeln aus. Die
Schuld ist gegenüber dem Bürger nur insoweit als getilgt zu erachten, als
sie durch das Gesamtergebniß der Rechnung oder der ihm vorausgegangenen
Rechnungsabschlüsse eine Herabminderung erfahren hat. — Eine Novation
der Saldi ist aus dem präsumtiven Willen der im Conto-Current-Verkehr
stehenden Personen nicht herleitbar 482

IV. Versicherungsrecht.

Mangel der Begründung des Urtheils. Dauer eines Versicherungsver-
trages. — Erlöschen des Versicherungsverhältnisses in Folge Wegfalles des
Versicherungsobjectes. Aufhebung eines Vertrages, — Rechtlicher Werth einer
dem Agenten gemachten Anzeige 484

X. Eigenthumserfüllung. Miteigenthum 487

XI. Versicherungsrecht.

Vieh-Versicherungs-Vertrag. Wegfall der Möglichkeit des Eintritts des
zu ersetzenden Schadens. — Erlöschen des Vertrages 488

XII. Kirchengut. Zahlung zur Ungebühr.

Die Veräußerung von Kirchen-, Pfarr- und Kloster-Immobilien
ist nach wie vor an die staatliche Genehmigung geknüpft 489

XIII. Haftbarkeit des Frachtführers 493

XIV. Cession.

Nebenabrede zwischen Cessionar und einem Dritten wegen des Eigen-
thumsübergangs. Beweislast 493

XV. Frachtführer.

Während des Transports entstandenes Gewicht's-Manco. — Ersatz-
pflicht des Frachtführers. — Entschuldigungsbeweis. Deckage . 494

XVI. Paulianische Klage.

Die Vernichtung eines mit den Falliten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts
wirkt auf Grund des § 445 des Ges. 9. Mai 1859 nicht unbedingt gegen
den späteren gutgläubigen Ersterher 496

XVII. Irrthum-Beweis. 500

XVIII. Bössliche Handlungsweise des Frachtführers. . . . 501

XIX. Gerichtsvollzieher. 503

XX. Genehmigung. 503

XXI. Oeffentliche Flüsse. Eindämmung. Civilrechtliche Folgen 504

XXII. Eisenbahntransport. Unbedeckte Wagen . . . 509

O. Badische Jurisprudenz.

XXXII--XL. mitgetheilt von Herrn Oberlandesgerichtsrath Heinsheimer in Karlsruhe.)

XXXII. Ehentüchtigkeit wegen Irthums in der Person.
(Schwangerschaft der Braut Seitens eines andern Mannes.) . . . 514

XXXIII. Vaterliche Vermögensverwaltung.

Der Vater als Vermögensverwalter ist nicht Vormund und trifft insbesondere das gesetzliche Pfandrecht des L.R.G. 2121 nicht zu 519

XXXIV. Auslegung des L.R.G. 663 521

XXXV. Handgeschenk. Einwurfspflicht.

In der Hingabe eines Handgeschenks liegt noch keine Befreiung von der Einwurfspflicht 523

XXXVI. Strafbare Verheimlichung 524

XXXVII. Verbotener Erbvertrag 524

XXXVIII. Mehrere Rechtsgeschäfte in demselben Vortrage.
Rechtsfolge 526

XXXIX. Illiquide Forderung. Compensation 527

XL. Vermögensabsonderung 528

Zeitschrift

für

Französisches Civilrecht.

Sammlung

von

Rechtlichen Entscheidungen der Deutschen, sowie der Französischen
und Belgischen Gerichte

mit kritischen und erläuternden Bemerkungen.

Abhandlungen und Literaturberichte.

Unter Mitwirkung der Herren:

Rechtsrath Dr. Renaud in Heidelberg;	D.-L.-Ger.-Präsident Meibtreu in Colmar;
O.-L.-Sen.-Präs. v. Zöller in Zweibrücken;	D.-L.-Ger.-Sen.-Präsident Pacano in Colmar;
Landgerichts-Rath Dr. Dreher in Leipzig;	Landgerichts-Präsident Hebel in Frankenthal.
O.-L.-Rath Heinsheimer in Karlsruhe;	D.-L.-Gerichts-Rath Meurer in Colmar;
O.-Rath Dr. Greizenach in Darmstadt;	Professor Dr. Kohler in Würzburg;
Professor Dr. Schifner in Czernowitz;	Landgerichtsrath Weidhardt in Aachen

Rechtsanwalt Dr. M. Scherer in Mainz
und Anderer.

Herausgegeben von

Dr. Sigmund Buchelt,

Reichsgerichts-Rath in Leipzig.

Band XII. — Heft IV.

Mannheim.

Druck und Verlag von J. Bensheimer.
1881.

Scientific

Journal of the Royal Society

of London

1850

Published by the Royal Society, London

Printed by W. Clarendon, London

Volume 18, Part 1

January 1850

Price 10s. 6d.

Published by the Royal Society, London

Printed by W. Clarendon, London

Volume 18, Part 1

January 1850

Price 10s. 6d.

Published by the Royal Society, London

Printed by W. Clarendon, London

Volume 18, Part 1

January 1850

Price 10s. 6d.

W. Clarendon

Printed by W. Clarendon, London

Benachrichtigung!

Wir bringen unsern verehrl. Abonnenten zur Kenntniß, daß wir durch Geschäftsverbindung mit einer renommirten Buchbinderei in den Stand gesetzt sind, **dauerhafte und elegante Einbanddecken** zum XII. Bde. der Zeitschrift für franz. Civilrecht liefern zu können. Wir lassen solche in Halbfranzband zu M. 1. herstellen und bitten convenirenden Falles entweder bei uns direkt oder bei einer ihnen nahe liegenden Buchhandlung bestellen zu wollen.

Mannheim, im Juli 1881.

Achtungsvollst

J. Bensheimer's Verlag.

