

Werk

Titel: Neunten Bandes drittes Heft

Jahr: 1877

PURL: <https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?746988656> | LOG_0009

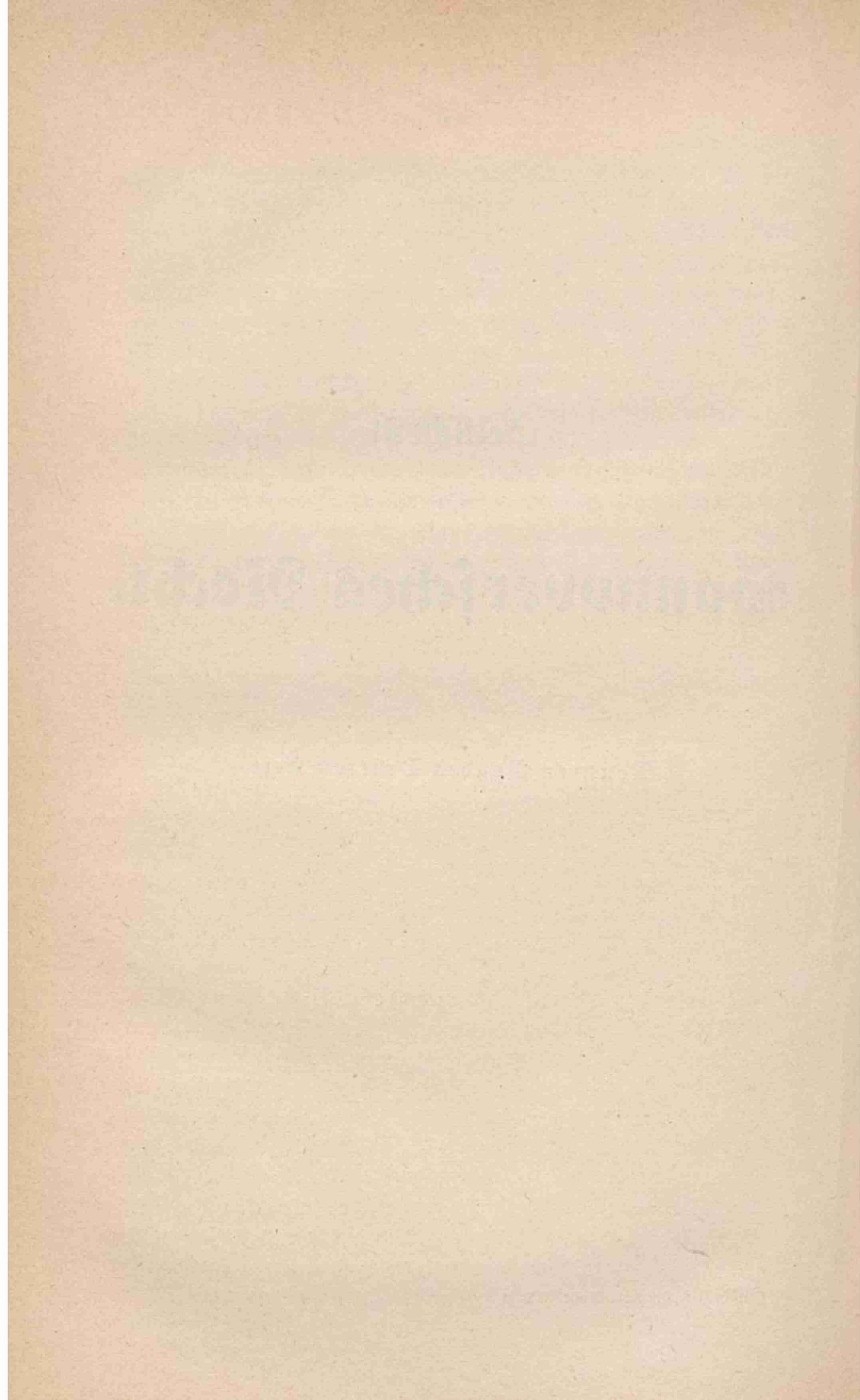
Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

Zeitschrift
für
Hannoversches Recht.

Neunten Bandes Drittes Heft.



I.

Abhandlungen, ausführlichere Besprechungen von Rechtsfällen und desfalligen Entscheidungen, Gesetzen u. s. w.

1. Die Stellung der sog. Antragsvergehen im Strafproceß, nach Maßgabe der Strafproceßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877.

Von Herrn Obergerichts-Assessor von Bruchhausen in Aarich.

I. Einleitendes.

Unter Umständen wird vor oder nach geschehener Einleitung eines Strafverfahrens die Frage nach der Zulässigkeit der Strafverfolgung einer besonderen Erörterung bedürfen. Zwar muß bei allen strafbaren Handlungen die Zulässigkeit der Strafverfolgung die Regel bilden; aus besonderen Gründen kann aber im einzelnen Falle eine Ausnahme eintreten, dergestalt, daß die Strafverfolgung überhaupt oder doch zur Zeit unzulässig erscheint. Ein derartiger Hinderungsgrund ist vornehmlich die eingetretene Verjährung der Strafverfolgung (§. 67 des Strafgesetzbuchs), welche bei allen Kategorien strafbarer Handlungen stattfinden kann, wohingegen der im §. 61 des Strafgesetzbuchs vorgesehene Hinderungsgrund, welcher den Gegenstand der nachfolgenden Darstellung bilden soll, seinem Inhalte nach auf das Gebiet der sog. Antragsvergehen beschränkt ist. Wenn bei einem solchen Delicte, dessen Verfolgung nach den Vorschriften der Strafgesetze „nur auf Antrag eintritt“, der erforderliche Straf-antrag des hierzu Berechtigten nicht gestellt ist, so darf diese Handlung, je nachdem die für die Stellung des Antrages vor-

geschriebene Frist von 3 Monaten (§. 61 cit.) bereits verstrichen oder noch nicht verstrichen ist, entweder überhaupt nicht mehr, oder zur Zeit nicht strafrechtlich verfolgt werden; imgleichen darf, wenn eine zulässige und rechtzeitige Zurücknahme eines bereits gestellten Strafantrages (§. 64 des Strafgesetzbuchs) stattgefunden hat, das begonnene Strafverfahren nicht weiter fortschreiten. Wie nun die Anwendung dieser Sätze in den verschiedenen Stadien eines Strafverfahrens sich gestalten kann, darüber soll die nachfolgende Darstellung im Hinblick auf die einschlagenden Bestimmungen unserer künftigen Deutschen Strafproceßordnung sich verbreiten. Uebrigens sind die Erfordernisse eines wirksamen Strafantrages nicht etwa je nach dem jeweiligen Proceßstadium verschiedene, und wird es sich rechtfertigen, zunächst folgende Bemerkungen über dieselben voranzuschicken.

II. Erfordernisse des Antrags.

Mannigfaltige Controversen sind bekanntlich in der criminalistischen Literatur und Praxis in Betreff der Erfordernisse eines Strafantrages zu Tage getreten, bald diesen, bald jenen Punkt bezielend.

Vgl. die Zusammenstellung bei Bezold, die Deutsche Strafrechtspraxis, S. 46 flgde.

Auf diese Streitfragen soll hier indessen nicht weiter eingegangen, sondern nur darauf hingewiesen werden, daß und wie die Deutsche Strafproceßordnung in dieses Gebiet hineingreift und Aenderungen des bisherigen Rechtszustandes schaffen will.

Es heißt dort im §. 156:

(Absatz 1.) „Anzeigen strafbarer Handlungen oder Anträge auf Strafverfolgung können bei der Staatsanwaltschaft, den Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes und den Amtsgerichten mündlich oder schriftlich angebracht werden. Die mündliche Anzeige ist zu beurkunden.

(Absatz 2.) Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, muß der Antrag bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protocoll, bei einer anderen Behörde schriftlich angebracht werden.“

Während der erste Absatz dieses Paragraphen generelle Vorschriften enthält über Anzeigen und Strafanträge im Allgemeinen, trifft der zweite Absatz specielle Bestimmungen für die bei den sog. Antragsvergehen zu stellenden Strafanträge, und zwar solche, durch welche der bisherige Rechtszustand in Beziehung auf die Fragen:

Bei wem muß der Strafantrag gestellt werden? Und in welcher Form muß er gestellt werden?
nicht unwesentliche Aenderungen erleidet.

Die erste Frage anlangend, so ergiebt die Fassung des §. 156, Abs. 2 cit., daß ein solcher Strafantrag nur bei einer Behörde gestellt werden kann. Während bei sonstigen Delicten die bezüglichen Anzeigen oder Anträge auf Strafverfolgung laut Abs. 1 nicht bloß bei den dort bezeichneten staatsanwaltschaftlichen, Polizei- und Gerichts-Be h ö r d e n, sondern auch bei den „Bea m t e n des Polizei- und Sicherheitsdienstes“, also z. B. bei Gensd'armen, Schutzmännern, städtischen Polizei-Unterbeamteten angebracht werden können, muß bei Antragsvergehen der Strafantrag „bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft“, oder „bei einer anderen Behörde“ (scil. bei einer Behörde des Polizei- und Sicherheitsdienstes, wie es im Abs. 1 heißt) angebracht werden. Gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustande, bezüglich dessen die constante Praxis des Obertribunals in Uebereinstimmung mit der in der Literatur vorherrschenden Meinung annimmt, daß die Strafanträge bei Antragsvergehen auch bei niederen Polizeibediensteten und bei Gensd'armen wirksam gestellt werden können, enthält die Vorschrift des §. 156, Abs. 2 cit. eine offensichtliche Einschränkung, und zwar eine practisch sehr erhebliche; wohl die Mehrzahl aller derartigen Verfolgungsanträge wird gegenwärtig gerade bei Gensd'armen und Polizeiunterbeamten gestellt; und für gar manchen mit der Feder nicht geübten Bewohner des platten Landes mag eine solche Antragsstellung nicht wenig erschwert erscheinen, wenn er nicht mehr an den in seiner Nachbarschaft etwa stationirten Gensd'armen sich wenden kann, sondern das entlegenere Amtsgericht oder die sonstige zuständige Behörde angehen muß. Die klaren Worte des §. 156, Abs. 2 lassen aber, zumal bei Vergleichung mit der Wortfassung des ersten

Absatzes, eine andere Deutung nicht zu. Uebrigens ist jener zweite Absatz erst durch die Reichstags-Commission zur Vorberathung der Entwürfe der Reichsjustizgesetze in das Gesetz hineingebracht worden. Die von der Commission beliebte Fassung desselben (§. 137, Abs. 2 des Entwurfs der Str.=Pr.=D.) war aber ursprünglich eine solche, daß sie die vorbereitete Einschränkung nicht enthielt, vielmehr die Anbringung solcher Strafanträge auch bei niederen Polizeiorganen (wenngleich nur in schriftlicher Form) zuließ. Die jetzige Fassung (§. 156, Abs. 2 der Str.=Pr.=D.) beruht auf einem späteren Abänderungs-Beschlusse eben jener Commission.

Unter den Behörden, bei welchen die hier fraglichen Anträge gestellt werden können, werden im §. 156, Abs. 2 cit. an erster Stelle die Gerichte und die Staatsanwaltschaft genannt. Erstere anlangend, so zeigt sich bei einer Vergleichung der beiden Absätze unseres Paragraphen die Verschiedenheit, daß, während zur Entgegennahme von Anzeigen strafbarer Handlungen bezw. Anträge auf Strafverfolgung im Allgemeinen nur die Amtsgerichte verpflichtet sein sollen (Abs. 1), bei den Antrags-Delicten laut Abs. 2 eine solche Beschränkung auf die Amtsgerichte nicht ausgesprochen worden ist. Und gewiß ist mit voller Absichtlichkeit und aus guten inneren Gründen diese Einschränkung in den zweiten Absatz nicht aufgenommen worden; ich brauche in dieser Hinsicht nur z. B. darauf hinzuweisen, welche Unzuträglichkeiten entstehen würden, wenn nicht ausnahmsweise auch noch in der Hauptverhandlung vor der Strafkammer von dem anwesenden Verletzten ein solcher Strafantrag dem erkennenden Gerichte gegenüber geeignetenfalls wirksam gestellt werden könnte, nachdem etwa erst in der Hauptverhandlung die Erforderlichkeit einer derartigen Antragstellung sich herausgestellt hat.

Hinsichtlich der Anbringung der in Rede stehenden Verfolgungsanträge bei der Staatsanwaltschaft kann der Zweifel auftauchen, ob die Amtsanwälte zur Entgegennahme von Strafanträgen auch in Betreff solcher Antragsvergehen zuständig sein werden, welche die schöffengerichtliche Competenz (§. 27 des Gerichtsverfassungsgesetzes für das Deutsche Reich) überschreiten. Die Bestimmungen der §§. 143 und 146, Abs. 2

des Gerichtsverfassungsgesetzes, zufolge deren die Amtsanwälte das Amt der Staatsanwaltschaft bei den Amtsgerichten und den Schöffengerichten, und zwar nur bei diesen, auszuüben haben, scheinen diesem entgegenzustehen. Wenn man aber andererseits erwägt, daß die bloße Entgegennahme des — an die zuständige Stelle weiter zu befördernden — Strafantrages wohl kaum zu dem Strafverfahren, für welches die Kompetenzvorschriften gegeben sind, schon gerechnet werden kann, oder mindestens doch kein *actives* staatsanwaltschaftliches Eingreifen enthält, und wenn ferner der §. 156, Abs. 2 der Str.=Pr.=O. nur generell von „der Staatsanwaltschaft“ überhaupt spricht, zu welcher doch auch die Amtsanwälte, freilich als die untersten Glieder in deren hierarchischer Organisation, gehören, so wird die Annahme richtiger sein, daß in Fällen obiger Art die Amtsanwälte zwar berechtigt sein mögen, den Antragsteller an den zuständigen Staatsanwalt zu verweisen, daß aber gleichwohl eine von dem Amtsanwalt doch geschehene Entgegennahme des Verfolgungsantrages immerhin für eine rechtswirksame zu erachten ist.

Anlangend sodann die Form, in welcher die Verfolgungsanträge bei Antrags-Delicten anzubringen sind, so hatte der Entwurf der Str.=Pr.=O. (§. 137) eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes, wonach solche Anträge nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich gestellt werden können, nicht beabsichtigt. Die Reichstags-Commission aber hat, um den mannigfachen aus der jetzigen Formlosigkeit resultirenden Inconvenienzen vorzubeugen (cfr. den betreffenden Commissionsbericht zum 2. Abschnitt des 2. Buchs des Entwurfs), die obligatorische Einführung der schriftlichen Form für erforderlich erachtet, und zu diesem Behufe dem §. 137 des Entwurfs den oben schon besprochenen zweiten Absatz angefügt, welcher durch einen späteren Commissionsbeschluß seine jetzige Fassung erhalten hat (jetzt §. 156, Abs. 2 der Str.=Pr.=O.). Eine Ausnahme von der Vorschrift der schriftlichen Antragstellung ist hier nur insoweit zugelassen, als die Anbringung des Antrages bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft auch „zu Protocoll“ soll erfolgen können. In letzterem Falle wird aber die Wirksamkeit der Antragstellung durch die protocollarische Aufnahme bedingt sein; die mündliche Erklärung des Antragstellers vor

dem zuständigen Gerichts- oder staatsanwaltschaftlichen Beamten wird an sich nicht genügen, vielmehr muß die formelle protocollarische Beurkundung hinzutreten.

Bei sonstigen Behörden (insbesondere also bei allen Polizeibehörden) kann auch die protocollarische Aufnahme die erforderliche Schriftlichkeit der Antragstellung nicht vertreten.

III. Prüfung des Antragspunkts vor erhobener öffentlicher Klage.

Nach diesen Erörterungen mag zur Besprechung der Fragen: Wann und von wem ist zu prüfen, ob die zu verfolgende That etwa eine solche ist, deren Verfolgung nur auf Antrag eintreten kann, und eventuell, ob ein wirksamer Strafantrag vorliegt? Und welches sind die Folgen eines Mangels des erforderlichen Antrages?

übergegangen werden.

Es liegt auf der Hand, daß die Beantwortung dieser Fragen für die verschiedenen Stadien eines Strafverfahrens eine verschiedene sein muß.

Im gewöhnlichen Strafverfahren — von der Privatklage wird weiter unten noch die Rede sein — ist es an erster Stelle Sache der Staatsanwaltschaft, jene Prüfung vorzunehmen, und zwar vor Erhebung der öffentlichen Klage (§. 151 flgde., §. 168 der Str.-Pr.-D.).

Findet sie, daß ein sog. Antragsvergehen in Frage steht, und daß ein genügender Verfolgungsantrag nicht vorliegt, so wird sie von einer Erhebung der öffentlichen Klage abzustehen, beziehungsweise, wenn das in in den §§. 158 bis incl. 167 a. a. D. geregelte Ermittlungsverfahren (Vorermittelungen, Scrutinalverfahren) stattgefunden hat, die Einstellung des Verfahrens (cfr. §. 168, Abs. 2 a. a. D.) zu verfügen, andern Falls aber — wenn kein sonstiges Hinderniß entgegensteht — die öffentliche Klage zu erheben haben. Mangelt im einzelnen Falle ein erforderlicher Strafantrag, während doch ein erhebliches öffentliches Interesse die Verfolgung erheischt, so wird es der Staatsanwaltschaft gewiß auch unbenommen sein, sich nicht lediglich abwartend zu verhalten, sondern ihrerseits die geeig-

neten Schritte zu thun, um die Stellung des Antrages von Seiten des hierzu Berechtigten zu erwirken.

Wenn umgekehrt ein Verfolgungsantrag gestellt wäre, die Staatsanwaltschaft aber sich veranlaßt findet, einem solchen Antrage keine Folge zu geben, bezw. nach dem Abschlusse angestellter Ermittlungen die Einstellung des Verfahrens zu verfügen, so hat sie gemäß §. 169 der Str.-Pr.-D. „den Antragsteller unter Angabe der Gründe zu bescheiden“.

Gegen diesen Bescheid kann der Antragsteller in Gemäßheit der §§. 170 bis 175 a. a. D. die „Beschwerde“ an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft erheben und weiter gegen den etwaigen ablehnenden Bescheid des Letzteren den „Antrag auf gerichtliche Entscheidung“ stellen. Die Anwendbarkeit der angezogenen §§. 169 bis 175 ist indessen keineswegs auf den engen Kreis der sog. Antragsvergehen beschränkt; sie erstreckt sich vielmehr auf das weite Gebiet aller Delicte, bezüglich deren der Antrag einer Privatperson auf Erhebung der öffentlichen Klage denkbar ist, ohne Unterschied, ob die Zulässigkeit der Strafverfolgung durch die Antragstellung bedingt ist oder nicht. Indessen ergeben die Anfangsworte des §. 170 cit. die Einschränkung, daß die in diesem Paragraphen nachgelassene Beschwerde, sowie die in den §§. 170 bis 175 geregelte eventuelle Anrufung des Oberlandesgerichts resp. Reichsgerichts, nur bei solchen Reaten stattfinden kann, wo dem Thäter eine Verletzung fremder Rechte zur Last fällt; denn nur dem „Verletzten“ soll jener Beschwerdeweg und eventuell die Annehmung des Gerichts gestattet sein. Immerhin aber liegt auch dies lektberegte, neu geschaffene Correctiv der staatsanwaltschaftlichen Dispositionsbefugniß über die Anklageerhebung, ebenso wie die vorhergehende Beschwerde des abgewiesenen Antragstellers außerhalb des Rahmens der gegenwärtigen Erörterungen, welche nur die Besonderheiten der sog. Antragsvergehen betreffs deren processualischer Behandlung zum Gegenstande haben soll.

IV. Richterliche Prüfung des Antragspunktes, wenn ein staatsanwaltschaftlicher Antrag auf Voruntersuchung vorliegt.

Wenn die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage erhoben hat, so ist der hierdurch mit dem Straffalle befaßte Richter,

ungeachtet der oben besprochenen staatsanwaltschaftlichen Vorprüfung, doch keineswegs der selbstständigen eigenen Prüfung, ob ein Antrags-Delict in Frage steht, und eventuell, ob ein wirksamer Strafantrag gestellt ist, überhoben.

Der Staatsanwalt erhebt die öffentliche Klage, entweder durch einen Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung, oder durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gerichte" (§. 168, Abs. 1 der Str.-Pr.-D.).

Ist eine gerichtliche Voruntersuchung beantragt — nur in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Straffällen ist die Voruntersuchung der Regel nach unzulässig —, so gebührt jene Prüfung zunächst dem Untersuchungsrichter. Findet derselbe, daß die dem Beschuldigten zur Last gelegte That ein Antragsvergehen nicht darstellt, oder, wenn solches der Fall, daß dem Antrags-Erfordernisse genügt ist, so wird er, wenn sonst kein Hinderungsgrund obwaltet, die Voruntersuchung eröffnen (§. 182 a. a. D.). Gelangt er hingegen zu der Annahme, daß es um ein Antragsvergehen sich handelt, daß aber, soweit ersichtlich, ein wirksamer Verfolgungsantrag nicht gestellt sei, und daß demnach der Antrag auf Voruntersuchung „wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung“ abzulehnen sein werde (§. 178 a. a. D.), so hat er nicht selbst die Entscheidung zu treffen, sondern einen desfalligen Beschluß des Gerichts, und zwar der zuständigen Strafkammer (§. 72 des Gerichtsverfassungsgesetzes), zu veranlassen (§. 178 cit.). Ebenmäßig kann das Gericht (Strafkammer) zu solcher Beschlußfassung auch dadurch berufen werden, daß, nachdem der Untersuchungsrichter auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Voruntersuchung eröffnet hat, der Angeschuldigte gegen diese Verfügung wegen Mangels des erforderlichen Strafantrages „Einwand erhebt“ (§. 179, Abs. 1 a. a. D.). Nimmt nun das Gericht die Nothwendigkeit und zugleich den Mangel eines solchen Antrages an, so wird es die Ablehnung des staatsanwaltschaftlichen Antrages auf Voruntersuchung, anderen Falls aber die Eröffnung der Voruntersuchung bezw. die Verwerfung des vom Angeschuldigten dagegen erhobenen Einwandes zu beschließen haben.

V. Prüfung des Antragspunkts nach Schluß der Voruntersuchung.

Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so entscheidet das Gericht, ob das Hauptverfahren zu eröffnen, oder der Angeeschuldigte außer Verfolgung zu setzen, oder das Verfahren vorläufig einzustellen sei (§. 196 der Str.=Pr.=O.). Das Gericht ist wiederum die landgerichtliche Strafkammer (§. 72 des Gerichtsverfassungsgesetzes); die Zuständigkeit des Reichsgerichts (§§. 136 und 138 ebendasselbst) kommt für uns hier nicht in Betracht. Die Staatsanwaltschaft legt zu obigem Zwecke die Acten mit ihrem Antrage dem Gerichte vor. Der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt durch Einreichung einer Anklageschrift (§. 196 cit., Abs. 2).

Wenn also der Untersuchungsrichter nach dem Schlusse der Voruntersuchung die Acten der Staatsanwaltschaft zur Stellung ihrer Anträge übersandt hat (§. 195, Abs. 1 der Str.=Pr.=O.), so hat zuvörderst die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob und welcher strafbaren Handlung der Angeeschuldigte nach dem Ergebnisse der Voruntersuchung hinreichend verdächtig sei. Findet sie ausreichenden Verdacht, so hat sie geeignetenfalls ferner auch zu prüfen, ob die strafbare Handlung, deren der Angeeschuldigte bei der jetzigen Sachlage verdächtig erscheint, zu den Antragsvergehen zählt oder nicht, und ob im ersteren Falle dem Antrags-Erfordernisse genügt ist. Zwar wird diese Prüfung meistens deshalb wegfallen können, weil eine ganz gleiche Prüfung bereits bei Stellung des Antrages auf Voruntersuchung stattgefunden hat (vgl. oben); jedoch ist dies nicht immer der Fall, sei es, daß jene erstmalige Prüfung überhaupt versäumt worden, oder daß die That, deren der Angeeschuldigte verdächtig ist, nach den Ergebnissen der Voruntersuchung anders gestaltet erscheint, als wie zur Zeit der Beantragung der Voruntersuchung. Nimmt die Staatsanwaltschaft an, daß kein Antragsvergehen vorliege, oder, wenn dies der Fall, daß dem Antrags-Erfordernisse genügt sei, so wird sie durch Einreichung der Anklageschrift die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen, andernfalls aber ihren Antrag dahin richten, daß der Angeeschuldigte außer Verfolgung gesetzt werde; nicht etwa wird

in solchem Falle Einstellung des Verfahrens zu beantragen sein (vgl. weiter unten).

Hiernächst wird aber auch die Strafkammer ihrerseits, falls sie noch Anlaß dazu findet, bei der Beschlußfassung über das Ergebniß der Voruntersuchung ebenfalls, und zwar unabhängig von den Anträgen des Staatsanwalts (§. 204 a. a. O.), eine Prüfung jener Art vornehmen müssen. Hält sie dafür, daß die That, deren der Angeschuldigte nach dem Inhalte der Acten verdächtig erscheint, nicht zu den Antragsvergehen gehöre, oder, wenn dies der Fall, daß ein wirksamer Verfolgungsantrag gestellt sei, so beschließt sie gemäß §. 201 der Str.-Pr.-O. — wenn sonst nichts entgegensteht — die Eröffnung des Hauptverfahrens. Nimmt sie hingegen die Nothwendigkeit und zugleich den Mangel eines solchen Antrages an, so spricht sie gemäß §. 202, Abs. 2 a. a. O. aus, daß der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei. Auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen, würde in diesem Falle unrichtig sein. Die im §. 196, Abs. 1 a. a. O. erwähnte „vorläufige Einstellung des Verfahrens“, deren Voraussetzungen im §. 203 *ibid.* näher bestimmt sind, kann hier nach dem Inhalte des letztgenannten Paragraphen überhaupt nicht in Frage kommen; und der sachlich zutreffende §. 259, Abs. 2 a. a. O. gilt nur für das am Schlusse einer stattgehabten Hauptverhandlung zu erlassende Urtheil.

Hat die Strafkammer gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft den Angeschuldigten außer Verfolgung gesetzt, weil ein Antragsvergehen vorliege, bezüglich dessen ein wirksamer Strafantrag nicht gestellt sei, so steht der Staatsanwaltschaft gegen diesen Beschluß die sofortige Beschwerde zu (§. 209, Abs. 2 a. a. O.). Durch Einlegung dieses Rechtsmittels wird der betreffende Straffenat des Oberlandesgerichts mit der Sache befaßt (§. 123, Nr. 5, §. 120 des Ger.-Verf.-Ges.); das Resultat der von diesem Gerichtshofe vorzunehmenden Nachprüfung wird entweder Verwerfung der staatsanwaltschaftlichen Beschwerde, oder Eröffnung des Hauptverfahrens unter Beseitigung des angefochtenen Strafkammer-Beschlusses sein.

VI. Richterliche Prüfung des Antragspunkts bei Beschlußfassung über Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn die öffentliche Klage unmittelbar durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gerichte erhoben ist.

Nur in denjenigen Strassachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts oder der Schwurgerichte gehören, ist laut §. 176, Abs. 1 der Str.=Pr.=D. die Voruntersuchung obligatorisch; in den landgerichtlichen Strassachen dagegen kann die Staatsanwaltschaft, wie oben schon bemerkt, die öffentliche Klage auch unmittelbar durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gerichte erheben (§. 168, Abs. 1 cit.), in welchem Acte dann zugleich der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens liegt (arg. §. 196, Abs. 2, §. 199 Abs. 1 a. a. D.); es wird dies sogar fast die Regel bilden. In den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen ist, wie oben schon erwähnt, eine Voruntersuchung überhaupt unzulässig (§. 176, Abs. 3 cit.); die Erhebung der öffentlichen Klage kann hier nur durch Einreichung der Anklageschrift bei dem Amtsrichter (§. 197 a. a. D.), oder, wenn die Voraussetzungen des §. 211 ibid. vorliegen, insbesondere also, wenn der Beschuldigte entweder sich freiwillig stellt oder in Folge einer vorläufigen Festnahme dem Gerichte vorgeführt, oder nur wegen Uebertretung verfolgt wird, unmittelbar in der Hauptverhandlung — ohne schriftlich erhobene Anklage — geschehen.

Betrachten wir nun zunächst diejenigen Strassfälle, wo die Staatsanwaltschaft eine Anklageschrift bei dem Landgerichte (Strafkammer, cfr. §. 72, Abs. 2 des Ger.=Verf.=Ges.) oder dem Amtsrichter einreicht, und damit implicite die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt. Alsdann hat die Strafkammer bezw. der Amtsrichter (letzterer Namens des Schöffengerichts, indem Schöffen an dieser Entscheidung nicht Theil nehmen, cfr. §. 30, Abs. 2 des Ger.=Verf.=Ges.) geeignetenfalls auch darauf das Augenmerk zu richten, ob diejenige That, deren das Gericht nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens den Angeeschuldigten für hinreichend verdächtig erachtet, — die Darstellung und Bezeichnung der That in der Anklageschrift ist durchaus nicht

maßgebend (vergl. auch §. 204 der Str.=Pr.=Ordn.) — eine solche ist, deren Verfolgung nur auf Antrag eintreten kann und ob, wenn dies der Fall, ein ausreichender Verfolgungsantrag vorliegt. Erscheint solche Antragstellung nicht erforderlich, oder ist der erforderliche Antrag gestellt, so ist, wenn sonst nichts entgegensteht, gemäß §. 201 a. a. O. die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen; mangelt der nothwendige Strafantrag, so wird in Gemäßheit des §. 202, Abs. 1 a. a. O. zu beschließen sein, daß „das Hauptverfahren nicht zu eröffnen“ sei. Auf Einstellung des Verfahrens ist in letzterem Falle nicht zu erkennen; es gilt hier dasselbe, was oben (unter V.) in Betreff der gerichtlichen Beschlußfassung nach stattgehabter Voruntersuchung in dieser Hinsicht gesagt ist. Gegen den vorgedachten, die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Gerichtsbeschluß steht auch hier der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde zu (§. 209, Abs. 2 a. a. O.); war der angegriffene Beschluß von der Strafkammer ergangen, so ist das Oberlandesgericht (§. 123, Nr. 5 des Ger.=Verf.=Ges.), war der Beschluß vom Schöffengerichte — durch den Amtsrichter — gefaßt, so ist die Strafkammer des betreffenden Landgerichts (§. 72 *ibid.*) zur Nachprüfung berufen.

Falls die Strafkammer auf Grund des §. 200 der Str.=Pr.=O. vorerst die Eröffnung einer Voruntersuchung zur besseren Aufklärung der Sache angeordnet haben sollte, so wird sie demnächst bei der weiteren Beschlußfassung nach dem Schlusse der Voruntersuchung behufs Prüfung der Frage, ob ein Antrags-Delict vorliegt, die That in derjenigen Gestaltung in's Auge zu fassen haben, wie sie nach den Ergebnissen der Voruntersuchung sich darstellt; bezüglich dieser letztgedachten Beschlußfassung der Strafkammer gilt überhaupt das oben unter V. bereits Gesagte.

VII. Richterliche Prüfung des Antragspunkts in der Hauptverhandlung.

In den im §. 211 a. a. O. vorgesehenen, oben bereits hervorgehobenen schöffengerichtlichen Straffällen kann ohne schriftlich erhobene Anklage und ohne eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur Hauptverhandlung geschritten werden.

Wenn dies vereinfachte Verfahren in Anwendung gebracht wird, — und es wird voraussichtlich bei der Strafverfolgung von Uebertretungen gewiß die Regel bilden —, so kann die richterliche Prüfung, ob es um ein Antrags-Delict sich handle, und eventuell, ob dem Antrags-Erfordernisse genügt sei, allererst durch das erkennende Schöffengericht vorgenommen werden. Von diesen Fällen abgesehen, werden die erkennenden Gerichte in der Hauptverhandlung sich sonst meistens nicht eingehend mit diesen Fragen zu beschäftigen brauchen, weil letztere vorkommenden Falls schon vor geschעהner Eröffnung des Hauptverfahrens, wie die obigen Ausführungen ergeben, gerichtsseitig in Erwägung gezogen sein müssen, und in Folge dessen, wenn der nothwendige Verfolgungsantrag mangelt, der Straffall zur Hauptverhandlung und somit zur Cognition des erkennenden Gerichts überhaupt nicht gediehen sein wird. Immerhin aber ist, wenn auch mittelst richterlicher Entscheidung die Eröffnung des Hauptverfahrens stattgefunden hat, die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen, daß in dem Hauptverfahren eine besondere Prüfung des Antragspunkts durch das erkennende Gericht dennoch nothwendig wird, denn der Richter (Strafkammer, Amtsrichter), welcher die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen hat, kann ja diesen Punkt übersehen haben, er kann eine andere rechtliche Auffassung gehabt haben, welche das erkennende Gericht nicht theilt (cfr. §. 263, Abs. 2 der Str.-Pr.-O.); die That des Angeklagten kann nach den Ergebnissen der Hauptverhandlung anders gestaltet erscheinen, wie vorher (cfr. §. 263 cit., Abs. 1). Hieraus folgt aber auch schon, daß in keinem Falle das erkennende Gericht einer Prüfung des Antragspunkts sich gänzlich entziehen darf. Ergiebt sich in dieser Hinsicht ein Mangel des nothwendigen Antrages, so ist mittelst Urtheils die „Einstellung des Verfahrens“ auszusprechen, denn der §. 259 der Str.-Pr.-O. sagt:

„Die Hauptverhandlung schließt mit der Erlassung des Urtheils. Das Urtheil kann nur auf Freisprechung, Verurtheilung oder Einstellung des Verfahrens lauten“.

Die Einstellung des Verfahrens ist auszusprechen, wenn bei einer nur auf Antrag zu verfolgenden strafbaren Handlung sich ergiebt, daß der erforderliche Antrag

nicht vorliegt, oder wenn der Antrag rechtzeitig zurückgenommen ist.“

Auf Freisprechung ist beim Mangel des erforderlichen Antrages also nicht zu erkennen.

Die vorstehend mitgetheilte Vorschrift des zweiten Absatzes des §. 259 cit. harmonirt mit dem Inhalte des §. 64, Abs. 2 des Strafgesetzbuchs, wo von der Einstellung des Verfahrens im Falle rechtzeitiger Zurücknahme des Antrages die Rede ist, sie beseitigt für den künftigen Strafproceß eine gewisse Lücke, welche in unserer jetzigen Strafproceßordnung vom Jahre 1867 in der hier fraglichen Hinsicht nicht zu verkennen ist, und welche seit Emanation des Deutschen Strafgesetzbuchs — in Folge der Erweiterung des Kreises der Antrags-Delictes — besonders fühlbar geworden ist.

Nach dem §. 219 des Entwurfs der Str.=Pr.=O., welcher dem Reichstage vorgelegt worden, sollte übrigens jene Einstellung des Verfahrens niemals durch Urtheil, sondern nur durch Beschluß ausgesprochen werden. Die Reichstags-Commission zur Vorberathung der Entwürfe der Reichs-Justiz-Gesetze beschloß aber, jenem Paragraphen — jetzt d. ob. §. 259 der Str.=Pr.=O. — unter soweitiger Aenderung desselben die oben mitgetheilte Fassung zu geben, in welcher Gestalt er nun dem Gesetze einverleibt worden ist. Hiernach muß nun vorkommenden Falls die Einstellung des Verfahrens durch Urtheil ausgesprochen werden, wenn eine bereits begonnene Hauptverhandlung hiermit abgeschlossen wird. Sehen wir hier von der später noch zu erörternden Zurücknahme des Strafantrages vorerst ab, so wird, wenn einmal das Hauptverfahren eröffnet ist, regelmäßig auch zur Hauptverhandlung geschritten werden müssen, und das erkennende Gericht wird daher schwerlich in die Lage kommen, anders als durch ein Urtheil, die Einstellung des Verfahrens aus dem Grunde, weil der erforderliche Antrag nicht gestellt sei, aussprechen zu können. Für ein solches Urtheil werden natürlich die Vorschriften beachtet werden müssen, welche die Str.=Pr.=O.) §§. 262, 266, 267, 275) in Betreff der die Hauptverhandlung abschließenden Urtheile im Allgemeinen enthält. Ob und inwiefern insbesondere die §§. 262 und 266 a. a. O. in Fällen dieser Art zur Anwendung gebracht

werden können bzw. müssen, darüber wird im Folgenden noch Einiges gesagt werden müssen.

Der §. 262 lautet:

(Abs. 1.) „Zu einer jeden dem Angeklagten nachtheiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage betrifft, ist eine Mehrheit von zwei Dritttheilen der Stimmen erforderlich.“

(Abs. 2.) Die Schuldfrage begreift auch solche von dem Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen.

(Abs. 3.) Die Schuldfrage begreift nicht die Voraussetzungen des Rückfalls und der Verjährung.“

Hiernach kann es, namentlich im Hinblick auf den zweiten Absatz, in Frage kommen, ob für diejenige Entscheidung des erkennenden Gerichts, durch welche beim Vorliegen eines Antrags-Delicts festgestellt wird, daß dem Antragserfordernisse genügt sei, eine Mehrheit von zwei Dritttheilen der Stimmen erforderlich ist, oder ob hierzu gemäß §. 198, Abs. 1 des Ger.=Verf.=Ges. die absolute Mehrheit der Stimmen genügt; ob also bei der mit fünf Richtern besetzten Strafkammer (§. 77 ibid.) eine solche Entscheidung erst mit 4 gegen 1 Stimme, oder auch schon mit 3 gegen 2 Stimmen beschloffen werden kann. M. E. wird das Letztere angenommen werden müssen. Es liegt zunächst auf der Hand, daß die entscheidende Frage mit der „Schuldfrage“ an sich nichts gemein hat; es kann Jemand in aller Maße schuldig sein, wenngleich er wegen Mangels des erforderlichen Antrages nicht bestraft werden kann (vgl. weiter unten). Aber auch der zweite Absatz des §. 262 cit. wird hier nicht Platz greifen können. Denn es handelt sich hier nicht um einen die „Strafbarkeit“ ausschließenden Umstand; trotz mangelnden Antrages ist und bleibt auch das Antragsvergehen eine an sich strafbare Handlung, nur darf die Strafverfolgung laut besonderer Gesetzesvorschrift nicht eintreten. Letzteres bestimmt bekanntlich der §. 61 des Strafgesetzbuchs, welchem die §§. 62—65 ibid. sich anschließen. Die bezeichneten Paragraphen sind dem 4. Abschnitte des ersten Theils des Strafgesetzbuchs eingefügt; wie die Ueberschrift dieses Abschnitts besagt,

betrifft derselbe „die Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern“.

Die hier behandelten Gründe zerfallen bei näherer Prüfung theils in solche, welche, mit der geschehenen That im engsten Zusammenhange stehend und die Zurechnungsfähigkeit des Thäters bezw. die Zurechnung alterirend, die Strafbarkeit der That ausschließen oder mindern, theils in solche Umstände, welche, außerhalb der That stehend und den strafbaren Character derselben an sich durchaus nicht verändernd, doch die Strafverfolgung ausnahmsweise verbieten.

Von jenen erstgedachten Umständen (Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, unwiderstehlicher Zwang, Nothwehr u. s. w.) ist zuerst, nämlich in den §§. 51—59, die Rede; während die §§. 61—69 von den nur die Zulässigkeit der Strafverfolgung ausschließenden Gründen — Mangel bezw. Zurücknahme des Antrags bei den Antrags-Delicten, und Verjährung der Strafverfolgung — handeln. (Auf die neben diesen allgemeinen Strafausschließungsgründen im Strafgesetzbuche noch statuirten besonderen Strafausschließungsgründe, cfr. z. B. §. 310 a. a. D., hier einzugehen, erfordert der Zweck dieser Zeilen nicht.)

Wenn nun nach dem Obigen im Strafgesetze eine Unterscheidung zwischen den hervorgehobenen beiden Categorien der Strafausschließungsgründe nachgewiesen werden kann, und nun der citirte §. 262 der Str.-Pr.-D. die Zwei-Drittheilsmajorität nur für die Verneinung der in die erste Kategorie fallenden, die Strafbarkeit selbst ausschließenden Umstände erfordert, so wird der Schluß gerechtfertigt erscheinen, daß hingegen zur Verneinung eines der zweiten Kategorie angehörigen Strafausschließungsgrundes gemäß der Regelvorschrift in §. 198, Abs. 1 des Ger.-Verf.-Ges. die absolute Mehrheit der Stimmen genügen mag. Freilich muß es hiernach als ziemlich überflüssig sich darstellen, wenn in dem dritten Absätze des §. 262 cit. noch ausdrücklich gesagt wird: „Die Schuldfrage begreift nicht die Voraussetzungen — — — der Verjährung.“ Wer aber, einer gegentheiligen Ansicht huldigend, das Wort „Strafbarkeit“ im zweiten Absätze nicht in dem oben angenommenen engeren Sinne interpretirt, vielmehr zu den dort beregten Umständen, „welche die Strafbarkeit ausschließen“, auch jene der

Zulässigkeit der Strafverfolgung entgegenstehenden Gründe, wie Verjährung oder Mangel des erforderlichen Strafantrags zählt, der wird in dieser Vorschrift des dritten Absages vielmehr eine Ausnahme von der Bestimmung des zweiten Absages erblicken. Wenn dies aber auch bezüglich der Verjährung richtig sein sollte, so folgt daraus doch noch nicht, daß nun auch in Ansehung des Antragsmangels die von uns im Obigen vertheidigte Ansicht gegenüber den Bestimmungen der künftigen Strafproceßordnung als eine fehlsame bezeichnet werden müsse. Denn wenn auch unseres Erachtens, den obigen Ausführungen gemäß, die Verjährung der Strafverfolgung einerseits und der Mangel des Antrags beim Antragsvergehen andererseits im strafrechtlichen bezw. processualischen Systeme je für ihren Anwendungsbereich einander völlig gleichzustellen gewesen wären, so ist diese Gleichstellung doch in der neuen Strafproceßordnung nicht erfolgt. Denn die §§. 259 und 266 a. a. O. ergeben unbestreitbar, daß das Gericht am Schlusse der Hauptverhandlung, wenn es die eingetretene Verjährung der Strafverfolgung bezüglich der betreffenden That annimmt, auf Freisprechung, dagegen, wenn es bei einem Antrags-Delict den Mangel eines wirksam gestellten Antrages findet, nicht auf Freisprechung, sondern auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen hat. Hierin hat zur Genüge die Anschauung der Strafproceßordnung Ausdruck gefunden, wonach dieselbe wenigstens den Mangel des erforderlichen Strafantrages nicht zu denjenigen im Strafgesetze besonders vorgesehenen Umständen zählt, welche „die Strafbarkeit ausschließen.“

Der §. 259 cit. bestimmt, wie früher schon hervorgehoben, daß das am Schlusse der Hauptverhandlung ergehende Urtheil nur auf Freisprechung, Verurtheilung oder Einstellung des Verfahrens lauten kann. Für die beiden ersteren Eventualitäten enthält der §. 266 nähere Vorschriften über die Begründung des Urtheils; den dritten Fall dagegen, welcher uns hier interessiert, finden wir im §. 266 cit. nicht berührt. Dies erklärt sich aus dem Umstande, daß, wie oben schon erwähnt, nach dem Entwurfe der Str.=Pr.=O. (§. 219, dem jetzigen §. 259 der Str.=Pr.=O. entsprechend,) auch am Schlusse der Hauptverhandlung die Einstellung des Verfahrens wegen Mangels des

erforderlichen Strafantrags nicht durch ein Urtheil, sondern nur durch Beschluß ausgesprochen werden sollte. Gewiß war es folgerichtig, daß alsdann der §. 225 des Entwurfs (jetzt §. 266 der Str.-Pr.-D.), welcher nur über die Redaction der Urtheils-Gründe Bestimmung treffen sollte, über die Begründung eines derartigen Beschlusses sich nicht aussprach. Die Reichstags-Commission hat die Abänderung des §. 219 des Entwurfs veranlaßt, derzufolge die Einstellung des Verfahrens in jenem Falle durch ein Urtheil ausgesprochen werden soll; der §. 225 cit. (jetzt §. 266) aber ist, von zwei anderweitigen Zusätzen abgesehen, unverändert stehen geblieben, mag nun die Commission die Einfügung eines das Einstellungsurtheil beziehlenden Passus übersehen oder für unnöthig erachtet haben. Bei dieser Sachlage wird es uns obliegen, einen mit den Vorschriften der Strafproceßordnung im Einklange stehenden Modus der Begründung eines solchen Urtheils zu ermitteln. Dabei ist im Auge zu behalten, daß es um eine nach vollständig verhandelter Sache zu erlassende Entscheidung, und zwar um ein förmliches Urtheil, sich handelt. Das Gericht kann nun zu dem Ausspruche, daß das Verfahren einzustellen sei, jedenfalls nur unter der Annahme gelangen, daß die in Rede stehende That zu denjenigen Delicten zu rechnen sei, welche nur auf Antrag zu verfolgen sind. Um nun aber prüfen zu können, ob dies der Fall sei oder nicht, muß das Gericht nothwendig vorerst feststellen, ob und in welcher Gestalt nach dem Ergebnisse der Verhandlung die That als erwiesen anzusehen ist. Gegenstand der Urtheilsfindung ist ja laut §. 263 der Str.-Pr.-D. die in der Anklage bezeichnete That, wie sich dieselbe nach dem Ergebnisse der Verhandlung darstellt. Sollte das Gericht die in der Anklage bezeichnete That überhaupt nicht als erwiesen, also den Angeklagten für nicht überführt ansehen, so fehlt dem Gerichte jeder Anhalt, um zu einer Einstellung des Verfahrens gelangen zu können, vielmehr wird in Gemäßheit des letzten Absatzes des §. 266 cit. auf Freisprechung des Angeklagten zu erkennen sein. Nimmt aber das Gericht die That in dieser oder jener Gestalt als erwiesen an — die Urtheilsgründe werden dann bezüglich der thatsächlichen Feststellungen und deren eventueller weiterer Begründung den Vorschriften des

ersten Absages des §. 266 cit. entsprechen müssen —, so hat es nun weiter zu prüfen, ob die That, so wie sie sich nun darstellt, zu den Antrags-Delicten gehört oder nicht. Nur der Fall, daß das Gericht für die erstere Alternative sich entscheidet, kommt hier weiter in Betracht. Das Gericht hat alsdann weiter zu untersuchen, ob dem Antragserfordernisse genügt ist oder nicht. Nur wenn es für die letztere Alternative sich entscheidet, so ist nun das Erkenntniß auf Einstellung des Verfahrens abzugeben. Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß die Urtheilsgründe (eines solchen Einstellungsurtheils) zunächst die oben besprochene Feststellung der erwiesenen That nach Maßgabe des §. 266, Abs. 1 cit. enthalten müssen; ferner die Ausführung, daß diese That nach Maßgabe des zur Anwendung zu bringenden Strafgesetzes — welches zu bezeichnen ist — für ein Antrags-Delict zu erachten sei; und drittens, daß und weshalb das Gericht annimmt, daß dem Antragserfordernisse nicht genügt sei.

Ein Ausspruch über Feststellung oder Nichtfeststellung der im zweiten Absage des §. 266 erwähnten Strafausschließungs-Gründe ist, sofern nur die erforderliche Feststellung der That an sich ohne dieses geschehen kann — mitunter mag der enge Zusammenhang eine solche Trennung wohl nicht erlauben, — m. E. nicht nöthig. Der Begriff einer Einstellung des — freilich in unserem Falle schon weit gediehenen — Verfahrens, bezw. der präjudicielle Character des Antragspunkts, bringt es eben m. E. mit sich, daß es eines Eingehens auf jene weiteren Fragen überall nicht weiter bedarf. Auch wird man hiernach nicht mit Grund einreden können, daß der Angeklagte ein Recht auf Freisprechung habe, so lange noch das Gericht wegen dieses oder jenes Strafausschließungsgrundes zu einer Freisprechung gelangen könne, und daß daher beim Mangel des erforderlichen Strafantrages auf Einstellung des Verfahrens nur dann zu erkennen sei, wenn sonst nach Lage der Sache eine Verurtheilung des Angeklagten unvermeidlich sein würde.

VIII. Desgleichen insbesondere in der Hauptverhandlung vor dem Schwurgerichte.

Auch in der Hauptverhandlung vor dem Schwur-ge-

richte ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, — auch abgesehen vorläufig von dem Falle einer Zurücknahme des Strafantrages — daß bezüglich des Antragspunkts Zweifel sich erheben. Beispiele von Antragsverbrechen liefern z. B. die §§. 179, 236 des Str.-G.-B. Selten genug mag freilich der Fall eintreten, daß in einer Schwurgerichtssache erst in der Hauptverhandlung der Mangel eines genügenden Verfolgungsantrages zur Sprache kommt, denn, weil hier die Voruntersuchung obligatorisch, so kann für jeden Schwurgerichtsfall angenommen werden, daß eine mehrfache Prüfung auch des Antragspunkts (abseits der Staatsanwaltschaft, des Untersuchungsrichters und der Strafkammer) vor der Hauptverhandlung bereits stattgefunden hat. Zu beachten ist indessen, daß das umständliche Verfahren nach unserer jetzigen Strafproceßordnung bei Eröffnung des schwurgerichtlichen Hauptverfahrens (Vorbeschuß der Rathskammer, Verweisungsbeschuß der Anklagekammer) in den künftigen Strafproceß nicht übernommen ist; die Eröffnung des Hauptverfahrens auch vor dem Schwurgerichte erfolgt nach der neuen Strafproceßordnung (§. 207) nach dem Schlusse der Voruntersuchung ohne Weiteres durch die landgerichtliche Strafkammer. Jedenfalls wird immerhin die Möglichkeit auch in Schwurgerichtssachen nicht zu verkennen sein, daß ein bislang stattgehabtes Uebersehen des Antragspunkts, oder eine andere rechtliche Beurtheilung von Seiten des erkennenden Gerichts, oder eine andere Gestaltung der That nach den Ergebnissen der Hauptverhandlung hervortreten kann, wodurch es für das aburtheilende Gericht erforderlich wird, den Antragspunkt einer besonderen Erwägung und Entscheidung zu unterziehen. Falls dasselbe annimmt, daß ein Strafantrag nothwendig, aber überhaupt nicht, oder doch nicht in rechtswirksamer Weise gestellt sei, so muß auch hier ein auf Einstellung des Verfahrens lautendes Urtheil — nicht ein Beschuß — ergehen. Es folgt dies aus dem §. 276 der Str.-Pr.-O., welcher sagt, daß die Bestimmungen des fünften und sechsten Abschnitts des zweiten Buchs der Str.-Pr.-O. über die Hauptverhandlung (bezw. deren Vorbereitung) auf das Verfahren vor den Schwurgerichten Anwendung finden sollen, soweit nicht ein Anderes für das schwurgerichtliche Verfahren besonders vorgeschrieben ist.

Wie nun in den obigen Erörterungen über das Einstellungsurtheil bereits hervorgehoben ist, bedarf es zur Begründung desselben vor Allem zunächst der Feststellung der That, wie dieselbe nach den Ergebnissen der Verhandlung sich darstellt, weil hierdurch erst das Object für die Entscheidung der Frage gewonnen wird, ob überhaupt ein Antrags-Delict vorliegt. Jene Feststellung der That des Angeklagten muß nun im schwurgerichtlichen Verfahren zweifellos durch den Spruch der Geschworenen geschehen (§. 81 des G.-B.-G., §§. 293, 294 der Str.-Pr.-D.), welcher durch geeignete Fragestellung zu erwirken ist. Weiter reicht aber die Function der Geschworenen in Beziehung auf den etwaigen Erlass eines Einstellungsurtheils m. E. nicht. Die nunmehr erforderliche weitere Prüfung und Entscheidung darüber, ob die solchergestalt festgestellte That zu den Antrags-Delicten gehört, und ob, wenn dies der Fall, dem Antragserfordernisse genügt ist oder nicht, ist m. E. lediglich Sache des Gerichts (der „richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts“ cfr. §. 82 des G.-B.-G.), welches nach absoluter Mehrheit der Stimmen (vgl. hierüber die bezüglichen obigen Ausführungen unter VII.) die Entscheidung zu treffen hat. Die Geschworenen sollen ja, wie aus den die Fragestellung bezielenden §§. 290 bis 300 der Str.-Pr.-D. in Verbindung mit §. 81 des G.-B.-G. gefolgert werden kann, nur über die wirkliche Schuld, bezw. Thatfrage (vgl. auch §. 262 der Str.-Pr.-Ordn., und die obigen Erörterungen desselben unter VII.) entscheiden, nicht aber über solche, für die Strafverfolgung freilich relevante Umstände, welche — wie Verjährung der Strafverfolgung, Mangel des erforderlichen Antrages — ganz außerhalb der That selbst stehen, und den an sich strafbaren Character der letzteren völlig unverändert lassen. Somit kann also insbesondere darüber, ob ein Verfolgungsantrag wirksam gestellt sei, den Geschworenen eine Nebenfrage nicht vorgelegt werden. Das Gegentheil hiervon folgt auch nicht etwa aus dem zweiten Absätze des §. 295 a. a. D. Wenn es dort heißt, daß eine Nebenfrage auch auf solche vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände gerichtet werden könne, „durch welche die Strafbarkeit wieder aufgehoben wird“, so liegt schon an sich auf der Hand, daß der letztgedachte Ausdruck auf den

Fall, wo bei einem Antrags-Delict der erforderliche Antrag mangelt, niemals bezogen werden kann; denn, wie im Obigen bereits des Weiteren ausgeführt worden, wird durch den Antragsmangel die Qualification der That als strafbare Handlung weder von Anfang an elidirt, noch auch nachträglich wieder aufgehoben. Ueberdies ergiebt der bezügliche Bericht der Reichstags-Commission, durch welche dieser zweite Absatz des §. 295 in das Gesetz hineingebracht ist, daß die Commission hierbei solche „Thatumstände“ im Auge gehabt hat, „durch welche nach der Bestimmung der Strafgesetze die bereits vorhanden gewesene Strafbarkeit einer Handlung nachträglich wieder aufgehoben wird, insbesondere den Fall der thätigen Reue“ (cfr. §. 46 Nr. 2, §. 310 des Str.=G.=B.).

Es ist im Obigen dargelegt worden, daß in der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung ein auf Einstellung des Verfahrens lautendes Urtheil des Gerichts nicht anders ergehen kann, als wenn das Gericht in der zunächst durch Spruch der Geschworenen festgestellten That ein Antrags-Delict befindet und dafür hält, daß ein wirksamer Antrag nicht gestellt sei. Beiläufig wurde oben schon bemerkt, daß ein solches Urtheil sich sehr selten ereignen werde; in dieser Meinung bestärkt uns folgende Erwägung. Wenn ein Strafantrag überhaupt nicht, oder doch nicht in gehöriger Weise gestellt ist, so wird die That in derjenigen Gestalt, wie sie in dem Strafkammer-Beschlusse, durch welchen das Hauptverfahren vor dem Schwurgerichte eröffnet worden, dem Angeklagten zur Last gelegt ist, gewiß nicht zu den Antrags-Delicten zählen, weil andernfalls die Strafkammer nach pflichtmäßiger Prüfung des Antragspunkts vielmehr die von der Staatsanwaltschaft beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt haben würde. Sollte nun aber die Verhandlung Umstände ergeben, „nach welchen eine von dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens abweichende Beurtheilung der dem Angeklagten zur Last gelegten That in Betracht kommt“ (§. 294 a. a. O.), so würde dieserhalb den Geschworenen — nächst der dem Beschlusse entsprechenden sog. Hauptfrage — noch eine bezügliche Hülfsfrage zu stellen sein; wenn nun aber die durch Bejahung der Hülfsfrage festzustellende That ein Antrags-Delict sein würde, so wird, wenn ja der An-

trag mangelt, in den meisten Fällen der Vorsitzende bezw. das Gericht von der Stellung einer solchen Hilfsfrage, deren Bejahung zu einer Verurtheilung des Angeklagten ja doch nicht führen kann, gänzlich abstehe. Wenn dann die Geschworenen die Hauptfrage verneinen, so würde nun, wenn die Hilfsfrage gestellt wäre und von den Geschworenen bejaht würde, die Grundlage für die Erlassung eines Einstellungsurtheils geschaffen sein. Durch das Unterbleiben der Hilfsfrage aber ist die Möglichkeit eines solchen Urtheils von vornherein ausgeschlossen und kann somit der die Hauptfrage verneinende Spruch der Geschworenen nur noch eine Freisprechung des Angeklagten nach sich ziehen. Ein derartiges Vermeiden eines Einstellungsurtheils durch Nichtstellung der betreffenden Hilfsfrage können wir freilich für correct nicht erachten; es kann dies, im Falle der Verneinung der Hauptfrage, eine im Grunde genommen ungerechtfertigte Freisprechung zur Folge haben. Andererseits aber ist ja freilich nicht zu verkennen, daß es im Wesentlichen fast nur einen moralischen Unterschied macht, ob der Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird; in beiden Fällen hat der Angeklagte weder Strafe noch Kosten zu tragen; und selbst das wollen wir gern zugeben, daß es nicht eben einen sonderlich guten Eindruck macht, wenn auf einen Schuldig-Spruch der Geschworenen keine Verurtheilung, sondern Einstellung des Verfahrens folgt.

In Betreff der Begründung eines in der landgerichtlichen oder schöffengerichtlichen Hauptverhandlung ergehenden Einstellungsurtheils wurde oben gesagt, daß es, anlangend die Feststellung der That, nicht auch eines Ausspruchs über Feststellung oder Nichtfeststellung etwaiger anderweiter Strafschließungsgründe bedürfe. Auf die schwurgerichtliche Hauptverhandlung kann dieses natürlich eine sinngemäße Anwendung nicht finden. Der Spruch der Geschworenen bildet ein Ganzes, bezüglich dessen alle Eventualitäten, welche in Betracht kommen können, vorgesehen werden müssen. Die Fragestellung darf daher nicht auf die That an sich zunächst beschränkt werden, unter Vorbehalt einer späteren weiteren Fragestellung über diese oder jene Umstände für den Fall, daß nach Maßgabe des Spruchs der Geschworenen (über die That selbst) der Erlaß

eines Einstellungsurtheils nicht indicirt sein sollte; eine solche Trennung würde unzulässig sein. Die Str.=Pr.=Ordn. (§§. 305 ff.) kennt nur einen einmaligen Spruch der Geschworenen. Insoweit daher über jene anderweiten Strafausschließungsgründe eine besondere Fragestellung überhaupt zulässig sein möchte (cfr. §. 295, Abs. 2 der Str.=Pr.=O.), — was im künftigen schwurgerichtlichen Verfahren im Allgemeinen aber nicht der Fall sein wird (vgl. den bezüglichen Bericht der Reichstags-Commission), — werden also auch die bezüglichen Nebenfragen gleich mit vorzulegen sein.

IX. Nachträgliches, die Constatirung der geschehenen Antragstellung in der Hauptverhandlung betreffend.)

In Betreff der Prüfung des Antragspunkts haben wir sowohl für das schwurgerichtliche, wie für das land- und schöffengerichtliche Hauptverfahren noch Folgendes zu bemerken. So oft die Hauptverhandlung ein Antragsvergehen, sei es an erster Stelle oder doch eventuell bezieht, wird darin eine Berührung des Antragspunkts nicht unterbleiben dürfen; jeder mitwirkende Richter muß wissen, ob, wann, wo und wie der Strafantrag gestellt ist, um hiernach beurtheilen zu können, ob dem Antragserfordernisse genügt ist. Dem Angeklagten bezw. Vertheidiger einerseits, wie der Staatsanwaltschaft andererseits, muß zu desfalligen Ausführungen bezw. Bemängelungen Gelegenheit geboten werden. Es muß also jedenfalls constatirt werden, daß, wann, wo und in welcher Form der Strafantrag gestellt ist. Zu diesem Behufe wird eine Verlesung des betreffenden gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Protocolles bezw. der schriftlichen Eingabe des Antragstellers (§. 156, Abs. 2 der Str.=Pr.=O.) statthast und der Regel nach ausreichend sein. (Von dem Ausnahmefalle, wo der zum Antrage Berechtigte in der Hauptverhandlung selbst innerhalb der gesetzlichen Antragsfrist den Antrag zum Sitzungsprotocoll stellt, können wir hier füglich absehen.) Der Zulässigkeit jener Verlesung steht das auch in der neuen Strafproceßordnung durchgeführte sog. Princip der Mündlichkeit m. E. nicht entgegen. Die Vorschriften dieser Strafproceßordnung über die Verlesbar-

keit von Schriftstücken in der Hauptverhandlung finden sich, soweit sie hier in Betracht kommen können, in den §§. 248 und 249. Der erste Satz des §. 248 sagt:

„Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden in der Hauptverhandlung verlesen.“

(Der zweite Satz dieses Paragraphen kommt hier nicht in Betracht.)

Im §. 249 heißt es weiter:

„Beruht der Beweis einer Thatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist die letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protocolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.“

Prüfen wir, ob und welcher von diesen Paragraphen für unsern Fall Anwendung finden kann.

§. 249 ist nicht zutreffend; zwar soll auch in unserm Falle eine Thatsache, die geschehene Antragstellung, nachgewiesen werden; aber es ist dies keine solche, über welche der Antragsteller als über eine von ihm wahrgenommene Thatsache aussagen könnte; vielmehr handelt es sich hier ja lediglich um einen eigenen dispositiven Act des Antragstellers, welcher nur eine Vorbedingung für die Zulässigkeit der Strafverfolgung erfüllt; der Nachweis dieses Acts hat mit dem Beweise der That des Angeklagten nichts gemein, — der Antragsteller ist kein Zeuge.

Der §. 248 (S. 1) hingegen, welcher zum zweiten Satze des §. 249 gewissermaßen im Verhältnisse der Regel zur Ausnahme steht, kann m. E. directe Anwendung finden. Denn das die Antragstellung documentirende Protocoll bezw. die schriftliche Eingabe ist ja doch unleugbar eine „Urkunde, welche als Beweismittel dient“, nämlich für die relevante Thatsache der geschehenen Antragstellung. Wie wir oben unter II. besprochen haben, verlangt ja der §. 156, Abs. 2 a. a. O. für die Anbringung des Verfolgungsantrages stets die schriftliche bezw. protocollarische Form, eben damit es in jedem Falle klar vorliegen soll, daß, wann und wo der Antrag gestellt ist.

Zur Constatirung der geschehenen Antragstellung wird, wie schon bemerkt, die Verlesung des betreffenden Protocolls

bezw. der schriftlichen Eingabe in der Hauptverhandlung meistens genügen. Es kommt ja nur darauf an, daß das Gericht die Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Thatsache — daß, wann, wo und wie der Antrag gestellt ist, — dadurch gewinnt. Daß die schriftliche Eingabe des Antragstellers irgendwie beglaubigt sein müsse, ist nirgends vorgeschrieben; auch ein unbeglaubigter schriftlicher Antrag wird dem Richter genügen können, falls überall keine Bedenken in Betreff der Echtheit des Schriftstücks auftauchen, resp. von keiner Seite, insbesondere auch nicht von Seiten des Angeklagten, angeregt werden. Daß bei entstehenden Zweifeln irgend welcher Art es zulässig und angemessen erscheinen kann, die den Strafantrag enthaltende Urkunde dem Angeklagten bezw. Bertheidiger, geeignetenfalls auch der Staatsanwaltschaft, zur Einsicht und Erklärung vorzulegen, oder auch wohl, wenn es zur Hebung des Zweifels erforderlich scheint, die mündliche Vernehmung bezw. Erklärung des Antragstellers in der Hauptverhandlung zu veranlassen, ist selbstverständlich.

X. Zurücknahme des Strafantrags.

Laut §. 64 des Str.=G.=B. ist bei den Antragsvergehen, jedoch nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen, eine wirksame Zurücknahme des gestellten Verfolgungsantrages zulässig, so lange noch nicht ein auf Strafe lautendes Urtheil verkündet ist; die rechtzeitige Zurücknahme des Antrages hat die Einstellung des Strafverfahrens zur Folge. Uebrigens kann diese rechtliche Wirkung nur einer solchen Zurücknahme des Antrages beigelegt werden, welche — in zulässiger Form — bei der mit der Sache dermalen befaßten zuständigen Behörde rechtzeitig angebracht, oder welche wenigstens rechtzeitig an dieselbe gelangt ist; dies Erforderniß einer wirksamen Zurücknahme, dessen Begründung aus deren Wesen und Wirkung unschwer abzuleiten ist, ist von der Deutschen Strafrechtswissenschaft und Praxis gleichmäßig angenommen, gegen die m. E. unbegründete Ansicht nur weniger Dissidenten.

Vgl. hierüber z. B. die Zusammenstellung bei Pezold, Deutsche Strafrechtspraxis, S. 56, 57.

Anlangend die Form der Zurücknahmeerklärung, so erach-

ten wir dieselbe Form für geboten, welche laut der obigen Ausführungen unter II. für die Antragstellung in der neuen Str.=Pr.=O. vorgeschrieben ist. Das Gesetz sagt dies zwar nicht und können wir auch nicht verkennen, daß unsere Ansicht wohl erheblichen Zweifeln unterzogen werden kann; man wird aber doch zugeben müssen, daß der Regel nach die Rückgängigmachung eines Rechtsacts der gleichen Form bedarf, wie der betreffende Act selbst, und daß hier insbesondere die gleichen Gründe, welche die Einführung der strengeren Formen für die Antragstellung veranlaßt haben, eben diese Formen auch für die Antragszurücknahme erheischen. Die Zurücknahmeerklärung wird nach dem Obigen regelmäßig entweder bei dem Gerichte (welches mit der Sache befaßt ist), oder bei der Staatsanwaltschaft anzubringen sein; hier haben wir dann eine doppelte zulässige Form: entweder schriftliche Eingabe, oder Erklärung zu Protocoll. Denkbar ist es aber auch, daß der Antragsteller mit seiner Zurücknahme-Erklärung an diejenige andere Behörde (des Polizei- und Sicherheitsdienstes) sich wendet, bei welcher er (zulässiger Weise) mittelst schriftlicher Eingabe seinen Klageantrag angebracht hatte; in diesem Falle wird nach unserer Ansicht die Zurücknahme nur in der Form einer schriftlichen Eingabe wirksam erklärt werden können, wobei indessen, wie oben bemerkt, die Rechtswirksamkeit dieser Zurücknahmeerklärung außerdem dadurch bedingt ist, daß sie noch rechtzeitig — vor Verkündung eines auf Strafe lautenden Urtheils — an das mit der Sache befaßte Gericht bezw. die Staatsanwaltschaft gelangt. Nachträglich mag hier noch ausdrücklich hervorgehoben werden, daß auch dann, wenn die betreffende Strafsache schon bei einem Gerichte anhängig, die öffentliche Klage bereits erhoben ist, die rechtzeitige Anbringung (bezw. das Eintreffen) der Rücknahme-Erklärung bei der betreffenden staatsanwaltschaftlichen Behörde wenigstens thatsächlich gewiß stets den gleichen Effect haben wird, wie die Anbringung (bezw. das Eintreffen) bei dem Gerichte selbst, denn einestheils ist ja doch auch die Staatsanwaltschaft der Gerichtshängigkeit ungeachtet noch fortwährend mit dem Strassfalle befaßt, und andernteils wird die Staatsanwaltschaft nicht versäumen, die Rücknahme-Erklärung unverzüglich dem Gerichte vorzulegen, selbst wenn solche noch

im letzten Augenblicke vor der Urtheilsverkündigung ihr zu Händen käme. Andererseits bedarf es kaum der Erwähnung, daß, wenn das Strafverfahren noch in den Vorermittelungen schwebt, gleichwohl aber bereits eine richterliche Thätigkeit — des Amtsrichters — gemäß §. 160 ff. der Str.=Pr.=O. eingetreten ist, alsdann die Zurücknahme-Erklärung auch bei dem also mit der Sache eben befaßten Amtsrichter schriftlich oder zu Protocoll wirksam angebracht werden kann, so lange nämlich dessen Function in diesem Strafverfahren andauert.

Gehen wir nunmehr dazu über, die Folgen einer wirksamen Antragszurücknahme, je nachdem letztere früher oder später im Laufe eines Strafverfahrens geschieht, noch einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Zwar ist, wie oben schon bemerkt, Einstellung des Verfahrens allgemein die Folge einer solchen Zurücknahme des Antrages; die Frage aber, von wem und in welcher Weise diese Einstellung zu verfügen sei, ist verschieden zu beantworten, je nachdem in einem früheren oder späteren Stadium des Verfahrens die Zurücknahme erfolgt.

Geschieht dieselbe, bevor die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage erhoben hat (cfr. oben unter III.), so wird nunmehr die Staatsanwaltschaft von der Erhebung der öffentlichen Klage abzustehen und ihrerseits die Einstellung des Verfahrens (cfr. §. 168, Abs. 2 der Str.=Pr.=O.) zu verfügen und hiervon in den im §. 168, Abs. 2 cit. vorgesehenen Fällen den Beschuldigten in Kenntniß zu setzen haben. Die Vorschrift des §. 169 *ibid.*, Bescheidung des Antragstellers betreffend, greift aber in diesem Falle nicht Platz, weil ja eben der frühere Antragsteller nach geschעהner Zurückziehung des Antrages jetzt nicht als Antragsteller zu betrachten ist.

War die öffentliche Klage durch staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Voruntersuchung erhoben, so ist zu unterscheiden, ob zur Zeit der Anbringung der Zurücknahme-Erklärung die Voruntersuchung bereits eröffnet war oder nicht. Im letzteren Falle wird die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurücknehmen und in oben besprochener Weise die Einstellung ihrerseits verfügen können. Geschieht das nicht, so wird ein Strafkammerbeschluß in Gemäßheit der obigen Ausführungen unter IV. erfolgen müssen. War aber bereits die Voruntersuchung

eröffnet, so kann laut §. 154 a. a. O. die öffentliche Klage nicht mehr zurückgenommen werden, und die nach §. 64 des Str.-G.-B. nothwendige Einstellung des Verfahrens kann nur noch gerichtsseitig verfügt werden. Zur desfallsigen Entscheidung — die Einstellungsverfügung muß sich ja auf die Entscheidung gründen, daß nach Maßgabe der Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen ein Antrags-Delict vorliege, und daß die Zurücknahme des Antrages in der richtigen Form und rechtzeitig stattgefunden habe — können wir aber den Untersuchungsrichter für zuständig nicht erachten. Wohl aber bietet ihm eine gehörige Zurücknahme-Erklärung genügenden Grund, die Voruntersuchung sofort zu schließen, zumal da §. 188, Abs. 1 a. a. O. ausdrücklich bestimmt, daß die Voruntersuchung nicht weiter auszudehnen sei, als erforderlich ist, um eine Entscheidung darüber zu begründen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen oder der Angeschuldigte außer Verfolgung zu setzen sei. Der Untersuchungsrichter wird also gemäß §. 195 a. a. O. die Acten der Staatsanwaltschaft zu übersenden und den Angeschuldigten zu benachrichtigen haben. Die Staatsanwaltschaft legt dann die Acten mit ihrem Antrage, welcher auf Außerverfolgung des Angeschuldigten gerichtet sein wird, der Strafkammer vor (sfr. oben unter V.). Findet die Strafkammer, daß ein Antrags-Delict vorliegt und daß die Zurücknahme-Erklärung allen wesentlichen Anforderungen genügt, so wird sie nun die Einstellung des Verfahrens zu verfügen, oder vielmehr den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen haben. Ob ersterer oder letzterer Ausdruck hierbei gewählt wird, dürfte ziemlich indifferent sein. Hält man sich strict an die Ausdrucksweise der Strafproceßordnung, so wird man zufolge §. 196, Abs. 1, §. 202, Abs. 1 und 2, es vorziehen, die Außerverfolgung des Angeschuldigten auszusprechen (die in §. 196, Abs. 1 bezw. §. 203 a. a. O. erwähnte „vorläufige Einstellung“ kommt hier nicht in Betracht); mittelst jener Außerverfolgung wird dann ja eben auch das Verfahren eingestellt und geschieht somit auch dem Strafgesetzbuche (§. 64, Abs. 2) Genüge.

Wenn die Zurücknahme-Erklärung erst nach dem Schlusse der Voruntersuchung, jedoch vor der Beschlußfassung der Strafkammer über die Eröffnung des Hauptverfahrens angebracht

wird, so muß ebenmäßig das kaum Gesagte zur Anwendung kommen.

Wenden wir uns nun zu dem Falle, daß von der Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage unmittelbar durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem Gerichte erhoben worden ist (vergl. oben unter VI.). Auch hier ist zu unterscheiden, ob zur Zeit des Eingangs der Zurücknahme-Erklärung bereits von dem Gerichte (Strafkammer, Amtsrichter) die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden, oder ob hierüber von dem Gerichte noch kein Beschluß gefaßt worden ist. In letzterem Falle wird die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage noch wieder zurücknehmen und die Einstellung des Verfahrens ihrerseits verfügen können; sollte dies nicht geschehen, so wird das Gericht, wenn diejenige That, deren nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte verdächtig erscheint, ein Antrags-Delict ist und die Zurücknahme des Antrages den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, unter Einstellung des Verfahrens die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen haben.

War aber das Hauptverfahren bereits eröffnet, so ist eine Zurückziehung der öffentlichen Klage nach §. 154 der Str.-Pr.-Ordn. nun nicht mehr statthaft und die erforderliche Einstellung des Verfahrens kann nur noch mittelst gerichtlicher Entscheidung verfügt werden. Ganz ebenso liegt für uns die Sache, wenn zur Zeit der Zurücknahme des Antrages in einer Strassache, in welcher zunächst eine Voruntersuchung stattgefunden hatte, bereits durch Strafkammerbeschluß auf Grund der Ergebnisse der Voruntersuchung das Hauptverfahren (wegen Antrags-Delicts) eröffnet war, und gilt daher das Folgende auch für diesen Fall.

Wir haben nun in den vorbereiteten Fällen weiter zu unterscheiden, ob die Zurücknahme des Antrages vor Beginn der Hauptverhandlung oder erst in der Hauptverhandlung erfolgt.

Im erstgedachten Falle wird, wie wir vermaßen, das Strafverfahren dergestalt zu sistiren sein, daß die Hauptverhandlung völlig in Wegfall kommt, denn der Begriff der vorgeschriebenen Einstellung des Verfahrens bringt es unseres Erachtens mit sich, daß dem Strafverfahren unverweilt — soweit nicht processualische Vorschriften direct entgegenstehen — in dem-

jenigen Stadium, in welchem es sich eben zur Zeit der Antrags-Zurücknahme befindet, ein Halt gesetzt werden soll, ohne daß noch irgend welcher weitere Schritt in dem Verfahren gethan wird. Demgemäß wird auch in dem hier fraglichen Falle nicht erst noch zur Hauptverhandlung fortzuschreiten sein; es liegen auch keine Proceßnormen vor, nach welchen dieser Schritt hier unvermeidlich wäre. Wenn aber keine Hauptverhandlung stattfindet, so kann auch kein Urtheil erfolgen, indem jedes Urtheil eines erkennenden Gerichts in Strafsachen auf der vorgängigen Hauptverhandlung ganz und gar beruht und dieselbe abschließt; dies ist aus dem Inhalte und der Stellung der §§. 359 flgde. der Str.=Pr.=D. unbedenklich zu entnehmen. Es muß also in unserem Falle die Einstellung des Verfahrens durch einen Gerichts-Beschluß verfügt werden. Welches Gericht hat aber diesen Beschluß zu fassen? Dasjenige, welches das Hauptverfahren eröffnet hatte, oder dasjenige, welches laut des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens als erkennendes Gericht für diesen Straffall bestimmt war. Gewiß das letztere. Zwar könnte man aus der Fassung des §. 205, Abs. 1 a. a. D., wo es heißt, daß in dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht zu bezeichnen sei, „vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll“, herleiten wollen, daß das in dem gedachten Beschlusse bezeichnete Gericht nicht anders, als nur in und mittelst der Hauptverhandlung, mit dem Straffalle befaßt sein könne; dagegen aber lassen die Worte des §. 207, Abs. 1 *ibid.*:

„das Landgericht kann das Hauptverfahren vor den erkennenden Gerichten jeder Ordnung, nicht aber vor dem Reichsgericht eröffnen“,

deutlich genug ersehen, daß nach geschehener Eröffnung des Hauptverfahrens die Strafsache nicht lediglich in der Hauptverhandlung, sondern daß vielmehr überhaupt fortan das fernere Strafverfahren, also das ganze Hauptverfahren, bei dem in dem Beschlusse über die Eröffnung des letzteren bezeichneten Gerichte, welches den Straffall aburtheilen soll, anhängig sein soll. Demnach hat das letztgedachte Gericht auch jede Entscheidung, welche außerhalb der Hauptverhandlung in dem eröffneten Hauptverfahren nothwendig werden sollte, abzugeben, wäh-

rend die Thätigkeit desjenigen Gerichts, von welchem der vorbereitete Eröffnungsbeschluß ergangen ist, mit dem Erlasse eben dieses Beschlusses beendet ist; ein Resultat, welches ja gewiß auch völlig sachgemäß erscheint. Eine eclatante Bestätigung der hier entwickelten Ansicht findet sich auch in der Bestimmung des §. 23, Abs. 3 der Str.-Pr.-O.: „An dem Hauptverfahren vor der Strafkammer dürfen mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben — — —, nicht theilnehmen“

Der Einstellungsbeschluß ist also, wenn der Strafantrag nach eröffnetem Hauptverfahren, aber vor der Hauptverhandlung zurückgenommen wird, zu erlassen: in schöffengerichtlichen Strafsachen durch den Amtsrichter Namens des Schöffengerichts (§. 30, Abs. 2 des G.-B.-G.); in landgerichtlichen Strafsachen von der Strafkammer (in der Besetzung von drei Mitgliedern, §. 77 des G.-B.-G.);

in schwurgerichtlichen Strafsachen während der Sitzungsperiode durch die drei richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts (§§. 82, 81 des G.-B.-G.), außerhalb der Dauer der Sitzungsperiode durch die Strafkammer des Landgerichts (§. 82 cit, und zwar wiederum in der Besetzung von drei Mitgliedern, §. 77 cit).

Vor Erlaß jenes Einstellungsbeschlusses muß aber zufolge §. 33 der Str.-Pr.-O. jedenfalls erst die schriftliche oder mündliche Erklärung der Staatsanwaltschaft, wenn solche nicht etwa bereits vorliegt, eingeholt werden.

Findet die rechtzeitige Zurücknahme des Antrages erst nach Beginn (§. 242 der Str.-Pr.-O.) der Hauptverhandlung statt — hier kommt auch das im §. 211 *ibid.* vorgesehene schöffengerichtliche Verfahren in Betracht, wo ohne schriftlich erhobene Anklage und ohne eine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens sogleich zur Hauptverhandlung geschritten wird (siehe oben unter VI. und VII. pr.) — so ist die Hauptverhandlung zu Ende zu führen und zum Schlusse derselben nach der sachgemäßen ausdrücklichen Vorschrift im §. 159 a. a. O. durch Urtheil die Einstellung des Verfahrens auszusprechen. Anlangend die Beschließung und Begründung eines

solchen Einstellungsurtheils mag hier auf die bezüglichlichen obigen Erörterungen unter VII. lediglich verwiesen werden; das dort für den Fall des Mangels des erforderlichen Strafantrages Gesagte greift durchweg auch hier mutatis mutandis Platz.

Ungleich kann hier, was die Antragszurücknahme in der schwurgerichtlichen Hauptverhandlung insbesondere betrifft, namentlich hinsichtlich der Mitwirkung der Geschworenen in Beziehung auf die Erlassung des Einstellungsurtheils, auf die obigen Ausführungen unter VIII. Bezug genommen werden.

Für den Fall, daß es der Constatirung einer früher erfolgten Antragszurücknahme in der Hauptverhandlung bedürfen sollte, ist das oben unter IX. Gesagte zu vergleichen, welches die Constatirung der geschehenen Antragstellung in der Hauptverhandlung betraf.

Schließlich ist in Betreff der Kosten des Verfahrens im Falle der Antragszurücknahme auf die Vorschrift des §. 502 der Str.-Pr.-D. hinzuweisen, welche also lautet:

„Erfolgt eine Einstellung des Verfahrens wegen Zurücknahme desjenigen Antrags, durch welchen dasselbe bedingt war, so hat der Antragsteller die Kosten zu tragen.“

XI. Schlußbemerkungen, Privatklage und Nebenklage betreffend.

Das fünfte Buch der neuen Strafproceßordnung handelt von der „Betheiligung des Verletzten bei dem Verfahren.“ Der erste Abschnitt (§§. 414 flgde.) bezieht das Verfahren auf erhobene Privatklage; der zweite Abschnitt (§§. 435 flgde.) betrifft die neu eingeführte sog. Nebenklage.

Wir lassen hier diese Betheiligung des Verletzten an dem Verfahren nicht gänzlich unerwähnt, weil sie augenscheinlich dem Gebiete der gegenwärtigen Erörterungen nicht fern liegt.

Was insbesondere die Privatklage betrifft, so erhellt deren Beziehung zu dem Gegenstande unserer Abhandlung ohne Weiteres aus dem Inhalte des §. 414 cit., wo es heißt:

(Abs. 1.) „Beleidigungen und Körperverletzungen können, soweit die Verfolgung nur auf Antrag eintritt, von dem Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden, ohne daß es einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft bedarf.“

(Abs. 2.) Die gleiche Befugniß steht Denjenigen zu, welchen in den Strafgesetzen das Recht, selbstständig auf Bestrafung anzutragen, beigelegt ist.“

Hieraus geht aber zugleich auch nicht minder hervor, daß die Privatklage nach der neuen Strafproceßordnung nicht mehr bei den Antragsvergehen überhaupt — auch nicht subsidiär — stattnehmig sein wird, sondern nur noch bei den im ersten Absätze des §. 414 cit. namhaft gemachten geringfügigeren Classen von Antrags-Delicten: Beleidigungen und Körperverletzungen (der im §. 232 des Str.-G.-B. vorgesehenen Arten).

Dahingegen überschreitet der Anwendungskreis der sog. Nebenklage bei Weitem das Gebiet der Antragsvergehen, wie der Inhalt der §§. 435, Abs. 2 bezw. 170 (vgl. oben unter III.) und §. 443 leicht erkennen läßt. Demnach liegt das Institut der Nebenklage außerhalb des Rahmens der gegenwärtigen Abhandlung, welche nur die gerade für die Antrags-Delichte gegebenen processualischen Besonderheiten zum Gegenstande haben soll.

Wir sehen daher von einer Besprechung dieses Instituts hier ab. Aber auch was die Privatklage betrifft, müssen wir an dieser Stelle auf weitere Erörterungen verzichten; hierzu bestimmt uns — abgesehen davon, daß, wie schon bemerkt, das Privatklageverfahren nur bei einem geringen Theile der Antragsvergehen Platz greifen kann — hauptsächlich die Erwägung, daß bei den engen Beziehungen zwischen Privatklage und Nebenklage eine Besprechung der ersteren nothwendig auch die letztere würde mit umfassen, also auf das ganze fünfte Buch der Strafproceßordnung sich würde erstrecken müssen, und daß die auf diesem Gebiete, namentlich auch in Folge der Beschlüsse der Reichstags-Commission, getroffenen Neuerungen so bedeutend sind, daß wir es für mehr angezeigt halten müssen, dieselben eventuell zum Gegenstande einer besonderen Abhandlung zu machen, als dieselben in wenig Nutzen bringender Weise hier nebenbei kurz aufzuführen.

2a. u. b. Zu den Grundbuchs-Vorarbeiten.

Von Herrn Oberamtsrichter Wedekind in Northeim.

Fortsetzung der Verhandlungen vom 11. März 1877 in Band IX.
Heft 1, Seite 47 und folgende dieser Zeitschrift.

I.

In Fortsetzung der Verhandlungen vom 11. März 1877 gelangten in einer am 10. Juni 1877 in Northeim stattgefundenen Zusammenkunft, zu welcher sich sieben Richter und zwei Referendare von den Amtsgerichten des Obergerichtsbezirks Göttingen eingefunden hatten, unter anderen folgende Gedanken zum Ausdruck:

19.

Zu Nr. 2, 3, 4, 7 und 10. vom 11. März 1877.

Es verdeutlicht sich die Ueberzeugung, daß die richterlichen Vorarbeiten zur Anlage der Grundbücher gegenüber der Unfertigkeit des Materials verfrüht begonnen wurden und gegenüber dem vorhandenen Materiale zu kärglich ausgestattet sind. Mühseligste, andernfalls entbehrliche Mehr- und Doppelarbeit ist die Folge. Zwar werden nunmehr durchweg — zeitige Benachrichtigung und Abwesenheit zeitweiser Behinderungen vorausgesetzt — die Artikel-Verzeichnisse zur Grundsteuer-Mutterrolle und die Extracte aus diesen Rollen zu haben sein, aber immer noch fehlt den Gebäudesteuerrollen die Ausfüllung derjenigen Rubriken, welche die den Gebäuden unter- und beiliegenden Parzellen ausweisen, und die Kartenblätter bleiben so gut wie unzugänglich. Zeitraubendes Suchen, Tasten und Instruiren muß zweifelhaften Ersatz anstreben für sonst nahe und klarliegende Verhältnisse, weil das gelieferte Material in Anderm nicht besteht, als in lückenhaften Gebäudesteuerrollen und Flurbüchern, veraltet, ohne Fortschreibung, von vornherein incorrect aufgenommen, in denselben Alleinerben, die aber eine Reihe von Miterben haben, namenlose Miterben, die nicht existiren, Grundbesitzer, die niemals ein Stück Erde das ihrige nannten, Todte, die sich gesunden Lebens erfreuen, Lebendige, die seit Jahren begraben liegen, Dotalgut, Paraphernalgut, Kindergut 2c. 2c. ununterschieden, unberücksichtigt, versprengt in fremdartige Parzellen und Theile derselben. Zwischendurch ungebräuchlichste

Lagenbezeichnungen mit verwirrenden Zusätzen, fehlerhafte Zummessungen und Auslassungen, Artikel mit Lücken und solche, welche zu viel enthalten.

20.

Zu Nr. 5 und 6 vom 11. März 1877.

Von dem Wechsel und den Verschiebungen der Grundstücks-Bezeichnungen in den mannigfachen Privaturkunden und veralteten Plänen und Registern abgesehen, liegt der vorzüglichste Anlaß zur Schwererkenntlichkeit oder Unkenntlichkeit solcher Grundstücke, welche zu Zwecken der Grundbuchsanlage erkannt werden müssen, in den zu ihren anderweiten Zwecken ausreichenden, für hier aber ungenügend unterscheidenden Aufnahmen entweder des Cataster-Materials oder des Materials des Gemeinheitstheilungs- und Verkoppelungswesens. Wo die Schuld am Ersteren liegt, wird das Catasteramt heranzuziehen sein, die erforderliche Klarheit in Ausübung der ihm obliegenden Vermessungspflichten und Rechte herbeizuführen oder herbeiführen zu helfen. Im letzteren Falle wird, so lange nicht die desfallsige Commission aufgelöst ist, diese Commission in Erledigung soweitigen Rückstandes ihrer Officialthätigkeit später das entsprechende Verwaltungsamt resp. der Magistrat qu., diese als Besitzer und Disponenten des Materials, in Sorge für die erforderlichen Berichtigungen und Umschreibungen resp. in Entscheidung von Streitigkeiten, Abhülfe fördern müssen und es ist in diesen letzteren Richtungen Folgendes zu recapituliren:

Der von der Gemeinheitstheilungs- und Verkoppelungs-Commission zum Ersatz angewiesene Grundbesitz tritt kraft Gesetzes in dieselben Rechtsverhältnisse ein, in welchen der abgetretene gestanden hat. Sind Eigenthumsgrenzen verwischt, hat man Kindergut und väterlichen Besitz, Lehn- und Allodial-Land, Dotalgut und Grundstücke des Ehemannes, wie das nur zu häufig vorkommt, in ein und demselben Aequivalentwerthe verschwinden lassen, so muß Restitution erwirkt werden; nicht direct nach den Werthangaben der Commissionsarbeiten, sie sind relativ, dependiren wohl von einer mehr oder weniger willkürlich gegriffenen, bei immer richtig angewandter Verhältnißmäßigkeit für dermalige Zwecke völlig ausreichenden Einheitsannahme, sondern in Quotenberechnung und deren Ausführung. — Ebenso

gehen kraft des Gesetzes Hypotheken, welche einen gesammten Bestand belasten, diesen befreiend, über auf das Aequivalent. Dem ist ebenso, wenn ein Pfandrecht auf einem von mehreren Grundstücken haftet, doch soll hier die Commission entweder eine Vereinbarung herbeiführen, oder ein anderes Stück einsetzen in die Stelle des abgetretenen. Erst wenn dergleichen sich nicht thunlich zeigen sollte, hat die Commission das auf dem Einzelstück ruhende Pfandrecht auf den ganzen Umfang, oder auf eine größere Fläche der dem Interessenten zufließenden Aequivalentstücke zu übertragen, hier geltend zu dem Betrage des zu ermittelnden Werthes des ursprünglichen Pfandstückes, einrückend an der Stelle, welche Alter und Vorzüge angeben, unwirksam in Ansehung eines den Werth übersteigenden Betrages der Pfandschuld. Eine ausdrückliche Thätigkeit also der Commission ist zu diesen Operationen vorausgesetzt.

Diese Thätigkeit ist eine vorgeschriebene, von Amtswegen eintretende. Wo sie unterblieb oder nicht correct durchgeführt wurde, blieb das Hauptverfahren in dieser Richtung unerledigt und muß nachträglich erschöpft werden. Endlich, wenn Acten und Charten der Obrigkeit abgegeben sind, hat diese für das Weitere, unter Anderm auch dafür zu sorgen, daß die Hypothekenbücher berichtigt werden, und hat Streitigkeiten zu entscheiden, welche, entstanden nach ausgeführter Theilung, in der Theilung ihre Quelle haben und nach dem Gesetze über Theilung zu beurtheilen sind. (cfr. §§. 33 und 42 bis mit 45 des Verkoppelungsgesetzes vom 30. Juni 1842 und §§. 103, 104, 110 und 120 bis mit 122 des Gesetzes vom gleichen Tage über das Verfahren, §§. 77 bis mit 80 der Ausführungs-Berordnung Königlicher General-Commission zu Hannover vom 9. Juli 1874.) Dies Schlußverfahren, wo es Lücken zeigt, wird sich zu deren Ergänzung provociren lassen und geeignetere Hülfe schaffen müssen, als ein in mehr als einer Richtung mißliches Zusammenrufen der Gläubiger und Besitzer zu klärenden und Vergleichsverhandlungen Seitens des Grundbuchsamts.

Anordnende Einwirkung annoch von maßgeblicher Stelle aus steht in Aussicht.

21.

Zu Nr. 12 vom 11. März 1877.

Das Zeitraubende des Verfahrens, die Ermittlung des Eigenthums und der Belastung betreffend, wurde unterschätzt. Dem entsprechend stellt sich die sonst in so mancher Richtung empfehlungswerthe Maßregel des Terminirens in der Gemeinde sehr kostspielig.

22.

Zu Nr. 17 vom 11. März 1877.

Die Mittheilung an die Gläubiger wird so vollständig zu halten sein, als thunlich. Ein Hinausschieben derselben anlässlich von Unklarheiten ist nicht rathsam. Unbestimmtheiten in der Mittheilung mögen zu vigilanter Selbstthätigkeit Seitens der Gläubiger reizen.

23.

Einer etwa auftretenden Anforderung, den überreichten, auf Kosten des Producenten angeschafften Grundsteuermutterrollen-Extract oder eine beglaubigte kostenlose Abschrift desselben wieder zurückzugeben, wird nachgegeben werden müssen.

24.

Das Gesetz knüpft an die Thatsache, daß und wer im Flurbuch als Besitzer eingetragen steht, mancherlei Folgen, Vortheile, Nachtheile, Hindernisse, Sicherungen. — Um den Werth solcher Abhängigkeiten zu motiviren, muß dem Gesetzgeber correcteres Material vorgeschwebt haben, als welches sich in Nr. 19 vorstehend andeutungsweise characterisirt findet. Dem vorhandenen Material gegenüber wird die Interpretation des Gesetzes, je nach Belegenheit des Falles, der Thunlichkeit und Zweckmäßigkeit, strenger oder lässiger ausfallen und angewandt werden dürfen, soweit dergleichen ohne Entfremdung von dem voraussichtlich eigentlichen Willen des Gesetzgebers erlaubt erscheinen kann.

25.

Der §. 29 der Ministerial-Bekanntmachung vom 22. März 1865 zum Hypothekengesetze vom 14. December 1864 strebt es an, daß Grundstücke, welche als Belastungsgegenstände in die Hypothekenbücher eingetragen werden sollen, in einer auf die Dauer verwerthbaren Art und Weise beschrieben werden, und

der nach §. 49 des Einführungsgesetzes vom 28. Mai 1873 zur Anwendung gelangte §. 23 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 beansprucht als Voraussetzung der Eintragung, daß die Eintragungsbewilligungen „das verpfändete Grundstück bezeichnen“. — Der Bezeichnungsarten giebt es freilich viele, aber man wird sagen dürfen, daß eine das Grundbuchwesen schaffende und regelnde Gesetzgebung diejenige Bezeichnung allein als maßgeblich im Auge hat, durch welche die Fundamente wiedergegeben werden, auf welche hin allein sie ihre gesammte Ordnung und Ausführung aufbaut und ohne welche die Ausfüllung ihrer Grundbuchblätter unthunlich ist. Diese Fundamente bildet das Flurbuch mit der Gebäudesteuer- und der Grundsteuer-Mutterrolle, und der Richter wird sich befugt halten dürfen, eine Bezeichnung als ungenügend zurückzuweisen, welche nicht mindestens Kartenblatt und Parcellen des Flurbuchs, sammt Artikel der Grundsteuermutterrolle ausweist. Die Nachtheile einer Zulassung anderweiter Bezeichnungen liegen auf der Hand.

Ausnahmslos wird von dieser Befugniß Gebrauch gemacht werden müssen, wo die Grundbuchsvorarbeit wegen Ermittlung des Eigenthums und der Belastung in entsprechender Feldmark bereits stattgefunden hat, widrigenfalls sofort wegen Feststellung der Identität von Neuem zu terminiren wäre.

Hat die Vorarbeit noch nicht stattgefunden, so ist Nachsicht nicht ausgeschlossen, wenn auch nicht wünschenswerth. Doch giebt es Umstände, unter welchen eine anderweite gute Bezeichnung erwünschter sogar ist, als diejenige nach den Flurbüchern.

Solche Umstände bringt die Zeit mit, in welcher die Theilungsbehörde den Interessenten ihre neuen Koppeln bereits überwiesen, eine Reduction im Material der Catasterämter aber noch nicht stattgefunden hat und also die Flurbücher keine Wirklichkeiten zeigen, sondern untergegangene Vergangenheitsbilder. — In solchen Fällen wird ein Ausweis nach dem Vertheilungs-Register die brauchbarste Beschreibung geben.

Es liegt nahe, daß sich Zweckmäßigkeiten und Nachtheile ähnlich stellen, wo es sich um Bezeichnung von Grundstücken zum Zweck ihres Ueberganges auf einen neuen Besitzer handelt, und es steht zu hoffen, daß sich die Richter des desfallsigen

Theils der freiwilligen Gerichtsbarkeit p. p. und die Notare den Anforderungen der Sektzeit fügen.

Einwirkung von maßgeblicher Stelle aus ist angebahnt.

26.

Borarbeiten der Gemeindevorstände zur Erleichterung der richterlichen Arbeit in den Terminen behuf Ermittlung des Eigenthums und der Belastung haben, wenn anders sie Brauchbares liefern sollen, so sehr willige und schul- und schriftgebildete Gemeindevorsteher zur Voraussetzung, daß von dieser Hülfe wenig zu hoffen steht und auf dieselbe mit Erfolg von Belang nur in Ausnahmefällen wird gegriffen werden können.

In den Städten wird, gegenüber der auftretenden Massenarbeit, Willigkeit, auf dem Lande Fähigkeit vermißt werden. — Des Schriftenverkehrs und schriftlicher Darstellung kann diese Borarbeit nicht entbehren; das Betreten aber dieses Gebietes ist für die überwiegende Mehrzahl der Bauernmeister ein sehr mißliches und wo es mit dergleichen weniger hapert, wird durchweg die Erkenntniß des Nothwendigen, die Ueberzeugung von dem, was unentbehrlich ist und die Energie des Instruirens eine mangelhafte sein. Wo wäre der gemeine Mann auf dem Lande, die Bauernmeister eingeschlossen, der des nach Amerika verkommenen, angeblich abgefundenen Miterben freiwillig erwähnte? der einer Schuld gedächte, die er für erloschen hält? der die Erwerbszeit, die Unterscheidung, ob von Vater oder von beiden Eltern herstammend, oder Dotalgut, ob mit oder nicht mit hypothekarisch belastet, für wichtig genug hielte, um sie zu den einzelnen Stücken oder ihren Theilen auch nur annähernd sorgsam zu überlegen? — Ihr guter Glaube und ihre Ueberzeugung von practischer Werthlosigkeit der Frage verhindert sie an deren Beantwortung. — Nicht leichte und oberflächliche Andeutungen und Correcturen sind es, die dem Richter helfen können. Dergleichen giebt sich im Termine auch ohne Borarbeit glatt her. Das Zeitraubende und Ermüdende liegt in derjenigen Gründlichkeit der Instruction über Legitimation und Belastung, die allein der Richter herausarbeitet, nicht mit und aus Borarbeiten und Acten, ohne Beisein der zugehörigen Personen, sondern im Termine, in deren Beisein instruirend.

27.

Es liegt nahe im Interesse der Richter wie des Grundbesizers, dahin zu streben, dem Letzteren wiederholte Wege und dem Ersteren wiederholte Vorverhandlungen dadurch ersparen zu können, daß in verschiedenen Feldmarken gelegene Grundstücke ein und desselben Besizers in ein und demselben Termine behandelt werden, und wo sich dergleichen paßlich fügen will, wird die Gelegenheit dazu nicht versäumt werden. Eine Anordnung indessen, welche derartiges Vorgehen mit der Arbeit grundsätzlich, erschöpfend und ausnahmslos beansprucht, kann willkommen nicht heißen werden. Ihre Ausführung kann hinderlich einwirken auf die Wahl der Reihfolge der zu bearbeitenden Gemeindebezirke, kann den Ueberblick erschweren über das Material dessen, was in diesem Verfahren zur Behandlung kommen soll, kann scheitern an Materialmangel, kann wegen Mangels an sicherem, vorgängigem Ueberblick das Maß dessen desorganisiren, was im Termine annoch zur Bearbeitung kommen darf, kann unthunlich sein wegen vorhandener Rückstände im Eingang von Flurbüchern und Gebäudesteuerrollen.

28.

Hohes Alter maßgeblich Betheiligter, nahe Voraussicht bald eintretender Vereinfachungen in Leben und Sterben, bevorstehende Veräußerung in Zwangsvollstreckung oder Concurs 2c. 2c. kann dem Grundbuchrichter, gegenüber der Reihe von Jahren bis zur Grundbuchsanlage, Anlaß geben, in einzelnen Fällen zur Zeit unverhältnißmäßig schwierige Ermittlungen von Grundstücks-Identitäten und Umfang in der Richtung auf Hingehörigkeit und Belastung einstweilen annoch auszusetzen.

Ebenso wird sich einstweilen abwarten lassen, ob ein Gläubiger sich meldet, wenn sich ein veralteter, schuldnerischerseits als unbekannt oder erledigt bezeichneter Posten im Hypothekenbuch vorfindet, welcher ein im Uebrigen von der Eintragungspflicht annoch eximirtes Grundstück belastet. — Die Benachrichtigung des Gläubigers wird geschehen, oder doch ernstlich versucht werden müssen, die Vorarbeiten aber zur Eintragung des Grundstücks quaestionis der Gemeinde, Schule, Kirche p. p. werden ausgesetzt werden dürfen.

29.

Der Grundbesitz einer Realgemeinde wird zu demjenigen gezählt werden dürfen, welcher einer Eintragung nur unter Umständen bedarf. Die Hypotheken, welche die einzelnen Reihestellen der Interessenten mit ihren Gemeindegerechtigkeiten und dadurch mit dem, was ihnen am Grundbesitz der Realgemeinde zusteht, belasten, belasten nicht den nicht im eigentlichen Condominium stehenden, der Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Interessenten nicht dienenden, als eigenes Rechtsobject zu behandelnden Grundbesitz der Realgemeinde aller reihestellbesitzenden Interessenten.

Ähnlich wird gedacht werden dürfen über den Grundbesitz einer Schäfereigenossenschaft, entstanden dadurch, daß die gemeindeberechtigten Interessenten einer Realgemeinde oder ein Theil derselben in einer Art Fortsetzung oder Conservirung bisheriger oder dem ähnlicher Zustände, gelegentlich der Gemeinheitstheilung und Verkoppelung, sich entschlossen, Jeder für seine Stelle einen bestimmten Werth Landes auszuschließen, liegen zu lassen und zu paßlichen Complexen zusammenkoppeln zu lassen, um gemeinsame Schafweide zu ermöglichen. — Einer Eintragung im Grundbuche wird der desfallsige Artikel bedürfen, weil er zu den eximirten nicht eigentlich gehört, nicht aber werden auf diese Parcellen die Hunderte von Hypotheken einzutragen sein, welche den Einzelbesitz der Genossen belasten.

30.

Wo eigentliches Bauernrecht in der Richtung auf Hofesnachfolge, Geschwisterabfindung, Interimswirthschaft, Altheil etc. zur Entwicklung nicht gelangt ist und dergleichen nicht anders als im Wege des Vertrages oder der Verfügung zu Tage tritt, wird die Frage der Eintragungsfähigkeit als Reallast oder als Eigenthumsbeschränkung, deren Constituirung als solche sich expressis verbis, von ihrer Bedeutung abgesehen, so selten findet, ängstlicher zu prüfen sein, als anderswo. Für die Annahme des Willens und des Bewußtseins, eine völlig gesicherte hier fragliche Belastung schaffen zu wollen und geschaffen zu haben, wird oft der Gedanke an eine sonst kaum begreifliche Unbedachtsamkeit in Entäußerung des Besizes mitleidend auftreten wollen und in dem Umstände Unterstützung finden kön-

nen, daß sich die Berechtigten ihrer Sache durchweg so sicher fühlen, daß eine hypothekarische Eintragung auf Grund eines daneben entstandenen gesetzlichen Rechtstitels nur in seltensten Fällen nachgesucht wird. Freilich, wenn ausnahmsweise eine solche hypothekarische Eintragung nachgesucht wird, so pflegt Mängeltlichkeit über den Anwuchs der Hypothekschulden den Anlaß dazu zu geben.

31.

Auf einem Grundstücke haftende, aus dem Kirchen-, Pfarr- und Schulverbände entspringende, oder an Kirchen, Pfarren und Schulen, oder an Kirchen-, Pfarr- und Schulbediente zu entrichtende Abgaben und Leistungen bedürfen der Eintragung in das Grundbuch dann bekanntlich nicht, wenn sie auf dem Grundstücke „nach Gesetz oder Verfassung“ haften. — Solche „gemeine Lasten“ werden also als ausreichend gesichert und bekannt angesehen, um sich ohne Eintragung und ohne Benachtheiligung Dritter conserviren zu können. Dergleichen giebt es, für welche man den Nachweis ihres Haftens kraft Gesetz oder Verfassung zwar nicht durch Production eines sie aufzählenden Gesetzes- oder Verfassungs-Paragraphen führen kann, auch nicht einst mit Sicherheit sagen kann, ob sie dem Gesetze, oder ob sie der Verfassung ihr Dasein verdanken, die aber gleichwohl ihre hierhergehörige Signatur nicht verleugnen können. — Wenn ausnahmslos jede Reihestelle in einer Gemeinde, jede jedes Jahr, jede eine gleiche Quantität Läuteforn in partem salarii des Schulmeisters in seiner Eigenschaft auch als Küster entrichtet, so trägt diese Leistung ihre Entstehung nach rechtmäßigem oder rechtmäßig gewordenem Gebot der Kirchengewalt, oder eines Gemeindebeschlusses und damit „nach Gesetz oder Verfassung“ an der Stirn, erfüllt die ratio legis und wird der Eintragung nicht bedürfen.

32.

Die im Harze, im Solling und anderswo vielfach vorkommende, mit einem Wohnhause verbundene Bau- und Brennholz-Berechtigung bedarf der Eintragung in das Grundbuch nicht. Sie besteht darin, daß das verpflichtete Forstgrundstück dulden muß, daß Holz entnommen werde von demselben zu Gunsten des berechtigten Wohnhauses und wenn im Laufe der

Zeit Bedürfniß, Zweckmäßigkeit, Uebereinkommen, Druck 2c. 2c. allerlei Maßregeln und Thun des Verpflichteten der Ausübung beigegeben haben, so ändert das nicht an dem Character des Rechts. Diese Grundgerechtigkeit ist keine von den, den selbstständigen, in den Grundsteuerbüchern verzeichneten, in die Grundbücher einzutragenden Grundstücken gleichgestellten Gerechtigkeiten, für welche besondere Grundbuchblätter anzulegen sein würden, oder welche als Zubehör gleich den Zubehörgrundstücken dem Hauptblatte zugeschrieben werden müßten. Sie ist eine Pertinenz des Wohnhauses, für welche eine Aufnahme in das Grundbuchblatt nirgend vorgeschrieben ist, welche aber von dem Grundbuchblatte des berechtigten Wohnhauses umfaßt wird, mithaftend für die dasselbe belastenden Hypotheken. Daß diese Gerechtigkeit auch der Eintragung auf das verpflichtete Grundstück nicht bedarf, und die Frage über deren Eintragung auf das letztere, wenn sie zu Geldrente relucirt wurde, steht unabhängig von der vorerörterten Frage.

§§. 1, 3, 5 der Grundbuchordnung; §§. 12, 30, 32, 68 und 69 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb; Anmerkung 4, auf Seite 81, Meher's Grundbuchrecht; Seite 34, in Förster's Grundbuchrecht.

33.

Täglich mehrt sich die Erfahrung über den Colossal-Umfang der Arbeit, welche dem Richter in den Grundbuchsvorarbeiten außer und neben seinem etatsmäßigen Arbeitspensum auferlegt ist. So geräuschlos diese Arbeit verläuft, ohne Reclame und ohne Dank, ebenso verantwortlich ist sie, ermüdend in stetigem Entwirren wirrer Vorlagen, fast reizlos, mit immer wiederholten Schwierigkeiten und Widrigkeiten verbunden, ganz und gar geeignet, die Freude am Dienst und am Leben auf eine ganze Reihe von Jahren zu mindern. Zum Ersatz bleibt nichts als ein Stück guten Gewissens.

Um so näher wird die Erwartung liegen dürfen, daß alle coordinirten Behörden, wenn und wo sie helfen können, bereitwillig und eingänglich helfen und daß vorgesetzte und Aufsichtsbehörden nicht unbillige Last beanspruchen, fördernd weniger als unsympathisch beunruhigend, daß sie den bureaukratischen und statistischen Theil der Arbeit auf ein thunlichstes Minimum

eingeschränkt sein lassen, daß sie mit Vervollständigung des Arbeitsmaterials, Eröffnung von Hülfquellen, Rath, Hinweis und Anheimgabe erleichternd eingreifen, daß aber sie die Eigenart des Arbeiters schonen darin, wie er am besten glaubt zum Ziele zu gelangen, und hohe Vorsicht üben in Generalisirung des Wie's der Detailausführung auf dem Wege von Anordnungen. Diejenigen, welche theoretisch prüfen, wie es wohl gemacht werden müßte, stehen weit ab von dem einzelnen Macher und den concreten Wirklichkeiten, welche sein Thun bedingen.

II.

In Fortsetzung der bisherigen Verhandlungen gelangten in einer am 21. October 1877 in Northeim stattgefundenen Zusammenkunft, zu welcher sich sechs Richter und vier Referendare von den Amtsgerichten des Obergerichtsbezirks Göttingen eingefunden hatten, unter anderen folgende Gedanken zum Ausdruck:

34.

Als Regel ist aufzustellen, daß es nicht zweckmäßig erscheint, die Nachbargerichte zu Vorermittlungen über im eigenen Bezirke gelegenen Grundbesitz von Personen zu requiriren, welche in jenen Bezirken wohnen. Das vice versa führt zu unsympathischen, unter Umständen einer guten Förderung hinderlichen Beziehungen und die verschiedene Eigenart des Arbeiters, insbesondere auch das unvermeidliche Abmessen ex arbitrio judicis findet in der Selbstarbeit leichter einen befriedigenden Abschluß. — Zu Ausnahmen werden allzugroße Entfernungen hie und da Anlaß geben können, imgleichen nachzuholende Vernehmungen über Einzelpunkte, der Umstand, daß das Hauptgut im Nachbarbezirk liegt und dort zur Verhandlung gelangt, und dergleichen mehr.

35.

Streitigkeiten, Belastungsfragen, aus andern Richtungen her sich aufwerfende Zweifel können unter Umständen zu den penibelsten Untersuchungen zwingen, im Uebrigen ist es bei den Eigenthumsermittlungen undurchführbar, jede einzelne Flurbuchsparcelle zum nachweislich überzeugenden Stimmen zu bringen mit dem Grundstücke, welches ihr entsprechen soll, in dem zu ihr producirten Erwerbsdocumente. Zu den Abweichungen

herbeigeführte Erläuterungen des Besizers oder anderer im Termine Anwesender und ein practisches Unterscheiden von verdächtig und unverdächtig muß ausreichen. — Das Fehlen der Karte macht sich auch bei solchen Gelegenheiten als arbeitser-schwerend und zeitraubend außerordentlich fühlbar.

36.

Der Begriff „gerichtsbekannt“, mit Vorsicht einerseits und mit practischem Blicke andererseits aufgefaßt und verwandt, ist ein in Grundbuchsvorarbeiten gut zu verwerthendes Beweis-material. Seine Existenz wird durch die Thatsache der Ueberzeugung des Richters von dem Vorhandensein der zur Frage gestellten Begebenheiten bedingt. Motive, Entstehungsgeschichte, Pflichten bezüglich seiner Kenntniß zc. können weit abliegen.

37.

So lange eine Gemeinheitstheilungs- und Verkoppelungs-Commission noch nicht geschlossen ist, wird sie durchweg in der Lage sein, diejenigen Zweifel auf erhaltene Anregung zu beseitigen, welche über Aequivalente für in die Masse eingeworfene Grundstücke aufstauen. Sie wird durchweg ausreichende Antwort ertheilen können, entweder auf Kosten annoch der Interessentenmasse oder, wo ordnungsmäßig erlassene Aufforderung erfolgt, aber unberücksichtigt geblieben und Präclusion eingetreten ist, wie beispielsweise bei unterbliebener Anmeldung von Totalqualität, auf Kosten Dessen, welcher ihr als kostenpflichtig vom Grundbuchamt bezeichnet wird. Wenn aber eine Commission nicht mehr existirt, das Verfahren seit Jahren vielleicht beendet ist, das Grundbuchamt seine Zuflucht zur Verwaltungs-obrigkeit zu nehmen hat und hier nur annähernd erledigenden Bescheid erhält mit Hinweis auf Materialien-Unzulänglichkeit und Unthunlichkeit einer vollständig genauen Ermittlung seinerseits, so muß, wenn überall weiter vorgegangen werden soll, das erforderliche Material an grundstückbeschreibenden Documenten, Erwerbspapieren, älteren Grundsteuermutterrollen, Theilungs- und Verkoppelungsacten zc. durch Anträge, Aufträge, Requisitionen zc. herangesammelt und einer sachverständigen Kraft mit der Anforderung vorgelegt werden, eine richtige Werth- oder Quotenvermittlung, oder einen zutreffenden Grundstücksausweis klar zu stellen. cfr. Nr. 20 der Verhandlungen vom 10. Juni 1877 (oben Seite 388).

Die Kosten des Verfahrens und die Grenzen der Officialthätigkeit geben zu Bedenken Anlaß.

Die Kosten des Schreibwerks, der Zustellungen und Behändigungen, der Porto's und einiges Aehnliches verweist das Gesetz zur Berichtigung an die Staatscasse. Ein nach Werthen verschiedenes Pauschquantum „für das ganze Verfahren“ soll gelegentlich der Anlage des Grundbuchblattes gehoben werden. Daneben sollen aber „nach Maßgabe der bisherigen Bestimmungen“ gehoben werden die Gebühren für Bescheide auf ungegründete Gesuche und Beschwerden, vereitelte Termine, Calculaturgeschäfte, die Vergütung für zugezogene Sachverständige und die Diäten und Reisekosten der Beamten bei Localterminen, letztere jedoch unter Umständen dann nicht, wenn es sich um nicht wohl anders zu beseitigende Zweifel über die Identität von Grundstücken handelt, welchenfalls die Staatscasse eintritt.

Darüber, von wem die Gebühren und Kosten gehoben werden sollen, sagt das Gesetz, daß „in Beziehung auf die Verpflichtung der Parteien zur Tragung der Kosten“ 2c. „die Vorschriften“ zur Anwendung kommen, „welche in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten“. — Die freiwillige Gerichtsbarkeit aber — von dem wohl nicht in's Auge zu fassenden Vormundschafswesen, dieser sogenannten höheren freiwilligen Gerichtsbarkeit abgesehen — kennt keine Vorschriften, welche Betheiligte zur Tragung von Kosten für Arbeiten verpflichtet, die sie nicht beantragt haben. In ihr giebt es kein Vorgehen „von Amtswegen“, wie es das Gesetz für die Vorarbeiten zur Anlage der Grundbücher grundsätzlich aufstellt. Sie zeigt Petenten, welche irgend Etwas in ihren Vermögensangelegenheiten unter öffentlichem Glauben nach ihrem Geschmaç geordnet haben wollen, aber keine Staatsangehörige gegenüber dem Werden eines neuen Institutes, welches der Staat in's Leben zu rufen für angemessen hält und ex officio erschaffen will. Auch sind Staatsangehörige in solcher Lage nicht etwa in culpa, wenn die Ordnung, welche sie bislang in ihren Angelegenheiten hielten, den Anforderungen des neuern Institutes gegenüber als zu beseitigende Unordnung erscheint. Ebenso wenig läßt sich Brauchbares folgern gegen den Einzelnen, dessen Nutzen unter Umstän-

den keineswegs gefördert wird, aus der Möglichkeit des neuen Instituts im Allgemeinen.

Die Auslagen, welche die Ladung mit sich bringt, für Erscheinen und Urkunden-Vorlegen sind bald verschmerzt, als nothwendige Folge des erhaltenen Gebotes, und kaum wohl fragt sich der Geladene, ob es eine Möglichkeit gebe, sie wieder einzuholen. Dringt er auf Rückgabe seines selbstbezahlten Mutterrollenextractes, so kann dem unter Rückhalt von Abschrift stattgegeben werden. Ernstem Sträuben aber begegnet jede weitere Anforderung, welche spüren läßt, daß Kosten erwachsen für Arbeiten, die weder beantragt wurden, noch als erwünscht, zweckmäßig oder gar nothwendig erkannt werden und deren Entbehrlichkeit man eventuell und oft mit Recht von Zeit, Erben und Sterben erhofft. — Und doch wird man, mit dem Ermittlungsverfahren auf einem bestimmten Standpunkte angelangt, da beispielsweise, wo es sich ohne kostspielige Zuziehung von Sachverständigen nicht voll feststellen lassen, welche Grundstücke dotal oder paraphernal sind, während alle übrigen Verhältnisse geordnet wurden, — wird man das Verfahren abschließen dürfen mit dem Hinweis der Parteien auf die Folgen, in der Verfügungsmöglichkeit, nämlich demnächst mangels Anlage eines Grundbuchblattes oder mangels ausreichenden Ausweises des angelegten Grundbuchblattes behindert zu sein bis dahin, daß Partei für Abstellung der Mängel gesorgt haben wird? — Wird man das Weitere der Thätigkeit der Interessenten, vielleicht processualischen Ermittlungen der Zukunft überlassen dürfen? Oder wird man zu neuen Versuchen sogar auch dann vorgehen müssen, wenn es zweifelhaft ist, ob dieselben zu einem brauchbaren Resultate führen können, und wird man dann die Kosten der resultatlos gebliebenen Officialarbeit dem Grundbesitzer zur Last legen und von ihm einziehen? Wird man ähnlich verfahren, wo Gläubiger und nur solche bei Identitätszweifeln betheiligt sind? Der Staat will die Durchführung des neuen Instituts und will, daß wegen Anlage der ersten Grundbuchblätter von Amtswegen vorgegangen werde. — cfr. §. 24 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover vom 28. Mai 1873, §. 11 L., §§. 13, 15 und 16 des Tarifs zum §. 56 des citirten Gesetzes und allgemeine Verfü-

gung des Justizministers über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover vom 16. Februar 1877.

39.

Den Werth einer vorgefundenen hypothekarischen Eintragung in der Richtung auf deren Gültigkeit zu prüfen, die Legitimation des Verpfänders in Frage zu ziehen, beispielsweise zu untersuchen, ob zu einer Verpfändung von Dotalgut die richterliche Bestätigung hinzugekommen ist, gehört nicht zu den Zwecken der Vorarbeiten für Anlage des Grundbuchs. Was zur Zeit der Grundbuchsanlage im Hypothekenbuche widerspruchsslos angemeldet sich vorfindet, wird auf das Grundblatt übertragen. — Aber die Sorge dafür, daß die hypothekarische Eintragung auf diejenigen Grundstücke übertragen wird, welche sie ihrem Inhalte nach belasten soll und die Gläubiger-Benachrichtigung, welche letztere, nach Vernehmung Desjenigen, dessen Grundstück von unbefugter Hand belastet wurde, als eine Nichtanmeldung ausfallen wird, kann Anlaß zu Eintragungsverweigerungen, zu Vormerkungen, zu Vergleichsverhandlungen, zu proceßrichterlicher Thätigkeit provociren.

40.

Gelegentlich der Prüfung der Belastungsfrage wird es Pflicht sein, die Durchsuchung der Hypothekenbücher nicht zu beschränken auf den zeitweiligen Besitzer, sondern auch dem genannten Rechtsvorgänger wird nachzuforschen sein. Thun sich bei solcher Gelegenheit weitere Rechtsvorgänger auf, oder wird Zuverlässiges in dieser Richtung vorgetragen, so kann sich die Forschung weiter erstrecken müssen. Je weiter man indessen zurückgeht, desto unkenntlicher pflegt die Grundstücksbeschreibung in den Hypothekenbüchern zu werden. Zeigt sich das in der als möglicherweise hergehörig aufgefundenen Hypothek belastete Grundstück zu wenig erkennbar, läßt eine etwa vorgefundene Verpfändung des gesamten Vermögens eines Vor-Erblassers ausreichende Schlußfolgerung nicht zu, so wird Instruent außer culpa sein, wenn er dergleichen unberücksichtigt läßt. Manchmal wird er vorziehen, eine andeutende Gläubigermitteltheilung über Nichtanmeldung scheinbar oder vielleicht existirender Belastungen, vorgefunden aber bestritten, anzuordnen.

Die Art der Einrichtung der Hypothekenbücher und arbi-

trium judicis müssen hier wie vielerorts das Maß an die Hand geben.

41.

Findet sich bei Durchsicht der Hypothekenbücher gelegentlich der Prüfung der Belastungen eines zur Bearbeitung vorliegenden Artikels, daß die aufgefundenen Hypothek andere noch als zur Bearbeitung vorliegende, inmittelst vom Verpfänder veräußerte Grundstücke belastet, so mag man die Gelegenheit wahrnehmen zu Nachfragen und Notizen, um Meldung machen und controliren zu können für die Zeit, wo jene veräußerten Grundstücke zur Bearbeitung gelangen. Ob die Gelegenheit des Auffindens auch die Zeit zu solchen Maßregeln bietet, steht dahin. Eine Fahrlässigkeit begeht Derjenige nicht, der die Vorsichtsmaßregel nicht vornimmt. — Soll das Werk ein Ende finden, so hat Alles zu seiner Zeit zu geschehen, die Prüfung der Belastung zu den Grundstücken, welche zur Bearbeitung vorliegen, nicht zu andern Grundstücken. Amtlich bekannt ist dem Richter, was er als amtlich erfahren im Gedächtniß hat oder bei gewissenhaftem Forschen zum einzelnen Bearbeitungsfalle auffindet. — Zur Schärfung des Gedächtnisses Vorsichtsmaßregeln zu treffen, kann unter Umständen zulässig und zweckmäßig sein, Pflicht ist es nicht.

42.

Trägt ein Grundbesitzer zu einer gemeldeten hypothekari-schen Belastung vor, daß die Forderung inmittelst auf einen Andern übergegangen sei, als welcher im Hypothekenbuche verzeichnet steht, so wird es richtig sein, Beide von der Sachlage in Kenntniß zu setzen, den eingetragenen Gläubiger und den genannten Angebliehen. — In das Grundbuch demnächst wird nur Derjenige eingetragen werden können, den man alsdann im Hypothekenbuche legitimirt findet, oder der sich zur Zeit der Anlage des Grundbuchblattes rite legitimirt.

43.

Es kommen Belastungsanmeldungen von großer Unklarheit vor. Irgend eine Geldabgabe wird alljährlich abgeholt. Man weiß für wen, den vielleicht wechselnden Betrag aber kennt man nicht genau, die Entstehungsgeschichte, die eigentlich haftenden Grundstücke oder Gebäude vermag man nicht anzugeben und

Beurkundungen liegen nicht vor. — Oder es stellt sich heraus, daß ein bestimmtes Grundstück in irgend einem Lehnsverbande stehen wird. Ein anscheinend berechtigter Familienname wird genannt, das Grundstück gilt für Lehnland in der Familie des Besitzers und wird dort in Erbfällen als solches behandelt, alles Nähere aber fehlt und irgend welcher Leistungen oder Zahlungen weiß sich Niemand zu erinnern. — In solchen Fällen wird die Officialthätigkeit damit geschlossen werden können, daß der Berechtigte oder anscheinend Berechtigte eine Mittheilung erhält von der Meldung in ihrer Unklarheit und mit dem Bedeuten, daß, falls Aufnahme in das Grundbuch beansprucht werde, klarstellende Anträge und Nachweise seinerseits gewärtigt würden.

44.

Was der Ehemann gelegentlich der Bearbeitung seines Artikels über darunter befindliches Dotalgut vorträgt, beziehungsweise urkundlich klarstellt, wird der Ehefrau mitzutheilen sein, ihre nachträgliche Zuziehung aber zu den Verhandlungen möchte durchweg unterbleiben können. Ob bei zu Tage tretendem Paraphernalgut ein ausreichendes *mandatum praesumptum* des Ehemannes angenommen werden darf, um es auch hier bei einer Benachrichtigung bewenden zu lassen, kann strengerem Urtheil unterzogen werden.

45.

Es wird — und sei's eine Fiction — die Annahme erlaubt sein, daß Derjenige, dessen Grundbesitz die Vorarbeit bezüglich Eigenthum und Belastung bereits überstanden hat und der nun eine neue Hypothek zur Eintragung auf seinen Grundbesitz einreicht, durch ein solches Vorgehen eine Anzeige macht zu den Grundbuchsacten gemäß Nr. 4 des §. 27 des Gesetzes vom 28. Mai 1873 und daß dementsprechend eine von der Anmeldung im Edictalladungsjahre befreiende Gläubigermitteltheilung gemäß Schlußsatz des citirten Paragraphen abgelaufen werden kann und angezeigt ist.

46.

Für Mittheilungen über Meldungen und Nichtmeldungen an Gläubiger im eigenen Gerichtsbezirk wird Behändigung durch den Gerichtsvoigt das übliche und eigentliche Verfahren

sein und bleiben. Auswärtigen Gläubigern gegenüber wird es genügen, wenn die Bescheinigung des Gerichtsvoigts, daß die Mittheilung durch Uebergabe an die Post behändigt sei, zu den Acten gelangt. Erst wenn die Mittheilung Seitens der Post als unbestellbar zurückgelangt, werden weitere Nachforschungen und Requisitionen um Behändigung an andere Gerichte angezeigt erscheinen. Vorsichtiger indessen wird man sein mögen bei Mittheilungen von noch einigermaßen verdächtigen Nichtanmeldungen an überseeische Gläubiger.

47.

Vorschriftsmäßig in die Hypothekenbücher geschehene Eintragung von Ablösungs- und Allodifications=Capitalen, zur Ablösung oder Allodification hergegebener Darlehen und Ablösungs- und Allodifications-, resp. Mortificationsrenten hatte den Zweck der Conservirung ihrer ursprünglichen Bedeutung, nicht — von möglicherweise nebenher constituirten Hypotheken abgesehen — den der Wandlung in eine anders gesicherte Existenz. Sie haben bei Realisirung des von ihnen belasteten Grundbesitzes einen Vorzug vor andern hypothekarisch eingetragenen Ansprüchen entweder, weil ihnen der Rang von abgestellten Reallasten zc. gebührt, welche älteren Herkommens waren, als die concurrirenden Hypotheken, ein Rang, welcher sich gegenüber später eingetragenen Hypotheken schon durch die Eintragungszeit documentirt, vorstehend eingetragenen Hypotheken gegenüber aber eventuell des Nachweises bedarf und bezüglich der Rückstände von Zinsen auf Capitale und Darlehen einer Begrenzung unterworfen ist — oder, soweit gewisse Rückstände zc. von Renten vor der Concurseröffnung in Frage stehen, weil sie hier als Leistungen aus Reallasten, beziehungsweise gleich Staatssteuern absolut privilegiert wurden.

Für Ablösungs=Capitale und Darlehen ist die dritte Abtheilung des Grundbuchblattes oder Artikels vorgeschrieben, für die Eintragung von Renten nur im Allgemeinen das Grundbuch, und hier wird man auf die zweite Abtheilung sentiren dürfen. — Den Rang bei der Uebertragung in das Grundbuch deutlicher hervortreten zu lassen, als das Hypothekenbuch an die Hand giebt, wird unthunlich sein.

Die zur Materie gehörige Gesetzgebung ist zunächst folgende:

§. 35 der Verordnung vom 10. November 1831; §§. 240 und 241 der Ablösungsordnung vom 23. Juli 1833; §. 12 der Verordnung vom 13. April 1836; §. 6 des Gesetzes vom 16. September 1844; §. 16 der Verordnung vom 28. September 1867; §§. 1 und 6 des Gesetzes vom 3. April 1869; §§. 59, 106 und andere des Gesetzes vom 14. December 1864; §§. 16 und 40 des Einführungsgesetzes vom 3. Mai 1875.

48.

Es ist ein häufiges Vorkommen, daß Artikelbesitzer hervorheben, der Grund und Boden unter ihren Gebäuden gehöre der Gemeinde, und daß der anwesende Gemeindevorstand dem zustimmt; es darf indessen die Ausdrucksweise des Vortragenden über die wahre Bedeutung des unterliegenden Verhältnisses nicht täuschen, zu Um- und Abschreibungen im Catasteramte nicht veranlassen. Durchweg wird die Instruction, welche übrigens Urkunden in solchen Fällen selten vor sich hat, ergeben, daß nicht etwa eine römisch-rechtliche Emphyteuse begründet wurde, sondern daß der beim Grundstücksausweis bedungene jährliche Zins auf ewige Zeiten gemeint wurde, die Abtretung eine endgültige war, ein deutsch-rechtliches Erbenzinsgut zu Stande kam und der Grund und Boden auf den Namen des Gebäudeeigenthümers zu schreiben ist.

49.

Das Vorübergängliche des Besizes und Erschwerung in Controle des Verfügungsrechts lassen es fraglich erscheinen, ob es zweckmäßig sei, das Dotalgut auf den Namen des Ehemannes einzutragen und die Rechte der Frau unter Eigenthumsbeschränkungen zu notiren. Ein umgekehrtes Verfahren hat nahe liegende Vorzüge. Was das Gesetz will, will nicht recht klar zu Tage treten. — §. 16 der Grundbuchordnung, S. 100 in Meher's Grundbuchrecht.

50.

Formular I. des Grundbuchs duldet keine hypothekarische Theilbelastung des in dasselbe aufgenommenen Grundbesizes, es sei denn eine Quotenbelastung. Belastung einzelner von Formular I. begriffener thatsächlich gesonderter Theile des ein-

getragenen Besizes zerreißt die Grundstckseinheit, welche dies Formular zur Voraussezung hat. Das Theilstück wird durch Sonderbelastung ein selbstständiges Stück und bedarf der Abschreibung zu einem gesonderten Grundbuchblatt. Ob und wie weit es möglich sein wird, hieran durch Anwendung des §. 13 der Grundbuchordnung zu ändern, steht dahin; im Uebrigen wird diese Sachlage und das sehr Häufige des Vorkommens im Umfange verschiedener Belastungen ein und desselben Grundbesizers vielfach zu Benutzung des Formulars II. auch da führen mögen, wo sonst Formular I. zulässig und zweckmässiger wäre. Neben Formular II. giebt es ein weiteres Grundbuchblatt für ein und denselben Besizer in ein und demselben Bezirke nicht.

3. Beiträge aus einer auf Gegenseitigkeit gegrindeten Versicherungsgesellschaft verjähren in vier Jahren.

Von Herrn Obergerichts-Assessor Schliephake in Göttingen.

Das hannoversche Gesetz, betreffend die Verjährung, vom 22. September 1850, welches mit dem älteren preussischen Gesetze vom 31. März 1838 und dem nassauischen vom 5. April 1849 im Wesentlichen fast wörtlich übereinstimmt und dessen allgemeine Tendenz dahin bestimmt werden darf, die aus dem Bedürfnisse des täglichen Lebens und des regelmässigen Geschäftsverkehrs entspringenden, meist verhältnissmässig kleinen auf eine lange Dauer weder angelegten, noch diese ertragenden Forderungen in kurze Verjährungsfristen einzuschränken und somit im Interesse der Festigung und Klarheit der Rechtsverhältnisse den Inhabern solcher Ansprüche Veranlassung und Antrieb zu geben, von ihrem Rechte baldzeitigen Gebrauch zu machen, bestimmt im §. 7, Satz 5:

Mit dem Ablaufe von vier Jahren sollen die Klagen aus Forderungen verjähren wegen der Rückstände an Miete und Pachtgeldern, Pensionen, Besoldungen, Alimenter, Renten und allen anderen zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen, es mag das Recht dazu im Hypothekenbuche eingetragen sein oder nicht.

Das gemeinsame Begriffsmerkmal aller der hier aufgeführten, unter sich zwar durchaus verschiedenen, hier aber coordinirten und in gleichem Grade der Verjährung unterworfenen Rechtsverhältnisse ist das Vorhandensein von Rückständen, d. h. daß bei ihnen zu einer gewissen Zeit sich ergibt und objectiv feststeht, welches bestimmte Vermögens-Quantum zu leisten ist, und ferner, daß nur diese Rückstände der Verjährung von vier Jahren unterliegen sollen.

Der logische Eintheilungsgrund und zugleich derjenige legislatorische Gesichtspunkt, von welchem aus man die verschiedenen Rechtsinstitute hinsichtlich der Verjährung zusammenfaßte und von welchem aus man die Eintheilung systematisch vornahm, war also die bei allen diesen Rechtsverhältnissen gleichmäßig vorhandene Periodicität fällig gewordener Leistungen, und eine Reflexion auf die Absicht dieser Gesetzesbestimmung ergibt als gemeinsamen Grundgedanken, alle diese Rückstände einer kurzen Verjährung zu unterziehen, ohne doch damit die davon getrennt zu betrachtende selbstständige Substanz und den Bestand des unterliegenden Rechtsverhältnisses selber zugleich zu verändern.

Gemäß der oben bezeichneten allgemeinen Tendenz des Gesetzes ordnet die angeführte Gesetzesstelle nach einer nur beispielsweise Aufführung practisch verschiedener Rückstände generalisirend und in grundsätzlicher Allgemeinheit an, daß verjähren sollen „alle zu bestimmten Zeiten wiederkehrenden Abgaben und Leistungen“.

Hiernach wird eine Verjährung mit kurzer Frist eintreten müssen bei allen den Rechtsverhältnissen, hinsichtlich deren die doppelte Möglichkeit von periodisch wiederkehrenden Gefällen und der Verjährung aller dieser vorliegt.

Gegen die Richtigkeit dieser nicht allein mit der Wortfassung des Gesetzes, sondern auch mit dem entwickelten Wortsinne übereinstimmenden Gesetzesauslegung läßt sich auch nicht wohl, wie dies in Urtheilen verschiedener Appellationsgerichte geschehen ist, geltend machen, das Gesetz habe, wie dies die Zusammenstellung mit Renten erkennen lasse, nur Rechtsverhältnisse von unabsehbarer Dauer (*caussa perpetua*), d. h. dauernde und in den einzelnen Gefällen nicht aufgehende und in diesen

eine Erfüllung nicht findende Obligationen bezieht und allein diese vorausgesetzt. Vielmehr ergiebt — ganz abgesehen davon, daß, wie unten erhellen wird, auch in den der Entscheidung unterstellten Versicherungs-Verträgen es um eine Obligation von zunächst unbestimmter Zeitdauer es sich handelt — gerade die Exemplification des Gesetzes auf Pensionen, Besoldungen u. s. w., daß dasselbe vornehmlich Rechtsverhältnisse bezieht, in denen das Zustandekommen und die Herstellung einer Obligation durch einen Zeitablauf herbeigeführt wird, indem unter andauerndem Vorhandensein der Vorbedingungen und Elemente einer Obligation das allein noch ausstehende und fehlende Erforderniß der Verbindlichkeit durch den Ablauf blos eines Zeitraumes ergänzt und jedesmal complementirt wird; die besondere Anführung von Miethe und Pacht ergiebt aber sogar, daß Rückstände aus solchen Obligationen, die im Sinne der vortragenden Theile eine so kurze Zeitdauer erhalten haben, daß sie mit Zahlung auch nur eines — etwa monatlichen oder jährlichen — Zinses ihre völlige Endschaft und Erfüllung erreichen sollten, ebenso der Verjährung unterliegen, und daß hiernach auch ein überhaupt nur einmal fällig werdender Rückstand, dessen Beitreibung die Erfüllung des gesammten Inhalts der Obligation darstellt, verjährt.

Ebensowenig wird man behuf der Argumentation, daß es sich um zu bestimmten Zeiten wiederkehrende Abgaben und Leistungen gar nicht handele, weil durch eine in einem Paragraphen des über ganz Westdeutschland hin wirksam gewordenen Gesellschaftsstatuts geordnete Verlängerung des Vertrages vermöge stillschweigender Willens-Erklärung jedesmal ein neuer Vertrag zum Abschluß gedeihe, auf jenen Paragraphen sich zu stützen vermögen.

Es ist nämlich jener Beweisatz ebenso wie die Beweisgründe, aus deren Wahrheit er abzuleiten versucht worden ist, irrig.

Denn nach jenem Statute gilt der ursprüngliche Versicherungsvertrag

„vom Tage des Ablaufes der Police an auf eine gleiche Zeit prolongirt, wenn nicht drei Wochen vor demselben eine schriftliche Kündigung ergangen ist.“

Der Vertrag dauert also zunächst auf nur eine Jahresfrist, jedoch so lange und bis dahin fort, als nicht ein neues Rechtsgeschäft, d. h. eine Kündigung ihn aufruft. Die Kündigung ist also zu einer negativen Bedingung seiner Gültigkeit gemacht: unentschieden gelassen ist damit also nicht die Gültigkeit — welche vielmehr als Basis angenommen und positiv festgesetzt wurde — sondern gerade umgekehrt die Aufhebung des Vertrages, welche unbestimmt gelassen wird. Die Erfüllung eines — hier ursprünglichen Vertrages bedeutet aber — auch hier — nicht die Aufhebung desselben, und es ist deshalb unrichtig, wenn von einem Appellationsgerichte angenommen wurde, daß deshalb für jedes Jahr ein neuer Abschluß des Versicherungsvertrages erfolge: die Prämienzahlung ist in der That eine wiederkehrende Leistung, relevirend aus dem ursprünglichen Versicherungsvertrage.

Es kann ferner auch nicht verkannt werden, daß die geforderten Prämien — weil hier die Versicherungsnehmer zugleich auch selbst die Versicherer sind — die juristische Natur eines Gesellschafts-Beitrages haben; allein auch diese unterliegen der kurzen Verjährung, sobald — wie hier — die obenerwähnten Kriterien der Anwendbarkeit des Gesetzes auf sie zutreffen; die vom Gesetze unterlassene namentliche Anführung des Rechtsinstituts der Societäten jedoch rechtfertigt sich einmal mit der Nothwendigkeit, allgemein zusammenfassende Bestimmungen zu treffen, und andererseits mit der Unmöglichkeit oder doch redactionellen Unthunlichkeit einer völlig erschöpfenden Aufzählung aller einschlagenden Rechtsverhältnisse.

Bei Beurtheilung dieser Rechtsfrage kann es endlich auch keinen Unterschied begründen, daß die Zahlung von geforderten Zuschuß-Prämien nicht absolut und in sich fest bestimmt, sondern nicht allein hinsichtlich der Höhe ihres Betrages, vielmehr hinsichtlich sogar auch der Existenz der Zahlungspflicht selbst von anderweiten im Verlaufe des verflossenen Verwaltungsjahres eingetretenen und wechselnden Umständen abhängig gemacht und nur relativ bestimmt wird; es genügt vielmehr zur Anwendung des Gesetzes vollkommen, daß die Leistung zeitlich begrenzt und periodisch eingeschränkt war, und kommt es nicht sowohl auf eine Bestimmtheit der Leistung selbst, eine Bezeichnung des

Leistungs=Quantums, als vielmehr lediglich auf die Bestimmtheit der Zeit der Leistung und Bezeichnung der Fälligkeit derselben an.

4. Bemerkungen zur gemeinrechtlichen Rechtsparömie „Kauf bricht Mieth“. Voraussetzungen der Verbindlichkeit des Käufers zu thatsächlicher Anshaltung bestehender Miethverträge.

(Vom Herrn App.=Ger.=Vice=Präsidenten Schmidt zu Celle.)

Unzweifelhaft steht gemeinrechtlich¹⁾ dem Käufer eines Miethobjects, welcher durch Uebertragung des juristischen Besizes — nöthigenfalls im Wege eines *constitutum possessorium* (Savigny, Besiz, 7. Auflage, S. 320, Note 1) — und durch Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises dessen Eigenthümer geworden ist, kraft seines nach Abschluß des Miethvertrages erworbenen dinglichen Eigenthumsrechts²⁾ die Befugniß zu, den Miether vor Beendigung des nur persön-

¹⁾ Particularrechtlich ist das gemeinrechtliche *jus expellendi* des Käufers vermieteter oder verpachteter Gegenstände vielfach ausgeschlossen oder wesentlich beschränkt. Nach Preussischem Landrecht (Theil I. Tit. 21 §. 358 in Verbindung mit Theil I. Tit. 7 §. 173) ist der Miether oder Pächter dem Käufer zu weichen überhaupt nicht verpflichtet. Nach Französischem Recht (Code Nap. Art. 1743) kann ebenfalls der Käufer den Miether oder Pächter nicht vertreiben, wenn der Mieth- oder Pachtcontract in einer öffentlichen Urkunde enthalten oder mit einem sicheren (älteren) Datum versehen ist und der Vermiether oder Verpächter nicht etwa ausdrücklich das Recht des Contractbruchs für den Fall der Veräußerung sich vorbehalten hat. Das Oesterreichische Gesetzbuch (§§. 1120 und 1121) gestattet dem Käufer das Recht der Kündigung, wenn nicht der Miethvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist. Das Sächsische Gesetzbuch (§§. 1222—1224) folgt im Allgemeinen dem Römischen Rechte, läßt aber ebenso wie das Oesterreichische die Eintragung des Miethcontracts in die öffentlichen Bücher gegen den Käufer im Falle freiwilliger Veräußerung wirken.

²⁾ Die in der Glosse zu l. 9 Cod. 4, 65 geltend gemachte und auch in der älteren Theorie vielfach vertretene Ansicht, daß schon der Abschluß des Kaufcontracts dem Käufer das *jus expellendi* gegen den Miether oder Pächter gewähre, ist gegenwärtig als aufgegeben anzusehen.

conf. Seuffert's Archiv Band 23 Nr. 225.

liche³⁾ Ansprüche gewährenden Miethcontracts zur Herausgabe des Miethobjects nöthigenfalls im Wege der Klage anzuhalten. Dieser gemeinrechtliche Rechtsatz hat in der Parömie „Kauf bricht Mieth“ seinen Ausdruck gefunden. Auf der andern Seite ist gemeinrechtlich der Vermiether oder Verpächter, der Veräußerung ungeachtet, zur Erfüllung des Contracts und im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung zur Entschädigung des Miethers oder Pächters unzweifelhaft verpflichtet⁴⁾. Ebenso bleibt der Miether oder Pächter seinerseits dem Vermiether oder Verpächter gegenüber etwaiger Veräußerung des

³⁾ Während das Preussische Landrecht (Theil I. Tit. 21, §. 358) dem Miether in der That ein jus reale einräumt, begründet gemeinrechtlich (conf. Senffert's Archiv Band 24 Nr. 210) der Miethvertrag unzweifelhaft nur persönliche Rechte. Anerkannt ist dies in Nr. VI. der mit Gesetzeskraft versehenen Präjudicien vom 26. Januar 1841 durch die Bestimmung, daß ein Pächter nicht befugt sei, die unbedingt einen juristischen Besitz voraussetzende Spolienklage anzustellen. Für die locatio conductio operarum gilt gemeinrechtlich (l. 26 D. 19, 2) der auch in §. 7 der Hannoverschen Dienstbotenordnung vom 15. August 1844 zur Geltung gebrachte Satz, daß dem frühern Miether im Collisionsfalle der Vorzug gebührt, wenn Jemand Dienstleistungen successiv Mehreren vermiethet. In Ermangelung gleichartiger Bestimmungen für die locatio conductio rerum wird dem älteren Miether oder Pächter gegen einen späteren Miether oder Pächter, welchem die gemiethete oder verpachtete Sache zur Benutzung übergeben ist, ein jus expellendi nicht eingeräumt werden können, während, wenn dieselbe Forderung an Mehrere successiv cedirt wird, dem älteren Cessionar gemeinrechtlich der Vorzug gebührt, selbst wenn der jüngere Cessionar den debitor cessus früher certionirt hat.

Senffert's Archiv Band 24 Nr. 234.

Dresdener Entwurf eines Deutschen Obligationenrechts Art. 347.

⁴⁾ Die Rechtsparömie „Kauf bricht Mieth“ ist zu eng gefaßt, insofern nicht etwa lediglich der Kaufcontract die Wirkung herbeiführen kann, daß vom neuen Erwerber der vermietheten Sache dieselbe dem Miether entzogen werden darf, vielmehr nicht nur jeder auf andere Weise vermittelte Eigenthumsübergang (z. B. Erwerb durch Legat), sondern auch die Bestellung eines persönlichen Nutzungsrechte ausschließenden dinglichen Rechts (z. B. des ususfructus) gleiche rechtliche Wirkung hat. Juristisch unrichtig ist die Parömie „Kauf bricht Mieth“, in so fern nicht etwa der Kaufcontract als solcher den Miethvertrag ipso jure aufhebt, sondern eben nur der durch den Kaufcontract vermittelte Eigenthumsübergang dem Käufer das Recht gewähren kann, die vermiethete Sache dem Miether zu entziehen.

Mieth= oder Pacht=Objects ungeachtet zur Contractserfüllung verpflichtet. Die früherhin vielfach vertheidigte, insbesondere auf l. 32 D. 19, 2 gestützte und theilweise auch in das Preussische Landrecht (Theil I. Tit. 21, §. 359) übergegangene entgegengesetzte Ansicht, wonach die vom Vermiether oder Verpächter vorgenommene Veräußerung des Mieth= oder Pacht=Objects den Miether oder Pächter zu einseitigem Rücktritt vom Vertrage berechtigen soll, ist nach den gründlichen Erörterungen in den juristischen Abhandlungen von Heise und Crogg (Band II. S. 297—306) gegenwärtig von der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis ziemlich allgemein als irrig anerkannt.

Windscheid, Pand. §. 400 Note 7.

Bangerow, Vorlesungen III §. 643, 7. Aufl. p. 414.

Darüber, daß der Käufer mit dem Miether oder Pächter den Contract fortzusetzen verbunden ist, wenn er dazu dem Miether oder Pächter gegenüber contractlich sich anheischig gemacht hat, herrscht überall kein Zweifel. Dagegen ist bis auf die neueste Zeit die Frage sehr streitig geblieben, ob der Käufer eines Mieth= oder Pacht=Objects dem Miether oder Pächter für die Dauer des bestehenden Contracts dessen fernere Benutzung thatsächlich zu gestatten habe, wenn der Käufer dem Vermiether oder Verpächter gegenüber die Verpflichtung dazu ohne Concurrenz des Miethers oder Pächters vertragsmäßig übernommen hat. Während früherhin unverkennbar die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen in Fällen der zuletzt hervorgehobenen Art annahm, daß der Miether oder Pächter auf Vereinbarungen zwischen dem Käufer und dem Vermiether oder Verpächter überhaupt sich nicht berufen könne, weil die vorzugsweise bei dieser Controverse in Betracht kommenden Gesetzesstellen (l. 25 §. 1 D. 19, 2 und l. 9 Cod. 4, 65) keine Ausnahme von der entschiedenen Regel des Römischen Rechts, daß Contracte nur unter den Contrahenten selbst klagbare Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, zu begründen geeignet seien, scheint in der neueren Zeit die entgegengesetzte Ansicht, wonach der Käufer bestehende Mieth= und Pacht=Verträge auch dem Miether oder Pächter gegenüber auszuhalten verpflichtet ist, wenn dies vom Vermiether oder Verpächter im

Kaufverträge ausbedungen ist, mehr und mehr Anerkennung gefunden zu haben. Die Vertheidiger der Meinung, daß in Fällen der hervorgehobenen Art gemeinrechtlich der Käufer bestehende Mieth- oder Pacht-Contracte thatsächlich zu respectiren habe, legen entweder entscheidendes Gewicht auf den Wortlaut der l. 9 Cod. 4, 65 oder darauf, daß gegenwärtig Verträge zu Gunsten dritter Personen regelmäßig als wirksam anzuerkennen seien (conf. das in Seuffert's Archiv Band 23 sub Nr. 219 abgedruckte Erkenntniß der Juristen-Facultät zu Göttingen vom März 1868), oder endlich darauf, daß der Vermiether oder Verpächter das im Kaufcontracte ausbedungene Recht zur thatsächlichen Fortsetzung des bestehenden Mieth- oder Pachtvertrages zu cediren verpflichtet, dem Cessionsberechtigten aber heutzutage regelmäßig eine actio utilis zu gestatten sei, ohne daß darauf entscheidendes Gewicht gelegt werden dürfe, ob die zu verlangende Cession förmlich vorgenommen sei oder nicht. Selbst Windscheid (Pand. §. 400 Note 7), welcher annimmt, daß die Veredung zwischen dem Vermiether und Erwerber, wodurch die Fortdauer des Miethsverhältnisses ausgemacht wird, an und für sich dem Miether nicht zu Gute komme, scheint so viel anzuerkennen, daß der Vermiether seine Rechte gegen den Käufer aus einer derartigen Vereinbarung dem Miether zu cediren aus dem Miethvertrage verpflichtet sei. Unter der Voraussetzung, daß der Vermiether zur Cession seiner Rechte gegen den Käufer aus dem Kaufvertrage auf Aufhaltung des Miethvertrages an den Miether in der That für verpflichtet zu erachten ist, darf nach dem neuesten Justinianischen Rechte die rechtlich erzwingbare Cession als bereits erfolgt fingirt werden. Diese von Savigny (Obligationenrecht I. pag. 243—249) und von Puchta (Pand. §. 281 Note d und Vorlesungen II. pag. 121), sowie von Seuffert (Pand. §. 298 Note 8) und Keller⁵⁾ (Pand. 281 pag. 543

⁵⁾ Keller, welcher in gleicher Weise, wie dies in dem in Seuffert's Archiv Band 25 sub Nr. 232 mitgetheilten Urtheile des O.-A.-G. zu Dresden geschehen ist, scharf betont, daß die Cession kein Formalact sei, bemerkt a. a. O. wörtlich: es wurde (von den Römischen Juristen) wirklich immer mehr als zulässig betrachtet, die rechtlich nothwendige Ges-

Note 5 und 6) vertheidigte Ansicht ist insbesondere auch vom Oberappellationsgerichte zu Celle bei Verathung des Urtheils vom 12. Juli 1860 in der Austrägsache der Stadt Frankfurt a. M. wider die Deutschen Rheinuferstaaten, wegen einer subsidiarischen Rhein-Octroi-Rente, als zutreffend anerkannt. Nichts desto weniger erscheint das zu Gunsten des Miethers aus den Grundsätzen über die sog. *cessio ficta* oder *cessio legis* entlehnte Argument deshalb bedenklich, weil eine rechtliche Verpflichtung des Vermiethers zur Cession seiner vertragmäßigen Rechte gegen den Käufer auf Aushaltung des Miethvertrages nicht schon daraus zu folgern sein dürfte, daß der Vermiether dem Miether gegenüber zur Fortsetzung des Miethverhältnisses vertragsmäßig verpflichtet ist. Weniger bedenklich erscheint das vorhin hervorgehobene zweite Argument, weil Verträge zu Gunsten dritter Personen für letztere nach ziemlich constanter Praxis ein selbstständiges Klagerecht wenigstens alsdann begründen, wenn der Promissar bei der Erfüllung des Vertrages abseiten des Promittenten unmittelbar interessirt ist⁶⁾. Keinenfalls

sion der factisch gewollten gleich zu stellen, so daß dem Berechtigten auch ohne den Willen des Anderen die Klage in derselben Gestalt gewährt wurde, als ob dieser ihn zum *procurator in rem suam* bestellt hätte, womit dann von selbst die Verweigerung der Klage für den fingirten Gedanken verbunden war.

⁶⁾ Wenn in dem vorhin allegirten Urtheile der Juristenfacultät zu Göttingen mit Berufung auf Buchka (die Lehre von der Stellvertretung S. 158 Note 17) angeführt ist, daß die Regel des Römischen Rechts über Verträge zu Gunsten Dritter, weil sie dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht entsprach, in Deutschland überhaupt nicht recipirt worden, oder daß jedenfalls schon seit dem Anfang des 17. Jahrhunderts in Deutschland ein dem Römischen Rechte widersprechendes Gewohnheitsrecht über die Gültigkeit der zu Gunsten Dritter abgeschlossenen Verträge sich gebildet habe, so mag dieser Ausspruch immerhin in dem geltend gemachten Umfange etwas gewagt erscheinen; allein die im Archiv für civilistische Praxis (Band 43, Beilageheft pag. 71—138) zusammengestellten 44 Präjudicien in Verbindung mit den seit dem Jahre 1860 druckschriftlich publicirten neueren und neuesten Entscheidungen der obersten Gerichte aus fast allen Theilen Deutschlands scheinen in der That die Ueberzeugung zu begründen geeignet, daß fast durchweg mindestens in dem Falle *pacta in favorem tertii* als gewohnheitsrechtlich wirksam anerkannt sind, wenn der Promissar bei der Erfüllung der vom Promittenten zu Gunsten eines Dritten über-

erscheint es unzulässig, die vorhin citirte l. 9 Cod. 4, 65 dahin auszulegen, daß der Käufer dem Miether gegenüber das bestehende Miethverhältniß thatsächlich fortbestehen zu lassen verpflichtet sein solle, wenn er unter dieser Bedingung das Mieth-Object käuflich erworben hat. Die citirte l. 9 Cod. 4, 65 lautet — von gewagten Emendationen einiger Interpreten abgesehen — wörtlich:

Emitorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei, quod placuit, parere cogetur.

Wäre anzunehmen, daß die im ersten Satze dieser Gesetzesstelle vorkommenden Worte „nisi ea lege emit“ lediglich von einer Vereinbarung zu verstehen seien, an welcher der zu den Contractanten des Kaufcontracts zweifellos nicht gehörende colonus etwa sich als Mitcontractant betheiligt, so würde den Verfasser der Gesetzesstelle der doppelte Vorwurf treffen, daß er einerseits sich sprachlich völlig verkehrt ausgedrückt, andererseits aber auch eine Ausnahme von der Regel ausdrücklich hervorgehoben habe, welche so sehr sich von selbst verstand,

nommenen obligatio ein eigenes Interesse hat (conf. Seuffert's Pand. §. 278 Note 7). Der Umstand, daß die Existenz der hervorgehobenen Rechtsregel auf verschiedene Gründe zurückgeführt wird, welche eine allgemeine Anerkennung nicht gefunden haben, ist das constatirte übereinstimmende Resultat zu erschüttern nicht geeignet. Wenn, worauf in dem allegirten Urtheile der Juristenfacultät zu Göttingen nebenbei gleichfalls Gewicht gelegt ist, hin und wieder mit Savigny (Obligationenrecht II. §. 82) und mit Buchka (Die Lehre von der Stellvertretung §. 210) die Klagbarkeit der pacta in favorem tertii auf eine negotiorum gestio gestützt wird unter Hervorhebung des Satzes, daß ein Anfangs zum Vortheil eines Dritten ohne Stellvertretung geschlossener Vertrag in der Folge in ein Verhältniß der Stellvertretung übergehen könne dadurch, daß der Dritte den ohne seinen Auftrag geschlossenen Vertrag hinterher genehmigt, so wird die Zulässigkeit einer Argumentation dieser Art an und für sich in jedem einzelnen Falle mit Busch (Archiv für civ. Praxis Band 43 Beilageheft pag. 8—10) nur unter der factischen Voraussetzung anzuerkennen sein, daß der Promissar erweislich animo negotia gerendi für den Dritten gehandelt, wirklich als Repräsentant des Dritten die Zusage des Promittenten entgegenzunehmen beabsichtigt hat.

daß der Zusatz völlig überflüssig und trivial erscheint. Auch der zweite Satz der Gesetzesstelle läßt in keiner Weise mit Sicherheit den Willen des Gesetzgebers erkennen, daß der Käufer nur alsdann den Miether in eadem conductione zu belassen gehalten sein solle, wenn der Käufer mit dem Miether darüber pactirt. Die Worte „nisi ea lege emit“ sind am einfachsten und natürlichsten von einer lex contractus des Verkäufers zu verstehen. Daß die hier vertheidigte Auslegung der fraglichen Codexstelle direct nicht unterstützt wird durch die l. 25, §. 1, D. 192 und durch die in Glück's Commentar, Band 18, S. 13 als Belege für diese Ansicht sonst noch allegirten Pandectenstellen, soll nicht verkannt werden; allein ein nicht unerhebliches Argument für die Zulässigkeit der hier vertheidigten Auslegung der fraglichen Codexstelle darf auch noch aus l. 50, D. 49, 14 entlehnt werden. Diese Pandectenstelle enthält den allgemein anerkannten Rechtsatz, daß beim Verkaufe verpachteter fiscalischer Grundstücke die Bedingung, daß der Käufer den vom Fiscus abgeschlossenen Pachtcontract bestehen zu lassen habe, als stillschweigend verabredet angenommen werden solle „ne fiscus colono teneretur, quod ei non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset“. Die hervorgehobenen Worte dieser Pandectenstelle enthalten die klare Bestimmung, daß der Fiscus gegen Schadensersatzansprüche des Pächters unbedingt geschützt sein solle und daß das Rechtsverhältniß so aufzufassen sei, wie wenn in emendo d. h. beim Abschluß des Kaufcontracts zwischen dem Fiscus und dem Käufer ausdrücklich bedungen wäre, daß der Käufer dem Pächter die Benutzung des verkauften Grundstücks bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Pachtperiode zu gestatten habe. Es ist nicht zu bezweifeln, daß die nach dieser Pandectenstelle als stillschweigend vereinbart anzunehmende Bedingung zwischen dem verkaufenden Fiscus und dem Käufer ohne Weiteres auch dem beim Abschluß des Kaufcontracts überall nicht concurrirenden dritten Pächter zu Gute kommen soll. Es liegt die Annahme nahe, daß der Verfasser der Codexstelle die ohnehin der Billigkeit entsprechende gleichartige Wirkung zu Gunsten des dritten Pächters der ausdrücklichen Vereinbarung zwischen dem Verkäufer verpachteter Privatgrundstücke und dem Käufer zu

versagen nicht intendirt hat. Mit Recht hebt Weiske (Rechtslexicon, Band 7, S. 797) hervor, daß die Art und Weise, wie der auf Fortbenutzung der verpachteten Grundstücke gerichteten Vertragsbestimmung in den Gesetzen Erwähnung geschehe, entschieden auf etwas mehr, als auf eine bloße Regreßpflichtigkeit des Käufers hindeute, zumal da das römische Recht schon in Fällen der vorliegenden Art (conf. l. 20 D. 3, 19, l. 37, §. 3 D. leg. III., l. 8 Cod. 3, 42 und l. 3 Cod. 8, 55) aus Verträgen Anderer Klage und Einrede gestattet habe.

Die hier erörterte gemeinrechtliche Controverse ist vom ersten Senate in causa Sackmann c. Behl durch das Urtheil vom 1. Mai 1877 zu Gunsten des Miethers, gegen welchen vom Käufer eine Exmissionsklage erhoben war, in folgender Weise entschieden:

Da die aufgestellte zweite Beschwerde eine selbstständige Bedeutung überall nicht hat, so erscheint die abzugebende Entscheidung lediglich abhängig von der Beantwortung der streitigen Rechtsfrage: ob der Miether dem neuen Eigenthümer des Miethobjects gegenüber sich wirksam darauf berufen darf, daß der Käufer dem Vermiether gegenüber die Verbindlichkeit übernommen, den abgeschlossenen Miethvertrag auszuhalten?

Diese Controverse des gemeinen Rechts wird allerdings von vielen angesehenen Rechtslehrern dahin beantwortet, daß der Miether auf eine derartige Vereinbarung sich nur alsdann berufen könne, wenn der Miether selbst — direct oder indirect — an dem Abschlusse einer Vereinbarung des hervorgehobenen Inhalts Theil genommen habe. Auch ist nicht zu verkennen, daß die vom Gerichte erster Instanz adoptirte Rechtsansicht der allgemeinen Rechtsregel entspricht, wonach die Wirkung eines Vertrages an und für sich auf die zwischen den Contractanten begründeten Rechtsverhältnisse beschränkt ist.

Abgesehen indeß davon, ob gegenwärtig Verträge zu Gunsten dritter Personen in allen Fällen, wo ein Contractant in eigenem Interesse eine Leistung an einen Dritten sich ausbedungen hat, als wirksam (conf. Seuffert's Pand. §. 278, Note 7 und Windscheid's Pand., §. 309, Note 10) anzuerkennen sind, sowie abgesehen davon, ob der Vermiether zur Cession seiner Rechte aus einem mit dem Käufer des

Miethobject's abgeschlossenen Nebenvertrage der hier fraglichen Art an den Miether vermöge seiner Verbindlichkeit zur Erfüllung des Miethvertrages für verpflichtet zu erachten ist und schon deshalb der Miether nach den Grundsätzen des neueren Römischen Rechts über die sogen. fingirte Cession, in Uebereinstimmung mit dem Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Rostock vom 23. Sept. 1861 (Buchta und Budde, Entscheidungen Band V., S. 269), zur Geltendmachung der contractlichen Rechte des Vermiethers ohne Weiteres als berechtigt anzusehen ist:

conf. Glück, Comm., Band 18, S. 12, Note 20,

Windscheid, Pand., §. 400, Note 7,

Savigny, Obl.-Recht I., S. 243,

Buchta, Pand., §. 281,

muß in Uebereinstimmung mit dem in der Zeitschrift für Hannover'sches Recht, Band II., S. 21 (conf. Seuffert's Archiv, Band 25, Nr. 102) abgedruckten Urtheile des dritten Senats des Berufungsgerichts vom 23. Mai 1868 und mit dem Urtheile des zweiten Senats vom 2. Oct. 1872 in causa Müller c. Stolte (conf. Seuffert's Archiv, Band 28, Nr. 22) die vom Beklagten geltend gemachte Rechtsansicht auf Grund der const. 9 Cod. de locato et conducto IV. 65, als genügend gerechtfertigt angenommen werden, in so fern die in der allegirten Gesetzesstelle vorkommenden Worte „nisi ea lege emit“ in Verbindung mit der generell gefaßten Schlußbestimmung jedenfalls die ohnehin der Billigkeit entsprechende Auslegung gestatten, daß der Käufer eines Miethobject's dem Miether die fernere Benützung der gemietheten Sache zu verweigern nicht in der Lage sei, wenn er unter der Bedingung der thatsächlichen Fortdauer des Miethverhältnisses das Miethobject käuflich erworben.

Schöppe, Röm. Privatrecht, §. 469, Note 4.

Wening-Fugenheim, Pand. III., §. 265, Note y,

Unger (Jahrbücher der Dogmatik, Band 10, S. 21, Note 25).

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, dritte Auflage III., S. 362.

Pfeiffer, Pract. Ausführ., Band IV., S. 152.

Weiske'sches Rechtslexikon, Band VII., S. 797.

Aus diesen Gründen wird — — — Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und in die veranlaßten Proceßkosten verurtheilt.

Schließlich mögen noch folgende Bemerkungen über den Gegenstand der vorstehenden Erörterung hier ihren Platz finden:

Im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Rechtsparömie „Kauf bricht Mieth“ hat in der Parömie „Heuer geht vor Kauf“ da, wo particularrechtlich der Käufer vor dem Miether überhaupt kein Vorzugsrecht in Anspruch nehmen kann, das vom römischen Rechte abweichende Princip seinen Ausdruck gefunden.

Forster, Preussisches Privatrecht, S. 136.

Die zur Ausarbeitung eines allgemeinen Deutschen Obligationenrechts in Dresden niedergesetzte Commission hat im Art. 602 in Verbindung mit den Artikeln 221 und 223 des im Jahre 1865 veröffentlichten Entwurfs für unbedingte Verpflichtung des Käufers zur thatsächlichen Fortsetzung des Miethverhältnisses dem Miether gegenüber sich ausgesprochen, wenn dazu der Käufer auch nur dem Vermiether gegenüber sich anheischig gemacht hat.

Die das Mieth- und Pachtverhältniß bezielende fragliche Special-Bestimmung steht im Einklange mit dem im Art. 216 des Entwurfs aufgestellten allgemeinen Grundsatz über den Einfluß der Verträge auf Dritte, indem die bezeichnete Commission in Uebereinstimmung mit der von der Juristenfacultät zu Göttingen in dem mehrfach allegirten Urtheile vom März 1868 zur Geltung gebrachten Rechtsansicht folgendes Princip loco citato in Vorschlag gebracht hat:

„Hat sich Jemand, welcher auf eigenen Namen handelt, von einem Andern eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so ist er berechtigt, die Leistung an den Dritten zu verlangen.“

„An seiner Stelle kann der Dritte verlangen, daß die Leistung an ihn erfolge, wenn nicht aus dem Vertrage oder aus den Umständen erhellt, daß er nicht befugt sein solle, das Recht aus dem Vertrage für sich geltend zu machen.“

5. Ist nach dem Hannoverschen Verjährungsgesetze die Einrede der Compensation für zulässig zu erachten, wenn die vom Beklagten *compensando* geltend gemachte Forderung zur Zeit der Proceßführung zwar verjährt ist, aber bereits vor Ablauf der Verjährungszeit der klagbar gemachten Forderung als *compensable* Gegenforderung gegenüberstand?

Von Herrn App.-Ger.-Vice-Präsidenten Schmidt zu Celle.

Das Hannoversche Gesetz vom 22. Sept. 1850, die Verjährung persönlicher Klagen und die Einführung kurzer Verjährungsfristen für dieselben betreffend, enthält in §. 11 folgende Bestimmungen:

Nach vollendeter Verjährung einer persönlichen Klage kann die derselben zum Grunde liegende Forderung weder klagend, noch im Wege der Compensation geltend gemacht werden.

Für die Provinzen, in denen das Preussische Recht Geltung hat, werden die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, §§. 568 und 569, Tit. 9 Theil I., insoweit sie diesem Gesetze entgegenstehende Bestimmungen enthalten, außer Kraft gesetzt.

Der von der Hannoverschen Regierung mittelst Schreibens vom 13. März 1849 den Ständen vorgelegte Gesetzentwurf lautete im §. 11, Abs. 2 ebenso, wie das Gesetz im §. 11, Abs. 2. Dagegen war der erste Absatz des §. 11 im Entwurf dahin gefaßt:

Die vollendete Verjährung einer persönlichen Forderung bewirkt eine gänzliche Befreiung des Verpflichteten von seiner bisherigen Verbindlichkeit.

Die durch den Absatz 1 des §. 11 im Regierungsentwurf hervorgerufenen lebhaften Debatten in der Hannoverschen Ständeversammlung concentrirten sich im Wesentlichen auf 2 Streitpunkte:

1. darauf, ob verjährten Forderungen der Character und die Wirkung einer *obligatio naturalis* durchweg zu versagen sei,

2. darauf, ob nicht wenigstens die Compensationsbefugniß dem Inhaber einer verjährten Forderung genommen werden solle.

Der erste Cardinal-Streitpunkt wurde durch die in beiden Ständekammern erfolgte Annahme eines Vorschlages der verstärkten Conferenz (cfr. Magazin für Hannov. Recht, Band II., S. 364 und 365) dahin erledigt, daß den verjährten Forderungen nicht geradezu alle und jede rechtliche Wirkung aberkannt wurde, wogegen in Betreff des hervorgehobenen zweiten Streitpunktes die erste Kammer ihren Widerspruch gegen Beseitigung des (damals ziemlich allgemein und unbedingt angenommenen) Rechts, verjährte Forderungen zur Compensation benutzen zu dürfen, aufgab. Diesem Compromisse der beiden Ständekammern und der Zustimmung der Hannoverschen Regierung verdankt der erste Absatz des §. 11 seine jetzige Fassung.

Hiernach ist so viel klar und unbestritten, daß dem Inhaber einer verjährten Forderung die auch nach Ablauf der Verjährungszeit gemeinrechtlich bis zum Erlasse des Hannoverschen Verjährungsgesetzes ziemlich allgemein anerkannte unbedingte Compensationsbefugniß nicht mehr zusteht, und ist vom Standpunkte des Gesetzgebers aus die Ausschließung des früher angenommenen unbedingten Compensationsrechts gewiß vollkommen gerechtfertigt, weil die Zwecke des Verjährungsgesetzes in der That vereitelt werden würden, wenn es zulässig wäre, verjährte Forderungen z. B. im Wege der Cession an einen Schuldner des Schuldners indirect zur Geltung zu bringen. Mit der in den Ständekammern lebhaft debattirten, zweifellos zu Ungunsten des Gläubigers durch das Gesetz entschiedenen Streitfrage: ob nach Ablauf der Verjährungszeit Forderungen beliebig vom Gläubiger noch compensationsweise geltend zu machen seien,

ist nicht ohne Weiteres zu identificiren, die weder in der Begründung des Regierungsentwurfs ex professo erörterte, noch in den Landtagsverhandlungen speciell in's Auge gefaßte, besondere Frage:

ob solche verjährte Forderungen, welche schon vor Ablauf der Verjährungszeit der eingeklagten Forderung als compensable Gegenforderungen gegenüberstanden, im Wege der Einrede der Compensation zur Geltung gebracht werden dürfen.

Ueber diese besondere Frage finden sich Erörterungen im Magazin für Hannov. Recht Band II. pag. 204 und 205,

Band III. pag. 75 und pag. 379–385 und Band IV. pag. 215–224.

Da die hervorgehobene besondere Frage in neuerer Zeit nicht weiter erörtert zu sein scheint, auch dem Einsender dieser Zeilen gerichtliche Entscheidungen aus neuerer Zeit nicht bekannt geworden, so dürfte ein nochmaliges Zurückkommen auf dieselbe nicht unangemessen sein mit Rücksicht auf die unleugbare praktische Tragweite einer richtigen Feststellung des Principes.

Obwohl nicht zu verkennen ist, daß der Wortlaut des §. 11 des Verjährungsgesetzes, insofern darin irgend welche *Ausnahmen* von dem aufgestellten Rechtsfalle überall nicht hervorgehoben oder bestimmt angedeutet sind, der die concrete Rechtsfrage *verneinenden* Ansicht zur Seite steht, so dürften doch überwiegende Gründe die Auslegung rechtfertigen, daß die Hannoverische Gesetzgebung nicht auch in dem Falle die Compensationseinrede auszuschließen beabsichtigt habe, wenn die *compensando* geltend gemachte Forderung der speciell den Gegenstand der Klage bildenden Forderung bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist als *compensable* Gegenforderung gegenüberstand:

1) Vorab darf aus den ständischen Actenstücken und aus den Landtagsverhandlungen constatirt werden, daß von keiner Seite bestimmt die Absicht geäußert ist, daß die Compensationseinrede auch alsdann unstatthaft sein solle, wenn die *compensando* geltend gemachte Forderung bereits innerhalb der Verjährungsfrist zur Compensation mit der eingeklagten Forderung sich eignete, daß vielmehr die ausgesprochene Absicht sämmtlicher Factoren der Gesetzgebung nur dahin ging, nach vollendeter Verjährung das Fortbestehen einer natürlichen Verbindlichkeit mit der Wirkung, verjährte Forderungen beliebig zur Compensation zu benutzen, bestimmt auszuschließen.

2) Gründe der legislativen Politik für eine Ausschließung der Compensationseinrede auch in dem besondern Falle, wo dem Gläubiger bereits vor Ablauf der Verjährungszeit das Recht zur Compensation einer bestimmten Forderung des Klägers gegenüber *erwachsen* war, sind um so mehr zu vermessen, da ohne gebieterische Nothwendigkeit keinen Gläubiger die Gesetzgebung in die Lage versetzen darf, zur Abwendung der Folgen

der Verjährung Klage erheben oder sonstige kostspielige Maßregeln treffen zu müssen in einem Falle, in welchem er seinerseits in der That Nichts zu fordern, vielmehr anzuerkennen hat, daß dem Schuldner eine seine eigene Forderung vollständig deckende compensable Gegenforderung zustehe.

3) In den Regierungsmotiven zum Verjährungsgesetze ist (pag. 687 der Actenstücke der 10. Hannoverschen Ständeversammlung I. Diät) Folgendes hervorgehoben:

Eine genaue Prüfung des Preussischen Gesetzes vom 31. März 1838 ließ es ebenso unbedenklich als zweckmäßig erscheinen, gleichartige Bestimmungen im hiesigen Königreich durch ein Gesetz einzuführen, welches als ein correctorisches überall, wo es positive Vorschriften nicht enthält, das bisherige Recht in Geltung läßt.

Hiernach ist in Beziehung auf das Hannoversche Verjährungsgesetz ausdrücklich anerkannt, daß die Bestimmungen desselben strict zu interpretiren, d. h. Abweichungen vom bestehenden gemeinen Rechte im Zweifel nicht anzunehmen seien.

4) Zur Zeit der Verathung des Verjährungsgesetzes nahm die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer und Gerichte an, daß gemeinrechtlich die verjährte Forderung mit Rücksicht auf die fortbestehende natürliche Verbindlichkeit jedem Gläubiger die Befugniß gewähre, dieselbe auch nach Ablauf der Verjährungszeit beliebig zur Compensation zu benutzen. Auf Beseitigung dieser gemeinrechtlich aus dem Fortbestehen einer obligatio naturalis gefolgerten unbeschränkten Compensationsbefugniß war das Augenmerk der Hannoverschen Gesetzgebung unzweifelhaft gerichtet. Nur beiläufig mag hier bemerkt werden, daß in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis seit Erlass des Hannoverschen Verjährungsgesetzes eine Wandelung dahin eingetreten zu sein scheint, daß regelmäßig, auch abgesehen von particularrechtlichen Bestimmungen, angenommen wird, daß Inhabern verjährter Forderungen ein aus dem Fortbestehen einer natürlichen Verbindlichkeit abgeleitetes allgemeines Compensationsrecht abzusprechen sei. Auf der andern Seite galt zur Zeit der Be-

rathung des Hannoverschen Verjährungsgesetzes der auch noch gegenwärtig von der entschiedenen Mehrzahl der Rechtslehrer und Gerichte festgehaltene, mit der Annahme des Fortbestehens einer obligatio naturalis nach vollendeter Verjährung an und für sich nicht zusammenhängende Rechtsatz des gemeinen Rechts,

daß für die Zulässigkeit der Compensation einer Gegenforderung mit der agendo geltend gemachten Forderung nicht derjenige Zeitpunkt entscheidend ist, in welchem die Compensationseinrede geltend gemacht wird, sondern diejenige frühere Zeit, in welcher die zur Compensation benutzte Forderung als compensable Gegenforderung der klagbar gemachten Forderung gegenüberstand.

Von einem näheren Eingehen auf die Controverse über den Sinn und die richtige Auffassung des gemeinrechtlichen Satzes „compensatio fit ipso jure“ darf hier unbedenklich abstrahirt werden, da die Resultate der wissenschaftlichen Forschungen gegenwärtig wenig bestritten sind und in einer constanten Praxis Anerkennung gefunden haben, ohnehin aber der eine lange Zeit hindurch lebhaft controvertirten Hauptstreitfrage kaum eine erhebliche Bedeutung für die speciell hier in Betracht kommende Rechtsfrage beizumessen ist. Während früherhin die herrschende Ansicht, welche schon vom Glossator Martinus vertreten war und nicht nur dem Code Nap. Art. 1290, sondern auch mehr oder weniger den, oder wenigstens einzelnen Bestimmungen des Preussischen Landrechts Theil I. Tit. 16, §. 300—377 zum Grunde liegt, dahin ging, daß die Compensation von Forderung und Gegenforderung sofort im Augenblicke der Coexistenz derselben kraft des Gesetzes — sine facto hominis — sich vollziehe, geht gegenwärtig die gemeine Meinung in Uebereinstimmung mit der Glosse des Accursius dahin, daß der wirkliche Eintritt der Compensation zwar durch die Erklärung des Willens, compensiren zu wollen, bedingt sei, daß aber die Berufung auf Compensation die Wirkung habe, daß es so angesehen werde, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso jure aufgehoben. Die von Windscheid (Pand. §. 349 Note 3 sub b) formulirte

gegenwärtig herrschende Ansicht entspricht nicht nur der in vielen Gesetzesstellen betonten *aequitas compensationis*, sondern auch dem Wortlaute der l. 4 Cod. de comp. 4, 31 insbesondere:

Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur.

Daß gemeinrechtlich für die Beurtheilung der Zulässigkeit der Compensationseinrede der Zeitpunkt der Geltendmachung derselben rechtlich gleichgültig sei, daß vielmehr die Verhältnisse, wie dieselben zur Zeit der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung lagen, ausschließlich in Betracht kommen, ist von Dernburg insbesondere auch in Betreff der Verjährungsfrage ausführlich motivirt. Dernburg hebt in seinem Werke über Compensation (1854) pag. 436 mit Recht Folgendes hervor:

Die einmal erworbene Compensationseinrede bleibt bestehen, wenn auch die Verjährungsfrist für die Forderung, die ihr Fundament bildet, vor Durchführung der Compensation abgelaufen ist. Einrederechte, welche einmal bestehen, sind unverjährbar, weil die Zeit ihrer Geltendmachung nicht vom Inhaber abhängt und dieselbe erst dann am Plage ist, wenn der Gegner fordert. Durch willkürliche Zögerung des Gläubigers sollen die Rechte des Schuldners nicht in Gefahr kommen. Es ist geradezu ein Vortheil des Compensationsrechts, daß nun beide Klagen ruhen können. Dieser Vortheil ginge verloren, wenn eine Compensationseinrede verjähren würde.

Die abweichende Ansicht Windscheid's (Pand. §. 350 Note 2) steht ziemlich isolirt da.

Das der natürlichen Billigkeit allein entsprechende Princip, daß für die Zulässigkeit und Wirkung der Compensationseinrede nur die Zeit und Umstände der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung in Betracht kommen, welches als geltendes gemeinsames Recht mehr oder weniger bestimmt anerkannt ist in der im Seuffert'schen Archiv Band 26 sub Nr. 123 abgedruckten Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Berlin

vom 23. Juni 1871 und in den loco citato allegirten früheren Präjudicien, liegt insbesondere auch dem Art. 911 des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs zum Grunde, welcher wörtlich Folgendes bestimmt: Eine Forderung, welche nach den Artikeln 906—910 verjährt ist, kann auch im Wege der Compensation oder sonst als Gegenforderung nicht geltend gemacht werden, wenn sie zur Zeit der Entstehung der anderen Forderung bereits verjährt war.

Unterliegt hiernach die Zulässigkeit der Einrede der Compensation mit einer zur Zeit der Geltendmachung derselben zwar an und für sich verjährten, aber bereits vor Ablauf der Verjährungszeit zur Compensation mit der klägerischen Forderung geeigneten Gegenforderung gemeinrechtlich einem erheblichen Bedenken nicht, so erscheint die Annahme, daß der Fassung des §. 11 des Verjährungsgesetzes die Absicht, die Befugniß zur Erklärung des Compensationswillens nach Ablauf der Verjährungszeit unbedingt ausschließen zu wollen, um so weniger gerechtfertigt, da die Hannoverische Gesetzgebung selbst die herrschende Ansicht in Beziehung auf den gemeinrechtlichen Satz „compensatio fit ipso jure“ geradezu sich angeeignet hat durch die Bestimmung im §. 625 der P.=D.,

daß gegen die vom Concurscurator erhobenen Ansprüche eine Compensation nur stattnehmig sei, wenn durch dieselbe eine Masseschuld geltend gemacht wird oder wenn Forderung und Gegenforderung, schon ehe dem Gemeinschuldner das Verfügungsrecht entzogen war, zur Compensation sich eigneten.

Die Hannoverische Gesetzgebung würde der Vorwurf ungerechtfertigter Inconsequenz treffen, wenn anzunehmen wäre, daß derselbe Gesetzgeber, welcher in dem mit dem allegirten §. 625 der jetzt geltenden P.=D. wörtlich übereinstimmenden §. 313 des Proceßgesetzes vom 4. December 1847 die Zulässigkeit der Compensationseinrede lediglich von der Compensabilität der Gegenforderung zur Zeit der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung abhängig gemacht hatte, bei Erlass des bald nach der Publication des Proceßgesetzes vom 4. December 1847 bearbeiteten Verjährungsgesetzes von der dem bisherigen gemeinen Rechte nicht entsprechenden An-

sicht ausgegangen sei, daß für die Zulässigkeit der Compensationseinrede die Zeit der Geltendmachung derselben wesentlich in Betracht komme, ohne alle Rücksicht darauf, ob ein Recht zur Aeußerung des Compensationswillens früherhin thatsächlich bereits begründet war oder nicht.

5) Für die Richtigkeit der hier vertheidigten Auslegung des §. 11 des Verjährungsgesetzes ist aber auch ein nicht unerhebliches Interpretationsmoment aus dem weiteren Inhalte des allegirten §. 11 selbst zu entnehmen.

Das Hannoversche Verjährungsgesetz ist für das ganze Gebiet des vormaligen Königreichs Hannover erlassen, auch für diejenigen Gebietsheile, in welchen das Preussische Landrecht gilt. In dem vorhin hervorgehobenen zweiten Absatze des §. 11, welcher ständischerseits überall nicht beanstandet ist, sind lediglich die in den §§. 568 und 569 des neunten Titels im Theil I. des Preussischen Landrechts enthaltenen entgegenstehenden Bestimmungen, nicht etwa auch Bestimmungen der §§. 300—377 im sechszehnten Titel des ersten Theils aufgehoben. Der nicht aufgehobene §. 377, Titel 16, Theil I. lautet dahin:

Daß zur Zeit der eingeklagten Forderung die Gegenforderung schon verjährt ist, hindert die Compensation nicht, wenn nur zu der Zeit, da die erstere zahlbar war, die Verjährung der letzteren noch nicht vollendet gewesen ist.

Die im vierten Bande des Magazins für Hannov. Recht pag. 222 bis 224 versuchte Deduction, daß der citirte §. 377 durch §. 11 des Verjährungsgesetzes implicite ebenfalls aufgehoben sei, erscheint an und für sich schon sehr bedenklich. Wäre wirklich die Hannoversche Regierung der Meinung gewesen, daß auch der fragliche §. 377 mit dem vorgelegten Gesetzentwurfe im Widerspruche stehe, so darf mit Sicherheit angenommen werden, daß die formelle Aufhebung desselben in Vorschlag gebracht sein würde. Ohnehin ist aus der Begründung des Regierungsentwurfs (Ständ. Actenstücke der 10. Ständeversammlung I. Diät pag. 689) zu entnehmen, daß die Hannoversche Regierung durch den unverändert gebliebenen Absatz 2 des §. 11 lediglich die für unpractisch erklärten besonderen Bestimmungen in den §§. 568 und 569 des 9. Titels ganz zu

beseitigen für angemessen erachtet und die proponirte Aufhebung derselben schon in Uebereinstimmung mit dem wesentlich modificirten ersten Absätze im §. 11 des Regierungsentwurfs für nothwendig gehalten hat. In Ermangelung ausreichender Gründe für die Annahme, daß die Absicht des Gesetzgebers auf Beseitigung des §. 377 im 16. Titel des ersten Theils des Preussischen Landrechts gerichtet gewesen, gilt für das Geltungsgebiet des Preussischen Landrechts im vormaligen Königreich Hannover zweifellos noch gegenwärtig der Rechtsatz, daß eine verjährte Forderung zur Compensation benutzt werden darf, wenn dieselbe vor Ablauf der Verjährungszeit zur Compensation mit der eingeklagten Forderung überhaupt sich eignete. Der Umstand, daß die Special-Bestimmung des fraglichen §. 377 bei Erlass des als allgemeines Landesgesetz emanirten Verjährungsgesetzes unberührt geblieben ist, rechtfertigt die Schlußfolgerung, daß der Gesetzgeber auch für den Geltungsbezirk des gemeinen Rechts nicht beabsichtigt habe, die Compensationseinrede auszuschließen in einem Falle, für welchen dieselbe in Betreff des Geltungsgebiets des Preussischen Landrechts ausdrücklich gestattet ist.

In Uebereinstimmung mit den für die hier vertheidigte Auslegung des §. 11 des Verjährungsgesetzes hervorgehobenen Gründen hat der erste Senat des Appellationsgerichts in causa Ilse contra Geffers durch das Urtheil vom 12. October 1877 die einer Compensationseinrede vom Kläger opponirte Replik der Verjährung ohne Weiteres als unbegründet verworfen, da soviel constatirt vorlag, daß die als verjährt bezeichnete Compensationsforderung der verklagten Partei bereits vor Ablauf der Verjährungszeit zur Compensation mit der klägerischen Forderung geeignet gewesen.

6. Bemerkungen zu der Verordnung vom 16. September 1867 über die Zulässigkeit des Rechtsweges und das Verfahren bei Kompetenz=Conflicten in Veranlassung eines hervorgetretenen negativen Kompetenz=Conflicts.

Von Herrn App.=Ger.=Vice=Präsidenten Schmidt zu Celle.

Während Art. I. der Verordnung vom 16. September 1867 die im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts bestehenden Beschränkungen des Rechtsweges generell auch auf die Provinz Hannover ausgedehnt hat, im Art. VII. aber ausdrücklich hervorgehoben ist, daß hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsweges bei Expropriationen, sowie bei Gemeinheitstheilungen, Ablösungen und Zusammenlegungen an den bestehenden Vorschriften nichts geändert werde, enthält Art. II. der Verordnung vom 16. September 1867 wörtlich folgende Bestimmung:

„Beschränkungen des Rechtsweges in den (durch die Gesetze vom 20. September und 24. December 1866 der Preussischen Monarchie einverleibten) Landestheilen, welche mit den im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts bestehenden allgemeinen Bestimmungen nicht im Einklange stehen, sind aufgehoben.“

Im Art. III. ist sodann bestimmt, daß das Verfahren bei Kompetenz=Conflicten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden sich nach dem Gesetze vom 8. April 1847 zu richten habe. Das im Art. III. allegirte Gesetz vom 8. April 1847 enthält im §. 20 die Bestimmung, daß der im §. 1 angeordnete Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenz=Conflicte auch über solche Streitigkeiten zwischen den Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu entscheiden habe, bei welchen eine jede der beiden Behörden sich in der Sache für incompetent, und dagegen die andere für competent hält.

Der hervorgehobene Wortlaut des Art. II. der Verordnung vom 16. April 1867 hat zu der Ansicht Veranlassung gegeben, daß dadurch die in Specialgesetzen angeordnete ausschließliche Competenz der Verwaltungsbehörden — abgesehen von den im Art. VII. bezeichneten Angelegenheiten — durchweg beseitigt sei, in so weit nicht etwa im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts gleichartige Beschränkungen des Rechts-

weges ausdrücklich vorgeschrieben seien. Die Fehlsamkeit dieser Auffassung des Art. II., welcher an und für sich nur regelmäßig in allen denjenigen Fällen die Zulässigkeit des Rechtsweges sichern will, in welchen der Rechtsweg im Geltungsgebiet des Preussischen Landrechts zulässig sein würde, ist nicht nur von dem in letzter Instanz erkennenden Gerichte, sondern auch an höchster Verwaltungsstelle anerkannt in folgendem Rechtsfalle, dessen Darstellung und Erörterung ein allgemeines Interesse in Anspruch nehmen dürfte.

In den Jahren 1860 bis 1863 hat die behuf Theilung und Verkoppelung der Feldmark Nerzen verordnete Theilungs- und Verkoppelungs-Commission auf Antrag verschiedener Interessenten auch die Anlage von Stauwerken behuf Bewässerung der Grundstücke zum Gegenstande besonderer Verhandlungen gemacht. Im §. 25 des unter'm 10. December 1864 von R. Landdrostei zu Hannover bestätigten Recesses über die Special-Gemeinheitstheilung und Verkoppelung von Nerzen sind die in Gemäßheit der eingeholten Gutachten eines Wiesenbauers und eines Wasserbau-Inspectors gestatteten Stauwerke einzeln aufgeführt. Dem Halbmeier Redecker insbesondere ist die Anlage, Unterhaltung und Benutzung eines Stauwerks gestattet an seiner neben dem Griesebache oberhalb Nerzen belegenen Wiese No. 152 — gegenüber dem Abzugsgraben Nr. 8 der Karte. Neben der bezeichneten Wiese des Halbmeiers Redecker sind an demselben Bache gelegen zwei Wiesen, deren Besitzer zur Zeit jede Betheiligung an der Anlage des fraglichen Stauwerks abgelehnt hatten. In Beziehung auf das dem Redecker gestattete fragliche Stauwerk ist im §. 25 des allegirten Recesses Folgendes vermerkt:

Wegen einer etwaigen Mitbetheiligung an dieser Stauanlage haben die Besitzer der Wiesen No. 153 und 154, Köthner Garvens und Küstorat, sich mit dem Halbmeier Redecker zu vereinbaren.

Der Kirchenvorstand zu Nerzen, welcher die dem Küsterdienste daselbst gehörige Wiese No. 154 zu vertreten hat, begehrte im Jahre 1871 eine Mitbetheiligung an dem fraglichen Stauwerke und machte dem Stauwerksbesitzer Redecker gegenüber im Verwaltungswege ein Mitbenutzungsrecht geltend beim R. Amte Hameln, welches am 15. December 1871 die

Entscheidung abgab, daß der gegen den gestellten Antrag protestirende Gastwirth Redecker — abgesehen von den Bestimmungen im §. 25 des Verkoppelungsrecesses — in Gemäßheit der §§. 48 und 67 des Gesetzes über Ent- und Bewässerung der Grundstücke vom 22. Aug. 1847 mit Vorbehalt weiterer Verhandlung über die Modalitäten der Ausführung der Rüsterei die Mitbenutzung seiner Bewässerungsanlage zu gestatten schuldig sei. Gegen diese Amtsentscheidung nahm der Gastwirth Redecker Recurs zur Hand an K. Landdrostei zu Hannover mit dem Antrage: unter Aufhebung der Amtsentscheidung den Kirchenvorstand mit seinen vermeintlichen Ansprüchen in den Rechtsweg zu verweisen. Recurrent machte insbesondere geltend, daß der Streit nach §. 96 des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 vor die Gerichte gehöre, daß weder ein vertragsmäßiges, noch ein gesetzliches Recht auf Mitbetheiligung an der fraglichen Stauanlage der Rüsterei zustehe, daß eventuell der Anspruch nicht für die Rüstewiese allein, sondern nur für diese und die Garvens'sche Wiese gemeinsam erhoben werden könne. K. Landdrostei zu Hannover erkannte dahin, daß die Entscheidung des K. Amts Hameln vom 15. December 1871 aufgehoben und der Kirchenvorstand mit seinem Antrage in den Rechtsweg verwiesen werde. In den Entscheidungsgründen dieser am 8. März 1872 publicirten Entscheidung ist insbesondere hervorgehoben, daß der Recurrent auf §. 96 des Gesetzes vom 22. August 1847 im vorliegenden Falle sich nicht berufen könne, daß vielmehr die Entscheidung der Frage, ob die verlangte Mitbenutzung der Bewässerungsanlage ungeachtet des erhobenen Widerspruches nach den Vorschriften des Gesetzes vom 22. August 1847 zulässig sei, an und für sich nach §. 97 den Verwaltungsbehörden zustehen würde, daß aber die Kompetenzbestimmung dieses Hannoverschen Gesetzes nach den Artikeln I. und II. der Verordnung vom 16. September 1867 als rechtsbeständig nicht mehr angesehen werden könne, weil das dem Kirchenvorstande auf Grund des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 gegen Redecker wegen der Bewässerung zustehende subjective Recht seinem Gegenstande nach als Privatrecht sich darstelle, mithin den im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts bestehenden allgemeinen Be-

stimmungen gemäß i m R e c h t s w e g e geltend zu machen sei, da im Geltungsgebiete des Preußischen Landrechts keine Vorschrift — insbesondere auch nicht im Gesetze vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse — bestche, durch welche, wie im Hannoverschen Gesetze vom 22. August 1847, die Zulässigkeit des Anschlusses eines Grundstückes an die Bewässerungsanlage eines Anderen der Entscheidung der Verwaltungsbehörden unterstellt sei.

Hiernächst hat der Kirchenvorstand von Aerzen in Veranlassung der im Verwaltungswege nicht angefochtenen Entscheidung der R. Landdrostei zu Hannover vom 2/8. März 1872 auf Gestattung der Mitbenutzung des fraglichen Stauwerks gegen R e d e c k e r eine förmliche Klage erhoben beim R. Obergerichte zu Hameln, welche durch das Urtheil vom 1. April 1873 als m a t e r i e l l u n b e g r ü n d e t zurückgewiesen wurde. Gegen dieses Urtheil erhob der klagende Kirchenvorstand Berufung, weil die erhobene Klage, wie geschehen, zurückgewiesen und Kläger in die Kosten verurtheilt, nicht vielmehr den Klageanträgen gemäß — allenfalls mit Vorbehalt geeigneter Beweisführung — die Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache und bezüglich der Proceßkosten ausgesprochen sei. Klägerischerseits wurde zur Begründung der Klage aus dem Theilungsrecessse eventuell der Landes-Deconomie-Commissair W. als Zeuge darüber in Vorschlag gebracht, daß durch den fraglichen Passus im Reccesse die V e r p f l i c h t u n g des Beklagten, die bezeichneten Interessenten an dem fraglichen Stau T h e i l n e h m e n z u l a s s e n , positiv habe festgestellt und nur die weitere Vereinbarung über den Beitrag zu den Kosten der Herstellung und Unterhaltung und über sonstige Modalitäten habe vorbehalten werden sollen.

In Veranlassung der Berufung des klagenden Kirchenvorstandes wurde vom ersten Senate des Appellationsgerichts zu Celle mittelst Urtheils vom 11. Juli 1873 die Entscheidung des R. Obergerichts zu Hameln vom 1. April 1873, soweit dadurch die erhobene Klage als u n b e g r ü n d e t zurückgewiesen war, a u f g e h o b e n , jede anderweite Entscheidung in der Hauptsache aber abgelehnt, vielmehr der vom Kläger erhobene Anspruch nach allen Richtungen hin für nicht zum R e c h t s w e g e g e =

eignet erklärt. Gleichzeitig wurde den Parteien eröffnet, daß mit Rücksicht auf die im Verwaltungswege von R. Landdrostei zu Hannover unter'm 2. März 1872 abgegebene, am 8. März 1872 publicirte und mit dem Inhalte des vom Berufungsgerichte abgegebenen Urtheils vom 11. Juli 1873 völlig unvereinbare Entscheidung dasjenige Official-Verfahren sofort werde eingeleitet werden, welches in der durch das Justiz-Ministerial-Blatt verkündeten allgemeinen Verfügung vom 18. August 1848 als zur baldigen Erledigung negativer Competenz-Conflicte besonders geeignet bezeichnet worden.

Das allegirte Urtheil vom 11. Juli 1873 ist in folgender Weise motivirt:

Das Gericht erster Instanz hat kein Bedenken getragen, den Rechtsweg in vorliegender Streitsache stillschweigend für statthast zu erklären, indem dasselbe die erhobene Klage als nach allen Richtungen hin materiell unbegründet zurückgewiesen hat.

Das Berufungsgericht vermag in der für die Möglichkeit irgend einer Entscheidung in der Sache selbst präjudiciellen Vorfrage den vom Gerichte voriger Instanz eingenommenen Standpunkt und die in der Entscheidung Königlich-Preussischer Landdrostei zu Hannover vom 2/8. März 1872 für die Zulässigkeit des Rechtsweges hervorgehobenen Motive für gerechtfertigt und zutreffend nicht zu erachten.

Der klagende Kirchenvorstand begehrt für die der Rüsterstelle zu Nerzen im Theilungs- und Verkoppelungsverfahren zugewiesene Wiese Nr. 154 der Theilungskarte dem verklagten Besitzer der Wiese Nr. 152 gegenüber Zuerkennung oder Zutheilung des Rechts der Theilnahme an der unter Concurrency der zuständigen Verwaltungsbehörden von dem Beklagten vorgerichteten Bewässerungs-Anstalt und richterliche Feststellung der dem beanspruchten Rechte entsprechenden weiteren Verhältnisse und Modalitäten.

Die erhobene Klage ist gestützt

I. principaliter: auf den Inhalt der durch den §. 25 des fraglichen Recesses zum definitiven oder vorläufigen Abschluß gelangten Theilungsverhandlungen.

II. eventuell: auf die §§. 68 und 48 des Gesetzes vom 22. August 1847 über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke, sowie über Stauanlagen.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges in Betreff des sub Nr. 1 hervorgehobenen principalen Klagfundaments ist ausgeschlossen durch den §. 122 des Gesetzes vom 30. Juni 1842 über das Verfahren in Gemeinheitstheilungs- und Verkoppelungssachen, welcher im Wesentlichen die Bestimmungen der Calenberg'schen Gemeinheitstheilungsordnung vom 30. April 1824 wiederholt und insbesondere das Princip des §. 14 der letzteren näher präcisirt und consequenter durchführt. Wenn der allegirte §. 122 bestimmt:

„Entstehen nach ausgeführter Theilung Streitigkeiten, welche in der Theilung ihre Quelle haben und nach den Gesetzen über Theilung zu beurtheilen sind, so sind solche auf dem Verwaltungswege und zwar zunächst durch die ordentliche Obrigkeit zu entscheiden“,

so kann es nicht zweifelhaft sein, daß hiernach die den Gegenstand des principalen Klagfundaments bildenden Streitigkeiten ausschließlich den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen sind, und daß diese Competenzbestimmung durch Art. VII. der Allerhöchsten Verordnung vom 16. September 1867 ausdrücklich aufrechterhalten ist. Der sub Nr. 1 hervorgehobene Streit der Parteien hat unverkennbar in der Theilung selbst seine Quelle und ist nach den Theilungsgesetzen zu beurtheilen. In dieser Hinsicht ist nicht nur auf die §§. 26 und 27 des Gesetzes vom 30. Juni 1842 über die Zusammenlegung der Grundstücke, auf die §§. 92 und 97–100 des Gesetzes vom 30. Juni 1842 über das Verfahren in Theilungssachen, sondern auch auf §. 100 des Ent- und Bewässerungsgesetzes vom 22. August 1847 Bezug zu nehmen. Dem Wortlaute des allegirten §. 122 des Gesetzes vom 30. Juni 1842 und den durchweg in den Hannoverschen Theilungsgesetzen zum Ausdruck gelangten Principien über angemessene Beschränkung des Rechtsweges gegenüber kann es nicht als Aufgabe der Gerichte betrachtet werden, das streitig gewordene Resultat

des Theilungsverfahrens selbst mit Ausschluß der Verwaltungsbehörden richterlich festzustellen oder die in Folge des Theilungsverfahrens an noch erforderlichen Regulirungen im Rechtswege eintreten zu lassen und die zweifelhaft gefundenen Ausdrücke in einzelnen Protocollen oder Recessen nach vorgängiger zeugeneidlicher Vernehmung der mit der Bearbeitung der Theilungssachen beauftragt gewesenen Landes-Deconomie-Beamten zu declariren.

Noch weniger zweifelhaft erscheint die Unstatthaftigkeit des Rechtsweges in Betreff des sub Nr. II. vorhin hervorgehobenen eventuellen Klagfundaments. Daß diejenigen Rechte, welche sich aus den §§. 68 und 48 des Hannoverschen Ent- und Bewässerungsgesetzes vom 22. August 1847 für Besitzer benachbarter Grundstücke einer bereits bestehenden Entwässerungs- oder Bewässerungs-Genossenschaft gegenüber ableiten lassen, nicht zu denjenigen Berechtigungen gehören, über deren Dasein und Umfang nach §. 96 lediglich die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben, scheint auch die R. Landdrostei zu Hannover nicht bezweifelt zu haben, indem dieselbe sub Nr. 5 der Entscheidungsgründe hervorgehoben hat, daß die Frage, ob die verlangte Mitbenutzung der fraglichen Bewässerungsanlage des Beklagten, ungeachtet des erhobenen Widerspruchs, nach den Vorschriften des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 zulässig sei, im §. 97 des gedachten Gesetzes ausdrücklich den Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen sei. Wenn nun aber die R. Landdrostei zu Hannover weiterhin sub Nr. 6 der Entscheidungsgründe die Ansicht aufgestellt hat, daß die in den §§. 95 und 97 des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 enthaltenen Kompetenz-Bestimmungen nach den Artikeln I. und II. der Allerhöchsten Verordnung vom 16. September 1867 der Zulässigkeit des Rechtsweges nicht mehr entgegenstehen, so muß diese Annahme als ungerechtfertigt bezeichnet werden. Abgesehen nämlich davon, daß ein lediglich aus dem Gesetze vom 22. August 1847 für bisherige Nichtmitglieder einer nach der Publication dieses Gesetzes entstandenen Entwässerungs- oder Bewässerungs-

Genossenschaft etwa abzuleitendes Recht vor dessen rechtskräftiger Begründung oder Anerkennung durch die zuständigen Behörden nicht mit der R. Landdrostei als ein bereits bestehendes subjectives Privatrecht (*jus quaesitum*) characterisirt werden kann, sowie abgesehen davon, ob im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts, was in dem Werke von Bödiker über die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Kompetenz=Conflicte in der Provinz Hannover seit der Allerhöchsten Verordnung vom 16. September 1867 (conf. §§. 98—102 incl.) mehrfach angenommen zu sein scheint, nicht wirklich den §§. 95 und 97 des Hannoverschen Gesetzes analoge Vorschriften bestehen, kann den Artikeln I. und II. der Allerhöchsten Verordnung vom 16. September 1867 eine Einwirkung auf die Kompetenzbestimmungen in den §§. 95 und 97 des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 schon deshalb nicht beigemessen werden, weil die §§. 95 und 97 des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 überall keine Beschränkung des Rechtsweges im Sinne des Art. II. der Verordnung vom 16. September 1867 enthalten können, insofern abgesehen von den neuen Bestimmungen des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 selbst die Möglichkeit eines auf den Inhalt derselben zu stützenden Rechtsweges völlig ausgeschlossen erscheint, auch im Geltungsgebiete des Preussischen Landrechts kein Rechtsweg für zulässig erklärt sein kann in Beziehung auf Rechte, welche lediglich durch das Hannoversche Gesetz vom 22. August 1847 für den Umfang der Provinz Hannover eingeführt oder für zulässig erklärt sind.

Die Kompetenz der Verwaltungsbehörden zu den Regulirungen nach Maßgabe des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 kann durch die Verordnung vom 16. September 1867 ebensowenig für ausgeschlossen erachtet werden, wie z. B. die Kompetenz der Landdrosteien nach Maßgabe der Schlußbestimmung des §. 42 des Hannoverschen Wegegesetzes vom 28. Juli 1851 zur Entscheidung über den Eintritt der Voraussetzung, unter welcher nach dem allegirten §. 42 eine außerordentliche Wegepflicht festgestellt werden kann.

Für die Richtigkeit dieser von der Recursentscheidung der K. Landdrostei zu Hannover abweichenden Auffassung der Art. I. und II. dem Hannoverschen Gesetze vom 22. August 1847 gegenüber darf auch ein im Justiz-Ministerial-Blatt vom Jahre 1868 pag. 305—310 abgedrucktes Präjudiz des Königlichen Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz=Conflicte vom 13. Juni 1868 allegirt werden, insofern darin (pag. 308) ausgesprochen ist, daß ganz abgesehen von der (auf den damaligen Conflictsfall) für anwendbar erklärten positiven Vorschrift des Preussischen Deichgesetzes vom 28. Januar 1848 auch nach dem Hannoverschen Ent- und Bewässerungsgesetze vom 22. August 1847 gegen die gleichmäßige Heranziehung aller durch neue Schleusen geschützten Grundstücke der Rechtsweg unstatthaft erscheinen würde. Dieser eventuelle Ausspruch constatirt zweifellos die Annahme, daß die Competenzbestimmungen des Hannoverschen Gesetzes vom 22. August 1847 in Betreff der den Gegenstand desselben bildenden Anlagen durch die Verordnung vom 16. September 1867 in keiner Weise abgeändert worden.

Wenn allen diesen Erwägungen zufolge nicht nur in Betreff des principalen, sondern auch rücksichtlich des eventuellen Klagfundaments der Rechtsweg für ausgeschlossen erklärt werden muß, so ist in Veranlassung der an und für sich zulässigen Berufung des Klägers die angefochtene Entscheidung, insoweit die erhobene Klage als unbegründet zurückgewiesen ist, aufzuheben.

Da übrigens in dem §. 20 des durch Art. III. der Allerhöchsten Verordnung vom 16. September 1867 auf die Provinz Hannover ausgedehnten Gesetzes vom 8. April 1847 (Gesetzsammlung S. 170) bestimmt ist, daß der im §. 1 dieses Gesetzes angeordnete Gerichtshof auch über solche Streitigkeiten zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden zu entscheiden habe, bei welchen eine jede der beiden Behörden sich in der Sache für incompetent und dagegen die andere für competent hält, die gegenwärtig vom Berufungsgerichte abzugebende Entscheidung aber mit der Recursentscheidung der Königlichen Landdrostei zu Hannover vom 2/8. März 1872 im Widerspruch steht und der dadurch hervorgerufene Conflict als ein negativer

Competenz-Conflict im Sinne des allegirten §. 20 des gedachten Gesetzes aufzufassen ist, so muß das Berufungsgericht das in der Allgemeinen Verfügung vom 18. August 1848 (Justiz-Ministerial-Blatt pag. 272) bezeichnete Official-Verfahren eintreten lassen, um die Erledigung des vorliegenden negativen Competenz-Conflictcs zu veranlassen.

Die mit dem Berichte vom 14. Juli 1873 zur Erwirkung einer Entscheidung des durch das Gesetz vom 8. April 1847 angeordneten Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz-Conflictcs eingesandten Acten sind dem Berufungsgerichte aus Königlichem Justizministerio zu Berlin mit dem Bemerken remittirt, daß nach einer Mittheilung des Herrn Ministers für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten vom 27. August 1873 die R. Landdrostei zu Hannover angewiesen sei, den negativen Competenz-Conflict nicht zu erheben, vielmehr eine etwaige weitere Erörterung der Streitsache im Verwaltungswege erfolgen werde.

Hiernach ist eine eigentliche Entscheidung des hervorgetretenen negativen Competenz-Conflictcs dadurch überflüssig geworden, daß die gerichtliche Entscheidung vom 11. Juli 1873 auch an höchster Verwaltungsstelle als zutreffend anerkannt ist.

6. Ist die durch die Verordnung vom 19. Juli 1867 den Schuldverschreibungen der Sparcassen gewährte Stempelfreiheit auch von Actiengesellschaften zu beanspruchen, welche Sparcassen errichtet haben?

Von Herrn App.-Ger.-Vice-Präsidenten Schmidt in Celle.

Durch die Verordnung vom 19. Juli 1867, die Verwaltung des Stempelwesens und die Erhebung des Urkundenstempels in dem vormaligen Königreich Hannover und in den übrigen neuen Gebietsheilen betr., sind Schuldverschreibungen aller Art, welche auf 50 ₰ oder mehr lauten, einem Urkundenstempel von $\frac{1}{12}$ Procent unterworfen. Der auf Schuldverschreibungen sich beziehenden Tarifposition 52 vom 19. Juli 1867 (Gesetzsammlung pag. 1214) ist folgende Ausnahmebestimmung hinzugefügt:

„Die Verschreibungen der Sparcassen (Quittungsbücher, Sparcassenbücher) über Einlagen von fünfzig Thaler oder mehr sind stempelfrei.“

In dem für Alt-Preußen bestehenden Stempelsteuer-Tarife vom Jahre 1822 fehlt eine der hervorgehobenen Ausnahmebestimmung entsprechende Vorschrift, wogegen in dem bis zur Wirksamkeit der Verordnung vom 19. Juli 1867 für die Provinz Hannover gültigen Hannoverschen Stempelsteuergesetze vom 30. Januar 1859 (§. 7 Nr. 9) Schuldbekenntnisse der unter öffentlicher Autorität angeordneten Sparcassen für stempelfrei erklärt waren.

Im Jahre 1865 trat in Göttingen mit Genehmigung des Hannoverschen Ministerii des Innern eine Actiengesellschaft „Vorschuß- und Sparverein“ in's Leben, welche insbesondere auch eine Sparcasse errichtete. Die von dieser Actiengesellschaft emittirten Sparcassenbücher wurden nach §. 7 Nr. 9 des Hannoverschen Stempelgesetzes vom 30. Januar 1859 einer Stempelsteuer nicht unterworfen. Auch nach Eintritt der Wirksamkeit der Verordnung vom 19. Juli 1867 wurden die von der bezeichneten Actiengesellschaft emittirten Sparcassenbücher thatsächlich als stempelfrei behandelt. Im Jahre 1873 machte die Steuerverwaltung geltend, daß die Actiengesellschaft als solche auf die sub Nr. 52 des Hannoverschen Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 eingeräumte Exemption keinen Anspruch habe, weil in Uebereinstimmung mit einer K. Cabinetsordre vom 8. März 1847 nur Schuldverschreibungen solcher Sparcassen Stempelfreiheit zuzugestehen sei, welche von Gemeinden, Kreisen oder ähnlichen Verbänden errichtet worden und bei welchen über aus der Nugbarmachung der Capitalien erzielte Ueberschüsse zu öffentlichen Zwecken disponirt werde. Nachdem die Instanzen bis zum K. Finanzministerio durchweg für die Verpflichtung zur Erlegung der Stempelsteuer sich ausgesprochen hatten, wurde im Verwaltungswege der Stempelsteuerbetrag von 740 fl 20 gr bis zum 14. Februar 1874 eingezogen und mit Vorbehalt des Rechtsweges gezahlt. Die Actiengesellschaft „Vorschuß- und Sparverein“ zu Göttingen erhob nunmehr Klage gegen die K. Provinzial-Steuerdirection zu Hannover beim K. Obergerichte daselbst auf Restitution der

indebite gezahlten Steuer nebst Zinsen zu 5 Procent seit dem Tage der geleisteten Zahlung. Die erhobene Klage wurde in erster Instanz durch das Urtheil vom 10. Juli 1874 zurückgewiesen, weil die Ausnahmebestimmung der Stempeltarifspostition 52 vom 19. Juli 1867 in Uebereinstimmung mit der K. Cabinetsordre vom 8. März 1847 auf Sparcassenbücher der klagenden Actiengesellschaft für anwendbar nicht zu erachten sei. Der erste Senat des K. Appellationsgerichts zu Celle erkannte mittelst reformatorischen Urtheils vom 4. December 1874 zu Gunsten der Klägerin in folgender Weise:

Wenngleich dem Gerichte erster Instanz darin beizupflichten ist, daß die von der Klägerin statutenmäßig behuf Constatirung des Schuldbetrages den einzelnen Gläubigern behändigten Sparcassenbücher als Schuldverschreibungen im Sinne des der Verordnung vom 19. Juli 1867 beigefügten Stempeltarifs aufgefaßt werden müssen und daß die im §. 4 lit. g der Verordnung vom 19. Juli 1867 enthaltene Ausnahmebestimmung nach §. 13 in Verbindung mit §. 10 der in Betracht kommenden Statuten unanwendbar erscheint, so muß dennoch die auf Restitution der ausweislich des unberichtigt gebliebenen Thatbestandes im angefochtenen Urtheile anerkanntermaßen im Verwaltungswege eingezogenen und mit Vorbehalt des Rechtsweges klägerischerseits eingezahlten Stempelbeträge gerichtete Klage als rechtlich begründet anerkannt werden.

Wenn der Nr. 52 des Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 in einem besonderen Absätze folgende Bestimmung hinzugefügt ist:

„Die Verschreibungen der Sparcassen (Quittungsbücher, Sparcassenbücher) über Einlagen von fünfzig Thaler oder mehr sind stempelfrei“,

so kann die vom Gerichte erster Instanz dieser Zusatzbestimmung zu Ungunsten der Klägerin gegebene, dem an und für sich völlig klaren Wortlaute widerstreitende, einschränkende Auslegung als gerechtfertigt nicht angesehen werden.

Daß die klagende Actiengesellschaft „Vorschuß- und Sparverein“ zu Göttingen, welche auf Grund der vorgelegten und anerkannten Statuten mit ausdrücklicher Genehmigung des vor- maligen Hannoverschen Ministerii des Innern vom 16. October

1865 den damals bestehenden gesetzlichen Normen gemäß errichtet ist, nicht lediglich als Vorschußverein existirt, sondern auch in Gemäßheit der von der damals competenten höchsten Staatsbehörde sanctionirten §§. 27 und 28 der fraglichen Statuten eine zur Empfangnahme und Verzinsung von Spareinlagen bestimmte Sparcasse in's Leben gerufen hat, ist überall nicht zu bezweifeln, auch vom Gerichte erster Instanz nicht bezweifelt. Die von der Verwaltung der Sparcasse auszugebenden, zur Eintragung der „Einlagen“ bestimmten Urkunden sind im §. 27 der Statuten ausdrücklich als Quittungsbücher bezeichnet. Hiernach kann es an und für sich überall nicht bezweifelt werden, daß die beklagterseits als stempelpflichtig behandelten, jedem „Einleger“ statutenmäßig ausgestellten fraglichen Schuldverschreibungen unter den in der fraglichen Zusatzbestimmung zu Nr. 52 des Stempeltarifs vorkommenden Ausdruck „Verschreibungen der Sparcassen“ objectiv fallen. Obwohl nun Urkunden der hier fraglichen Art unverkennbar unter den in der fraglichen Zusatzbestimmung zu Nr. 52 des Stempeltarifs ohne Hervorhebung einer bestimmten species aufgestellten Gattungsbegriff „Quittungsbücher der Sparcassen“ sprachlich zu subsumiren sind, so hat dennoch das Gericht erster Instanz den von der Klägerin statutenmäßig ausgegebenen Sparcassenbüchern die allgemein verordnete Stempelfreiheit aberkannt.

Zur Rechtfertigung dieser mit dem klaren Wortlaute der fraglichen gesetzlichen Bestimmung im Widerspruch stehenden einschränkenden Interpretation ist hervorgehoben:

1) Die K. Verordnung vom 19. Juli 1867 bezwecke im Wesentlichen: in den neuen Provinzen eine Codification derjenigen den Urkundenstempel betreffenden Vorschriften einzuführen, welche in den alten Provinzen auf Grund von Gesetzen, Königlichem Cabinetsordres oder Ministerial-Rescripten in Kraft waren.

2) Demgemäß sei anzunehmen, daß der im Stempeltarif des altländischen Gesetzes vom 7. März 1822 fehlende Zusatz zu Nr. 52 des Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 lediglich der K. Cabinetsordre vom 8. März 1847 seine Aufnahme verdanke, welche der Circularverfügung des

Finanzministers vom 26. März 1847 zufolge bestimmt habe, daß Sparcassenbücher über einzelne Einlagen, auch wenn sie auf 50 Thaler oder mehr lauten, sowie die Quittungen über zurückgezahlte Einlagen von dieser Höhe von der Stempelsteuer befreit bleiben sollen.

3) Diese Cabinetsordre sei als Ergänzung des Reglements für das Sparcassenwesen vom 12. December 1838 aufzufassen, mithin nur auf die in diesem Reglement erwähnten, von den Gemeinden eingerichteten Sparcassen, welche wegen ihres gemeinnützigen Zweckes ein derartiges Privileg verdienen, zu beziehen.

4) Ohnehin sei nicht ersichtlich, aus welchem Grunde der Gesetzgeber Privatpersonen, welche in ihrem Privatinteresse Sparcassengeschäfte betreiben, bezüglich der Stempelsteuer hätte privilegiren sollen.

Abgesehen davon, daß die vorangestellte Annahme des Gerichts erster Instanz in dem geltend gemachten Umfange jedenfalls nicht unerheblichen Bedenken unterliegt, in so fern die R. Verordnung vom 19. Juli 1867 nicht nur der gewählten Form, sondern auch dem Inhalte nach als ein für das vormalige Königreich Hannover und für andere neue Gebiets-theile erlassenes neues Special-Gesetz sich darstellt, welches, in so weit nicht darüber gleichzeitig auf anderweit erlassene Gesetze, Verordnungen oder sonst publicirte Erlasse von Behörden verwiesen ist, lediglich den allgemeinen Regeln über Auslegung neuer Gesetze anheimfällt; abgesehen ferner davon, daß genügende Anhaltspunkte für die Annahme fehlen, daß die für das vormalige Königreich Hannover nicht publicirte R. Cabinetsordre vom 8. März 1847 lediglich der Zusatzbestimmung zu Nr. 52 des Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 zum Grunde liege und ausschließlich die in Gemäßheit des Reglements für das Sparcassenwesen vom 12. December 1838 von den Gemeinden errichteten Sparcassen von der Stempelsteuer zu befreien beabsichtigt habe; abgesehen endlich davon, daß Schlußfolgerungen aus einer nicht mit Sicherheit erkennbaren ratio legis unter allen Umständen sehr erheblichen Bedenken unterliegen: muß allgemeinen Interpretationsregeln zufolge angenommen werden, daß die

Logische Auslegung der Gesetze — eine ausdehnende oder einschränkende Erklärung gesetzlicher Bestimmungen über den gewöhnlichen Sinn der vom Gesetzgeber gebrauchten Worte hinaus — erst alsdann Platz greife, wenn die grammatische Interpretation kein sicheres Resultat liefert, daß ein vom Gesetzgeber gebrauchtes Gattungswort regelmäßig auch in dieser Allgemeinheit zu nehmen ist und daß eine Abweichung von dem zweifellosen Resultate der grammatischen Interpretation im Wege der logischen Auslegung nur gerechtfertigt ist, wenn es objectiv gewiß ist, daß der Gesetzgeber sich nicht richtig ausgedrückt, daß er seiner Verfügung einen weiteren oder engeren Umfang zu geben beabsichtigt habe im Vergleich mit demjenigen, welchen der Wortsinne darstellt.

Sch w e p p e, Röm. Privatr. §. 15.

T h i b a u t, Theorie der logischen Auslegung §. 3.

M ü h l e n b r u c h, Pandecten §. 58, insbesondere Note 3.

S e u f f e r t, Pand. §. 7.

Auch Privilegien und *beneficia legis* stehen unter den allgemeinen Interpretationsregeln; es ist auch bei ihnen die grammatische Auslegung im Zweifel anzuwenden, d. h. allgemein lautende Privilegien sind im Zweifel dem gewöhnlichen Wortbestande entsprechend allgemein zu verstehen.

T h i b a u t, Pand. §. 49.

v. S a v i g n y, System Band I. §. 36, Note h und i und §. 37.

l. 3 D. de constit. 1, 4.

Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficissitur quam plenissime interpretari debemus.

l. 192 §. 2 D. de reg. jur. 50, 17.

In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius.

Die vom Gerichte erster Instanz mit Berufung auf Principien, welche vom Standpunkte des Gesetzgebers aus vielleicht vollkommen gerechtfertigt erscheinen mögen, im vorliegenden Falle angewandte Restrictiv-Interpretation invol-

virt einen Verstoß gegen den allgemein anerkannten, für den Richter als solchen maßgebenden Rechtsatz: *ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere*.

Selbst wenn die im angefochtenen Urtheile allegirte, lediglich für die altpreussischen Provinzen publicirte und dem, Berufungsgerichte nicht zugänglich gewordene Cabinetsordre vom 8. März 1847 bestimmt erkennen lassen sollte, daß die Absicht darauf gerichtet gewesen, lediglich den nach dem Sparcassenreglement vom 12. December 1838 errichteten Sparcassen der Gemeinden die von der Klägerin geltend gemachte Befreiung von der Stempelsteuer zu gewähren, so würde bei Auslegung der in der hier fraglichen Beziehung völlig klaren gesetzlichen Bestimmung vom 19. Juli 1867 auf die desfalligen Motive der Königlichen Cabinetsordre ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen sein, da — ganz abgesehen davon, daß nach der vom Gerichte erster Instanz versuchten Auslegung die fragliche Zusatzbestimmung zu No. 52 des Stempeltarifs vom 19. Juli 1867 anscheinend für Sparcassen im vormaligen Königreich Hannover überhaupt keine Anwendung finden könnte — in Uebereinstimmung mit den Motiven eines in Seuffert's Archiv, Band 25, sub Nr. 184 abgedruckten Urtheils des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 8. November 1870 so viel als zweifellos angenommen werden muß, daß bei der Vorberathung eines Gesetzes angestellte Erwägungen für die Ermittlung des Sinnes überhaupt nur einen doctrinellen Werth in Anspruch nehmen können.

Hiernach ist die erhobene Klage nicht nur in Betreff der zurückverlangten Geldsummen, sondern auch bezüglich der beanspruchten gesetzlichen Zinsen für begründet und liquide zu erachten, folgeweise auch Beklagte in die Proceßkosten zu verurtheilen.

Die verklagte Provinzial-Steuerdirection erhob gegen dieses dieselbe verurtheilende reformatorische Urtheil vom 4. December 1874 die — in Fällen der vorliegenden Art ausnahmsweise zulässige — weitere Berufung, welche durch das Urtheil des sechsten Senats des R. Obertribunals zu Berlin vom 19. April 1875 verworfen wurde mit folgenden Entscheidungsgründen:

Der Gerichtshof ist bei Erwägung der Sache den Aus-

föhrungen der die Verwerfung der Berufung anheimgebenden R. General-Staatsanwaltschaft und den Entscheidungsgründen des R. Appellationsgerichts zu Celle im Wesentlichen beige- treten. Durchschlagend sind die Gesichtspunkte, daß nach Aus- weis der Verordnung vom 19. Juli 1867 eine Uebertragung der in den alten Landestheilen geltenden betreffenden Vorschrif- ten durch Bezugnahme nicht beliebt, vielmehr eine selbstständige Regelung durch jenes Gesetz erfolgt ist, daß über die dabei maßgebenden Absichten nichts Bestimmtes vorliegt und auf des- fallige, wenn auch nahe liegende Vermuthungen rechtliche Schlußfolgerungen nicht gestützt werden können, welche eine Modi- fication gegen den an sich klaren Ausdruck in das Gesetz hin- eintragen würden, daß ferner ein technisch beschränkter Sinn der Bezeichnung eines Instituts als Sparcasse, wie Beklagte ihn geltend macht, in der Gesetzgebung nicht besteht, daß endlich die generelle Fassung der hier fraglichen Tarif-Position zwischen den verschiedenen Arten von Sparcassen nicht unterscheidet und dieselbe demnach auf alle bezogen werden muß.

7. Wie wirkt die gerichtlich erkannte zeitweise Trennung von Tisch und Bett auf die Pflicht des Mannes zur Unterhaltung der Frau?

Von Herrn Obergerichts-Rath Franke zu Göttingen.

§. 1.

Die Frage, welche die Ueberschrift dieser Zeilen bildet, ist, wie ein Blick in die verschiedensten Lehr- oder Handbücher des Pandecten-, Kirchen- und Ehe-Rechts zeigt, von sehr wenigen Schriftstellern behandelt und von den wenigen, welche sie behan- delt haben, in so mannigfacher Weise beantwortet, daß von einer herrschenden Ansicht hier nicht wohl gesprochen werden kann.

Uebereinstimmung möchte lediglich über den einen Fall herrschen, in welchem die Entscheidung m. E. unmittelbar aus der Natur der Sache sich ergibt, über den Fall nämlich, daß an der Trennung von Tisch und Bett allein der Mann schuld ist. Der Schuldner, welcher durch seine Schuld

die ihm obliegende Leistung thatsächlich oder rechtlich nicht mehr in der Weise, wie es an erster Stelle bestimmt war, zu leisten vermag, hat in anderer Weise zu leisten; der Ehemann, durch dessen alleinige Schuld die Trennung von Tisch und Bett herbeigeführt wurde, vermag durch seine Schuld seine Pflicht zur Unterhaltung der Ehefrau nicht mehr in der durch die Natur der Ehe an erster Stelle bestimmten Weise dadurch zu erfüllen, daß er die Frau an seinem Leben, insbesondere seinem Essen und Trinken, seiner Wohnung, Heizung, Bedienung u. s. w., Theil nehmen läßt, und hat daher jene Pflicht auf andere Weise — ohne solches Theilnehmen-Lassen — zu erfüllen, also entweder wie es den Verhältnissen meistentheils entsprechen wird, durch Zahlung von Geld oder durch Lieferung anderer unmittelbar zur Unterhaltung der Menschen diensamen Mittel, übrigen aber unter den bisherigen Voraussetzungen und in dem bisherigen Umfange, insbesondere demnach nicht nur unter der Voraussetzung der Bedürftigkeit der Frau*) und nicht mit der Beschränkung auf deren Lebens-Nothdurft (*alimenta naturalia*), wohl aber mit dem Recht, für sich und die Seinigen des Lebens Nothdurft zu behalten. (*Beneficium competentiae*.)

Zwar weder hinsichtlich der Begründung, noch hinsichtlich der Einzelheiten, aber doch im Allgemeinen darf ich mich in Betreff dieses einen Falles beziehen auf:

1) Bardili, *Dissertatio de separatione cohabitationis*, thesis 33**) (Tübingiae 1675),

2) Schlegel's *Churhannov. Kirchenrecht* Thl. III. S. 386,

3) Glück's *Pandecten* B. 26 S. 471, 472,

4) Bartels, *Ehe und Verlöbniß*, S. 297, 298.

Bartels scheint jedoch auch den allein schuldigen Mann nur im Fall des Bedürfnisses der Frau ferner haften zu lassen, obwohl er a. a. D. drei Mal auf Glück sich beruft, welcher in dieser Beziehung offenbar anderer Ansicht ist; Bartels citirt a. a. D. freilich nur Glück's B. 24 und B. 28,

*) Windscheid, *Pandecten* §. 475 a. E., §. 491 Note 2, §. 493, Note 3.

**) In Glück's *Pandecten*, B. 26 S. 476, ist fälschlich citirt „Th. 23“.

nicht B. 26, auf dessen oben angeführten Seiten unsere Frage abgehandelt wird.

Die von Glück a. a. O. citirten beiden Schriften, J. G. Henning, von der Alimentation der Eheleute (Wittenberg und Zerbst 1782) und Hasenthien, *dissertatio de separatione a thoro et mensa*, sind mir nicht zugänglich gewesen. In dem von Glück a. a. O. gleichfalls citirten Handbuch des deutschen Eherechts von Hofmann habe ich vergeblich nach einer auf unsere Frage bezüglichen Aeußerung gesucht.

Dagegen trage ich kein Bedenken, obwohl das von Carpzow angeführte und gebilligte Erkenntniß des Leipziger Consistoriums vom September 1662 von „nothdürftiger Alimentation“ redet, doch Carpzow sowohl in seiner bei Glück a. a. O. citirten *Jurisprudencia ecclesiastica* lib. II. Tit. 12 Def. 213 Nr. 8, als auch in seiner *Jurisprudencia forensis ad constitutiones electorales* (c. 26) partis 3 def. 18 und nicht minder das Leipziger Consistorium von 1662 und die an beiden Stellen für dasselbe citirten vier älteren Schriftsteller den obigen Rechtslehrern unbedingt anzureihen. Denn die „nothdürftige Alimentation“, zu welcher der seiner Säbitien wegen von Tisch und Bett getrennte Ehursache im September 1662 verurtheilt ist, scheint dem Zusammenhang nach „der standesgemäß zum Leben notwendige Aufwand“ gewesen zu sein, von welchem Bartels a. a. O. S. 298 Z. 11–13 spricht und welchen er daselbst in Gegensatz stellt zu dem „alleräußersten Bedürfniß.“

Dem Fall, daß der Mann allein schuld ist an der Scheidung von Tisch und Bett, möchte der Fall gleichstehen, daß er wesentlich, überwiegend, hauptsächlich daran schuld ist. Obwohl ich eine bezügliche Erörterung oder Behauptung nirgends gefunden habe, erscheint mir jene hier gleichwohl überflüssig. Ebenso klar dürfte sein, daß der Fall hauptsächlich, überwiegender, wesentlicher Schuld der Frau gleichsteht dem Falle alleiniger Schuld derselben.

§. 2.

Hinsichtlich dieses letzteren Falles soll nach Glück a. a. O. herrschende Ansicht sein, daß der Mann unbedingt frei werde von der Pflicht zur Unterhaltung der Frau. Wenn Glück

aber neben den oben erwähnten Henning und Hofmann außer Bardili, welcher allerdings dieser Ansicht zu sein scheint, als Vertreter derselben auch noch Carpzow anführt, so ist zu berücksichtigen, daß Carpzow a. a. O. lediglich den Ausspruch des Leipziger Consistoriums vom September 1662 „der Mann werde durch Trennung von Tisch und Bett nicht frei von der Pflicht zur Unterhaltung der Frau“ in Gemäßheit des aus dem entschiedenen Rechtsstreite zweifellos sich ergebenden Sinnes für nicht bezüglich erklärt auf den Fall der (alleinigen oder hauptsächlichen) Schuld der Frau, daß er also sich nicht darüber ausspricht, ob der Mann in diesem letzteren Fall immer oder nur unter Umständen frei werde von jener Pflicht.

Das gerade Gegentheil der nach Glück's Angabe herrschenden Ansicht wird von dem bei ihm nicht citirten Schlegel ausgesprochen, welcher a. a. O. lakonisch sagt:

„Bei der Absonderung vom Tisch und Bette bleiben außer der ehelichen Gemeinschaft alle Rechte und Verpflichtungen bestehen; die Frau kann mit Rechte von dem Manne Alimente verlangen.“

und welcher also auch für den Fall alleiniger Schuld der Frau der Trennung von Tisch und Bett keinen Einfluß auf den Bestand der Pflicht des Mannes zur Unterhaltung der Frau einräumt.

Zwischen diesen beiden Ansichten stehen die durch Glück a. a. O. gebilligte Ansicht Hasenthien's und die Ansicht von Bartels a. a. O., diese der Schlegel'schen, jene der anderen sich nähernd. Nach Glück bezw. Hasenthien, sowohl wie nach Bartels bleibt in diesem Fall die fragliche Pflicht nur insofern bestehen, als die Frau bedürftig ist; nach jenen beschränkt sie sich aber alsdann auf Leistung der Lebens-Nothdurft, während nach Bartels nach wie vor standesmäßiger Unterhalt zu gewähren ist.

Neben diesen vier Meinungen würde noch die fünfte denkbar sein, daß der Mann in solchem Fall, zwar abgesehen von der Bedürftigkeit der Frau, aber nur zur Leistung der Lebens-Nothdurft verpflichtet bliebe. Druckschriftlich ist diese Meinung mir indeß nicht entgegengetreten.

Trennung von Tisch und Bett läßt allerdings die Ehe be-

stehen. Daraus, daß die Ehe trotz Trennung von Tisch und Bett bestehen bleibt, kann aber nicht mit Schlegel gefolgert werden, daß durch solche Trennung, abgesehen von der „ehelichen Gemeinschaft“, alle durch die Eingehung der Ehe zwischen den Eheleuten entstandenen Rechte und Pflichten unverfehrt gelassen werden. Auch ist das Gegentheil feststehenden Rechts. Das allerdings nur sehr eventuelle Erbrecht, welches nach Justinian's Rechtsbuch den Eheleuten gegen einander zusteht, ist nach l. un. Dig. Unde vir et uxor 38, 11 bedingt dadurch, daß die Ehegatten beim Tode des erstversterbenden zusammenlebten, wird also bei gerichtlicher Trennung von Tisch und Bett von dem überlebenden Gatten entschieden dann nicht geltend gemacht werden können, wenn er sich wegen dieser Trennung nicht zu entschuldigen vermag, wenn dieselbe also nicht von dem verstorbenen Gatten allein oder wesentlich verschuldet ist. Will man aber auch dieses Erbrecht nicht als ein durch die Ehe schon begründetes Recht gelten lassen, so wird man dies doch thun müssen hinsichtlich des Notherb- und Pflichttheils-Rechtes der sog. armen Wittwe, welches, wie jedes andere Pflichttheils-Recht, schon unter Lebenden verletzt werden kann, also für den Ehemann Pflichten erzeugt und folgeweise, wenn auch ein durch den früheren Tod desselben bedingtes, so doch immer ein wirkliches Recht der Frau schon vor des Mannes Tode bildet. Auch dieses Recht ist — nach Nr. 53 c 6 — bedingt dadurch, daß die Eheleute beim Tode des Mannes zusammenlebten, wird also im Fall gerichtlicher Trennung von Tisch und Bett offenbar dann nicht geltend gemacht werden können, wenn solche von der Frau allein oder wesentlich verschuldet ist.

Aus den Begriffen der Ehe und der Trennung von Tisch und Bett kann in der fraglichen Beziehung sicher nur Dasjenige abgeleitet werden, was Bartels daraus ableitet; er sagt nämlich a. a. O. S. 297 oben:

„Für die Zeit der Trennung hört zwar das Zusammenleben auf, nicht aber die Ehe als solche. Daher dauern im Uebrigen die durch diese begründeten Pflichten und die an diese geknüpften Rechtswirkungen unverändert fort. Die Stellung der Ehegatten zu einander und zu

den vorhandenen Kindern erleidet nur diejenigen Modificationen, welche als Folge des getrennten Lebens sich ergeben müssen.“

Als Folge des getrennten Lebens ergiebt sich, daß der Mann die durch Eingehung der Ehe übernommene Pflicht zur Unterhaltung der Frau in der durch die Natur der Ehe an erster Stelle bestimmten Weise einer Gewährung der Theilnahme an seinem Wohnen, Essen, Trinken u. s. w. nicht mehr erfüllen kann. Wenn der Schuldner durch die Schuld des Gläubigers seine Pflicht nicht in der vertrags- oder gesetzmäßigen Weise zu erfüllen vermag, so ist derselbe — abgesehen von besonderen Ausnahmefällen — frei und nicht etwa verpflichtet, in einer anderen Weise zu leisten. Erfolgte also Trennung von Tisch und Bett durch alleinige oder überwiegende Schuld der Frau, so ist der Mann, soweit nicht besondere Gründe für das Gegentheil vorliegen, für die Zeit der Trennung frei von seiner Pflicht zur Unterhaltung der Frau.

Ein solcher besonderer Grund liegt offenbar vor, wenn der Mann für die Frau Gut — z. B. eine Dos — in Händen hat, dessen Aufkünfte zur Bestreitung der Lasten der Ehe bestimmt sind, und diese Aufkünfte so viel betragen, daß nach Bestreitung dieser Lasten, abgesehen von der Unterhaltung der Frau, ein Rest bleibt. Ich befürchte keinen Widerspruch, wenn ich behaupte, dieser Rest sei vom Manne der durch ihre Schuld von Tisch und Bett getrennten Frau herauszugeben. Genau genommen erfolgt diese Herausgabe freilich nicht so sehr auf Grund der Pflicht des Mannes zur Unterhaltung der Frau, als vielmehr nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung oder, was für hier dasselbe zu bedeuten scheint, nach den Grundsätzen über Auslegung von Rechtsgeschäften. Die betreffende Verpflichtung des Mannes beruht hier also nicht unmittelbar auf der Ehe, sondern nur auf einem in Veranlassung der Ehe entstandenen Rechtsverhältniß, bildet also eigentlich ebensowenig, wie eine etwa durch ausdrückliche Vereinbarung vom Manne übernommene Verpflichtung, die Frau während der Trennung von Tisch und Bett zu unterhalten, eine Ausnahme von der oben als Regel gefundenen Freiheit des Mannes.

Eine solche Ausnahme möchte aber begründet werden durch Bedürftigkeit der Frau.

Die zeitweise Trennung von Tisch und Bett soll anerkannter Maßen nicht etwa die Scheidung der Ehe einleiten oder vorbereiten, sondern vielmehr die demnächstige Wiederherstellung eines glücklichen oder doch erträglichen Zusammenlebens der Eheleute befördern oder ermöglichen. Von Ehe und Eherechts wegen ist es daher nicht nur Sache der Frau, sondern auch Sache des Mannes, dahin zu streben und dafür zu sorgen, daß jene — und zwar auch, wenn sie an der Trennung schuld ist — nicht nur am Leben, sondern auch in einem geistigen Zustande erhalten bleibt, wie er vorhanden sein muß, um dieselbe zu einer gedeihlichen Lebensgenossenschaft mit dem Mann zu befähigen. Vermag die Frau dies durch eigenes Vermögen oder durch eigene standesmäßige Arbeit nicht zu bewerkstelligen, so muß, eben weil er Interessent dieser Angelegenheit ist, der Mann für dieselbe eintreten; er muß also auch unter diesen Umständen, soweit er es vermag, die Frau unterhalten und zwar standesgemäß unterhalten, bezw. zu deren standesgemäßem Unterhalt beitragen.

Zur Annahme einer Unterhaltungspflicht unter solchen Umständen wird auch die Betrachtung führen, daß durch die (zeitweise) Trennung von Tisch und Bett die durch die Ehe zwischen den Eheleuten begründeten Pflichten zu besonderer Rücksicht und Fürsorge nicht aufgehoben werden und daß es offenbar ein grober Umstoß gegen Pflichten sein würde, wenn der vermögende Mann die darbenende Frau nicht unterstützen wollte. Doch würde diese Betrachtung wohl nur zur Annahme einer Pflicht auf Leistung der Lebens-Nothdurft führen können, jedenfalls aber hinter der vorstehenden zurückstehen müssen, da sie nur die Billigkeit vor Augen hat. Als der „billigeren“ giebt auch Glück a. a. O. gegenüber der angeblich herrschenden Meinung derjenigen Hase nthien's den Vorzug, welche in der eben gedachten Annahme besteht.

§ 2

Wenn aber weder die Frau noch der Mann allein, oder überwiegend schuld ist an der Trennung von Tisch und Bett, wenn also beide Theile gleich viel oder ungefähr gleich

viel schuld find, oder, was nach processualischen Grundsätzen gleichwerthig ist, zwar die Schuld beider Eheleute, nicht aber das Größenverhältniß der beiderseitigen Schuld feststeht — was ist dann in der fraglichen Beziehung Rechtens?

Eine Ansicht oder Aeußerung hierüber habe ich bei keinem Schriftsteller gefunden.

Man könnte denken: Die Frau fordert, sie muß daher, abgesehen vom Fall ihrer Bedürftigkeit, nachweisen, daß der Mann, und nicht sie, allein oder überwiegend schuld ist an der Trennung, kann daher mit ihrer Forderung auch dann nicht durchdringen, wenn nur feststeht, daß beide Theile schuld sind, nicht aber zugleich, wer dies am meisten ist.

Richtiger aber dürfte jedenfalls schon sein, so zu denken: Der Anspruch der Frau gegen den Mann auf standesmäßigen, Unterhalt wird begründet durch Eingehung der Ehe; der Mann, welcher Erfüllung dieses Anspruchs weigert, hat also seine, sei es gänzliche, sei es zeitweise Befreiung darzuthun, also im Fall der Trennung von Tisch und Bett darzuthun, daß diese Trennung erfolgte durch alleinige oder überwiegende Schuld der Frau, und folgeweise auch dann derselben standesmäßigen Unterhalt zu leisten, wenn zwar feststeht, daß beide Theile an der Trennung schuld sind, nicht aber zugleich, wer dies am meisten ist.

Ich würde mich hierfür entscheiden, wenn nur nicht eine materiell-rechtliche Betrachtung zu einem bestimmten und zwar zu einem anderen Ergebnisse zu führen schiene.

Wenn der eine Gatte allein oder überwiegend schuld ist an der Trennung von Tisch und Bett, so erscheint dieselbe als von diesem Gatten verursacht. Der von dem anderen Gatten gestellte Antrag auf Trennung hat allerdings zu derselben mitgewirkt und zwar, wie wenigstens als das Regelmäßige angenommen werden darf, in der Art, daß ohne solchen Antrag die Trennung nicht Statt gefunden hätte; er ist aber im Verhältniß zu den betreffenden schuldhaften Handlungen des andern Theils und der Trennung von Tisch und Bett nichts Selbstständiges, sondern nur eine Folge jener Handlungen und nicht Ursache der Trennung. Jedermann aber hat die Folgen seiner schuldhaften Handlungen, insbesondere die durch dieselben ver-

ursachten Kosten zu tragen, also auch der allein oder überwiegend schuldige Gatte die bei Trennung von Tisch und Bett entstehenden Kosten des getrennten Unterhalts der Frau. Wenn aber beide Ehegatten in gleicher Weise an dem ehelichen Unfrieden schuld sind, so ist allerdings die Trennung von Tisch und Bett von beiden verursacht; das ist aber im Verhältniß der beiden, also für unsere Frage, gerade so, als wenn sie durch keinen verursacht wäre. Der Antrag auf Trennung erhält dadurch eine ganz andere selbstständige Bedeutung. Für das rechtliche Verhältniß zwischen den Gatten hat derjenige von ihnen die Trennung herbeigeführt, welcher dieselbe beantragte; dieser hat also die fraglichen Kosten zu tragen. Nur wenn der Mann in solchem Fall den Antrag auf Trennung stellte, behält also die Frau den Anspruch auf Unterhaltung.

Daß die Bedürftigkeit der Frau auch hier eine Ausnahme begründen muß, ergiebt sich wohl von selbst, sofern das Ergebnis des §. 2 als richtig anerkannt wird.

§. 4.

Sind die vorstehenden Erörterungen richtig, so hat nach gerichtlich erkannter Trennung von Tisch und Bett der Mann während der Zeit der demgemäß thatsächlich ausgeführten Trennung die Frau nicht unter allen Umständen, sondern nur dann — indeß standesgemäß — zu unterhalten, wenn entweder

- 1) er selbst allein oder hauptsächlich schuld ist, oder
- 2) beide Eheleute gleich oder ungefähr gleich schuld sind und die Trennung nur auf seinen Antrag erfolgte, oder
- 3) die Frau bedürftig ist, bezw. bedürftig wird.

Es würde noch die processualische Form festzustellen sein, die diesen Säzen zukommt.

Der Anspruch der Frau auf standesmäßigen Unterhalt von Seiten des Mannes entsteht mit der Ehe; daß der Mann solchen Unterhalt, wie Windscheid, Pand. §. 493, N. 3, entschieden richtig lehrt, so lange weigern darf, als die Frau, obgleich sie Vermögen hat, trotz Aufforderns ihm kein Heirathsgut bestellt, ist eine gegen die Ausübung des entstandenen Anspruches nach den Regeln über die gegenseitigen Verpflichtungen dem Manne zuständige besondere Befugniß

(sogen. Exceptio non impleti contractus). Auch nach Trennung von Tisch und Bett braucht also die Frau zur Begründung des fraglichen Anspruches lediglich auf die Eingehung der Ehe sich zu beziehen.

Als regelmäßige Wirkung einer Trennung von Tisch und Bett wird nach Obigem die Aufhebung dieses Anspruches nicht anzusehen sein. Um eine Einrede gegen diesen Anspruch zu begründen, wird also der Mann nicht bloß auf jene Trennung sich beziehen dürfen, sondern zugleich zu behaupten und nöthigenfalls darzulegen haben, entweder, daß die Frau allein oder hauptsächlich die Schuld trage, oder daß die Frau zum mindesten gleiche Schuld, wie er selbst, trage und allein die Trennung beantragt habe.

Die Bedürftigkeit der Frau stellt sodann als der Gegenstand einer gegen diese beiden Einreden zulässigen Replik sich dar.

Darüber, in wie weit der Mann oder die Frau schuld sei an der Trennung, wird sich im Trennungsurtheil allerdings selten eine wirkliche Entscheidung, nicht selten aber irgend ein Ausspruch finden, in anderen Fällen werden wenigstens die übrigen Acten genügende Auskunft geben. Im Zweifel wird sonst der Mann als der in der fraglichen Beziehung beweispflichtige Theil den Schaden zu tragen haben.

8. Zu den §§. 656 u. 600 a. E., 557 u. 19 der Hannov. bürgerl. P.-O., den §§. 72 u. 29 des Hannov. Gesetzes vom 14. Decbr. 1864 und dem §. 1 des Rechtshülfe-Gesetzes vom 21. Juni 1869.

Ein Rechtsfall,
mitgetheilt vom Herrn Obergerichts-Rath Franke zu Göttingen.

Das Amtsgericht G. der Provinz Hannover subhastirte im Wege der Zwangsvollstreckung mit mehreren Grundstücken seines Bezirkes auch zwei im Bezirk des benachbarten Amtsgerichts H. belegene Grundstücke, ohne daß ihm die Subhastation der letzteren im Wege des §. 557 Abs. 3 u. 4 der Hannov. b. P.-O.

vom gemeinschaftlichen Obergerichte übertragen gewesen wäre, und begehrte sodann vom „Grundbuchamt“ H. die Löschung mehrerer auf diese letzteren Grundstücke eingetragenen Hypotheken, deren Inhaber ihre bezüglichlichen Forderungen auf erlassene öffentliche Ladung im Subhastations-Verfahren angemeldet, wegen derselben Befriedigung aber nicht erhalten hatten. Dies Begehren wurde vom „Amtsgericht“ H. zurückgewiesen, vom Amtsgericht G. durch Schreiben vom 25. September 1877 unter näherer Darlegung des Sachverhaltes wiederholt und vom „Amtsgericht und Grundbuchamt“ H. durch Schreiben vom 24. October 1877 wiederum zurückgewiesen. Nunmehr erhob das Amtsgericht G. im Wege des §. 455 der Hannov. b. P.=O. die Beschwerde wider das „Grundbuchamt“ H.

Hierbei wurde vom Amtsgericht G. ausgeführt: „Das Grundbuchamt H. und das Amtsgericht H. seien principiell zwei völlig verschiedene Behörden. Das Amtsgericht H. habe daher mit der fraglichen Angelegenheit gar nichts zu schaffen und sei nicht befugt gewesen, die an das Grundbuchamt H. gerichteten Schreiben zu beantworten; jedenfalls habe das Amtsgericht H. das Grundbuchamt H. nicht benutzen dürfen, um mit dessen Schilde den angeblich vom beschwerdeführenden Amtsgericht gegen die Zuständigkeit des Amtsgerichts geführten Angriff abzuwehren.“

„In Wahrheit sei ein solcher Angriff aber gar nicht erfolgt. Das beschwerdeführende Amtsgericht sei zur Subhastation der fraglichen Grundstücke nach §. 19 der Hannov. b. P.=O. durch die Willkür der Parteien zuständig geworden, welche im Subhastationstermine beide vertreten gewesen, ohne daß der Einwand der Unzuständigkeit erhoben sei; die Anwendbarkeit dieses §. 19 auf das Zwangsvollstreckungs-Verfahren werde durch nichts ausgeschlossen, wohl aber dadurch bewiesen, daß nach §. 541 Abs. 1 rasche Erledigung ohne unnöthige Benachtheiligung der leitende Grundsatz dieses Verfahrens sei, daß es im §. 557 Abs. 2 heiße „der Gläubiger kann“ und daß es vernünftiger Weise den Parteien zu überlassen sei, wie und wo sie zu ihrem Gelde, bezw. zur Befreiung von ihren Schulden gelangen wollten. Außerdem enthalte der §. 557 Abs. 3 u. 4 lediglich Ordnungs-Vorschriften, wie schon daraus zu vermuthen,

daß bei diesem Verfahren eine Vernehmung des Schuldners unnöthig und ein Rechtsmittel unzulässig sei."

"Aber auch im Fall das beschwerdeführende Gericht in die Zuständigkeit des Amtsgerichts H. eingegriffen haben sollte, sei doch dessen Ersuchen vom Grundbuchamte H. stattzugeben, weil dasselbe nach dem §. 58 des Preuß. Gesetzes vom 5. Mai 1872 sowie den §§. 41 u. 92 der Preuß. Grundbuch-Ordnung — eventuell nach §. 29 Abs. 2 des Hannov. Gesetzes vom 14. Decbr. 1864 — hier lediglich zu prüfen habe, ob das Schreiben vom 25. Septbr. 1877 in den für Schreiben des Amtsgerichts G. geltenden Formen ergangen, ob das Amtsgericht G. im Allgemeinen zu Schreiben derartigen Inhalts zuständig sei und ob aus dem eigenen Grundbuch sich etwa Anstände gegen die Löschung ergäben. Eine weitergehende Prüfung entspreche auch gar nicht der Stellung eines Grundbuchamtes, welches grundsätzlich nur die Anlegung und Weiterführung des Grundbuches und die dazu erforderlichen Vorverhandlungen, nicht aber sonstige richterliche oder administrative Geschäfte zu besorgen habe."

Das „Grundbuchamt“ H. hielt die Verfügung vom 24. October 1877 aufrecht und hob in seinem Bericht Folgendes hervor:

"Daß diese Verfügung auch unter dem Namen des Amtsgerichts H. ergangen sei, könne, selbst wenn solches formell nicht richtig sein sollte, das Amtsgericht G. keinesfalls beschweren."

"Die Willkür der Parteien begründe im Zwangsvollstreckungsverfahren den Gerichtsstand nicht, wie denn auch das Gegentheil zu maßloser Unordnung führen würde, auch enthalte §. 557 Abs. 2 u. 3 der Hannov. b. P.-O. nicht blos eine Ordnungs-Vorschrift."

"Die Begriffe des Amtsgerichts G. über Requisitionen seien allerdings mit einzelnen neuen Gesetzen, nicht aber mit der Wissenschaft in Einklang, welcher zur Zeit noch gefolgt werden dürfe und müsse. Aber auch die Gültigkeit jener Begriffe würde die Beschwerde nicht rechtfertigen; denn nach den Gesetzen seien allerdings Grundbuchamt und Amtsgericht gesonderte, ungleichartige Behörden, und es könne ein Amtsgericht daher gar nicht prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter

denen ein Grundbuchamt einzutragen oder zu löschen habe, folgeweise auch ein Grundbuchamt gar nicht requiriren, sondern lediglich Anträge bei demselben stellen“.

Die zuständige Kronanwaltschaft beantragte unter Hinweis auf §. 1 des Rechtshülfegesetzes das Grundbuchamt H. zur begehrten Löschung anzuweisen, und gab anheim, das Amtsgericht G. darauf aufmerksam zu machen, daß es zur Subhastation der fraglichen zwei Grundstücke nicht zuständig gewesen sei.

Der große Senat des den Amtsgerichten G. und H. gemeinschaftlichen Obergerichts wies dagegen die Beschwerde zurück; die Gründe des Beschlusses lauten folgender Maßen:

I. „Wie aus dem Hannov. Gesetz vom 14. Decbr. 1864, §§. 72, 70, 75 und 77, übrigens auch aus der Natur der Sache sich ergibt, ist die Löschung der laut der beiden vorliegenden Urkunden zu Gunsten des Bauermeisters D., bezw. des Kaufmanns L. aus B. in einem Hypothekenbuche des Amtsgerichts H. eingetragenen Hypotheken eine Angelegenheit des Amtsgerichts H., deren Erledigung der Untersuchung und Entscheidung eben dieses Gerichtes unterliegt. Das Schreiben des Amtsgerichts G. vom 29. Septbr. 1877 ist daher ein Antrag auf Untersuchung und Entscheidung des Amtsgerichts H. und nicht etwa das Ersuchen um Hülfe in einer der Untersuchung und Entscheidung des Amtsgerichts G. unterliegenden Angelegenheit. Auch die durch das Gesetz vom 14. December 1864, §. 29, bezw. die Hannov. b. P.-D. §§. 656 und 600, dem subhastirenden Amtsgericht erteilte Anweisung, die Löschung derjenigen durch die Subhastation untergegangenen Hypotheken, welche in Hypothekenbüchern eines anderen Gerichtes eingetragen sind, bei diesem Gerichte zu bewirken, macht lediglich die Stellung dieses Antrages auf Löschung zu einem Geschäft des subhastirenden Amtsgerichts. Die Zuständigkeit des Amtsgerichts G. zur Stellung des von demselben gestellten Löschantrages zu prüfen, würde daher allerdings das Amtsgericht H. nicht befugt gewesen sein, weder nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verhältnisse neben-geordneter Gerichte, noch, wenn das Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869 hier, wie die Kronanwaltschaft meint, überall Anwendung zu finden haben sollte, nach dem §. 1 dieses Gesetzes. Die Zuständigkeit des

Amtsgerichts G. zur Stellung jenes Antrages ist aber vom Amtsgericht H. gar nicht in Zweifel gezogen. Das Amtsgericht H. verneint nur, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen diesem Antrage Statt gegeben werden könne. Zur Prüfung dieser Frage aber ist das Amtsgericht H. berufen, wie aus Obigem sich ergibt, und die von demselben getroffene Entscheidung ist offenbar die richtige."

II. „Die Inhaber der fraglichen Hypotheken haben, wie aus den vorgelegten Zwangsvollstreckungs-Acten erhellt, hinsichtlich ihrer Forderungen, für welche diese Hypotheken bestellt sind, Befriedigung nicht erhalten; die Hypotheken sind also nicht etwa durch Untergang der Forderungen erloschen."

„Ohne Befriedigung der Gläubiger könnten deren Hypotheken durch die vom Amtsgerichte G. ausgeführte Subhastation aber nur dann erlöschen, wenn dieselbe gesetzmäßig erfolgte, insbesondere also nur dann, wenn das Amtsgericht G. zu solcher Subhastation im fraglichen Falle zuständig war. Davon liegt das Gegentheil vor. Die mit den fraglichen Hypotheken behafteten Grundstücke liegen im Bezirk des Amtsgerichts H., nicht in demjenigen des Amtsgerichts G. Letzteres konnte daher nach der Hannov. b. P.=D., insbesondere §. 557, zur Subhastation dieser Grundstücke nur dadurch zuständig werden, daß dieselbe ihm vom Obergerichte in dem durch die letzten Absätze jenes §. 557 geordneten Verfahren übertragen wurde, was nicht geschehen ist. Insbesondere konnte das Amtsgericht G. nicht etwa, wie es zu vermeinen angiebt, durch Willkür der Betheiligten zuständig werden; denn der vom Amtsgericht angezogene §. 19 der Hannov. b. P.=D. bezieht sich gleich deren §§. 4—8 nur auf die Feststellung von Rechts-Ansprüchen, nicht auf die Vollstreckung festgestellter Rechts-Ansprüche, während die Zuständigkeit für letztere sich geordnet findet in den §§. 531 und 119, 547, Abs. 2, 556 a. A. 557, 571 a. E. 584, 593, Abs. 2 der Hannov. b. P.=D."

Dem Einsender mögen vier Bemerkungen gestattet sein.

1) Die in den vorstehenden Gründen mit Absicht und wohl mit Recht nicht erörterte Frage „Amtsgericht oder Grundbuchamt?" möchte aus dem §. 5 des Gesetzes vom 28. Mai 1873 über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover sich beantworten. Hier heißt es:

„Das Grundbuchwesen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte. Jedes Amtsgericht bildet ein Grundbuchamt“.

Danach giebt es in der Provinz Hannover nicht Grundbuchämter und Amtsgerichte als verschiedene Behörden, sondern die Amtsgerichte haben u. A. auch die Function der Verwaltung der Grundbücher und heißen, soweit sie mit dieser Function in Frage kommen, auch Grundbuchämter, gerade wie sie in anderen Beziehungen ihres Geschäftskreises Polizeigerichte, Vormundschaftsgerichte u. s. w. heißen. Die Zeichnung des Schreibens vom 24. October 1877 mit „Grundbuchamt und Amtsgericht“ war daher allerdings nicht correct; gänzlich verkehrt aber sind daher die hierauf bezüglichen oben mitgetheilten Ausführungen des Amtsgerichts G.

2) Die Richtigkeit der im Widerspruch mit dem Amtsgericht G. vom Obergericht befolgten, indeß nicht weiter begründeten Ansicht, daß für die Entscheidung des fraglichen Falles das Hannov. Gesetz vom 14 December 1864, insbesondere §§. 74 u. 29, und das Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872, §. 58, nicht aber die Preuß. Grundbuchordnung, §§. 41 u. 92, in Betracht kommen, möchte sich ergeben aus §. 49 des bereits erwähnten Gesetzes vom 28. Mai 1873; nach diesem §. 49 sind bis zu dem elften Tage nach demjenigen Tage, an welchem die erfolgte Anlegung von Grundbuchblättern und Artikeln in der durch §. 47 desselben Gesetzes vorgeschriebenen Weise bekannt gemacht ist, die bisherigen bezüglichen Hypothekenbücher fortzuführen, jedoch „unter Beachtung der Vorschriften der §§. 23, 24 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 und des §. 11 des Gesetzes vom 28. Mai 1873“, also nicht etwa unter Beachtung der Vorschriften der eben gedachten §§. 58, 41 u. 92, welche an und für sich nur über Eintragungen und Löschungen in Grundbüchern verfügen.

3) Das Obergericht hat die Frage offen gelassen, ob das Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869 auf den vorliegenden Fall zu beziehen sei. Dies Gesetz handelt, wie die Ueberschriften seiner Theile darthun, nur von der Rechtshülfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen, betrifft also das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht und folgeweise den vor-

liegenden Fall nicht, wenn derselbe als Hypotheken-Sache und nicht etwa als Zwangsvollstreckungs-Sache aufgefaßt wird.

4) Ebenfowenig wie der Untergang der auf dem subhastirten Grundstück lastenden Hypotheken, kann der Uebergang des Eigenthums an diesem Grundstück von dem Schuldner auf den Käufer durch das Adjudications-Decret eines unzuständigen Gerichts bewirkt werden. Dies Eigenthum geht in solchem Fall nur über, wenn der Käufer auf Grund jenes Decrets das subhastirte Grundstück in Besitz nimmt und der Schuldner hiezu Einwilligung gegeben hat oder nachträgliche Genehmigung erteilt. Ein Recht auf solche Einwilligung oder Genehmigung steht aber dem Käufer dem Schuldner gegenüber offenbar nicht zu, da er mit diesem in gar keiner Obligation steht. Dagegen möchte dem Käufer ein solches Recht, also das Recht auf Erwirkung solcher Einwilligung oder Genehmigung, allerdings sowohl dem Gläubiger gegenüber, welcher die Zwangsvollstreckung betrieb, als dem Richter gegenüber zustehen. Dieser Gläubiger haftet ihm allerdings nicht für Eigenthum des Schuldners am subhastirten Grundstück, wohl aber für die eigene Befugniß zur Uebertragung des dem Schuldner etwa zuständigen Eigenthums u. s. w.; das heißt offenbar: er haftet ihm nicht bloß dafür, daß er befugt ist, dies Eigenthum irgendwie zu übertragen, sondern dafür, daß er befugt ist, dasselbe auf diejenige Weise zu übertragen oder übertragen zu lassen, in welcher er solches vornahm, bezw. vornehmen ließ. Der Richter aber haftet für seine Befugniß zur Uebertragung, also insbesondere für seine Zuständigkeit zur Subhastation, weil er nicht kraft privaten, sondern kraft öffentlichen Rechts, kraft seines Amtes verkauft und adjudicirt, zwar nicht wie ein verkaufender Privatmann, schlechthin aber doch im Fall seiner Schuld oder wenigstens im Fall seiner groben Schuld. Wie hinsichtlich der Einwilligung, bezw. Genehmigung des Schuldners wird es sich verhalten hinsichtlich solcher der unbefriedigt gebliebenen Hypothekarier.

Wenn der Käufer auch zur Zeit, wo er Besitz ergreift von dem adjudicirten Grundstück, um die Unzuständigkeit des Gerichts, wie gewöhnlich der Fall sein wird, noch nicht wußte, so kann er natürlich die der Verwandlung in Eigenthum durch

Erfügung fähigen Rechte des redlichen Erwerbers erlangen (Actio Publiciana mit *conditio usucapiendi*). Auch wird es unter Umständen möglich sein, daß der Käufer Freiheit von den Hypotheken der unbefriedigten Gläubiger erßt. (*usucapio libertatis*.)

Ob der mitgetheilte Fall in der einen oder anderen der angedeuteten Richtungen sich zu entwickeln bereits begonnen hat, ist dem Einsender unbekannt geblieben.

9. Zum §. 501 Nr. 5 und 6 der bürgerl. Proceßordnung und §§. 29, 79 des Hypotheken-Gesetzes vom 14. December 1864.

Mittheilung des Herrn Oberbürgermeisters a. D. Hantelmann zu Hannover.

Vorbemerkung.

Ueber die Tragweite und das gegenseitige Verhältniß der auf den Provocationsproceß, insbesondere wider unbestimmte Gegner bezüglichen Bestimmungen im §. 501 Nr. 5 und 6 der bürgerl. Proceßordnung, so lautend:

Lauten die Schuldurkunden auf einen in ihnen benannten Gläubiger (Namen=Obligationen), so kann dieser oder sein Rechtsnachfolger, wenn er zuvor dem Gerichte den Verlust bescheinigt oder auf dessen Verlangen eidlich bekräftigt hat, auf eine Edictalladung der unbekannten Inhaber der Urkunde antragen — — —. Die Ladung geschieht unter der Rechtsverwarnung, daß hinsichtlich des etwaigen sich nicht meldenden Inhabers der vermißten Urkunde diese für ungültig und wirkungslos erklärt (*mortificirt*) werden solle; —

(und Nr. 6.) — Eine Edictalladung ist ferner gestattet; — behuf Löschung eingetragener Hypotheken, wenn der Schuldner oder Inhaber des verpfändeten Grundstücks eidlich zuvor erhärtet, daß er Niemanden kenne, dem ein Anspruch auf eine solche Hypothek zustehe oder daß er die Verpflichtung, für welche sie bestellt sei, für

erloschen halte, dieses aber auf andere Weise, angewandter Bemühungen ungeachtet, nicht nachweisen könne, hat sich, so weit dem Einsender Dieses irgend bekannt geworden, weder in der Theorie, noch in der Praxis — dies namentlich etwa durch ein beachtenswerthes Präjudiz der höchsten Instanz — ein übereinstimmendes Verständniß herausgebildet. Und ein dem Einsender kürzlich zur Behandlung zugefallener Vorgang liefert einen Beleg dafür, daß wenigstens unter den practischen Juristen der Stadt Hannover eine ganz erhebliche Differenz im Verständnisse der vorstehend herausgehobenen Bestimmungen obwaltet, weshalb denn eine weitere Mittheilung über jenen Vorgang in dieser Zeitschrift willkommen sein dürfte.

Der Tischler und Gastwirth A. Ohlens zu Hannover verkaufte am 5. Januar 1876 vor dem Amtsgerichte daselbst an den Büreaudiener Haller sein im Jahre 1865 von dem Schenkwirth G. Schreiber käuflich erworbenes, unter Nr. 1 am Lärchenberge belegenes Bürgerwesen und übernahm u. A. die Verpflichtung, die auf dem Kaufobjecte noch eingetragenen Capitalien bis zu der Ab- und Antretung des Kaufgegenstandes zu tilgen. Ohlens hatte nun zwar diese von ihm übernommene Verpflichtung theilweise schon vor dem Verkaufe erfüllt, war aber nicht im Stande, dies bei dem am 29. März 1876 erfolgten Acte der Ab- und Antretung vollständig nachzuweisen, indem er entweder nicht dafür gesorgt hatte, sich von seinem Vorbesitzer und Verkäufer, Schenkwirth Georg Schreiber, die für denselben auf Grund eines Abtretungsprotocollles vom 11. April 1867 gerichtseitig wegen des verbliebenen Kaufgeldrestes von 350 Thalern in Gold ausgefertigte und hypothekarisch sichergestellte Obligation in gehöriger Form quittirt zurückgeben zu lassen, oder — was wahrscheinlicher — weil er die fragliche quittirte Obligation verloren hatte. Er konnte sich eben weder auf das Eine, noch auf das Andere bestimmt besinnen und erinnerte sich nur genauer an Schreiber geleisteten Befriedigung.

So gab es denn für Ohlens eine um so größere Verlegenheit, als der p. Schreiber bereits im Jahre 1869 völlig verarmt auf dem Stadthannoverschen Krankenhause verstorben

war, sich auch trotz allen Suchens Niemand fand, der als sein Erbe oder aus anderen Gründen mit Erfolg als sein Rechtsnachfolger hätte angesprochen werden können. Bei dieser Sachlage blieb schließlich für den Käufer Haller gar nichts Anderes übrig, als — im Einverständnisse mit Ohlens und auf dessen Unkosten — auf den oben citirten §. 501 Nr. 6 zu greifen. Er beantragte demgemäß bei der Abtheilung 15 des Amtsgerichts Hannover unter dem Erbieten zur entsprechenden Eidesleistung den Erlaß der correspondirenden Edictalladung und wurde auch zur Ausschwörung des fraglichen Eides zugelassen. Indes war von dem betreffenden Amtsrichter beiläufig darauf hingedeutet, daß etwaige im Verlaufe der Verhandlungen schon angestrichene Bedenken gegen den Effect einer zu erlassenden Edictalladung nicht von dem Proceßrichter, sondern von dem um die Löschung der Hypothek angegangenen Hypothekenrichter zu entscheiden sein und es deshalb vor Ausföhrung einer kostspieligen demnächst vielleicht vom Hypothekenrichter als ungenügend erachteten Edictalladung rathsam erscheine, sich seiner bezüglichen Ansicht zu vergewissern, zumal für letztere nicht allein die Vorschriften der bürgerl. Proceßordnung, sondern auch die Bestimmungen der §§. 79, 29—30 des Hypothekengesetzes vom 14. December 1864*) in Betracht kommen würden. Haller fragte nun in motivirter Weise schriftlich bei dem Hypothekenrichter (Abtheilung VI. des Amtsgerichts) an, wie er nach ausgeführter, für ihn, Haller, erfolgreicher Edictalladung die Wirkung derselben beurtheilen werde und erhielt dann am 13. März er. die — schriftliche — Eröffnung: daß die für den p. Schreiber eingetragene Hypothek, wenn solche in Folge der auf §. 501 Nr. 6 gegründeten Edictalladung vom zuständigen Gerichte demnächst für erloschen erklärt sein

*) §. 79: Die Löschung einer Hypothek — — — darf von dem Richter nur dann vorgenommen werden, wenn ihm die betreffende Original-Schuldburkunde vorgelegt, oder die stattgehabte Mortification derselben nachgewiesen wird.

§. 29: Die Löschung einer Hypothek darf nur erfolgen auf Grund einer ausdrücklichen Löschungsbewilligung oder Quittung des eingetragenen Pfandgläubigers oder seines legitimirten Rechtsnachfolgers.

Vorbehalten bleiben jedoch die Vorschriften in den §§. 501 Nr. 6 und 656 der bürgerl. Proceßordnung. — — —

werde, doch von ihm, dem Grundbuchrichter, noch nicht werde gelöscht werden können, weil zu dieser Löschung nach Maßgabe der §§. 29 und 79 des Hypothekengesetzes vom 14. December 1864 die Löschungsbewilligung oder Quittung des Gläubigers Schreiber oder dessen Rechtsnachfolgers und die Vorlegung der Schuldburkunde, eventuell die nach §. 501 Nr. 5 der Pr.-O. zu erwirkende Mortification erforderlich sei. Gegen diese Decretur nahm Haller die Beschwerde an das Königl. Obergericht zu Hannover zur Hand, worin denn von ihm nach Darlegung des in Frage kommenden oben beregten thatsächlichen Materials wörtlich Folgendes ausgeführt wurde:

„Es hat ja allerdings seine Richtigkeit, daß in dem Hypothekengesetze vom 14. December 1864 die vom Grundbuchrichter allegirten Bestimmungen in den §§. 29 und 79 enthalten sind. Kämen etwa dieselben allein in Betracht, so möchte dann wohl kein Mittel übrig bleiben, aus meiner Verlegenheit herauszukommen.

Aber im §. 29 sind gegenüber jenen Bestimmungen die Vorschriften in den §§. 501 Nr. 6 und 656 der bürgerl. Proceßordnung ausdrücklich beibehalten, und mußten in der That auch beibehalten werden, wenn anders einem unleugbar vorhandenen practischen Bedürfnisse genügt werden sollte, wie ich dies im Nachfolgenden nachweisen zu können hoffe.

Der §. 501 der bürgerl. Proceßordnung enthält zwei genau unterschiedene und daher auch nicht mit einander zu wechselnde Fälle:

Der erste und zwar der im Leben wohl gewöhnliche Fall ist unter Nr. 5 dahin beregt, daß Aufforderungen unbekannter Inhaber von solchen abhanden gekommenen Schuldburkunden, welche auf einen in ihnen benannten Gläubiger (Namen = Obligationen) lauten, von diesem oder von seinem Rechtsnachfolger beantragt und mittelst Edictalladung der unbekannten Inhaber auf dem in allegirter Stelle näher bezeichneten Wege die vermißten Urkunden zur Mortification gebracht werden können.

In gegenwärtigem Falle nun trifft zwar die erste Voraussetzung:

Abhandenkommen oder Verlust der hier in Rede stehenden Verbriefung zu.

Aber es fehlt hier an der zweiten Voraussetzung, an dem Dasein eines Gläubigers oder eines Rechtsnachfolgers desselben; denn der Gläubiger, Schenkewirth Georg Schreiber, ist bereits im Jahre 1869 (im städtischen Krankenhause dahier) verstorben, eine gerichtsseitig nicht bezweifelte, übrigens aber eventuell durch Beibringung eines Sterbescheins nachweisliche Thatsache.

Einen Rechtsnachfolger jedoch hat der p. Schreiber nicht hinterlassen, namentlich keine ehelichen Kinder.

Unter solchen Umständen ist meines Erachtens hier denn für die Anwendung von Nr. 6 des §. 501,

worin der zweite, mehr ungewöhnliche oder ausnahmsweise vorkommende Fall des Nichtvorhandenseins von Gläubigern oder Rechtsnachfolgern vorgesehen worden, dahin Raum gegeben, daß ich als zeitiger Inhaber des für die Schreiber'sche Forderung verpfändeten Grundstücks auf Löschung der darauf eingetragenen Hypothek, nach Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen rechnen darf.

Einer ausdrücklichen Mortification der Schuldburkunde kann es hierbei nach der Fassung der Nr. 6 nicht bedürfen, obwohl zu sagen ist, daß selbige indirect durch Löschung der Hypothek erfolgt. Indes wird es eben dieses Behelfs nicht einmal benöthigt sein, da der im §. 29, Abs. 2 des Hypothekengesetzes ausdrücklich allegirte, mithin zur analogischen Anwendung zu bringende §. 656 der Proceßordnung den Richter ermächtigt, die etwa von hypothekarischen Gläubigern nicht eingelieferten Urkunden gleichzeitig bei Löschung der betreffenden Hypotheken für werthlos zu erklären.

Giebt ja doch auch eine Edictalladung auf Grund von Nr. 6 des §. 501 jedem etwa Berechtigten volle Gelegenheit zur Geltendmachung seiner Ansprüche.

Müssen also die Fälle von Nr. 5 und 6 des §. 501 unterschieden werden, so erscheint auch dadurch die Combination beider ausgeschlossen.

Wollte man dies nicht gelten lassen, so wäre nicht abzu sehen, warum die Nr. 6 überhaupt existirte und wozu sie dienen sollte, während denn doch dem Inhaber eines verhypothecirten Grundstücks für den Fall des Nichtzutreffens von Nr. 5 auf irgend eine Weise geholfen werden muß, wenn er sich an einen

Gläubiger oder Rechtsnachfolger nicht halten und also den Einen oder Andern nicht zwingen kann, die Hypothek wegzuschaffen.

Das unverkennbare practische Bedürfniß ist es, welches die in Rede stehende Bestimmung nothwendig macht und daher auch einen Platz in der Gesetzgebung hat finden lassen.

In dieser Beziehung dürfte auch das Nachfolgende für die Beurtheilung von Interesse sein.

Die Regierungsmotive zur bürgerlichen Proceßordnung enthalten am Schlusse die Bemerkung, daß von einer Wiederholung der Motive für die aus der Proceßordnung von 1847 in den neuen Entwurf aufgenommenen Bestimmungen abgesehen sei. Der Entwurf zur Proceßordnung von 1847, mittelst Cabinetsschreibens vom 24. Februar 1846 der 8. allgemeinen Ständeversammlung in deren 3. Diät vorgelegt, behandelt in den §§. 192—196 den gesamten Provocationsproceß, die Regierungsmotive aber zu diesem,

S. Actenstücke, 1. Th., S. 537,

machen bemerklich, daß das ganze Rechtsinstitut der Edictalladungen ein wesentlich durch die Praxis ausgebildetes, an manchen Unbestimmtheiten leidendes und daher einer festen Normirung bedürftiges sei. Durch diese Bemerkung wird denn doch einbezeugt, daß insbesondere die Nr. 6 des §. 501 (aus der vorhergehenden Proceßordnung mit einer redactionellen Modification herübergenommen, s. Actenstücke von 1847, 3. Diät, 2. Thl., S. 1973) nicht etwa eine ganz neue in ihrer Richtung und Tragweite dunkle und zweifelhafte Erfindung, sondern Fixirung einer practischen Uebung sei.

Und so lag denn auch bei der Verhandlung über das Hypothekengesetz von 1864 — in dessen Entwürfe (s. Actenstücke Thl. II., Heft IV.—VI., S. 1147 zc.) der jetzige §. 29 als §. 34 vorkommt, ein völlig ausreichender, ja nothwendiger Anlaß für die Stände vor, das a linea 2 des §. 29 in das Gesetz aufzunehmen (s. S. 1870, l. c.). Dasselbe seiner Wirksamkeit zu entkleiden und durch die Hereinziehung von ihm fremdartigen Momenten illusorisch zu machen, dürfte der rechtfertigenden Momente entbehren."

Die Haller'sche Beschwerde schloß mit der Bitte, dem

Grundbuchamte zu erkennen zu geben, daß demnächst unter Voraussetzung der Nachweisung einer erfolgreichen, d. h. keinerlei Ansprüche an die fragliche Hypothek hervorrufenden Edictalladung die fragliche Hypothek zu löschen sei.

Diesem Antrage ist denn vollständig stattgegeben, wie aus dem nachfolgend wörtlich mitzutheilenden Erkenntnisse hervorgeht.

In Sachen u. f. w. hat der 1. große Senat des Königlichen Obergerichts Hannover in seiner beratenden Sitzung vom 7. Mai 1877 nach Anhörung der Königlichen Kronanwaltschaft beschlossen, wie folgt:

Zunächst kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß vor dem Erlaß des Gesetzes über das Pfandrecht vom 14. December 1864 in dem unter Nr. 6 §. 501 der bürgerlichen Proceßordnung vorgesehenen Falle das in Gemäßheit dieser gesetzlichen Bestimmung ergangene Edictalverfahren im Nichtanmeldungs-falle die Wirkung hatte, daß die betreffende Hypothek für vollständig erloschen erklärt und auf Grund dieses Präclusivums im Hypothekenbuche gelöscht wurde, ohne daß es zu solchem Zwecke noch der Vorlegung der Schuldburkunde oder des Nachweises der stattgehabten Mortification derselben bedurft hätte.

Hieran erscheint aber auch durch die späteren, in den §§. 29 bis 79 des Gesetzes vom 14. December 1864 enthaltenen Vorschriften nichts geändert.

Der im 1. Abschnitt dieses Gesetzes befindliche §. 29 handelt im 1. Absätze von den materiellen Voraussetzungen der Löschung, dem Erlöschen der Hypothek, verweist sodann ausdrücklich auf den §. 79 und bestimmt in dem hierauf folgenden 2. Absätze, daß die Vorschriften in §§. 501, Nr. 6 und 656 der bürgerlichen Proceßordnung vorbehalten bleiben.

Dieser Vorbehalt ist zwar im §. 79, welcher im III., die Hypothekenbücher und das Verfahren in Hypothekensachen betreffenden Abschnitte des Gesetzes seine Stelle gefunden hat, nicht wiederholt, allein, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen hat, durch die im §. 79 aufgestellten formellen Voraussetzungen für die Löschung einer Hypothek, nämlich Vorlegung der Original-Schuldburkunde oder Nachweis der stattgehabten Mortification derselben, die Wirkung des Edictalverfahrens im

Falle der Nr. 6 des §. 501 der bürgerlichen Proceß-Ordnung auf den Ersatz für die Löschungsbewilligung oder Quittung des Gläubigers zu beschränken und dem Schuldner, welcher die Original-Schuldurkunde herbeizuschaffen außer Stand ist, ein zweites Edictalverfahren behuf Mortification derselben zur Pflicht zu machen, ergiebt sich — ganz abgesehen davon, daß das in Nr. 5 des mehrgedachten §. 501 geordnete Mortificationsverfahren den Antrag des Gläubigers beziehungsweise des Rechtsnachfolgers desselben voraussetzt — sowohl aus dem im §. 29 nach Verweisung auf den §. 79 uneingeschränkt ausgesprochenen Vorbehalte bezüglich der Nr. 6 des §. 501, als auch aus den Motiven zum Entwurf des Gesetzes vom 14. December 1864, welche offenbar den fraglichen Vorbehalt gleichmäßig auf beide §§. beziehen.

Vergl. Actenstücke der IV. allgemeinen Ständeversammlung, Th. II., S. 1182 und 1183.

Die erhobene Beschwerde wider den Bescheid des Königl. Grundbuchamts, Amtsgericht Abtheilung VI. vom 13. März 1877 wird daher für begründet erkannt und das Königl. Grundbuchamt hiermit angewiesen:

unter Voraussetzung des vom Antragsteller zu erbringenden Nachweises, daß in Folge des von ihm eingeleiteten Edictalverfahrens die fragliche Hypothek durch rechtskräftigen Präclusivbescheid für vollständig erloschen erklärt worden, die Löschung der im Hypothekenbuche der Ortschaft Ostwende, Tom. VI., Abth. 1, Fol. 86 unter laufender Nr. 3 eingetragenen Hypothek für 350 Thlr. und Zinsen auf Kosten des Antragstellers zu bewirken.
Erd. Basse. Pettgau. Hagemann. Stolz.

(L. S.)

Meine,
Obergerichts-Secretair.

10. Beitrag zur Beantwortung der Frage: Welche gesetzlichen Vorschriften gelten in Betreff der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in dem gemeinrechtlichen Gebiete der Provinz Hannover nach dem Inkrafttreten des Grundbuchsrechts und der Reichsjustizgesetze?

Vom Herrn Referendar Dr. Liebrecht in Celle.

Die zur Zeit in dem gemeinrechtlichen Gebiete der Provinz Hannover geltenden gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen werden in wesentlichen Punkten durch die dinglichen Mairgesetze des Jahres 1872 und die Reichsjustizgesetze, namentlich die Reichscivilproceßordnung vom 30. Januar 1877, berührt. Voraussichtlich werden die Letzteren vor den Grundbuchgesetzen in unserer Provinz zur Geltung gelangen (von dem Bezirke der Altstadt Hannover abgesehen).

Reichsrecht bricht Landesrecht. Diesen Grundsatz des Art. 2 der Verfassung des Reichs drückt der §. 14 des Einführungs-gesetzes zur Reichs-Civilproceß-Ordnung (R.=C.=P.=O.) folgendermaßen aus:

„Die proceßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des §. 3 nach den Vorschriften der Civilproceßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilproceßordnung auf sie verwiesen, oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.“

Letzteres ist in dem §. 757 R.=C.=P.=O. geschehen, welcher bestimmt:

„Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, einschließlich des mit demselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.“

Neben den allgemeinen Bestimmungen der Reichscivilproceßordnung über die Zwangsvollstreckung werden also auch nach Einführung der Reichsgesetze die besonderen Vorschriften der Landesgesetzgebung, insbesondere der bürgerlichen Proceßordnung, soweit sie den Reichsgesetzen nicht widersprechen, in Kraft verbleiben.

Wenn nun hiernächst die Grundbuchgesetze in unserm Ge-

bierte zur allgemeinen Geltung gelangen werden, so derogiren sie zwar als die jüngeren den älteren Landesgesetzen; nach Art. 2 der Verf. jedoch nicht den Reichsgesetzen.

Die Grundbuchgesetze treten daher als Mittelglied zwischen die Reichsgesetze und die ältere Landesgesetzgebung, diese ergänzend, resp. abändernd, durch jene möglicher Weise selbst modificirt. Die Darstellung dieser Concurrency bildet die Aufgabe folgender Untersuchung.

I.

Gegenstand der Zwangsvollstreckung.

Welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet werden, bestimmen nach §. 757 al. 2 der R.=E.=P.=O. die Landesgesetze. Es gehören dahin zunächst:

1. die Grundstücke.

Bei einer Zwangsvollstreckung auf Grund eines in einer Hypotheken- oder Grundschuldklage ergangenen Urtheils können außer den zur Zeit der Eintragung noch nicht abgeschriebenen Theilen (Parcellen, Trennstücken) nach §. 30 Eig.=Gef. v. 5. Mai 1872 der Zwangsvollstreckung daneben unterliegen:

- a. die auf dem Grundstücke befindlichen, oder nachträglich darauf errichteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude;
- b. die natürlichen An- und Zuwüchse, die stehenden und hängenden Früchte;
- c. die auf dem Grundstücke noch vorhandenen, abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen Früchte;
- d. die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen;
- e. die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke (Pertinenzien) und Gerechtigkeiten;
- f. das bewegliche, dem Eigenthümer gehörige Zubehör, so lange bis dasselbe veräußert und von dem Grundstücke räumlich getrennt worden ist;
- g. die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder unter gewissen Voraussetzungen.

Wegen ihrer Fähigkeit, Object einer Hypothek- oder Grundschuldbestellung zu sein, sind zu den unbeweglichen Sachen ferner zu rechnen:

2. Berechtigungen an Grundstücken mit Ausnahme der Personal-Dienstbarkeiten und der von den berechtigten Grundstücken nicht trennbaren Berechtigungen (§. 2 Ges. vom 14 Dec. 1864 und §. 558 B.-P.-D. (Vergl. über die Zulässigkeit der Verpfändung solcher und deren Eintragung Grisebach im VIII. Bd. p. 364 dieser Zeitschrift).

3. Seeschiffe und solche Flußschiffe, die eine Tragfähigkeit von 5 Lasten (zu 4000 R.), oder mehr haben (§. 2 und §. 558 cit.).

4. Bergwerksantheile (Auxe des älteren Rechts) und Bergwerks-Eigenthum (Allg. Berggesetz v. 24. Juni 1865, §. 68 Eig.-Ges., §. 3 u. §. 6 Grdb.-Ordn.).

Die sub 1, c. d. f. g. aufgeführten Objecte sind bewegliche Sachen und Forderungen, die nur in Rücksicht einer auf einem bestimmten Grundstücke haftenden Hypothek oder Grundschuld das Schicksal dieses Grundstücks theilen. Theilen sie nun auch das Zwangsvollstreckungsverfahren für unbewegliche Sachen, oder gilt für sie das besondere, für die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen und Forderungen vorgeschriebene Verfahren?

Diese Frage möchte ich dahin beantworten, daß das letztgedachte besondere Verfahren einzutreten habe, wenn lediglich diese Gegenstände zur Befriedigung eines Gläubigers in Anspruch genommen werden, daß dagegen auch das Verfahren für unbewegliche Sachen für sie Platz greifen könne, wenn diese Sachen nicht allein, sondern zugleich mit den unbeweglichen Sachen, deren Zubehör sie in Ansehung ihrer Mitverhaftung für eine Hypothek oder Grundschuld sind, Gegenstand einer Zwangsvollstreckung werden.

Genügt dem Gläubiger zu seiner Deckung der Werth der beweglichen körperlichen Sachen (z. B. des Inventars), so wird er dieses zunächst angreifen. Zum Ziele führt ihn dann die leicht und rasch wirkende Hülfe des Gerichtsvollziehers, welcher auch nach §. 674, §. 751 R.-G.-P.-D. die Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen zu bewirken hat.

Muß der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger jedoch zu seiner Befriedigung die sub 1 d, g bezeichneten Forderungen oder die unbewegliche Sache selbst in Anspruch nehmen (rücksichtlich der Forderungen cf. §. 729 ff. R.-G.-P.-D.) und die-

serhalb sich an das Gericht wenden, so wird es zur Vereinfachung des Verfahrens dienen, wenn dieses die mitverhafteten beweglichen Sachen und Forderungen der gleichen Behandlung, wie die unbeweglichen, unterwerfen kann.

Das Gericht kommt gesetzlich in die Lage, auch bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen thätig zu werden, wenn der Erlös aus diesen zunächst in Anspruch genommenen beweglichen Sachen zur Befriedigung der Gläubiger nicht hinreicht; alsdann hat der Gerichtsvollzieher (§. 751 R.=G.=P.=D., §. 594 B. P.=D.) denselben an das Amtsgericht abzuliefern und dieses die weiteren Verfügungen zu treffen. Falls nun erst nachträglich zur Deckung des Ausfalls das unbewegliche Vermögen des Schuldners herangezogen wird, so hat sich dasselbe Amtsgericht dieser Zwangsvollstreckung anzunehmen.

Gewiß entspricht es aber dem Geiste des Gesetzes, daß, was bei einem Fortschreiten in der Zwangsvollstreckung vom beweglichen zum unbeweglichen Vermögen eintreten kann — die Leitung beider Executionsarten durch das Gericht —, auch stattfinden darf, wenn der Gläubiger zunächst die Grundstücke und mit ihnen zugleich, oder nachfolgend die beweglichen Sachen und Forderungen angreift, welche aus demselben Rechtsgrunde das Object der Zwangsvollstreckung bilden.

Gewiß muß dem Amtsrichter denn auch freistehen, wo es passend ist, das Verfahren für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen auf die übrigen mitverhafteten Objecte anzuwenden; z. B. das Inventar mit dem Grundstücke selbst zur gerichtlichen Subhastation zu bringen.

II. Verfahren.

A. Im Allgemeinen.

Der §. 43 Eig.=Ges. bestimmt Folgendes:

„Der hypothekarische oder Grundschuldgläubiger, dessen Anspruch vollstreckbar geworden, hat das Recht, auf gerichtliche Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung anzutragen.“

Ein Wechsel in der Person des Eigenthümers des Grundstücks seit der Zustellung der Klage ist nach §. 44 *ibid.* ohne Einfluß auf die Zulässigkeit dieses Antrages. Zuständig für

denselben ist nach §. 755 R.=E.=P.=D. das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück gelegen ist; diese Bestimmung ist der gesetzlichen Vorschrift des §§. 557 B. P.=D. conform. Organ der Zwangsvollstreckung ist, was oben schon beiläufig erwähnt, nicht der Gerichtsvollzieher, sondern das Gericht; wie schon nach der B. P.=D. die Thätigkeit der Gerichtsvollzieher in Betreff der Zwangsvollstreckungen in das unbewegliche Vermögen des Schuldners eine beschränkte ist.

Sie betrifft auch nach der B. P.=D. nur den Act der Beschlagnahme und den an das Amtsgericht der belegen Sache zu richtenden Antrag behuf Leitung und Regulirung der Execution, insoweit der Gläubiger diesen Antrag nicht selbst anderweitig an das Gericht gelangen läßt.

§. 550 B. P.=D. und §. 73 Dienstregl. für die Gerichtsvoigte.

Soll die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegen, beantragt werden (B. P.=D. §. 557 al. 3), welchem Falle die R.=E.=P.=D. §. 755 noch den hinzufügt, wenn es ungewiß ist, welchem Amtsgerichtsbezirke das Grundstück angehört, oder ein Grundstück in mehreren Amtsgerichtsbezirken belegen ist, so entscheidet das zunächst vorgesetzte höhere Gericht, und zwar in Gemäßheit der §§. 36, 37 R.=E.=P.=D., d. h. die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, wie im §. 557 B. P.=D. verordnet, ist in der R.=E.=P.=D. nicht vorgeschrieben. Die Entscheidung ist hier wie dort inappellabel.

B. Arten der Execution.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist nach der B. P.=D. möglich durch

1. Immission,
2. Verwaltung,
3. Subhastation.

ad 1. Die Reichsgesetze verweisen auf die Landesgesetze, lassen mithin alle drei Arten der B. P.=D. bestehen. Der §. 43 Eig.=Gef. giebt dem hypothekarischen oder Grundschuldgläubiger nur das Recht, auf Zwangsverwaltung oder Zwangs-

versteigerung anzutragen. Bei einer Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek oder Grundschuld kann daher die Immission nicht einseitig beantragt werden.

Damit soll jedoch gewiß nicht gesagt sein, daß die Immission, wenn auch nicht zwangsweise gegen den Schuldner durchführbar, nun auch nicht durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner zu constituiren wäre.

Auch die B. P.-O. §. 559 bestimmt schon, daß die Einweisung des Gläubigers in ein Grundstück des Schuldners zu selbsteigener Benutzung nur zulässig sei, wenn beide Theile über dieselbe und die dabei stattfinden sollenden Bestimmungen einverstanden seien. Ist dieses aber der Fall, so dürfte auch ferner der Erledigung der Zwangsvollstreckung durch Immission nichts im Wege stehen; jedoch werden auch dann die weiteren Bestimmungen des §. 559 B. P.-O. in Kraft verbleiben müssen, wonach der Gläubiger in Ermangelung anderer Verabredung durch die Einweisung kein Dispositionsrecht über die Substanz, sondern nur ein vertragsmäßiges Bewirthschaftungs- und Benutzungsrecht erhält, zu bestimmten Terminen Rechnung ablegen muß und den etwaigen Ueberschuß über den Betrag seiner Forderung herauszugeben verpflichtet ist.

Von hervorragender practischer Bedeutung wird diese Art der Zwangsvollstreckung auch wohl ferner nicht sein.

ad 2. Die Zwangsverwaltung (Sequestration, Verpachtung) regelt sich auch künftig nur nach den Bestimmungen des §. 560 B. P.-O. Sie ist namentlich am Platze, wo der Schuldner nicht über die Substanz der Güter, sondern nur über die Früchte 2c. frei verfügen kann.

Die bei Weitem häufigste und wichtigste Art der Zwangsvollstreckung ist

ad 3 die Subhastation.

a. Allgemeines.

Das Subhastationsverfahren wird eingeleitet durch Erlass eines mit einer Edictalladung verbundenen Subhastationspatents, das in der Regel drei Monate vor dem angesetzten Verkaufstermine verkündet werden soll. Das Subhastationspatent muß den Erfordernissen des §. 561 al. 3 B. P.-O. entsprechen.

Ueber die verminderte Bedeutung der Edictalladung vergl. Förster, Grundbuchrecht pag. 205. Dieselbe ist, da der §. 757 R.=E.=P.=D. auch das mit einer Zwangsvollstreckung in Immobilien verbundene Aufgebotsverfahren sich nach den Landesgesetzen bestimmen läßt, auch fernerhin den Bestimmungen der §§. 500—502 B. P.=D. unterworfen.

Im Termine sind zunächst die Anmeldungen der Realgläubiger zu Protocoll zu nehmen. Können die Ansprüche derselben den Verkauf hindern, so ist mit demselben einzuhalten; andernfalls sind die Verkaufsbedingungen bekannt zu machen und die Gebote in Gemäßheit des §. 562 B. P.=D. zu Protocoll zu nehmen.

Es darf nach §. 46 Eig.=Gef. künftig auch der Eigenthümer des zu subhastirenden Grundstücks mitbieten, während nach der B.=P.=D. dieses wohl dem Gläubiger, aber nicht dem Schuldner gestattet ist; indessen muß derselbe, wenn einer der Betheiligten widerspricht, für jedes Gebot Realcaution in Werthpapieren zur Stelle haben.

Der Höchstbietende hat kein Recht auf den Zuschlag und bleibt an sein Gebot 1—2 Wochen gebunden. Erfolgt der Zuschlag, so hat das Gericht, falls es nicht die Zahlung unmittelbar an den Gläubiger verfügt, Termin zur Einzahlung des Kaufgeldes anzusetzen, und zwar unter dem Präjudize, daß das Grundstück event. anderweitig subhastirt werden solle. Außer diesem Falle ist eine abermalige Subhastation auch auf Veranlassung eines Schuldners oder eines Gläubigers nach Maßgabe des §. 563 B. P.=D. möglich.

Von dem vor Gericht eingezahlten Kaufgelde erhält der Gläubiger seine Befriedigung. Die Hyperocha ist dem Schuldner herauszugeben.

Ist der Gläubiger der Erwerber des Grundstücks, so kann er nach §. 66 Eig.=Gef. die Hypothek oder Grundschuld auf seinem Namen stehen lassen, oder darüber verfügen; erwirbt ein Dritter das Grundstück, so erwirbt er dasselbe frei von allen Hypotheken und Grundschulden. (§. 47 Eig.=Gef.)

Das Eigenthum geht nach §. 564 B. P.=D. durch ein gerichtliches Adjudicationsdecret über; hieran ist durch das Eig.=Gef. nichts geändert; da in dem hier vorliegenden Falle einer

nicht freiwilligen Veräußerung die bez. Vorschriften über Auflassung und Eintragung nicht Platz greifen.

Zu bemerken ist noch, daß wenn der bisherige Eigenthümer den Zuschlag erhalten hat, mithin ein Eigenthumsübergang gar nicht stattfindet, doch ein Erkenntniß vom Gerichte nach §. 46 Eig.=Ges. erlassen werden soll, worin auszusprechen ist, daß dem Eigenthümer das Eigenthum an dem Grundstücke zu belassen sei.

Ist nur ein die Execution betreibender Gläubiger vorhanden, so erledigt sich nach Vorstehendem die Subhastation ziemlich einfach.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, die in einem besonderen Verfahren zu erledigen sind (§. 757, al. 3 R.=E.=P.=D.), so kommen die Bestimmungen der R.=E.=P.=D., insbesondere die §§. 668, 685, 686 zur Anwendung.

b. Insbesondere das Vertheilungsverfahren.

Zu weiterer Erörterung giebt der Fall Veranlassung, wenn in Folge der Edictalladung mehrere dingliche Rechte an dem zu subhastirenden Grundstücke angemeldet sind. Verühren diese die Veräußerungsfähigkeit desselben nicht und ist auch ein Antrag auf Concurseröffnung nicht gestellt, so findet nach §. 595 B. P.=D. das sog. Vertheilungsverfahren ohne Concurrs statt. Auch dieses Verfahren läßt §. 757 R.=E.=P.=D. bestehen.

Ein Anmeldungsstermin und ein Vertheilungsurtheil mit den charakteristischen Eigenthümlichkeiten des Hannoverschen Prioritätsurtheils im Concurse sind die wesentlichen Momente dieses Verfahrens.

Für den Verkauf der Immobilien ist die Vorschrift des §. 47 Eig.=Ges. zu beachten, wonach das Vorhandensein von dinglichen Lasten der II. Abtheilung des Grundbuches neben Hypotheken und Grundschulden ein doppeltes Ausbieten des Grundstücks mit oder ohne die Last bedingen kann.

Der Erlös der Zwangsvollstreckung wird den bei diesem Verfahren beteiligten Gläubigern zur prioritätsmäßigen Befriedigung überwiesen. Die Priorität bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte, mithin rücksichtlich der in die Grundbücher eingetragenen Rechte nach §§. 17, 36 Eig.=Ges.

Die Wirkung der prioritätsmäßigen Befriedigung der Gläubiger im Hannoverschen Vertheilungsverfahren ohne Concurſ ist (§. 598 B. P.=D.), daß auch bei später etwa wider den gemeinschaftlichen Schuldner erkanntem förmlichen Concurſe der Erlös der Zwangsvollstreckung den bei dem Vertheilungsverfahren theiligten Gläubigern allein verbleibt und nur der nach deren Befriedigung etwa sich ergebende Ueberschuß an die Concurſmasse abzuliefern ist.

Es ist schon vorhin hervorgehoben worden, daß das Amtsgericht dem Antrage auf prioritätsmäßige Befriedigung in diesem Verfahren nur Statt zu geben hat, insofern bis dahin nicht auf Eröffnung des förmlichen Concurſes angetragen ist. Ist dieses jedoch der Fall, so hören mit der Concurſeröffnung alle gegen den Gemeinschuldner anhängigen Zwangsvollstreckungen auf, soweit sie das zur Concurſmasse gehörige Vermögen betreffen, und da nach Hannoverschem Concurſrechte auch die Immobilien zur Masse gehören, so sind dieselben als Activa zur Masse heranzuziehen.

Auch nach §. 11 der Reichs-Concurſ-Ordnung finden während der Dauer des Concurſverfahrens Zwangsvollstreckungen zu Gunsten einzelner Concurſgläubiger weder in das zur Concurſmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt. Diese Vorschrift hat jedoch eine andere Bedeutung als die vorhin citirte des §. 613 B. P.=D., und zwar, weil die die Zwangsvollstreckung in ein Immobile betreibenden Gläubiger aus einer Hypothek oder Grundschuld als solche nicht Concurſgläubiger sind.

Concurſgläubiger sind nach R. C.=D. nur die persönlichen Gläubiger. Die dinglich Berechtigten haben nach §. 39 *ibid.* eine abgesonderte Befriedigung nach Maßgabe ihrer nach den Landesgesetzen zu bestimmenden Priorität aus den ihnen verhafteten Immobilien zu beanspruchen.

Materiell werden daher die Interessen der die Zwangsvollstreckung betreibenden Grundbuchgläubiger durch die Concurſeröffnung nicht berührt, da das fragliche Grundstück als zur Immobiliarmasse gehörig von der Concurſmasse abgesondert wird und nur der nach Befriedigung der dinglich Berechtigten aus dem Erlöse der Immobiliarmasse verbleibende Ueber-

schuß an die Concurssmasse abzuliefern sein wird: mithin dasselbe Resultat, welches die Gläubiger, die das Vertheilungsverfahren beantragt haben, ehe der Hannoversche Concurss eröffnet ist, bei Geltung des Hannoverschen Concurssrechts erlangen.

Eine Bedeutung hat die Eröffnung des Concursses lediglich für diejenigen dinglich Berechtigten, deren dingliches Recht (wie das der Hypothekengläubiger) nicht von dem persönlichen Rechte der Forderung losgelöst ist. Soweit die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auf Grund ihres dinglichen Rechts ihnen keine Befriedigung ihrer Forderung gewährt, werden sie versuchen können, dieselbe im Concurse zur Geltung zu bringen.

c. Vertheilungsstreitigkeiten.

Es ist im Vorhergehenden von der Voraussetzung ausgegangen, daß das Vertheilungsurtheil von den Betheiligten unbeanstandet zur Ausführung gelange. Entstehen jedoch Vertheilungsstreitigkeiten, so dürfte die Frage, welche gesetzliche Bestimmungen im Einzelnen Platz greifen, nicht ohne Schwierigkeit sein — falls mir nicht bei der Prüfung derselben eine gesetzliche Vorschrift entgangen sein sollte.

Diese Schwierigkeit und, wenn ich so sagen darf, Lücke in der Gesetzgebung liegt meines Erachtens darin, daß der Amtsrichter möglicher Weise im Dunkeln sich darüber befinden kann, ob das Vertheilungsverfahren zu Ende zu führen, oder ob dasselbe durch Streitigkeiten gehemmt ist.

Es wird nöthig sein, auf die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen einzugehen.

Das Vertheilungsverfahren in Betreff des beweglichen Vermögens hat die R.=G.=P.=D. selbstständig geregelt, das für unbewegliche Sachen im §. 757 der Landesgesetzgebung überlassen.

Für Streitigkeiten im Vertheilungsverfahren sollen jedoch die §§. 765—768 der R.=G.=P.=D. gleichmäßig zur Anwendung kommen, einerlei, ob diese Proceßse bewegliche oder unbewegliche Sachen betreffen. Neben der B. P.=D., welche im Allgemeinen für das Vertheilungsverfahren in Gültigkeit bleibt, werden also die §§. 765—768 insbesondere für Streitigkeiten im Theilungsverfahren gelten und die betreffenden Be-

stimmungen der B. P.=D. in dem §. 600 und den analog zur Anwendung zu bringenden §§. 634—640 zu ersetzen haben.

Der §. 765 der R.=E.=P.=D. lautet:

„Die Klage ist beim Vertheilungsgerichte und wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat. Das Landgericht ist für sämtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämtlichen betheiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.“

Es hat dieses Verfahren mit den betreffenden Bestimmungen der B. P.=D. das Bestreben gemeinsam, sämtliche Streitigkeiten, ohne Rücksicht auf den Werth des Streitobjects, vor ein und dasselbe Gericht zu bringen.

Während jedoch das Hannoverische Gesetz eine gewisse Officialthätigkeit des Amtsrichters in der Weise eintreten läßt, daß dieser, nach §. 635 B. P.=D., sämtliche Klagen, falls sie nicht vor ihm erledigt werden können, an das vorgesetzte Obergericht einzusenden hat und hierzu auch in der Lage ist, weil sämtliche Klagen bei dem Amtsgerichte eingebracht werden müssen, so hat nach §. 765 R.=E.=P.=D. der Kläger seine Klage bei dem zuständigen Gerichte selbst zu erheben. Falls das zuständige Gericht das Landgericht ist, so erfährt der Amtsrichter ex officio erst von der Proceßerhebung, wenn die Klage erledigt ist; inzwischen wird er im Zweifel sein müssen, ob der widersprechende Gläubiger seinen Widerspruch im Wege der Klage verfolgt und dadurch das Vertheilungsverfahren hemmt.

Dieser Zweifel kann in dem reichsgesetzlichen Verfahren in Betreff beweglicher Sachen nicht vorkommen, da der §. 764 vorschreibt, daß der widersprechende Gläubiger ohne vorherige Aufforderung binnen Monatsfrist dem Gerichte bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung seines Widerspruches nachweisen muß, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Der §. 764 bezieht sich jedoch nur auf bewegliche Sachen, da

nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 757 für unbewegliche Sachen lediglich die §§. 765—768 zur analogen Anwendung kommen sollen.

In dieser Nichtanwendbarkeit der Vorschrift des §. 764, daß dem Amtsrichter der Nachweis von der Erhebung der Klage zu bringen sei, liegt m. E. die oben erwähnte Lücke des Reichsgesetzes.

Das Material, welches die heranzuziehenden §§. 600, 634, 635 B. P.=D. gewähren, genügt, wie ich glaube, zur Ausfüllung derselben nicht.

Zwar verschafft auch die B. P.=D. dem Amtsrichter Kenntniß von den gegen das Vertheilungsurtheil erhobenen Klagen, jedoch nur dadurch, daß sie vorschreibt, es sollten alle Klagen bei dem Amtsgerichte erhoben werden. Die letztere Vorschrift beseitigt jedoch der unbedingt anzuwendende §. 757, indem er den §§. 765 zur Geltung bringt, wonach die Klagen event. direct beim Landgerichte zu erheben sind; damit fällt aber auch das Mittel weg, welches dem Amtsrichter Kenntniß von der Erhebung solcher Klagen verschaffte.

Es wird Nichts übrig bleiben, als zu versuchen, die widerstrebenden Stellen nach Möglichkeit zu vereinigen, und dürfte man vielleicht dahin gelangen können, anzunehmen, es habe der widersprechende Gläubiger binnen der zweiwöchigen Frist des §. 600 B. P.=D. seine Klage in Gemäßheit des §. 765 R.=E.=P.=D. direct beim Amts- oder Landgerichte zu erheben. Geschieht das Letztere, so muß dem Gläubiger überlassen bleiben, sein Interesse, welches dahin geht, daß nicht gegen seinen Widerspruch vertheilt wird, dadurch wahrzunehmen, daß er dem Amtsrichter den Nachweis von der Erhebung seiner Klage liefert. Zur analogen Anwendung würde dann der §. 764 in der Weise herangezogen werden können, daß der Amtsrichter, falls ihm der gedachte Nachweis innerhalb zweier Wochen erbracht wird, mit dem Vertheilungsverfahren einzuhalten hat, während er entgegengesetzten Falles gesetzlich in der Lage ist, das Vertheilungsurtheil auszuführen.

Im Vorstehenden ist der Darstellung die Idee zu Grunde gelegt, daß die Bürgerliche Proceß-Ordnung, die Grundbuchgesetze und die Reichsjustizgesetze nebeneinander bestehen.

Welche Grundsätze in Betreff der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gelten, wenn zwar die Reichsgesetze in Kraft getreten sind, die Grundbuchgesetze jedoch noch nicht allgemeine Geltung erlangt haben, bedarf einer gesonderten Darstellung nicht, wie denn überhaupt die obige Erörterung nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.

Celle, den 8. December 1877.

11. Eine Entscheidung über die Frage, ob der aufgeheirathete Meier im Grundbuche als Eigenthümer einzutragen sei.

Mitgetheilt vom Herrn Obergerichtsrath Meher in Celle.

Ueber diese wichtige, in der Literatur bereits mehrfach besprochene Frage (s. Ztschr. für Hann. Recht, Bd. IX., S. 20 (Wolfenhaar), S. 57 ff. (Meher) und S. 76 ff. (von Wehhe)) hat der große Senat des Königlichen Obergerichts Celle kürzlich Gelegenheit gehabt, durch Entscheidung in der Beschwerde=Instanz sich auszusprechen.

Die Entscheidung ist am 26. Januar 1878 abgegeben in Sachen *Techmann c. Amtsgericht Uelzen*, wegen verweigerter Eintragung des Beschwerdeführers als Eigenthümers in das Grundbuch von Hößeringen.

Der Viertelhöfner *Techmann* in Hößeringen hatte sich im Jahre 1865 verheirathet. In der Ehestiftung hieß es: Die Braut nimmt dagegen den Bräutigam zu sich in ihren väterlichen Hof, welcher vom Meierverbande abgelöst ist, und macht den Bräutigam des Eigenthums jenes Hofes theilhaftig. — Hernach war seine Ehefrau verstorben und hatte aus der Ehe mit ihm einen Sohn hinterlassen.

Da *Techmann* im Flurbuche als Eigenthümer stand, wurde er vor das Grundbuchamt behuf Anlegung des Grundbuchs vorgeladen, als er aber seine Ehestiftung vorlegte, erklärte das Grundbuchamt, daß der Sohn Eigenthümer sei und daher die Vernehmung des Comparenten als Eigenthümers und demzufolge die Anlage eines Grundbuchblattes für denselben abgelehnt werde.

Auf erhobene Beschwerde entschied das Obergericht (die Erörterung der Formalien wird hier, als nicht interessirend, weggelassen):

Was sodann die Sache selbst anbetrifft, so hat das königliche Amtsgericht mit Recht angenommen, daß der oben hervorgehobene Passus der Ehe Stiftung nicht den Sinn habe, daß der Beschwerdeführer und seine verstorbene Ehefrau Miteigenthümer des Hofes sein sollten, daß vielmehr mit dieser unklaren Redensart nichts weiter hat gesagt sein sollen, als daß der Beschwerdeführer die gewöhnlichen Rechte eines aufheirathenden Hofeswirths haben solle, wie solche dem aufheirathenden Ehemanne nach Lüneburg'schem Meierrecht in Beziehung auf gutspflichtige oder abgelöste Meierhöfe zustehen.

Für die Frage, ob in einem solchen Falle der Ehemann oder die Ehefrau als Eigenthümer anzusehen ist, bezw. im vorliegenden Falle, ob der Sohn der verstorbenen Ehefrau als Eigenthümer anzusehen ist, ist die Vorfrage die, welche Befugnisse in Beziehung auf den Hof dem Ehemann und welche Befugnisse der Ehefrau zustehen.

Da ist es nun unzweifelhaften Rechts, daß der Ehemann die Rechte eines wahren Colonen, wennschon mit den gleich zu erwähnenden Beschränkungen, hat; er allein kann vindiciren und die sonstigen Klagen anstellen, welche vom Eigenthümer eines Grundstücks anzustellen sind, er kann den Hof verpfänden, einerlei, ob es sich um Wirthschafts- oder sonstige Schulden handelt. Für seine Schulden ist der Hof Executionsobject. Sein Verfügungsrecht über den Hof ist nur dadurch beschränkt, daß er freiwillig nichts vom Hof veräußern und letztwillig nicht über den Hof disponiren darf. Auch richtet sich die Succession nicht nach ihm, sondern nach seiner Ehefrau.

Dagegen steht der Ehefrau für die Zeitdauer des Rechts des Ehemanns nicht das Recht der Vindication oder Anstellung von Klagen, die dem Eigenthümer als solchem zustehen, zu. Sie hat nicht das Recht der einseitigen Veräußerung und Verpfändung; letztwillig verfügen kann sie nur insoweit, als dadurch das Recht des Ehemannes nicht beschränkt wird.

Das Recht des Ehemannes mindert sich auch nicht durch den Tod der Ehefrau, vielmehr stehen dem successionsberech-

tigten Anerben nicht mehr Rechte zu, als seiner Mutter, als sie noch lebte, und erst mit dem Tode des Ehemannes oder mit Abgabe der Wirthschaft erlischt das Recht des Ehemannes.

Hieraus ergibt sich, daß dem Ehemanne, so lange er lebt und die Wirthschaft führt, erheblich mehr Rechte am Hofe zustehen, als der Ehefrau bezw. dem Anerben, und entscheidend ist, daß dem Ehemanne allein die dem Eigenthümer als solchem zustehenden Klagen zustehen. Das Letztere ist auch der Grund, weshalb das Römische Recht Denjenigen, welchem ein Grundstück in dotem gegeben ist, für den Eigenthümer erklärt, ohne daraus ein Bedenken zu entnehmen, daß der Ehemann in der Disposition über ein Dotalgrundstück erheblich beschränkt ist, wie denn eine Unbeschränktheit des Rechts keineswegs zum Begriffe des Eigenthums gehört. Wenn nun dem nach Meierrecht einfreienden Ehemanne kein einziges der Rechte fehlt, welche der Eigenthümer eines Dotalgrundstücks hat, vielmehr er erheblich weniger in der Disposition über den Hof beschränkt ist, so gebietet die juristische Consequenz, ihn, und nicht die Ehefrau, als Eigenthümer anzusehen. Das Eigenthum fällt dann, wie beim Dotalgrundstücke nach aufgelöster Ehe, so hier mit seinem Tode oder der Aufgabe der Wirthschaft an die Ehefrau oder deren nächsten Erben zurück.

Wenn in scheinbarem Gegensatze dazu allerdings in vielen gerichtlichen Entscheidungen betont ist, daß die Ehefrau Eigenthümerin geblieben, oder der Ehemann nicht Eigenthümer geworden sei, so ist wohl zu beachten, daß auch die römischen Juristen sich in Beziehung auf Dotalfachen ähnlich ausdrücken (cf. l. 75 D. de jure dotium), um damit zu motiviren, daß das Grundstück nicht in unbeschränktem Eigenthum des Mannes stehe, insbesondere daß das Eigenthum an die Frau zurückfalle. Es ist dies aber nur eine ungenaue Bezeichnung, denn dem Begriffe des Eigenthums steht nicht entgegen, daß das Eigenthum in einem bestimmten (bezw. noch unbestimmten) Zeitpunkte an einen Andern fällt, wie denn auch der Umstand, daß eine besondere Lehn- oder Fideicommißnachfolge besteht, keineswegs berechtigt, von einer Eintragung des derzeitigen Lehns- oder Fideicommißeigenthümers als Eigenthümers abzu- sehen. In manchen Erkenntnissen ist der Ausdruck gebraucht,

daß der Ehemann nicht Eigenthümer sei, um damit die mangelnde Befugniß zur freiwilligen Veräußerung zu motiviren, während die Veräußerungsbefugniß sehr wohl dem wirklichen Eigenthümer fehlen kann. Es lag auch bei Abgabe der erwähnten Erkenntnisse für die Gerichte kein Bedürfniß vor, die Frage, wer Eigenthümer sei, mit voller Schärfe zu entscheiden. Diese Nothwendigkeit ist jetzt eingetreten, weil nur der wahre Eigenthümer als solcher im Grundbuche einzutragen ist, und die Entscheidung muß umsomehr zu Gunsten des Ehemannes ausfallen, weil die wichtigsten Rechte des Ehemannes über Eigenthumsbeschränkungen und dingliche Rechte, welche nach §. 11 der Gr.-B.-O. (cf. §§. 11 und 12 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872) in der zweiten Abtheilung des Foliums eingetragen werden könnten, erheblich hinausgehen und daher bei Eintragung der Ehefrau bezw. des Anerben als Eigenthümers verloren gehen würden, während die Rechte der Ehefrau durch Eintragung von Beschränkungen des Eigenthumsrechtes (§. 11 cf. auch §. 5 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb) — wohin namentlich der beim Tode des Ehemannes ipso jure eintretende Rückfall des Eigenthums an die Frau oder deren Erben zu zählen sein würde — und bezw. Beschränkungen des Verfügungsrechts des Eigenthümers (cf. §. 11 Nr. 2 der Gr.-B.-O.) bei Eintragung des Ehemannes als Eigenthümers genügend gewahrt bleiben.

Wenn ferner das Königliche Amtsgericht daraus ein Bedenken entnimmt, daß nach §. 7 des Hofesgesetzes vom 2. Juni 1874 die Ehefrau berechtigt sei, die Eintragung in die Hofesrolle zu beantragen und also dann, wenn im Grundbuche der Ehemann als Eigenthümer eingetragen werde, eine Duplicität des Eigenthums entstehe, so würde, wenn der §. 7 so zu verstehen sein sollte, das Hofesgesetz der Vorwurf treffen, daß es eine gewisse Duplicität des Eigenthums statuirte; es kann dies aber nicht dahin führen, das Recht des Eigenthümers, im Grundbuche als solcher eingetragen zu werden, zu beseitigen.

Endlich ist auch aus der Bestimmung in §. 16 Abs. 2 der Grundbuchordnung ein Bedenken nicht zu entnehmen; die Bestimmung spricht lediglich von dem getrennten Güterrechte nach Preussischem Landrechte und ist weder auf rein römische Total-

verhältnisse, noch auf Meierverhältnisse zur Anwendung zu bringen.

Hiernach hat das Königliche Amtsgericht mit Unrecht angenommen, daß der Sohn des Beschwerdeführers Eigenthümer des Hofes sei. Davon, daß jetzt schon der Beschwerdeführer als Eigenthümer einzutragen sei, kann aber natürlich nicht die Rede sein, weil nach §§. 31 und 39 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover vom 28. Mai 1873 das Grundbuchblatt überall noch nicht angelegt werden darf. Es wird immer noch dem etwa zu bestellenden Specialcurator für den Sohn des Beschwerdeführers das Recht zustehen, des Letztern vermeintliche Eigenthumsansprüche trotz dieser vorläufigen Entscheidung zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen.

Aus diesen Gründen ergehet zur

Entscheidung:

Der Beschwerde wird dahin stattgegeben, daß das Königliche Amtsgericht unter Aufhebung seiner . . . Verfügung angewiesen wird, nach §. 26 ff. des Gesetzes vom 28. Mai 1873 unter Zugrundelegung der im Obigen angegebenen Rechtsansicht weiter durch Vernehmung des Beschwerdeführers zu verfahren.

Die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens werden niedergeschlagen.

12. Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals, betr. die Fristen zur Erhebung der Beschwerde in Vormundschafts-sachen.

In der Beschwerdesache des Obergerichtsraths W. zu . . . gegen die Verfügung des R. Amtsgerichts Rotenburg vom 21. Februar 1877, wegen verweigerter Uebertragung einer Vormundschaft an das R. Amtsgericht zu Celle, hat der sechste Senat des Königl. Ober-Tribunals zu Berlin in seiner beratenden Sitzung vom 9. October 1877 auf die Nichtigkeitsbeschwerde der General-Staatsanwaltschaft zur Wahrung des Gesetzes nachstehendes Urtheil beschloffen.

Thatbestand:

Der Obergerichtsrath M. zu . . . hat als Vormund der minderjährigen Clara H. beim R. Amtsgerichte zu Rotenburg, bei welchem die Vormundschaft über die letztere anhängig ist, den Antrag gestellt, die Vormundschaft an das R. Amtsgericht zu Celle abzugeben. Das Amtsgericht zu Rotenburg hat den Antrag mittelst Verfügung vom 21. Februar 1877, welche dem Antragsteller am 26. d. M. behändigt worden, abgelehnt. Der Vormund hat gegen diesen Bescheid auf Grund des §. 10 der Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 Beschwerde erhoben, welche beim Amtsgerichte Rotenburg eingereicht und am 14. April 1877 präsentirt wurde. Der große Senat des R. Obergerichts zu Verden wies die Beschwerde mittelst Verfügung vom 30. Mai 1877 zurück, weil die in den §§. 458, 455 der bürgerlichen Proceß-Ordnung für die Erhebung der Beschwerde in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmte einmonatliche Frist nicht gewahrt sei.

Diese Verfügung ist von der R. General-Staatsanwaltschaft mit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes angefochten, weil durch dieselbe die Vorschriften der §§. 458, 455 der B. P.-O. durch Anwendung auf einen Fall, für welchen dieselben nicht gelten, verletzt worden seien, indem lediglich die Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 maßgebend sei, nach deren §. 10 die Einlegung der Beschwerde gegen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts an eine Frist nicht gebunden sei und entgegenstehende Vorschriften der Hannoverschen bürgerlichen Proceß-Ordnung durch §. 102 der Vormundschafts-Ordnung aufgehoben seien. Es ist beantragt:

„den angefochtenen Beschluß großen Senats des Obergerichts zu Verden vom 30. Mai 1877 zur Wahrung des Gesetzes zu vernichten.“

Entscheidungsgründe:

Der Antrag der R. General-Staatsanwaltschaft erscheint begründet. Wenn auch dem R. Obergerichte darin beizutreten ist, daß der §. 10 der Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 rücksichtlich der Zuständigkeit einer bestimmten Gerichtsabtheilung durch das Gesetz vom 5. Februar 1869, betreffend die Zuständigkeit der großen Senate, für Beschwerden in Sachen

der freiwilligen Gerichtsbarkeit und rücksichtlich des Verfahrens durch die Vorschriften der bürgerlichen Proceß-Ordnung über Beschwerden in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit seine nothwendige Ergänzung finde, so ist diese Annahme doch nur insoweit berechtigt, als nicht die Vormundschafts-Ordnung abweichende Bestimmungen für das im §. 10 zugelassene Rechtsmittel enthält. Dieses ist aber bezüglich der in Frage stehenden Fristbestimmungen der Fall. Wenn in dem eine gleichmäßige neue Regelung des Vormundschaftswesens bezweckenden Gesetze vom 5. Juli 1875 in §. 10 die Beschwerde gegen Anordnungen des Vormundschaftsgerichts ganz allgemein ohne Fristbestimmung zugelassen, dagegen in einzelnen Fällen, vgl. §§. 18 und 63, die Beschwerde an die Einhaltung einer vierwöchigen Frist geknüpft ist, so schließt dieses die Annahme aus, daß das Gesetz die in anderen Gesetzen für die Erhebung der Beschwerde in Vormundschaftsachen bestehenden Fristbestimmungen habe aufrecht erhalten wollen, es kann jene Vorschrift vielmehr nur dahin verstanden werden, daß, abgesehen von den in §§. 18 und 63 cit. erwähnten Ausnahmefällen, die Beschwerde einer zeitlichen Beschränkung nicht unterliegen solle. Die derogirende Wirksamkeit dieser neuen Einrichtung zu den Bestimmungen in den §§. 458, 455 der Hannoverschen bürgerlichen Proceß-Ordnung ergibt sich ohne Weiteres aus allgemeinen Rechtsätzen und folgt auch aus §. 102 des Gesetzes vom 5. Juli 1875. Da somit der große Senat des Königlichen Obergerichts zu Verden in dem angefochtenen Bescheide die Bestimmungen in den §§. 458, 455 der bürgerlichen Proceßordnung mit Unrecht auf die auf Grund des §. 10 des Gesetzes vom 5. Juli 1875 erhobene Beschwerde zur Anwendung gebracht hat, so ergeht die Entscheidung:

daß die Verfügung des großen Senats des Königlichen Obergerichts zu Verden vom 30. Mai 1877 zur Wahrung des Gesetzes zu vernichten sei.

13. Entscheidungen des K. Ober-Tribunals im Gebiete des Strafrechts und des Strafprocesses:

1. betreffend die Frage, ob das Erschießen eines auf fremdem Jagdgebiete jagenden Hundes, abgesehen von den besonderen Fällen der §§. 32—35 der Hannoverschen Jagd-Ordnung vom 11. März 1859, aus dem allgemeinen Gesichtspunkte einer berechtigten Selbsthülfe als erlaubt anzusehen sei.

In der Untersuchung wider den Oberförster-Candidaten L. und Genossen auf die Nichtigkeitsbeschwerde des K. Kronanwalts zu Stade, hat das K. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, erste Abtheilung, in der Sitzung vom 19. December 1877 für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der Berufungskammer des K. Obergerichts zu Stade vom 19. September 1877 zu vernichten und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuverweisen.

Von Rechts wegen.

Gründe:

Die Nichtigkeitsbeschwerde muß als begründet erachtet werden.

Der Berufungsrichter erkennt zwar an, wie dieses nach dem Wortlaut der einschlagenden Gesetze auch wohl nicht anders möglich ist, daß aus den §§. 32—35 der Hannoverschen Jagdordnung vom 11. März 1859 (Hannov. Ges. S. 159) ein Recht des Jagdberechtigten, Hunde, welche in einem fremden Jagdreviere jagend betroffen werden, zu tödten, sich nur für bestimmte Gattungen von Hunden und nur für eine bestimmte Zeit, was Alles hier nicht vorliegt, herleiten lasse. Er entnimmt diese Befugniß für den concreten Fall aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, davon ausgehend, daß der niedergeschossene Hund in der Verfolgung eines Stückes Wild begriffen und es dem Imploraten nicht möglich gewesen, diese Verfolgung durch Einfangen oder Abpfeifen zu unterbrechen, unter dieser Voraussetzung aber es ein Act berechtigter Selbsthülfe des Jagdberechtigten oder dessen Vertreters, als welchen vorliegend er den Angeklagten erachtet, sei, eine solche Störung des Jagdbetriebs wie geschehen, zu unterbrechen.

Es ist nun zwar nicht richtig, wenn die Wichtigkeitsbeschwerde durch jene particularen Vorschriften zum Schutze des Jagdrechtes jedes etwa aus allgemeinen Grundsätzen abzuleitende Recht des Jagdberechtigten, sein Jagdrecht gegen fremde Hunde durch Tödten derselben zu schützen, für das Gebiet der Provinz Hannover ausgeschlossen erachtet. Wären diese allgemeinen Rechtsgrundsätze des Inhalts, daß nach der concreten Sachlage die in dem Tödten eines fremden Hundes liegende Sachbeschädigung das Merkmal der Widerrechtlichkeit verliert, sei es, weil nach civilrechtlichen Vorschriften dem Jagdberechtigten außerhalb der durch die Jagdordnung gezogenen Grenzen ein Recht dieses Inhalts direct erworben wäre, sei es, weil die an und für sich vorhandene Widerrechtlichkeit ihrer strafrechtlichen Erheblichkeit nach im einzelnen Falle außer Betracht bleiben muß, so könnte jene Tödtung als ein aus §. 303 R.=Str.=G.=B. strafbares Delict sich nicht darstellen.

In der letzteren Richtung scheiden die Gesichtspunkte der Nothwehr und des Nothstandes (§§. 53, 54 R.=Str.=G.=B.), welche unter anderen thatsächlichen Verhältnissen, wenn es sich um einen durch ein fremdes Thier vermittelten Angriff von Seiten eines Menschen oder um einen Angriff auf Leib und Leben handelte, möglicherweise hervorgetreten sein würden, hier von selbst aus und bedürfen einer Erörterung nicht.

Der Berufungsrichter verstellt vielmehr seine Entscheidung allein auf den Rechtsgrundsatz berechtigter Selbsthülfe, geht also entweder davon aus, daß Selbsthülfe schlechthin ein Mittel des Rechtsschutzes sei, oder doch speciell dem Jagdberechtigten in Beziehung auf die Störung seines Jagdbetriebs zustehe. Beides ist in dieser Allgemeinheit unrichtig.

Abgesehen von besonderen Rechtsverhältnissen, z. B. dem Schutze des Hausrechts und des Besitzstandes gegen gewalthätige Eingriffe, ist Selbsthülfe im Allgemeinen als Mittel der Rechtsbefriedigung oder Rechtsvertheidigung in allen geordneten Staatswesen unerlaubt.

Das hier in Betracht kommende gemeine Recht gestattet in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Allg. Preuß. Landrechts, Einl. §§. 77 und 78, die Selbsthülfe als Mittel, sich Recht zu verschaffen, nur soweit, als die Hülfe des Staats

zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde, vgl. l. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

Von diesem Gesichtspunkte aus aber ist die That überhaupt nicht geprüft; es ist namentlich unerörtert geblieben, ob nach den vorliegenden Umständen in der Verfolgung jenes Stückes Wild durch den getödteten Hund ein wirklich bevorstehender Schaden für den Jagdberechtigten zu finden und ob dieser Schaden für den Jagdberechtigten ein unwiederbringlicher oder durch Angehen der staatlichen Hülfe in irgend welcher Form abzuwenden gewesen sein würde.

Aus diesen Gründen ist wie geschehen zu erkennen gewesen.

2. Entscheidung, betr. die fortdauernde Geltung der für das Fürstenthum Lüneburg ergangenen fürstlichen Resolution vom 6. December 1681 gegen das eigenmächtige Holzfällen.

In der Untersuchungssache wider den Halbhöfner Heinrich Schütte und Genossen, sämmtlich in Massen-Mottorf, auf die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde des R. Kronoberanwalts zu Celle, hat das R. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, I. Abtheilung, in der Sitzung vom 19. December 1877 für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß der Strafkammer des R. Ober-Gerichts zu Lüneburg vom 2. Juli 1877, insoweit es sich auf eine im Jahre 1877 vorgenommene Abholzung bezieht, zu vernichten und insoweit die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die zweite Instanz zurückzuverweisen.

Gründe:

Der Berufungsrichter hat der für das Fürstenthum Lüneburg am 6. September 1681 ergangenen Resolution des Herzogs Georg Wilhelm (C. C. Duc. Luneb., Cap VIII., S. 33) die Bedeutung eines allgemeinen Gesetzes und damit deren Anwendbarkeit auf den gegenwärtigen Fall abgesprochen, weil deren Strafbestimmung sich nur gegen die der landesherrlichen Gutsheerrschaft unterworfenen Stellenbesitzer, nicht aber

gegen alle staatlichen Unterthanen richtet, die frei gewesen oder durch Ablösung der gutherrlichen Rechte frei gewordenen Hofbesitzer, wozu die Angeklagten gehören, daher nicht treffe.

Zu dieser Auslegung bietet jene Resolution weder nach ihrer materiellen, noch der formellen Seite genügende Veranlassung.

Dieselbe constatirt in ihren hier in Betracht kommenden wesentlichen Bestimmungen zunächst, daß

Sr. fürstlichen Durchlaucht Unterthanen dero Aemtern, Voigtthum und Gräfschaften nicht allein in ihren auf den Höfen und Feldern stehenden, sondern auch in Seiner Fürstl. Durchlaucht eigenen Gehölzungen sehr häufig fällen zc., und dadurch, wie auch sonst in andere verbotene Wege, die Holzungen zum unwiederbringlichen Verderb und Schaden wider Sr. Durchlaucht Polizei- und Holz-, auch andere heilsame Ordnungen, auch Diejenigen, so in anno 1642, den 14. Juli, und anno 1646, den 7. April, ergangen, verwüsten. Wann aber, fährt dieselbe fort, Seine Fürstl. Durchlaucht als Landesfürst solchen landverderblichen Unheil und Verwüstung länger nicht zusehen noch verstatten können oder wollen, in mehrerem Betracht, daß, wann die Privatorum Gehölze ganz ruinirt, alsdann um so viel destomehr Ihrer Durchlaucht eigene Gehölzung erhalten müssen, in gleichen, wann Brand und dergleichen entsteht, auch wenig Auskommen und Mittel bald bei diesem oder jenem obhanden, als werden vorgedachte hiebevorige ergangene Verordnungen hieher repetirt, und ist pp. Ihro Fürstl. Durchlaucht ernstlicher Wille, Meinung und Befehl, daß hinfüro keiner, weder auf den Höfen oder in denen ihm oder anderen zustehenden, vielweniger in Seiner Durchlaucht eigenen Holzungen einigen Baum oder Gestäude ohne Sr. Fürstl. Durchlaucht oder dero Fürstl. Cammer = Special = Befehl und Erlaubniß hauen oder fällen solle, bei Pön 20 Goldgulden und nach Befinden anderer härterer Strafe, sonst jemand darüber befunden oder dessen überzeuget wird.

Der diesem Erlasse zu Grunde liegende gesetzgeberische Gedanke ist vollkommen klar.

Veranlassung zu demselben bot die Wahrnehmung, daß ungeachtet früher dagegen ergangener Anordnungen, namentlich der Polizeiordnung von 1618 und der Holzordnung von 1665, Personen, welche der Jurisdiction der Aemter, Voigteien und Gogräffschaften unterlagen, sowohl in ihren eigenen Holzungen, als in denjenigen des Fürsten selbst Fällungen in einem Maße vorgenommen, daß die Devastation der Waldungen davon die Folge sein mußte.

Motiv des Erlasses bildet die Betrachtung, daß der Landesherr ein derartiges „landesverderbliches Unheil“, wodurch bei eintretendem Holzbedarfe, namentlich im Falle eines Brandes, die Herbeischaffung der erforderlichen Vorräthe erschwert werde, nicht länger gestatten könne, zumal bei eintretendem Mangel auf Seiten der Privatleute die eigenen Holzungen des Fürsten in größere Mitleidenschaft gezogen würden. Der Inhalt der Disposition endlich geht dahin, daß unter Wiedereinschärfung der älteren Verbote, die bezeichnete Strafe für den Fall angedroht wird, daß Jemand auf Höfen oder in Holzungen, mögen solche ihm persönlich oder einem Anderen, namentlich dem Fürsten selbst gehören, irgend welche Hauung oder Fällung vornehme.

Hierbei weist Nichts darauf hin, daß der Landesherr als Grundherr vom Standpunkte seines Domanialinteresses zu seinen Gutsangehörigen rede; er spricht deutlich als Landesfürst im Interesse der wirthschaftlichen Wohlfahrt seines Landes zu allen seinen Unterthanen, welche in die Lage kommen konnten, Bäume zu fällen, sei es in eigenen oder in fremden Höfen und Holzungen. Er wiederholt die Verordnungen, welche früher zur Schonung der Waldungen und Holzungen gegen Verwüstung nicht bloß für Gutsunterthanen, sondern das ganze Land, also von forstpolizeilichen Rücksichten aus, ergangen und hat dabei auch speciell die neueste derselben, die Holzordnung von 1665, im Auge, welche in Artikel LII. für die eigenen Holzungen der Hausleute nur die Anweisung der Nothdurft gestattet und in Art. LXII. bestimmt, daß der Amtsunterthanen und Gemeinen Hölzer in guter Hegung gehalten, nicht verhauen oder mit Grund und Boden vertheilt werden sollen. Ferner verweist er auf die Polizeiordnung vom 6. October 1618, welche in

Cap. 51, §. 33 (C. C. D. Lüneb. Bd. I. S. 128), auch für eigene Holzungen der Leute die Fällung nur auf Anweisung gestattet. Er präcisirt jene Verordnungen näher, indem er schlechthin für jede Fällung oder Hauung die Genehmigung der Behörden erfordert und verschärft sie, indem er die Uebertretung des Gebots unter eine Straffsanction stellt, welche bis dahin fehlte.

Die von dem Berufsrichter dagegen ausgesprochenen Bedenken lassen sich nicht theilen.

Dem Umstande gegenüber, daß die Resolution in der Form erheblich von den allgemeinen Landesverordnungen abweicht, wie solche unter demselben Landesherrn erlassen sind, kommt in Betracht, daß eine bestimmte allgemein beobachtete Form für die Promulgirung landesherrlicher Erlasse zu jener Zeit in Deutschland überhaupt noch nicht existirte, ebensowenig als eine gemeinschaftliche Bezeichnung für diese gesetzgeberischen Acte bestand. Die Thatfache, daß das Kundgegebene der Wille des Landesherrn sei, genügte, um demselben gesetzgeberische Bedeutung zu verleihen. Die verschiedenartige Bezeichnung als „Edicte“, „Verordnungen“, „Resolutionen“, „Declarationen“, „Ordnungen“ zc., wie sie sich in der hier in Betracht kommenden Periode auch für das Fürstenthum Lüneburg vorfinden, hängt vielfach sowohl mit dem Gegenstande, als der Form der Bekanntmachung zusammen und so sind unter den landesherrlichen Resolutionen, welche auch anderwärts im Gebrauche gewesen, solche Verordnungen zu verstehen, welche sich nicht direct an die Unterthanen richteten, sondern zunächst der zur Vollziehung berufenen Behörde zugingen und durch diese erst zur Verkündigung gelangten.

Diese Verkündigungsart war eine sehr verbreitete.

Vgl. Wächter, Württembergisches Privat-Recht Bd. I.

Abthl. I. S. 375, Roth und Maiborn, Kurhessisches Privat-Recht Bd. I. S. 65.

Ob und unter welchem Siegel die Anordnung erging, war gleichgültig, die Untersiegelung war keine wesentliche Formalität für die Kundgebung des gesetzgeberischen Willens, wie denn z. B. die Holzordnung von 1665, sowie die erwähnte Verordnung vom 3. October 1689 einer Untersiegelung überhaupt

nicht erwähnen und Erstere sogar das nähere Datum vermissen läßt, ohne daß deren Gesetzeskraft dieserhalb bis jetzt in Zweifel gezogen worden wäre. Daß vorliegend das Kammeriegel zur Anwendung kam, darf um so weniger auffallen, als die Publication von der Kammer selbst ausging.

Auch daraus ferner läßt sich Nichts für die Ansicht des Berufungsrichters herleiten, daß die Resolution ihre Veranlassung zunächst nur aus dem verbotswidrigen Verhalten einzelner Classen von Unterthanen, den Untergebenen der Aemter, Voigteien und Gogräffschaften, entnimmt. Wenn überhaupt, so wäre daraus eine Ausnahme nicht für die Gutsunterthanen, sondern höchstens für solche Landesunterthanen zu folgern, welche nicht der Jurisdiction der genannten Behörden unterstehen. Ebenso wenig fällt in das Gewicht, daß der Landesherr dabei sich von dem Bestreben leiten ließ, gleichzeitig auch seine eigenen Holzungen vor Devastationen zu bewahren, und daß er die Vollziehung in die Hand der zur Wahrung des domanialen Interesses berufenen Kammer legte.

Denn es läßt sich nicht absehen, daß die Erhaltung der landesherrlichen Waldungen, welche einen erheblichen Theil des Landesvermögens bildeten, weniger als diejenigen der Privaten und Corporationen im Interesse der allgemeinen wirthschaftlichen Wohlfahrt gelegen sein sollte, und was die Stellung der Kammer betrifft, so ist nicht nachzuweisen, daß neben derselben zur Handhabung der noch wenig entwickelten Forstpolizeihoheit damals schon noch eine besondere Behörde bestellt war, welche mit Vollziehung der Resolution in dieser Richtung zu befassen gewesen wäre.

Die Auslegung des Berufungsrichters erhält auch eine Bestätigung weder durch §. 155 der Gemeinheitstheilungsordnung für das Fürstenthum Lüneburg vom 25. Juli 1802, noch durch die Hannoversche Verordnung vom 27. Februar 1848 (Hannov. G.-S. Abthl. I. S. 55).

Die Gemeinheitstheilungsordnung weist dem freien Gutsbesitzer seinen Antheil aus einer getheilten Forst „zum alleinigen ordnungsmäßigen Gebrauch“ zu; die pflichtigen Unterthanen unterwirft sie der „ordnungsmäßigen Forstpolizeiaufsicht“. Unter der Letzteren ist unverkennbar die verschärfte gutherrliche Auf-

sicht über die Benützung und Bewirthschaftung der Gutsholzungen verstanden, indem der freie Eigenthümer ebenfalls kein unbeschränktes Eigenthum erlangen soll, welches ihm gestattete, seinen Forstanteil nach Willkür zu deterioriren oder zu vernichten, ihm vielmehr nur die ordnungsmäßige Benützung gleich jedem anderen Waldeigenthümer zusteht, welche in den bestehenden allgemeinen Forstpolizeigesetzen ihre Begrenzung findet. Dafür, daß Letztere für derartige Anteile außer Wirksamkeit haben gesetzt werden sollen, besteht auch kein entfernter Anhaltspunkt.

Warum die Verordnung vom 27. Februar 1848, welche das Verbot des Fällens einzelner Bäume in den Holzungen der Unterthanen ohne vorgängige Anweisung, wie es in der Polizeiordnung von 1618 und der Holzordnung von 1665 sich findet, für die gutsherrnfreien Höfe im Herzogthum Lüneburg außer Kraft setzt, dabei des Verbots aus der Resolution von 1681 nicht speciell erwähnt, insbesondere ob die Letztere, wie die Nichtigkeitsbeschwerde unterstellt, als bloßer Annex zur Holzordnung angesehen wurde, kann dahingestellt bleiben, da aus diesem Uebergehen allein, zumal in Verbindung mit dem Umstande, daß dabei von der Aufrechterhaltung des Verbots für ganze Holzungen oder einzelne Districte ausgegangen wurde, auf dessen Unanwendbarkeit in Fällen der vorliegenden Art sich ein irgend zuverlässiger Schluß nicht würde ziehen lassen.

Kann hiernach die Anwendbarkeit der Resolution an sich auf freie Holzungseigenthümer keinem Bedenken unterliegen und gegenüber den vorliegenden Fällen, wo dieselbe von den Justiz- und Administrativ-Behörden gehandhabt, sowie von den Holzungseigenthümern respectirt wurde, auch von einer Beseitigung durch entgegenstehende Gewohnheit nicht wohl die Rede sein, so muß die weitere Frage, ob darauf das Forststrafgesetz für Hannover vom 25. Mai 1847 (Hannoversche Gesetz-Sammlung pag. 152) abändernden Einfluß geübt, ebenfalls verneint werden. Die §§. 6 und 53 daselbst, welche dafür angeführt werden, treffen nicht zu. Der §. 6 setzt voraus, daß ein Forstvergehen in dem Forststrafgesetz selbst mit Strafe bedroht ist und läßt diese an die Stelle der seitherigen Strafbestimmung treten. Der §. 353 aber hat, wie die Ueberschrift des Abschnitts III.,

in welchem er sich befindet, besagt und die übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts bestätigen, nur den Fall einer Berechtigung zur Entnehmung von Holz aus fremden Forsten zum Gegenstand, greift also für eigenthümliche Holzungen nicht Platz. Die aus §. 1 des Gesetzes vom 6. Juli 1875, betreffend Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften (G.=S. pag. 416) sich ergebende Frage, ob es sich vorliegend um ein Waldgrundstück handelt, rücksichtlich dessen die Benutzung und Bewirthschaftung freigelassen ist, oder darauf die beschränkenden Vorschriften der Landespolizei fernerhin Anwendung finden, wird bei der gebotenen anderweiten Verhandlung und Entscheidung in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zur Erwägung zu bringen sein.

Das Berufungsurtheil ist nur insoweit angefochten, als es eine im Jahre 1877 vorgenommene, von der im Uebrigen vorliegenden Verjährung nicht ergriffene Abholzung betrifft, und unterliegt deshalb auch nur insoweit der Vernichtung.

Aus diesen Gründen ist wie geschehen zu erkennen gewesen.

3. Entscheidung, betr. das Verhältniß der Bestimmung im §. 57, Z. 4 des Reichsstrafgesetzbuchs zu den Strafvorschriften des Hausir-Regulativs vom 28. April 1824.

In der Untersuchung gegen den Dienstknecht Hermann Friedrich Dettlef aus Schövenmoor, auf die Nichtigkeitsbeschwerde der K. Finanz-Direction zu Hannover, hat das K. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, nach vorgängiger mündlicher Verhandlung für Recht erkannt:

daß die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß der Strafkammer des K. Obergerichts zu Verden vom 23. April 1877 zurückzuweisen und die Kosten des Rechtsmittels niederzuschlagen.

Von Rechts wegen.

Gründe:

Die Nichtigkeitsbeschwerde erscheint unbegründet.

Die Ansicht des Berufungsrichters, daß die Strafbestimmungen des §. 26 des Hausir-Regulativs vom 28. April

1824 (Ges.-Samml. S. 125), welche übrigens durch die R. Cabinets-Ordnung vom 31. December 1836 (Ges.-Samml. S. 13) bereits eine Modification erlitten, durch die Vorschrift des §. 57, Ziff. 4 R.-Str.-G.-B., wonach wegen Vergehen oder Uebertretungen gegen Angeschuldigte, welche zur Zeit der Verübung der strafbaren Handlung das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, in besonders leichten Fällen ein Verweis erkannt werden kann, eine Einschränkung erhalten, welche das erkennende Gericht in die Lage setzt, unter der gegebenen Voraussetzung von der regelmäßigen Strafe im vierfachen Betrage der Jahressteuer abzusehen, läßt sich als rechtsirrthümlich nicht anerkennen.

Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß die allgemeinen Grundsätze des Strafgesetzbuches auch auf die in §. 2 des Einführungs-Gesetzes zum Reichsstrafgesetzbuch der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Specialgesetze Anwendung leiden, soweit nicht die Letzteren selbst Abweichungen enthalten, welche gegenüber der Aufrechterhaltung jener Gesetze in ihrer Totalität, und abgesehen von dem Ausnahmefalle des §. 5 des Einführungs-Gesetzes ebenfalls als fortbestehend erachtet werden müssen.

Wenn hiergegen die Nichtigkeitsbeschwerde ausführt, daß §. 2 des Einführungs-Gesetzes die Specialgesetze bezüglich der Steuercontraventionen und damit auch den §. 26 des Hausir-Regulativs in Kraft belasse, so wird dabei übersehen, daß die Strafvorschriften des Letzteren sich nicht unabänderlich auf ihren Wortlaut beschränkten, sondern ebenfalls von den theils mildernden, theils erhöhenden allgemeinen Bestimmungen über Strafzumessungen in dem allgemeinen Theile des Preussischen Strafgesetzbuchs beherrscht waren,

vgl. Entscheidungen des R. Ober-Tribunals, Bd. 24, S. 441, Bd. 25, S. 217,

an deren Stelle nunmehr nach §. 3 des Einführungs-Gesetzes die entsprechenden Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs getreten sind.

Rücksichtlich des Kostenpunktes findet Str.-Pr.-Ordn. §. 438 Anwendung.

Berlin, den 26. September 1877.

4. Entscheidung, betr. die Unzulässigkeit der Annahme mildernder Umstände ohne die Zustimmung der Staatsanwaltschaft bei Verurtheilung des an die verstärkte Strafkammer verwiesenen Angeklagten (§§. 345, 346 der Str.=Pr.=D.).

In der Untersuchungssache wider den Handarbeiter B. aus B. wegen Verbrechens gegen die Sittlichkeit, war der zuständige Angeklagte zur Aburtheilung vor die verstärkte Strafkammer des K. Obergerichts zu Werden verwiesen. Der Angeklagte war auch bei der Verhandlung der Sache vor der Strafkammer des ihm zur Last gelegten Verbrechens völlig geständig und von keiner Seite wurden mildernde Umstände geltend gemacht. Gleichwohl wurden bei der Verathung des Gerichts über das zu erlassende Urtheil die Fragen, ob mildernde Umstände vorhanden und ob bei Annahme derselben die Strafkammer zur Entscheidung der Sache zuständig sei, angeregt und bejahend entschieden. Das Urtheil der Strafkammer enthält hierüber das Folgende:

Bei dem hiernach vorliegenden vollständigen Geständnisse der dem Angeklagten zur Last gelegten That ist nach Vorschrift des Nr. 345 alin. 1 und 2 der Str.=Pr.=Ordn. das Gericht verpflichtet, ohne Zuziehung der Geschworenen das Urtheil über die Anwendung des Gesetzes zu fällen. Hierbei hat das Gericht der Natur der Sache nach die sämmtlichen für die zu erkennende Strafe in Betracht kommenden Verhältnisse des concreten Falles in Erwägung zu ziehen.

Im vorliegenden Falle, wo das Gesetz das Vorhandensein mildernder Umstände ohne nähere Bestimmung zuläßt, ist von K. Kronanwaltschaft bei der Verhandlung über die Anwendung des Gesetzes das Vorhandensein mildernder Umstände nicht angenommen und auch von der Vertheidigung nicht geltend gemacht.

In der Uebereinstimmung der Kronanwaltschaft und Vertheidigung darüber, daß im vorliegenden Falle mildernde Umstände nicht anzunehmen, vermag das Gericht eine dasselbe verbindende Feststellung des Nichtvorhandenseins solcher mildernder Umstände nicht zu erblicken.

Das Gericht hat sich daher für verpflichtet erachtet, die gedachte Frage seiner Beurtheilung zu unterziehen, und ist der

Ansicht, daß das Vorhandensein mildernder Umstände anzunehmen sei, indem einmal der Angeklagte ein in diesem Falle nicht zu unterschätzendes offenes Geständniß abgelegt hat, sodann die unzüchtige Handlung nur in dem Berühren der äußeren Geschlechtstheile des Kindes durch die Hand des Angeklagten besteht, und endlich bei dem kindlichen Alter der Gesine S . . . anzunehmen ist, daß die derselben zugefügte unzüchtige Berührung so wenig in physischer als psychischer Hinsicht irgend einen Nachtheil für dieselbe herbeizuführen vermag.

Bei dieser Sachlage hat das Gericht zweifelhaft befunden, ob es den ihm ertheilten Auftrag in Gemäßheit des §. 447 der Str.-Pr.-Ordn. für erledigt zu erklären, oder aber zur Fällung des Urtheils zu schreiten habe. Das Gericht hat Letzteres für zulässig erachtet.

Allerdings ist in dem regelmäßigen Verfahren vor dem Schwurgerichtshofe die Frage, ob das Vorhandensein mildernder Umstände anzunehmen sei, unbedingt von den Geschworenen zu beurtheilen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um das besondere Verfahren im Falle eines Schuldbekenntnisses nach §. 345—347.

Die alinea 1 und 2 des §. 345 verpflichten das Gericht auf Grund des Schuldbekenntnisses nach Anhörung der Kronanwaltschaft und des Bertheidigers über die Vollständigkeit des Bekenntnisses, das Urtheil über die Anwendung des Gesetzes zu fällen.

Die alinea 3 dieses Paragraphen gestattet hiervon eine Ausnahme, indem im Anschlusse an die unmittelbar vorher bemerkten Vorträge der Kronanwaltschaft und Bertheidigung gesagt wird: „Kommen hierbei Thatfachen in Frage 2c., so unterbleibt die Verhandlung vor den Geschworenen nur dann, 2c.“

Das Gericht glaubt auf Grund dieser Ausnahmebestimmung die Abgabe des Urtheils nicht ablehnen zu können, da deren Voraussetzung, daß die Annahme mildernder Umstände Gegenstand der Verhandlung gewesen, im vorliegenden Falle nicht zutrifft, indem die Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände erst nach dem Schlusse der Verhandlung bei

der Berathung des Gerichts über das zu fällende Urtheil hervorgetreten ist.

Hierzu kommt, daß die oben bemerkten thatsächlichen Unterlagen, welche das Gericht zur Annahme mildernder Umstände bestimmen, als feststehend zu erachten sind und es sich daher im vorliegenden Falle wesentlich um eine Schlußfolgerung auf Grund derselben handelt.

Unter diesen Umständen erachtet das Gericht die Abgabe eines Urtheils nicht nur dem Wortlaute des §. 345, sondern auch der den gesetzlichen Bestimmungen der §§. 345—347 der Str.-Pr.-O. zum Grunde liegenden Absicht des Gesetzgebers, im Falle des Geständnisses ein Verfahren vor den Geschworenen nur im Falle der Erforderlichkeit eintreten zu lassen, entsprechend.

Hiernach erkennt das Gericht den Angeklagten für schuldig, am 20. August 1877 unweit Aumund mit der fünf Jahre alten Gesine S . . . unzüchtige Handlungen vorgenommen zu haben, und verurtheilt denselben unter Annahme mildernder Umstände auf Grund des §. 176 Nr. 3 des R.-Str.-G.-B. zu einer sechsmonatigen Gefängnißstrafe und in die Untersuchungskosten.

Auf die dagegen von der Kronanwaltschaft erhobene Nichtigkeitsbeschwerde entschied jedoch das R. Ober-Tribunal,

daß das Erkenntniß der Strafkammer des R. Obergerichts zu Verden vom 9. October 1877 zu vernichten und die Verhandlung und Aburtheilung der Sache vor dem Schwurgericht zu Stade zu verordnen sei.

Die Gründe sind folgende:

Die verstärkte Strafkammer, an welche die Sache gemäß §. 446 der Str.-Pr.-Ordn. vom 25. Juni 1867 vorerst zur Verhandlung an Stelle des Schwurgerichtshofes verwiesen worden war, hat sich zur Annahme mildernder Umstände zu Gunsten des Angeklagten in erster Linie deshalb für zuständig erachtet, weil die Annahme vorliegend nicht Gegenstand der Verhandlung gewesen, die Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände vielmehr erst nach Schluß der Verhandlung bei der Berathung des Gerichts über das zu fällende Urtheil hervorgetreten sei, indem sie davon ausging, daß nur, wenn bei den Erklärungen des Staatsanwalts und Vertheidigers über die

Vollständigkeit des Bekenntnisses des Angeklagten mildernde Umstände in Frage kommen, von einer Ueberweisung an den Schwurgerichtshof die Rede sein könne, im anderen Falle aber die Zuständigkeit der Strafkammer bestehen bleibe.

Diese Annahme ist in mehrfacher Beziehung das Ergebniß irrthümlicher Gesetzesauslegung.

Zunächst läßt sich nicht anerkennen, daß, wenn selbst der gegenwärtige Fall in dem letzten Absatz des §. 345 Str.=Pr.=Ordn. vom 25. Juni 1867 nicht vorgesehen wäre, alsdann darauf der erste Absatz diese Anwendung finden und die Zuständigkeit der verstärkten Strafkammer bejaht werden müsse. Denn der Letzteren ist dadurch nur die Anwendung des Gesetzes bezüglich der Thatfachen, welche zu den wesentlichen Merkmalen der dem Angeklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung gehören und derjenigen Thatumstände, welche nach besonderer gesetzlicher Vorschrift eine Erschwerung der Strafe begründen, überwiesen; die mildernden Umstände werden also dadurch nicht getroffen. Ueberhaupt aber verhält sich das Verfahren aus §. 345 zu demjenigen vor den Geschworenen wie die Ausnahme zur Regel und wo jenes hinwegfällt, muß dieses an seine Stelle treten.

Der Schluß des Paragraphen: „so unterbleibt die Verhandlung vor den Geschworenen nur dann, wenn 2c.“ bringt dieses genügend zum Ausdruck.

Es ist ferner unrichtig, daß die Aburtheilung über mildernde Umstände durch die Strafkammer voraussetzt, daß dieselben gelegentlich der Erklärungen des Staatsanwalts und Vertheidigers in Frage gekommen seien. Das Gesetz drückt sich vielmehr auf das Bestimmteste darüber aus, daß es nur einer Anregung in dieser Richtung bedarf, und unterscheidet, anschließend an Art. 75 Abs. 4 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 für die alten Landestheile, nicht, je nachdem diese Anregung von Seiten des Staatsanwalts und Angeklagten oder aus der Mitte des Gerichtshofes hervorgeht, denn das Wort „hierbei“, welches für die gesetzlichen Straf=Ausschließungs= oder Milderungsgründe auf die Nothwendigkeit des Antrags von Seiten des Staatsanwalts oder Vertheidigers hinweist, ist bei den mildernden Umständen nicht wiederholt und die Fassung ergibt

auch im Uebrigen, daß jede von beiden Fragen einer selbstständigen und abweichenden Regelung hat unterzogen werden sollen, indem es sonst nahe gelegen haben würde, solche in denselben Vordersatz zusammenzuziehen.

Daß diese Anregung in den Verhandlungen zum Ausdruck gekommen, ergiebt das Sitzungsprotocoll, indem hiernach der Gerichtshof die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung verfügt hat.

Aus diesen rechtsirrigen Voraussetzungen endlich aber ergab sich für das aburtheilende Gericht die nicht weniger unrichtige Consequenz, daß dasselbe ohne die Zustimmung des Staatsanwalts und sogar gegen dessen Widerspruch zu Gunsten des Angeklagten das Vorhandensein mildernder Umstände bejahte, anstatt gemäß §. 447 Str.-Pr.-Ordn. mittelst Beschlusses den Auftrag für erledigt zu erklären und das Verfahren vor dem Schwurgerichte zu veranlassen.

Das angegriffene Erkenntniß unterliegt hiernach wegen Verletzung der Grundsätze über sachliche Competenz der Vernichtung und ist in der Sache selbst wie geschehen zu erkennen gewesen.